

הזכות החוקתית והפגיעה בה: תורת שלושת השלבים

אהרן ברק*

הרשימה בוחנת את התורה החוקתית שעל-פיה נבחנת השאלה מה דינה של נורמה תת-חוקתית (חוק, משפט מקובל) הפוגעת בזכות חוקתית. התשובה מצויה בתורת שלושת השלבים. הרשימה בוחנת שלבים אלה. בשלב הראשון נבחנת השאלה אם זכות חוקתית נפגעה על-ידי נורמה תת-חוקתית. בשלב השני נבחנת השאלה אם לפגיעה זו יש צידוק (פסקת ההגבלה). בשלב השלישי נבחנת שאלת הסעד החוקתי. הרשימה בוחנת את המתודולוגיה הנוהגת, את הביקורת עליה ואת התשובה לביקורת זו.

מבוא. א. המבנה הבסיסי של תורת שלושת השלבים. ב. השלב הראשון של תורת שלושת השלבים: זכות חוקתית נפגעת על-ידי נורמה תת-חוקתית: 1. שלב-המשנה הראשון: קביעת היקפה של הזכות החוקתית; 2. שלב-המשנה השני: פגיעה בזכות החוקתית; 3. שלב-המשנה השלישי: פגיעה בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו. ג. השלב השני של תורת שלושת השלבים: הצידוק לפגיעה בזכות חוקתית (פסקת ההגבלה): 1. תרבות הצידוק ומידתיות הפגיעה בזכות החוקתית; 2. מרכיביה של המידתיות. ד. השלב השלישי של תורת שלושת השלבים: הסעד החוקתי. ה. סיכום.

מבוא

רשימה זו בוחנת את התורה (המתודולוגיה) החוקתית שעל-פיה נבחנת השאלה הבסיסית מה דינה של נורמה תת-חוקתית הפוגעת באחת הזכויות החוקתיות המעוגנות בשני חוקי-יסוד בדבר זכויות האדם – חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק. הזכויות המעוגנות בשני חוקי-יסוד אלה הן שמונה הזכויות הבאות: הזכות לחיים, הזכות לגוף, הזכות לכבוד האדם, הזכות לקניין, הזכות לחירות, הזכות ליציאה מישראל ולכניסה אליה, הזכות לפרטיות ולצנעת הפרט, והזכות לחופש העיסוק.¹ התורה החוקתית המשיבה על השאלה

* נשיא בית-המשפט העליון בדימוס, בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.
1 שמונה הזכויות האמורות מעוגנות בסעיפים הבאים, בהתאמה: ס' 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150; שם; שם; ס' 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 6 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 3 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90.

הבסיסית היא תורת שלושת השלבים. תורה זו התקבלה על-ידי בית-המשפט העליון בפרשת בנק המזרחי המאוחד :

כאשר שופט נתקל בטענה כי חוק נוגד את הוראות חוק היסוד, עליו לבחון טענה זו בשלושה שלבים: בשלב הראשון, עליו לבחון אם החוק אכן פוגע בזכות אדם מוגנת. לשם כך עליו לפרש את זכות היסוד ("פרשנות חוקתית") מחד גיסא, ואת דבר החקיקה הפוגע ("פרשנות סטוטורית") מאידך גיסא... אם המסקנה של השופט הינה כי החוק הרגיל אכן פוגע בזכות היסוד, עליו לעבור לשלב השני. בשלב זה עליו לבחון אם הפגיעה בזכות היסוד היא כדין, כלומר, אם החוק מקיים את דרישותיה של פיסקת ההגבלה... אם מסקנתו של השופט הינה כי החוק הפוגע אינו מקיים את דרישותיה של פיסקת ההגבלה, עליו לעבור לשלב השלישי. בשלב זה נבחן הסעד החוקתי.²

למן פרשה זו חזר בית-המשפט העליון על תורת שלושת השלבים בפסקי-דין רבים.³ תורה זו מקובלת במשפט המשווה בכל אותן שיטות משפט שבהן יש מבנה חוקתי דומה לזכויות החוקתיות ולהגבלותיהן, כגון אלה של גרמניה,⁴ דרום-אפריקה⁵ וקנדה.⁶ היא שנויה במחלוקת במשפט האמריקאי.⁷ תורת שלושת השלבים מקובלת גם בבתי-משפט בין-לאומיים הדנים בזכויות אדם.⁸

על-פי תורת שלושת השלבים, כאשר זכות חוקתית נפגעת, הבחינה החוקתית נערכת במסגרת שלושה שלבים אנליטיים. בשלב הראשון נבחנת השאלה אם זכות חוקתית נפגעה על-ידי נורמה תת-חוקתית (דבר חקיקה או הלכה פסוקה). אם התשובה היא בחיוב, הבחינה

- 2 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 428 (1995).
- 3 ראו אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 50 (2010) (להלן: ברק מידתיות במשפט). ראו גם בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782, 816–818 (2012); בג"ץ 7245/10 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה (פורסם בנבו, 4.6.2013); בג"ץ 7146/12 אדם נ' כנסת ישראל, פ"ד סו(1) 717 (2013).
- 4 ראו Dieter Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, 57 U. TORONTO L.J. 383 (2007) (להלן: Grimm, *Proportionality*).
- 5 ראו Stu Woolman & Henk Botha, *Limitations*, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA 34-1 (Stuart Woolman, Michael Bishop & Jason Brickhill eds., 2nd ed., 4th rev. 2012); GERHARD VAN DER SCHYFF, *LIMITATION OF RIGHTS: A STUDY OF THE EUROPEAN CONVENTION AND THE SOUTH AFRICAN BILL OF RIGHTS* (2005) (להלן: VAN DER SCHYFF, *LIMITATION OF RIGHTS*).
- 6 ראו Guy Davidov, *Separating Minimal Impairment from Balancing: A Comment on R. v. Sharpe* (B.C.C.A.), 5 REV. CONST. STUD. 195 (2000).
- 7 ראו Stephen Gardbaum, *Limiting Constitutional Rights*, 54 UCLA L. REV. 789 (2007); Stephen Gardbaum, *The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism*, 107 MICH. L. REV. 391 (2008).
- 8 ראו Janneke Gerards & Hanneke Senden, *The Structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights*, 7 INT'L J. CONST. L. 619 (2009).

החוקתית עוברת לשלב השני. בשלב זה נבחנת השאלה אם יש צידוק לפגיעה. צידוק זה מעוגן בעקרון המידתיות שבפסקת ההגבלה. אם לפגיעה בזכות החוקתית אין צידוק, הבחינה החוקתית עוברת לשלבה השלישי. בשלב זה נבחנת שאלת הסעד החוקתי.

מטרתו של מאמר זה היא לנתח את המודל החוקתי המונח בבסיסה של תורת שלושת השלבים. רבים הם פסקי-הדין שהפעילו, הלכה למעשה, את תורת שלושת השלבים, אולם מעטה היא הספרות המשפטית העיונית הבוחנת את המודל שבבסיסה.⁹ במאמר זה אני מבקש לעמוד על המתודולוגיה החוקתית שתורת שלושת השלבים ניצבת עליה. בעוד הניתוח הוא תיאורטי, השלכותיו הן מעשיות. אכן, תיאוריה טובה היא אמצעי שימושי מאוד.

לאחר הצגתה של תורת שלושת השלבים בפרק א, ננתח בפרק ב את השלב הראשון בתורה זו. במרכזו של שלב זה מונחת הזכות החוקתית והפגיעה בה. גישתה של תורת שלושת השלבים היא כי לזכות החוקתית יש לתת פירוש תכליתי. התכלית המונחת ביסוד הזכויות החוקתיות שבחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם היא להגשים את הערכים של כבוד האדם והחירות. לערכים אלה ניתן מובן רחב, ועל-כן גם לזכויות החוקתיות יש ליתן מובן רחב. שיקולים שונים שיש בהם כדי לאפשר את צמצומה של היריעה הרחבה, כגון הפסול בהתנהגותו של בעל הזכות, יש להביא בחשבון בשלב הבחינה השני, ולא בשלב הבחינה הראשון.

המובן הרחב של הזכות החוקתית מוביל למסקנה כי לכל אחת משמונה הזכויות החוקתיות יש היבט שלילי. על-פיו מוטלת על הרשויות השלטוניות חובת הימנעות מפעולה. חובתה של הרשות השלטונית היא להוקיר (to respect) את הזכויות החוקתיות.¹⁰ כמו-כן, כל אחת מהזכויות החוקתיות כוללת את הזכות להגנה עליה. היבט זה מטיל על הרשויות השלטוניות את החובה להגן (to protect) על הזכויות החוקתיות מפני פגיעה על-ידי צד שלישי. מחדל של הרשות השלטונית המאפשר פגיעה כזו פוגע בהיבט זה של הזכות החוקתית. שלוש זכויות חוקתיות – הזכות לחיים, הזכות לגוף והזכות לכבוד האדם – מטילות על הרשויות השלטוניות את החובה להגשים (to fulfill) אותן.

התנגשות בין ההיבטים השונים בגדריה של זכות נתונה, או התנגשות בין כמה זכויות חוקתיות, אין בהן כדי להביא לידי צמצום היקפה של הזכות החוקתית. פתרונה של ההתנגשות הוא בשלב השני של תורת שלושת השלבים, הוא שלב הצידוק על-פי דיני המידתיות. היקפה של הזכות החוקתית משתרע הן על גרעין הזכות והן על שוליה. משמונה זכויות האדם (זכויות-אם) נגזרות זכויות-בת. זכויות-הבת הן חלק מזכויות-האם. אין הן זכויות עצמאיות העומדות על רגליהן-הן. שמן כשם אמן. אולם אין הן זכויות משתמעות. הן נגזרות מהמובן הלשוני המפורש של זכות-האם.

9 החריגים החשובים הם ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל (2016); ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS 210 (Julian Rivers trans., 2002); KAI MÖLLER, THE GLOBAL MODEL OF CONSTITUTIONAL RIGHTS 76 (2012); Stephen Gardbaum, *The Structure and Scope of Constitutional Rights*, in COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 387 (Tom Ginsburg & Rosalind Dixon eds., 2011).

10 על הבחירה במילה "להוקיר" ראו להלן בה"ש 48.

על היקפה של הזכות החוקתית נמתחה ביקורת. נטען כי לזכות החוקתית ניתן היקף רחב מדי; כי קביעת היקפה של הזכות החוקתית יש להתחשב באינטרס של הציבור ובאופייה הפלילי של התנהגות בעל הזכות; וכי חובתה של הרשות השלטונית חלה רק כאשר היא מפרה אילוץ דאונטולוגי. אנו משיבים על ביקורת זו.

השלב הראשון של תורת שלושת השלבים אינו מוגבל אך לקביעת היקפה של הזכות החוקתית. נכללים בגדריו שני היבטים נוספים: האחד הוא הדרישה ל"פגיעה" בזכות החוקתית; והאחר הוא הדרישה כי הפגיעה תהא בחוק או על-פיו. לעניין ההיבט הראשון, עמדתה של תורת שלושת השלבים היא כי כל גריעה (למעט של "מה בכך") ממימושה המלא של הזכות יש בה משום פגיעה. לעניין זה אין כל חשיבות אם הפגיעה היא בליבת הזכות או בשוליה. לעניין ההיבט השני, הדרישה כי הפגיעה תהא בחוק מתקיימת גם כאשר המשפט המקובל פוגע בזכות החוקתית. נטל ההוכחה (נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות) בשלב הראשון של הבחינה החוקתית מוטל על הטוען כי זכותו החוקתית נפגעה.¹¹

בפרק ג נעמוד על השלב השני של תורת שלושת השלבים, הוא שלב הצידוק. הצידוק מעוגן בעקרונות המידתיות שבפסקת ההגבלה. שלב הצידוק הוא מרכזי בתורת שלושת השלבים. הוא מגשר בין שני האדנים שהדמוקרטיה מבוססת עליהם: בין ריבונות העם לבין זכות הפרט; בין ה"אנחנו" לבין ה"אני". הוא ביטוי של תרבות הצידוק שתורת שלושת השלבים מבוססת עליה. ביטוייה של תרבות הצידוק הוא במידתיות. כאשר הפגיעה היא מידתית, הפגיעה בזכות היא מידתית. כאשר הפגיעה בזכות אינה מידתית, היא מהווה הפרה של הזכות החוקתית, והבחינה החוקתית עוברת לשלב השלישי, הוא שלב הסעד החוקתי. קביעה כי פגיעה נתונה היא מידתית אינה מביאה לידי צמצום בהיקפה של הזכות החוקתית. השפעתה היא אך על חוקתיותה של הפגיעה. נטל ההוכחה (נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות) בשלב השני של הבחינה החוקתית מוטל על הטוען לקיומו של צידוק לפגיעה.¹²

על מרכיביה של המידתיות עמדתי בהרחבה במקום אחר.¹³ במסגרת רשימה זו אנו מדגישים כי המרכיבים של מטרה ראויה, קשר רציונלי וצורך הם מרכיבי-סף. אין בהם איזון. כל המרכיבים מבחינים בין פגיעות בזכויות חוקתיות חשובות יותר לבין פגיעות בזכויות חוקתיות חשובות פחות. לעניין הזכויות החשובות יותר, המטרה של החוק הפוגע ראויה אם קיים צורך חברתי דחוף או עניין חברתי מהותי בהגשמתה; באשר לקשר הרציונלי נדרשת הסתברות ברמה ממשית ומשמעותית; ובאשר למרכיב הצורך הדרישה היא כי אין בנמצא חלופה המגשימה את תכלית החקיקה באותה מידה או במידה דומה לה תוך פגיעה פחותה בזכות החוקתית. מרכיב האיזון מבוסס על איזון בסיסי, על איזון עקרוני ועל איזון קונקרטי. האיזון הבסיסי מבוסס על הכלל שככל שמגיע הנזק השולי לזכות החוקתית חשובה יותר, וככל שהסתברות התרחשותו של הנזק גדולה יותר, כן נדרש שהתועלת השולית בהגשמת המטרה הראויה תהא חשובה יותר ושהסתברות הגשמתה תהא גדולה יותר. האיזון העקרוני

11 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 531.

12 ש.ם.

13 ש.ם.

מבוסס על נוסחות איזון עקרוניות אשר מממשות את הכלל הבסיסי. האיזון הקונקרטי יממש את האיזון הבסיסי והאיזון העקרוני בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה.

בהקשר זה מתעוררת השאלה בדבר היחס בין נוסחות האיזון ההלכתיות שנקבעו על-ידי המשפט המקובל הישראלי לבין מרכיבי המידתיות. תורת שלושת השלבים גורסת כי הצידוק לפגיעה בזכות חוקתית צריך להיקבע על-ידי מרכיבי המידתיות. אין קיום עצמאי לנוסחות האיזון ההלכתיות ולהבחנה בין איזון אופקי לבין איזון אנכי. כל אלה צריכים להשתלב במסגרת מרכיבי המידתיות.

בפרק ד נעסוק בשלב השלישי של תורת שלושת השלבים, הוא הסעד החוקתי. עמדתי עליו במקום אחר.¹⁴ שלב זה אינו מיוחד למודל שלושת השלבים. עם זאת, קיים קשר פנימי הדוק בין מודל שלושת השלבים לבין הסעד החוקתי. קשר זה מקורו בתפיסה כי הסעד החוקתי עצמו הוא זכות חוקתית, אשר חלים עליה פסקת ההגבלה ודיני המידתיות.

א. המבנה הבסיסי של תורת שלושת השלבים

בחינה של סעיפים 2–7 בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ושל סעיף 3 לחוק-יסוד: חופש העיסוק יוצרת רושם ראשוני שכל פגיעה בזכות חוקתית על-ידי חוק מהווה הפרה של הזכות שתוצאותיה נבחנות במסגרת הסעד החוקתי. על-פי רושם זה ניתן לכאורה לסבור כי כל המשפט התת-חוקתי שנקבע לאחר תחילתם של חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם – ובכלל זה דיני העונשין, החקיקה הרגולטורית ודיני המשפט הפרטי – ואשר פוגע בזכויות חוקתיות אינו חוקתי, ועל-כן יש לבחון את תוצאות אי-חוקתיותו במסגרת הסעד החוקתי. במינוח טכני ניתן לומר כי הרושם הוא שכל הזכויות החוקתיות בחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם הן זכויות מוחלטות. אופיין המוחלט נובע מכך שכל פגיעה בהן מהווה הפרה שלהן, וכל הפרה כזו מעניקה סעד. על-פי רושם זה, הבחינה החוקתית היא דו-שלבית: בשלב הראשון יש לבחון אם זכות חוקתית נפגעה, ואם התשובה על כך היא בחיוב, אזי בשלב השני יש לבחון את הסעד החוקתי שיינתן בגין הפגיעה.

אולם רושם ראשוני זה משתנה עם הרחבת העיון ובחינת ההוראות בעניין הפגיעה בזכויות (סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק). מהוראות אלה – הקובעות את הצידוק לפגיעה בזכות החוקתית – עולה תמונה מורכבת יותר. על-פיה יש להבחין בין שני סוגים של פגיעה (limitation; interference): פגיעה חוקתית ופגיעה שאינה חוקתית. פגיעה היא חוקתית אם יש לה צידוק, כלומר, אם היא מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה; פגיעה אינה חוקתית אם אין לה צידוק, כלומר, אם היא אינה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה. במקרה האחרון הפגיעה מהווה הפרה (violation) של הזכות החוקתית. הרושם הראשוני, שלפיו הזכויות החוקתיות הן זכויות מוחלטות, מתחלף אם כן במסקנה כי הזכויות החוקתיות הן זכויות יחסיות. לא כל פגיעה מהווה הפרה של הזכות. ניתן לפגוע בזכויות החוקתיות באופן חוקתי, על-ידי קיום תנאיה של פסקת ההגבלה. אם הפגיעה בזכות החוקתית

14 ראו אהרן ברק "על תורת הסעדים החוקתיים" משפט ועסקים כ 301 (2017).

אינה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה, היא אינה חוקתית (היא הפרה), והבחינה החוקתית עוברת לשאלת הסעד החוקתי. הרושם הראשוני של בחינה חוקתית דו-שלבית (פגיעה, סעד) מתחלף אם כן, לאחר עיון נוסף, במסקנה כי הבחינה החוקתית היא תלת-שלבית (פגיעה, הפרה, סעד).

לכאורה ניתן בכל-זאת לטעון כי המבנה החוקתי שלנו מבוסס על בחינה דו-שלבית. על-פי טיעון חלופי זה, בשלב הראשון השאלה היא אם פגיעה בזכות חוקתית היא מוצדקת, כלומר, אם היא מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה. אם התשובה היא בשלילה, הבחינה החוקתית עוברת לשלב השני, הוא שלב הסעד החוקתי. גישה זו מבקשת למזג את השלב הראשון של הבחינה החוקתית (שלב הפגיעה) עם השלב השני של הבחינה החוקתית (חוקתיות הפגיעה). מיזוג כזה אפשרי באופן עקרוני, אך הוא לא אומץ בחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם. אלה הבחינו היטב בין השאלה מהי זכותו של אדם לבין השאלה אם זכות זו הופרה. כך, למשל, סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו זכותו החוקתית של אדם בישראל היא ש"אין פוגעים בקניינו של אדם". זכותו החוקתית אינה שאין פוגעים בקניינו של אדם אלא אם מקיימים את תנאיה של פסקת ההגבלה. באותו אופן, סעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי כל אדם בישראל זכאי להגנה על חייו. הסעיף אינו קובע כי כל אדם בישראל זכאי להגנה על חייו אלא אם נקבע אחרת בחוק המקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה.

השוני בין גישתה של תורת שלושת השלבים לבין גישת שני השלבים הוא מהותי.¹⁵ זכותו של אדם בישראל היא שחייו, גופו וכבודו לא ייפגעו; זכותו אינה שחייו, גופו וכבודו לא ייפגעו באופן שאינו מקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם קובעים את זכויותיו של האדם. הפגיעה בזכות זו – בין אם היא מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה ובין אם לאו – מצויה מחוץ להגדרתה של הזכות עצמה. הזכות החוקתית לחוד ופגיעה בה לפי תנאיה של פסקת ההגבלה לחוד. גם כאשר הפגיעה בזכות החוקתית מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה אין בכך כדי לשלול את אפיונה כפגיעה. הפגיעה היא פגיעה בין אם היא מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה ובין אם לאו. השוני בין שתי הפגיעות הוא לעניין חוקתיותן ותוקפן, ולא לעניין אפיוןן כפוגעות בזכות.

המבנה הבסיסי של תורת שלושת השלבים קובע את תוכנה של הבחינה התלת-שלבית. תוכן זה מבוסס על פגיעה בזכות החוקתית, על בחינת הצידוק לפגיעה ועל הסעד החוקתי שייפסק במקרה של פגיעה שאין לה צידוק. כל אחד מהשלבים הללו מחייב ניתוח משפטי נפרד ובחינה עיונית, הקובעים את תוכנו של המודל המשפטי. הכלי המשפטי שבאמצעותו נקבע תוכנה של תורת שלושת השלבים הוא הפרשנות החוקתית התכליתית. המאפיין פרשנות זו הוא שאמת-המידה שעל-פיה נקבע המובן המשפטי של הטקסט היא התכלית המונחת ביסודו. המובן המשפטי הוא הנורמה המשפטית שחולצה מבית-הקיבול הלשוני ואשר מגשימה את התכלית המונחת ביסודו של הטקסט החוקתי. על רקע המודל של תורת שלושת השלבים נפנה עתה לבחינה מקרוב של כל אחד משלושת השלבים. נתמקד בהיבטים המרכזיים בעיצוב המודל ובמגמות-היסוד שלו.

15 ראו להלן בתת-פרק ג.

ב. השלב הראשון של תורת שלושת השלבים: זכות חוקתית נפגעת על-ידי נורמה תת-חוקתית

השלב הראשון של תורת שלושת השלבים בוחן אם זכות חוקתית נפגעה על-ידי נורמה תת-חוקתית. במרכזו של שלב זה מונחת הזכות החוקתית עצמה. תורת שלושת השלבים רלוונטית רק מקום שזכות חוקתית נפגעה והפגיעה נעשתה על-ידי נורמה תת-חוקתית מוסמכת. ניתן להצביע אפוא על שלושה שלבי-משנה של השלב הראשון:¹⁶ קביעת היקפה של הזכות החוקתית, קביעת הפגיעה בה וקביעת ההסמכה לפגיעה.¹⁷ להלן נדון בשלושת שלבי-המשנה על-פי סדרם.

1. שלב-המשנה הראשון: קביעת היקפה של הזכות החוקתית

(א) היקף הזכות החוקתית וערך כבוד האדם

היקפה של הזכות החוקתית נקבע על-ידי פרשנותה התכליתית.¹⁸ על-פי הפרשנות החוקתית התכליתית, התכלית היא מכלול האינטרסים, המטרות, הערכים, היעדים, המדיניות והפונקציה שהנורמה החוקתית נועדה להגשים. על תכלית זו הפרשן לומד מכוונתם של יוצרי הטקסט החוקתי (תכלית סובייקטיבית), מההבנה הציבורית של הטקסט בעת יצירתו (ההבנה הציבורית המקורית) ומערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (תכלית אובייקטיבית). כאשר מקורות אלה אינם מובילים לכיוון אחד, הפרשנות החוקתית התכליתית מעניקה משקל נכבד לתכלית האובייקטיבית. בדרך זו יוכלו חוקי-היסוד להתמודד עם מציאות החיים המשתנה. הם ימשיכו להיות "חוקה חיה" (a living constitution)¹⁹ או "עץ חי" (a living tree).²⁰ הפרשנות החוקתית נעשית מתוך מבט רחב, היא נדיבה, ולא לגליסטית או פדנטית. היא מסתייעת במשפט המשווה.

בבסיס כל הזכויות החוקתיות הקבועות בחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם מונחת התכלית הכללית "להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוקי-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל

-
- 16 ראו בג"ץ 5998/12 רונן נ' הכנסת (פורסם בנבו, 25.8.2013).
- 17 אנו בוחנים את ההסמכה במסגרת השלב הראשון של הבחינה החוקתית שכן השלב השני מוקדש לצידוק בלבד. ניתן לדון בשאלת ההסמכה במסגרת השלב השני של הבחינה החוקתית, תוך הבחנה בין שאלת ההסמכה (המכונה בספרות שאלת ה-*legality*) לבין שאלת הצידוק (המכונה שאלת ה-*legitimacy*) – ראו VAN DER SCHYFF, LIMITATION OF RIGHTS, לעיל ה"ש 5. השוני בין הגישות מתבטא, למשל, בעניין נטל ההוכחה. אני סבור כי הנטל בעניין ההסמכה צריך להיות מוטל על הטוען לפגיעה.
- 18 על הפרשנות התכליתית ראו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט (2003). על הפרשנות התכליתית של חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם ראו אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך א 174 (2014) (להלן: ברק כבוד האדם).
- 19 ראו DAVID A. STRAUSS, THE LIVING CONSTITUTION (2010).
- 20 ראו Edwards v. Canada (Attorney General), [1930] AC 124, 136 (P.C.) (appeal taken from Can.) (Eng.).

כמדינה יהודית ודמוקרטית".²¹ הן "מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין".²²

כבוד האדם וחירות האדם הם שני ערכי-היסוד אשר חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם נועדו להגשים. "כבוד האדם בכותרת החוק ובסעיף המטרה הוא גם הגרעין המשותף התמציתי, שהוא מרכיב הבסיס של זכויות האדם, ואשר בלעדיו הן מעוקרות תוכן".²³ הוא הדין בעקרון החירות. מרכזיותם של ערכי כבוד האדם וחירותו בפרשנותם של חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם עולה גם מפסקת עקרונית-היסוד, שלפיה "זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין".²⁴ אכן, "כבוד האדם הוא הגורם המאחד את זכויות האדם לשלמות. הוא מבטיח את האחדות הנורמטיבית של זכויות האדם".²⁵ "כבוד האדם" הוא ערך מרכזי במערך זכויות האדם במשפט הישראלי. הוא משמש כערך מקריין וכערך מאזן.²⁶ "החירות והכבוד מונחים ביסוד הסדר החברתי שלנו. הם יסוד לכל שאר זכויות היסוד... על-כן, מהוות ההגנה והשמירה על חירותו של הפרט ועל כבודו ערך יסוד הפרוס על כל דברי החקיקה כולם..."²⁷

מה תוכנם של ערך כבוד האדם וערך החירות בשני חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם? שאלה זו נדונה במספר רב של פסקי-דין.²⁸ הביטוי התמציתי של ערך כבוד האדם – הכולל גם את ערך החירות – נמצא בפרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל:

במרכזו של כבוד האדם מונחת קדושת חייו וחירותו. ביסוד כבוד האדם עומדים האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי. כבוד האדם נשען על ההכרה בשלמותו הפיסית והרוחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם, וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים...²⁹

הערכים של כבוד האדם וחירותו מבוססים על חופש (חירות) הרצון של האדם ועל האוטונומיה של רצונו. זהו חופש הבחירה אשר נתון – על בסיסו של שוויון – לכל אדם באשר הוא אדם; זהו החופש לעצב את חייו, להגשים את עצמו ולטוות את "סיפור חייו". האוטונומיה של הרצון

-
- 21 ס' 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו גם ס' 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.
 22 ראו ס' 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 1 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.
 23 יהודית קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" משפטים כה 136, 129 (1995).
 24 ס' 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
 25 בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619, 681 (2006) (הנשיא א' ברק).
 26 ע"א 6871/99 רינת נ' רום, פ"ד נו(4) 72, 91 (2002) (השופט א' ריבלין).
 27 דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 740 (2000) (הנשיא א' ברק).
 28 ראו ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 18, בעמ' 244. לגישה שונה ראו אורית קמיר "זכויות כבוד סגולי וזכויות כבוד מחיה: הצעה להמשגה של זכויות אדם ועיגוןן בחוק היסוד" עלי משפט יג 37 (2016).
 29 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, לעיל ה"ש 25, בעמ' 685 (הנשיא א' ברק).

משמעותה שהאדם שולט בגורלו ובסיפור חייו. הזכות החוקתית של כבוד האדם מגשימה ערכים אלה במלוא היקפם. הזכויות החוקתיות האחרות מגשימות ערכים אלה כל אחת במסגרת הייחודית לה. כך, למשל, הזכויות החוקתיות לחיים ולגוף מממשות את האוטונומיה ואת חופש הרצון בהקשר של החיים והגוף; הזכות החוקתית לקניין מגשימה ערכים אלה בהבטיחה כרית-ביטחון רכושית למימוש חופש הרצון והאוטונומיה של הרצון הפרטי; הזכות החוקתית של החירות מגשימה ערכים אלה בהקשר של החירות האישית; והזכות החוקתית לחופש העיסוק מגשימה את האוטונומיה של הרצון הפרטי וחופש הרצון בהקשר של "עיסוק, מקצוע או משלח יד".

הפרישה הרחבה של ערכי כבוד האדם וחירותו מובילה למסקנה הפרשנית כי יש להכיר בכך שגם לכל אחת מהזכויות החוקתיות האחרות שבחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם יש פרישה רחבה.³⁰ לזכות החוקתית לכבוד האדם יש הפרישה הרחבה ביותר, שכן היא משתרעת על כל התנהגות אנושית המבטאת את אנושיותו של האדם. לעומתה, הזכויות החוקתיות האחרות מוגבלות על-ידי המובן הלשוני המפורש של הטקסט החוקתי, הקובע את הגזרה האנושית המיוחדת שבה יחולו הערכים של כבוד האדם והחירות (החיים, הגוף, הקניין, החירות האישית, הכניסה לארץ והיציאה ממנה, הפרטיות וחופש העיסוק).

(ב) תכליות מתנגשות במסגרת אותה זכות

מה יעשה הפרשן כאשר ביסוד הזכות החוקתית מונחות כמה תכליות? כאשר התכליות חופפות זו את זו, הן מחזקות זו את זו, וטבעי הוא שהפרשן יתחשב בכולן. אך מה יעשה הפרשן כאשר התכליות נוגדות זו את זו? האם עליו לאזן בין התכליות המתחרות? טלו, למשל, את הזכות החוקתית לקניין. בגדריה של זכות הקניין מונחות שתי תכליות:³¹ האחת עניינה הבטחת החירות הכלכלית של הפרט; והאחרת עניינה הבטחת האחריות החברתית של בעל הקניין. שתי תכליות אלה מצויות במתח ונוגדות האחת את רעותה. מה יעשה הפרשן? תשובתנו היא כי בקביעת תוכנה של הזכות החוקתית – דהיינו, בקביעת היקף הפעולות שהזכות משתרעת

30 ראו בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 470, 456 (1994); בג"ץ 6924/00 שטנגר נ' ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נה(2) 494, 485 (2001); בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 307, 304, 286, 202 (2006) (להלן: פרשת עדאלה נ' שר הפנים); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 584, 545 (2009); ע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית, פס' 69 – 73 לפסק-דינו של השופט נ' סולברג (פורסם בנוב, 24.4.2014) (להלן: פרשת פלוני). ראו גם EXPANDING HUMAN RIGHTS: 21ST CENTURY NORMS AND GOVERNANCE (Alison Brysk & Michael Stohl eds., 2017); Gerhard Van Der Schyff, *Interpreting the Protection Guaranteed by Two-stage Rights in the European Convention on Human Rights: The Case for Wide Interpretation*, in SHAPING RIGHTS IN THE ECHR: THE ROLE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN DETERMINING THE SCOPE OF HUMAN RIGHTS 65 (Eva Brems & Van Der Schyff, *Interpreting the Protection*: (להלן: Janneke Gerards eds., 2013) *Guaranteed*).

31 ראו אהרן ברק "הזכות החוקתית לקניין: החירות הכלכלית והאחריות החברתית" ספר נילי כהן – משפט, תרבות וספר 398 (עופר גרוסקופף ושי לביא עורכים, 2017).

עליהן, הנעשית במסגרת השלב הראשון של הבחינה החוקתית – על הפרשן להתחשב באותה תכלית המעניקה לזכות החוקתית את היקפה הרחב ביותר.³² ומה דינה של התכלית האחרת והנוגדת? תשובתנו היא כי זו אינה נעלמת. היא ממשיכה להוות את אחת התכליות של הזכות החוקתית, אשר ביטוייה יימצאו בהקשרים שונים. אחד מאותם הקשרים הוא בקביעת חוקתיותו של חוק הפוגע בזכות החוקתית לשם מימוש התכלית האמורה. הקשר זה נבחן במסגרת השלב השני של תורת שלושת השלבים. בשלב שני זה נבחן הצידוק לחקיקה הפוגעת בזכות החוקתית. חקיקה שנועדה לממש את האחריות החברתית של בעל הקניין תהיה לתכלית ראויה, וחוקתיותה תהא מותנית בכך שהיא ממלאת את תנאיה האחרים של פסקת ההגבלה. נמצא כי כאשר ביסוד הזכות החוקתית מצויות תכליות נוגדות, אל לו לפרשן לאזן ביניהן, שכן תוצאת האיזון תצמצם בהכרח את היקפה של הזכות החוקתית.

