

ישן מול חדש – על איזון אנכי ומידתיות

גדעון ספיר

א. מבוא ♦ ב. איזון אנכי מול מידתיות – הכרעה בינארית מול פשרה ♦ ג. איזון אנכי ומידתיות – שימוש כפול והסבריו האפשריים 1. התמיהה 2. הסבר אחד – מידתיות כהכרעה בינארית משופרת 3. הסבר שני – השימוש המתחלף בשתי הנוסחאות ככלי להשגת תוצאה רצויה ♦ 4. סיכום

א. מבוא

עם שורות בית המשפט העליון נמנו מאז הקמתו ועד עתה שופטים דגולים רבים, שרכות מהחלטותיהם הן מלאכת מחשבת. מקצתם גם הותירו את חותמם בשדה המשפטי מעבר לתיקים הספציפיים שדנו בהם, בכך שתרמו לפיתוחו הדיסציפלינארי של התחום שכתבו בו את פסקי הדין. השופטת דליה דורנר הפליאה לעשות בשני העניינים. החלטות רבות שקיבלה התאפיינו באומץ לב, במקוריות ובתבונה. אולם מעבר לפסקי הדין הייחודיים שהפיקה, היא תרמה הרבה בשנות כהונתה לפיתוח השיטתי של הדיסציפלינה המשפטית. בתחום המשפט החוקתי תרומתה לפיתוח הדיסציפלינארי ניכרת במיוחד. תרמו לכך מן הסתם נטייתה לחשיבה מסודרת ושיטתית, חיבתה למשפט החוקתי, והשינויים הרבים שעברו על המשפט החוקתי בשנות כהונתה, שהותירו לשופטים המעוניינים ובעלי היכולת בקצה להתגדר בה. במאמר זה נעסוק בסוגיה דיסציפלינארית אחת מתחום המשפט החוקתי, הלוא היא סוגיית מנגנוני האיזון, שגם לפיתוחה תרמה השופטת דורנר בפסקי דינה ובמאמר שפרסמה בספר ברנזון.¹ מדובר בסוגיה זנוחה למדי שלא זכתה לכבוד האקדמי הראוי לה, בין היתר משום שהיא נתפסת, שלא בצדק, כטכנית. לטעמנו, במנגנוני האיזון תלויים הרבה גופי הלכות, והם מצריכים דיון ארוך ומעמיק שמאמר זה יוכל רק לפתוח בו. נערוך השוואה ראשונית בין שני דורות של נוסחאות איזון בישראל, נוסחת האיזון האנכית, שפותחה בעיקר בפסיקתו ובכתיבתו של הנשיא ברק, ומולה מבחני המידתיות שבפסקת ההגבלה, שגם לעיצובם המדויק הנשיא ברק אחראי. המאמר מתחלק לשני חלקים. בחלק הראשון נטען כי מבחני המידתיות שונים במהותם מנוסחת האיזון האנכית: האיזון האנכי מחייב הכרעה בין הערכים המתנגשים ואילו מבחני

* המחבר הוא מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.
** תודתי לחברי, אריאל בגדור ודפנה ברק-ארוז, על הערותיהם המועילות לטיוטות קודמות.
1 ד' דורנר "מידתיות", בתוך: ספר ברנזון 281 (חלק ב, א' ברק וח' ברנזון [עורכים], (ירושלים, תש"ס).

גדעון ספיר

המידתיות מעורדים פשרה. עוד נטען כי הפשרה שמבחני המידתיות מעורדים, משקפת גישה ערכית נכונה יותר מן האיזון האנכי. יתרוגם של מבחני המידתיות על פני האיזון האנכי, מתבטא גם בכך שהם מפורטים יותר ומפנימים שיקולים רבים יותר מאלו שהציע האיזון האנכי. הניתוח המפורט שמבחני המידתיות מציעים, מבטיח רגישות רבה יותר לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה ומקטין את החשש מפני הפיכתו של מנגנון האיזון ל"קלישאה חוקתית", הנוצרת "בהחלת קונבנציות מהותיות זהות במצבים השונים זה מזה או בנסיבות שבהן הקונבנציות אינן רלוונטיות, תוך טשטוש ניואנסים חשובים".²

בחלק השני נצביע על הבעיה בזיהולותם של השופטים דורנר וברק בהפעלת מבחני האיזון. מחד גיסא, הם מסבירים כי מנגחני המידתיות החליפו במלואם את האיזון האנכי, אך מאידך גיסא הם מוסיפים להשתמש באיזון האנכי בצד מבחני המידתיות, מבלי שהם נותנים טעם לבחירה פעם בנוסחה הישנה ופעם בחדשה. נציע שני הסברים אפשריים לשימוש המתחלף בשני מנגנוני האיזון. לפי ההסבר האחד, השופטים מפרשים את מבחני המידתיות בדרך אחרת מהאופן שהצענו, ולשיטתם גם מבחני המידתיות מוסיפים להעדיף בעיקרון את דרך ההכרעה, והם מאפשרים פשרה רק בנסיבות מסוימות. לפי פירוש זה, האיזון האנכי לא התבטל עם חקיקת פסקת ההגבלה, אלא נבלע בתוך מבחני המידתיות. נטען כי פרשנות כזאת למבחני המידתיות אינה ראויה, וגם אינה עולה בקנה אחד עם לשון מבחני המידתיות והמבנה האנליטי שלהם. לפי ההסבר השני שנציע לשימוש המתחלף והבלתי-מנומק של דורנר וברק בשתי נוסחאות האיזון, שני השופטים מכירים בהבדל המהותי שניסינו לבסס, בין שני מנגנוני האיזון. הם יודעים שהאיזון האנכי מחייב הכרעה בינארית, ואילו מבחני המידתיות מעורדים ומאפשרים פשרה. בחירתם באיזון האנכי או במידתיות, נגזרת מן התוצאה שהם חפצים בה. כאשר הם מעוניינים בהכרעה הם משתמשים באיזון האנכי, ואילו במקרים שהם חפצים בפשרה, הם בוחרים במבחני המידתיות. למותר לציין שאם זה ההסבר לחוסר העקביות לכאורה של השופטים, הרי שהתנהלותם אינה לגיטימית, משום שהיא מאפשרת להם להעלים הכרעה ערכית באמצעות מניפולציה. עצם הדבר שטעמי הבחירה באחת מנוסחאות האיזון סמויים מן העין בעייתית במיוחד גם משום שהיא מאפשרת לשופטים לחמוק ממחויבות עתידית להכרעותיהם שלהם.

אנו נטען שאם אכן קיים הבדל מהותי בין שני מנגנוני האיזון, על בית המשפט לבחור בין השניים (אם בחירה כזאת אפשרית לנוכח עיגון מבחני המידתיות בפסקת ההגבלה) או להבהיר מתי וכיצד יש להשתמש בכל אחד מהם. לעומת זאת, אם שני המנגנונים משתלבים זה בזה, על בית המשפט להבהיר במוזיק כיצד עולות שתי המסורות בקנה אחד. כך או כך, הערפול הקיים כיום בנושא חשוב זה, מונע אפשרות לפיתוח עקבי ובהיר של המשפט החוקתי בישראל.

2 א' בנדרר ומ' טמיר "קלישאות חוקתיות" – בין ביטוי ציבורי לכבוד פרטי" משפטים לב (תשס"ב) 623, 628.

ב. איזון אנכי מול מידתיות – הכרעה בינארית מול פשרה

נשמת אפו של ההליך המשפטי החוקתי היא בשלב האיזון. זכויות-אדם, חשובות ככל שתהיינה, אינן בלתי-מוגבלות.³ לעתים הן מתנגשות זו בזו, לעתים הן מתנגשות עם אינטרסים ציבוריים ופרטיים, ובכל המקרים הללו יש לאזן בין הזכות לבין מתחריה.⁴ כל שיטה משפטית חוקתית ומגנטי האיזון שלה. בישראל היתה מקובלת במשך שנים הגישה שבהתנגשות בין זכות-אדם לאינטרס, יש לערוך איזון אנכי בין השניים, ואילו במקרים של התנגשות בין זכויות, נוסחת האיזון היא אופקית. תיאור של שתי נוסחאות האיזון הציג הנשיא ברק בפרשת דיין נ' מפקד מחוז ירושלים:

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... באיזון "האופקי" שני הערכים המתנגשים הם שווים-מעמד. נוסחת האיזון בוחנת את מידת הוויתור ההדדי של כל אחת מהזכויות.⁵

לא ניתן להפריז בחשיבות הבחירה בין שתי נוסחאות האיזון האפשריות. בחירה בנוסחת האיזון האנכית מובילה לאימוצה המלא של עמדת צד אחד ולדחייתה המלאה של עמדת הצד

3 האסמכתאות לטענה הזאת בפסיקה הישראלית הן רבות מספור. ראו, למשל: ע"א 105/92 לאם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת-עילית, פ"ד (5) 189, 205: "...לעיקרון חברתי (כגון חופש הביטוי...) אין משקל 'מוחלט'. משקלו של עיקרון חברתי הוא לעולם יחסי. מעמדו של עקרון יסוד נקבע תמיד ביחס לערכים אחרים, שעמם עשוי הוא להתנגש"; דנ"א 2401/95 דותי נחמני נ' דניאל נחמני, פ"ד (4) 661, 750: "התפיסה הרעיונית המנחה את פסיקתו של בית-משפט זה גורסת, כי הזכויות המוכרות במשפטנו לעולם אינן 'מוחלטות' אלא הן תמיד 'יחסיות'"; כך כאשר לזכות לחופש הביטוי (בג"ץ 73/53 חברת 'קול העם' בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד (2) 871, בעמ' 879 (להלן: פרשת קול העם); זכות ההפגנה והתהלוקה (בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד (2) 393, בעמ' 399); זכות האסיפה וההפגנה (בג"ץ 292/83 נאמני הר הכית, עמותה נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פ"ד (2) 449, בעמ' 454); זכותו של עיתונאי לסרב להשיב לשאלה בדבר מקור המידע (ב"ש 298/86 ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב, פ"ד (2) 337, בעמ' 347); חופש העיסוק (ע"א 496/88 הנפלד נ' אגודת ספורט רמת השרון, פ"ד (3) 717, בעמ' 721); הזכות לקבל מידע (בג"ץ 1601/90 שליט נ' פרס, פ"ד (3) 353, בעמ' 366); זכות הטיעון (בג"ץ 4112/90 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד הדרום, מ"ד (4) 626, בעמ' 638); והזכות של חשוד להיפגש עם עורך דין (בג"ץ 3412/91 סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה, פ"ד (2) 843, בעמ' 848); ע"א 2266/93 פלונים נ' אלמוני, פ"ד (1) 221, 235: "ככל זכות וחירות, אף חופש הדת הוא יחסי"; נציין רק כי טענת היחסיות נכונה בדרך-כלל, אך עם זאת ניתן להעלות על הדעת שיטות משפטיות שיעניקו מעמד מוחלט לזכויות מסוימות ויאסרו פגיעה בהן באופן גורף. ראו לעניין זה: R. Dworkin *Taking Rights Seriously* (Cambridge, 1977) 92.

