



המכון הישראלי  
לדמוקרטיה

# מידתיות במבט ביקורתי ומשווה

עורך: מרדכי קרמניצר

# מידתיות במבט ביקורתי ומשווה

עורך: מרדכי קרמניצר



המכון הישראלי  
לדמוקרטיה

*Proportionality: A Critical and Comparative Perspective*

Edited by Mordechai Kremnitzer

עריכת הטקסט: יהודית ידלין  
עיצוב הסדרה: טרטקובר עיצוב גרפי – טל הרדה  
עיצוב העטיפה: יוסי ארוזה  
סדר: אירית נחום

מסת"ב 978-965-519-183-7 ISBN

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשדר או לקלוט בכל דרך או אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר), תשע"ו  
Copyright © 2016 by The Israel Democracy Institute (RA)

המכון הישראלי לדמוקרטיה  
רח' פינסקר 4, ת"ד 4702, ירושלים 9104602  
טל': 02-5300888  
אתר האינטרנט: [www.idi.org.il](http://www.idi.org.il)

להזמנת ספרים:  
החנות המקוונת: <http://tinyurl.com/idi-store>  
דוא"ל: [orders@idi.org.il](mailto:orders@idi.org.il)  
טל': 02-5300800; פקס: 02-5300867

כל פרסומי המכון ניתנים להורדה חינם, במלואם או בחלקם, מאתר האינטרנט.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי א-מפלגתי, מחקרי ויישומי, הפועל בזירה הציבורית הישראלית בתחומי הממשל, הכלכלה והחברה. יעדיו הם חיזוק התשתית הערכית והמוסדית של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שיפור התפקוד של מבני הממשל והמשק, גיבוש דרכים להתמודדות עם אתגרי הביטחון מתוך שמירה על הערכים הדמוקרטיים וטיפול שותפות ומכנה משותף אזרחי בחברה הישראלית רבת הפנים.

לצורך מימוש יעדים אלו חוקרי המכון שוקדים על מחקרים המניחים תשתית רעיונית ומעשית לדמוקרטיה הישראלית. בעקבותיהם מגובשות המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפוח חזון ארוך טווח של תרבות דמוקרטית נכונה לחברה הישראלית ולמגוון הזהויות שבה. המכון שם לו למטרה לקדם בישראל שיח ציבורי מבוסס ידע בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות ולשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולציבור הרחב.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא זוכה פרס ישראל לשנת תשס"ט על מפעל חיים – תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.

הדברים המתפרסמים בספר זה אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

## תוכן העניינים

6	הקדמה / מרדכי קרמניצר
10	המידתיות החוקתית: קווים (ראויים) לדמותה / מרדכי קרמניצר
10	1. פתח דבר
17	2. הפגיעה בזכות
20	3. מבחן התכלית הראויה
53	4. מבחני המידתיות
101	5. היחס בין מבחני המידתיות
102	6. הערות לסיום
103	מידתיות במשפט הגרמני / מיכל קרמר
103	1. מקורו של עקרון המידתיות והפיכתו לעיקרון חוקתי
106	2. עקרון המידתיות כגבול לפגיעת הרשות בחירויות הפרט
112	3. בחינתה של פגיעה בזכות חוקתית
117	4. קונקרטיזציה בבחינתה של המידתיות
148	5. עקרון המידתיות כמנחה איזון בין ערכים מתנגשים
172	6. היחס שבין עקרון המידתיות לעקרונות חוקתיים נוספים
200	7. נקודות משלימות
218	8. ביקורת רווחת על עקרון המידתיות
223	9. סיכום

226	<b>מידתיות במשפט הקנדי / מישל נגר</b>
226	1. מבוא
227	2. נורמות חוקתיות במשפט הקנדי: רקע ומבנה
236	3. גישת בית המשפט לפסקאות הגבלה והאיזון החוקתי
246	4. הבחינה החוקתית ומבחני Oakes
289	5. הקשר
309	6. דיאלוג
313	7. בחינת המידתיות בהחלטות מינהליות
317	8. מבחן המידתיות במבחר זכויות הצ'רטר
342	9. הערות לסיכום

346	<b>המידתיות החוקתית בדרום אפריקה / רועי ששון</b>
346	1. מבוא
351	2. התפתחות פסקת ההגבלה בדרום אפריקה ומקורותיה
360	3. מבחני פסקת ההגבלה (סעיף 36 לחוקה) ופרשנותם בפסיקת בית המשפט החוקתי
383	4. בית המשפט החוקתי בדרום אפריקה וזכויות המיעוטים והחלשים
391	5. סיכום
393	המשתתפים בקובץ

## הקדמה

מעטות העתירות החוקתיות הניגפות משום שלא התקיים בהן היסוד של פגיעה בזכות או של תכלית ראויה. מציאות זו, הרווחת לא רק בישראל, הופכת את המידתיות למפתח, בה"א הידיעה, לשאלת החוקתיות של הוראות חוק. זו הסיבה העיקרית לנחיצות העיסוק המחקרי בסוגיה זו.

בספר הזה נחלק העיסוק המחקרי לשניים: הראשון, שאני מחברו, מוקדש לבחינה ביקורתית של המידתיות במשפט הישראלי, בין השאר מבחינת התאמתה למלאכה של קבלת החלטות, להבדיל ממלאכת הביקורת השיפוטית על החלטות שכבר התקבלו. עיקר העבודה נעשה בשנת 2014. בחלק השני מוצגות סקירות מקיפות של המידתיות בשלוש שיטות משפט מובילות מנקודת המבט החוקתית: ד"ר מיכל קרמר בר-פנחס התעמקה בשיטת המשפט הגרמנית; עו"ד מישל נגר בדקה את שיטת המשפט הקנדית; ועו"ד רועי ששון חקר את שיטת המשפט הדרום אפריקאית. מחקרים אלו נערכו בעיקרם בשנים 2012-2013. חשבנו שיש ערך מוסף להצגה מלאה ומסודרת של המצב בשיטה משפטית אחרת, שלא כמו הפניות משוות ספורדיות לשיטות משפט אחרות במסגרת דיון בסוגיות שונות במשפט הישראלי.

הבחינה ההשוואתית מעלה תמונה מורכבת. השיטה הגרמנית, כך אנו למדים, דומה לשיטה הישראלית מבחינת המרכזיות שיש בה למבחן השלישי – המידתיות במובן הצר. במסגרתו נבחנת השאלה אם התועלת הצפויה מקידום התכלית עולה על הנזק שבפגיעה בזכות. בדרום אפריקה נעשה שימוש במבחני המידתיות, אך לא בסדר מחייב ובלי שנדרש לעבור בהצלחה את המבחנים הראשונים בסדר על מנת להתקדם למבחנים הבאים. בקנדה מתבצעת עיקר המלאכה החוקתית במסגרת המבחן השני – מבחן הנחיצות, החותר אל האמצעי הפחות פוגעני – ולא באמצעות המבחן השלישי.

כאשר בוחנים את המידתיות בגרמניה, יש לזכור שני הבדלים יסודיים בין שיטת המשפט הגרמנית לשיטת המשפט הישראלית: (א) הבדל משפטי: לזכות לכבוד אנושי יש במשפט הגרמני מעמד מיוחד של זכות מוחלטת. למעמד הזה אין מקבילה במשפט הישראלי, שבו הזכות לכבוד היא זכות יחסית. (ב) הבדל פוליטי-תרבותי: הבדל זה מתבטא בלגיטימציה המיוחדת, הייחודית, שיש לבית המשפט החוקתי בגרמניה, בעיקר על רקע הכישלון הקולוסלי של הפוליטיקה

של משטר ויימאר, שהסתיים בעליית הנאציזם, מלחמת העולם השנייה והשוואה. ישראל נבדלת מגרמניה גם בכך. זאת ועוד, לאחר שהסתיים המחקר שלנו על המשפט הגרמני, התפרסם מחקר שמצא כי בשנים 1951-1977 מיעט בית המשפט החוקתי בגרמניה להשתמש במבחן המידתיות השלישי לשם פסילת הוראות חוק. בשנים 1979-2012 המצב השתנה וגדל השימוש במבחן השלישי. גם אחרי השינוי המהותי הזה, שיעור הפסילות על יסוד אי-עמידה במבחן השלישי הוא כשליש.<sup>1</sup>

הבחינה הביקורתית מעלה כי התמונה המקובלת באשר לשיטה הישראלית אינה מתארת אותה כראוי. לפי הגישה הרווחת, שני מבחני המידתיות הראשונים – מבחן ההתאמה או היעילות, הבוחן אם יש באמצעי כדי לקדם את התכלית שמבקשים להשיג, ומבחן הנחיצות – הם מבחנים שעוברים אותם בקלות יתרה, כמעט מבחני פרו-פורמה. מכאן שכמעט כל כובד משקלה של בחינת החוקתיות מוטלת על מבחן המידתיות השלישי, הצר. לפי גישה זו, יש הבחנה ברורה וחדה בין שני המבחנים הראשונים, שהם עובדתיים-אמפיריים, לבין המבחן השלישי, שהוא נורמטיבי-ערכי. התמונה העולה מבחינת הדין הישראלי היא מורכבת יותר, ואציין כאן רק מקצת ממאפייניה.

ובכן, מתברר כי במשפט הישראלי, אך לא רק בו, מתקיים קשר מובהק בין מבחני המידתיות לבין סוגיית התכלית הראויה. אי-עמידה במבחנים יכולה לרמז על כך שהתכלית הנטענת אינה התכלית האמיתית. כבר במבחן המידתיות הראשון נדרשים לשאלות ערכיות, הן משום היחס שבין מידת ההתאמה המתחייבת לבין מידת החשיבות של הזכות הנפגעת והן לאור הגישה שהתאמת האמצעי היא לא רק בפוטנציאל שיש בו להשיג את התכלית, אלא גם בהיותו האמצעי המתאים למדינת חוק. גם האופן שבו המבחן השני מיושם אינו אדיש לשאלה של מה מונח על כפות המאזניים משני צדי המשוואה. הניתוח הביקורתי במסגרת מבחני המידתיות הראשון והשני – גם כאשר הוא אינו מביא לתוצאה של פסילת האמצעי אלא לציון נמוך, שהוא עדיין "עובר" – עשוי להיות הקדימון, או המבשר, של תוצאת הפסילה שתגיע בחלק ההוליסטי, כלומר במבחן השלישי. כאשר המבחנים הראשון והשני משמשים מבחני סף בלבד, הדין במבחן השלישי מחייב לחזור עליהם, והפעם כמבחנים מהותיים, המחייבים בחינה מדוקדקת.

1 NIELS PETERSEN, VERHÄLTNISSMÄßIGKEIT ALS RATIONALITÄTSKONTROLLE 136, 137 (Tübingen, 2015)



עולה מהפסיקה, כפי שגם אכן ניתן לצפות, שבית המשפט מכוון את עצמו בראש ובראשונה להכרעה בשאלה המשפטית המונחת לפתחו מנקודת הראות של מוסד המפעיל ביקורת שיפוטית על החלטות שהתקבלו בידי אחרים, המוסמכים להחליט. אין הוא מכוון את עצמו להנחות את מקבלי החלטות בשאלה כיצד ראוי שהם ינהגו בכואם לשקול פגיעה בזכות לשם השגת תכלית ראויה.

ספק רב אם נכון שמקבלי החלטות ינחו את עצמם לנהוג כפי שבית המשפט נוהג. התפקיד השונה שלהם – של קביעת מדיניות (לעומת ביקורת על החלטות שהתקבלו) – והיכולות והנטיות שלהם (השונות מאלה של שופטים) מזמנות התייחסות אחרת. מנקודת מבטם של מקבלי החלטות מתבקש לכאורה למלא בתוכן ממשי דווקא את המבחנים הראשון והשני. במסגרת המבחן הראשון מתבקשת פסילה מקדמית של אמצעים הנוגדים את המשפט הביין-לאומי או את יסודות המוסר האנושי. יש טעם לבחון במסגרת זו לא רק את התועלת המצופה לצמוח מן האמצעי על ידי קידום התכלית ואת רמת הסתברותה, אלא גם את הנזקים האפשריים בגלל השימוש באמצעי זה ובהתחשב במידת הסתברותם. במסגרת המבחן השני מתבקשת בחינה אמיתית של חלופות מסוגים שונים.

תמרוץ הרשויות לבחון ברצינות חלופות מתחילת ההליך של קביעת מדיניות הוא אולי האתגר הגדול ביותר בתחום הנדון כאן. יש להיזהר שלא להפוך את המבחן השני לתמריץ לבחור את האמצעים הדרסטיים ביותר והפוגעניים ביותר רק משום שמידת יעילותם עולה במידת מה על אמצעים אחרים, פוגעניים פחות. הכבוד לזכויות אדם מחייב למעשה בדיוק ההפך. לשון אחר, הכבוד לזכויות אדם מחייב ללכת מן הקל אל הכבד, קרי לבחון תחילה את האמצעי שפגיעתו בזכות היא הקטנה ביותר. דחייתו של אמצעי כזה ובחירה באמצעי פוגעני יותר יכולה לבוא בחשבון רק לאחר ניתוח המצב ומסקנה בעקבותיו שהאמצעי הקל ביותר אינו מועיל די הצורך. אם יועדף בשלב הזה האמצעי הפוגעני ביותר, גדול הסיכוי שהוא יהיה אותו אמצעי שייבחר ממילא בסופו של ההליך.

ולא זו אף זו: בחירה בחלופה הפחות פוגענית אינה סוף פסוק. מתחייבת בחינה מדוקדקת של התאמתה ליעדה, דהיינו התוספת השולית של קידום התכלית. במסגרת זו צריכה להיעשות "תפירה" הדוקה שלה, כך שהיא לא תגלוש אל מעבר למה שנחוצ, לא תגרום קשיים מופרזים לכל מי שנתפס בגדרה וכן תהיה מלווה בערובות הדיוניות המתחייבות במדינת חוק. חשיבותה של התפירה המדויקת, בייחוד על יסוד החשש מהכללות יתר, עולה גם כמסקנה מן המחקר

המשווה. יחד עמה עולה גם הדאגה המיוחדת שיש להפנות לאוכלוסיות חלשות. כמעט תם, אבל לגמרי לא נשלם. במהלך העבודה הזו שלנו גובשה הצעת מחקר, בשיתוף עם ד"ר רענן סולציאנו-קינן. ההצעה הוגשה ל-ERC וזכתה במענק מחקר. העבודה על סוגיית המידתיות בקבלת החלטות נמשכת במלוא המרץ במסגרת זו. לפיכך יש לראות בספר זה ובתוכנות הנגזרות ממנו שלב ביניים טנטטיבי בדרך לתוכנות נוספות, אולי אחרות.

מרדכי קרמניצר

דצמבר 2015

# המידתיות החוקתית: קווים (ראויים) לדמותה

## מרדכי קרמניצר

### 1. פתח דבר

מידתיות היא דוקטרינה חשובה, מן החשובות שיש במשפט הישראלי בכלל ובמשפט הציבורי בפרט. במשפטנו צמחה המידתיות בדין המינהלי ו"יובאה" למשפט החוקתי, על מבחני המשנה שלה, עם חקיקת חוקי היסוד הנוגעים לזכויות אדם: חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק. כיום המידתיות נוהגת בתחומי משפט רבים, ופיתוחה בהקשר החוקתי נותן אותותיו גם בתחומים אלו.<sup>1</sup>

במישור החוקתי המידתיות, כמרכיב מרכזי בפסקת ההגבלה, היא מערכת נורמטיבית הקובעת את המותר ואת האסור בהגבלתן של זכויות חוקתיות באמצעות חקיקה של הכנסת ובפעולות שלטוניות אחרות.<sup>2</sup> עיגונה הפורמלי של

\* גרסה קודמת, קצרה יותר, של מאמר זה הופיעה ב- *Constitutional Proportionality- (Appropriate) Guidelines, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW AT THE CROSSROADS* 223–238 (Aharon Barak, Daphne Barak-Erez, & Gideon Sapir eds., 2013)

תודתי נתונה לעוזר המחקר שלי עו"ד רועי ששון על עזרתו המועילה. תודה שלוחה גם לד"ר רענן-סוליציאנו קינן, לפרופ' דני סטטמן ולפרופ' אילנה ריטוב על הערות והארות מועילות. האחריות לכל הפגמים והשגיאות היא שלי בלבד.

1 לסקירה מקיפה על ההיסטוריה של המידתיות, בישראל ובעולם, ראו אהרן ברק *מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה* 262–225 (2010). אופן התפתחותה של המידתיות בישראל מזכיר את אופן התפתחותה במשפט הגרמני, שם צמחה המידתיות בבחינת אקטים הנוגעים לפעולת המשטרה. ראו LOTHAR HIRSCHBERG, *DER GRUNDSATZ DER VERHÄLTNISSMÄßIGKEIT* 2–3 (1981); III/2 KLAUS STERN, *DAS STAATSRICHT DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND* 766–767 (1994)

2 ראו למשל בג"ץ 4330/93 גנאם נ' ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(4) 221, פס' 10 לפסק דינו של הנשיא ברק (1996): "כל פעולת שלטון צריך שתהא מידתית. כל פעולת מינהל צריך שלא תפגע בערכים הראויים להגנה מעבר למידה הדרושה [...] עקרונות כלליים אלה – החלים על כל פעולת מנהל – חלים כמובן גם לעניין חקיקת משנה" (ההדגשה שלי).

המידתיות החוקתית הוא בפסקת ההגבלה, הקובעת כי פגיעה בזכות חוקתית תהא מוצדקת רק אם נעשתה "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".<sup>3</sup> דיני המידתיות מפרטים ויוצקים תוכן בדרישה שהפגיעה תהא "במידה שאינה עולה על הנדרש".

לפי התפיסה המקובלת, המידתיות מורכבת משלושה מבחני משנה, שפותחו לשם קונקרטיזציה של הדיבור העמום בחוק היסוד: ראשון הוא מבחן הקשר הרציונלי (מבחן ההתאמה), ועל פיו חייב להתקיים קשר רציונלי של התאמה בין התכלית הראויה (המטרה) לבין ההסדרים הקבועים להגשמתה (האמצעים); שני הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה (מבחן הצורך), ועל פיו פגיעת האמצעי שנבחר היא הפגיעה המינמלית בזכות, ואין אמצעי זולתו העשוי להשיג את התכלית בפגיעה מעטה משלו;<sup>4</sup> שלישי הוא מבחן המידתיות במונח הצר, ועל פיו חייב להתקיים יחס ראוי בין התועלת שבקידום התכלית לבין הפגיעה בזכות. למעשה, על ההתייחסות למידתיות להכיל בתוכה גם את תנאי הכניסה לבחינת המידתיות, שהרי זו אינה מתקיימת בחלל ריק. כלומר, גם היסוד המפעיל את הבחינה – הפגיעה בזכות – והתכלית שהפגיעה נועדה לקדם צריכים להיות חלק מהשאלות הנבדקות. מבחנים אלו מהווים מסגרת מוסכמת וכללית ביותר שלפיה נבחנת המידתיות, אולם כפי שנבקש להראות, אין בהם די. נדרש ליצוק בהם תוכן נוסף, פרטני יותר.<sup>5</sup> נדרשות הכוונה והבניה נוספות.

כאשר בוחנים את הפסיקה במדינות השונות המיישמות את מבחני המידתיות תקופה לא קצרה ואת הספרות המשפטית עליה, מתברר כי שאלות יסוד הנוגעות לאופן יישום המבחנים הן פתוחות או שנויות במחלוקת. נציין כאן אחדות מהן בלבד, לשם הדגמה:<sup>6</sup> מה כלול בזכויות ומה נחשב לפגיעה בזכות? מה הופך תכלית

3 ס' 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150; ס' 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90.

4 הלשון הכללית והעמומה מכוונת.

5 ראו דליה דורנר "מידתיות" ספר ברנזון כרך שני: בני סברה 281, 283 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000): "לדעתי, למרות התחכום והמורכבות שתורמים שלושת מבחני המשנה האמורים למידתיות, הרי שאין די במבחני משנה אלה. נדרשים עידונים נוספים".

6 להרחבה ראו אצל ברק, לעיל ה"ש 1, בפרק העוסק בפיתוח עתידי של המידתיות, ובעיקר עמ' 622-630.

לראויה? האם והיכן מעוגנות התכליות הראויות? מהי רמת ההסתברות הנדרשת מאמצעי על מנת שייחשב יעיל? האם – בגדר המבחן השני של המידתיות – נדרש שהאמצעי הפוגעני פחות יהיה יעיל במידה זהה לזו של האמצעי הנבחן או שמא נדרשת רק דרגה דומה של יעילות? כיצד אמורה להיערך הבחינה בשלב האחרון, ומהי בדיוק השאלה שיש לענות עליה בשלב זה? האם לכל הזכויות משקל זהה של חשיבות? האם התחרות בין זכות לבין תכלית היא תחרות בין שוות (כלומר האם עורכים אופטימיזציה לשתיהן, דהיינו מנסים לתת ביטוי מרבי לכל אחד מצדדי המשוואה, בלי להעניק עדיפות למי מהם?), או שנקודת המוצא היא של עדיפות עקרונית (לפחות) של הזכות – rights as trumps – או למצער שהכלל הוא שאין פוגעים בזכות? הפגיעה היא חריג, האם ככזה היא מחייבת הצדקה מיוחדת? כיצד יש לאזן בין הזכות לבין התכלית? האם האיזון בין זכויות לבין עצמן והאיזון בין זכות לבין אינטרס ציבורי נעשים באותו אופן או שמא בדרכים שונות? מה מקומן ותפקידן של נוסחאות הסתברות בעריכת האיזונים? אפילו שאלת יסוד כמו ההבחנה עצמה, וטיבה, בין זכות לבין תכלית חברתית שהיא אינטרס ציבורי לא זכתה לתשובה ברורה ומקובלת.<sup>7</sup> פתיחותן של שאלות היסוד הנוגעות למידתיות מצביעה על הסבר אפשרי ל"פופולריותה" של הדוקטרינה – ניתן להגיע באמצעותה לכל פתרון הנראה ראוי בעיני המחליט. מחד גיסא ניתן להעניק באמצעותה הגנה של ממש לזכויות האדם, ואף הגנה תקיפה ואיתנה, ומאידך גיסא ניתן להצדיק באמצעותה כל פגיעה בזכות יסוד. יתרה מזו, דומה כי תהליך עריכת המבחנים מצביע על פוטנציאל (שדוגמאות למימושן מצויות בעיקר במשפט הגרמני ובמשפט הישראלי) של "ריצה" לעבר המבחן האחרון – הערכי והסובייקטיבי שבמבחנים.<sup>8</sup> כלומר, ניכרת נטייה להגביל את מידת חשיבותם של המבחנים הקודמים באופן שכמעט תמיד מאפשר לאמצעי שלטוני "לעבור אותם בשלום",<sup>9</sup> וכך הבחינה האמיתית היא במבחן האחרון. ניתן להשקיף על מגמה כזו מתוך ארבע נקודות ראות: נקודת הראות של היחסים בין הרשויות, שלפיה ניתן לכאורה כוח רב לרשות השופטת, שכן

7 אורן גול-אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות?" משפטים מא 97, 103-111 (2011).

8 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 416-417, 422; רבקה וייל "האם המחוקק ירה בתותח כדי לפגוע בזכויות" משפט ועסקים טו 337, 365 (2012).

9 ובמילים אחרות, להשאיר את שיקול הדעת בעניינם לרשויות המחליטות.

הפעלתו של כוח זה אינה נעשית במסגרת כללים ברורים ומוגדרים. עמד על כך הנשיא שמגר בפרשת חברת החשמל.<sup>10</sup> ככל שהבחינה בשלב האחרון – שהופך להיות השלב שבו חלה בחינתה האמיתית של המידתיות – נתונה יותר להערכה אישית ערכית של השופט ופחות ליישום כללים, כך הופכת ההחלטה להיות הכרעה של אנשים יותר משהיא הכרעה של הדין. ודוק, אין מדובר בתפיסות ערכיות ברמה גבוהה של הפשטה, שבהן מצטמצמים חילוקי הדעות, אלא בניתוח ערכי של הקשר קונקרטי, המעצים את חילוקי הדעות, מביא לרוב להכרעה לפי מחנות של שופטים ולתחושה שהכול תלוי בתפיסות העולם של השופטים, כלומר בהרכב בית המשפט.<sup>11</sup>

הדבר מביא אותנו לנקודת ראות נוספת, הפוכה לקודמתה: עולה מן האמור שמה שנראה לכאורה העצמה של הרשות השופטת הוא לאמיתו של דבר "עושר השמור לבעליו". דווקא משום שזהו אופיו של הכוח, הלגיטימיות שלו, ומכאן גם הלגיטימציה שלו, מסופקות מאוד. מדוע מוצדק למסור את ההכרעה בשאלות

10 ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ, פ"ד לב(3) 337, 361 (1978) (להלן: פרשת חברת החשמל):

חוששני, כי תוצאתה של הצבת ערכים, זה לצד זה, בלי לגבש בו זמנית גם אמות מידה להערכת משקלם היחסי לא תהיה אלא כי בשל העדר קנה מידה משפטי, יפעיל בית המשפט בכל מקרה ומקרה, על פי מיטב הבנתו של המותב המזדמן, אותו קריטריון הנראה לו כהולם באותן נסיבות. במילים אחרות, אמת המידה הנושאת בתוכה קו מנחה ערכי, היינו את המגמה לקיומה של חירות יסוד, תומר ותוחלף באמת מידה פטרנליסטית מקרית, אשר איש לא יוכל להעריך מראש את כיוונה וטיבה.

11 ראו למשל שני הדיונים בנוגע לפרשת איחוד המשפחות: בדיון הראשון, בבג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 14.5.2006) (להלן: פרשת עדאלה), דחה בג"ץ את העתירה בהרכב של 11 שופטים: חמישה שופטים תמכו בעתירה (השופטים ברק, ביניש, פרוקצ'יה, ג'ובראן וחיות), ושישה שופטים דחו אותה (השופטים חשין, נאור, גרוניס, עדיאל וריבלין). יצוין כי הגם שהשופט לוי דחה את העתירה, הוא עשה כן לא משום שסבר שהחוק אינו פוגע בזכויות החוקתיות לחיי משפחה ושוויון במידה שעולה על הנדרש, אלא משום שהוא קבע שראוי לאפשר למדינה פרק זמן של תשעה חודשים כדי לגבש הסדר חקיקתי חלופי. בסבב השני של הדיון בעתירה, בבג"ץ 466/07 ח"כ זהבה גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 11.1.2012), דחה בג"ץ שוב את העתירה בהרכב של 11 שופטים, כאשר ישבו במושב שופטים שונים. וכך שישה שופטים דחו את העתירה (ריבלין, גרוניס, נאור, רובינשטיין, מלצר והנדל) וחמישה תמכו בה (ביניש, לוי, ארבל, ג'ובראן וחיות).

ערכיות דווקא לרשות השופטת, המוצבת בשל כך מעל למחוקק, ולא לבית המחוקקים, שנבחר על ידי האזרחים ומשקף אפוא טוב יותר את השקפותיהם הערכיות? בכך מושם דווקא רסן הדוק ביותר על השימוש בכוח. מכל מקום, עשוי להיווצר בהקשרו של מבחן זה מתח ואף חיכוך מסוכן בין רשויות השלטון. יתר על כן, טמונה כאן סכנה לאמינותו של המפעל החוקתי כולו בכל הנוגע ללב הפועם שלו – הגנה על זכויות האדם ואמון הציבור בו. האפשר שעל מבחן כה עמום ורופס עומדת ההגנה החוקתית על זכויות האדם?! האם מדובר בבסיס איתן מספיק כדי להבטיח הגנה על מה שבלעדיו אי-אפשר לקיים חיים ראויים? דברים אלה אמורים (במיוחד) אם כופרים במעמד מיוחד של הזכות ורואים בזכות ובאינטרס הציבורי שמולה שני אינטרסים או עקרונות שיש לשאוף למימוש מלא ככל האפשר שלהם.

שתי נקודות הראות הקודמות מניחות שאין חשיבות לעמידתו של אמצעי מסוים בכמה מבחנים בהצלחה. האם באמת נותר חופש מלא להכרעה בשלב האחרון ואין חשיבות לדרך שהאמצעי עבר עד הלום מבחינת שרידותו? נבקש לתת את ההנחה דלעיל בסימן שאלה, במיוחד כאשר מדובר במקבלי ההחלטות, אך גם כאשר מדובר בשופטים. העובדה שאמצעי שלטוני עבר בהצלחה את מסלול המכשולים לכאורה עד לשלב האחרון מעניקה לו מידה לא מבוטלת של לגיטימיות.<sup>12</sup> כאשר המחליט מרגיש שלא בנוח בחשיבה ערכית מורכבת ומסובכת שהיא גם מפורשת, ניתן לצפות שמכוח האינרציה שפועלת כאן הוא יעביר את האמצעי גם במבחן האחרון. המבקר השיפוטי של ההחלטה עלול לנהוג בדומה לזה, בין השאר משום שהוא מודע לבעייתיות המבחן מבחינת הלגיטימיות והלגיטימציה שלו, והמודעות הזו עשויה להביא לריסון עצמי מפני פסילת אמצעי שעשה בהצלחה את כל הדרך עד לשלב האחרון. מבחינת ההגנה על זכויות האדם (שהרי לשם כך התכנסנו) מתחזקת אפוא השאלה הזאת: האם ניתן לראות בדוקטרינת המידתיות כפי שהתגבשה וכפי שהיא מיושמת אמצעי יעיל ואמין, אמצעי שניתן לסמוך עליו לשם תכליתו – הגנה על זכויות האדם? האם האמצעי הזה עצמו עומד במבחן היעילות? האם אין

Raanan Sulitzeanu-Kenan & Eran Halperin, *Making a Difference: Political Efficacy and Policy Preference Construction*, 43 (2) BRITISH JOURNAL OF POLITICAL SCIENCE 295–322 (2013) 12

לחשוש שהדוקטרינה עלולה לשרת מראית של הגנה על זכויות האדם שמתחתיה מסתתרת בפועל שיטה להצדיק פגיעות בזכויות האדם? האם אין לה פוטנציאל גבוה "להכשיר שרצים" ולהעניק להם לגיטימציה עבה, כלומר לשבש שיבוש מהותי חמור את הנחות היסוד הבסיסיות ביותר – הממשליות והערכיות? האם יש משהו בדוקטרינה שמונע שיבוש זה? שעומד כמכשול בפניו? שהרי הכול ניתן להצדקה ולהנמקה במסגרתה. לכאורה ניתן לטעון שהכנסת, בשונה אולי מהרשות המבצעת, גם מיומנת וגם מוסמכת לקביעות ערכיות. עם זאת כל הביקורת החוקתית נועדה לתת מענה לכשלים שבהכרעות רוב. אופי זה של בחינת המידתיות נעשה בעייתי עוד יותר אם מאמצים אותו כמתכונת בחינה בתוך הליכי קבלת ההחלטות. כך, במקום לכוון את מקבלי ההחלטות להשקיע בבחינה יסודית וקפדנית במסגרת המבחנים שהם אמונים עליהם וכשירים ליישם, מזמינים אותם להיחפז ולהעביר (מלשון מתן ציון "עובר") את האמצעי במבחנים השונים עד שנעצרים במבחן האחרון. היות שהמבחן האחרון הוא ערכי ומתאפיין ברקמה פתוחה, הוא יזמין את המחליטים להכשיר את האמצעי שנראה להם מתאים גם מבחינה ערכית, שהרי מדובר באמצעי שמלכתחילה נראה בעיניהם מתאים. כידוע, הטיות שונות המשפיעות על מקבלי ההחלטות – ובראשן המשקל המכריע הניתן להשגת התכלית, משימה המוטלת על המחליט, ולפי מידת הצלחתו בה הוא מוערך ותפיסת התכלית כמכשירה את האמצעים הדרושים והיעילים להשגתה. הטיות אלה ימריצו את הכיוון האמור. הטיה נוספת אפשר שתחול כאשר הזכות הנפגעת איננה נחלת הכלל אלא נחלתה של קבוצה מסוימת. כאן עלולה לבוא לידי ביטוי נטייה להעדיף את טובת הכלל על "טובתה" של קבוצה מסוימת. כשמדובר בקבוצה שאינה "משלנו" או משל הרוב – הלב עלול להיות גם בזכויותיה. אפשר שהוא יהיה גם בשל היעדר ייצוג ממשי של הקבוצה סביב שולחן הדיונים שעליו זוכים לייצוג מובהק האינטרסים של הכלל. יש מקום לחשש שאמצעי שיגיע לשלב השלישי, לאחר שעבר את השלבים הקודמים, יזכה לאשראי רב כל כך, שלא מעשי לצפות שייבלם בשלב האחרון, שהוא ערכי באופיו. מכאן נודעת חשיבות להפיכת המבחנים הראשונים למבחנים תקיפים, כלומר כאלה שמתקיימת במסגרתם בחינה יסודית, ומשום כך הם שעשויים להביא, במקרים מתאימים, להסתלקות מאמצעים מסוימים תוך המרתם באמצעים אחרים, פוגעניים פחות. הביקורת שנכתבה לעיל אינה מיועדת לחתור תחת יסודותיה של המידתיות כדי להביא להשלכתה "ככלי אין חפץ



בו". אין מוכרת לנו חלופה טובה ממנה. לכן המאמץ צריך להיות מכוון לעבר שיפורה, וזאת בשתי דרכים עיקריות – בהצעות לעבות את המבחנים שבררך אל המידתיות הצרה ולהוסיף להם משמעות ובהצעות להבנות מבחן אחרון זה. יש יחסי גומלין בין שתי הדרכים: ככל שיצלה המאמץ הראשון – תפחת חשיבותו ויצטמצם מקומו של המאמץ השני. מאמץ ראוי אחר, שלא ייעשה בעיקרו כאן, מכוון לבחינת ההליכים של קבלת החלטות: המבנה של הליכים אלה, המשתתפים (והלא משתתפים) בהם, האופן שבו המשתתפים תופסים את תפקידם בהליכים אלה, איסוף המידע הרלוונטי, היעזרות במומחים, בחינה של חלופות, סדר הדיון וכיוצא באלה.

קודם שנצא לדרך מתבקשת הבהרה. אין הכוונה להציע ניתוח מקיף וממצה של הסוגיות המתעוררות בשלבי הבחינה החוקתית, ובמבחני המידתיות בפרט, על מלוא מורכבותן. מטרת המחקר היא לבחון, בחינה ראשונית, אפשרויות שונות להפעלה מוכוונת ומודרכת יותר של המבחנים החוקתיים. שיטת המחקר התבססה בין השאר על למידה מניסיונם של אחרים, ובעיקר מהתפתחותה של המידתיות במשפט הגרמני, הקנדי והדרום אפריקאי, שסקירות עליהם מתפרסמות בכרך זה וששימשו ללימוד הסוגיה וללימוד דרכי ההתמודדות האפשריות השונות. לכך מצטרף ניתוח – לשם הפקת לקחים – של פסיקה משני קצוות הקשת: פסיקה שנכשלה בהגנה על זכויות האדם ופסיקה שעמדה יפה במשימה זו. במוקד המחקר עמד המתח שבין ביטחון (בייחוד בהקשר של התמודדות עם טרור) לבין זכויות אדם אחרות. בעבודה זו נעזרתי בספרו המונומנטלי של אהרן ברק על המידתיות, בהקשרים רבים מתוך הסכמה, ופה ושם מתוך מחלוקת. הדגש בעבודה הוא במידתיות לא רק ככלי לביקורת שיפוטית כפי שמקובל לראות אותה אלא גם ככלי עבודה של המחליטים עצמם. איזו מתכונת ראויה לה, למידתיות, שתוכל לשמש את מקבלי ההחלטות ולספק להם הנחיה והכוונה?

הסדר המתבקש הוא של בחינת החוקתיות של אמצעי שלטוני: אתחיל בפגיעה בזכות, אמשך בדרישת התכלית הראויה בכל אחד ממבחני המשנה של המידתיות, ולפני סיום אעמוד על היחס שבין מבחני המידתיות – בינם לבין עצמם ובינם לבין דרישת התכלית הראויה.

בשל קוצר המצע אתמקד בעיקר במידתיות החוקתית, שבה המתח שבין הכרעתם של נציגי העם לבין החלטה שיפוטית חריף במיוחד. עם זאת דומה

שעל פי רוב, מה שחל על המידתיות החוקתית ראוי לחול, ואף ביתר שאת, גם על המידתיות המינהלית. הסמכות המינהלית יונקת כוחה מן החקיקה הראשית של הכנסת ומוגבלת על ידיה, ולכן מתחם שיקול הדעת שלה קטן מזה של הרשות המחוקקת.<sup>13</sup> ככלל, הביקורת השיפוטית על הממשל ועל המינהל שנויה במחלוקת במידה פחותה מהביקורת השיפוטית על חקיקה של הכנסת.<sup>14</sup> נמנעתי מדיון בדרישת חוקי היסוד שלפיה הפגיעה צריכה להיות "לפי חוק". ההימנעות מהדיון אינה בשל מיעוט חשיבותה אלא מתוך הערכה שחשיבותה מחייבת דיון נפרד.

## 2. הפגיעה בזכות

בחינת המידתיות מתחילה באיתור פגיעה בזכות. אם אין מאתרים פגיעה בזכות, לא תתקיים בחינה של מידתיות. לכן מדובר בסוגיה קריטית. אמת ניתנת להיאמר, גם שופטים מנוסים עשויים להחטיא בכגון דא.<sup>15</sup> אם כך בשופטים, מה

13 זהו אכן המצב בגרמניה, שבה בולט ההבדל בין מתחם שיקול הדעת אשר ניתן למחוקק הראשי לבין זה הניתן לרשות המבצעת, המתבטא בין השאר במידת האמון וההסתמכות על ההערכות של אותה רשות. ראו למשל HANS D. JARASS & BODO PIEROTH, GRUNDGESETZ KOMMENTAR 384 (2009)

14 בפסיקה דוגמאות רבות לגישה זו. ראו למשל בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, פס' 70 לפסק הדין של שופטי הרוב (2005) (להלן: פרשת חוף עזה): "אכן, לא הרי ביטול חוק בשל אי חוקיותו, כביטול תקנה בשל אי חוקיותה. כביטול חוק בשל אי-חוקיותו עניין לנו כביטול דבר חקיקה שנחקק על ידי גוף שנבחר על ידי העם. מכאן הגישה, כי נדרשת פגיעה בולטת ומשמעותית בזכות אדם חוקתית, כדי להביא לאי-חוקיות החוק".

15 בבג"ץ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלויזיה ורדיו, פ"ד נה(4) 267 (2001), קבע ברק בפסק דינו כי שידור סרט בשבת אינו פוגע בזכות לחופש הדת של העותרים; גישה שונה נקטה שם השופטת דורנר, אשר סברה כי לזכות לחופש הדת אין מרחב נסיגה נוכח תפיסת העותרים שמדובר בחילול שבת, ולפיכך על הזכות לחופש הביטוי של המשיבים לסגת. להרחבה על חופש הביטוי בפסיקת ברק ראו מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "על חופש הביטוי בפסיקתו של אהרן ברק" ספר ברק 159 (2009). בבג"ץ 3750/03 גרשוני נ' שרת החינוך ואח' (פורסם בנבו, 5.5.2003) דחה בית המשפט העליון את טענת העותר כי נפגע חופש הביטוי או חופש היצירה שלו בהחלטה לשלול ממנו את הזכייה בפרס ישראל אם לא יתייצב לטקס. קל לראות

יגידו מקבלי ההחלטות? אין מנוס מהכנסת הבדיקה של אפשרות התקיימות של פגיעה בזכות לתהליך של קבלת החלטות כעניין העומד בפני עצמו ומחייב בחינה והתייחסות. במקביל צריך לעורר רגישות ולפתח אוריינות ומיומנות באיתור פגיעה בזכויות. השאלה מתי נפגעה זכות עשויה להיות שאלה קלה שהתשובה עליה מובנת מאליה, אך היא עשויה להיות גם שאלה קשה ומעוררת מחלוקת. מידת הקלות או הקושי מושפעת בראש ובראשונה ממידת הבהירות שבה מוגדרות הזכויות בחוקה. במקום שבו כלולה בחוקה הזכות לכבוד אנושי מתעוררת שאלה קשה של מהות הזכות והיקפה.<sup>16</sup> מתפיסה אחת יש להימנע: מזו המבקשת לקבוע מראש את התוצאה של התנגשות בין זכות לבין זכות אחרת לבין אינטרס חברתי באמצעות התכחשות לאופייה או להיקפה של זכות מוכרת. יש רושם שזהו המהלך שנקטו מקצת שופטי הרוב בפרשת איחוד המשפחות הפלסטיניות.<sup>17</sup>

ברור שאם מצפים ממקבלי ההחלטות להפעיל בחינה של מידתיות הפעלה מושכלת, חייבים לציידם ברשימה מובנת. נשאלת השאלה מה ההנחיה הכללית המתבקשת למקרה של ספק פגיעה בזכות. כיצד ראוי לנהוג? ההנחיה המתבקשת היא שיש להתייחס למקרה כזה כאל פגיעה בזכות. כך נובע מיחס של כבוד

---

לדעתי ששלילת הפרס הייתה צעד עונשי על מחאה של הצייר גרשוני – הודעתו כי לא יתייצב לטקס הייתה ביטוי של התנגדות לממשלה. בבג"ץ רע"ב 2459/12 סעיד צלאח נ' שרות בתי הסוהר, דחה בית המשפט העליון שלוש בקשות רשות ערעור של אסירים ביטחוניים על החלטות בתי המשפט המחוזיים, שאישרו החלטת שב"ס למנוע מאסירים ביטחוניים ללמוד לימודים גבוהים באוניברסיטה הפתוחה. הנשיא גרוניס ביסס את החלטתו על אי-קיומו של עיגון בדין לזכותו של אסיר ללמוד לימודים גבוהים תוך כדי שהותו בבית הכלא. לא קשה לראות את הזיקה הברורה בין לימודים גבוהים לבין הזכות לחופש הביטוי.

16 מרדכי קרמניצר ומיכל קרמר כבוד האדם כערך חוקתי עליון ומוחלט במשפט הגרמני – האם גם בישראל? 33–57 (מחקר מדיניות 85, 2011). גם הפסיקה התחבטה רבות בשאלת היקף הזכות לכבוד האדם, וראו לדוגמה בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, פס' 34 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 11.5.2006) (להלן: פרשת התנועה לאיכות השלטון); בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, ס' 4 לפסק הדין של השופטת דורנר (1995) (להלן: עניין מילר); בג"ץ 6784/06 שליטנר נ' הממונה על תשלום גמלאות, פס' 3 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין (פורסם בנבו, 12.1.2011).

17 פרשת עדאלה, ראו לעיל ה"ש 11.

לזכויות. מבין שתי החלופות האפשריות – התעלמות מן האפשרות שמדובר בפגיעה בזכות ואי-התעלמות מכך – אי-התעלמות מתחייבת אם מתייחסים לזכות בכבוד. במקרה של טעות, כלומר שלאמיתו של דבר אין מדובר בפגיעה בזכות, המחיר החברתי שתגבה גישה זו אינו גבוה. במקרה כזה מדובר באינטרס שעדיין לא זכה למעמד של זכות או במה שמצוי באזור הגבול של היקף הזכות, מצדו החיצוני של הגבול. בשני המצבים אין נזק בבחינתה של הצדקת הפגיעה. אם נייחס משקל יתר לאותו היבט שנפגע – זהו מחיר חברתי לא רצוי, אבל הוא יהיה, ככלל, נמוך מהמחיר של התעלמות מפגיעה בזכות במקרה ההפוך, שבו אכן מדובר בזכות. צריך לזכור גם שהגבול בין האינטרס של היום או היקף הזכות של היום לבין הזכות של מחר הוא דק ונזיל.<sup>18</sup> אפשר שיהיו מקרים שבהם ההנחה שמדובר בפגיעה בזכות היא רבת חשיבות מבחינת היקף המאמץ הדרוש לשם בחינת מידתיותה של הפגיעה. במקרים כאלה ניתן להחליט להימנע מבדיקה כזו על יסוד יעוץ משפטי שלפיו אין מדובר בפגיעה בזכות.<sup>19</sup>

יש משהו שגוי ומטעה מבחינת מקבלי ההחלטות במבנה של בחינת המידתיות, המניח מראש פגיעה בזכות. אסור שהפגיעה בזכות תהיה בבחינת המובן מאליו. בראשית, וגם כאשר מדובר בתכלית חשובה וחיונית במיוחד, יש לבחון אם ניתן להשיג את התכלית ללא פגיעה בזכות, ואם יש דרכים סבירות לקידום התכלית שאינן כרוכות כלל בפגיעה בזכות. ברור שיש להעדיף מצב דברים כזה על מצב דברים שבו התכלית מקודמת באמצעות פגיעה בזכות. המאמץ הראשון צריך להיות מכוון לבחינתה של שאלה חשובה זו.

הדעת נותנת כי אין להסתפק בעצם הקביעה שחלה פגיעה בזכות. ראוי, כפי שעשתה השופטת ארבל בפרשת המסתננים, לעמוד כבר בשלב זה על טיבה ועל מידתה של הפגיעה.<sup>20</sup> פירוט של מהלך בחינת הפגיעה יבוא בהמשך.

18 האינטרס עשוי לזכות בהכרה כזכות או שהיקף הזכות עשוי להתרחב.

19 יצוין שהדיון שלעיל התמקד בשאלת הספק המשפטי ולא העובדתי, וההבדל בין השניים נעוץ בכך שספק עובדתי עשוי לנבוע משאלה של הסתברות הפגיעה (אפסי או קרוב לכך או לא) או משאלה של גודל הפגיעה (בטל בשישים או לא). לעומת זאת ספק משפטי מתייחס לעצם קיומה של זכות משפטית בהקשר הנדון.

20 בג"ץ 7146/12 גנ'ט סרג' אדם נ' הכנסת, פס' 68-115 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 16.09.2013) (להלן: פרשת המסתננים).

### 3. מבחן התכלית הראויה

כאמור, יש משהו מטעה במיקוד הדיון במידתיות ומטעה גם בהצגה רווחת של דרישת התכלית הראויה כאילו היא תנאי מוקדם לבדיקת המידתיות. אף שקביעה זו נכונה עובדתית, היא מגמדת את מעמדה של דרישת התכלית הראויה. דרך נכונה יותר היא להתייחס באופן כללי לחוקתיות או לפסקת ההגבלה. במסגרת בחינת החוקתיות: מדובר בדרישה הראשונה, אחת מן השתיים, לשם עמידה בפסקת ההגבלה ובדרישת החוקתיות. עמידה בה מעבירה אל בחינת המידתיות. כלומר מדובר בשתי דרישות שוות מעמד, כשהדרישה לתכלית ראויה קודמת לדרישת המידתיות. בחינה זו מתמקדת במטרת החוק (או האקט השלטוני הפוגע). על הפגיעה בזכות להיעשות "לתכלית ראויה בלבד". הדיון יפתח בשאלת מהותה של התכלית הראויה, תוך ניסיון להציע פירוט, לאו דווקא ממצה, של תכליות ראויות וכן של תכליות שאינן ראויות, והמשכו בהצעה לדירוג התכליות לפי מידת חשיבותן ולמבחן נוסף של תכלית ראויה בהקשר של הזכות שנפגעת. מכאן אעבור לדיון בשאלה – תכלית אובייקטיבית, סובייקטיבית או שתייה? ולבסוף אתייחס לשאלה – תכלית מופשטת או קונקרטיית?

הלכה למעשה דרישת התכלית הראויה בישראל טומנת בחובה גם את התנאי של "הלימת ערכיה של מדינת ישראל". תנאי זה דורש שהפגיעה תיעשה "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל".<sup>21</sup> ישאל השואל, מהם ערכיה של מדינה ישראל? סעיפי המטרה של חוקי היסוד העוסקים בזכויות אדם – חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק – מספקים תשובה עקרונית, ברמה גבוהה של הכללה, לדרישה זו, ולפיהם חוקי היסוד נועדו "לעגן [...] את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".<sup>22</sup> לפיכך הנחת הבסיס לדיון היא שתכלית ראויה צריכה להלום את השילוב הערכי הנובע מאופייה של המדינה. לא ניכנס כאן לעובייה של קורה זו. יצוין כי לפי הפסיקה, אופייה היהודי של המדינה עשוי להצדיק העדפתם של יהודים ממי שאינם יהודים בקבלת כרטיס הכניסה לחברה הישראלית,<sup>23</sup> אולם אין הוא יכול להצדיק פגיעה בשוויון הזכויות

21 ס' 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק.  
 22 ס' 1א לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 2 לחוק יסוד: חופש העיסוק.  
 23 בג"ץ 10226/08 זבידובסקי נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 2.10.2008).

האזרחי המלא לכלל אזרחי המדינה.<sup>24</sup> שאלת הרכיב הדתי באפיון המדינה מעוררת קשיים רבים שלא יידונו כאן במלואם אלא בהתייחסות לכתיבתו של אהרן ברק בסוגיה זו.<sup>25</sup>

אף שהתכלית היא דרישת סף במרבית שיטות המשפט,<sup>26</sup> לא כולן נוקטות לשון אחת בתיאור התכלית. למרות זאת ניתן לומר כי ברוב המדינות הדמוקרטיות נדרש לא רק שהמטרה תהיה חוקית ושתהיה מתאימה לחברה חופשית ודמוקרטית אלא יותר מזה.<sup>27</sup>

אצלנו נדרש שהתכלית תהיה ראויה. נפסק כי תכלית ראויה היא מטרה חיובית מבחינת זכויות האדם וערכי החברה, לרבות התכלית של קביעת איזון סביר והוגן בין זכויות של בני אדם שונים בעלי אינטרסים שלעיתים מנוגדים זה לזה,<sup>28</sup> או בלשונו של ברק: "התכלית הראויה נועדה להגשים מטרות חברתיות חשובות לקיומה של מסגרת חברתית שמכירה בחשיבותן החוקתית של זכויות האדם ובצורך להגן עליהן",<sup>29</sup> או: "...העולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל, המגלה רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל".<sup>30</sup> כלומר, התכלית צריכה לעלות בקנה אחד עם שיטה משפטית המחויבת לזכויות

- 24 בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000) (להלן: עניין קעדאן).
- 25 מרדכי קרמיניצר "הרהורים אישיים בעקבות 'יהודית ודמוקרטית: הרהורים אישיים' ובעקבות הספר 'בקר וערב' " ספר לבונטין: מאמרים במשפט לכבודו של אביגדור לבונטין 211 (ברק מדינה, יהושע ויסמן וסיליה וסרשטיין פסברג עורכים, 2013).
- 26 לסקירה על דרישת התכלית בקנדה ראו PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA p. 19–32 (5<sup>th</sup> ed., 2009). למצב בדרום אפריקה ראו ס' 136 (1) לחוקה וכן STUART WOOLMAN & HENK BOTHA, LIMITATIONS IN CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA, 73–79 (Woolman et al. eds., 2<sup>nd</sup> ed., 2006). למצב בגרמניה ראו Dieter Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, 319–317 U. TORONTO L. J. 383, 388 (2007) "ה"ש 1, בעמ' 319–317, 352–345.
- 27 לעומת זאת, לפי ברק, בגרמניה די בתכלית לגיטימית, דהיינו תכלית שאינה אסורה לפי החוקה, ולהרחבה ראו Grimm, שם.
- 28 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, פס' 75 לפסק דינו של הנשיא לשעבר שמגר (1995) (להלן: פרשת בנק המזרחי).
- 29 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 320.
- 30 פרשת התנועה למען איכות השלטון, לעיל ה"ש 16, פס' 52 לפסק דינו של הנשיא ברק.

אדם. בקנדה נדרש שהפגיעה תהיה "demonstrably justified" (מוצדקת באופן מומחש או ניתן להמחשה או בתרגום חופשי יותר: מוצדקת בעליל) בחברה חופשית ודמוקרטית.<sup>31</sup> בפרשת *Oakes* קבע בית המשפט העליון של קנדה כי המטרה צריכה להיות בעלת חשיבות מספקת כדי להצדיק ("וורנט") התגברות על זכות חוקתית.<sup>32</sup> הסטנדרט (של החשיבות) צריך להיות גבוה כדי להבטיח שיעדים טריוויאליים או כאלה שאינם תואמים את העקרונות האינטגרליים של חברה חופשית ודמוקרטית לא יזכו להגנה חוקתית. אצלנו נקבע, בפרשת בנק המזרחי מפי הנשיא שמגר, שאל לה לתכלית להיות שולית, כזו שערכה הבונה הוא זניח. עליה להיות בעלת חשיבות ומשקל ראויים.<sup>33</sup> בדרום אפריקה נדרש שהפגיעה בזכות תהיה סבירה וניתנת להצדקה בחברה חופשית ודמוקרטית המחויבת לכבוד האדם, לשוויון ולחירות.<sup>34</sup> בארצות הברית אין מבחן אחיד: אשר לפגיעה בזכויות חשובות במיוחד או פגיעות במיוחד נדרש כתנאי להצדקת הפגיעה בהן שהאינטרס המדינתי יהיה "compelling" (מכריע, משכנע במיוחד או בעוצמה רבה); אשר לדרגת הביניים של זכויות חשובות ופגיעות נדרש אינטרס חשוב; אשר לדרגה השלישית מסתפקים במטרה שהיא חוקתית.<sup>35</sup> בהכללה, במדינות השונות

31 'ס 1 לחוקה הקנדית: The Constitution Act, 1982.

32 R. v. Oakes [1986] 1 S.C.R. 103, 114 (להלן: פרשת *Oakes*):

Two central criteria must be satisfied to establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. First, the objective to be served by the measures limiting a *Charter* right must be sufficiently important to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom.

33 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 352.

34 'ס (1)7 לחוקת דרום אפריקה: "This Bill of Rights is a cornerstone of democracy in South Africa. It enshrines the rights of all people in our country and affirms the democratic values of human dignity, equality and freedom"

35 JOHN E. NOWAK & RONALD D. ROTUNDA, CONSTITUTIONAL LAW 339–341 (5<sup>th</sup> ed., 1996); Ashutosh Bhagwat, *Purpose Scrutiny in Constitutional Analysis*, 85 CAL L. R. 297, 303–304 (1997). הבחינה המחמירה ביותר (strict scrutiny) דורשת שתכליתו של חוק הפוגע באחת הזכויות המשתייכות לקטגוריה תהא להגשים מטרה מדינתית חיונית (compelling state interest), צורך ציבורי לוחץ (pressing public necessity) או אינטרס מדינתי מהותי (substantial state interest). האמצעים שהחוק נוקט לשם הגשמת המטרה צריכים להיות חיוניים או הכרחיים (necessary) להגשמתה. האמצעים צריכים להיות תפורים בקפידה (narrowly tailored) להשגת המטרה באופן שלא יהיה אמצעי שפגיעתו פחותה ולא יהיה כיסוי יתר (over inclusiveness, over)

המפעילות דוקטרינה של מידתיות כמוכנה הרחב מדובר במבחן שחוקים מעטים ביותר נכשלים בו<sup>36</sup> ושאינו נדבך חשוב בבחינה החוקתית.<sup>37</sup> אם מבחן התכלית אמור להיות מבחן של ממש ולא משבצת לסימון "עובר", עדיף אפיון התכלית כראויה מחוקית. זאת ועוד, היא צריכה להיות תכלית ראויה בחברה חופשית ודמוקרטית המחויבת לזכויות האדם. חשוב למשל להכווין את המחליטים לכך שתכלית שאין לה חשיבות של ממש לא תוכל להצדיק פגיעה בזכות. כאשר עצם התכלית היא לפגוע בזכות או בהוראה חוקתית אחרת – מדובר בתכלית שאינה ראויה. הכוונה כזו יכולה למנוע מלכתחילה מהלכים מזיקים המשמיעים זילות כלפי זכויות חוקתיות ולחסוך זמן ומאמץ בשלב של קבלת החלטות ובשלב של ביקורת שיפוטית עליהן. במיוחד קריטי להציב כאן מסננת צפופה אם מאמצים את גישתו רבת ההשפעה של אלקסי (שברק חולק עליו בעניין זה), ולפיה נדרש איזון בין זכות אדם לבין אינטרס ציבורי באופן שמבקש להביא להגשמה מלאה ככל האפשר של שני הערכים המתחרים.<sup>38</sup> אם כל אינטרס ציבורי הוא מטרה

---

(breadth) רחב מן הנדרש להגשמת תכליתו של החוק. הזכויות הכלולות בקטגוריה המחייבת בחינה מחמירה הן חופש הביטוי, חופש ההפגנה וההתכנסות, חופש הדת, חופש התנועה בתוך המדינה, זכות הבחירה והזכות לשוויון מפני אפליה על בסיס מקום, מגורים או גזע. הבחינה הבינונית (intermediate scrutiny) דורשת שתכליתו של החוק הפוגע תהא להגשים מטרה ממשלתית חשובה (important governmental objective), ושהאמצעים שיינקטו להגשמת המטרה יקיימו יחס מהותי (substantial relation) לתכלית. הקטגוריה המחייבת בחינה בינונית כוללת זכויות כגון חופש ביטוי מסחרי, חופש ביטוי בפורום ציבורי והזכות לשוויון מפני אפליה על בסיס מגדר או גיל. הבחינה המינימלית (minimal scrutiny) דורשת שתכליתו של החוק הפוגע תהא להשיג יעד ממשלתי לגיטימי (legitimate government purpose), ושיהיה קשר רציונלי בין האמצעים לבין תכלית החוק. עם הזכויות בקטגוריה זו נמנות זכות התנועה מחוץ למדינה והזכות לשוויון מפני אפליה שאינה מושתתת על אחד הבסיסים ה"חשודים" שנמנו בקטגוריות לעיל. להרחבה ראו ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 602–603.

36 Hogg, לעיל ה"ש 26, בעמ' 23: "In practice, however, the requirement of a sufficiently important objective has been satisfied in all but one or two of the Charter cases that have reached the Supreme Court of Canada"

37 אולי ההסבר היותו של התכליות כמעט תמיד ראויות נובע מהרגישות הפוליטית לייחס "אי-ראויות" למחוקק והסתמכות על שיהיה ניתן לעצור חוק כזה בשלבים מתקדמים יותר בגלל הקשר שלהם לעניין "ראויות" התכלית.

38 Robert Alexy, *The Construction of Constitutional Rights*, 4 L. & ETHICS HUM. RTS. 19, 66 (2010). אלקסי אינו מבחין בין איזון בין זכות חוקתית לאינטרס של טובת



ראויה שיש לשאוף להגשמה מלאה שלה ככל האפשר, משמעותה של הפגיעה בזכויות היא מרחיקת לכת ביותר. אין להסיק מכאן שאין חשיבות למסנת של ממש גם לפי הגישה האחרת. אם כל אינטרס ציבורי, קל ערך בחשיבותו ככל שיהיה (שאינן מניעה לקדמו בדרכים שאינן כרוכות בפגיעה בזכויות), הוא מועמד לתחרות עם זכות אדם על היקפה של הזכות ועלול להביא לצמצומה – הסכנה לתחום המוגן של זכויות בסופו של דבר ברורה. יתר על כן, עצם העמדתה של זכות במצב שבו עליה להתגונן מפני התקפה של אינטרס ציבורי קל ערך משמיע פחות בערכה של הזכות.

מה שחייבים להימנע ממנו הוא אפיון התכלית במאפיין מוקפד ותובעני כאשר בפועל אין מקפידים על בחינת העמידה במאפיינים אלה וקובעים כדבר שבשגרה את התקיימותם. זו גישה ש"מכה פעמיים" – היא מקנה מעמד וחשיבות ליעדים שאינם ראויים לכך, והיא אף עלולה לשבש את ההחלטה בשלב האחרון – משום שתכלית שהיא לאמיתו של דבר חסרת חשיבות או לא ראויה, מגיעה לבחינת המידתיות במובן הצר כשהיא נושאת גושפנקה הפוכה – של "ראויות" וחשיבות. אם צריך לבחור בין התנהלות כזו לבין הורדת הסף באפיון התכלית מלכתחילה – עדיפה האפשרות השנייה.

מוסכם שהגנה על זכות חוקתית או קידומה היא מטרה ראויה, וראויות נובעת ממעמדה החוקתי. אצלנו כלולות בהגדרה זו גם הזכויות החברתיות, הזכות לטיפול רפואי והזכות לחינוך.<sup>39</sup> לא רק הזכות החוקתית במשמעותה ככזו ראויה להגנה ולקידום (גם על חשבון פגיעה בזכות). גם הערך החוקתי שהזכות מגלמת ראוי למעמד כזה. למשל, הערך של חיי אדם רחב מזה של הזכות לחיים, בכלל זה גם את הערך של חיים בהתהוות – חיי העובר. ממעמדם החוקתי של

---

הכלל מצד אחד לבין איוון בין שתי זכויות חוקתיות מצד אחר. לעומת זאת אצל ברק הניתוח החוקתי שונה בשני המצבים. למשל, אם מטרת הפגיעה בזכות החוקתית היא להגן על זכות חוקתית אחרת, תהא זו, מעצם הגדרתה, "תכלית ראויה". לא כן כאשר מדובר ב"טובת הכלל". זו צריכה להוכיח את עצמה כראויה. לדעת ברק, על הרשויות מוטלת חובה חוקתית להגן על זכויות אדם, אך אין מוטלת עליהן חובה חוקתית להגן על טובת הכלל. להרחבה ראו ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 64-65.

39 להרחבה על היקף הזכויות שראוי שייחשבו זכויות חוקתיות ראו המכון הישראלי לדמוקרטיה חוקה בהסכמה: הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה 155-170 (בהנהגת מאיר שמגר, 2005).

זכויות הפרט עולה ראיות תכליתם של האיסורים העונשיים שנועדו להגן עליהן (גם מעבר לזכויות שזכו אצלנו לאזכור בהקשר של החובה החיובית לכבדן, ואף מעבר לזכויות שזכו לאזכור מפורש בחוקי היסוד). עולה מכאן גם הראיות, מבחינת התכלית, של הסדרים חוקיים שנועדו לאפשר את אכיפת הדין שמגן על זכויות האדם ועל מה שנדרש לשם כך ברמה המבנית-מערכתית, למשל ההגנה על יכולת התפקוד של גורמי אכיפת החוק, לרבות המערכת השיפוטית.<sup>40</sup> גם קידומה של זכות אדם שאינה חוקתית והגנתה הם מטרות ראויות במדינה דמוקרטית. במיוחד בישראל, שבה ההגנה על זכויות ברמה החוקתית היא צרה בהיקפה, אין להתעלם בשום פנים מזכויות בסיסיות חיוניות ביותר שלא אוזכרו מפורשות בחוקי היסוד, גם אם אין הן נופלות בגדר כבוד האדם, ובראש ובראשונה חופש הביטוי במובנו הרחב, החופש לדת ומדת, הזכות לשוויון והזכות לשם טוב. ברור שהגנה חיובית ושלילית עליהן היא תכלית ראויה.

ערכים חוקתיים נוספים, מלבד זכויות אדם, מגלמים גם הם תכליות ראויות. הבסיס לערכים אלה יכול שיהיה הטקסט החוקתי עצמו, במיוחד האינטרסים הציבוריים שהחוקה מזכירה כמצדיקים פגיעה בזכויות, המבואר לחוקה כמו זה של החוקה האמריקאית,<sup>41</sup> יסודות המשטר והשיטה המשפטית כפי שהם באים לידי ביטוי בחוקה, בסדר המשטרי עצמו (היות המדינה מדינה דמוקרטית או פדרטיבית) או במסמכי היסוד של המדינה המשקפים את ה"אני מאמין" שלה, כדוגמת הכרזות של עצמאות, ובכללן הצהרת העצמאות שלנו.<sup>42</sup> התיאור הקצר הזה מחזיק מכלולים של אינטרסים ציבוריים ראויים. למשל, טיבו הדמוקרטי של המשטר כשלעצמו מנביע את הצורך להגן עליו מפני מבקשי נפשה של הדמוקרטיה (כלומר

40 למותר לציין שאין הכוונה שאכיפת חוק נדרשת רק באשר לזכויות אדם.

41 Stephen E. Gottlieb, *Compelling Governmental Interest: An Essential but Unanalyzed Term in Constitutional Adjudication*, 68 B.U.L. REV. 917, 958-960 (1988)

42 הכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר התש"ח 1:

מדינת ישראל תהא פתוחה לעלייה היהודית ולקיבוץ גלויות; תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה; תהא מושתתת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל; תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות; תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות; ותהיה נאמנה לעקרונותיה של מגילת האומות המאוחדות.

ההגנה החוקתית, העונשית והמינהלית על המשטר הדמוקרטי; את החובה לחנך אזרחים מחויבים לדמוקרטיה ומושכלים לתפקוד ריבוני;<sup>43</sup> את כל מה שכרוך בקיומו, בתקינותו, בטוהרן ובמשמעותן של בחירות דמוקרטיות (לרבות חופש הדעה והביטוי במובנם הרחב, כמו גם החופש להתאגד ולהתארגן); את עקרונות הדמוקרטיה, שגם מהם עולה מחויבות להגנה על זכויות האדם וזכויות המיעוט, הפרדת הרשויות, שלטון החוק וחובת הנאמנות של רשויות השלטון לציבור האזרחים;<sup>44</sup> את הצורך בטיפוח מוסדות חברתיים, כגון האקדמיה, התקשורת, התרבות, האמנות (והדת?) תוך שמירה על החופש והאוטונומיה שלהם.

בספרו של ברק מופיע תיאור שממנו עולה כי קיימת מחלוקת בהיקף רחב בדבר תחום התכליות הראויות. גדר המחלוקת, לפי תיאור זה, משתרע בתוכם שבין ההסכמה שמניעת קטסטרופות, כדוגמת כיליון לאומי או אסון חברתי, היא תכלית ראויה, לבין ההסכמה שלא כל אינטרס ציבורי או אינטרס של טובת הכלל (לפי שיטת ברק כל אינטרס שאינו בגדר זכות חוקתית) הוא תכלית ראויה לפגיעה בזכות חוקתית.<sup>45</sup> דומה כי שדה המחלוקת העולה מתיאורו של ברק רחב מזה הקיים באמת. הלכה למעשה, גם תחום ההסכמה רחב יותר. למשל, לא יכולה להיות מחלוקת על הראויות של אינטרסים ציבוריים הנגזרים ישירות או במובהק מן ההגנה על זכויות אדם, כגון הבטחת שלום, בריאותם והתפתחותם התקינה של קטינים, בריאות הציבור, חיזוק תחושת הביטחון של האזרחים (כלפי חוץ ופנים כאחד), בטיחות בדרכים,<sup>46</sup> איכות הסביבה והאינטרסים הציבוריים הנגזרים מן הצורך להגן על המכלול השלם של זכויות ואינטרסים ציבוריים,

43 להרחבת המשמעות ראו אוקי מרושק־קלארמן אין קצת דמוקרטיה: על חינוך לדמוקרטיה ודמוקרטיה במערכת החינוך (1991); ריקי ססלר "חינוך אזרחי בחברה לא־אזרחית: מגמה ממלכתית או משחק קטגוריאל־פוליטיקה" 14, 25–50 (2005).

44 א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש־עשרה נ' ח"כ אחמד טיבי, פס' 6, 11–13 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 15.5.2003); וכן Gottlieb, לעיל ה"ש 41, בעמ' 961. גוטליב כולל ניהול יעיל ואפקטיבי של ענייני הממשלה כניהול ענייני מסור, אחראי ויעיל של ענייני הציבור שעליהם מופקדות רשויות המנהל במסגרת סמכות ואחריות.

45 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 304.

46 Gottlieb, לעיל ה"ש 41, בעמ' 948.

ובראשם מניעת עבריינות ואכיפת החוק,<sup>47</sup> קיום והתנהלות תקינה של השירות הציבורי ועידוד קיומה וטיפוחה של רוחה כלכלית.<sup>48</sup> ובכל זאת קיימת מחלוקת. מגישתו של ברק לא ברור לגמרי מה כלול אצלו בגדר טובת הכלל, שהיא בגדר תכלית ראויה, ומה מוצא מגדר זה. ניכרת אצלו מגמה של הרחבת האינטרסים הכלליים הבאים בחשבון וגישה מסויגת כלפי אפיון אינטרסים מסוימים כתכליות שאינן ראויות.<sup>49</sup> אין ניכרת אצלו רגישות לפוטנציאל של אינטרסים כלליים, רחבים ועמומים לשמש בסיס לפגיעות לא מוצדקות בזכויות. הוא מזכיר בהבנה רגישות כזו בדרום אפריקה שלאחר האפרטהייד, אולם אין הוא רואה מקום לרגישות דומה אצלנו אף שהונהג אצלנו משטר צבאי באשר לאוכלוסייה שלמה במשך כשמונה עשרה שנה,<sup>50</sup> וטיעוניהם בדבר אינטרסים קיומיים וביטחוניים משמשים תכופות להצדקת פגיעות קשות ביותר בזכויות יסוד. ברק קובע, בצדק, כי תכניה של טובת הכלל צריכים להיגזר מעקרונות היסוד של החוקה, ובהם הדמוקרטיה ושלטון החוק. אולם לא ברור, כפי שננסה להראות, שהוא נאמן לגישה זו. מקור נוסף, לפי ברק, לתכנים אלה היא תפיסת הצדק והסובלנות של החברה. מקור זה מעורר קושי – מה קורה כאשר תפיסת הצדק והסובלנות של החברה פגומה ופוגענית, למשל מצד הרוב כלפי מיעוט קבוע? לדבריו, על השיקול המצדיק פגיעה בזכות החוקתית להיות ברמת חשיבות חברתית כזו שבעיני החברה יש בו כדי להצדיק פגיעה בזכות חוקתית או הגבלתה.<sup>51</sup> ברק אינו מתכוון לבדיקה עובדתית של מה חושבת החברה, ולכן ספק אם יש בדברים על חשיבות חברתית בעיני החברה כדי לשמש הדרכה ממשית. גם אם הייתה כוונה לבחון בחינה של ממש מה החברה חושבת בסוגיות אלה, ספק אם היה ניתן להגיע לתשובות ברורות או כאלה שבשכיח או ברגיל הן ראויות. כאמור, עולה מגישתו תפיסה מרחיבה. הוא כולל "בגדרי המינימום הדמוקרטי מספר קטגוריות של מטרות ראויות", בין השאר את קיום

47 שם, בעמ' 953.

48 שם, בעמ' 951.

49 ברק מונה בכלל "טובת הכלל" את אלה: עצם קיומה של המדינה, ביטחונה, סדר ציבורי, צדק, סובלנות, רגשות אדם וכיוצא באלה. להרחבה ראו ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 328-343.

50 מנחם הופנונג ישראל – בטחון המדינה מול שלטון החוק 259-276 (1991).

51 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 430.

המדינה כיחידה פוליטית. אין מובהרת אצלו ההבחנה בין ביטחון לקיום (לבד מקביעה בנוגע לביטחון המדינה שהגבול ביניהם הוא דק). כך גם אין מובהרת אצלו ההבחנה בין פגיעות בזכויות שיש קשר ביניהן לבין סכנה לקיום המדינה, לבין פגיעות בזכויות שפוגעות בביטחון המדינה בלבד. אין מופיעה בכתובת אזהרה מפני שימוש רטורי למטרות הענקת לגיטימציה לפגיעות חמורות בזכויות בשם קיום המדינה, כאשר למעשה אין כל סכנה לקיומה.<sup>52</sup> הוא ממחר להצדיק את פסילת הרשימות והמועמדים אצלנו בעילה של שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, בהסתמכו על חוקות אחרות.<sup>53</sup> אין הוא עומד על החריגות המובהקות והבעייתיות הקשה בהקשר זה – מבחינת הדמוקרטיה – כאשר לשלילת קיומה של ישראל כמדינה יהודית, כאשר הדבר נעשה בדרכי שלום חוקיות. בהקשר של ביטחון המדינה הוא אמנם מזכיר שעיקר השאלה אינו בעצם הלגיטימיות של התכלית אלא בהיקפו של הביטחון הלאומי, אך אין הוא עומד על משמעות הסוגיה הזו. הוא כולל בביטחון גם את ההגנה על מוסדות השלטון מפני אויבים מבפנים, כלומר גם הגנה על המשטר (דבר שאינו מתחייב מהמושג ביטחון המדינה במשמעותו המקובלת). משום מה, הוא משתמש באפיון ישן של השופט אגרנט באופן שמכניס לביטחון גם את הסדר הציבורי ושלום הציבור.<sup>54</sup> כך הופך ביטחון המדינה מאינטרס מסוים שיש לו קווי אופי מיוחדים, וככזה הוא חובק עולם, למושג שאין לו פנים ואין לו גבולות. הניתוח של ברק את מושג הסדר הציבורי הוא מודע ורגיש יותר לבעייתיות של השימוש במושג

52 ראו לדוגמה פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 11, פס' 5 לפסק דינו של השופט גרוניס: "על יסוד נתונים אלה יש לדעתי לומר, כי קיימת וודאות שכניסה של אלפי בני זוג נוספים תביא בעקבותיה פגיעות בחיי אדם, וזאת אף אם תיערך בדיקה ביטחונית ביחס לכל אחד ואחד"; וע"ב 2/84 ניימן נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה, פ"ד לט(2) 225, פס' 7 לפסק דינו של השופט ברק: "חוקה אינה מרשם להתאבדות וזכויות אזרח אינן במה לכיליון לאומי"; ע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 535 (1998) (להלן: ערעור כהנא), פס' 6 לפסק דינו של השופט ברק: "אינטרס הציבור הוא כי חברה תשמור על ביטחונה, על שלמותה ועל שלום הציבור בה. חופש אינו הפקרות. חירות אינה אנרכיה. זכויות אדם אינן מרשם להתאבדות לאומית. חופש הפרט אינו מכשיר להרס התשתית החברתית".

53 מדרכי קרמניצר פסילת רשימות 55-57 (2005).

54 הוא אמנם מציין שזהו האפיון של חופש הביטוי, ועשויות לבוא בחשבון הגדרות אחרות להקשרים אחרים, אולם אם הגדרה זו מתאימה לזכות כה חשובה כמו חופש הביטוי הפוליטי, מה יצדיק גזרה צרה יותר בהקשר אחר?

זה, שהוא מסגרת לכמה וכמה אינטרסים שונים מאוד אלה מאלה. עם זאת אין הוא מציע להימנע כליל מהזדקקות למושג זה, שהשימוש בו אינו מועיל ואף עלול להטעות ולהזיק. גם סובלנות והתחשבות ברגשות האחר הן מבחינתו תכליות ראויות. דומה כי חסרה בהקשר זה אצל ברק הבחנה בין תכלית ראויה לצרכים שונים, כגון חינוכיים, סמליים והסברתיים, לבין תכלית ראויה לשם פגיעה בזכויות חוקתיות. האם פגיעה בזכויות חוקתיות לשם הסובלנות מקדמת את הסובלנות או שמא היא חותרת תחתיה ופועלת נגדה? האין פגיעה בזכותו של אדם לשם הגנה על רגשותיו של אחר עשויה להיות כרוכה בפגיעה גם ברגשותיו של מי שפוגעים בזכותו? האין היא פגיעה בסובלנות?<sup>55</sup> האומנם אינטרסים אלה הם תכליות ראויות לפגיעה בזכויות חוקתיות? כאן מונחת ראשיתה של התשתית המאפשרת כפייה דתית ולאומנית. המשכה של התשתית מצויה בקטגוריה שברק מכיל "בגדרי המינימום הדמוקרטי" – "קיום ערכיה היהודיים" של המדינה. הערכים האלה מתחלקים לשניים: ציוניים ומורשתיים. במסגרת הערכים הציוניים נאמר ש"מדינה יהודית היא מדינה שההתיישבות היהודית בשדותיה, בעריה ובמושבותיה היא בראש דאגותיה".<sup>56</sup> האין כאן הזמנה לאפליה בתחום ההתיישבות?<sup>57</sup> אשר לערכים היהודיים – אלה כוללים את תורת ישראל ואת ההלכה היהודית.<sup>58</sup> מה בין אלה לבין המינימום הדמוקרטי לא ברור, ואף אי-אפשר למצוא מאפיינים כדוגמתם בשום דמוקרטיה אחרת הראויה לשמה. לכאורה, מכוח גישה זו הופכים ערכים אנטי-שוויוניים ואנטי-סובלניים, ערכים של פרטיקולריזם קיצוני לערכי המדינה. למצער, פותחים פתח לחדירתם של ערכים אלה. ברק מציע תפיסה חוקתית שלפיה יש לחתור להשגת השלמה והרמוניה בין הערכים היהודיים שלה לבין ערכיה הדמוקרטיים: "למנוע ניגודים [...] ולמצוא את המאחד את המשותף".<sup>59</sup> כדי להמחיש זאת הוא מציין שבמקום שבו מצויים

55 בג"ץ 257/89 ענת הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, מח (2) 265, פס' 2 לפסק דינו של הנשיא שמגר: "סובלנות אינה סיסמה לצבירת זכויות, אלא אמת מידה להענקת זכויות לזולת" (1994).

56 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 308-315.

57 יש בכך חריגה מההבחנה היסודית שערך הנשיא ברק, בעניין קעדאן, לעיל ה"ש 24, בין אזרחי המדינה לבין מי שאינם אזרחי מדינת ישראל אך מבקשים לגור בה ולהתיישב בה.

58 שם.

59 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 310-311.