(ג) היקף הזכות החוקתית וההתחשבות באינטרס ציבורי נוגד או בזכות חוקתית נוגדת

פרשנות תכליתית של זכות חוקתית מובילה מטבע הדברים לפרישה רחבה שלה. לכן טבעי הוא שהדבר יוביל להתנגשות בין הזכות החוקתית של האדם לבין האינטרס של הציבור או להתנגשות בין זכות החוקתית של אדם לבין זכות חוקתית של אדם אחר. כך, למשל, תחולה רחבה של הזכות החוקתית לחופש הביטוי תוביל להתנגשות בינה לבין הסודיות הנדרשת מטעמים של בטחון המדינה או בינה לבין הרצון למנוע הפצתן של אמרות גזעניות, דברי תועבה או ביטויים מסיתים הפוגעים בשלום הציבור. היקף נרחב של חופש הביטוי יוביל גם לפגיעה בזכות החוקתית של אדם אחר לפרטיות או לשם טוב. האם יש בהתנגשות אפשרית זו כדי להתיר לפרשן לצמצם את היקף פרישתה של הזכות החוקתית לחופש הביטוי על-מנת להקטין את ממדי ההתנגשות? ודוק: נקודת המוצא שלנו היא שהזכות החוקתית מכוונת כלפי רשויות השלטון, וכלפיהן בלבד.³³ עמד על כך בית-המשפט העליון בצינו:

זכויות האדם שבחוקי היסוד מכוונות כנגד הרשות הציבורית. אין הן מעניקות, כשלעצמן ובמישרין, זכויות לפרט כנגד פרט. עם זאת זכויות היסוד – ושאר ההוראות החוקתיות המעוגנות בחוקי היסוד – קובעות מערכת ערכים ותפיסות יסוד אשר במסגרתם פועל ומתפתח המשפט (הציבורי והפרטי)...³⁴

תורת שלושת השלבים אינה מניחה יחס חוקתי ישיר בין הפרטים לבין עצמם. הזכות החוקתית לחופש הביטוי היא זכות החוקתית של אדם כלפי הרשויות השלטוניות; הזכות החוקתית לפרטיות והזכות החוקתית לשם טוב הן זכויות חוקתיות של אדם כלפי הרשויות השלטוניות.

32 ראו ALEXY, לעיל ה"ש 9, בעמ' 210 (Everything which has at least one characteristic, which is viewed in isolation – would suffice to bring the matter within the scope of the relevant right, does so, regardless of what other characteristics it has).

33 ראו ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 18, בעמ' 387. לדעה נוספת ראו עלי בוקשפן ואסא כשר "החלה ישירה של זכויות האדם על הכלל" עיוני משפט מ' 45 (2017).

34 ראו ע"א 6601/96 AES System Inc. נ' סער, פ"ד נד' (3) 850, 861–860 (2000) (הנשיא א' ברק). ראו גם ע"א 3156/98 בן ישי נ' ויינגרטן, פ"ד נה' (1) 939, 952 (1999).

חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם – ותורת שלושת השלבים המונחת ביסודם – אינם מניחים קיום קשר חוקתי ישיר בין פרטים לבין עצמם. הקשר החוקתי הוא כלפי הרשויות השלטוניות בלבד. אין זכות חוקתית בין בעל הזכות החוקתית לחופש הביטוי לבין בעל הזכות החוקתית לפרטיות או לשם טוב.

גישה של תורת שלושת השלבים היא כי במסגרת השלב הראשון של הבחינה החוקתית, שעניינו היקפה של הזכות החוקתית ועצם הפגיעה בה, אין לצמצם בדרך פרשנית את היקפה של הזכות החוקתית כלפי רשויות השלטון – לא בשל אינטרס ציבורי נוגד ולא בשל זכות חוקתית נוגדת. ההתנגשות בין זכות חוקתית של פרט כנגד הרשות השלטונית לבין האינטרס של הציבור או ההתנגשות בין זכות החוקתית של פרט כלפי הרשות השלטונית לבין זכות חוקתית של פרט אחר כלפי הרשות השלטונית אינה מצביעה על טעות בעיצובה של החוקה. היא אינה ביטוי לפתולוגיה חוקתית. היא ביטוי לעושרן של הזכויות החוקתיות, הנובע מהרבגוניות שבקיום האנושי, ולצורך לאזן בינן לבין האינטרס של הציבור ובינן לבין עצמן. היא ביטוי לפיזיולוגיה חוקתית בריאה. על-כן אין לתת לזכות החוקתית פירוש שנועד לצמצם את היקפה באופן שלא יתנגש באינטרס של הציבור או בזכות חוקתית אחרת. היקפה של הזכות החוקתית ייקבע על-פי פרשנותה התכליתית, ותכליתה של הזכות החוקתית אינה מושפעת משיקולים של טובת הציבור ומשיקולים של זכות חוקתית של אחר.³⁵

כיצד אפשר אפוא לפתור התנגשות בין זכות חוקתית של פרט כנגד הרשות השלטונית לבין האינטרס של הציבור או התנגשות בין זכות חוקתית של פרט כלפי הרשות השלטונית לבין זכות חוקתית של פרט אחר כלפי הרשות השלטונית? תשובתה של תורת שלושת השלבים היא כי פתרון ההתנגשות אינו בצמצום היקפו של האינטרס הציבורי ואינו בצמצום היקפן של הזכויות החוקתיות המתנגשות. במישור החוקתי כל אינטרס ציבורי וכל זכות חוקתית נשארים בהיקף שניתן להם על-פי הפרשנות התכליתית, בלא התחשבות בהתנגשות האפשרית. "פתרון של ניגודים אלה הוא בהשאת הניגוד ברמה החוקתית תוך קביעת מידתה של ההגנה הניתנת לזכויות... ברמה של חקיקה רגילה... החייבת לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה."³⁶ אכן, הרשות השלטונית, אשר "חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה",³⁷ יכולה לממש את חובתה זו רק במישור שבו היא פועלת, כלומר, במישור התת-חוקתי.³⁸ היא תעשה כן על-ידי יצירת נורמה תת-חוקתית אשר תממש באופן חלקי בלבד את האינטרס הציבורי ותמלא באופן חלקי בלבד את חובתה לממש את כל אחת מהזכויות החוקתיות במלוא היקפן. מימוש חלקי זה יפגע הן באינטרס הציבורי והן בכל אחת מהזכויות החוקתיות המתנגשות. עם זאת, פגיעה זו לא תהווה הפרה של מי מהן אם יש לה צידוק. צידוק זה ייקבע על-פי הוראותיה של פסקת ההגבלה במסגרת השלב השני של הבחינה החוקתית.

35 בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב (4) 715, 835 – 837 (2008); פרשת פלוני, לעיל ה"ש 30, פס' 69 לפסק-דינו של השופט נ' סולברג; ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 103.

36 בג"ץ 1435/03 פלונית נ' בית-הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה, פ"ד נח (1) 529, 538 (2003) (הנשיא א' ברק).

37 ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

38 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 120.

(ד) היקף הזכות החוקתית והפסול בהתנהגותו של בעל הזכות

(1) העמדה הבסיסית

נניח כי בעל הזכות החוקתית פועל במתכוון כדי לפגוע באינטרס של הציבור או בזכותו של אחר. נניח כי פעולתו נתפסת כפסולה במישור המוסרי ובמישור המשפטי כאחד. האם יש באופייה הפסול של פעולת בעל הזכות כדי להוציאה מהיקפה של הזכות? טלו את הזכות החוקתית לכבוד האדם, הכוללת בגדריה את האוטונומיה ואת חופש הרצון של האדם. האם אוטונומיה זו כוללת בחובה את הזכות לבצע עוולה אזורית או עברה פלילית? האם חופש הרצון הוא החופש לפגוע באינטרס של הציבור, יהיו התוצאות אשר יהיו? האם האוטונומיה של רצון האדם היא גם האוטונומיה לפגוע בחייו, בגופו או בכבודו של אדם אחר, תהא פעולתו בלתי-מוסרית באשר תהא? ודוק: השאלה אינה אם יש צידוק לנורמות תת-חוקתיות (כגון חקיקה) המגבילות את האוטונומיה של האדם ואת חופש הרצון שלו לבצע פעולות פסולות הפוגעות קשות באינטרס הציבורי או בזכותו של אחר. כולנו נסכים כי יש צידוק להגבלות אלה ואף חובה להטילן. בחינת תיעשה – ככל בחינה אחרת של צידוק לפגיעה בזכות חוקתית – בשלב השני של הבחינה החוקתית. השאלה הניצבת בפנינו היא אם אין מקום להוציא פעולות אלה מגדריה של הזכות החוקתית לכבוד האדם, וכך לפתור את שאלת החוקתיות של החקיקה המגינה על האינטרס הציבורי או על זכותו של אחר כבר בשלב הראשון של הבחינה החוקתית. היקפה של הזכות החוקתית (השלב הראשון של הבחינה החוקתית) מבוסס על האוטונומיה של הרצון הפרטי, על אנושיותו של האדם ועל יכולתו לכתוב את סיפור חייו. הזכות החוקתית הממשת מטרות אלה משתרעת על זכותו החוקתית של אדם לבצע פעולות הפוגעות בזכותם החוקתית של אחרים. כמובן, זכות חוקתית זו היא זכות יחסית, ועל-כן ניתן להגבילה. המשפט התת-חוקתי, כגון הדין הפלילי ודיני הנזיקין, מטילים הגבלות על כוחו של אדם לפגוע בזכותם החוקתית של אחרים. זכותו החוקתית של האדם הפוגע מתנגשת – מנקודת מבטה של המדינה – בזכותו החוקתית של הנפגע לא להיפגע. הפתרון של התנגשות זו אינו בהגבלת היקפן של הזכויות החוקתיות. הפתרון מצוי במשפט התת-חוקתי, כגון בדיני העונשין ובדיני הנזיקין, המונעים מהפוגע את האפשרות לממש את רצונו. בכך הם פוגעים בזכותו החוקתית, אך פגיעה זו תהא מידתית לרוב, כלומר, תקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. נמצא כי הפתרון לבעיית הפגיעה באדם אחר אינו בשלב הבחינה הראשון; הפתרון אינו בצמצום היקפה של הזכות החוקתית – לא של הפוגע ולא של הנפגע. הפתרון הוא במשפט תת-חוקתי מידתי הקובע את המותר ואת האסור. הפתרון הוא אפוא בשלב השני של הבחינה החוקתית, שבו ייקבע אם יש צידוק לפעולתה של הרשות השלטונית, הפוגעת בכל אחת מהזכויות המתנגשות.

(2) הזכות החוקתית לבצע עברה פלילית

על רקע זה ניתן לבחון את השאלה אם היקפה של הזכות החוקתית על-פי תורת שלושת השלבים כולל בחובו את זכותו החוקתית של אדם לבצע עברה פלילית.³⁹ תשובתה של תורת

39 ראו שם, בעמ' 66.

שלושת השלבים היא כי הפעולה העבריינית מהווה ביטוי לאוטונומיה של הרצון הפרטי. היא נכנסת אפוא לגדרה של הזכות החוקתית לכבוד האדם, והגבלתה פוגעת בכמה זכויות חוקתיות נוספות, כגון בחירותו האישית של הפרט (למשל, על-ידי מאסר או מעצר) ובקניינו (למשל, על-ידי הטלת קנס). הפעולה העבריינית נכללת במישור החוקתי, אך היא אסורה במישור התת-חוקתי. האם נובע מכך שיש לי זכות חוקתית לבצע עברה פלילית? התשובה היא כי הזכות החוקתית היא לאוטונומיה של הרצון הפרטי. המושג "עברה פלילית" אינו מושג חוקתי. האיסור החל על התנהגות פלילית אינו מעוגן בחוקה. המושג "עברה פלילית" הוא פרי יצירתו של הסדר תת-חוקתי הקבוע בחוק הפלילי. החוק הפלילי יצר מושגים זו וקבע את גבולותיה. על-פיו אין זכות לבצע עברה פלילית. נמצא כי לעברייני יש זכות חוקתית להגשמת האוטונומיה שלו (במישור החוקתי), אך הזכות לממש אוטונומיה זו מוגבלת. מוטל עליה איסור בחוק הפלילי. חוקתיותו של איסור זה נקבעת בשלב השני של הבחינה החוקתית,⁴⁰ הוא שלב הצידוק. לרוב ההוראות של הדין הפלילי יש צידוק, ועל-כן הן חוקתיות.⁴¹ ניתוח דומה יש לערוך לעניין העוולות השונות האסורות על-פי דיני הנוקין, לעניין הפרות החוזה שאסורות על-פי דיני החוזים, לעניין עשיית עושר ולא במשפט, וכיוצא באלה התנהגויות שהמשפט הפרטי אוסר. כל אלה אינם מושגים חוקתיים. הם מושגים המעוגנים במשפט הפרטי. ההסדר החוקתי עניינו האוטונומיה של הרצון הפרטי. אוטונומיה זו אינה ניתנת למימוש בכל אותם מצבים שהמשפט התת-חוקתי (הפלילי או הפרטי) אוסר, ובלבד שלאיסור יש צידוק. שאלת הצידוק נבחנת כאמור בשלב השני של הבחינה החוקתית. אולם הזכות החוקתית עצמה כוללת בהיקפה גם פעולות אשר אסורות או מוגבלות במשפט התת-חוקתי.

(3) חופש הביטוי וכוונת הדובר לפגוע, להפחיד או להטריד

הזכות החוקתית לכבוד האדם כוללת בחובה (כזכות-בת) גם את הזכות להביע דעה, ובלבד שהבעת הדעה קשורה בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם. האם בגדריה של הזכות לחופש הביטוי נכלל כל ביטוי, היא תוכנו אשר היא ותהא פגיעתו באינטרס הציבורי או בזכותו של אדם אחר אשר תהא? הזכות החוקתית לחופש ביטוי משתרעת גם על זכות ההפגנה. האם כל הפגנה, יהיו תוצאותיה אשר יהיו ותהא כוונת המפגין אשר תהא, נכללת בגדרי הזכות להפגין?

40 ראו Thebus v. S. 2003, (6) SA 505 (CC) para. 39 (S. Afr.) ("In our constitutional setting, any crime, whether common law or legislative in origin, must be constitutionally compliant.

.It may not unjustifiably limit any of the protected rights") (Moseneke J.)

41 ראו בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת – אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה, פ"ד ס' 38, 52 (2005) ("רבים הם החוקים הפוגעים בזכויות אדם חוקתיות בלא שבכך נפגעת חוקתיותם. כך למשל חוקי העונשין, החוקים בדבר מעצרים והסגרה, פוגעים באיסור ליטול או להגביל... את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת... איש איננו טוען שכל החוקים הללו הם בלתי חוקתיים... עלינו להבחין בין היקפה של הזכות לבין ההגנה עליה; בין פריסתה של הזכות לבין יכולת מימושה...") (הנשיא א' ברק).

תורת שלושת השלבים קובעת כי כל דיבור – יהא תוכנו אשר יהא, יהיו תוצאותיו אשר יהיו ותהא כוונתו של הדובר אשר תהא – כלול בגדרי הזכות החוקתית לחופש הביטוי כזכות-בת של כבוד האדם. גישה זו ננקטה גם לגבי ביטוי המהווה עברה פלילית. גישה עקרונית זו חלה גם לעניין הזכות להפגנה (כזכות-בת של הזכות לכבוד האדם וכזכות-בת של הזכות לחירות אישית). כל הפגנה, תהא כוונת המפגינים אשר תהא ויהיו תוצאותיה אשר יהיו, היא חלק מהיקפה של הזכות החוקתית להפגנה. כוונתו של המפגין לפגוע, להפחיד או להטריד אינה מוציאה את ההפגנה מגדריה של הזכות החוקתית לחופש ההפגנה. הגבלות לגבי מימושה של זכות ההפגנה ייבחנו בשלב השני של הבחינה החוקתית, הוא שלב הצידוק.

שאלה זו עלתה בפרשת נפתלי.⁴² בפרשה זו ביקש העותר להפגין ולקיים משמרת מחאה ליד ביתו של היועץ המשפטי לממשלה. הוכח כי מטרתן של ההפגנה ומשמרת המחאה הייתה להפעיל לחץ אישי על היועץ המשפטי לממשלה כדי להשפיע על שיקול-דעתו או על אופן מילוי תפקידו. על רקע תשתית עובדתית זו קבע השופט מ' מזוז:

הפגנה או עצרת מחאה ליד מעונו הפרטי של איש ציבור, מקום שקיימת חלופה אפקטיבית (כגון משרדו), מקימה חזקה כי התכלית, לפחות העיקרית, של ההפגנה או משמרת המחאה אינה מימוש חופש הביטוי והמחאה אלא ניסיון להשפעה לא לגיטימית על איש הציבור במילוי תפקידו על ידי יצירת לחץ אישי עליו ועל בני משפחתו... ועל כן פעילות כזו אינה חוסה תחת ההגנה על חירות ההפגנה.⁴³

עד כמה שדברים אלה נועדו לקבוע אמות-מידה לביסוס צידוק לפגיעה בזכות ההפגנה במסגרת השלב השני של הבחינה החוקתית, הם אכן משקפים את הדין הקיים. לעומת זאת, עד כמה שדברים אלה נועדו לצמצם את היקפה של הזכות להפגין ולקבוע כי הזכות אינה משתרעת על מקרים שבהם ההפגנה נועדה להפעיל השפעה לא-לגיטימית על איש הציבור בדרך של הפעלת לחץ עליו ועל בני משפחתו, יש בכך משום חריגה מהדין הקיים. בצדק ציינה לאחרונה השופטת א' חיות כי –

אין למצוא טעם לפגם במחאה המופנית כלפי היועץ המשפטי בעניינים הנוגעים למילוי תפקידו ותיאור מחאה זו, בין אם היא מוצדקת ובין אם לאו, כהפעלת לחץ פסול או כעבירה פלילית אין לקבלו.⁴⁴

אכן, היקפה של הזכות להפגנה אינו מותנה בכוונתו של המפגין. הפעלת לחץ אישי על איש ציבור אין בה כדי לחרוג ממסגרת הזכות להפגין. היא תישקל כבואנו לבחון את ההגבלות על

42 בג"ץ 1983/17 נפתלי נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 27.4.2017).

43 שם, פס' 16 לפסק-דינו של השופט מ' מזוז.

44 בג"ץ 6536/17 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל, פס' 23 לפסק-דינה של השופטת א' חיות (פורסם בנבו, 8.10.2017).

מימושה של הזכות להפגין. להגבלת מימוש זה צריך שיהא צידוק, אשר יבחן על-פי תנאיה של פסקת ההגבלה.

(ה) התוכן של הזכות החוקתית

(1) הטריילוגיה החוקתית

הגישה הקלסית לזכויות החוקתיות גורסת כי תפקידן הוא למנוע את הרשות השלטונית מלפגוע בפרט, וממילא זה אכן היה תפקידן המקורי. מכאן כינוין "זכויות שליליות" או "זכויות לא-פעולה" (*status negativus*). כך, למשל, על-פי גישה זו, הזכות החוקתית לכבוד האדם נועדה להגן על האדם מפני התערבות של הרשות השלטונית בכבודו. באופן דומה, הזכות החוקתית לחירות אישית נועדה להגן על הפרט מפני פגיעות בחירותו האישית. במשך השנים התברר כי תפיסת הזכויות החוקתיות כזכויות שליליות בלבד היא תפיסה צרה מדי. גברה ההכרה כי הרשות השלטונית (בעיקר המדינה) מהווה לא רק סכנה לחירותו של האדם, אלא גם מקור למימושה של חירות זו. על רקע זה החלה להתגבש ההכרה ב"זכויות חיוביות" או ב"זכויות לפעולה" (*status positivus*). כך, למשל, על הרשות השלטונית לפעול להענקת שירותי בריאות לאדם,⁴⁵ עליה להגן על מפגינים מפני המבקשים למנוע את ההפגנה, ועליה להגן על קניינו של הפרט מפני פגיעה בו על-ידי פרטים אחרים.

במשך השנים גברה ההכרה כי ההבחנה הראויה אינה בין סוגים שונים של זכויות חוקתיות, אלא בין היבטים שונים בגדריה של כל זכות וזכות. היבטים אלה אינם מוגבלים אך להיבט שלילי או להיבט חיובי. כך הוכרה "הטריילוגיה החוקתית",⁴⁶ שעל-פיה זכותו של אדם היא כי הרשות השלטונית תוקיר את הזכות החוקתית (*respect*), תגשים אותה (*fulfill*) ותגן עליה (*protect*). ההוקרה מבטאת את ההיבט השלילי של הזכות החוקתית; ההגשמה מבטאת את חובת המדינה לממש את ההיבט החיובי של הזכות החוקתית; וההגנה מבטאת את חובת המדינה למנוע צד שלישי מלפגוע בזכות החוקתית. בחוקתה של דרום-אפריקה ניתן ביטוי לשלושה היבטים אלה, ואף הוסף היבט רביעי, שעניינו קידום (*promote*) הזכות החוקתית.⁴⁷

45 ראו ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 18, בעמ' 547. לביקורת ההבחנה ראו גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד חברתי של זכויות האדם" ספר ברנזון כרך שני – בני סברה 183, 213 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000); פרנסס רדאי "הפרטת זכויות האדם והשימוש לרעה בכוח" משפטים כג 21 (1994); דפנה ברק-ארז ואייל גרוס "הזכויות החברתיות והמאבק על אזרחות חברתית בישראל: מעבר לזכות לכבוד" ספר דליה דורנר 189 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכים, 2009); אהרן ברק "הזכות החוקתית להגנה על החיים, הגוף והכבוד" משפט וממשל יז 9 (2016).

46 על "טריילוגיה" זו ראו Asbjørn Eide, *Realization of Social and Economic Rights and the Minimum Threshold Approach*, 43 I.C.J. REV. 40 (1989); IDA ELISABETH KOCH, *HUMAN RIGHTS AS INDIVISIBLE RIGHTS: THE PROTECTION OF SOCIO-ECONOMIC DEMANDS UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS* 14 (2009).

47 ס' 7(2) לחוקה של דרום-אפריקה (The state must respect, protect, promote and fulfill the rights in the Bill of Rights).

(2) הטריילוגיה החוקתית בישראל

א. הזכות להוקרה (*respect*)

תחולתה של הטריילוגיה החוקתית בישראל מעוררת בעיות פרשנות לא־פשוטות. בעיות אלה נובעות מהמבנה של שמונה הזכויות החוקתיות המעוגנות בשני חוקי־יסוד בדבר זכויות האדם. אכן, הארכיטקטורה החוקתית עשויה לא לאפשר הכרה מלאה בכל מרכיבי הטריילוגיה החוקתית בישראל. דומה שהכל מסכימים כי לכל הזכויות המעוגנות בחוקי־יסוד בדבר זכויות האדם יש היבט שלילי, שעל־פיו על הרשות השלטונית מוטלת חובת אי־פעולה. חובתה של הרשות השלטונית היא להוקיר (*respect*) את הזכויות החוקתיות.⁴⁸ על הרשויות השלטונית (המחוקקת, המבצעת והשופטת) להימנע מיצירת נורמות משפטיות הפוגעות בזכויות אלה. דבר זה עולה מההוראה שלפיה "אין פוגעים", המופיעה בכמה זכויות.⁴⁹ אולם ההיבט השלילי אינו מוגבל אך לאותן זכויות הנזקקות לדיבור "אין פוגעים". כך, למשל, להיבט השלילי ניתן ביטוי גם בהוראה כי "אין נוטלים ואין מגבילים" את הזכות לחירות אישית⁵⁰ ובהוראה כי "אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו".⁵¹ חובת ההוקרה עולה מלשונן של הזכויות השונות גם בהעדר לשון "שלילית". כך, למשל, ההוראה כי "כל אדם חופשי לצאת מישראל"⁵² מטילה חובה על המדינה לא למנוע את צאתו של אדם מישראל; ההוראה כי "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו"⁵³ משמעותה היא, בין היתר, שהרשות השלטונית אינה רשאית לפגוע בזכות זו או להגבילה. הוא הדין בזכותו של כל אזרח או תושב "לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד".⁵⁴ תחולתו של ההיבט השלילי היא על כל הזכויות החוקתיות המעוגנות בחוקי־יסוד בדבר זכויות האדם, והיא עולה גם מלשונה של פסקת ההגבלה. פסקה זו קובעת כי "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק־יסוד זה" אלא בהתקיים תנאים מסוימים. דומה שאיש לא יחלוק כי הוראה זו חלה על כל הזכויות החוקתיות, ולא רק על אלה הנזקקות לדיבור "פוגעים".

ב. הזכות להגשמה (*fulfill*)

הטריילוגיה החוקתית מכירה בהיבט של הגשמת הזכות החוקתית כדי מלוא היקפה (*fulfill*).⁵⁵

48 יש המכנים את ההיבט השלילי "חובת כיבוד" – ראו מדינה דיני זכויות האדם בישראל, לעיל ה"ש 9, בעמ' 117. אני נמנעתי ממינוח זה, שכן הוראת הכיבוד שבס' 11 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו ("כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק־יסוד זה") חלה על כל ההיבטים, ולא רק על אחד מהם.

49 ראו ס' 2, 3 ו־7(ד) לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.

50 ס' 5 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.

51 ס' 7(ב) לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.

52 ס' 6(א) לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.

53 ס' 7(א) לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.

54 ס' 3 לחוק־יסוד: חופש העיסוק.

55 ראו ברק "הזכות החוקתית להגנה על החיים, הגוף והכבוד", לעיל ה"ש 45; רונן פוליאק "סעד החובה לחוקק: הצעה למתווה הדרגתי" משפטים 675 (2017). ראו גם Dieter Grimm, *The Protective Function of the State, in EUROPEAN AND US CONSTITUTIONALISM* 137 (Georg Nolte ed., 2005); SANDRA FREDMAN, *HUMAN RIGHTS TRANSFORMED: POSITIVE RIGHTS AND*

על הרשות השלטונית ליצור תשתית נורמטיבית המגשימה זכויות אלה כדי מלוא היקפן. במשפט המשווה היבט זה מודגש במיוחד בזכויות החברתיות. כאשר מופרת זכות חברתית – כגון הזכות לחינוך, הזכות לבריאות או הזכות לדיוור – חובתה של המדינה אינה מתמצית בכך שהיא מוקירה זכויות אלה בדרך של אי-פגיעה בהן. מוטלת עליה החובה להגשים את הזכות החוקתית, שכן רק על-ידי פעולותיה החיוביות ניתן להגשימה. הדבר מחייב אותה להבטיח מסגרת נורמטיבית המגשימה זכויות אלה. המאפיין מצבים אלה הוא שלשם מימושה של חובת המדינה להגשמת הזכות החוקתית אין היא חייבת לפגוע בזכות חוקתית של צד שלישי.⁵⁶ ההגשמה נעשית במסגרת האמצעים העומדים לרשות המדינה, והפגיעה בצדדים שלישיים היא רק פגיעה עקיפה, שכן היא משפיעה על חלוקת המשאבים הלאומיים ועל סדרי העדיפויות הלאומיות אך מבלי להשפיע באופן ישיר על זכויותיהם החוקתיות של אחרים. האם חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם מכירים בחובת הרשות השלטונית להגשים את הזכויות החוקתיות כדי מלוא היקפן? תשובה חיובית לכך ניתנת בהוראת סעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע כי "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו". בפרשו הוראה זו ציין בית-המשפט העליון:

...מוטלת עליה [על המדינה] החובה להגן על כבוד האדם. זהו ההיבט ה"חיובי" (ה-*status positivus*) של הזכות. הוא מעוגן בסעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. שני ההיבטים (ה"שלילי" (הפסיבי) וה"חיובי" (האקטיבי)) הם חלקים שונים מן השלם, שהוא הזכות החוקתית לכבוד. שניהם נובעים מפירושה של הזכות לכבוד כפי שהיא מעוגנת בחוק היסוד. אין בכורה להיבט זה לעומת היבט אחר... איסור הפגיעה בכבוד וחובת ההגנה על הכבוד מטילים שניהם חובות משמעותיות על המדינה ועל הפרטים החיים בה.⁵⁷

על רקע זה נפסק כי הזכות החוקתית לכבוד האדם מטילה על המדינה את החובה לדאוג לקיום מינימלי בכבוד, את החובה להבטיח טיפול רפואי בסיסי וכן את החובה להבטיח גישה למקורות מים.⁵⁸

ההיבט החיובי של הזכות החוקתית מטיל על הרשות השלטונית את החובה להגשים (fulfill) את הזכות החוקתית כדי מלוא היקפה. מהו תוכנה של חובה זו? התשובה היא כי חובת ההגשמה מטילה על הרשות השלטונית את החובה לקיים מערכת נורמטיבית אשר תבטיח

POSITIVE DUTIES (2008); DIMITRIS XENOS, POSITIVE OBLIGATIONS OF THE STATE UNDER THE EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS (2012).

56 ראו Minister of Health v. Treatment Action Campaign (No. 2), 2002 (5) SA 721 (CC) (S. Afr.).

57 בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס' 464, 478–479 (2005) (הנשיא א' ברק). ראו גם פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, לעיל ה"ש 25, בעמ' 681; פרשת חסן, לעיל ה"ש 3, פס' 33 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש; בע"מ 7141/15 פלונית נ' פלונית, פס' 8 לפסק-דינו של השופט ח' מלצר (פורסם בנבו, 22.12.2016).

58 ראו ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 18, בעמ' 598.

לפרט הגשמה מלאה של התכלית המונחת ביסוד הזכות החוקתית. לעניין הזכות לחיים, הזכות לגוף והזכות לכבוד האדם, על הרשויות השלטוניות להבטיח זכויות אלה על-ידי הבטחת מינימום של קיום בכבוד, בריאות, מזון, דיור, חינוך וכיוצא בהם אמצעים המשמשים להגשמתן של זכויות אלה. על רשויות השלטון לנקוט את האמצעים העומדים לרשותן כדי שזכויות חוקתיות אלה ימומשו במלוא היקפן. משמעותה של חובה זו היא שעל הרשות המחוקקת מוטלת החובה לקבוע מסגרת נורמטיבית שתאפשר לרשות המבצעת לממש את חובותיה החוקתיות.

האם חובת ההגשמה מוכרת בישראל לעניין זכויות חוקתיות שהוראת סעיף 4 אינה חלה עליהן? שאלה זו טרם התעוררה בישראל. נראה לנו כי אין קושי פרשני במתן תשובה חיובית לשאלה זו לעניין חובת ההגשמה של הזכות החוקתית הקובעת כי "כל אדם חופשי לצאת מישראל" או כי "כל אזרח ישראלי הנמצא בחוץ לארץ זכאי להיכנס לישראל".⁵⁹ כדי לממש זכויות אלה, יש להגשימן על-ידי חקיקה מתאימה. חקיקה זו אין בה כדי לפגוע בצד שלישי, ובלעדיה אין אפשרות להגשים את הזכות החוקתית.

מה הדין לעניין זכות הקניין והזכות לחירות אישית? חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "אין פוגעים בקניינו של אדם" ו"אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם".⁶⁰ האם מוטלת על הרשות השלטונית החובה להבטיח מסגרות נורמטיביות אשר יאפשרו לבעל זכות הקניין להגשים את זכות הקניין שלו ויאפשרו לבעל הזכות לחירות להגשים את חירותו האישית, וזאת מבלי שהדבר יפגע בזכויות של צד שלישי? שאלה זו טרם נפתרה. לדעתנו, המבנה של הזכויות החוקתיות ופרשנותן התכליתית מוביל למסקנה כי הזכות להגשים (כמובנה בטריולוגיה החוקתית) נתונה רק במסגרת ס' 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. היא משתרעת אפוא אך ורק על הזכות החוקתית לחיים, הזכות החוקתית לגוף והזכות החוקתית לכבוד האדם.