4 הנשיא ברק מבחין בין שני פנים ביחסיותה של הזכות. האחד נוגע בהיקפה של הזכות, שאינו בלתי-מוגבל, ואילו האחר נוגע במידת ההגנה שתינתן לה בהתנגשות עם זכויות ואינטרסים. בהתאם, הוא מתאר שני סוגי איזון הקובעים את קווי הגבול, איזון פנימי, הקובע את היקף הזכות, ואיזון חיצוני, הקובע את מידת ההגנה שתינתן לזכות. ראו: א' ברק *פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית* (חלק ג, ירושלים, תשנ"ד) 369-390. ענייננו כאן בהיבט השני של היחסיות בלבד, העוסק באיזון בין הזכות, לאחר שהיקפה הוגדר, לבין זכויות ואינטרסים מתנגשים.

5 בג"ץ 2481/93 דיין נגד מפקד מחוז ירושלים, פ"ד (2) 456, 475-476.

גדעון ספיר

השני. לעומת זאת, בחירה בנוסחת האיזון האופקית מחייבת פשרה בין שני הצדדים, באופן שאף לא אחד יבוא על מלוא סיפוקו מחד גיסא, אך גם לא יידחה לחלוטין מאידך גיסא. דוגמה מצוינת לנפקות הגדולה שנובעת לסיווג טענות הצדדים כזכויות או כאינטרסים, לנוכח המוסכמות החוקתיות שתוארו זה עתה, יכולה לספק לנו פרשת גור-אריה.⁶ בפרשה זו נידונה עתירתה של חבורת צעירים תושבי היישוב הדתי מצפה-כרמים כנגד שידורו בשבת של סרט דוקומנטארי שעסק בהם. הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, שהזמינה את הסרט ועמדה להקרינו, סירבה לבקשתם של העותרים להעביר את מועד השידור ליום חול. הנשיא ברק, שכתב את חוות-דעת הרוב, מסווג מיד בתחילת הדיון את טענת הרשות השנייה ואנשי חברת ההפקה, כטענת זכות, רוצה לומר: הזכות לחופש הביטוי. שאלת סיווג טענת אנשי מצפה-כרמים כזכות או כאינטרס תכריע, אם כן, לנוכח המוסכמה החוקתית, אם נוסחת האיזון שתיבחר תהיה האופקית או האנכית, וכפועל יוצא מכך: האם יסתיים התיק בפשרה או שיוכרע במכה ניצחת. אם תתורגם טענת העותרים לטענת זכות (לחופש דת), לפנינו מפגש בין זכויות, ונוסחת האיזון שתיבחר היא האופקית, זו המחייבת פשרה. לעומת זאת, אם תתורגם טענת העותרים לאינטרס בר-הגנה גרידא (הגנה על רגשות דתיים), הרי שהאינטרס יוקרב על מזבח הזכות, אלא אם מדובר בפגיעה חמורה במיוחד, ואז הזכות היא זו שתוקרב להגנת האינטרס.

לאור המעמד המיוחד של חופש הביטוי, ולאור המעמד הבעייתי של ההגנה מפני פגיעה ברגשות – כמעט בכל התנגשות ביניהם יכריע חופש הביטוי. במלים אחרות, נוסחת האיזון כמעט שאינה מותירה סיכוי לאינטרס לגבור על הזכות. גישתו העקרונית של בית המשפט העליון, גישה שלעיצובה תרמה השופטת דורנר בכמה פסקי דין, היא שרגשות ראויים בעיקרון להגנה, אך זאת תחת שתי מגבלות משמעותיות. ראשית, שלא תובא בחשבון רגישות החורגת מזו של האדם הסביר, למשל של "בעלי השקפות פוריטניות קיצוניות".⁷ שנית, שהפגיעה ברגשות תהיה חמורה ביותר.⁸ קשה לדמיין מקרה שבו תזכה פגיעה ברגשות להגנת בית המשפט במחיר של פגיעה בחופש הביטוי, ולא ייפלא אפוא שכל העתירות להגנה על רגשות מפני ביטוי פוגע, שהוגחו בשנים האחרונות לפתחו של בית המשפט העליון נדחו,⁹ שכן רוב הפגיעות ברגשות אינן "מועזות את אמות הספים".¹⁰ חזרה לענייננו: סיווג

6 בג"ץ 1514/01 גור-אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נה(4) 267 (להלן: פרשת גור-אריה).

7 ראו בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומלווה בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1, 13 (להלן: פרשת קידום); "טוב הטעם", המהווה ערך מתחרה לחופש הביטוי, משקף את הקונסנזוס הרחב המקובל בחברה הנאורה בישראל. בעניין זה אין להביא בחשבון רגשות של מיעוט, בין של אניני טעם ובין של בעלי השקפות פוריטניות קיצוניות. ראו גם בג"ץ 5118/95 מאיו נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד מט(5) 751 (ביטוי מסחרי); בג"ץ 4644/00 יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נד(4) 178 (להלן: פרשת יפאורה-תבורי) (ביטוי מסחרי); בג"ץ 14/86 יצחק לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421 (ביטוי אומנותי); בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד נ(5) 661 (ביטוי אומנותי).

8 ראו, למשל: בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817 (להלן: פרשת סנש), פסקה 20 לפסק דינו של הנשיא ברק.

9 ראו, למשל, פרשות יפאורה-תבורי, קידום, וסנש; בג"ץ 5118/95 מאיו נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד מט(5) 751.

10 ראו פרשת סנש, פסקה 24 לפסק דינו של הנשיא ברק.

טענת העותרים כפגיעה ברגשות, ולא כפגיעה בחופש דת, אינה רק בוררת את נוסחת האיזון האנכי, אלא גם חורצת בו במקום את גורל העתירה לשבט. על רקע הדברים הללו, אחד הטיעונים שהנשיא ברק מעלה בפרשת *גוד-אדיה* מעורר תמיהה מסוימת. ברק מסווג את טענת העותרים למשפחת האינטרסים, ובהתאם, הוא עורך ניתוח לפי נוסחת האיזון האנכית הספציפית המתאימה לענייננו. אך בסיימו, אין הוא חותם בכך את הדיון אלא מעלה טיעון נוסף, שלכאורה אין בו כל צורך. ברק מסביר כי "מקובל הוא בחברה הישראלית, כי מתקיימים שידורי טלביזיה בשבת, בהם נראים, בין השאר, יהודים שומרי תורה ומצוות, ובהם נערכים ראיונות ושיחות עמם". ברק מתרה בקוראי פסק הדין וקובע "אם כל אלה ייאסרו לשידור, רב הסיכוי כי הטלביזיה תכבה בשבת ובעקבותיה יבוא גם הרדיו". טיעון זה בעייתי, כפי שאני טוען במקום אחר,¹¹ אולם השאלה שברצוני לברר כעת אינה אם הטיעון משכנע, אלא לשם מה הוא נחוץ בכלל. כאמור, בחירה בשיטת האיזון האנכית מחייבת הכרעה, ובהינתן שעצמת הפגיעה ברגשות בנסיבות המקרה שלנו אינה ברמה הדרושה לביצוע ה"היפוך" שבנקודת האיזון בין חופש הביטוי לרגשות הדת, דינה של הפגיעה ברגשות הוא התעלמות. מדוע הנשיא ברק זקוק לתגבורת בדמותן של נבואות חורבן אפוקליפטיות על כיבוי הטלוויזיה והרדיו בשבת? לדעתי, התשובה לשאלה נעוצה בשני שיקולים: ראשית, בחולשת הטענה של פגיעה בחופש הביטוי בהקשר הנידון, ושנית, בחולשת המדיניות הכללית של בחירה אפריורית באיזון אנכי במקרים של עימות בין זכויות לאינטרסים. לצורכי הדיון כאן, נחוץ לי רק השיקול השני מבין השניים, כלומר, חולשתו של האיזון האנכי.¹²

אם מניחים מראש שכל ביטוי מוגן בזכות לחופש הביטוי,¹³ ואם מניחים שבעבר האחר מונח אינטרס בלבד והפגיעה בו אינה "מזעזעת את אמות הספים", הרי על בסיס נוסחת האיזון האנכי אין עוד כל צורך לבחון את טבעו המיוחד של הביטוי הרלוונטי או לחפש פשרה בין ההגנה עליו לבין אי-פגיעה באינטרס המתנגש. נוסחת איזון זו נועלת את הדלת בפני ניסיונות פשרה כאלה. אבל קשה להבין מדוע במקרה של זכות המתנגשת עם אינטרס, האפשרות של פשרה מוצאת מכלל חשבון, וצד אחד (בדרך-כלל הזכות) פשוט מביס את הצד האחר. מדוע לא יחפש בית המשפט דרך של פשרה, אפילו במקרים

11 ד' סטטמן וג' ספיר "חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים" *מחקרי משפט* כא (תשס"ד) 5, 82-81.