בעולמה של היהדות זרם פרטיקולריסטי וזרם אוניברסלי, ראוי לשופט לאמץ את הזרם האוניברסלי, המתיישב יותר עם ערכיה של המדינה הדמוקרטית; וכאשר הוא נדרש להדגים את ערכי היהדות לפי טעמו, הוא אכן בוחר בערכים שהם בעלי אופי הומניסטי אוניברסלי שניתן לאמצם בשתי הידיים.<sup>60</sup>

הבעיה בגישה זו שהיא מבוססת על פשרה חד-צדדית. ביהדות האורתודוקסית, שהיא על גווניה הזרם הדומיננטי בישראל – בחברה, בפוליטיקה ובציבוריות – אין נכונות מקבילה לפשרה.<sup>61</sup> ברור גם שהאופנים שבהם יכולה להיעשות ההשלמה הם שונים, ודמוקרטים-פרטיקולריסטיים לא יזדרזו לאמץ את העדיפות שנותן ברק למגמות אוניברסליות. שאלת היסוד היא מה מצדיק להכיר – ללא סינון, בחירה וברירה – בכל הערכים שבתורת ישראל ובהלכה היהודית. זו כשלעצמה הכרעה כבדת משקל ביותר, שטעונה לפחות הנמקה. שיקול אחד אינו יכול להצדיק את גישת ברק והוא החשש מפני דלדול לא סביר או לא מוצדק של יהודיות המדינה. גם כאשר אין כוללים ביהודיות המדינה את הממד הדתי, המשמעות הלאומית-תרבותית-ערכית היא כה עשירה ורבת תוכן ומשמעות, שאין צורך או הצדקה לחפש העצמה נוספת שלה. אין אחיזה לגישה מרחיבה כזו בהכרות העצמאות ובחזונו של אבות הציונות. בכך נפתח השער לכפייה דתית שאחריתה מי ישרונה. הפוטנציאל להפיכתה של ישראל למדינת הלכה, למעין מדינת שריעה יהודית, הוא ניכר. מכל מקום, היא מעמידה את ישראל במקום

שם. 60

יהודה ברנדס יהדות וזכויות אדם: בין צלם אלוקים לגוי קדוש 21-22 (2013): 61

הפנים העצובות הן שהסכמות אלה נוגעות רק לחלק של "המוסר הטבעי", האוניברסלי, של התורה. במובן זה הן יכולות להתאים גם לכל חברה מודרנית, מתוקנת, והן מתייחסות אל המיעוטים ואל האוכלוסייה היהודית באופן שווה. הן אמנם מבוססות על מקורות יהודיים ועבריים, אך אין בהן כדי להציע ביטוי ממשי להיותה של מדינת ישראל מדינה יהודית, ובוודאי שאין בהן שום ביטוי ממשי לתקוות הדורות לכוונן בארץ ישראל את "ממלכת כוהנים וגוי קדוש", שהיא תכלית קיומו של עם ישראל ושיבתו בארצו על פי מסורת ישראל שמן המקרא ובמשך כל דורות הגלות. לפיכך לא ייתכן שהציבור המסורתי, הדתי והחרדי, האמון על תודעת הקדושה לא פחות מאמונתו בצלם אלוהים שבאדם, יוכל להסתפק בהיבט זה של יהודיות במדינה. המערכה על צביונה של מדינת ישראל כ"מדינה יהודית" במובן של "ממלכת כוהנים וגוי קדוש" איננה פתירה בטווח הנראה לעין (ההדגשה שלי).

שונה לרעה מכל הדמוקרטיה המתקנת מבחינת מקורות הסכנה המוחשיים, הקריטיים ביותר, לזכויות האדם – מבחינת היחס לאישה, ללא יהודי, ללא דתי, להומוסקסואל ולנכה.

אם ניתן לתאר את המהלך של אפיון "התכלית הראויה" כמהלך משולב, דו-כיווני, שבו מנסים לאפיין הן את מה שיכול להיחשב ראוי והן את מה שיכול להיחשב לא ראוי, נראה כי ההיבט השלילי הוא העיקרי, או לפחות אינו נופל בחשיבותו מן החיובי. קשה להבטיח שרשימת התכליות הראויות תהיה ממצה ומלאה, משום שמה שאינו ראוי הוא מצומצם יותר, קל יותר, ולכן יעיל יותר להתמקד בו.

לאיתור התכליות שאינן ראויות ניתן להיעזר בשאלה מה, מעבר למסך הבערות, לא נכון לאפשר פגיעה בזכויות אדם בשלו או למענו. סביר מאוד שמאחורי מסך הבערות לא הייתה חתימה על החלק שלפיו כל מטרה עשויה להצדיק פגיעה בזכויות (להבדיל ממטרות שהן כשרות לחלוטין לעשייה שלטונית שאינה פוגעת בזכויות). הרשאה טוטלית בלתי מסויגת כזו אינה מתיישבת עם יחס רציני לזכויות ועם השאיפה להבטיח את מעמדן, את ההגנה עליהן ואת קידומן. ניתן להבחין בין שתי קבוצות עיקריות של תכליות לא ראויות: מטרות שאינן חשובות מספיק כדי להצדיק פגיעה בזכות חוקתית ומטרות שאינן מתיישבות עם דמותה של החברה כחופשית ודמוקרטית. בקבוצה הראשונה באים בחשבון נוחות אדמיניסטרטיבית, היסכון כספי או יעילות מינהלית,<sup>62</sup>

62 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 333-334, מציג פסק דין קנדי השולל קשיים לוגיסטיים וכספיים כתכלית המצדיקה פגיעה בזכות חוקתית. כך, בפס"ד Singh v. Minister of Employment and Immigration [1985] 1 S.C.R. 177 נדונה השאלה אם יש להעניק זכות טיעון בעל פה לכל מי שמגיע לקנדה ומבקש מעמד של פליט. המדינה טענה כי הכרה בזכות הטיעון תעניק זכות זו לאלפי פליטים המגיעים לקנדה כל שנה, והדבר יטיל נטל לא סביר על תקציב המדינה. הטענה נדחתה, והשופטת וילסון קבעה:

I have considerable doubt that the type of utilitarian consideration brought forward by Mr. Bowie can constitute a justification for a limitation on the rights set out in the Charter. Certainly the guarantees of the Charter would be illusory if they could be ignored because it was administratively convenient to do so. No doubt considerable time and money can be saved by adopting administrative procedures which ignore the principles of fundamental justice but such an argument, in my view.



כאשר הם שני פנים של מגבלת משאבים.<sup>63</sup> ברק סבור שאמנם יש להעניק לזכויות חוקתיות עדיפות בחלוקת המשאבים הלאומיים, וכי ככל שהזכות חשובה יותר והפגיעה בה קשה יותר – משקלה גובר.<sup>64</sup> עם זאת אין לשלול את השיקול הכספי והיעילות המינהלית כשיקול ראוי בגדרי טובת הכלל. אם כוונת הדברים היא כי הדיון מועבר למבחן השלישי, יש להסתייג מהם. כאשר מדובר בפגיעה ממשית בזכות, להבדיל מאי-קידום או אי-מימוש מלא של זכות, עדיפה בעיניי הגישה שאינה מכירה ביעילות מינהלית/תקציבית כתכלית ראויה.<sup>65</sup> לכל היותר ניתן להכיר בחריג של הוצאות כספיות גדולות מאוד במקרה של פגיעה שאינה קשה. לקבוצה זו שייכים גם הפגיעה באמון הציבור בשלטון כערך בפני עצמו וערכים תדמיתיים אחרים,<sup>66</sup> לצד הרצון למנוע שימוש לרעה בזכות.<sup>67</sup> בקבוצה השנייה מצויות מטרות הסותרות את מהותה הדמוקרטית-ליברלית של המדינה מבחינה ערכית (לכאן נכנסים חלק מהערכים הדתיים). לעתים תכלית נתונה אינה מתאימה לסמכות מדינתית או שלטונית מסוימת בגלל שיקולי הפרדה בין תחומים כמו חברה ומדינה, מדינה ודת, מדינה ומדע, רשות הרבים ורשות היחיד. זאת, בין השאר משיקולי מניעת ריכוז כוח יתר בידי המדינה

---

וכן ראו בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם ואח' נ' שר האוצר ואח', פס' 55 לפסק דינה של הנשיאה בינשי: "יעילות אינה בבחינת ערך עליון כאשר עסקינן בפגיעה בזכויות האדם הבסיסיות והחשובות ביותר שהמדינה מופקדת עליהן" (פורסם בנבו, 19.11.2009) (להלן: פרשת הפרטת בתי הכלא); Lorraine E. Weinrib, *The Supreme Court of Canada and Section 1 of the Charter* 10 SUPREME COURT LR 469, 486–492 (1988)

63 לא בהכרח היעילות המינהלית ושיקולי התקציב הם קטגוריות שונות, כי הלוא כמעט תמיד ניתן להשיג יעילות מינהלית בכסף.

64 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 336.

65 ניתן לטעון כי חיסכון ויעילות אינם תכליות אלא אמצעים להשגת תכליות (תודה לרענן סולציאנו קינן על שהפנה תשומת לבי לטיעון זה).

66 ראם שגב "סוב-יודיציה": הגבלת ביטויים לשם הגנה על תקינותם ותדמיתם של הליכים שיפוטיים 82-87 (2001); מישאל חשין "אמון הציבור בבית המשפט: תגובה למאמרו של השופט חיים כהן ז"ל ולהרחורי הכפירה שלו במושג אמון הציבור" המשפט ט 291 (2004); דורון נבות שחיתות פוליטית: תולדותיו של מושג שנוי במחלוקת 137-142 (2008).

67 גם אם מייחסים למניעת שימוש לרעה בזכות חשיבות ניכרת, קשה לראות בכך שיקול מצדיק לפגיעה בזכות חוקתית.

או השלטון והבטחת התאמה בין הגוף השלטוני לבין הכוחות הנתונים בידיו. שיקול מרכזי לשלילת הלגיטימיות או לפחות הראויות של תכלית נתונה יכול שיהיה הבטחת פלורליזם וחיכוך אידאולוגי רעיוני כיסוד מעשיר של החברה והתרבות המבטיח ריבוי ערכי, ובמיוחד כדי למנוע מצב שבו תפיסה ערכית אחת תביס את האחרות, ולא יהיה מקום בחברה לתפיסות ערכיות שונות. באופן כזה הרוב המכריע של האזרחים, כפרטים וכקבוצות, יוכל להביא לידי ביטוי ומימוש חלקי את האספירציות שלו תוך שהוא מחזיק בהן בדבקות, ולכן מבחינתו החיים הם ראויים.<sup>68</sup> מן הטעמים האלה אין לאפשר לגוף שלטוני לקדם אינטרס של אמת בפרסום כאשר מדובר בביטוי פוליטי או אמנותי, כשם שאין לאפשר לו לקדם השקפה דתית מסוימת, למשל להכניס תפילה כטקס יום-יומי בבתי הספר הכלליים או לעסוק באינדוקטרינציה אידאית או זהותית של זרם רעיוני אחד בציבור, למשל אינדוקטרינציה פוליטית פרטיקולרית בבתי הספר או הנחלת גישה לאומנית-אורתודוקסית למבוגרים.<sup>69</sup> גם כבוד לחופש ולאוטונומיה של מוסדות חברתיים שונים – אקדמיים (כארצות הברית רואים בהם גילום של התיקון הראשון לחוקה), חינוכיים, תקשורתיים, תרבותיים או דתיים – עשוי לשמש יסוד, עצמאי או לפחות תומך, לפסילת מטרות שלטוניות מסוימות כאשר הן מצויות בסתירה לחופש ולאוטונומיה הללו.<sup>70</sup>

לתוצאה דומה ניתן להגיע מנקודת ראות של ערכי המדינה הדמוקרטית-ליברלית. במדינה שבה רואים בפרט מי שרשאי לפתח ולעצב את אישיותו לפי בחירתו והכרעותיו, ורואים בכך ערך חברתי ראשון במעלה – לא באה בחשבון כפייה של השקפה מוסרית מסוימת (של ערכים מוסריים בתור שכאלה, גם כשאין ביסודם אינטרס חברתי) או של השקפה דתית או אידאולוגית ספציפית. לכן גם אינטרסים של זהות וסמלים אינם יכולים להיות תכלית ראויה לפגיעה בזכויות.

- 68 ירון אזרחי ומרדכי קרמניצר בהשתתפות מרגית כהן ואיתן אלימי ישראל לקראת דמוקרטיה חוקתית 33–45 (2001). וכן ראו Richard H. Pilades and Elizabeth S. Anderson, *Slingshot Arrows at Democracy: Social Choice Theory, Value Pluralism and Democratic Politics*, 90 COLUM. L. REV. 2121, 2122–2127, 2142–2169 (1990)
- 69 הכוונה לחינוך שהוא מעבר להנחלת התפיסות החברתיות המקובלות הרווחות לצד גישה ביקורתית, שהיא גישה לגיטימית לחינוך קטינים.
- 70 למשל הטלת מגבלות החורגות מהנורמות הפנימיות של מוסדות המחקר על פרסום מחקר הממומן על ידי המדינה.

במדינה המחויבת לחיים בחירות לא סביר להגדיר כתכלית ראויה השגת ביטחון מוחלט. אם תכלית זו בכלל ניתנת להשגה, ברור שהחתירה אליה ככזאת תוביל להכרתת החירות.

במדינה המחויבת מחויבות אמיתית לכבוד האדם לא באה בחשבון תכלית ההופכת את האדם לאמצעי בלבד.<sup>71</sup> גם לא תיתכן תכלית שביסודה כוונת פגיעה בקבוצת אנשים מסוימת שאינה פופולרית או שונה או תפיסה גזענית המתייחסת לקבוצה מסוימת כאל קבוצה נחותה או לא ראויה לשוויון. גם חלוקה שרירותית של משאבים לאומיים שגם מפלה בין הסקטורים השונים בחברה אינה תכלית ראויה.<sup>72</sup> מלבד זאת, גם כאשר גישה גזענית טמונה ביסודה של מטרה שהיא, כשלעצמה ובמנותק, מטרה לגיטימית, כמו למשל מורל הצבא, יש לפסול את המטרה משום שהיא פרייה של עמדה בלתי נסבלת בחברה נאורה.<sup>73</sup>

בדמוקרטיה המחויבת לתפיסת הפרט האמורה ולשיטת משטר שתלויה כולה בהתגוששות רעיונית בין תפיסות ועמדות שונות, תכלית שביסודה עוינות (של השלטון או עוינות בקרב הציבור או חלק ממנו) לרעה או להשקפה, לרבות משום אמונה שהיא מוטעית או כוזבת, או מתוך שאיפה להנצחתה או לביסוסה של

- 71 עמנואל קאנט, הנחת יסוד למטפיסיקה של המידות 37, 78, 95, 106-107 (שמסון שטיין עורך, משה שפי מתרגם, תשנ"ח); לדיון באספקטים המשפטיים של הסוגיה ראו אריאל בנדור "שימוש באדם כאמצעי בלבד – ההיבט המשפטי" דברים 1 76 (1999); וכן ראו Mattias Kumm, *Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice*, 2 INT'L J. CONST. L. 574, 580-583 (1999)
- 72 פרשת חוף עזה, לעיל ה"ש 14, פס' 98 לפסק הדין של השופט ברק (2005): "תכלית אינה 'ראויה' אם היא נועדה לחלק משאבים לאומיים באופן שרירותי ותוך הפליה בין הסקטורים השונים בחברה"; ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 320.
- 73 בריטניה נאלצה בשנת 1999 לבטל את האיסור על שירות הומוסקסואלים בצבאה, בעקבות פסיקה של בית הדין האירופי לזכויות אדם שלפיה איסור זה פוגע בזכויות האדם המוגנות באמנה, ובמיוחד בזכות הפרטיות. ראו להלן אייל גרוס "מיניות, גבריות, צבא ואזרחות: שירות הומואים ולסביות בצה"ל במשקפיים השוואתיים" פליליט 95 (2000). ניתן לטעון שאולי המבחן צריך להיות בנוגע לתכלית ההסדר, למשל אם היא שוויון בתוצאות (עקב היעדר שוויון הזדמנויות) או מתן עדיפות לקבוצה אחת על פני אחרת. אולם מובן שגם במקרה כזה עלולות להיות תכליות לא ראויות המשולבות (במקרה הטוב) או מוסתרות (במקרה הטוב פחות) במצג של העדפה מתקנת (למשל הצעת החוק למתן הטבות למשרתי צבא / שירות לאומי).

השקפה נוגדת המקובלת על הרוב – היא תכלית פסולה (למעט החריגים של גזענות ו אלימות).<sup>74</sup>

לעתים שיקולי סדר שני עשויים להיות שיקולים כבדי משקל, אם כי לא בלעדיים, לפסילתה של מטרה: אם רואים במניעת פגיעה ברגשות תכלית ראויה, מעורדים פרטים וקבוצות להיפגע ברגשותיהם ולהעצים פגיעות ברגשות (למשל באמצעות מצגי שווא או מצגים מוגזמים של מידת הפגיעה ברגשות). זאת, בתחום שבו אין כלים של ממש למדידה או להערכה של מידת הפגיעה ועוצמתה. בשיטה הרואה במניעת פגיעה ברגשות תכלית ראויה, אך כמעט שאינה מכירה בפגיעה בזכות כמוצדקת, נוצר אפקט שבו השיטה וההכרעות השיפוטיות הופכות בעצמן למקור מתמיד לפגיעה ברגשות, בקביעות שלפיהן הפגיעה ברגשות לא הייתה חמורה מספיק. שיקול נוסף הוא שהגנה על רגשות עשויה להעניק בפועל יתרון למחנה פוליטי אחד על פני מחנות אחרים.<sup>75</sup>

ברק מציע לבחון את ראויות התכלית במבחן כפול מצטבר – מבחן מהותה או תוכנה של התכלית, ונוסף על כך שאלת נחיצותה וחיוניותה. נשאלת השאלה עד כמה שאלת הנחיצות והחיוניות היא מבחן עצמאי. זוהי ודאי אמת מידה מועילה כדי לבחון את אמיתיות המטרה הנטענת. אם התכלית הנטענת אינה משקפת צורך חברתי ממשי, יש בכך כדי ללמד שאין זה הטעם האמיתי מאחורי החוק או המדיניות. כך למשל כאשר מבקשים לנקוט אמצעים חריפים להגברת

74 Elena Kagan, *Private Speech, Public Purpose: The Role of Governmental Motive* 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר (2012) (להלן: עניין הנכבה), הדין בחוקתיות תיקון 40 לחוק יסודות התקציב שלפיו לשר האוצר סמכות לגרוע תקציבים מגוף המציין את יום הנכבה כיום אבל לאומי; וראו גם שורת פסקי הדין שדנו בפסילת רשימות לכנסת: ע"ב 1/88 ניימן נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מב(4) 177,20 (1988); רע"א 7504/95 יאסין נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2) 45 (1996); רע"א 2316/96 איזקסון נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2) 529 חשין (1996); א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1 (2003).

75 דני סטטמן "פגיעה ברגשות דתיים: רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית" ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל 133, 185-173 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונון שמיר עורכים, 1998); שחר גורדלמן, ערן טמיר ומרדכי קרמניצר רגשות דתיים: חופש הביטוי והמשפט הפלילי: הצעה לביטול האיסור הפלילי על ביטויים הפוגעים ברגשות דתיים 75-82 (2003).

הביטחון במצב של רגיעה ושלווה יחסית, מתבקש לחשוך ברשות שמאחורי האמצעי שהיא מבקשת לנקוט מצויה תכלית שונה.<sup>76</sup> הוא הדין בהפקעת קרקע לצורכי ציבור כאשר אין כל כוונה להשתמש בה בעתיד הנראה לעין, באמצעים נגד הסתננות לישראל במצב דברים שבו התופעה נבלמה,<sup>77</sup> בהחמרה בתגובה העונשית לתופעה עבריינית נדירה ולא מדאגיה וכיוצא באלה. אם הכוונה היא שהתכלית צריכה לנבוע מצורך חברתי ממשי, מקיומה של בעיה שנדרש להתמודד עמה, מן הצורך להביא לשיפור של מצב לא רצוי בתחום נתון או כדי לקדם פני רעה צפויה עתידית, נראה שהדבר הוא בגדר המוכן מאליו, ואין בו אלא כדי להשמיע דרישה לתכלית אמת. ברור גם שאין הכוונה לכפיית מדיניות של "עכשוויזם" בלבד, כזו הנמנעת מבחינת המציאות קדימה אל העתיד. אין דופי במדיניות המנסה להקדים תרופה למכה או במדיניות המאופיינת בראייה ארוכת טווח. השאלה הקשה היא אם יש לדרוש נחיצות וחיוניות כרף גבוה ואחיד לכל תכלית ובכל מקרה של פגיעה בזכות. התימוכין, לכאורה, המובהקים ביותר לדרישה נפרדת כזו מצויים במשפט הקנדי בפרשת *Oakes*, אלא שהלשון שם – אם מדייקים – היא שונה.<sup>78</sup> מדובר שם בצורך "דוחק ומהותי". הצורך הדוחק עשוי להצביע על ממד של דחיפות שאינו זהה לחלוטין לנחיצות וחיוניות, שהן עצמן משמיעות צלילים לא זהים. לא ברור כלל אם המשפט הקנדי נשאר מחויב

76 כך למשל, השימוש בנימוק הביטחוני שעשתה המדינה בפרשת עדאלה, לעיל ה"ש 11, וראו פס' 1 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה:

עוד הנשיא מאמץ את טיעונה הבטחוני של המדינה במלואו, הן לענין אמינותו של השיקול הבטחוני והן לענין עוצמתו, בליכי עלו ספקות בענין זה. אף שאין מקום, לטעמי, לשלול את הנימוק הבטחוני כליל, אינני בטוחה כי נימוק זה הוא היחיד העומד באופן אמיתי מאחורי חקיקתו של החוק; יתר על כן, יש לי השגות בדבר עוצמתו של שיקול זה, בהתייחס לנתונים שהמדינה מסרה ומניתוחם על רקע מדיניות הממשלה בתחומים משיקים. התוצאה המתבקשת מכך הינה כי במשוואת האיזון לצורך בחינת יסוד המידתיות (במובנה הצר) כפי שראוי להציגה, ניצבת זכות האדם הנפגעת ברף העליון ומשקלה הוא רב. אל מולה עומד הערך הנוגד של הבטחון, אשר בנסיבות הענין ניצב ברף נמוך ומשקלו מסוייג ויחסי בלבד (ההדגשות שלי).

77 פרשת המסתננים, לעיל ה"ש 20.

78 ראו דברי השופט דיקסון בפרשת *Oakes*, לעיל ה"ש 32, בעמ' 35: "An objective must relate to societal concerns which are *pressing and substantial* in a free and democratic society before it can be characterized as sufficiently important"

ונאמן לרף זה. לעומת זאת המשפט האמריקאי מבחין בין שלושה סוגים של זכויות נפגעות, ואת הרף הגבוה הוא מציב רק באשר לסוג העליון של זכויות.<sup>79</sup> גם במקרה זה לא תמיד נדרשת חיוניות או נחיצות. האפיון מופיע רק באחת החלופות, ובחלופה האחרת נדרש רק "עניין חברתי מהותי".<sup>80</sup> לא ברור מדוע הקטגוריה של חשיבות או חשיבות מיוחדת של התכלית אינה מופיעה בדיון העיקרי של ברק, אך היא מופיעה לשמחתנו בדיון שלו על פיתוח עתידי.<sup>81</sup> מאפייניהן של נחיצות וחיוניות הולמים אפיון של אמצעי יותר משהם הולמים אפיון של תכלית. הם הופכים את התכלית למה שאינו עומד ברשות עצמו אלא מכון להשגת יעד שמעבר לתכלית. הקטגוריה הרלוונטית היא בעיניי חשיבות התכלית. כאשר יש צורך דחוף או דוחק, כזה שאם לא יינקט האמצעי, צפוי, בהסתברות גבוהה, המצב להשתנות לרעה במהירות, ואף להתדרדר, אפשר שדוחק השעה יפצה על מידה של חשיבות שאינה גבוהה במיוחד. ואולם, השאלה המכרעת, ולא רק לצורכי האיזון בשלב האחרון (כך מציג זאת ברק בספרו), היא מידת חשיבותה של התכלית. כמו ברק, גם אני סבור כי לא מוצדק להגביל את הפגיעה בכל זכות, תהא קלה ככל שתהא, במטרה חברתית שהיא נחוצה וחיונית, או בלשוני – בעלת חשיבות מיוחדת. מה שעשוי להתאים, ומתאים, לאפיון התכלית העשויה להצדיק פגיעה מהותית בזכות חשובה במיוחד או חשובה, אינו מתאים לכלל הפגיעות. החשש הוא שהצבת רף גבוה, כפי שנעשה בקנדה, לא תמנע פגיעה בזכויות. השפעתה העיקרית תהיה בדחיפת המערכת השלטונית לאפיין את התכליות השונות, האמורות להצדיק פגיעות בזכויות, כנחוצות וחיוניות. לא בטוח שהביקורת השיפוטית תצליח תמיד או אפילו ברוב המקרים להבחין נכון בין מה שנחוץ וחיוני למה שאיננו כזה. אפיון אינסטרומנטלי כזה עלול להשפיע לרעה על בחינת המידתיות בשלביה השונים, ובמיוחד במבחן האחרון – אם התכלית חיונית ונחוצה, כיצד יהיה ניתן לוותר על הגשמתה באמצעות האמצעי שנבחר לכך? לפי ברק, ההבחנה דלעיל בין הזכויות השונות לפי חשיבותן נהוגה במשפט הישראלי הנוהג.<sup>82</sup> אלא שקשה להשתכנע מן האופן שבו גישה זו

79 Nowak & Rotunda, לעיל ה"ש 35.  
 80 Bhagwat, לעיל ה"ש 35.  
 81 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 622-626.  
 82 שם, בעמ' 353-354.

מיושמת בפועל במשפטנו.<sup>83</sup> בהכללה, נוצרה אצלנו מצוקה בשל קוצר מגילת הזכויות, ונוצר לחץ להרחיב את המושג של כבוד האדם ולהציף אותו, מן הגורן ומן היקב, נוסף על הערכים החשובים ביותר, כמו הזכות שלא להיות מושפל או מופלה לרעה על יסוד השתייכותי, בערכים בעייתיים או שאינם ראשונים במעלה כמו רגשות הזולת או הזכות לשם טוב. באופן כללי המצוקה הזאת והלחץ הזה אינם מצב נורמלי או בריא. לא ברור למשל אם בפרשת ההתנתקות אכן נפגעו זכויות מסדר החשיבות הראשון (לא ברור כלל אם הייתה שם פגיעה בכבוד האדם. הזכות לקניין איננה ככלל זכות מהמעלה הראשונה, במיוחד כשמדובר ב"קניינים" של מתיישבים בשטח כבוש מחוץ לתחום הריבונות של המדינה, שמבחינת תוכנה הייתה ארעית ודלה). כך, גם לא ברור כלל אם התכלית שבה היה מדובר בפרשיות אלה יכולה להיות מאופיינת כמבטאת "צורך חברתי דוחק" או עניין חברתי מהותי או תכליתי שחשיבותה עליונה.<sup>84</sup> אין די בבחינת התכלית – אם ראויה היא באופן כללי. מתבקשים שני שלבים נוספים:

השלב הראשון – סיווג התכלית לפי מידת חשיבותה על גבי סקלה שבה שלוש רמות של חשיבות: גבוהה/עליונה, רגילה/בינונית, מעטה/מוגבלת. לרשות המחליטה יש יתרון מסוים בעניין החשיבות שהיא מייחסת לתכלית, להבחין מהחשיבות הראויה. זאת, הן משום שמדובר בקביעה שלה והן משום שהיא שחקן חוזר באשר לתכליות השונות, הנדרש להעריך את חשיבותן בהקשרים שונים של קביעת סדרי עדיפויות לתקצוב או לפעולה. משום שהיא שחקן חוזר האמור לפעול בעקיבות, ניתן לבחון אם הסיווג שעשתה עולה בקנה אחד עם התנהגותה הכללית כלפי אותה תכלית. ואולם, השאלה המכרעת בשלב הביקורת השיפוטית איננה פיענוח החשיבות שאותה הרשות מייחסת לתכלית אלא קביעת החשיבות לפי ראויות התכלית. חשוב לציין בהקשר זה כי קיימים דיונים לא מעטים על מדידת הפגיעה בזכות, אך דווקא הנושא של הערכת חשיבות התכלית כמעט שלא זכה להתייחסות. זהו חסר הטעון השלמה. לא אוכל לעשות זאת כאן, אך

83 וראו וייל, לעיל ה"ש 8, בעמ' 398-399.

84 אשר להתנתקות, גם בשים לב שהיא נעשתה ללא הסכם או הסכמה פלסטינית; בפרשת התנועה לאיכות השלטון (לעיל ה"ש 16), בשים לב לריבוי התכליות שנועד למצוא אדרת מכובדת יותר לסטטוס קוו מגונה ולא מוצדק; בפרשת עדאלה (לעיל ה"ש 11) – בשים לב להישג המינימלי שבתוספת השולית הקטנה בביטחון.

אציין כי ראוי להבחין בין תכליות בתחום מה שהמדינה חייבת בו במלוא מובנו של הביטוי לבין תכליות אחרות, שממילא הן חשובות פחות. מידת זיקתה של התכלית לזכות אדם חשובה במיוחד, ובעיקר לזכויות לקיום היא יסוד משפיע נוסף. בדומה לזכות, אם תכלית מסוימת היא אבן היסוד או בסיס הקיום של תכליות אחרות, יש בכך כדי להגביר את חשיבותה.

בבחינת חשיבותה של התכלית אין יוצאים ידי חובה אם בוחנים את התכלית בחינה מופשטת. הבחינה הסופית, ולפיה קביעת מידת חשיבותה של התכלית, צריכה להיעשות כאשר בוחנים מהו ההיבט הספציפי של התכלית האמור להיות מקודם ובאיזו רמה של הסתברות – מה שמקובל לבחון במסגרת מבחן המידתיות הראשון. וגם בכך אין סג'י. למעשה, ליתר דיוק, מדובר בבחינת התועלת השירית של החלופה הנבחרת לעומת החלופה היעילה פחות, שכן זו התועלת שאותה מבקשים להשיג בבחירת האמצעי הנדון – מה שמקובל לבחון במסגרת מבחן המידתיות השני. מכאן עולה שקיימים יחסי גומלין בין התכלית במתכונתה הקונקרטית לבין האמצעי הנבחר להגשמתה. האמצעי משליך אחורה אל הקונקרטי של התכלית. לפי האפקט המצופה מן האמצעי, הנבדק במסגרת המבחן הראשון, ניתן לדעת מהי התכלית המדויקת ולאפיינה – כלומר את מה שבפועל מבקשים להשיג במסגרתה ושיהיה אפשרי להשיגו. דיוק נוסף יתגלה כאשר יופעל המבחן השני – יתברר היתרון היחסי של האמצעי הנבחר להשגת התכלית לעומת אמצעי יעיל פחות. התכלית היא למעשה השגת היתרון הזה. זוהי דוגמה נוספת לממד המלאכותי שבהפרדה בין שלבי הבדיקה ובסדר שביניהם, אם מתייחסים לכך כאל הייררכיה מובהקת ודיכוטומיה חריפה.

השלב השני – אין די במבחן הכללי של תכלית ראויה. מתבקש לבחון אם התכלית ראויה בהקשר של הזכות הנפגעת. הרעיון הבסיסי הוא שכאשר השאלה אם התכלית ראויה נשאלת בצורה כללית לגמרי ומופשטת – ערכה מוגבל. היא עשויה להעלות בחכתה מספר מצומצם של תכליות לא ראויות, תהא הפגיעה בזכות אשר תהא, לרבות פגיעות קלות בזכויות שחשיבותן היחסית מעטה. הרף לראויות התכלית כשאלה כללית חייב אפוא להיות נמוך. השאלה החשובה יותר היא אם התכלית במתכונתה הקונקרטית ראויה להצדקת הפגיעה המסוימת בזכות הנפגעת, או ליתר דיוק בהיבט הרלוונטי של הזכות, כפי שייפגע אם יינקט האמצעי. הן הדעת (התאורטית) והן הפרקטיקה של ההגנה על זכויות



האדם (כפי שהיא מתבטאת למשל באמנה האירופית על זכויות האדם)<sup>85</sup> מלמדות כי יש קשר בין החשיבות היחסית של הזכות או של היבט הזכות (אין דין חופש הביטוי הפוליטי, האקדמי והאמנותי כדין חופש הביטוי המסחרי) לבין התכליות העשויות להצדיק פגיעה כזו. ככל שהיבט הזכות חשוב יותר, כך יקטן היקף התכליות העשויות להצדיק פגיעה בו, ולהפך. אפשר שתכלית העשויה להיות ראויה להצדקת פגיעה בזכות במעשה פוגעני לא תהיה ראויה בהקשר של פגיעה בזכות לחופש הביטוי; וכאמור היבטים שונים של חופש הביטוי עשויים לדרוש תכליות מסדרי חשיבות שונים כבסיס לראויות שלהן. יעד שעשוי לבוא בחשבון להצדקת פגיעה בשם הטוב או בפרטיות עשוי להיפסל על הסף כאשר מדובר בהגנה על החיים, על הגוף, על הכבוד האנושי או על השוויון.

יש שרק תכלית אחת עשויה להצדיק פגיעה מסוימת בזכות. רק תיקון עוול שנגרם מאפליה קודמת לרעה עשוי להיות בסיס לאפליה לטובה במסגרת העדפה מתקנת.<sup>86</sup> גישה זו תואמת את הצורך להגביר ולחזק את האופי הנורמטיבי של בחינת המידתיות – שעליה עמד ברק – באמצעות רמת ביניים של הכרעה בין כללים ברמת הפשטה גבוהה לבין הקונקרטיות המלאה של המבחן האחרון. היא עולה בקנה אחד עם רוח הצעתו, אם כי לא עם פרטיה, להבחין בין שתי רמות של פגיעה בזכויות ולברוק את ראויות התכלית גם מבחינת נחיצותה וחיוניותה כאשר מדובר בזכות נפגעת מן הרמה הגבוהה. היא באה לידי ביטוי בפסק דינה של השופטת ארבל, בפרשת המסתננים כנגד עמדתו המבקרית של השופט ג'ובראן.<sup>87</sup> אין טעם להמשיך בבדיקה כאשר ניתן לסיימה בשלב מוקדם.

85 ראו האמנה האירופית לזכויות אדם כ"א 5, ס' 9-11 (נפתחה לחתימה ב-1950).

86 טליה שטיינר ומרדכי קרמניצר, "חוק התורמים: תרומה פופוליסטית לשסע היהודי-ערבי" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה 27.10.2013.

87 פרשת המסתננים, לעיל ה"ש 20, פס' 83 לפסק דינה של השופטת ארבל: תכליתו של חוק תיחשב ראויה אם הוא נועד לקדם זכויות אדם או להגשים מטרה ציבורית או חברתית חשובה העולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל, המגלה רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל. המבחן יתחשב במהות הזכות הנפגעת ובעוצמת הפגיעה: ככל שהפגיעה בזכות תהיה משמעותית יותר, כך יידרשו יעדים חברתיים חשובים וחיוניים יותר להצדקתה (ההדגשה שלי).

פס' 9 לפסק דינו של השופט ג'ובראן: "בחינת התכלית יחד עם האמצעי להגשמתה, מקדימה שלא לצורך את העיסוק בעוצמת הפגיעה אל שלב בחינת התכלית הראויה,

סיום מוקדם כזה חוסך זמן ומשאבים. הוא מעביר מסר נכון, ויש לו גם ערך מכוון ומדריך הגדול מזה של הכרעה במבחן האחרון. הוא מתחייב מן העובדה שלזכויות ולהיבטים של זכויות יש רמות שונות של חשיבות, ומעניק ביטוי הולם לחשיבות הגבוהה או המיוחדת של ההיבטים הראויים לכך.

### א. זיהוי התכלית – מבחן אובייקטיבי, סובייקטיבי או כפול?

לפי התפיסה המקובלת, מבחן התכלית הראויה דורש, בשלב ראשון, זיהוי של התכלית.<sup>88</sup> השאלה המרכזית המתעוררת היא אם אמת המידה למציאת התכלית היא אובייקטיבית (התכלית מתפרשת בעיקר לאור לשון הנורמה, בהקשר שבו היא מצויה, ועל רקע תפיסות היסוד הערכיות של השיטה המשפטית) או שמא סובייקטיבית (התחקות על כוונת המחוקק בעת יצירת הנורמה), וזאת כשיש פער בין שתי אמות המידה במקרה נתון.<sup>89</sup> במשפט המשווה לא נמצאה תשובה אחידה לשאלה,<sup>90</sup> אולם בישראל נראה כי לעת עתה הגישה המקובלת היא הגישה האובייקטיבית.<sup>91</sup> לאחרונה הציע פרופ' אהרן ברק גישה שלפיה התכלית תיחשב ראויה רק אם – במצטבר – הן התכלית הסובייקטיבית והן התכלית האובייקטיבית תימצאנה ראויות.<sup>92</sup> זהו פתרון סביר ונכון. בשורות הבאות

- 
- ומקשה עליה. משכך, סבורני, כי את התכלית השניה (בלית תופעת ההסתננות), יש לבחון מבלי ליתן את מלוא המשקל לעוצמת הפגיעה שהמעצר מסב לזכות לחירות כבר בשלב זה" (ההדגשה שלי).
- 88 Hogg, לעיל ה"ש 26, בעמ' 19-22; Woolman & Botha, לעיל ה"ש 26, בעמ' 73-75; ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 301.
- 89 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 165, 195.
- 90 ברק סוקר את הפסיקה בקנדה, בדרום אפריקה ובארצות הברית כדי להראות כי אין תשובה אחידה לסוגיה, אפילו בתוככי אותה מדינה, אלא הכול תלוי הקשר, וראו ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 359-366.
- 91 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 28, פס' 81 לפסק דינו של הנשיא שמגר: "[...] בית המשפט אינו כפות רק על-ידי התכלית שעמדה לנגד עיני המחוקק [...]" ; כן בג"ץ 4769/95 רון מנחם ואח' נ' שר התחבורה, נז (1) 235 (2002) (להלן: פרשת מנחם), פס' 16 לפסק דינה של השופטת ביניש: "ככלל, בדיקת תכליתו של דבר-חקיקה על-פי פיסקת ההגבלה אינה מתמקדת בבדיקת מניעי המחוקק, הגם שקיימת לכאורה חפיפה מסויימת בין התכלית לבין המניע, אלא מתמקדת היא בתכלית האובייקטיבית של החוק" (ההדגשה שלי); ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 71.
- 92 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 368-369.

נציג שיקולים בזכות התחשבות בתכלית הסובייקטיבית, במיוחד כאשר מדובר בחקיקה חדשה.<sup>93</sup>

התכלית הסובייקטיבית היא מציאותית יותר, שכן היא משקפת את התכלית האמיתית שעמדה ביסוד האמצעי, כפי שחשבו עליו יוצריו וכפי שהציגוהו לציבור.<sup>94</sup> ברור שמבחינת מקבלי ההחלטות, התכלית שהם העמידו בפועל לנגד עיניהם בזמן אמת היא התכלית היחידה הבאה בחשבון. היא עדיפה ממטרה מדומיינת אשר מה שעלול לעמוד מאחוריה הוא מגמה של הכשרת שרץ או כיסוי התכלית האמיתית.<sup>95</sup> במקרים רבים, אם כי לא תמיד, תכלית זו גם נגישה

93 מרדכי קרמניצר ורועי קונפינו "בלי נאמנות אין אזרחות? הערת חקיקה בעקבות הצעת חוק האזרחות (תיקון – הצהרת אמונים), תשס"ח-2007" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (2009); מרדכי קרמניצר ושיירי קרבס "הכנסת נגד החברה האזרחית בישראל" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (2011); מרדכי קרמניצר ועמיר פוקס "חוק ועדות הקבלה" המכון הישראלי לדמוקרטיה (2011); שיירי קרבס "השכנים אינם טובים בעיניי: על הצעת החוק בעניין ועדות קבלה ליישובים קהילתיים" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (2011); מרדכי קרמניצר ועמיר פוקס "חוק הנכבה: חוק לא דמוקרטי" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (2011); וראו גם, John L. Ely, *Legislative and Administrative Motivation in Constitutional Law*, 79 YALE L. J. 1205 (1969); Paul Brest, *Palmer v. Thompson: An Approach to the Problem of Unconstitutional Legislative Motive*, SUP. CT. REV. 95 (1971); Lawrence A. Alexander, *Introduction Motivation and Constitutionality*, 15 SAN DIEGO L. REV. 925 (1977)

94 ראו בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד (נר) 640, פס' 33-34 לפסק דינו של השופט אור (2002) (להלן: עניין אורון). בפסק הדין נדונה חקיקה אשר נועדה, לפחות באחת מתכליותיה, להכשיר את תחנת הרדיו "ערוץ 7", אשר פעלה במשך שנים רבות בניגוד לחוק וללא רישיון. התכלית הרשמית, אשר בית המשפט העלה ספק בדבר מהימנותה, הייתה לאפשר ייצוג תקשורתי פלורליסטי. אף שבית המשפט לא פסל את החקיקה בשל היעדר תכלית ראויה, אלא המשיך לעבר מבחני המידתיות (שכן ממילא החוק נכשל בכל אחד משלושת מבחני המשנה), הוא ממחיש את חשיבות בחינת הכוונות של התומכים בחוק ושל יוצריו. בית המשפט צדק בספקותיו בדבר התכלית שהוצהרה בפניו, שכן מתכונת החוק לא תאמה את התכלית הזאת.

95 ראו למשל בפרשת עדאלה, לעיל ה"ש 11, ודבריהם של חלק מן השופטים על שיקול ביטחון המדינה שייתכן שנועד לכסות על השיקול הדמוגרפי שאינו שיקול המתקבל על הדעת. ראו לדוגמה פס' 11 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה: "ראשית, יש לבחון את מידת אמינות הטענה בדבר 'צרכי בטחון'. יש לברר האם שיקולי בטחון שהועלו אינם משמשים, לאמיתו של דבר, כסות לתכליות אחרות, שונות לגמרי, שהן אלה

יותר<sup>96</sup> ושנויה פחות במחלוקת מתכלית אובייקטיבית שבקביעתה יש תמיד ממד ספקולטיבי, שכן למעשה מדובר ב"קריאת" תכליתית לתוך החוק על ידי בית המשפט. בייחוד יש להיזהר מפני קריאה מעוותת של התכלית, כזו שמגמתה הכשרתו של אמצעי פסול. למשל, לא קשה להשתכנע שתכליתו של האמצעי הריסת בתים היא ענישה (בהיותה אמצעי שנועד במכוון לגרום סבל לדיירי הבית הנהרס) ובמסגרתה גם הרתעת הרבים, ושאינן מדובר באמצעי של הרתעה גרידא, שאינו עונשי, כפי שקבע בית המשפט שלנו,<sup>97</sup> כדי שיוכל להכשיר את האמצעי. יש להודות שלא תמיד קל לרשות השופטת לקבוע כעניין עובדתי פשוט כוונה של גוף קולקטיבי, וכי לעתים יש בקביעה כזו ממד של ייחוס כוונה בצד, ואולי אף במקום, היסוד של איתור כוונה כזו. עם זאת יש לזכור שייחוס או איתור כוונת המחוקק הוא חלק מקובל של ההליך השיפוטי-פרשני בליבה הקשה שלו,

---

שהינחו, בפועל את החקיקה הפוגענית" (ההדגשה שלי), וכן בפס' 24 לפסק דינו של השופט ג'ובראן:

מעלה את החשש, שמא השיקול הביטחוני איננו השיקול היחיד העומד מאחורי קבלת החוק ומעלה תהיות אודות המדיניות אותה מבקש חוק זה להגשים. חשש זה אף מתחזק, מתוך סקירת ההיסטוריה החקיקתית אשר הובילה לקבלת החוק, אשר בין אם במובלע ובין אם באופן מפורש, קושרת את החוק למדיניותה הדמוגראפית של הממשלה [...] לכל אורך הליכי החקיקה, ניתן למצוא התבטאויות של חברי כנסת וחברי ועדות כנסת שונים, מסיעות שונות, אשר מתייחסות למדיניות הדמוגראפית אותה מיישם החוק (ההדגשה שלי).

96 אין להתעלם מהקשיים המעשיים המתעוררים בניסיון להתחקות על תכלית סובייקטיבית, בעיקר בגוף דינמי ורב חברים ודעות כמו הכנסת. עם זאת אלה קשיים שאפשר להתגבר עליהם. ניתן לעמוד על התכליות הסובייקטיביות בדרכים שונות, למשל ההיסטוריה החקיקתית – ובכללה דברי ההסבר של החוק, דברי הכנסת והדיונים בוועדות, דוח של ועדה מקצועית כאשר החוק הוא פרי עבודתה ועוד. בהצעות חוק פרטיות ראוי ליתן משקל מיוחד להתבטאויות של יוזמי החוק. אין להתעלם גם מן הנסיבות שהובילו לחקיקת החוק או להפעלת האמצעי הפוגעני, ובמקרים מתאימים באה בחשבון גביית תצהירים מבעלי תפקידים מכהנים. ראו גם ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 369-371.

97 ראו בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף, פס' 8 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 5.1.2009) (להלן: פרשת אבו דהים): "משך שנים רבות הכיר בית המשפט בכך שהשימוש בתקנה האמורה נועד להרתיע. להרתיע ולא להעניש או לנקום. בית המשפט אף נמנע בעבר מלחלוק על הערכתם של גורמי הביטחון בעניין האפקטיביות של ההרתעה" (ההדגשה שלי).

כי התפתחו מוסכמות בעניין זה,<sup>98</sup> וכי אין מחלוקת אמיתית על המסוגלות ועל הלגיטימיות של המהלך.<sup>99</sup> זאת ועוד, כאשר התכלית האמיתית מוסתרת ובמקומה נטענת תכלית מכשירה, יש בידי הרשות השופטת כלים טובים לחשיפת האמת. במידה לא מבוטלת של דיוק ניתן לראות במבחני המידתיות גם מבחנים לבחינת התכלית הנטענת על ידי הגוף המחליט. אי-עמידה במבחני המידתיות השונים, לרבות אי-התאמתו של האמצעי שנבחר לתכליתו, כיסוי יתר או כיסוי חסר על ידיו, עשויה להעיד שהתכלית הנטענת אינה התכלית האמיתית.<sup>100</sup> נימוק נוסף המחייב במקרים מסוימים להתייחס לנימוקים סובייקטיביים ולא להתעלם מהם הוא החשש מפני פגיעה באמון הציבור בבית המשפט. כאשר בית המשפט מאמץ תכלית פיקטיבית שמציעה הרשות או מייצר כזאת בעצמו – הוא נראה כעושה דברו של השלטון, ומתערערים אמון הציבור בעצמאותו והיכולת לסמוך עליו. יכולתו של בית המשפט למלא את תפקידו מותנית בתפיסת הציבור אותו כחותר לאמת ומחויב להגנה על זכויות היחיד והמיעוט. טלו לדוגמה את הצעת התיקון לחוק האזרחות, שלפיה נדרשים מי שמבקשים לקבל אזרחות ישראלית ושאינם מצויים במסלול השבות, ורק הם, להצהיר נאמנות לא רק לחוקי המדינה אלא גם לערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית.<sup>101</sup> התעלמות מן הממד הסובייקטיבי המובהק שבבסיס החוק – התרסה כלפי הציבור הערבי בישראל והצגתו ברבים כלא נאמן, כדי להגביר עוינות ואיבה כלפיו – תחטא לאמת, תהפוך את בית המשפט לכלי ביד הרשויות האחזרות ותפגע במעמדו ככלם מרכזי, ואולי היחיד בשיטה הדמוקרטית, בהגנתו על המיעוט מפני עריצות הרוב.<sup>102</sup> אין להתעלם גם

- 98 Kagan, לעיל ה"ש 74.
- 99 Bhagwat, לעיל ה"ש 35.
- 100 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 412-415.
- 101 יהונתן ליס "לא-יהודים שיבקשו אזרחות – יחויבו להצהיר נאמנות למדינה 'יהודית ודמוקרטית'" הארץ Online חדשות 10.10.2010. לביקורת על הצעת התיקון לחוק ראו מדרכי קרמניצר "נאמנות ואזרחות" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה 10.10.2010.
- 102 החשש הוא מפני חקיקה תגובתית שלא רק שמקרה ספציפי משמש לה מניע אלא שהאספקלריה החקיקתית מוגבלת לאותו מקרה, כמו למשל ההצעה לתקן את חוק לשון הרע בעקבות הסרט "ג'נין ג'נין". לפירוט ההצעה ולביקורת עליה ראו: תהילה שוורץ אלטושר **הצעת החוק לתיקון חוק יסוד לשון הרע** (2012). ראו גם פרשת **התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 16**, בפס' 15 לפסק דינו של השופט גרוניס: "הצידוק המרכזי לקיומה של ביקורת שיפוטית על חקיקה הינו הצורך להגן על מיעוט

מן החשש שכאשר קיימת תכלית פסולה ביסוד החוק, והיא זכתה לפרסום, אוכפי החוק ישימו תכלית זו לנגד עיניהם כבואם ליישם את החוק. התכלית האמיתית עשויה להעמיד, בראש ובראשונה, את מקבל ההחלטות על בעייתיות מיוחדת ולהציב תמרור אזהרה מפני המשך קידום היוזמה. תמרור דומה המחייב יחס ספקני וחשדני במיוחד צריך להיות מוצב גם בפניו של הגורם המשפטי המבקר.

בחינת הרקע לחקיקה חשובה מבחינות נוספות: כאשר היוזמה לחקיקה נועדה לתת מענה למקרה ספציפי היא מזקיקה בדיקה יסודית – אם יש מקום לטיפול בסוגיה באמצעות נורמה כללית.<sup>103</sup> היא עשויה לגלות שמה שהוליד

---

ועל יחידים מפני עריצותו של הרוב. בית המשפט הינו המחסום האחרון שיכול למנוע מן הרוב לפגוע ביחידים ובקבוצות מיעוט". נדמה כי אחד מבתי המשפט שגישה זו חלחלה בהם עמוקות הוא בית המשפט החוקתי בדרום אפריקה, ראו Woolman & Botha, לעיל ה"ש 26. ראו גם את הצעת חוק הצהרת נאמנות, התשע"ב-2012, שיזם ח"כ דני הנון, שלפיה תנאי לקבלת תעודה רשמית יהיה הצהרת נאמנות למדינה. זה יהיה נוסח הצהרת הנאמנות: "הנני מצהיר נאמנות למדינת ישראל כמדינה יהודית ציונית ודמוקרטית, ומתחייב לשמור על סמליה וערכיה ולא לפעול נגדה או נגד כל אחד ממוסדותיה" (לפי דנון, מטרת ההצהרה היא בין היתר אמצעי להפחית את העבריינות הגוברת בקרב האוכלוסייה הערבית. ראו פנחס וולף "הצעת חוק: קבלת תעודות זהות – רק בהצהרת נאמנות" אתר וואלה 5.12.2011:

מחקר של מרכז המידע והמחקר של הכנסת משנת 2010, קובע כי בשנת 2009 חלה עלייה של 8.4% בפשיעה במגזר הערבי, כאשר 41% מכלל תיקי הרצח הם של ערבים, 43% מתיקי השוד בנסיבות מחמירות, ו-41% מתיקי ההצתה. ממחקר נוסף עולה ש-55% מכלל התיקים לערביי ישראל נפתחים בגין סיוע לשוהים בלתי חוקיים. הנתונים מבהירים ללא כל צל של ספק, כי ערביי ישראל מתייחסים בזלזול כלפי חוקי המדינה, עם נתוני פשיעה גבוהים בהרבה מכל מגזר אחר.

103 לאיסור על "חקיקה פרטית" ולחובה לקבוע אמות מידה כלליות כמאפיין יסוד הכרחי של שלטון החוק ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א 286, 296 (מהדורה שישית, 2005). ראו גם חוות דעתם של מרדכי קרמיניצר ועמיר פוקס נגד הצעת חוק יסוד: הכנסת (תיקון תקופת הצינון לאנשי תקשורת), אתר הכנסת, 9.1.2012: "מעבר להתנגדות העקרונית, ברור כוללי עלמא כי הרציונלים העומדים מאחורי הצעת החוק הם פרסונאליים גרידא. חקיקה היא נורמה כללית שאמורה לצפות פני עתיד ולקבוע נורמות כלליות. בכואו לחוקק חוק על המחוקק לפעול מאחורי 'מסך בערות' בו עיקרון מסויים העומד בבסיס החוק משרת לתפיסתו את האינטרס הציבורי הכללי".

את היוזמה הוא פרסום בתקשורת של מקרה ספציפי – למשל עונש קל לכאורה שהוטל במקרה מסוים שהיה לבסיס להצעה להעלות את רף הענישה הקבוע בחוק. לכאורה היות שהפרסום אינו מאפשר לקבל תמונה מלאה על נימוקי גזר הדין,<sup>104</sup> והיות שמקרה יחיד אינו בסיס רציונלי לשינוי רמת הענישה, המוטיבציה שביסוד החקיקה עשויה להיות קשורה למלאכת חקיקה פגומה ורשלנית. גם כאשר אין הצדקה לפסילת התכלית, בחינת הרקע לחקיקה עשויה להצדיק, או אף לחייב, בדיקה קפדנית במיוחד של תנאי המידתיות.

זאת ועוד, חשוב להבין שמבחינת השלטון אין כל בעיה בהצגת תכלית לגיטימית למה שתכליתו האמיתית היא שונה, כפי שנעשה למשל בפרשת ערוץ 7, בפרשת העינויים, בהפקעת קרקעות בשטחים המוחזקים, בהפקעת קרקעות של ערבים לצורכי ציבור כביכול ובהצגת המטרה שמאחורי גדר ההפרדה כביטחונית בלבד וכו'.<sup>105</sup> ייעוץ משפטי סביר ימצא תמיד דרך להכשרת השרץ. בשלב שבו מגנים בפני בית המשפט על החלטה שלטונית, מרחב התמרון המגוון

104 ראו לדוגמה מרדכי קרמיניצר "אין תחליף לביקורת עצמית" אתר העין השביעית 1.1.2008.

105 הדוגמאות לכך אינן מעטות. ראו למשל בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1 (1980), שבו נדונו העמדות המסולפות שהציגה מערכת הביטחון בדבר התכלית הביטחונית שבבסיס הכשרת ההתיישבות אלון מורה. יצוין שגם בפסק דין זה דחה בית המשפט את עמדת מערכת הביטחון, אולם לא העביר ביקורת ישירה על ההצהרות הלא אמיתיות, ככל הנראה מטעמי שמירה על ההרמוניה בין הרשויות. כן ראו את הדברים המפורשים שנכתבו בג"ץ 2732/05 ראש מועצת עיריית עזון נ' ממשלת ישראל, תק-על 2006(2) 3672, בפס' 7 לפסק דינו של הנשיא ברק, בדיון הנוגע לשיקולים שהביאו לתוואי גדר ההפרדה:

בעתירה שלפנינו התגלתה תופעה חמורה. לא הוצגה בפני בית המשפט העליון בעתירה הראשונה התמונה בשלמותה [...] העתירה שלפנינו מצביעה על אירוע שאין להשלים עימו, לפיו המידע שסופק לבית המשפט לא שיקף את מלוא השיקולים שעמדו לנגד עיניהם של מקבלי ההחלטות. כתוצאה מכך נדחתה עתירה, שגם המשיב מסכים כיום שצריך היה לקבלה [...]. מקורים אנו כי הדבר לא יישנה.

ראו גם ועדת החקירה הממלכתית לעניין שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת דוח הוועדה 17-34 (1987) (להלן: דוח ועדת לנדוי), והביקורת עליו: Mordechai Kremnitzer, *The Landau Report: Was the Security Service Subordinated to the Law or the Law to the "Needs" of the Security Service?*, 23 (2-3) ISRAEL LAW REVIEW 216, 264-267 (1989)

מתאפיין בגמישות רבה והוא מונחה על ידי הרצון לנצח.<sup>106</sup> לכן כשהבדיקה מצמצמת לתכלית האובייקטיבית, היא מאבדת את עיקר ערכה. ברור גם כי ככל שהביקורת השיפוטית מגלה הסתמכות לא מבוקרת על מה שמוצג כתכלית הפעולה השלטונית – כך פוחת כוח ההרתעה של הביקורת אל מול המגמה האמורה. יתר על כן, יש בכך כדי לעודד חקיקה ממניעים פסולים. מכלול השיקולים הזה גובר לדעתנו על חוסר הנחת ואף על חוסר הרצייות העקרוני במצב דברים שבו רשות שלטונית אחת קובעת שדברה של רשות שלטונית אחרת אינו אמת. זהו חיזיון לא רצוי. חיזיון לא רצוי הרבה יותר הוא שרשות שלטונית, שדברה אמור להיות אמת, מכסה ומחפה על דבר שקר של רשות אחרת. סוג פגיעה קשה במיוחד בזכות אדם חל כאשר המטרה האמיתית של הפעולה השלטונית היא לפגוע בזכות, ועוד יותר כאשר המטרה היא לפגוע בזכותם של המשתייכים לקבוצה מסוימת, כמו מגדר, לאום, מוצא או דת. צריך שתכלית כזו תישאף במלוא כיעורה. עוד ברור כי יש אינטרס ציבורי מובהק שתכלית שאינה ראויה לא תקודם. זאת, הן כדי למנוע בזבוז משאבים והן בשל המשמעויות הסמליות והחינוכיות השליליות של קידום כזה מבחינת המסר שבו. המסר לרשות השלטונית חייב להיות חד-משמעי – יש לוודא היטב שהתכלית האמיתית של הפעולה השלטונית היא ראויה ודרושה בטרם מתקדמים הלאה. לאור האמור לעיל, נוטה אני לגישה שלפיה גם במקרה שבו תמונת המוטיבציה מורכבת וניתן לתארה כתכלית כפולה – ראויה ולא ראויה – הכף צריכה להיות מוכרעת לעבר פסילת התכלית. לא ראוי שרשות שלטונית במדינת חוק דמוקרטית תפעל מתוך תכלית, ולו חלקית, שאינה ראויה. זאת ועוד, שאלה מעניינת היא מה הדין כאשר בצד התכלית הראויה מנביע השימוש באמצעי, ברמת הסתברות גבוהה מאוד, תוצאת לוואי של פגיעה בלתי נמנעת בזכות. מצד אחד, יש טעם בטענה שרשות שלטונית אינה יכולה להיזקק במקרה זה לטענה: "אבל לא רציתי בכך", ומצד אחר, ההבחנה בין תוצאות מכוונות לבין תוצאות אגב לא רצויות היא מושרשת ומשקפת אינטואיציה מוסרית חזקה,<sup>107</sup> ולא יהיה

Sanford Levinson, *Tiers of Scrutiny – From Strict Through Rational Bases – and the Future of Interest: Commentary on Fiss and Linde*, 55 ALB. L. REV. 745, 748–749 (1992)

107 דוד אנוך "מה ההבדל בין פעולות טרור לבין חיסולים? מחשבה על ההבחנה בין גרימת נזק מכוונת לבין גרימת נזק צפויה לחפים מפשע" בלי כוונה: פגיעה בחפים



מוצדק, או לפחות בטוח, להתעלם ממנה כשמדובר ברשות שלטונית. אני משאיר נקודה זו אפוא כזקוקה לעיון נוסף.

חייבת להיות התאמה בין התכלית הנטענת של החוק לבין תוכנו. כאשר נטען כהצדקה לחקיקתו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, המחמיר עם העצורים לפיו בהשוואה למעצר מינהלי רגיל, שהוא מכוון למעצרים רבי-היקף במצב של לוחמה המתמשכת בטריטוריה שאינה בשליטת ישראל, צריכים היסודות המגבילים האלה – מבחינת תחולת החוק – להופיע בלשונו של החוק.<sup>108</sup> כאשר אין התאמה כזו – וזהו המקרה בחוק זה – יכול בית המשפט לעשות אחד משניים: לדחות את המטרה הנטענת מפניה של המטרה כפי שהיא עולה הלכה למעשה מן הטקסט הלא מוגבל של החוק או לבחון את חוקתיות החוק לפי תכלית זו ולהעמיד את המחוקק בחזקת מחויבות למה שהוא טען לו, ולקרוא לתוך החוק את ההגבלות שנטענו. גישה שלישית, כמו זו שנקט בית המשפט העליון אצלנו – הסתמכות על התכלית הנטענת אך בלא לעמוד על היותה מחייבת – אינה מוצדקת.<sup>109</sup>

דיון רציני בשאלת התכלית מדגים שמבחני המידתיות השונים אינם "חיים" בנפרד משאלת התכלית. כאמור, מבחני המידתיות נדרשים כדי לאפיין את התכלית אפיון מוגדר ומדויק. יתר על כן, הם נחוצים כדי לבחון אם התכלית הנטענת היא התכלית הממשית. לא אחת יהיה ניתן, באמצעות מבחני המידתיות השונים, להוכיח שהמטרה הנטענת אינה המטרה האמיתית. כך למשל כאשר יש אי-התאמה ברורה בין האמצעי לבין התכלית הנטענת, כאשר היא ניתנת להשגה באמצעי פוגעני פחות, כאשר ההסדר ניחן בכיסוי חסר או בכיסוי יתר, או במקרה של כישלון חרוץ במבחן האחרון.<sup>110</sup> לעומת זאת כאשר יש התאמה טובה בין האמצעי לבין תכלית אחרת (התכלית הנחשדת כאמיתית), במדרים שהוזכרו,

---

מפשע בזמן מלחמה בטורר 105 (דוד אנוך, עידו פורת, ראם שגב ומרדכי קרמניצר עורכים, 2007), וכן David Enoch, *Intending, Foreseeing, and the State*, 13 LEGAL THEORY 69 (2007)

108 חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002, ס"ח התשס"ב (להלן: חוק כליאת לוחמים בלתי חוקיים).

109 ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.6.2008) (להלן: פרשת חוק כליאת לוחמים).

110 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 415-412; Kagan; לעיל ה"ש 74.

המסקנה המתבקשת היא כי דווקא זו התכלית הממשית. כאמור, גם כאשר המטרה עצמה אינה עומדת במבחנים של צורך אמיתי וחיוניות עשוי הדבר ללמד כי אין מדובר בתכלית האמיתית. האפשרויות המגוונות האלה לבחינת אמיתותה של התכלית הנטענת מחזקות את ההצדקה של בחינה כזו. אין מדובר בבדיקה שכל־כולה בתחום הפסיכולוגיה של המחוקק. יש לבדיקה יסודות אובייקטיביים, חיצוניים וגלויים. היא יכולה להישען על קרקע מוצקה.

הדעה המקובלת היא שהתכלית הראויה היא יסוד שנטל השכנוע בעניינו מונח על כתפי הרשות.<sup>111</sup> אחרי שהעותר הרים את הנטל בנוגע לפגיעה בזכות, אך טבעי הוא שהתכלית שמאחורי פעולת הרשות והידועה לה יותר מלכל אדם אחר תובהר על ידי הרשות. כאשר יש ראייה שיוזמי החוק פעלו מתוך מניעים פסולים, הנטל לסתור, שצריך להיות מוטל על הרשות המחליטה, הוא כבד ביותר. כאשר מצטרף לאינדיקציה כזו כשל באחד ממבחני המידתיות, המסקנה המתבקשת חייבת להיות שהתכלית הנטענת אינה התכלית האמיתית. בעקבות הפסיקה האמריקאית, ובשל העבר האפל הכרוך באפליה לרעה על בסיס השתייכותי ונזיקה הקשים, על הנטל להיות כבד עד אין יכולת להרימו כאשר ניתן להצביע על תכלית של אפליה כזו. הפסיקה האמריקאית עשויה לשמש מקור השראה באופן כללי לסוגיה זו של תכלית ראויה משום שנושא זה פותח בה יותר מבמדינות הנזקקות במישרין למידתיות.<sup>112</sup> גם אם אין מקבלים את העמדה שננקטה כאן (מבחינת הקטלניות שיש למוטיבציה סובייקטיבית), נראה כי לכל הפחות יש לצפות מבית המשפט שיידרש לסוגיית התכלית, גם להיבט הסובייקטיבי שלה, כדי שתירשם הערת אזהרה בצד הציון "עובר" שהתכלית מקבלת. הערת אזהרה זו יש להתחשב בה ולייחס לה משקל במבחן האחרון, היא מצטרפת לצד השלילי של המאזניים, ובמקרה מתאים עשויה להכריע את הכף נגד ההסדר המבוקר. להתייחסות אליה יש משמעות חינוכית־ציבורית, וכאשר מתעלמים ממנה כליל, יש לכך השפעה שלילית ומזיקה מן הבחינה הזו.

בהקשר של התכלית הסובייקטיבית יש הבדל חשוב בין העיסוק בכך ברשות השופטת לבין העיסוק בכך ברשות המחוקקת. הרשות השופטת עושה כאן מעשה שיפוטי־מעריך־מבקר כלפי רשות אחרת, שהיא חייבת בכבודה. ברורה אפוא

111 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 537-542.

112 שם, בעמ' 257, 346, 622.

הרתיעה שלה לייחס למחוקק "אחד בפה ואחד במעשה". לעומת זאת קל מאוד להפנות אל הרשות המחוקקת, שפועלת בתחום שמכותה הראשוני ובמסגרת תפקידה העצמאי (שאינו קשור לרשות אחרת), את התביעה לנהוג בהגינות וביושרה בקביעת תכלית החוק ובהצגתה. השאלה הקשה היא זו: כיצד נמנעים מהעברת המסר הלא נכון מבית המשפט המפעיל על עצמו ריסון ניכר בהקשר זה לבין המחוקק שעשוי להסיק מכך מסקנה לא ראויה?

### ב. מידת ההכללה בניסוח התכלית

סוגיה נוספת הראויה להתייחסות היא שאלת מידת ההכללה בניסוח התכלית. יכול שהתכלית תהא מנוסחת ברמת הפשטה גבוהה – במושגי סתום כגון "ביטחון" (כך זה מופיע אצל ברק במקום אחד), "ביטחון המדינה", "שלום הציבור", "סדר ציבורי" וכיו"ב,<sup>113</sup> ויכול שתהא מנוסחת במונחים קונקרטיים יותר. פעמים רבות שוני זה בניסוח התכלית ובפירושה משפיע השפעה רכה על תוצאות האיזון ועל גישת האיזון הננקטת. ניקח לדוגמה את העמדות השונות שהובעו בשני גלגוליה של פרשת כהנא.<sup>114</sup> בערעור קבע הנשיא ברק שהתכלית שבבסיס האיסור הפלילי על הסתה להמרדה היא הגנה על עצם קיומו של המשטר הדמוקרטי. פרשנות זו הביאה אותו לקבוע שניתן להגביל את חופש הביטוי כשיש אפשרות סבירה או ממשית לפגיעה באינטרס החשוב האמור.<sup>115</sup> לעומת זאת בדיון הנוסף, לפי עמדת

113 קרמניצר ולבנון, לעיל ה"ש 15, 166-167 (2009); בג"ץ 73/53 חברת קול העם בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז(2) 871 (1953). בפס' ה לפסק דינו כותב השופט אגרנט ברבר האינטרס של שלום הציבור: "בנדון זה אין בדעתנו לקבוע מסמרות, וגם לא ננסה לסמן את התחומים החיצוניים של המושג 'מסכן את שלום הציבור'" (ההדגשה שלי).

114 ערעור כהנא, לעיל ה"ש 52; דנ"פ 1789/98 מדינת ישראל נ' כהנא, פ"ד נד(5) 145, (2000) (להלן: דנ"פ כהנא).

115 ערעור כהנא, לעיל ה"ש 52, פס' 10-11 לפסק דינו של הנשיא ברק: ההמרדה היא התרסה כנגד המבנה הדמוקרטי של המשטר [...] לאחר התלבטות לא קלה, הגעתי לכלל מסקנה כי מן הראוי הוא לאמץ את מבחן האפשרות הסבירה (או הממשית). זהו, כך נראה לי, גם המבחן שחברי, השופט גולדברג, מאמץ. לא הייתי מאמץ מבחן זה, אילו נתתי ל"המרדה" משמעות רחבה כפי שנותן לה השופט מצא. לעומת זאת, גישתי [...] מצמצמת את ההמרדה לסיכון סדרי הממשל והמשטר, ורואה בה פגיעה ביציבות המשטר.

הרוב, התכלית שבבסיס החוק היא שמירה על לכידות חברתית, אינטרס שהוא חיוני פחות מעצם קיומו של המשטר הדמוקרטי. בהתאמה לכך נקבע שניתן להגביל את חופש הביטוי – באותו מקרה בדיוק – רק כשהפגיעה באינטרס זה היא קרובה לוודאי.<sup>116</sup>

אני סבור כי על בית המשפט לעודד חקיקה ברמת הפשטה קונקרטית יותר של תכלית החוק. תומכים בכך שיקולים אחדים: ראשית, מדובר בשיקול שהוא מסדר שני התומך בתכלית הסובייקטיבית ומסייע באיתור התכלית האמיתית. מושגי השסתום, מלבד היותם "עצלנים" ולא ברורים,<sup>117</sup> יכולים לשמש כר נוח לכיסוי תכליות "סמויות" ופסולות. כיצד יהיה ניתן לקבוע כי "ביטחון המדינה" או "הסדר הציבורי" אינם תכלית ראויה? לעומת זאת אם מתחת למטריית-העל של "ביטחון המדינה" מסתתרת התכלית של מניעת ביקורת על "המוסד" כדי לשמור על יוקרתו ועל יחס ההערכה כלפיו מצד מוסדות דומים במדינות אחרות – הדברים נראים אחרת.

שנית, מבחינת הרשויות (המחוקקת והמבצעת), קביעת התכלית היא נקודת מוצא הכרחית לקביעת נורמה ראויה או לנקיטת אמצעי יעיל וראוי. ככל שהתכלית ברורה יותר ומוגדרת יותר, כך תהליך קבלת ההחלטות משתפר ואופיו הרציונלי מתחזק. במילים אחרות, תכלית ברורה ומוגדרת היא תנאי הכרחי לאיתורו של אמצעי יעיל, שהוא גם פוגעני פחות מאמצעים חלופיים. תכלית ברמה גבוהה של הכללה והפשטה מונעת הפרדה והבחנה בין היבטים שונים שלכל אחד מהם מידה שונה של חשיבות. משום כך היא מקשה על קביעת נוסחאות איזון אמניות שיביאו לתוצאות צודקות. כך למשל כאשר מדובר בגורלו של אזרח ישראלי יחיד המצוי בידי החיזבאללה (לפחות כשמדובר במי שלא הביא עצמו באשמתו למצב זה), רמת ההסתברות של פגיעה בחייו שיש בה

116 דנ"פ כהנא, לעיל ה"ש 114, פס' 21-22, 30 לפסק דינו של השופט אור (2000). ודוק: ויכוח עם שאלות דומות התעורר בפרשת *Manamela* בדרום אפריקה, *S. v. Manamela* (CC) 49 BCLR (5) 2000 (ראו פס' 49-50 לדעת הרוב ופס' 96-97 לדעת המיעוט). עמדות הרוב והמיעוט פירשו את תכלית החקיקה ברמות הפשטה שונות, והדבר הוביל למסקנה שונה גם בדבר חוקתיות החוק. ראו גם Woolman & Botha, לעיל ה"ש 26, בעמ' 87-88; וכן ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 410.

117 יעיד על כך חוסר ההסכמה בפרשנות הטעם של ביטחון המדינה בפרשות שונות, כגון בדיון הנוסף בעניין קלפי המיקוח הלבנוניים, דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הבטחון, פ"ד נד (1) 721 (2000) (להלן דנ"פ קלפי המיקוח).

כדי להצדיק שחרור מחבלים עשויה להיות נמוכה מרמת ההסתברות הנדרשת כאשר מדובר באינטרסים ביטחוניים אחרים. מה שאולי נכון למבחן של צנזורה צבאית כאשר מדובר בהשמעת דעות וביקורת (מבחן של סכנה ברמת הסתברות גבוהה לפגיעה רצינית בביטחון), ואולי פוגע מדי בחופש הביטוי בליבה הקשה שלו, אינו מתאים כאשר מדובר במידע עובדתי על הצבא שעשוי להועיל לאויב. כאן המבחן של סכנה ברמת הסתברות גבוהה אינו מאפשר מניעת פרסום אף שהמניעה עשויה להיות מוצדקת מטעמי שמירת סודיות.<sup>118</sup> רמה גבוהה מדי של הפשטה עלולה לעודד בלבול בין מה שהוא אינטרס ציבורי לבין זכות של הפרט או אינטרס שלו.<sup>119</sup> בקיצור: אי-בהירות באשר לטיבה המדויק של התכלית שאליה חותרים עלולה להכשיל, ובהסתברות גבוהה, את המהלך המדינתי. נוסף על הממד הרציונלי המובהק והמעין-טכני, נודעת חשיבות לא פחותה לממד הפסיכולוגי-רגשי: כאשר עוסקים בסוגיה במושגים של שפה גבוהה, כאשר על כף המאזניים מונחים קיום המדינה, ביטחונה, שלום הציבור והסדר הציבורי, התחושה של מקבלי ההחלטות היא כי מדובר בתכליות שאין חשבות מהן; ולכן הנכונות לחפש ולאמץ אמצעים דרסטיים שיביאו להשגת התכלית היא מרבית. כל שיעשה כדי להציל את המדינה או את ביטחונה – מוצדק. לעומת זאת ראייה מפקחת יותר, המשגה בשפה נמוכה, קונקרטי ומעשית יותר של מה שמבקשים להשיג בפועל, בניסוח המתייחס לתוספת השולית שבה לרוב מדובר, יביאו את מקבלי ההחלטות לגישה מאופקת יותר ולבחינה מדוקדקת יותר של האמצעים העשויים לבוא בחשבון. שלישית, תכלית מוגדרת נדרשת מטעמי שקיפות וחיונית לדיון ציבורי מושכל. רביעית, תכלית צרה, מוגדרת ומדויקת מעמידה את הבחינה השיפוטית על אדנים מוצקים יותר, מוסיפה לבהירות התמונה ומקדמת תוצאה שיפוטית נכונה. זו נקודה קריטית ממש. כשם שהדברים נכונים למחליטים, הם נכונים גם למבקרי ההחלטה. יש הבדל מכריע בין התייחסות

118 כג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי פ"ד מב(4) 617.

119 לדברי השופט ברק, לכל הזכויות יש גם היבט ציבורי, שהרי יש אינטרס ציבורי בהגנה על כל זכויות הפרט. ואולם יש לשים לב שמן העבר השני לא כל אינטרס ציבורי מאגד זכויות פרט. אינטרס ציבורי עשוי לאגד רצונות של פרטים, אשר אינם אכיפים כאשר הם עומדים לעצמם, והוא עשוי לאגד גם זכויות פרטיות. להרחבה ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 271, 272-273 (2004); וכן גול-אייל ורייכמן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 103-110.

לתכלית הכללית הגבוהה לבין התייחסות לתכלית הממשית הקונקרטית כאשר באים לבחון את מידתיות האמצעי שנקט. חמישית, בהתבוננות טקטית על הסוגיה מבחינת סיכויי הרשות לעבור בהצלחה ביקורת שיפוטית נראה כי גם לרשויות יש תמריץ לקבוע תכלית צרה ומדויקת יותר. אמנם תכלית רחבה נוחה מבחינת סגולת האמצעי להביא לקידומה, אולם היא מקשה יותר – מבחינת הרשות – לעבור את מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. ככל שרמת ההפשטה של התכלית גבוהה יותר, כך יקל על המבקרים למצוא אמצעי חלופי שמגשים את התכלית באותה מידה או במידה דומה, ולהפך – ככל שהמטרה תהא מדויקת וקונקרטית יותר, כן גובר הסיכוי שהרשות תצליח לבחור באמצעי שהשגתו אותה היא מיטבית ובכך לעמוד בביקורת השיפוטית.<sup>120</sup>

#### 4. מבחני המידתיות

##### א. הבסיס העובדתי והערכתי להפעלת המבחנים

הדרישה "במידה שאינה עולה על הנדרש"<sup>121</sup> מעבירה את תשומת הלב מהתכלית כעומדת ברשות עצמה אל האמצעי שבחרה המדינה להגשמתה.<sup>122</sup> שלא כמו

120 לעניין זה ראו Woolman & Botha, 'לעיל ה"ש' 26, בעמ' 87-88 והדברים של פרופ' הוג המצוטטים שם:

If the objective has been stated at a high level of generality, it will be easy to think of other ways in which the wide objective could be accomplished with less interference with the [fundamental] right. If the objective has been stated at a low level of generality, perhaps simply restating the terms of the challenged law, it will be hard to think of other ways in which the narrow objective could be accomplished with less interference with the [...] right (Peter Hogg, "Section 1 Revisited" 1 N.J.C.L. 1, 5 (1992)).

כן ראו ברק, 'לעיל ה"ש' 1, בעמ' 409-411.

121 ס' 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150; ס' 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90.

