

מידתיות ופשרה

מאת

גדעון ספיר*

א. מבוא

הדוקטרינה החוקתית, אשר שלטה במשך שנים רבות בתחום האיזונים, הבחינה בין שתי מתכונות איזון שונות במהותן: איזון אנכי, המחייב הכרעה בין הערכים המתנגשים, ואיזון אופקי, המחייב פשרה ביניהם. הדוקטרינה גם קבעה באופן נחרץ למדי באילו מקרים יופעל כל אחד מן המבחנים. כך נקבע כי האיזון האנכי, המחייב הכרעה, יופעל במקרה של התנגשות בין ערכים ממעמד שונה ואילו האיזון האופקי, המחייב פשרה, יופעל במקרה של התנגשות בין ערכים שווי מעמד¹. בדרך כלל, הדבר הוביל ליישום מתכונת האיזון האנכי במקרים של התנגשות בין זכויות לבין אינטרסים שאינם מגלמים זכויות וליישום מתכונת האיזון האופקי במקרים של התנגשות בין זכויות. כך למשל בפרשת גור־אריה², משקבעו שופטי הרוב כי במקרה שנדון שם ההתנגשות היא בין חופש הביטוי של המשיבה (שהוא זכות חוקתית) לבין רגשות הדת של העותרים (שהם אינטרס ולא זכות שלהם), האיזון שנערך התבסס על המבחן האנכי של ודאות קרובה לפגיעה ממשית וקשה, ועל פיו גבר חופש הביטוי והעתירה נדחתה. לעומת זאת שופטת המיעוט קבעה כי באותו מקרה נפגע חופש הדת של העותרים – שהוא זכות חוקתית – ולכן, מבחן האיזון שעליו התבססה היה

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. תודתי לחבריי ברק מדינה, דפנה ברק-ארוז, גיא דוידוב ומשה כהן-אליה על הערותיהם המועילות.

1 ביטוי בהיר להבחנה הנ"ל נמצא בדברי השופט ברק בבג"ץ 2481/93 דיינ נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 476-475, 456 ("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 שווי מעמד. נוסחת האיזון בוחנת את מידת הוויתור ההדדי של כל אחת מהזכויות").

2 בג"ץ 1514/01 גור־אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, פ"ד נה(4) 267.

אופקי. משהוחל מבחן זה צידדה השופטת בפשרה, שבמסגרתה חופש הביטוי ייפגע קלות לשם הגנה על חופש הדת, כך שמן הדין היה לקבל את העתירה. במאמר קודם טענתי כי דוקטרינה מסורתית זו היא בעייתית³. אחת הבעיות נוגעת למתכונת האיזון האנכי. טענתי כי גם אם המתמודדים אינם שווי מעמד, עדיין הם מייצגים שני ערכים מוכרים וראויים. לכן, אין כל היגיון בהכתבת הכרעה באופן אפריורי, ואם אפשר להגן על שניהם במידה מסוימת תוך ויתור סביר מצד כל אחד מהם, יש לפחות לשקול אפשרות זאת ולא לדחותה על הסף. סיוע לעמדתי מצאתי בדבריו של פרופ' יצחק זמיר:

שאלה היא אם אפשר וראוי למתוח קו בין סוגי ערכים הגוברים זה על זה, ובין סוגי ערכים הנדרשים לוותר זה לזה. לכאורה בכל התמודדות בין שני ערכים מוכרים על-ידי המשפט, אפילו הם שונים במשקל, יש לעשות קודם-כל לדו-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 יפה⁴.

עוד הצבעתי על כך שאפילו הנשיא (בדימוס) אהרן ברק, האחראי במידה רבה ליצירת הדיכטומיה האמורה, הביע לפחות בפסק דין אחד תמיכה בעמדתי באומרו:

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 האחר⁵.

לאחר שעמדתי על הליקויים במבחני האיזון הישנים, הצבעתי על כך שהבעיה יכולה לבוא על פתרונה באמצעות פירוש נכון של שלושת מבחני המידתיות הכלולים, לפי הפסיקה, בדרישת המידתיות הקבועה בפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק⁶. מבחנים אלה הם: מבחן ההתאמה (הקשר הרציונלי), שלפיו

3 ראו ג' ספיר "ישן מול חדש – על איזון אנכי ומידתיות" מחקרי משפט כב (תשס"ו) 471.

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

5 ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' ראש עיריית נצרת-עילית, פ"ד מז(5) 189, 204 (ההדגשה שלי – ג' ס').

6 מבחנים אלו חלים לכאורה רק על הזכויות הכלולות במסגרת חוקי היסוד ובכפוף לעקרונות מגבילים הכלולים בהם, כדוגמת סעיף שמירת הדינים, אך כידוע תחולתם הורחבה על ידי בית המשפט גם מעבר למסגרתם של חוקי יסוד אלה. ההרחבה בוצעה במספר מישורים: א. בהחלת

נדרש כי האמצעי הפוגע בזכות יתאים לקידומה של תכלית הנורמה הפוגעת; מבחן הפגיעה הפחותה, שלפיו נבחן אם האמצעי הפוגע בזכות הכרחי לקידום התכלית ואם אין בנמצא אמצעי אחר לקידום התכלית, שאינו פוגע בזכות כלל או שפוגע בזכות במידה פחותה; מבחן היחסיות (מידתיות במונח הצר), שלפיו נדרש יחס סביר בין הנזק שבפגיעה בזכות לבין התועלת שבקידום התכלית⁷.

טענתי שניתן לקרוא את מבחני המידתיות כמעודדים פשרה, וזאת במסגרת הדרישה, הכלולה במסגרת מבחן המידתיות השני – מבחן הפגיעה הפחותה – לבחינת חלופות שונות להגשמת התכלית הראויה. עוד טענתי שברובם המכריע של המקרים, החלופות ייבדלו זו מזו לא רק במידת הפגיעה שלהן בזכות המוגנת אלא גם במידת ההגשמה של התכלית שמאפשרת כל אחת מהן. אם נאפשר לבחון חלופות אלה במסגרת מבחן הפגיעה הפחותה, חרף השוני ביניהן במידת הגשמת התכלית, ייקרא מבחן זה כדרישה לאיזון בין מרכיבי התועלת למרכיבי הנזק הכרוכים בכל אחת מן החלופות, תוך בחירת החלופה שמאזנת בצורה הטובה ביותר בין השניים, לאחר שהובא בחשבון משקלו של כל אחד מן הערכים המתנגשים – ובמילים אחרות, מבחן הפגיעה הפחותה יהפוך לנוסחת פשרה.

עקרון המידתיות גם על זכויות בלתי מנויות ועל חקיקה קודמת לחוקי היסוד: ראו למשל בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, פסקה 10 לפסק דינה של השופטת דורנר: "אכן, פיסקת 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"; בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 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". ב. בהחלט 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 שביטה עוד לפני חקיקת חוק היסוד. במונח הזה אין לראות בהחלה של העיקרון על החלטות מנהליות, שאינן כרוכות בפגיעה בזכויות אדם, משום "הרחבה". ג. בהחלט פסקת ההגבלה (לרבות מבחני המידתיות) על הוראות בחוקי יסוד אשר אינם מפנים במפורש לפסקות הגבלה. ראו למשל דברי השופט מצא בע"ב 92/03 מופז נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד נז(3) 811, 793: "מבחנה המשולש של פסקת ההגבלה האמורה נתפס בהכרתנו השיפוטית ככלי ראוי לבחינת חוקתיותו של חוק. משהפך לאחד מעקרונות היסוד של שיטתנו החוקתית רשאי בית-המשפט להפעילו גם בהיעדרה של פסקת הגבלה בחוק היסוד שלאורו נבחן החוק העומד לביקורתו".