12 לדיון בטיעון הראשון, ראו: *שם*, בעמ' 74-75.

13 בית המשפט העליון, בהנהגתו של הנשיא ברק, מעדיף בעקביות גישה מרחיבה ביותר להיקפו של חופש הביטוי, מרחיבה אף מעבר למקובל בארצות הברית, שבה חופש הביטוי הוא יסוד חוקתי ותרבותי מהותי. גישה מרחיבה זו בולטת ביחס לביטויי הסתה. בארצות הברית דברי הסתה חורגים מכלל הביטויים הכלולים בחוקה (*Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951)), ואילו ברק מוביל קו עקבי הכורך ביטויים אלו במסגרת חופש הביטוי המוגן באורח חוקתי. לדעתו, "כל ביטוי – לרבות הביטוי הגזעני – נכלל במהותו הפנימית של חופש הביטוי" (ע"פ 2831/95 *הרב עידו אלבה נ' מ"י*, פ"ד (5) 221, 296). ולא זו בלבד שהביטוי הגזעני – "המקומם והצורם והמפיץ מרנים ושנאה" – נופל בגדריו של חופש הביטוי (בג"ץ 399/85 *כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור*, פ"ד (א) 325, 255, פסקה 20 לפסק דינו של השופט ברק [כתוארו אז]), אלא שההגנה עליו מתחייבת משלושת הרציונלים המבססים, באופן כללי, חופש זה (*שם*). ראו, לעניין זה: בנדוד וטמיר, לעיל הערה 2, בעמ' 643-644.

גדעון ספיר

של קונפליקט בין זכות לאינטרס, כדי ששום צד לא ייאלץ לוותר לגמרי? ביקורת זו על נוסחת האיזון הישנה – האנכית, אכן נמתחה על ידי פרופסור יצחק זמיר הסבור ששאלה היא: "אם אפשר וראוי למתות קו בין סוגי ערכים הגוברים זה על זה, ובין סוגי ערכים הנדרשים לוותר זה לזה. לכאורה נכלל התמודדות בין שני ערכים מוכרים על-ידי המשפט, אפילו הם שונים במשקל, יש לעשות קודם-כל לדר-קיום של שני הערכים זה לצד זה. השאלה בדבר העדפת אחד הערכים על פני משנהו עולה על הפרק רק אם המאמצים לקיום משותף של שני הערכים אינם עולים יפה".¹⁴

תרגום עמדתו של זמיר לשפת האיזונים גורר שבכל מקרה ראוי לחתור תחילה לאיזון אופקי ולויתור הדדי, ורק כאשר לא ניתן לבצע ויתור כזה יש לעבור לאיזון אנכי ולהכריע בין הערכים המתנגשים. אם תתקבל הצעת זמיר, ברור שזיהויה של טענת העותרים בפרשת *גוד-אליה*, כאינטרס שאינו "מזעזע את אמות הספים" אינו מהווה סוף פסוק, ונדרש טעם חזק במיוחד שלא לנקוט פשרה בנסיבות העניין.

באופן מפתיע מסתבר שגם הנשיא ברק עצמו, לפחות בפסק דין אחד, מקבל את גישתו של זמיר. בפרשת *ראם*, שבה נידון הצימות בין חופש הביטוי לבין האינטרס בדבר שמירת השפה העברית, ברק אומר את הדברים האלה:

לעתים הערכים המתנגשים אינם שווי מעמד. על בית המשפט לקבוע... מהי מידת הפגיעה בערך העדיף ומהי ההסתברות של אותה פגיעה, המצדיקים העדפתו של האחד על פני האחר ("איזון אנכי"). אף כאן יש לעשות כל מאמץ למניעת ההתנגשות החזיתית, תוך קביעת ויתורים הדדיים נדרשים. אך בהיעדר כל אפשרות ליישב בין הערכים המתנגשים, אין מנוס ממתן עדיפות... לערך האחד על פני האחר.¹⁵

אם כן, הנשיא ברק תומך במקור זה בעמדתו של זמיר, שלפיה האיזון האופקי, קרי הפשרה, היא האפשרות המועדפת. יוצא מכך שאפילו במפגש בין זכות לאינטרס, אין לקבל הכרעה אוטומטית בעד איזון אנכי אלא יש לבחון את הנסיבות המיוחדות של המקרה ולבדוק אם לא ניתן להגיע לפשרה כלשהי. רק אם יוכח על סמך תוכנם של הערכים המתנגשים בנסיבות העניין, שפשרה כזאת אינה אפשרית, תהיה הצדקה להכרעה חותכת לצד אחד. דומה אפוא שכאן נעוץ ההסבר לצורך של הנשיא ברק בפרשת *גוד-אליה* באותה תחזית קודרת לגבי סגירת הטלוויזיה והרדיו בשבת. באמצעות תחזית זו הנשיא ברק מבקש להסביר באופן שאינו טכני, מדוע אין לקבל כאן את האפשרות של פשרה, שלדעתו, עלולה להוביל לפגיעה אנושה בחופש הביטוי, ומכאן שהאיזון האופקי אינו בגדר אפשרות.

הליקוי שהצבענו עליו זה עתה בנוסחת האיזון האנכית, יכול למצוא את תיקונו בנוסחת האיזון שהחליפה אותה, הכלולה במכחני פסקת ההגבלה שבחוקי היסוד החדשים. כידוע,

14 "זמיר ומ' סובל" השוויון בפני החוק "משפט וממשל" ה (תש"ס) 165, 215.

15 ע"א 105/92 *ראם מהנדסים קבלנים בני"מ נ' ראש עיריית נצרת-עזרילית*, פ"ד (5) 189, 204 (ההדגשה הוספה – ג"ס).

פסקת ההגבלה משמשת בתפקיד של נוסחת איזון.¹⁶ אחד ממרכיביה של פסקת ההגבלה הוא דרישת המידתיות שבפגיעה,¹⁷ דרישה שנפרטה על ידי בית המשפט לשלוש דרישות משנה.¹⁸ לענייננו חשובה הדרישה השנייה, זו התובעת כי הפגיעה בזכות, שתכליתה מימוש האינטרס הראוי, תיעשה תוך שימוש באמצעי שפגיעתו פחותה. דרך אחת להבנת הדרישה היא שזו חלה בנסיבות שבהן התכלית ("הראויה"), שהיא מטרת הפגיעה, יכולה להיות מושגת בכמה דרכים הנבדלות זו מזו רק במידת הפגיעה בזכות העומדת בדרך להשגת התכלית. אולם, לדעתנו, זו הצגה שטחית של הדרישה האמורה, שאינה תואמת את המציאות השכיחה, ולפיכך פוגעת באפקטיביות של הדרישה הלכה למעשה. לדעתנו, ההבדלים בין הדרכים השונות להשגת התכלית, לא יסתכמו בדרך-כלל במידת הפגיעה שהן מסבות לזכות, אלא גם במידת ההגשמה של התכלית. סביר גם כי במקרים רבים יתקיים יחס ישר בין מידת ההגשמה של התכלית לבין מידת הפגיעה בזכות הכרוכה בשימוש באמצעי. אם הנחה זו נכונה, הרי שאם נכפיף את מבחן המידתיות השני לחובה לבחור באמצעי שיבטיח הגנה מרבית על הזכות, לא יהיו מקרים רבים שתהיה בהם למבחן נפקות מעשית. נפקות כזאת תצמח למבחן המידתיות השני רק אם נפרש אותו כמחייב לברור בין האמצעים, תוך התחשבות הן במידת הגשמתה של התכלית והן במידת הפגיעה בזכות, הכרוכות בבחירתו של כל אמצעי ואמצעי. אם זו פרשנותו הנכונה של מבחן המידתיות השני, הרי שלא יזון בין זכויות לאינטרסים, זה שהוכרע עד כה בניצחון של אחד הצדדים ומפלה של השני, נוסף כעת מימד של פשרה,

- 16 אגב, לדעתם של ברק ודורנר, היא מנוסחת כנוסחת איזון בין זכויות לאינטרסים בלבד ולא כנוסחת איזון בין זכויות. ראו, למשל "א' ברק" זכויות-אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות "משפט וממשל א (תשנ"ג) 253, 266 "לשם איזון בין זכויות האדם הקבועות בחוק היסוד, בינן לבין עצמן, אין 'פסקת ההגבלה' חלה"; ע"א 6601/96 *AES Systems, Inc.* נ' סער, פ"ד נר(3) 850, 861; פרשת נור-אזיה, לעיל הערה 6, פסקה 6 לפסק דינה של השופטת דורנר "אמות-המידה שבפסקת ההגבלה, ובמיוחד עקרון המידתיות, אינן הולמות איזון בין שתי זכויות-אדם". לדעה שונה, המבקשת להחיל את פסקת ההגבלה גם באיזונים אופקיים, ראו דברי השופט אלון בע"א 506/88 שפר נ' מ"י, פ"ד מת(1) 87, 105 "אמנם כן, סעיף 8 האמור ענינו במקרה של חקיקת חוק אחר שיש בו משום פגיעה בזכות מזכויות העל שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואין המדובר בו כאשר 'פגיעה' כזו עולה במקרה מסוים בין שתי זכויות יסוד המצויות בחוק יסוד זה גופו... אך אין כל טעם וכל הגיון שלא להקיש ולהחיל את הדרך שהתווה המתוקן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, למקרה של פגיעה בזכות יסוד מכוח חוק אחר, גם על מקרה של פגיעה וסתירה בין שתי זכויות יסוד שבחוק היסוד גופו".
- 17 כפי שכבר צוין, עקרון המידתיות חלחל לשיטתנו המשפטית, עוד בטרם חקיקת חוקי היסוד, במסגרת המשפט המנהלי. ראו: ז' סגל "עילת העדר היחסיות (Disproportionality) במשפט המינהלי" הפרקליט לט (1990-1989) 507; ז' זמיר "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה" *משפט וממשל ב (תשנ"ד)* 109, 132: "מי שקרא את פסקי-הדין של בית-המשפט הגבוה לצדק גם בין השורות, יכול היה להיווכח כי, בפועל, אימץ בית-המשפט מאו ומתמיד את עיקרון המידתיות"; בג"ץ 5510/92 *תורקמאן נ' שר הביטחון*, פ"ד מת(1) 217, 219.
- 18 ראו, למשל, ע"א 6821/93 *בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיתופי*, פ"ד מט(4) 221, פסקה 95 לפסק דינו של הנשיא ברק (להלן: פרשת *בנק המזרחי*); שם, פסקה 4 לפסק דינו של השופט זמיר; בג"ץ 1715/97 *לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר*, פ"ד נא(4) 367, פסקאות 17-18 לפסק דינו של הנשיא ברק (להלן: פרשת *לשכת מנהלי ההשקעות*); לגישה המסתייגת מהכללת מבחן המשנה השלישי, ומסתפקת בשניים הראשונים, ראו פסקה 85 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) שמגר בפרשת *בנק המזרחי*.