122 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, 'לעיל ה"ש' 11, בפס' 64 לפסק דינו של הנשיא ברק: הדרישה כי פגיעתה של החקיקה תהא "במידה שאינה עולה על הנדרש" מתמקדת באמצעי שהמחוקק בחר בו. חוק הפוגע בזכות אדם חוקתית הוא מידתי רק אם קיים יחס ראוי בין המטרה הראויה שהחוק מבקש להגשים,

התכלית, ראויות האמצעי אינה נבחנת בחינה עצמאית נפרדת. האם לא צריכה להיות בחינה כזו? האם בהיעדר בחינה עצמאית כזו אין כדי להשמיע שהמטרה חשובה מן האמצעי? האם מסר זה הוא ראוי? בשאלות אלה נדון בהמשך. האמצעי נבחן הן בפריזמה של יחס למטרה (שנמצאה ראויה) הן בהשוואתו לאמצעים חלופיים והן לפי היחס שבין הפגיעה בזכות לבין מידת קידום התכלית. זוהי המידתיות "במובנה הרגיל"<sup>123</sup>. כאמור במבוא לרשימה זו, מבחן זה עבר קונקרטיזציה במשפט המשווה, ובעקבות זאת גם במשפט הישראלי,<sup>124</sup> ונקבעו שלושה מבחני משנה שיעזרו ביישומו. בהכללה ניתן לומר כי מבחן הקשר הרציונלי (מבחן ההתאמה) ומבחן האמצעי שפגיעתו פחותה (מבחן הצורך) עוסקים בקשר של האמצעי למטרה הראויה, ואילו מבחן המידתיות במובן הצר (מבחן האמצעי המידתי) עוסק ביחס שבין מידת קידום התכלית שהאמצעי נועד להשיג לבין הפגיעה בזכות שהוא גורם.

רק אם שלושת מבחני המשנה מתקיימים, נאמר כי האמצעי שנקט החוק בהגשמת תכליתו הוא מידתי. נציין כי אף שמבחני המשנה דומים אלה לאלה בשיטות משפט שונות,<sup>125</sup> בכל אחת משיטות המשפט כל אחד מהם מקבל אופי משל עצמו.<sup>126</sup>

קודם שניגש למבחני המידתיות עצמם, עולות שאלות מהותיות באשר למצע העובדתי וההערכתי המשמש את בית המשפט בבואו ליישם את המבחנים. אם הלכה למעשה בית המשפט סומך ידיו באופן עיוור על המצע הנטען על ידי

---

לבין האמצעים שהוא נוקט להגשמתה של המטרה [...] אמצעי ראוי הוא אמצעי מידתי. אמצעי הוא מידתי אם פגיעתו של החוק בזכות המוגנת היא במידה שאינה עולה על הנדרש.

123 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 169-172.

124 למקורות הישראליים והמשווים ראו פרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 16, בפס' 57 לפסק דינו של הנשיא ברק; כן ראו פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 28, בפס' 94-95 לפסק דינו של השופט ברק; להשוואה בדבר יישום המבחנים בגרמניה ובקנדה ראו Grimm, לעיל ה"ש 26.

125 הגם שבחלק משיטות המשפט אין נדרשת עמידה בכלל מבחני המשנה. בדרום אפריקה למשל מבחני המשנה הם בכחינת שיקולים שניתן להתחשב בהם (ראו ס' 36 לחוקת דרום אפריקה). ראו גם ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1, 261, 72, 649-650.

126 ראו למשל Grimm, לעיל ה"ש 26, המשווה בין יישום ופרשנות התנאים במשפט הקנדי לבין יישומם ופרשנותם במשפט הגרמני. לא אוכל במסגרת רשימה זו להביא פירוט מלא של ההבדלים.

המדינה,<sup>127</sup> אשר פעמים רבות נגוע בהטיות טבעיות שיידונו בהמשך, מצטמצם מאוד ערכה של הבחינה החוקתית. צריך להביא בחשבון גם שבשלב שבו מוצגים הדברים בפני בית המשפט כדי להגן על האמצעי, התמונה המוצגת מושפעת השפעה מכרעת ממטרה זו.<sup>128</sup> הסתמכות עיוורת על טיעוני המדינה מתמרצת את המדינה לא להתאמץ בעריכת הבדיקות וההערכות שחייבות לבוא בטרם חקיקה. אם בית המשפט מוכן להסתפק בהערכות לא מבוססות, ואם אין הוא דורש שיוצגו בפניו נתונים כלשהם – מה לה לרשות כי תטריח עצמה בכגון אלה?<sup>129</sup> אם לאחר עשרות שנים של היזדקקות להריסת בתים כאמצעי למאבק בטרור אין בידי הרשות נתונים ממשיים על יעילות ההרתעה של האמצעי,<sup>130</sup> כי אז אחד

127 ראו דברי שופט בית המשפט העליון לשעבר יצחק זמיר במאמרו "זכויות האדם ובטחון המדינה" משפטים יט (17), 36-37 (1988):

דברים שנאמרו בפסקי הדין, ועוד יותר מכך, ההחלטות שניתנו בפסקי הדין, מובילים למסקנה כי בפועל בית המשפט מהסס להתערב בשיקול הדעת של רשויות הבטחון בענייני בטחון, יותר מאשר בשיקול הדעת בעניינים אחרים [...] אפשר לומר, בלשון של הכללה, כי בית המשפט נוטה לגלות יחס מיוחד של התחשבות ומידה רבה של איפוק כלפי רשויות הבטחון בגלל האחריות הכבדה, חומרת התוצאות והרגישות הציבורית הנלוות לענייני בטחון.

ראו גם האסמכתאות המובאות שם. עמדה זו מתבטאת הלכה למעשה בפסיקות רבות של בית המשפט. ראו למשל פרשת חוף עזה, לעיל ה"ש 14, בפס' 108 לפסק דינם של שופטי הרוב: "עמדתו של בית משפט זה מיום הקמתו היתה כי החזקה פועלת לטובת הסתמכות על מומחי הביטחון מטעם המדינה, אשר עליהם מוטלת האחריות להגשמת מדיניות הביטחון. נדרשות ראיות כבדות משקל כדי לסתור חזקה זו". כן ראו בג"ץ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(5) 338 (1994); בג"ץ 7473/02 בחר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 488 (2002); פרשת אבו דהים, לעיל ה"ש 97. בפרשה זו קיבל בית המשפט את עמדת הרשות בדבר יעילותו ההרתעתית של אמצעי הריסת הבתים, ללא כל ראיות מטעמה ולמרות קיומו של דוח מקיף וסותר. לביקורת ראו מרדכי קרמניצר "איי" הלגיטימיות של הריסת בתי מחבלים: הערת פסיקה בעקבות פסק הדין בעניין הישאם אבו דהים נגד אלוף פיקוד העורף" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (25.2.2009).

128 ראו Levinson, לעיל ה"ש 106.

129 נדמה כי הטיעון, החלש ממילא, שלפיו לבג"ץ אין זמן וכלים להתמודד עם תשתיות עובדתיות מורכבות כמעט מתאיין נוכח החשיבות הרבה של הגעה למשפט אמת בכל הנוגע להגנה על זכויות האדם.

130 ובנתונים ממשיים אין כוונתי לאנקדוטה על אב שסיפר כי מנע מבנו לבצע פיגוע כדי לשמור על הבית.



משניים: או שהאמצעי אינו יעיל או שאין טורחים כלל לבחון את יעילותו.<sup>131</sup> אמת ניתנה להיאמר: התשתית העובדתית לקביעת מדיניות בנויה גם על הערכות לעתיד, לרבות באשר לחומר קשה לצפייה שהוא התנהגות אנושית. לא הכול מדיד ואי-אפשר לצפות את המציאויות הרלוונטיות (זו שבהיעדר השימוש באמצעי, כלומר המצב הקיים, וזו שבהתקיים השימוש באמצעי) במדויק. אין בכל אלה כדי לשחרר את הרשות קובעת המדיניות מאיסוף הנתונים הרלוונטיים שניתן לאסוף ומניתוחם, מבחינה מקיפה של הסוגיה על כל היבטיה והשלכותיה הרלוונטיים ומהיעזרות במומחים באותן שאלות שבהן יש יתרון למומחה על פני הדיוט ובשיטות עבודה המתאימות למטריה המטופלת. מה שאי-אפשר להשיג בעניינו שלמות מבחינת הבירור והבחינה אינו משחרר מהחובה להשיג את מה שכן ניתן להשיג. צריך שהשכל הישר, המופעל בסופו של דבר ושאינו לו תחליף, יופעל על התשתית העובדתית וההערכתית הטובה ביותר שניתן לבסס. מדובר בנושא שאין ערוך לחשיבותו. לסוגיה זו יפות האמירות השונות על חשיבות חלקן של עובדות בעולם המשפט. ההבדל בין משפח משפטי לבין תוצאה משפטית ראויה נעוץ לעתים קרובות בשאלת היחס לעובדות ולהערכות הנטענות על ידי הרשות. אם בית המשפט מתייחס לדברי הרשות ב"כזאת ראה וקדש", סיכויו לתת ידו למשפח גבוהים.

131 פרשת אבו דהים, לעיל ה"ש 97, פס' 11 לפסק דינה של השופטת נאור: עמדתנו היא שאין מקום להתערב בשינוי המדיניות של המשיב. המדיניות החדשה-ישנה נסמכת על חוות הדעת האמורה של שירות הביטחון הכללי ושותפים לה גם הרמטכ"ל ושר הביטחון. אכן, מותר לרשות לשנות מדיניות ובוודאי מותר לה לשנותה עם שינוי הנסיבות. כפי שנקבע בפסיקתו של בית משפט זה בעבר, בית המשפט אינו נוטה להתערב בהערכת גורמי הביטחון בדבר האפקטיביות של השימוש באמצעי של הריסת בתים או אטימתם כגורם המרתיע אחרים. כך הוא גם כשלפני שנים אחדות חל שינוי במדיניות בעקבות המלצות צוות החשיבה בראשות האלוף שני. כפי שצינינו לעיל נקבע בפסיקה לא אחת כי לא ניתן לערוך מחקר מדעי שיוכיח כמה פיגועים נמנעו וכמה נפשות ניצלו כתוצאה מנקיטת האמצעי האמור. לעניין זה לא השתנה דבר. אכן, המציאות השתנתה וגם עוצמת האירועים השתנתה. המסקנות מכך הן עניין מובהק להערכת גורמי הביטחון (ההדגשה שלי).

לסקירת הדין הבין-לאומי ולמשפט משווה בנושא ראו ענבר לוי, אלעד גיל ויוגב תובל אמצעים חריגים למאבק בטרור פרק שלישי (2010).

הדוגמאות לתוצאות השונות של נקיטת גישת ההסתמכות העיוורת לעומת גישה בוחנת, מבקרת ומעריכה הן רבות. למשל: מה שהבדיל בפרשת <sup>132</sup>Korematsu בין שופטי הרוב, שאישרו את גירוש האזרחים האמריקאים ממוצא יפני מבתייהם לשם העברתם למחנות מעצר מיוחדים, לבין שופטי המיעוט, שהתנגדו לכך, הייתה הגישה השונה להערכתו ולניתוחו של המפקד הצבאי – הסתמכות עיוורת אצל שופטי הרוב לעומת בחינה מדוקדקת והפרכה אצל מקצת שופטי המיעוט.<sup>133</sup> זאת ועוד, מה שאפשר לבית הלורדים לקבוע שחוק שהכיר במעצר מינהלי לא מוגבל בזמן של זרים אינו מתיישב עם האמנה האירופית לזכויות אדם היה יחסו החשדני והמסתייג של בית הלורדים מהסכריה של המדינה, עד כדי אי-קבלת הערכתה בדבר מסוכנותם המיוחדת של אותם זרים.<sup>134</sup>

132 Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944) (להלן: פרשת *Korematsu*).  
133 את הניתוח העובדתי בפסק הדין עשה שופט המיעוט השופט אוון ג' רוברטס, שטען כי רוב השופטים שגו בכך שלא ראו את התמונה בכללותה, שהיא גזענית ולא חוקית.  
134 *A. v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56. חשוב למשל להימנע מתיאורים מוגזמים של פוטנציאל האיום – הטרור כמאיים על המדינה, על עצם קיומה ועל יסודות הדמוקרטיה. אל לנו להלך אימים על עצמנו ולאפשר לגורמי הביטחון לסרטט תמונה מופרזת (המשרתת את האינטרסים שלהם) של מידת האיום ושל טיב היריב. ראו דבריו של הלורד הופמן שם, בפס' 91 ו-96:

What is meant by “threatening the life of the nation”? The “nation” is a social organism, living in its territory [...] When one speaks of a threat to the “life” of the nation, the word life is being used in a metaphorical sense. The life of the nation is not coterminous with the lives of its people. The nation, its institutions and values, endure through generations. [...] This is a nation which has been tested in adversity, which has survived physical destruction and catastrophic loss of life. I do not underestimate the ability of fanatical groups of terrorists to kill and destroy, but they do not threaten the life of the nation. Whether we would survive Hitler hung in the balance, but there is no doubt that we shall survive Al-Qaeda. The Spanish people have not said that what happened in Madrid, hideous crime as it was, threatened the life of their nation. Their legendary pride would not allow it. Terrorist violence, serious as it is, does not threaten our institutions of government or our existence as a civil community.

עוד הוסיף השופט הופמן דברים על הפיאסקו המודיעיני שהביא להתקפה על עיראק:  
The Home Secretary has adduced evidence, both open and secret, to show the existence of a threat of serious terrorist outrages. The Attorney

בדומה לזה, מה שהברדיל בין ועדת לנדוי לבין גישת בית המשפט העליון בסוגיית ההיזקקות לאמצעים חריגים בחקירת חשודים בטרור היה בין השאר יחסם השונה להסכריהם של אנשי שירות הביטחון הכללי – מאמון ללא סייג מצד ועדת לנדוי<sup>135</sup> לבחינה ממשית של הטענות בבית המשפט העליון ולדחיית חלקן כלא אמינות.<sup>136</sup> מפתיע ממש שכבג"ץ איחוד המשפחות אין התייחסות לעובדה של היעדר נתונים קשים: בפסק הדין הראשון בסוגיה זו התייחס בית המשפט ל-26 אנשים שנעצרו כחשודים במעורבות בטרור. בפסק הדין השני מדובר ב-58 מעורבים בטרור. לא ברור מה היו החשדות הקונקרטיים, שהרי מעורבות בטרור היא מושג רחב מאוד, מן הקל ביותר אל החמור ביותר, כמה הואשמו, כמה הורשעו, ומה נגזר עליהם. אין כל ביטוי להבדל הדרמטי במצב הביטחוני בין השנים 2003 ל-2012, וגם אין התייחסות אצל שופטי הרוב בפסק השני להחלטה להכניס לישראל פלסטינים מהשטחים למטרת עבודה.<sup>137</sup>

---

General did not invite us to examine the secret evidence, but despite the widespread scepticism which has attached to intelligence assessments since the fiasco over Iraqi weapons of mass destruction, I am willing to accept that credible evidence of such plots exist.

- 135 דוח ועדת לנדוי, לעיל ה"ש 105, וזאת חרף מה שהועד לפנייה על דרכו השיטתית של השירות בשקרים.
- 136 בג"ץ 5100/94 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999) (להלן: עניין הוועד הציבורי נגד עינויים), ובמיוחד התייחסות הנשיא ברק לנימוקי המדינה להצדקת השימוש בתנוחת ה"שבאח" ולחבישת שק אטום על פניו של הנחקר בפס' 27-28 לפסק דינו.
- 137 ראו עמדת השופט ברק בנוגע למשקל הנימוק הביטחוני בפרשת עדאלה, לעיל ה"ש 11, פס' 91 לפסק דינו:

העיון במבחן המידתיות (במובן הצר) מחזיר אותנו למושכלות ראשונים עליהם מתבססת הדמוקרטיה החוקתית שלנו וזכויות האדם מהם נהנים הישראלים. מושכלות אלה הינם כי המטרה אינה מקדשת את האמצעים; כי הביטחון אינו עומד מעל לכל; כי המטרה הראויה של הגברת הביטחון אינה מקדשת פגיעה קשה בחייהם של אלפים רבים של אזרחים ישראלים. הדמוקרטיה שלנו מתאפיינת בכך, שהיא מציבה גבול ליכולת לפגוע בזכויות האדם; כי בבסיסה עומדת ההכרה כי סביב לפרט נבנית חומה המגינה על זכויותיו, אשר גם הרוב אינו יכול לפרוץ לתוכה. כך נהג בית משפט זה במקרים רבים ומגוונים. כך, למשל, נקיטה באמצעים פיזיים ("עינויים") היתה ללא ספק מגבירה את הביטחון. אך קבענו כי הדמוקרטיה שלנו אינה מוכנה לנקוט בהם, גם במחיר פגיעה מסוימת בביטחון. בדומה,

קביעת תוואי גדר ההפרדה במקום שנקבע על ידי המפקד הצבאי בפרשת בית סוריק, היתה מגדילה את הביטחון. אך קבענו כי תוספת הביטחון אינה שקולה כנגד הפגיעה הקשה בחיי הפלסטיניים. הוצאתם של בני משפחה של מחבלים מתאבדים מאזור מגוריהם והעברתם למקומות אחרים ("תיחום מגורים") היתה מגבירה הביטחון באזור, אך היא נוגדת את אופייה של ישראל "כמדינה דמוקרטית שוחרת חופש וחירות". בדרך זו עלינו לנקוט גם במקרה שלפנינו. תוספת הביטחון המושגת מזניחת הבדיקה האינדיבידואלית וממעבר לאיסור גורף גוררת אחריה פגיעה כה קשה בחיי המשפחה והשוויון של אלפים רבים של אזרחי ישראל, עד כי אותו מעבר אינו מידתי. דמוקרטיה אינה נוהגת כך [...] דמוקרטיה מוותרת על תוספת מסוימת של ביטחון כדי להשיג תוספת גדולה לאין שיעור ממנה של חיי משפחה ושוויון (ההרגשה שלי).

וכן עמדתו בכ"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית פ"ד נו(6) 352, 375-376 (2002):

בביקורת שיפוטית זו אין אנו עושים עצמנו למומחים בענייני ביטחון. אין אנו ממירים את השיקול ביטחוני של המפקד הצבאי בשיקול הביטחוני שלנו. אין אנו נוקטים כל עמדה באשר לאופן ניהול ענייני הביטחון. תפקידנו הוא בשמירת הגבולות ובהבטחת קיומם של התנאים התוחמים את שיקול הרעת של המפקד הצבאי [...] עם זאת, לא נחליף את שיקול דעתו של המפקד בשיקול דעתנו שלנו. נעמוד על חוקיות שיקול דעתו של המפקד הצבאי ועל כך שהחלטותיו נופלות לגדר "מיתחם הסבירות" הנקבע על ידי הנורמות המשפטיות הרלוונטיות החלות בעניין.

וכן אהרן ברק "זכויות אדם וביטחון לאומי" משפטים לח (1) 29, 39-40 (תשס"ח):  
כאשר נטענת טענה בדבר פגיעה בזכויות האדם, לא תישמע טענה של המדינה כי העניין אינו ראוי להכרעה שיפוטית וכי הוא "אינו שפטי". כל טענה בדבר פגיעה בזכויות האדם היא שפיטה. כך מנענו "חורים שחורים" שבהם כוחות הביטחון יכולים לפעול בניגוד לחוק מתוך ידיעה שבית המשפט לא ידון בעניין [...] לעתים קרובות נתקל בית המשפט בטענה של הרשות המבצעת כי שיקולי הביטחון הם שהביאו לפעולה השלטונית, תוך פנייה לבית המשפט להסתפק בכך. אין להיענות לבקשה זו. "שיקולי ביטחון" אינם מילת קסם, ועל בית המשפט לעמוד על כך כי שיקולי הביטחון יוצגו בפניו. עליו להשתכנע כי אכן שיקולי ביטחון עומדים ביסוד הפעילות נגד הטרור ולא שיקולים אחרים; עליו להשתכנע בכך שבמסגרת אמצעי הביטחון ננקטו האמצעים הפוגעים במידה פחותה בזכויות האדם. אכן, כמשפטים הרבים בענייני ביטחון שהתנהלו בבית המשפט העליון שמענו לא פעם את עדויותיהם של בכירי המפקדים הצבאיים. גם ראשי שירותי הביטחון העידו בפנינו. את העתירה כנגד הפעילות הביטחונית דחינו רק אם

דוגמה נוספת היא ההבדל בין בית המשפט העליון שלנו לבין בית המשפט החוקתי הגרמני לעניין בחינתם של תנאי הקיום הדרושים לחיים בכבוד, אשר נעוץ בהחלטה לבטל את הצו שהוציאה השופטת דורנר המחייב את המדינה לפרט מהו הסטנדרט לקיום אנושי בכבוד (בין השאר בשל הסירוב הנחרץ של משרד האוצר לפרט סטנדרט כלשהו בדבר הצורך למנוע מחסור קיומי)<sup>138</sup> לבין הגישה ההפוכה של בית המשפט הגרמני, שקבע שיש לחייב את המדינה ליצור תהליך שקוף של קביעת שיעור הגמלה שישען על תשתית מתודולוגית ואמפירית מוצקה וניתנת לביקורת.<sup>139</sup> הצו שהוציאה השופטת דורנר היה נחוץ ומוצדק לחלוטין. בה במידה ברור גם מדוע הרשות התנגדה לו בעוצמה רבה. בהיעדר נתונים או מצע עובדתי ראוי, אי־אפשר לגבש מדיניות מושכלת, וגם אי־אפשר להפעיל עליה ביקורת ממשית, כפי שמלמדת תוצאת הדיון המשפטי אצלנו לעומת התוצאה בגרמניה. אי־הנוחות הבין־מוסדית הכרוכה בדחיית הסבריה של המדינה, ואף בדחייתם כלא מהימנים, היא משנית לגמרי, שלא לומר שולית, לעומת הצורך לעסוק בבחינה חוקתית ממשית, להבדיל מבחינה חוקתית שהיא פרו־פורמה בלבד, כזו המכוונת בפועל להעניק הכשר לאמצעים שהמדינה נוקטת. אי־אפשר להגן ברצינות וכהלכה על זכויות אדם על יסוד של הסתמכות עיוורת על הסברי השלטון.

ואם בתמריצים עסקינן, הרשות השופטת יכולה וצריכה לתמרץ את המחוקק לפעולה נכונה. לכן יש לראות בעבודת ההכנה שקדמה לחקיקה אינדיקציה כבדת משקל לטיבו של התוצר החקיקתי. כוונתי לאיסוף הנתונים הרלוונטיים, להליכי בדיקה ובידור יסודיים, לרבות שמיעת מומחים ודיון מקצועי איכותי, העמדת חלופות ושקילה מושכלת שלהן עד לבחירה המנומקת של האמצעי

---

שוכנענו, באיזון הכולל, כי השיקול הביטחוני הוא הדומיננטי, וכי האמצעי הביטחוני הוא מידתי.

ראו גם יצחק זמיר זכויות אדם וביטחון המדינה משפטים יט 1 (תשמ"ט).

138 בג"ץ 366/03 מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 12.12.2005).

139 ראו אבישי בניש "בג"ץ וקיום בכבוד: אפשר גם אחרת" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (22.4.2010).

המוערך.<sup>140</sup> בהכללה ניתן לומר שככל שההליך הפנימי בתוך הרשות מעמיק יותר, וכן שקוף וגלוי, ראוי שהביקורת השיפוטית עליו תפגין כבוד רב יותר וחשדנות פחותה בכל המבחנים. לפי גישה זו, ומצדו השני של המטבע, הליך של מחטף או הליך חסר שקיפות דורש גישה חשדנית כלפי התכלית וכלפי האמצעי שנבחר, שכן ראוי לפקפק בנסיבות אלה אם נבחנו חלופות כנדרש, ואם נשקלו מלוא השיקולים הרלוונטיים ובמידת כובד הראש הדרושה. אכן, על הביקורת – טיבה ועוצמתה – להיות שונה כאשר מדובר בבית מחוקקים אחראי, אשר החוקים מתקבלים בו לאחר עבודת מטה ענפה, מקצועית ופוליטית ותוך בחינת המידתיות לפני מעשה, לבין בית מחוקקים אשר הצעות החוק בו מנוסחות כלאחר יד, ממניעים פופוליסטיים וללא עבודת מטה מקדימה.<sup>141</sup> גישה זו טובה למחוקק, כי היא עשויה להביא להעלאת איכות עבודתו. היא טובה לחוקה, כי היא מביאה להפנמת ערכיה ולדפוסי החשיבה החוקתית בקרב גופי השלטון. היא טובה לבית המשפט, כי אין היא דורשת ממנו להעמיד עצמו בנעליו של המחוקק. והיא טובה ליחסים שבין הרשויות.

במסגרת זו נודעת חשיבות מיוחדת לצורך להימנע מקיבעון בנוגע לשימוש באמצעי מסוים הננקט לאורך זמן ניכר. מתבקשת במקרים כאלה הערכת יעילות תקופתית, שראוי שיופקד עליה גוף שלא היה מעורב בהחלטה על האמצעי הנבחן וביישומו. זאת, בין השאר בשל הטיית הסטטוס קוו, שמשמעה נטייה לבחון בחינה ביקורתית את שינוי הסטטוס קוו יותר משלבחון את הסטטוס קוו עצמו. שיטה כזו ננקטה באנגליה באשר לאמצעים ששימשו למאבק בטרור, ויעילותה הוכחה גם בישראל לאור תוצאות עבודת הוועדה שבחנה את יעילותה של הריסת

140 נדמה שניתן להצביע על יישום נכון של גישה זו בפסק דין שניתן אך לאחרונה בבית המשפט העליון, ובו בוטלה חלקית החלטה תכנונית (סלילת כביש) מטעמים של אי-מתן משקל מספיק לשיקולים סביבתיים ושקילת חלופות שיהלמו את משקלם הראוי. בית המשפט בחן היטב את הליכי קבלת ההחלטה, ובין השאר התייחס לחובה לשקול חלופות ולשאפה לתשתית עובדתית מלאה ככל האפשר (שלא קוימו במקרה הנדון) כטעמים מרכזיים להחלטתו. אמנם מדובר בהחלטת מינהל ולא בחקיקה ראשית, אולם הגיונם של דברים יפה גם לענייננו. ראו בג"ץ 9409/05 אדם, טבע ודין נ' הוועדה הארצית לתכנון ובנייה של תשתיות לאומית (טרם פורסם, 24.10.2010).

141 יצוין כי בהקשר זה המצב בישראל הוא קיומן של הצעות חוק פרטיות רבות, ועובדה זו מעידה לרוב על עבודת הכנה פשוטית יותר. ראו הנתונים המוצגים באתר הכנסת לעניין זה.

בתים של מי שחשודים בטרור. סביר שוועדה כזו, אם הייתה מופעלת, הייתה עשויה להביא לשחרור העצורים הלבנונים זמן רב לפני שבית המשפט החליט על כך. כאשר בית המשפט בוחן אמצעי כזה, שיעילותו לא נבחנה שנים רבות, הוא אמור להתייחס בספקנות ליעילות הנטענת. לעומת זאת בעת שנוקטים אמצעי שקשה להעריך את יעילותו העתידית, ההתנסות בהפעלתו אינה מצריכה צפייה של העתיד אלא בחינת העבר וההווה.

## ב. על פסילה על הסף או פסילה בשלב מוקדם

האם האמצעי ראוי? כמבחן סף – בהעלותנו הצעה שתכליתה לעודד פסילה בשלב מוקדם, ואף פסילה על הסף, אנו רואים לנגד עינינו בראש ובראשונה את הרשות המחליטה. אולם מקצת השיקולים יפים גם לרשות השופטת, ואחדים – אף יפים במיוחד לה.

יש חשיבות לא מבוטלת להתאמתו של ההסדר שבו תפעל הרשות המחליטה לתפקידה של הרשות ולטיבה. תפקיד זה – קבלת החלטות – שונה מהתפקיד השיפוטי של ביקורת לאחר מעשה של החלטה שהתקבלה. בסדר בדיקתה של הרשות צריך להביא בחשבון גם את אופייה של רשות מחליטה. שלא כמו בית משפט, לה אין מומחיות מיוחדת בהגנה על זכויות חוקתיות או אף זיקה מיוחדת לזה. לעומת זאת יש לה גם זיקה, גם אחריות וגם מומחיות או לפחות התמצאות בתחום שעליו היא מופקדת. מטבע הדברים, עיקר מעייניה הוא בהשגת התכלית שהיא מבקשת לקדם, ושאלת ראויות האמצעים מבחינה חוקתית היא בעיניה אילוץ או מגבלה, והמקום שהיא תופסת הוא משני, ולעתים שולי. זאת ועוד, היא עשויה "להרגיש שלא בבית" במבחן השלישי, הדורש הכרעות ערכיות קשות, והתוצאה עלולה להיות דלדול כוחו (מה שהגיע עד הלום יעבור גם את השלב הזה) או יישום אינטואיטיבי לחלוטין שלו. עליה לקבל את ההחלטה בזמן אמת, כשהזמן והמשאבים העומדים לרשותה לקבלת החלטה מוגבלים בהכרח ויש לנהוג בהם חיסכון. הרשות השופטת מחויבת בכבודה של הרשות האחרת משזו החליטה החלטה, אך אין מקבילה רלוונטית לזה בפעולת הרשות בטרם קבלת החלטה.

סדר הבחינה שעושה הרשות צריך להיות מושפע מהמחירים שגובה אמצעי מסוים העובר את הבחינה שלב אחרי שלב, שהיו נחסכים לו הוסר אמצעי מפוקפק מן השולחן בשלב מוקדם ככל האפשר.

שיקולים אחדים תומכים בהסרה מוקדמת של רעיונות בעייתיים מסדר היום. ראשית, יש מחיר להשקעה בבחינה יסודית של אמצעי שנפסל בסופו של דבר על ידי הרשות עצמה או על ידי בית המשפט. לא כל רעיון מפוקפק ראוי שיושקעו בו משאבים ציבוריים. הרשות אמורה להתייחס בסבירות וביעילות למשאבים שהציבור העמיד לרשותה, לנהוג בהם חיסכון ולא לבזבזם. יתר על כן, הבעיה שהרשות מתמודדת אתה בשקילתו של אמצעי מפוקפק אינה משעה את עצמה – היא קיימת ועלולה אף להחריף. כאמור, אין מדובר במשאבים אין-סופיים. משאבי זמן, מחשבה ובדיקה המושקעים בהצעה מסוימת באים על חשבון נושאים אחרים. הדברים נכונים הן באשר לרשות המחליטה והן באשר לרשות השופטת.

שנית, יש חשיבות סמלית וחינוכית לכך שאמצעי מסוים עבר בהצלחה שלבים אחדים בבחינת מידתיותו. יש בכך כדי להעניק לו מידה, משתנה לפי הנסיבות, של לגיטימיות. לפיכך כאשר מדובר בפגיעה לא מוצדקת בזכות, ככל שהפסילה מוקדמת יותר כן ייטב. כך למשל באשר לפגיעה בזכות החוקתית לכבוד אנושי – הביטוי שהזכות מקבלת כאשר הדחייה היא על הסף משמעותי וחזק מזה שהיא מקבלת כשהדחייה היא בקצה הבדיקה וברוחק. דחייה כזו נותנת את אותותיה הלא טובים במעמדה של הזכות בחברה.

שלישית, ה"משחק" במבחנים אינו חסר סיכון. אמצעי שמתקדם בסולם המבחנים כשהוא עובר משלב לשלב, צובר אנרגיה ואינרציה, וככל שהוא עולה גבוה יותר, כך הוויתור עליו קשה יותר, וודאי בהשוואה לוויתור מלכתחילה. ההשקעה עצמה יוצרת מחויבות, ואפשר שיהיה קשה שלא לממשה. אין ביטחון שאפילו הרשות השופטת תעמוד בפרץ,<sup>142</sup> קל וחומר הרשות המחליטה. כאשר אמצעי כזה עובר ואף זוכה למידת הלגיטימציה העבה לאחר אישור חוקתי, יש בכך כדי לעודד את גורמי השלטון לנסות כוחם באמצעים כאלה גם בהקשרים אחרים. במקרים כאלה תחושת הביטחון של הציבור בדבר קיומו של תחום מוגן על ידי המשפט של זכויות אדם נפגעת. יחס האמון שלו כלפי רשויות השלטון נפגע, ואף מידת הזדהותו עם החברה ועם המדינה אפשר שתפחת.

142 וראו לדוגמה הכרעות ועמדות בית המשפט העליון בפרשת עדאלה, לעיל ה"ש 11; דנ"פ קלפי המיקוח, לעיל ה"ש 117; פרשת אבו דהים, לעיל ה"ש 97.



רביעית, כאשר מתחילים בהצעה מגונה, למשל לרתק קרובי משפחה של חשוד בטרור למקום מגוריהם, הדינמיקה עלולה להוביל בסופו של דבר לאימוץ אמצעי שהוא אמנם מגונה פחות מאחרים, אך מגונה, או לפחות בעייתי, כשלעצמו.<sup>143</sup> מאמצי האמצעי מרגישים בנוח, שכן הם נמנעו מבחירה באמצעי חריף יותר, ובכך גם גדלים הסיכויים שהאמצעי יאושר בביקורת שיפוטית.

חמישית, בדרך כלל הסדר הנכון בבחירת האמצעים לטיפול בבעיות חברתיות הוא ללכת מן הקל אל הכבד, או החמור, ולכן לא נכון לנקוט אמצעי בעייתי בטרם נעשה שימוש באמצעי שאינו כזה.<sup>144</sup> אי-ההצלחה של האמצעי האחרון עשויה להיות המצע המצדיק את השימוש באמצעי הבעייתי. לכן אין להיחפז בנקיטת אמצעי בעייתי. ואולם, החשש העיקרי הוא שמודל המידתיות המקובל דוחף דווקא לבחירה באמצעים בעייתיים במיוחד, שכן לרוב יש יחס ישר בין הדרסטינות של האמצעי לבין יעילותו. המודל הקיים מזמין אפוא לחפש תחילה את האמצעי היעיל ביותר. כך, סביר שאם ייבחר אמצעי שפגיעתו בזכות גדולה במיוחד, הוא יעבור בהצלחה רבה את המבחן הראשון.<sup>145</sup> הוא עשוי, בהסתברות גבוהה, לעבור בהצלחה גם את המבחן השני, שכן הדעת נותנת שאמצעי דרסטי פחות ופוגעני פחות הוא גם יעיל פחות. כאמור, מסוכן לסמוך על המבחן השלישי שישמש מחסום יעיל במיוחד מבחינת הרשות המחליטה, אך כאמור – גם מבחינת הביקורת השיפוטית.

שישית, במדינת חוק, המחויבת לזכויות האדם, מוצדק לצפות מרשויות השלטון שהיחס כלפי אמצעים מפוקפקים מטבעם יהיה שאין נזקקים להם כלל, כלומר שדוחים אותם על הסף, ואין מזכים אותם אפילו בכבוד ובכבוד הראש של בדיקה ובחינה. כך יכולים האזרחים לחוש בטוחים יותר.

במסגרת בחינה מקדמית זו המבנה החוקתי הקיים מחייב להסיר מן השולחן כבר בשלב הראשוני תכליות לא ראויות. לפי רוחה של מדינה דמוקרטית,

143 לוי, גיל ותובל, לעיל ה"ש 131.

144 דוגמה ליוצא מן הכלל היא סיטואציה של בעיה פתאומית וחמורה או של בעיה בעלת דינמיקה של החמרה מהירה, אשר ללא תגובה חריפה ומידית תידרדר למצב שבו אי-אפשר יהיה לתקנה (כגון התפרצות מגפה, ידיעה מודיעינית על התארגנות מידית לתקיפה/פיגוע חמור).

145 חשש זה גדל ככל שהגישה היא שלילה של כל רמת סיכון, כלומר סילוקו הטוטלי (למשל חתירה ל"ביטחון מוחלט").

המחויבת לחירות הפרט ולזכויות האדם, יש להכריע במקרים של ספק לטובת שמירתה של הזכות החוקתית. לכן ראוי לה לרשות – האמורה גם לשמש דוגמה לציבור מבחינת מחויבותה לשלטון החוק המהותי ולזכויות האדם – שלא לנסות לקדם באמצעות פגיעה בזכות חוקתית תכלית מפוקפקת או בעייתית, כזו שיש ספק אם ניתן לראות בה תכלית ראויה.<sup>146</sup>

בה במידה יש לשלול מלכתחילה שימוש באמצעים הנוגדים את המשפט הבין-לאומי. בדיקה המתמקדת בראויות האמצעי בד בבד עם בדיקה המתמקדת בראויות המטרה נועדה להמחיש את חשיבותו העצמאית של האמצעי. היא מתחייבת גם מן המאפיין של מדינת חוק, שבה המטרה הראויה אינה מכשירה את כל האמצעים. האתגר הוא להפוך את המחויבות הזו מקלישאה רטורית שאינה משקפת את המציאות הנורמטיבית לחלק מהמציאות הנורמטיבית. גם אין להתעלם מההקרנה שיש לאמצעי הננקט לקידום מטרה על המטרה. ההקרנה אינה חד-סטרית. האופן שבו מבקשים לקדם מטרה משפיע גם על הערכת המטרה. אמצעים שהם בעליל פגומים מכתמים את המטרה שלשמה מפעילים אותם.

דוגמאות מובהקות לזכויות שכמעט לעולם אין לפגוע בהן, תהא התכלית ראויה ככל שתהא וחשובה ככל שתהא, הן האיסור של המשפט הבין-לאומי על עינויים ועל טיפול (או יחס) אכזרי, לא אנושי או משפיל.<sup>147</sup> המשפט הישראלי היה שונה מאוד אילו נקט גישה זו. הוא הדין בנורמה המשפטית נגד לקיחה או החזקה של בני ערובה, שהייתה צריכה להכריע את הדיון בגורלם של החטופים הלבנונים מרגע שהטעם להחזקתם היה השימוש בהם כקלפי מיקוח.<sup>148</sup> כלולים כאן גם האיסור על נטילת חיי אדם באורח שרירותי; האיסור על אפליה לרעה על בסיס השתייכות לקבוצה והאיסור לפגוע באדם על בסיס השתייכותי כזה

146 וראו הדוגמאות המפורטות המופיעות לעיל בה"ש 73.

147 NIGEL S. RODLEY, THE TREATMENT OF PRISONERS UNDER INTERNATIONAL LAW 63 (1987); MALCOLM EVANS and RODNEY MORGAN, PREVENTING TORTURE, 61 (1998); עניין הוועד הציבורי נגד עינויים, לעיל ה"ש 136, פס' 23 לפסק דינו של השופט ברק. יצוין גם כי אמצעים אלו יכולים לקבל "הכשר" באמצעות ניסיון להציג את האמצעי הפסול כאילו הוא שונה מייעורו המקורי ובכך לטשטש את חומרתו ואת פסלותו. כך למשל גובשו מסקנות ועדת לנדוי, לעיל ה"ש 105.

148 דנ"פ קלפי המיקוח, לעיל ה"ש 117.

שלא על יסוד חשד קונקרטי; האיסור להטיל אחריות (עונש או עיצום אחר) על אדם שלא על יסוד התנהגות שהוא אחראי לה; החובה לקיים הליך הוגן בטרם פגיעה בזכות יסוד; עקרון החוקיות בדיני העונשין על היבטיו השונים. לעתים אין תחליף לעמדה פשוטה וחדה. במקום שבו נדרשת עמדה כזו, תהא זו אשליה לחשוב שהיא תיוולד בהכרח אחרי בחינה שלמה של מידתיות.

בהנחה שהציפייה מרשויות השלטון הולכת אל מעבר לאי-נקיטת אמצעים פסולים מעיקרא, ושהן מצופות להימנע משימוש באמצעים מפוקפקים, מתרחב התחום של המועמדים לפסילה מוקדמת. בהקשר זה מוצאים המועמדים להשראה רלוונטיות בקטגוריות אחדות:

(1) בתודעה המשותפת של המדינות הדמוקרטיות (שהדמוקרטיה שלהן מהותית) – כאשר מדינות כאלה מתמודדות עם בעיה מסוימת ואין הן נזקקות לאמצעי מסוים, ניתן ללמוד מכך שמדובר באמצעי לא מקובל, המצוי מחוץ למילון הדמוקרטי, ונוצרת חזקה שמדובר באמצעי חשוד או מפוקפק, שמוטב להימנע ממנו.<sup>149</sup>

(2) בפסיקה של ערכאות שיפוט בין-לאומיות העוסקות בזכויות האדם – בשים לב שערכאות אלו מעניקות למדינות החברות שוליים של הערכה והן נוהגות בכבוד במחוקק הסוברני בשל הגיוון התרבותי שבין המדינות השונות, ניתן לראות באמות המידה שהן נוקטות מינימום הכרחי שאין לרדת מתחת לו. כך למשל אם נפסק כי השימוש בראיות חסויות באופן שבו נמנע מן החשוד, או מן הנאשם, מידע חיוני שיעמידו על מה שמיוחס לו ויאפשר לו להתגונן, פוגע פגיעה שאין להשלים עמה בזכות להליך משפטי הוגן, ניתן להתבסס על הפסיקה כתקדים גם בישראל.<sup>150</sup>

149 ייתכן ויכוח לגיטימי בשאלה מתי מדובר באותה בעיה, ומתי הבעיה היא דומה מבחינה שטחית אך שונה מהותית. חשיבותו של ממצא שלילי רבה מזו של ממצא חיובי, היות שאת הממצא החיובי אפשר להסביר בהטיות הפועלות גם בשיטות אחרות ובמגמה של חיקוי והתיישרות לפי הקיצון כאשר נתקלים בבעיה חדשה יחסית.

150 וראו פסק הדין של בית הדין האירופי לזכויות אדם: *ZZ v. Secretary of State for the Home Department* [2013] EUECJ C-300/11 (June 4, 2013). להרחבה ראו יובל שני, עמיחי כהן וטל מימרן "בית הדין האירופי לצדק קבע כי שימוש בראיות חסויות באופן שאינו מידתי ונחוץ פוגע בזכות להליך משפטי הוגן" טרור ודמוקרטיה 15 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2013).

(3) בפסיקה של מדינות דמוקרטיות שפיתחו מושגיות של הפסול או המוגן באופן מוחלט או באופן הקרוב למוחלט.<sup>151</sup>

להלן ייסקרו בקצרה מבחני המשנה של המידתיות, תוצג בעייתו של כל אחד מהם, ואציע כיצד לשפרם ברוח הדברים שהותוותה לעיל.

### ג. מבחן הקשר הרציונלי (מבחן ההתאמה או היעילות)

מבחן הקשר הרציונלי דורש שיהא בכוחו של האמצעי שנבחר כדי להגשים את המטרה שביסוד החוק.<sup>152</sup> לפיכך המבחן מסנן אמצעים שאינם מתאימים רציונלית להגשמת המטרה. מקובל לומר שאין דורשים אמצעי המסוגל לממש את התכלית בוודאות, ומנגד אין להיזקק לאמצעי שהסתברות שלו להשיג את המטרה היא זניחה בלבד. בהערכת הסתברות השפעתו של האמצעי עשויה להתעורר שאלת קנה המידה לבחינה – האם מדובר בהפעלה אופטימלית של האמצעי או בהפעלה ראלית שלו? אם אין לנו עניין בהונאה עצמית, נראה כי נקודת הראות שיש לאמץ היא זו המציאותית ולא האוטופיסטית.

ברור שאם אין באמצעי כדי לקדם משמעותית את השגת התכלית כי אז מדובר במהלך סרק. במקרה זה אנו נותרים עם הפגיעה בזכות, עם ההוצאות

151 בגרמניה ס' 1(1) לחוק היסוד קובע כהוראה נורמטיבית שכבוד האדם אינו פגיע. הפרשנות המקובלת בספרות הגרמנית הדגישה את תכונת החסינות של כבוד האדם מפני פגיעה, ולכן ראתה כל פגיעה בכבוד האדם פגיעה הנוגדת את מעמדו החוקתי. בשל מעמדו המוחלט של כבוד האדם אין להצדיק פגיעה בו באמצעות איזון בין כבוד האדם ובין ערכים או זכויות חוקתיות אחרים או באמצעות בחינת מידתיות הפגיעה בכבוד האדם. להרחבה נוספת ולדוגמאות ראו קרמניצר וקרמר, לעיל ה"ש 16, בעמ' 74-90. לעומת זאת בארצות הברית שוויון על בסיס גזע הוא הזכות החשובה ביותר ולצדה הזכות לחופש הביטוי (למעט ביטוי מסחרי או שיקולי תכנון ובנייה), חופש דת, חופש תנועה וזכות בחירה. גישתו של המשפט האמריקאי היא כי חוק המבסס סיווג גזעי ייבחן במסגרת הבדיקה המחמירה והקפדנית. אשר לחופש הביטוי, מבחינים בין פגיעה לכאורה בחופש הביטוי בשל תוכנו של הביטוי (למשל פורנוגרפיה) לבין פגיעה לכאורה בחופש הביטוי ללא קשר לתוכנו של הביטוי. במקרה הראשון נתון החוק לבדיקה מחמירה וקפדנית. להרחבה ראו ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 361-366, 602.

152 ראו ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 373-374, והאסמכתאות המובאות בהערות שוליים 1-3, שם.

הציבוריות על הפעלת האמצעי ועם היעדר התמודדות עם הבעיה החברתית שהתכלית נועדה לשרת (היעדר טיפול בבעיה עלול להחמיר אותה), כלומר נותרים אך עם נזק. שימוש באמצעי בנסיבות אלה הוא פעולה המנוגדת לשכל הישר, ואי-אפשר לראות בה אלא פעולה שרירותית. פסלות האמצעי היא אפוא בבחינת המובן מאליו.

בחינת אופן יישומו של המבחן בשיטות המשפט השונות מעלה כי אין הוא מסננת יעילה. מעטות מאוד הרוגמאות שבהן נפסל אמצעי משום שאינו עובר את המבחן הזה.<sup>153</sup> כיצד הופכים גם את המבחן הזה למבחן משמעותי יותר, כיצד מעניקים לו "שיניים"?

שאלה חשובה היא אם במסגרת מבחן זה נבחנת רק יעילותו של האמצעי לקידום התכלית או שמא יש להוסיף ולבחון שמא מדובר באמצעי שרירותי, לא הוגן או מחוסר היגיון במובן רחב יותר.<sup>154</sup> בפסיקה הישראלית ניתן למצוא אחיזה לגישה הרחבה יותר. כך למשל נפסלה בפרשת מוראר החלטה לסגור בפני חקלאים פלסטינים את שטחיהם החקלאיים לשם הגנה עליהם ושמירה על ביטחונם מפני התנכלויות של תושבים יהודים-ישראלים, שהרי מדובר באמצעי לא הוגן במובהק שפוגע פגיעה נוספת בזכויותיהם של מי שאמורים להיות מוגנים, והלכה למעשה מיטיב עם פורעי החוק.<sup>155</sup> לעמדתו של פרופ' ברק, אין מקום לדרישת ההגיונות והשרירות במבחן זה, משום שאמצעי לא הוגן אינו פוגע

153 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 374-376. בעמודים אלו מונה ברק חמש דוגמאות (בלבד) מהפסיקה בארץ ובעולם שבהן נפסלו חוקים או מעשי מינהל בגין אי-עמידתם במבחן הקשר הרציונלי. וכן ראו שם, בעמ' 498: "רק אם העדר הקשר הרציונלי עולה באופן ברור ממכלול הנתונים העובדתיים יקבע בית-המשפט כי הקשר הרציונלי אינו מתקיים [...] מעטים הם פסקי הדין, במרבית שיטות המשפט, המקבלים את הטענה כי חקיקה אינה מקיימת קשר רציונלי למטרות החוק" (ההדגשה שלי). והשוו וייל, לעיל ה"ש 8.

154 אם אין מקבלים את גישת תנאי הסף באשר לאמצעים פסולים, אפשר שהמקום הגאומטרי שלהם הוא בפרשנות הרחבה.

155 בג"ץ 9593/04 מוראר ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון ואח' (פורסם כנבו, 26.06.2006) (להלן: פרשת מוראר), פס' 25 לפסק דינה של השופטת ביניש: "בנסיבות אלה, סגירתם של השטחים האמורים בפני החקלאים הפלסטינים על מנת להתמודד עם האיום האמור אינה רציונלית שכן מדובר בצעד בלתי הוגן באופן קיצוני שמשמעותו היא פגיעה חמורה בזכויות בסיסיות תוך כניעה לאלימות ולמעשי עבריינות".

בהכרח בקשר של האמצעי למטרה, ואף סביר יותר שיפגע בדרישת התכלית הראויה או במבחני המידתיות האחרים.<sup>156</sup> עמדה דומה מביע ברק גם לעניין השרירות – אמצעי שרירותי ייפסל לדידו רק אם הוא פוגע ביעילות השגת המטרה ולא מעצם היותו שרירותי.<sup>157</sup> דומה שעמדה זו מצמצמת יתר על המידה את המבחן. אכן, כל עוד אמצעי הוא יעיל, גם אם הוא שרירותי או לא הוגן, הוא יוצר קשר למטרה, אולם זהו אינו קשר רציונלי אלא קשר מעוות ולא רציונלי. אפקטיביות האמצעי אינה חזות הכול.<sup>158</sup> כאמור, גם מבחינת הגיון הפעולה של הרשות וגם מבחינה חינוכית-כללית נודעת חשיבות להסרה מוקדמת של אמצעי כזה מסדר יומה של הרשות. האין זה מאפיין של מדינת חוק שרשויות השלטון בה מונחות לא להפעיל אמצעים שרירותיים, לא רציונליים ומחוסרי היגיון, במובנם המלא של ביטויים אלה, גם לשם קידומה של תכלית ראויה? האם שלילת ההזדקקות לאמצעים אלה אינה ברורה יותר וחד-משמעית יותר כאשר הדבר נעשה בשלב ראשוני וכמענה לשאלה ממוקדת ולא בדרך הארוכה, שבה בסופו של דבר האמצעי אינו נבחן לגופו? כזכור, ניתן להניח שככל שהאמצעי "דרסטי" יותר, מידת יעילותו תהא גדולה משל אמצעים אחרים, מתונים יותר, ולכן הוא עלול לעבור גם את מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, הדרוש שהאמצעי החלופי יגשים את התכלית במידה זהה או קרובה מאוד.<sup>159</sup> כפי שכבר צוין, מעבר שני השלבים איננו נטול חשיבות, שכן יש בו כדי להעניק לאמצעי מידה מסוימת של לגיטימציה. לא בכדי הייתה דרישה זו חלק בלתי נפרד ממבחן הקשר הרציונלי בפרשת *Oakes* הקנדית, האבן השואבת בכל הנוגע לפיתוח

156 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 376.

157 שם, בעמ' 378-380.

158 יפים לעניין זה הדברים שנכתבו בפרשת מוראר, לעיל ה"ש 155, פס' 25 לפסק דינה של השופטת ביניש:

מבחן הקשר הרציונלי אינו מבחן של קשר סיבתי טכני גרידא בין אמצעי לתכלית. גם כאשר שימוש באמצעי כלשהו עשוי להוביל להשגת המטרה המבוקשת עדיין אין משמעות הדבר כי מתקיים קשר רציונלי בין האמצעי לתכלית וכי האמצעי מתאים להשגת התכלית. הדגש במבחן הקשר הרציונלי הוא על היותו של הקשר רציונלי. משמעות הדבר היא, בין השאר, שאין לנקוט באמצעי שרירותי, בלתי הוגן או מחוסר היגיון (ההדגשה שלי).

159 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 392-394.

שלבי הבחינה החוקתית.<sup>160</sup> גם אם בתחילת הדרך פסח בית המשפט בישראל (במתכוון או שלא במתכוון) על הפוטנציאל המלא של אפיון האמצעי והסתפק בבחינת יעילותו,<sup>161</sup> אימוץ הגישה הרחבה מבורך.<sup>162</sup>

**ראשית**, נדרש, וגם מוצדק, תיאור נכון ומדויק של האמצעי הנבחן בניסבות המקרה. תיאור כזה עשוי להיות מאיר עיניים. נדגים בפרשת העצורים הלבנונים:<sup>163</sup> החזקתם כקלפי מיקוח במסגרת מעצר מינהלי, לשם קבלת מידע על הנווט רון ארד, של אנשים לא מסוכנים (שאינן נשקפת סכנה לישראל משחרורם). אפשר שראייה לא נעימה אך צלולה כזו הייתה מסייעת לבית המשפט לסיים את מעצרו הרבה לפני שהדבר נעשה בפועל. תיאור מלא של האמצעי אמור להבהיר מי האנשים שנחשפים לאמצעי. כך למשל אמצעים של תיוג על בסיס של השתייכות לקבוצה (פרופיילינג), כמו בדיקות בשדה תעופה או מניעת אפשרות של חיים משותפים בישראל לתא משפחתי פלסטיני מעורב מופעלים על רוב מכריע, כמעט מוחלט, של חפים מעוון ואף חפים מכל חשד קונקרטי. צריך שיהיו האומץ והיושרה שהיו, מבחינה זו בלבד, לבית המשפט העליון בארצות הברית בפרשת *Korematsu* כדי לציין שמדובר באנשים חפים. כאשר עושים זאת, אי־אפשר שלא לתעורר השאלה אם אין מדובר באמצעי שרירותי. האין מדובר באמצעי לא רציונלי במדינת חוק דמוקרטית?

**שנית**, ראוי ליישם את המבחן יישום אמיתי ומלא ולא חד־צדדי ומוטה. לכן יש לבחון במסגרתו לא רק את הצד החיובי של האמצעי מבחינת סגולתו לקדם את התכלית אלא גם את צד "היעילות השלילית" הכרוך בו. "יעילות שלילית" זו עניינה בתוצאותיו הלא רצויות של האמצעי מלבד פגיעתו בזכות

160 ראו פרשת *Oakes*, לעיל ה"ש 32, בעמ' 139: "The measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective" (ההדגשה שלי). וכן Hogg, לעיל ה"ש 26, בפרקים 32-38.

161 ראו למשל פרשת *בנק המזרחי*, לעיל ה"ש 28, פס' 95 לפסק דינו של הנשיא ברק (1995); פרשת *עדאלה*, לעיל ה"ש 11, פס' 66-67 לפסק דינו של הנשיא ברק (טרם פורסם, 14.5.2006); וכן פרשת *חוף עזה*, לעיל ה"ש 14, פס' 67 לפסק הדין של שופטי הרוב (2005).

162 דפנה ברק־ארוז *משפט מנהלי* כרך ב 778-779 (2010).

163 דנ"פ קלפי המיקוח, לעיל ה"ש 117.

הנדונה (המובאת בחשבון בשלב המידתיות במובן הצר).<sup>164</sup> בחינה יסודית של רציונליות השימוש באמצעי נתון אינה יכולה להתבסס על הנחה אופטימית שלכל אמצעי יש רק יעילות חיובית (במיוחד כשאין דרישה שהאמצעי יגשים את המטרה במלואה, וכל הגשמה "שאינה שולית וזניחה" מספיקה כדי לקיים את המבחן)<sup>165</sup> ואינה יכולה להישען על התעלמות נאיבית מן ההיבטים השליליים של השימוש בו. לא קשה להעלות על הדעת אמצעים שמלבד יעילותם החיובית בהגשמת המטרה נלווית אליהם יעילות שלילית הממחישה היטב את הצורך בהתחשבות בה בגררי מבחן ההתאמה. למשל, סביר שהריסת בתים, היזקקות לעיניים כאמצעי, מעשים של תיוג על יסוד השתייכות לקבוצה ומעצר מינהלי של חפים מגבירים את המוטיבציה לביצוע מעשי טרור, לסיוע להם ולהזדהות עמם. זאת, בשל ההשפלה ותחושות העוול והניכור שחשים הנפגע וסביבתו הקרובה. השימוש באמצעים אלו עלול להביא גם לסיכול עצם התכלית של השימוש בהם או לפגוע בסיכויי השגתה. כך למשל השימוש בעיניים מייצר

164 ראו למשל בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249, פס' 14 לפסק דינה של השופטת דורנר (2003). בפסק הדין נדונה חוקתיות החלטת המועצה לביקורת סרטים לאסור על הקרנת הסרט "ג'נין, ג'נין". במבחן הקשר הרציונלי נטען כי אי-התרת הסרט להקרנה תמנע חשיפה לנאמר בו, ובכך יצמצם הסיכון לשלום הציבור וביטחונו. חשוב לשים לב שבמקרה הנדון גם יעילות במובן החיובי נעדרת, שכן היה ברור לשני הצדדים שהאיסור יעורר המולה תקשורתית, יהפוך את הסרט ל"סמל", ושככזה סביר שתגדל חשיפתו. לפי התרחיש הזה, יעילותו השלילית של האמצעי, כלומר התוצאות השליליות הנוספות על הפגיעה בחופש הביטוי (הפגיעה המרכזית), מתבטאת בין השאר ביצירה מסתברת של "שוק שחור", ואף במתן "תמריץ" להשגת הסרט ברשת האינטרנט באופן לא חוקי. קרי, ניתן לומר שבמסגרת פעולתו להשגת המטרה מקדם האמצעי ביצוען של עברות פליליות והיבטים אחרים של אי-חוקיות. לעניין זה ראו גם Jeremy Waldron, *Security and Liberty: The Image of Balance*, 11 JOURNAL OF POLITICAL PHILOSOPHY 191 (2003); idem, *Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House*, 105 COL. L. REV. 1681 (2005)

165 ראו ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 377; דורנר, לעיל ה"ש 5, בעמ' 289: "די במידה נאותה של הסתברות כי הפעולה הפוגעת בזכויות או באינטרס מוגנים תתרום במידה סבירה להשגת התכלית" (ההדגשה שלי); פרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 16, בפס' 58 לפסק דינו של הנשיא ברק: "אם האמצעי שנבחר אינו מקדם במידה מספקת את התכלית שבגינה נפגעה הזכות החוקתית המוגנת, הפגיעה אינה מידתית, שכן לא קיימת התאמה בין המטרה לאמצעי" (ההדגשה שלי); וכן עניין אורון, לעיל ה"ש 94.



מידע כוזב שעלול להטעות את המערכת ולמנוע סיכול יעיל.<sup>166</sup> פרופיילינג עלול להסיח את תשומת הלב ממעורבים שאינם שייכים לקבוצות החשודות, ושאפשר שתגייסנה אותם לשורותיהן. מעצר מינהלי של חף עלול להרחיק את תשומת הלב ממעורב אמיתי בטרור.

בתוך כך ניתן לשאול: האם הטלת עיצום כלכלי על יישוב ערבי משום שהמועצה המקומית ציינה באירוע שארגנה את יום העצמאות כיום אבל – יעילה?<sup>167</sup> תשובה סבירה היא שייכתן שאמצעי כאמור ישיג את מטרתו המוצהרת (אם המטרה היא לצמצם את התופעה של ציון יום העצמאות כיום אבל) ויוכרו "יעיל". אולם האם בכך יצליח המחוקק להילחם בנרטיב המושרש של ה"נכבה"? התשובה רחוקה מלהיות חיובית, ואפשר אף שההפך הוא הנכון. זאת ועוד, האפקטים השליליים שאפשר שאמצעי כאמור ייצור, כדוגמת הגברת הניכור והעוינות כלפי המדינה הנוקטת עיצום קולקטיבי וחיזוק התחושה של "אחרות" וחוסר השייכות של ערביי ישראל, הם בעלי עוצמה ומטילים צל על הרציונליות שלו. ודוק: הסיבה למיקום ההתחשבות ביעילות השלילית כבר במבחן זה נובעת ממבנה הניתוח החוקתי כולו וממאפייניו הפנימיים של מבחן ההתאמה גם יחד. מהמבנה החוקתי כולו – כיצד? משום שאם לא תחושב היעילות השלילית בשלב זה, נדמה שאין מקום אחר שבו היא נשקלת במפורש. הטענה שלפיה ניתן לשקול את כלל הפגיעות בשלב המידתיות במובן הצר, לרבות אלו שאינן נובעות מהפגיעה בזכות, מנציחה את היות המבחן – על הבעייתיות שבו – מגן בודד מפני כלל הרעות הטמונות באמצעי ומוליכה אותנו למצב לא רצוי.

166 ודוק: גם יעילותם החיובית של אמצעים אלו מוטלת בספק, ולכל הפחות אינה מתבקשת בהכרח, אולם הדיון בסוגיה זו חורג מגבולות רשימה זו.

167 ס' 3ב(א)(1) להצעת חוק יסודות התקציב (תיקון – הוצאה אסורה), התשס"ט-2009, ה"ח 1403. בדברי ההסבר מצוין בפירוש כי –

אין לאפשר לגופים אשר נתמכים כלכלית על ידי תקציב המדינה לממן פעילויות או ליתן חסות במסגרתן לפעילויות שיש בהן משום שלילת קיומה של המדינה כיהודית, בין השאר, על ידי ציון יום העצמאות או יום הקמת המדינה כיום אבל.

חודשים אחדים לפני כן הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק מעורדת פחות, ולמטרה דומה, שמכוחה מוטל עונש של שלוש שנות מאסר על ציון יום העצמאות כיום אבל (ראו הצעת חוק יום העצמאות [תיקון – איסור ציון יום העצמאות או הקמת מדינת ישראל כיום אבל], התשס"ט-2009, ה"ח 458).

ממאפייניו הפנימיים של מבחן ההתאמה – כיצד? אם אין בוחנים את ההיבטים הבעייתיים של השימוש באמצעי, התוצאה המתקבלת מן הבדיקה היא חלקית בלבד ואינה מאפשרת תשובה מלאה ומהימנה לשאלת הרציונליות של ההזדקקות לאמצעי. בחינת רציונליות אינה יכולה להיבנות על הסתכלות חלקית וחד-צדדית. עליה להיות מלאה ומקיפה. אין הצדדים החיוביים עדיפים מן הצדדים השליליים מבחינת הבדיקה, ווראי שאין בכוחם של הצדדים החיוביים לשלול רלוונטיות מן השליליים. המבחן השלישי נתפס כמבחן ערכי, שלא כמו שני המבחנים הראשונים, המצויים בעולם השקלול התועלתני. מה שמגיע למבחן האחרון נושא עליו גושפנקה של יעילות אינסטרומנטלית. גם מן הבחינה הזו מתבקש שההיבטים השליליים יישקלו גם הם במאזני התועלת, כדי להימנע מהרושם המוטעה מקום שבו גם מבחינת התועלת גרידא אין מדובר באמצעי יעיל. בנוסף, חשוב לציין כי גישה זו תואמת את ההיגיון של הליך קבלת החלטות שלטוני רציונלי בתוך הרשות עצמה. ברי כי גם מקבל ההחלטות חוטא בכירור לתפקידו אם הוא בודק רק את צדדיו החיוביים של האמצעי ומתעלם מהיבטיו השליליים.<sup>168</sup> כאשר בבדיקה החוקתית מתעלמים מן ההיבטים השליליים בשלב שבו ראוי לבחון אותם, מעודדים גם את מקבל ההחלטות לסגל לעצמו עולם נוח אך שוטה ולהתעלם ממידע שמוטב לא לדעת. גם ללא תמריץ כזה אפשר שמקבלי ההחלטה ייטו ויוטו לעבר בחינה חיובית ואופטימית. אין סיבה טובה להוסיף ולחזק נטייה מטעה זו. בסופו של חשבון, אם לא תבוא ישועה בשלב מאוחר יותר של הבדיקה, וכאמור אפשר שלא תבוא, אנחנו נותרים עם עיוות מהותי – הן בתהליך קבלת ההחלטות והן בתהליך של בחינת החוקתית – שכן התמקדות בצד החיובי בלבד של אמצעי תוך התעלמות מן הצד השלילי עלולה להביא לבחירת אמצעי שנזקו עולה על תועלתו ולאישורו בבית המשפט. גם כאשר תוצאת השקלול שונה, נדרשת התמודדות עם ההיבטים השליליים. אם אין מביאים אותם בחשבון, מוחמצים הצורך והאפשרות לתת להם מענה, והעיקר – תשומת לב להיבטים השליליים עשויה כבר בשלב זה להניע את מקבל ההחלטות

168 לאור ניתוח זה חשוב לזכור שאין כל יתרון בחקיקה "בכל מחיר". בנסיבות מסוימות, וכאשר היעילות השלילית של האמצעי היא רבה, לעתים מוטב לה לרשות לא לחוקק כלל.

לבחור אמצעי אחר שאינו חשוף לאותה בעייתיות או לעדן את האמצעי הנבחן באופן המפחית את נזקיו.

אם אין מקבלים עמדה זו, כי אז למצער יש לדאוג שבחינה מקיפה ומלאה זו תיעשה בגדרו של המבחן האחרון. בדיקת הפסיקה שמה סימן שאלה מעל קיומה של בחינה כזאת היום.

בחינת הקשר הרציונלי צריכה להיות מלאה גם מהבחינה שעליה לצייד את המחליט ואת מבקר ההחלטה בתמונה מדויקת של מה מצופה האמצעי להשיג במסגרת קידום התכלית. נוסף על השאלות עד כמה האמצעי משיג את התכלית (שאלת היעילות) ובאיזו רמה של הסתברות הוא ישיגה (השאלה ההסתברותית), יש לבחון גם אם האמצעי אמור לקדם את ליבת התכלית, שעשויה להיות למשל הגנה על זכות אדם או על שוליה. למשל, אם הפגיעה בחופש הביטוי באיסור על פרסומים מסוימים מיועדת להגן על הגרעין הקשה של הפרטיות (התחום האישי המובהק כמו יומן אישי או התחום האינטימי) או לקדם פרטיות במובן הרחב יותר, כגון זכותו של אדם שלא ייוודעו בציבור חשדות המיוחסים לו. להסדר פוגעני מסוים יכול שתהיינה שתי תכליות: עיקרית ומשנית. יש לבדוק איזו משתי התכליות האמצעי מקדם.

מהו הרף ההסתברותי הנדרש? התפיסה היא שאין לדרוש תרומה ודאית לקידום המטרה, ולמעשה ניתן להסתפק בכל תרומה שאינה שולית.<sup>169</sup> זהו ביטוי עמום – האם משמעותו שתספיק גם הסתברות נמוכה, ואף נמוכה מאוד, ובלבד שאינה זניחה? נראה גם שהוא קובע רף נמוך מדי, במיוחד בשים לב שבמקרה הרגיל מדובר בפגיעה ודאית בזכות חוקתית.<sup>170</sup> פתרון ראוי לקביעת הרף ההסתברותי הדרוש להשגת המטרה היא כזה המושפע מחשיבות הזכות או מהיבט הזכות הנפגעת.<sup>171</sup> את הרעיון הזה הציעה לראשונה השופטת דורנר

169 ראו פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 11, בפס' 66 לפסק דינו של הנשיא ברק; פרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 17, בפס' 58 לפסק דינו של הנשיא ברק; ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 381-382.

170 שאלה זו מנותקת מסוגיית היעילות השלילית שנשאלה לעיל.

171 זהו שיקול נוסף לצורך לבדוק את מידת הפגיעה מיד לאחר הקביעה שיש פגיעה בזכות.

בפרשת מנהלי ההשקעות.<sup>172</sup> הוא טעון כמובן פיתוח וקונקרטיזציה נוספים. ברק קיבל עקרונית את גישתה זו של דורנר אך לא את פרטיה. הוא הציע כאמור לסווג את הזכויות לשתי קבוצות – הזכויות בעלות החשיבות העליונה ואחרות. אשר לזכויות החשובות במיוחד שמולן יכולה לעמוד רק מטרה חיונית או דחופה, נדרשת לשיטתו הסתברות הגשמה ממשית. אשר לשאר הזכויות, שהמטרה שמולן חייבת להיות חשובה, הוא מציע לדרוש אפשרות סבירה של הגשמה.<sup>173</sup> ברק מסתייג מדרישה של הסתברות ברמה גבוהה של ודאות במקרה שהזכות הנפגעת היא בעלת חשיבות רבה.<sup>174</sup> לגישתו, רמה כה גבוהה של הסתברות עלולה להכשיל את רובם המוחלט של האמצעים שעשויים לבוא בחשבון בשל אי-הוודאות המאפיינת את העתיד.<sup>175</sup> דומה כי כשם שחשיבות היבט הזכות שנפגע אינה עשויה מעורר אחד, כך גם חשיבותן של התכליות שאמצעים שונים אמורים לקדם. לפיכך הגיוני לקבוע את הסף ההסתברותי לפי החשיבות של מה שנפגע ולפי חשיבות התכלית שאותה מבקשים לקדם, תוך היעזרות במדרג משולש של חשיבות התכלית ושל מידת הפגיעה בזכות. אפשר ששני השיקולים יובילו באותו כיוון, ואז הם מעצימים את האפקט שלהם, או בכיוונים מנוגדים, שאז הם מקזזים זה את זה.

לסיכום חלק זה: למבחן הראשון פוטנציאל ניכר שניתן לפתחו. משיקולים שעמדתי עליהם צריך להפוך אותו למבחן של ממש, כלומר מבחן שנדרשת דרגת קושי מסוימת, לא זניחה, לעבור אותו. האם ניתן הדבר? הצבעתי לעיל על כיוונים אחדים העשויים לבוא בחשבון.

#### ד. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה (מבחן הצורך)

מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה משמיע למעשה שתי דרישות (שיש זיקה ביניהן, אבל יש טעם להפריד ביניהן): דרישה לתפירה הדוקה ככל האפשר של האמצעי

- 172 בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, פס' 4, 8 לפסק דינה של השופטת דורנר (1997) (להלן: פרשת מנהלי ההשקעות). ראו גם דורנר, לעיל ה"ש 5, בעמ' 289.
- 173 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 388, 628.
- 174 שם, בעמ' 381, 388, 628.
- 175 מעניין שזו גישתו של השופט ברק, שהוא חסיד של מבחן הוודאות הקרובה, למשל בהקשר של ביטחון המדינה.

לתכלית שאותה הוא אמור לקדם באופן שלא יגרום לכיסוי יתר ולפגיעת יתר. דרישה זו מכוונת בעיקר למאמץ לשכלל ולעדן את האמצעי כדי שפגיעתו תהיה קטנה ככל האפשר, ובין השאר שמבחינת הבנייתו יעמוד יפה בדרישות המשפט המינהלי. הדרישה השנייה – ובה נתמקד – היא בחינת התאמתו להשגת התכלית של אמצעי אחר, כלומר השוואה בין שני אמצעים שונים הפוגעים בזכות באופנים שונים. שלב זה נועד לבחון אם ממגוון האמצעים הקשורים רציונלית לתכלית (הראויה) נבחר האמצעי הפוגע פחות ככל האפשר בזכויות אדם. בישראל השאלה המנחה המקובלת יותר היא אם יש בנמצא אמצעי פוגעני פחות היעיל בהשגת התכלית באותה מידה.<sup>176</sup> עם זאת נקבע לא אחת בפסיקה כי אין מדובר בדרישה מוחלטת, וכי אפשר שגם שימוש באמצעי הפוגעני יותר לא ייפסל אם הוא מצוי בתחום הסבירות.<sup>177</sup>

חוזרת גם כאן שאלת היסוד: האם מדובר במבחן של ממש, בעל יכולת להכשיל אמצעים מסוימים? או שמא מדובר במבחן פרו-פורמה בלבד, שהאפקט העיקרי שלו הוא לאפשר סימוך/ציון "עובר" לכל אמצעי שנבחן. ההכרעה באשר לטיבו של המבחן תלויה בשתי שאלות: האחת, אם נדרש שיעילותו של האמצעי הפוגעני פחות תהיה זהה לזו של האמצעי הנבחן, והשנייה אם די באי-עמידה במבחן כדי להביא לפסלות האמצעי או שהעניין נותר בתחום שיקול הדעת.

176 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 392. במשפט המשווה ניתן למצוא כמה דרכים לנסח את המבחן. למשל, בקנדה נקבע בפרשת *Oakes*, לעיל ה"ש 32, כי "[the means] should impair 'as little as possible' the right or freedom in question" כי – "whether the law is necessary to reach its end or whether means exists that – likewise reach the end"; בדרום אפריקה אחד השיקולים להתחשבות במסגרת ס' 36 לחוקה הוא "Less restrictive means to achieve the purpose". חשוב לציין שאופן הניסוח של המבחן משפיע גם על יישומו ועל אופן פרשנותו בפועל. לכן לא מפתיע לגלות שמבחן שמנוסח באוריינטציה של פגיעה מינימלית בזכות כמו בקנדה אכן יעיל (ולמעשה הוא "לב הבחינה החוקתית" שם) ממבחן שמדגיש את השגת המטרה בשימוש באמצעי פוגעני פחות כמו בגרמניה. לסקירה על המבחן ויישומו במשפט המשווה ראו למשל Grimm, לעיל ה"ש 26, בעמ' 387, 390-392; Hogg, לעיל ה"ש 26, בעמ' 36-38; ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 629; וכן Woolman & Botha, לעיל ה"ש 26, בעמ' 85-92.

177 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 392-407.

משמעותה של העמדה הראשונה – יעילות זהה – היא למעשה ריקונו של המבחן מתוכן.<sup>178</sup> הערכת יעילותם של אמצעים שונים תוך השוואתם זה לזה אינה פשוטה כל עיקר. אפשר שהרושם הכללי הוא שניתן להשוות בין יעילותם של אמצעים שונים באופן כמותי או מעין כמותי אלא שלא תמיד הדבר אפשרי. לעתים האמצעים שונים זה מזה באיכותם. נניח שני אמצעים – האחד, פגיעתו קשה יותר מבחינת עוצמתה אולם סיכויי התממשות הפגיעה קטנים יותר (למשל, בשל אכיפה קלושה או דרישות ראייתיות קפדניות). השני, פגיעתו קלה יותר מבחינת עוצמתה, אולם סיכויי המימוש גדולים יותר. דוגמה לכך יכולה להיות התלבטות בשאלת חוקתיותה של עברה פלילית הדורשת יסוד נפשי של רשלנות והשוואתה לאמצעי חלופי של איסור אחריות קפידה. או התלבטות בשאלה אם לבחור באמצעי של אחריות קפידה פלילית או באחריות שהיא מינהלית גרידא. באחריות הקפידה יש פתח צר מאוד של מילוט מאחריות שאינו קיים באחריות המינהלית. עם זאת הפתח הוא כה צר, שההבדל בין סוגי האחריות מבחינה זו הוא קטן ביותר: העברה של אחריות קפידה עשויה להיות חמורה יותר מבחינת העיצומים הכרוכים בהפרתה, והיא חמורה יותר מבחינת הסטיגמה הכרוכה בה, אולם בשל אופייה החריג של אחריות הקפידה הפער אינו גדול מאוד. מי חכם וידע להשוות את היעילות של האמצעים האלה, ועוד במידת הדיוק של הקביעה הנדרשת – זהות או היעדר זהות? דומה כי רוב המעריכים יסברו כי יש מידה מסוימת של יתר יעילות לאחריות הקפידה הפלילית, בין היתר משום שהאחריות הפלילית נחשבת באופן כללי לאמצעי יעיל מסוגים אחרים של אחריות. האחריות המינהלית תוסר מן השולחן ותחזור רק במבחן האחרון. שם, בשים לב לפערים הקטנים, ההחלטה הצפויה אצל הרשות המוסמכת תהיה כנראה לדבוק באמצעי היעיל יותר, מה גם שזה עתה הסתיים מבחן דומה בהכרעה לטובתה של אחריות קפידה. הכרעה כזו אינה מתיישבת עם עקרון השיוויון בפלילים, שלפיו מוצדק להטיל אחריות פלילית רק בלית בררה, כמוצא אחרון. במסגרת ביקורת שיפוטית תהא קרוב לוודאי נטייה לא להתערב בשיקול הדעת של הרשות ולהשאיר את החלטתה. האם רצוי שכך יהיה? האם לא מוטב שהמחליט יוכל להתייחס לשתיה החלופות כשוות במידה מספקת, למרות ההבדל ביניהן, כדי להעדיף את זו שפגיעתה בזכות קטנה יותר – האחריות המינהלית?

גם כאשר האמצעים דומים אלה לאלה בסוגם, קשה להעריך יעילות עתידית בהשגת תכלית היות שיש בהערכות ממד ספקולטיבי לא מבוטל. בהערכת יעילותם של אמצעים צריך להביא בחשבון גם את מידת המאמץ והאמצעים שיושקעו ביישום ובאכיפה. קשה להעריך הערכה כזו בכלל, ומעבר לטווח הקצר – במיוחד. חשוב שהערכה זו תהיה ראלית ותניח את מה שניתן מעשית לצפות ולא תתבסס על הונאה עצמית בדבר אכיפה אופטימלית. הערכת היעילות קשה במיוחד כאשר מדובר בהשפעה צפויה על התנהגות אנושית. קל אפוא לטעות בכך, ולכן הקפדה על זהות היעילות תביא גם לאישורם של אמצעים שהוערכו בטעות כיעילים יותר. באופן כללי קשה לתאר שקיימים בנמצא שני אמצעים שמידת פגיעת האחד שונה מזו של האחר, ושיעילות שניהם זהה. מכל מקום, לא יהיה אפשר להוכיח זאת אפילו בדרישה רכה של הוכחה. אם האמצעי החלופי הופך להיות לאמצעי המועדף רק בהתקיים הוכחה כזו בדבר יעילות זהה, הוא הופך לחזיון שווא. ואכן, ניתוח המקרים השונים המובאים להמחשת יישומו של מבחן זה בארץ ומחוצה לה מעלה כי עמידה קפדנית על דרישה של זהות הייתה מאיינת את הקטגוריה של מקרי פסילה במסגרת המבחן השני.<sup>179</sup> משמעות הדבר היא לדרוש את מה שאי-אפשר למעשה לקיים. ואם כך, אין ערך למבחן, וניתן לדלג מיד למבחן האחרון. בולט במיוחד הכיוון של איון מבחן זה בספרו של ברק.<sup>180</sup> לעניין המבחן הראשון ברק מציין כי יכול שהערכת היעילות תהיה פרי הערכה, ולעניין המבחן השני טעמו משתנה: כאן אין די בהערכה אלא נדרשת ידיעת המטרה ואפשרויות הגשמתה המלאה באמצעים חלופיים.<sup>181</sup> הסכנה הגדולה ביותר בהקשר זה היא בתחום האיתות או המסר מצד הרשות השופטת לרשויות האחרות: במסגרת המבחן הזה, יתרון בתחום היעילות, ולו קל, מעביר את המבחן גם כאשר הפגיעה בזכות שהוא מחולל קשה בהרבה מאמצעי חלופי שמידת יעילותו קטנה במעט. משום שהמבחן השלישי הוא עמום וסובייקטיבי, אפשר שהרשות תשליך את יהבה על המבחן השני. מצב כזה מעודד את הרשות להעדיף מעט יעילות על פני כיבוד הזכות. בראייה כללית מתקיימת התמקדות בתכלית ובהשגתה מתחילת הברדיקה, ואילו הפגיעה בזכות אינה זוכה לתשומת

179 שם, בעמ' 399-400.