7 ראו למשל ד' דורנר "מידתיות" ספר ברנזון – בני סברה (א' ברק, ח' ברנזון עורכים, תש"ס) 281.

הסברתי כי בשונה מן האיזון האופקי שמחייב פשרה, מבחני המידתיות מציעים גרסה מתוחכמת וגמישה יותר, המאפשרת לשופט פשרה, אך משאירה לו גם פתח להכרעה לטובת הזכות. את אפשרות ההכרעה הצעתי למקם במסגרת מבחן המידתיות השלישי – מבחן היחסיות – המנוסח באופן שמאפשר לשקול לא רק את התועלת אל מול הנזק בהשוואה בין חלופות פשרה שונות, אלא גם את עצם הלגיטימיות שבפגיעה בזכות גם לפי נוסחת הפשרה האופטימלית. במילים אחרות, לבית המשפט שמורה הזכות לקבוע שגם לאחר שנבחרה הפשרה האופטימלית בנסיבות העניין, עדיין מידת ההגשמה של האינטרס, הלגיטימי כשלעצמו, איננה ניתנת להצדקה לנוכח המחיר שהיא גובה במונחי מידת הפגיעה בזכות ולכן יש להעניק לזכות עדיפות מלאה בנסיבות המקרה. הסברתי שמיקום אופציית ההכרעה בסיומו של תהליך הבירור ולא בתחילתו, והפיכתה לאפשרות בלבד ולא לחובה אפריורית (כפי שהיה מקובל במסגרת האיזון האנכי) מחזקים את הסיכוי שההכרעה השיפוטית במסגרת מבחני המידתיות תהיה מושכלת יותר מאשר לפי הנוסחאות הישנות.

כאמור, את מרכיב הפשרה ביקשתי למקם במסגרת מבחן הפגיעה הפחותה. את ההצעה נימקתי לא רק בהיגיון שבהכללת מרכיב של פשרה, אלא גם בהיגיון הפנימי של מבחני המידתיות. טענתי שמבחן הפגיעה הפחותה ביותר הוא חסר משמעות אלא אם נפרש אותו בהרחבה ונתייחס כמשתנה לא רק למרכיב הפגיעה בזכות אלא גם למרכיב הגשמת התכלית. זאת משום שקשה לדמיין מצב שבו יהיו חלופות שונות שיקדמו את התכלית באותה מידה בדיוק ויידללו ביניהן רק במידת הפגיעה בזכות, ואם בדרך כלל חלופות כאלה אינן אפשריות המבחן השני נותר חסר שיניים⁸. לטעם זה היה ניתן להוסיף טעם נוסף, שלפיו גם אם קיימות חלופות שונות להגשמת התכלית, קשה מאוד להוכיח שהן מקדמות את התכלית בדיוק כמו החלופה שבחרה המערכת הפוליטית⁹.

לאחרונה אימץ בית המשפט העליון בישראל את הצעתי לפרש את מבחני המידתיות ככוללים בחינת אפשרות לפשרה, אך הוא עשה זאת לא במסגרת מבחן המידתיות השני – מבחן הפגיעה הפחותה – כפי שהצעתי, אלא במסגרת מבחן המידתיות השלישי – מבחן היחסיות¹⁰. מנגד, בית המשפט העליון הקנדי, שפסקותיו שימשו בעשורים האחרונים מקור השראה לא אכזב לפיתוחה של החוקה הישראלית, בכלל, ומבחני המידתיות, בפרט¹¹,

8 ספיר, לעיל הערה 3, עמ' 477.

9 D. Grimm "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence" 57 *U. Toronto L.J.* (2007) 383 ("Usually, it is not too difficult to ascertain whether there are less intrusive means. It is much more difficult, however, to find out whether they would have the same or an equivalent effect")

10 ראו להלן, פרק ג.

11 A. Barak "Proportional Effect – The Israeli Experience" 57 *U. Toronto L.J.* (2007) 369 ("Both provisions – the Canadian one and the Israeli one – have been interpreted by

בוחר, לפחות לפי קריאה אפשרית אחת, דווקא במבחן הפגיעה הפחותה כזירה לבחינת אפשרות הפשרה. במאמר זה ברצוני להבהיר את שתי האפשרויות למיקום בחינת אפשרות הפשרה ולהציג את הטיעונים בעד ונגד כל אחת מהן.

ב. קנדה – פשרה במסגרת מבחן הפגיעה הפחותה

נתון עובדתי מעניין הוא שבקנדה רוב מכריע של הפסילות, של חקיקה ראשית או של החלטות הרשות המבצעת, מתבצע במסגרת המבחן השני¹² ואילו בגרמניה – במסגרת המבחן השלישי¹³. המציאות הקנדית הובילה את פיטר הוג (Peter Hogg), מלומד קנדי מוביל, לטעון בשלב מסוים שהמבחן השלישי הוא למעשה מיותר. הוג טען שמיעוט השימוש במבחן השלישי כטעם לפסילה נובע מן העובדה שמבחן זה חוזר למעשה על המבחן המקדים של "תכלית ראויה". אם התכלית ראויה, שואל הוג, הכיצד זה ניתן בסופו של יום לשלול את הפעולה שנועדה להגשימה¹⁴. כיוון חשיבה זה, התולה בשלב בחינת התכלית חלק נכבד מן המלאכה, אומץ לדעתי באופן עמום משהו על ידי השופטת דורנר. כפי שהסברתי במאמרי הקודם, מכמה התבטאויות בפסקי דינה של דורנר¹⁵ עולה המסקנה כי לדעתה יש לשלב את מבחני המידתיות עם מבחני האיזון הישנים באופן הבא:

- the courts as including the principle of proportionality. The content which has been derived from this principle is similar in both legal systems. The supreme Court of Israel .has been influenced on this matter by the Supreme Court of Canada")
- 12 ראו P. Hogg *Constitutional Law of Canada* (2007), sec. 35-39 ("So far as I can tell... this step has never had any influence on the outcome of any case"). במאמר משנת 1998 נמסרו הנתונים הבאים: מתוך כלל התיקים שנבחנו בין השנים 1986-1997 נפסלו 3% בטעם של היעדר תכלית ראויה, 6% בטעם של היעדר קשר אמצעי-מטרה, 49% בשל אי-עמידה בדרישת האמצעי שפגיעתו פחותה וכמעט ולא נפסל מעולם במסגרת מבחן המידתיות כמובן הצר. ראו L.E. Trakman, W. Cole-Hamilton, S. Gatién "R. v. Oaks 1986-1997: Back to the Drawing Board" 36 *Osgoode Hall L.J.* (1998) 83
- 13 ראו Grimm, לעיל הערה 9, עמ' 393 ("The most striking difference between the two jurisdictions [Canada and Germany – G.S.] is the high relevance of step 3 of the (proportionality test in Germany and its more residual function in Canada")
- 14 Hogg, לעיל הערה 12, עמ' 35-40 ("an affirmative answer to the first step – sufficiently important objective – will always yield an affirmative answer to the fourth step – (proportionate effect")
- 15 כוונתנו בעיקר לדבריה בבג"ץ 5432/03 ש.י.ן – לשוויון ייצוג נשי נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65; בבג"ץ גור-אריה, לעיל הערה 2.

“כאשר האיזון 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... גם במחיר של הגנה מושלמת פחות על האינטרס”¹⁶.