המאפיין דווקא איזונים אופקיים בין זכויות.¹⁹ במסגרת הפשרה יהיה צריך לבחון את כל האפשרויות הפתוחות ליישוב הקונפליקט בין הזכויות לאינטרסים, ובמקרים רבים להעדיף אפשרות שתגן על האינטרס בצורה מושלמת פחות, אך במחיר של פגיעה מופחתת בזכות, על פני אפשרות שתספק הגנה מלאה לאינטרס, במחיר של דחייתה המלאה של הזכות.²⁰ הטענה שהעלינו היתה שבדרך-כלל ראוי לפתוח בפשרה תחילה. אולם כאן אנו חולקים על זמיר, ולדעתנו, ראוי שהמעבר מפשרה להכרעה יתרחש לא רק במקרים שאין הפשרה בגדר האפשר. ייתכנו גם מקרים שמבחינת ההגנה הנדרשת על האינטרס, הפשרה אפשרית אך כרוכה בויתור כבד מדי מצדה של הזכות. מבחני המידתיות נותנים מענה גם לעמדתנו זו, הפעם במסגרת מבחן המשנה השלישי. מבחן זה מחייב לבחון בסוף היום גם אפשרות להעדפה מוחלטת של הזכות. במובן הזה הוא דומה למבחן שמציעה נוסחת האיזון האנכית. אולם קיימים שני הברלים משמעותיים בין השניים. ראשית, מבחן האיזון האנכי הישן נעשה בראשית הדיון, כשהחלופות שנשקלו היו העדפה מלאה של הזכות על חשבון האינטרס, או העדפה מלאה של האינטרס על חשבון הזכות. לעומת זאת, במסגרת מבחני המידתיות, בחינת העדפת הזכות באפשרות האנכית ועשית בסוף תהליך האיזון, לאחר שנבחנו היטב כל החלופות לפשרה. ההבדל אינו רק בטור הדיון. ההבדל בסדר יוביל במקרים רבים גם להבדל בתוצאה. הסיכוי שנגיע למסקנה שהפגיעה בזכות אינה מוצדקת, לאחר שבחנו חלופות מספר וניסינו למצוא דרך למזעור הפגיעה בזכות להגנה על האינטרס, קטן יותר מאשר במקרה שאנו נדרשים להתייחס לשתי אפשרויות בלבד – העדפה מלאה של הזכות, במחיר ויתור על הגנת האינטרס, או העדפה מלאה של האינטרס, במחיר ויתור על הגנה כלשהי לזכות. בחינת האפשרות האנכית במסגרת מבחני המידתיות שונה מן האיזון האנכי בדרך נוספת. האיזון האנכי מתמקד באינטרס הנפגע, תוך שקילת עצמת הפגיעה הצפויה באינטרס וההסתברות להתגשמותה. מבחינת מרכיביו המבניים, האיזון האנכי אינו שוקל כלל את משקלה של הזכות העומדת על הפרק בנסיבות העניין. ואולם התעלמות מטיבה המדויק של הזכות במקרה הקונקרטי אינה מוצדקת. כפי שנאמר לא אחת, בצדק רב, יש להבחין, למשל,

19 פרופסור זמיר, לעומת זאת, סבור כי "למרות תרומתה של פסקת ההגבלה לפתרון ההתנגשות בין ערכים זכויות שונים, נראה כי אין בה כל הרכה לגבי צורת האיזון (אנכית או אופקית)... ה"פגיעה" בזכות-אדם שפסקת ההגבלה מתירה יכולה להיות מלאה (איזון אנכי) או חלקית (איזון אופקי)" – זמיר וסובל, לעיל הערה 14 בעמ' 220, הערה 227.

20 פרופסור ברק העלה תובנה דומה בספרו *פישנות חוקיות*, אולם הוא תלה את הצורך להעריך הן את התועלת והן את הנזק לא במבחן המידתיות השני אלא במבחן השלישי: "הפגיעה אינה נדרשת, חרף התאמת האמצעי ופגיעתו הפחותה, אם פגיעתו בזכות-אדם מוגנת היא חריפה, וניתן להשיג את עיקריה של התכלית הראויה – גם אם לא את מלואה – באמצעים שפגיעתם בזכות האדם המוגנת פחותה באופן משמעותי. אם ניתן להימנע באופן נוסמעותי מחריפות הפגיעה, על-ידי ויתור לא משמעותי בהשגת התכלית הראויה, יש לעשות כן. האמצעי החריף הננקט בחוק אינו נדרש אם ניתן להפחית באופן משמעותי מהפגיעה בזכות האדם, תוך הפחתה לא משמעותית בהשגת התכלית הראויה (מבחן האמצעי היחסי)". לעיל הערה 4, בעמ' 536. 'ציון שפרשנות זו למבחן המשנה השלישי שונה מהאופן שפירש ברק מאוחר יותר, למשל בפרשת *בנק המודרי* (פסקה 95 לפסק דינו) ובפרשת *לשכת מנהלי ההשקעות* (פסקה 18 לפסק דינו), או כפי שהוא עצמו מתאר את המבחן, כבר בספר, בשמו של פרופסור זמיר (שם, בעמ' 540).

בין מקרים של פגיעה בלב הזכות לבין מקרים שמדובר בהם בעניין פריפריאלי.²¹ לכאורה ניתן היה לטעון כי נוסחת האיזון האנכי יכולה וצריכה להתחשב במרכיב הזה במסגרת נוסחת האיזון הספציפית שנבחרה. אולם בפועל, כיוון שאין השיקול הזה מעוגן מבנית בנוסחת האיזון,²² שופטי בית המשפט העליון מתייחסים בדרך-כלל לצד הזכות במשוואה כאל קבוע,²³ ורק צד האינטרס מתפקד כמשתנה, תוך רגישות לנסיבות המשתנות של כל מקרה ומקרה.²⁴ גישה כזאת מובילה בסופו של יום לשימוש קלישאי ובלתי-משכנע בנוסחת האיזון. ודוק, סכנת השימוש הקלישאי בנוסחת האיזון תמשיך להתקיים גם אם נמיר את האיזון האנכי במבחני המידתיות, אולם, לדעתנו, תפחת הסכנה, שכן מבחן המידתיות השלישי מחייב לעמת אל מול התועלת שבהגנה על האינטרס, את הפגיעה הקונקרטית בזכות ובכך אינו מאפשר להתייחס לזכות באופן מופשט וכוללני.

אם אנו צודקים בתיאור ההבדל המהותי בין נוסחת האיזון הישנה לחדשה, שנוסחת האיזון הישנה מחייבת הכרעה ונוסחת האיזון החדשה מעדיפה פשרה ורק לעתים מחייבת הכרעה, משמעות הדברים היא שאין השתיים יכולות לדור בכפיפה אחת. ואם אנו משכנעים בטענתנו שהדרך שמבחני המשנה של נוסחת המידתיות סוללים נכונה יותר מבחינה ערכית מהדרך שהאיזון האנכי סולל, משמעות הדברים שיש לזנוח את האיזון האנכי לטובת מבחן המידתיות. ודוק, לא יהיה מדובר כאן בזניחה מוחלטת אלא בהכללת המבחן

21 נדמה כי השופט חשין הוא מן הרגישים ביותר להבחנה הראויה בין פגיעה בלב הזכות לפגיעה בשוליה, בבואנו לבחון את חוקתיות הפגיעה. כך, למשל, לעניין חופש התנועה, בפסק הדין המפורסם בעניין *כביש בר-אילן*: "האומנם זו חירות התנועה בענייננו שלנו? אחקשה לומר כן. ראשית לכול, האיסור המיועד אינו חל אלא על הנסיעה ברחוב בר-אילן. רשאי אדם להיכנס לרחוב בר-אילן ובלבד שיהלך על רגליו. שנית, משך הנסיעה בדרך החלופית אינו רב אלא במעט-קט ממשך הנסיעה ברחוב בר-אילן. בצרפנו את הדברים אלה אל אלה, נחקשה להימנע ממסקנה כי ענייננו לא יבוא אלא בשולי חירות התנועה: רחוק הוא מן הלוח, ועוצמתו כעוצמת זכות מן-השוליים". בג"ץ 5016/96 *חורב נ' שר התחבורה פ"ד נא(4)1*, פסקה 32 לפסק דינו של השופט חשין (להלן: פרשת *חורב*); כך גם לעניין חופש הביטוי, בעניין פרסומת מסחרית בכלל וכינו הכרוכה בגטות או המובילה לאסוציאציה גסה בפרט (פרשת *קידום*, לעיל הערה 7, פסקאות 19 ו-27 לפסק דינו של חשין). מכל מקום, חשין אינו היחיד המדגיח את חשיבות ההבחנה בין הלוח למעטפת של הזכות. ראו, למשל, פרשת *חורב*, פסקה 59 לפסק דינו של ברק: "במסגרתו של היבט מסוים של זכות (כגון הדיבור הפוליטי), לא הרי פגיעה שהיא בגרעינה של הזכות כהרי פגיעה בשוליה".