180 שם, בעמ' 415-417.

181 שם, בעמ' 396.

לכ של ממש. בייחוד קשה הגישה העולה במסגרת המבחן השני, שלפיה אין מוותרים על יעילות כמלוא הנימה, גם כאשר ויתור כזה יכול לצמצם מאוד את הפגיעה בזכות. יוצא לכאורה שמה שחשוב היא השגה מרבית של התכלית, ואילו צמצום הפגיעה בזכות – גם כשהוא ניכר – אינו נחשב. זהו מסר בעייתי ביותר. הוא מכוון למשל להתעלמות מקטגוריות קריטיות, ובמיוחד להימנעות מבדיקה אינדיווידואלית, כמו ההבחנה בין חשוד למי שאיננו כזה; להסדרים גורפים שסובלים מהכללת יתר;<sup>182</sup> להפלת יתר, משום שהאמצעי העונשי יעיל לכאורה מאמצעים חוץ-עונשיים, ובקיצור להסדרים קיצוניים ודרסטיים שמידת פגיעתם בזכות רבה במיוחד. גם תפירה הדוקה ומדויקת של האמצעי, כזו העולה בקנה אחד עם דרישות היסוד של המשפט המינהלי, עלולה לגרוע מיעילותו. לכן הדרישה ליעילות זהה חותרת גם תחת הפן הזה, שאמור להביא לצמצום הפגיעה.<sup>183</sup> המסר הנכון הוא המסר ההפוך. זאת ועוד, זהו בדיוק השלב שבו נדרש לעשות כוונן מדויק של האמצעי כדי להתאימו להשגת התכלית באופן שימזער את הפגיעה בזכות ובאופן שימנע פגיעה מיותרת או לא הכרחית בזכות. במקום להכווין את מקבלי ההחלטות למאמץ הזה, המתחייב מכיבוד הזכויות ומהגיון התהליך של קבלת ההחלטות, מכוונים אותם לדבוק באמצעים הדרסטיים יותר. ידועה היטב תשובתם-תגובתם של תובעי היעילות הזוהה – הדרך מובילה אל המבחן האחרון, ושם יבואו הדברים על מכונם. אולם נדרשת מידה לא מעטה של נאיביות ואופטימיות כדי לסמוך על כך, ופרשת איחוד המשפחות הפלסטיניות תעיד.<sup>184</sup>

- 182 וראו לדוגמה בג"ץ 987/89 פטמה סלימן חסן קהווג'י נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה, מד (2) 227; בג"ץ 2209/90 מחמד חסן שואהין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, מד (3) 875.
- 183 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 392-394; והביקורת על דבריו במאמרה של וייל, לעיל ה"ש 8, בעמ' 401-406.
- 184 פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 11, פס' 51 ו-92 לפסק דינו של הנשיא ברק ופס' 131 לפסק דינו של השופט חשין. בפרשת עדאלה נטען כי התיקון לחוק האזרחות מפר את הזכות לחיי משפחה ואת עקרון השוויון בין יהודים לבין ערבים. הנשיא ברק, אשר כתב את פסק הדין העיקרי של המיעוט, קיבל את טענת המדינה שהחוק משרת תכלית ביטחונית ראויה (הקטנת הסיכון לפגיעה בביטחון מאיחוד משפחות בין ערבים אזרחי המדינה לבין תושבי השטחים) ודחה את טענת העותרים שהמניע ביסוד החוק הוא מניע דמוגרפי (שמירה על רוב יהודי). אמנם ברק פסק שהחוק עומד במבחני



לכן עדיפה הגישה החלופית, שגם לה ניתן למצוא תימוכין בפסיקתנו וגם, ובעיקר, במשפט הקנדי, המסתפקת במידת יעילות דומה, כלומר גם ברמת יעילות שהיא פחותה במקצת.<sup>185</sup> זהו בדיוק מה שראוי לצפות לו ואף לתבוע אותו מן הרשות השלטונית במדינה דמוקרטית: להעדיף צמצום הפגיעה בזכות תוך מוכנות להסתפק ביעילות פחותה במקצת. בחינת החלופות שצריכה להתקיים – זו צריכה להיות ההכוונה. לאחר ככלות הכול, אם אין מוכנים לשלם מחיר מסוים עבור צמצום הפגיעה בזכות, במה מתבטא יחס הכבוד לזכות? כאמור,

---

המידתיות הראשון והשני, אולם קבע כי הוא לא חוקתי, מהנימוק שלא מולא מבחן המידתיות השלישי. זאת, מן הטעם שהחוק אינו מאזן כהלכה בין עוצמת הפגיעה בזכות לשוויון ובזכות לכבוד האדם לבין תרומתו המשוערת לצמצום הסכנה הנשקפת לביטחון המדינה מאיחוד משפחות כאמור. השופט חשין, שכתב את פסק הדין העיקרי של הרוב, סבר כי יש לדחות את העתירה, בין היתר משום שמולא מבחן המידתיות השלישי. כאשר על כפות המאזניים מונחות הזכות לקיום חיי משפחה ולשוויון אל מול זכותם של אזרחי מדינת ישראל לחיים, תהה חשין אם לא יהיה נכון יותר להעדיף את הזכות לחיים. ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 106-113; וייל, לעיל ה"ש 8, בעמ' 343-344:

לדעת ברק אילו היה הרבר תלוי בו, בית-המשפט היה מורה על בטלותו של החוק האוסר באופן כמעט גורף כניסת פלסטינים לישראל, מחמת היותו לא-חוקתי. ברק סבור כי אופן ניתוחן של הסוגיות על-ידי חלק מהשופטים היה מוטעה, ולכן הוביל לתוצאות לא-נכונות. הם הגיעו לתוצאה מוטעית, בין היתר, משום ששקלו את השיקולים הראויים במקומות הלא-ראויים (ההדגשה שלי).

משה כהן-אליה "לקראת נוסח הליכי של פסקת ההגבלה" משפט וממשל י (2), 521,

564:

מחלוקת זו בין ברק לבין חשין מלמדת עד כמה מימושה של מידתיות כרוך לא רק בבדיקה עובדתית (מה מידת הפגיעה בכל אחד מהערכים המתנגשים, ומה ההסתברות לכך שתהיה פגיעה כזו), אלא גם בהערכה מהותית (מה החשיבות היחסית של הזכות בהשוואה לתכלית שהמדינה מבקשת לקדם). אין אמות-מידה ברורות לקביעת החשיבות היחסית של התכלית בהשוואה לזכות. על-כן, קביעה כזו עלולה להיות מושפעת מהעמדות הערכיות הסובייקטיביות של השופטים. אם אנו מודרכים על-ידי חשיבה ששופטים צריכים להותיר את ההכרעות הערכיות בידי נבחרי-הציבור, יש להימנע מלקיים ביקורת שיפוטית במסגרת מידתיות (ההדגשות שלי).

185 ליישום של מבחן הצורך בקנדה באופן שאינו מקיים הגדרת פֶּרְטוֹ של מבחן זה ראו, Guy Davidov, *Separating Minimal Impairment from Balancing: A Comment on R. v. Sharpe (B.C.C.A.)*, 5 REV. CONST. STUD. 195 (2000)

שום דבר טוב לא יצא, ולהפך, ממהלך שמזמין את הרשות להעביר את האמצעי את שלב ההשוואה הזה מתוך ציפייה או תקווה שבשלב הבא, בייחוד כאשר השאלה הנשאלת בו דומה לזו שנשאלה בשלב הקודם, היא תהפוך את הכרעתה הקודמת. במסגרת הבחינה המשווה בין שני אמצעים ראוי להביא בחשבון לא רק את העלות החיובית של כל אחד מהם אלא גם את זו השלילית. אשר לסוגיה של עלות כספית שונה שלהם, ראוי לאמץ את גישתו של השופט פוגלמן. הוא מצא הפרה של המבחן השני בעניין אלאקסא אלמובארק בהחלטה להעביר צינור גז במקטע שבו היה בית קברות מוסלמי. השופט פוגלמן דחה חלופה שהציעו העותרים – העתקת התוואי – משום שהייתה כרוכה בתוצאות מרחיקות לכת מבחינה תקציבית ומבחינת עיכוב הפרויקט, אולם הוא קבע כי יש להעדיף חלופה אמצעית, שפגיעתה בזכות פחותה – העמקת החפירה אל מתחת לקברים – אף כי הייתה כרוכה בעלות נוספת ובעיכוב מה של העבודה.<sup>186</sup>

ניתן אולי להסתייע במודל שיקבע דרגות של יעילות בהגשמת המטרה. יישום אפשרי של מודל זה יהיה קביעה של שלוש דרגות בהגשמת התכלית – הגשמה מלאה או רבה, הגשמה בינונית והגשמה במידה קטנה – שייבחנו לפי

186 בג"ץ 4638/07 חברת אלאקסא אלמובארק בע"מ נ' חברת חשמל לישראל (פורסם בנבו, 29.10.2007), פס' 11, 14 לפסק דינו של השופט פוגלמן; ברק-ארז, לעיל ה"ש 162, בעמ' 780-781:

ניתן אפוא לקבוע כי מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה אמור להיות מיושם ביחס לבחירה בין חלופות שעלויותיהן דומות. פתרון זה כפוף, כמובן, למורכבותם של חיי המעשה שבהם דרכי פעולה חלופיות כרוכות, על-פי רוב, בעלויות שונות. אם כן, מבחינה מעשית, בית המשפט יפעיל מבחן זה לשם השוואה בין חלופות שעלותן אינה שונה באופן מהותי, גם אם אינן זהות. גישה זו מאפשרת להעדיף דרך פעולה יקרה במידת-מה ולהתייחס אליה כאל חלופה לכל דבר ועניין, גם אם קיימת שונות תקציבית בינה לבין ההחלטה המקורית, אם חלופה זו פוגעת פחות בזכויות אדם.

השווה לברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 404:

אילו ניתן היה להגשים את מטרת החוק תוך פגיעה פחותה בזכויות אדם וכלי להגדיל את המסגרת התקציבית – ניתן היה לומר כי אין צורך באמצעים שנקבעו בחוק. אולם כאשר האמצעים החדשים, הפוגעים פחות בזכות חוקתית, מחייבים הוצאה כספית ניכרת חדשה, שוב אין לומר כי אין "צורך" באמצעים שקבע החוק. יש בהם צורך כדי הגשים את מטרת החוק במסגרת האמצעים שנקבעו וכדי למנוע את ההוצאה הכספית החדשה.

תוחלת הגשמת התכלית, קרי מכפלת מידתה של הגשמת התכלית והסתברות הגשמתה. שלוש דרגות אלה יאפשרו הן הגברת ההגנה על זכויות אדם הן נוחות וקלות בהשוואת האמצעים. בנוסף, יישום המודל המוצע אינו כרוך בהסגה נרחבת של קידום המטרה.

אם מדובר במבחן של ממש, קיומה של חלופה פוגענית פחות שמידת יעילותה דומה (כלומר גם אם מידת יעילותה פחותה במקצת) מחייב את פסילת החלופה הפוגענית יותר. זהו ודאי המסר הנכון לרשויות המחליטות. מסר זה לא יעבור, ואף יעודר אי-התחשבות במבחן, אם תתמיד הפסיקה בגישה שלפיה רק חריגה ניכרת ממרחב שיקול הדעת תביא לפסילת האמצעי.<sup>187</sup>

187 ראו לדוגמה חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, לעיל ה"ש 108, ונייר העמדה שנכתב בעקבותיו בידי הילי מודריק-אבן חן לוחמים בלתי חוקיים או חקיקה בלתי חוקית 51-56 (2005); כמו כן ראו הערעור הפלילי שבמסגרתו המערערים ביקשו לתקוף את חוקתיות החוק – פרשת חוק כליאת לוחמים, לעיל ה"ש 109, פס' 31 לפסק דינה של הנשיאה ביניש:

כבר נקבע בפסיקתו של בית-משפט זה כי מבחן המידתיות, על שלושת מבחני המשנה שלו, אינו מבחן מדויק שכן לפי טיבו הוא כרוך במלאכת שקלול והערכה. בין מבחני-המשנה קיימת לעתים חפיפה, ובמסגרת כל אחד מהם נתון למחוקק מתחם של שיקול דעת. יתכנו נסיבות בהן בחירה באמצעי חלופי הפוגע בזכות החוקתית מעט פחות, עלולה להביא להפחתה ניכרת במידת ההגשמה של התכלית או במידת התועלת שתצמח ממנה, ועל כן לא יהיה זה מן הראוי לחייב את המחוקק לאמץ את האמצעי האמור. עקב כך, הכיר בית-משפט זה ב"מרחב תימרון חוקתי" המכונה גם "מתחם המידתיות". גבולותיו של מרחב התימרון החוקתי נקבעים על-ידי בית-המשפט בכל מקרה לגופו על-פי נסיבותיו, בהתחשב במהותה של הזכות הנפגעת ובעוצמת הפגיעה בה, אל מול טיבם ומהותם של הזכויות או האינטרסים המתחרים. בית-משפט זה לא ימיר את שיקוליו של המחוקק בשיקול-דעתו שלו ויימנע מהתערבות, כל עוד האמצעי הנבחר על-ידי המחוקק מצוי בגדר מתחם המידתיות. בית-המשפט יתערב רק כאשר האמצעי הנבחר חורג באופן משמעותי מגדריו של מתחם התימרון החוקתי והוא בלתי מידתי באופן ברור (ההדגשות שלי).

עוד ראו אצל ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 502:

לא די בכך שניתן להצביע על אמצעי שפגיעתו בזכות האדם פחותה. כדי שאמצעי זה יקיים את דרישת הצורך, יש להצביע גם על כך שלהפחתת הפגיעה אין השפעה על הסיכויים להגשמת המטרה. לעתים קרובות אין אפשרות לספק דרישה הסתברותית זו. לעתים קרובות העניין נתון להערכה

ראוי לשים לב שפעמים מספר הובעה בפסיקה גישה השונה מן הכלל. בפרשת חטיבת זכויות האדם, שבה נדונה חוקתיות החוק המסמיך הקמת בית סוהר פרטי, נדרש שהאמצעי החלופי יעמוד במידה "דומה" של הגשמת התכלית.<sup>188</sup> גם בפרשת מנחם ופרשת פלוני (שבה נדונה חוקתיותו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים) דובר בהפחתה "ניכרת" במידת הגשמת התכלית שתתיר למחוקק לא לבחור באמצעי החלופי אף שפגיעתו קטנה יותר.<sup>189</sup> ניתן לפרש את הדרישות הללו כדרישות מרוככות מזו הקיימת, אולם כאמור, נדמה שאלו עמדות חריגות יחסית, וממילא לא בטוח שאכן זה הפירוש שייתן להן בית המשפט בהמשך הדרך. בהקשר זה יצוין שבמשפט הקנדי, שבו מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

---

ולבחינה של אופציות שונות. אלה הן בגדרי שיקול דעתו של המחוקק (ההדגשה שלי).

188 בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פס' 49 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (טרם פורסם, 19.11.2009): "[...] מחייב לבחון האם אותו אמצעי פוגעני פחות מגשים את תכלית החקיקה באותה מידה או במידה דומה לאמצעי שנבחר על ידי המחוקק" (ההדגשה שלי).

189 פרשת מנחם, לעיל ה"ש 91, בפס' 23 לפסק דינה של השופטת ביניש:

שאלת המידתיות היא לרוב מסוג השאלות שאין עליהן תשובה מדוייקת ואחידה, שכן היא דורשת מלאכת שקלול והערכה. יתכנו מצבים בהם בחירה באמצעי חלופי הפוגע בזכות החוקתית מעט פחות, עלולה להביא להפחתה ניכרת במידת ההגשמה של התכלית או במידת התועלת שתצמח ממנה, ועל כן לא יהיה זה מן הראוי לחייב את המחוקק לאמץ את האמצעי האמור" (ההדגשה שלי).

אמירה דומה מופיעה בפרשת חוק כליאת לוחמים, לעיל ה"ש 109, בפס' 31 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. מכך ניתן להסיק, בעיקר לאור שאר התבטאויותיה של הנשיאה ביניש, כי במקרה של הפחתה שאינה ניכרת במידת השגת התכלית יחויב המחוקק לאמץ את האמצעי הפוגעני פחות. תפיסה דומה, אולי, ניתן לראות גם במאמרה של השופטת דורנר, לעיל ה"ש 5, בעמ' 290:

המצב שונה מקום בו כדי – לבדוק האם לא חסר כאן משהו להשיג את התכלית במלואה נדרש אמצעי הפוגע קשות בזכויות יסוד, וניתן להשיג חלק של ממש מן התכלית בדרך שאינה פוגעת כלל בזכות או באינטרס פרטיים, או הפוגעת בהם במידה מזערית. במקרה כזה עשוי להיפסל, לנוכח מבחני הפגיעה הפחותה והיחסית, האמצעי מן הסוג הראשון, אף שרק הוא מקיים באופן מוחלט את מבחן ההתאמה (ההדגשה שלי).

משמש "לב" הבחינה החוקתית,<sup>190</sup> השכילו להבין שכדי שהבחינה ההשוואתית לא תישאר ריקה מתוכן, נדרשת התפשרות במידה זו או אחרת על מידת השגת התכלית.<sup>191</sup>

אין ערוך לבחינה השוואתית של חלופות שונות להשגת התכלית, לרבות כזכור חלופות שאינן כרוכות כלל בפגיעה בזכויות. כוונתי כמוכּן לבדיקה אמיתית ולא לבדיקה לשם יציאה ידי חובה באמצעות העמדת "חלופת קש" כדי לדרחות אותה ולסלול דרך בטוחה לאמצעי שהרשות רוצה ביקרו. לכן חשוב שהביקורת השיפוטית תתייחס לשאלה אם בכלל בחנה הרשות את הסוגיה של חלופות לאמצעי שנבחר, ואם בחנה – באיזו רמת עומק ויסודיות עשתה זאת. כל נשכח שנטל ההוכחה בשלב הצדקת הפגיעה מוטל על שכמה של המדינה.<sup>192</sup> נטל זה מחייב אותה לבחון בעצמה חלופות מידתיות יותר ולא להמתין לעותרים או לשופטים יצירתיים שיציעו אמצעים חלופיים. ככלל ניתן לומר שככל שעבודת ההכנה של הרשות הייתה יסודית ומעמיקה יותר, כך יהיה נכון להקטין את מידת הפיקוח עליה ואת ההתערבות בהחלטותיה, הן משום שהסיכוי שנתקבלה החלטה שקולה וראויה רב יותר והן כאקט "חינוכי" כלפי הרשות, אשר יעודד אותה לפעול ביעילות, כמצופה ממנה. ודוק: בחינת הליכים נכונה גם מבחינה שיפוטית "אסטרטגית".<sup>193</sup> מבחינת היחסים בין הרשויות והלגיטימיות של הביקורת השיפוטית עדיפה בחינתם של הליכים – ככל שהיא "מספקת את הסחורה" – מבחינה של מהות ותכנים. בחינה מתועדת של חלופות מאפשרת גם שקיפות ואחריות (ובהקשר זה, גם הנמקה ברורה להחלטה שהתקבלה) כלפי הציבור בכל הנוגע לחלופה שנבחרה. הליכה בדרך זו תגביר את אמון הציבור ברשויות השלטון.

190 Hogg, **לעיל** ה"ש 26, בעמ' 36: "The requirement of least drastic means has turned out to be the heart and soul of s.1 justification". ברק, **לעיל** ה"ש 1, בעמ' 415.

191 Davidov, **לעיל** ה"ש 185. עם זאת גישה זו של המשפט הקנדי אינה נעדרת ביקורת. דוידוב מבקר במאמרו את הנטייה הנזכרת בבתי המשפט הקנדיים להתפשר על מידת השגת התכלית, וטוען שהם מפרשים פירוש שגוי את מבחני Oakes בהכניסם אלמנטים של איזון כבר למבחן האמצעי שפגיעתו פחותה – מבחן שאמור להיות מבחן סף. לעמדה דומה לזו של דוידוב ראו ברק, **לעיל** ה"ש 1, בעמ' 415-417.

192 ראו ברק, **לעיל** ה"ש 1, בעמ' 536-537.

193 ראו Davidov, **לעיל** ה"ש 185.

## ה. מבחן המידתיות במוכן הצר

מבחן המידתיות במוכן הצר מציב דרישה ליחס ראוי בין תוחלת התועלת הצפויה מהפעלת האמצעי (מכפלה של מידת התועלת הצפויה ומידת ההסתברות להגשמתה) לבין הנזק הנגרם מהפגיעה בזכות.<sup>194</sup> להבדיל מהמבחנים הקודמים, המבוססים על מילוי דרישה כלשהי או על עמידה בתנאי מסוים, מבחן זה קורא לעריכת איזון בין ערכים מתנגשים. מן העבר האחד – הפגיעה בזכות (ככלל, מדובר בפגיעה ממשית בזכות), ומן העבר השני – התרומה הצפויה לקידום התכלית. כלומר, אין מדובר בהגשמת התכלית במלואה אלא במידת הקידום שלה לפי רמת ההסתברות להתגשמותה של מידה זו.

כאמור, מבחן המידתיות תובע יחס ראוי בין צד הפגיעה בזכות לבין צד קידום התכלית. השאלה הקשה היא מהו יחס ראוי, ומה מבטא אותו או משקף אותו. כיצד נדע אם מתקיים יחס כזה אם לאו? המבחן עצמו אינו טומן בחובו תשובה לשאלות אלה, ואת החלל הזה מוצע למלא באמצעות כלל האיזון הבסיסי. לפי כלל זה, "ככל שמניעת תוספת הנזק לזכות החוקתית חשובה יותר, והסתברות הגשמתה רבה יותר, כן נדרש כי תוספת התועלת לטובת הכלל או לזכות חוקתית אחרת תהא חשובה יותר, חיונית ונחוצה יותר, והסתברות הגשמתה רבה יותר".<sup>195</sup> שתיים הן מעלותיו של מבחן האיזון הבסיסי: ראשית, שהוא מכוון לבחינה מהודקת, מקיפה ומלאה של מה שנמצא על שתי כפות המאזניים; שנית, שהוא נותן כיוון לשקלול בין שתי כפות המאזניים – ככל שהמשקל בצד אחד (צד הזכות) עולה או רב יותר, יחס מידתי דורש עלייה כזאת במשקל גם בכף השנייה של המאזניים, של קידום התכלית. כאשר "עלייה" כזו אינה חלה – אין איזון, כלומר היחס אינו מידתי.

ברור שהפעלה נכונה של המבחן מחייבת לראות נכוחה את מה שנמצא על כפות המאזניים. יש להימנע אפוא מנוסחאות לא מדויקות ומטעות. כל השוואה שבה מדובר על התכלית כשלעצמה אינה נכונה, משום שהיא מתעלמת מכך שכמעט תמיד יהיה מדובר בהגשמה חלקית של התכלית, וכי גם הגשמה חלקית

194 ברק, לעיל ה"ש 1, 422, 425.

195 שם, בעמ' 446-447.

זו אינה ודאית אלא מסתברת.<sup>196</sup> בלי הדיוק הזה צפויות התכליות להביס, ככלל, את הזכויות.<sup>197</sup>

שאלה שאפשר שהיא בעלת משקל (בגלל מה שאנחנו יודעים ממחקרים על קבלת החלטות בדבר החשיבות שנודעת לניסוח השאלה) היא אם נכון להתחיל, כפי שמציע אלקסי, בצד הזכות ולבחון ממנו את ה"משקל" של קידום התכלית.<sup>198</sup> לטובת ניסוח זה עומד השיקול שהוא מעניק קדימות לכאורית לזכות, אולם דווקא אם חרדים במיוחד לפגיעות לא מוצדקות בזכויות דומה כי הסדר צריך להיות הפוך. השיקול המכריע צריך להיות איזה היגד קל יותר (או נוח יותר) או בעייתי פחות (או קשה פחות) מבחינת המחליט: שקידום התכלית אינו חשוב די הצורך, או להפך: שהפגיעה בזכות חמורה מדי או שמידת חשיבותה של הזכות היא כזו שהפגיעה בה קשה מדי. נראה כי קשה לגרוע מחשיבותו של ערך קידום התכלית – "אין היא חשובה די הצורך" – יותר משקשה לנקוט עמדה חיובית כלפי הזכות, שהיא חשובה מכדי לאפשר פגיעה מסוימת בה.

גם אחרי שמשכללים או מדייקים את המבחן, הוא נותר קליפה ריקה מבחינת תוכן ההשוואה והאופן שבו יש לעשותו. השאלה כיצד נעשה מתן המשקלות<sup>199</sup>

196 Richard H. Fallon, *Strict Judicial Scrutiny*, 54 UCLA L. REV. 1267 (2007). פלון מדגים בטקסט את ההבדל בין הצבעה נכונה על התכלית לבין הצבעה מטעה ומצדד בדיוק בהצגת התכלית.

197 לא ברור גם הביטוי "תוספת נזק" בהקשר של פגיעה בזכות שברק משתמש בו. ה"תוספת" עשויה להשמיע נימה חיובית, ולא ברור מה היא נועדה להוסיף. לדעתי, נכון יותר להתייחס לפגיעה בזכות או לנזק לזכות.

198 ROBERT ALEXY, *A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS* 105, 222, 398 (Julian Rivers trans., 2002)

199 וראו להלן תיאורו של השופט זמיר בבג"ץ 6055/95 שגי אצמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג (5) 241, פס' 31 לפסק דינו:

אכן, זכויות אדם ואינטרסים ציבוריים אינם כתפוחי אדמה, שניתן לשקול אותם על כפות המאזניים, אלה כנגד אלה, ולראות בעין מה מכריע את הכף. עם זאת, כיוון שאי אפשר לשקול, צריך להעריך. צריך לעשות מאמץ, בכל מקרה ומקרה, כדי להעריך נכונה את המשקל היחסי של זכויות אדם מזה ושל אינטרסים ציבוריים מזה [...] אפשר אולי לדמות את היחס בין הזכות והאינטרס הציבורי מצד אחד לבין המידתיות מצד אחר למשוואה. אולם להבדיל ממשוואה מתמטית, הערך של כל איבר במשוואה כזאת אינו מדויק, ומכל מקום אינו מדיד. הערך נקבע על-פי הערכה, ועל הערכה אפשר להתווכח. אפשר גם לחלוק.

וכיצד משווים בין הזכות הנפגעת לבין קידום האינטרס הציבורי שמנגד (לעתים מדובר בהשוואה של זכות לזכות) נשארת לא ברורה. למעשה, גם ברק מתקרב להודות שאין מדובר כאן בהפעלת משפט.<sup>200</sup> ברק נשען על החשיבות החברתית.<sup>201</sup> אם כוונתו לחשיבות שהחברה מעניקה לזכויות ולאינטרסים השונים, למען האמת נראה שהחברה אינה עוסקת בשקלול הזה, וודאי לא במצבי עימות קונקרטיים. החברה אינה באמת "בעסק" הזה. במידה שבה ניתן להזדקק לשיפוט החברתי, ספק אם ראוי להעמיד את קבלת ההחלטות וביקורתן על עמדות הציבור, שמן הסתם תשומת הלב שלו ותשומות הזמן והמחשבה שהוא מקדיש לשאלה הן מוגבלות. ההצבעה על החשיבות החברתית היא לדעתי סימן של מצוקה. היא מבטאת את הצורך להישען על משהו שהוא מעבר לשיקול דעתו של המעריך. מצוקה זו מסבירה את המעבר בתיאור המבחן מהשוואה בין שני צדי המשוואה להשוואה בין המצב הקיים למצב שיתקיים אם יינקט האמצעי או לאימוץ מודל של השוואה בין חלופות.<sup>202</sup> כך ניתן להבין גם את הרעיון הנכון לחפש רמת ביניים של כללי איזון שמתחת לרמת ההפשטה הגבוהה של מבחן האיזון הבסיסי אך מעל לאיזון הקונקרטי של מקרה ספציפי המגיע להכרעה.<sup>203</sup> גם ההצעה להיעזר במבחני ההסתברות שנקבעו בפסיקה הישראלית מראשית

#### פרשת חברת החשמל, לעיל ה"ש 10:

חוששני, כי תוצאתה של הצבת ערכים, זה לצד זה, בלי לגבש בו זמנית גם אמות מידה להערכת משקלם היחסי לא תהיה אלא כי בשל העדר קנה מידה משפטי, יפעיל בית המשפט בכל מקרה ומקרה, על פי מיטב הבנתו של המותב המזדמן, אותו קריטריון הנראה לו כהולם באותן נסיבות. במילים אחרות, אמת המידה הנושאת בתוכה קו מנחה ערכי, היינו את המגמה לקיומה של חירות יסוד, תומר ותוחלף באמת מידה פטרנליסטית מקרית, אשר איש לא יוכל להעריך מראש את כיוונה וטיבה.

200 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 574: "מידתיות אינה מבטיחה אובייקטיביות שיפוטית מלאה. בכל אחד ממרכיביה ישנו שיקול דעת שיפוטי, אשר לעיתים אין מנוס מלהפעילו תוך שימוש בסובייקטיביות השיפוטית [...] אכן אין בידי המידתיות ליתן הצדק מלא לביקורת שיפוטית".

201 שם, בעמ' 430.

202 שם, בעמ' 434-435.

203 שם, בעמ' 445.



שנות המדינה,<sup>204</sup> שהיא בעייתית בעיניי, כביכול כבר יש לנו תשובות מן המוכן, היא ביטוי למצוקה זו.

ברק מצביע, בצדק, גם על הממד הערכי של ההכרעות ומזכיר את החשיבות של התחקות על הרציונלים שביסוד הזכויות. אולם הפיתוח התוכני של הממד הערכי נותר משהו שעדיין צריך לעשותו.

מבחן זה, שעליו (כאמור) נשענת בפועל הבחינה כולה אינו מוגדר. הוא עמום ונתון לשיפוט סובייקטיבי. שלא כמו שני המבחנים הקודמים, אי־אפשר לראות בו מבחן של ממש, שיש לו תוכן מוגדר או שיש בו הכוונה למי שאמור להפעילו.<sup>205</sup> מכאן הצורך להבנותו ולצייד את מפעיליו השונים בקווים מנחים שישפכו מעט אור לתוך "הקופסה השחורה". הבניה זו איננה, ואינה יכולה להיות, סילוק של שיקול הדעת השיפוטי שאין בלתו (שבלעדיו אי־אפשר) אלא אך "אילופו" במידת מה. שיקול דעת ללא הגבנה שאת חוריה הוא אמור למלא אינו שיקול דעת שיפוטי כלל. הדברים נכונים בכל מקרה. הם נכונים במיוחד אם המבחן נשאר המבחן המכריע לפי הדין הקיים. לכן יש יחסי גומלין בין אופיים של המבחנים הקודמים לבין אופיו של המבחן הזה. במיוחד יש להיזהר מחיזוק רטורי בלבד של המבחנים הקודמים. אם חיזוקם, בכך שמקנים להם משמעות, בא לידי ביטוי ביישום בפועל – זהו מצב רצוי. אם לעומת זאת החיזוק הוא מן השפה ולחוץ בלבד, כלומר הרטוריקה הכרוכה בהם מפליגה אל על, ואילו בפועל הם נשארים מבחנים של "חייב לעבור" – זהו מצב מזיק משום שהוא מקטין עוד הרבה יותר את הסיכוי שהמבחן השלישי יוכל לבלום את מה שהגיע עד הלום. מהם אפוא חומרי העבודה וכלי העבודה שבהם ניתן לצייד את המחליטים ואת מבקרי ההחלטות כדי לאפשר להם הפעלת שיקול דעת?

בראשית, אם הדבר לא נעשה לפני כן כפי שהצענו, יש לבחון את הפגיעה בזכות. יש לבדוק בדיקה יסודית ומעמיקה את הפגיעה בזכות או בזכויות או באינטרסים נוספים שנגרמת מן האמצעי. במקרים לא מעטים נפגעת לא רק זכות אחת אלא יותר, או שנוסף על הזכות נפגע אינטרס של הפרט שעדיין לא הוכר כזכות. המעצר המינהלי פוגע למשל לא רק בזכות לחירות ממעצר אלא גם בזכויות נוספות מתחום ההליך ההוגן – הזכות שלא להיות נתון לעיצומים

204 שם, בעמ' 435-436.

205 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 28, פס' 83-85 לפסק דינו של שמגר.

אלא בעקבות החלטה שיפוטית, של בית משפט מוסמך, בהליך שקוף, שבו אדם מורשע בעברה שביצע, שהוזהר בעניינה מראש, לאחר שהוכחה אשמתו, שהובאה כמובן לידיעתו בפירוט ומבעוד מועד, ומעבר לספק סביר על יסוד ראיות קבילות שניתנה לו אפשרות לסתור אותן.

אחד הפגמים הקשים בשיטתנו המשפטית הוא הנטייה השיפוטית לרומם לשמים ברמה הרטורית את כל הזכויות, על היבטיהן השונים, ולהתייחס אליהן כנהנות מאותה מידה עילאית של חשיבות.<sup>206</sup> די ברור שלא כך עומדים הדברים לאמיתו של דבר, ואין דין חייו של אדם כדין קניינו. קושי זה מחריף בשל ההיקף הרחב והלא מאורגן מבחינה שיטתית של הזכות לכבוד האדם. היא מקיפה מצד אחד זכויות ראשונות במעלה, כמו הזכות שלא להיות מושפל או הזכות שלא להיות מופלה לרעה על רקע השתייכותי, ומצד אחר זכויות שהן חשובות פחות, כמו הזכות לשם טוב או הזכות לאוטונומיה אישית (כאשר זו אינה מוגבלת באי-פגיעה באחר). הבעיה היא שהגישה האמורה של הפסיקה, שאינה ייחודית לישראל, משקפת כנראה קושי לקבוע כי זכות מסוימת אינה בעלת חשיבות עליונה. עם זאת אין מנוס מלהבחין בין הזכויות השונות לפי רמת חשיבותן. נראה כי נדרש פיתוח של היבט זה, שבעיקרו אין מתייחסים לזכויות במלואן אלא להיבטים של זכויות, כדוגמת זכותו של אדם שחייו לא יקופחו קיפוח שרירותי או קיפוח מכוון או מודע, חופש הביטוי הפוליטי, האקדמי או האמנותי, הזכות לחירות ממעצר או מאסר, הזכות לשם טוב של אדם פרטי וכיוצא באלה.<sup>207</sup> קצרה

206 למשל חופש התנועה גם כאשר הפגיעה בו מתבטאת בצורך במעקף קטן הנמשך דקות ספורות לעומת חופש האספה וההתקהלות; הזכות לחופש הביטוי לעומת הזכות לשם טוב, במיוחד כאשר מדובר בשם טוב עובדתי ולא נורמטיבי.

207 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 622:

המדרג בין הזכויות יתבסס על נסיונה ההיסטורי של כל מדינה. כך, בשל ההיסטוריה, שוויון על בסיס גזע הוא הזכות חשובה ביותר בארצות-הברית ובדרום-אפריקה, ואילו כבוד האדם הוא הזכות החשובה ביותר בגרמניה. בארץ, ברק גוזר את הזכויות החשובות ממגילת-העצמאות, המבטיחה שוויון "בלי הברל דת, גזע ומין" וכן "חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות.

והשוו לדבריו בעמ' 353-354: "חופש התנועה, כבוד האדם, הקניין והשוויון הם הזכויות המצויות ברמה הגבוהה ביותר. כדי להצדיק פגיעה בזכויות אלה דרושה תכלית העולה כדי "צורך חברתי דחוף או עניין חברתי מהותי". כמו כן ראו עמדת השופטת דורנר, לעיל ה"ש 5, וכן פס' 3 לפסק דינה של השופטת דורנר בפרשת מנהלי

היריעה מלהציע כאן דירוג של היבטי הזכויות השונים. נציין כי אחד השיקולים המרוממים זכות או היבט שלה הוא היותה תנאי להתקיימות ולמימוש זכויות אחרות. תכונה זו מקיימות הזכות לחיים ולשלמות הגוף, הזכויות החברתיות, הזכות לחופש הביטוי והזכות לחירות. במקביל ניתן לתאר פגיעות בזכות שיש להן אופי של גרימת התפשטות לפגיעות נוספות, כמו במקרה של שלילת חירותו של אדם בכליאתו. זכויות עשויות לתבוע הגנה מיוחדת דווקא משום שהניסיון ההיסטורי מלמד על פגיעותן המיוחדת, כגון הזכות לכבוד אנושי, הזכות שלא להיות מופלה לרעה על בסיס השתייכותי והזכות להשמיע ביטוי מרגיז.

נראה כי דירוג של היבטי הזכויות לשתי דרגות, או מוטב לשלוש, עשוי להיות מועיל. אם הפגיעה היא בגרעין או בליבת הזכות, או אז הפגיעה בשל קטלניותה נחשבת אסורה ואין להביאה בחשבון, אולם אם היא בשולי הזכות, או אז פגיעה בה עשויה להיות מוצדקת.<sup>208</sup> אם הגרעינים הקשים של הזכויות, הלב הפועם שלהן, אינם חסינים בפני פגיעה, מה המשמעות של ההגנה על זכויות ושל תחום שבו הזכות מוגנת? כך למשל בגרעין הזכות לפרטיות נמצא האישי ביותר, מה שבין אדם לעצמו, למשל יומן שפלוני מנהל ובו הוא חושף את מחשבותיו ורגשותיו בפני עצמו בלבד, או התחום האינטימי המובהק שביחסים בין-אישיים. מבחינת היחיד תחומים אלה הם מבצרו, המבצר שחינוי מבחינתו שאיש לא יחדור אליו. בשולי הזכות נמצאת למשל זכותו של הפרט שלא ייודע דבר חקירה פלילית שהוא נחקר. זו נקודה חשובה במיוחד משום שהיא עשויה

---

**ההשקעות, לעיל ה"ש 172:** "יש להיזהר מפירוש גורף וכול-כולל של חופש העיסוק המוגן בחוק היסוד. כך, למשל, נפסק כי חופש העיסוק אינו מקנה לאדם זכות כי אחר, לרבות גוף שלטוני, יעסיק אותו בשירותו". אכן, פירוש מרחיב יתר על המידה של הזכויות הקבועות בחוקי היסוד אינו ראוי. כדברי השופט זמיר בפרשת **בנק המזרחי, לעיל ה"ש 28**, בהתייחסו לזכות הקניין הקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: "ככל שיורחב ההיקף של הקניין כזכות חוקתית, כך, יש לחשוש, תיחלש עוצמת ההגנה על זכות זאת. ועל כך ניתן לומר: תפסת מרובה לא תפסת". וכן עמדתה של השופטת דורנר בבג"ץ 450/97 **תנופה נ' שר העבודה פ"ד נב(2) 433, 453 (1998)**: "בענייננו, מדובר בזכות שהיא במהותה כלכלית. הטעם העומד ביסוד הזכות לחופש העיסוק של העותרים הוא עניינם האישי במשלח-ידם. זכות זו חשובה היא, אך אין היא זכות-על".

ראם שגב ומדרכי קרמניצר **חופש הביטוי והצדקות וסייגים** פרק שני (2008).

208 ברק, **לעיל ה"ש 1**, בעמ' 455: "לא הרי זכות הנפגעת בשוליה כהרי זכות הנפגעת בגרעין הקשה שלה".

לקבוע את תוצאת השקילה או לפחות להשפיע עליה השפעה מכרעת. היא עשויה להתגלות כפורייה מכיוון המחקר המשווה, ככל שהבחנה זו מפותחת שם.<sup>209</sup> הפגיעה בזכות יכולה להיות רבת-ממדים: כך למשל אפליה על רקע של השתייכות קבוצתית עלולה לפגוע, ולעתים פגיעה קשה, גם בצד התחושתני ובדימוי העצמי של הקבוצה.<sup>210</sup> פגיעה בדימוי העצמי ובשוויון עלולה לפגוע

209 בית המשפט החוקתי בגרמניה יצר מדרג חוקתי מכוח משטר הערכים המדרגי (Wertrangordnung). לפי משטר זה, במקרים שבהם שני ערכים מתנגשים, יש לבחור בערך המגשים בדרך הטובה ביותר את הערך העליון של השיטה, הוא כבוד האדם. ראו למשל פרשת Lüth, 7 BVerfGE 198 (1958) (חופש הביטוי של מי שקורא להרס כלכלי קרוב לערך כבוד האדם יותר משהוא קרוב לאינטרסים הכלכליים של יוצר סרטים).

210 עניין מילר, לעיל ה"ש 16, פס' 4 לפסק דינה של השופטת דורנר: לא כך הדבר בסוגים מסוימים של הפליה לרעה על רקע קבוצתי, ובתוכם הפליה מחמת מין, כמו גם הפליה מחמת גזע. ביסודה של הפליה כזו עומד ייחוס מעמד נחות למופלה, מעמד שהוא פועל יוצא ממהותו הנחותה כביכול. בכך טמונה, כמובן, השפלה עמוקה לקורבן ההפליה [...]. סגירת מקצוע או תפקיד בפני אדם מחמת מינו, גזעו או כיוצא באלה, משררת מסר כי הקבוצה שעמה הוא נמנה היא נחותה, ובכך נוצרת לבנות הקבוצה ולבניה תדמית נמוכה. כך מתהווה מעגל קסמים המנציח את ההפליה. התדמית הנמוכה, שיסודה בשונות הביולוגית או הגזעית, גורמת להפליה, וההפליה מאששת את הסטריאוטיפים המשפילים בדבר נחיתות המופלה. על-כן, היסוד המרכזי בהפליה מחמת מין, גזע או הפליה דומה הוא השפלת הקורבן... דעתי היא אפוא, כי חוק היסוד מגן מפני פגיעה בעקרון השוויון כאשר הפגיעה גורמת להשפלה, כלומר לפגיעה בכבוד האדם באשר הוא אדם. וכך הוא כאשר אישה מופלית לרעה בשל מינה (ההדגשה שלי).

עניין קעדאן, לעיל ה"ש 24, פס' 24 לפסק הדין של הנשיא ברק: שוויון הוא מושג מורכב. היקפו שנוי במחלוקת. עם זאת, הכל מסכימים כי השוויון אוסר על טיפול שונה מטעמי דת או לאום. איסור זה מופיע בהצהרות ובאמנות בינלאומיות (כגון ההצהרה האוניברסלית על זכויות האדם מ-1948, האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות מ-1966, והאמנה האירופאית בדבר זכויות האדם). הוא מקובל במרבית החוקות המודרניות. ביטוי לכך ניתן בהכרזת העצמאות שלנו, אשר קבעה כי מדינת ישראל "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין". בית משפט זה הוסיף וקבע – מפי השופט שמגר – כי "הכלל שלפיו אין מפלים בין אדם לאדם מטעמי [...] לאום [...] דת [...] הוא עקרון יסודי חוקתי, השלוב ושזור בתפישות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי

קשות בפרט ולגרום לו לוותר מראש ולא לנסות להתקדם בתחומים שונים.<sup>211</sup>

נפרד מהן, התרגום המעשי של תפישות יסוד אלה באשר לשוויון הינו כי תכליתה (הכללית) של כל חקיקה הינה להבטיח שוויון בין בני האדם בלא אפליה על בסיס של דת או לאום. טיפול שונה בשל דת או לאום הוא טיפול "חשוד" והוא לכאורה טיפול מפלה (ההרגשה שלי).

עצ"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עריית ירושלים, פס' 53 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 14.9.2010):

הפליה על בסיס נטייה מינית היא הפליה המבוססת על שיוך קבוצתי "חשוד", וככזה היא נכללת ב"גרעין הקשה" של הזכות לשוויון כאשר נורמה מסוימת פוגעת לכאורה בזכויות או באינטרסים של קבוצות מסוימות באוכלוסייה, שומה על בית המשפט להפעיל את מבחן "המיון החשוד" ("suspect classification") ולבחון את הנורמה בצורה קפדנית ("strict scrutiny").

להבחנה בין בסיסי האפליה השונים (גזע, מין, דת, לאום, גיל, דעה, נטייה מינית, מוגבלות וכו'), עיינו פרנסס רדאי "דיוקנו של הנשיא אהרן ברק: שוויון במדינה יהודית ודמוקרטית" ספר ברק 225, 226-227 (2009). כמו כן ראו מיכל טמיר (יצחקי) "הזכות לשוויון של הומוסקסואלים" הפרקליט מה 94, 102, 111 (2011); בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות פ"ד נו(6) 25; בג"ץ 4124/00 יקותיאל ז'ל נ' השר לענייני דתות, פס' 1, 34-40 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 14.6.2010); בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 27.2.2006). הוא הדין גם בזכות לא להיות מושפל ונפגע בעיניוים.

יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה 165 (תש"ס): 211

השוויון הוא אחד מערכי-היסוד של כל מדינה מתוקנת. כך גם בישראל, אפשר לומר כי השוויון, יותר מכל ערך אחר, הוא המכנה המשותף, אם לא הבסיס, לכל זכויות-היסוד של האדם ולכל שאר הערכים שביסוד הדמוקרטיה. אכן, השוויון האמיתי, כיוון שהוא חל גם ביחסים שבין האדם לבין השלטון, הוא אחד מאבני-היסוד של הדמוקרטיה, ובכלל זה שלטון החוק. הוא חיוני לא רק לדמוקרטיה הפורמלית, שאחד מעיקריה הוא קול אחד לכל אחד, אלא גם לדמוקרטיה המהותית, המבקשת לשרת את האדם באשר הוא אדם. הוא מרכיב מרכזי לא רק של שלטון החוק הפורמלי, שפירושו שוויון בכפיפות לחוק, אלא גם של שלטון החוק המהותי, הדורש כי החוק עצמו ישרת את ערכי-היסוד של מדינה מתוקנת. אין לך ערך שבית-המשפט, ולא רק בית-המשפט, הרבה לפאר ולקלס, כמו השוויון.

וראו גם בג"ץ 69/98 ברגמן נ' שר-האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698, השופט לנדוי: "השוויון הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו"; וכן ראו פסק דינו של השופט ברק בבג"ץ 953/87 פורז ואח' נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 322:

פגיעה בזכות יכולה להיות בדרגות שונות של עוצמה. אפשר שחירותו הבסיסית של אדם תוגבל בהטלת משטר פיקוח ומגבלות מסוימות עליה (להתייצב התייצבות עתית בתחנת משטרה, להיות או שלא להיות במקומות מסוימים, לא להתרועע או לא להיות בקשר עם אנשים מסוימים, לא לעשות פעילויות מסוימות). ברור שמשטר פיקוח כזה, לפי תוכנו המדויק, עשוי לגלם פגיעות ברמות שונות בחירות האדם. ברור גם שמשטר פיקוח כזה פוגע בחירות האדם פחות מכליאה ממשית שלו. פגיעה בשם הטוב יכול שתהיה פגיעה קלה, למשל כאשר מייחסים לאדם טעות בשיקול דעת, ויכול שתהיה קשה, למשל כאשר מייחסים לו עברה פלילית מתוך זדון, וגם כאן יכולות להיות רמות שונות של פגיעה לפי חומרת העברה המיוחסת. פגיעה בחופש הביטוי יכולה למנוע פרסום שאין לו חשיבות מהותית מבחינת המפרסם, והיא יכולה להתייחס לפרסום שהוא פגיעה בציפור נפשו ממש של המפרסם. דרך חשובה לבחון את מידת הפגיעה היא ניתוח הרציונלים שביסוד הזכות ובדיקה אם כל הרציונלים נפגעים או רק חלקם או מיעוטם ומה מידת הפגיעה בכל אחד מהם. בממדי הפגיעה יש להביא בחשבון גם את ההיבטים של משך הפגיעה, את אופייה הארעי או הקבוע ואת היקף הנפגעים מבחינה פרסונלית.<sup>212</sup> במסגרת זו יש לבחון היבטים נוספים שאפשר שיהיו כרוכים בפגיעה בזכות ולהחמירה (אולי גם לרככה),<sup>213</sup> ואת ההקשר שבו הפגיעה נגרמת: במקום שבו כבר התרחשו פגיעות קודמות בזכויות

---

הפרט משתלב למירקם הכולל ונושא בחלקו בבניית החברה, בידועו שגם האחרים עושים כמוהו. הצורך להבטיח שוויון הוא טבעי לאדם. הוא מבוסס על שיקולים של צדק והגינות. המבקש הכרה בזכותו, צריך להכיר בזכותו של הזולת לבקש הכרה דומה. הצורך לקיים שוויון הוא חיוני לחברה ולהסכמה החברתית שעליה היא בנויה. השוויון שומר על השלטון מפני השרירות. אכן, אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזוהרות העצמית של האדם.

וראו גם JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 504 (1971) 212 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 455: "לא הרי זכות הנפגעת בשוליה כהרי זכות הנפגעת בגרעין הקשה שלה. לא הרי פגיעה שהיא זמנית כהרי פגיעה שהיא קבועה. לא הרי זכות שהפגיעות בה עד כה הן מעטות כהרי זכות שנפגעה בעבר במידה רבה ועתה מוטלת עליה הגבלה נוספת".

Henry Shue, *Torture*, 7 PHILOSOPHY AND PUBLIC AFFAIRS 124 (1978) 213

ולכן הורע מצבו של האדם, גריעה נוספת מזכויותיו – שאולי כשלעצמה לא הייתה חמורה – אפשר שתהיה חמורה מאוד.<sup>214</sup>

מתבקש להביא בחשבון את מכלול ההשלכות והתוצאות של הפגיעה בזכות – הישירות והעקיפות, החומריות והרוחניות. למשל, אם רואים את האיסור על לשון הרע כנועד להגן על הכבוד החברתי, כלומר על מעמדו של האדם בעיני הבריות בלבד, יש להביא בחשבון גם את הפגיעה שאפשר שתהיה כרוכה גם בתחושת הכבוד הפנימי של הנפגע, ובכלל זה בדימוי העצמי שלו, בביטחון העצמי וכיוצא באלה. בין השאר יש להביא בחשבון את המשמעות התקדימית של אישור הפגיעה – לגיטימציה חזקה ואפשרות לפגיעה חמורה יותר, שמבחינת ההיגיון לא יהיה אפשר, או לפחות יקשה מאוד, לפסול אותה.<sup>215</sup> ביחוד חשוב

214 וראו למשל פסק הדין בבש"פ 8827/07 פלוני נ' מדינת ישראל (להלן: פרשת פלוני), פס' 30-31 לפסק דינו של השופט ריבלין:

גם כהליך הנסב על מעצרו של חשודים בעבירות ביטחון יש לשמר את הביקורת השיפוטית הממשית. במיוחד בהליך כזה, שממילא מוטלות בו מגבלות, האפשרות של העצור להיות נוכח בדיוני מעצרו עשויה לקבל חשיבות מיוחדת. מכל מקום, כאשר זכות יסוד נפגעת במספר היבטים, או באופן הדרגתי, יתכן בהחלט שהאפקט המצטבר הוא שיחצה את רף החוקתיות, באופן ש"הפגיעה השולית" האחרונה לא תוכל לעמוד (ההדגשה שלי).

וכן פס' 3-4, 7 לפסק דינו של השופט גרוניס:

נראה שככל מקרה בו מושעית הזכות להתייצב בפני בית המשפט בהליכי המעצר נשללת אף הזכות להיפגש עם עורך הדין המייצג את החשוד. המשמעות של השעייה סימולטנית (או בניסוחה של חברתי השופטת מ' נאור "אפקט מצטבר") של שתי הזכויות, הינה ברורה [...] אין צורך להסביר כי במצב דברים כאמור, בו מושעות שתי הזכויות הנזכרות, קיים חשש מובנה שההליך לא יקיים את הדרישה להליך הוגן [...] בחינה כזו חייבת לטעמי להתייחס למסגרת הזמן בו מושעות הזכויות הנזכרות באופן סימולטני. במלים אחרות, על מנת שהסדר חדש יקיים את מבחניו של עקרון המידתיות שבפסיקת ההגבלה, יש ליתן את הדעת לתחולה הסימולטנית (או האפקט המצטבר) של ההוראות בענין איסור מפגש עם עורך דין ואיסור נוכחות של החשוד בבית המשפט (ההדגשה שלי).

215 ראו לדוגמה פרשות *Korematsu* (לעיל ה"ש 132) ו-*Hirabayashi v. Hirabayashi* (United States, 320 U.S. 81 (1943)) הנוגעות למדיניות ארצות הברית כלפי אזרחים יפנים. בפרשת *Hirabayashi* נדונה הגבלת תנועתו של אזרח אמריקאי ממוצא יפני במהלך עוצר לילה, בנימוק כי מוצאו הוא אינדיקטור לנאמנותו ליפן על חשבון

לבחון את המשתמע מהפגיעה ומאישור הפגיעה באשר למעמדה של הזכות וחשיבותה החברתית. אם הפגיעה היא בחלק הקשה של הזכות, וככל שהעילה לפגיעה קלושה יותר, הפגיעה ואישורה משמיעים יחס של זלזול והקלת ראש

---

נאמנותו לארצות הברית. באשרו את מדיניות הממשל האמריקאי, קבע השופט Stone מבית המשפט העליון האמריקאי כדלקמן:

The alternative [to interning only people of Japanese descent] which the appellant insists must be accepted is for the military authorities to impose the curfew on all citizens within the military area, or none. In a case of threatened danger requiring prompt action, it is a choice between inflicting obviously needless hardship on the many, or sitting passive and unresisting in the presence of the threat.

כשנה לאחר מכן ניתן פסק הדין של בית המשפט העליון האמריקאי בפרשת *Korematsu*, אשר דן בהפרת צו של עזיבת מקום המגורים והתייצבות במרכז קליטה של אזרחים אמריקאים ממוצא יפני כדי למנוע מהם שיתוף פעולה עם האויב וריגול למענו. *Korematsu* נדון למאסר על הפרת הצו, ועל כן הגיש את עתירתו לבית המשפט. למעשה קביעתו של בית המשפט העליון בעניין *Hirabayashi* לפחות הקלה את מתן פסק הדין הגורף בעניין *Korematsu* והייתה בבחינת מדרון חלקלק לקביעתו. השופט Black, בשם שופטי הרוב, הסתמך מפורשות על הפסיקה הקודמת בעניין *Hirabayashi*, שבו נדון צו שהטיל עוצר לילה על אמריקאים ממוצא יפני, כדי להצדיק את הצו שנדון בפניו. גם שופט אחר משופטי הרוב, השופט Frankfurter, עשה כן, בכתבו: "I am unable to see how the legal consideration that led to the decision in [...] Hiraabayashi [...] fail to sustain the military order which made the conduct [...] now in controversy a crime". השופט Jackson הציע בדעת המיעוט שלו ללמוד משהו מהניסיון. וכך כתב על פרשת *Hirabayashi*:

However, in spite of our limiting words, we did validate discrimination on the basis of ancestry for mild and temporary deprivation of liberty. Now the principle of racial discrimination is pushed from support of mild measures to very harsh ones, and from temporary deprivations to indeterminate ones. And the precedent which it is said requires us to do so is *Hirabayashi*. The Court is now saying that, in *Hirabayashi*, we did decide the very things we there said we were not deciding. Because we said that these citizens could be made to stay in their homes during the hours of dark, it is said we must require them to leave home entirely, and if that, we are told they may also be taken into custody for deportation, and, if that, it is argued, they may also be held for some undetermined time in detention camps. How far the principle of this case would be extended before plausible reasons would play out, I do not know.



בזכות. ועיני הציבור רואות: אם כך ייעשה לזכות, מה טיבה? מה כוחה? לעניין זה (ואולי לא רק לעניין זה) חשובה גם המוטיבציה האמיתית שמאחורי הפגיעה. זו עשויה להחמיר כאשר היא משקפת איבה או ניכור כלפי הזכות או בעלי הזכות, או להקל – כאשר היא משמיעה מחויבות לזכות ופגיעה בה בלית בררה.

בחינת הפגיעה בזכות אינה ממצה את מה שצריך להיות מונח על כך המאזניים כנגד האמצעי. צריך להניח שם גם את מלוא השלכותיו השליליות של האמצעי,<sup>216</sup> ובמיוחד את השלכותיו השליליות על דמותה המוסרית של המדינה ועל יחסה לשלטון החוק, לזכויות האדם ולמיעוטים שבה.

אחד הקשיים בִּיחס כלפי פגיעות בזכות נעוץ בפער שבין התבוננות בפגיעה כדבר מופשט לבין תפיסתה בממדיה הקונקרטיים, הסתכלות מרוחקת מבחון לעומת מה שעובר על הנפגעים.<sup>217</sup> חשוב למצוא דרכים לגשר על הפער הזה. בפני מקבלי ההחלטות – בהענקת מעין זכות טיעון או במתן ייצוג לנפגעים, למשל באמצעות נציג של עמותה, גורם מקרב מקבלי ההחלטות על תקן נציג, תצהירים, דוחות, תיעוד מצולם, חוות דעת של מומחים; בפני המופקדים על

---

פליאתם של האזרחים האמריקאים ממוצא יפני נחשבת אפיוודה מחפירה וידועה לשמצה בהיסטוריה האמריקאית. עם סיום מלחמת העולם השנייה הושמעו ביקורות חריפות נגד שני פסקי הדין לעיל. בשנת 1986 ביטל בית המשפט המחוזי הפדרלי במחוז התשיעי את הרשעתו של Hirabayashi מהנימוק שההרשעה התבססה על סטראוטיפים גזעניים נגד המורשע. בבטלו את ההרשעה קבע בית המשפט כדלקמן:

The Hirabayashi and Korematsu decisions have never occupied an honored place in our history. In the ensuing four and a half decades, journalists and researchers have stocked library shelves with studies of the cases and surrounding events. These materials document historical judgments that the convictions were unjust. They demonstrate that there could have been no reasonable military assessment of an emergency at the time, that the orders were based upon racial stereotypes, and that the orders caused needless suffering and shame for thousands of American citizens. Hirabayashi v. United States, 828 F.2d 591, 593 (9th Cir. 1987).

שנתיים לאחר מכן בשנת 1988 אושר חוק פדרלי מטעם הקונגרס – Civil Liberties Act of 1988 – אשר בו, בין היתר, התנצל הקונגרס בשם העם האמריקאי בפני האזרחים האמריקאים ממוצא יפני על מה שהממשל האמריקאי עולל להם במהלך מלחמת העולם השנייה.

216 וראו דיון בנושא בעמ' 70-73 למאמר זה.

217 למשל היחס למסתננים, היחס לנחקרים, לעצורים מינהלית וכדומה.

הביקורת – גם באמצעי המחשה אמנותיים. אלה מצויים במכמני התרבות והיצירה האנושית: בספרות, בתאטרון, באמנויות הפלסטיות ובקולנוע, שניתן למצוא בהם המחשות קולעות.<sup>218</sup>

## 1. שיקולים נורמטיביים מנחים

ראשית, כבר פירטנו בדיון באמצעים את אלה שהם אסורים קטגורית ואת אלה שיש לראות בהם לא ראויים.<sup>219</sup> מדובר באותן הגבלות על כוחה של המדינה, ובשלב השני הגבלות המתחייבות מהשיטה הדמוקרטית (שהפרתן חותרת תחת יסודותיה) ושמבטאות את היסודות ההכרחיים של הציוויליזציה שלנו, מה שהופך את המדינות המתקדמות לכאלה ואת ההתארגנות למדינה למוצדקת ורציונלית. הפרתן שוללת משלטון החוק את נשמתו. ככל שאין נדרשים לפירוט הזה באופן מקדמי שם – מקומם כאן.

שנית, שימוש במשפט משווה במדינות אחרות שאנחנו רואים עצמנו משתייכים לקהלן כמתודה מנחה.<sup>220</sup> היזקקות מקומית לאמצעי שאינו מקובל במדינות בנות תרבות, ובמיוחד מדינות המתמודדות עם בעיות ביטחון וטרור, מקימה חזקה של היעדר לגיטימיות של האמצעי הנבחן (בהקשר זה ניתן לציין את האמצעי של מעצר מינהלי לתקופות ארוכות, בעיקר כלפי אזרחי המדינה, והאמצעי של הריסת בתים באמצעים שאינם נוהגים, או כמעט שאינם נוהגים).<sup>221</sup> זאת ועוד, חקיקה ארץ-ישראלית פוגענית שמקורה במנדט (ואף לפני כן) ראוי שתקים אף היא חזקת אי-התאמה (נדמה שדוגמה מובהקת לכך היא תקנות ההגנה

218 לדוגמה להמחשת היחס לנחקר שמופעלת עליו אלימות לא קשה ראו ז'אן אמרי העיניניים 68 (יונתן ניראד מתרגם, 2000): "אף שמכות סתם אינן דומות בשום פנים לעיניניים של ממש [...] המכה הראשונה מבהירה לאסיר כי הוא חסר אונים ובכך כבר טמון בה הגרעין של כל מה שבא אחר כך"; על סטירת לחי שנתן לו החוקר כותב אמרי בעמ' 70: "הוא הסיג את גבולי ובכך הוא מכחיד אותי".

219 ראו הדיון בעמ' 62-67 למאמר זה.

220 על חשיבותו ועל יתרונותיו של השימוש במשפט המשווה ראו Mordechai Kremnitzer, *Some Reflections on Comparative Criminal Law-Keynote Speech, in STRAFRECHTSVERGLEICHUNG ALS PROBLEM UND LÖSUNG* 29, 2-14, (Susanne Beck, Christoph Burchard, & Bijan Fateh-Moghadam eds., 2011) (בגרמנית).

221 לוי, גיל ותובל, לעיל ה"ש 131.

(שעת חירום) משנת 1945, אשר מסמיכות את האמצעי הדרקוני של הריסת בתים). עם זאת אין לקבל את ההכרעות במשפט המשווה כפשוטן, ויש לערוך את ההתאמות הנדרשות. כך למשל באשר להפללת התנהגויות שונות, בשל הנטייה הרווחת להפללת יתר בשיטות המשפט השונות, העובדה שהתנהגות מסוימת מוגדרת גם בהן עברה פלילית אינה רבת משמעות. לעומת זאת ממצא הפוך, שלפיו אין לאיסור הפלילי הישראלי אחר ורע בשיטות אחרות, הוא בעל חשיבות של ממש, ויש בו כדי לייסד הנחה של אי-חוקתיות.<sup>222</sup>

**שלישית**, זה יהא בבחינת קוצר רואי שלא ללמוד מניסיון העבר, הלאומי והעולמי. מה שמקובל כיום על הכול או על רבים כמשגים של בתי משפט, כמדיניות מעוולת, כמה שסולל את הדרך למעבר מדמוקרטיה לשלטון טוטליטרי, צריך לעמוד לנגד עינינו כאותות של אזהרה, כדגלים שחורים המזהירים: כזאת, אל תעשו!<sup>223</sup> חשובה לא פחות למידה מפסקי דין טובים וראויים שבהם עמד בית המשפט בפרץ.<sup>224</sup>

222 איסורים פליליים הייחודיים לישראל, ובעיקר הגדרה רחבה ביותר לאיסורים פליליים קיימים, מצויים למשל בתזכיר חוק הטרור, התש"ע-2010. די אם נציין את עברת ההזדהות הפומבית עם ארגון טרור, את ההגדרות הרחבות למונחים "חבר בארגון טרור" ו"מעשה טרור", את האחריות המוטלת על ארגוני המעטפת ואת ההשתרעות של עברת מתן שירות לארגון טרור. להרחבה ראו התייחסות המכון הישראלי לדמוקרטיה לתזכיר חוק הטרור, התש"ע-2010, אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה.

223 ראו לדוגמה פרשות *Korematsu* (לעיל ה"ש 132) ו-*Hirabayashi* (לעיל ה"ש 215) הנוגעות למדיניות ארצות הברית כלפי אזרחים אמריקאים ממוצא יפני במלחמת העולם השנייה, אשר ברבות השנים נוצר קונסנזוס ברבר היותן לא צודקות, וכן פסיקת בית המשפט באנגליה שאישר את מעצרו המינהלי של פליט יהודי מגרמניה במלחמת העולם השנייה. ניתן ללמוד גם מהניסיון הוויימארי הנואל בבואנו לבחון חקיקה המבחינה בין פטריוטים לבין מי שאינם כאלה, ובין עבריינים הנחשבים פטריוטים לבין עבריינים שאינם נחשבים לכאלה. ראו למשל הצעת החוק לשלילת האזרחות של מי שלא יצהיר אמונים למדינה והביקורת עליה: קרמניצר וקונפינו, לעיל ה"ש 93. בהקשר דומה ראו הביקורת על ההצעה לחונ מתפרעים יהודים בהקשר ההתנתקות, והיחס השונה שמקבלים פורעי חוק פלסטינים: יעל כהן "מה בין אלימות מימין לאלימות משמאל, או כיצד מסכלת המדינה את מרותה" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה 15.2.2010.

224 פרשה שניתן ללמוד ממנה בהקשר זה היא פרשת פלוני, לעיל ה"ש 214. כן ניתן להצביע על פסיקת בית המשפט שאסרה על עינויים בחקירות, ראו עניין הוועד הציבורי נגד עינויים, לעיל ה"ש 136. נוסף על כך, יוזכר פסק הדין האנגלי שביטל את מעצרו המינהלי ללא הגבלת זמן של חשודים במעורבות בטרור שלא היה אפשר

רביעית, בהשוואת צד הזכות לצד התכלית יש להביא בחשבון כי כשמדובר בקידום התכלית מדובר באפשרות ברמות שונות של הסתברות, ואילו בצד הזכות, ככלל, מדובר בפגיעה ממשית. הפגיעה הממשית קיימת כבר מכוח ההכרעה הנורמטיבית המסייגת את הזכות. כבוד האדם של האסירים נפגע כבר בעת שהמחוקק מייסד בית סוהר פרטי ומעניק לגורם פרטי בעל אינטרס עסקי סמכויות פיקוח, שיטור ומשמעת כלפי האסירים.<sup>225</sup> גם כאשר הפגיעה בזכות מותנית בהתקיימות תנאים מסוימים, אין זה גורע מהאופי הממשי של הפגיעה. כאשר המשטרה (או אדם פרטי) מוסמכת להרוג את הפוגע בקניין, נפגעת מניה וביה הזכות לחיים. הוא הדין בשאר סמכויותיהם של גורמי אכיפת החוק. הוא הדין בחופש הביטוי שנפגע כאשר מאפשרים להטיל עיצומים בגין ביטוי.<sup>226</sup> כל הרעיון שביסוד הסמכות או הכוח להטיל עיצומים הוא לגרום שאנשים יירתעו מביטויים מסוימים. לכן נפגעת הזכות לחופש הביטוי מיד עם כניסתו של חוק כזה לתוקף.<sup>227</sup>

חמישית, מתבקשת אזוהרה עצמית של המחליטים ושל מקבלי ההחלטות בדבר ההטיות הפועלות עליהם ועל השפעתן על המחליטים. כאן מתעוררות שאלות מעניינות: האם המודעות להטיות עוזרת? מה עוד ניתן לעשות? אולי נדרש "לפקטור" את הזכויות כדי שיהיה להן סיכוי? אולי לגבש שיטות עבודה והליכים כדי לצמצם השפעות כאלה (כגון משחקי תפקידים, מי וכיצד מציג את

---

להסגירם: A and others v. Secretary of State for the Home Department [2004] UKHL 2 AC 68 (Lord Bingham par. 45–70, Lord Hope, par. 135–138) [2005] 2 AC 68; את פסקי הדין של שופטי המיעוט בפרשת *Korematsu* (השופטים ג'קסון, מרפי ורוברטס), לעיל ה"ש 132; את פסק הדין של שופט המיעוט לורד אטקין, בפרשת *Liversidge* v. Anderson [1942] AC 206; וכן את בג"ץ 3799/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל, ס (3) 67 (2005), שבו ביטל בית המשפט העליון את "נוהל שכן" שנהג עד אז בצבא.

225 פרשת הפרטת בתי הכלא, לעיל ה"ש 62.

226 ראו והשוו פסק הדין בעניין הנכבה, לעיל ה"ש 74, הדין בחוקיות תיקון 40 לחוק יסודות התקציב, שלפיו לשר האוצר סמכות לגרוע תקציבים מגוף המציין את יום הנכבה כיום אבל לאומי; וראו גם שורת פסקי הדין שדנו בפסילת רשימות לכנסת, המופיעים לעיל בה"ש 74.

227 גישתו של ברק שונה, שכן הוא מתייחס לפגיעה בזכות כעניין שיש לבחון את מידת הסתברותו. להרחבה נוספת על תפיסת ברק את חופש הביטוי ראו קרמניצר ולבנון, לעיל ה"ש 15.

צד הפגיעה בזכות, "פרקליט השטן" וכו')<sup>228</sup> בין ההטיות החזקות יש להזכיר את זו הממקדת את תשומת הלב והמשקל בצד התכלית הנובעת מהפונקציה על חשבון כל דבר אחר, ההתמקדות בטווח הקצר, במה שמוערך כמקנה אהדה ציבורית, בממדים אובייקטיביים וכמותיים על חשבון מוטיבציה וממדים איכותיים וכו'. בייחוד כשמדובר באמצעים הננקטים כלפי "אחר" חשוב לבחון כיצד להתמודד עם הנטייה לייחס חשיבות שולית, אם בכלל, לזכויותיו. האם למשל ניתן לערוך אוניברסליזציה של האמצעי ולבחון אותו גם באספקלריה של היותו מופעל עלינו?

**שישית,** מקום של חשיבות מיוחדת תופסת ההגנה על המיעוט. יש חשיבות רבה בהגנה על המיעוט, בייחוד כשהוא "אחר" (משום שהמנגנון של הגנה על עצמנו מפני פגיעה בזכויותינו אינו פועל במקרה זה), וכאשר מדובר במיעוט שהוא גם קבוע וגם נטול כוח פוליטי. מלבד המשמעויות השליליות המסתעפות מפגיעה במיעוט כזה, הפועלות עליו לרעה, פגיעות כאלה משפיעות על היחס החברתי הכללי למיעוט, והן מודל לחיקוי ולהשראה באשר לפגיעות חברתיות נוספות.

**שביעית,** אין להשוות את המצב בטרם נקיטת האמצעי למצב שיתקיים עם נקיטתו. השוואה כזו מבטאת בצד המשוואה של המצב הקודם אי-התמודדות עם הבעיה. בין אי-התמודדות לבין התמודדות תיטה הכף בכיור לטובת התמודדות. ההשוואה הערכית בין צד הפגיעה בזכות לבין מידת קידום התכלית והסתברותו היא בסופו של חשבון קשה מכדי שיהיה ניתן לקבל בעניינה הכרעות שניתן לתארן כרציונליות או שיפוטיות. השיטה שיש בה כדי להוביל להכרעות סבירות היא זו שבה שתי חלופות מושוות זו לזו. השוואה כזו עשויה להביא לנכונות לבחור בחלופה שהיא אמנם יעילה מעט פחות אך פגיעתה בזכות קטנה בהרבה מזו הכרוכה באימוץ האחרת. אם כך, מתעורר קושי בנוגע להפרדה בין המבחן השני לשלישי. בשל הדמיון הגדול ביניהם הכרעה שלילית במבחן השני תקשה על הכרעה שונה בנוגע לאותה השוואה במבחן השלישי. אם משלבים יחד את שני המבחנים, יש לעשות זאת תוך הודאה בכך שמדובר בשקלול מורכב של תועלת וערכים. הודאה כזו היא תשובה טובה לביקורת על המשפט הקנדי,

228 להרחבה על הטיות אלה ועל השפעתן ראו מרדכי קרמיניצר "טרור ודמוקרטיה והמקרה של ישראל" המשפט 25, 2, 10-7 (2007).

שלפיה אין הוא נוהג ביושר בשעה שהוא מערב שקילה ערכית במסגרת המבחן השני שאמור להיות מצומצם לבחינה אינסטרומנטלית.<sup>229</sup> יצוין כי במשפט המשווה – הן קנדה, הן ארצות הברית והן דרום אפריקה – ניתן למצוא תימוכין בעלי משקל לגישה כזו.<sup>230</sup> אשר למשפט הגרמני, שהוא לכאורה דוגמה הפוכה, יש לזכור שהמידתיות אינה חזות הכול בו, לאור מעמדה המיוחדת של הזכות לכבוד אנושי בו. יש גם להביא בחשבון שאין שום שיטה אחרת שחוותה כישלון פוליטי דומה שבעקבותיו מוכנים בגרמניה לקבל הכרעות פוליטיות של בית משפט חוקתי.<sup>231</sup>

## 5. היחס בין מבחני המידתיות

מבחני המידתיות אינם מתמצים בהפעלה של כל אחד מהם כעומד בפני עצמו. הם אינם עומדים בכדידותם. הם קשורים זה לזה בקשרים ובזיקות ממינים שונים – הם נבנים זה על זה בסדר הבדיקה, אך יש ביניהם זיקות ויחסי גומלין גם מעבר לכך. אסור שההזדקקות להם תשכיח את אופייה הכולל של בחינת המידתיות. ראינו את חשיבותם של מבחני המידתיות כאמת מידה לבחינת התכלית הנטענת של החוק – האם היא התכלית האמיתית? ראינו גם את הצורך לחזור אל התכלית ולכווננה במדויק לאור תוצאות המבחן הראשון והשני. רק אחריהם ובעקבותיהם ניתן לקבוע את התכלית המוגדרת של האמצעי. נעמוד עתה על ממד נוסף שאינו מאפשר לעבור ממבחן למבחן מתוך יחס של "מה שעבר – נגמר ונשכח".

המידתיות היא איזון כולל. אי-אפשר לעשות איזון כזה במלואו בשלב השלישי תוך התבססות על כך שהאמצעי עבר את השלבים הקודמים. ניתן לומר ש"יש לעבור" ו"יש לעבור". יש עובר בביטחון גמור וללא ספקות נלווים, ויש עובר בקושי, שהוא גבולי. מה שצריך לעבור הוא הציון האמיתי ולא רק הציון "עובר". כאשר מתגלעים קשיים, ספקות או אי-ודאות באחד המבחנים (לרבות חולשה בהליך, בטיב הראיות, בהערכת הראיות) הם צריכים לעבור הלאה. בחינה

229 Davidov, לעיל ה"ש 185.

230 ראו הסקירות על קנדה ועל דרום אפריקה בקובץ זה.

231 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 264-265.

בשלב השלישי שמתעלמת מנתונים אלה עלולה להביא להכשר של מדיניות רשמית באשר לאמצעי שאינו ראוי לכך, ובהמשך – לאימוצו החוקתי. בין הגישה הדרום אפריקאית, המעמידה את המידתיות על הערכה כוללת, לבין הגישה המפעילה מבחנים בסדר נתון – מתבקשת גישת ביניים הנוקטת למבחנים אך אינה מוותרת על ראייה מקיפה וכוללת.

## 6. הערות לסיום

כנגד שישה מבחנים מהותיים דיברה המידתיות במובנה הרחב: פגיעה בזכות; תכלית ראויה; אמצעי ראוי; קשר רציונלי; אמצעי שפגיעתו פחותה, ואחד – מידתיות במובן הצר. ההצעות שפורטו לעיל נועדו להעשיר בתוכן את המבחנים השונים כדי להפחית מן העומס הגובר על כתפי מבחן המידתיות במובן הצר. בנוסף, הן באות להציע שיקולים נורמטיביים להתייחסות במסגרת המבחן האחרון.<sup>232</sup>

ההצעות נכתבו כדי להבנות את המידתיות – ולהדריך בעניינה – לא רק למען הרשות השופטת כי אם למען כל "משתמשי" המידתיות – המחוקק, שעליו מוטלת החובה לבחור באמצעים מידתיים ולמטרות ראויות בלבד, והרשות המבצעת, שעליה מוטלת החובה לנקוט שימוש מידתי באמצעים שהוסמכה בחוק להפעיל, תוך התחשבות בזכויות האדם.

232 ונוסף עליהם – המבחן הפורמלי-צורני, שלפיו על הפגיעה בזכות להיות "לפי חוק".