כלפי קריאה זו של פסקת ההגבלה טענתי, בין היתר, כי היא חסרת “סבירות מבנית – משום שעל פי מבחני המידתיות, ההכרעה הבינארית נדחית למבחן המידתיות השלישי – היחסיות – כלומר לשלב שלאחר בדיקת החלופות השונות ומחירן. ניסיון להוסיף שלב מוקדם של העדפה חותכת של הזכות... מייתר את מבחן המידתיות במובנה הצר”¹⁷. אולם מעבר לבעיה המבנית שקריאה זו של מבחני פסקת ההגבלה יוצרת, הטענה העקרונית העומדת מאחוריה איננה נראית נכונה גם מבחינה תוכנית. אין כל הכרח לוגי או מעשי שקביעה ראשונית, שלפיה התכלית שהמדינה מבקשת לקדם היא ראויה, תחייב בסוף היום גם הצדקת הפעולה שנועדה להגשמת התכלית. התכלית יכולה להיות ראויה ובכל זאת הפעולה שנועדה להגשימה עשויה להיפסל בסוף תהליך הבירור, לאחר שהתבררו ממדי הפגיעה בזכות הכרוכים באותה פעולה¹⁸. יש גם היגיון רב בדחיית ההכרעה בעניין לסוף תהליך הבירור ולא להקדימה לתחילתו, שכן הכרעה מוקדמת עלולה להוביל לתוצאה קלישאית¹⁹, אולם גם אם טענתו של הוג בדבר הכפילות בין מבחן היחסיות לבין דרישת

- 16 ספיר, לעיל הערה 3, עמ' 482.
- 17 שם, עמ' 483. נראה שאפילו הוג מודה כיום בהיגיון שבטענה לעיל, וזאת (לדבריו) לאחר שנחשף לה על ידי אחד מתלמידיו. ראו Hogg, לעיל הערה 12, הערה 190.
- 18 ראו Barak, לעיל הערה 11. (the objective chosen by the legislature might be proper.) However, it might not suffice to ensure the constitutionality of the statute; not due to D. Newman “The ;(flaws in it, rather due to its severe effect upon human rights” Limitation of Rights: A Comparative Evolution and Ideology of the Oaks and Sparrow Tests” 62 Saskatchewan L. Rev. (1999) 543, 554-555.
- 19 ראו ספיר, לעיל הערה 3 (“ניתן להעלות על הדעת אפשרות שהשופט היושב בדין 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 מדחיית הקביעה הנחרצת לסופו של תהליך הבירור. במקרה כזה יוכל השופט לומר בפה מלא שהכריע לאחר ששקל את כל החלופות והתייחס בכובד ראש לנסיבות הקונקריות 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” ; שם, עמ' 480).

התכלית הראויה איננה משכנעת, עדיין מעניין לברר מהו הטעם להבדל בין הפרקטיקות בגרמניה ובקנדה.

במאמר שפורסם לפני שנים אחדות, הציע גיא דוידוב הסבר למיעוט השימוש במבחן היחסיות בפסיקה הקנדית²⁰. לטענתו, הסיבה נעוצה בכך שבית המשפט העליון הקנדי אימץ פירוש מרחיב של המבחן השני, המייתר את המבחן השלישי. לפי פירוש זה, בית המשפט אינו מקפיד שהחלופות הנשקלות ישיגו את אותה התוצאה בדיוק כמו החלופה שנבחרה מבחינת מידת ההגשמה של התכלית, אלא מגמיש ומרחיב את בנק החלופות כך שכלול גם חלופות שמגשימות את התכלית במידה פחותה מהחלופה שנבחרה. במילים אחרות, בית המשפט הקנדי משתמש במבחן הפגיעה הפחותה כמנגנון פשרה, שבמסגרתו הוא מפעיל שיקול דעת חזק המאזן בין התועלת לבין הנזק ובוחר אם המדינה בחרה בנקודת האזון האופטימלית. דוידוב מסביר כי בדרך זו בית המשפט מצליח "להיפטר" ממדיניות שנראית בעיניו בעייתית כבר במסגרת מבחן הפגיעה הפחותה ובכך מתייתר מבחן היחסיות²¹. הפירוש שמעניק בית המשפט העליון הקנדי למבחן הפגיעה הפחותה, לפי הבנתו של דוידוב, זהה לפירוש שהצענו אנו לאמץ עבור מבחן זה בישראל.

חיזוק לראיות שדוידוב מביא לקריאה זו של מדיניות בית המשפט²² עולה מבחינת הדרך שבה מתמודדת הדוקטרינה הקנדית עם סיטואציה מורכבת, שבה מתחבט גם בית המשפט העליון הישראלי – מקרים שבהם עומדים על הפרק לא אינטרס מול זכות אלא שתי זכויות מתנגשות. כזו היא לדוגמה ההתנגשות השכיחה בין חופש הביטוי והעיתונות לבין הזכות לפרטיות ולכבוד האדם (כגון בהקשר של פרסום שמות של חשודים). העמדה שהציגו בעניין חלק משופטי בית המשפט העליון בישראל היא שפסקת ההגבלה, על מבחני המידתיות שבה, אינה חלה כלל במקרה של התנגשות בין זכויות אלא רק בהתנגשות בין זכויות לאינטרסים²³. השופטים ברק ודורנר, שביטאו עמדה זו בצורה ברורה, לא הסבירו

20 ראו G. Davidov "Separating Minimal Impairment from Balancing: A Comment on R. v. Sharpe (B.C.C.A.)" 5 *Rev. Const. Stud.* (2000) 195.

21 הסבר זה איננו מספק תשובה מלאה לתופעת היעדר השימוש במידתיות במובן הצר, שכן עדיין ייתכנו מקרים בהם שקילת כל האלטרנטיבות תוביל למסקנה שזו שנבחרה מאזנת בצורה המיטבית בין הערכים המתנגשים ובכל זאת יש לפסלה במסגרת מבחן המידתיות במובן הצר. על כך משיב דוידוב כי במקרה בו בית המשפט הקנדי מעוניין לפסול מדיניות הוא מקפיד לעשות זאת כבר בשלב בחינת אפשרויות הפשרה.

22 ראו Davidov, לעיל הערה 20.

23 ראו למשל א' ברק "זכויות-אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" משפט וממשל א (תשנ"ב-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 נד(3) 850, 861; בג"ץ גור-אריה, לעיל הערה 2, פסקה 6 לפסק דינה של השופטת דורנר ("אמות-המידה שבפסקת ההגבלה, ובמיוחד עקרון המידתיות, אינן הולמות איזון בין שתי זכויות-אדם").

בפירוט את הטעם לקביעתם, אולם נדמה שיש לפחות טעם טקסטואלי אחד לפרשנות המצמצמת, הנעוץ בדרישה שהפגיעה בזכות תהיה במידה שאינה עולה על הנדרש להגשמת היעד. דרישה זו מובנת כשזה מול זה ניצבים זכות ואינטרס, שאז הרצון למנוע פגיעה מופרזת בזכות מתבקש מאליו, אולם כשעל הפרק עומדות שתי זכויות לא ברור מיהו הרודף ומיהו הנרדף ויש בכך כדי להפוך את הדרישה לפגיעה פחותה לשרירותית. הלא פגיעה פחותה בזכות האחת משמעותה היא פגיעה מרובה בזכות האחרת וההיפך. לאחר פריטת דרישת המידתיות לשלושה מבחני משנה, מתח ניסוחי ולוגי זה מתגלגל בעיקר אל מבחן המשנה השני, שחוזר על הדרישה הכללית לפגיעה שאינה עולה על הנדרש. חוסר ההתאמה בין נוסח המבחן, המצביע על הבדל בין הערכים המתנגשים, לבין המציאות של שני ערכים שווי מעמד שלא ברור מי מהם הוא הטעון הגנה ומי מהם הוא זה שמבקשים למקסם, הוא זה שמוביל כנראה את השופטים ברק ודורנר לדחות לחלוטין את מבחני המידתיות כנוסחת איזון מתאימה להתנגשות בין שתי זכויות.