22 נוסחת האיזון האנכי מודדת את עוצמת הפגיעה הצפויה באינטרס ואת ההסתברות להתרחשות הפגיעה. הנוסחה עצמה אינה מציבה כמשתנה את אפיוניה הספציפיים של הזכות, לבד מזהותה.

23 למשל, השופט דורנר מרגישה בפרשת *קידום*, לעיל הערה 7, כי יש להבחין בין ביטוי מסחרי לביטויים אחרים בכלל, ובפרט לביטוי הפוליטי, אבל בפועל מפעילה באותו עניין, שנגע בביטוי מסחרי, אותה אמת מידה שהופעלה לראשונה בפרשת *קול העם* המפורסמת, לעיל הערה 3, ביחס לביטוי הפוליטי. עדות נוספת לכך ניתן למצוא בשגרת הלשון. כך למשל, אצל פרופסור זמיר המטעים כי "לגבי כל זכות-יסוד ישנה יותר מנוסחת איון אחת. גיוון זה נובע מריבוי הזכויות והאינטרסים העשויים לכוא בהתנגשות עם אותה זכות". זמיר וסובל, לעיל הערה 14, בעמ' 214. זמיר אינו מתייחס כלל לאפיון של הזכות הנפגעת במקרה הספציפי כנתון שאמור להשפיע על נוסחת האיזון שתיבחר.

24 לדוגמה, בע"פ 126/62 *דיסנצ'יק נ' היוז"מ*, פ"ד יז(1) 169 נדרש בית המשפט למבחן האיזון הראוי בהתנגשות בין חופש הביטוי לטוהר השיפוט. בית המשפט, מפי השופט זוסמן, דחה את מבחן הוודאות הקרובה שנקבע בפרשת *קול העם* כנוסחת האיזון הראויה בעימות שבין חופש הביטוי לשלום הציבור, ואימץ תחתיו את מבחן האפשרות הסבירה.

גדעון ספיר

הישן בתוך המבחן החדש והתאמתו לונגאים החדשים שנוצרו. כך, למשל, בעימות בין חופש הביטוי לרגשות, לא נפתח בקלישאה שלפיה אין להעדיף את הרגשות אלא אם מדובר בפגיעה חמורה המזעזעת את אמות הטפים, אלא נפתח תחילה בניסיון לברר מהן נוסחאות הפשרה הקיימות. מתוך אותן נוסחאות ננסה לבחור את זאת שמציעה איזון ראוי בין מירוב (מקסום) התועלת, כמובן של הגנה על הרגשות, לבין מזעור הנוק במובן של פגיעה בחופש הביטוי. רק אחרי שנברר היטב את זחלופות השונות לפשרה, במסגרת מבחן המידתיות השני, נעבור לבחינת אפשרות ההכרעה לטובת הזכות, במסגרת מבחן המידתיות השלישי. וכאן, לא נדבר על חופש הביטוי כעיקרון מופשט, אלא על ביטוי מסוים, בתנאים מסוימים, שהפגיעה הצפויה בו תהיה בעצמה מנוימת. חשוב להדגיש, שעדיין ניתן להעלות על הדעת אפשרות שהשופט היושב בדיון יסבור כי ההגנה על רגשות שאינם נפגעים באופן אנוש, אינה יכולה להצדיק פגיעה, ולו הקלה ביותר, בחופש הביטוי, אפילו הוא ביטוי פחות שבפחותים. כך או כך, אפילו שופט כזה יפיק תועלת מרחיית הקביעה הנחרצת לסופו של תהליך הברור. במקרה כזה יוכל השופט לומר בפה נולא שהכריע לאחר ששקל את כל החלופות והתייחס בכובד ראש לנסיבות הקונקרטיות שלפניו. או אז יהיו הן הכרעתו והן הביקורת שניתן יהיה להעלות כלפיה, מושכלות ומנומקות יותר משהיו לו השתמש באיזון הקלישאי האנכי, זה שלא התייחס כלל לשלל האפשרויות לפשרה.

ג. איזון אנכי ומידתיות – שימוש כפול והסבריו האפשריים

1. התמיחה

השופט דורנר תרמה תרומה נכבדה למימוש האפשרות של המרת האיזון האנכי במבחן המידתיות. היא עשתה זאת, בין היתר, באמצעות הרחבת תחולתה של פסקת ההגבלה.²⁵ בפרשת *אינדול* נידונה חוקתיות החלטה של עיריית ירושלים לאסור הצגת פרסום מסוים על גבי לוחות המודעות העירוניים. לכאורה, על הפרק פגיעה בזכות שאינה מנויה בחוקי היסוד החדשים, הזכות לחופש הביטוי, שנעשתה בהסתמך על חקיקה קודמת לחקיקתם, דבר

25 דורנר לא היתה היחידה שעשתה זאת, ולא נקטה גישה זו בפעם הראשונה. ראו, למשל, דבריה בבג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מו(4) 94, פסקה 10 לפסק דינה של השופטת דורנר: "אכן, פסקת ההגבלה חלה רק על סמכויות שיסודן בחוקים שהתקבלו לאחר חקיקת חוק היסוד. ואולם ראוי הוא, מכוח היקש, להחיל את עיקריה לעניין חובתן של רשויות השלטון מכוח סעיף 11 לחוק היסוד, החלה אף על סמכויות שיסודן בדינים שקדמו לחוק היסוד"; פרשת *מורכ*, פסקה 54 לפסק דינו של השופט ברק: "מאז כוננה הכנסת את חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, אנו משתמשים באמות-המידה הקבועות בהם לשם פירושן של הסמכויות השלטוניות אשר הוענקו בחקיקה (ראשית או משנית), וזאת בין בחקיקה שהוחקה לפני חוקי יסוד אלה ובין חקיקה שהוחקה אחריהם; בין לעניין הפגיעה בזכויות-אדם 'המכוסות' בשני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, ובין לעניין הפגיעה בזכויות-אדם שאינן 'מכוסות' על-ידי חוקי יסוד אלה". ההרחבה גופסקי דין אלו היתה בהחלת עקרון המידתיות גם על זכויות בלתי-מנויות ועל חקיקה קודמת לחוק היסוד; הרחבה נוספת, שביצע בית המשפט, היא בהחלת עקרון המידתיות גם על פגיעה באינטרסים שאינם במעמד של זכות-אדם. ראו, למשל: בג"ץ 3477/95 *בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט*, פ"ד מט(5) 1, בפסק דינו של ברק. ברק עצמו מציין שהעיקרון כבר קנה שכיחה עוד לפני חקיקת חוק היסוד. במובן הזה אין לראות בהחלה של העיקרון על החלטות מנהליות, שאינן כרוכות בפגיעה בזכויות-אדם, משום "הרחבה".

ישן מול חדש – על איזון אנכי ומידתיות

המקשה על הפעלת פסקת ההגבלה ומחייב שימוש בנוסחת האיזון האנכי. אך דורנר גורסת אחרת ומסבירה כי ניתן ואף ראוי להפעיל את מבחני המידתיות דווקא. דורנר מסבירה:

פיסקת ההגבלה בחוק היסוד עוסקת בפגיעה בזכויות הקבועות בחוק היסוד וחלה על חוקים המתקבלים לאחר חקיקתו, אך אמות-המידה שנקבעו בה משמשות גם כפירוש התחיקה – אף זו שקדמה לחקיקת חוק היסוד – ובהפעלת שיקול-הדעת של רשויות שלטוניות לפגוע בזכויות היסוד כולן, אף אלה שאינן מעוגנות בחוק היסוד.²⁶

לאחר הצבת פלטפורמה תיאורטית זו, המאפשרת פנייה לפסקת ההגבלה, ובכללה למבחני המידתיות, דורנר עוברת לבחינתם של מבחני המשנה שבפסקת ההגבלה. סוגיית ההסמכה לא עמדה לפני בית המשפט כשאלה פתוחה ועל כן דורנר ממשיכה מיד למבחני המשנה הבאים. היא מסבירה כי "בנסיבות העניין סמכות הפגיעה מתיישבת עם ערכיה של מדינת ישראל, והיא נועדה לתכלית ראויה – שמירה על תקנת הציבור ורגשותיו. נותר לבחון אם סירובה של העירייה עונה על דרישת מידתיות הפגיעה".²⁷ הגענו אפוא לרגע האמת, שבו הקורא המקצועי והסקרן מצפה שדורנר תבהיר כיצד יופעלו מבחני המידתיות בנסיבות המקרה, ובייחוד, כיצד ובאלו שינויים תשתלב המסורת החשיבתית הקיימת של האיזון האנכי עם מגגנון האיזון החדש, שדורנר עצמה עמדה על הפעלתו בצעד שאיש לא חייב אותה לעשות. אנו חייבים להודות שבשלב זה נכזבה תוחלתנו. השופטת דורנר מתעלמת לחלוטין ממבחני האיזון החדשים ותזוורת לאיזון האנכי הישן והמוכר. היא מסבירה כי "בעניין זה התגבשו בפסיקה, עוד לפני קבלת עקרון המידתיות, נוסחות איזון המבוססות על מידת הסתברות הפגיעה וחומרתה. נוסחות אלה מתחשבות במהותן ובמשקלן של הזכות העומדת על הפרק ושל התכלית שלמענה מתבקשת הפגיעה בזכות".²⁸ מכאן ואילך, פסק הדין מנוסח בהתאם לדוקטרינת האיזון האנכי, ללא כל חידושים.