# מידתיות במשפט הגרמני

## מיכל קרמר

### 1. מקורו של עקרון המידתיות והפיכתו לעיקרון חוקתי

במשפט החוקתי הגרמני מוכר עקרון המידתיות – Übermaßverbot או Verhältnismäßigkeitsprinzip – ככלל מנחה לפעולת כל רשות מרשויות המדינה. אולם עיקרון זה הובא למשפט החוקתי הגרמני מתחומי משפט אחרים, בעיקר מתוך המשפט הפלילי ומתוך דיני המשטרה במשפט המינהלי. במשפט הפלילי התפתחה דרישת המידתיות בעניין קיומה של הגנת הצורך (Notstand),<sup>1</sup> ובמשפט המינהלי מקורה הוא בעיקרון שלפיו לשם השגת התכלית שאליה חותרת הרשות עליה לנקוט תמיד את האמצעי שפגיעתו בזכויות הפרט היא הפחותה ביותר. עילת המידתיות נולדה אפוא מתוך עיקרון עצמאי, אשר מעוגן כיום במבחן המשנה השני במסגרת בחינת המידתיות – החובה לבחון אם קיים אמצעי פוגע פחות להשגתה של המטרה (Erforderlichkeit).<sup>2</sup>

הרקע הרעיוני להתפתחותו של עקרון המידתיות כעיקרון כללי המנחה את פעולת הרשות קשור במהותו לתאוריית המדינה הליברלית, אשר התפתחה בסוף המאה השמונה עשרה.<sup>3</sup> התפיסה המנחה הייתה כי מחובתה של המדינה הליברלית לדאוג להגשמת ביטחונם ורווחתם של אזרחי המדינה, ועם זאת כוחה מוגבל בחתירה אחר השגת מטרותיה. ביטוי ראשוני להגבלת כוחה של המדינה ניתן לראות בעקרון הצורך, שהתפתח בפרוסיה במחצית השנייה של המאה התשע עשרה. כאשר ביקשה המדינה להתערב בחירויותיו של הפרט,

1 KLOEPFER, MICHAEL KLOEPFER, I VERFASSUGSRECHT (2011), § 10 Rn. 192 (להלן: KLAUS HOFFMANN-HOLLAND, STRAFRECHT ALLGEMEINER TEIL, ;(VERFASSUNGSRECHT I Rn. 233–240 (2. Auflage, 2011)

2 HIRSCHBERG LOTHAR, DER GRUNDSATZ DER VERHÄLTNISSMÄßIGKEIT 2 (1981) 2

3 KLAUS STERN, III/2 DAS STAATSRRECHT DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND: 3  
;(STERN, STAATSRRECHT III/2 (להלן: ALLGEMEINE LEHREN DER GRUNDRRECHTE 766 (1994)  
HIRSCHBERG, לעיל ה"ש 2, בעמ' 2.



נדרשה היא להסמכה מיוחדת לכך. לכן הגבלת פעולות הרשות (בתחילה היה מדובר בהגבלת פעולתה של המשטרה) נעשתה לא רק לפי בחינתה של התכלית שלשמה הפעילה היא את כוחה, אלא גם לפי השאלה אם הסמכות השלטונית אשר הופעלה לא חרגה מן הכוח הנדרש לשם השגתה של המטרה.<sup>4</sup>

עקרון הצורך מצא כאמור את ביטוי תחילה בחקיקה ספציפית בתחום דיני השיטור והסדר הציבורי ובפסיקה בתחום המשפט המינהלי.<sup>5</sup> העיגון החוקי הראשון נמצא בפרשנותו של בית המשפט לעניינים מינהליים של פרוסיה<sup>6</sup> לסעיף מתוך החוק הכללי של מדינות פרוסיה<sup>7</sup> אשר קבע כי המשטרה תפעל "ככל הנחץ" לשמירתו של הסדר הציבורי.<sup>8</sup> חובת הרשות לנקוט את האמצעי הפוגע פחות לשם הגשמתה של תכלית ראויה הוסיפה והתפתחה בפסיקה של תחילת המאה העשרים, והעיקרון עצמו אף עוגן מפורשות בחוק המינהלי הפרוסי משנת 1931.<sup>9</sup>

בתקופה שלאחר מלחמת העולם השנייה ניכרת התפתחות בפסיקה ובחקיקה של עקרון המידתיות תוך ההבנה שעיקרון זה אינו כולל רק את חובתה של הרשות לנקוט אמצעי שפגיעתו בפרט היא הפחותה ביותר, אלא גם את חובתה לנקוט אמצעי מידתי (חובה הבאה לידי ביטוי כיום דרך עקרון המידתיות במובן

4 שם, בעמ' 3.

5 STERN, STAATSRECHT III/2, לעיל ה"ש 3, בעמ' 767.

6 Die preußische OVG

7 § 10 II 17 ALR (Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten)

8 בשפת המקור: "die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe"

9 כך קבע ס' 241 (2) לחוק המשטרה הפרוסי משנת 1961: כאשר אמצעים שונים מתאימים למניעת הפרעה לביטחון הציבור או לסדר הציבורי או לסילוקה של סכנה, די בנקיטתו של אמצעי אחד מתוכם. יש לנקוט אותו אמצעי שפגיעתו בנוגעים בדבר וכן בציבור בכללתו היא הפחותה ביותר, והוא יעיל באותה מידה להשגתה של המטרה המבוקשת מבין המנויות לעיל. בלשון המקור (§ 41 II PVG (Das preußische Polizeiverwaltungsgesetz) vom 1. Juni 1961)

Kommen zur Beseitigung einer Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung oder zur wirksamen Abwehr einer polizeilichen Gefahr mehrere Mittel in Frage, so genügt es, wenn die Polizeibehörde eines dieser Mittel bestimmt. Dabei ist tunlichst das den Betroffenen und die Allgemeinheit am wenigsten beeinträchtigende gebotenes anderes Mittel anzuwenden, durch das die Gefahr ebenso wirksam abgewehrt wird.

הצד). לדוגמה, הוראת חוק במדינת הסן משנת 1950 קבעה לעניין הפעלתם של אמצעי כפייה ישירים בידי הרשות (למשל הפעלת כוח פיזי או ירי בידי כוחות המשטרה) כי על האמצעי שבחירה הרשות להיות כזה שפגיעתו בזכות פחותה וכזה העומד ביחס מידתי לתוצאותיו.<sup>10</sup> הוראת החוק הפדרלית משנת 1953 להפעלת כוחה של הרשות המבצעת קבעה גם היא כי נוסף על חובתה של הרשות לנקוט אמצעי שפגיעתו פחותה, על האמצעי שהרשות מפעילה להיות מידתי ביחס למטרה שלשמה הוא מופעל.<sup>11</sup> הוראת חוק זו אומצה מאוחר יותר בחוק המדינתי במדינות הרפובליקה הגרמנית השונות.<sup>12</sup>

לאחר חקיקתו של חוק היסוד הגרמני הוכר עקרון המידתיות בפסיקה ובספרות המשפטית כבעל מעמד חוקתי, כלומר כמחייב לא רק את הרשות המבצעת אלא גם את הרשות השופטת, ובראש ובראשונה את הרשות המחוקקת. כך הפך עקרון המידתיות לעילה מרכזית לביקורת שיפוטית במשפט המינהלי והחוקתי של גרמניה.<sup>13</sup> לצד זאת הוסיף עקרון המידתיות להתפתח בחקיקה ובפסיקה בתחום המשפט המינהלי ובתחום המשפט הפלילי (למשל בהוראות סדר הדין הפלילי לעניין מעצר וחיפוש וכן דרך עקרון מידתיות הענישה).<sup>14</sup> אף בתחום המשפט האזרחי ניכרת תחולתו של עקרון המידתיות, במיוחד בתחום משפט העבודה.<sup>15</sup> מתוך עיגון נקודתי זה, בעיקר במשפט החוקתי ובמשפט המינהלי, אולם גם

- § 4 des Hessischen Gesetzes über die Anwendung öffentliche Gewalt von 11.11.1950: 10  
Bei der Anwendung unmittelbaren Zwanges ist nach Art und Maß das Mittel zu wählen, das den Betroffenen und die Allgemeinheit am wenigsten beeinträchtigt und nicht in offenbarem Mißverhältnis zu den Folgen seines Verhaltens stehen.
- § 9 II des Verwaltungsvollstreckungsgesetz des Bundes vom 27.4.1953: 11  
das Zwangsmittel muß in einem angemessenen Verhältnis zu seinem Zweck stehen. Dabei ist das Zwangsmittel möglichst su bestimmen, daß der Betroffene und die Allgemeinheit am wenigsten beeinträchtigt werden.
- לדוגמאות נוספות של קליטת עקרון המידתיות לתוך דברי החוק ראו HIRSCHBERG, 12  
לעיל ה"ש 2, עמ' 13 ואילך.
- שם, עמ' 6 ואילך. 13  
השוו שם, בעמ' 30. 14
- עקרון המידתיות התפתח בפסיקתו של בית הדין הגרמני לעבודה, וכיום הוא רלוונטי 15  
הן לתחום משפט העבודה הפרטי והן לתחום משפט העבודה הקיבוצי, ובמיוחד בשאלת הפעלתה של זכות השביתה. השוו שם, בעמ' 32–33.

בתחומי משפט אחרים, הפך עקרון המידתיות לעיקרון משפטי כללי המגביל את יכולתה של הרשות להגביל את זכויותיו של הפרט. תכונה זו זיכתה אותו בכינוי "הגבלת ההגבלה" (Schranken-Schranke).

עקרון המידתיות מסמן את "הגבול העליון" לשימוש בכוחה של הרשות, כלומר את הגבול לפגיעה המותרת של הרשות בערך חוקי או חוקתי מוגן. בנוסף, יש המסווגים לפי עקרון המידתיות גם את העיקרון המשלים של סימון "הגבול התחתון", המינימלי, לפעולתה של הרשות (Untermassverbot). במסגרת זו נברקת השאלה אם יש להטיל חיוב פוזיטיבי על הרשות לפעול (תחת הימנעות מפעולה) לשם הגנה על זכותו של הפרט ובאיזו מידה. במילים אחרות, נבחנת השאלה מהו מינימום העשייה הנדרש מן הרשות על מנת להביא זכות מוגנת של הפרט לידי מימוש.

## 2. עקרון המידתיות כגבול לפגיעת הרשות בחירויות הפרט

שלא כמו במשפט החוקתי הישראלי, בחוק היסוד הגרמני בחינת המידתיות אינה מעוגנת במפורש. למעשה, וכפי שתואר לעיל, היא נולדה והתפתחה עוד טרם חקיקתו של חוק היסוד הגרמני בשנת 1949. למרות זאת המידתיות מוכרת כעיקרון חוקתי לא כתוב, שלו כפופות כל רשויות המדינה – המחוקקת, המבצעת והשופטת – ככל הגבלה של זכות מזכויות הפרט.<sup>16</sup> יתרה מזו, ההכרה בעקרון המידתיות כעיקרון חוקתי מעולם לא הייתה שנויה במחלוקת.<sup>17</sup>

16 CHRISTOPH DEGENHART, STAATSRECHT I. STAATSORGANISATIONSRECHT, § 4 Rn. 415, 417 (להלן: DEGENHART, STAATSRECHT I (29. Auflage, 2013)). פסק הדין המכריע לעניין הפיכתו של עקרון המידתיות לעיקרון חוקתי בעניין BVerfGE 7, 377 ניתן בשנת 1957. מאז מתן פסק הדין אין חולקים על תפיסה זו של היות המידתיות בעלת ערך חוקתי, השו עור: STERN, STAATSRECHT III/2, לעיל ה"ש 3, בעמ' 769-770.

17 Klaus Stern, *Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbot*, in WEGE UND VERFAHREN DES VERFASSUNGSLEBENS, FS FÜR PETER LERCHE 165, 173 (Peter Badura & Rupert Scholtz eds. 1993)

בראשית דרכו הציג בית המשפט החוקתי את עקרון המידתיות כנדבך בבחינת הפגיעה בזכות חוקתית. עם זאת החלטותיו המוקדמות הנוגעות לבחינתה של מידתיות לא כללו הסבר לשאלה מדוע הגבלתה של זכות חוקתית נדרשת להיות מידתית, או הבהרה באשר לאופן בחינתה של מידתיות.<sup>18</sup>

בחינה מפורטת ראשונה של עקרון המידתיות מופיעה בפסק דינו של בית המשפט החוקתי משנת 1958, אשר עסק בהגבלתו של חופש העיסוק. באותו עניין נדונה הוראת חוק במדינת בוואריה אשר קבעה כי לשם הפעלתו של בית מרקחת נדרש רישיון (להלן: פרשת בתי המרקחת). התנאים שנקבעו בחוק לקבלתו של רישיון כללו תנאים אישיים שונים למבקש הרישיון וכן את התנאים האלה: פתיחתו של בית המרקחת תשרת את האינטרס הציבורי, ופתיחתו של בית המרקחת לא תוביל לפגיעה כלכלית בבתי המרקחת הקיימים באופן שימנע פעולה סדירה של הענף.<sup>19</sup>

בבחינת מידתיותה של הגבלת חופש העיסוק בהוראות החוק קשר בית המשפט החוקתי את הפעלת מבחן המידתיות לנוסח הסעיף בחוק היסוד הקובע את הזכות לחופש העיסוק. ההגנה על חופש העיסוק בחוק היסוד מתפרשת, על פי לשון הסעיף, ראשית על חופש הבחירה בעיסוק, כלומר על חירות ההחלטה לעסוק או שלא לעסוק במקצוע כמו גם על חירות הבחירה בעיסוק מסוים, ושנית חופש העיסוק מגן על חירות ההחלטה בדבר אופן העיסוק. זו כוללת בין היתר את חירותו של הפרט להקים ישות משפטית לשם העיסוק, להעסיק אחרים, לקבל החלטות בדבר ניהול, שכר, דרג מקצועי וכו'.<sup>20</sup> בחינת הפגיעה בחופש

18 השוור Dieter Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, 57 U. TORONTO L. J. 383, 385 (2007)

19 BVerfGE 7, 377 (1958) (להלן: פרשת בתי המרקחת). באותו עניין ביקש העותר, רוקח, רישיון לפתיחתו של בית מרקחת ונענה בשלילה, מן הטעמים כי בתי המרקחת הקיימים מספקים הצורך הקיים, וכי פתיחתו של בית מרקחת נוסף יש בה כדי לסכן כלכלית את בתי המרקחת הקיימים ובכך לפגוע בפעולתו של הענף באזור. בית המשפט החוקתי דן בשאלת מידתיות האמצעי שנקטה מדינת בוואריה – הוראת החוק לשם הסדרת ענף בתי המרקחת – לאור הפגיעה בזכות החוקתית לחופש העיסוק. בית המשפט קבע בפסק דינו המפורט כי הפגיעה הנגרמת מהוראת החוק בחופש העיסוק אינה מידתית.

20 ראו Hans D. Jarass, in HANS D. JARASS & BODO PIEROTH, GRUNDGESETZKOMMENTAR, Art. 12 Rn. 10 (12. Auflage, 2012). (Jarass, GRUNDGESETZKOMMENTAR, Art. 12 (להלן: Art. 12 Rn. 10 (12. Auflage, 2012)).

העיסוק תיעשה על פי השאלה אם מדובר בפגיעה בחופש הבחירה בעיסוק (אם ניתן לעסוק בעיסוק מסוים), שהיא קשה יותר, או בחופש באשר לאופן העיסוק (כיצד יש לעסוק בעיסוק מסוים), שהיא קלה יותר.

בית המשפט החוקתי הסביר באותו עניין כי יש להבחין ראשית בין שני האופנים של פגיעה בחופש העיסוק, מכיוון שברגיל אופן הפגיעה מעיד על עוצמתה, ומכאן גם על דרישה שונה לשם הצדקת הפגיעה דרך עקרון המידתיות. בנוסף ואשר להגבלתו של החופש לבחירה בעיסוק הבחין בית המשפט בין הגבלה שמקורה בדרישות אובייקטיביות לכניסה לעיסוק ובין הגבלה המטילה דרישות סובייקטיביות כתנאי לכניסה לעיסוק. ברגיל ייתפסו דרישות סובייקטיביות כאמצעי שפגיעתו בחופש הבחירה בעיסוק פחותה (לדיון בפסק הדין ראו בהמשך).<sup>21</sup>

בהחלטה מאוחרת יותר, אשר עסקה אף היא בהסדרה חוקית אשר הטיילה מגבלות על חופש העיסוק,<sup>22</sup> הציג בית המשפט את ההלכה אשר נתקבלה בפסק הדין בעניין **בתי המרקחת**, שלפיה הזכות לחופש העיסוק יכולה להיות מוגבלת לשם הגשמתו של אינטרס ציבורי, ובלבד שהגבלה זו מקיימת את עקרון המידתיות כהלכה הקיימת.<sup>23</sup>

כמה שנים מאוחר יותר בפסק דין משנת 1963 קבע בית המשפט החוקתי כי עקרון המידתיות יחול כל אימת שזכות בסיסית של הפרט מוגבלת. עם זאת לא ציין בית המשפט את המקור החוקתי לבחינת המידתיות.<sup>24</sup>

---

להבחנה בין החירות לבחור בעיסוק ובין חירות אופן העיסוק ראו עוד להלן, בפרק "בחינת מידתיות הפגיעה בחופש העיסוק".

21 ראו Joachim Wieland, in I GRUNDGESETZ-KOMMENTAR, Art. 12 Rn. 60–61 (Horst Dreier ed., 3. Auflage 2013); BODO PIEROTH, BERNHARD SCHLINK, THORSTEN KINGREEN, & RALF POSCHER, GRUNDRECHTE. STAATSRRECHT II, Rn. 894 (29. Auflage, 2013)

22 BVerfGE 13, 97 (1961). באותו עניין מדובר בחוק שקבע כי בעל מלאכה המבקש לעסוק בתחום בתור עצמאי נדרש לעמוד בבחינה מקצועית אשר בוחנת אם המבקש הוא בעל הכישורים והידע המתאימים על מנת שייחשב מומחה בתחומו (להלן: עניין **בעלי מלאכה**). בית המשפט החוקתי קבע באותו עניין כי ההגבלה האמורה על העיסוק העצמאי כבעל מלאכה היא מידתית לשם הגשמת האינטרסים הציבוריים של שמירה על התחום המקצועי לבעלי ידע מתאים בלבד ושל הגנה על מערכת ההתמחות הקיימת בענפים המקצועיים.

23 שם, בעמ' 104–105 לפסק הדין.

24 ראו BVerfGE 16, 194 (1963). באותו עניין מדובר בזכות החוקתית לשלמות הגוף.

בפסק דין משנת 1965 מופיעה בפסיקה לראשונה הנמקה תאורטית לעקרון המידתיות. באותו עניין מדובר בבחינת חוקתיותה של הוראה הנוגעת לעילות המצדיקות מעצר לצורכי חקירה.<sup>25</sup> בית המשפט הסביר כי יש לבחון את השאלה דרך איזון בין זכותו של הפרט לחירות, בהתחשב בחזקת החפות, מחד ובין האינטרס הציבורי בקיומה של חקירה מאידך. איזון זה ייעשה לאור עקרון המידתיות, שהוא עיקרון חוקתי, הנובע ראשית מעקרון שלטון החוק ושנית מעצם קיומן של זכויות יסוד.<sup>26</sup>

הנמקה זו למקורו החוקתי של עקרון המידתיות שבה והופיעה בפסיקתו של בית המשפט החוקתי, אולם לא הורחבה מעבר לכך. המלומד גרים (Grimm), שופט בדימוס בבית המשפט החוקתי הפדרלי, מסביר כי סיבה אפשרית להיעדרה של הנמקה מעמיקה היא העובדה שבית המשפט החוקתי לא הכיר בתחילת דרכו בחשיבותו העתידית של עקרון המידתיות. משהובנה חשיבות זו זכה עקרון המידתיות, דרך השימוש שנעשה בו בפסיקה, למעמד כה מרכזי, עד כי לא נדרשה עוד הנמקה כאמור.<sup>27</sup>

בספרות המשפטית יש דעות שונות בדבר הבסיס החוקתי לקיומה של בחינת המידתיות. מלומדים שונים<sup>28</sup> מציינים כמקור לעקרון המידתיות הן את עקרון שלטון החוק (הנובע מסעיף 20 לחוק היסוד), הן את עקרון השוויון, המעגן בתוכו את האיסור על פעולה שרירותית של הרשות (Willkürverbot), והן את עצם מעמדן החוקתי של זכויות היסוד.<sup>29</sup>

BVerfGE 19, 342 (1965) 25

ראו BVerfGE 19, 342 (1965), בעמ' 348-349. 26

In der Bundesrepublik Deutschland hat der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verfassungsrechtlichen Rang. Er ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip, im Grunde bereits aus dem Wesen der Grundrechte selbst, die als Ausdruck des allgemeinen Freiheitsanspruchs des Bürgers gegenüber dem Staat von der öffentlichen Gewalt jeweils nur so weit beschränkt werden dürfen, als es zum Schutz öffentlicher Interessen unerlässlich ist.

Grimm, לעיל ה"ש 18, בעמ' 386. 27

השוו Bernd Grzeszick, in III THEODOR MAUNZ & GÜNTHER DÜRIG GRUNDGESETZ KOMMENTAR, Art. 20 VII Rn. 108 (2013) 28

29 KLOEPFER, VERFASSUNGSRECHT I לעיל ה"ש 1, ס' 10 פס' 195. לבחינה מעמיקה של המקור התאורטי לעקרון המידתיות ראו PETER LERCHE, ÜBERMASS UND VERFASSUNGSRECHT,

ההנמקה הרואה את בסיס עקרון המידתיות בעצם מעמדן החוקתי של זכויות היסוד מבוססת על פרשנות הוראותיו של חוק היסוד, המאפשרות את הגבלתן של זכויות יסוד. סעיף 19(1) לחוק היסוד קובע כי הגבלתן של זכויות יסוד יכולה להיעשות בחוק כללי (בניגוד לכזה החל על מקרה ספציפי) בלבד. סעיף 19(2) לחוק היסוד ממשיך וקובע כי "בשום מקרה" אין לפגוע בגרעין קיומה של זכות היסוד (Wesensgehaltsgarantie). פרשנותו המקובלת של הסעיף נחלקת לשתי תאוריות פרשניות:

האחת מצדדת בתאוריה של יחסיות ההוראה האוסרת על פגיעה בגרעין הזכות, והאחרת מצדדת בגישה שלפיה ההגנה על גרעין הזכות היא מוחלטת. לגישתם של המצדדים במוחלטות ההגנה על גרעין הזכות, ההגנה הניתנת לגרעין הזכות היא מוחלטת, כאמור בלשון הסעיף, ואינה תלויה בנסיבות משתנות, כדוגמת רמת הפגיעה הקונקרטית בזכות בעניין הנדון או זהותם של האינטרסים המתחרים. לעומתם טוענים המחזיקים בגישה היחסית לאופי הצהרתי בלבד של סעיף 19(2) לחוק היסוד. על פי הגישה היחסית, אין "תחום הגנה" של זכות שהוא מוחלט. כלומר, בהתקיים אינטרסים בעלי חשיבות רבה ביותר ובהתקיים נסיבות מסוימות ייתכן שתתאפשר פגיעה גם בגרעין הפנימי של זכות היסוד. לפיכך נדרשת בחינתה של רמת ההגנה על גרעין הזכות בכל מקרה על פי נסיבותיו של אותו מקרה.<sup>30</sup> את שאלת משמעות "גרעין הזכות" מותירה התאוריה הפרשנית היחסית לפרשנות עקרון המידתיות.<sup>31</sup> כך או כך – כלומר הן לפי הגישה הפרשנית היחסית והן לפי הגישה הפרשנית המוחלטת – יש להבין את

---

ZUR BINDUNG DES GESETZGEBERS AN DIE GRUNDSÄTZE DER VERHÄLTNISSMÄßIGKEIT  
Georg Ress, *Der* **עוד ראו** UND DER ERFORDERLICHKEIT 29–45 (2. Auflage, 1999)  
*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht*, in HANS KUTSCHER, GEORG  
RESS, FRANCIS TEIGEN, FELIX ERMACORA, GIOVANNI UBERTAZZI, *DER GRUNDSATZ DER  
VERHÄLTNISSMÄßIGKEIT IN EUROPÄISCHEN RECHTSORDNUNG* 5 14–15 (1985)

30 בגישה זו תומך המלומד שלינק, ראו PIEROTH, SCHLINK, KINGREEN, & POSCHER, **לעיל** ה"ש 21, ס' 6, פס' 312–315.

31 **לעיל** ה"ש 3, עמ' 865 ואילך. שטרן תומך בגישה המעניקה פרשנות מוחלטת להוראת ס' 19(2) לחוק היסוד.

סעיף 19(2) כקובע כי בכל מקרה לא תתאפשר פגיעה בזכות יסוד שאינה פגיעה מידתית או שאינה מבוססת על בחינתו של איזון אינטרסים.<sup>32</sup> מלבד זאת נובע עקרון המידתיות מן התפיסה העקרונית שלפיה אין זכויות מוחלטות<sup>33</sup> (יוצא דופן בהקשר זה הוא כבוד האדם, הזוכה במשפט הגרמני, על פי הגישה המקובלת, למעמד מוחלט).<sup>34</sup> ראשית, בחוק היסוד קבועות, הגבלות קונקרטיות באשר לזכויות חוקתיות מסוימות. אלה הן מעין "פסקת הגבלה ספציפית" לזכות והן כוללות הוראות בנוגע לאינטרסים העשויים להגביל את הזכות, תנאים לקיומה של הגבלה כאמור או הגבלת האמצעים העשויים להגביל את זכות היסוד.<sup>35</sup> שנית, הגישה הפרשנית המקובלת אינה רואה בהוראות פסקאות ההגבלה הספציפיות הקבועות בחוק הסדר ממצה. שאלת הגבלתן של זכויות היסוד התפתחה אפוא בפסיקתו של בית המשפט החוקתי בגרמניה דרך בחינתו של עקרון המידתיות.

המלומד קלופפר (Kloepfer) מציין כי הגישה הפרשנית למקורו של עקרון המידתיות משפיעה על אופיו של עיקרון זה: הגישה שלפיה עקרון המידתיות נובע מעצם קיומן של זכויות היסוד מהגישה את תפקידו כמגן מפני פגיעה בזכותו של הפרט. לעומת זאת הגישה שלפיה עיקרון זה הוא חלק מעקרון שלטון החוק מפרשת אותו בעיקר ככלל מנחה לפעולת רשויות השלטון.<sup>36</sup> ככלל, עקרון המידתיות אינו חל ביחסים שבין רשויות המדינה לבין עצמן ובתחום חלוקת הסמכויות ביניהן (סמכויות פדרליות לעומת סמכויות מדינתיות). בתחומים אלה חלים עקרונות חוקתיים ספציפיים אחרים, כדוגמת חובת הנאמנות או החובה לסיוע הדדי.<sup>37</sup> לעומת זאת עקרון המידתיות חל בכל

- |    |   |
|----|---|
| 32 | ראו בהרחבה Walter Krebs, in I GRUNDGESETZKOMMENTAR, Art. 19 Rn. 25 (Philip Kunig ed., 6. Auflage, 2012)   |
| 33 | Ingo V. Münch & Philip Kunig, in I GRUNDGESETZKOMMENTAR, Vorb. Art. 1–19 Rn. 41 (Philip Kunig ed., 6. Auflage, 2012)  |
| 34 | ראו מרכזי קרמניצר ומיכל קרמר, כבוד האדם כערך חוקתי עליון ומוחלט במשפט הגרמני – האם גם בישראל? המכון הישראלי לדמוקרטיה, מחקר מדיניות 85 (2011).  |
| 35 | ראו למשל: לעניין הגבלתו של חופש הביטוי ס' 2)5 (לחוק היסוד; לעניין הגבלתה של זכות ההתאגדות ס' 2)9 (לחוק היסוד; לעניין הגבלתה של זכות התנועה ס' 2) 11 (לחוק היסוד; לעניין הגבלתה של ההגנה על המעון ס' 13(2)–13(7) לחוק היסוד. |
| 36 | KLOEPFER, VERFASSUNGSRECHT I, לעיל ה"ש 1, ס' 10, פס' 196.   |
| 37 | בלשון המקור: Verpflichtung zu bundesfreundlichem Verhalten.   |



מקרה של פגיעה בחירויותיו ובזכויותיו של הפרט – הן כאשר אלה עומדות לאיזון אינטרסים עם ערך אחר והן כאשר מדובר בשאלה של איזון בין זכות חוקתית אחת לזכות חוקתית אחרת.<sup>38</sup>

### 3. בחינתה של פגיעה בזכות חוקתית

#### א. השלבים בבחינתה של פגיעה בזכות חוקתית

הצעד המקדמי לבחינתה של פגיעה בזכות חוקתית מוגנת הוא הגדרת גבולותיה של הזכות, כלומר הגדרת תחום ההגנה המוענק באמצעות הזכות. רק לאחר שיובהר ויוגדר תחום התפרסותה של הזכות, יהיה אפשר לבחון את השאלה מהי הפגיעה בתחום המוגן ואם פגיעה זו מידתית.

אשר למרבית זכויות היסוד הקבועות בחוק היסוד הגרמני, לשונו הברורה של החוק וההיסטוריה החוקתית מתווים בכירור את תחום ההגנה שמעניקה הזכות. עם זאת ניתן להעלות על הדעת מקרים שבהם תחום ההגנה שזכות חוקתית מעניקה אינו ברור מאליו.<sup>39</sup> כך למשל במקרה של חופש האמנות והמדע, המוגן בסעיף 5(3) לחוק היסוד, עולה השאלה מה מוגדר כאמנות וזוכה אפוא להגנה.<sup>40</sup> שאלות פרשניות עולות גם בדבר ההגנה שמעניקות זכויות יסוד המנוסחות ניסוח כללי כמו הזכות לחירות אישית (סעיף 1)2 לחוק היסוד), כבוד האדם (סעיף 1)1 לחוק היסוד)<sup>41</sup> או עקרון השוויון (סעיף 1)3 לחוק היסוד).<sup>42</sup> לאחר שנתברר תחום ההגנה שזכות היסוד מעניקה, ניתן לפנות לשאלת הפגיעה המותרת בזכות. שאלה זו נבחנת ראשית דרך פסקת ההגבלה הספציפית הקבועה בחוק היסוד בנוגע לאותה זכות והמגדירה מהו אופן הפגיעה המותר

38 לעיל ה"ש 3, בעמ' 788. STERN, STAATSRECHT III/2

39 שם, בעמ' 791-792.

40 Fabian Wittreck in I GRUNDGESETZ-KOMMENTAR, Art. 5 III Rn. 36-49 (Horst Dreier ed., 3. Auflage, 2013)

41 לעניין פרשנות תוכנו של כבוד האדם במשפט הגרמני ראו מיכל קרמר "כבוד האדם במשפט הגרמני" בתוך מרדכי קרמיניצר ומיכל קרמר, כבוד האדם כערך חוקתי עליון ומוחלט במשפט הגרמני – האם גם בישראל? (מחקר מדיניות 85, 2011) 18, עמ' 40-57.

42 ראו STERN, STAATSRECHT III/2, לעיל ה"ש 3, בעמ' 792.

בזכות (למשל באמצעות חוק בלבד). רק לאחר שנבחנה האפשרות לפגיעה בזכות לפי הקבוע בפסקת ההגבלה הספציפית, ייבחנו תכלית הפגיעה ומידתיות הפגיעה.

## ב. בחינתה של פגיעה בזכות על פי ההגבלות הספציפיות

### שנקבעו בחוק היסוד

ניתן לחלק את זכויות היסוד המעוגנות בחוק היסוד הגרמני לשלוש קבוצות לפי פסקאות ההגבלה הספציפיות הקבועות בחוק היסוד: אשר לזכויות הכלולות בקבוצה הראשונה נדרש בחוק היסוד כי פגיעה בזכות תיעשה בחוק או מכוחו. זוהי למשל הדרישה הקבועה בצד הזכות לחיים ולשלמות הגוף (סעיף 2(2) לחוק היסוד) ובצד זכות האספה (סעיף 8 לחוק היסוד).

הקבוצה השנייה כוללת זכויות יסוד אשר בצדן, נוסף על הדרישה כי הפגיעה תיעשה בחוק או מכוחו, קבועה דרישה נוספת לעניין החוק הפוגע, כדוגמת הדרישה לתכלית מסוימת של החוק הפוגע. דוגמה לכך היא הזכות החוקתית לבחירת מקום מגורים בתחומי הרפובליקה הגרמנית (Freizügigkeit), סעיף 11 לחוק היסוד הגרמני). חוק היסוד קובע כי אפשר שזכות זו תהיה מוגבלת בחוק או מכוחו לשם הגשמת אחת התכליות הקבועות בחוק היסוד והכוללות הגבלה בשל אי-קיום תנאים סוציאליים נאותים (כלומר נימוק להגבלתה של בחירת מקום מגורים הוא כי התנאים המצויים באזור הדרושים למחיה אינם ברמה מספקת או כי תנועה לתוכו תטיל נטל כבד על המערכת הציבורית הקיימת, כדוגמת מערכת החינוך), הגבלה הנחוצה בשל סכנה לדמוקרטיה, הגבלה הנדרשת לשם התמודדות עם אסון טבע או תאונה קשה, הגבלה הנדרשת לשם הגנה על קטין והגבלה הנדרשת לשם מניעת פשע.<sup>43</sup>

הקבוצה השלישית כוללת זכויות יסוד אשר אינן כוללות על פי לשון חוק היסוד אפשרות להגבלתה של הזכות החוקתית. כך למשל סעיף 3(5) לחוק היסוד, המעגן את חופש האמנות והמחקר (להלן: חופש הביטוי האמנותי), או סעיף 4 לחוק היסוד, המעגן את חופש הדת והמצפון, אינם כוללים בתוכם הוראה באשר

43 ראו '2(11) לחוק היסוד הגרמני. לפרשנות הסעיף ראו Ferdinand Wollenschläger, *in I GRUNDGESETZ-KOMMENTAR*, Art. 11 Rn. 50–56 (Horst Dreier ed., 3. Auflage, (2013

לאפשרות הגבלתה של הזכות.<sup>44</sup> אשר לזכויות הכלולות בקבוצה האחרונה, הגבלתה של הזכות אפשרית רק באמצעות חוק, ורק לטובת ערך חוקתי שהוא בעל מדרג נורמטיבי זהה לזה של הזכות הנפגעת עצמה או גבוה ממנו.<sup>45</sup> פגיעה בזכות כזו (שלכאורה על פי הוראות חוק היסוד היא זכות חוקתית "לא מוגבלת") באמצעות חוק שאינו מגן על ערך חוקתי המצוי ברמה זהה לפחות בסולם הנורמות, תהא פסולה מטעם זה בלבד מבלי שיהא צורך לבחון את עמידתה של הפגיעה בעקרון המידתיות.<sup>46</sup>

הספרות הגרמנית וכן הפסיקה הגרמנית קבעו כי "ערך חוקתי" הניתן לאיזון עם זכות המעוגנת בחוק היסוד ואינה כוללת פסקת הגבלה ספציפית אינו רק זכות חוקתית אחרת. כך נקבע כי ערכים נוספים וזכים למעמד השווה לזה של זכויות יסוד.<sup>47</sup> המלומד גרביץ (Grabitz) הסביר כי קביעה זו, אשר העניקה מעמד חוקתי לערכים שהם אינטרסים ציבוריים, מתבססת על הגישה המבחינה בין שתי קטגוריות: אינטרס ציבורי מוחלט ואינטרס ציבורי יחסי.<sup>48</sup> אינטרס ציבורי מוחלט הוא ערך חוקתי אשר שווה במעמדו לזכות יסוד, ולעומתו, אינטרס ציבורי יחסי הוא בעל מעמד נורמטיבי נמוך מזה של זכות יסוד המעוגנת בחוק היסוד.

כפי העולה מפסיקתו של בית המשפט החוקתי, אינטרס ציבורי ייחשב לאינטרס ציבורי מוחלט כאשר הוא נובע מתוך זכות חוקתית של הפרט, ולפיכך זוכה דרכה לעיגון חוקתי, או כאשר הוא מעוגן בחוק היסוד בדרך אחרת. דוגמה לאינטרס ציבורי הנובע מתוך זכות הפרט היא "בריאות הציבור", אשר על פי פרשנותו של בית המשפט החוקתי נובעת מתוך זכותו החוקתית של הפרט לשלמות הגוף, הקבועה בסעיף 2(2) לחוק היסוד. דוגמה נוספת היא האינטרס

44 בהקשר זה יש לציין כי גם ס' 1(1) לחוק היסוד, המעגן את ערך כבוד האדם, אינו כולל אפשרות הגבלה, אולם בניגוד לכל ערך אחר המעוגן בחוק היסוד נחשב ערך כבוד האדם לערך מוחלט, חסין מפני כל פגיעה. מוחלטותו של ערך כבוד האדם נובעת הן מתוך ס' 1(1) לחוק היסוד והן מתוך ס' 79(3) לחוק היסוד, הקובע כי ס' 1(1) לחוק הוא נצחי ואינו ניתן לשינוי.

45 ראו BVerfGE 30, 173 (1971), בעמ' 193.

46 DEGENHART, STAATSRECHT I, לעיל ה"ש 16, ס' 4, פס' 422.

47 ראו BVerfGE 28, 243 (1970), בעמ' 261. עוד ראו KLOEPFER, VERFASSUNGSRECHT I, לעיל ה"ש 1, ס' 10, פס' 204.

48 Eberhard Grabitz, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, 98 AöR, 568, 578–580 (1973)

לקיומה ולתפקודה התקין של רשות שהקמתה נקבעה בחוק היסוד, כדוגמת ה-Bundeswehr – צבאה של הרפובליקה הגרמנית (הסעיף הרלוונטי בחוק היסוד: 87a) – אשר יש בו כדי להצדיק פגיעה בזכות חוקתית אחרת.<sup>49</sup> לעומת זאת אינטרס ציבורי יחסי נובע מתוך תפיסה כלכלית או חברתית של המחוקק ואינו בעל עיגון חוקתי כדוגמת יוזמות כלכליות שהן ביטוי למדיניות כלכלית מסוימת. ההבחנה שעליה מצביע גרביץ – בין אינטרס ציבורי מוחלט לאינטרס ציבורי יחסי – רלוונטית לא רק לשאלה מהי התכלית המותרת על פי חוק היסוד לשם פגיעה אפשרית בזכות, אלא גם ובעיקר לשאלת בחינתה של מידתיות הפגיעה ואפשרות הצדקתה דרך עקרון המידתיות.

במשפט הגרמני מקובלת ההבחנה בין בחינת חוקתיותה של פגיעה בזכותו של הפרט לשם הגשמת אינטרס אחר, שתיעשה לאור עקרון המידתיות, לבין בחינת פגיעה בזכות חוקתית לשם הגשמתה של זכות חוקתית אחרת או לשם מימושו של ערך בעל מעמד חוקתי, שתיעשה לאור עקרון ההתאמה המעשית – Prinzip der praktischen Konkordanz (ביטוי נוסף המשמש לתיאור האיזון המהותי במקרה זה הוא Prinzip des schonendsten Ausgleichs, כלומר ההגעה אל עמק השווה).<sup>50</sup>

עקרון ההתאמה המעשית מיוחס למלומד הסה (Hesse), שהיה במשך יותר מעשור (בין השנים 1975 ו-1987) שופט בבית המשפט החוקתי הפרדלי

49 ראו V. Münch & Kunig, לעיל ה"ש 33, פס' 42. להכרה באינטרס הציבורי בצידודו הראוי ובכשירותו של הצבא, אשר מעמדו החוקתי נובע מהחובה הקבועה בס' 12a בחוק היסוד לשירות צבאי ומתפקיד כוחות הביטחון, המוגדר בס' 173(1) ו-87a לחוק היסוד, ראו BVerfGE 28, 243, בעמ' 261; BVerfGE 69, 1(1985), בעמ' 21. אינטרסים נוספים שהוכרו בבית המשפט החוקתי הם האינטרס הציבורי בכשירותו הראויה של המערך המשפטי הציבורי, הנובע מהגדרתה של המערכת המשפטית בחוק היסוד (בס' 92 לחוק היסוד), ראו BVerfGE 33, 23 (1972), בעמ' 32; האינטרס הציבורי בהגנתם של קטינים הוכר בבית המשפט החוקתי כ"בעל משמעות חוקתית" בשל עיגונו כאינטרס אשר עשוי להגביל את חופש הביטוי, לפי ס' 2(5) לחוק היסוד, ראו BVerfGE 30, 336, בעמ' 347-348. באותו עניין נדונה חוקתיותה של הוראת חוק שאפשרה הגבלתו של פרסום שיש בו כדי לסכן קטינים סיכון חמור. בית המשפט החוקתי קבע כי ההוראה חוקתית לאור ס' 2(5) לחוק היסוד.

50 KLOEPFER, VERFASSUNGSRECHT I, לעיל ה"ש 1, ס' 1, פס' 167.

בגרמניה.<sup>51</sup> עיקרון זה חותר להגשמה הרדית של הערכים העומדים לאיזון מבלי שממושגו של אחד יביא לביטולו של האחר. ההנמקה התאורטית לקיומו של עקרון ההתאמה המעשית הוא בעקרון אחדות החוקה (Prinzip der Einheit der Verfassung), הקובע כי יש לפרש עקרונות חוקתיים באופן שלא תיווצר סתירה ביניהם.<sup>52</sup> לפיכך באיזון בין שני עקרונות חוקתיים שמעמדם זהה אין בכוחו של האחד לגבור על האחר, ואין לאפשר ביטוי מוחלט לאחד מהם על חשבוננו של האחר באופן שאינטרס אחד יבוא לידי ביטוי, ואילו האחר יבוטל כליל. תחת זאת המטרה באיזון ביניהם היא כאמור להגיע למצב של איזון אופטימלי בין שני הערכים המתנגשים (לדיון בעקרון ההתאמה המעשית ויישומו ראו בהמשך). יש לציין כי על קביעתו של בית המשפט החוקתי של גרמניה שלפיה לאינטרסים ציבוריים שונים מעמד חוקתי נמתחה ביקורת בספרות המשפטית. נטען כי נטייתו של בית המשפט להעניק מעמד חוקתי לאינטרסים אשר לא נקבעו במפורש בחוק היסוד כבעלי מעמד כזה, מסכנת את מעמד זכויות היסוד של הפרט, שכן הדבר מאפשר להעמיד את אותם אינטרסים במעמד נורמטיבי זהה לזה של זכויות יסוד בעת איזון ביניהם.<sup>53</sup>

יוער כבר כעת, כי על פי הגישה המוצגת בחיבור זה, יש לראות בעקרון ההתאמה המעשית חלק מעקרון המידתיות, וביתר דיוק: יש לראות בו את אחד הקריטריונים המנחים את בחינתה של מידתיות במובן הצר. כל איזון בין זכות יסוד לערך אחר – יהא זה איזון בין זכות יסוד ובין אינטרס ציבורי שאינו בעל מעמד חוקתי, או איזון בין זכות חוקתית ובין אינטרס בעל מעמד חוקתי או בין שתי זכויות יסוד חוקתיות, צריך להיעשות במסגרת בחינתה של מידתיות. לכן קיומה של הבחנה בין ערך בעל מעמד חוקתי ובין ערך אחר אינה נחוצה כשאלה מקדימה לבחינת המידתיות. ראוי כי השוני במעמדם של הערכים העומדים לאיזון יבוא לידי ביטוי במסגרת בחינת המידתיות עצמה.

51 לניסוחו של הסה את עקרון ההתאמה המעשית ראו KONRAD HESSE, GRUNDZÜGE DER

VERFASSUNGSRECHT DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND Rn. 72 (20. Auflage, 1999)

52 KLOEPFER, VERFASSUNGSRECHT I, לעיל ה"ש 1, ס' 1, פס' 167.

53 המלומדים פיירו ושלניק הביעו דעה זו בספרם PIEROTH, SCHLINK, KINGREEN, &

POSCHER, לעיל ה"ש 21, ס' 6, פס' 345.

## 4. קונקרטיזציה בבחינתה של המידתיות

מבחני המשנה שבפסיקה הגרמנית לבחינת המידתיות פותחו לאור ההכרה בעקרון המידתיות כעיקרון חוקתי החולש על כל פעולה מפעולות הרשות אם זו נוגעת לזכויותיו ולחירויותיו של הפרט. גם מבחני המשנה של עקרון המידתיות זוכים אפוא למעמד חוקתי ואינם שנויים במחלוקת.

### א. תכלית הפגיעה בזכות חוקתית

קודם לבחינתה של מידתיות הפגיעה בזכות החוקתית יש להבהיר מהי התכלית שלשמה נעשתה הפגיעה בזכות. על פי פסיקתו של בית המשפט החוקתי של גרמניה, בחינת תכליתו של החוק הפוגע מתמקדת בבחינת התכלית הסובייקטיבית אשר הנחתה את המחוקק ההיסטורי, כפי שזו משתקפת במסמכי החקיקה.<sup>54</sup> המלומד קלופפר מציין כי העובדה שתכליתה של הוראת החוק הפוגעת מתגלה דרך דבר החקיקה עצמו ודרך מסמכי החקיקה הנלווים – דיונים ופרוטוקולים של הליך החקיקה – מדגישה את חשיבותה של הצגת התכלית לפעולת המחוקק בפומבי ובגלוי ומקימה חובה של ממש בפני המחוקק להצהיר בהליך החקיקה בגלוי על מטרתו.<sup>55</sup>

ראוי לציין בהקשר זה כי הפרשנות הישראלית לבחינתה של תכלית ראוייה שונה, ובחינתה של התכלית נעשית הן על פי התכלית האובייקטיבית של החוק והן לפי התכלית הסובייקטיבית של המחוקק.<sup>56</sup> הנשיא (בדימוס) ברק מבאר כי כאשר בית המשפט עוסק בבחינת חוקתיותו של דבר חקיקה, עליו לוודא הן שכוונתו הסובייקטיבית של המחוקק, כפי שמתפרשת מההיסטוריה החקיקתית

54 ALBERT BLECKMANN, STAATSRECHT II – DIE GRUNDRECHTE 373 (4. Auflage, 1997) לעיל ה"ש 1, ס' 10, פס' 202.

55 ראו שם, § 10 Rn. 202.

56 השוו בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 265, 274; בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים (להלן: עניין עדאלה), פס' 79-81 לפסק דינו של הנשיא ברק; בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פס' 45 לפסק דינה של השופטת ביניש ופס' 30 לפסק דינה של השופטת ארבל; בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 22 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 11.1.2012); בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640, 662 (2002).

וממקורות אחרים, ראויה והן שתכלית החוק, כפי שבית המשפט מפרשה אובייקטיבית – ראויה. לשיטתו, אי-עמידה באחד משני מבחנים מצטברים אלו משמעה כי תכלית החוק אינה ראויה, ולכן אי אפשר להצדיק את הפגיעה שהוא יוצר בזכות החוקתית המוגנת.<sup>57</sup>

בבחינת תכליתה של פגיעה בזכות בית המשפט החוקתי בוחן אם מדובר בתכלית "לגיטימית", כלומר תכלית שאינה אסורה על פי חוק היסוד. דוגמאות תאורטיות מן הספרות המשפטית לחקיקה שאינה מקיימת את הדרישה הן חקיקה שתכליתה מלחמה תוקפנית, אשר אינה לגיטימית משום האיסור על מלחמה תוקפנית, הקבוע בסעיף 1(26) לחוק היסוד. תכלית תהיה לא לגיטימית גם כאשר היא מנוגדת לחלוקת הסמכויות הקבועה בחוק היסוד בין השלטון הפדרלי לשלטון במדינות הרפובליקה בגרמניה.<sup>58</sup> לאור דוגמאות אלה נדמה כי האפשרות שהתכלית שעליה הצהיר המחוקק תיחשב ללא לגיטימית היא תאורטית גרידא.<sup>59</sup> לפיכך כמעט שאין דיון בפסיקה בשאלת לגיטימיות התכלית החוקתית.<sup>60</sup> יוצאי דופן בהקשר זה הם, כפי שכבר הוזכר לעיל, זכויות שבעניינן מוזכרת בחוק היסוד עצמו התכלית המותרת להגבלתן, וכן זכויות אשר על פי ניסוחן הן "לא מוגבלות" ולפיכך ניתנות לאיזון אך ורק למול ערך חוקתי בדרג זהה.

הדרישה המקלה לקיומה של תכלית לגיטימית משקפת את התפיסה כי בחינתה של התכלית אינה חלק מבחינת מידתיות הפגיעה בזכות של הפרט אלא הבהרה מקדימה שתשמש נקודת מוצא לבחינת המידתיות. השאלה אם התכלית חשובה וראויה דייה על מנת שתצדיק פגיעה בזכותו של הפרט נבחנת במסגרת מבחני המידתיות ובמיוחד במסגרת בחינתה של מידתיות במובן הצר.<sup>61</sup>

- 57 ראו אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 368-371 (2010).
- 58 ראו KLOEPFER, VERFASSUNGSRECHT I, לעיל ה"ש 1, ס' 10, פס' 203.
- 59 ראו שם.
- 60 Horst Dreier, in I GRUNDGESETZ-KOMMENTAR, Vorb. Rn. 146 (Horst Dreier ed., 3. Auflage, (להלן: Dreier, GRUNDGESETZ-KOMMENTAR, Vorb. לביאור (יוצא דופן) היותה של התכלית לגיטימית ראו (2010) 128, 1 BVerfGE, בעמ' 48-50. פסק הדין עוסק בשאלת חוקתיותו של תיקון לחוק להסדרת הנדסה גנטית (Gentechnikgesetz). התכלית לתיקון הייתה שיפור השקיפות והעמדת המידע לרשות הציבור. Grimm, לעיל ה"ש 18, בעמ' 388.

לפי המלומד גרים, גישתו המקלה של בית המשפט החוקתי לבחינתה של תכלית החוק מתבססת על ההנמקות התאורטיות האלה: ראשית, הנחת המוצא של בית המשפט היא כי בשלטון דמוקרטי רשאי המחוקק להציב כל תכלית, ובלבד שזו אינה מנוגדת לקבוע בחוקה. השאלה מהי תכלית ראויה לפעולת המחוקק היא שאלה פוליטית, הניצבת להכרעה בהליך הדמוקרטי; שנית, שאלת ראויותה של התכלית אינה יכולה להיבחן בחינה מופשטת, במנותק משאלת האמצעי הנבחר להגשמתה ומהשלכותיה של בחירה זו. השאלה הנכונה היא אם התכלית ראויה או חשובה דייה על מנת להצדיק הגבלתה של זכות יסוד. שאלה זו נבחנת במסגרתו של איזון האינטרסים הנערך בבחינת המידתיות.<sup>62</sup>

## ב. מבחני המשנה של עקרון המידתיות

בית המשפט החוקתי פירש את עקרון המידתיות כמורכב משלושה עקרונות משנה: עקרון ההתאמה (Geeignetheit), עקרון הצורך (Erforderlichkeit) ומידתיות במובן הצר (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne). המושג Übermaßverbot – איסור על פעולה לא מידתית – משמש בבית המשפט החוקתי הן מושג-על, המקיף את שלושת מבחני המשנה של המידתיות, והן מושג נרדף למידתיות במובן הצר. ברומה לגישה הבאה לידי ביטוי בבחינת המידתיות בישראל,<sup>63</sup> הדגש בבחינתה של מידתיות בפסיקה הגרמנית הונח בבירור בבחינתה של המידתיות במובנה הצר. בחינתה של התכלית וכן בחינתם של מבחני המשנה הראשונים בבחינת מידתיות – מבחן ההתאמה ומבחן הצורך – מניחות, כפי שיובהר להלן, חסמים גסים בלבד לפעולתה של הרשות. עיקר הדיון בשאלה אם פעולתה של הרשות הפוגעת בזכותו של הפרט היא מידתית, נבחנת אפוא במסגרת איזון האינטרסים הנערך בבחינת המידתיות במובן הצר.<sup>64</sup>

62 שם.

63 ראו אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 419, 425 (2010).

64 ניתן למצוא דוגמאות לכך גם בפסיקה הישראלית. כך לדוגמה בעניין עדאלה הסכימו 10 מבין 11 שופטי ההרכב כי הוראת השעה שהטילה איסור גורף על כניסת בני משפחה, תושבי הגדה המערבית ורצועת עזה, של ישראלים לישראל עומדת בשני מבחני המידתיות הראשונים אך נחלקו ביניהם באשר לעמידתו של האיסור בגדר מבחן המידתיות השלישי (ראו שם, לעיל ה"ש 56). ברומה לזה, בעניין בית סוריק



## (1) מבחן ההתאמה (Geeignetheit)

## (i) מהותו של מבחן ההתאמה

מבחן ההתאמה בוחן את התאמתו של האמצעי למטרה המבוקשת. במסגרת זו לא נדרש כי האמצעי יהיה אופטימלי להשגתה של התכלית המבוקשת, ודי בכך שהוא מקדם אותה.<sup>65</sup>

קבע בית המשפט כי אמנם תפיסת הקרקעות שנתלוותה לתוואי גדר ההפרדה שהקימה ישראל מטעמים ביטחוניים הייתה רציונלית לצורך הגשמת אותם טעמים והייתה החלופה הפוגענית פחות להשגת רמה מבוקשת של ביטחון, אך באזורים מסוימים לא הצדיקה התועלת שצמחה ממנה את הפגיעה הקשה בתושבים המקומיים, ולכן דינה להתבטל (ראו בג"ץ 3648/97 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004)). דוגמה נוספת ניתן למצוא בעניין חטיבת זכויות האדם, שם קבעה הנשיאה ביניש כי הוראת החוק המתירה את הקמתו של בית סוהר בניהול פרטי אמנם נעשתה לתכלית ראויה – חיסכון במשאבים והגדלת רווחתם של האסירים – ואף עומדת בשני מבחני המידתיות הראשונים, אך השגת התועלת האמורה אינה יכולה להצדיק את הפגיעה הגרעינית בחירותו ובכבודו של האסיר שיעבור לפיקוח של גורמים פרטיים (ראו בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים (ע"ר), חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, פס' 46-54 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2009)).

לעומת האמור ראו לציין שבשנים האחרונות פסל בית המשפט העליון בכמה מקרים חקיקה ראשית של הכנסת מטעמים חוקתיים תוך כדי הסתמכות דווקא על אחד או שניים מבין מבחני המידתיות הראשונים. כך לדוגמה בעניין חסן נקבע כי החזקה החלוטה שעוגנה בחקיקה – כי כל מי שבבעלותו רכב אינו נדרש לגמלת הבטחת הכנסה – פגעה פגיעה לא מידתית בזכות החוקתית לקיום בכבוד בעיקר בגלל קיומן של חלופות אחרות בדמות מבחני הכנסה פרטניים להשגת התכלית הראויה של העברת הגמלאות של הבטחת הכנסה רק למי שנדרש להן למחיתו. במילים אחרות, החקיקה האמורה נפסלה בשל אי-עמידתה במבחן המידתיות השני (ראו בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 28.2.2012)). בדומה לזה, בעניין אדם פסל בית המשפט את החוק שהתיר את כליאתם של מי שנכנסו לישראל שלא כחוק לתקופה של שלוש שנים, בין היתר בהסתמכו על כך שלא קיים את מבחן המידתיות הראשון, שכן לא הוכח שהכליאה או האיום בה, במיוחד כאשר כוונה כלפי קבוצה קטנה מבין מבקשי המקלט, יש בה משום דרך אפקטיבית להתמודדות עם התכלית הראויה שלשמה הותרה – מניעת השתקעות מבקשי המקלט בישראל והתמודדות עם ההשלכות החברתיות הרחבות של התופעה (ראו בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (פורסם בנבו, 16.9.2013)).

65 Grabitz, לעיל ה"ש 48, בעמ' 572; Dreier, GRUNDGESETZ-KOMMENTAR, Vorb. לעיל ה"ש 60, פס' 147.

מבחן זה של התאמת האמצעי למטרה נוקט גישה המקלה את פעולת הרשות, שכן הוא מסתפק בהגשמתה החלקית של התכלית דרך השימוש באמצעי, וביתר דיוק בתרומתו של האמצעי לקידומה. יתרה מזו, הספרות הגרמנית וכן פסיקתו של בית המשפט החוקתי לא דנו בשאלת מינימום ההתאמה הנדרש מן האמצעי לשם הגשמת המטרה וקבעו כי אמצעי לא יעמוד בקריטריון ההתאמה רק כאשר הוא אינו מתאים להגשמתה בכירור.<sup>66</sup> המלומד דרייר (Dreier) הגדיר את בחינת ההתאמה כשאלה "אמפירית-טכנית".<sup>67</sup>

נקודת הזמן שבה נבחנת התאמתו של האמצעי לתכלית היא בעת חקיקת הוראת החוק העומדת לבדיקה (ולא ההתדיינות המשפטית המאוחרת יותר).<sup>68</sup> בית המשפט החוקתי ביאר כי בחינה כזו מתחייבת הלכה למעשה מהגיונם של דברים. בחתירתה אחר התכלית המבוקשת בנקיטת אמצעי מסוים עורכת הרשות פרוגנוזה באשר לכוחו של האמצעי בהשגת התכלית. בכל פרוגנוזה יש מרכיב של אי-ודאות. לכן על בחינה בדיעבד של התאמת האמצעי להגשמת התכלית להתחשב בעובדה שהרשות כחנה הדברים מראש ולהעניק לה אפוא מתחם שיקול דעת בהחלטתה. הבחינה אם האמצעי מתאים להגשמתה של התכלית נעשית על פי השערתו של המחוקק עצמו. השאלה שתיבחן היא אם בשעת חקיקת ההוראה היה ביכולתו של המחוקק לצאת מנקודת הנחה כי בנקיטת האמצעי הנבחר תקודם המטרה המבוקשת, ולו חלקית.<sup>69</sup>

במילים אחרות, כאשר מדובר בבחינה מראש של האמצעי, טרם הפעלתו, מניח בית המשפט אפשרות לטעות של המחוקק אשר תתברר בדיעבד. היעדר התאמה בין האמצעי למטרה ייקבע אפוא רק כאשר האמצעי הננקט לפי כל ההשערות האפשריות בזמן חקיקת החוק עצמו לא התאים לקידומה של התכלית המבוקשת כבר אז.<sup>70</sup>

טיעון נוסף המצדד ביישום מקל של מבחן ההתאמה הוא כי בחינתה של מידתיות בבית המשפט נערכת לעתים קרובות זמן קצר לאחר הפעלתו של האמצעי ובטרם ניתן להבחין בתוצאות המלאות של הפעלתו. לכן ראוי בשלב

66 ש.ם

67 ש.ם

68 KLOEPFER, VERFASSUNGSRECHT I, לעיל ה"ש 1, ס' 10, פס' 206.

69 השו" (1975) 39, 210 BVerfGE, בעמ' 230.

70 ראו Ress, לעיל ה"ש 29, בעמ' 19; השו" גם (1971) 30, 250 BVerfGE, בעמ' 263.

כזה לראות בהגשמה חלקית של התכלית באמצעות האמצעי כמקיימת את מבחן ההתאמה.<sup>71</sup>

מנגד ניתן לטעון כי הגישה האמורה אינה בהכרח משכנעת. למרות ההכרה בקושי הניצב בפני המחוקק נראה כי ניתן וראוי לבחון את טיב החליכים שנקטה הרשות עצמה על מנת לבחון את התאמתו של האמצעי להשגתה של התכלית המבוקשת.

(ii) דוגמאות מן הפסיקה

מספר המקרים שבהם זכתה סוגיית ההתאמה לדיון של ממש בפסיקה מועט ביותר. מבחן ההתאמה לא זכה לפיתוח ניכר, ולפיכך מספר המקרים שבהם נפסל דבר חקיקה בגין היותו לא מתאים להגשמתה של התכלית הוא קטן.<sup>72</sup> על אף היותו של מבחן ההתאמה מקל בשיעור ניכר, חשיבותו היא באיתורם של אותם מקרים קיצוניים שבהם הפעלתו של האמצעי להשגתה של המטרה המבוקשת מוטעית בכירור.<sup>73</sup>

דוגמה מתוך הפסיקה הגרמנית לאמצעי אשר נפסל כלא מידתי משום היותו לא מתאים להגשמתה של המטרה הוא האיסור על ארגון השתתפות בנסיעה ברכב (תמורת תשלום כספי לנהג הרכב) דרך ארגון שנוסד לשם כך (Mitfahrzentrale).<sup>74</sup> מדובר בהוראת חוק שדרשה כי ארגון נסיעה מסוג זה ייעשה רק ברישיון שיינתן לאחר בחינת הנהג ובחינת כלי הרכב שבו מדובר ואשר בצדה נקבעה ענישה בגין אי-ציות. תכליתו המוצהרת של דבר החקיקה הייתה הגברת הביטחון בדרכים והגברת ביטחונם של הנוסעים המצטרפים לנסיעה.<sup>75</sup>

בית המשפט החוקתי קבע כי האמצעי – החוק האמור – אינו מתאים להשגתה של מטרת הביטחון בדרכים, שכן מדובר בנסיעה אשר תתקיים בכל מקרה, בין שיצרפו אליה נוסעים ובין שלא. הדרישה לרישיון לשם נסיעה בצוותא לא תגרום אפוא שהנסיעה כשלעצמה לא תתקיים ולא תסייע בהקלת עומס כלי הרכב בכבישים. בית המשפט קבע כי החוק אינו מתאים גם להשגתה של

71, Ress, לעיל ה"ש 29, בעמ' 18.

72 השוו Anna Leisner, *Geeignetheit als Rechtsbegriff*, 1999 DöV 807, 813

73 ראו KLOEPFER, *VERFASSUNGSRECHT I*, לעיל ה"ש 1, ס' 10, פס' 207.

74 BVerfGE 17, 306 (1964)

75 שם, בעמ' 315.

מטרת בטיחות הנוסעים, שכן הוא מתייחס רק למצטרפים לנסיעה במאורגן – קבוצה שלא ברור מדוע דווקא היא נדרשת להגנה מיוחדת לעומת שאר הנוסעים המצטרפים לנסיעה שלא במאורגן.<sup>76</sup> האמצעי הפועל להגנת קבוצת הנוסעים במאורגן נקבע אפוא כלא מתאים להשגת המטרות הכלליות שלהן טען המחוקק. דווקא החלטתו זו של בית המשפט בדבר אי-קיומה של התאמה בין האמצעי הנבחר למטרה במקרה זה אינה בהכרח משכנעת. ניתן לטעון כי בניגוד להצטרפות אקראית לנסיעה, תכנון ההצטרפות דרך ארגון שהוקם למטרה זו הוא מיסוד של אופן הנסיעה ומקרב שיטה זו לשיטות המקובלות של הסעה בתשלום, שנדרש לו אישור על סמך בחינת הנהגים וכלי הרכב. בית המשפט לא התייחס לעובדה כי הנסיעה עם נהג ובכלי רכב שלא נבדקו מעמידה את הנוסעים המצטרפים לנסיעה בסיכון מיוחד (לעומת הסיכון הכרוך בנסיעה בתחבורה ציבורית שהיא מפוקחת), ויש בדבר כדי להצדיק הגנתם דרך הוראות החוק.

דוגמה נוספת לאמצעי שנפסל בבית המשפט בשל היותו לא מתאים להגשמת המטרה ניתן למצוא בפסק דינו של בית המשפט החוקתי משנת 1980.<sup>77</sup> באותו עניין נבחן שינוי בהוראות חוק פדרלי אשר קבעו את התנאים לקבלת רישיון ציד. טרם השינוי קבע החוק כי לשם קבלת רישיון ציד נדרש מבקש הרישיון לעבור בחינה. לעומת זאת רישיון לציד שלא באמצעות נשק אלא בעזרת בעל כנף<sup>78</sup> הוענק בלא דרישה לעמוד בבחינה כלשהי. הוראות החוק החדשות קבעו כי לשם קבלתו של רישיון לציד, בכל צורה שהיא, נדרש מבקש הרישיון לעמוד בבחינה הכוללת בין היתר בחינת ירי. בית המשפט קבע כי הוראות החוק פוגעות בזכות החוקתית לחירות אישית, המעוגנת בסעיף 1(2) לחוק היסוד, ולכן עבר לבחינתה של מידתיות הפגיעה.

76 שם, בעמ' 316.

77 BVerfGE 55, 159 (1980) (להלן: עניין הציד באמצעות בז).

78 Falconry. מדובר בדרך המשמשת לציד עופות בר ללא שימוש בנשק אלא כאמור בסיוע בעלי כנף המאולפים למטרה זו.

79 הסעיף קובע כי לכל אדם הזכות לפיתוח האישיות כל עוד מעשיו אינם פוגעים בזכותם של אחרים, אינם פוגעים בערכים חוקתיים ואינם סותרים את המוסר הנוהג. בנוסח הגרמני:

Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

תכליות החוק הפוגע היו ראשית הגנה על אוכלוסיית עופות הבר הניצודים באופן זה; שנית, פיקוח על החזקתם של בעלי כנף למטרות ציד. בית המשפט קיבל את הטענה כי לשם הגשמת תכליות אלה נדרשה החמרתם של התנאים לקבלת רישיון ציד. עם זאת קבע בית המשפט כי הדרישות אשר הוצבו בחוק להפגנת ידע בהפעלתו של כלי נשק אינן בעלות קשר ענייני – לא להחזקתם של בעלי כנף ולא לאופן הצייד באמצעותם. בית המשפט ציין כי אף שהוראות החוק יובילו בוודאי להפחתה במספר המחזיקים בבעלי כנף למטרות ציד, ומכאן להפחתת מקרי הצייד באופן זה, אין הן מתאימות להגשמת תכלית החוק, שכן עקרון ההתאמה נפגע כאשר הידע הנדרש לשם קבלת רישיון אינו נוגע לפעולה שלשם ביצועה מתבקש רישיון.<sup>80</sup>

פסק הדין מדגיש כי מבחן ההתאמה אינו בוחן רק את התאמתו של האמצעי לקידום המטרה שהציבה הרשות – כי במקרה האמור מדובר באמצעי שאכן סייע להגשמת המטרה – אלא גם את שייכותו העניינית של האמצעי לתכלית המבוקשת.

(iii) יישומו של מבחן ההתאמה בבחינת פעולתה של הרשות המבצעת

הפסיקה, כמו גם הספרות המקצועית, ראו מקום להבחנה בין יישומו של מבחן ההתאמה לבחינת מידתיות פעולתה של הרשות המחוקקת ובין יישום מבחן ההתאמה לבחינת פעולתה של הרשות המבצעת. היות שהרשות המבצעת פועלת להגשמת התכליות אשר הותוו מראש בחוק בידי הרשות המחוקקת, על פי הגישה המקובלת תהיה הפעלתו של מבחן ההתאמה לבחינת המעשה המינהלי קפדנית מהפעלתו לבחינת פעולתו של המחוקק. כאמור, התאמתו של אמצעי שנקט המחוקק להגשמתה של תכלית נבחנת על פי השערותו של המחוקק עצמו תוך מתן מרחב לשיקול דעתו. בנוסף, פעמים רבות מטרת החקיקה מוצגת בחוק בכלליות, והדבר מגביל רק במעט את שיקול דעתו של המחוקק בבחירת האמצעי המתאים להגשמתה של התכלית האמורה.

תרגומו הרשמי של הסעיף לאנגלית:

Every person shall have the right to free development of his personality insofar as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the moral law.

80 ראו עניין הצייד באמצעות בז, לעיל ה"ש 77, בעמ' 166.

לעומת זאת בבחינת התאמתו של אמצעי שנקטה הרשות המבצעת נבדקת התאמתו של האמצעי להגשמת התכלית לא על פי בחינת השערתה ושיקול דעתה של הרשות המבצעת אלא על פי הסטנדרטים האובייקטיביים שהותוו בחקיקה הראשית. אמצעי שהרשות המבצעת בחרה ואשר אינו משרת את הוראות החקיקה הראשית הרלוונטית או סותר הוראות אלה – לא יעמוד במבחן ההתאמה.<sup>81</sup>

במילים אחרות, במסגרת יישומו ואכיפתו של החוק על הרשות המבצעת להפעיל רק את האמצעים המתאימים להשגת המטרה שהציג המחוקק בדבר החקיקה. בחינת התאמתו של אמצעי למטרה מציבה אפוא חסם בפני הרשות להגשמת מטרות שאינן מותרות בחקיקה הראשית.<sup>82</sup> המלומדת לייזנר (Leisner) מסבירה את אופן יישומו של מבחן ההתאמה באמצעות הדוגמה של תקנות המסדירות איסור חניה. מטרתו של החוק, המעניק סמכות למחוקק המשנה לקבוע איסור חניה, הן הגברת הבטיחות בדרכים והבטחת תנועה סדירה של כלי רכב. להגשמת מטרות אלה רשאית הרשות המבצעת לקבוע איסור חניה, על פי שיקול דעתה. הגם שמדובר במטרות הדורשות כשלעצמן פרשנות, למשל פרשנות הביטוי "תנועה סדירה של כלי רכב", נדרשת הרשות המבצעת להראות כי האמצעי של איסור חניה במקרה פרטני מתאים לתכלית שהותוותה בחקיקה הראשית. למשל, כאשר איסור החניה אינו מציג יתרון לבטיחות או לסדירות התנועה, ותכליתו הנראית לעין היא גביית קנסות בלבד, לא מתקיימת הדרישה להתאמת האמצעי להשגת התכלית.<sup>83</sup>

## (2) מבחן הצורך (Erforderlichkeit)

מבחן הצורך בוחן קיומו של אמצעי חלופי להגשמת התכלית שפגיעתו בזכותו החוקתית של הפרט פחותה. העיקרון המנחה הוא התערבות מינימלית של המחוקק בחירות הפרט, ולכן הדרישה היא שאין בנמצא אמצעי אחר אשר ישג את התכלית באותו אופן ואשר פוגע פחות בזכות היסוד.

NICHOLAS EMILIOU, THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN EUROPEAN LAW: A	81
COMPARATIVE STUDY 28 (1996)	
Leisner, לעיל ה"ש 72, בעמ' 813, 815.	82
שם, בעמ' 813-814.	83

משמעותה של השגת התכלית באותו אופן היא כי על האמצעי החלופי לקיים את התכלית שהציב המחוקק לכל הפחות כמו האמצעי המקורי.<sup>84</sup> בית המשפט החוקתי ניסח אפוא את מבחן המשנה של נחיצות האמצעי כדלקמן: מבחן הנחיצות מתקיים כאשר המחוקק אינו יכול לבחור אמצעי אחר, יעיל באותה מידה להגשמת התכלית אך פוגע פחות בזכות היסוד.<sup>85</sup> בספרות המשפטית נדחתה הטענה שבמסגרת מבחן הצורך ניתן לשקול הן אמצעי שיעילותו זהה ופגיעתו בזכות המוגנת פחותה והן אמצעי שיעילותו להשגת התכלית המבוקשת פחותה אך גם פגיעתו בזכות פחותה בהרבה. נאמר כי שקילתו של היחס שבין מידת הגשמתה של התכלית מחד למידת פגיעתו של האמצעי בזכות מאידך אינה חלק ממבחן הצורך, ויש לעשותה במסגרתו של מבחן המידתיות כמובן הצר.<sup>86</sup> הדרישה לאמצעי חלופי שיעילותו זהה היא בעייתית. מעטים הם המקרים שבהם יעילותם של אמצעים שונים תהא זהה לחלוטין. לרוב אמצעים שונים הם בעלי רמות יעילות שונות בהשגתה של המטרה. דרישה לזהות מוחלטת במידת יעילותם של אמצעים חלופיים עלולה אפוא לרוקן מתוכן את מבחן הצורך בכללותו. לכן נראה כי ההיגיון מחייב שבמסגרת שקילתו של אמצעי חלופי יובאו בחשבון אמצעים אשר כולם מגשימים את התכלית במידה דומה מאוד, שאם לא כן אין בסיס משותף להשוואה בין האמצעים השונים. עם זאת, כאמור, מתבקש כי הדרישה לא תהיה לזהות מוחלטת לעניין מידת הגשמתה של התכלית באמצעים השונים הנבחנו, שכן דרישה כזו תביא למסקנה כי אין בנמצא אמצעי חלופי.

(i) בחינתה של הפגיעה בזכות

בחינתה של שאלת מידת הפגיעה (בהשוואה) אשר נגרמת מאמצעים שונים להשגת התכלית לרוב לא תיעשה מנקודת מבטו של הפרט אשר עניינו נדון בפני בית המשפט אלא בדרך של הכללה. השאלה היא אפוא מהו סוג האמצעי אשר ב"מוצע" יפגע פחות בזכותו של הפרט בדרך כלל.

84 Grabitz, לעיל ה"ש 48, בעמ' 574.

85 Stern, Staatsrecht III/2, לעיל ה"ש 3, בעמ' 780; Kloepfer, Verfassungsrecht I.

לעיל ה"ש 1, ס' 10, פס' 209. ראו עוד: (1972) 33, 171 BVerfGE, בעמ' 187.

86 Grzeszick, לעיל ה"ש 28, פס' 116.

הבחינה המקובלת בפסיקה הגרמנית כוללת תחילה הגדרתה של הקבוצה אשר נפגעת מן האמצעי הנדון.<sup>87</sup> בחינת האמצעי הפוגע פחות תתייחס לקבוצת הנפגעים מן האמצעי הנדון ותיעשה בדרך של הכללה (הפגיעה ה"ממוצעת" באותה קבוצה).

המלומד קלופפר מדגיש כי בבחינת אמצעי חלופי נדרשת מבית המשפט מידה רבה של דמיון: עליו לבחון לא רק אם אמצעי חלופי פוגע פחות בקבוצת הנפגעים הנדונה בהליך המשפטי ובזכויות הנדונות בהליך המשפטי, אלא גם אם אותו אמצעי חלופי אינו פוגע בקבוצה אחרת או בזכויות חוקתיות אחרות.<sup>88</sup> גם המלומד יאראס (Jarass) מדגיש כי בחינת האמצעי החלופי כוללת לא רק את השפעתו על הזכות הנפגעת של האמצעי המקורי הנבחר אלא גם את השפעתו – דהיינו פגיעתו – על זכויות ואינטרסים נוספים.<sup>89</sup>

המלומד הירשברג (Hirschberg) מציין כי שאלה אשר אינה באה על פתרונה במסגרתו של מבחן האמצעי הפוגע פחות היא שאלת חלוקת הנטל בתוך קבוצת הנפגעים. כלומר, ברור כי בבחינתם של כמה אמצעים חלופיים יש לבחור באמצעי שפגיעתו הממוצעת היא הפחותה ביותר. אולם מבחן האמצעי הפוגע פחות אינו מציע פתרון למצב שקיימים בו כמה אמצעים להשגת התכלית אשר פגיעתם ב"ממוצע" פחותה אך הם מחלקים את נטל הפגיעה אחרת.<sup>90</sup> שאלה חשובה במסגרת בחינת הצורך היא בחינתו של אמצעי שהוא איסור גורף על פעולה הפוגעת באינטרס חברתי מסוים לעומת אמצעי חלופי להגנתו של אותו אינטרס.

בעניין "ארנבי השוקולד" (Schokoladenosterhasen)<sup>91</sup> דן בית המשפט החוקתי בהוראת חוק אשר אסרה על מכירתם של דברי מאכל אשר בשל צורתם החיצונית, ריחם או טעמם אפשר שהצרכן יטעה לחשוב שהם שוקולד.

HIRSCHBERG, לעיל ה"ש 2, בעמ' 75.	87
KLOEPFER, VERFASSUNGSRECHT I, לעיל ה"ש 1, ס' 10, פס' 210.	88
Hans D. Jarass, in Hans D. Jarass & Bodo Pieroth, Grundgesetzkommentar, Art. 20 (להלן: Jarass, Grundgesetzkommentar, Art. 20) 20 Rn. 85 (12. Auflage, 2012) ראו גם Michael Kloepper, II Verfassungsrecht, §51 Rn. 100 (2010) (להלן: Kloepper, Verfassungsrecht II).	89
Hirschberg, השו"ש לעיל ה"ש 2, בעמ' 69-70.	90
BVerfGE 53, 135 (1980)	91



את העתירה נגד ההוראה הגיש יצרן דברי מתיקה אשר ביקש להפיץ למכירה ארנבונים (מן הסוג הנמכר לקראת חג הפסחא) עשויים אורז תפוח ומצופים שומן צמחי מעורב באבקת קקאו. ארנבונים אלה דמו בצורתם לארנבונים עשויים שוקולד ולכן נאסרו למכירה. בין היתר טען העותר כי האיסור שבחוק הוא פגיעה לא מידתית בחופש העיסוק המעוגן בסעיף 12 לחוק היסוד, שכן אי אפשר לטעון כי עוברת היותו של שומן צמחי המכיל קקאו דומה בצורתו ובטעמו לשוקולד צריכה להביא לאיסור על מכירתו. בית המשפט החוקתי קיבל את הטענה. הוא קבע כי בבחינת מידתיות הפגיעה בחופש העיסוק הנגרמת בשל האיסור אין מתקיים מבחן הצורך. אמנם האיסור שבחוק מתאים להשגת התכלית של הגנת הצרכן ומניעת הטעייתו, אולם תכלית זו יכולה להתממש לא רק דרך הטלת איסור גורף על מכירת מוצרים העלולים ליצור הטעייה כזו אלא גם דרך אמצעי פוגע פחות, כדוגמת הטלת חובה על היצרן לסימון ברור של תכולת המוצר.<sup>92</sup> מפסק הדין ניתן להבין כי אמצעי שהוא איסור גורף על פעולה יתקשה למלא אחר דרישת הצורך.