ניסוח דומה של הדילמה ניתן למצוא בדבריו של פרופ' דיטר גרים, שופט בדימוס של בית המשפט החוקתי הפדרלי בגרמניה:

Private law relationships... are symmetrical: both individuals have fundamental rights. Private law legislation therefore will often require a reconciliation of two competing private interests, both of which are protected by fundamental rights. This means that the protection of the endangered right can be ensured only by a limitation of other constitutionally protected rights. In such a situation, the question posed in step 2, whether a limitation of a fundamental right went too far, cannot be answered without asking whether the protection given to the endangered right was sufficient²⁴.

לדעה שונה, המבקשת להחיל את פסקת ההגבלה גם באיזונים אופקיים, ראו דברי השופט אלון בע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(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 המחוקק 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").

24 ראו Grimm, לעיל הערה 9, עמ' 392.

לדבריו של גרים, בגרמניה פתרו את הבעיה בדרך של דילוג על מבחן המשנה השני ומעבר ישיר אל המבחן השלישי²⁵. לעומת זאת בקנדה בחרו כפתרון בריכוך מבחן המשנה השני, במובן זה שבמקרה שבו התכלית שאותה מבקשת המדינה לקדם היא זכות אחרת, לא מתעקשים על הוכחה שהדרך שנבחרה כרוכה בפגיעה הפחותה ביותר בזכות הנפגעת²⁶, אולם נראה שדרישה זו הגיונית רק אם הנתון הבסיסי הוא שלא מקפידים גם על מיצוי ההגנה על הזכות שקידומה הוא התכלית. במקרה כזה שוקלים זו לעומת זו את שתי הזכויות, מעניקים להן משקל שווה ומנסים למקסם את ההגנה על שתיהן במחיר הנמוך ביותר מצד כל אחת מהן. אם לא כך – כלומר, אם עומדים על כך שסל החלופות יכול לקבל כאלו ששוות ברמת המימוש של הזכות המוגדרת כ"תכלית" – לא ברור מה ההיגיון בריכוך הדרישה לפגיעה הפחותה ביותר בזכות המוגדרת כ"קרבן", שכן ריכוך כזה רק יחמיר את הבעיה של העדפת זכות אחת על פני זכות אחרת. יוצא שהפתרון הקנדי של ריכוך התביעה לפגיעה הפחותה ביותר במקרה של התנגשות בין זכויות, ניתן להבנה רק אם נניח את נכונות הפרשנות של מבחן האיזון השני שייחס דוידוב לבית המשפט העליון הקנדי, שלפיה במסגרת מבחן זה לא דורשים שהחלופות השונות ישתוו במידת ההגשמה של התכלית שמציעה כל אחת מהן – ובמילים אחרות, בוחנים את מגוון האפשרויות לפשרה.

בעוד שבקנדה מתבצעת בחינת אפשרויות הפשרה במסגרת מבחן הפגיעה הפחותה, בגרמניה מבחן זה מוחל תוך התייחסות למרכיב התכליתי כקבוע²⁷. עם זאת נדמה שבחינת אפשרות הפשרה איננה נעדרת גם ממבחני המידתיות בגרמניה אלא שהיא מתבצעת במסגרת מבחן היחסיות. למסקנה זו ניתן להגיע מהיסק הגיוני המתבקש מן הדילוג הגרמני על מבחן הפגיעה הפחותה שעליו מדווח גרים במקרה של התנגשות בין שתי זכויות. אם לפחות במקרה זה לא מתאפשרת בחינה של מגוון אפשרויות הפשרה בין הזכויות, יוצא שלרשות בית המשפט הגרמני עומדת רק האפשרות לאשר או לדחות את ההסדר הקיים, בלי שיוכל לבחון כלל אפשרויות אחרות לאיזון בין הזכויות המתנגשות. כלומר, עליו לקבל את הפשרה או ההכרעה שבה בחר המחוקק או לדחותה לחלוטין, דחייה שפירושה הכרעה לטובת הזכות הממוקמת בצד הנפגע, וכל זאת בתסריט שדווקא אמור לעודד פשרה לנוכח שוויון הכוחות בין הערכים המתנגשים. דבר זה איננו מתקבל על הדעת.

שם 25

S. Choudhry "So What is the Real Legacy of Oaks? Two Decades of ; שם 26
Proportionality Analysis under the Canadian Charter's Section 1" 34 S.C.L.R. (2006)
.501, 514

.N. Emiliou *The Principle of Proportionality in European Law* (1996), 30 (cite) ראו 27

ג. ישראל – פשרה במסגרת מבחן היחסיות

הנשיא ברק כלל מרכיב פשרה במסגרת מבחני המידתיות בשתי פרשות שנפסקו לאחרונה. כוונתי לפרשת בית סוריק, שבה בית המשפט העליון פסל את מרבית תוואי גדר הביטחון מצפון לירושלים, לאחר שקבע כי בקביעת תוואי הגדר המפקד הצבאי לא איזן כהלכה בין התרומה של תוואי זה לביטחון המדינה לבין עוצמת הפגיעה בזכויות של התושבים הפלשתינאים באזור²⁸, ופרשת עדאלה, שבה פסל הנשיא ברק (בדעת מיעוט מבחינת התוצאה, אך בדעת רוב מבחינה מהותית) את התיקון לחוק האזרחות והכניסה לישראל המונע אפשרות התאזרחותם של תושבי השטחים הנישאים לערבים אזרחי מדינת ישראל, בשל כך שהוא פוגע באופן בלתי מידתי בזכות לחיי משפחה ובעקרון השוויון בין יהודים לערבים²⁹. בשני המקרים הועמדו זה מול זה צורכי הביטחון, מן העבר האחד, וזכויות אדם, מן העבר האחר. בשני המקרים הנשיא ברק בחר לפסול את ההסדר עקב כך שנקודת האיזון שנבחרה בין התכלית לבין הזכויות הנפגעות איננה ראויה. היה ניתן לבחור אמצעי שיפחית במידה ניכרת את הפגיעה בזכויות, במחיר של הפחתה מינימלית במידת המימוש של התכלית³⁰. אם נשתמש בהבחנה בין פשרה להכרעה, נוכל לומר שבשני המקרים הנשיא ברק הכריע לטובת פשרה ופסל את ההסדר שבו בחרו המפקד הצבאי (במקרה הראשון) והכנסת (במקרה השני), מן הטעם שלא בחרו בפשרה ראויה. עם זאת בשני המקרים הנשיא ברק מיקם את הכרעתו לטובת פשרה במסגרת מבחן היחסיות ולא במסגרת מבחן הפגיעה הפחותה.

בחירתו של הנשיא ברק במבחן היחסיות כזירת הבדיקה של אפשרות הפשרה, מטעינה את המבחן הזה בשתי פונקציות נבדלות: הפונקציה האחת, שהקשר שלה למבחן זה אינו שנוי במחלוקת, היא הכרעה במסגרתה מבצעים "השוואה ישירה של יתרון הפעולה השלטונית לעומת הנזק הנובע ממנה"³¹. זוהי בדיקה שמקבלת אלטרנטיבה מסוימת כנתונה ומכריעה אם לקבלה או לדחותה על בסיס דירוג בין הערכים המתנגשים (להלן: בחינה מוחלטת-מכריעה). למשל בפרשת עדאלה נ' שר הביטחון³² קיבל בית המשפט העליון,

28 בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (להלן: עניין בית סוריק).