ג. הזכות להגנה (*protect*)

הטריולוגיה החוקתית מכירה בזכות להגנה (*protect*) כהיבט של כל זכות וזכות. היבט זה של הזכות מטיל על הרשות השלטונית את החובה להגן על זכויותיו של אדם מפני פגיעה בהן על-ידי צד שלישי. העדרה של מסגרת נורמטיבית שתבטיח הגנה זו מהווה אי-מימוש של החובה החוקתית האמורה. אם לאי-מימוש זה אין צידוק, לפנינו מחדל חקיקתי (*legislative omission*).⁶¹ כך, למשל, מוכרת חובתה של המשטרה להגן על אדם מפני פגיעה בו על-ידי עבריינים. ביסודה של חובת ההגנה מונחת הגישה כי המשפט מבקש למנוע אדם שזכותו החוקתית נפגעה על-ידי צד שלישי מלנקוט כלפיו אמצעים של הגנה עצמית. כנגד איסור ההגנה העצמית המשפט מעמיד את חובתה של המדינה להגן על האדם שנפגע על-ידי צד שלישי ואינו יכול לפעול כלפיו. חובתה החוקתית של המדינה להגן נועדה להחליף ולשלול את זכותו של הנפגע להגנה עצמית.

59 ס' 6 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

60 ס' 3 ו-5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

61 ראו Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study* (2011).

האם היבט זה מוכר במסגרת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו?⁶² לכאורה התשובה לשאלה זו פשוטה. הזכות להגנה מעוגנת בסעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שבו נקבע בלשון מפורשת כי "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו". אולם על-פי תשובה זו, הזכות להגנה מוגבלת לשלוש הזכויות החוקתיות שסעיף 4 דן בהן – הזכות לחיים, הזכות לגוף והזכות לכבוד – ולהן בלבד. אין היא חלה לגבי הזכויות האחרות הקבועות בחוק-היסוד בדבר זכויות האדם. כך, למשל, אין היא חלה לעניין הזכות לקניין או הזכות לחירות אישית. לדעתי, חובת ההגנה על הזכות החוקתית מפני פגיעה בה על-ידי צד שלישי משתרעת על כל הזכויות שבחוק-היסוד בדבר זכויות האדם, ולא רק על הזכות לחיים, הזכות לגוף והזכות לכבוד. העיגון לחובה זו אינו בהוראת סעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הוראה זו מבססת את חובתה של הרשות השלטונית להגשים (fulfill) את הזכות החוקתית, שכן רק פעולותיה החיוביות של הרשות השלטונית יממשו את הזכות החוקתית. חובת ההגנה על בעל הזכות מפני פעולות של צד שלישי מעוגנת בהיבט השלילי שבכל זכות.⁶³ על-פי גישה זו, אין הרשות השלטונית יוצאת ידי חובתה לא לפגוע בזכות החוקתית אם היא יודעת או צריכה לדעת כי צד שלישי יפגע בבעל הזכות והיא אינה מונעת זאת ממנו. חובת ההגנה על הזכות מפני פגיעה בה על-ידי צד שלישי היא צידה האחר של החובה לא לפגוע בזכות החוקתית על-ידי פעולה עצמית של הרשות השלטונית. כך, למשל, מן החובה המוטלת על הרשות השלטונית לא לפגוע בזכות הקניין של אדם מוסקת חובתה של הרשות השלטונית, אם היא יודעת או צריכה לדעת על פעולותיו הפוגעות של צד שלישי בזכות החוקתית של אדם, למנוע את הפגיעה בה על-ידי אותו צד שלישי. באופן דומה, מן החובה המוטלת על הרשות השלטונית לא לפגוע בחירותו האישית של אדם ניתן להסיק את חובתה להגן על חירותו האישית של אדם מפני פגיעה בה על-ידי צד שלישי, מקום שהיא יודעת או צריכה לדעת על פגיעה זו.⁶⁴ לדעתי, ניתן להסיק חובת הגנה זו רק אם הרשות השלטונית מודעת או צריכה להיות מודעת לפגיעות של הצד השלישי. אם תנאי זה מתקיים, ניתן לקבוע כי מחדלה של הרשות השלטונית פגע בזכות חוקתית.⁶⁵

על-פי גישתנו, כדי לצאת ידי חובת ההגנה כלפי בעל הזכות החוקתית, על הרשות השלטונית למנוע צד שלישי מלפגוע בבעל הזכות החוקתית. פעולות מניעה אלה של הרשות השלטונית כלפי הצד השלישי יפגעו לרוב באוטונומיה ובחופש הרצון שלו, ובכך יביאו לידי פגיעה בזכות החוקתית של הצד השלישי כלפי הרשות השלטונית. התוצאה היא שהרשות

62 לשאלה זו ראו עניין פלונית נ' פלונית, לעיל ה"ש 57, פס' 8 לפסק-דינו של השופט ח' מלצר.
 63 *Marckx v. Belgium*, 2 Eur. Ct. H.R. (1979) 330 ("in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective 'respect' for family life").
 64 *Storck v. Germany*, 43 Eur. Ct. H.R. (2006) 96; *Stanev v. Bulgaria*, 55 Eur. Ct. H.R. (2012) 696. ראו גם להלן בחלק ב(ד).
 65 *Laurens Lavrysen, The Scope of Rights and the Scope of Obligations: Positive Obligations*, in *SHAPING RIGHTS IN THE ECHR: THE ROLE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN DETERMINING THE SCOPE OF HUMAN RIGHTS* 162, 169 (Eva Brems & Janneke Gerards eds., 2013). ראו גם *XENOS*, לעיל ה"ש 55, בעמ' 73.

השלטונית תמצא את עצמה במצב של חובות חוקתיות מתנגשות. כפי שראינו,⁶⁶ פתרון ההתנגשות אינו נערך במישור החוקתי. הפתרון טמון במציאתה של נורמה תת-חוקתית – כגון חקיקה באשר לתפקידה ולסמכויותיה של המשטרה – אשר תקבע כיצד על הרשות השלטונית לממש את חובותיה החוקתיות הנוגדות. מימוש זה יפגע לרוב הן בזכות החוקתית להגנה של בעל הזכות האחת, אשר לא תוגשם במלואה, והן בזכות החוקתית של הצד השלישי, אשר תוגבל. פגיעה כפולה זו תהא חוקתית אם יהא לה צידוק, כפי הקבוע בדיני המידתיות שבפסקת ההגבלה.

(ו) היקף הזכות החוקתית – הגרעין והשוליים

נורמה משפטית כוללת בחובה גרעין או ליבה (core) ושוליים או מעטפת (penumbra).⁶⁷ להבחנה זו יש חשיבות רבה בתורת הנורמות המשפטיות, ויש לה חשיבות גם בתורת הזכויות החוקתיות.⁶⁸ ההבחנה בין גרעינה של זכות חוקתית לבין שוליה נערכת על רקע התכליות המונחות ביסודה של הזכות החוקתית. תכליות אלה אינן בעלות חשיבות אחידה – יש תכליות חשובות יותר ותכליות חשובות פחות. הגרעין של הזכות החוקתית מגשים את התכליות החשובות ביותר שהזכות החוקתית נועדה להגשים. השוליים של הזכות החוקתית מגשימים את התכליות החשובות פחות שהזכות החוקתית נועדה להגשים.

ההבחנה בין גרעינה של זכות חוקתית לשוליה אינה רלוונטית לעניין קביעת היקפה של הזכות החוקתית. הן הגרעין והן השוליים הם חלק בלתי-נפרד מן הזכות החוקתית.⁶⁹ קביעת היקפה של הזכות החוקתית מצויה בשלב הראשון של הבחינה החוקתית. שלב זה בוחן אם חוק פוגע בהיקפה של הזכות החוקתית. לעניין שלב זה דין גרעינה של הזכות החוקתית כדין שוליה: שניהם מצויים בגדר הזכות החוקתית, והבחינה הנעשית בשלב הראשון משתרעת על שניהם.⁷⁰ משנקבע כי זכות חוקתית נפגעת (אם בגרעינה ואם בשוליה), הבחינה החוקתית עוברת לשלבה השני. כאן נבחנת השאלה אם הפגיעה בזכות החוקתית מוצדקת. פגיעה מוצדקת אם היא פגיעה מידתית. בשלב זה מתבטאת הרלוונטיות של ההבחנה בין פגיעה בליבתה של הזכות לבין פגיעה בשוליה.⁷¹ עמד על כך השופט א' ריבלין:

אפילו מדובר בהיבט 'פריפריאלי' של הזכות... אין בכך כדי להשפיע על הגדרת הזכות. נקודת המוצא צריכה להניח הגדרה נדיבה. ההגבלה – העשויה להביא

66 ראו לעיל בחלק ב(ג).

67 להבחנה זו ראו ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 18, בעמ' 360.

68 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 30, בעמ' 398–399.

69 ראו בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פ"ד נז(1) 419, פס' 3 לפסק-דינה של השופטת ד' ביניש (2002).

70 לגישה שונה ראו את פסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה בפרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 35, בעמ' 898.

71 ראו בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 49 (1997); פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 35, בעמ' 761 (השופטת מ' נאור) ו-808 (הנשיאה ד' ביניש); פרשת משפחה חדשה, לעיל ה"ש 69, פס' 3 לפסק-דינה של השופטת ד' ביניש. ראו גם בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, פ"ד סו(1) 274, פס' 24 לפסק-דינו של השופט י' עמית (2013).

בחשבון את מיקומו של המקרה בשולי הזכות או בגרעינה – צריך לה שתובא בחשבון במסגרת יישום פסקת ההגבלה. האיזון שבין זכויות הפרט לבין האינטרס הציבורי או בין לבין עצמן, צריך שייעשה במסגרת פסקת ההגבלה.⁷²

על-כן, במסגרת היקפה של הזכות החוקתית מצויה כל התנהגות הנופלת לגדריה, היא אופייה טריוויאלי כאשר יהא. בגדרה של הזכות נכללים עניינים חשובים ועניינים חסרי חשיבות. הגורסים כי אין לכלול בהיקפה של הזכות החוקתית עניינים חסרי חשיבות צריכים לקבוע אמת-מידה לקביעת חשיבותה של פעולה. לדעתי, אמת-המידה היא סובייקטיבית, ונקבעת על-ידי כל פרט ופרט. על רקע גישה זו לא התקשה בית-המשפט החוקתי הגרמני לקבוע כי הזכות להגשמה עצמית של אדם, המעוגנת בסעיף 2(1) לחוק-היסוד הגרמני, כוללת בחובה את זכותו של אדם להזין יונים בככרות העיר⁷³ ולרכוב על סוסים בשביליה.⁷⁴ בצדק ציין מולר (Möller):⁷⁵

The only possible conclusion is that... it should be acknowledged that the scope of freedom protected by rights must extend to *everything which is in the interest of a person's autonomy*.

על רקע גישה זו, רשות שלטונית המחייבת את עובדיה ללבוש תלבושת אחידה בעת עבודתם פוגעת בזכותם החוקתית לכבוד האדם, הכוללת בחובה את זכותם ללבוש את אשר יחפצו.⁷⁶ באופן דומה, לכל אדם יש הזכות החוקתית שהטלוויזיה תשודר בצבע, ולא רק ב"שחור-לבן".⁷⁷ יהיו עניין הלבוש או עניין הצבע טריוויאליים ככל שיהיו, הם חלק מזכותו החוקתית של אדם לאישיותו, וזכות זו מהווה חלק מכבוד האדם שלו.

(ז) היקף הזכות החוקתית – זכות-האם (זכות-המסגרת) וזכויות-הבת

הזכויות החוקתיות בשני חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם מעגנות בחובן ערכים המבוססים על הכללות המחייבות קונקרטיזציה. לשון הזכויות היא בעלת רקמה פתוחה (open texture) ועמומה (vague). הזכויות החוקתיות הללו הן במהותן זכויות-מסגרת. הזכות, על-פי ניסוחה, "אין היא מפרטת בלשונה במפורש את סוגי הפעולות הפרטיקולריות שעליהן היא משתרעת".⁷⁸ היא מהווה "קורת גג משותפת"⁷⁹ שבגדרה מצטופפים מצבים שונים ומגוונים,

72 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 30, בעמ' 549. כן ראו בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 1, פס' 26 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין (2012).
73 ראו BVerfGE 54, 143 (1980).
74 ראו BVerfGE 80, 137 (1989).
75 ראו MÖLLER, לעיל ה"ש 9, בעמ' 76.
76 אך ראו ע"א 396/00 בן-דע נ' אגד – אגודה שיתופית לתחבורה בע"מ, פ"ד נו(1) 851, 853 (2001).
77 אך ראו בג"ץ 112/77 פוגל נ' רשות השידור, פ"ד לא(3) 665, 657 (1977).
78 ראו פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 30, בעמ' 293 (הנשיא א' ברק).

אשר המשותף לכולם הוא שהם ביטוי לעיקרון הכללי המעצב את הזכות. לשם הנוחות ניתן למיין מצבים אלה ולקבץ אותם לקטגוריות, אשר כולן נופלות בגדרו של העיקרון הכללי.⁸⁰ מזכויות-המסגרת אפשר לגזור או להקרין זכויות-מסגרת נוספות ברמות הפשטה נמוכות יותר.⁸¹ ברמת ההפשטה הנמוכה ביותר יתקבצו תחת קורת-הגג של זכות-המסגרת הזכויות הפרטיקולריות, המתמקדות בסוג פעולה ספציפי ובהתנהגות אנושית מיוחדת.

זכות-המסגרת היא זכות-אם.⁸² ממנה נגזרות זכויות-בת. ניתן לראות בזכות-האם עץ, ובזכויות-הבת – ענפים המשתרגים ממנו.⁸³ אין לקבוע מראש את מספר זכויות-הבת ואת מספר הקטגוריות שאליהן הן משתייכות. הקטגוריות של זכויות-הבת פתוחות. זכויות-הבת הן עצמן זכויות-מסגרת ברמת הפשטה נמוכה יותר. אפשר לגזור מתוכן זכויות נוספות – "נגזרת שבנגזרת (זכות נכדה)".⁸⁴ בסוף התהליך ניצבת זכות פרטיקולרית.

גזירתן של זכויות-הבת מזכות-האם נעשית על-פי הכללים לפרשנות חוקתית. כללים אלה קובעים את הגבולות לאפשרויות הגזירה. גבולות אלה נתחמו על-פי לשונה של זכות-האם ועל-ידי התכלית המונחת ביסודה של זכות זו. כך, למשל, הזכויות החוקתיות לשוויון, לשם טוב, לחינוך, למשפחה, להורות, לקיום מינימלי בכבוד ולחופש הביטוי – עד כמה שתכליתן היא להגשים את התכלית המונחת ביסוד כבוד האדם – הן זכויות-בת של כבוד האדם. אין להיבט של השם הטוב מעמד שונה מכל היבט אחר של אנושיות האדם.⁸⁵ אין כל הבדל בין שמו הטוב של האדם כזכות-בת אשר נגזרת (או מוקרנת) מכבודו כאדם לבין השוויון של האדם כזכות-בת אשר נגזרת (או מוקרנת) מכבודו כאדם. באופן דומה, זכות-הבת לקניין במשפט הפרטי וזכות-הבת לקניין במשפט הציבורי הן שתי זכויות-בת של זכות-האם לקניין.

זכויות-הבת הן חלק מזכות-האם. שמן הוא כשמה של זכות-האם. אין להן שמות משלהן. כך, למשל, לזכות הקניין במקרקעין אין שם משלה. הוא הדין לגבי הקניין הציבורי (כגון רשיונות). כל אלה הן זכויות-בת של זכות-האם לקניין. זהו שמה של הזכות, והוא משתרע על כל הזכויות הנגזרות ממנה. הוא הדין לגבי זכות-הבת לחופש הביטוי, זכות-הבת לשם טוב או זכות-הבת לקיום מינימלי בכבוד. לזכויות-בת אלה לא קבעו חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם שם פרטי משלהן. שמן כשם משפחת אמן – כבוד האדם.

זכויות-הבת הנגזרות מזכויות-האם הקבועות בחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם אינן זכויות משתמעות.⁸⁶ הן אינן מעוגנות במובן המשתמע מלשונם של חוקי-היסוד בדבר זכויות

79 ראו רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר, פס' 3 לפסק-דינה של השופטת ע' ארבל (פורסם בנבו, 12.11.2006).

80 ראו פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 30, בעמ' 293–294.

81 ראו, למשל, דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1, 78 (1998). ראו גם פרשת משפחה חדשה, לעיל ה"ש 69, בעמ' 451.

82 על זכות-אם ראו ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 18, בעמ' 303.

83 ראו פרשת רינת, לעיל ה"ש 26, פס' 18 לפסק-דינו של השופט א' ריבלין.

84 ראו פרשת גלאון, לעיל ה"ש 72, פס' 27 לפסק-דינו של השופט ח' מלצר.

85 ראו בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 866 (1999). השופט מ' חשין רואה בשם הטוב את בנו של כבוד האדם, בציינו כי הוא "הינו בנו-בכורו".

86 על הזכויות המשתמעות ראו אהרן ברק "על ההשתמעות בחוקה הכתובה" משפטים מה 573 (2016).

האדם.⁸⁷ הן זכויות הנובעות מהמובן המפורש של הטקסט החוקתי.⁸⁸ שמן כשם אמן, הן חלק בלתי-נפרד ממנה. הן אינן זכויות "בלתי-כתובות".⁸⁹ על-כן זכות-הבת לחיי משפחה וזכות-הבת לשוויון הן חלק מזכות-האם לכבוד האדם. באופן דומה, הזכות למקרקעין והזכות למיטלטלין הן זכויות-בת של הזכות לקניין. אין אלה זכויות ללא טקסט חוקתי או ללא לשון חוקתית.⁹⁰ הן חלק מזכות-האם. הטקסט שלהן הוא הטקסט של זכות-האם. מבחינתה של לשון הטקסט, דין זכות חוקתית ששמה כשם האם כדין זכות חוקתית בעלת שם מיוחד. שתיהן זכויות חוקתיות מפורשות.

לעיתים מכנים את זכויות-הבת של זכויות-האם המעוגנות במובן הלשוני המפורש של חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם "זכויות בלתי-מנויות".⁹¹ עד כמה שכיניו זה מבטא את הרעיון שזכויות אלה לא נקבעו במפורש בחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם משום ששמן לא הוזכר, אני חולק על כינוי זה.⁹² עם זאת, עד כמה שהכינוי "זכויות בלתי-מנויות" מכוון לכך שזכויות אלה אינן זכויות עצמאיות בגדרי חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם, גישה זו משקפת כמובן את המציאות. אכן, "הזכויות הבלתי-מנויות" אינן זכויות עצמאיות; אין הן עומדות על רגליהן שלהן. הן נגזרות מזכויות-מסגרת (זכויות-אם) הקבועות במפורש בחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם. הן מנויות כזכויות-בת בגדריה של זכות-אם.

- 87 ראו פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 30, בעמ' 293.
- 88 שונה גישתה של השופטת ד' דורנר. על-פי גישתה, ההכרה בזכות לשוויון ובזכות לחופש הביטוי כחלק מהזכות לכבוד האדם היא הכרה בזכויות "שלא צוינו בו במפורש". ראו בג"ץ 8238/96 אבו עראר נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 26, 46 (1998). ראו גם ע"א 751/10 פלוני נ' דיין-אורבך, פ"ד סה(3) 369, פס' 3-4 לפסק-דינו של השופט י' עמית, שם הוא מציין כי חופש הביטוי והזכות לשוויון "אינן] בכלל הזכויות המנויות במפורש בחוק היסוד", וזאת להבדיל מהזכות לשם טוב, הקבועה במפורש בחוק-היסוד, שכן "שם טוב=כבוד". לדעתי, הזכויות לחופש הביטוי, לשוויון ולשם טוב נובעות מהמובן המפורש של לשון חוקי-היסוד. הן אינן נובעות מהמובן המשתמע.
- 89 ראו פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 30, בעמ' 293 ובהמשך בעמ' 303 (הנשיא א' ברק).
- 90 גישה שונה ביטא השופט נ' הנדל בפרשת גלאון, לעיל ה"ש 72, בפס' 2 לפסק-דינו. דומה כי השוני בין גישתו לגישתי הוא בשימוש בביטוי "מפורש". גם השופט נ' הנדל סבור כי הזכות לשוויון – אשר לגישתו אינה "מפורשת" – היא חלק מכבוד האדם, אך בלבד שהפגיעה בכבוד האדם היא "בעוצמה גבוהה".
- 91 ראו הלל סומר "הזכויות הבלתי-מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח 257 (1997).
- 92 לביקורת על המושגיות של זכויות בלתי-מנויות ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 79. ראו גם Ronald Dworkin, *Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should be Overruled*, 59 U. CHI. L. REV. 381 (1992); Richard A. Posner, *Legal Reasoning from the Top Down and from the Bottom Up: The Question of Unenumerated Constitutional Rights*, 59 U. CHI. L. REV. 433 (1992).

(ח) ביקורת על היקפה של הזכות החוקתית

(1) לזכות החוקתית ניתן היקף רחב מדי

לדעת המבקרים, לזכות החוקתית ניתן מובן רחב מדי. לטענתם, פירוש מרחיב מדי עלול להביא בסופו של יום לידי פגיעה בזכות החוקתית.⁹³ גישה זו מבוססת על ההנחה שהרחבת היקף הזכות עלולה לגרום לכך שבמסגרת פסקת ההגבלה ועקרון המידתיות יוכר תוקפה של חקיקה הפוגעת בהיקפה של הזכות החוקתית אף שאין לה צידוק. לדעתי, הגדלת טווח המקרים שיובאו להכרעה בגדריה של פסקת ההגבלה לא תוביל לדילול הבחינה החוקתית בשלב זה ולהכרה בתוקפן של פגיעות אשר ללא הפרשנות הרחבה לא היו נתפסות כמוצדקות. המשפט המשווה מראה כי ברבות משיטות המשפט ניתן לזכות החוקתית מובן רחב, ואף על-פי-כן אי-אפשר לבסס מכך ממצא כי הדבר מביא לידי הכרה בחוקתיותן של פגיעות בזכות החוקתית אשר אין להן צידוק. לעומת זאת, הימנעות ממתן פירוש נרחב משמעותה שחקיקה הפוגעת בזכות החוקתית על-פי פירוש מורחב זה תהא חוקתית, מבלי שיהא אפשר לבחון את חוקתיותה באמות-המידה של פסקת ההגבלה.

הגישה הביקורתית מעוררת את השאלה מתי הפירוש רחב מדי. מהו הגבול שאותו אין לחצות? כך, למשל, יש הטוענים כי בגדרי הזכות החוקתית אין לכלול פעולות חסרות חשיבות מיוחדת. ב' מדינה מצייין כי אין זה ראוי לכלול בגדרה של זכות חוקתית הגנה על עניינים טריוויאליים. יש לכלול בגדרה רק עניינים "בעלי חשיבות רבה למימוש האוטונומיה של הפרט".⁹⁴ לדעתי, יש לכלול בגדרי הזכות החוקתית כל פעולה, תהא חשיבותה אשר תהא.⁹⁵ אם כבוד האדם מבקש להגשים את האוטונומיה של הרצון הפרטי, מה לנו אם הרצון הפרטי רב חשיבות או חסר חשיבות? מהי בכלל אמת-המידה לחשיבותו של הרצון? האם המבחן הוא סובייקטיבי (חשיבות הרצון מנקודת-מבטו של בעל הזכות) או אובייקטיבי (חשיבות הרצון בעיני האדם הממוצע או הסביר)?

יש הטוענים כי הפרשנות הרחבה של הזכות החוקתית מובילה לטריוויאליזציה של זכויות אדם ולפגיעה בהן בטווח הרחוק. אין באפשרותנו לקבל טיעון זה. אומנם יהיו מקרים שבהם עשוי להיווצר רושם של "טריוויאליזציה של הזכות", אולם יהא זה רושם ראשוני בלבד, שכן הכל מבינים כי מערכת שלמה של חקיקה פוגעת בזכויות חוקתיות ומקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה. על-ידי כך מתאפשרים חיי חברה תקינים. שאלת חוקתיותה של מערכת זו תיבחן, אם בכלל, בשלב השני של הבחינה החוקתית.⁹⁶

טיעון אחר הוא כי מתן מובן רחב להיקפה של הזכות החוקתית גורר "זילות" של השיח החוקתי ו"פגיעה" בו.⁹⁷ אלה עלולות להתבטא, בין היתר, בהנמכת קומתו של המחוקק, שכן

93 ראו פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 30, בעמ' 395–396 (המשנה לנשיא (בדימ') מ' חשין); פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 35, בעמ' 870 (השופט א' פרוקצ'יה).
 94 ראו מדינה דיני זכויות האדם בישראל, לעיל ה"ש 9, בעמ' 548.
 95 ראו Möller, לעיל ה"ש 9, בעמ' 74.
 96 ראו Ferreira v. Levin, 1996 (1) SA 984 (CC) para. 82 (S. Afr.).
 97 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 30, בעמ' 358. ראו גם שם, פס' 41 לפסק-דינו של המשנה לנשיא (בדימ') מ' חשין.

כל דבר חקיקה סופו לפגוע בזכויות אדם על-פי הגדרתן הרחבה. אם כל פגיעה כזו תועבר להכרעתו של בית-המשפט, מה יהא על המחוקק? אכן, הטיעון כי "כבוד האדם אינו צריך לדחוק את כבוד החוק"⁹⁸ הוא טיעון חשוב. כבוד המחוקק יקר בעיני כל מי שהדמוקרטיה וזכויות האדם יקרים בעיניו. אולם אין כל סתירה בין גישתנו בדבר היקפן של זכויות האדם לבין כבודו של המחוקק, כשם שאין כל סתירה בין ביקורת שיפוטית על חוקתיות של החוק לבין כבודו של החוק. הכבוד לחוק ולמחוקק נעוץ בכיבודם של החוקה וחוקי-היסוד. כאשר בית-משפט בוחן אם הרשות המחוקקת מכבדת את הזכויות החוקתיות, אין בכך כדי לפגוע בכבודו של המחוקק. כבודו של המחוקק הוא בכיבודה של החוקה. לגישתי, היחס הראוי בין המחוקק לשופט הוא יחס של דיאלוג חוקתי, ולא מונולוג, בין מונולוג של המחוקק ובין מונולוג של השופט.⁹⁹

גישתנו מגדילה את טווח המקרים שבהם הרשות השלטונית נדרשת להצדיק את התנהגותה. ניתן לטעון כי בכך מוטל נטל כבד מדי על הרשות השלטונית. כן ניתן לטעון כי הדבר עלול לגרום להשפעה "מצננת" על רשויות השלטון, אשר יימנעו מלהגן על זכויות אדם ועל אינטרסים של הציבור מחשש שבית-המשפט יקבע כי הפעולה אינה צולחת את דרישותיה של פסקת ההגבלה. לטיעונים אלה אין ביסוס עובדתי. הנטל המוגבר המוטל על בית-המשפט החוקתי הגרמני אינו נתפס כנטל כבד מדי, ואין שם טענה בדבר השפעה מצננת. הוא הדין, לדעתי, בישראל. זאת ועוד: מהו נטל כבד "מדי"? כיצד נמדדת ההשפעה ה"מצננת"? אם הרשות השלטונית סבורה כי יש צידוק לפעולה, וכי היא נוהגת על-פי הנדרש בפסקת ההגבלה, עליה לממש את רצונה; טיעוני הנטל הכבד או ההשפעה המצננת אינם צריכים להשפיע עליה. אכן, אני סבור שהם גם אינם משפיעים עליה הלכה למעשה.

לבסוף, נטען כי פרשנות מרחיבה של היקף הזכות החוקתית סופה להעמיס מעמסה כבדה מדי על בתי-המשפט.¹⁰⁰ הבסיס העובדתי לטיעון זה חסר. הניסיון בישראל ובעולם המערבי אינו תומך בו. על כל פנים, אם ההצפה הצפויה על-פי טיעון זה בוא תבוא, יצטרך בית-המשפט למצוא אמצעים להתמודד עימה. העברת ה"מיקום" שבו תישקל טובת הכלל בוודאי אינה האמצעי היחיד. לדידנו, היא האמצעי האחרון שיש לנקוט.

(2) בקביעת היקפה של הזכות החוקתית יש להתחשב באינטרס הציבורי

מבקרים אחדים סבורים כי היבטים שונים של האינטרס הציבורי יש להביא בחשבון כבר בשלב הראשון של הבחינה החוקתית. בפרשת עדאלה נ' שר הפנים נבחן היקפה של הזכות החוקתית לחיי משפחה בישראל, כחלק מהזכות לכבוד האדם. לדעת המשנה לנשיא (בדימ') השופט מ' חשין, את האינטרס הציבורי בקביעת מדיניות ההגירה יש להביא בחשבון כבר בשלב של קביעת היקפה של הזכות לחיי משפחה בישראל.¹⁰¹ אכן, האינטרס הציבורי חשוב הוא, ויש

98 בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 496 (1996) (השופט י' זמיר).
99 על הדיאלוג בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 376 (2004).

100 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 30, פס' 2 לפסק-דינו של השופט א' גרוניס.

101 שם, פס' 56 לפסק-דינו של המשנה לנשיא (בדימ') מ' חשין.

להביאו בחשבון. תהא חשיבותן של זכויות האדם רבה כאשר תהא, הן אינן זכויות אדם על אי בודד. הן זכויות בגדריה של חברה. על האינטרס החברתי יש לשמור. אולם הגישה הראויה היא להתחשב באינטרס הציבורי במסגרת השלב השני של הבחינה החוקתית.¹⁰² במסגרת זו ניתן להבחין בין אינטרסים ציבוריים שונים על-פי חשיבותם ועל-פי משקלם בהתנגשות שבינם לבין הזכות החוקתית.

גישה של תורת שלושת השלבים מאפשרת תפיסת-עומק של הזכות החוקתית. היא מעמידה את הזכות החוקתית כאידיאל שהחברה צריכה לשאוף למימושו. אידיאל זה עשוי כמובן להתנגש באידיאלים אחרים או באינטרסים אחרים שהחברה צריכה לשאוף להגשמתם. התנגשות זו לא תיפתר על-ידי צמצום של האידיאלים, אלא על-ידי הגבלה של אופני מימושם. זכות חוקתית ממשיכה לעמוד בטוהרתה ברמה החוקתית, כשאיפה החוצה גבולות וזמנים. היא מצויה בהתנגשות מתמדת בשאיפות נוגדות. התנגשות זו נפתרת בדרך מידתית ברמה התחוקתית. היא נשלטת על-ידי דיני המידתיות של פסקת ההגבלה, במסגרת השלב השני של תורת שלושת השלבים. האיזון בין אופני המימוש של הזכות החוקתית ושל השאיפות המתנגשות אינו משפיע על משמעותה של הזכות החוקתית ועל היקפה, ובפרט אינו מצמצמם. איזון זה משפיע על הגשמתה של הזכות ברמה התחוקתית בחברה נתונה ובזמן נתון. גישה זו מעניקה ביטוי לאידיאלים של החברה שראוי לה לשאוף אליהם, ומחזקת את מעמדם, גם אם הם אינם מוגשמים הלכה למעשה. בדרך זו ניתן לשמר את גבולותיה ואת כוחה של הזכות החוקתית גם במצבי חירום או במצבים קשים אחרים. ראוי שההגבלות הנדרשות על זכויות חוקתיות בעיתות חירום או ברגעי משבר ייקבעו כהגבלות חיצוניות של הזכות החוקתית, ולא כחלק מהזכות עצמה. צמצום אופני מימושה של זכות חוקתית בעת נתונה הוא עניין חולף, שאינו משפיע על היקפה. נוסף על כל אלה, הבחנה ברורה בין זכות חוקתית לבין טובת הכלל תביא לידי הפריה הדדית של השיח הציבורי והחוקתי. קווי התיחום בין המשפט לפוליטיקה ייקבעו באופן ברור יותר ומדויק יותר. כמו-כן, השיקולים השונים המובאים בחשבון יוצגו בצורתם הבהירה והראויה, והמשקל שיינתן להם יהא גלוי וניתן להערכה ולביקורת.

(3) בקביעת היקפה של הזכות החוקתית יש להתחשב באופייה הפלילי של התנהגות בעל הזכות

ערכי כבוד האדם והחירות המונחים ביסודה של הזכות החוקתית מובילים למסקנה הפרשנית כי התנהגות פלילית של בעל הזכות אינה מצמצמת את היקף זכותו החוקתית. על-פי גישה זו, דיני העונשין פוגעים ברוב הזכויות החוקתיות של האדם, וחוקתיותם תיקבע במסגרת השלב השני של הבחינה החוקתית.