מנגד טוען המלומד קלופפר כי בהשוואת אמצעי של איסור גורף על פעולה שהיא בבחינת סכנה לערך חברתי או ציבורי מסוים, לאמצעי חלופי של הטלת איסור כבררת מחדל (כלומר כאשר בצד האיסור יש אפשרות, בתנאים קבועים, לקבל אישור לפעולה (Verbot unter Befreiungsvorbehalt)), אין להסיק כי איסור מוחלט ייפסל תמיד כלא מידתי כיוון שאינו עומד במבחן הצורך. שכן, על האמצעי החלופי להשיג את תכלית ההגנה על האינטרס הציבורי באותה מידה שהאמצעי המקורי שבחר המחוקק היה משיגה. קלופפר מדגיש כי ברגיל איסור גורף על פעולה יספק ברוב המקרים הגנה טובה יותר לאינטרס החברתי.<sup>93</sup>

(ii) מקומם של שיקולי עלות בבחינת האמצעים האפשריים

שאלה חשובה לעניין בחינתו של מבחן הצורך היא מקומם של שיקולי עלות בבחינת אמצעים שונים להגשמת המטרה. במסגרת פרשנותו של מבחן הצורך במשפט הגרמני נטען, על פי גישה פרשנית אחת, כי במסגרת מבחן הצורך על האמצעי החלופי להשיג את התכלית המבוקשת (with other) ceteris paribus

92 שם, בעמ' 146.

93 KLOEPFER, VERFASSUNGSRECHT I, לעיל ה"ש 1, ס' 10, פס' 210.

(things [being] the same). כלומר, ללא שימוש במשאבים נוספים מצד הרשות ומבלי שיוטל בעקבות זאת נטל על אזרחים נוספים.<sup>94</sup> על פי גישה זו, כאשר האמצעי החלופי דורש שימוש במשאבים נוספים או פגיעה נוספת אחרת, אין מדובר בכחינה שמקומה במסגרת מבחן המשנה של האמצעי שפגיעתו פחותה, שכן מבחן הצורך אינו אמור להביא את הרשות לשימוש במשאבים נוספים ולהוצאות נוספות.<sup>95</sup>

יש להדגיש כי גם על פי הגישה הפרשנית האמורה יש להבדיל בין הטענה בדבר הטלת נטל נוסף על הרשות על מנת למנוע פגיעה בזכותו של הפרט ובין מצב שבו מוטלת על הרשות חובה להפעיל משאביה על מנת להגן על חירותו של האזרח. במקרה של חובה להגן על חירות האזרח לא תוכל הרשות לטעון כי הנטל הנדרש על מנת להבטיח קיום זכותו של הפרט אינו מידתי. כך לדוגמה מסביר המלומד שלינק (Schlink) כי המשטרה לא תוכל למנוע אספה שקטה בשל איום של הפרעה מנגד בטענה שהדבר דורש הפעלת משאבים ואמצעים נוספים. זאת משום שעצם תפקידה הוא בהגנה על אספה שוחרת שלום בסיוע כל האמצעים העומדים לרשותה. לכן אי-אפשר שתישמע הטענה כי הדרישה מכוחות המשטרה אינה סבירה בנסיבות העניין.<sup>96</sup>

לפי גישה פרשנית נוספת, שהיא גם הגישה המקובלת במשפט הגרמני, מקומם של שיקולים פיננסיים במסגרת מבחן הצורך מוגבל. המשמעות היא כי הרשות לא תידרש לבחור באמצעי חלופי כאשר השימוש בו כרוך בנטל פיננסי שאינו סביר.<sup>97</sup>

דוגמה לביטוייה של גישה זו נמצאת בפסק הדין של בית המשפט החוקתי הגרמני, שבחן את מידתיותה של הוראת חוק אשר אסרה על העסקה בענף הבנייה באמצעות חברות כוח אדם (להלן: עניין ההעסקה בענף הבנייה). מטרת ההוראה היו, ראשית, עידוד שוק עבודה יציב, המספק ביטחון סוציאלי הולם, ושנית

Bernhard Schlink, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, in I Festschrift 50 94  
 Jahre Bundesverfassungsgericht 463 (Peter Badura & Horst Dreier eds., 2001)  
 (להלן: Schlink, *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*). גישתו זו של שלינק אינה  
 הגישה המקובלת בספרות או בפסיקה הגרמנית.

95 שם, בעמ' 457.

96 שם, בעמ' 457-458.

97 Jarass, *Grundgesetzkommentar*, Art. 20, לעיל ה"ש 89, פס' 85.

לחימה בתופעה של העסקה לא חוקית באמצעות חברות כוח אדם.<sup>98</sup> במסגרת הדיון במבחן המשנה, שלפיו על המחוקק לבחור באמצעי אשר פגיעתו בזכות פחותה, טענו העותרים, בשם הזכות לחופש העיסוק, כי תחת הצבתו של איסור מוחלט על העסקה באמצעות חברות כוח אדם היה המחוקק יכול לנקוט דרך של הגברת הפיקוח על שוק חברות כוח האדם.

בית המשפט קבע כי משמעותה של הגברת פיקוח כזו תהא בנייתו של מערך כוח אדם, כמו גם בנייתה של מערכת ארגונית מתאימה, כינונם של אמצעים לאיסוף מידע והכשרתם של עובדי מדינה אשר יהיו אמונים על הפיקוח עצמו. בעניין זה קיבל בית המשפט את הערכתו של המחוקק שלפיה בנייתו של מערך כזה במיוחד לצורך פיקוח על שוק ההעסקה בענף הבנייה תדרוש הוצאות לא סבירות. נקבע אפוא כי דרישת העותרים למניעת הפגיעה בזכויותיהם, פגיעה אשר נעשית בשם תכלית חברתית ראויה ובהתחשב במוגבלותם של האמצעים הציבוריים העומדים למימושה של אותה תכלית, אינה דרישה סבירה בנסיבות העניין בשל העלויות הכרוכות בכך. הוראת החוק נותרה אפוא בעינה והעתירה נדחתה.

המלומד גרצסציק (Grzeszick) מבאר כי משמעותו של אמצעי חלופי הכרוך בנטל פיננסי כבד משקל נוסף – לעומת האמצעי המקורי שבחרה הרשות – הוא פגיעה בזכויות ובאינטרסים אחרים. לכן אמצעי הכרוך בנטל פיננסי כבד משקל כאמור אינו אמצעי שפגיעתו פחותה.<sup>99</sup> עולה מהאמור כי כאשר מדובר באמצעי חלופי הכרוך בנטל פיננסי נוסף, אך נטל זה איננו לא סביר, או לחלופין איננו כבד, על הרשות לבחור בו כאשר פגיעתו בזכות פחותה.

(iii) שיקול דעתו של המחוקק בבחירת האמצעי

בבחינת השאלה אם אכן פגיעתו של האמצעי שבחרה הרשות היא הפחותה ביותר, העניק בית המשפט החוקתי בגרמניה למחוקק מתחם רחב של שיקול דעת.<sup>100</sup>

BVefG Beschluß vom 6.10.1987, I BvR 1086/82, in NJW 1988, 1195 98

Grzeszick, לעיל ה"ש 28, פס' 114. 99

KLOEPFER, VERFASSUNGSRECHT I לעיל ה"ש 1, ס' 10, פס' 212. 100

המלומד גרים מסביר כי הענקת שיקול דעת רחב כאמור נובעת מן העיקרון שבית המשפט אינו יכול להפוך לשחקן בתהליך הפוליטי של קבלת החלטות. הוא טוען כי הערכת ההישגים (כמו גם ההשפעות הנוספות) של אמצעים שונים וההשוואה ביניהם היא שאלה פוליטית, שאת המענה לה צריך לתת המחוקק עצמו ולא בית המשפט.

פרשנותו של גרים מתקבלת על הדעת כאשר מידת התועלת (או מידת הפגיעה) הצפויה מן הבחירה באמצעים חלופיים אפשריים היא בתחום אי-הוודאות, והבחירה באמצעי מסוים מתבססת אפוא על ניתוח ופרוגנוזה של המחוקק. קשה לקבל את פרשנותו של גרים במקרה שבו מצוי בכירור אמצעי חלופי שיעילותו להשגת המטרה זהה, וידוע כי פגיעתו בזכות פחותה מזו של האמצעי הנבחר.

גישה זו לפרשנות האמורה לדבריו של גרים בנוגע למתחם שיקול הדעת המוענק למחוקק – דהיינו הענקת שיקול דעת רחב בבחירת האמצעי בעיקר כאשר מדובר בתחום אי-הוודאות – משתקפת בפסק דינו של בית המשפט החוקתי משנת 1978, אשר בחן את חוקתיותו של החוק המסדיר את הקמתן והפעלתן של תחנות כוח להפקת אנרגיה גרעינית.<sup>101</sup> אחת השאלות שנדונו בפני בית המשפט הייתה אם טכנולוגיה גרעינית היא אמצעי שפגיעתו פחותה, וזאת בשל הסכנות האפשריות שבשימוש באנרגיה גרעינית. בית המשפט קבע כי אינו יכול לפסול את השערת המחוקק שלפיה מדובר באמצעי שפגיעתו פחותה, שכן התועלת כמו גם הנזק מהפקת אנרגיה בדרך זו יתבררו רק בעתיד. ההחלטה להקים כור לייצור אנרגיה גרעינית כוללת מטבעה אי-וודאות כאשר לתוצאותיה. החלטה כזו מצויה בתחום אחריותן הפוליטית של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת, המחויבות על פי חוק היסוד לדאוג לרווחת הציבור ולשמירה על זכויותיו החוקתיות של הפרט. בית המשפט אינו יכול, ואינו רשאי, להציב הערכה פוליטית משלו לצד הערכתן של רשויות אלה. עם זאת ציין בית המשפט כי אם תובהרנה השלכותיו של השימוש בטכנולוגיה שנבחרה לשם הפקת אנרגיה גרעינית בעתיד, יהיה המחוקק מחויב לשקול מחדש במסגרת אחריותו הפוליטית את השימוש בסוג זה של אנרגיה.<sup>102</sup>

BVerfEG 49, 89 (1978) 101

102 שם, בעמ' 131-132.

בפסק דין נוסף שעסק בעניין חוקתיות הוראת חוק אשר הסדירה את מידת השפעתם של עובדים על קבלת החלטות במקום העבודה, הסביר בית המשפט כי בבחינתה של הוראת חוק אשר מובילה רפורמה בתחום כזה או אחר, ואשר השלכותיה יתבררו רק בשלב מאוחר יותר, נתון למחוקק מתחם שיקול דעת רחב בבחירתו של אמצעי לשם השגתה של התכלית המבוקשת.<sup>103</sup>

בחירתו של בית המשפט אם פגיעתו של האמצעי שבו בחרה הרשות בזכות פחותה, מציבה אפוא דרישה שהיא בעיקרה דיונית: הדרישה מן המחוקק היא כי יציג הסבר המניח את הדעת לבחירה באמצעי. על הסבר כזה לכלול חוות דעת עניינית המבוססת על המידע הקיים בנושא.<sup>104</sup>

המלומד גרים מדגיש שבבחינת בחירתו של המחוקק באמצעי מסוים לא היסס בית המשפט החוקתי עצמו לאסוף מידע רלוונטי לשאלה אם האמצעי שבחרה הרשות הוא אכן אמצעי שפגיעתו פחותה, נוסף על המידע שהציגו הצדדים לדיון. מידע כזה כולל, ראשית, בקשה לחוות דעת ממוסדות רלוונטיים או מארגונים הפועלים בתחום הנדון. למשל, כאשר הסוגיה העומדת לדיון נוגעת לאינטרסים של קבוצות מאורגנות, יפנה בית המשפט תמיד אל קבוצות אלה לקבלת עמדתן: בשאלות הנוגעות לשוק העבודה למשל מבקש בית המשפט דרך קבע את חוות דעתם של ארגוני עובדים ומעסיקים; בשאלות הנוגעות לחוקי השכירות מתבקשת חוות דעת של ארגוני שוכרים ובעלי בתים.<sup>105</sup> הצדדים לעניין הנדון רשאים כמובן להגיב לנתונים המגיעים לידי בית המשפט.<sup>106</sup> שנית, לעתים בית המשפט החוקתי פונה בעצמו לספרות מקצועית רלוונטית<sup>107</sup> או למאגרים

103 השוו (1979) 50, 290 BVerfGE, בעמ' 332-334.

104 שם, בעמ' 224-333.

105 Brun-Otto Bryde, *Tatsachenfeststellungen und soziale Wirklichkeit in der Rechtsprechung des BVerfG*, in I Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgerichts 533, 536 (Peter Badura & Horst Dreier eds., 2001)

106 Grimm, *לעיל* ה"ש 18, בעמ' 383.

107 כך למשל בפסק דינו של בית המשפט החוקתי בנושא האיסור הפלילי על סחר, העברה, קנייה והחזקה של קנביס ומוצריו (1994) 90, 145 BVerfGE (לדיון בהרחבה בפסק הדין ראו להלן). מטרת החוק על פי הצהרת המחוקק הייתה הגנה על בריאותו של הפרט ועל בריאות הציבור. לאור מטרה זו וטרם שניגש לבחינתה של מידתיות על פי מבחני המשנה המקובלים, הציג בית המשפט סקירה – שהתבססה על בחינה

סטטיסטיים הפתוחים בפני הציבור הרחב.<sup>108</sup>

כלומר, מחד בית המשפט החוקתי בוחן היטב את המידע שעליו התבססה החלטתה של הרשות ואף אוסף מידע משלים רלוונטי, ומאידך בבחנו את בחירתו של המחוקק באמצעי להגשמת המטרה מקפיד הוא לשמור על מתחם שיקול הדעת המוענק למחוקק ונמנע מלהפוך ל"מחוקק-על" יודע-כול. גם כאשר אסף בית המשפט מידע בעצמו, נמנע הוא מלהתערב בהערכותיה של הרשות באשר להתפתחות עתידית צפויה בגין בחירה באמצעי מסוים.<sup>109</sup>

(iv) סידום ביניים

שני מבחני המשנה הראשונים בבחינתה של מידתיות – מבחן ההתאמה ומבחן הצורך – מציבים דרישות מועטות בפני הרשות.

בשאלת בחירת האמצעי להשגתה של התכלית מסור לרשות, ובעיקר כאשר מדובר ברשות המחוקקת, מתחם רחב של שיקול דעת.<sup>110</sup> אמצעי שנבחר בידי המחוקק להגשמתה של תכלית ראויה יוכרז לא מידתי: (1) כאשר הוא אינו מתאים על פני הדברים או בכירור להגשמת המטרה, או (2) כאשר ברור שהפגיעה בזכות שגורם אמצעי חלופי (שתרומתו להשגת התכלית זהה) פחותה.<sup>111</sup> לפיכך חשיבותם של מבחן ההתאמה ושל מבחן הצורך במסגרת הכוללת של בחינת

עצמאית – בשאלה מהן, אם בכלל, השפעותיהם המזיקות של הקנבים ומוצריהם על הבריאות. ראו בעמ' 178-181 לפסק הדין.

108 ראו למשל BVerfGE 87, 153 (1992), בעמ' 174; BVerfGE 91, 93 (1994), בעמ' 112. בשני המקרים נסב הדין על הוראות בחוק מס ההכנסה ולחלופין על הוראות החוק לעניין תשלום קצבאות ילדים הנוגעות לסכום ההכנסה החודשי (נטו) של משפחה המטופלת בילדים. העותרים, שכירים המטופלים בילדים, העלו במקרים אלה טענות נגד מיסוי הכנסתם (ולחלופין נגד קיצוץ בקצבאות הילדים ששולמו להם), בין היתר בנימוק לפגיעה בעקרון השוויון ופגיעה בס' 16(1) לחוק היסוד, הקובע את ההגנה על מוסד הנישואין ועל מוסד המשפחה. בשני המקרים ראה בית המשפט את אמת המידה לבחינת טענת העותרים בהשוואת סכום ההכנסה הפטור ממיסוי (בתוספת הסכום המוענק קצבת ילדים) לסכום קצבת התמיכה המשולם למשפחות נתמכות סיוע סוציאלי. במקרים אלה אסף בית המשפט החוקתי – בהסתמך על סטטיטיקה של הרשויות הנוגעות בדבר – נתונים לתשלום קצבאות סיוע בשנים הרלוונטיות.

109 Bryde, לעיל ה"ש 105, בעמ' 555-556.

110 ראו Jarass, GRUNDGESETZKOMMENTAR, Art. 20, לעיל ה"ש 89, פס' 87.

111 השוו BVerfGE 105, 17 (2002), בעמ' 36.

המידתיות היא משנית, והם משמשים מסנן ראשון, "גס", לבחינתה של פעולת הרשות.

מרכז הכובד בבחינתה של מידתיות במשפט הגרמני הוא במבחן המידתיות השלישי – מידתיות במונח הצר. רק בשלב זה של בחינת המידתיות נערך איזון בין הערכים המתחרים – התכלית שאותה מבקש המחוקק להגשים באמצעי הנבחר מחד, והנזק שגורם אותו אמצעי מאידך.

### (3) הערת ביניים: גבול ההתערבות השיפוטית בבחינת מידתיות פעולתה של הרשות המבצעת ושל הרשות המחוקקת

במשפט הגרמני יש תמימות דעים כי בבחינת מידתיות פעולתה של הרשות שיקול הדעת המסור למחוקק בבחרו תכלית לפעולה ואמצעי להגשמת התכלית הוא ככלל רחב מזה הנתון לרשות המבצעת.

בבחירת תכלית לפעולתו כפוף המחוקק להגבלות שבחוק היסוד, במיוחד להגבלות באשר לאפשרות הפגיעה בזכות (לתכלית מסוימת בלבד). הרשות המבצעת, לעומתו, כפופה גם למגבלות אשר הטיל המחוקק בחוק הרגיל.<sup>112</sup> במילים אחרות, יש להפעיל את שיקול הדעת המינהלי במסגרת אשר הותוותה לו בחוק.<sup>113</sup> לכן פעולתה של הרשות מוגבלת על פי הקבוע בחוק, ואילו המחוקק רשאי להציב כל תכלית לפעולה כל עוד לא הוגבל כוחו זה בחוק היסוד.

נוסף על כך, וכן בשל היותו של שיקול הדעת המוקנה לרשות המבצעת מעצם טיבו מצומצם מזה של הרשות המחוקקת, בחינת מידתיותה של פעולת הרשות, ובעיקר בחינת התאמתו של האמצעי למטרה ובחינת השאלה אם קיימים אמצעים חלופיים שפגיעתם בזכות פחותה, תהיה שונה מבחינת מידתיות פעולתו של המחוקק. כלומר, גם בבחירת האמצעי להגשמת התכלית מתחם שיקול הדעת המוענק למחוקק רחב מזה המוענק לרשות המבצעת.<sup>114</sup> כיוון שבית המשפט לא יחליף את שיקול דעתו של המחוקק בשיקול דעתו שלו, בוחן בית המשפט את פעולת המחוקק על פי הנתונים שעמדו לפניו בעת קבלת ההחלטה.<sup>115</sup> המלומדים

112 Pieroth, Schlink, Kingreen, & Poscher, לעיל ה"ש 21, ס' 6, פס' 290.

113 Degenhart, Staatsrecht I, לעיל ה"ש 16, ס' 4, פס' 420-421.

114 Pieroth, Schlink, Kingreen, & Poscher, לעיל ה"ש 21, ס' 6, פס' 292.

115 Jarass, Grundgesetzkommentar, Art. 20, ראו 87, פס' 89.

שלינג ופיירו (Schlink & Pieroth) מסבירים כי למחוקק מסור שיקול דעת רחב בשאלת הערכת קשרים אמפיריים מורכבים בין התכלית לאמצעי המתאים להשגתה, וכי השערותיו הצופות פני עתיד ראויות – על פני הדברים – לאמון הרשות השופטת.<sup>116</sup>

אשר למבחן ההתאמה מוענק למחוקק, כפי שתואר להלן, מתחם שיקול דעת לעניין השפעתו הצפויה של האמצעי להשגת התכלית. חוק לא יקיים את מבחן ההתאמה כאשר ממבט ראשון אין הוא מתאים להשגתה של התכלית, כלומר כאשר הפרוגנוזה שלה טוען המחוקק מוטעית בכירור.<sup>117</sup> נקודת המוצא היא השערתו של המחוקק עצמו. לעומת זאת כאשר מדובר באמצעי שהרשות המבצעת בחרה בו לקידום תכלית מסוימת, תיבחן התאמתו של אותו אמצעי ביתר קפידה – לא על פי בחינת השערתה ושיקול דעתה של הרשות המבצעת אלא על פי אמות מידה אובייקטיביות כפי שהותוו בחקיקה. אי-עמידה בבחינה אובייקטיבית של התאמה משמעה כי פעולת הרשות אינה מקיימת את ההתאמה הנדרשת בין אמצעי למטרה על פי עקרון המידתיות.<sup>118</sup>

אותה הבחנה (בין הפעלתו של עקרון המידתיות בבחינתה של הרשות המחוקקת להפעלתו בבחינת מעשה הרשות המבצעת) נכונה גם לעניין בחינתו של אמצעי חלופי להגשמת התכלית במסגרת מבחן הצורך. מבחן זה מתבסס על התאמתו של האמצעי להשגת המטרה לעומת התאמתם של אמצעים חלופיים – התאמה אשר בעניינה, כפי שפורט לעיל, ניתן למחוקק מתחם של שיקול דעת. במילים אחרות: היות שלמחוקק מסור שיקול דעת רחב בבחירתם של האמצעים שלגישתו הם המתאימים להגשמתה של התכלית, מסור לו שיקול דעת דומה גם בבחירת אמצעי אחד מבין חלופות שונות.<sup>119</sup> לעומת זאת בבחינת האמצעי שנקטה הרשות המבצעת יש לפנות שוב לבחינת התכליות שקבע המחוקק בחוק ולשיקול הדעת שהעניק המחוקק לרשות. מתחם הפעולה המוענק לרשות המבצעת בבחירתו של האמצעי הוא אפוא מצומצם יותר.

116 PIEROTH, SCHLINK, KINGREEN, & POSCHER, לעיל ה"ש 21, ס' 6, פס' 292.

117 DEGENHART, STAATSRECHT I, לעיל ה"ש 16, ס' 4, פס' 423.

118 ראו לעיל – מבחן ההתאמה בבחינתה של מידתיות במשפט הגרמני.

119 DEGENHART, STAATSRECHT I, לעיל ה"ש 16, ס' 4, פס' 425.



דוגמה לבחינת אמצעי שמפעילה הרשות המבצעת נותן המלומד דגנהרט (Degenhart) בספרו והיא הסנקציה שמפעילה הרשות באשר לבנייה לא חוקית. על פי החוק הקיים, לרשות מסורה הסמכות להורות על הריסתו של מבנה אשר נבנה ללא מתן רישיון. מטרת החוק המאפשר את נקיטת אמצעי ההריסה היא שהבנייה הקיימת תתאם את הקבוע בחוק. לכן כאשר מדובר בבנייה לא חוקית רק מן הטעם שנעשתה ללא רישיון מתאים, אמצעי ההריסה אינו מקיים את מבחן הצורך. טרם נקיטת אמצעי זה על הרשות לאפשר למבצע הבנייה לפנות לקבלתו של רישיון מתאים שיהפוך את הבנייה לחוקית בדיעבד. שכן, כל עוד מתן רישיון כזו אפשרי, הבנייה – שנעשתה פורמלית ללא רישיון – אינה לא חוקית במהותה.<sup>120</sup>

בבדיקת מבחן הצורך נהנה המחוקק – לעומת הרשות המבצעת – מאמון הרשות השופטת במקרים שבהם יש קושי עובדתי לבחון את הנחותיו לעניין הבחירה באמצעי שפגיעתו פחותה.<sup>121</sup> קיומו של ספק באשר לקיום מבחן הצורך פועל לטובתו של המחוקק. לעומת זאת כאשר נבחן האמצעי שבו בחרה הרשות המבצעת, קיומו של ספק יפעל לטובתה של הרשות רק כאשר הפעולה שלה הוסמכה הרשות בחוק לשם הגשמת אינטרס מסוים או למניעתה של סכנה לאינטרס מסוים, כוללת מעצם טיבה מרכיב של אי־ודאות באשר לתוצאותיה.<sup>122</sup>

#### (4) מידתיות במובן הצר (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne)

(i) מהותה של בחינת מידתיות במובן הצר

מבחן המידתיות במובן הצר מתואר גם כמבחן היחסיות (Proportionalität, Angemessenheit, Zumutbarkeit). שלא כמו מבחני המשנה הקודמים לו – מבחן ההתאמה ומבחן הצורך – מבחן המידתיות במובן הצר – מעצם טיבו כמבחן המבוסס על איוון בין ערכים מתנגשים – חסר נוסחה כללית להפעלתו.<sup>123</sup> לכן

120 השווו CHRISTOPH DEGENHART, STAATSRECHT I. STAATSORGANISATIONSRECHT, § 4 Rn. 404 (25. Auflage, 2009)

121 PIEROTH, SCHLINK, KINGREEN, & POSCHER, לעיל ה"ש 21, ס' 6, פס' 292.

122 שם, ס' 6, פס' 29.

123 KLOEPFER, VERFASSUNGSRECHT I, לעיל ה"ש 1, ס' 10, פס' 216.

זהו השלב היחיד בבחינת המידתיות אשר יישומו עודנו שנוי במחלוקת בספרות המשפטית.<sup>124</sup>

מקובל להבחין את מבחן המידתיות במובן הצר ממבחן ההתאמה וממבחן הצורך אשר קודמים לו. ראשית, שני מבחני המשנה הראשונים כוללים בחינה אמפירית של יחס בין אמצעי למטרה, ואילו הבחינה שבמסגרת מבחן המידתיות במובן הצר היא בחינה ערכית, שבה נדרשת הערכה מהותית של יעילות האמצעי להשגתה של תכלית ראויה, כלומר של מידת הגשמת התכלית באמצעות האמצעי, ושל חשיבות התכלית עצמה, ומנגד של חשיבות הזכות הנפגעת ושל מידת הפגיעה בזכות. מבחן ההתאמה ומבחן הצורך נחשבים אפוא למבחנים "פורמליים", ואילו מבחן המידתיות במובן הצר נחשב למבחן מהותי.

שנית, מבחני המשנה הראשונים של בחינת המידתיות מתרכזים בבחינת היחס שבין האמצעי למטרה: בחינתה של התאמת האמצעי להגשמתה של התכלית ובחינת היותו של האמצעי נחוץ לשם הגשמתה. מבחן המידתיות השלישי נוטש את הבחינה הצרה של אמצעי לעומת מטרה ועובר לבחינה רחבה יותר: בחינת הפגיעה בזכות חוקתית מחד ובחינתו של ה"רווח" לאינטרס (שהוא ככלל אינטרס ציבורי, אשר עשוי אף הוא להיות ערך חוקתי מוגן) מאידך כוללים גם הערכה של האינטרסים הרלוונטיים כשלעצמם, כלומר של חשיבותם היחסית. על פי מבחן היחסיות, הפעולה השלטונית אינה רשאית לגרום פגיעה שאינה מידתית או שאי-אפשר לתבוע מן הנפגע שישלים עמה (übermäßig או unzumutbar) בשים לב לתועלת שהיא מביאה. יישומו של המבחן דורש אפוא שקילתם והערכתם של התועלת האמורה לצמוח מן השימוש באמצעי שבמחלוקת לקידום התכלית שבשמה פועלת הרשות מן הצד האחד, ושל הנזק שאותו אמצעי גורם לזכות, מן הצד האחר. ככל שהפגיעה בזכותו של הפרט קשה יותר, כך נדרש כי האינטרס שמנגד יהיה חשוב יותר, וכי התועלת הכללית שיביא תהיה גדולה יותר על מנת להצדיק את הפגיעה.<sup>125</sup> הערכה זו נעשית תוך בחינתו של נסיבות המקרה הנדון: חשיבות הערך המוסף להגשמת האינטרס הציבורי – דרך

124 ראו Grzeszick, לעיל ה"ש 28, פס' 118. המבקר הבולט של מבחן המידתיות במובן הצר הוא המלומד Schlink. ראו Schlink, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, לעיל ה"ש 94, עמ' 445 ואילך; Pieroth, Schlink, Kingreen, & Poscher, לעיל ה"ש 21, פס' 301-304.

125 Kloepper, Verfassungsrecht II, לעיל ה"ש 89, ס' 51, פס' 103-104.

האמצעי שבחר המחוקק – כמו גם מידת הפגיעה בזכות ייבחנו לפי משקלם  
בנסיבות העניין.<sup>126</sup>

בחינת המידתיות במובן הצר לא נוסחה ניסוח אחיד בפסיקה:<sup>127</sup> הניסוח הנפוץ נעשה בדרך השלילה וקובע כי האמצעי אינו רשאי לחרוג מתחום הסבירות ביחס למטרה.<sup>128</sup> אולם בית המשפט החוקתי נעזר גם בניסוח חיובי של בחינת המידתיות במובן הצר, שלפיו בבחינת האיזון בין מידת הפגיעה ובין מידת החשיבות של התכלית נדרש יחס של סבירות (Zumutbarkeit).<sup>129</sup> במיוחד נפוץ השימוש בניסוח חיובי של מידתיות במובן הצר בבחינת מידתיות פעולתה של הרשות בהליכים פלילים באופן שהאמצעי נדרש לעמוד ביחס סביר (angemessen) למטרה.<sup>130</sup>

המלומד קלופפר טוען כי הפרשנות הנכונה לבחינת המידתיות במובן הצר היא כי יש לראות בפעולת המחוקק לא מידתית רק כאשר הפגיעה בזכות היא לא מידתית במובהק ביחס לתועלת שבמימוש התכלית דרך האמצעי.<sup>131</sup> לגישתו של קלופפר, בחינת מידתיות במובן הצר נבדלת אפוא מהמקרה הרגיל של איזון בין

- KLOEPFER, VERFASSUNGSRECHT I לעיל ה"ש 1, ס' 10, פס' 216. 126
- HIRSCHBERG לעיל ה"ש 2, בעמ' 75-77. 127
- Ein Mittel dürfe nicht erkennbar/offensichtlich außer Verhältnis zu dem angestrebten Zweck stehen 128
- ראו BVerfGE 28, 364 (1970), בעמ' 270; BVerfGE 39, 258 (1975), בעמ' 374; עניין בעלי מלאכה, לעיל ה"ש 22, בעמ' 118; פרשת בתי המרקחת, לעיל ה"ש 19, בעמ' 407 או בהגדרה שונה במקצת: "Das Mittel müsse in einem angemessenen/rechten/vernünftigen Verhältnis zu dem angestrebten Zweck stehen"
- ראו למשל BVerfGE 10, 89 (1959), בעמ' 117; BVerfGE 15, 226 (1962), בעמ' 234; BVerfGE 18, 353 (1965), בעמ' 362; BVerfGE 35, 202 (1973), בעמ' 232; BVerfGE 38, 281 (1974), בעמ' 302. 129
- "Bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht sowie der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe [...] die Grenze der Zumutbarkeit noch gewährt sein" ראו BVerfGE 67, 157 (1984), בעמ' 175, 178.
- HIRSCHBERG לעיל ה"ש 2, בעמ' 75-77. 130
- "Krasses Missverhältnis zwischen Zweck und Mittel" במילותיו של קלופפר: 131
- דוגמה לחוסר מידתיות מוחלט בין הנזק מפגיעה בזכות לרווח מהגשמת התכלית הן לטענת קלופפר עובדות המקרה אשר נדונו בפני בית המשפט החוקתי בעניין בדיקת נוזל מוחי-שרדתי (ראו להלן). ראו KLOEPFER, VERFASSUNGSRECHT I לעיל ה"ש 1, ס' 10, פס' 213.

אינטרסים שבו אינטרס אחד חשוב מן האחר ולכן גובר עליו. בבחינת מידתיות במובן הצר לא די בהיותה של מידת הפגיעה בזכות מוגנת גדולה מן התועלת שבהשגת התכלית, אלא יש להוכיח "חוסר מידתיות מובהק" בין נזק לתועלת כאמור. מנגד יש להדגיש כי קלופפר אינו מבאר מה ייחשב חוסר מידתיות "מובהק" בניגוד לחוסר מידתיות ברמה אחרת, וגישתו הפרשנית נותרת אפוא לא ברורה. לעומת השימוש במונח "מובהק", שנוקט קלופפר, בחר בית המשפט החוקתי ניסוח שונה לתיאור חוסר מידתיות במובן הצר אשר יביא לפסילת מעשה הרשות: לא-עמידה במבחן המידתיות במובן הצר ייחשב מצב שבו ברור שפעולת הרשות היא לא מידתית ביחס לתכלית (לנוסח בלשון המקור ראו לעיל).

הביקורת על מבחן המידתיות במובן הצר, אשר מייצגיה הבולטים הם המלומדים שלינק ופיירו, רואה באיזון האינטרסים, שנערך הלכה למעשה במסגרת בחינת המידתיות במובן הצר, בעייתי. שלינק ופיירו טוענים כי איזון זה כולל הערכה של מעמד (היחסי) של הזכויות והאינטרסים הרלוונטיים שאינה מבוססת על אמות מידה קבועות ורציונליות.<sup>132</sup> בהיעדר אמות מידה אובייקטיביות לבחינת מידתיות במובן הצר טוענים שלינק ופיירו כי הבחינה עשויה לבטא את עמדתו הערכית הסובייקטיבית של הבוחן.<sup>133</sup> הצגת עמדה סובייקטיבית כאשר לחשיבותן של זכויות היסוד השונות ולחשיבותם של אינטרסים ציבוריים שונים בעייתית, משום שהיא אינה חלק מתפקידה של הרשות השופטת אלא שייכת לתחום הפוליטי. לפיכך טוענים פיירו ושלינק כי מרכז הכובד הראוי בבחינת מידתיותה של פעולת הרשות הוא במבחן הצורך.

יש לציין כי פיירו ושלינק מכירים בחשיבותה של בחינת המידתיות במובן הצר, אולם סבורים כי בפרקטיקה הנוהגת התפקיד המרכזי שהוענק לבחינת המידתיות במובן הצר מוטעה. לגישתם, ראוי כי מבחן המידתיות במובן הצר ישמש מעין ביקורת להפעלתו הנכונה של מבחן הצורך. למשל, כאשר בחינת המידתיות במובן הצר מובילה למסקנה כי קיים חוסר מידתיות בולט בפעולתו של המחוקק, מעיד הדבר שנדרשת בחינה נוספת במסגרת מבחן הצורך, כלומר של שקילת אמצעים אחרים להגשמת התכלית, אשר פגיעתם בזכות קטנה יותר.<sup>134</sup>

132 Pieroth, Schlink, Kingreen, & Poscher, לעיל ה"ש 21, פס' 301-303.

133 שם, פס' 303.

134 שם, פס' 304.

מנגד נטען כי ביקורת זו אינה מציגה חלופה מספקת לבחינת מידתיותה של פעולת הרשות, וכי ויתור על בחינת המידתיות במובן הצר יוביל לסובייקטיביזציה בהפעלתו של מבחן הצורך.<sup>135</sup> כן נטען כי הבעייתיות האפשרית שעליה מצביעים שלינג ופיירו של הפעלת שיקול דעת סובייקטיבי בידי הרשות השופטת בבחינת מידתיות במובן הצר נפתרת באמצעות מתחם שיקול הדעת אשר הרשות השופטת מניחה למחוקק בבחינת פעולתו.<sup>136</sup>

כפי שיפורט בהמשך הדברים, טענה נוספת היא כי התפתחה בפסיקה קונקרטיזציה של מבחן המידתיות במובן הצר באשר לבחינתה של מידתיות הפגיעה בזכויות יסוד מסוימות, ובראש ובראשונה לבחינתה של פגיעה בזכות לחופש העיסוק. הדעה המקובלת בספרות המשפטית הגרמנית רואה אפוא בבחינתה של מידתיות במובן הצר חלק מהותי מבחינת מידתיותה של פעולת הרשות.<sup>137</sup>

#### (ii) מידתיות במובן הצר בפסיקה

פסיקתו החשובה הראשונה של בית המשפט החוקתי בפרשנותה של בחינת מידתיות במובן הצר ניתנה בשנת 1963.<sup>138</sup> באותו עניין היה מדובר בעותר אשר היה אחראי, בשל אי-הגשת דוחות כחוק, לשני קנסות כספיים שהוטלו על החברה שניהל ו-90% ממנה היו בבעלותו. בשל כך נפתח נגדו הליך פלילי כאורגן בחברה. במסגרת ההליך הפלילי ציווה בית המשפט על בדיקה רפואית על מנת לבחון את כשירותו של העותר לעמוד לדין. במהלך הבדיקה התעורר חשש כי מערכת העצבים של העותר פגועה, והרופא הבודק ביקש להוסיף לבדיקה הרפואית בדיקת דם ובדיקת נוזל מוחי-שדרתי. בשל סירובו של העותר לבדיקה הורה עליה בית המשפט בצו משפטי על פי סעיף 81a StPO.<sup>139</sup> בגין החלטה זו

135 Dreier, GRUNDGESETZ-KOMMENTAR, Vorb. לעיל ה"ש 60, פס' 149.

136 Grzeszick, לעיל ה"ש 28, פס' 119.

137 Dreier, GRUNDGESETZ – KOMMENTAR, Vorb. לעיל ה"ש 60, פס' 149.

138 BVerfGE 16, 194 (1963) (להלן: עניין הבדיקות הרפואיות).

139 על פי הקבוע בהוראת החוק האמורה, רשאי בית המשפט בהליך פלילי, לשם בירור של עובדות בעלות חשיבות בהליך, להורות על בדיקה חודרנית, בידי רופא, גם ללא הסכמתו של הנאשם, ובלבד שהבדיקה האמורה אינה מעלה חשש לפגיעה בכריאותו

פנה העותר אל בית המשפט החוקתי וטען בין היתר כי ההחלטה פוגעת בזכותו החוקתית לשלמות הגוף, הקבועה בסעיף 2(2) לחוק היסוד.

בית המשפט החוקתי אשר דן בעתירה קבע כי בהפעלתו של הסעיף לציווי על בדיקה רפואית כאמור מחויב בית המשפט לעקרון המידתיות. העובדה כי הוראת החוק אינה קובעת מפורשות באילו מקרים ובאיזה הליך יהיה ניתן להורות על בדיקה חודרנית בכפייה, אין משמעה כי בית המשפט רשאי בכל מקרה ובכל הליך לצוות על בדיקה כזו. הבחינה אם הפגיעה המתלווה לבדיקה כזו מידתית תיעשה לאור המקרה הקונקרטי. כלומר, בבואו להורות על בדיקה כזו על בית המשפט לבחון קיומה של מידתיות בין הפגיעה בזכותו החוקתית של הנאשם מחד לבין האינטרס הציבורי בהבאתו של הנאשם לדין מאידך, וזאת לפי טיב מעשיו של הנאשם באותו מקרה. בחינה שאינה מתחשבת במידת החומרה של המעשה עלולה להביא לתוצאה שבה הסבל שייגרם לנאשם במהלך בירור אחריותו בהליך המשפטי גדול מן העונש הצפוי לו בגין מעשיו, אם ימצא אשם. בית המשפט הדגיש כי גם כאשר אין מועלית טענת אי־חוקתיות נגד הוראת החוק בכללותה, הרי שיש לבחון אם הפעלתה של הוראת החוק עומדת במבחן המידתיות. כן הודגש כי בחינתה של המידתיות – בשונה מאיזון ערכים מופשט – היא קונקרטית, לאור נסיבות העניין הנדון.

באותו עניין קבע בית המשפט כי במעשיו של העותר מדובר בקנסות בשל עניין של מה בכך ובנזק שולי אשר נגרם לחברה (Bagatellsache), בשונה למשל ממצב דברים שבו הייתה מיוחסת לו עברה חמורה מסוג פשע. מנגד, הבדיקה שנדרש הנאשם לבצע היא חודרנית וכרוכה בסבל ובכאב גופניים. לפיכך קבע בית המשפט כי אין יחס של מידתיות בין השניים.<sup>140</sup>

דוגמה לחשיבותה של בחינת המידתיות במובן הצר אשר במקרים רבים מכריעה את הכף בשאלת מידתיות פעולת הרשות היא פסיקתו של בית המשפט החוקתי בשאלת חוקתיות הוראות חוק במדינת באדן ויטנברג הנוגעות להסדרתו של תחום משחקי המזל.<sup>141</sup> הוראות החוק קבעו כי רישיון לארגון משחקי מזל

---

של הנאשם. באותו עניין הונחה בפני בית המשפט חוות דעת רפואית אשר קבעה כי הבדיקה כרוכה בכאב ובאיי־נעימות אולם אינה יכולה להזיק לבריאותו של הנאשם.  
 140 עניין הבדיקות הרפואיות, לעיל ה"ש 138, בעמ' 201-203.  
 141 BVerfGE 102, 197 (2000)

ייתן רק לגוף משפטי המוחזק כולו, ישירות או בעקיפין, בידי המדינה. כן קבעו הוראות החוק כי רישיון כזה אינו ניתן להעברה ואינו מקנה למחזיק בו רשות למתן זיכיון לאחר לארגון משחקי מזל.<sup>142</sup> העותרים באותו עניין טענו כי הוראות החוק פוגעות בזכותם לחופש העיסוק על פי סעיף 12(1) לחוק היסוד, בשל הפגיעה בזכות לבחירה חופשית בעיסוק.

תכלית הוראות החוק הייתה הגברת אפשרות הפיקוח והשליטה של המדינה על המוסדות הרשאים לארגן משחקי מזל כדי להגן על ציבור המשתתפים במשחקים, ועל האוכלוסייה בכללותה, מפני הסכנות הכרוכות במשחקים אלה. בנוסף ביקש המחוקק באמצעות הוראות החוק להפנות את הרווח ממשחקי מזל לקידומן של מטרות לטובת הציבור. בית המשפט קבע כי מדובר בתכליות ראויות, ולכן עבר לבחינת מידתיות הוראות החוק.

בבחינתה של ההתאמה קבע בית המשפט, ראשית, כי הוראות החוק מתאימות בבירור למטרה של שימוש ברווח המתקבל ממשחקי המזל לקידום מטרות בעלות עניין לציבור. שנית, בית המשפט קיבל את הטענה כי ריכוז השליטה והפיקוח על משחקי מזל בידי המדינה אכן מתאים להשגת התכלית של הפחתת הסכנה שבמשחקי מזל.<sup>143</sup>

בבחינת קיומו של מבחן הצורך קבע בית המשפט כי המבחן מתקיים חלקית, שכן לשם הגשמת התכלית של שימוש ברווחים למטרות ציבוריות אין נדרש לחסום לחלוטין בפני יזם פרטי את האפשרות לעסוק בתחום משחקי המזל. אפשרות חלופית הייתה למשל לקבוע מיסוי גבוה יותר על הרווחים. באשר לתכליתו הנוספת של החוק – חיזוק ההגנה מפני התופעות השליליות של משחקי מזל – קיבל בית המשפט את עמדת הרשות כי הוראות החוק הן אמצעי שפגיעתו פחותה, בשל מתחם שיקול הדעת המסור למחוקק במסגרת מבחן זה.

142 לשון הסעיף קבעה כדלקמן:

Die Erlaubnis darf nur einem Unternehmen in einer Rechtfom, des privaten Rechts erteilt werden, dessen sämtliche Anteile unmittelbar oder mittelbar vom Land gehalten werden. Die Voraussetzungen des Satzes 1 müssen während der gesamten Dauer des Bestehens der Erlaubnis gegeben sein [...] Die Erlaubnis kann nicht auf einen anderen übertragen oder einem anderen zu Ausübung überlassen werden.

143 ראו עמ' 217 לפסק הדין.

בית המשפט הדגיש כי אמצעי שהמחוקק בחרו לא יעמוד במבחן הצורך כאשר על פי העובדות העומדות לפני המחוקק קיים אמצעי חלופי, בעל השפעה זהה להגשמת התכלית, אשר פגיעתו פחותה. בעניין הנדון נקבע כי הוראות החוק מקיימות את דרישת הצורך, שכן טענת הרשות שלפיה שליטתה של המדינה בניהול משחקי מזל תהיה יעילה יותר בהפחתת הסכנה הכרוכה בהם בהשוואה לשליטתם של גופים פרטיים לא נסתרה.<sup>144</sup>

בשאלת קיומה של מידתיות במובן הצר בחן בית המשפט את הפגיעה בחופש העיסוק של העותרים: הוא ציין כי פגיעה זו קשה, שכן הוראות החוק מונעות מכל גוף פרטי לעסוק בתחום משחקי המזל במדינת באדן וויטנברג. בנוסף, טרם חקיקתן של ההוראות ובמשך עשרות שנים לא הוטלה כל הגבלה על העיסוק בתחום. בית המשפט קבע בנוסף כי מתוך הראיות שהונחו לפניו אי-אפשר להסיק שהוראות החוק שנועדו להגשים את התכליות לעיל יובילו לשיפור ניכר לעומת המצב הקודם (ייתכן שבשיפור ניכר כאמור היה כדי להצדיק את הפגיעה הקשה בזכות). לכן החליט בית המשפט כי הוראות החוק אינן מקיימות את דרישת המידתיות במובן הצר ולכן אינן חוקתיות.<sup>145</sup>

בפסק הדין בולט השוני בין הפעלת מבחן הצורך של האמצעי להגשמת התכלית והיותו של האמצעי פוגע פחות מחד לבין בחינת המידתיות במובן הצר מאידך: בראשונה מוענק שיקול דעת רחב למחוקק, ואילו בשנייה גוברת הביקורתיות בגישתו של בית המשפט.

144 ראו שם, בעמ' 217-220.

145 מעניין סוגיה דומה מאוד הונחה לפתחו של בית המשפט העליון בישראל, אך התוצאה שאליה הגיע בית המשפט בישראל הייתה שונה מזו שהגיעה אליה בית המשפט החוקתי בגרמניה. בעניין **תשעים הכדורים** קבע בית המשפט כי הבלעדיות שניתנה למדינה בניהול משחקי מזל והימורים, הגם שהיא פוגעת במובהק בחופש העיסוק, נועדה לתכלית ראויה בדמות תיעול ההכנסות לרווחת הציבור והימנעות מההשלכות השליליות של הימורים פרטיים כגון הלבנת הון ומאפיינים אחרים של פשע מאורגן. עוד נקבע, בדומה לקביעת בית המשפט הגרמני, כי האיסור על ניהול פרטי של משחקי מזל והימורים עומד בשני מבחני המידתיות הראשונים. ההבדל העיקרי בין ההכרעות של שני בתי המשפט נעוץ בכך שבמקרה הישראלי נקבע כי האיסור האמור צולח גם את מבחן המידתיות השלישי. עם זאת ראוי לציין שבמקרה זה אין מדובר בחקיקה חדשה אלא באיסור שהיה קיים כבר שנים רבות (ראו ע"מ 4436/02 **תשעים הכדורים**, מסעדה – מועדון חברים נ' עיריית חיפה, פ"ד נח(3) 782 (2004)).



גם במקרים שבהם דחה בית המשפט את הטענה בדבר אי־קיומה של מידתיות בפעולת הרשות ניכרת חשיבותה של בחינת המידתיות במובן הצר. דוגמה לאופן בחינתה של מידתיות במובן הצר מצויה בפסק דינו של בית המשפט החוקתי משנת 1990, אשר בחן את חוקתיותה של הוראת חוק הנוגעת לחובת תשלום דמי אבטלה.<sup>146</sup> ברגיל, עובר אשר חדל להיות מועסק מקבל דמי אבטלה מהמדינה. בנוסף הוא פטור מתשלומי החובה לביטוח הרפואי ולביטוח הפנסיוני, אשר גם עבורם משלמת המדינה. הוראת חוק אשר נדונה בפסק הדין קבעה כי בהתקיים תנאים מסוימים מחויב המעסיק אשר העסיק משך שנים רבות עובר עד הגיעו לגיל מתקדם, לשאת בעצמו בתשלום דמי האבטלה ובתשלומי החובה של המועסק לשעבר לביטוח הרפואי ולביטוח הפנסיוני. תחולתה של חובה זו הייתה, לפי הקבוע בחוק, לתקופה של עד ארבע שנים.

הרקע לחיקוק ההוראה היה המצב החוקי שקדם לה, שלפיו עובר שהגיע לגיל 60 ושכמשך 18 החודשים האחרונים היה מחוסר עבודה לתקופה של 52 שבועות לפחות, היה יכול, עוד טרם הגיעו לגיל פרישה (אשר בעת מתן פסק הדין היה 63), לתבוע קבלת פנסיה מוקדמת בשל היותו מחוסר עבודה. מצב זה, כך לטענת המחוקק, הביא לניצול לרעה של היכולת לצאת לפרישה מוקדמת כבר בגיל 59, בגין סיום יחסי העבודה בהסכמה הדדית של המעסיק והמועסק, ולנטל כלכלי כבד על המדינה.<sup>147</sup> הוראת החוק, המעבירה את האחריות לתשלום דמי האבטלה למעסיק, ביקשה אפוא למנוע את התופעה.

בית המשפט בחן את מידתיותה של הוראת החוק לנוכח הפגיעה בחופש העיסוק של המעסיק, אשר חויב הלכה למעשה בהוראה להמשיך להעסיק עובר שהוא העסיקו שנים רבות, גם כאשר אינו חפץ בכך, על מנת להימנע מהנטל הכלכלי שאפשר שיוטל עליו.

ראשית קבע בית המשפט כי מתקיים מבחן ההתאמה: האמצעי שבו בחר המחוקק, כלומר הוראת החוק המטילה נטל כספי על המעסיק המפסיק את עבודתו של עובר שהעסיקו משך שנים רבות ואשר הגיע כמעט לגיל פרישה, תביא להפחתת המקרים שבהם יופסקו יחסי העבודה בתנאים אלו.<sup>148</sup>

BVerfGE 81, 156 (1990) 146

ראו דברי ההסבר לחוק המובאים בפסק הדין בעמ' 166. 147

פסק הדין, עמ' 192. 148

בית המשפט הוסיף וקבע כי במסגרת מתחם שיקול הדעת המסור למחוקק בבחירת האמצעי להשגת התכלית מתקיים במקרה הנדון מבחן הצורך. האמצעים החלופיים אשר עמדו לפני המחוקק לא היו יכולים להגשים את תכלית החקיקה באותה מידה: הקטנת הנטל הכספי המוטל על המעסיק לא הייתה מובילה להגשמת התכלית בהיקף זהה; איסור על הפסקת יחסי עבודה בתנאים המנויים בחוק היה מוביל לנטל כבד יותר על המעסיק ולפגיעה קשה יותר בזכויותיו; הקטנת הנטל הכלכלי על המדינה באמצעות צמצום זכויותיו של העובד לא הייתה מובילה להגשמת תכליותיו החברתיות של החוק.

מכאן עבר בית המשפט לבחינת המידתיות במובן הצר. במסגרת זו בחן בית המשפט את שאלת הפגיעה הנגרמת למעסיק לאור משך תקופת התשלום המוטל עליו, שיעור התשלום המוטל, הגדרת קבוצת המועסקים שבעניינה חלה הוראת החוק והתנאים הקבועים בחוק לתחולתה של אחריות המעסיק. במילים אחרות, בית המשפט בחן אם הפעלתו של החוק מידתית תוך בחינת היבטים שונים של מערכת החוקים הקיימת בנושא. במסגרת בחינה זו ציין בית המשפט כי הוראת החוק אינה מידתית אם חובתו של המעסיק לתשלום אינה תלויה בדרישה מוצדקת שיש למועסק לשעבר לתשלום דמי אבטלה או דמי פרישה מסיבה אחרת. בית המשפט הדגיש אפוא כי חובתו של המעסיק לתשלום תקום רק כאשר המעסיק עצמו הוא האחראי להפיכתו של העובד למחוסר עבודה.

בית המשפט אמנם לא הכריז על בטלותה של הוראת החוק, אולם משמעותו של פסק הדין הייתה הגבלה ניכרת על הטלת תשלום דמי אבטלה והתשלומים הנלווים על המעסיק לשעבר. פסק הדין הטיל הלכה למעשה חובה על הרשות, שאינה מפורטת בחוק הקיים, לבחון בכל מקרה ומקרה את אחריותו של המעסיק להפסקת העבודה ואת הסיבות שהובילו לכך.<sup>149</sup>

דוגמה נוספת לחשיבותה של בחינת המידתיות במובן הצר מצויה בפסק דינו של בית המשפט החוקתי משנת 1994 אשר עסק בשאלת חוקתיותו של איסור פלילי על סחר, העברה, קנייה והחזקה של קנביס ומוצריו.<sup>150</sup> בית המשפט קבע בין היתר כי הוראות החוק, המאפשרות פגיעה בחירותו של אדם דרך הטלת עונש

149 השו"ש, בעמ' 194-200; עוד ראו Helge Müller-Roden, *Die Erstattungspflicht des Arbeitgebers gem. § 128 AFG*, 1990 NZA, 334, 336-338  
 150 BVerfGE 90, 145 (1994)

מאסר בגין הפעולות המפורטות לעיל, הן בבחינת פגיעה בזכות לחירות הקבועה בסעיף 2(2) לחוק היסוד. מכאן בחן בית המשפט את השאלה אם מדובר בפגיעה חוקתית, כלומר בפגיעה המקיימת את עקרון המידתיות.

מטרת החוק באותו עניין הייתה הגנה על בריאות הפרט ועל בריאות הציבור מפני השפעתם המזיקה של סמים וכן הגנה על האוכלוסייה, בעיקר על בני נוער, מפני ההתמכרות לסמים. לשם השגת מטרה זו ביקש המחוקק ליצור סביבה חברתית "נקייה" מסמים (ובהם גם מוצרי הקנביס). האמצעי שננקט הוא איסור פלילי גורף על כל פעולה הנוגעת לשימוש בסם או על העברתו. בבחינתה של המידתיות קבע בית המשפט ראשית כי האמצעי שננקט – איסור פלילי על שימוש בסם ועל העברתו – מתאים להשגת מטרת החוק – צמצום הפצתו של הסם והפחתת הסכנות הנובעות מכך.

שנית קבע בית המשפט כי האמצעי שננקט מקיים את מבחן הצורך (מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה): בית המשפט העדיף בשאלה זו את עמדת המחוקק שלפיה האמצעי המתאים למלחמה בסמים הוא הטלתו של איסור פלילי, וכי אין אמצעי אחר אשר יכול להשיג את המטרה באותה מידה (ראה לעיל לעניין הטלת איסור גורף). עמדה זו נתקבלה למרות היותה שנויה במחלוקת בין המומחים לדבר. בית המשפט ציין כי בשיח המקצועי השאלה מהו האמצעי היעיל להפחתת השימוש בקנביס – הטלת איסור פלילי או להפך, הפיכת השימוש בסם לחוקי ובכך יצירת הפרדה בינו ובין קבוצת הסמים המסוכנים יותר – שנויה במחלוקת. היות שהשאלה שנויה במחלוקת והיות שכל גישה זוכה לתמיכתם של מומחים, קבע בית המשפט כי יש לקבל את עמדת המחוקק ולהעדיפה מן העמדה הנגדית, שכן המחוקק הוא השוקל ובוחר את העמדות המקובלות השונות ומחליט על המדיניות הנראית בעיניו. כל עוד עמדת המחוקק מנומקת וניתנת להצדקה, לא יתערב בית המשפט בשיקול הדעת המסור לו.<sup>151</sup>

את עיקר הדיון הקדיש בית המשפט לבחינתה של מידתיותו במובן הצר. כאן בחן בית המשפט: ראשית, את מידתיות קיומו של איסור מוחלט על כל שימוש

151 שם, בעמ' 182-183. באותו עניין נימק המחוקק את עמדתו בטענות האלה: ראשית, לפי הניסיון הקיים, לא ברור אם אכן הפיכת הסם לחוקי תהיה אמצעי יעיל במלחמה בסמים מסוכנים; שנית, אמנות והסכמים בין-לאומיים שמטרתם מלחמה בנגע הסמים מכוונים לשימוש בחוק הפלילי כאמצעי הנכון. הרצון לשיתוף פעולה בין-לאומי מוביל אפוא לבחירה בחוק הפלילי כאמצעי הנדרש להגשמת התכלית.

או הפצה של קנביס; שנית, את מידתיות השימוש בחוק הפלילי לשם הגשמת האיסור; שלישית, את מידתיות הענישה הקבועה בחוק.<sup>152</sup>

בית המשפט קבע כי הטלתו של איסור גורף היא מידתית בשל התכלית החשובה שהחוק מבקש להגשים – מניעת הסכנות הבריאותיות והחברתיות הנובעות משימוש בסם הקנביס, וכי בשל תכלית חברתית חשובה זו האיסור הפלילי הוא אמצעי מידתי להגשמתה.

כיוון שהוראות החוק מקיפות פעולות שונות הנוגעות לסם הקנביס, השונות זו מזו שינוי ניכר גם ברמת הגשמתן את התכלית המבוקשת, קבע בית המשפט כי חיוני להמשיך ולבחון את מידתיות הוראותיו השונות של החוק – דהיינו מידתיות הענישה הקבועה בחוק בנוגע לכל התנהגות אסורה. בהקשר זה ציין בית המשפט כי הוראות החוק היו יכולות להיות לא מידתיות כשהן נוגעות לאיסור על קנייה והחזקה של כמויות קטנות מאוד של קנביס, שברור שהן לשימוש עצמי בלבד, שכן התנהגות זו אינה מקימה את הסכנה שנגדה מבקש החוק לפעול.<sup>153</sup> למרות האמור קבע בית המשפט כי הוראותיו של החוק מקיימות את דרישת המידתיות, ראשית בשל ההוראות הכלליות בחוק הפלילי – וכן הוראה דומה בחוק הספציפי – המאפשרות, במקרה של חוסר אשמה או במקרה של חוסר עניין לציבור, להימנע מהעמדה לדין. שנית, הוראה בחוק הספציפי מאפשרת לבית המשפט להימנע מהרשעה כאשר מדובר בשימוש, בייצור או בהחזקה של קנביס בכמות מועטה לשימוש עצמי. בית המשפט החוקתי הפנה את הערכאות הרלוונטיות הדנות בעניינים מסוג זה ואת רשויות התביעה לחובת הפעלתה של ההגנה הקבועה בחוק במקרים המתאימים והדגיש את הצורך שבהפעלתה השוויונית בבתי המשפט במדינות השונות של הרפובליקה הגרמנית. במילים אחרות, בית המשפט קבע כי היות שהוראות החוק הקיימות – הן בחוק הספציפי הנדון הן בחוק הפלילי – מאפשרות לרשות להפעיל את הוראות החוק הנדון במידתיות, מתקיים עקרון המידתיות.

פסק הדין מדגים היטב את יתרוניתה של הבחינה לאור עקרון המידתיות, דהיינו את היכולת לשקלל, בעיקר במסגרתו של מבחן המידתיות במונח הצר, את כל השיקולים הנוגעים לעניין הנדון על מנת לבחון בפירוט את סבירות פעולתה

152 שם, בעמ' 184-189.

153 שם, בעמ' 188.

של הרשות. כפי שעולה מפסק הדין, לדיון מפורט כזה אפשר שתהיה השפעה על אופן יישום החוק גם כאשר בית המשפט קבע כי החוק עצמו "עובר" את בחינת המידתיות.<sup>154</sup>

בבחינת פסיקתו של בית המשפט החוקתי בולטת העובדה כי בחינת המידתיות במובן הצר נעשית קונקרטיית לפי נסיבותיו של המקרה הנדון. בית המשפט כמעט שלא ציין דבר לעניין איזון האינטרסים המופשט בין הערכים הנדונים. במילים אחרות, מבחן המידתיות במובן הצר משקף את בחינתו של איזון הערכים הקונקרטי לאור מערכת החוקים הקיימת, לאור הנפגעים הפוטנציאליים ולאור הנסיבות הקיימות באותו עניין.

מגמה בולטת נוספת בפסיקתו של בית המשפט הגרמני הבאה לביטוי בפסקי הדין בעניין תשלום דמי אבטלה ובעניין הקנביס לעיל, היא נטייתו של בית המשפט לתת הנחיות לרשות כאשר לאופן פרשנותו והחלתן של הוראות החוק הנדון, כדי שאלה יקיימו את עקרון המידתיות. כך גם כאשר מצא בית המשפט חשש להפרת עקרון המידתיות במובן הצר (כך בפסקי הדין לעיל), הוא בחר שלא לפסול את הוראת החוק אלא להנחות את הרשות לעניין אופן ההחלה המידתית של הוראות החוק האמורות.

## 5. עקרון המידתיות כמנחה איזון בין ערכים מתנגשים

שאלת המידתיות במובן הצר היא למעשה שאלה של שקילה ואיזון בין ערכים. איזון זה הוגדר בבית המשפט החוקתי הגרמני – "איזון ערכים לאור אמת המידה של מידתיות".<sup>155</sup> עם זאת הדעה המקובלת בספרות המשפטית הברדילה בין איזון אינטרסים ובין בחינת מידתיותה של פעולת הרשות. נקודת המוצא המקובלת היא אמנם כי בחינת המידתיות במובן הצר היא בחינה של איזון אינטרסים. המלומד

154 יש לציין כי נמתחה ביקורת על פסק הדין. כך נטען כי בחינת המידתיות צריכה להתרכז בשאלה אם הפגיעה בזכויות המתאפשרת בחוק היא מידתית ולא בשאלה מהי ההפעלה הנכונה של הוראות החוק על מנת שפגיעה זו תהיה מידתית. השוו Ursula Nelles & Petra Velten, *Einstellungsvorschriften als korrektiv für unverhältnismäßige Strafgesetze?* 1994 NSrZ, 366

155 *לעיל* ה"ש 3, בעמ' 785. STERN, STAATSRECHT III/2

דרייר למשל מציין כי בחינת המידתיות במובן הצר כוללת גם את שאלת האיזון בין אינטרסים בעלי מעמד חוקתי על פי עקרון ההתאמה המעשית<sup>156</sup> (ראו לעיל). מלומדים אחדים ניסו להבהיר את ההבדל שבין יישום בחינת המידתיות במובן הצר ובין איזון אינטרסים "רגיל", למשל המלומד קלופפר (ראו לעיל) והמלומד הירשברג, המסביר כי אין זהות מוחלטת בין איזון האינטרסים ובין עקרון המידתיות. לגישתו, יסודו של ההבדל בין השניים מצוי בתחום יישום:<sup>157</sup> עקרון המידתיות הוא מקרה ספציפי של איזון אינטרסים מקום שבו האיזון הנדרש הוא בין הרווח שבהגשמת תכלית שהציבה הרשות ובין הנזק אשר נגרם מן האמצעי להגשמתה. במקרה כזה לעקרון המידתיות יתרון על פני עקרון איזון האינטרסים, בשל הפירוט השלבי הטמון בו וכן בשל היותו מורכב מכמה מבחנים המאפשרים בחינה מובנית ומושכלת מזו שמאפשר איזון האינטרסים ה"פשוט". הירשברג מציין כי מבחן המידתיות במובן הצר, הבודק את היחס שבין רווח לנזק שמקורם באמצעי שבו בחרה הרשות להגשמתה של תכלית מבוקשת, בוחן ערכים שונים ומאזן ביניהם, ולכן אינו יכול להציב מראש "נוסחת איזון" כללית. מכאן – כפי שכבר צוין לעיל – נובע גם הקושי בהגדרתו של מבחן המשנה של מידתיות במובן הצר, שכן עקרון המידתיות עצמו אינו מלמד דבר לעניין אופן עריכתו של האיזון או לעניין אופן הערכתם של הערכים העומדים לאיזון. הוא אינו כולל אבני בוחן מהותיות או קריטריונים תוכניים-ספציפיים. לשופט הבוחן את פעולתה של הרשות מסורים שקילתם ואיזונם של הערכים שלפניו במקרה הנדון. שיקול דעת זה רחב משיקול הדעת במקרה השיפוטי הרגיל של כלל משפטי הנדרש ליישום ספציפי.<sup>158</sup>

כותבים שונים ניסו להתחקות על הקריטריונים אשר הנחו את בית המשפט החוקתי הגרמני באיזון אינטרסים במסגרת בחינתה של מידתיות במובן הצר. זאת בניסיון לקונקרטיזציה של עקרון המידתיות, אשר תחליף מה שעשוי להצטייר כ"שיקול דעת חופשי" של בית המשפט.<sup>159</sup>

156 Dreier, GRUNDGESETZ – KOMMENTAR, Vorb. לעיל ה"ש 60, פס' 149.

157 HIRSCHBERG, לעיל ה"ש 2, בעמ' 91-92.

158 שם, בעמ' 101-102.

159 השו"ש, בעמ' 101-111, Grabitz; לעיל ה"ש 48, בעמ' 581.

האיזון העקרוני שבית המשפט נדרש לו הוא – כפי שכבר הוזכר לעיל – בין הפגיעה בזכות הנגרמת מן האמצעי ובין היתרון הכללי המושג מהגשמת התכלית באמצעות אותו האמצעי. המלומד אלכסי (Alexy), אשר בחן את פסיקתו של בית המשפט החוקתי, תיאר ראשית את בחינת המידתיות במובן הצר כאיזון אינטרסים<sup>160</sup> ושנית את איזון האינטרסים שעורך בית המשפט כמושפע מנוסחת איזון קבועה. על פי נוסחה זו, ככל שמידת הפגיעה בעיקרון חוקתי אחד רבה יותר, כך נדרש כי העיקרון שמנגד יהיה בעל חשיבות רבה יותר.<sup>161</sup> במילים אחרות, מידת הפגיעה המותרת באינטרס אחד תלויה בחשיבותו של האינטרס שמנגד, אשר כחלק ממימושו מתרחשת הפגיעה.

המלומד גרפיץ, אשר ביקש להגדיר את השיקולים המנחים לבחינתה של המידתיות במובן הצר, הסביר כי שיקולים אלה הם ראשית בחינתה של עוצמת הפגיעה בזכות (Intensivität des Eingriffs) – ככל שהסדרה החקיקתית, דהיינו האמצעי הננקט, פוגענית יותר, כך על התכלית של טובת הכלל להיות חשובה יותר; שנית יש לבחון את משקלה של התכלית ואת מידת נחיצותה – תכלית חשובה, נחוצה יותר, עשויה להצדיק פגיעה חריפה יותר בזכותו של הפרט; השיקול השלישי מתייחס לזכות הנפגעת עצמה: ככל שהזכות הנפגעת יסודית "גרעינית" יותר, כך תישקל בזהירות רבה יותר התרתה של פגיעה בה.<sup>162</sup>

המלומד יאראס סבור כי מתוך סקירת פסיקתו של בית המשפט החוקתי עולה שבחינת המידתיות במובן הצר מחולקת לכמה שלבים:<sup>163</sup> ראשית, יש לברר את השפעתו של האמצעי על זכויות היסוד של הנוגעים בדבר. כלומר יש לבחון את טיבה ומשקלה של הפגיעה הנגרמת בזכות. נתונים רלוונטיים הם מספרם של הנפגעים, הנסיבות שבהן מתרחשת הפגיעה ומידת האינטנסיביות של הפגיעה בזכות. בשלב השני יש לברר את תרומתו של האמצעי להגשמתה של התכלית. במסגרת זו יש להעריך הן את חשיבותה של התכלית כשלעצמה הן את מידת השפעתו של האמצעי לשם השגתה. בשלב השלישי יש לאזן בין השניים: ככל

160 רוברט אלכסי, THEORIE DER GRUNDRECHTE 100–101 (1985) השוו

161 בלשון המקור: "je höher der Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des eines Prinzips ist, umso größer muss die Wichtigkeit der Erfüllung des anderen sein" (שם, בעמ' 146).

162 Grabitz, לעיל ה"ש 48, בעמ' 580–581.

163 יאראס, Jarass, GRUNDGESETZKOMMENTAR, Art. 20 פס' 89, לעיל ה"ש 89, פס' 86a.

שמירת הפגיעה בזכות חמורה יותר, כך נדרש על פי עקרון המידתיות כי התועלת בקידום התכלית תהיה רבה יותר.

המלומד דגנהרט מסביר כי איזון האינטרסים במסגרת בחינת המידתיות במובן הצר כולל ראשית בחינה מופשטת של הערכים הרלוונטיים כשלעצמם. למשל בחינת האמצעי של כליאה מן הטעם של מסוכנות (Sicherheitsverwahrung) תיעשה לאור חשיבותו של הערך שאותו מבקשים לקדם – ההגנה על החיים ועל שלמות הגוף – ושנית, לאור נסיבות המקרה הקונקרטי, כלומר לאור הפגיעה הקונקרטית הנגרמת מן האמצעי.<sup>164</sup> בחינה לאור נסיבות המקרה הנדון עשויה להביא לתוצאה שלפיה דווקא האינטרס שבדרך ההפשטה מובן כחשוב יותר ייסוג מפני אינטרס חשוב פחות בשל חומרתה של הפגיעה בו. מנגד, מדגישים מלומדים אחרים כי במסגרת בחינת מידתיות במובן הצר אין חשיבות לאיזון הערכים המופשט כשלעצמו.<sup>165</sup> גם הפסיקה הרלוונטית מיעטה להתייחס לאיזון המופשט בין הערכים הרלוונטיים (ראו לעיל).

בעיקרם של דברים מבטאת בחינתה של המידתיות במובן הצר גישה שלפיה ככל שעוצמת הפגיעה בזכות רבה יותר ובעלת השלכות רבות יותר, על קידום האינטרס שמנגד, שלמענו נעשית הפגיעה, להיות בעל משקל רב יותר. השאלה המהותית במסגרתו של איזון זה היא אם אחד האינטרסים העומדים לאיזון זוכה לעדיפות ברורה במקרה הנדון על פני הערך העומד מולו.

## א. נוסחאות איזון לבחינת פגיעה בזכות: חופש הביטוי

### וחופש העיסוק

טרם פיתוחו של עקרון המידתיות בפסיקה בחן בית המשפט החוקתי את חוקתיותה של הפגיעה בזכות לאור נוסחאות איזון אשר התבססו בעיקר על לשון חוק היסוד ואשר הציבו קווים מנחים לאיזון בין זכות הפרט ובין ערך מתחרה. פיתוח נוסחאות איזון נעשה בעיקר בעניינה של בחינת פגיעה בזכות לחופש הביטוי, הקבוע בסעיף 5 לחוק היסוד, ובעניינה של בחינת פגיעה בזכות לחופש

164 Degenhart, Staatsrecht I, לעיל ה"ש 16, פס' 427.

165 Karl-Peter Sondermann in II v. Mangoldt, Klein & Starck Grundgesetz Kommentar 165 Art. 20 Abs. 3 Rn. 314 (5. Auflage, 2005)



העיסוק, הקבוע בסעיף 12 לחוק היסוד.<sup>166</sup> כיוון שנוסחאות האיזון הללו השתלכו בשלב מאוחר יותר בעקרון המידתיות, יש הרואים בהן לא רק את מקורו של עקרון המידתיות אלא גם קונקרטיזציה של מבחן המידתיות בכללותו, כמו גם הכוונה לאופן החלתו של מבחן המידתיות במובן הצר.<sup>167</sup>

(1) בחינת מידתיותה של הפגיעה בחופש הביטוי

הזכות לחופש הביטוי על נגזרותיה – חופש העיתונות והתקשורת, חופש הביטוי האמנותי והמחקרי – מעוגנת בסעיף 5 לחוק היסוד הגרמני, הקובע:<sup>168</sup>

(1) לכל אדם הזכות לבטא את דעתו בחופשיות בעל פה, בכתב או באמצעות תמונה, להפיצה ברבים ולהרחיב את ידיעותיו בלי הפרעה, דרך מקורות מידע הפתוחים לציבור הרחב.<sup>169</sup> חופש העיתונות והחופש לדרווח באמצעות כלי התקשורת מובטחים. צנזורה – אסורה.

166 Dreier, GRUNDGESETZ-KOMMENTAR, Vorb. לעיל ה"ש 60, פס' 150. המלומד איפסן מצייין כי התאוריה המנחה את איזון האינטרסים בשאלת הגבלתו של חופש הביטוי היא הצורה המוקדמת של עקרון המידתיות לבחינת פגיעה בזכות. השוו. JOERN IPSEN, STAATSRECHT II – GRUNDRECHTE § 10 Rn. 488 (16. Auflage, 2013)

167 Dreier, GRUNDGESETZ-KOMMENTAR, Vorb. לעיל ה"ש 60, פס' 150. Markus Heintzen, *Die einzelgrundrechtlichen Konkretisierungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit*, 119 DVBL 721, 722 (2004)

168 (1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt.

(2) Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.

(3) Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei. Die Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung.

לנוסה הסעיף באנגלית ראו [www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_gg/englisch\\_gg.html#p0030](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html#p0030)

169 זכותו של אדם להרחיב את ידיעותיו דרך מקורות המידע הפתוחים לכלל הציבור ללא הפרעה, הכלולה בזכות לחופש הביטוי, נתפסת בפרשנות הזכות לחופש ביטוי כתנאי מרכזי לקיומו של דיון ציבורי בחברה דמוקרטית. ראו Helmuth Schulze-Fielitz, *in I* Rn. 76 (Horst Dreier ed., 3. Auflage, 2013). GRUNDGESETZ-KOMMENTAR, Art. 5 I, II Rn. 76

(2) הגבלתה של הזכות יכול שתהיה בהוראות חוק כללי, בהוראות חוק להגנתם של קטינים ובגין הזכות לשם טוב.

(3) האמנות, המדע, המחקר וההוראה הם חופשיים. חופש ההוראה אינו גורע מחובת הנאמנות לחוקה.

הגבלתו של חופש הביטוי הקבוע בסעיף 15(1) לחוק היסוד נבחנה בפסיקתו של בית המשפט החוקתי דרך עקרון המידתיות, ובמסגרתו דרך "תאוריית ההשפעה המתחלפת" (Wechselwirkungstheorie). ההנחה המקדימה לבחינתה של פגיעה בחופש הביטוי היא, כפי הקבוע בסעיף 25(2) לחוק היסוד לעיל, כי פגיעה בחופש הביטוי עשויה להיות חוקתית כאשר היא נעשית בחוק (או מכוחו של חוק) "כללי". אולם פרשנותו של המונח "חוק כללי" היא עצמה שנויה במחלוקת.<sup>170</sup> על פי גישה פרשנית אחת, חוק כללי אינו מכוון נגד ביטוי או דעה מסוימים. חולשתה של גישה פרשנית זו היא באי-יכולתה להצדיק קיומו של איסור המכוון דווקא נגד דעה מסוימת, דוגמת האיסור הקבוע בחוק העונשין על ביטוי התומך באידאולוגיה הנצינול-סוציאליסטית או מצדיק אותה, לבד מדרך החרגת "יוצא מן הכלל". פרשנות דומה רואה בחוק כללי כזה שמטרתו להגן – כאמור ללא הכוונה לדעה כזו או אחרת – על ערך או על אינטרס מתחרה לחופש הביטוי.<sup>171</sup> בדבר גישה פרשנית זו נטען בספרות המשפטית כי בשם הגנה על ערך מתחרה יכול המחוקק, בדרך עקיפה, להגביל דווקא דעה מסוימת. דוגמה לכך עשויה להיות איסור על ביטויים מסוימים המציגים דעה מסוימת בטענה של הגנה על

---

בהקשר זה מעניינת ההשוואה לפרשנות הישראלית כפי שעולה מתוך עניין רע"ב 2459/12 צלאח נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בתקדין, 24.12.2012). באותו עניין נדונו במשותף שלוש עתירות שונות של אסירים ביטחוניים נגד החלטת שירות בתי הסוהר שלא לאפשר להם לימודים באוניברסיטה הפתוחה ולחלופין להפסיק את לימודיהם בה (יש לציין כי לעומת זאת, כפי שהוזכר בהחלטות בעניין, שירות בית הסוהר מאפשר לאסירים פליליים ללמוד באוניברסיטה הפתוחה). בית המשפט העליון דחה בפסק דינו של הנשיא גרוניס את העתירות וקבע כי "לא נמצא בדין, כולל המשפט החוקתי, עיגון לזכותו של אסיר ללמוד לימודים גבוהים תוך כדי שהותו בכלא". כך נדחתה טענתם של העותרים כי האיסור על לימודים הוא פגיעה בזכות לחופש ביטוי ולרכישת השכלה וידע.

170 לגישות הפרשנויות המפורטות להלן השווו Schulze-Fielitz, לעיל ה"ש 169, פס' 141-138.