29 בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פורסם בנבו (14.5.06) (להלן: עניין עדאלה).

30 עניין בית סוריק, לעיל הערה 28, סעיף 71 לפסק הדין ("היתרון הביטחוני המושג בתוואי שקבע המפקד הצבאי בהשוואה לתוואי החלופי אינו שקול כלל ועיקר לתוספת הפגיעה בחיי התושבים המקומיים").

31 שם, סעיף 41 לפסק הדין.

32 בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון, פורסם בנבו (12.12.06)

בפסק דין שכתב הנשיא ברק, עתירה נגד החוקתיות של סעיף חוק, שבו נקבע כי המדינה אינה אחראית בנוזיקין לנזק שנגרם באזור עימות בשל מעשה כלשהו שביצעו כוחות הביטחון, לרבות מעשה שאינו פעולת לחימה, בקובעו – לעניין מבחן המידתיות השלישי – כי התועלת לאינטרס הציבורי הנגרמת בשל שלילת אחריות המדינה בגין עוולה שבוצעה שלא על ידי "פעולה מלחמתית", איננה שקולה כנגד הנזק הנגרם למי שניזוק בשל עוולה זו. הפונקציה השנייה שהנשיא ברק הוסיף בשני פסקי הדין היא של "בחינה יחסית". לפי גישה זו, הפעולה השלטונית נבחנת לעומת חלופה אפשרית, שהאפקטיביות שלה לקידום התכלית תהיה פחותה במידת מה. הפעולה השלטונית תהיה בלתי מידתית על פי מבחן זה אם הפחתה מסוימת ביתרון המושג מן הפעולה, למשל באמצעות נקיטת החלופה האפשרית, תבטיח הפחתה משמעותית בנוזק שנגרם מן הפעולה השלטונית³³. למשל בפסק דין האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז³⁴, קבע בית המשפט העליון כי הצבא אינו רשאי להרוס למטרת הרתעה בית של מחבל בלא לתת לפניו כן למתגוררים בבית את זכות הטיעון (לרבות אפשרות לעתור לבג"ץ כנגד ההריסה), אלא לאטום את הבית בלבד, אף שחלופה זאת פוגעת במידת מה בהגשמתה של מטרת ההרתעה לעומת הריסה מידית של הבית. זוהי בדיקה שאינה מניחה קיומה של אפשרות אחת לאיזון בין הערכים המתנגשים, אלא בוחנת אלטרנטיבות רבות ומבקשת לברר אם זו שנבחרה מפשרת בצורה המיטבית בין הערכים המתנגשים (להלן: בחינה יחסית-מפשרת).

מהו היחס בין שני סוגי הבדיקה מנקודת המבט של היקף שיקול הדעת השיפוטי המופעל בכל אחד מהם? מצד אחד, בחינה יחסית-מפשרת, הבוחנת את מגוון האפשרויות לפשרה, היא מרחיקת לכת יותר מבחינה מוחלטת-מכריעה, המסתפקת בבחינת ההסדר שקבעו הרשויות הפוליטיות. בבחינה יחסית-מפשרת בית המשפט מפעיל "דמיון" ומבצע, במובן מסוים, פעולה של חקיקה שיפוטית חיובית. הוא קובע לא רק מה איננו מידתי אלא גם מה עשוי להיות מידתי. בבחינה מוחלטת-מכריעה בית המשפט מקבל את ההסדר המוצג בפניו כנתון ובמקרה של פסילתו הוא מבצע אקט של חקיקה שיפוטית שלילית בלבד, תוך החזרת הכדור לידי הזרועות הפוליטיות. מצד אחר, דווקא בחינה מוחלטת-מכריעה מרחיקת לכת יותר מאשר בחינה יחסית-מפשרת. האחרונה עשויה לפסול אולי את האמצעי שנבחר, אך מצביעה בפני המערכת הפוליטית על חלופה שתאפשר לו לקדם את המטרה המבוקשת, הגם שאולי באופן פחות מלא. לעומת זאת הראשונה דוחה על הסף את התכלית מפני הערך המתנגש אתה ושמה לאל את רצון המערכת הפוליטית.

האם עמדתו של הנשיא ברק בפרשת בית סוריק ובפרשת עדאלה – הכוללת במבחן המידתיות השלישי לא רק בחינה מוחלטת-מכריעה אלא גם בחינה יחסית-מפשרת – עולה

33 ש.ם.

34 בג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג(2) 529.

בקנה אחד עם הפרשנות שהשופט ברק נתן למבחן זה בעבר? משה כהן-אליה טוען שהכללת בחינה יחסית-מפשרת במסגרת מבחן היחסיות מהווה סטייה ברורה מגישתו העקרונית של בית המשפט הישראלי או של כל בית משפט אחר³⁵. טענה זו, בהקשר הישראלי, נכונה רק בחלקה. אכן, בכתיבתו השיפוטית, עובר לפרשות בית סוריק ועדאלה, הנשיא ברק מתאר את מבחן המשנה השלישי בצורה מצמצמת ככולל רק בחינה מוחלטת-מכריעה בין הערכים המתנגשים³⁶. לעומת זאת בספרו פרשנות במשפט הוא כולל במבחן זה גם בחינה יחסית-מפשרת בין תוספת התועלת לקידום התכלית הצומחת מן החלופה שבה בחרה המדינה, בהשוואה לחלופות אפשריות המקדמות את התכלית במידה פחותה יותר, לבין הנזק הנוסף הנגרם לזכות כתוצאה מבחירה בחלופה זו, בהשוואה לנזק שייגרם אם ייבחרו אותן חלופות אפשריות:

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 משמעותי 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)³⁷.

כאן, כמו במקרים רבים אחרים, הכתובת הייתה כבר על הקיר. צריך היה רק להסתכל על הקיר הנכון.

35 מ' כהן-אליה "המובן הפורמלי והמובן המהותי של מבחני המידתיות בפסיקת בג"ץ בעניין גדר הביטחון" המשפט 20 (2005) 54, עמ' 65, הערה 85 ("למיטב ידיעתי, זו הפעם הראשונה שבתי המשפט בישראל או בעולם מפנים למובן כזה של המידתיות במובן הצר"). כהן-אליה מציין שם גם כי כאשר בית המשפט העליון בפסיקה מאוחרת לפסק הדין בעניין הגדר החיל את מבחן המידתיות במובן הצר, הוא כלל איננו מזכיר את מה שברק מכנה "הבחינה היחסית של המידתיות במובן הצר". הוא מפנה כראיה לדבריו של ברק בסעיף 16 לבג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729, ביחס למבחן המידתיות השלישי שלפיהם במסגרת המבחן יש לבדוק "האם נבחר אמצעי שפגיעתו בפרט אינה עומדת ביחס סביר לתועלת הצומחת ממנו?".

36 ראו למשל ע"א 6821/93 בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, פסקה 95 לפסק דינו של ברק; בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, פסקה 18 לפסק דינו של ברק.

37 א' ברק פרשנות במשפט, כרך ג, פרשנות חוקתית (תשנ"ד), 536. אך השוו לדרך שבה ברק מתאר את המבחן בספר, בשמו של פרופ' זמיר (שם, בעמ' 540).

ד. פשרה – היכן עדיף?