על גישה זו נמתחה ביקורת. תחילתה של ביקורת זו בפרשת סילגדו.¹⁰³ בפרשה זו נקבע כי "הוראות המשפט הפלילי המהותי, עד כמה שהן כרוכות במאסרו של אדם, נתונות למשטר חוקתי, על-כן חוקיותן מותנית בכך שהן מקיימות את הוראותיה של פסקת ההגבלה".¹⁰⁴

102 שם, בעמ' 355.

103 ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529 (2002).

104 שם, בעמ' 540 (הנשיא א' ברק).

קביעה זו עוררה ביקורת מצד השופט ט' שטרסברג-כהן, אשר ציינה כי "אין זה מובן מאליו כי קביעת התנהגות כעבירה פלילית שעונש מאסר בצדה 'פוגעת' בזכות שחוק היסוד בא להגן עליה".¹⁰⁵

על גישתו של הרוב בפרשת סילגדו נמתחה ביקורת ברשימה של א' בנדור וט' סלע. לדעת המחברים, בגדר זכות חוקתית יכולים להיכלל רק מעשים שיש להם ערך חיובי של ממש, המצדיקים פגיעה בכוחה של הכנסת להגבילם.¹⁰⁶ ברשימה נוספת ציינו א' בנדור וה' דנציג-רוזנברג¹⁰⁷ כי יש להבחין בין הוראות בדין הפלילי הפוגעות בזכויות חוקתיות לבין הוראות בדין הפלילי שאינן פוגעות בזכויות חוקתיות. אמת-המידה שהם מציעים להבחנה זו קשורה לערך החיובי או השלילי הגלום בפעילות הנאסרת. על-פי גישתם, "עברה תיחשב כפוגעת בזכות לחירות אם היא אוסרת מעשה שיש בו ערך חיובי של ממש או אין בו ערך שלילי של ממש. עברה כזאת תהיה חוקתית רק אם יתקיימו התנאים הקבועים בפסקת ההגבלה".¹⁰⁸ ר' קנאי סבורה כי הוראות עונשיות אשר "פוגעות בעקרונות יסוד של המשפט הפלילי" פוגעות בזכות חוקתית, וחוקתיותן תיקבע על-פי הוראותיה של פסקת ההגבלה.¹⁰⁹ ש' לביא מבחין בין "עברות-ליבה" לבין "עברות-פריפריה".¹¹⁰ ענישה במאסר בגין עברות-ליבה – שבהן העברייין פוגע בזכויות אדם ובסדרי ממשל באופן זדוני, המבטא נכונות לצאת נגד החוק – אינה פוגעת בזכות החוקתית לחירות. לעומת זאת, ענישה במאסר בגין "עברות-פריפריה" – שבהן העבריינים פוגעים באינטרסים ציבוריים, ולא בזכויות אדם או בסדרי ממשל, או פועלים ללא זדון – פוגעת בזכות החוקתית לחירות. עמדה ביקורתית על גישתו של בית-המשפט בפרשת סילגדו הביע גם ב' מדינה. לדעתו, הזכות החוקתית אינה כוללת בחובה את זכותו של אדם לפגוע במתכוון באחרים.¹¹¹

חרף הביקורת על פרשת סילגדו, הלכה זו נראית לנו נכונה ורצויה. הערכים של כבוד האדם והחירות – ובכלל זה האוטונומיה של הרצון, חופש הבחירה והאנושיות שבאדם – מובילים למסקנה כי יש להכיר בכוחו של אדם לרצות לבצע פעולה כרצונו, יהא מושא הרצון אשר יהא. כמוכן, הכוח לרצות לבצע פעולה כרצונו הוא גם כוחו של הנפגע. פתרון ההתנגשות בין שני כוחות אלה אינו נעשה במסגרת הגדרת היקפה של הזכות החוקתית (השלב הראשון של

105 שם, בעמ' 553.

106 אריאל בנדור וטל סלע "על המידתיות של המידתיות – בעקבות ספרו של אהרן ברק, מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה" משפטים מב 1097, 1116 (2012).

107 אריאל בנדור והדר דנציג-רוזנברג "עברות פליליות וזכויות חוקתיות" משפט וממשל יז 325 (2016).

108 שם, בעמ' 345.

109 ראו רות קנאי "שמירה על מידתיות בענישה: סוגיה חוקתית או פלילית" משפטים לה 147, 191 (2005).

110 שי לביא "צדק מתקן בפלילים – עיון מחדש ביחס שבין דיני עונשין ומשפט חוקתי" מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 511 (אלי דרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים, 2010).

111 מדינה דיני זכויות האדם בישראל, לעיל ה"ש 9, בעמ' 61.

הבחינה החוקתית), אלא במסגרת בחינת ההגבלות המוטלות על כוח הרצון (השלב השני של הבחינה החוקתית).¹¹²

את אופייה הבלתי-מוסרי של הפעילות הפלילית יש אכן להביא בחשבון, אך לא בהגדרתה של הזכות החוקתית (השלב הראשון של הבחינה החוקתית), אלא בצידוק לפגוע בה (השלב השני של הבחינה החוקתית). על-כן, לעניין היקפה של הזכות החוקתית אין מקום לערוך הבחנה בין סוגים שונים של פעולות הפוגעות באדם אחר או בסדר הציבורי. כל אלה יובאו בחשבון כאשר תיבחן השאלה אם לרשות השלטונית יש צידוק לפגוע בזכות החוקתית. ודוק, ההבחנה בין ערכים חיוביים לבין ערכים שליליים היא חשובה, וכמוה גם ההבחנה בין "עבירות" ליבה" לבין "עבירות-פריפריה", אך את כל אלה יש להביא בחשבון בבחינת הצידוק לפגיעה בזכות, ולא בקביעת היקפה. אין זה ראוי שהבחנות חשובות אלה יגבילו את האוטונומיה של הפרט לערוך בחירות כרצונו.

(4) הזכות החוקתית חלה רק כאשר מופר אילוץ דאונטולוגי

ב' מדינה מבסס גם הוא את גישתו על תורת שלושת השלבים.¹¹³ אולם במסגרתה הוא מבקש לקבוע את היקפה של הזכות החוקתית, בגרדי השלב הראשון, בהתאמה לדרכי פעולה שלטוניות אשר מפרות אילוצים דאונטולוגיים (moral constraints). כותב ב' מדינה:

האילוצים הדאונטולוגיים מתייחסים לתוצאה – הפגיעה באינטרסים חשובים של הפרט או בחירותו לפעול כרצונו; אך הם מייחסים חשיבות גם לאופן שבו נגרמת התוצאה – מה עשה השלטון וכיצד עשה זאת. לפיכך, זכות חוקתית מוגדרת לא רק לפי התוצאה שהיא נועדה להבטיח אלא גם על פי אופן הפעולה של השלטון.¹¹⁴

לדעת ב' מדינה, השלטון פוגע בזכות חוקתית "רק כשהוא מפר אילוץ דאונטולוגי וההפרה נתפסת ככזו על פי תפיסות מוסריות מקובלות".¹¹⁵ "זכות חוקתית היא ביטוי לאיסורים מוסריים המוטלים על השלטון לפעול בדרכים מסוימות".¹¹⁶ ביסודה של גישה זו מונח הרצון להביא לידי התאמה בין הזכות החוקתית למוסר, ולכונן בסיס להסכמה לאומית באשר לתוכן של הזכויות החוקתיות ובאשר לביקורת השיפוטית בגין פגיעה בהן. על-פי גישה זו, זכות החוקתית של אדם אינה כוללת בחובה את החופש לפגוע במתכוון בפרט אחר. כך, למשל, הזכות להפגין אינה כוללת בחובה הפגנה שתכליתה העיקרית היא הטרדה של אדם מסוים – בין לשם הפגיעה עצמה ובין כאמצעי להשגת תוצאה אחרת כלשהי. כן עולה מגישתו

112 ראו Möller, לעיל ה"ש 9, בעמ' 78.

113 מדינה דיני זכויות האדם בישראל, לעיל ה"ש 9, בעמ' 36.

114 שם, בעמ' 49. ראו גם ברק מדינה "על 'פגיעה' בזכות חוקתית ועל 'תכלית ראויה' – בעקבות ספרו של אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה (2010) "משפט ועסקים טו 281, 292 (2012).

115 מדינה דיני זכויות האדם בישראל, לעיל ה"ש 9, בעמ' 50.

116 מדינה "על 'פגיעה' בזכות חוקתית ועל 'תכלית ראויה'", לעיל ה"ש 114, בעמ' 292.

הדאונטולוגית של ב' מדינה כי זכותו החוקתית של אדם אינה כוללת בחובה את חובתה של המדינה להגן עליו אם חובה זו נוגדת את זכותו של אדם אחר כלפי המדינה. לדעתי, גישת האילוף הדאונטולוגי צרה מדי. היקפה של הזכות החוקתית צריך להיקבע על-פי התכלית שהיא נועדה להגשים. תכלית זו היא הערכים של כבוד האדם והחירות. כל פעולה שלטונית הפוגעת בערכים אלה פוגעת בהיקפה של הזכות החוקתית. ייתכן שלפגיעה יש צידוק, אולם אותו יש להביא בחשבון לא במסגרת קביעת היקפה של הזכות החוקתית (השלב הראשון בבחינה החוקתית), אלא במסגרת בחינת הצידוק לפגיעה (השלב השני בבחינה החוקתית).

תורת המוסר חשובה. עם זאת, איני סבור שאמת-המידה של מוסריות ההתנהגות השלטונית צריכה לקבוע את היקפה של הזכות החוקתית. היקפה של הזכות צריך להיקבע מנקודת-מבט של הפרט בהתבסס על הערך של כבוד האדם ועל הערך של חירותו. היקפה של הזכות אינו צריך להיקבע על-פי האופי הדאונטולוגי של התנהגותן של רשויות הציבור. אופי זה יובא בחשבון במסגרת בחינת הצידוק לפגיעה בזכות החוקתית (השלב השני של הבחינה החוקתית). במסגרת זו ניתן להתחשב בתיאוריות מוסר שונות.¹¹⁷ אכן, תיאורו של דוורקין (Dworkin) בדבר הזכויות כ"קלפים מנצחים" (rights as trumps) והתיאוריה של הברמס (Habermas) הרואה בזכויות "חומת-אש" (firewall) אינן צריכות לקבוע את היקפה של הזכות החוקתית. זו צריכה להיקבע על-ידי התכליות של כבוד האדם וחירותו המונחות ביסודה. ניתן להתחשב בתיאוריות אלה ואחרות במסגרת בחינת הצידוק לפגיעה בזכות החוקתית. אולם אין זה ראוי לצמצם את היקפה של הזכות החוקתית בשל השיקול הדאונטולוגי. די בכך שאפשר לתת לו משקל מסוים בקביעת הצידוק להגבלת הזכות.

איני סבור כי בשלב של קביעת היקפה של הזכות החוקתית יש לתת משקל מכריע לשיקול הדאונטולוגי שעניינו זכותו של אחר. מדוע יש לתת עדיפות לשיקולים דאונטולוגיים שעניינם זכויותיהם של אחרים על שיקולים דאונטולוגיים אחרים? שיקול דאונטולוגי משמעותו שיקול המתחייב מן המוסר. דבר זה בוודאי אינו מוגבל אך לזכותם של אחרים. היכן יוצב הגבול? ומה באשר לשיקולים בדבר האינטרס של הציבור? אם חופש הביטוי אינו כולל את החופש לפגוע בשמו הטוב או בפרטיותו של אחר, מדוע לא ייקבע כי חופש הביטוי אינו כולל גם את החופש להסתה לשנאה? אמת, המשפט האמריקאי אינו רואה באלה חלק מחופש הביטוי, אך הדבר קשור לכך שאין הוא נוקט את המידתיות והאיזון שבגדריה. בשיטת משפט כמו זו הישראלית, שבה המשפט מכיר – במסגרת השלב השני של הבחינה החוקתית – באפשרות לאזן בין התועלת החברתית השולית שבמניעת הפגיעה בזכות החוקתית לבין התועלת החברתית השולית שבהגשמת המטרות הראויות, אין זה ראוי לצמצם את היקפה של הזכות החוקתית מקום שניתן להגביל את מימושה. אין זה ראוי למנוע ביקורת שיפוטית על חקיקה המגבילה את חופש הביטוי לעניין ביטוי שיש בו כדי לפגוע בשמו הטוב או בפרטיותו של אחר.

117 ראו Mattias Kumm, *Political Liberalism and the Structures of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement*, in LAW, RIGHTS AND DISCOURSE: THE LEGAL PHILOSOPHY OF ROBERT ALEXY 131 (George Pavlakos ed., 2007)

ב' מדינה אינו גורס כי יש להביא בחשבון כל שיקול דאונטולוגי בקביעת היקפה של הזכות החוקתית. אך מהי אמת-המידה להבחנה בין השיקולים הדאונטולוגיים שיש להתחשב בהם כבר בשלב הראשון של הבחינה החוקתית (קביעת היקפה של הזכות) לבין השיקולים הדאונטולוגיים שיש להתחשב בהם רק בשלב השני של הבחינה החוקתית (קביעת מידתיותה של הפגיעה בזכות)?

2. שלב-המשנה השני: פגיעה בזכות החוקתית

(א) פגיעה היא אי-מימוש מלוא היקפה של הזכות החוקתית

משנקבע היקפה של הזכות החוקתית במסגרת שלב-המשנה הראשון של הבחינה החוקתית, יש להמשיך ולבחון – במסגרת שלב-המשנה השני, שבו אנו עוסקים עתה – אם זכות חוקתית זו נפגעה. באין פגיעה אין צורך בצידוק לפגיעה. מהי אפוא פגיעה בזכות חוקתית? עיון בפסיקתו של בית-המשפט העליון מעלה כי שאלת הפגיעה בזכות החוקתית לא עוררה קשיים של ממש. התפיסה המקובלת היא כי פגיעה משמעותה אי-היכולת לממש את מלוא היקפה של הזכות החוקתית.¹¹⁸ הגדרה זו רחבה, והיא מקובלת במשפט המשווה.¹¹⁹ אכן, פגיעה מתרחשת בכל מצב שבו רשות שלטונית אוסרת על בעל הזכות להגשימה כדי מלוא היקפה או מונעת זאת ממנו. פגיעה מהווה כל גריעה ממימוש מלא של הזכות. אין כל חשיבות לשאלה אם הפגיעה נעשתה מתוך אשמה (כוונה, פזיזות, אי-אכפתיות, התרשלות) או ללא כל אשמה;¹²⁰ אם הפגיעה קשה או קלה; אם היא בליבת הזכות או בשוליה; אם היא נעשית בדרך של מחדל או בדרך של מעשה; אם היא ודאית או שקיים אך סיכוי – שאינו של "מה בכך" – להתממשותה.¹²¹ כל פגיעה, יהא היקפה אשר יהא, מעבירה את הבחינה החוקתית מהשלב הראשון לשלב השני, אלא אם הפגיעה היא של "מה בכך" (זוטי דברים; de minimis).¹²² שלב-משנה זה בוחן פגיעה בזכות החוקתית, ולא שינוי בה. שינוי הזכות החוקתית מחייב שינוי בחוקה (ואצלנו – שינוי בחוק-יסוד באמצעות חוק-יסוד), ואילו פגיעה בה אפשרית ללא שינוי חוקתי.¹²³ שינוי של זכות משמעותו צמצום או הרחבה של היקפה מבחינת הגופים

118 ראו רע"א 3145/99 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' חזן, פ"ד נז(5) 385, 389 (2003); ע"א 2281/06 אבן זוהר נ' מדינת ישראל, פס' 45 לפסק-דינו של השופט י' דנציגר (פורסם בנבו, 28.4.2010).

119 Van Der Schyff, Limitation of Rights, לעיל ה"ש 5, בעמ' 41.

120 ראו Ken Cooper-Stephenson, Constitutional Damages Worldwide 111 (2013).

121 אך ראו פרשת רונן, לעיל ה"ש 16, פס' 13 לפסק-דינו של השופט א' גרוניס.

122 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 137, וכן פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 2, בעמ' 274; בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 68 (1996); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999); בג"ץ 2334/02 שטנגר נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נח(1) 786, 793 (2003); פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 35, פס' 77 לפסק-דינה של השופטת מ' נאור; בג"ץ 1953/09 אלואלידי נ' שר החקלאות ופיתוח הכפר, פס' 24 לפסק-דינו של השופט י' דנציגר (פורסם בנבו, 8.7.2009).

123 ראו פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 2, בעמ' 274–275: "יש מקום להבחין בין 'שינוי' של הזכות המוגנת לבין 'פגיעה' בה... שינוי הזכות עצמה (כגון: צמצומה או הרחבתה, הוספה עליה או ביטולה) מחייב הליך של חקיקה בתחום חוקי היסוד... 'פגיעה'... איננה מכוונת לשנות

המחויבים בה, מבחינת תוכנה או מבחינת תחולתה בזמן ובמקום. כך, למשל, יהא זה שינוי של הוראת חוק-יסוד: חופש העיסוק אם תחת הקביעה כי חוק-היסוד חל על "כל אזרח או תושב" ייקבע כי הוא חל רק על "כל אזרח". שינוי כזה אפשרי רק בדרך של שינוי חוק-היסוד. לעניין זה אין כל חשיבות למידתיות השינוי.¹²⁴ חוק "רגיל" המבקש להכניס שינוי כזה אינו חוקתי בלא כל קשר למידתיותו. להבדיל משינוי של הזכות החוקתית, פגיעה בזכות החוקתית או הגבלתה על-ידי הרשות השלטונית מצמצמות באורח זמני או בדרך קבע את היכולת לממש את הזכות, מבלי לשנות את גבולותיה של הזכות עצמה. צמצום זה הוא מטבעו בעל אופי צר או נקודתי, והוא יהיה חוקתי אם הוא יהיה מידתי, כאמור בפסקת ההגבלה.

(ב) פגיעה שיש לה "השלכות אישיות מהותיות"

כאמור, ברוב פסקי-הדין לא עוררה שאלת ה"פגיעה" בזכות החוקתית כל קושי מיוחד. כל "גריעה" מהיקף הזכות החוקתית – קלה כחמורה – נתפסה כ"פגיעה", למעט גריעה שהיא של "מה בכך". על רקע זה בולט פסק-דינו של הנשיא (בדימ') מ' שמגר בפרשת בנק המזרחי המאוחד. וכך הוא כותב:

מרכז הכובד של הכלל הגדול שבסעיף 3 [לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו] אינו דווקא בהגדרת התיבה "קניין", אלא בחיבור של אובייקט החקיקה עם הפעולה המתייחסת אליו. קרי, עניינה של ההוראה שבסעיף 3 ב"פגיעה בקניין". פגיעה בקניין לצורך העניין שלפנינו הודגמה על-ידי הפניה לאקטים חקיקתיים בעלי השלכות אישיות מהותיות, למשל אלו שמכוחם מופקע רכושו של אדם, ללא פיצויים נאותים, בשרירות או תוך הפרה מהותית אחרת של זכויותיו.¹²⁵

לעומת גישה זו ציין הנשיא א' ברק:

האיסור החוקתי הוא על פגיעה בקניין. כל פגיעה מפרה את איסור הפגיעה ומעבירה את מרכז הכובד של הבחינה החוקתית לפיסקת ההגבלה... עקרונית ניתן לומר, כי פגיעה בקניין מתרחשת כאשר הערך הרכושי של אינטרס קטן לעומת ערכו עובר לפעולת החקיקה.¹²⁶

המחלוקת באשר למהותה של "פגיעה" בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לא נפתרה בפרשת בנק המזרחי המאוחד. עם זאת, בכמה פסקי-דין שעסקו בקניין הודגש כי "בהקשר החוקתי מתפרשת הפגיעה בקניין באורח רחב כדי להרחיב את ההגנה החוקתית על האינטרס

את תחומיה של הזכות עצמה... היא מטבעה מותחמת וספציאלית, קרי נקודתית" (הנשיא (בדימ') מ' שמגר). ראו גם ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 133.

124 שינוי כזה כפוף לדינים בדבר שינוי של חוקה שאינו חוקתי. ראו אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" ספר גבריאל בכך 361 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בכך עורכים, 2011).

125 פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 2, בעמ' 332 (הנשיא (בדימ') מ' שמגר).

126 שם, בעמ' 431.

הרכושי של האדם בלא קשר הכרחי לשיבוצו במשבצת משפטית מוגדרת.¹²⁷ נקבע כי "לפנינו פגיעה בקניין... כאשר מבחינה כלכלית יש לאדם, לאחר המעשה שקובלים עליו, פחות משהיה לו לפני המעשה".¹²⁸ עם זאת, השאלה אם חוק מס "פוגע" בקניין טרם הוכרעה. בספרות המשפטית הובאו עמדות שונות ומנוגדות.¹²⁹ לדעתי, חוק מס מקטין את "היש הרכושי", הוא נוטל מאדם חלק מ"רכושו". בעקבות המס "הערך הרכושי של אינטרס קטן לעומת ערכו עובר לפעולת החקיקה".¹³⁰ המס מקטין את כרית-הביטחון שנועדה להבטיח את חירותו הכלכלית של האדם. מטעם זה יש לראות כל חוק מס כפוגע בזכות החוקתית לקניין.¹³¹

(ג) פגיעה שיש בה "המסה הקריטית של פגיעה בליבת הזכויות"

זכות חוקתית "נפגעת" בין שהפגיעה היא בגרעינה של הזכות ובין שהפגיעה היא בשוליה. הרלוונטיות של ההבחנה בין שני סוגי הפגיעות הללו היא לעניין הצידוק לפגיעה. רלוונטיות זו באה לידי ביטוי בשלב השני של הבחינה החוקתית. אין לה רלוונטיות בשלב הראשון של הבחינה החוקתית. גישה שונה בוטאה בפרשת גבאי.¹³² באותה פרשה נבחנו חוקתיות של סעיף 109א לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963 (להלן: חוק מיסוי מקרקעין). הוראה זו הגבילה את אפשרות הייצוג על-ידי רואה-חשבון בהשגה לפני עובדי רשות המיסים בכל הנוגע בחבויות מס הנובעות מחוק מיסוי מקרקעין. העותרת – רואת-חשבון במקצועה – טענה כי חקיקה זו פוגעת בזכותה החוקתית לחופש העיסוק, וכי היא אינה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה. השופט א' רובינשטיין קבע כי חוק מיסוי מקרקעין אכן פוגע בחופש העיסוק של רואי-החשבון. הוא המשיך וקבע כי הפגיעה אינה עניין של "מה בכך". הצעד המתבקש הבא היה אפוא לבחון אם לפגיעה בחופש העיסוק יש צידוק. אולם לא זה היה מהלכו של בית-המשפט. השופט א' רובינשטיין ציין כי הפגיעה אינה מצדיקה התערבות שיפוטית. כותב בית-המשפט:

- 127 פרשת חזן, לעיל ה"ש 118, בעמ' 398 (השופט א' פרוקצ'יה).
 128 פרשת אבן זוהר, לעיל ה"ש 118, פס' 45 לפסק-דינו של השופט י' דנציגר.
 129 ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל כרך ב 941 (מהדורה חמישית מורחבת, 1996); אהרן יורן "היקף ההגנה החוקתית על הקניין וההתערבות השיפוטית בחקיקה כלכלית" משפטים כח 443 (1997); יוסף מ' אדרעי "על חוקה דקלרטיבית וחוקה קונסטיטטיבית – מעמדה של זכות הקניין החוקתית במדרג זכויות האדם" משפטים כח 461 (1997); גלעד ברנע "הביקורת השיפוטית על חקיקה כלכלית מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" מיסים יב(2) א-80 (1998); יצחק הדרי "נורמת המידתיות וביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקי מס" הפרקליט מו 11 (2002); חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 187 (2005).
 130 ראו פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 2, בעמ' 431 (הנשיא א' ברק).
 131 ראו ALI RIZA ÇOBAN, PROTECTION OF PROPERTY RIGHTS WITHIN THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS 155 (2004); THEO R.G. VAN BANNING, THE HUMAN RIGHT TO PROPERTY 265 (2002); Ch. J. Langereis, *Taxation and the Right to Property*, in THE RIGHT TO PROPERTY: THE INFLUENCE OF ARTICLE 1 PROTOCOL NO. 1 ECHR ON SEVERAL FIELDS OF DOMESTIC LAW 155 (Jan-Peter Loof, Hendrik Ploeger & Arine van der Steur eds., 2000); TOM ALLEN, THE RIGHT TO PROPERTY IN COMMONWEALTH CONSTITUTIONS 147 (2000).
 132 בג"ץ 7956/10 גבאי נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 19.11.2012).

התערבות חוקתית צריך שתיגע בליבת הזכויות. היא עניין קשה ורציני. היא מעמידה תדיר את בית המשפט במחלוקת עם הכנסת; ולא מילתא זוטרתא היא... אין לפנינו... המסה הקריטית של פגיעה בליבת הזכויות המצדיקה התערבות חוקתית. לא לכל הזכויות חשיבות חברתית – ומשפטית – זהה... במדרג החוקתי, ככל שהמדובר בכבוד האדם, נטיית ההתערבות תהא – דומה – להיות רבה מאשר בנושאי חופש העיסוק.¹³³

בית-המשפט ציין כי "בכך אפשר שיכול היה להסתיים דיוננו. עם זאת לא נוציא את הנייר ריקם, ונרון עתה בשאלה האם הפגיעה בחופש העיסוק עומדת בפסקת ההגבלה... התשובה היא לכאורה בחיוב, גם אם לא בלב קל כליל".¹³⁴ הדין עם בית-המשפט בהדגישו את הזהירות הרבה שיש לנקוט בבחינת טענות בדבר אי-חוקתיותו של חוק. הדין עם בית-המשפט גם בקובעו כי לא לכל הזכויות החוקתיות יש חשיבות חברתית ומשפטית זהה. אולם משתי הנחות אלה לא נובעת המסקנה כי נדרשת "המסה הקריטית של פגיעה בליבת הזכויות המצדיקה התערבות חוקתית".¹³⁵

(ד) ביקורת על מהותה של "פגיעה" בזכות חוקתית

הביקורת העיקרית על מהותה של "פגיעה" על-פי תורת שלושת השלבים נמתחה על-ידי ב' מדינה. לדעתו, "פגיעה" בזכות חוקתית אינה מתייחסת רק למרכיב התוצאתי (גריעה), אלא גם למרכיב שעניינו הערכה של סוג הפעולה והסיבות שבגינן נגרע האינטרס המוגן (השיקול המוסרי, האילוץ הדאונטולוגי). כדי שפעולתה של הרשות השלטונית תהווה "פגיעה" בזכות חוקתית, נדרשת "פגיעה" מכוח מעשה מכוון, שתוצאתו ודאית ושכנסיות העניין יש בה משום הפרה של אילוץ מוסרי בדבר היחס הראוי בין השלטון לבין הפרט".¹³⁶ ההיבט הדאונטולוגי מבחין בין מעשה לבין מחדל לעניין "פגיעה" בזכות חוקתית. "מחדל (לפחות ככל שמדובר במחדל שלא נועד לגרום פגיעה באינטרסים מוגנים) אינו נחשב בדרך כלל להפרה של אילוץ דאונטולוגי".¹³⁷

לדעתי, מקומו של האילוץ הדאונטולוגי הוא בבחינת הצידוק לפגיעה בזכות החוקתית (בשלב השני של הבחינה החוקתית, במסגרת מרכיב האיזון), ולא בבחינת התרחשותה של "פגיעה" בזכות החוקתית. האילוץ הדאונטולוגי על-פי גישתו של ב' מדינה שוחק את הזכות החוקתית פעמיים: בפעם הראשונה בהגדרת היקפה של הזכות החוקתית, ובפעם השנייה בהגדרת הפגיעה בזכות החוקתית.

גישתו הדאונטולוגית של ב' מדינה מצמצמת את המושג "פגיעה" בזכות חוקתית בשני סוגי מצבים עיקריים. הסוג האחד הוא במסגרת ההיבט החיובי של הזכות לכבוד האדם, לעניין

133 שם, פס' כב ו-כד לפסק-דינו של השופט א' רובינשטיין.

134 שם, פס' כז לפסק-דינו של השופט א' רובינשטיין.

135 שם, פס' כד לפסק-דינו של השופט א' רובינשטיין.

136 ראו מדינה דיני זכויות האדם בישראל, לעיל ה"ש 9, בעמ' 88.

137 שם, בעמ' 119 ו-122.

זכויות-הבת החברתיות, כגון הזכות לחינוך, הזכות לבריאות והזכות לדירה. לדעתו של ב' מדינה, מחדלה של הרשות המחוקקת מלמש את מלוא היקפן של זכויות-בת אלה אינו מהווה "פגיעה" בהן. לדעתו, אי-מימוש מלוא ההיקף של זכויות חוקתיות אלה מהווה פגיעה בהן, שכן מוטלת על הרשות המחוקקת החובה החוקתית לממש את מלוא היקפן של זכויות-בת אלה. אי-מימוש מלוא ההיקף לא ייחשב הפרה אם יש לרשות המחוקקת צידוק לא לממש את מלוא הזכות. צידוק זה צריך להיבחן על-פי אמות-המידה של פסקת ההגבלה, וזאת במסגרת השלב השני של הבחינה החוקתית.¹³⁸

בסוג המצבים האחר עניין לנו באי-מימוש המלא של ההיבט החיובי של הזכות החוקתית בשל החובה לא לפגוע בזכות חוקתית אחרת. ב' מדינה אינו רואה "פגיעה" בזכות חוקתית כאשר הרשות השלטונית נמנעת מלהגן על זכותו החוקתית של אדם מן הטעם הדאונטולוגי המבקש למנוע פגיעה בזכותו החוקתית של אחר. גישתה של תורת שלושת השלבים שונה. על-פיה, כאשר הרשות השלטונית אינה מגינה על זכותו החוקתית של אדם בשל רצונה למנוע פגיעה בזכותו החוקתית של אחר, המחלל של הרשות השלטונית פוגע בזכות החוקתית של האדם, ובלבד שהרשות השלטונית מודעת לכך שמחדלה גורם לפגיעה.¹³⁹ מחלל זה היא חוקתית אם יש לו צידוק. דבר זה ייקבע בשלב השני של הבחינה החוקתית. טלו את זכותה החוקתית של רחל לשם טוב ולפרטיות. על-פי תורת שלושת השלבים, על הרשות השלטונית מוטלת החובה להגביל את זכותו החוקתית של ראובן לחופש הביטוי מקום שפרסומיו פוגעים בשמה הטוב ובפרטיותה של רחל. מחדלה של הרשות השלטונית להגן על זכותה של רחל לשם טוב ולפרטיות "פוגע" בזכויות חוקתיות אלה, ובלבד שהרשות השלטונית מודעת או צריכה להיות מודעת לכך שמחדלה יפגע בזכות החוקתית. כמובן, הפגיעה לא תהווה "הפרה" אם יש לה צידוק. עניין זה ייבחן בשלב השני של הבחינה החוקתית, במסגרת פסקת ההגבלה. יודגש כי גישה זו עצמה חלה גם מקום שראובן מלין על פגיעה בזכותו לחופש הביטוי בשל ההגנה על זכותה של רחל לשם טוב ולפרטיות. הגבלת חופש הביטוי של ראובן מהווה "פגיעה" בזכותו, ועל הרשות השלטונית להצדיקה במסגרת השלב השני של הבחינה החוקתית. נמצא כי במסגרת השלב השני של הבחינה החוקתית יש לבחון הן את הצידוק לפגיעה בזכות החוקתית לשם טוב ולפרטיות והן את הצידוק לפגיעה בזכות החוקתית לחופש הביטוי. שתי הבחינות נעשות על-פי אמות-המידה של פסקת ההגבלה.

גישתו הדאונטולוגית של ב' מדינה למושג "פגיעה" אינה מקובלת במשפט המשווה.¹⁴⁰ השיקול הדאונטולוגי אינו שולל, כשלעצמו, קיומה של פגיעה בזכות חוקתית בשל הימנעותה של הרשות השלטונית מלפעול. כך, למשל, בסעיפים שונים באמנה האירופית לזכויות האדם

138 על תחולתה של פסקת ההגבלה במקרה של אי-מימוש ההיבט החיובי של הזכות החוקתית ראו להלן בחלק ג(1).

139 ראו Osman v. United Kingdom, 29 Eur. Ct. H.R. (2000) 245, para. 115. ראו גם פרשת Storck, לעיל ה"ש 64.

140 ראו Van Der Schyff, Limitation of Rights, לעיל ה"ש 5, בעמ' 91. ראו גם BVerfGE 35, 202 (1973) (The Lebach Case) ("These principles, which were developed by the courts in respect of measures taken by public authorities, must be observed equally when the courts have to determine conflicting interests on the basis of private law").