מה ההסבר האפשרי לתפנית של דורנר, בעיצומו של פסק הדין, מפסקת ההגבלה לאיזון האנכי? ניתן היה לחשוב שדורנר אינה מבחינה בהבדלים שבמתכונת האיזון בכל אחד מהעניינים. אנו עצמנו נטינו לדחות אפשרות זאת על הסף, מטעמים מספר. ראשית, גם אם הפרשנות שהצענו להבחנה בין שני מגגנוני האיזון אינה הכרחית, קשה שלא להבחין בהבדל הקיים בין האיזון האנכי למבחני המידתיות. שנית, הלוא דורנר עצמה מתעקשת להשתמש בפסקת ההגבלה, התעקשות שאינה מובנת אלא אם נניח שהיא מבינה שזו שונה במהותה מן האיזון האנכי. תיזוק נוסף למסקנה זו ניתן למצוא בפסק דינה של דורנר בפרשת *ג'נין ג'נין*.²⁹ בפסק דין זה, השנוי במחלוקת, דורנר בוחרת לבסס את החלטתה כנגד העותרים על שתי שיטות האיזון במקביל, מתוך ניסיון להבהיר כיצד שתיהן כאחת מובילות לאותה התוצאה, למרות ההבדלים ביניהן. נטינו אפוא לחשוב שדורנר פסעה בפרשת *אינדזד* צעד אחד קטן, כשהיא מותירה לבאים אחריה, או לה עצמה, בפסיקותיה הבאות, את השלמת המשימה, קרי

26 בג"ץ 6226/01 אינדזד נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד נו(2) 157, פסקה 2 לפסק דינה של השופטת דורנר.

27 שם, בפסקה 3.

28 שם.

29 בג"ץ 316/03 מחמד בכרי ואח' נ' המועצה לביקורת טרטים ואח', תק-על 2003(3) 353.

גדעון ספיר

השוואה ברורה בין שני מגגוני האיוון וחיכורם זה לזה, והסבר השינויים שחולל המעבר למבחני המידתיות.

2. הסבר אחד – מידתיות כהכרעה בינארית משופרת

עם קריאת פסק דין אחר שכתבה דורנר ערב פרישתה מכס השיפוט, עלה במוחנו הסבר חלופי ל"החלפת הסוסים" שביצעה בפרשת *אינדור*. כוונתנו לפסק הדין שכתבה בעתירה כנגד החלטתה של המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין לאשר את שידורו של ערוץ פלייבוי.³⁰ בבואה להצרין את טענות הצדדים למושגי זכות ואינטרס, דורנר מעלה כאפשרות שבנסיבות העניין מדובר בהתנגשות בין זכויות חוקתיות – חופש הביטוי וחופש העיסוק, אל מול אינטרס – רגשות. או אז היא עוברת לזיכור נוסחת האיוון שיש להפעיל ואומרת כך: "מקום שבו זכות חוקתית מתנגשת באינטרס שאינו בעצמו כגדר זכות חוקתית, חלה דרישה למידתיות, כלומר, לאיוון אנכי".³¹

דורנר מבקשת להבחין בין מבחני המידתיות, שהיא מכנה כאמור "איוון אנכי", לבין האיוון האופקי. היא אומרת כך:

לעומת פסקת ההגבלה השואפת למזער את פגיעת האינטרס בזכות, בהתנגשות בין זכויות, יש לשאוף, על-ידי ויתור הדדי, להפחית את הפגיעה בזכויות העומדות בכל צד של המתרס. זהו איוון אופקי.³²

להבהרת עמדתה, דורנר מצטטת מדבריה בפרשת *גוד-אריה*. חזרנו ועיינו בפסק דינה בפרשת *גוד-אריה*, והבנו ממנו כי כנראה, לשיטתה, בניגוד לתיאור המקובל של האיוון האנכי כמחייב הכרעה בינארית, יש באיוון הזה (ואיננו יודעים אם בעקבות הוספת מבחני המידתיות, או אפילו לפני שנולדו) גנו מרכיב של פשרה, אך הפשרה היא רק בצד אחד של המשוואה, כלומר בויתור שנדרש האינטרס לעשות לטובת הזכות. ובלשונה של דורנר עצמה בפרשת *גוד-אריה*, "האיוון האנכי – המיושם בהתנגשות שבין זכות-אדם לבין אינטרס ציבורי – נועד למזער, ככל הניתן, את הפגיעה בזכות גם כאשר האינטרס הציבורי גובר עליה".³³ אם כן, שיטתה של דורנר היא כדלקמן: כאשר האיוון האנכי מורה על העדפה של הזכות על פני האינטרס, על ההעדפה להיות מוחלטת במובן זה שאין לבחון אפשרות לויתור קטן של הזכות לצורך שמירה על האינטרס. אבל אם וכאשר מתעוררת הצדקה להעדפת האינטרס על פני הזכות, או אז דחיית הזכות אינה מוחלטת ויש לנסות למזער את ממדי הפגיעה בזכות, ככל הנראה גם במחיר של הגנה מושלמת פחות על האינטרס. אם הבנה זו של גישת דורנר נכונה, אולי ניתן להבין מדוע לא המשיכה בפרשת *אינדור* במסלול החדש של מבחני המידתיות. המסלול נכנס לפעולה, לשיטתה, רק אם קיימת הצדקה עקרונית להעדפת האינטרס על פני הזכות. אולם כיוון שילטעמה של דורנר לא היתה בנסיבות פסק הדין הצדקה

30 בג"ץ 5432/03 ש.ג. – לשווין ייצוג נשים ועוד 11 אחר' נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין זאח', חק-על 2003(2)4570

31 ש.ס, בעמ' 4581 (ההדגשה הוספה – ג"ס).

32 ש.ס, ש.ס.

33 פרשת *גוד-אריה*, לעיל הערה 6, בעמ' 284.

לקהדפת האינטרס, לא היה כל צורך בבדיקה האם קיימת דרך למזער את הפגיעה בזכות, כלומר, לא היה צורך להפעלת מבחן המידתיות השני, שמחייב פשרה.

אם זה החיבור שדורנר מציעה בין האיזון האנכי הישן לבין מבחני המידתיות החדשים, אנו חולקים עליו וסבורים שהוא חסר הצדקה ערכית וחסר סבירות מבנית. הוא אינו מוצדק ערכית – משום שכפי שהסברנו לעיל, קביעה כללית המעדיפה זכות על פני אינטרס, בלי קשר, ולפני בחינה של מידת הפגיעה בזכות הנדרשת להגנה על האינטרס, נראית לנו אמצעי מופרז וקלישאי להגנה על זכויות. הוא חסר סבירות מבנית – משום שעל פי מבחני המידתיות, ההכרעה הבינארית נדחית למבחן המידתיות השלישי – המידתיות במובן הצר – כלומר לשלב שלאחר בדיקת החלופות השונות ומחירן. ניסיון להוסיף שלב מוקדם של העדפה חותכת של הזכות, לא זו בלבד שהופך את סדר הבדיקה, אלא מיתר את מבחן המידתיות במובנה הצר.

לסיכום, מבחני המידתיות מעודדים לטעמנו פשרה דו-כיוונית בין זכויות לאינטרסים, וכך גם ראוי שיהיה. לעומת זאת, השופטת דורנר, אם פירשנו את כוונתה נכונה, אינה חסידה של פשרה כזאת בעימות בין זכויות לאינטרסים. לכן היא מפרשת את מבחני המידתיות כמעצמים עוד יותר מבעבר את עליונותה של הזכות על פני האינטרס, בהוסיפם ממד של פשרה רק במקרה שבעבר גבר האינטרס לחלוטין על הזכות.

3. הסבר שני – השימוש המתחלף בשתי הנוסחאות ככלי להשגת תוצאה רצויה לפי הפרשנות שהצענו זה עתה, בחירתה של דורנר בין שני מנגנוני האיזון – האיזון האנכי והמידתיות – היא שיטתית ומבוססת על תזה מאחידה. התזה שגויה ובלתי-רצויה לטעמנו, אבל שיטתית ומאחידה. אלא שלדעתנו קיים הסבר חלופי לטעמים המניעים את דורנר לבחור פעם בנוסחת האיזון האנכי ופעם במבחני המידתיות, אף על פי שהיא עצמה הבחירה כי אמות המידה שנקבעו בפסקת ההגבלה משמשות גם בפירוש התחיקה שקדמה לחקיקת חוק היסוד ובבחינת שיקול הדעת של רשויות שלטוניות לפגוע בזכויות היסוד כולן, לרבות אלה שאינן מעוגנות בחוק היסוד. לפי הסבר זה, דורנר, ועמה הנשיא ברק – שכפי שנראה מיד מדלג אף הוא מנוסחת איזון אחת לחברתה – יודעים (לפחות אינטואיטיבית) כי יש הבדל מהותי בין שני מנגנוני האיזון, הבדל שניסינו לבסס את קיומו. הם מבינים שהאיזון האנכי מחייב הכרעה בינארית ואילו מבחני המידתיות מעודדים ומאפשרים פשרה. בחירתם באיזון האנכי או במידתיות נגזרת מן התוצאה שהם תפצו להגיע אליה. במקום שהם מעוניינים בהכרעה הם משתמשים באיזון האנכי, ואילו במקרים שהם תפצו בפשרה הם בוחרים במבחני המידתיות. למותר לציין שאם זה ההסבר לחוסר העקביות לכאורה של השופטים, אין התנהלותם לגיטימית, משום שהיא מאפשרת להם להעלים הכרעה ערכית באמצעות מניפולציה.