מן הדברים שאמרתי עד כה עולה שהצעתי לקרוא את מבחני המידתיות ככוללים לא רק מרכיב של הכרעה אלא גם בחינה של אפשרות לפשרה, הפכה בפרשיות בית סוריק ועדאלה לחלק מההלכה המחייבת. לנוכח נתון זה, יש לצפות משופטי בית המשפט העליון שמכאן ואילך, במקרי התנגשות בין זכויות לאינטרסים יימנעו מהפעלה של נוסחת האיזון האנכית הישנה, נוסחה שנתנה להם רק אפשרות אחת – להכריע בין הערכים המתנגשים – אלא יפעילו את מבחני המידתיות שמחייבים אותם לבחון את האפשרויות הקיימות לפשר בין הערכים, גם אם לבסוף יסיקו שאין מנוס מהכרעה. אולם כפי שראינו, קיימות שתי אפשרויות למיקומה של בחינת האפשרות לפשרה: ניתן למקמה במסגרת מבחן הפגיעה הפחותה, דבר הכרוך בגישה פרשנית המתייחסת למידת הגשמת התכלית כמשתנה (בצד המשתנה של מידת הפגיעה בזכות המאוימת), אך ניתן למקמה גם במסגרת מבחן היחסיות, כחלק ממה שכינינו "בחינה יחסית-מפשרת" והנשיא ברק כינה "מבחן האמצעי היחסי". השאלה שברצוני לברר כעת היא אם יש חשיבות לשאלה היכן למקם את בחינת האפשרויות לפשרה. האם מיקומה צריך להיות במסגרת מבחן המידתיות השני – מבחן הפגיעה הפחותה; במסגרת מבחן המידתיות השלישי – מבחן היחסיות; או שאין לכך כל חשיבות, כל עוד אפשרויות הפשרה נבחנות.

גיא דוידוב סבור שהבדיקה צריכה להתבצע במסגרת המבחן השלישי³⁸. לדבריו, כך אנו שומרים על הבחנה בין שני המבחנים הראשונים, שהם פורמליים במהותם³⁹, לבין המבחן השלישי, במסגרתו בית המשפט מפעיל שיקול דעת ערכי. העברת מרכיב הפשרה למבחן השני מטשטשת את הממד הערכי, בכך שהיא יוצרת מראית עין כאילו המדיניות נפסלה בשל פגיעה בזכות מעבר לנדרש להשגת התכלית, בעוד שהטעם האמיתי לכך הוא שלדעת בית המשפט האיזון בין שני הערכים צריך להיות שונה, כך שהתכלית תקודם במידה פחותה, אך גם הזכות תיפגע פחות. במילים אחרות, העברת הדיון בפשרה למבחן המשנה השני תגרום לסברה מוטעית שבית המשפט לא התערב כלל בצד התכליתי שבמשוואה והפסילה נובעת מקיומה של חלופה שתקדם את התכלית בדיוק באותה מידה שביקשה המערכת הפוליטית להשיג – הכרעה טכנית באופייה; בעוד שבפועל בית המשפט התערב גם במידת הקידום של התכלית – הכרעה ערכית לכל דבר. לדעת דוידוב, הטשטוש הנגרם

38 ראו Davidov, לעיל הערה 20. ראו גם ג' דוידוב "עיקרון המידתיות בדיני העבודה" (עתיד להתפרסם בעיוני משפט לא).

39 אך ראו לאחרונה בג"ץ 9593/04 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פורסם בנבו (26.6.06), שם השתמשה השופטת ביניש במבחן הראשון כמבחן נורמטיבי-מהותי. לדעתי, שאותה לא אוכל לפרט כאן, מדובר בשימוש שגוי, הן מבחינה אנליטית הן מטעמים של מדיניות רצויה.

כתוצאה מהעברת מרכיב הפשרה למבחן בפגיעה הפחותה אינו רק בעיני הקוראים, אלא גם בקרב השופטים המפעילים את מבחני המידתיות, דבר המעורר חשש שהן המבחן השני הן השלישי יופעלו בדרך לא נכונה. דוידוב סבור כי יש לשמור על ההבחנה הברורה בין המרכיבים הפורמליים של מבחני המידתיות, הממוקמים במבחני ההתאמה והפגיעה הפחותה, לבין המרכיבים הערכיים, הממוקמים במבחן היחסיות. בדרך זאת ברור למתבונן טעם הפסילה של המדיניות – אם מדובר בפסילה מטעם טכני של חוסר התאמה בין האמצעי למטרה (במסגרת מבחן המידתיות הראשון), מטעם טכני של בחירה באמצעי הפוגע בזכות מעבר לנדרש להגשמת התכלית בהיקף שבו מעוניינת המערכת הפוליטית (במסגרת מבחן המידתיות השני), או מטעם של שלילת ההכרעה הערכית שביצעה הרשות שקיבלה את ההחלטה המקורית (במסגרת מבחן היחסיות)⁴⁰.

הצעתו של דוידוב להבחין בין שני מבחני המידתיות הראשונים כמבחנים פורמליים לבין המבחן השלישי כמבחן מהותי, זוכה לחידוד ולהבהרה בכתיבתו של משה כהן-אליה. כהן-אליה מביע התנגדות בשורה של מאמרים⁴¹, לא רק לבחינת אופציות הפשרה השונות במסגרת מבחן הפגיעה הפחותה, אלא להכללתו של מרכיב שיקול דעתי כלשהו במסגרת מבחני המידתיות. לדעתו, לא רק שמבחן הפגיעה הפחותה צריך לשמור על אופיו הפורמלי, אלא יש לבטל לחלוטין את מבחן היחסיות – על שני המרכיבים שניתן לכלול בו: מרכיב בחינת אפשרויות הפשרה ומרכיב בחינת אפשרות ההכרעה לטובת הזכות הנפגעת. עמדה זו של כהן-אליה מבוססת על השקפתו העקרונית, התואמת את עמדתו המפורסמת של ג'ון אילי (John H. Ely)⁴², שלפיה הביקורת השיפוטית החוקתית צריכה להתמקד בהגנה על

40 הבחנה נכונה זו בין שני המרכיבים במבחני המידתיות, המרכיב הטכני והמרכיב המהותי-השיקול דעתי, היא הטעם לכך שאני מוצא את טענתו של דוידוב ביטי בספרו האחרון, שלפיה מבחני המידתיות מציעים מבחן פרשנות חוקתי ניטרלי, משונה בלשון המעטה. ראו ספרו של ביטי, ראו מ' כהן-אליה "הפרדת רשויות ומידתיות" משפט וממשל ט (תשס"ו) 297. ראו גם V.C. Jackson "The Ultimate Rule of Law (Book review)" 21 *Constitutional Commentary* (2004) 803 ("Taking up Beatty's implicit invitation to evaluate theories against criteria of existing practice, neutrality and determinacy, however, suggests that proportionality's... neutrality may be much more in the eyes of the beholder than Beatty allows"; שם, עמ' 813).

41 M. Cohen-Eliya "Formal and Substantive Meanings of לעיל הערה 40; Proportionality in the Supreme Court's Decision Regarding the Security Fence" 38 *Isr. L. Rev.* (2005) 262; כהן-אליה, לעיל הערה 35; מ' כהן-אליה "לקראת נוסח הליכי של פסקת ההגבלה" משפט וממשל י (תשס"ח) 521.