לא נעשית כל הבחנה, לעניין קיומה של "פגיעה", בין מעשה שלטוני לבין מחדל שלטוני.¹⁴¹ המשפט המשווה מכיר במחדל חקיקתי במצבים שבהם מחוקק אינו מגן על זכות חוקתית בשל רצונו לא לפגוע בזכות חוקתית אחרת.¹⁴² השיקול הדאונטולוגי אינו מונע את קיומו של המחדל החקיקתי, את אפיונו כפגיעה בזכות חוקתית, ובהעדר צידוק – גם את תפיסתו כהפרה המצדיקה סעד חוקתי.

3. שלב-המשנה השלישי: פגיעה בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו

(א) עקרון החוקתיות (legality)

(1) הכלל הבסיסי

שלב-המשנה השלישי קובע כי "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק... או לפי חוק... מכוח הסמכה מפורשת בו".¹⁴³ זוהי דרישה של חוקיות (legality). ברוב החוקות המודרניות הדרישה קובעת כי הפגיעה תהא "prescribed by law". ביסודה של דרישה זו עומד עקרון שלטון החוק בשלטון. שלטון החוק אינו רק שלטון החקיקה. שלטון החוק הוא שלטון המשפט. זהו שלטון הדין. כל דין שזכות אדם חוקתית נפגעת מכוחו צריך להיות מעוגן בנורמה משפטית היונקת בסופו של ה"שרשור" את כוחה מחוק-היסוד עצמו. המושג העברי "חוקיות" יש בו כדי להטעות, שכן הוא נגזר מהמושג "חוק" (statute). עקרון החוקתיות בהקשר של שלב-המשנה השלישי הוא בעל משמעות כללית. הדרישה היא כי הפגיעה בזכות החוקתית תיעשה על-פי המשפט (או הדין). הדרישה היא כי הוראת משפט זו תתבסס בסופו של דבר על חוק-יסוד. בהעדר הסמכה, הבחינה החוקתית עוברת מהשלב הראשון (הפגיעה בזכות החוקתית) היישר אל השלב השלישי (הסעד החוקתי), שכן כל פגיעה ללא הסמכה מהווה הפרה. שאלת הצידוק לפגיעה בזכות החוקתית (השלב השני של הבחינה החוקתית) אינה מתעוררת כלל במקרה כזה.

(2) הגבלה בחוק (statute)

רוב המקרים של פגיעה בזכות חוקתית מבוססים על הוראת חוק (statute) של הגוף המחוקק (הכנסת כרשות מחוקקת). בישראל חוק-יסוד: הכנסת קובע בסעיף 1 כי "הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה". היא מוסמכת לחוקק חוקים. כל חוק שהתקבל בכנסת על-פי ההליך שנקבע לכך יונק את סמכותו מחוק-יסוד: הכנסת. דרישת ההסמכה מתקיימת בו. האם מתקיימת בו דרישת החוקיות (ה-*legality*)? במשפט ההשוואתי מקובלת ההשקפה כי חוק הפוגע בזכות חוקתית צריך לקיים שלושה תנאים מצטברים:¹⁴⁴ נגישות (accessibility), בהירות

141 ראו ALASTAIR MOWBRAY, THE DEVELOPMENT OF POSITIVE OBLIGATIONS UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS BY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (2004).

142 ראו BREWER-CARÍAS, לעיל ה"ש 61, בעמ' 148.

143 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו גם ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 146.

144 ראו שם, בעמ' 154.

(precision) וכלליות (general application). הדרישה הראשונה מכוונת לצורך פרסם את החוק ולהעמידו לעיון הציבור; הדרישה השנייה מכוונת לצורך שהחוק יהיה מובן לקורא הסביר. חוק אינו כתב חידה. חוק סתום אינו מקיים את דרישת החוקיות. הדרישה השלישית היא כי החוק יהיה בעל תחולה כללית, ולא מיוחד לאיש מסוים או לעניין מסוים.

בפרשת רובינשטיין¹⁴⁵ נקבע כי "הסדרים ראשוניים", הקובעים את המדיניות הכללית ואת העקרונות המנחים, צריכים להיקבע בחוק של הכנסת, ואילו התקנות או ההוראות המנהליות צריכות לקבוע אך "הסדרים משניים". על-פי גישתנו, מקורה של גישה זו נעוץ בפירוש של הוראת סעיף 1 לחוק-יסוד: הכנסת, שלפיה הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה. פרשנותה התכליתית של הוראה זו מובילה למסקנה כי הכנסת אינה יכולה להשתחרר ממעמדה החוקתי כרשות מחוקקת על-ידי העברת סמכויות החקיקה לרשות המבצעת. אמת, הצרכים המעשיים מונעים את האפשרות שהכנסת תקבע את כל ההוראות החקיקתיות. עם זאת, יש לשמר בידה את הסמכות לקבוע את ההסדרים הראשוניים. על-פי גישה זו, חקיקה של הכנסת השומטת מידיה את קביעת ההסדרים הראשוניים אינה חוקתית, ובית-המשפט יקבע את הסעדים החוקתיים.

אנו מודעים לביקורת על גישתנו ולדעות שונות בסוגיה זו.¹⁴⁶ בית-המשפט העליון טרם קבע עמדה ברורה בנושא. מכל מקום, תורת שלושת השלבים עומדת בעינה, תהא העמדה שתתקבל אשר תהא. מטעם זה לא ארחיב בסוגיה זו במסגרת הרשימה הנוכחית.

(3) הגבלה "לפי חוק" ... מכוח הסמכה מפורשת בו"

זכות חוקתית יכולה להיפגע, והפגיעה יכולה להיות מוצדקת, אם הפגיעה נעשית "לפי חוק". הנחתנו היא, כמובן, שהנורמה המסמיכה, המעוגנת בחוק, קובעת את ההסדרים הראשוניים, והנורמה התת-חוקית קובעת הסדרים משניים. חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם קובעים כי ההסמכה "לפי חוק" לפגיעה בזכות חוקתית צריכה להיות "מפורשת". נמצא כי אין די בכך שנורמה תת-חוקית תקבע הסדרים משניים, אלא נדרש שההסמכה לקביעתם של ההסדרים המשניים תהיה מפורשת. דרישה זו הוכנסה בחוק-יסוד: חופש העיסוק שהוחק מחדש בשנת 1994, והוספה בתיקון עקיף לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. דרישה דומה הוכרה על-ידי המשפט המקובל הישראלי אף בטרם הוחקו חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם. מה משמעותה של הדרישה להסמכה מפורשת?¹⁴⁷ הפסיקה לא נתנה תשובה כללית לשאלה זו, פרט לקביעה

145 בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998).
 146 ראו גדעון ספיר "הסדרים ראשוניים" עיוני משפט לב 5 (2010); יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש" משפטים מב 379 (2012); ברק מדינה "הכלל החוקתי בדבר החובה לקבוע הסדרים ראשוניים" בחוק – תגובה ליואב דותן ולגדעון ספיר" משפטים מב 449 (2012); מדינה דיני זכויות האדם בישראל, לעיל ה"ש 9, בעמ' 145. ראו גם בג"ץ 9518/16 הראל נ' כנסת ישראל, פס' מז לפסק-דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (פורסם בנבו, 5.9.2017); בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים, פס' 56 לפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן (פורסם בנבו, 13.9.2017).

147 ראו מדינה דיני זכויות האדם בישראל, לעיל ה"ש 9, בעמ' 146.

כי הדבר מותנה בחשיבותה של הזכות הנפגעת, בעומק הפגיעה ובחשיבותו של האינטרס שהגשמתו פגעה בזכות החוקתית.¹⁴⁸

(4) עקרון החוקיות, הימנעות מחקיקה ומחדל חקיקתי

ההיבט החיובי של הזכויות החוקתיות מטיל על הרשות המחוקקת את החובה לעשות פעולות חיוביות כדי לממש את הזכות החוקתית.¹⁴⁹ כך, למשל, מוטלת על המחוקק החובה להבטיח מסגרת נורמטיבית שתגשים את הזכות לחינוך, את הזכות לבריאות ואת הזכות לדיוור, המהוות זכויות-בת של כבוד האדם. מה הדין כאשר הרשות המחוקקת אינה מגשימה את חובתה החוקתית? האם כל הימנעות מחקיקה היא מחדל חקיקתי המהווה הפרה של הזכות החוקתית? לדעתי, יש להבחין בין שני מצבים של הימנעות מחקיקה: הימנעות מלאה והימנעות חלקית.¹⁵⁰ במקרה של הימנעות מלאה המחוקק נמנע מכל חקיקה שקובעת מסגרת נורמטיבית המאפשרת את מימושו של ההיבט החיובי של הזכות החוקתית. במצב זה אי-החקיקה מהווה מחדל חקיקתי "מלא". ההיבט החיובי של הזכות נפגע. זוהי פגיעה ללא "חוק", ומאחר שהפגיעה אינה "בחוק", הבחינה החוקתית עוברת היישר לשלב השלישי, הוא שלב הסעד החוקתי. כך, למשל, חוק-היסוד הגרמני קובע כי ילדים הנולדים מחוץ לנישואים יזכו באותן הזדמנויות להתפתחות גופנית ונפשית ולאותו מעמד בחברה כמו ילדים שנולדו במסגרת הנישואים.¹⁵¹ שנים רבות לא נחקק חוק המממש זכות זו של הילדים, ובית-המשפט החוקתי הגרמני קבע כי אי-החקיקה היא מחדל המפר את החוקה. בשלב הסעד החוקתי הוא הורה למחוקק לתקן את המשפט האזרחי עד לתאריך שנקבע בפסק-הדין, והורה כיצד על בית-המשפט לנהוג עד שהחוק יתוקן.¹⁵²

במקרה השני (הימנעות חלקית) המחוקק קבע הסדר, אך הסדר זה אינו מממש את מלוא היקפו של ההיבט החיובי של הזכות החוקתית. במצב דברים זה ההיבט החיובי של הזכות החוקתית נפגע. הבחינה החוקתית עוברת לשלב השני, הוא שלב הצידוק. אם יש צידוק לחלקיות הפגיעה, הבחינה החוקתית מסתיימת. אם אין צידוק לחלקיות ההסדר, לפנינו מחדל חקיקתי חלקי, והבחינה החוקתית עוברת לשלב השלישי, הוא שלב הסעד החוקתי.

(ב) עקרון החוקיות והמשפט המקובל

(1) החוקה והמשפט המקובל

רוב מדינות המשפט המקובל, כמו-גם ישראל, כוננו חוקות או חוקי-יסוד על רקע קיומו הקודם של משפט מקובל. על-כן טבעי הוא כי תתעורר השאלה מהו היחס בין המשפט המקובל לבין

148 פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 35, פס' 12 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש. ראו גם פרשת אבו ערפה, לעיל ה"ש 146, פס' 52 לפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן.

149 ראו פוליאק "סעד החובה לחוקק: הצעה למתווה הדרגתי", לעיל ה"ש 55; ברק "הזכות החוקתית להגנה על החיים, הגוף והכבוד", לעיל ה"ש 45.

150 להבחנה דומה ראו Brewer-Carías, לעיל ה"ש 61, בעמ' 125.

151 ס' 5(6) לחוק-היסוד הגרמני.

152 ראו BVerfGE 25, 167 (1969).

החוקה. האם ניתן לקיים משפט מקובל בדמוקרטיה חוקתית? האם הלכותיו של המשפט המקובל עשויות להגביל זכות חוקתית? האם עליהן לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה? התשובה לשאלות אלה היא כי עם כינונה של חוקה היא עומדת בראש הפירמידה המשפטית. הן החקיקה והן הפסיקה צריכות לקיים את הוראותיה של החוקה. כשם שהרשויות המחוקקת והמבצעת צריכות "לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה"¹⁵³, גם הרשות השופטת בכל פעולותיה חייבת "לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה". אין שתי מערכות משפט. יש מערכת משפט אחת בלבד, אשר בראשה עומדת החוקה. על-כן על המשפט המקובל לקיים את הוראותיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עד כמה שיש בהלכות המשפט המקובל פגיעה בזכות חוקתית, הפגיעה תהא חוקתית רק אם יש לה צידוק כאמור בהוראותיה של פסקת ההגבלה. אמת, תוקפו של המשפט המקובל שנפסק לפני חקיקתם של חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם לא נפגע על-ידי חוקי-היסוד.¹⁵⁴ עם זאת, אין דבר המונע את בית-המשפט מלשנות את גישתו לאור חוקי-היסוד.¹⁵⁵

תוצאה זו מחויבת-הדין. היא גם חיונית להמשך קיומו של מפעל המשפט המקובל. אם המשפט המקובל אינו יכול לפגוע או להגביל זכות חוקתית, הוא גם אינו יכול להכיר בזכויות אדם, ותפקידו כמשפט מקובל – להבדיל מפסיקה המפרשת חקיקה¹⁵⁶ – נפגע קשות. אכן, שופט שאינו יכול לפגוע בזכותו של פרט במשפט הפרטי בגדר דיני החוזים והניזקין, או להגביל זכות כאמור, לא יוכל גם לפתח את זכויות האדם בתחומים אלה. בעיקרו של דבר, הוא יחדל להיות שופט בשיטה של משפט מקובל, והשיטה תחדל להיות שיטת משפט מקובל.

(2) המשפט המקובל ועקרון החוקיות

נקודת המוצא היא שגם לאחר כינונה של חוקה ובה מגילה של זכויות אדם, המשפט המקובל ממשיך להתקיים כמקור למשפט. ניתן לראות בפסקת ההגבלה את אחד המקורות לכוחו של המשפט המקובל בדמוקרטיה חוקתית. רוב פסקות ההגבלה הקבועות בחוקותיהן של מדינות המשפט המקובל קובעות כי ניתן להגביל זכות חוקתית אם ההגבלה קבועה ב-"law" ("prescribed by law"). הדעה המקובלת בכל שיטות המשפט המקובל שבהן התעוררה הבעיה היא כי הגבלה של זכות חוקתית שמקורה במשפט המקובל היא הגבלה ב-"law".¹⁵⁷

153 ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

154 ס' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

155 ראו אהרן ברק "שמירת הדינים" מבחר כתבים כרך ג – עיונים חוקתיים 247 (2017).

156 להבחנה בין תפקידיה השונים של הפסיקה ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית 42 (1992).

157 ראו VAN DER SCHYFF, LIMITATION OF RIGHTS, לעיל ה"ש 5, בעמ' 136. לעניין השימוש בדיבור "Law" ויחסו למשפט המקובל בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם ובשתי אמנות האומות המאוחדות משנת 1966 בעניין זכויות האדם, ראו Oscar M. Garibaldi, *General Limitations on Human Rights: The Principle of Legality*, 17 HARV. INT'L L.J. 503 (1976); ברק שופט *Sunday Times v. United Kingdom*, 2 Eur. Ct. H.R. (1980) 245; פרשת *Thebus*, לעיל ה"ש 40; *S v. Mamabolo*, 2001 (3) SA 409 (CC); *Woolman & Botha*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 34–51; *Du Plessis v. De Klerk*, 1996 (3) SA 850 (CC) para. 136 (S. Afr.).

פסקות ההגבלה בחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם קובעות כי ניתן לפגוע בזכות חוקתית הקבועה באותם חוקי-יסוד "בחוק... או לפי חוק... מכוח הסמכה מפורשת בו".¹⁵⁸ האם מתבקש מכך שפגיעה בזכות חוקתית אפשרית רק אם הפגיעה מעוגנת בחוק של הכנסת? האם פגיעה המעוגנת במשפט המקובל הישראלי מקיימת את הדרישה כי הפגיעה תהא "בחוק"? הבעיה שאנו ניצבים בפניה היא בעיה פרשנית. עלינו לפרש את המושג "בחוק" בפסקת ההגבלה שבחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם. המשפט המשווה – המפרש את המושג "law" – רלוונטי רק בחלקו, שכן למושג "חוק" יש בישראל משמעות "טכנית". אנו מבחינים בישראל בין "דין"¹⁵⁹ לבין "חוק".¹⁶⁰ האין לומר כי "חוק" הוא חוק של הכנסת? לדעתי, המושג "בחוק" שבפסקת ההגבלה מכוון להיקף רחב יותר מחוק של הכנסת. כך, למשל, הוא משתרע על פגיעה בזכות חוקתית מכוח פעולת חנינה של הנשיא המעוגנת בחוק-יסוד: נשיא המדינה. על-פי השקפתי, "חוק" בפסקת ההגבלה משמעותו נורמה משפטית מכוח חוק-יסוד. על-פי גישה זו, "חוק" כולל גם משפט מקובל.¹⁶¹ הטעמים לכך הם שניים. ראשית, אין להניח כי חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם נועדו לשלול את מעמדו של המשפט המקובל הישראלי, ולהביא בכך לידי שינוי מהפכני במקורות המשפט הישראלי. יש לצאת מנקודת-ההנחה כי המשפט המקובל ממשיך להיות מקור משפטי במשפט הישראלי. קשה להניח שחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם באו לבטל במחיר את התפיסה המושרשת בישראל (אשר באה לידי ביטוי בחוק יסודות המשפט, התש"ם–1980) שלפיה "הלכה פסוקה" היא מקור למשפט. אם המשפט המקובל אכן ממשיך להיות מקור למשפט, הוא חייב לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה, ויש לאפשר לו לעשות כן.¹⁶²

שנית, חוק-היסוד אינו מגדיר את הביטוי "בחוק". בהקשרים שונים (במסגרת חוקי-היסוד והחקיקה הרגילה) עשויים להיות לו מובנים שונים. ההגדרה בחוק הפרשנות, התשמ"א–1981, שלפיה "חוק" – חוק של הכנסת או פקודה,¹⁶³ אינה חלה בפרשנותו של חוק-יסוד, המצוי בדרגה נורמטיבית גבוהה מחוק "רגיל".¹⁶⁴ בלשון העברית אנו משתמשים לא פעם במושג "חוק" לציון דין או משפט. כך, למשל, כאשר אנו משתמשים בביטוי "שלטון החוק", ברור כי ביטוי זה אינו מוגבל לשלטון ה"חוק", להבדיל משלטון המשפט. באופן דומה, כאשר נשיא המדינה מצהיר כי הוא מתחייב לשמור אמונים למדינת-ישראל "ולחוקיה",¹⁶⁵ הוא מתחייב

158 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

159 ס' 3 (הגדרת "דין") לחוק הפרשנות, התשמ"א–1981.

160 ס' 3 (הגדרת "חוק") לחוק הפרשנות.

161 הנשיא א' גרוניס אימץ גישה זו בדנ"א 5698/11 מדינת ישראל נ' דיראני, פס' 69 לפסק-דינו (פורסם בנבו, 15.1.2015). זו הייתה גם עמדתו של השופט ח' מלצר (שם, פס' 16 לפסק-דינו). לגישה נוגדת ראו אורן גזל "פגיעה בזכויות-יסוד 'בחוק' או 'לפי חוק' משפט וממשל ד' 381 (1998). ראו גם מדינה דיני זכויות האדם בישראל, לעיל ה"ש 9, בעמ' 153.

162 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 508 (1994) (להלן: ברק פרשנות חוקתית).

163 ס' 3 לחוק הפרשנות.

164 ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 162, בעמ' 511.

165 ס' 9 לחוק-יסוד: נשיא המדינה, ס"ח התשכ"ד 118.

לשמור אמונים גם למשפט המקובל הישראלי. הוא הדין בהצהרת האמונים של שופט בישראל.¹⁶⁶

מסקנתנו עשויה לעורר קושי לנוכח התפיסה כי עקרון חוקיות המנהל משמעו שהרשות המבצעת אינה מוסמכת לפגוע בזכות חוקתית אלא אם היא הוסמכה לכך בחוק.¹⁶⁷ על-פי תפיסתנו, הרשות המבצעת תוכל לפגוע בזכות חוקתית אם היא הוסמכה לכך על-ידי המשפט המקובל הישראלי, ובלבד שמשפט מקובל זה מקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. על רקע זה מתעוררת השאלה אם המשפט המקובל הטיל על עצמו הגבלות "פנימיות" שלפיהן הוא לא יפגע בזכות חוקתית מטעמים של האינטרס הציבורי, תוך שהוא ימשיך בגישתו ההיסטורית המאפשרת לו ליצור זכויות וחובות במערכת היחסים בין פרטים. מגבלות פנימיות כאלה מקובלות במשפט המקובל. כך, למשל, המשפט המקובל קבע לעצמו מגבלה פנימית שלפיה אין הוא יוצר עבירות פליליות חדשות. האין לומר כי עקרון החוקיות מהווה הגבלה פנימית החלה על המשפט המקובל, שעל-פיה המשפט המקובל לא יפגע בזכות חוקתית בשל האינטרס הציבורי? שאלה זו יכולה להתעורר בפרשת בן חיים.¹⁶⁸ בפרשה זו נערך חיפוש על גופו של המערער מבלי שהתקיימה עילה לכך אך לאחר שהמערער נתן את הסכמתו לחיפוש. הנשיאה ד' ביניש סברה כי הסכמה מדעת, המהווה ביטוי לאוטונומיה של האדם, בכוחה לוותר על פרטיותו של אדם, ובכך להכשיר חיפוש שאין לו מקור סמכות אחר בדין. לגישה זו הסכימה השופטת ע' ארבל. השופט י' דנציגר, לעומתן, סבר כי מעקרון חוקיות המנהל נובע כי בהעדר הסמכה בחוק אין המנהל רשאי לפעול, והסכמתו של הפרט והויתור על זכותו אינם מהווים מקור הסמכה סטטוטורי, כמתחייב מעקרון חוקיות המנהל. אנו מסכימים עם השופט י' דנציגר כי הסכמת האדם אין בה כדי להעניק סמכות חיפוש שאינה מעוגנת בחוק. אך האם ניתן לראות בפסק-הדין של הרוב משום יצירת משפט מקובל חדש אשר מקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה ומכיר בהסכמה לחיפוש כיוצרת עילה בדין, כאמור בפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש? כדי להשיב על שאלה זו, היה על בית-המשפט לבחון אם המשפט המקובל הגביל את עצמו מלפגוע בזכות חוקתית (כגון הזכות לחירות) בשל האינטרס הציבורי. בחינה כזו לא נערכה בפרשת בן חיים.

ג. השלב השני של תורת שלושת השלבים: הצידוק לפגיעה בזכות חוקתית (פסקת ההגבלה)

1. תרבות הצידוק ומידתיות הפגיעה בזכות החוקתית

דמוקרטיה מבוססת על שני אדנים.¹⁶⁹ האחד הוא ריבונות העם. ריבונות זו מוצאת מן הכוח אל הפועל בבחירות חופשיות הנערכות בנקודות זמן מוגדרות, ובהן העם בוחר את נציגיו אשר

166 ראו ס' 6 לחוק-יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78.

167 לעקרון חוקיות המנהל ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א – המינהל הציבורי 74 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010); דפנה ברק-ארוז משפט מינהלי כרך א 97 (2010).

168 ראו רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(3) 305 (2012).

169 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 99, בעמ' 89.

ישקפו את השקפותיו. דמוקרטיה בהיבט זה מבוססת על שלטון הרוב ועל מרכזיותו של הגוף המחוקק. האדן האחר של הדמוקרטיה הוא שלטונם של ערכים (לצד הערך של שלטון הרוב), כגון הערך של הפרדת רשויות, הערך של שלטון החוק והערך של עצמאות הרשות השיפוטית. במרכזם של ערכים אלה עומדות זכויות האדם. שני האדנים הללו חיוניים לדמוקרטיה. משטר שבו העם אינו ריבון אינו משטר דמוקרטי. משטר השולל זכויות אדם אינו משטר דמוקרטי. בין שני האדנים שהדמוקרטיה נשענת עליהם קיים מתח מתמיד: העם מבקש להגשים את מטרותיו הלאומיות, אך בכך הוא עלול לפגוע בזכויות אדם; הפרט מבקש לממש את זכותו, אך בכך הוא עלול לפגוע במימוש המטרות הלאומיות. כיצד המתח בין ה"אנחנו" לבין ה"אני" נפתר? הפתרון אינו בנצחוננו של האחד על האחר. שלטון הרוב וזכויות היחיד – שניהם גם-יחד חיוניים לדמוקרטיה. הפתרון נמצא בהתחשבות של כל אחד מהם באחר. מנקודת-מבטו של הרוב משמעות הדבר היא שהפגיעה בזכותו של היחיד היא עניין רציני המחייב צידוק. מנקודת-המבט של היחיד משמעות הדבר היא שיהיה אפשר לפגוע בזכותו אם יש צידוק לכך. הרוב רשאי להגביל את זכותו של הפרט, אך להגבלה של זכות הפרט יש גבולות. "זכויות האדם אינן מוחלטות; ניתן להגבילן. עם זאת להגבלות המוטלות על זכויות האדם יש גבולות".¹⁷⁰ הגבלת כוחו של הרוב לפגוע והגבלת זכותו של היחיד שעונות על קיומו של צידוק לפגיעה.

הדמוקרטיה מבוססת אפוא על תרבות של צידוק (culture of justification).¹⁷¹ הצידוק הנדרש אינו בעל תוכן הליכי בלבד.¹⁷² מטרתו אינה אך מניעת כשל בהליך הפוליטי. הצידוק הנדרש הוא בעל אופי מהותי. הוא מהווה הגבלה הן לגבי כוחו של הרוב והן לגבי זכותו של היחיד. הוא מעוגן בישראל בפסקת ההגבלה. על-פיה, מחד גיסא, "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה", ומאידך גיסא, ניתן לפגוע בזכויות "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש".¹⁷³ "תפקידה של ההגבלה הוא כפול. היא מגינה על זכויות האדם ומאפשרת פגיעה בהן, בעת ובעונה אחת".¹⁷⁴ הזכות החוקתית וההגבלות המושגות עליה הן שני צדדים של אותו רעיון חוקתי – "הזכות החוקתית והפגיעה כדין בה יונקים ממקור משותף".¹⁷⁵ העקרונות החוקתיים המצדיקים הכרה בזכות חוקתית הם גם העקרונות החוקתיים המצדיקים את הגבלתה.

פסקת ההגבלה ותרבות הצידוק שהיא מבוססת עליה הן אושיות מרכזיות של הדמוקרטיה. הן מהוות את "נקודת האחיזה שעליה מונח האיזון החוקתי בין הפרט לכלל, בין היחיד לחברה".¹⁷⁶ "פסקת ההגבלה מדגישה את התפיסה כי הפרט חי בגדריה של חברה, וכי קיומה

170 פרשת דיזיין 22, לעיל ה"ש 41, בעמ' 52.

171 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 555; משה כהן-אליה "מידתיות ותרבות ההצדקה אצל אהרן ברק" משפט ועסקים טו 317 (2012); Etienne Mureinik, *A Bridge to Where?*; Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *Proportionality and Constitutional Culture* 111 (2013).

172 אך ראו משה כהן-אליה "לקראת נוסח הליכי של פסקת ההגבלה" משפט וממשל י 521 (2007).

173 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

174 פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 2, בעמ' 433 (הנשיא א' ברק).

175 ש.ם.

176 ש.ם.

של החברה, צרכיה ומסורתה, עשויה להצדיק פגיעה בזכויות האדם...¹⁷⁷ פסקת ההגבלה משקפת את הגישה שלפיה זכויות אדם "צומחות ממצאות חיים המחייבת קיום איזונים בין חובת השמירה על זכויות פרט חשובות לבין מתן מענה לאינטרסים אחרים בעלי ערך, בין של הפרט ובין של הציבור. קביעת סדר הרמוני בין מכלול אינטרסים אלה הוא תנאי לחיי חברה תקינים ולשמירה על משטר חוקתי ראוי".¹⁷⁸

תרבות הצידוק מבוססת, מחד גיסא, על התפיסה כי "חוקה אינה מרשם להתאבדות, וזכויות אזרח אינן במה לכיליון לאומי... זכויות האזרח יונקות מקיומה של המדינה, ואין להפכן קרדום לחיסולה".¹⁷⁹ תרבות הצידוק מבוססת, מאידך גיסא, על התפיסה כי "אין להקריב את זכויות האדם על מזבח המדינה. זכויות האדם הן טבעיות לו, והן התקיימו לפני המדינה. אכן, ההגנה על זכויות האדם מחייבת שמירה על מסגרת חברתית-מדינית, המבוססת מצדה על ההכרה בחיוניות השמירה על זכויות האדם".¹⁸⁰

פסקת ההגבלה מבוססת על עקרון המידתיות. על-פיו, הרוב אינו רשאי לפגוע בזכות חוקתית של היחיד אלא אם הפגיעה היא מידתית. פגיעה מידתית בזכות של היחיד אינה מהווה הפרה של הזכות. לעיתים החובה החוקתית להגן על זכותו החוקתית של האחד מחייבת פגיעה כדין בזכותו החוקתית של האחר. המידתיות היא הביטוי המהותי של תרבות הצידוק. היא ליבתה של פסקת ההגבלה. היא הבסיס לשלב השני בתורת שלושת השלבים.

2. מרכיביה של המידתיות

(א) ארבעת מרכיביה של המידתיות

(1) ארבעה מרכיבים, ולא שלושה

פסקת ההגבלה קובעת כי אין לפגוע בזכות המעוגנת בשני חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם אלא אם מתקיימים התנאים הבאים: החוק הולם את ערכיה של מדינת-ישראל; החוק נועד לתכלית ראויה; ופגיעתו של החוק בזכויות אינה עולה על הנדרש. שני התנאים הראשונים עניינם מטרתו של החוק הפוגע. נכנה זאת "מרכיב המטרה הראויה". התנאי השלישי עניינו המידתיות. על-פי פסיקתו של בית-המשפט העליון, וכמקובל במשפט המשווה, תנאי זה כולל בחובו שלושה מרכיבים: קשר רציונלי בין המטרה הראויה של החוק לבין הגשמתה באמצעים שנקבעו בו; צורך באמצעים שנקבעו בחוק למימוש מטרתו הראויה, בהעדר חלופה העשויה לממש מטרה זו תוך פגיעה קטנה יותר בזכות החוקתית; ואיזון בין התועלת שבמימוש המטרה הראויה לבין הנזק לזכות החוקתית. נראה לנו כי לנוכח הקשר ההדוק בין המטרה הראויה לבין שלושת מרכיבי המידתיות, יש לראות במטרה הראויה את אחד ממרכיבי המידתיות. לדעתנו, מרכיב המטרה הראויה הוא המרכיב הראשון, שכן שלושת המרכיבים האחרים מתייחסים אליו,

177 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, לעיל ה"ש 25, בעמ' 692.

178 פרשת חזן, לעיל ה"ש 118, בעמ' 401 (השופט א' פרוקצ'יה).

179 ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 310 (1985) (השופט א' ברק).

180 ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 99, בעמ' 134.

ואין להכריע בהם מבלי לקשור אותם אל מרכיב המטרה הראויה. מרכיבי המידתיות הם אפוא ארבעה. כל אחד מארבעת המרכיבים הוא תנאי בלעדיו אין. אם אחד המרכיבים אינו מתקיים, אין צידוק לפגיעה בזכות החוקתית, והבחינה החוקתית עוברת לשלב השלישי, הוא שלב הסעד החוקתי.

(2) פגיעה מידתית והיקף הזכות הנפגעת

כאשר כל ארבעת המרכיבים של המידתיות מתקיימים בחוק הפוגע, הפגיעה היא חוקתית, כלומר, היא אינה מהווה הפרה של הזכות החוקתית. מה השפעתה של פגיעה חוקתית שאינה הפרה על היקפה של הזכות החוקתית?

תשובתה של תורת שלושת השלבים היא כי חוקתיות הפגיעה אינה משפיעה על היקפה של הזכות החוקתית.¹⁸¹ לצורך שינוי בהיקפה של הזכות החוקתית נדרש שינוי חוקתי, המחייב שינוי בחוק-יסוד.¹⁸² פגיעה מידתית של חוק "רגיל" בזכות החוקתית אין בכוחה לשנות את היקפה של הזכות החוקתית. המידתיות של הפגיעה משפיעה על חוקתיותה של הפגיעה, ולא על היקפה של הזכות החוקתית. אינטרס ציבורי נוגד או זכות חוקתית נוגדת אין בהם כדי להשפיע על היקפה של הזכות החוקתית. על-כן חוק שפוגע בזכות חוקתית במטרה לממש זכות חוקתית אחרת או את האינטרס של הציבור, ואשר מקיים את כל מרכיבי המידתיות, אינו מצמצם את היקפה של הזכות החוקתית. את שאי-אפשר להשיג במישרין (בדרך של פירוש היקפה של הזכות החוקתית) אין להשיג בעקיפין (בדרך של פגיעה מידתית בזכות).¹⁸³ על-כן, כאשר חוק פוגע בזכות חוקתית, תיערך בדיקת המידתיות של הפגיעה על בסיס התפיסה כי הזכות הנפגעת נבחנת על-פי מלוא היקפה, כעולה מפרשנותה התכליתית. פגיעות מידתיות קודמות באותה זכות לא ישפיעו על היקפה של הזכות החוקתית. באופן דומה, כאשר שתי זכויות חוקתיות מתנגשות, יימצא פתרון להתנגשות ברמה התת-חוקתית, על-ידי חוק המקיים את דרישות המידתיות ביחס לכל אחת מהזכויות המתנגשות. היקפן של הזכויות החוקתיות אינו משתנה. אם לאחר-מכן נחקק חוק נוסף שבו אחת מהן או שתיהן מתנגשות בזכות חוקתית שלישית, כל שלוש הזכויות נכנסות להתנגשות זו ואף יוצאות ממנה על-פי היקפן המקורי, מבלי שההתנגשות הקודמת או החדשה משנות את היקפן.