171 Heintzen, לעיל ה"ש 167, בעמ' 723.

השם הטוב (למשל הביטוי "חיילים הם רוצחים"). גישה פרשנית נוספת ראתה בביטוי "חוק כללי" כמתייחס לחוק המגן על ערך שמשקלו רב מזה של חופש הביטוי.<sup>172</sup>

הגישה המקובלת בפסיקתו של בית המשפט החוקתי לפרשנות המונח "חוק כללי" מאז פסק דינו המנחה בנושא (Lüth-Urteil)<sup>173</sup> היא שילוב של העמדות הפרשניות לעיל. המלומד ונט (Wendt) מציין כי פרשנותו המדויקת של המונח עדיין לא הובהרה בפסיקה לחלוטין. עם זאת ברור כי הוראת חוק אינה מקיימת את התנאי כאשר היא מכוונת נגד דעה מסוימת, או כאשר היא מכוונת נגד אחת מנגזרותיה של הזכות לחופש ביטוי המפורטות בסעיף 5 לחוק היסוד.<sup>174</sup> פגיעה בחופש הביטוי הנעשית בחוק כללי נדרשת בנוסף כאמור לעיל לקיים את עקרון המידתיות על שלושת שלביו. למעשה, במהלך השנים נע מרכז

172 ראו Schulze-Fielitz, לעיל ה"ש 169, פס' 140; Rudolf Wendt, in I GRUNDGESETZKOMMENTAR Art. 5 Rn. 69 (Philip Kunig ed., 6. Auflage, 2012)

173 BVerfGE 7, 198 (1958) (להלן: פרשת לות'). העותר באותו עניין – אריך לות', חבר הסנאט בהמבורג ויו"ר לשכת העיתונאים – נשא נאום בפתיחתו של "שבוע הקולנוע הגרמני", שבמסגרתו היה אמור להיות מוקרן בין היתר סרטו החדש של הבמאי Veit Harlan. בנאומו קרא לות' לבתי הקולנוע ולקהל הצופים להחרים את סרטו של הרלן, משום שהרלן ביים בזמן הרייך השלישי את סרט התעמולה האנטישמי "היהודי זיס" (Jud Süß). החברה שבה הועסק הרלן ושבשבילה ביים את סרטו החדש פנתה ללות' וביקשה ממנו להבהיר את דבריו. בתגובה פרסם לות' מכתב פתוח בעיתונות שבו כינה את הרלן "במאי הסרטים הנאציים מספר 1", ובה חזר וקרא להחרים את הסרט. חברת הסרטים פנתה לבית המשפט בהמבורג, וזה קבע איסור על לות' להוסיף ולקרוא לחרם על סרטו של הרלן – הז'נרל בתי הקולנוע הז'נרל מצד הצופים. בית המשפט הסביר כי עברו של הרלן כבמאי הסרט "היהודי זיס" נבחן בעבר בבית המשפט בהליך פלילי אשר נסתיים ללא הרשעתו. לפיכך אין להטיל על הרלן מגבלות בעיסוקו כבמאי בגין עברו כאמור. הקריאה לחרם על סרטו של הרלן מנוגדת לקבוע בס' 826 לקודקס האזרחי (BGB), האוסר על פעולה המנוגדת למוסר הנוהג (Gute Sitten). ערעורו של לות' על ההחלטה נדחה בבית המשפט העליון של המבורג. נגד ההחלטה עתר לות' אל בית המשפט החוקתי בטענה כי החלטת בית המשפט בעניינו פוגעת בזכותו החוקתית לחופש הביטוי. בית המשפט קיבל את העתירה וקבע כי בית המשפט שגה משלא הכיר בדבריו של לות' כחוסים בהגנתו של חופש הביטוי ומשלא פירש את הוראות ס' 826 לקודקס האזרחי בהתאם. משכך, ביטל בית המשפט החוקתי את החלטתו של בית המשפט קמא.

174 ראו Wendt, לעיל ה"ש 172, פס' 69; לניתוח ביקורתי ראו Schulze-Fielitz, לעיל ה"ש 169, פס' 140.

הכובד בבחינתה של פגיעה בחופש הביטוי בפסיקה מבחינת שאלת עמידתה של הפעולה הפוגעת בהוראות סעיף 5(2) לחוק היסוד אל בחינת עקרון המידתיות בהגבלתה של הזכות לחופש ביטוי.<sup>175</sup>

אשר לשלב השלישי בבחינת מידתיותה של הוראת חוק (או פעולת הרשות מכוחו של חוק) הפוגעת בחופש הביטוי פותחה בפסיקתו של בית המשפט החוקתי קונקרטיזציה לבחינת מידתיות במובן הצר דרך "תאוריית ההשפעה המתחלפת". לפי תאוריה זו, הבסיס לאיזון הנערך בין חופש הביטוי ובין אינטרס מתחרה הוא בפרשנותו של דבר החקיקה המגן על אותו ערך מתחרה לאור חופש הביטוי.<sup>176</sup> כלומר, ראשית יש לפרש את החוק המגביל את הזכות לחופש הביטוי לאור ההכרה בחשיבותו ובמעמדו המרכזי של חופש הביטוי במדינה דמוקרטית המגנה על חירויות הפרט, דהיינו דרך פרשנות המצמצמת את יכולתו לפגוע בחופש הביטוי. לאחר שלב זה יש לבחון אם במקרה הקונקרטי, לאור פרשנותו של החוק הפוגע – אשר כשלעצמה תיעשה באופן השואף לצמצם את הפגיעה בשל חשיבותו של חופש הביטוי כאמור – גוברת ההגנה על הערך המתחרה על ההגנה הניתנת לחופש הביטוי.<sup>177</sup>

על פי הפרשנות בספרות המשפטית, הבחינה ה"מתחלפת", שבגינה זכתה התאוריה הפרשנית לכינויה – פרשנותו של דבר חקיקה הפוגע בזכות בשל חופש הביטוי מחד ובחינת הגבלתו את חופש הביטוי במסגרת איזון ערכים מאידך – תיושם לאור חשיבותו של חופש הביטוי. כך, כשמדובר בביטוי הנוגע לביקורת על נושאים חברתיים ופוליטיים, יידרש אינטרס כבד משקל במיוחד על מנת להצדיק פגיעה בזכות.<sup>178</sup>

בית המשפט החוקתי חזר והדגיש בפסיקה הבוחנת מידתיות פגיעה בחופש הביטוי כי מתוך איזון האינטרסים אין להסיק לעניין היחס שבין שני הערכים הרלוונטיים באופן מופשט. אף שבחינת המידתיות במובן הצר על פי תאוריית

Christoph Grabenwarter, in I THEODOR MAUNZ & GÜNTHER DÜRIG GRUNDGESETZ KOMMENTAR, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 143 (2013)

ראו פרשת לות', לעיל ה"ש 173, עמ' 208 ואילך.

Schulze-Fielitz, לעיל ה"ש 169, פס' 159; Heintzen, לעיל ה"ש 167, פס' 724.

Hans D. Jarass, in HANS D. JARASS & BODO PIEROTH, GRUNDGESETZKOMMENTAR, Art. 5 Rn. 57 (12. Auflage, 2012); KLAUS STERN, IV/1 DAS STAATSRICHT DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND: DIE EINZELNEN GRUNDRECHTE 1476–1477 (2006)

ההשפעה המתחלפת כוללת, ראשית, פרשנות של החוק הפוגע לאור ערך חופש הביטוי, האיוון הנערך בשלב זה הוא איוון קונקרטי, על פי נסיבותיו של המקרה הנדון.<sup>179</sup> למרות זאת ניתן לדלות מן הפסיקה בנושא כמה קווים מנחים לשאלת מידתיותה של פגיעה בחופש הביטוי:

ראשית, פסיקתו של בית המשפט החוקתי העניקה משקל ערכי שונה להיבטים שונים של חופש הביטוי וקבעה איוון ערכי לפי ההיבט הרלוונטי של חופש הביטוי במקרה הנדון.<sup>180</sup> במסגרת זו הוכר חופש הביטוי הפוליטי כבעל חשיבות רבה במיוחד, שכן הוא תורם לפיתוחו ולהרחבתו של הדין הציבורי בשאלות שנויות במחלוקת. לכן ההנחה אשר באה לידי ביטוי בפסיקה במסגרת איוון

179 Grabenwarter, לעיל ה"ש 175, פס' 148.

180 Schulze-Fielitz, לעיל ה"ש 169, פס' 161. יש לציין כי הבחנה זו שבין סוגים שונים של חופש הביטוי המשפיעים בהכרח על טיבו של איוון האינטרסים שבמסגרת בחינתה של פגיעה בחופש הביטוי מוכרת היטב גם בפסיקה הישראלית. דוגמה לכך ניתן למצוא בבג"ץ 5432 /03 ש.י.ג. – לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים, פ"ד נח (3) 65, אשר עסק בשאלה אם התרת שידורי ערוץ "פלייבוי" היא כדוין. בפסק הדין בחנה השופטת דורנר את ההוראה המתירה שידורי הערוץ הן בדרך של איוון אינטרסים אנכי בין אינטרס הפגיעה ברגשות הציבור ובין חופש הביטוי, הן בדרך של איוון אינטרסים אופקי, בין זכות הביטוי וחופש העיסוק מחד לכבוד האשה מאידך. בחינה זו הובילה את בית המשפט לתוצאה כי ההוראה המתירה שידור הערוץ מקיימת איוון נכון, ולפיכך היא חוקתית:

שאלה זו [שאלת מידת ההגנה על חופש הביטוי] נבחנת על-יסוד המטרות העומדות בבסיס חופש הביטוי, שעיקרן ההגשמה העצמית של בני-האדם, קידום ההליך הדמוקרטי, והעשרת שוק הרעיונות התורמת לגילוי האמת [...] ככל שמגשים הביטוי מטרות אלה בצורה מלאה יותר, כן תגדל מידת ההגנה עליו. כך, לדוגמה, ההגנה על הביטוי הפוליטי רחבה יותר מההגנה על הביטוי המסחרי, דבר המתבטא בנוסחת האיוון בינו לבין הערכים והאינטרסים המתחרים. שכן, "הכול מסכימים, כי גבולותיו של חופש הביטוי המסחרי, שלא כל הטעמים של חופש הביטוי חלים לגביו, צרים מגבולות חופש הביטוי הפוליטי או האמנותי" (שם, עמ' 82 לפסק הדין).

ראו עוד: בג"ץ 5118/95 מאיר סימון פרסום שיווק ויחסי ציבור בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד מט (5) 751, בעמ' 755-756; בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות נ' רשות השידור, פ"ד מח (2) 1, בעמ' 12.

אינטרסים במקרה העוסק בחופש הביטוי הפוליטי, היא כי הביטוי הפוליטי יזכה לעדיפות על פני ערך מתחרה, משום שהוא "גרעין" הזכות לחופש הביטוי.<sup>181</sup> בשל העדיפות העקרונית המוענקת לחופש הביטוי הפוליטי ייחד בית המשפט החוקתי מקום מרכזי להקשר הדברים ולמטרתו של הביטוי, כלומר לשאלה אם הביטוי כוון להביע עמדה בשיח הציבורי או שמטרתו הייתה בידורית גרידא.<sup>182</sup> כך למשל הסביר בית המשפט כי קריאה לחרם צרכנים תחסה עקרונית בהגנת חופש הביטוי כאשר המניע וההקשר שבו נערך הביטוי הוא פוליטי וקשור באינטרסים כלכליים או חברתיים כלליים. קריאה לחרם המונעת ממניע כלכלי אישי במסגרת התחרות בשוק החופשי לא תזכה להגנה עקרונית דומה.<sup>183</sup> הבחנה נוספת התייחסה להקשר שבמסגרתו נערך הביטוי. כך למשל ביטוי במסגרת קמפיין בחירות יזכה לעדיפות עקרונית גבוהה על פני ערך מתחרה, משום חשיבותם הרבה של ביטויים במסגרת זו לקיומו של הליך בחירות דמוקרטי.<sup>184</sup>

- 181 Schulze-Fielitz, לעיל ה"ש 169, פס' 162; כן ראו פסקי הדין המוזכרים שם, בה"ש 805.
- 182 ראו BVerGE 34, 269 (1973). הרקע העובדתי באותו עניין היה פרסומים במגזינים בגרמניה בשנים 1961-1962 של ראיונות לכאורה עם פרודתו של השאה הפרסי, הנסיכה סוריה (Soraya Esfandiary-Bakhtiary), שבהם היא חשפה לכאורה פרטים אישיים על חייה. ראיונות אלה היו בדויים. הנסיכה סוריה תבעה את המוציא לאור בטענה לפגיעה בשמה הטוב ובפרטיותה. תביעתה זו נתקבלה, ונפסקו לה פיצויים כספיים. המוציא לאור עתר בפני בית המשפט החוקתי בטענה כי החלטת בית המשפט לפסיקת הפיצויים היא בין היתר פגיעה בזכותו לחופש הביטוי. בית המשפט החוקתי דחה את הטענה והסביר כי אף שהביטוי נהנה מהגנתו של חופש הביטוי, עוברת היותו "בידורי" ותו לא משפיעה על מידת ההגנה אשר תינתן לו. שם, בעמ' 283 לפסק הדין.
- 183 ראו BVerfGE 62, 230 (1982). באותו עניין יצאה קריאה לחרם צרכנים על קמעונאים אשר מכרו מותגים בהנחות ניכרות. מאחורי הקריאה שפורסמה לחרם צרכנים עמדו סוחרים מתחרים. בית המשפט החוקתי קבע כי הקריאה לחרם הנובעת ממניעים כלכליים במסגרת תחרות בין סוחרים אמנם נכללת בחופש הביטוי, אולם במסגרת השקלול עם אינטרס מנוגד עשויה הגבלתה להיות מידתית. במסגרת פסק דינו ציין בית המשפט כי לעומת זאת קריאה לחרם הנעשית במסגרת דיון פוליטי ואשר נוגעת לאינטרסים של הכלל תזכה ככלל לעדיפות על פני אינטרס הנפגע מן החרם (שם, בעמ' 244 לפסק הדין).
- 184 ראו BVerfGE 61, 1 (1982). באותו עניין התמודד העותר בבחירות לפרלמנט האירופי מטעם המפלגה הסוציאל-דמוקרטית הגרמנית (SPD). במסגרת אספת בחירות הוא

עיקרון מנחה נוסף לבחינת המידתיות של פגיעה בחופש הביטוי הוא אופן הגבלתו של חופש הביטוי. בחינתה של הגבלה על תוכנו של ביטוי במסגרת מידתיות במובן הצר תיעשה בחומרה רבה מזו שבה תיעשה בחינת הגבלה על צורתו של הביטוי. דוגמה לכך היא בפסק דינו של בית המשפט החוקתי משנת 1976. באותו עניין היה מדובר בפרסום בכתב, שבו נטען כי מגזין חדש שיצא לאור הוא למעשה "הסתה של הימין הקיצוני" (rechtsradikales Hetzblatt). עורכיו ובעליו של המגזין תבעו את המפרסמים בגין לשון הרע. בית המשפט קבע כי על המפרסמים חל איסור לחזור על הביטוי "הסתה של הימין הקיצוני", אולם דחה את התביעה לאסור כל ביטוי בעל תוכן זהה. המפרסמים עתרו לבית המשפט החוקתי וטענו כי ההגבלה פוגעת בזכותם לחופש הביטוי.<sup>185</sup> בית המשפט החוקתי דחה את העתירה. בהנמקתו הסביר בית המשפט כי ההגבלה שהוטלה על העותרים היא צורנית בלבד ואינה הגבלה תוכנית, שכן המפרסמים רשאים לחזור על תוכן הדברים בניסוח אחר. משכך, מדובר בפגיעה שהיא מידתית.<sup>186</sup> גם לאמצעי התקשורת שדרכו מתפרסם הביטוי, וליתר דיוק למידת השפעתו, חשיבות בשאלת הגבלתו של חופש הביטוי. כאשר מדובר באמצעי תקשורת בעל יכולת הפצה והשפעה ניכרת (למשל שידור טלוויזיה), תהיה האפשרות להטלת מגבלות על פרסום הביטוי רחבה מהאפשרות להטלת מגבלות כאלה באספה או בהפגנה.<sup>187</sup>

אמר כי המפלגה הנוצרית השמרנית (CSU) היא "ה-NPD מפלגת הימין הקיצוני בגרמניה המתוארת לרוב כמפלגה נאו-נאצית של אירופה". בגינו של ביטוי זה הגישה מפלגת CSU תביעה נגד העותר, ובגינה הוטל על העותר קנס כספי. בעתירתו לבית המשפט החוקתי טען העותר כי הביטוי חוסה בהגנת ס' 1(5) לחוק היסוד. בית המשפט החוקתי קיבל את העתירה. בפסק דינו הדגיש בית המשפט כי מטרת הביטוי הייתה דיון פוליטי ציבורי. ככל שאופיו הציבורי של הדיון חשוב יותר, כך תגבר ההגנה הניתנת לו. עוד הדגיש בית המשפט את העובדה שהדיון נערך במסגרת אספת בחירות – אירוע חשוב ומרכזי במסגרת עיצוב הדעות בהליך הפוליטי. מטבע הדברים האמירות במסגרת אספה כזו נוטות לקיצוניות מסוימת (השוו עמ' 11 לפסק הדין). ראוי לציין כי גם הפסיקה הישראלית הדגישה כי ביטוי פוליטי במסגרת מערכת בחירות ראוי להגנה מיוחדת. השוו לדוגמה: בג"ץ 2194/06 מפלגת שינוי נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית (לא פורסם), פס' 14 לפסק דינו של השופט ברק.

BVerfGE 42, 143 (1976) 185

שם, בעמ' 149-150 לפסק הדין. 186

Schulze-Fielitz, לעיל ה"ש 169, פס' 168. 187

המלומד גרבנווארט (Grabenwarter) מסביר כי אף שבפועל האיזון בין חופש הביטוי לבין ערך מתחרה על פי תאוריית ההשפעה המתחלפת התמקד לא בפרשנות הנורמה הפוגעת תאורטית בחופש הביטוי, לאור ערכי חוק היסוד, אלא בבחינת מידתיות במובן הצר לאור נסיבותיו של המקרה הנדון,<sup>188</sup> עדיין נשמעת ביקורת רבה נגד התאוריה בטענה כי היא מיותרת ומביאה ל"איזון אינסופי" בין הערכים המתחרים.<sup>189</sup> נראה כי יש להצדיק ביקורת זו היות שקשה לראות היכן מועילה תאוריית ההשפעה המתחלפת להגנה על חופש הביטוי לעומת הפעלתו ה"רגילה" של עקרון המידתיות במובן הצר. למעשה – ושלא כמו הרטוריקה המשפטית אשר הציגה את תאוריית ההשפעה המתחלפת כמגנה במידה מוגברת על חופש הביטוי – נראה כי בחינת הפרשנות המופשטת של החוק הפוגע בשלב הראשון של בחינת המידתיות במובן הצר מחזקת דווקא את האינטרס העומד לאיזון עם חופש הביטוי ולא את חופש הביטוי.

גם הכללים אשר פותחו בפסיקה לאיזונו של חופש הביטוי עם ערך מתחרה מלמדים על החשיבות שבהחלת עקרון המידתיות לאור הזכות הנפגעת ולאור נסיבותיו של המקרה, שכן האיזון בין חופש הביטוי לערך מתחרה אינו כזה הניתן להגדרה מראש בנוסחה קבועה. איזון זה תלוי רבות בהיבט הזכות הנפגעת, כלומר בחשיבות הזכות הנפגעת במקרה הנדון.

## (2) בחינת מידתיותה של הפגיעה בחופש העיסוק

(i) מידתיות ותאוריית השלבים

חופש העיסוק מעוגן בסעיף 12 לחוק היסוד הגרמני, הקובע בס"ק (1) כי "לכל אזרח נתונה הזכות לבחור באופן חופשי במקצוע, מקום עבודה או מקום התמחות. העיסוק במקצוע יכול להיות מוסדר בחוק או מכוחו".<sup>190</sup> חוקתיות הגבלתו של חופש העיסוק נבחנה בפסיקה על פי עקרון המידתיות. עם זאת פיתח בית המשפט החוקתי בפסיקתו קונקרטיזציה לבחינת מידתיות

188 Grabenwarter, לעיל ה"ש 175, פס' 145.

189 שם, פס' 147.

190 (1) Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden



הפגיעה בחופש העיסוק דרך "תאוריית השלבים" (Stufenlehre),<sup>191</sup> אשר הוצגה לראשונה בפסק הדין המנחה בסוגיה בעניין בתי המרקחת, שניתן בשנת 1958.<sup>192</sup> התאוריה מבוססת על הבחנה בין שלוש רמות שונות של פגיעה בחופש העיסוק:<sup>193</sup>

הרמה הראשונה היא פגיעה "קלה יחסית" בחופש העיסוק, הבאה לידי ביטוי בהסדרתו של אופן העיסוק (Ausübungsregelungen) בדרך שאינה משפיעה על הבחירה בעיסוק. כלומר, הגבלה שאינה נוגעת לשאלת התנאים לשם עיסוק במקצוע מסוים אלא לשאלה כיצד יוסדר העיסוק באותו מקצוע;

רמה "בינונית" של פגיעה בחופש העיסוק באה לידי ביטוי, על פי גישה זו, ב"דרישות קבלה סובייקטיביות" לעיסוק במקצוע (subjektive Zulassungs-) (voraussetzungen). דהיינו, דרישות לתכונות, לכישורים או להישגים אישיים לשם עיסוק במקצוע מסוים. אלה כוללים בראש ובראשונה דרישות הנוגעות להשכלה מקצועית או לעמידה בבחינות סף אך גם דרישות לקיומן של תכונות אישיות כדוגמת אמינות. דרישות גיל או שייכות למגדר הוכרו אף הן כדרישות סובייקטיביות המגבילות את הכניסה למקצוע אף שלמועמד אין יכולת השפעה על התקיימותן.

הפגיעה הרבה ביותר בחופש העיסוק היא זו המציבה דרישות אובייקטיביות (Objektive Zulassungsvoraussetzungen) לעיסוק במקצוע. דרישות כאלה אינן קשורות למבקש לעסוק במקצוע וכוללות לדוגמה מונופול פרטי או מונופול שבשליטת המדינה.<sup>194</sup>

191 Grabitz, לעיל ה"ש 48, בעמ' 592; Jarass, GRUNDGESETZKOMMENTAR, Art. 12, לעיל ה"ש 20, פס' 33; Heintzen, לעיל ה"ש 167, בעמ' 724; Wieland, לעיל ה"ש 21, פס' 92.

192 BVerfGE 7, 377 (1958)

193 להבחנה זו השווה Wieland, לעיל ה"ש 21, פס' 92-97; Jarass, GRUNDGESETZKOMMENTAR, Art. 12, לעיל ה"ש 20, פס' 33-39.

194 Jarass, GRUNDGESETZKOMMENTAR, Art. 12, לעיל ה"ש 20, פס' 36. דרישה אובייקטיבית המגבילה את חופש העיסוק נדונה בפסק דינו המנחה של בית המשפט החוקתי בגרמניה בפרשת בתי המרקחת, לעיל ה"ש 19. שם מדובר בהוראת חוק אשר קבעה כי בבחינת מתן רישיון לפתיחת בית מרקחת יש להבטיח כי מצבם הכלכלי של בתי המרקחת שכבר קיימים באותו אזור לא ייפגע באופן שלא יוכלו עוד למלא את ייעודם כראוי. בלשון המקור:

התאוריה מבוססת על שתי הבחנות: ראשית, הבחנה בין פגיעה באופן העיסוק (Berufsausübung) ובין פגיעה בבחירת עיסוק (Berufswahl). פגיעה באפשרות לבחירה בעיסוק, כלומר הגבלתה של הכניסה לעיסוק, קשה מפגיעה הנגרמת דרך הסדרתו של אופן העיסוק; הבחנה שנייה היא בין רמות שונות של פגיעה באפשרות הבחירה בעיסוק. פגיעה הנגרמת מהצבת תנאים סובייקטיביים לכניסה לעיסוק לעומת פגיעה קשה יותר, הבאה לידי ביטוי בהצבתם של תנאים אובייקטיביים לכניסה לעיסוק. עם זאת אין מדובר בהבחנות מובהקות. למשל, לא רק דרישות קבלה לעיסוק מגבילות את האפשרות לבחור בו אלא גם הסדרה דווקנית של אופן העיסוק.<sup>195</sup> במקרה כזה השאלה אם הגבלתו של חופש העיסוק מידתית תיבחן אפוא לא רק על פי ההגבלה הפורמלית על חופש העיסוק אלא גם על פי ההגבלה המהותית, כלומר על פי השאלה מהי מידתה ועוצמתה של ההגבלה שנוצרה בפועל באשר לאותו עיסוק.

(ii) בחינת מידתיות הפגיעה בחופש העיסוק לאור תאוריית השלבים

על פי תאוריית השלבים, בחינת המידתיות של פגיעה בחופש העיסוק תיעשה לפי סיווגה של הפגיעה כפגיעה באופן העיסוק, פגיעה המציבה דרישות סובייקטיביות כתנאי לעיסוק או פגיעה המציבה דרישות אובייקטיביות כתנאי לעיסוק כאמור לעיל. ככל שהפגיעה בחופש העיסוק מסווגת כחמורה יותר, כך הדרישות לשם ההכרה בפגיעה כעומדת בעקרון המידתיות יהיו דווקניות יותר.<sup>196</sup> תאוריית השלבים נוגעת לפרשנותו של מבחן הצורך ובעיקר לפרשנותו של מבחן המידתיות כמובן הצר: כאשר הרשות מבקשת להגשים תכלית ראויה דרך אמצעי הפוגע בזכות לחופש העיסוק, עליה ראשית לבחור באמצעי שיעילותו להגשמת התכלית שווה (ליעילותם של אמצעים אחרים) ופגיעתו (בהשוואה לפגיעה העשויה להיגרם מאמצעים אחרים) פחותה, ומידת הפגיעה נמדדת על

---

Durch sie (die neue Apotheke – M.K.) die wirtschaftliche Grundlage der benachbarten Apotheken nicht so weit beeinträchtigt wird, daß die Voraussetzungen für den ordnungsgemäßen Apothekenbetrieb nicht mehr gewährleistet sind.

195 ראו Jarass, GRUNDGESETZKOMMENTAR, Art. 12 'פס' 20, לעיל ה"ש 20, פס' 37.

196 JörnAxel Kämmerer, in I GRUNDGESETZKOMMENTAR (PhilipKunig ed., 6. Auflage 2012)

Wieland ;Art. 12 Rn. 59, לעיל ה"ש 21, פס' 92.

פי הסיווג לעיל.<sup>197</sup> למשל, בבחינת היחס שבין תכלית לאמצעי במסגרת מבחן הצורך, יש הנחה כי פגיעתו של אמצעי המציב תנאים אובייקטיביים לעיסוק נחשבת חמורה ביותר, פגיעתו של אמצעי המציב תנאים סובייקטיביים לפגיעה בחופש העיסוק פחותה, ופגיעתו של אמצעי המציב תנאים להסדרתו של אופן העיסוק היא הפחותה ביותר. יודגש כי חובת הרשות לבחור באמצעי שפגיעתו פחותה מנותקת משאלת נוסחת האיזון הרלוונטית בין חופש העיסוק לערך המתחרה<sup>198</sup> (לנוסחאות האיזון ראה להלן במסגרת מידתיות במובן הצר). כך, ככלל ראה בית המשפט באמצעי המגביל את אופן העיסוק בלבד אמצעי המקיים את דרישת הצורך. לעומת זאת בחירה באמצעי המגביל את עצם הבחירה בעיסוק מסוים תדרוש הוכחה מצד הרשות כי אין אפשרות להביא להגשמתה של התכלית המבוקשת בדרך אחרת.<sup>199</sup>

בבחינת מידתיות במובן הצר פיתחה הפסיקה (במסגרת תאוריית השלבים) הבחנות המבוססות על ההסתברות לקיומה של פגיעה בערך מתחרה לחופש העיסוק ועל חשיבותו של אותו ערך.

כללים המסדירים את אופן העיסוק יעמדו במבחן המידתיות במובן הצר כאשר הם נובעים מתוך שיקולים ענייניים והגיוניים לטובת הכלל.<sup>200</sup> כשיקולים כאלה הוכרו האינטרסים שבקביעת מדיניות מסוימת בתחום העבודה והרווחה כמו גם בקביעת מדיניות כלכלית.<sup>201</sup> בחינת המידתיות במובן הצר היא הדרגתית, על פי הפגיעה – נדרש כי ככל שפגיעתה של הסדרת העיסוק בחופש העיסוק עצמו גדולה יותר, כך האינטרס של טובת הציבור – תכלית הפגיעה – יהיה חשוב יותר לשם הצדקתה של הפגיעה בזכות.<sup>202</sup> יש לציין כי בפסיקת בתי המשפט ניכר מרחב שיקול הדעת אשר הוענק למחוקק בבחינת מידתיותם של כללים המסדירים את אופן העיסוק: ברגיל מדובר בכללים שנועדו להגשים

197	Kämmerer, לעיל ה"ש 196, פס' 60; PIEROTH, SCHLINK, KINGREEN, & POSCHER, לעיל ה"ש 21, פס' 920.
198	Kämmerer, לעיל ה"ש 196, פס' 60.
199	פרשת בתי המרקחת, לעיל ה"ש 19, בעמ' 405.
200	שם; Wieland, לעיל ה"ש 21, פס' 99; Kämmerer, לעיל ה"ש 196, פס' 61.
201	Wieland, לעיל ה"ש 21, פס' 100.
202	שם, פס' 99.

מדיניות כלכלית או חברתית מסוימת. בתחום זה ניתן למחוקק ממילא מתחם שיקול דעת רחב להחלטתו.<sup>203</sup>

דוגמה לפסק דין שנדונה בו הוראה הנוגעת להסדרתו של עיסוק הוא פסק דינו של בית המשפט החוקתי אשר עסק בחוקתיות הוראת החוק אשר קבעה את שעות הפתיחה והסגירה של חנויות.<sup>204</sup> העותר, בעליה של חנות ספרים, טען כי שעות הפתיחה והסגירה שנקבעו בחוק<sup>205</sup> פוגעות בזכותו לחופש עיסוק. בית המשפט החוקתי קבע כי הוראת החוק מגבילה את חופש העיסוק בדרך של הסדרת אופן העיסוק. הוא חזר על ההלכה הקבועה כי בהסדרה כזו מסור למחוקק שיקול דעת רחב, וכי הפגיעה הנגרמת לחופש העיסוק בדרך זו תהיה לגיטימית כאשר שיקולים הגיוניים לטובת הכלל הם המנחים אותה. מטרת החוק באותו עניין הייתה הגנה על העובד השכיר ושמירה על תחרות הוגנת בין בעלי עסקים. בית המשפט הסביר כי הגם שהגנתו של העובד מוסדרת בחוקים אחרים, ובהם חוק החברות, הקובע אף הוא כללים בדבר שעות הפתיחה והסגירה של בתי עסק, הרי שבשל מתחם שיקול הדעת המוענק למחוקק כאשר נבחנת פגיעה באופן הסדרת העיסוק ובשל התכליות אשר הנחו את המחוקק ואשר מגשימות את טובת הכלל, יש לקבל את דעתו של המחוקק בדבר הצורך בהסדרה נוספת של שעות הפתיחה והסגירה של חנויות כאמור.<sup>206</sup> משכך, קבע בית המשפט כי הוראות החוק מקיימות את דרישת המידתיות.

- 203 שם, פס' 102.
- 204 BVerfGE 13, 237 (1961)
- 205 החוק קבע כי על חנות להישאר סגורה בימי ראשון ובימי חג, בימים ב' עד ו' לפני השעה 7:00 ואחרי השעה 18:30, וביום שבת לפני השעה 7:00 ואחרי השעה 14:00, למעט יום שבת הראשון בכל חודש וארבעת סופי השבוע שלפני חג המולד, אז יש לסגור את החנות בשעה 18:00. ראו שם, בעמ' 237.
- 206 שם, בעמ' 240-241; ראו עוד פסק דינו של בית המשפט החוקתי הודן בהוראת חוק שקבעה איסור של אפיייה במאפיות ובקונדיטוריות בשעות הלילה (החל מן השעה 22:00 ועד השעה 04:00) – BVerfGE 87, 363 (1992). תכלית החקיקה הייתה הגנה על בריאותם של העובדים במאפיות (מתוך הנחה כי ללא ההגנה שבחוק ייאלצו, בשל הדרישה לדברי מאפה טריים בשעות הבוקר, לעבוד במשך הלילה, דבר שיפגע בכריאותם). בבחינת מידתיות של הוראות החוק קבע בית המשפט כי מדובר בהסדרתו של אופן העיסוק. כן קבע בית המשפט כי ההוראה מידתית. בהתייחס לטענות העותרים כי עבודה במשמרות אשר תחלק את שעות העבודה לכמה משמרות ווכל להגן טוב יותר על בריאות העובדים, הפנה בית המשפט לשיקול הדעת הרחב

בחינת מידתיותם של כללים המסדירים את אופן העיסוק תיעשה מנקודת מבטם של כלל המועסקים שהוראות החוק חלות עליהם. עם זאת עקרון המידתיות עשוי לחייב את הרשות לחוקק הוראות נוספות שיחולו במקרים יוצאי דופן (אם קיימים מקרים כאלה) שבהם הפגיעה בחלק מסוים מן המועסקים קשה במיוחד לעומת הפגיעה באחרים.<sup>207</sup> בדומה לזה דרישת המידתיות יכולה לחייב את הרשות לקבוע כללי מעבר, למשל כאשר הסדרתו של אופן העיסוק מובילה לתוצאה כי אלה שעסקו בו בעבר לא יוכלו עוד לעסוק בו לפי הכללים החדשים.<sup>208</sup>

כללים המטילים דרישות סובייקטיביות כתנאי לכניסה לעיסוק יעמדו במבחן המידתיות במובן הצר כאשר הם "מתחייבים מתוך העניין הנדון".<sup>209</sup> לעניין זה משתנה דרישת המידתיות לפי אופיו של התנאי הסובייקטיבי ולפי הנסיבות הנדונות.<sup>210</sup>

דוגמה לדרישה סובייקטיבית אשר הוכרה בבית המשפט החוקתי כמקימת את עקרון המידתיות היא הדרישה מבעל מלאכה המבקש להיות עצמאי לעמוד במבחן מקצועי להוכחת מומחיותו. בעניין בעלי מלאכה, שכבר הוזכר לעיל, קבע בית המשפט החוקתי כי הדרישות שהוצבו הן מידתיות לשם הגשמת האינטרסים הציבוריים של שמירה על התחום המקצועי לבעלי ידע מתאים בלבד ושל הגנה על מערכת ההתמחות הקיימת בענפים המקצועיים.<sup>211</sup>

עם זאת פגיעה בחופש העיסוק הנגרמת מדרישות מקצועיות-סובייקטיביות המחמירות מן הנדרש לא תעמוד במבחן המידתיות. דוגמה לכך היא פסק דינו של בית המשפט החוקתי אשר עסק בתנאים הנדרשים לשם עיסוק בהנהלת חשבונות הרלוונטית לצורך מיסוי.<sup>212</sup> באותו עניין דובר בשינוי הוראות החוק המסדירות את התנאים הנדרשים לעיסוק בהנהלת חשבונות כאמור. הוראות אלה סיווגו

---

המוקנה למחוקק בבחינת הסדרה הפוגעת באופן העיסוק, להבדיל מהסדרה הפוגעת בבחירת העיסוק. השוו פסק הדין עמ' 382 ואילך.

207 Wieland, לעיל ה"ש 21, פס' 103.

208 שם, פס' 104.

209 Kämmerer, לעיל ה"ש 196, פס' 61.

210 Wieland, לעיל ה"ש 21, פס' 105.

211 השוו עניין בעלי מלאכה, לעיל ה"ש 22, בעמ' 113.

212 BVerfGE 54, 301 (1980)

את הנהלת החשבונות הרלוונטית לצורכי מס כיעוץ מס, ולכן קבעו כי התנאים הנדרשים לשם עיסוק במקצוע הם אלה הנדרשים לשם עיסוק במקצוע יועץ מס והכוללים עמידה בבחינה מקצועית. העותרת באותו עניין התמחתה מקצועית לשם עיסוק בהנהלת חשבונות ועסקה בו בתור עצמאית, אך לא קיימה את הדרישות לשם עיסוק כיועץ מס. לאחר השינוי בהוראות החוק נדרשה העותרת, על מנת להמשיך ולעסוק בעיסוק זה, למלא את התנאים לשם עיסוק במקצוע המשויך ליעוץ מס, לרבות עמידה בבחינה כאמור. העותרת פנתה לבית המשפט החוקתי בטענה כי הוראות החוק פוגעות בזכותה לחופש העיסוק.

בית המשפט קבע כי הוראות החוק פוגעות בחופש לבחירת עיסוק ועבר לבחינתה של מידתיות הפגיעה. ראשית קבע בית המשפט כי מטרת הוראות החוק – טובת הציבור שיעוץ מס מקצועי ייעשה רק בידי המומחים לכך – היא מטרה ראויה. אולם החלת הדרישות הרלוונטיות לעיסוק ביעוץ מס על העוסקים בהנהלת חשבונות (כאמור, כאשר הרישומים במסגרת ניהול ספרי החשבון רלוונטיים לשאלת מיסוי), שכבר עברו הכשרה מקצועית לשם עיסוקם בהנהלת חשבונות, אינה מידתית.<sup>213</sup>

המלומד וילנד (Wieland) מסביר בהקשר זה כי הכרתו של בית המשפט ב"אינטרסים ציבוריים" שמציב המחוקק כמצדיקים הצבת תנאים סובייקטיביים המגבילים את אפשרותו של אדם לעסוק במקצוע מסוים, מניחה מתחם שיקול דעת רחב למחוקק, ולכן מציבה בפניו – הלכה למעשה – אפשרות רחבה להגבלתו של חופש העיסוק בדרך זו.<sup>214</sup>

דרישות אובייקטיביות לכניסה לעיסוק יעמדו במבחן המידתיות רק כאשר הן נדרשות למניעתה של סכנה חמורה בדרגת ודאות קרובה לאינטרס חברתי בעל חשיבות עליונה (überragend).<sup>215</sup>

יש מחלוקת בשאלה אם המחוקק רשאי להצהיר בחוק, ללא עיגון חוקתי מתאים, כי אינטרס מסוים הוא בעל חשיבות עליונה כאמור.<sup>216</sup> נגד ההכרה

213 שם, עמ' 314 ואילך.

214 Wieland, לעיל ה"ש 21, פס' 107-108.

215 במילותיו של בית המשפט החוקתי: "die Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut". השוו פרשת בתי המרקחת, לעיל ה"ש 19, בעמ' 408.

216 לתיאור המחלוקת ראו Wieland, לעיל ה"ש 21, פס' 115.

באינטרס כבעל חשיבות כזו דרך הצהרת המחוקק נטען כי הכרה כזו מעניקה למחוקק חופש פעולה רחב מדי לפגיעה בחופש העיסוק, וזאת בשם אינטרס שהוא עצמו הצהיר על חשיבותו. מנגד נטען כי יכולתו של המחוקק להציב אינטרסים כבעלי חשיבות רבה נובעת מעצם תפקידו במדינה דמוקרטית. לכן כל עוד האינטרס שעליו הצהיר המחוקק כבעל חשיבות עליונה כאמור אינו שגוי או סותר את עולם הערכים שחוק היסוד מציג, יש לקבלו ככזה. ביקורת נשמעה גם נגד העובדה שבית המשפט החוקתי לא הציג הסבר מנומק לשאלה מהם הקריטריונים שלפיהם יסווג אינטרס כ"בעל חשיבות עליונה" כאמור.<sup>217</sup>

דוגמה להכרה בדרישות אובייקטיביות כפגיעה המקיימת את עקרון המידתיות היא פסק דינו של בית המשפט החוקתי, אשר בחן את חוקתיות ההוראה הקובעת כי השמתם של עובדים תיעשה רק בידי שירות התעסוקה הממשלתי.<sup>218</sup> בית המשפט החוקתי חזר שם על ההלכה שנקבעה בעניין בתי המרקחת, שלפיה דרישות אובייקטיביות לכניסה למקצוע, כדוגמת מונופול, יעמדו בדרישת המידתיות בהתקיים שני תנאים: ראשית, תכלית התנאי האובייקטיבי היא הגנה על אינטרס ציבורי חשוב במיוחד מפני סכנה חמורה בדרגת ודאות קרובה; שנית, התנאי האובייקטיבי הוא ללא כל ספק חיוני למניעת הסכנה לאינטרס. כלומר, הדרישה היא לתכלית ברמת חשיבות מסוימת (במקרה הנדון הגדיר בית המשפט את החשיבות הנדרשת "חשיבות מיוחדת". בעניין בתי המרקחת הסביר בית המשפט כי נדרשת תכלית בעלת "חשיבות עליונה") ולהסתברות מסוימת (ודאות קרובה) לפגיעה בה.

במקרה הנדון התכלית של השמת עובדים בידי שירות התעסוקה הממשלתי היא איוש מקומות עבודה פנויים מחד, כלומר זיהויו של ההיצע הקיים, והצעת פתרון למחסור בעובדים, כלומר פתרון בעיית הביקוש, מאידך. באותו עניין קבע בית המשפט כי תכליות אלה הן בוודאי אינטרס ציבורי ראשון במעלה. כן קבע בית המשפט כי האפשרות להשמה לא יעילה של עובדים היא סכנה חברתית חמורה, וכי השמה בידי גוף ממשלתי אשר מתוקף היותו מונופול הוא בעל ידע

Thomas Mann, in GRUNDGESETZ KOMMENTAR, (Michael Sachs ed., 5. Auflage, 2009) 217  
Art. 12 Rn. 158

BVerfGE 21, 245 (1967) 218

על שוק העבודה כולו – בנסיבות הרלוונטיות לפסק הדין – היא חיונית לשם מניעת סכנה זו, על השלכותיה, בשוק העבודה.<sup>219</sup>

בפסק דין נוסף אשר עסק בחוקיות הצבתן של דרישות אובייקטיביות המגבילות את הכניסה לעיסוק נבחנה שאלת חוקתיותה של קביעת מכסה למספר הרישיונות אשר נדרשים לעיסוק בהובלת טובין באמצעות מכוניות משא.<sup>220</sup> תכליות הוראת החוק, אשר קבעה מכסה לחלוקת רישיונות כאמור, היו ראשית הגנה על יציבותה הכלכלית של חברת הרכבות הגרמנית ושמירה על תפקידה המרכזי בשינוע טובין, ושנית קידום הבטיחות בדרכים – בהקפדה על מספר מסוים של מכוניות משא הנעות על הכביש. בית המשפט קבע, על סמך פסיקותיו בעבר, כי ההגנה על יציבותה הכלכלית של חברת הרכבות היא אינטרס ציבורי בעל חשיבות עליונה. בית המשפט הדגיש את החשיבות הקריטית שיש לתנועת הרכבות בשינוע טובין בגרמניה, כמו גם את הנטל הכלכלי המוטל עליה בעקבות הדרישה לשמירה על רף ההולם את ההתפתחות הטכנולוגית הקיימת והמעמיד אותה במצב נחות בתחרות עם הנעה ממונעת של טובין. על אף הספק שהביע בית המשפט, ואשר נבע מהפיתוח שחל במערכת הכבישים, גם תכלית השמירה על בטיחות בדרכים הוכרה כערך בעל חשיבות עליונה בשל הסכנה שאפשר שתתהווה בגלל ריבוי מכוניות משא ובשל הנתונים שהוצגו בפני בית המשפט בדבר תוצאותיהן הקשות של תאונות שמכוניות משא מעורבות בהן (לעומת כלי רכב פרטיים).<sup>221</sup>

219 שם, עמ' 251-253.

220 BVerfGE 40, 196 (1975)

221 בית המשפט קבע באותו עניין כי הפגיעה בחופש העיסוק מידתית: יש התאמה בין התכלית לאמצעי; מבחן הצורך מתקיים אף הוא, שכן אמצעים חלופיים לשמירה על יציבותה הכלכלית של חברת הרכבות לא יוכלו להגשים את התכלית באותה מידה בדיוק; בחינה פרטנית של מספר הרישיונות המחולקים לפי הצרכים הקיימים היא לא מעשית בשל השטח הגאוגרפי הגדול שעל פניו משתרעת גרמניה; בבחינת מידתיות במובן הצר הדגיש בית המשפט כי מדובר בדרישות אובייקטיביות לכניסה למקצוע ולכן בפגיעה קשה בחופש העיסוק. למרות זאת בשל החשיבות העצומה של הגנה על שינוע טובין באמצעות חברת הרכבות, שכן ללא חברת הרכבות לא היה שינוע כזה לכל חלקי גרמניה יכול להתבצע, נקבע כי הפגיעה היא מידתית. השוו' עמ' 222-229.



## (iii) מתחם שיקול הדעת המסור למחוקק

מתחם שיקול הדעת המסור למחוקק בהחלטותיו להגבלתו של חופש העיסוק משקף את העמדה כי לרשות המחוקקת שיקול דעת רחב ככל הנוגע לקביעתה של מדיניות כלכלית או חברתית.<sup>222</sup> לגישת בית המשפט החוקתי, הערכתו של המחוקק כי האמצעי שנבחר מידתי תיפסל כאשר ברור ששיקול הדעת שהפעיל המחוקק מוטעה ואינו יכול להציג כלל בסיס הגיוני לפעולת הרשות.<sup>223</sup> עם זאת ככל שהגבלתו של חופש העיסוק רבה יותר, כך יצומצם שיקול הדעת המסור למחוקק. למשל, כאשר מדובר בהגבלתה של האפשרות לעסוק במקצוע מסוים דרך הצבתם של תנאים כתנאי לעיסוק, יידרש המחוקק להציג תשתית ראייתית מפורטת, הממחישה מהי הסכנה לערך מתחרה, וכיצד האמצעי הנבחר מתאים למניעת אותה סכנה. הצבתם של תנאים אובייקטיביים המצמצמים את האפשרות לעסוק במקצוע תצמצם עוד יותר את מתחם שיקול הדעת הנתון למחוקק בהחלטתו.<sup>224</sup>

ההכרה במתחם שיקול הדעת הנתון למחוקק אינה ניכרת בפסיקתו המוקדמת של בית המשפט החוקתי אלא התפתחה במשך השנים. כך למשל בעניין **בתי המרקחת** ניתח בית המשפט החוקתי את שאלת המידתיות על פי הערכותיו שלו ולא על פי ההערכות שהציג המחוקק.<sup>225</sup> המלומד וילנד מסביר כי היות שמרכז הכובד בבחינת המידתיות של פעולת הרשות כיום הוא בהערכותיה של הרשות עצמה, נודעת חשיבות רבה לתימוכין עובדתיים מפורטים שתציג הרשות לחיזוק הערכותיה.<sup>226</sup>

## (iv) ביקורת ושינוי מגמה בפסיקתו של בית המשפט החוקתי

תאוריית השלבים זכתה בפסיקתו המוקדמת של בית המשפט החוקתי למעמד של עיקרון חוקתי מרכזי. בהקשר זה ראוי להעיר כי ההבחנה בין שלילת האפשרות

- Kämmerer, לעיל ה"ש 196, פס' 63. 222  
 BVerfGE 77, 84 (1987), בעמ' 106. כן ראו Kämmerer, לעיל ה"ש 196, פס' 63, ה"ש 223  
 527.  
 שם, פס' 63. 224  
 ראו Wieland, לעיל ה"ש 21, פס' 117. 225  
 שם, פס' 119. 226

או הצבת תנאים לכניסה לעיסוק לבין הסדרתו של העיסוק עצמו, שמובילה אפוא לבחינה שונה של עקרון המידתיות, הוכרה לא אחת גם בפסיקה הישראלית.<sup>227</sup> עם זאת במשך הזמן ספגה התאורייה ביקורת שלפיה החלוקה לשלוש רמות היא נוקשה מדי, וכי עדיפה הבחינה על פי עקרון המידתיות, שאינה מונחה באמצעות סיווג מראש.<sup>228</sup>

טענה מרכזית נגד תאוריית השלבים היא כי לעתים ההבחנה בין רמות הפגיעה בחופש העיסוק אשר הוגדרו בפסיקה אינה כה ברורה. פעמים רבות יש, כפי שכבר צוין לעיל, קושי מעשי בהבחנה בין פגיעה באופן העיסוק בלבד לבין פגיעה המגבילה את הבחירה בעיסוק. בשל השלכותיה של הגבלת אופן העיסוק על הבחירה בעיסוק בחן בית המשפט במקרים מסוימים הגבלה שעניינה הסדרתו של אופן עיסוק באותן אמות מידה שבהן נבחנה הסדרת התנאים לכניסה לעיסוק. זאת כאשר ההסדרה הייתה כה דווקנית, עד שהשפיעה על הבחירה בעיסוק ופגעה אפוא בהיבט מתוך הזכות המוגנת, שנקבעה לו רמת הגנה גבוהה יותר.<sup>229</sup> כך גם באשר להבחנה בין דרישות סובייקטיביות לכניסה לעיסוק

227 כך למשל נקבע בעניין **מנחם נ' שר התחבורה**, שם נבחנה חוקתיותה של הוראת חוק אשר קבעה אגרה בסכום גדול יחסית לשם קבלת רישיון להפעלתה של מונית: "נראה כי ראוי לאמץ את הגישה שלפיה ככל שהפגיעה נוגעת לשלילת עיסוק או למניעת כניסה לעיסוק, כך עשויה היא להיחשב קשה וחריפה יותר מפגיעה באופן מימוש העיסוק, וזאת נוכח הפגיעה החמורה יותר בחופש הבחירה של האדם ובזכותו לאוטונומיה אישית. ככלל, טיב הפגיעה בחופש העיסוק ועוצמתה עשויים להשפיע על בחינת הפגיעה במשקפיה של פסקת ההגבלה", ראו בג"ץ 95/4769 **מנחם נ' שר התחבורה**, נז (1) 235, עמ' 260; להבחנה בין רמות פגיעה שונות בחופש העיסוק בפסיקה הישראלית השוו עו"ד: בג"ץ 93/4330 **פריד גאנס נ' ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין**, פ"ד נ (4) 221, עמ' 233, בג"ץ 94/4541 **אליס מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט (4) 94, עמ' 125; בג"ץ 94/726 **כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר**, פ"ד מח (5) 441, עמ' 485; עת"מ 02/4436 **תשעים הכדורים נ' עיריית חיפה**, פ"ד נח (3) 782, עמ' 806-807; בג"ץ 03/5064 **לשכת סוכני ביטוח בישראל נ' המפקח על הביטוח**, פ"ד נח (3) 217, עמ' 237.

228 Mann, לעיל ה"ש 217, פס' 152.

229 כך למשל בעניין ההעסקה בענף הבנייה. לכאורה, הדרישה שלא להעסיק עובדים בענף זה דרך חברות כוח אדם מגבילה את אופן העיסוק. עם זאת בדיון בנושא הסביר בית המשפט החוקתי כי מכיוון שתוצאות ההגבלה החוקתית דומות להגבלה על הכניסה לעיסוק, בחינת ההגבלה תהיה מחמירה יותר. השוו (1987) 77, 84 BVerfGE, בעמ' 106.

לדרישות אובייקטיביות.<sup>230</sup>

טענה נוספת היא כי לתאוריית השלבים, וליתר דיוק להגנה השונה שהעניק בית המשפט להיבטים שונים של הזכות לחופש העיסוק, אין אחיזה בלשון חוק היסוד.<sup>231</sup> כן הובע החשש למניפולציה מצד המחוקק דרך ההגדרה שהעניק לאופי הפגיעה בזכות.<sup>232</sup> חלק מן המבקרים אף נקטו לשון חריפה ותיארו את הסיווג לשלוש רמות של פגיעה "שרירותי" או "מחוסר היגיון". הטענה כי הסיווג נוקשה מדי וחסר את הגמישות הנדרשת באיזון ערכים חזרה ונשמעה.<sup>233</sup> כך למשל הסביר המלומד וילנד כי ייתכנו מקרים שבהם דרישות סובייקטיביות חמורות לשם קבלת רישיון לעיסוק במקצוע יראו כאמצעי פוגעני מתנאי אובייקטיבי למשל של הגבלת מספר הרישיונות לחלוקה. בדומה לזה, אפשר שהסדרה מחמירה של אופן העיסוק תכביד על הפרט יותר משיכבידו דרישות סובייקטיביות – כדוגמת הדרישה להתמחות מקצועית מסוימת – שאותן יכול הפרט למלא יחסית ללא קושי.<sup>234</sup>

בנוסף נטען כי הנוסחאות שהציב בית המשפט החוקתי לתיאור ערך שפגיעתו בזכות עשויה להיות מידתית אינן ברורות דיין. למשל, לא ברורה ההבחנה שנעשתה בפסיקה בין ערך "חשוב במיוחד" (besonders wichtig) ובין ערך בעל "חשיבות עליונה" (überragend wichtig) או ההבחנה הנוגעת להערכתה של מידת הסכנה לפגיעה בערך מתחרה, שרמת חשיבותו כזו או אחרת.<sup>235</sup> המלומד מאן (Mann) מציין בנוסף כי הטרמינולוגיה שנקט בית המשפט החוקתי עצמו לתיאור חשיבותו של ערך מתחרה אינה עקבית ולכן אינה ברורה.<sup>236</sup>

230 ראו למשל (2001) 103, 172 BVerfGE. באותו עניין נדונה הדרישה לקיומו של גיל מרבי של 55 שנים לעיסוק כרופא הרשאי לטפל בחולים המבוטחים בביטוח ציבורי. היות שמדובר בתנאי שהוא מחד סובייקטיבי, ומאידך אין למועמד יכולת להשפיע על התקיימותו, נבחנה עמידתו של התנאי בדרישת המידתיות בחינה מחמירה, בדומה לבחינתו של תנאי אובייקטיבי. באותו עניין קבע בית המשפט החוקתי כי הוראות החוק עומדות בבחינת המידתיות השוו עמ' 184 ואילך לפסק הדין. עוד ראו Mann, לעיל ה"ש 217, פס' 147.

231 שם, פס' 154.

232 שם, פס' 155.

233 לפירוט של טענות הביקורות השונות שנשמעו ראו Wieland, לעיל ה"ש 21, פס' 97.

234 שם, פס' 96.

235 Kämmerer, לעיל ה"ש 196, פס' 66.

236 Mann, לעיל ה"ש 217, פס' 158.

לצד הביקורת הרבה אשר הופנתה כלפי תאוריית השלבים בספרות הגרמנית פחת עם הזמן השימוש בטרמינולוגיה המאפיינת תאוריה זו לטובת השימוש בטרמינולוגיה של מידתיות לבחינת פגיעה בחופש העיסוק. המלומד מאן מסביר כי סיבה מרכזית לשינוי הגישה בפסיקה היא שבעת פיתוחה של תאוריית שלושת השלבים אמנם כבר הוכר עקרון המידתיות, אולם מרכזיותו וחשיבותו טרם התבססו. עם השנים זכה עקרון המידתיות למעמד מרכזי יותר ויותר, ובית המשפט החוקתי עבר לבחינת פגיעה בחופש העיסוק דרך עקרון המידתיות תוך שימוש בהבחנות אשר נערכו בעבר במסגרת תאוריית שלושת השלבים.<sup>237</sup> מנגד טוען המלומד קמרר (Kämmerer), כי השינוי בגישתו של בית המשפט החוקתי בבחינתה של פגיעה בחופש העיסוק הוא טרמינולוגי בעיקרו. הגם שבית המשפט החוקתי עבר לבחון פגיעה בחופש העיסוק דרך מבחני המשנה של עקרון המידתיות, יישומה המעשי של בחינה זו נעשה דרך הקווים המנחים שהתוותה תאוריית השלבים.<sup>238</sup>

כך או כך, למן שנת 2003 ניכרת הסתייגות בפסיקתו של בית המשפט החוקתי מן ההבחנות שהותו בתאוריית השלבים לבחינתה של פגיעה בחופש העיסוק, ובפסיקה המאוחרת אף נמנע בית המשפט החוקתי מן ההפניה המפורשת אליה, אף שהוסיף והשתמש בנוסחאות האיזון הרלוונטיות.<sup>239</sup> הטרמינולוגיה שבה משתמש בית המשפט החוקתי במסגרת בחינתה של פגיעה בחופש העיסוק הפכה אפוא דומה לזו הנהוגה בבחינתה של פגיעה בזכויות היסוד האחרות.

תאוריית השלבים מלמדת, ראשית, כי במסגרת בחינתה של פגיעה בזכות יש להבחין בין היבטים שונים של הזכות החוקתית, היות שלפגיעה בהיבטים שונים של הזכות השלכות שונות מבחינת חומרתן. פיתוחה של התאוריה נעשה מתוך ניסיון פרשני לסייע בהבחנה זו. עם זאת הביקורת שהופנתה כלפי התאוריה והעובדה כי השימוש בה בפסיקה הלך ופחת מלמדות על הקושי שבהצבת נוסחאות איזון מהותיות מראש. בבחינת פגיעה בחופש העיסוק לאור תאוריית השלבים ניתן לאבחן למעשה שני כשלים מרכזיים: הראשון, שהוזכר לעיל, הוא החלוקה הקטגורית של סוגי הפגיעות האפשריות בזכות מראש, אשר

237 שם, פס' 137-138.

238 Kämmerer, לעיל ה"ש 196, פס' 59.

239 השוו שם, פס' 67.

הוכיחה עצמה כלא גמישה דייה; השני, נראה כי באיזון בין זכותו של הפרט לערך מתחרה ראוי להתרכז בבחינתה של הפגיעה על פי השלכותיה הצפויות של פעולת הרשות ולא על פי כוונתו של המחוקק והצהרתו כי הפעולה נוגעת להיבט כזה או אחר של הזכות.<sup>240</sup>

## 6. היחס שבין עקרון המידתיות לעקרונות חוקתיים נוספים

איזון הערכים במסגרת בחינת המידתיות במובן הצר קשור תמיד לנסיבותיו המיוחדות של המקרה הנדון. הצגתן של נוסחאות כלליות שיתאימו תמיד היא כמעט לא אפשרית, וכל איזון בין ערכים מתנגשים תלוי בהקשר שבו הוא נדון. עם זאת את איזון הערכים שעורך בית המשפט מנחים עקרונות נוספים הקבועים – במפורש או דרך פרשנות – בחוק היסוד.

הדיון שלהלן עוסק באותם עקרונות הנובעים מתוך חוק היסוד הגרמני ואשר מסייעים בפרשנותו של עקרון המידתיות ואיזון האינטרסים הנערך במסגרתו.

### א. עקרון ההגנה על גרעין הזכות

#### (1) ההגנה על גרעין הזכות ועקרון המידתיות

סעיף 19(2) לחוק היסוד הגרמני, שכבר הוזכר לעיל, קובע: "בשום מקרה אין להתיר פגיעה בגרעין זכות יסוד".<sup>241</sup> על פי הפרשנות המקובלת, ההגנה המוחלטת הניתנת לגרעין הזכות רלוונטית לכל הזכויות המפורטות בחוק היסוד – כלומר לא רק לזכויות שאפשרות הגבלתן קבועה אף היא בחוק היסוד<sup>242</sup> – וכובלת את כל רשויות המדינה, ובראשן הרשות המחוקקת.

240 Mann, לעיל ה"ש 217, פס' 159.

241 "In keinem Fall darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden"

242 Horst Dreier, *in* I GRUNDGESETZ – KOMMENTAR (Horst Dreier ed., 3. Auflage, 2013)

Art. 19 II Rn. 9 (להלן: Art. 19 II (Dreier, GRUNDGESETZ – KOMMENTAR, Art. 19 II)). עם זאת

דרייר מציין כי הסעיף אינו רלוונטי לשאלת הפגיעה בעקרון השוויון, הקבוע בס' 3

השאלה הפרשנית העיקרית בנוגע לסעיף 19(2), שהוזכרה לעיל, היא אם סעיף 19(2) קובע הגנה אבסולוטית לגרעין זכות היסוד או שמא הגנה יחסית בלבד.<sup>243</sup> היות שבלשון סעיף 19(2) ניתן למצוא תימוכין הן לגישה הפרשנית האבסולוטית הן לזו היחסית, נתמכות הגישות הפרשניות השונות במטרת סעיף 19(2) כמו גם בפרשנות ההגנה הראויה לזכויות הקבועות בחוק היסוד.<sup>244</sup> על פי הגישה הפרשנית האבסולוטית, הגנתו של התחום המוגן – הוא גרעין הזכות – מוחלטת ואינה תלויה בנסיבות האיזון הנערך.<sup>245</sup> על פי הגישה הפרשנית המקובלת יותר – היא הגישה היחסית – מעניק סעיף 19(2) הגנה יחסית לגרעין הזכות, בהתחשב בערך העומד לאיזון מול אותה זכות. על פי גישה זו, ההגנה שנותן סעיף 19(2) לגרעין הזכות מתבררת דרך בחינת עקרון המידתיות. הערך המוסף שבסעיף 19(2) לחוק היסוד הוא אפוא, על פי גישה זו, בעיקרו הצהרתי.<sup>246</sup> המלומד הרברט (Herbert) מסביר כי למרות ההבדל התאורטי שבין שתי הגישות הפרשניות לעיל למעשה שתי הגישות אינן נבדלות זו מזו בשיעור ניכר. לטענתו, הלכה למעשה הגדירה גם הגישה האבסולוטית את גרעין הזכות הגדרה כה מעורפלת וגמישה, עד כי הגדרתו הקונקרטית הייתה תלויה פעמים רבות – בדומה לטענתה של הגישה היחסית – באיזון האינטרסים הספציפי הנערך.<sup>247</sup> גם המלומד דרייר מציין כי במרבית המקרים אין מחלוקת באשר להגנה המוענקת לגרעין הזכות על פי שתי הגישות הפרשניות. לגישתו, הסיבה לכך היא שמרבית תומכיה של הגישה האבסולוטית תומכים גם בפרשנות שלפיה ההגנה הקבועה בסעיף 19(2) מוגבלת להגנת הממד הערכי-אובייקטיבי שנובע

---

לחוק היסוד, בשל אופן הבחינה השונה של פגיעה בעקרון השוויון. להרחבה ראו בהמשך הדברים.

- 243 להבהרת השאלה השוו *Barbara Remmert, in III THEODOR MAUNZ & GÜNTHER DÜRIG*, *GRUNDGESETZ-KOMMENTAR* Art. 19 Abs. 2 Rn. 36 (2008); *Dreier, GRUNDGESETZ-KOMMENTAR*, Art. 19 II, *לעיל* ה"ש 242, פס' 15.
- 244 *השוו* Krebs, *לעיל* ה"ש 32, פס' 23.
- 245 *השוו* STERN, STAATSRECHT III/2, *לעיל* ה"ש 3, עמ' 865-866.
- 246 *Dreier, GRUNDGESETZ-KOMMENTAR*, Art. 19 II, *לעיל* ה"ש 242, פס' 17; Georg Herbert, *Der Wesensgehalt der Grundrechte*, 1985 EuGRZ 321, 323.
- 247 ש.ם.

מעיגון זכותו של הפרט בחוק היסוד ואינה כוללת הגנה אבסולוטית מפני פגיעה בגרעין הזכות הסובייקטיבית של הפרט.<sup>248</sup>

דרייר מסביר כי גישה פרשנית שמחד תומכת בקיומה של הגנה אבסולוטית לגרעין הזכות ומאידך רואה בסעיף 19(2) כמקים זכות סובייקטיבית של הפרט מובילה במקרים מסוימים לתוצאה לא הגיונית. למשל, במקרה של ירי בידי שוטר שמטרתו להרוג (Todesschuß) אין ספק כי מדובר בפגיעה בגרעין הזכות לחיים. למרות זאת הגישה המקובלת היא כי ירי שמטרתו להרוג, וזאת כדי למנוע פגיעה בחיים או פגיעה קשה בשלמות הגוף, ושהפנייה לשימוש בו נעשית רק לאחר שנבדק והוחלט שכל האמצעים האפשריים האחרים למניעתה של פגיעה זו אינם יכולים להגשים את התכלית האמורה, אינו הפרה של סעיף 19(2) לחוק היסוד.<sup>249</sup> אף שבית המשפט החוקתי בגרמניה אזכר לא אחת את עקרון ההגנה המוחלטת על גרעין זכות היסוד על פי סעיף 19(2) לחוק היסוד, הוא לא העניק לסעיף משמעות עצמאית אלא נטה לפרשו במסגרתו של עקרון המידתיות, כלומר על פי הגישה היחסית. את השאלה אם נפגעה זכות היסוד במהותה, ב"גרעין הזכות", שילב בית המשפט בבחינת המידתיות במובן הצר, דהיינו במסגרת האיזון בין הזכות הנפגעת מחד לקידום תכליתה של הפגיעה מאידך.<sup>250</sup> משכך, למרות מטרתו הברורה של הסעיף – להגן על הזכויות הקבועות בחוק היסוד מפני שינוי או פגיעה ניכרת – אין להגנה המפורשת על גרעין הזכות שימוש מעשי בפסיקתו של בית המשפט החוקתי.<sup>251</sup>

המלומד דרייר סבור כי סעיף 19(2) הוא טיעון מרכזי לחשיבותו ולמעמדו של עקרון המידתיות כעיקרון חוקתי. עם זאת אין, לגישתו, זהות בין עקרון המידתיות ובין ההגנה המוחלטת על גרעין הזכות.<sup>252</sup> ראשית, סעיף 19(2) רלוונטי רק לבחינתו של השלב השלישי בבחינת מידתיות, כלומר לאיזון האינטרסים

- 248 Dreier, GRUNDGESETZ-KOMMENTAR, Art. 19 II, לעיל ה"ש 242, פס' 16.
- 249 שם, פס' 16. לאור תוצאה זו טוען דרייר, התומך בגישה שלפיה ס' 19(2) מקים זכות סובייקטיבית לפרט, כי הגישה הפרשנית העדיפה להגנה על גרעין הזכות היא הגישה היחסית. לפרטי הדוגמה לעיל ראו עוד STERN, STAATSRRECHT III/2, לעיל ה"ש 3, בעמ' 883-882.
- 250 Herbert, לעיל ה"ש 246, בעמ' 329-330; Dreier, GRUNDGESETZ – KOMMENTAR, Art. 19 II, לעיל ה"ש 242, פס' 17.
- 251 שם, פס' 8.
- 252 שם, פס' 18.

במסגרת בחינת המידתיות במובן הצר. שנית, ההגנה המוענקה לזכויות יסוד דרך עקרון המידתיות רחבה מן ההגנה המוענקה דרך סעיף 19(2), המצומצמת להגנה על גרעין הזכות בלבד, שכן גם פגיעה בזכות שאינה מגיעה לכדי פגיעה בגרעין הזכות עשויה להיות לא מידתית.

## (2) פרשנות גרעין הזכות

פסיקתו של בית המשפט החוקתי בגרמניה הכירה כאמור בגישה הפרשנית היחסית להגנה על גרעין הזכות, ולכן גם לא קבעה הגדרה שאינה תלויה הקשר ואיזון קונקרטיים לשאלה מהו "גרעין הזכות".

גם המלומדים התומכים בגישה הפרשנית היחסית לסעיף 19(2) נמנעו מלהציב קריטריונים כלליים לפרשנותו של גרעין הזכות. הטענה היא כי פרשנות גרעין הזכות תלויה לא רק בפרשנות הזכות הרלוונטית, תחום ההגנה שהיא מעניקה לפרט והחובה המוטלת על הרשות לשם הגנתה או הגשמתה,<sup>253</sup> אלא גם בנסיבותיו של המקרה הקונקרטי הנדון, דהיינו באיזון האינטרסים הרלוונטי.<sup>254</sup> המלומד שטרן (Stern), התומך בפרשנות אבסולוטית של סעיף 19(2), מציין כי בפרשנות גרעין הזכות יש לאתר את הבסיס של זכות היסוד, את מקורה ואת "מינימום הזכות" ולהבחינו משוליה של הזכות. שטרן מסביר עוד כי מלבד המאפיינים הייחודיים לכל זכות יסוד ואשר לאורם מתבררת השאלה מהו גרעין הזכות, יש משמעות במסגרת בירור זה לרקע ההיסטורי של כל זכות וזכות ולתפקידה המהותי, למשל הגנה על החירות האישית, שיתוף בחיים הפוליטיים או הגשמתו של שוויון.<sup>255</sup>

המלומד הרברט מציג קריטריונים רלוונטיים לשאלת איתורו של גרעין הזכות באשר לזכויות חוקתיות שונות: ראשית, תחום תחולתה הענייני ותחום התפרסותה של הזכות הקונקרטי.<sup>256</sup> כך לדוגמה בפרשנות הזכות לחופש הביטוי ולחופש האספה וההתאגדות נראה כי מטרותיה של הזכות הן הבטחתו של חופש התקשורת הבינ-אישית כשלעצמו, הגשמה של חירות רעיונית שאינה

253 Remmert, לעיל ה"ש 243, פס' 40.

254 PIEROTH, SCHLINK, KINGREEN, & POSCHER, לעיל ה"ש 21, פס' 313.

255 STERN, STAATSRECHT III/2, לעיל ה"ש 3, בעמ' 875-876.

256 Herbert, לעיל ה"ש 246, בעמ' 331.



מוגבלת בידי המדינה והשתתפות חופשית בחיים הפוליטיים. דוגמה נוספת היא ההבחנה שערך בית המשפט החוקתי לאיתור רמות שונות של פגיעה בחופש העיסוק (ראו לעיל). שנית, יש לבחון את פרשנותו של גרעין הזכות לאור תפקידן הכללי של זכויות היסוד.<sup>257</sup> התפתחותן ההיסטורית של זכויות היסוד מלמדת, כך הרברט, כי שורש תפקידן הטבעי של זכויות היסוד הוא בהגשמת יכולת ההחלטה החופשית של הפרט. זכויות היסוד נועדו להגשים יכולת חשיבה והחלטה עצמאיות. בחיפוש אחר גרעין הזכות יש לפרש את זכות היסוד מתוך נקודת מבט המדגישה את הגשמת הזכות לטובתו של הפרט ולא בדרך של הכללה לטובת הכלל.<sup>258</sup> נקודת המבט הרלוונטית לפרשנות גרעין הזכות היא ההגנה על ההחלטה החופשית של הפרט. פן נוסף של קריטריון זה הוא השמירה על ערך כבוד האדם,<sup>259</sup> שכן ערך זה בא לידי ביטוי בעקרון היסוד שלפיו לכל אדם נתונה מידת מסוימת של עצמאות והכרה חברתית. הרברט מסביר כי בפרשנות זו מגן גרעין זכות היסוד לחיים ולשלמות הגוף מפני עינויים ומפני ניסויים כפויים בבני אדם, גרעין זכות היסוד לחירות אישית (סעיף 2(1) לחוק היסוד הגרמני) מגן מפני פגיעה שמשמעותה פגיעה בצלם האנושי, וגרעין הזכות לחופש הביטוי מחייב הגשמתה של רמה בסיסית של חופש ביטוי וחופש גישה למידע לכל אדם.<sup>260</sup>

המלומד דוריג (Dürig), אבי "נוסחת האובייקט" לפרשנות כבוד האדם, ראה זהות בין גרעין הזכות של כל זכות חוקתית מוגנת ובין כבוד האדם לפי התפיסה

257 שם, בעמ' 332.

258 עם זאת מדגיש הרברט כי אין זהות בין גרעין הזכות ובין התחום הפרטי, הזוכה גם הוא על פי הפסיקה להגנה מוגברת. לדיון בשאלת ההגנה על התחום הפרטי ראו להלן (הזכות לפרטיות ותאוריית התחומים).

259 Herbert, לעיל ה"ש 246, עמ' 332. החשיבה המקובלת במשפט הגרמני רואה את מקור ההגנה מפני עינויים, את מקור ההגנה מפני ניסויים כפויים בבני אדם ואת מקור ההגנה על צלם האנושי של כל אדם בכבוד האדם עצמו ולא בפרשנותן של זכויות חוקתיות אחרות כפי שטוען הרברט. ראו קרמר, לעיל ה"ש 41, בעמ' 52-53.

260 יוער כי פרשנותו של הרברט בהקשר זה, ובמיוחד הדוגמאות שהוא מציג, קשורות בהתפתחותן ההיסטורית של חוק היסוד הגרמני. ניכר כי הדוגמאות לשלילת כבוד האדם מן הפרט קשורות בדוגמאות מתוך העבר הנציונל-סוציאליסטי של גרמניה. השוו לעניין זה: מרדכי קרמניצר "כבוד האדם – זכות עליונה ומוחלטת?" בתוך מרדכי קרמניצר ומיכל קרמר, כבוד האדם כערך חוקתי עליון ומוחלט במשפט הגרמני – האם גם בישראל? (מחקר מדיניות 85, 2011) 128, בעמ' 134.

הרואה בכבוד האדם את הזכות הבסיסית ביותר, שממנה נובעות יתר זכויות היסוד כולן.<sup>261</sup> על פי גישה זו, פגיעה בגרעין זכותו של הפרט משמעותה פגיעה בנושא הזכות, ולכן נושא הזכות הופך לאובייקט של פעולת הרשות. בהפיכתו של האדם לאובייקט, לאמצעי בלבד, נפגע כבוד האדם שלו.

על פרשנות זו נמתחה ביקורת. נטען במסגרתה ראשית כי רעיון הזהות בין גרעין הזכות של כל זכות חוקתית ובין כבוד האדם מיתר את קיומו של סעיף 19(2) ואת ההוראה הקבועה בו, שכן סעיף 79(3) לחוק היסוד קובע הגנה מוחלטת ונצחית על כבוד האדם. בהנחה שגרעין הזכות של כל זכות חוקתית הוא כבוד האדם, ההגנה המלאה על גרעין הזכות נובעת כבר מסעיף זה, והוראת סעיף 19(2) אינה מוסיפה עליו דבר. שנית נטען כי לא כל זכות יסוד קשורה לערך כבוד האדם או נובעת מן ההגנה על כבוד האדם. למושג "גרעין הזכות" יש על פי הטענה משמעות נפרדת מערך כבוד האדם,<sup>262</sup> למשל לעניין גרעין הזכות לקניין (סעיף 14 לחוק היסוד).<sup>263</sup>

מנגד נראה כי לזכויות חוקתיות רבות אכן יש קשר הדוק בין גרעין הזכות ובין כבוד האדם.<sup>264</sup> ייתכן אפוא כי מניע מרכזי לגישה הפרשנית התומכת בהפרדה ברורה בין גרעין הזכות ובין כבוד האדם הוא היותו של כבוד האדם – על פי הגישה המקובלת במשפט הגרמני – ערך חוקתי מוחלט, שאינו ניתן לאיזון עם כל זכות או ערך חוקתי אחר. קבלת הטענה בדבר זהות גרעין הזכות עם כבוד האדם תוביל אפוא בהכרח לגישה שלפיה גרעין הזכות של כל זכות חוקתית מוגן

261 Günther Dürig, *Der Grundsatz von der Menschenwürde*, 81 AöR 117 (1956) ראו (להלן: Günther Dürig, in I THEODOR; (Dürig, *Grundsatz von der Menschenwürde*: MAUNZ & GÜNTHER DÜRIG GRUNDGESETZ KOMMENTAR, Art. 1 Rn. 81, 85

262 Horst Dreier in I; 320 פס' ה"ש 21, לעיל ה"ש 21, PIEROTH, SCHLINK, KINGREEN, & POSCHER (GRUNDGESETZ-KOMMENTAR Art. 1 I Rn. 163–166 (Horst Dreier ed., 3. Auflage, 2013 (Dreier, GRUNDGESETZ-KOMMENTAR, Art. 1 I; (להלן: Dreier, GRUNDGESETZ-KOMMENTAR, Art. 1 I

263 Brun-Otto Bryde in III GRUNDGESETZKOMMENTAR Art. 79 Rn. 37 (Philip Kunig ed., 6. Auflage 2012)

264 כך למשל לעניין ההגנה על התחום האינטימי והפרטי לאור סעיפים 4 (חופש המצפון והדת), 10 (סודיות דברי דואר) ו-13 (הגנת המעון) לחוק היסוד. הספרות והפסיקה הכירו גם בקשר הדוק בין זכות היסוד למקלט מדיני במקרה של סכנת מוות או עינויים כקשורה בקשר הדוק לכבוד האדם. ראו שם, פס' 37.

אבסולוטית. על מנת להימנע מקביעה קטגורית זו נדרשת אפוא גישה פרשנית אשר תיצור הבחנה בין גרעין הזכות ובין עקרון כבוד האדם. דוגמה להגנה הניתנת לגרעין הזכות במסגרת האיזון בין זכות חוקתית ובין ערך חוקתי אחר היא פסק דינו של בית המשפט החוקתי משנת 1975, אשר עסק בבחינת חוקתיותן של הוראות החוק בנושא הפסקת היריון.<sup>265</sup> עד לשנות השבעים כלל החוק הפלילי בגרמניה איסור מוחלט על ביצוען של הפסקות היריון. המציאות שבה נשים ורופאים סיכנו עצמם בביצוען של הפסקות היריון הוכיחה את הצורך ברפורמה של ההסדר החוקי. הרפורמה הראשונה בחוק נערכה בשנת 1974, ובעקבותיה נקבע כי הפסקת היריון לאחר היום ה-13 לתחילת ההיריון היא מעשה פלילי. לצד האיסור הפלילי נקבע, בין היתר, כי הפסקת היריון אשר בוצעה מרצונה של האישה עד השבוע ה-12 להיריון היא בבחינת חריג לפליליות המעשה.<sup>266</sup> בפסק דינו של בית המשפט נבחנה חוקתיותן של הוראות אלה.

בבחינת הוראות החוק קבע בית המשפט תחילה כי ההגנה על החיים ועל שלמות הגוף, הקבועה בסעיף 2(2) לחוק היסוד, חלה גם על העובר ברחם אמו. בדומה לזה, חלה על העובר גם ההגנה על כבוד האדם, המעוגן בסעיף 1(1) לחוק היסוד.<sup>267</sup> חובתה של המדינה להגן על זכותו של העובר לחיים ולהבטיח לו את ההגנה שמעניק ערך כבוד האדם, כוללת גם את החובה להגן על העובר מפני פגיעה בו בידי האם. מנגד ציין בית המשפט כי לאישה זכות חוקתית לפיתוח חופשי של אישיותה, הנובעת מסעיפים 1(2) – הזכות לחירות אישית בשילוב עם סעיף 1(1) – כבוד האדם – והכוללת את הזכות להחליט שלא להיות הורה.

265 BVerfGE 39, 1 (1975) (להלן: פרשת חוקתיות הפסקת היריון).

266 חריג נוסף בחוק קבע כי הפסקת היריון לאחר השבוע ה-12 גם היא חריג לפליליות המעשה כאשר (1) סכנה לחייה או סכנה חמורה לבריאותה של האישה או (2) כאשר טרם חלפו 22 שבועות להיריון וטיעונים כבדי משקל מובילים להנחה כי העובר שנושאת האישה פגוע מבחינה בריאותית, ולכן אי-אפשר לדרוש מן האישה להמשיך את ההיריון. חוקתיות הוראה זו לא הועמדה למבחן בפסק הדין. ראו שם, בעמ' 3-6.