42 J.H. Ely *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (1980). לדיון ביקורתי בתזה של אילי ראו L. Tribe "The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional

הליך נאות ולא לגלוש לערכים⁴³. לדעתו של כהן-אליה, הדבר גם מתיישב היטב עם חלוקת תפקידים ראויה בין שופטים לבין מחוקקים: תפקיד הרשות המחוקקת הוא לקבוע את הערכים שאותם תקדם ואת נקודת האיזון בינם לבין ערכים המוגנים בחוקי-היסוד, ואילו תפקיד הרשות השופטת הוא להפעיל את מומחיותה – בירור עובדות ובחינת קשרים סיבתיים ולוגיים בין אמצעים לבין מטרות. נאמן לתפיסה זו, מציע כהן-אליה לראות במבחני המידתיות "מנגנון לאיתור ולסילוק מניעים נפסדים... היעדרה של התאמה בין האמצעי לבין המטרה, או בחירה באמצעי שפגיעתו בזכות מרובה (למרות שקיים אמצעי פוגעני-פחות שמאפשר למדינה להגשים את מטרותה), מעוררת את החשד לקיומו של מניע פסול. ההקפדה על מימוש מידתיות 1 ו-2 תורמת אפוא להגשמת המטרה הדמוקרטית החשובה של שקיפות שלטונית"⁴⁴.

אולם אפילו כהן-אליה סבור כי לעתים יש לאפשר לבית המשפט להפעיל ביקורת ערכית, במקרים שבהם מדובר בפגיעה אנושה בגרעין של זכויות אדם, גם כאלו שאינן קשורות בהגנה על ההליך הדמוקרטי. לדעת כהן-אליה, במקרים אלו לא ניתן להסתפק בפיקוח הפורמלי על הקשר בין האמצעי לתכלית (מבחן המידתיות הראשון) ועל הבחירה באמצעי ששיג את המטרה בדיוק באותה מידה תוך פגיעה פחותה בזכות (מבחן המידתיות השני במונחי המצומצם). במקרים אלו יש גם לבחון ערכית אם יש הצדקה להיקף כזה של פגיעה בזכות בשם התכלית שאותה מבקשים לקדם, אולם לדעת כהן-אליה, גם במקרים אלו יש לבצע את הבדיקה הערכית במסגרת מבחן המשנה השני ולא להחיות את מבחן המשנה השלישי⁴⁵. הנימוק שהוא נותן להעדפתו את מבחן המשנה השני, כזירה הראויה לבדיקה הערכית, הוא (בשינויי סגנון קלים שאני מרשה לעצמי להכניס בדבריו) שגם אם נדרשת הגנה נוספת על פגיעה בגרעין זכויות האדם, יש לצמצמה לבחינה של אפשרויות פשרה חליפיות בלבד ולא לאפשר לבית המשפט לשלול לחלוטין את רצונה של המערכת הפוליטית לקדם תכלית מסוימת – כלומר, להכריע באופן מוחלט לטובת הזכות וכנגד

1063 (1980) 89 *Yale L.J.* "Theories"; ג' ספיר "שלושה מודלים של חוקה" משפטים לו (תשס"ז) 349.

43 לאחרונה עלתה גישתו של אילי על שולחנו של בית המשפט העליון. השופט גרוניס הציעה לאמצה ואילו הנשיא ברק חלק עליו וטען כי הגישה "שגויה מתוכה והיא מבוססת על תפישה צרה ובלתי ראויה של הדמוקרטיה". ראו בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת פורסם בנבו (11.5.06). להתמודדות עם טיעוני הנשיא ברק ראו כהן-אליה, לעיל הערה 41.

44 כהן-אליה, שם, עמ' עמ' 563.

45 שם, עמ' 566 ("אינני סבור שיש לכלול בפסקת ההגבלה הפניה מפורשת למידתיות 3. מהתבוננות במשפט ההשוואתי עולה שכאשר שופטים בוחנים פגיעות בזכויות יסודיות הם מפרשים מידתיות 2 באופן מהותי יותר בהשוואה לנוסח הפורמאלי המקובל שלו. במקום לשאול האם יש אמצעים פוגעניים-פחות להשיג את מלוא התכלית הם שואלים האם יש אמצעים פוגעניים-פחות להשיג את הרוב הגדול של התכלית").

התכלית⁴⁶. הפקדת סמכות בידי בית המשפט לחסום לחלוטין את האפשרות להגשמת תכלית איננה מתיישבת עם תפיסתו העקרונית של כהן-אליה, שלפיה יש להותיר בידי הרשות המחוקקת את הסמכות העקרונית לקבוע את היעדים שברצונה לממש. ההבחנה בין שתי הרמות של שיקול דעת מסבירה את הבחירה במבחן השני. אם נמקם את בדיקת חלופות הפשרה במסגרת המבחן השלישי, לא יהיה ניתן להפריד בין שני סוגי שיקול הדעת השיפוטי וכפועל יוצא בית המשפט עלול להשתמש גם באפשרות ההכרעה. לכן יש למקם את הסמכות להפעלת שיקול הדעת במישור הפשרה במסגרת מבחן הפגיעה הפחותה, גם אם הדבר כרוך בהפיכת מבחן משנה זה ממבחן פורמלי למבחן מהותי.

היה ניתן להשיג על עצם נכונותו של כהן-אליה לסטות מן העמדה ההליכית שאותה הוא מאמץ באופן עקרוני, כמו גם על האפשרות המעשית להבחין בין מקרים שבהם לפי הצעתו יש להיצמד להיבטים הפורמליים, לעומת אלו שבהם ראוי להרחיב את הביקורת להיבט המהותי, אך במסגרת חיבור זה אין ענייני בשאלה אם ראוי לכלול במבחני המידתיות בחינה מהותית של שיקול הדעת הפוליטי, או אם לכלול במסגרת בחינה זו רק את אפשרויות הפשרה או גם את אפשרות ההכרעה לטובת הזכות הנפגעת. אני מניח, בהמשך למדיניות המקובלת בישראל, כי שני המרכיבים נכללים במסגרת מבחני המידתיות והשאלה המעסיקה אותי היא היכן ראוי למקם את בחינת אפשרויות הפשרה. לעניין זה נדמה שניתוחו של כהן-אליה מספק טעם טוב למיקום בחינת אפשרויות הפשרה במסגרת המבחן השני. כפי שכהן-אליה מציין, יש הבדל משמעותי בין פסילת מדיניות בשל העובדה שניתן לקדם את התכלית שהיא מבקשת להשיג תוך פגיעה פחותה בזכויות אדם, אפילו אם הפסילה כרוכה בכרסום מסוים במידת מימוש התכלית, לבין פסילה גורפת של כל מדיניות המיועדת להגשמת תכלית כלשהי בטענה שחרף הלגיטימיות העקרונית של התכלית, הגשמתה איננה מצדיקה כל פגיעה בזכות. יש הבדל משמעותי בין בית משפט הממקם את נקודת הפשרה בין ערכים מתחרים בנקודה שונה מזו בה בחרה המערכת הפוליטית, לבין בית משפט המכריע לטובת ערך אחד בניגוד לעמדת המערכת הפוליטית. יש היגיון רב בחידוד ההבדל בין שני סוגי ההתערבות המהותית וחידוד זה ניתן להשיג באמצעות הפרדתם לשני מבחנים שונים במסגרת המידתיות: התערבות המזיזה בלבד את נקודת האיזון – במסגרת מבחן הפגיעה הפחותה – והתערבות מכריעה – במסגרת מבחן היחסיות.

לנימוק זה, לטובת מיקום בחינת אפשרויות הפשרה במסגרת מבחן המשנה השני, ניתן לצרף שני נימוקים נוספים: ראשית, כפי שציינתי לעיל, מעטים הם המקרים שבהם שתי חלופות להשגת מטרה יגשימו אותה במידה זהה, וגם אם מצב כזה אפשרי קשה מאוד

46 שם, שם ("מידתיות 2 בגרסתה זו היא אומנם מהותית, ומבחינה זו אין היא שונה ממידתיות 3, אולם יש בכל-זאת הבדל ביניהן. היקף הגריעה מיכולתה של המדינה להגשים את תכליותיה מצומצם בהרבה בגרסה המהותית של מידתיות 2 בהשוואה למידתיות 3").