גישתה של תורת שלושת השלבים היא כי היקפה של הזכות החוקתית נקבע בפרשנותה התכליתית. המידתיות חיצונית להיקפה של הזכות החוקתית. היא אינה מעצבת את גדריה. היא מניחה זכות חוקתית בהיקף נתון. היא מאפשרת להגביל את מימושו של היקף זה במישור התת-חוקתי. היא מהווה את אמת-המידה המאפשרת איזון בין זכויות חוקתיות נוגדות וכן בין זכות חוקתית של אדם לבין האינטרס של הציבור. היא אינה תודרת אל תוך הזכות פנימה. היא

181 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 63. לגישה שונה ראו ALEXI, לעיל ה"ש 9. לביקורת על גישתו של אלכסי ראו אהרן ברק "הערכה ביקורתית של אלכסי (Alexy) לעניין היחס בין זכויות חוקתיות כעקרונות ותורת המידתיות" מבחר כתבים כרך ג – עיונים חוקתיים 765 (2017) (להלן: ברק "הערכה ביקורתית של אלכסי").

182 ראו לעיל בחלק 2(א).

183 ראו Van Der Schyff, *Interpreting the Protection Guaranteed*, לעיל ה"ש 30, בעמ' 73.

פועלת ברמה התת-חוקתית. אכן, אם נאמר כי כל חוק מידתי הפוגע בזכות חוקתית מצמצם את היקפה, התוצאה תהיה שפעולות ברמה התת-חוקתית משפיעות על הרמה החוקתית, ולא היא: הפוליטיקה היומיומית – גם אם היא מידתית – אינה יכולה לשנות את הזכות החוקתית.

(ב) מרכיב המטרה הראויה

(1) המטרה הראויה כמרכיב של המידתיות

פסקת ההגבלה קובעת כי אין לפגוע בזכות חוקתית "אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה".¹⁸⁴ ערכיה של מדינת-ישראל הם ערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית. במסגרת כללית זו נבחנת השאלה אם פגיעתו של חוק נועדה לתכלית ראויה. אכן, הדרישה בעניין "תכלית ראויה" פורטת את העיקרון הכללי של "ערכיה של מדינת ישראל" לקטגוריות של תכליות ראויות (זכויות של אחרים, האינטרס של הציבור) ולתת-קטגוריות (כגון קיום המדינה, סדר ציבורי). על ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית עמדת במקום אחר.¹⁸⁵ אנו מתמקדים עתה במרכיב התכלית הראויה. נזכור כי תכלית זו אינה עומדת כשלעצמה, אלא מהווה ביטוי לערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. על-כן, תכלית הנוגדת את ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית לא תוכל להיחשב תכלית ראויה. נכנה על-כן מרכיב זה "מרכיב המטרה הראויה", והוא ישתרע הן על התנאים בעניין ערכיה של מדינת-ישראל והן על התנאי בעניין התכלית הראויה.¹⁸⁶

(2) מרכיב המטרה הראויה כמרכיב-סף

מרכיב המטרה הראויה מהווה דרישת-סף של לגיטימיות. הוא בוחן אם הנורמה המשפטית הפוגעת בזכות חוקתית נועדה להגשים מטרה המצדיקה פגיעה בזכות חוקתית. המבחן הוא סובייקטיבי ואובייקטיבי גם-יחד. על-פיו יש לבחון אם כוונת המחוקק בעת החקיקה הייתה ראויה, ואם תכליתו של החוק בעת הפרשנות היא ראויה.¹⁸⁷ בחינה כפולה זו נעשית בלא כל בדיקה של היקף הפגיעה בזכות החוקתית.¹⁸⁸ ממילא לא נבחנת השאלה אם האמצעים שהחוק נקט הם מידתיים, ואם התועלת שבהגשמתה של המטרה היא מידתית ביחס לנזק הנגרם לזכות החוקתית. בדיקת-הסף מתמקדת במטרתו של החוק, ולא בתוצאותיו. דרישת-הסף קובעת אילו מטרת מצדיקות פגיעה בזכות חוקתית ואילו מטרתו הן "מחוץ לתחום". הפנייה לשאר מרכיבי

184 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

185 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 99, בעמ' 157.

186 על מרכיב המטרה הראויה ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 295; מרדכי קרמניצר "המידתיות החוקתית: קווים (ראויים) לדמותה" מידתיות במבט ביקורתי ומשווה 10 (מרדכי קרמניצר עורך, 2016).

187 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 368.

188 אך ראו פרשת אדם, לעיל ה"ש 3, פס' 83 לפסק-דינה של השופטת ע' ארבל, שלפיה במתן תשובה לשאלה אם תכליתו של חוק פוגע היא ראויה יש להתחשב ב"עוצמת הפגיעה". לדעתנו, ההתחשבות בעוצמת הפגיעה צריכה להיעשות במסגרת מרכיב האיזון, ולא במסגרת מרכיב המטרה הראויה.

המידתיות תיעשה רק אם התכלית היא "בתוך התחום". על-כן, אם מטרתו של החוק הפוגע היא הבטחת בטחון המדינה, אזי מטרתו ראויה, תהא פגיעתו בזכויות האדם אשר תהא. אם מטרתו היא הפליה אסורה, אזי מטרתו אינה ראויה, יהיו האמצעים שהוא נוקט אשר יהיו.¹⁸⁹ תפיסת מרכיב המטרה הראויה כדרישת-סף מגינה היטב על זכויות האדם. היא קובעת גבול למטרות המצדיקות פגיעה בזכויות האדם. מעבר לגבול זה אין בכוחן של מטרות לפגוע בזכויות אדם בשום צורה, ושאר מרכיבי המידתיות אינם נבדקים כלל. מרכיב המטרה הראויה קובע את הטעמים לפגיעה בזכות חוקתית שניתן לשלול בלא צורך בבדיקה נוספת. זאת ועוד, תפיסת מרכיב המטרה הראויה כמרכיב-סף מתבקשת גם משיקולים של הפרדת רשויות. למחוקק יש שיקול-דעת רחב בקביעת המטרות שהוא מבקש להגשים. כאשר בית-המשפט קובע כי חוק אינו חוקתי בשל פגיעה שאינה מאזנת כראוי בין התועלת בהגשמת המטרה לבין הנזק לזכות החוקתית, לא יהיה זה נכון לראות בכך משום קביעה כי מטרתו של המחוקק אינה חוקתית. פסק-דין הקובע כי חוק אינו חוקתי בשל אי-קיומם של שאר מרכיבי המידתיות אינו מלין בהכרח על מטרתו של המחוקק. המטרה הייתה ונשארה ראויה. עם זאת, זוהי מטרה ראויה שאין להגשימה על-ידי שימוש באמצעים שנקבעו הלכה למעשה בחוק, בשל פגיעתם הלא-מידתית בזכויות האדם.

(3) מאפייניה של המטרה הראויה¹⁹⁰

מרכיב המטרה הראויה נועד להשיב על השאלה הבאה: האם במדינה שערכיה הם יהודיים ודמוקרטיים יש צידוק לפגיעה בזכות חוקתית לשם הגשמתה של אותה מטרה? מקובל על הכל כי פגיעה של חוק בזכות חוקתית היא למטרה ראויה אם מטרתה של הפגיעה היא מימוש החובה החוקתית להגן על זכות חוקתית של אחר.¹⁹¹ כך, למשל, לפגיעה בזכות החוקתית של ראובן לחופש הביטוי יש צידוק אם היא נועדה להגן על הזכות החוקתית של רחל לפרטיות. לעיתים הזכות הנפגעת (חופש הביטוי כזכות-בת של כבוד האדם) והזכות שמגינים עליה (הזכות לפרטיות) הן שתי זכויות עצמאיות המוכרות בחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם. לעיתים הזכות הנפגעת (חופש הביטוי כזכות-בת של כבוד האדם) והזכות שמגינים עליה (השם הטוב כזכות-בת של כבוד האדם) הן זכויות-בת של זכות-אם אחת. לדעתי, גישה דומה צריכה לחול גם מקום שמטרתו של החוק הפוגע היא הגנה על זכותו הסטטוטורית או ההלכתית של אחר. הגנה על זכותו של אחר, היא מעמדה במדרג הנורמטיבי אשר יהא, היא מטרה ראויה לעניין פגיעה בזכות חוקתית.

האם הגשמת האינטרס הציבורי מהווה אף היא מטרה ראויה לעניין פגיעה בזכות חוקתית?¹⁹² הכל מסכימים כי לא כל אינטרס ציבורי מהווה מטרה ראויה לעניין פגיעה בזכות

189 ראו בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 569 (2005) ("תכלית אינה 'ראויה' אם היא נועדה לחלק משאבים לאומיים באופן שרירותי ותוך הפליה בין הסקטורים השונים בחברה"). ראו גם שם, בעמ' 549.

190 ליסודותיה של המטרה הראויה ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 300.

191 ראו שם, בעמ' 323.

192 שם, בעמ' 326.

חוקתית. מהי אמת-המידה להבחנה בין סוגים שונים של אינטרסים ציבוריים? אם המטרה של החוק הפוגע היא אך הפגיעה באותה זכות אדם, אין זו מטרה ראויה. אך מה דינן של מטרות שלא נועדו אך לפגוע בזכויות אדם? נראה כי הגשמת האינטרס הציבורי בקיום המדינה, בבטחון המדינה או בסדר הציבורי (מניעת עבירות, שמירה על קטינים, שמירה על בריאות הציבור) היא מטרה ראויה. באופן דומה, הגשמת ערכים חוקתיים של הפרדת רשויות, שלטון החוק או עצמאות הרשות השופטת היא מטרה ראויה.¹⁹³ האם הבטחת היעילות המנהלית היא מטרה ראויה? האם שיקולי תקציב מהווים מטרה ראויה? לדעתי, אין לשלול את השיקול הכספי והיעילות המנהלית על הסף כשיקול ראוי בגדר טובת הכלל.¹⁹⁴ האם הגנה על רגשות היא מטרה ראויה המצדיקה פגיעה בזכות חוקתית? גישתו של בית-המשפט העליון היא כי התחשבות ברגשות מהווה מטרה ראויה, ובלכד שהפגיעה ברגשות עוברת את "רמת הסבולת" הנתפסת כראויה בחברה.¹⁹⁵

(4) חשיבותה של המטרה הראויה

האם חשיבותה של המטרה היא חלק מאפיונה כמטרה ראויה?¹⁹⁶ שאלה זו מעוררת שתי שאלות-משנה: הראשונה, האם שאלת חשיבותה של המטרה היא חלק מהדין במרכיב המטרה הראויה? האין לבחון שאלה זו במסגרת המרכיבים האחרים של המידתיות, ובעיקר במסגרת מרכיב האיזון? שאלה זו התעוררה בפרשת בנק המזרחי המאוחד. גישתו של בית-המשפט הייתה לבחון את שאלת חשיבותה של המטרה במסגרת מרכיב המטרה הראויה. בית-המשפט העליון המשיך בגישה זו. לדעתי, גישה זו ראויה. אם מטרתו של חוק הפוגע בזכות חוקתית אינה עוברת את סף החשיבות הנדרש, ממילא אין לחוק צידוק, ואין מקום לבחינת המרכיבים האחרים של המידתיות.

שאלת-המשנה השנייה שסוגיית החשיבות מעוררת היא מהי אמת-המידה לחשיבות הנדרשת של המטרה. האם החשיבות הנדרשת של המטרה משתנה על-פי חשיבותה של הזכות הנפגעת? בעניין זה נקבע בפרשת בנק המזרחי המאוחד כי "תכלית היא ראויה, אם היא נועדה להגשים מטרות חברתיות חשובות לקיומה של מסגרת חברתית שמכירה בחשיבותן החוקתית של זכויות האדם ובצורך להגן עליהן. המטען הנורמטיבי של מהות החשיבות ייקבע במשך הזמן, בפסיקתו של בית המשפט העליון".¹⁹⁷

למן פרשת בנק המזרחי המאוחד חלה התפתחות בשאלת חשיבותה של המטרה המונחת ביסוד הנורמה הפוגעת בזכות חוקתית. ניתן לסכם התפתחות זו באופן הבא: ראשית, בית-המשפט העליון נמנע מלקבוע מבחן אחיד באשר לחשיבות הנדרשת של המטרה. שנית, בית-המשפט העליון היה מוכן להבחין – לעניין החשיבות של הגשמת המטרה – בין הזכויות החוקתיות השונות. לא התקבלה ההשקפה שכל הזכויות החוקתיות שוות בחשיבותן. שלישית,

193 שם, בעמ' 342.

194 שם, בעמ' 336.

195 שם, בעמ' 340.

196 שם, בעמ' 352.

197 פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 2, בעמ' 435 (הנשיא א' ברק).

כאשר הגשמתה של המטרה פוגעת בזכויות חוקתיות המצויות ברמה גבוהה של חשיבות, כגון כבוד האדם או החירות האישית, אמת-המידה לחשיבות הנדרשת של המטרה היא זו של צורך חברתי דחוף או עניין חברתי מהותי.¹⁹⁸ רביעית, כאשר הפגיעה היא בזכויות המצויות ברמת חשיבות נמוכה יותר, עשויה להיקבע דרישת חשיבות נמוכה יותר.¹⁹⁹ טרם נקבעה הלכה באשר לרמתה של אמת-מידה זו.

גישה זו של הפסיקה הישראלית ראויה. אין מקום לנקוט אמת-מידה אחידה – שתחול על הזכויות החוקתיות כולן – לעניין החשיבות הנדרשת של מטרת הפגיעה בזכות חוקתית. אם אמת-מידה אחידה כזו תקבע רף נמוך, לא תהיה הגנה מספקת על זכויות האדם; ואם אמת-מידה אחידה כזו תקבע רף גבוה, לא תהיה אפשרות לקיים מבחן זה. רף גבוה יכול להתקיים רק אם הוא מוגבל לפגיעה בזכויות החשובות יותר. לעניין פגיעה בזכויות החשובות פחות יש מקום לקבוע רף נמוך יותר.

(ג) מרכיב הקשר הרציונלי

המרכיב השני של המידתיות הוא מרכיב הקשר הרציונלי (או ההתאמה).²⁰⁰ מרכיב זה בוחן את היחס בין המטרה הראויה לבין האמצעים שנקבעו בחוק למימושה. הדרישה היא כי האמצעים שנקבעו בחוק להגשמת המטרה יש בהם כדי לממשה. הדרישה אינה כי האמצעים שנבחרו יהיו היחידים שיש בהם כדי להגשים את המטרה הראויה. אין גם דרישה כי האמצעים יגשימו את המטרה הראויה במלואה. הדרישה היא כי האמצעים החקיקתיים יקדמו "במידה מספקת" את המטרה שהחוק קבע.

מהי מידת ההסתברות הנדרשת שהאמצעים שנקבעו בחוק אכן יגשימו את מטרתו? ברי כי אין נדרשת ודאות גמורה. פעולת החקיקה, מעצם טבעה, מבוססת על מרכיב של חוסר ודאות. דרישה לוודאות גמורה הייתה משתקת את רוב פעולות החקיקה. עם זאת, אין להסתפק בהסתברות זניחה. בפרשת רסלר קבעה הנשיאה ד' ביניש כי "בהתחשב במעמדן ובחשיבותן של הזכויות העומדות על הפרק, ההסתברות הנחוצה לשם הוכחת הקשר הרציונלי בין האמצעים למטרה היא ברמה ממשית וגבוהה".²⁰¹ גישה זו חלה לעניין חוק הפוגע בזכויות החשובות ביותר. בפגיעה בזכויות אחרות יש להסתפק בהסתברות נמוכה יותר, אולם רמתה של הסתברות זו טרם נבחנה בפסיקה.

198 ראו פרשת חורב, לעיל ה"ש 71, בעמ' 53; פרשת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 189, בעמ' 801; פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, לעיל ה"ש 25, פס' 53 לפסק-דינו של הנשיא א' ברק; פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 30, פס' 63 לפסק-דינו של הנשיא א' ברק; פרשת חסן, לעיל ה"ש 3, פס' 55 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש; פרשת אדם, לעיל ה"ש 3, פס' 83 לפסק-דינה של השופטת ע' ארבל.

199 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 30, פס' 63 לפסק-דינו של הנשיא א' ברק.

200 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 373; קרמניצר, לעיל ה"ש 186, בעמ' 67; בג"ץ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (פורסם בנבו, 12.9.2017).

201 בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, פ"ד סה(3) 1, פס' 55 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש (2012).

מרכיב הקשר הרציונלי הוא מרכיב-סף. הוא בוחן את היחס בין האמצעים שנקבעו בחוק לבין מטרתו הראויה של החוק. הוא אינו בוחן את היחס בין האמצעים שנקבעו בחוק לבין הנזק שנגרם לזכות החוקתית. אין בו היבט של איזון.

(ד) מרכיב הצורך

המרכיב השלישי של המידתיות הוא מרכיב הצורך.²⁰² כדי שלפגיעה בזכות חוקתית על-ידי חוק יהא צידוק, יש להוכיח כי אי-אפשר להשיג את המטרה הראויה על-ידי אמצעים אחרים שפגיעתם בזכות החוקתית קטנה יותר. אין צורך בחוק הפוגע אם ניתן להגשים את המטרה הראויה על-ידי אמצעים שפגיעתם בזכות החוקתית פחותה. הוכחה שמרכיב הצורך אינו מתקיים כוללת אפוא שני יסודות: האחד, קיימת חלופה שבכוחה להגשים את מטרתו הראויה של החוק באותה מידה כמו החוק הפוגע; והאחר, פגיעתה של החלופה בזכות החוקתית פחותה מפגיעתו של החוק הפוגע.

היסוד הראשון בהוכחת אי-התקיימותו של מרכיב הצורך מתרכז בהשוואה בין האמצעים הננקטים על-ידי החוק הפוגע לבין האמצעים הננקטים על-ידי החלופה. הדרישה היא כי החלופה המוצעת תגשים את המטרה הראויה – אותה ולא אחרת – וכי האמצעים הננקטים על-ידי החלופה יגשימו את המטרה הראויה באותה מידה כמו החוק הפוגע, ובלא השפעות נלוות בלתי-רצויות. על-כן החוק הפוגע יצלח את דרישת הצורך – כלומר, יוכח כי יש בו צורך – אם החלופה מגשימה את המטרה הראויה במידה פחותה בהשוואה אליו.²⁰³ כמו-כן, יש צורך בחוק הפוגע אם לחלופה יש השפעות נלוות בלתי-רצויות, כגון פגיעה בזכויות אחרות או הוצאה כספית משמעותית שלא נכללה בחוק הפוגע. אין צורך בחוק הפוגע במקרה ה"נקי" שבו המטרה הראויה ניתנת להגשמה באותה מידה בעזרת החלופה, ושאר הפרמטרים החברתיים אינם משתנים.

היסוד הראשון בהוכחת אי-התקיימותו של מרכיב הצורך אינו דורש כי החלופה המוצעת תממש את המטרה הראויה ביעילות זהה לזו של החלופה המוצעת. הדרישה היא כי "אותו אמצעי שהוא פוגעני פחות מגשים את תכלית החקיקה באותה מידה או במידה דומה לאמצעי שנבחר על ידי המחוקק".²⁰⁴ כמו-כן, הדרישה אינה לזהות מלאה בין ה"מחיר" של האמצעים בחלופה המוצעת לבין "מחיר" האמצעים של החוק הפוגע. הדרישה היא שהעלויות בחלופה

202 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 391; קרמניצר, לעיל ה"ש 186, בעמ' 75.
203 ראו בג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פס' 61 לפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן (פורסם בנבו, 22.9.2014) ("האפקטיביות של האמצעים האמורים אינה משתווה לזו שמציעה משמורת סגורה. די בכך כדי לצלוח את מבחן המידתיות השני לעניין תכלית זו").

204 פרשת המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, לעיל ה"ש 30, פס' 49 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש. כן ראו בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת, פס' 10 לפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן (פורסם בנבו, 11.8.2015) ("...בהיעדר אמצעי אשר יכול להגשים את תכלית החוק באותה מידה או במידה דומה של אפקטיביות המסקנה היא כי סעיף 30 צולח גם מבחן זה"). ראו גם קרמניצר, לעיל ה"ש 186, בעמ' 80.

המוצעת ובחוק הפוגע לא יהיו שונות באופן מהותי, גם אם לא יהיו זהות. "גישה זו מאפשרת להעדיף דרך פעולה יקרה במידת-מה ולהתייחס אליה כאל חלופה לכל דבר ועניין..."²⁰⁵ היסוד השני בהוכחת אי-התקיימותו של מרכיב הצורך מתרכז בהשוואה בין הפגיעה בזכות החוקתית על-ידי החוק הפוגע לבין הפגיעה בה על-ידי החלופה המוצעת. הדרישה היא כי החלופה המוצעת תפגע בזכות החוקתית פחות מפגיעתו של החוק הפוגע. דרישה זו נבחנת על-ידי בדיקת היקף הפגיעה, עוצמתה, זמן תחולתה ומידת הסתברותה.

מרכיב הצורך הוא מבחן-סף. אין הוא מאזן בין המטרה הראויה לבין הפגיעה בזכות החוקתית.²⁰⁶ כאשר ניתן למנוע פגיעה בזכות החוקתית על-ידי חלופה, אך זו מגשימה את המטרה הראויה במידה פחותה בהשוואה לחוק הפוגע או משיתה עלויות גבוהות באופן מהותי מעלויותיו של החוק הפוגע, החוק הפוגע יצלח ויקיים את מרכיב הצורך. במסגרת מרכיב הצורך אין עורכים איזון בין הנזק שבהגשמה הפחותה או בהגשמה שעלויותיה גבוהות באופן מהותי לבין התועלת שבהפחתת הנזק לזכות החוקתית. איזון זה נעשה במסגרת המרכיב הרביעי של המידתיות, הוא מרכיב האיזון.²⁰⁷

ב' מדינה מבקר את הגישה שלפיה מרכיב הצורך הוא מרכיב-סף שאין בו איזון. לדעתו, יש להבחין בין מצב שבו קיימת חלופה סבירה לחוק הפוגע לבין מצב שבו חלופה סבירה כזו אינה קיימת. במקרה הראשון יש לערוך איזון בין התועלת השולית שבאי-הסתפקות במימוש החלקי של המטרה הראויה לבין הנזק השולי הנגרם לזכות על-ידי החוק הפוגע בהשוואה לחלופה. איזון זה יש לערוך במסגרת המרכיב השלישי של המידתיות, הוא מרכיב הצורך. במקרה השני יש לערוך איזון בין הנזק שבויתור מלא על הגשמת המטרה הראויה לבין התועלת שבמניעת הפגיעה בזכות החוקתית. איזון זה יש לערוך במסגרת המרכיב הרביעי של המידתיות, הוא מרכיב האיזון.

לדעתי, שני המצבים שב' מדינה עוסק בהם – קיום חלופה סבירה והעדרה של חלופה כזו – הם מצבים המבוססים על איזון בין תועלת לבין נזק, והם צריכים להידון במסגרת מרכיב אחד. ההבחנה בין שני המצבים היא מלאכותית, שכן תמיד קיימת חלופה, והיא החלופה לא לחוקק את החוק כלל. זאת ועוד, עצם ההחלטה אם החלופה סבירה מחייבת עריכת איזון בין התועלת הטמונה במימוש מטרתה הראויה של החלופה לבין הנזק הגלום בפגיעתה בזכות החוקתית.²⁰⁸

205 ראו דפנה ברק-ארוז משפט מינהלי כרך ב 780 (2010); בג"ץ 1676/09 מנכ"ל משרד הביטחון נ' מועצת הכפר קלנדיה, פס' 22 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש (פורסם בנבו, 30.11.2011). ראו גם בג"ץ 4638/07 חברת אלאקסא אלמובארק בע"מ נ' חברת חשמל לישראל, פס' 14 לפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן (פורסם בנבו, 29.10.2007).

206 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 416.
207 אך ראו פרשת אדם, לעיל ה"ש 3, פס' 103 לפסק-דינה של השופטת ע' ארבל ("במצב דברים שבו הפגיעה בזכות לחירות היא כה קשה, דורש מבחן המשנה השני מהמדינה למצות ולבחון אפשרות סבירה ופוגענית פחות, גם אם אין ודאות ביכולתה להשיג את המטרה במידה דומה"). לדעתי, שיקולים אלה יש לשקול במסגרת מרכיב האיזון, ולא במסגרת מרכיב הצורך.

208 ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 162, בעמ' 73; בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 513 (1990); בג"ץ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מז(2) 812 (1993); פרשת חורב, לעיל ה"ש 71, בעמ' 37; בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שרות בתי הסוהר, פס' 17 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 13.6.2006).

במה ההחלטה אם החלופה סבירה שונה מההחלטה אם החלופה מידתית? אכן, המקום הראוי לדיון זה הוא במסגרת מרכיב האיזון.

(ה) מרכיב האיזון

(1) איזון בין התועלת לבין הנזק

המרכיב הרביעי של המידתיות הוא מרכיב האיזון, שעל-פיו נדרש יחס ראוי (מידתי במובן הצר) בין התועלת החברתית הצומחת מהגשמתה של המטרה הראויה לבין הנזק העלול להיגרם בשל כך לזכות החוקתית.²⁰⁹ זהו המרכיב היחיד מבין מרכיבי המידתיות המעמת את המטרה הראויה עם הזכות החוקתית. המתודולוגיה של האיזון – כפי שמטפורת האיזון מלמדת – מאזנת בין שתי כפות: על הכף האחת מונחת החשיבות החברתית של התועלת הצומחת מהגשמתה של המטרה הראויה (הגנה על זכויות אדם או הגנה על האינטרס הציבורי); ועל הכף האחרת מונחת החשיבות החברתית של מניעת נזק לזכות החוקתית. ידה של הכף הכבדה יותר על העליונה. איזון זה אינו בוחן את חשיבותה הכוללת של המטרה מזה ואת חשיבותה הכוללת של מניעת נזק לזכות החוקתית מזה. ההשוואה בוחנת את מצבן של המטרה הראויה ושל הזכות החוקתית הנפגעת לפני חקיקת החוק ואת מצבן לאחר חקיקתו. האיזון הוא בין חשיבותה החברתית של התועלת השולית שבהגשמת המטרה (לעומת מצבה לפני חקיקת החוק) לבין חשיבותה החברתית של התועלת השולית שבמניעת הנזק לזכות החוקתית (לעומת מצבה של הזכות לפני חקיקת החוק). ההשוואה היא, אפוא, במונחים של חשיבות חברתית שולית. החשיבות החברתית של התועלת השולית הטמונה בהגשמת המטרה מותנית במהותה של המטרה. לא כל המטרות הראויות הן בעלות חשיבות חברתית זהה. כאשר המטרה היא הגנה על זכות חוקתית, החשיבות החברתית השולית נקבעת על-פי חשיבותה של הזכות המוגנת. כאשר המטרה היא הגנה על אינטרס ציבורי, החשיבות החברתית השולית נקבעת על-פי חשיבותו של האינטרס הציבורי. חשיבות זו נגזרת מההיסטוריה החברתית של המדינה, מהאידיאולוגיה הפוליטית והחברתית שלה, מהמבנה של המערכת הפוליטית והשלטונית בה ומערכים חברתיים שונים. לעניין זה יש להשקיף על החברה ועל המבנה הנורמטיבי כמכלול.²¹⁰ בקביעת חשיבותה החברתית של התועלת השולית הטמונה בהגשמת המטרה יש להתחשב – כאשר המטרה היא הגנה על זכויות אדם – במידת ההגנה שקיבלו זכויות אלה לפני החקיקה ובזו שיקבלו בעקבות החקיקה. הוא הדין במטרות החברתיות שעניינן הבטחה של אינטרס ציבורי. לעניין כל אלה יש להתחשב גם בהסתברות (בסיכויים) להגשמת המטרה אם החוק יעמוד בעינו. הסתברות זו מותנית בנתונים העובדתיים ובתחזית באשר לאפשרות מימושה של המטרה.

209 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 419; קרמניצר, לעיל ה"ש 186, בעמ' 85.
210 ראו פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 30, בעמ' 345. ראו גם Grimm, *Proportionality*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 396.

חשיבותה החברתית של מניעת הנזק לזכות החוקתית נקבעת על-פי חשיבותה החברתית של הזכות. לעניין זה אין שוויון בין הזכויות החוקתיות.²¹¹ חשיבותה של הזכות החוקתית נקבעת על-פי שיקולים "חיצוניים" ושיקולים "פנימיים" גם-יחד. במסגרת השיקולים ה"חיצוניים" יש להביא בחשבון את תפיסותיה הבסיסיות של החברה, את ההיסטוריה החברתית והתרבותית שלה ואת קווי האופי הבולטים שלה. במסגרת השיקולים ה"פנימיים" יש להביא בחשבון את היחסים בין הזכויות השונות. כך, זכות המהווה תנאי לקיומה ולפעולתה של זכות אחרת נתפסת כחשובה ממנה. מכאן החשיבות החברתית הגבוהה של הזכות לחיים, הזכות לכבוד, הזכות לשוויון והזכות לביטוי פוליטי. קיומן של זכויות אלה הוא תנאי מוקדם לקיומן של כל הזכויות האחרות. אכן, חשיבותה החברתית של זכות נקבעת מנקודת-מבט שונות. לא הרי זכויות המגשימות ערכים יסודיים של השיטה כהרי זכויות שהצידוק לקיומן הוא בקידום הרווחה הכללית; לא הרי זכויות "חשודות", שההיסטוריה של החברה מוכיחה כי הרוב נוטה להגבילן מטעמים פסולים, כהרי זכויות הנקיות מחשד זה. חשיבותה החברתית של מניעת הנזק לזכות החוקתית מושפעת גם מהיקף הפגיעה, מעוצמתה ומשיעורה.²¹² חריפותה של הפגיעה משפיעה על החשיבות החברתית במניעתה. על-כן, לא הרי פגיעה בזכות אחת כהרי פגיעה בכמה זכויות; לא הרי פגיעה בליבה של הזכות כהרי פגיעה בשוליה; לא הרי פגיעה קבועה כהרי פגיעה זמנית; לא הרי פגיעה שהסתברות התרחשותה גדולה כהרי פגיעה שאפשרות התרחשותה רחוקה.

(2) העיקרון הבסיסי של האיזון, האיזון הקונקרטי והאיזון העקרוני

א. העיקרון הבסיסי של האיזון

האיזון בין התועלת החברתית השולית שבהגשמת המטרה הראויה לבין התועלת החברתית השולית שבמניעת הנזק לזכות החוקתית ניתן לביטוי בעיקרון הבא: ככל שמניעת הנזק השולי לזכות החוקתית חשובה יותר, וככל שהסתברות התרחשותו של הנזק גדולה יותר, כן נדרש שהתועלת השולית מהגשמת המטרה הראויה תהא חשובה יותר ושהסתברות הגשמתה תהא גדולה יותר. "ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר, וככל שהפגיעה בזכות קשה יותר, כך צריך אינטרס ציבורי חזק יותר כדי להצדיק את הפגיעה."²¹³ "ככל שזכות האדם הינה בעלת עוצמה גדולה יותר במידרג זכויות האדם, כך נדרשים טעמים חזקים יותר כדי להצדיק את הפגיעה בה..."²¹⁴ זהו העיקרון הבסיסי של האיזון.

211 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 441.

212 בהקשר זה ניתן להתחשב גם באפקט המצטבר של כמה פגיעות. ראו בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(3) 500 (2010); זמר בלונדהיים ונדיב מרדכי "לקראת דוקטרינת אפקט מצטבר: אגרזיה בביקורת שיפוטית חוקתית" משפטים מד 569 (2014).