חיזוק לתזה הזאת ניתן להדגים בפסיקתו של הנשיא ברק. לשם כך עלינו לשוב לפרשת גוד-אדיה. כזכור, בפרשה זו בחר ברק בנוסחת האיזון האנכי. כפי שהסברנו, בחירה זו מאפשרת לו להתעלם לחלוטין מטענותיהם של אנשי מצפה-כרמים, שכן לפי מבחן האיזון האנכי שקבע בית המשפט לאיזון בין חופש הביטוי לרגשות, האפשרות של העדפת הרגשות היא כמעט בלתי-אפשרית. הסברנו לעיל כי הדרך שבחר ברק להתמודד עם הקונפליקט, הלוא היא דרך ההכרעה, אינה מוצדקת מבחינה ערכית, ואף העלנו סברה לפיה ברק היה

גדעון ספיר

מודע לבעיה, ולכן הוא הוסיף לדגוריו הנמקה שנועדה לחזק את הלגיטימיות שבדרך ההכרעה הבינארית. ואולם נוסף על הובעייתיות הערכית, נראה גם כי בחירתו של ברק בפרשת *גוד-אדיה* באיזון האנכי, הבינארי, אינה עולה בקנה אחד עם עמדתו העקרונית לגבי מבחני האיזון. שכן פעמים מספר קבע ברק בעצמו, כדוגמה, כי מאז נחקק חוקי היסוד, מבחני האיזון שיש להשתמש בהם בעימות בין זכויות לאינטרסים הם מבחני פסקת ההגבלה, ובכללם מבחני המידתיות. הוא אף תיאר מעבר זה מהאיזון האנכי למידתיות כ"טבעי", "מהיר" ו"נקי". בפרשת *מורכ* – שבה נידונה שאלת חוקתיות ההחלטה של המפקח על התעבורה לסגור את כביש בר-אילן לתנועה כמועדי התפילה כשבתות וכימים טובים – אמר ברק את הדברים האלה:

מאז כוננה הכנסת את חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, אנו משתמשים באמות-המידה הקבועות בהם לשם פירושן של הסמכויות השלטוניות אשר הוענקו בחקיקה (ראשית או משנית), וזאת בין בחקיקה שהוחקה לפני חוקי יסוד אלה ובין חקיקה שהוחקה אחריהם; בין לעניין הפגיעה בזכויות אדם "המכוסות" בשני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, ובין לעניין הפגיעה בזכויות אדם שאינן "מכוסות" על-ידי חוקי יסוד אלה. קשר זה בין פיסקת ההגבלה החוקתית לבין מכלול הדינים של המשפט הציבורי – לרבות זכויות אדם שאינן "מכוסות" בחוקי היסוד – הוא טבעי. תמיד קבענו, כי תכליתה של חקיקה הפוגעת בזכויות אדם כוללת תכליות כלליות ותכליות ספציפיות... התכליות הכלליות הן ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. התכליות הספציפיות הן "התכלית הראויה" שבפסקת ההגבלה. עקרון המידתיות, הקבוע בחוק היסוד, הוא ביטוי נוסף לעקרון הסבירות שעל-פיו נהגנו, גם בעבר, לפרש כל דבר חקיקה. הנה-כי-כן, המעבר מהדין הקודם לפיסקת ההגבלה הוא "נקי" ו"מהיר" ללא כל קושי.³⁴

בפרשת *מורכ* עצמה עמדו על הפרק, לשיטת ברק, חופש התנועה מזה ורגשות הדת מזה. לפי מבחני האיזון הישנים, היה ראוי להפעיל בנסיבות העניין את נוסחת האיזון האנכית, זו שתוביל להכרעה בין הזכות לאינטרס. אולם ברק, נאמן לגישה שצוטטה זה עתה, מכריע בדילמה באמצעות מבחני המידתיות. מבחנים אלו מאפשרים לו להצדיק בעיקרון את מדיניות המפקח על התעבורה, שמבטאת פשרה בין שני המחנות.³⁵ גישה זו כשלעצמה נראית בעינינו לא רק אפשרית אלא גם רצויה. היא הולמת את עמדתנו, שגם בעימות בין זכויות לאינטרסים יש להעדיף את זרך הפשרה. הבעיה היא שגישה זו אינה הולמת כאמור את הדרך שבחר ברק בפרשת *גוד-אדיה*. אם ברק סבור שמאז חקיקת חוקי היסוד החדשים יש

34 פרשת *מורכ*, לעיל הערה 25, פסקה 4; לפסק דינו של הנשיא ברק (ההדגשה הוספה – ג"ס).

35 בפועל, ברק פסל את ההסדר והחזיר את העניין לשר התחבורה לשקילה מחודשת, אך רק משום שסבר כי השר לא שקל כלל את עניינם של החושבים החילוניים המתגוררים בשכונות החרדיות שליד הכביש, ובשפת האיזונים, לא ביצע כל איזון. מכל מקום, באיזון בין חופש התנועה הכללי לבין רגשות הדת, נקט ברק את דרך הפשרה. ואכן, משמצא שר התחבורה פתרון לצורכיהם של הדיירים החילוניים ברחוב ובקרבחו, שוב חלה החלטתו לסגור את הכביש לתנועה בשעות התפילה. לתיאור וניתוח הדעות השונות בפסק הדין, ראו: "זילברשץ" על חופש התנועה הפנים מדינתית "משפט וממשל" ד 793 (תשנ"ח).

להשתמש במבחני המידתיות שמעורדים ומאפשרים פשרה, מדוע הוא בוחר בפרשת גור אריה באיזון האנכי שמחייב הכרעה?

כיוון תשובה אפשרי אחד לסתירה לכאורה בפסיקתו של ברק הוא שקיים הכדל בין שתי הפרשיות, *לורב וגור-אריה*, הנעוץ בזהות הזכויות והאינטרסים המתנגשים בכל אחד מן המקרים. אמנם, בשני המקרים, לשיטת ברק, עמד מצד אחד אותו האינטרס – רגשות הדת, אולם הזכות שעמדה בעבר האחר, בכל אחד מן המקרים, שונה; בפרשת *לורב* היה זה חופש התנועה, ואילו בפרשת *גור-אריה* עמד חופש הביטוי. ניתן היה לטעון שברק מייחס חשיבות רבה יותר לחופש הביטוי מאשר לחופש התנועה, ובהתאם הוא בוחר בהכרעה הבינארית לטובת חופש הביטוי, בעימות בינו לבין רגשות הדת, ובפשרה בעימות בין חופש התנועה לרגשות. לתשובה הזאת שתי חולשות – האחת עובדתית והאחרת עקרונית. היא בעייתית מבחינה עובדתית, שכן ברק עצמו שולל בפרשת *לורב* אפשרות להבחנה בין חופש הביטוי לחופש התנועה. ברק מסביר כי "התפיסה המקובלת – בישראל ומחוצה לה – הינה כי לעניין ההגנה על זכויות האדם בפני פגיעה בהן, לא כל הזכויות הן בעלות מעמד שווה". אך בצד הנכונות להבחנה ולדירוג בין זכויות האדם השונות הוא מטעים כי "חופש התנועה... הוא מהזכויות היותר בסיסיות", וכי "לרוב, מעמידים את חופש התנועה בתוך גבולות המדינה על רמה חוקתית דומה לזו של חופש הביטוי".³⁶

לקושי העובדתי באימוץ הסבר זה לחוסר העקביות לכאורה של ברק, נוסף קושי אחר, משמעותי הרבה יותר. הבה נניח שבניגוד לרטוריקה שלו עצמו, ברק אכן מבחין בין חופש התנועה לחופש הביטוי, מעניק לחופש הביטוי משקל רב יותר מאשר לחופש התנועה, ובשל כך מוכן לפשרה בעימות בין רגשות הדת לחופש התנועה, אך מסרב לה בעימות בין רגשות הדת לחופש הביטוי. לשיטתנו, הבחנה כזאת היא לגיטימית, וגם הבחירה בדרך ההכרעה וניחת דרך הפשרה היא לגיטימית. כפי שהסברנו לעיל, לשיטתנו, למרות עדיפותה של הפשרה על פני ההכרעה, ייתכנו מקרים שנקיטת דרך ההכרעה היא הראויה, אף על פי שגם הפשרה היא אפשרית בנסיבות המקרה. עם זאת, גרסנו כי אין זה ראוי שהעדפתה של ההכרעה על פני הפשרה תוצג כאילוץ וכהתניה בלתי ניתנת לערעור. זו היתה, לטעמנו, חולשתה העיקרית של ההבחנה שיצרו שופטי בית המשפט העליון בין איזון אופקי, המחייב פשרה, לבין האיזון האנכי, המחייב הכרעה, ושל הקביעה שבמפגש בין זכויות לאינטרסים יופעל תמיד האיזון האנכי. עוד הסברנו כי מבחני המידתיות נותנים ביטוי גאות לשתי האינטואיציות: הם מעניקים עדיפות פרוצדוראלית וערכית לפשרה, והם מאפשרים גם הכרעה, אך מחייבים את הנוקט אותה לנמק את בחירתו בנסיבות המקרה הספציפי, מבלי שיוכל להסתתר מאחורי טיעון מופשט וכללי שאינו רגיש כלל לנסיבות המקרה שעל הפרק. לשיטתנו, אין אפוא פגם אפריורי בהחלטתו של ברק לנקוט דרך של הכרעה בפרשת

36 פרשת *לורב*, לעיל הערה 25, פסקאות 59-60 לפסק דינו של ברק. ברק מייחס כאמור דווקא לחופש התנועה בגבולות המדינה ערך זהה לחופש הביטוי, משמע שלשיטתו אין כך גם ביחס לחופש היציאה מגבולותיה. הבחנה זאת עולה בקנה אחד עם שיטתו של בית המשפט בבג"ץ 448/85 *דאדל נ' שר הפנים*, פ"ד (2) 701. בפרשה זו נידונה ההתנגשות בין חופש היציאה מישראל ושלום הציבור, ובית המשפט בחר בנוסחת האפשרות הסבירה, ולא בוודאות הקרובה, בעוד הוא מבחין בין התנועה בתחומי הארץ לתנועה ממנה ואליה.