להוכיחו⁴⁷. אם הנחה זו נכונה, התעקשות להתייחס לממד התכלית במסגרת מבחן הפגיעה הפחותה כקבוע, תרוקן אותו למעשה מתוכן. בכך אין היגיון. שנית, כפי שהסברתי במאמר קודם, יש חשיבות רבה לא רק לשאלות שנשאלות במסגרת עריכת האיזון אלא גם לסדר שבו הן נשאלות⁴⁸. בהקשר שלנו, יש חשיבות לכך שבטרם נבחנת אפשרות ההכרעה לטובת הזכות, ייבחנו הווריאציות האפשריות לפשרה בין הזכות לבין התכלית הראויה כשלעצמה שהמערכת הפוליטית מבקשת לקדם. זאת הן משום שהפשרה עדיפה בעיקרון על פני ההכרעה הן משום שבחינה מושכלת של הכרעה, כלומר סירוב לשלם מחיר כלשהו במונחי פגיעה בזכות, אפשרית רק אחרי שנשקלים המחירים הכרוכים בסוגים שונים וקונקרטיים של פשרה. כריכת הבחינה של אפשרויות הפשרה עם בחינת אפשרות ההכרעה באותו מבחן (המבחן השלישי) מעוררת חשש שסדר הבדיקה ישתבש. הפרדה בין השניים והצבת הבחינה של אפשרויות הפשרה במסגרת מבחן המשנה השני, לפני בחינת אפשרות ההכרעה במסגרת מבחן המשנה השלישי, מבטיחה שסדר הבדיקות יתבצע כהלכה.

ומה באשר לטיעון הנגד של דוידוב, שלפיו הכללת הבדיקה של אפשרויות הפשרה במונחה הרחב (לרבות קידום פחות של התכלית) במסגרת המבחן השני תשטש את הממד הערכי בפעולת בית המשפט? מדברי דוידוב משתמע, שאפשרות הטשטוש היא כנראה הסיבה שבגללה בוחרים שופטי בית המשפט הקנדי להעתיק את מרכז הכובד של הכרעותיהם כנגד המערכת הפוליטית למבחן זה⁴⁹. אכן, בטענה זאת יש היגיון מסוים, אך בהקשר זה כדאי להזכיר דווקא את שני פסקי הדין הישראליים בפרשות בית סוריק ועדאלה. בשניהם בחר הנשיא ברק לבסס את החלטות הפסילה על המבחן השלישי, בלי שניסה להסוות את האופי השיקולי דעתי של הכרעתו⁵⁰. נניח שהנשיא ברק היה מאמץ את הצעתו של כהן-אליה ומעביר את הדין באפשרויות הפשרה למבחן השני. האם מי מקוראי פסקי הדין היה טועה לחשוב שההחלטה היא טכנית בלבד, במונח זה שמידת הביטחון שתושג באמצעי החלופי (הזות הגדר בעניין בית סוריק ובדיקה פרטנית של תושבי האזור בעניין עדאלה), זהה לזו שתושג באמצעי שבו בחרה המערכת הפוליטית ושהחלטת המערכת הפוליטית נפסלה רק מהטעם הטכני שהיא פוגעת שלא לצורך בזכויות? נראה לי שהתשובה

47 ראו לעיל, טקסט בסמוך להערות 8-9.

48 ספיר, לעיל הערה 3, עמ' 478.

49 ראו דוידוב, לעיל הערה 38. לטענה דומה ראו Grimm, לעיל הערה 9, עמ' 394-395 (The outside observer gets the impression that the Canadian Supreme Court avoids the third step out of fear that a court might make policy decisions at this stage rather than legal decisions... Yet, in practice, the Court's dealing with the second step looks much more (value laden than that of the German Court").

50 האם הדבר מלמד שלפחות בתרבות השיפוטית הישראלית, השופטים אינם עושים מאמץ מיוחד להסוות את האופי הערכי של הכרעותיהם?

לכך שלילית. אם כך הדבר, החשש שמעלה דוידוב מפני טשטוש האופי השיקול דעתי של החלטת בית המשפט, במקרה של קריאה רחבה של מבחן הפגיעה הפחותה, איננו בעל משקל מכריע.

ה. סיום

נוסחת האיזון האנכית, הישנה, שהייתה מקובלת בשיטתנו המשפטית עד לחקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק, חייבה את השופטים לבחור בין הערכים המתנגשים ולהעדיף אחד מהם על פני חברו. אני טענתי, בעקבות פרופ' זמיר, שהכרח זה מגונה ושיש לאפשר לבית המשפט לבחון גם אפשרויות לפשרה, גם אם יעדיף בסוף היום הכרעה. הראיתי שפסקת ההגבלה עשויה לספק מענה לכשל של מבחן האיזון האנכי ולהוסיף מרכיב של פשרה אפשרית לאיזון בין זכויות לאינטרסים. גרסתי שאת בחינת מרכיב הפשרה ראוי לקרוא אל תוך מבחן המידתיות השני – מבחן הפגיעה הפחותה. לעמדה זו הצטרף באופן חלקי גם בית המשפט העליון, בשני פסקי דין מרכזיים שנתן לאחרונה. הוא הוסיף לאיזון בין זכויות לאינטרסים מרכיב של בחינת אפשרויות לפשרה, אלא שאת מרכיב הפשרה בחר למקם במבחן המידתיות השלישי – מבחן היחסיות ("מידתיות כמובן הצר"). במאמר זה הוספתי והעמקתי בבירור השאלה היכן מוטב למקם את בחינת אפשרויות הפשרה, ובסיומו של בירור עדיין אני נוטה לדעה שיש למקמו במסגרת מבחן המשנה השני. עם זאת העיקר הוא כי שלב בחינת אפשרויות הפשרה יהיה מרכיב הכרחי באיזון בין זכויות לבין תכליות ראויות (אינטרסים לגיטימיים). החשש, שעודנו רלוונטי, הוא שבית המשפט יאמץ את המשתמע מכמה פסיקות של השופטת דורנר, שמהן עולה שבחינת אפשרויות הפשרה לא תתבצע בכל מקרה של התנגשות בין אינטרס ציבורי ראוי לזכות מוגנת, אלא רק לאחר שיוברר תחילה שהזכות איננה צריכה לנצח אפרוירית. במילים אחרות, החשש הוא מפני הפיכת מבחן התכלית הראויה לבית למבחן איזון אנכי חלקי, באופן שיאפשר העדפה אפרוירית של זכויות על פני תכליות ציבוריות ראויות⁵¹. יש לקוות שבית המשפט העליון לא יעצור את התהליך המבורך ויהפוך את שלב בחינת אפשרויות הפשרה לא רק לאפשרי, אלא גם להכרחי בכל מפגש בין זכויות האדם לאינטרסים ציבוריים לגיטימיים.

51 כפי שצינתי במאמר קודם (ראו ספיר, לעיל הערה 3), לא רק השופטת דורנר מעדיפה פרשנות זו. גם הנשיא ברק בחר בה לפחות פעם אחת, כשהעדיף, אפרוירי, את חופש הביטוי על פני רגשות הדת, בלי שבחן תחילה את אפשרות הפשרה. ראו חוות דעתו בבג"ץ גור-אריה, לעיל הערה 2.