213 פרשת צמח, לעיל ה"ש 122, בעמ' 273 (השופט י' זמיר). ראו גם פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 30, פס' 63 לפסק-דינו של הנשיא א' ברק.

214 פרשת דוברין, לעיל ה"ש 208, פס' 14 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה.

ב. האיזון הקונקרטי

העיקרון הבסיסי של האיזון קובע אמת-מידה כללית ברמת הפשטה גבוהה המאפשרת הכרעה בין התועלת השולית שבהגשמת המטרה הראויה לבין התועלת שבמניעת הנזק השולי לזכות החוקתית הנלווה להגשמת המטרה הראויה. עיקרון בסיסי זה מופעל על נתוניו של כל מקרה קונקרטי. האיזון הוא קונקרטי. הוא מיוחד לנסיבות המיוחדות של המקרה. הוא מאזן בין כפות המאזניים בנקודת חיכוך קונקרטי. העיקרון הבסיסי של האיזון מאזן בין התועלת לבין הנזק ב"קווים גסים". כלל האיזון הקונקרטי מאזן ב"קווים דקים" או אף ב"קווים דקיקים". העיקרון הבסיסי של האיזון מבוסס על הכללה ברמת הפשטה גבוהה. כלל האיזון הקונקרטי מבוסס על רמת הפשטה נמוכה.

רמת הפשטה הנמוכה משקפת את הנתונים המטריאליים של המקרה הקונקרטי. לא כל הנתונים הקונקרטיים רלוונטיים לאיזון. הרלוונטיות נקבעת על-פי מבחניו של העיקרון הבסיסי של האיזון. על יסוד העיקרון הבסיסי ניתן לגבש כלל משפטי המבטא את האיזון הקונקרטי. יהיה זה כלל ברמת הפשטה נמוכה, המאזן במקרה קונקרטי בין כל הנתונים הרלוונטיים באשר למטרה ובאשר לזכות החוקתית כפי שהם נגזרים מהעיקרון הבסיסי של האיזון.

ג. האיזון העקרוני

העיקרון הבסיסי של האיזון הוא ברמת הפשטה גבוהה ביותר. אין בו התייחסות להיבטים המיוחדים המאפיינים את זכויות האדם השונות; אין בו התמקדות בטעמים העקרוניים אשר מונחים ביסודן של הזכויות השונות ומבססים את הצידוק להגנה עליהן או להגבלתן; ואין בו איתור של השיקולים המאפיינים את ההגנה הראויה על הזכות החוקתית. לעומת זאת, כלל האיזון הקונקרטי פועל על המקרה הקונקרטי. איזון זה רגיש לעובדותיו של כל מקרה ומקרה. הוא פועל ברמת הפשטה נמוכה.

לדעתי, יש מקום להכיר ברמת-ביניים נורמטיבית שתבוא בין העיקרון הבסיסי של האיזון לבין הפעלתו הלכה למעשה באיזון הקונקרטי. יהיה זה איזון עקרוני (principled balancing)²¹⁵ שיתרגם את העיקרון הבסיסי של האיזון לעקרונות איזון שיעוצבו ברמת הפשטה נמוכה ממנו וגבוהה מזו של כלל האיזון הקונקרטי. האיזון העקרוני קובע "מהי נוסחת האיזון, מהו המשקל הניתן לאינטרסים השונים, ועל-פי אילו אמות מידה תיקבע נקודת האיזון".²¹⁶ רמת הפשטה זו תבטא את השיקולים העקרוניים המונחים ביסודה של זכות חוקתית קונקרטי וביסודו של

215 ראו ברק *מידתיות במשפט*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 630. לאיזון העקרוני ראו Melville B. Nimmer, *The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*, 56 CAL. L. REV. 935 (1968); Richard H. Fallon, Jr., *Individual Rights and the Powers of Government*, 27 GA. L. REV. 343 (1993).

216 בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393, 400 (1984) (השופט א' ברק).

הצידוק להגבלתה.²¹⁷ במסגרתו של האיזון העקרוני ייקלטו נוסחות האיזון ההלכתיות, תוך התאמתן למבנה החוקתי החדש.²¹⁸

טלו, למשל, חוק המגביל את חופש הביטוי הפוליטי. זוהי זכות חשובה ביותר. הניחו כי מטרת ההגבלה היא הגנה על שלום הציבור מפני דיבור פוליטי המסית להפרת חוק. האיזון העקרוני בהתנגשות בין חופש הביטוי הפוליטי לבין הגנה על שלום הציבור מפני נזקו של דיבור פוליטי אלים ומסית עשוי לקבוע כי ניתן להגביל את חופש הביטוי הפוליטי רק אם הדבר חיוני לשם מניעת נזק רחב-היקף ומייד ל שלום הציבור או לשם מניעת נזק שווודאותו קרובה (תוך אימוץ הלכת "קול העם"²¹⁹). באופן דומה, טלו חוק המסמך שוטר לעצור עברייני שברח תוך נקיטת כל האמצעים הנדרשים לשם כך, לרבות ירי לעברו. חוק זה פוגע בזכות לחיים. האיזון העקרוני יקבע כי הפגיעה בזכות לחיים אפשרית רק אם היא מהווה אמצעי אחרון להבטחת חייהם של אחרים הנתונים בסכנה מיידית.²²⁰

רבות הן זכויות האדם, ולכל זכות היבטים משלה; רבים הם השיקולים הנוגעים באינטרס הציבורי, ולכל אחד מהם היבט משלו. האיזון העקרוני צריך לשקף רבגוניות זו. על-כן מתחייבים כמה כללים הקובעים איזון עקרוני, ומתבקשות כמה נוסחות איזון המשקפות את רבגוניותם של השיקולים – הן לעניין הזכות המוגבלת והן לעניין המטרה שהגשמתה פוגעת בזכות. כך, למשל, לא הרי חופש הביטוי הפוליטי כהרי חופש הביטוי המסחרי; לא הרי הגבלה מראש כהגבלה בדיעבד; לא הרי פגיעה קלה באחת מחירויות אלה כהרי פגיעה חמורה בהן; לא הרי חוק שמטרתו הגנה על חיי אדם כהרי חוק שמטרתו הגנה על שמו הטוב של אדם.

(1) מרכיבי המידתיות וההיבט החיובי של הזכות החוקתית

השלב השני של הבחינה החוקתית ועקרון המידתיות המונח בבסיסו חלים בכל מצב שבו נפגעה זכות חוקתית "בחוק... או לפי חוק". כאשר עניין לנו בהיבט החיובי של הזכות החוקתית, הפגיעה בזכות מתבטאת בהעדר חלקי של חקיקה.²²¹ כאשר ההימנעות מחקיקה היא חלקית, הפגיעה היא "בחוק", והבחינה החוקתית עוברת לשלב השני, שבו נבחנת השאלה אם

217 Jochen von Bernstorff, *Proportionality Without Balancing: Why Judicial Ad Hoc Balancing is Unnecessary and Potentially Detrimental to the Realisation of Individual and Collective Self-determination*, in REASONING RIGHTS: COMPARATIVE JUDICIAL ENGAGEMENT 63 (Liora Lazarus, Christopher McCrudden & Nigel Bowles eds., 2014).

218 ראו להלן בחלק ג(ח). ראו גם את מאמרה של גילה שטופלר "עליית המידתיות, ירידת ההסתברות והשלכותיה הבלתי-צפויות של המהפכה החוקתית על המשפט החוקתי הישראלי" *משפט וממשל יט* 187 (2018).

219 בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז 871 (1953).

220 ראו von Bernstorff, לעיל ה"ש 217, בעמ' 76.

221 להבחנה בין הימנעות חלקית להימנעות מלאה ראו לעיל בחלק ב(א)4. ראו גם Woolman & Botha, לעיל ה"ש 5, בעמ' 34–60. כן ראו *President of the Republic of South Africa v. Modderklip Boerdery (Pty) Ltd.*, 2005 (5) SA 3 (CC) (S. Afr.); *August v. Electoral Commission*, 1999 (3) SA 1 (CC) (S. Afr.); Sandra Liebenberg, *The Interpretation of Socio-Economic Rights*, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA 55-1 (Stuart Woolman, Michael Bishop & Jason Brickhill eds., 2nd ed., 4th rev. 2012).

יש לה צידוק. בהעדר צידוק מתקיים מחדל חקיקתי, והבחינה החוקתית עוברת לשלב השלישי, הוא שלב הסעד החוקתי.

מרכיבי המידתיות חלים לעניין הפגיעה בהיבט החיובי של הזכות החוקתית באותו אופן שבו הם חלים לעניין ההיבט השלילי.²²² נפתח במרכיב המטרה הראויה. השאלה היא מהי המטרה המונחת ביסוד ההגנה החלקית בלבד על הזכות החוקתית. בתשובה לשאלה זו יש לפעול על-פי אותן אמות-מידה שלאורן נבחנת המטרה של הפגיעה בהיבט השלילי של הזכות החוקתית. כך, למשל, אם המטרה היחידה של המחדל החקיקתי היא הרצון לא להגן על ההיבט החיובי, אין זו מטרה ראויה. במסגרת מרכיב הקשר הרציונלי נבחנת השאלה אם יש קשר רציונלי בין המחדל החקיקתי החלקי לבין המטרה הראויה של החקיקה החלקית. באשר למרכיב הצורך, השאלה היא אם ניתן להגשים את מטרתו של החוק תוך מימוש רב יותר של ההיבט החיובי של הזכות החוקתית. על-פי מרכיב האיזון, ככל שהגשמה מלאה של ההיבט החיובי חשובה יותר, וככל שהסתברות הגשמתה גדולה יותר, כן נדרש שהשיקולים העומדים ביסוד המחדל החקיקתי החלקי יהיו חשובים יותר ושהסתברות הגשמתם תהיה גדולה יותר.

(ז) מתחם המידתיות

חובת המידתיות מצמצמת את שיקול-הדעת של הרשות השלטונית, אך היא אינה שוללת אותו. טלו את שיקול-הדעת של המחוקק. שיקול-דעת זה הוא רחב מאוד באשר לשאלה אם לחוקק ומהן תכליות החקיקה. שיקול-דעת זה הוא רחב באשר לאמצעים הננקטים ובאשר לבחירת האמצעים שיש בהם "צורך". שיקול-דעת זה צר יותר בכל הנוגע ביחס הראוי בין הגשמת התכלית הראויה לבין הפגיעה בזכות החוקתית (האיזון). שיקול-דעת זה של הרשות השלטונית קובע מתחם של מידתיות.²²³ פעולה של הרשות השלטונית המצויה בגדרי מתחם המידתיות היא פעולה שיש לה צידוק, שכן היא פעולה המקיימת את כל מרכיביה של פסקת ההגבלה. אכן, מתחם המידתיות מהווה מסגרת נורמטיבית הנקבעת על-ידי דיני המידתיות; אין הוא מתחם הקובע את דיני המידתיות.²²⁴ לעיתים נקבע בפסיקה כי בית-המשפט מתערב רק מקום שיש חריגה משמעותית ממתחם המידתיות.²²⁵ אף אני נקטתי לעיתים לשון זו,²²⁶ ועל כך הבעתי את צערי.²²⁷ כל סטייה ממתחם המידתיות מצביעה על כך שהחוק הפוגע בזכות החוקתית לא צלח לפחות אחד ממרכיביה של המידתיות. די בכך לקבוע כי לחוק הפוגע אין צידוק, ויש לעבור לשלב השלישי של הבחינה החוקתית, הוא שלב הסעד החוקתי. לעניין המעבר לסעד החוקתי אין נפקא מינה אם אי-קיום מרכיב פלוני של המידתיות הוא משמעותי

222 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 513. ראו גם Lavrysen, לעיל ה"ש 65, בעמ' 165.

223 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 506.

224 ראו גיא דוידוב "ביקורת חוקתית בעניינים בעלי השלכה תקציבית" הפרקליט מט 345, 365 (2007).

225 ראו בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 280, 235 (2002); בג"ץ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 200, פס' 53 לפסק-דינה של הנשיאה מ' נאור. כן ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 508, ה"ש 209.

226 שם, בעמ' 508.

227 שם.

או לא-משמעותי, ובלבד שהוא אינו עניין של "מה בכך". די באי-קיום אחד ממרכיבי המידתיות להעבירנו לשלב הסעד החוקתי.

(ח) מידתיות ונוסחות האיזון ההלכתיות

(1) נוסחות האיזון ההלכתיות וההבחנה בין איזון אופקי לאיזון אנכי

המשפט המקובל הישראלי פיתח, למן קום המדינה, את תורת האיזונים.²²⁸ "מושג ה'איזון' שולט בנו ובכל אשר מסביבנו".²²⁹ תורת האיזונים הוחלה גם במשפט הציבורי. "ההיסטוריה של הפסיקה היא ההיסטוריה של מציאת האיזון הראוי בין הפרט לבין הכלל. תרומתו המרכזית של בית המשפט העליון למשפט הישראלי מאז קום המדינה הייתה בהכרה בקיומן של זכויות אדם ובקביעת האיזון הראוי בינן לבין שלום הציבור וביטחוננו."²³⁰ "מאז קום המדינה עוסקים אנו באיזון בין ערכים ואינטרסים נוגדים."²³¹

השימוש העיקרי בתורת האיזונים במשפט הציבורי נעשה בפירושה של סמכות שלטונית.²³² "תורת האיזון (ה-balancing) ... נוהגת מקום שקיימת סמכות שלטונית, אשר הפעלתה מעניקה שיקול-דעת, אשר צריך להתחשב בערכים ובאינטרסים מתנגשים."²³³ הודגש כי ראוי שהשופט יגבש "עקרון רציונאלי"²³⁴ המשקף "אמת-מידה הנושאת בתוכה קו מנחה ערכי".²³⁵ בעריכת האיזון העקרוני "יש ליתן משקל לערכים המתחרים. ביטויים אלה – איזון, משקל – אינם אלא מטאפורות. מאחריהם עומדת התפיסה, כי לא כל העקרונות הם בעלי חשיבות זהה בעיני החברה, וכי בהעדר הכוונה חקיקתית, על בית המשפט להעריך את החשיבות החברתית היחסית של העקרונות השונים. כשם שאין לך אדם ללא צל, כן אין לך עיקרון ללא משקל. קביעת האיזון על בסיס המשקל משמעותה מתן הערכה חברתית באשר לחשיבותם היחסית של העקרונות השונים."²³⁶ האיזון העקרוני קובע נוסחת איזון, המכתיבה את דרך עריכת האיזון במקרה קונקרטי ואת תוצאתו.

בקובעה את נוסחות האיזון, הבחינה הפסיקה בין איזון אופקי לבין איזון אנכי.²³⁷ האיזון האופקי מניח "שיקולים שווי מעמד מתנגשים, והאיזון מתבצע על-ידי ויתור הדדי (כמו החופש

-
- 228 ראו ראם שגב שקלול ערכים ואיזון אינטרסים 127 (2008); ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 162, בעמ' 214.
- 229 בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 397 (1995) (השופט מ' חשין).
- 230 שם, בעמ' 413 (המשנה לנשיא א' ברק).
- 231 ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ, פ"ד נג(3) 600, 649 (1999) (הנשיא א' ברק).
- 232 ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 679 (1993); ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 99, בעמ' 262.
- 233 פרשת חורב, לעיל ה"ש 71, בעמ' 37 (הנשיא א' ברק).
- 234 פרשת "קול העם", לעיל ה"ש 219, בעמ' 887 (השופט ש' אגרנט).
- 235 ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עתון "הארץ" בע"מ, פ"ד לב(3) 337, 361 (1978) (השופט מ' שמגר).
- 236 בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421, 434 (1987) (השופט א' ברק).
- 237 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 99, בעמ' 270.

להפגין והחופש לנוע בדרכים), תוך קביעת 'גבול הסבילות' של השיקולים המתנגשים.²³⁸ באיזון האופקי "עניין לנו... בשתי זכויות אדם שוות מעמד, אשר האיזון ביניהן צריך להתבטא בויתור ההדדי אשר כל זכות צריכה לוותר לרעותה, כדי לאפשר את קיומן של השתיים גם יחד".²³⁹ "האיזון האופקי מתבטא בהגבלות של זמן, מקום ואופן על מיצויה של הזכות האחת כדי לקיים את מהותה של הזכות האחרת..."²⁴⁰ "תנאים אלה של מקום, זמן והיקף עשויים להשתנות, על-פי מהותן של הזכויות 'השוות', המטרות החברתיות המונחות ביסודן ותפיסות היסוד החוקתיות."²⁴¹

באיזון האנכי "מתנגשים שיקולים בעלי מעמד שונה, והאיזון מתבצע על-ידי נוסחת הסתברות (כמו חופש הביטוי וביטחון המדינה או שלום הציבור)"²⁴² "באיזון 'האנכי', ידו של ערך אחד – המתנגש עם ערך אחר – על העליונה. עם זאת, עליונות זו משתכללת רק אם מתקיימות דרישותיה של נוסחת האיזון לעניין הסתברות הפגיעה בערך העדיף ומידתה. כך, למשל, האינטרס הציבורי בשלום הציבור ובסדר הציבורי גובר על חופש הביטוי, ובלבד שקיימת 'ודאות קרובה' כי ייגרם נזק מעשי לאינטרס הציבורי אם חופש הביטוי לא יוגבל... בדומה, האינטרס הציבורי לביטחון גובר על חופש התנועה מחוץ לגבולות המדינה, ובלבד שקיים 'חשש כן ורציני' לפגיעה בביטחון אם תוגש הזכות לצאת מהארץ..."²⁴³ על השימוש של בית-המשפט העליון בשיטת האיזונים, ובפרט על ההבחנה בין איזון אופקי לאיזון אנכי, נמתחה ביקורת.²⁴⁴ צוין כי בית-המשפט העליון עושה שימוש לא-עקבי בהבחנה בין שני סוגי האיזון,²⁴⁵ וכי "לעיתים אין זה ברור אם התוצאה קדמה לסיווג או ההיפך".²⁴⁶

(2) נוסחות האיזון ההלכתיות ופסקת ההגבלה

האם ההבחנה בין איזון אופקי לבין איזון אנכי ונוסחות האיזון שנקבעו על בסיסן ממשיכות לעמוד גם לאחר חקיקתם של חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם? שאלה זו התעוררה בפסיקה²⁴⁷

- 238 בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 336 (1988) (השופט א' ברק).
 239 פרשת דיין, לעיל ה"ש 30, בעמ' 480 (המשנה לנשיא א' ברק).
 240 שם, בעמ' 481 (המשנה לנשיא א' ברק).
 241 שם, בעמ' 476 (המשנה לנשיא א' ברק).
 242 פרשת פורז, לעיל ה"ש 238, בעמ' 336 (השופט א' ברק).
 243 פרשת דיין, לעיל ה"ש 30, בעמ' 475 (המשנה לנשיא א' ברק).
 244 ראו שגב, לעיל ה"ש 228, בעמ' 127; גדעון ספיר "ישן מול חדש – על איזון אנכי ומידתיות" מחקרי משפט כב 471 (2006) (להלן: ספיר "על איזון אנכי ומידתיות"); גדעון ספיר "מידתיות ופשרה" ספר דליה דורנר 397 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכים, 2009) (להלן: ספיר "מידתיות ופשרה").
 245 ראו מיכאל דן בירנהק "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית-המשפט העליון בהכרעות ערכיות" מחקרי משפט יט 591 (2003).
 246 פרשת פלונית נ' משרד הבריאות, לעיל ה"ש 71, בעמ' 366 (השופט י' עמית). ראו גם אריאל בנדור ומיכל טמיר "קלישאות חוקתיות – בין ביטוי ציבורי לכבוד פרטי – בעקבות בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817 "משפטים לב 623 (2002).
 247 ראו פרשת חורב, לעיל ה"ש 71, בעמ' 43; בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995) (השופט ט' שטרסברג-כהן ביססה את החלטתה על נוסחות האיזון ההלכתיות (שם, בעמ' 124), והשופט ד' דורנר הפעילה את פסקת ההגבלה (שם, בעמ' 138)).

ובספרות המשפטית.²⁴⁸ הובעו עמדות שונות ונוגדות, ואף צוין כי "מן הפסיקה... לא עולה קו מנחה אחיד".²⁴⁹ על-מנת להכריע בעניין ולספק "קו מנחה אחיד", יש להשיב למעשה על שתי שאלות: האחת – האם נוסחות האיזון שנקבעו על-ידי הפסיקה וההבחנה בין איזון אופקי לבין איזון אנכי ממשיכות להתקיים בצד פסקת ההגבלה שבחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם? אם התשובה היא בשלילה, מתעוררת השאלה האחרת – האם וכיצד ניתן לשלב את נוסחות האיזון ההלכתיות במסגרת פסקת ההגבלה?

נוסחות האיזון ההלכתיות, ובמרכזן ההבחנה בין איזון אנכי לבין איזון אופקי, הן נוסחות איזון פרשניות.²⁵⁰ הן הוחלו מקום שנטען כי חוק פגע בזכות הלכתית. הנחת-היסוד באותה עת הייתה כי בהתנגשות בין חוק לבין זכות הלכתית יד החוק על העליונה.²⁵¹ נוסחות האיזון פירשו את החקיקה הפוגעת וקבעו באילו תנאים מתרחשת ההתנגשות בין החוק לבין הזכות ההלכתית. באין התנגשות אין סמכות לפגוע בזכות הלכתית. כאשר ההתנגשות מתרחשת – למשל, כאשר יש ודאות קרובה שחופש הביטוי יפגע בשלום הציבור – יד החוק על העליונה. נמצא כי נוסחות האיזון ההלכתיות הניחו כי הסמכות השלטונית מצויה ברמה נורמטיבית גבוהה מזו של הזכות ההלכתית. אכן, באיזון האנכי ההנחה הייתה שהאינטרס הציבורי המעוגן בחקיקה הוא ערך המצוי ברמה נורמטיבית גבוהה יותר מהערך של הזכות המעוגנת בהלכה הפסוקה. כך, למשל, בפרשת כהנא נקבע כי "בהתנגשות... בין עקרון חופש הביטוי מזה לבין מערכת הערכים המקיימים את הסדר הציבורי מזה... הסדר הציבורי ידו על העליונה".²⁵² באופן דומה, בפרשת מילר נפסק כי "בהתנגשות בין ערך השוויון לבין ערך ביטחון המדינה כפועל יוצא מצורכי הצבא, ניתן לראות את ביטחון המדינה כערך עדיף ובעל מעמד גבוה ממעמדו של ערך השוויון... בענייננו גובר הערך הגבוה (צורכי הצבא והביטחון) על הערך הנמוך יותר (השוויון), רק אם קיימת ודאות קרובה לפגיעה ממשית ולנזק ממשי לביטחון המדינה. מדיניות חיל האוויר בנושא גיוס נשים לטיס אינה עומדת במבחנים אלה".²⁵³ פסקת ההגבלה אינה מניחה את עליונותו של החוק ואת כפיפותה של הזכות לעליונות זו; להפך – פסקת ההגבלה מכירה במעמדה החוקתי של הזכות ובמעמדו התת-חוקתי של החוק הפוגע. האיזון שפסקת ההגבלה עוסקת בו אינו איזון פרשני; אין בו פרשנות לחוק הפוגע המונעת התנגשות בין הסמכות השלטונית לבין הזכות החוקתית. האיזון שפסקת ההגבלה עוסקת בו הוא איזון חוקתי. הוא מניח התנגשות בין החוק לבין הזכות החוקתית. פסקת ההגבלה קובעת את התנאים לחוקתיותה של הפגיעה בזכות החוקתית בנקודת ההתנגשות. אם תנאים אלה אינם מתקיימים, החוק מפר את הזכות החוקתית, והבחינה החוקתית עוברת לשלב השלישי, הוא הסעד החוקתי.

248 ראו ספיר "על איזון אנכי ומידתיות", לעיל ה"ש 244; ספיר "מידתיות ופשרה", לעיל ה"ש 244.
 249 פרשת דיראני, לעיל ה"ש 161, פס' 78 לפסק-דינו של הנשיא א' גרוניס.
 250 על השוני בין האיזון הפרשני לבין האיזון החוקתי ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 93.
 251 ראו שם, בעמ' 643.
 252 בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 286 (1987) (השופט א' ברק).
 253 פרשת מילר, לעיל ה"ש 247, בעמ' 124 (השופט ט' שטרסברג-כהן).

המסקנה המתבקשת היא אפוא זו: עם חקיקתם של חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם, האיזון בין הזכות החוקתית הנפגעת לבין הערכים הפוגעים בה נערך במסגרת פסקת ההגבלה, ובמסגרת זו בלבד. אין לנו שתי סדרות של איזונים. קיימת סדרת איזונים אחת, והיא זו המעוגנת בפסקת ההגבלה.²⁵⁴ יודגש: אין במסקנתנו זו משום ביקורת על מפעל האיזונים שיצר המשפט המקובל הישראלי. הייתי חלק ממנו. מחצית כהונתי כשופט בית-המשפט העליון הוקדשה לפיתוח מפעל זה. היה זה מפעל רב חשיבות, אשר אפשר – בהעדרה של מגילת זכויות חוקתית או חוקתית – להכיר בזכויות אדם במשפט הישראלי. עם זאת, יש להכיר בכך שחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם יצרו מסגרת נורמטיבית חדשה. נוסחות האיזון ההלכתיות – וההבחנה בין איזון אופקי לאיזון אנכי במסגרתן – אינן יכולות לסתור מבנה זה. השאלה כעת היא אם הן יכולות למצוא את מקומן במסגרת פסקת ההגבלה.

(3) מקומן של נוסחות האיזון ההלכתיות במסגרת פסקת ההגבלה

בית-המשפט העליון טרם החליט מהו היחס בין פסקת ההגבלה לבין נוסחות האיזון ההלכתיות. הובעה הדעה כי פסקת ההגבלה חלה רק במצבים של איזון אנכי.²⁵⁵ על-פי גישה זו, ההלכות השיפוטיות בעניין האיזון האופקי ממשיכות לחול. לדעתי, גישה זו אינה ראויה.²⁵⁶ אין כל דבר בלשונה של פסקת ההגבלה ובתכליתה המוציא מתחומה את האיזון האופקי. חוקתיותה של כל פגיעה בזכות חוקתית המוסכת על-ידי נורמה תת-חוקתית נשלטת על-ידי פסקת ההגבלה.²⁵⁷ ב' מדינה מקדיש דיון ביקורתי נרחב להבחנה ההלכתית בין איזון אופקי לבין איזון אנכי.²⁵⁸ הוא מציע הבחנה חדשה, הנגזרת מגישתו באשר לאילוץ הדאונטולוגי. לדעת ב' מדינה, האיזון האופקי יחול רק במצבים שבהם "מוטלת על השלטון חובה להגן על זכות אדם אחד בדרך של פגיעה בזכות של אחר".²⁵⁹ לדעתי, ההבחנה בין איזון אופקי לבין איזון אנכי אינה רלוונטית לעניין פסקת ההגבלה. במקום ההבחנה ההלכתית בין שני סוגי האיזון באים ארבעת המרכיבים של פסקת ההגבלה. במסגרתם של מרכיבים אלה יש לבחון אם נוסחות האיזון ההלכתיות – בין שהן משקפות איזון אופקי ובין שהן משקפות איזון אנכי – עשויות לסייע בבחינת מילוי התנאים הקבועים בכל אחד מארבעת המרכיבים של המידתיות. כך, למשל, אם האיזון ההלכתי האופקי – המבוסס על אמות-מידה של זמן המיצוי של כל אחת מהזכויות החוקתיות, מקום מיצויה ואופן מיצויה – מעלה חלופה, יש לבחון אם חלופה זו מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה. כך, אם חלופה זו מבוססת על מימוש חלקי בלבד של המטרה הראויה של החוק הפוגע, אין בה כדי לצלוח את מרכיב הצורך, שכן מרכיב זה דורש

254 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 643.

255 בג"ץ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נה(4) 267, 285 (2001).

256 גישה שונה הבעתי בפרשת סילגדו, לעיל ה"ש 103, בעמ' 550.

257 ראו ספיר "על איזון אנכי ומידתיות", לעיל ה"ש 244; ספיר "מידתיות ופשרה", לעיל ה"ש 244. ראו גם מיכל קרמר "מידתיות במשפט הגרמני" מידתיות במבט ביקורתי ומשווה 103, 116 (מרדכי קרמניצר עורך, 2016).

258 ראו מדינה דיני זכויות האדם בישראל, לעיל ה"ש 9, בעמ' 223. ראו גם ברק מדינה והגר שגב "התנגשות בין זכויות: אפיון מחדש של איזון אנכי ואופקי" משפטים 535 (2017).

259 ראו מדינה דיני זכויות האדם בישראל, לעיל ה"ש 9, בעמ' 223.

שהמטרה תוגשם "באותה מידה או במידה דומה",²⁶⁰ והגשמה חלקית אינה ממלאת דרישה זו.²⁶¹ לעניין מרכיב האיזון, נוסחות האיזון ההלכתיות האנכיות עשויות לסייע במימוש הדרישות של מרכיב האיזון. כך, למשל, נוסחת האיזון שנקבעה בפרשת "קול העם"²⁶² עשויה לסייע בגיבוש האיזון במסגרת המרכיב הרביעי של פסקת ההגבלה.

שילובן של נוסחות האיזון ההלכתיות וההבחנה בין איזון אופקי לבין איזון אנכי מחייבים זהירות רבה. טלו את נוסחת האיזון של פרשת "קול העם", שעל-פיה ניתן לפגוע בחופש הביטוי אם קיימת ודאות קרובה שללא הפגיעה ייגרם נזק לשלום הציבור. במסגרת פסקת ההגבלה תיבחן תחילה השאלה (במסגרת מרכיב המטרה הראויה) אם המטרה שבשמה נעשתה הפגיעה בחופש הביטוי היא ראויה. בהקשר זה יהא צורך לבחון איזה היבט של שלום הציבור נועדה החקיקה להגשים. על רקע קביעה זו תתעורר שאלת-הסף אם המטרה של מניעת נזק לשלום הציבור הינה צורך חברתי דחוף או עניין חברתי מהותי.²⁶³ אין זהות מלאה בין מבחנים אלה למבחן הוודאות הקרובה. במסגרת מרכיב הקשר הרציונלי תעלה השאלה אם האמצעים שנקבעו (סגירת העיתון לימים מספר) יובילו ברמה ממשית ומשמעותית למימוש המטרה הראויה. במסגרת מרכיב הצורך תיבחן השאלה אם קיימת חלופה המגשימה את המטרה הראויה באותה מידה או במידה דומה לה תוך פגיעה פחותה בזכות החוקתית לחופש הביטוי. כך, למשל, יהא מקום לבחון אמצעים חלופיים, כגון התראה או קנס מנהלי. במסגרת מרכיב האיזון תיבחן השאלה מהי התועלת החברתית השולית בהגשמת המטרה הראויה על רקע הסתברות הגשמתה. במקביל תיבחן השאלה מהי החשיבות החברתית השולית במניעת הפגיעה בזכות החוקתית. יהא מקום להבחין בהקשר זה בין ביטוי פוליטי לבין ביטוי מסחרי; בין פגיעה בגרעינה של הזכות לחופש הביטוי לבין פגיעה בשוליה; בין פגיעה קשה לבין פגיעה קלה; בין פגיעה קבועה לבין פגיעה זמנית. כן יהא צורך לבחון את הסתברותה של הפגיעה בזכות לחופש הביטוי. כפי שדוגמה זו מלמדת, חלק מהשאלות שמרכיבי המידתיות מעלים לא התעוררו כלל במסגרת נוסחות האיזון ההלכתיות. שאלות אלה חשובות במסגרת עקרון האיזון הבסיסי. הן מעצבות את האיזון העקרוני.

נראה לנו כי כל עוד בית-המשפט העליון לא נקט עמדה ברורה באשר ליחס בין הוראותיה של פסקת ההגבלה לבין נוסחות האיזון ההלכתיות, וכדי למנוע מצב של חוסר ודאות, יש להניח כי נוסחות האיזון ההלכתיות משתלבות במסגרת ארבע דרישותיה של פסקת ההגבלה. כך, למשל, הן ישתלבו במסגרת המרכיב הרביעי של המידתיות – האיזון – כחלק מהאיזון העקרוני שעליו עמדנו.²⁶⁴ עם זאת, מן הראוי שתיערך בדיקה עד כמה השתלבות זו תואמת את דרישותיה של פסקת ההגבלה. מקום שאין התאמה, ייקבע הדין על-פי הוראותיה של פסקת ההגבלה.

260 ראו לעיל בחלק ג(ד).