גדעון ספיר

גוד ארדה. הבעיה היא בכך שהוא מסווה את הבחירה בטיעון מופשט וכללי, וחמור מכך, ההסוואה מושגת בעזרת טיעון שנונה על ידי ברק עצמו בפרשת *חורב*. לפגם של השימוש המכאני באיזון האנכי כאמצעי להתעלמות מאינטרסים, מבלי לספק להכרעה נימוקים מקומיים מספיקים, נוסף אפוא כעת פגם של חוסר עקביות בבחירת נוסחת האיזון. נבהיר, הפגם הנוסף – מלבד הבחירה באיזון האנכי הבעייתי – כרוך בשימוש המקביל שעושים ברק ודורנר בשני מנגנוני האיזון, השונים זה מזה במהותם בהנחות הערכיות העומדות בבסיסם, ללא כל הסבר והבדנה. פגם זה מחליש באופן משמעותי את הלגיטימיות שבהתנהלותם של השופטים, משום שיהא מוסיף לה ממד מניפולטיבי. בעבר, הפגם שהיה נעוץ בכלי האיזון המכאני, ככל גם את השופט שיצר אותו: אם על הפרק היו זכות ואינטרס, לכאורה הוא היה חייב לבחור בדרך ההכרעה הבינארית. כעת, גם לאחר שנולדו מבחני המידתיות, ברק ודורנר אינם זונחים את האיזון האנכי וממשיכים להשתמש בו בצד מבחני המידתיות כרצונם. שימוש מקביל זה, והתעלמות מן ההבדלים בין שני מנגנוני האיזון, הגו בעייתי במובן זה שהוא מאפשר לשופטים לבחור בהכרעה בלתי-מנומקת כשהם חפצים בה, באמצעות האיזון האנכי, מבלי לשלם את המחיר הכרוך בדבקות במסלול ההכרעה, שכן במקרים שהם מעדיפים לנקוט פשרה, הדרך סלולה בפניהם אם רק ישתמשו במבחני המידתיות. ודוק, לטעמנו, ההכרעות החוקתיות הן הכרעות ערכיות, ובמידה שהשופט בוחר להתערב בהחלטותיהן של רשויות השלטון האחרות, גם הכרעתו אינה יכולה להיות נטולת מרכיבים ערכיים-סובייקטיביים.³⁷ למרות זאת, ואולי משום כך דווקא, לנוסחאות האיזון יש חשיבות רבה, בין היתר בכך שהן מצמצמות במידה מסוימת את מרווח שיקול הדעת של השופט הבודד, הגם שהצמצום עצמו מבוסס על הכרעה ערכית.³⁸ ואולם השימוש של ברק ודורנר בשתי הנוסחאות במקביל מאפשר להם ליהנות מבלי "לשלם", כלומר להכריע הכרעה ערכית מבלי לצמצם את מרווח שיקול הדעת שלהם לפעמים הבאות. מידה כזאת של חופש יכולה להיות שמורה לפוליטיקאים. היא בלתי לגיטימית אצל שופטים.³⁹

37 ג' ספיר "ההליך החוקתי כהליך פוליטי" מחקרי משפט יט (תשס"ג) 461.

38 במאמר שהתפרסם לפני שנים מספר: מחקרי משפט טען הכותב, בנימה התואמת את זרם ה-CLS האמריקני, כי המתודולוגיה של נוסחאות האיזון אינה אלא אמצעי אחד מני רבים להסתרת השיקולים הערכיים העומדים ביסוד ההכרעות השיפוטיות, ולהצגתן לאחר הזנת נתונים למעין אלגוריתם חוקתי. באופן כזה נוצר מיחוס שלפיו "השיפוט אובייקטיבי, נטול פניות, תף משיקולים פוליטיים ומדיר רגליו מהכרעות ערכיות". ראו: מ' בירנהק "ונדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית המשפט העליון בהכרעות ערכיות" מחקרי משפט יט (תשס"ג) 591. טענתי במאמר הזה, ובקטע הרלוונטי בגוף הטקסט, דומה אך שונה. לטעמי, נוסחאות האיזון אינן מכשיר להסתרת הכרעות ערכיות משום שפרטיהן מבוססים על הכרעות כאלה. לפיכך, בניגוד לגישתם השגרתית של אנשי ה-CLS איננו יכולים להסתפק בדו-קונסטרוקציה אלא עלינו לעסוק בדיון בפרטיהן הראויים של נוסחאות האיזון. כך או כך, כשביט המשפט מרשה לעצמו לשחק בנוסחאות האיזון, כפי שעושים לכאורה דורנר וברק, חוזרת טענת ה-CLS וניעורה, שכן אז נוסחאות האיזון המתחלפות אכן משמשות מסווה להכרעות ערכיות.

39 בשיטתנו המשפטית, אין בית המשפט העליון כבול לתקדימיו שלו. ראו חוק יסוד: השפיטה, סעיף 20(ב): "הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, זולת בית המשפט העליון". אולם אם הוא מחליט לחרוג מהם, למצער יליו להבהיר כי הוא סוטה מתקדימיו ולנמק את השינוי. יצוין כי יורם שחר הוכיח שלמרות החופש שהחוק מעניק לבית המשפט העליון מתקדימיו שלו, הפרקטיקה הנהגת בפועל בבית המשפט בכל ענותיו היא לנאמנות תקדימית. ראו: י' שחר "משכן כמשפט" מחקרי משפט יט (תשס"ג) 397, 411: "מעט שאמר בית-המשפט את דברו בהרכב כלשהו שלו,

ד. סיכום

ההליך החוקתי – ההליך שבמסגרתו בית המשפט מפרש את החוקה ואחר כך משתמש בטקסט המפורש לפתרון שאלות המועלות לפניו – הוא הליך המערב שיקול דעת ערכי-סובייקטיבי. אופי סובייקטיבי זה נובע, בין היתר, מכך שהמשימה המוטלת על בית המשפט אינה מסתכמת בדרך-כלל בפרשנות הוראות חוקתיות כל אחת לעצמה, אלא גם בצורך לאזן ביניהן, כשהן במסלול התנגשות. מנגנוני האיזון הם אמצעי שנועד לתעל ולכוון את שיקול הדעת השיפוטי בפתרון הקונפליקט בין הוראות מתנגשות. ואולם, גם מנגנוני האיזון עצמם אינם שקופים מבחינה ערכית, במובן זה שהעדפתו של מנגנון איזון מסוים על פני חברו מבטאת אף היא הכרעה ערכית.

במאמר הזה בחנו את שאלת האיזון העקרוני בין זכויות לאינטרסים והצבענו על כך שהמהפכה החוקתית שהתרחשה עם חקיקת חוקי היסוד החדשים הביאה בכנפיה שינוי גם בתחום האיזונים. עד לחקיקתם, הופעלה באיזון בין זכויות לאינטרסים שיטת האיזון האנכי, ואילו משעה שנחקקו אמורים לפעול מבחני המידתיות. טענו לקיומו של הבדל מהותי בין שני המנגנונים, שהישן מחייב הכרעה ואילו החדש מעודד פשרה, וצידדנו בעמדה הערכית שמבטא המנגנון החדש. הבעיה היא ששאלת מנגנוני האיזון לא נידונה מעולם ביסודיות בפסיקה או באקדמיה, ולא ייפלא אפוא שהדיון האינטנסיבי – השיפוטי והאקדמי – בשינויים שחוללה חקיקתם של חוקי היסוד, פסח כמעט לחלוטין על שאלת היחס בין מנגנוני האיזון. כך קורה ששופטי בית המשפט – ובייחוד אלה המוליקים את תהליך הבירור והיצירה הכרוך בשינוי החוקתי המפליג שעובר על שיטתנו המשפטית – מוסיפים להשתמש בשתי שיטות האיזון במקביל, ואינם מבהירים מהו היחס ביניהן. אפשר שהשימוש המקביל נובע מהבנה של אותם שופטים את היחס שבין שני המנגנונים באופן שונה ודיכוטומי פחות מזה שהצענו אנו, אך אפשר גם שהוא משמש בידם ככלי – מודע או אינטואיטיבי – להשגת התוצאה הרצויה בתיק: ברצותם בפשרה הם נוקטים את מבחני המידתיות, וברצותם בהכרעה הם משתמשים באיזון האנכי. היא הטעם לשימוש המקביל בשתי נוסחאות האיזון אשר היא, הערפול הנלווה לו אינו קונסטרוקטיבי ואף אינו לגיטימי. יש לקוות אפוא כי שופטי בית המשפט העליון, האמונים על חשיבה שיטתית ומסודרת, ייתנו את לבם לסוגיה זו.⁴⁰ אם יאמצו את הפרשנות שהצענו, מה טוב, אך גם אם ידחוה, לכל הפחות יבהירו בפסיקתם את הטעון הבהרה, ובכך יסללו לעצמם ולאחרים דרך ברורה להכרעה בקונפליקטים החוקתיים המורכבים שהמציאות מזמנת.

מחויבים גם החולקים בתוכו לדברו זה; לדעת שחר, נאמנות זו נובעת מהבנתם של השופטים, ובכללם אלו שמיצבו עצמם כבעלי דעות מיעוט, "כי כלי שלטון הכרחי... בידו של בית המשפט העליון הוא לכידותו... לשון אחרת, בית המשפט העליון נשען על מחויבותו לתקדימי". ראו: "שחר" לכידות ובין-דוריות בבית-המשפט העליון – הפוליטיקה של התקדים "מחקרי משפט טו (תשס"א) 161, 161.

40 בפסק הדין בבג"ץ 953/01 סולודקין נ' עיריית בית-שמש, תק-על 2004(2) 2247, 2256, שניתן לאחרונה (לא פורסם), ציין הנשיא ברק כי "המתוריקה של ההשתלבות בין מבחני המידתיות במובנם הרחב (תכלית ראויה, ערכיה של ישראל ופגיעה שלא מעבר לנדרש) לבין נוסחאות האיזון ההיסטוריות שפותחו מאז קום המדינה, טרם הוכרעה סופית". שם, פסקה 24 לפסק דינו. לדעתנו, שפורטה בגוף המאמר, לא זו בלבד שהשאלה "טרם הוכרעה סופית" אלא למעשה היא טרם נידונה ברצינות על ידי שופטי בית המשפט העליון.