261 לגישה שונה ראו ספיר "על איזון אנכי ומידתיות", לעיל ה"ש 244; ספיר "מידתיות ופשרה", לעיל ה"ש 244.

262 פרשת "קול העם", לעיל ה"ש 219, בעמ' 881.

263 ראו לעיל ה"ש 198.

264 על האיזון העקרוני ראו לעיל בחלק ג(ה)(2)[ג]. ראו גם שטופלר, לעיל ה"ש 218.

(ט) הערכת המידתיות**(1) חשיבותה של המידתיות**

מידתיות מתבססת על שיקול-דעת מובנה.²⁶⁵ יש לכך יתרונות רבים. היא מחייבת את השוקל לחשוב באופן מסודר, ולא לדלג על שיקולים שיש להביאם בחשבון. הבניית שיקול-הדעת מעידה על שקיפות,²⁶⁶ שכן כך ניתן לעקוב אחר שלבי הפעלתה של המידתיות. שקיפות מגבירה את האמון בחוקתיות החלטותיהן של הרשויות השלטוניות, שכן היא מאפשרת הבנה של בסיס ההחלטה, והבנה מולידה הערכה, גם אם אין הסכמה לתוצאה. השקיפות היא בסיס לשיח ציבורי מושכל ולדיאלוג בין הרשות המחוקקת לבין הרשות השופטת.²⁶⁷ היא מונעת שיקולים זרים, ומבטיחה אובייקטיביות שיפוטית מרבית.²⁶⁸ הבניית שיקול-הדעת מבטיחה שהשיקולים הראויים יישקלו בהקשר הראוי,²⁶⁹ קרי: שהשיקולים בדבר האינטרס הציבורי או ההגנה על זכות חוקתית יישקלו בשלב הצידוק להגבלת הזכות, ולא בשלב קביעת היקפה; ששיקולים של מטרה ראויה יובאו בחשבון כדרישת-סף העומדת לעצמה, בלא קשר לאמצעים הנדרשים לשם הגשמתה ולפגיעתם של אלה בזכות החוקתית; ושהאיזון בין העקרונות המתחרים יתרחש בשלב האחרון של המידתיות, במסגרת בחינתה של המידתיות במובן הצר, ולא בשלבים מוקדמים. מעל לכל, יהיו מגרעותיה של המידתיות אשר יהיו, לא מצאתי תחליף טוב ממנה. אני רואה בה, בעקבות Beatty,²⁷⁰ את ה־Ultimate Rule of Law.

(2) ביקורת על המידתיות

על המידתיות נמתחה ביקורת מקיפה. מרביתה פוונה כלפי מרכיב האיזון. נטען כי אין בסיס משותף שבמסגרתו ניתן לערוך איזון; צוין כי פעולת האיזון היא פרי אינטואיציה ואלתור, ואין בה כל יסוד רציונלי; והודגש כי פעולת האיזון מעניקה לבית-המשפט שיקול-דעת רחב מדי, כי היא אינה לגיטימית לשפיטה, וכי אין הגנה מספקת לזכויות אדם. על ביקורת זו ועל התשובות לה עמדתי במקום אחר.²⁷¹ בהקשר שלפנינו אציין כי קיים בסיס משותף לפעולת האיזון, המתבטא בחשיבות החברתית של מימוש המטרה ובחשיבות החברתית של מניעת הנזק לזכות החוקתית. פעולת האיזון אינה נעשית על בסיס סילוגיזם מדעי, אלא על-פי אמות-מידה שיש להן בסיס רציונלי המממש את העיקרון הבסיסי ואת העקרונות המונחים ביסוד האיזון העקרוני. אמת, לשופט ניתן שיקול-דעת בעריכת האיזון. שיקול-דעת זה לא נועד לחזק את הרשות השופטת. הוא נועד לקדם את הדמוקרטיה ואת שלטון החוק. שיקול-דעת זה מגן על זכויות האדם, ואין כל הוכחה שההגנה על זכויות האדם תתגבר אם מרכיב האיזון יבוטל. קביעת

265 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 558.

266 שם, בעמ' 560.

267 שם, בעמ' 562.

268 שם, בעמ' 574.

269 שם, בעמ' 561.

270 ראו DAVID M. BEATTY, THE ULTIMATE RULE OF LAW (2004).

271 ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 577.

האיזון מן הראוי שתיעשה על-ידי בית-המשפט. במתח בין ה"אני" לבין ה"אנחנו"²⁷² אין להעניק את ההחלטה לא בידי ה"אני" ולא בידי ה"אנחנו". ההכרעה הדמוקרטית צריכה להיות בידי גוף עצמאי המצוי מחוץ לשני אדני הדמוקרטיה. גוף כזה הוא בית-המשפט. זה המצב ברוב מדינות העולם הדמוקרטי, אשר מכירות באיזון ומוסרות את ההכרעה בו לידי בית-המשפט (העליון או החוקתי).

ד. השלב השלישי של תורת שלושת השלבים: הסעד החוקתי

"מקום שם הזכות – שם הסעד"²⁷³ (*ubi jus, ibi remedium*).²⁷⁴ גישה זו היא בעלת תחולה כללית.²⁷⁵ אין היא מיוחדת לפגיעה בזכות חוקתית. אין היא מיוחדת לתורת שלושת השלבים. עם זאת, יש קשר הדוק בין תורת שלושת השלבים לבין הסעד החוקתי. עמדתי על כך במקום אחר.²⁷⁶ על-פי גישה זו, הזכות לסעד במסגרת השלב השלישי של הבחינה החוקתית היא זכות חוקתית.²⁷⁷ היא מעוגנת בחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם.²⁷⁸ לפיכך יש להחיל גם עליה את תורת שלושת השלבים הקבועה בפסקת ההגבלה.²⁷⁹ בכך נפתחת בחינה נוספת של שלושה שלבים, שעניינה הסעד החוקתי. בחינה זו היא הבסיס לתורת הבטלות היחסית.²⁸⁰ בשלב

-
- 272 ראו לעיל בתת-פרק ג1.
- 273 בג"ץ 1921/94 סוקר נ' הוועדה לבנייה למגורים ולתעשייה, מחוז ירושלים, פ"ד מח(4) 237, 261 (1994) (השופט מ' חשין). ראו גם עמנואל גרוס "תרופות חוקתיות" משפט וממשל ד 433, 440 (1998).
- 274 ראו Michael Bishop, *Remedies, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA* 6-1 (Stuart Woolman, Michael Bishop & Jason Brickhill eds., 2nd ed., 4th rev. 2012).
- 275 ראו פרשת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 189, בעמ' 589.
- 276 ראו ברק "על תורת הסעדים החוקתיים", לעיל ה"ש 14. במימוש הסעד החוקתי על הדין הישן יש להתחשב בפסקת שמירת הדינים שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ס' 10). ראו אהרן ברק "שמירת דינים" ספר דורית ביניש 413 (קרן אזולאי, איתי בר-סימן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, 2018).
- 277 ראו Tracy A. Thomas, *Ubi Jus, Ibi Remedium: The Fundamental Right to a Remedy Under Due Process*, 41 SAN DIEGO L. REV. 1633 (2004); Walter E. Dellinger, *Of Rights and Remedies: The Constitution as a Sword*, 85 HARV. L. REV. 1532 (1972).
- 278 ניתן להסיק אותה מפסקת הכיבוד שבס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ("כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה"). ראו גם Simpson v. Attorney General (Baigent's case), [1994] 3 NZLR 667, at 676 (N.Z.).
- 279 ראו יגאל מרזל "השעיית הכרות הבטלות" משפט וממשל ט 39, 95 (2005); ברק-ארוז משפט מינהלי כרך ב, לעיל ה"ש 205, בעמ' 837. ראו גם KENT ROACH, *CONSTITUTIONAL REMEDIES IN CANADA* 3-46 (2nd ed. 2013).
- 280 ראו בג"ץ 6652/96 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים, פ"ד נב(3) 117 (1998); בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 415 (1997) (הנשיא א' ברק); פרשת צמח, לעיל ה"ש 122, בעמ' 284 (השופט י' זמיר); בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 6.8.2017).

הראשון נקבע היקפה של הזכות לסעד חוקתי. זכות זו נועדה לממש שלוש תכליות: 281 מתן סעד אפקטיבי לנפגע, 282 אישוש (vindication) חוקי-היסוד 283 והרתעה מפני הפרות עתידיות. 284 זכות זו נפגעת אם הסעד אינו מגשים תכליות אלה במלואן. פגיעה זו תהווה הפרה של הזכות לסעד חוקתי אם אין לה צידוק. הזכות לסעד חוקתי היא זכות יחסית, וניתן לפגוע בה אם יש לכך צידוק. שאלת הצידוק נבחנת בשלב השני של הבחינה החוקתית בדבר הסעד החוקתי. הטעמים שיש בהם כדי להצדיק כעיקרון פגיעה בזכות החוקתית לסעד חוקתי הם אלה: התחשבות בזכויות של צדדים שלישיים, 285 התחשבות באינטרס ציבורי של ממשל תקין (good governance), 286 התחשבות במערכת היחסים בין הרשויות השלטוניות 287 והתחשבות במגבלות המוסדיות של בית-המשפט. 288 אמות-המידה המצדיקות מתן סעד שאין בו מימוש מלא של התכליות המונחות ביסוד הזכות לסעד חוקתי קבועות בדיני המידתיות שבפסקת ההגבלה. 289 ארבעת המרכיבים של פסקת ההגבלה חלים גם הם. במסגרת זו נקבעת עילת התביעה לסעד החוקתי. אם אין צידוק לאי-מתן סעד חוקתי המגשים את מלוא התכליות המונחות ביסוד הזכות לסעד חוקתי, הבחינה החוקתית עוברת לשלב הבא. בשלב השלישי נבחנת הפעלתה של עילת התביעה בנסיבות המקרה הקונקרטי. הדמות המרכזית בתורת הסעדים החוקתיים היא בית-המשפט. הסעד החוקתי הוא ביסודו סעד שיפוטי. אמת, החוקה יכולה לקבוע הוראות מפורשות באשר לסעדים חוקתיים, כגון קביעה כי חוק הפוגע בזכות חוקתית מבלי לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה הוא בטל או כי במקרה של פגיעה כזו הנפגע זכאי לפיצויים מהרשות השלטונית שפגעה בו. מימושה של הוראה זו הוא בידי בית-המשפט, שכן רק קביעה שיפוטית כי הזכות החוקתית נפגעה וכי אין צידוק לפגיעה תפעיל את ההוראה בדבר הסעד החוקתי. החובה "לכבד" את הזכות לסעד חוקתי מוטלת בעיקר על שכמו של בית-המשפט, אשר קובע את מערכת הסעדים החוקתיים ומורה איזה סעד יינתן בכל מקרה קונקרטי.

-
- 281 על תכליות הסעד החוקתי ראו Paul Gewirtz, *Remedies and Resistance*, 92 YALE L.J. 585 (1983); Richard H. Fallon, Jr. & Daniel J. Meltzer, *New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies*, 104 HARV. L. REV. 1731 (1991).
- 282 ראו *Fose v. Minister of Safety and Security*, 1997 (3) SA 786 (CC) (S. Afr.); *Vancouver v. Ward*, [2010] 2 S.C.R. 28 (Can.); OCTAVIAN ICHIM, JUST SATISFACTION UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS (2014).
- 283 ראו פרשת *Fose*, לעיל ה"ש 282, פס' 96 לפסק-דינו של השופט קריגלר (Kriegler); פרשת *Ward*, לעיל ה"ש 282, פס' 28 לפסק-דינה של הנשיאה מקלוקלין (McLachlin).
- 284 ראו פרשת *Fose*, לעיל ה"ש 282, פס' 95 לפסק-דינו של השופט קריגלר; פרשת *Ward*, לעיל ה"ש 282, פס' 29 לפסק-דינה של הנשיאה מקלוקלין.
- 285 ראו *Bishop*, לעיל ה"ש 274, בעמ' 6-76.
- 286 ראו *Roach*, לעיל ה"ש 279, בעמ' 3-22.
- 287 ראו *Bishop*, לעיל ה"ש 274, בעמ' 6-73.
- 288 ראו שם, בעמ' 6-75, וכן אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי (1987).
- 289 ראו *Roach*, לעיל ה"ש 279, בעמ' 3-46.

הסעדים החוקתיים הם רבים ומגוונים. כאשר מגיע מקרה חדש שאינו נפתר על-ידי הקטגוריות הקיימות של הסעדים החוקתיים, על בית-המשפט לשקול את האפשרות ליצור קטגוריה חדשה. אם התרופה טרם הוכרה, על השופט ליצור אותה.²⁹⁰ הסעד הטבעי מקום שחוק פוגע בזכות חוקתית מבלי לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה הוא הכרזה שהחוק אינו חוקתי.²⁹¹ אולם סעד זה מהווה "מוצא אחרון", שכן הוא "נשק יום הדין".²⁹² נדרשים אפוא ריסון, זהירות ואיפוק. כך מתחייב מעקרון הפרדת הרשויות. על-כן, בטרם יכריז בית-המשפט על בטלותו של החוק, עליו לבחון אם ניתן לתת סעד חוקתי המקיים את התכליות המונחות ביסוד הזכות לסעד חוקתי מבלי להכריז על בטלותו של החוק. למשל, על בית-המשפט לבחון אפשרות של הפרדה (severance) בין החלקים הבלתי-חוקתיים של החוק לבין חלקיו החוקתיים. ההפרדה יכולה להיות הפרדה "פיזית",²⁹³ שבמסגרתה החלקים הבלתי-חוקתיים של החוק מוכרזים בטלים בעוד שאר החלקים נותרים בעינם, או הפרדה "מושגית" (notional), שעל-פיה נקבע כי הוראות החוק לא יחולו על הנסיבות הבלתי-חוקתיות.²⁹⁴ דרך אחרת למניעת הצורך בכיטולו של חוק שפגע בזכות חוקתית בלא צידוק היא קריאה לתוך החוק (reading in) של הוראות המונעות את הצורך בהכרזה על אי-חוקתיותו של החוק.²⁹⁵

לעיתים הפגיעה בזכות החוקתית נגרמת בשל העדר חקיקה המגשימה את ההיבט החיובי של הזכות החוקתית.²⁹⁶ כאשר העדר חקיקה זה הוא ללא צידוק, לפנינו מחדל חקיקתי (legislative omission).²⁹⁷ במקרה זה ניתן להכריז על אי-חוקתיות החוק מבלי להכריז על בטלותו, תוך מתן הנחיה למחוקק למלא את חובתו החוקתית. על הנחיה זו עמדתי במקום

- 290 ראו Bishop, לעיל ה"ש 274, בעמ' 6-77.
- 291 לעיתים ניתן להכריז כי החוק "עודנו חוקתי" ("התראה כללית"). ראו פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, לעיל ה"ש 25, בעמ' 712; בג"ץ 3002/09 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פס' מא לפסק-דינו של השופט א' רובינשטיין (פורסם בנבו, 9.6.2009).
- 292 ראו בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241, פס' 2 לפסק-דינו של השופט א' ריבלין (2004).
- 293 ראו שם, בעמ' 267 (השופט מ' חשין).
- 294 ראו Bishop, לעיל ה"ש 274, בעמ' 102-6. ראו גם National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Home Affairs, 2000 (2) SA 1 (CC) at 62 para. 63 (S. Afr.); R. v. Logan, [1990] 2 S.C.R. 731 (Can.); Islamic Unity Convention v. Independent Broadcasting Authority, 2002 (4) SA 294 (CC) (S. Afr.); Graham v Minister for Immigration and Border Protection, [2017] HCA 33, para. 66 (Austl.).
- 295 לקריאה לתוך החוק ראו בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994); פרשת משפחה חדשה, לעיל ה"ש 69, בעמ' 468; בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.5.2012); בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרת ישראל (פורסם בנבו, 28.5.2012); בג"ץ 3734/11 דודיאן נ' כנסת ישראל, פ"ד סו(1) 65 (2012); בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עובדים לפי חוק הסכמים לנשיאת עובדים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (פורסם בנבו, 18.9.2014); פרשת אדם, לעיל ה"ש 3.
- 296 להיבט החיובי ראו לעיל בחלקים ב(ה)1, ב(ה)2, ב(א)3(4) ו-ג(1).
- 297 ראו ברק "הזכות החוקתית להגנה על החיים, הגוף והכבוד", לעיל ה"ש 45, Brewer-Carías, לעיל ה"ש 61, בעמ' 161-164.

אחר.²⁹⁸ במקרים מתאימים בית-המשפט רשאי להשלים את המחדל החקיקתי, ובלבד שהדבר מתיישב עם העקרונות המצדיקים אי-מימוש מלא של הזכות לסעד חוקתי. השלמה זו תהווה חלק מהמשפט המקובל הישראלי.

כאשר מתברר כי אין אפשרות ליתן סעד חוקתי המקיים את התכליות המונחות ביסוד הזכות לסעד חוקתי מבלי להכריז על בטלותו של החוק, אין מנוס מלהכריז על בטלותו של החוק. הכרזת הבטלות היא בעלת אופי קונסטיטוטיובי. כל עוד בית-המשפט אינו מכריז על בטלותו של החוק, יש לנהוג על-פיו.²⁹⁹ הכרזת הבטלות היא שמביאה לידי בטלותו של החוק. עם מתן הכרזת הבטלות יקבע בית-המשפט אם הבטלות פועלת רטרואקטיבית (*ex tunc*), אקטיבית (*ex nunc*) או פרוספקטיבית (*pro futuro*).³⁰⁰ לדעתי, כלל-המוצא (ה-*default position*) צריך להיות שהכרזת הבטלות פועלת באופן אקטיבי מיום ההכרזה. עם זאת, לבית-המשפט נתון שיקול-דעת לגבש סעד רטרואקטיבי או פרוספקטיבי, בהתחשב באיזון הראוי בין התכליות המונחות ביסוד הזכות לסעד חוקתי. איזון זה נערך במסגרת פסקת ההגבלה.

עם מתן ההכרזה על בטלותו של החוק, בית-המשפט רשאי לקבוע כי ההכרזה תיכנס לתוקפה במועד שנקבע על-ידי (*vocatio sententiae*).³⁰¹ בעשותו כן הוא משעה את מועד תחילתה של בטלות החוק. השעיה זו צריכה לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה.³⁰² במסגרת זו ההשעיה על בית-המשפט לקבוע מהן זכויותיו של הנפגע בתקופת ההשעיה.³⁰³ במקרים מתאימים ניתן לקבוע כי צו ההשעיה לא יחול על העותר (*constitutional exemption*)³⁰⁴ או (*interim order*)³⁰⁵.

ברבות משיטות המשפט מקובל סעד חוקתי של פיצויים.³⁰⁶ ציון כי פסיקת פיצויים נגד הרשות השלטונית בשל פגיעה בזכות חוקתית שאינה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה

298 ראו ברק "הזכות החוקתית להגנה על החיים, הגוף והכבוד", לעיל ה"ש 45, וכן ברק "על תורת הסעדים החוקתיים", לעיל ה"ש 276.

299 ראו פרשת האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 280.

300 THE EFFECTS OF JUDICIAL DECISIONS IN TIME (Patricia Popelier et al. eds., 2014); Sujit Choudhry & Kent Roach, *Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Constitutional Remedies*, 21 SUP. CT. L. REV. 205 (2003).

301 ראו BREWER-CARÍAS, לעיל ה"ש 61, בעמ' 95.

302 ראו מרזל, לעיל ה"ש 279, בעמ' 95.

303 ראו פרשת חסן, לעיל ה"ש 3, פס' 71 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש.

304 ראו ROACH, לעיל ה"ש 279, בעמ' 14-42 ו-14-86.

305 ראו Bishop, לעיל ה"ש 274, בעמ' 6-123.

306 ראו דפנה ברק-ארז עוללות חוקתיות 63 (1993); רונן פוליאק פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות

LISA ; 120, לעיל ה"ש 120, COOPER-STEPHENSON ; 29, בעמ' 282, לעיל ה"ש 29.

TORTELL, MONETARY REMEDIES FOR BREACH OF HUMAN RIGHTS: A COMPARATIVE STUDY (2006); DINAH SHELTON, REMEDIES IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW (2nd ed. 2005);

CONSTITUTIONAL HUMAN RIGHTS IN THE COMMONWEALTH (Michael Anderson & Matthew

Happold eds., 2003); GOVERNMENTAL LIABILITY: A COMPARATIVE STUDY (John Bell &

Anthony W. Bradley eds., 1991); CHUKS OKPALUBA & PATRICK C. OSODE, GOVERNMENT

LIABILITY: SOUTH AFRICA AND THE COMMONWEALTH (2010); DAMAGES FOR VIOLATIONS OF

HUMAN RIGHTS: A COMPARATIVE STUDY OF DOMESTIC LEGAL SYSTEMS (Ewa Bagińska ed.,

.2016); JASON N.E. VARUHAS, DAMAGES AND HUMAN RIGHTS (2016).

היא "a growing phenomenon worldwide"³⁰⁷. שאלת הפיזיות עלתה בפסיקתו של בית-המשפט העליון הישראלי, אך טרם הוכרעה.³⁰⁸ לדעתי, יש להכיר בעילת תביעה לפיזיות במקום שרשות שלטונית פגעה בזכות חוקתית בלא צידוק, וזאת אם פסיקת הפיזיות מקיימת את התכליות של הסעד החוקתי (אפקטיביות, אישור חוקי-היסוד והרתעה)³⁰⁹ ומתבקשת מהעקרונות המצדיקים פגיעה בזכות החוקתית לסעד חוקתי (ובמרכזם העיקרון של ממשל תקין).³¹⁰ עילת תביעה זו, כאשר תוכר, תהווה חלק מהמשפט המקובל הישראלי הפומבי. עילת תביעה זו אינה דורשת שהפגיעה בזכות החוקתית תיעשה בכוונה או בפזיזות או בהתרשלות;³¹¹ היא אינה דורשת קיומה של חובת זהירות (מושגית או קונקרטית); היא אינה מבוססת על אחריותה השילוחית של הרשות השלטונית;³¹² היא אינה עוולה חוקתית; והיא אינה חלק מהמשפט הפרטי. עמד על כך השופט דיפלוק (Lord Diplock) בפרשת *Maharaj*,³¹³ "is not a liability in tort at all: it is a liability in the public law of the state". לא למותר לציין כי מקום שמוטלת על הרשות השלטונית גם אחריות במשפט הפרטי, אין מקום לפיזיו כפול.

בפרשת קיבוץ מלכיה³¹⁴ התעוררה השאלה אם אין זה ראוי לפסוק פיזיות לנפגע בגין פעולה שלטונית אשר מקיימת את דרישות המשפט הפרטי אך מטילה עליו נטל חריג. טלו מקרה של שוטר הרודף אחר אדם חשוד ברצח. השוטר נוקט את כל האמצעים הנדרשים כדי ללכוד את החשוד. במסגרת זאת השוטר יורה באוויר כדי להזהיר את הנמלט, ומהירי נפגע עובר-אורח. האם עובר-האורח זכאי לפיזיות מהמדינה על נזקו בגדרי המשפט הציבורי? טלו חוק שקובע כי כל אזרח חייב לקבל חיסון מפני מחלה פלונית. הניחו כי קדמה לחוק בדיקה

- 307 ראו COOPER-STEPHENSON, לעיל ה"ש 120, בעמ' 1.
- 308 ראו בג"ץ 101/74 בנינו ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הבטחון, פ"ד כח(2) 455, 449 (1974); בג"ץ 688/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד לו(4) 85, 96 (1982); ע"א 700/89 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ, פ"ד מז(1) 687, 667 (1993); ע"א 1081/00 אבנעל חברה להפצה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 207, 193 (2005); פרשת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 189, בעמ' 590; בג"ץ 8371/09 דורון נ' שר הפנים, פ"ד 25 לפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן (פורסם בנבו, 7.7.2010); ע"א 7703/10 ישועה נ' מדינת ישראל – מנהלת סל"ע, פ"ד 20 לפסק-דינה של המשנה לנשיא מ' נאור (פורסם בנבו, 18.6.2014). ראו גם יואב דותן "עילות תביעה ציבוריות ופיזיות ללא אשם" משפט וממשל ב 97 (1994); גרוס, לעיל ה"ש 273, בעמ' 477; ברק-ארו עוולות חוקתיות, לעיל ה"ש 306, בעמ' 63; רונן פוליאק "הזכות המנהלית והסעד הכספי במשפט המקובל המנהלי" עיוני משפט לח 271 (2016); ברק-ארו משפט מינהלי כרך א, לעיל ה"ש 167, בעמ' 422.
- 309 ראו לעיל ליד ה"ש 281 ואילך.
- 310 ראו לעיל ליד ה"ש 285 ואילך.
- 311 ראו דותן "עילות תביעה ציבוריות ופיזיות ללא אשם", לעיל ה"ש 308.
- 312 ראו פרשת *Baigent*, לעיל ה"ש 278, בעמ' 677 (הנשיא קוק מציין כי פיזיו בגין פגיעה בזכות חוקתית "is a public law remedy and not a form of vicarious liability for tort").
- 313 *Maharaj v. Attorney General of Trinidad and Tobago*, [1978] 2 All E.R. 670, 679.
- 314 ע"א 6296/00 קיבוץ מלכיה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 16 (2004). ראו גם בג"ץ 2665/98 נחום נ' משטרת ישראל – מפקד מרחב דן, פ"ד נב(2) 454 (1998).

מדעית מקיפה, שלפיה אין לחיסון תוצאות-לוואי אלא במקרים חריגים ויוצאי-דופן. אחד ממקבלי החיסון חלה ומת כתוצאה מהחיסון. האם עזבונו זכאי לפיצוי על נזקו? זו בעיית הנטל החריג. נטל זה נובע מסיכון מיוחד בהשוואה לסיכונים הרגילים הנובעים מהפעולות השלטוניות. בשיטות משפט אחדות מוכר סעד של פיצויים לנפגע בנסיבות שבהן שחרורו מאחריות אזרחית על-פי דיני הנזיקין מטיל עליו נטל חריג.³¹⁵ ר' פוליאק סבור כי ניתן להכיר בישראל בחובת פיצויים של המדינה, גם אם המדינה פעלה כדין, אם בפעולתה היא מטילה על הנפגע נטל חריג. על-פי גישה זו, הפיצוי בגין הנטל החריג הוא פיצוי בגין פעולה כדין. הוא אינו סעד חוקתי. מטרת הפיצוי היא להקטין את הנטל המוטל על הפרט כתוצאה מן הפעולה השלטונית החוקתית לרמה סבירה או ממוצעת. בפרשת ישועה³¹⁶ ציינה המשנה לנשיא מ' נאור כי "נסיבות מיוחדות, כדוגמת מעשה שלטוני, הגם שלא נלווה לו אשם, המטיל נטל בלתי מידתי על פרט מסוים, עשויות להצדיק מתן פיצוי בגין פגיעה בזכות חוקתית".³¹⁷ נקודת המוצא שלי – וקדם לי י' דותן, שכתב על כך לפני יותר מעשרים שנה – מניחה גם היא כי אין זה ראוי להטיל על הפרט נטל חריג כדי להגשים פעולה ראויה לטובת הכלל.³¹⁸ אולם על-פי גישתי, להבדיל מגישתו של ר' פוליאק, הטלת נטל כזה על הפרט פוגעת בזכות חוקתית שלו (כגון זכותו לחיים, זכותו לגוף או זכותו לכבוד). אם להטלתו של נטל זה על הפרט אין צידוק, הוא יזכה בפיצויים על-פי עילת התביעה לפיצויים במסגרת המשפט הציבורי. גישתי היא כי בעוד יש צידוק לפגיעה בזכות חוקתית כאשר הנפגע נושא בנטל רגיל, אין צידוק לפגיעה בזכותו החוקתית של מי שנושא בנטל חריג. לפיכך החוק הפוגע, כמכלול, אינו צולח את תנאיה של פסקת ההגבלה. במסגרת הסעד החוקתי ניתן לערוך הפרדה מושגית,³¹⁹ שעל-פיה החוק הוא חוקתי כאשר לנטל הרגיל, אך אין להפעילו במקרים של נטל חריג. במקרים אלה נפגעת זכות חוקתית ללא צידוק, ויש לנפגע זכות לפיצויים. הפיצוי בגין הנטל החריג אינו פיצוי בגין פעולה כדין. זהו פיצוי חוקתי בגין פעולה לא כדין כלפי הנפגע הנושא בנטל החריג. על פיצוי זה חלים הכללים הרגילים של תורת שלושת השלבים.

ה. סיכום

בתורת שלושת השלבים יש להבחין בין הליכה של התורה לבין שוליה. הליכה של תורת שלושת השלבים מבוססת על שלוש הנחות. ראשית, לזכות החוקתית יש ליתן מובן מרחיב המגשים את תכליתה. היקפה של הזכות אינו מצטמצם בשל שיקולים נוגדים המעוגנים בטובת הציבור או בזכויות חוקתיות אחרות. אילוץ דאונטולוגי אינו קובע את היקפה של הזכות. כל זכות חוקתית כוללת במסגרתה את הזכות להוקרה (to respect) ואת הזכות להגנה (to protect)

315 לשאלה זו ראו פוליאק פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות, לעיל ה"ש 306.

316 פרשת ישועה, לעיל ה"ש 308.

317 שם, פס' 26 לפסק-דינה של המשנה לנשיא מ' נאור.

318 ראו דותן "עילות תביעה ציבוריות ופיצויים ללא אשם", לעיל ה"ש 308, בעמ' 106; דפנה ברק-ארו "עולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד" משפט וממשל ט 103, 117–118 (2005).

319 ראו לעיל ליד ה"ש 293–294.

מפני פגיעות של צדדים שלישיים. הזכות להגשמה (to fulfill) מוגבלת לזכות לחיים, לזכות לשלמות הגוף ולזכות לכבוד האדם. שנית, הפגיעה בזכות החוקתית מתרחשת בכל מקרה של גריעה במימושה שאינה של "מה בכך". לא נדרש שהפגיעה תהא בליבה של הזכות. הגריעה יכולה להיעשות על-ידי חקיקה או על-ידי הלכות המשפט המקובל (ובלבד שהדבר אינו מתנגש בעיקרון ההלכתי של חוקיות המנהל). שלישית, פגיעה מידתית בזכות החוקתית היא מוצדקת. לעיתים היא מימוש של חובה חוקתית המוטלת על הרשות השלטונית. פגיעה מידתית אינה משנה את היקפה של הזכות החוקתית. הצידוק לפגיעה נקבע על-פי מרכיבי המידתיות (מטרה ראויה, קשר רציונלי, צורך ואיזון) הקבועים בפסקת ההגבלה. שלושת המרכיבים הראשונים הם מרכיבי-סף. רק המרכיב האחרון מאזן בין התועלת השולית שבמימוש המטרה הראויה לבין הנזק השולי הנגרם לזכות החוקתית. האיזון מבוסס על איזון בסיסי, על איזון עקרוני ועל איזון קונקרטי. לנוסחות האיזון ההלכתיות, המבוססות על הבחנה בין איזון אופקי לבין איזון אנכי, אין קיום עצמאי. הן צריכות להשתלב במרכיבי המידתיות.

תורת שלושת השלבים אינה התורה היחידה הקובעת את מערכת היחסים בין הזכות החוקתית לבין חוק הפוגע בה.³²⁰ תורה ידועה אחרת היא זו הנוהגת במשפט החוקתי האמריקאי.³²¹ תורה נוספת היא תורתו של אלכסי (Alexy), אשר מבוססת על תורת שלושת השלבים אך רואה בשלב הראשון שלב הבוחן את היקפה של הזכות החוקתית הלכאורית (prima facie right), ובשלב השני – שלב הקובע את הזכות החוקתית הוודאית (definite right).³²² במסגרת השיח סביב תורת שלושת השלבים קיימת ביקורת על כמה הנחות-ליבה. על ביקורת זו ביקשתי להשיב ברשימה זו. איני יודע אם גישתי ראויה, אולם אני מקווה כי היא ראויה לעיון, לבחינה ולביקורת.

320 ראו, למשל, GRÉGOIRE C.N. WEBBER, THE NEGOTIABLE CONSTITUTION: ON THE LIMITATION OF RIGHTS (2012).

321 עליה עמדתי בספרי מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 595. ראו גם Vicki C. Jackson, *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, 124 YALE L.J. 3094 (2015).

322 ראו ALEXY, לעיל ה"ש 9. לביקורת על תיאוריה זו ראו ברק "הערכה ביקורתית של אלכסי", לעיל ה"ש 181; אהרן ברק "תורת המידתיות: נושאים למחקר עתידי" מבחר כתבים כרך ג – עיונים חוקתיים 775 (2017).