267 בית המשפט קבע בהקשר זה כי "מקום שקיימים חיים אנושיים מתלווה להם כבוד האדם". עם זאת ציין בית המשפט כי אין צורך במקרה הנדון להכריע בשאלה אם העובר עצמו הוא נושא הזכות לכבוד האדם או שהוא מוגן מכוח הערך האובייקטיבי של כבוד האדם. השוו שם, עמ' 41 לפסק הדין.

בית המשפט הסביר כי באיזון בין זכותה של האישה לזכותו של העובר, מימושן המלא של הזכויות זו לצד זו אינו אפשרי, שכן משמעות מימוש זכותה של האישה היא ביטול זכותו של העובר. איזון האינטרסים בין זכות האישה לזכותו של העובר ייעשה אפוא לאור העובדה כי הפגיעה בזכותו של העובר לחיים בשל הפסקת היריון מבטלת לחלוטין את זכותו, כלומר פוגעת בגרעין הזכות ממש. היות שמדובר בפגיעה בגרעין הזכות של העובר, יש להעדיף את זכותו של העובר על פני זכותה של האישה.<sup>268</sup> יש להדגיש כי אין בפסק הדין העדפה מוחלטת של זכות העובר, שכן בית המשפט לא ביטל לחלוטין את האפשרות החוקית לביצוען של הפסקות היריון. במילים אחרות, נקבע כי גם הגבלת זכותה של האישה לטובת ההגנה על העובר צריכה להיות מידתית.

בית המשפט קבע אפוא כי החריג לפליליות הפסקת ההיריון, הקבוע בחוק, סותר את חובתה של המדינה להגשמת זכותו של העובר לחיים או – בלי להכריע בין השניים – להגשמת הערך האובייקטיבי של כבוד האדם החל גם על חייו, על פי סעיפים (2) ו-1(1) לחוק היסוד (הזכות לחיים והזכות לכבוד).<sup>269</sup>

לאחר פסילתו של ההסדר המתואר לעיל בבית המשפט החוקתי התקבל הסדר חוקי שאינו מבוסס על הגדרת חוקיותה של הפסקת ההיריון לפי נקודת הזמן שבה בוצעה (Fristenmodell) אלא על בחינתן של הסיבות אשר הובילו לבקשת האישה להפסקת ההיריון (Indikationsmodell). גם הסדר זה קבע איסור עקרוני על ביצועה של הפסקת היריון, אולם התיר חריגים אשר התבססו כאמור על הסיבה שהובילה להפסקת ההיריון.<sup>270</sup>

268 שם, בעמ' 43-44 לפסק הדין.

269 שם, בעמ' 65 לפסק הדין.

270 לשם השלמת התמונה יש לציין כי נושא הסדרתן של הפסקות היריון בחוק נותר שנוי במחלוקת גם לאחר הסדרתו מחדש. ההסדר החוקי נדון פעם נוספת בבית המשפט החוקתי בפסק דינו משנת 1993 (BVerfGE 88, 203) (להלן: **בחינתה השנייה של חוקיות הפסקת היריון**). הרקע לפסק הדין היה רפורמה נוספת בהסדר החוקי להפסקות היריון, אשר נערכה לאחר איחוד גרמניה בשל התפיסה במזרח גרמניה השונה מזו שבמערב גרמניה. ההסדר החוקי אשר התקבל בשנת 1992 קבע כי עקרונית הפסקת היריון היא מעשה פלילי, ואולם הפסקת היריון אשר בוצעה עד השבוע ה-12 להיריון ולאחר קבלת ייעוץ מקצועי תהיה חריג לפליליות המעשה. בית המשפט החוקתי של גרמניה אשר דן בחוקיותו של ההסדר הדגיש, בדומה לפסק דינו משנת 1975, כי נקודת המוצא בבחינתו של ההסדר החוקי היא בין היתר חובת ההגנה על

## (3) גרעין הזכות: הזכות לפרטיות ותאוריית התחומים (Sphärentheorie)

דוגמה לעקרון ההגנה המוחלטת לגרעין זכות היסוד היא זו שהעניק בית המשפט החוקתי לזכות לפרטיות. הזכות הכללית לפרטיות היא יציר הפסיקה, ומקורה בזכות לחירות אישית המעוגנת בסעיף 1(2) לחוק היסוד<sup>271</sup> – בשילוב עם סעיף 1(1) לחוק היסוד – המעגן את כבוד האדם. סעיפים אלה יוצרים את הזכות לפיתוח חופשי של האישיות (allgemeines Persönlichkeitsrecht).<sup>272</sup> אחד ההיבטים של זכות זו הוא ההגנה על תחום שבו יוכל אדם בפרטיות, מבלי שמעשיו נבחנים, לפתח את אישיותו וליצור יחסים של אמון אישי עם אחרים, לפי בחירתו.<sup>273</sup>

בהחלתו של עקרון המידתיות בבחינת פגיעה בזכות לפרטיות הכיר בית המשפט החוקתי מפורשות בגרעין הזכות לפרטיות – הוא התחום האינטימי ביותר של הפרט – המוגן לחלוטין מכוח סעיף 19(2) לחוק היסוד, כלומר זוכה להגנה מוחלטת מפני כל ערך מתחרה אחר. מנגד, פגיעה בתחום הפרטי שאינה נוגעת באותו גרעין זכות נתונה לבחינתו של עקרון המידתיות.<sup>274</sup> במסגרת בחינת המידתיות קבע בית המשפט החוקתי כי ככל שהנתונים או המידע המוגנים קרובים יותר לגרעין הזכות לפרטיות – המוגן כאמור לחלוטין מפני כל פגיעה – כך ההגנה עליהן תהיה רבה יותר.<sup>275</sup>

זכותו לחיים של העובר שטרם נולד. בית המשפט פסל את ההסדר שבחוק בשל היותו מנוגד לס' 2(2) ו-1(1) לחוק היסוד, שכן אינו מספק אמצעי הגנה ראויים לחייו של העובר שטרם נולד. ההסדר שבחוק נקבע כלא חוקתי כיוון שקבע כי בהתקיים תנאים מסוימים (קבלת ייעוץ מקצועי והימצאות בשלב המתאים להיריון) הפסקת ההיריון היא כדין (rechtmäßig). כלומר, גישת בית המשפט הייתה כי ניתן לפטור מעונש בגין הפסקת היריון אך אי-אפשר להגדירה בחוק מעשה שהוא "כדין".

271 נוסח הסעיף באנגלית: "Every person shall have the right to free development of his personality insofar as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the moral law"

272 Horst Dreier, *in* I GRUNDGESETZ-KOMMENTAR Art. 2 I Rn. 69–70 (Horst Dreier ed., 3. Auflage, 2013) (להלן: "(Dreier, GRUNDGESETZ-KOMMENTAR, Art. 2 I)".

273 השוו שם, פס' 70.

274 שם, פס' 92.

275 השוו (1993) 89, 69 BVerfGE, עמ' 82 ואילך. באותו עניין נתפס העותר במגרש חניה שבו חנה רכבו, כשברשותו חשיש, והוא בהשפעת הסם. בין היתר קבעה המשטרה כי בשל צריכת הסם בנסיבות האמורות יש ספק בשאלה אם העותר רשאי

דיון מקיף בשאלה מהו אותו תחום אינטימי מוגן לחלוטין, גרעין הזכות לפרטיות, מצוי בפסק דינו של בית המשפט החוקתי אשר עסק בשאלה אם בית המשפט רשאי לעיין ביומניו האישיים של נאשם ברצח במשפט פלילי.<sup>276</sup> הנאשם, שנחשד בהכאתה של אישה למוות, לא הודה בעוברות המעשה. בין הראיות נגדו הוצגו יומניו האישיים, שבהם תיאר הנאשם את קשייו ביצירת קשר ארוך טווח עם נשים, את הזעם שעוררו בו נשים בשל כך ואת רצונו לבצע פשע אלים שקרבנו יהיה אישה.

בשאלה אם יומנים אלה שייכים לתחום האינטימי המוגן של הפרט נחלקו השופטים בדעותיהם. ארבעה מן השופטים סברו שהרשות רשאית לעיין ביומנים, שכן הם אינם משתייכים לתחום האישי המוגן לחלוטין. לגישתם, משהעלה הנאשם את מחשבותיו על הכתב, הוא הוציא אותן מתוך התחום האינטימי ביותר והסתכן בכך שאדם אחר יוכל לקרוא את הדברים. משכך, ההגנה על זכות הפרט נתונה – כהגנתה של כל זכות יסוד אחרת – לאיזון אינטרסים עם ערך מתחרה. אף שהכתוב אינו מתאר את מעשה הפשע עצמו, הדברים נוגעים למחשבותיו של הנאשם, המגלות את הסכנה הגלומה בו, והם מתארים את התהליך אשר הביא את הנאשם לידי ביצוע הרצח. לכן באיזון שבין הזכות לפרטיות לאינטרס הציבורי לבירורו של מעשה פשע גובר במקרה זו ערכו של האינטרס הציבורי על זכות הפרט.<sup>277</sup> ארבעת השופטים האחרים סברו, לעומתם, שיומניו של הנאשם מוגנים לחלוטין מפני עיון בהם, משום שהם שייכים לתחום האינטימי ביותר של החיים הפרטיים. על פי גישה זו, הדברים אשר הועלו על הכתב הם בעלי אופי אינטימי ביותר וחושפים את רגשותיו ואת חיבוטי נפשו של הנאשם. דברים אלה אמורים להישאר עלומים, ואין לפתחם לעיונו של איש לבד מהנאשם עצמו.<sup>278</sup>

להמשיך ולהחזיק ברישיון הרכב שלו. לפיכך נדרש העותר להציג חוות דעת רפואית-פסיכולוגית באשר לכשירותו להחזיק ברישיון נהיגה. העותר סירב להציג חוות דעת כאמור ועתר לבית המשפט החוקתי נגד ההחלטה. בית המשפט קיבל את העתירה, בין היתר מן הטעם כי נפגעה זכותו של העותר לפיתוח חופשי של אישיותו לפי ס' 2(1) בשילוב עם ס' 1(1) לחוק היסוד. זאת, משום שהצגת חוות הדעת שנדרשה באותו עניין פוגעת יתר על המידה בזכותו של העותר לפרטיות בנוגע למצבו הבריאותי והנפשי.

276 ראו BVerfGE 80, 367(1989) (להלן: פרשת היומנים).

277 ראו שם, בעמ' 376-378.

278 ראו שם, בעמ' 380-381.

בשל חילוקי הדעות בין השופטים שישבו בדין לא נתגבש רוב לדעה כי עיון ביומנים והערכת הכתוב בהם במסגרת ההליך הפלילי פוגעים בזכויותיו של הנאשם. לכן התיר בית המשפט החוקתי באותו עניין את העיון ביומניו של הנאשם במסגרת ההליך הפלילי.

ההחלטה וחילוקי הדעות שבה מביאים לידי ביטוי את הקושי להבחין בין אותו תחום אישי של הפרט, המוגן לחלוטין, ובין התחום הפרטי שבו תיתכן פגיעה (העומדת בעקרון המידתיות). כאשר אף יומנים אישיים, שאותם לא הציג הנאשם בפני איש מעולם, אינם זוכים להיכלל בתחום האינטימי המוגן מפני כל פגיעה, קשה להסביר מה כן עשוי להיכלל באותו תחום אינטימי מוגן.<sup>279</sup> מנגד מדגים מקרה זה את הנחיצות בבחינתה של פגיעה בזכות לאור עקרון המידתיות, שכן בשאלה אם תותר פגיעה בתחום האינטימי הפרטי קשה להתעלם מסוגיית מידת החשיבות של האינטרס אשר לשם מימושו נדרשת הפגיעה.<sup>280</sup>

ההגנה על גרעין הזכות לפרטיות רלוונטית לא רק במסגרת בחינתה של פגיעה בזכות המעוגנת בסעיף 1(2) לחוק היסוד, אלא גם לעניין בחינת פגיעה בזכויות יסוד נוספות הקבועות בחוק היסוד שיש להן זיקה ישירה לפרטיות. דוגמאות לכך הן הגנת המעון (סעיף 13 לחוק היסוד), הגנה על פרטיות בהתכתבות, בדברי דואר ובמסרים טלפוניים (סעיף 10 לחוק היסוד) וההגנה על חופש האמונה והמצפון (סעיף 4 לחוק היסוד).<sup>281</sup>

דוגמה להכרה בהגנה המוחלטת על התחום האינטימי בחייו של אדם ביחס לזכויות יסוד אחרות, לבר מהזכות לפיתוח חופשי של האישיות, היא פסק דינו של בית המשפט החוקתי, אשר עסק בשאלת חוקתיות הוראות בחוק סדר הדין הפלילי הגרמני. הוראות אלה נועדו ללחום בפשע המאורגן ולאפשר מעקב אחר חשודים במעורבות בפשיעה מאורגנת בדירתם באמצעות האזנות סתר.<sup>282</sup> בית המשפט קבע בעניין זה שההגנה החוקתית על המעון (הגנה הקבועה בסעיף 13

Christoph Dreier, GRUNDGESETZ-KOMMENTAR, Art. 2 I 279  
 Degenhart, *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht*, Art. 2 I i.V. mit Art. 1 I GG, 32

.(Degenhart, *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht*: (להלן: JuS 361, 363 (1993)

280 דאו Dreier, GRUNDGESETZ-KOMMENTAR, Art. 2 I 92, פס' 92.

281 Philip Kunig, in I GRUNDGESETZKOMMENTAR, Art. 2 Rn. 32 (Philip Kunig ed., 6. Auflage, 2012)

BVerfGE 109, 279 (2004) 282

לחוק היסוד) וההגנה על כבוד האדם מספקות הגנה מוחלטת על גרעין החיים הפרטיים: על הזכות להביא לידי ביטוי רגשות, מחשבות והשקפות שהם בעלי אופי אישי לחלוטין בלא חשש שייחשפו בידי הרשות. מעונו של הפרט מעניק לו חלל פיזי אישי, נסתר בדרך כלל מעיניהם של זרים, שבו הוא יכול להתבטא.<sup>283</sup> מעקב אחר שיחות פרטיות של אדם, כגון שיחות עם בני משפחה או שיחות אחרות הנושאות אופי אישי במיוחד, הנעשות בדירתו של אדם, הוא חדירה לגרעין אינטימי אשר ההגנה עליו מוחלטת ולכן אינו חוקתי. כל עוד מדובר בשיחות השייכות לגרעין אינטימי זה, ההגנה עליהן מוחלטת ואינה עומדת לאיזון עם כל ערך מתחרה אחר. לכן ציתות לשיחות בדירתו של אדם יכול להיות מותר רק כאשר מדובר בשיחות אשר סביר שהן קשורות למעשה פשע. בהתבסס על האמור קבע בית המשפט ש"מעקב כללי" על דירתו של אדם אפשר שיכלול, בדרגת הסתברות גבוהה, ציתות גם לשיחות אינטימיות ופרטיות ביותר. לפיכך מעקב כזה יהיה, בדרך כלל, לא חוקתי.<sup>284</sup> במאמר מוסגר ראוי לציין כי בעניין זה ראה בית המשפט במפורש בהגנה על התחום האינטימי בחייו של הפרט נובעת לא רק מתוך ההגנה המוחלטת על גרעין הזכות אלא גם מתוך ההגנה המוחלטת הניתנת לכבוד האדם.<sup>285</sup> קשירת התחום האינטימי בחייו של אדם המוגן מפני כל פגיעה להגנה המוחלטת על כבוד האדם זכתה לתמיכה גם בספרות המשפטית.<sup>286</sup>

בבחינת הפגיעה בזכות לפרטיות פותחה בספרות המשפטית, על בסיס פסיקתו של בית המשפט החוקתי, "תאוריית התחומים". על פי תאוריה זו קיימים סביב גרעין הזכות לפרטיות – הוא התחום האינטימי של הפרט – כמה מעגלים המציינים תחומים המתרחקים אט מהתחום הפרטי לכיוון התחום הציבורי וזוכים אפוא להגנה פחות ופחות אינטנסיבית.<sup>287</sup> בפסיקתו הבחין בית המשפט

283 ראו שם, בעמ' 313.

284 ראו שם, בעמ' 323.

285 השוו Martin Kutscha, *Verfassungsrechtlicher Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung – nichts Neues aus Karlsruhe?* NJW 20, 21 (2005); Erhard Denninger, *Verfassungsrechtliche Grenze des Lauschens – Der "große Lauschangriff" auf dem Prüfstand der Verfassung*, ZRP 101, 101–102 (2004)

286 השוו Philip Kunig, *Der Grundsatz informationeller Selbstbestimmung*, 1993 JURA 595, 602–603 (להלן: *informationeller Selbstbestimmung*).

287 Dreier, GRUNDGESETZ-KOMMENTAR, Art. 2 I, לעיל ה"ש 272, פס' 93.



בין התחום האינטימי, המוגן לחלוטין מפני התערבותה של הרשות, ובין התחום הפרטי, אשר פגיעה בו תיבחן, בדווקנות, על פי עקרון המידתיות.<sup>288</sup> דוגמאות אשר הוכרו בפסיקה כשייכות לתחום הפרטי (אך כאמור לא לתחום האינטימי ביותר) כללו למשל מסמכים ועדויות אשר הוגשו במהלך הליך גירושין,<sup>289</sup> יומנים אישיים<sup>290</sup> והקלטות שנעשו בסתר.<sup>291</sup>

- 288 PIEROTH, SCHLINK, KINGREEN, & POSCHER, **לעיל** ה"ש 21, פס' 396.
- 289 BVerfGE 27, 344 (1970). באותו עניין התנהל נגד העותר, פקיד ממשלתי, הליך משמעתי בגין חשד כי ניהל רומן עם מזכירתו. במסגרת ההליך ביקש מנהל החקירה נגד העותר להשתמש במסמכים ועדויות שהוגשו במהלך תביעת גירושין שהגיש העותר נגד אשתו. העותר התנגד לכך בטענה כי מדובר בעדויות שנמסרו למטרת הדיון בתביעת הגירושין בלבד, ולכן הן חוסות בהגנה המוענקת לתחום האינטימי ביותר בחייו של אדם. בית המשפט קבע כי המסמכים האמורים אמנם שייכים לתחום הפרטי בחייו של אדם, אולם אינם חוסים בהגנה הניתנת לתחום האינטימי ביותר, החסין לעולם מכל פגיעה בו. כך למשל בית המשפט מוסמך בנסיבות מסוימות לדרוש מהצדדים למסור עדויות הנוגעות לחייהם המשותפים. באותו עניין נבחנה אפוא הפגיעה בזכותו של העותר, אשר סווגה כפגיעה בתחום הפרטי לאור עקרון המידתיות. בחינה זו נערכה לאור התכלית לפגיעה בזכותו של העותר באותו עניין – בירור ההליך המינהלי, אשר מטרתו לשמור על השירות התקין של פקידי ממשל, ולפיכך להגן על האינטרס הציבורי שבשירות כזה. במסגרת בחינת המידתיות קבע בית המשפט כי לא נתקיים מבחן הצורך, שכן מנהל החקירה נגד העותר לא ערך בירור אם תוכן תיק הגירושין מכיל מידע שהוא ענייני להליך המשמעתי (להלן: עניין פרטיות הגירושין).
- 290 פרשת היומנים, **לעיל** ה"ש 276.
- 291 BVerfGE 34, 238 (1973). באותו עניין מדובר בסכסוך בין מוכריו של נכס מקרקעין וקונה הנכס שהגיע לבירור משפטי. במסגרת הסכסוך בין הצדדים הקליטו הקונים שיחה בינם ובין המוכר בלי ידיעתו. את ההקלטה הגישו מוכרי הנכס לרשויות המשטרה. העותר טען כי שימוש בהקלטה מהווה פגיעה בזכותו לפרטיות. בית המשפט קבע כי טיבה של הפגיעה המתרחשת בגין האזנה להקלטה שלא בידיעת אחד הצדדים לשיחה תלויה בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. באותו עניין נסבה השיחה שהוקלטה על העסקה שבין הצדדים והיה בה משא ומתן שנערך על מחיר הנכס. השיחה לא נסבה על התחום הפרטי של חיי המשתתפים בה. לכן קבע בית המשפט כי השיחה אינה חוסה בהגנה המוענקת לתחום האינטימי ביותר בחייו של הפרט. עם זאת השיחה שייכת לתחום הפרטי, שכן נערכה בין צדדים שביניהם יחסי אמון מיוחדים. האזנה לה היא פגיעה בתחום זה. בבחינתה של הפגיעה דרך עקרון המידתיות קבע בית המשפט כי באותו עניין לא היה מדובר בחשדות רציניים נגד העותר בגין ביצועה

תחומים נוספים של הגנה על הזכות לפרטיות הוזכרו בספרות המשפטית, אך לא בפסיקה, וכוללים את התחום החברתי – הוא התחום שבו אדם בא במגע עם אחרים, ולכן הדרישות שאפשר שיצדיקן פגיעה בתחום זה מחמירות פחות – והתחום הציבורי – הוא התחום אשר במסגרתו לא קמה עקרונית טענה בדבר פגיעה בפרטיות.<sup>292</sup>

מלומדים אחדים טענו כי ההבחנה בין התחומים השונים של חייו הפרטיים של אדם אינה חדה ואינה מבוססת – ואף אינה יכולה להיות מבוססת – על קריטריונים ברורים. לכן נטען כי ההבחנה בין תחומים שונים של הפגיעה בזכות לפרטיות אינה בעלת חשיבות של ממש, וכי החשיבות המרכזית בכחינתה של פגיעה בזכות לפרטיות היא במסגרת בחינת המידתיות. ההבחנה בין התחומים יכולה לשמש הנחיה גסה בלבד לאיזון הנערך במסגרת עקרון המידתיות.<sup>293</sup>

המלומד קוניג (Kunig) הצביע על הדמיון שבין תאוריית התחומים לבחינת הפגיעה בזכות לפרטיות לבין תאוריית השלבים, אשר הוזכרה לעיל ואשר נוגעת לבחינתה של פגיעה בחופש העיסוק. לגישתו, הרעיון המנחה את שתי הגישות – הרצון להציג קווים מנחים לאיזון הערכים הנערך במסגרת בחינתה של פגיעה בזכות – הוא אחד ויש בו כדי להצדיק את התאוריה. עם זאת, טוען קוניג, רצון זה אינו מגיע לכדי מימוש, שכן ההבחנה שהתאוריה מציעה בין ה"פרטי" ל"ציבורי" אינה אפשרית, משום שהתחום הפרטי מתברר מעצם טיבו דרך קיומו של תחום חברתי ודרך הנורמות שמציב זה האחרון. בנוסף, תאוריית התחומים סובלת מחסרונות זהים לאלה שמהם סובלת תאוריית השלבים – היא עורכת הבחנות חדות על סמך מספר מצומצם של נתונים או הנחות ואינה גמישה דייה.<sup>294</sup> ככל הנוגע להגנה על הפרטיות בתחום עיבוד נתונים ויתר בית המשפט החוקתי עצמו מפורשות על בחינתה של פגיעה בזכות לאור תאוריית התחומים.

---

של עברה פלילית במהלך התהוות העסקה בין הצדדים. לכן תכלית בירור הסכסוך אינה יכולה להצדיק את הפגיעה בתחום הפרטי של העותר.

292 השוור Degenhart, *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht*, לעיל ה"ש 279, בעמ' 364; Kunig, *informationeller Selbstbestimmung*, לעיל ה"ש 286, בעמ' 602.

293 ראו Degenhart, *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht*, לעיל ה"ש 279, בעמ' 363-364; Dreier, *GRUNDGESETZ-KOMMENTAR*, Art. 2 I, לעיל ה"ש 272, פס' 93; Kunig, *informationeller Selbstbestimmung*, לעיל ה"ש 286, בעמ' 602-603.

294 שם, בעמ' 602.

בית המשפט החוקתי הבהיר כי שאלת ההגנה הראויה על נתונים אישיים, באשר לעיבודם, להעברתם לגורמים נוספים ועוד, אינה תלויה, ואינה צריכה להיות תלויה, בסיווגם של הנתונים לאחד התחומים האמורים לעיל.<sup>295</sup>

## ב. מידתיות וכבוד האדם

### (1) כבוד האדם במשפט הגרמני

בחשיבה החוקתית הגרמנית כבוד האדם הוא מושג מנחה ראש וראשון במעלה. ערך כבוד האדם המעוגן בסעיף 1(1) לחוק היסוד הגרמני נחשב לאמירה הערכית החשובה ביותר בחוק היסוד הגרמני והוכר כערך מכוון לפעילותה של כל רשות מרשויות המדינה. בית המשפט החוקתי פירש את הזכות לכבוד האדם כ"נורמה הבסיסית" שבחוקה<sup>296</sup> וכ"ערך העליון במדינה דמוקרטית חופשית".<sup>297</sup>

סעיף 1(1) לחוק היסוד הגרמני קובע מעמד מוחלט לכבוד האדם – אין לפגוע בכבוד האדם או להפר אותו.<sup>298</sup> המשמעות של היעדר סמכות להצר או להגביל את כבוד האדם היא כי כבוד האדם אינו ניתן כלל לאיזון אינטרסים עם ערך חוקתי אחר. בעניין זה יש להבדיל את כבוד האדם מיתר הזכויות הקבועות בחוק היסוד. כפי שכבר צוין לעיל, בצדן של זכויות יסוד מסוימות הקבועות בחוק היסוד הגרמני קבועה גם האפשרות להגבלתה של הזכות. לעומת זאת כאשר חוק היסוד אינו מפרט בצדה של זכות את אפשרות הגבלתה, נקודת המוצא היא כי פגיעה בזכות תיתכן רק לשם מימושו של ערך הנמצא במדרג חוקתי נורמטיבי זהה. יוצאת דופן היא ההגנה המוחלטת על ערך כבוד האדם בחוק היסוד הגרמני – לא רק שחוק היסוד אינו כולל הגדרה של הערכים העשויים לפגוע בזכות, אלא שסעיף 1(1) מוסיף ומצהיר כי הזכות מוגנת לחלוטין מפגיעה. משמעות הדבר,

295 Dreier, GRUNDGESETZ-KOMMENTAR, Art. 2 I, לעיל ה"ש 272, פס' 93.

BVerfGE 65, 1 (1983), בעמ' 45.

296 עניין פרטיות הגירושין, לעיל ה"ש 289, בעמ' 351.

297 BVerfGE 5, 85 (1956), בעמ' 204.

298 ס' 1(1) לחוק היסוד קובע: כבוד האדם לא ייפגע. כל רשות תהיה מחויבת להוקיר אותו ולהגן עליו. בלשון המקור: Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt<sup>(1)</sup>

על פי הפרשנות המקובלת, היא כי פגיעה בכבוד האדם, גם בשם ערך חוקתי בעל מדרג נורמטיבי זהה, אינה אפשרית כלל.<sup>299</sup>

ערך כבוד האדם במשפט הגרמני זוכה למעמד חוקתי מיוחד גם לפי סעיף 79(3) לחוק היסוד הגרמני, הקובע את נצחיותו של כבוד האדם כערך חוקתי. הסעיף קובע כי שינוי בחוק היסוד הנוגע לחלוקת הרפובליקה הפדרלית למדינות, לעקרון השתתפותן של המדינות בהליך החקיקה או לעקרונות שהונחו בסעיפים 1 ו-20 אינו קביל.<sup>300</sup> מכאן כי גם מחוקק חוק היסוד אינו רשאי לפגוע בכבוד האדם דרך שינויו של חוק היסוד.

מוחלטותו של כבוד האדם קיבלה משמעות מעשית, בין היתר בפסק דינו של בית המשפט החוקתי שבו נפסל חוק "ההגנה האווירית" (Luftsicherheitsgesetz) בשל היותו לא חוקתי.<sup>301</sup> החוק, אשר נחקק על רקע אירועי 11 בספטמבר 2001, העניק בסעיף 14(3) לשר ההגנה את הסמכות להורות על ירי על מטוס נוסעים, כאשר מתוך הנסיבות עולה כי מטוס הנוסעים ישמש כלי המכוון לפגוע בחייהם של בני אדם, וכאשר אין כל אפשרות אחרת למניעתה של הסכנה. בית המשפט החוקתי קבע כי הוראת החוק האמורה סותרת את הקבוע בחוק היסוד, בין היתר משום הפגיעה בערך כבוד האדם, שכן דרך הוראת החוק מבקשת המדינה ליתן הכשר לאפשרות הפלתו של מטוס על נוסעיו על מנת להגן על חייהם של אלה אשר המטוס עומד לסכנם. בכך הופכת המדינה את נוסעי המטוס לאובייקט, לאמצעי בלבד לשם הגנה על חייהם של אחרים.<sup>302</sup> בית המשפט קבע כי המדינה אינה רשאית להעמיד בסיס חוקי אשר יאפשר תקיפה של חפים מפשע, גם כאשר הדבר נועד להצלתם של אחרים.<sup>303</sup>

החלטתו זו של בית המשפט החוקתי בגרמניה, אשר סיימה דיון ציבורי סוער בשאלת זכותו של האדם לכבוד, זכותו לחיים והיחס שבין שתי זכויות אלה, מלמדת על הבעייתיות שבהגדרת תוכנו הפוזיטיבי של ערך כבוד האדם,

299 Dreier, GRUNDGESETZ-KOMMENTAR, Art. 1 I לעיל ה"ש 262, פס' 130.  
 300 "Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig"  
 301 BVerfGE 115, 118 (2006) (להלן: עניין חוק ההגנה האווירית).  
 302 שם, פס' 124 לפסק הדין.  
 303 שם, פס' 130-140 לפסק הדין.

המושפעת מתפיסות תאורטיות, פילוסופיות ודתיות שונות, לאור מעמדו העליון.<sup>304</sup> פסק הדין נתן ביטוי – הגם שלא במפורש – לפרשנותו של כבוד האדם על פי "נוסחת האובייקט" (Objektformel). לפי פרשנות זו, אשר מזוהה עם המלומד דוריג ואשר שורשיה נטועים בתפיסתו הפילוסופית של קאנט,<sup>305</sup> כבוד האדם נפגע כשהיחס אל הפרט הוא כאל אובייקט, כאל אמצעי בלבד.<sup>306</sup> מנגד, לפי ביקורת שנמתחה על פסק הדין, מסקנתו של בית המשפט כי מותם של נוסעי המטוס יהפוך אותם לאובייקט בפעולת המדינה ויהיה אפוא בבחינת פגיעה בכבודם, היא שגויה. זאת משום שאף שתוצאתו הלא נמנעת של יירוט המטוס תהיה מותם של נוסעיו, אין מדובר בתוצאה מכוונת של פעולת היירוט, ולכן זו גם אינה פעולה המשפילה את הנוסעים או הופכת אותם לאובייקט ותו לא.<sup>307</sup>

דוגמה נוספת הממחישה את ההשלכות המעשיות של מתן מעמד מוחלט לכבוד האדם היא "מקרה החטיפה". ניתן להניח את המקרה הזה: א' ו-ב' חטפו את מ', איש עסקים רב ממון הסובל ממחלה קשה. החוטפים דורשים ממשפחתו של מ' כופר גבוה תמורת שחרורו. בינתיים נתונים חייו של מ' בסכנה ממשית, שכן אין לו גישה לתרופות שלהן הוא זקוק. המשטרה מצליחה ללכוד את א', אשר יודע היכן שותפו למעשה החטיפה מחזיק את מ'. א' מסרב למסור בחקירתו את המידע לחוקריו. דוגמה המציגה קונפליקט דומה, המוכר במציאות החיים הישראלית, היא זו: א' ו-ב' שותפים לתכנונו של פיגוע טרור שמטרתו לפגוע בחייהם של רבים. א', הנמצא בידי המשטרה, מסרב בחקירתו לגלות פרטים על הפיגוע ש-ב' עתיד לבצעו.

על פי הגישה המקובלת במשפט הגרמני, שימוש באמצעי עינויים נגד א' כדי לגרום לו למסור מידע במקרים האמורים היא פגיעה בכבוד האדם שלו, ולכן אסור לחלוטין. אי-אפשר להצדיק את הפגיעה בכבוד האדם בעינויים דרך טיעון ההגנה על חייו של מ' (או לחלופין ההגנה על חייהם של אלה שכנגדם מכוונת

304 Dreier, GRUNDGESETZ-KOMMENTAR, Art. 1 I לעיל ה"ש 262, פס' 1-16.

305 שם, פס' 53.

306 Dürig, Grundsatz von der Menschenwürde לעיל ה"ש 261, בעמ' 127.

307 Dreier, GRUNDGESETZ-KOMMENTAR, Art. 1 I לעיל ה"ש 262, פס' 135.

פעולת הטרור). שכן, כבוד האדם הוא ערך מוחלט שאינו ניתן לאיזון עם כל ערך או זכות אחרים, גם לא עם הזכות לחיים.<sup>308</sup> יש להדגיש כי סוגיה זו אינה תאורטית בלבד, גם במציאות החיים בגרמניה. בשנת 2002, בעניין שנודע אחר כך כ"עניין דשנר", נחטף בנו בן ה-11 של בנקאי בפרנקפורט. לאחר החטיפה עצרה המשטרה חשוד בפרשה: הוא הודה בחטיפת הנער אך סירב לגלות את מקום הימצאו, לעג לחוקריו והשתמש בידע המשפטי שברשותו (החשוד היה סטודנט בפקולטה למשפטים) על מנת להימנע מכל שיתוף פעולה עמם. דשנר, סגן מפקד תחנת המשטרה בפרנקפורט, הורה לפקודיו חוקרי המשטרה לאיים על החשוד בחטיפת הנער בשימוש בכוח פיזי כדי לכפות עליו לגלות את מקום הימצאו של הנער החטוף. החשוד אכן הושפע מאיומי החוקרים ומסר את מקום הימצאה של גופת הנער (מבלי שחשף שהנער אינו בחיים עוד). בגין הוראותיו לחוקרים בפרשה הועמד סגן מפקד תחנת

308 לדעה המקובלת ראו למשל: PIEROTH, SCHLINK, KINGREEN, & POSCHER, לעיל ה"ש 21, פס' 381; Philip Kunig, in I GRUNDGESETZKOMMENTAR, Art. 1 Rn. 4–5 (Philip Kunig; 381 .ed., 6. Auflage, 2012)

בהקשר זה יש לציין את דעת המיעוט של המלומד הרדגן (Herdegen). לגישתו של הרדגן, אי-אפשר לפשט את הדילמה האמורה לאיזון של "כבוד האדם" כערך מופשט מול ערך ה"חיים", איזון אשר יוביל לתוצאה של איסור מוחלט על עינויים. הרדגן טוען כי האיזון במקרה כזה מורכב יותר, וכי החובה המוסרית להגן על כבוד האדם צריכה להתפרש הן על פי מעשיו של האדם (דהיינו במקרה הנדון כאן על פי מעשיו של החשוד) והן על פי האיום על כבוד האדם ועל חייו של האחר הנמצא בסכנה. לטענתו, פרשנותה של הזכות לכבוד האדם כוללת גם הבחנה באשר לתחום ההגנה שמעניקה הזכות. הבחנה פרשנית זו נוגעת לשאלת הזכות הסובייקטיבית של הפרט להגנה ולשמירה על כבוד האדם. גורמים כמו אחריותו של אדם למעשיו או סיכון חייו של אחר משפיעים לגישתו על התביעה שיש לפרט מהרשות להגן על זכותו לכבוד האדם. למשל, אשר לשאלת האיזון בין כבוד האדם ובין זכויות יסוד אחרות, כמו הזכות לחיים, טוען הרדגן כי ראוי לערוך הבחנה בין זכותו של חף מפשע מחד לזכותו של המבצע מעשה פשע (כדוגמת חוטף המעמיד חטוף בסכנה חיים) מאידך, על בסיס אחריותו האישית של הסובייקט למעשיו. ואולם מדובר בדעת מיעוט של ממש בספרות הגרמנית. ראו MATTHIAS HERDEGEN, in I THEODOR MAUNZ & GÜNTHER, DÜRIG GRUNDGESETZ KOMMENTAR, Art. 1 Abs. 1 Rn. 46–51; Matthias Herdegen, *Die Garantie der Menschenwürde: absolut und doch differenziert?* in DAS DOGMA .DER UNANTASTBARKEIT 93–109 (Rolf Gröschner & Oliver W. Lembcke eds., 2009) .סקירה של הספרות בנושא השוו עוד: קרמר, לעיל ה"ש 41, בעמ' 74–81.

המשטרה, ועמו גם החוקר אשר איים על החוטף, לדין פלילי. דשנר טען כי פעל לשם הצלת חייו של הנער, שכן בנקודת הזמן האמורה סברו השוטרים שהנער עודנו בחיים (עובדה אשר התבררה כמוטעית מאוחר יותר, שכן החוטף רצח את הנער מיד לאחר חטיפתו). השניים הורשעו בבית המשפט.<sup>309</sup>

בספרות המשפטית מן העת האחרונה מתגברת הביקורת על העמדה הלכאורה מוחלטת בהגנה על כבוד האדם, השוללת לחלוטין פגיעה בכבוד האדם, גם במחיר אפשרי של פגיעה בחיים. המלומד דרייר מציין למשל כי בדילמה המתוארת לעיל יש לראות לא רק שאלה של פגיעה בכבוד החוטף לעומת פגיעה בחייו של הנחטף אלא גם דילמה של איזון בין פגיעה אפשרית בכבוד האדם של הנחטף, המוחזק כאובייקט בידי אחר, ובין פגיעה בכבוד האדם של החוטף. דרייר סבור כי מדובר במקרה כזה בדילמה לא אפשרית ואף בשאלה שהחוק אינו יכול להציע לה פתרון מספק.<sup>310</sup>

השאלה אם מעמדו של כבוד האדם בחשיבה הגרמנית החוקתית המקובלת ניתן להצדקה היא מורכבת.<sup>311</sup> ראוי להעיר כאן כי יתרונו של המעמד המוחלט הניתן לכבוד האדם במשפט הגרמני הוא בהגנה החזקה שהוא מעניק לערך הנתפס בחשיבה החוקתית כראשון במעלה. שלא כערכים חוקתיים מרכזיים אחרים, כמו ערך החיים, ערך כבוד האדם אינו ערך אינטואיטיבי ומוכן מאליו. אי-בהירותו – לצד חשיבותו העליונה – הופכת אותו לערך פגיע במיוחד, ומכאן גם ההצדקה האפשרית להגנה המוגברת אשר ניתנת לו.

## (2) ערך כבוד האדם כמעצב הפעלתו של עקרון המידתיות

שאלת השפעתו של ערך כבוד האדם על החשיבה והפרשנות החוקתיות במשפט הגרמני זכתה לדיון נרחב בספרות המשפטית. לעומת חילוקי הדעות בשאלת אופיו של כבוד האדם כזכות סובייקטיבית, יש הסכמה לעניין אופיו של כבוד האדם כערך חוקתי ופרשני מנחה.<sup>312</sup> המלומד דרייר מסביר כי אחת המשמעויות של כבוד האדם כערך חוקתי מתגלה במסגרת בחינתה של פגיעה בזכות חוקתית.

LG Frankfurt/M., NJW 692 (2005) 309

Dreier, GRUNDGESETZ-KOMMENTAR, Art. 1 I לעיל ה"ש 262, פס' 133. 310

לדיון מקיף בסוגיה ראו קרמניצר, לעיל ה"ש 260. 311

Dreier, GRUNDGESETZ-KOMMENTAR, Art. 1 I לעיל ה"ש 262, פס' 121-125. 312

בבחינה זו מעניק ערך כבוד האדם להיבט בזכות חוקתית שיש לו זיקה ישירה לכבוד האדם חשיבות העולה על זו של הערך המתחרה. כלומר, כבוד האדם משפיע על הערכת משקלם של הערכים העומדים לאיזון.<sup>313</sup> מכאן כי כבוד האדם כערך חוקתי משפיע על אופן החלתו של עקרון המידתיות.

דוגמה לכך מצויה בפרשנות שניתנה לסעיף (1)2 לחוק היסוד וההגנה על הזכויות הקבועות בו. סעיף זה קובע כדלקמן: לכל אדם הזכות לפתח בחופשיות את אישיותו כל עוד אין הוא פוגע בזכותם של אחרים, בסולם הערכים החוקתי או במוסר הנוהג.<sup>314</sup> בית המשפט החוקתי פירש סעיף זה כמעניק שתי זכויות יסוד: האחת היא הזכות הכללית לחירות אישית (allgemeine Handlungsfreiheit), והשנייה היא הזכות לפיתוח חופשי של האישיות (allgemeine Persönlichkeitsrecht), שמקורה בסעיף (1)2 לחוק היסוד **בשילוב עם** סעיף (1)1 – כבוד האדם. לעומת הזכות לחירות אישית, המעניקה הגנה על זכותו של היחיד לפעול, מעניקה הזכות לפיתוח האישיות הגנה על תוצאות אותה פעולה, והיא קרובה במשמעותה לזכות לפרטיות. הזכות לפיתוח האישיות מעניקה הגנה על המרחב הפרטי המוגן – הן המרחב הרעיוני הן המרחב הפיזי – כמו גם על נתונים ומידע פרטיים.<sup>315</sup>

בית המשפט החוקתי נטה לפרש את הגבלתה של הזכות לפיתוח האישיות פירוש מצומצם מזה של הגבלתה של הזכות הכללית לחירות אישית.<sup>316</sup> בספרות המשפטית נטען כי מקור חוקתי להגנה הרחבה אשר הוענקה לזכות לפיתוח האישיות הוא בעובדה שמקורה של הזכות הוא בשילוב שבין סעיף (1)2 ובין סעיף (1)1 המעגן את כבוד האדם, דהיינו בקרבתה המוצהרת לערך כבוד האדם.<sup>317</sup>

313 שם, פס' 125. ראו עוד: TATJANA GEDDERT-STEINACHER, MENSCHENWÜRDE ALS VERFASSUNGSBEGRIFF, 145 (1990)

314 בלשון המקור:

Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, sowie er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die Verfassungsmäßigen Ordnung oder das Sittengesetz Verstößt.

315 Dreier, GRUNDGESETZ-KOMMENTAR, Art. 2 I "ש" 272, פס' 22.

316 שם, פס' 91.

317 GEDDERT-STEINACHER, לעיל ה"ש 313, בעמ' 148.



נוסף על המעמד המיוחד של כבוד האדם מציינ המלומד קלופפר כי למרות השוויון העקרוני במעמדן של הזכויות המעוגנות בחוק היסוד, כאשר בוחנים את עקרון המידתיות יש משמעות לשאלה מהי הזכות הנפגעת.<sup>318</sup> קלופפר טוען כי לכבוד האדם ולזכות לחיים משמעות מיוחדת, שכן משמעות פגיעה בזכויות אלה לגישתו היא לא הפיכה. לגישתו, משמעות מיוחדת יש גם לזכויות שהן ביטוי לעיקרון הדמוקרטי הבסיסי: הזכות לחופש הביטוי וחופש העיתונות (סעיף 5(1) לחוק היסוד); חופש האספה (סעיף 8 לחוק היסוד); חופש ההתאגדות (סעיף 9 לחוק היסוד).

### ג. עקרון ההתאמה המעשית (Prinzip der praktischen Konkordanz)

#### (1) הגבלתן של זכויות "מוחלטות"

כפי שכבר הוזכר, זכויות היסוד המעוגנות בחוק היסוד הגרמני מלוות בחלקן בהוראות באשר לאפשרות צמצום ההגנה על הזכות, דהיינו במעין "פסקת הגבלה" ספציפית. בהיעדר הוראות כאלה בחוק היסוד בנוגע לפגיעה המותרת בזכות, תהיה פגיעה כזו אפשרית רק לשם הגשמת זכות חוקתית אחרת או לחלופין לשם הגשמתו של אינטרס אחר המבוסס על ערך חוקתי וזאת בכפוף לעקרון המידתיות. בית המשפט החוקתי העניק מעמד חוקתי לערכים שונים דרך פרשנות והסביר כי מקורו של מעמד החוקתי הוא בהוראות חוק היסוד. בדרך זו אפשר בית המשפט החוקתי פגיעה בזכות חוקתית שאינה מכילה פסקת הגבלה לא רק לטובת מימושה של זכות חוקתית אחרת אלא גם לטובת מימושו של אינטרס ציבורי שבסיסו בערכים המעוגנים בחוק היסוד (ראה לעיל).

כך לדוגמה, בית המשפט החוקתי העניק מעמד חוקתי לערכים הנובעים מסעיף 20(1) לחוק היסוד, המעגן את היותה של גרמניה רפובליקה, מדינה דמוקרטית ומדינה סוציאלית,<sup>319</sup> או מתוך סעיפים 73 ואילך לחוק היסוד, המסדירים את כוחן ותפקודן של הרשויות השונות בחלוקת הסמכויות בין הרשות הפדרלית לזו המדינתית, תוך מתן משמעות ערכית לתחומים המוסדרים

318 KLOEPFER, VERFASSUNGSRECHT I, לעיל ה"ש 1, ס' 10, פס' 217.

319 "Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat"

שם.<sup>320</sup> כן הוכרו אינטרסים באשר לתפקודם התקין, הכולל גם תפקוד כלכלי תקין, של רשויות המדינה, למשל הרשות השופטת, או שירותים חיוניים, כדוגמת מערכת הבריאות, אספקת אנרגיה, הגנה על קטינים וכד', כבעלי מעמד חוקתי.<sup>321</sup> בית המשפט החוקתי הדגיש כי מתן מעמד חוקתי לאינטרס על דרך הפרשנות אינה יכולה להתבסס על מטרות כלליות הנובעות מתוך חוק היסוד – כמו למשל "הגנה על החוקה" או "יעילות מערכת המשפט הפלילי" – אלא נדרשת להסתמך על הוראות ספציפיות וקונקרטיות בחוק היסוד.<sup>322</sup> כנגד הגישה הבאה לירי ביטוי בפסיקתו של בית המשפט החוקתי נטען כי מתן מעמד חוקתי לערכים מסוימים בדרך של פרשנות חסרה הנמקה ראויה.<sup>323</sup> הביקורת מתרכזת בין היתר במתן מעמד חוקתי לערכים המעוגנים בסעיפים 74-73 לחוק היסוד, המסדירים את חלוקת הסמכויות שבין הרשות הפדרלית לרשויות המדינתיות. הטענה היא כי מתוך אזכור כזה בחוק היסוד אין נובע בהכרח מעמד חוקתי של הערך המוזכר, ולכן ערך זה אינו יכול להצדיק קיומה של פגיעה בזכות יסוד.<sup>324</sup> כך מסביר המלומד קלופפר כי מתוך עיגון סמכות בחוק היסוד נובעת המסקנה כי פעולת המחוקק להפעלת אותה סמכות היא לשם תכלית לגיטימית, דהיינו תכלית ראויה, אך אין נובעת בהכרח המסקנה כי תכלית זו יכולה להצדיק פגיעה בזכות חוקתית של הפרט.<sup>325</sup>

- Michael Selk, *Einschränkung von Grundrechten durch Kompetenzregelungen?* JuS 320  
895 (1990)
- Klaus Stern, *in* KLAUS STERN & FLORIAN BECKER, *GRUNDRECHTE-KOMMENTAR*, Einl. Rn. 127 (2010) 321
- BVerfGE 81, 278 (1990) עמ' 292-293. 322
- Selk, *לעיל* ה"ש 320, 895. 323
- ראו KLOEPFER, *VERFASSUNGSRECHT II* 89, ס' 51, פס' 65-67. 324
- לשם המחשת טיעונו מציג קלופפר את החלטתו של בית המשפט החוקתי בעניין השימוש באנרגיה אטומית (למטרות שאינן מלחמתיות) (BVerfGE 53, 30 (1979)). 325
- קלופפר מבקר את החלטתו של בית המשפט החוקתי, אשר הסיק מתוך ס' 74 לחוק היסוד (כיום ס' 73(1)), המעגן את סמכות החקיקה הפדרלית בתחום האנרגיה האטומית למטרות שאינן מלחמתיות, כי לערך זה (כלומר האינטרס הציבורי שבהפקת אנרגיה אטומית ושימוש בה) מעמד חוקתי העשוי להגביל זכות יסוד. קלופפר טוען כי יש להבדיל בין המסקנה, הנכונה לגישתו, כי מדובר במטרה לגיטימית לבין המסקנה כי האמצעי למימוש המטרה הוא בעל מעמד חוקתי. השוו פסק הדין בעמ' 56, ביקורתו

עוד נטען כי לא כל סמכות מסמכויות הרשות המעוגנת בחוק היסוד יכולה להיות בעלת מעמד חוקתי, שכן פרשנות כזו תביא לביטול המשמעות של היעד פסקת הגבלה בצדה של זכות חוקתית מסוימת.<sup>326</sup>

## (2) איזון בין ערכים בעלי מעמד חוקתי זהה: עקרון ההתאמה המעשית ומימושו בפסיקה

שאלה נוספת אשר נדונה, הן בפסיקה הן בספרות המשפטית, היא אם באיזון בין שני ערכים בעלי מדרג נורמטיבי חוקתי, כלומר מדרג ערכי זהה, יש לערוך איזון השונה מזה שנערוך בין ערכים שאינם במדרג נורמטיבי זהה, כגון זכותו החוקתית של הפרט ותכלית שקבעה הרשות בחוק רגיל.

בספרו אשר פורסם בשנת 1967 הציג המלומד הסה (Hesse) את העיקרון המנחה בעריכתו של איזון בין שני ערכים בעלי מעמד זהה – עקרון ההתאמה המעשית (Prinzip der praktischen Konkordanz). הקווים המנחים את עקרון ההתאמה המעשית תוארו כבר בפסיקתו של בית המשפט החוקתי בטרם העניק לו הסה את שמו. על סמך הפסיקה הסביר הסה כי אי-אפשר ליישב קונפליקט במימושם של ערכים מתחרים, שניהם בעלי מעמד חוקתי, בדרך של איזון אינטרסים מופשט, אשר יכריע איזה אינטרס הוא בעל מעמד עדיף מחברו. הדרך הנכונה לפתרון הקונפליקט היא באיזון קונקרטי, החותר למימוש אופטימלי של שני הערכים יחד, לפי נסיבות העניין. הגבלתו של כל ערך לטובת מימושו של הערך האחר צריכה להיות מידתית לעניין הנדון. הסה הוסיף וציין כי הגדרה מדויקת יותר של האיזון אינה אפשרית, שכן הערכים העומדים לאיזון ונסיבות המקרה הם שקובעים את אופיו.<sup>327</sup>

בספרות הגרמנית מוכר לצד עקרון ההתאמה המעשית המונח schonendster Ausgleich לתיאור איזון בין שני ערכים חוקתיים לפתרון מצב שבו מימושו

של קלופפר על האמור שם: KLOEPFER, VERFASSUNGSRECHT II, לעיל ה"ש 89, ס' 51, פס' 66.

326 שם; Dreier, GRUNDGESETZ-KOMMENTAR, Vorb., לעיל ה"ש 60, פס' 140-141.

327 Hesse, לעיל ה"ש 51, פס' 72. תיאור זה של עקרון ההתאמה המעשית מופיע כאמור כבר במהדורה הראשונה של הספר משנת 1967. ראו STERN, STAATSRECHT III/2, לעיל ה"ש 3, עמ' 656. ראו גם KLOEPFER, VERFASSUNGSRECHT I, לעיל ה"ש 1, ס' 1, פס' 167.

של האחד פוגע באחר. נראה כי מבחינת מהותו ופרשנותו עיקרון זה, שהתווה המלומד לרכה (Lerche),<sup>328</sup> זהה לעקרון ההתאמה המעשית.<sup>329</sup> למרות אימוצו של העיקרון בפסיקה כבר בשנות השבעים פסיקת בית המשפט החוקתי אינה מציגה קווים מנחים מדויקים יותר לשאלה כיצד יוחל עקרון ההתאמה המעשית. בית המשפט החוקתי הדגיש בהחלטותיו כי אופן החלתו של העיקרון תלוי בנסיבות המקרה.<sup>330</sup>

דוגמה לפנייה אל עקרון ההתאמה המעשית נמצאת בפסק דינו של בית המשפט החוקתי בעניין גבולות התערבותה של הרשות בחופש החוזים של הפרט.<sup>331</sup> מדובר בשתי עתירות אשר נדונו במשותף ואשר עסקו בחוקתיות ההחלטה לחייב ערב שחתם בשכיל אחר על חוזה ערבות לצורך קבלת אשראי בנקאי, בתשלום החוב. בעתירה אשר נתקבלה ערבה העותרת לאשראי שקיבל אביה בסכום של 100,000 מארק גרמני. בזמן החתימה על חוזה הערבות מלאו לעותרת 21, לא הייתה לה כל השכלה מקצועית, והיא הועסקה זה תקופה קצרה (לאחר תקופה ארוכה שבה הייתה מחוסרת עבודה) במפעל דגים בשכר נמוך. ארבע שנים מאוחר יותר הודיע הבנק לעותרת כי הוא מבקש לממש את ערבותה. מימוש הערבות נדון בכמה ערכאות שיפוטיות. הערכאה העליונה אשר דנה בעניין (Bundesgerichtshof) קבעה כי בחוזה הערבות לא נפל כל פגם, ולכן נדרשת העותרת למלא אחר תנאיו.

בעתירה לבית המשפט החוקתי טענה העותרת כי הדרישה למימוש חוזה הערבות מנוגדת לחובת ההגנה שמציב סעיף 1(2) לחוק היסוד. סעיף זה קובע כי החירות האישית, ובין היתר חופש החוזים, מוגבלת כאשר היא פוגעת בזכותם של אחרים, בערכים חוקתיים או במוסר הנוהג. בזמן הגשת העתירה הייתה העותרת אם חד-הורית אשר התקיימה מסיוע סוציאלי ומקצבת הורים. תשלום החוב על פי חוזה הערבות היה מחייב אותה לתשלום חודשי בשיעור כמעט כפול מהכנסתה הנוכחית ולא היה מאפשר לה להתקיים בכבוד כפי שמתחייב מן הערך החוקתי של כבוד האדם.

328 ראו Lerche, לעיל ה"ש 29, בעמ' 183-184.

329 KLOEPFER, VERFASSUNGSRECHT I, לעיל ה"ש 1, ס' 1, פס' 167.

330 STERN, STAATSRECHT III/2, לעיל ה"ש 3, עמ' 1743-1744.

331 ראו החלטתו של בית המשפט החוקתי: (1993) 89, 214 BVerfGE.

בית המשפט החוקתי קיבל את העתירה בציינו כי העתירה מציגה בעיה של התאמה מעשית: שני הצדדים לעתירה טוענים לזכותם מכוח סעיף (1)2 לחוק היסוד, אשר מעגן הן את חופש החוזים הן את ההגנה מפני מימוש מוחלט של חירות זו. מדובר אפוא בטענות שהן שוות מעמד. בשל נסיבות המקרה<sup>332</sup> ההחלטה לממש את חוזה הערבות משמעותה ביטול מוחלט של ההגנה המוענת לעותרת מפני האינטרס המתחרה של חופש החוזים. משמעותו של ביטול זה היא ביטולו של ערך חוקתי אחד מפני ערך חוקתי שווה מעמד. מסקנה זו הובילה לבטלות ההחלטה המשפטית למימוש הערבות.

דוגמה נוספת לבחינה לאור עקרון ההתאמה המעשית ניתן לראות בפסק דינו הראשון של בית המשפט החוקתי אשר עסק בבחינתה של חוקתיות הוראות החוק בנושא הפסקת היריון ואשר כבר הוזכר לעיל.<sup>333</sup> באותו עניין בחן בית המשפט את האיזון בין ההגנה הראויה על העובר – מכוח הזכות לחיים וערך כבוד האדם – מחד, ובין ההגנה על זכותה של האישה לפיתוח חופשי של אישיותה (סעיף (1)2 בשילוב עם סעיף (1)1 לחוק היסוד), הכוללת את הזכות להחליט שלא להיות הורה, מאידך. בית המשפט הסביר כי באיזון בין זכותה של האישה לזכותו של העובר מימושן המלא של הזכויות זו לצד זו אינה אפשרית, שכן מימוש זכותה של האישה משמעו ביטול זכותו של העובר. היות שמדובר בשתי זכויות חוקתיות העומדות לאיזון, תוצאת האיזון אינה יכולה להיות ביטול מוחלט של אחת הזכויות לטובת מימושה של האחרת.<sup>334</sup>

דיון בסוגיית האיזון בין זכותו של הפרט לערך בעל מעמד חוקתי אפשר לראות בפסק דינו של בית המשפט החוקתי אשר עסק בהגבלתו של חופש הביטוי האמנותי.<sup>335</sup> באותו עניין נדונה חוקתיות הרשעתם של העותרים (בשני הליכים

332 בבחינתן של עובדות המקרה ציין בית המשפט שלעותרת לא היה כל אינטרס כלכלי בערבות, כי שיעורו של סכום הערבות היה חריג בגובהו, וכי אי-אפשר היה לחזות מראש את סיכויי התממשות הערבות. למרות זאת הוצג חוזה הערבות בפני העותרת כדבר שבשגרה וכנטילת סיכון שאינו רב. בית המשפט הדגיש כי גם אנשי עסקים מנוסים היו מתקשים בהערכת הסיכון שבערבות. העותרת, אשר בעת החתימה מלאו לה 21 ואשר חסרה כל השכלה מקצועית, לא הייתה יכולה בשום פנים להעריך סיכון זה.

333 ראו פרשת חוקתיות הפסקת היריון, לעיל ה"ש 265.

334 שם, עמ' 43-44 לפסק הדין.

335 BVerfGE 81, 278 (1990)

ובכתי משפט שונים) בכיזויו של דגל המדינה לפי סעיף 90a לחוק העונשין, שכותרתו "ביזוי המדינה וסמליה" (Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole). העותר האחד, מנהל חנות ספרים, מכר בחנותו ספר שכותרתו "עזבו אותי בשקט" (laßt mich bloß in Frieden), שהכיל אוסף של קריקטורות, שירים וקטעי פרוזה נגד הצבא. על עטיפת הספר הופיע קולאז' של שתי תמונות – בתחתית הדרך תמונה בשחור לבן של טקס צבאי, שבו מונף דגל גרמניה, ובחלקו העליון של הדרך תמונה בצבע של אדם מטיל מימיו על דגל גרמניה. בגין אותה תמונה הורשע העותר. העותר השני הוא עורכו של כתב עת שפורסמה בו עטיפתו של הספר בצירוף טקסט ששם ללעג את הנפת הדגל. עותר זה הורשע בכיזויו הדגל לפי סעיף 90a לחוק העונשין הגרמני, בגין פרסום התמונה והטקסט שנוסף לה.

בעתירה טענו העותרים כי ההרשעה היא פגיעה בזכותם לחופש הביטוי האמנותי.<sup>336</sup> בית המשפט החוקתי קבע כי הקולאז' חוסה בהגנתו של חופש הביטוי האמנותי הקבוע בסעיף 5(3) לחוק היסוד,<sup>337</sup> אולם אפשר שהגנה זו תוגבל מכוחה של זכות חוקתית אחרת או מכוחו של ערך חוקתי. מנגד, סעיף 90a לחוק העונשין מגן על הערך החוקתי של דגל גרמניה כסמל המדינה. את מקורו של הערך החוקתי ראה בית המשפט החוקתי בעצם הקביעה שבסעיף 22(2) לחוק היסוד בנוגע לצבעי הדגל. עם זאת הדגיש בית המשפט כי הערך החוקתי של סמלי המדינה אינו נובע מלשון הסעיף אלא מעצם קיומה של קביעה בחוק היסוד באשר לסמלי המדינה, המדגישה את משמעותם. ההגנה החוקתית הניתנת לסמלי המדינה מוגבלת אפוא להגנה על זיהוים עם המדינה עצמה, דהיינו עם עקרונ קיומה.<sup>338</sup>

336 על פי הפרשנות המקובלת להגנה שמעניק חופש הביטוי האמנותי, הגנה זו חלה לא רק על האמון, יוצר הביטוי, אלא על כל השותפים בהפצתו של הביטוי לציבור הרחב. השוו פסק הדין, שם, בעמ' 292.

337 ההגנה על חופש הביטוי האמנותי אינה מלווה בפסקת הגבלה ספציפית, ולפיכך מציבה זכות שאין קבועה בצדה הגבלה למימושה.

338 "Staatliche Symbole nur insoweit verfassungsrechtlichen Schutz genießen, als sie 'עמ' versinnbildlichen, was die Bundesrepublik Deutschland grundlegend prägt" 294 לפסק הדין). במקרה הנדון בבחינתה של חוקתיות ההרשעה בחן בית המשפט את איזון האינטרסים בערכאות קמא בין זכותם של העותרים לחופש הביטוי ובין ההגנה החוקתית על דגל המדינה. בבחינתו זו מצא בית המשפט החוקתי כי שתי הערכאות

### (3) עקרון ההתאמה המעשית ועקרון המידתיות

עקרון ההתאמה המעשית לא נתפרש כעיקרון מנחה יחיד לאיזון בין ערכים אלא כעיקרון משלים לצד בחינתה של הפגיעה בזכות דרך עקרון המידתיות.<sup>339</sup> כלומר, עקרון ההתאמה המעשית קובע כי בבחינת פגיעה בזכות חוקתית אשר אין קבועה בצדה פסקת הגבלה ספציפית, נדרש כי תכלית הפגיעה היא ערך חוקתי – כלומר זכות חוקתית או ערך בעל מעמד חוקתי על פי הפסיקה – וכי הפגיעה תהיה מידתית. פגיעה המביאה לביטול מוחלט של זכות או של ערך חוקתיים לטובת ערך או זכות חוקתיים אחרים אינה מקיימת את עקרון ההתאמה המעשית, ולכן אינה מידתית.

בית המשפט החוקתי חזר והזכיר כי עקרון ההתאמה המעשית הוא חלק מעקרון המידתיות. למשל, בהחלטה אשר התייחסה לפגיעה בזכות לחופש הביטוי האמנותי עתרה העותרת, מוציאה לאור, נגד ההחלטה לכלול את הרומן שפרסמה ואשר נשא את הכותרת: "Josefine Mutzenbacher – Die Lebensgeschichte einer wienerischen Dirne, von ihr selbst erzählt" (בתרגום חופשי: יוזפינה מונצנבאכר: סיפורה של יצאנית וינאית, עדות בגוף ראשון) ברשימת הספרים המסכנים ילדים ונוער בנימוק כי מדובר בפורנוגרפיה.<sup>340</sup> משמעותה של החלטה זו, שהיא החלטה מינהלית, הייתה כי חל איסור על פרסום הספר, וכי יהיה אפשר למכרו רק בבתי עסק הנגישים למבוגרים בלבד. הבסיס החוקי להחלטה היו הוראות החוק באשר להפצת ספרות המסכנת את בני הנוער.<sup>341</sup> העותרת טענה כי

---

המרשיעות שגו באיזון זה, האחת משום שקבעה כי הקולאז' אינו יצירת אמנות ולכן אינו נהנה מן ההגנה המוענקת לחופש הביטוי האמנותי; האחרת משום הפרשנות השגויה שהעניקה לקריקטורה שבקולאז' כמכוונת נגד יסודותיה של המדינה, ולא רק נגד הצבא, דבר שהשפיע על האיזון בין ההגנה על ערך זה ובין חופש הביטוי. בית המשפט ביטל אפוא את ההרשעות והחזיר את העניין לדיון מחדש בערכאה הראשונה לשם איזון בין הערכים על פי הקווים המנחים שהתווה בפסק הדין.

339 לעניין פגיעה בס' (3) לחוק היסוד המעגן את הזכות לחופש הביטוי האמנותי והאקדמי השוו Wittreck, לעיל ה"ש 40, פס' 56.

340 BVerfGE 83, 130 (להלן: פרשת מונצנבאכר). על פי פסק הדין הספר מתאר באור חיובי עיסוק של ילדים בזנות וגילוי עריות.

341 Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. Juli 1985 (BGBl. I S. 1502) — G;S החוק בוטלו בשנת 2002.

ההחלטה פוגעת בזכותה לחופש הביטוי האמנותי על פי סעיף 5(3) לחוק היסוד. לגישתה של העותרת, מעמדו של אינטרס ההגנה על ילדים ובני נוער אינו שווה לזה של הזכות לחופש ביטוי אמנותי. עוד טענה העותרת כי גם אם מדובר בערך חוקתי, אין הוא יכול להביא לביטולו של חופש הביטוי האמנותי, וכי איזון בין הערכים אינו מצדיק פגיעה בזכותה לפרסום הספר.

בית המשפט החוקתי קבע ראשית כי אינטרס ההגנה על ילדים ונוער הוא בעל מעמד חוקתי. המקור למעמד זה הוא סעיף 6 לחוק היסוד, הקובע כי להורים זכות טבעית לחינוך ילדיהם, המקימה חובה למימושה. סעיף זה מוסיף וקובע כי למדינה ולקהילה הסמכות לפקח על מימושה של החובה ההורית. מכאן קבע בית המשפט כי הערכים של חופש הביטוי האמנותי ואינטרס ההגנה על ילדים ונוער הם בעלי מעמד חוקתי שווה, ואיזון ביניהם ייעשה על פי חתירה למימוש האופטימלי זה בצד זה. בית המשפט הסביר כי איזון זה ייעשה על פי עקרון המידתיות.<sup>342</sup> עם זאת בית המשפט לא הוסיף וביאר כיצד יש להחיל את עקרון המידתיות על איזון כאמור.<sup>343</sup>

לעניין החלתו של עקרון המידתיות ניתן ללמוד מפסק דינו של בית המשפט החוקתי משנת 2006 אשר עסק בשאלת פגיעה בחופש הדת.<sup>344</sup> באותו עניין סירבה העותרת, נוצרייה אדוקה, לשלוח את ילדיה לבית הספר וביקשה לחנכם בחינוך ביתי, מן הטעם שחינוך בבית הספר סותר את תפיסת עולמה הדתית שאותה היא מבקשת להקנות לילדיה. כיוון שעל פי החוק הגרמני כל ילד מגיל 6 חייב להיות חלק ממערכת החינוך המוכרת עד להשלמתן של עשר שנות לימוד, נפתחו נגד העותרת בגין סירובה הליכים פליליים. העותרת טענה כי הליכים אלה הם פגיעה בזכויותיה על פי סעיף 4(1) (חופש המצפון והדת), 6(1) ו-6(2) (בהתאמה: ההגנה על מוסד המשפחה ועל הזכות והחובה לחינוך ילדים בידי הוריהם) לחוק היסוד. בית המשפט הכיר בזכותה החוקתית של העותרת לחינוך ילדיה על פי השקפת

342 ראו פרשת מונצנבאכר, לעיל ה"ש 340, בעמ' 143 לפסק הדין.

343 באותו עניין נתקבלה העתירה, אולם מן הטעם שהרכבו של הגוף המחליט בשאלה אילו כתבים ספרותיים מסכנים ילדים ובני נוער לא הוסדר בחוק בפירוט מספיק, ולכן בטלה גם החלטתו.

344 פסק דינו של בית המשפט החוקתי מיום 31.5.2006, BvR 1693/04 (לא פורסם).  
ההחלטה מופיעה באתר בית המשפט החוקתי.



עולמה הדתית, אך קבע כי אף שחוק היסוד אינו קובע סייגים לזכות, עשויה זכות זו לסגת מפני ערכים חוקתיים אחרים. ערך חוקתי כזה הוא קיומה של מערכת חינוך בפיקוחה של המדינה, הזוכה דרך סעיף 7 לחוק היסוד למעמד חוקתי. מסעיף זה בחוק היסוד נובעת גם ההסדרה שבחוק בדבר החובה להיות חלק ממערכת החינוך, חובה שבצדה סנקציה פלילית. כיוון שמדובר בערכים בעלי מעמד חוקתי זהה, יש לאזן בין זכותם של ההורים לחינוך ילדיהם לבין אחריותה של המדינה למערכת החינוך דרך עקרון ההתאמה המעשית.<sup>345</sup>

הבחינה הקונקרטיית בפסק הדין נעשתה דרך עקרון המידתיות: משקבע בית המשפט כי פיקוחה של המדינה על מערכת החינוך הוא ערך חוקתי שיש בכוחו להגביל את הזכות החוקתית לחופש הדת, הוא פנה לבחון אם הוראות החוק הקובעות חובה להשתתפות במערכת החינוך (ראה לעיל) מקיימות את דרישת המידתיות. בית המשפט בחן ראשית את קיומם של שלושת מבחני המשנה של עקרון המידתיות באשר לתכלית של מימוש האינטרס הציבורי בקיומה של מערכת חינוך חובה. עוד הסביר בית המשפט כי הסנקציה הפלילית בצד החובה האמורה היא מידתית, משום שאינה מובילה לביטול זכותה של העותרת להנחיל לילדיה את הערכים הדתיים שבהם היא מאמינה.<sup>346</sup> החינוך בבית הספר אינו מבקש לכפות תפיסת עולם דתית מסוימת, אלא מנחה אותו תפיסה פלורליסטית, המבקשת להקנות לתלמידים ידע בדבר קיומן של השקפות דתיות שונות. לכן נדחתה העתירה.

## 7. נקודות משלימות

### א. ההבחנה בין זכויות הפרט ובין עקרון השוויון

זכויות היסוד של הפרט הן זכויות סובייקטיביות, אשר בראש ובראשונה נועדו להגן על הפרט מפני התערבותה של המדינה. עקרון המידתיות, אשר יסודו בבחינתה של פגיעה בזכותו של הפרט, בוחן – ומגביל בהתאם – את התערבותה של הרשות בתחום חירויות הפרט. הוא נועד לסמן את גבולות ההתערבות המותרת ואת הפגיעה האפשרית בזכותו של הפרט.

345 שם, פס' 9.

346 שם, פס' 22.

ההגנה שעקרון השוויון נועד לספק לפרט שונה מזו שמספקות חירויות הפרט – אין הוא מגן מפני התערבות הרשות בתחום הפרט אלא מפני הבחנה של הרשות שאינה עניינית. בשל השוני הבסיסי שבין ההגנה שמקנה עקרון השוויון לבין ההגנה שמקנות חירויות הפרט האחרות ראוי לבחון אם יישומו של עקרון המידתיות לבחינתה של פגיעה בשוויון שונה מיישומו לעניין פגיעה בחירויות אחרות של הפרט.

### (1) בחינת פגיעה בשוויון

עקרון השוויון מעוגן במשפט הגרמני בסעיף 3 לחוק היסוד, הקובע:

- (1) כל בני האדם שווים לפני החוק.
  - (2) גברים ונשים הם שווי זכויות. המדינה תקדם את שוויון הזכויות של נשים וגברים ותפעל לסילוקה של אפליה.
  - (3) אדם לא יופלה לרעה או יועדף בשל מגדרו, מוצאו, שפתו, מולדתו ומקום מוצאו, אמונתו, דתו או השקפותיו הפוליטיות.
- אדם לא יופלה לרעה בשל נכותו.<sup>347</sup>

סעיף 3(1) לחוק היסוד הגרמני קובע חיוב כללי ליחס שווה לכול (allgemeiner Gleichheitssatz). האופן שלפיו בחן בית המשפט החוקתי אם חוק שחוקקה הרשות מקיים את החיוב לנהוג בשוויון השתנה עם הזמן: הפסיקה המוקדמת (עד לשנות השמונים לערך) פירשה את סעיף 3(1) כמציב איסור על יחס שרירותי.

347 בשפת המקור:

- (1) Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.
- (2) Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.
- (3) Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.

יחס כזה קיים כאשר ניתן יחס שווה לבעלי שוני מהותי, ולהפך – כאשר ניתן יחס שונה לאלה שהם שווים במהותם.<sup>348</sup>

לאחר מכן, למן שנת 1980, הציבה הפסיקה אמת מידה שונה לבחינתה של פגיעה בשוויון, שזכתה לכינוי "הנוסחה החדשה". לפי נוסחה זו, עקרון השוויון הכללי נפגע כאשר קבוצה מן הקבוצות שעליהן חלה הוראת חוק מקבלת יחס שונה מזה שמקבלת חברתה, אף שאין שוני בין שתי הקבוצות בסוג או בעוצמה שיכולים להצדיק את מתן היחס השונה.<sup>349</sup>

המלומד איפסן (Ipsen) מסביר כי השינוי העיקרי בעקבות הנוסחה החדשה לבחינתה של פגיעה בשוויון הוא שנוסחה זו מחייבת בחינתו של איזון בין האינטרסים השונים העומדים לדיון. אמנם, גם בחינתה של פגיעה בשוויון דרך האיסור על מתן יחס שרירותי (על פי הפרשנות הישנה לעקרון השוויון) הציבה את הדרישה כי הפגיעה בשוויון תוצדק בשיקולים ענייניים. אולם על פי האיסור על יחס שרירותי, כל יחס שאינו שרירותי היה יכול להצדיק לכאורה מתן יחס לא שוויוני. לעומת זאת הנוסחה החדשה מחייבת עמידה בעקרון המידתיות.<sup>350</sup> במילים אחרות, הפרתו של עקרון השוויון אינה נבחנת עוד מהיבט ראיתי בלבד – על פי השאלה אם ההבחנה שנעשתה היא עניינית – אלא כשאלה של איזון בין ערכים על פי עקרון המידתיות.<sup>351</sup>

## (2) עקרון המידתיות לבחינת פגיעה בשוויון?

הספרות המשפטית פירשה את בחינתה של פגיעה בשוויון על פי הנוסחה החדשה כמושפעת מאופן בחינתו של עקרון המידתיות. המלומדת בריץ' (Britz) מציינת כי הפנייה לעקרון המידתיות נועדה לחזק את ההנמקה המשפטית בבחינתה

348 Ipsen, לעיל ה"ש 166, ס' 19, פס' 805-806.

349 שם, ס' 19, פס' 807: ראו עוד – (1980) 55, 72 BVerfGE, בעמ' 88:

Wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die gleiche Behandlung rechtfertigen können.

350 שם, ס' 19, פס' 808.

351 Lerke Osterloh, in GRUNDGESETZ KOMMENTAR (Michael Sachs ed., 6. Auflage, 2011) Art. 3 Rn. 13-14

של פגיעה בשוויון ולתרום לרציונליזציה של הפסיקה בנושא.<sup>352</sup> עם זאת אופן יישומם של השלבים בבחינתה של פגיעה בעקרון השוויון טרם הובהר בפסיקה או בספרות הגרמנית.

המלומד הוין (Heun) סבור כי בבחינת פגיעה בעקרון השוויון יש לבחון ראשית את השאלה אם התכלית להבחנה בין שווים ראויה, כלומר מקובלת במסגרת הקבוע בחוק היסוד.<sup>353</sup> המלומד שטארק (Starck) טוען כי בשלב זה יש לבחון גם אם הקריטריונים שלפיהם נערכה ההבחנה חוקתיים כשלעצמם. לגישתו, מתוך הזכויות והערכים הקבועים בחוק היסוד נובעים ציוויים להבחנות מסוימות, אישור לקיומן של הבחנות מסוימות ואיסור על הבחנות אחרות.<sup>354</sup> כך למשל אישור לקיומה של הבחנה נובע מן ההוראות הקובעות הגבלתן של זכויות יסוד לשם הגשמת תכלית ספציפית. לדוגמה, הרשות רשאית לפגוע בהגנה על המעון, הקבועה בסעיף 13 לחוק היסוד, לשם הגשמת תכלית ההגנה על קטינים. כלומר, הסייג הקבוע בצד הזכות החוקתית מעניק לרשות אישור להבחנה כנגד עקרון השוויון הכללי.<sup>355</sup> דוגמה לאיסור על קיומן של הבחנות הנובע מחוק היסוד הוא האיסור על קיומה של הבחנה אשר תפגע בחובה לשמור על כבודו של כל אדם, למשל הציווי לשוויון בפני החוק.<sup>356</sup>

Gabriele Britz, *Der allgemeine Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des BVerfG*, 352  
NJW 346, 346 (2014)

Werner Heun in I GRUNDGESETZ-KOMMENTAR, Art. 3 Rn. 27 (Horst Dreier ed., 3. Auflage, 2013) 353

Christian Starck, in v. MANGOLDT, KLEIN & STARCK GRUNDGESETZ KOMMENTAR 354  
Art. 3 Rn. 16–21 (6. Auflage, 2010)

סייג זה, בין סייגים נוספים להגנה על המעון, קבוע בס' 13(7) לחוק היסוד, הקובע:

(7) Eingriffe und Beschränkungen dürfen im übrigen nur zur Abwehr einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr für einzelne Personen, auf Grund eines Gesetzes auch zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, insbesondere zur Behebung der Raumnot, zur Bekämpfung von Seuchengefahr oder zum Schutze gefährdeter Jugendlicher vorgenommen werden.

סייג דומה קבוע גם ביחס להגנה על זכות התנועה, המעוגנת בס' 11 לחוק היסוד. השוו

שם, פס' 20.

שם, פס' 18. 356

אופן בחינתה של הפגיעה בשוויון לשם הגשמת תכלית ראויה מוסיף ומתבסס על השלבים שבבחינתו של עקרון המידתיות. כלומר, על ההבחנה לקיים את מבחן ההתאמה, את מבחן הצורך ואת מבחן המידתיות במובן הצר. במסגרתו של מבחן ההתאמה נדרש כי ההבחנה תתאים להגשמתה של התכלית או לחלופין למימושה של הסיבה להבחנה. במסגרתו של מבחן הצורך נדרש כי ההבחנה שנעשתה לצורך הגשמת התכלית, או לחלופין למימושה של הסיבה להבחנה, היא האמצעי שפגיעתו פחותה.<sup>357</sup>

על אף קבלתה של הנוסחה החדשה בפסיקה הגרמנית לבחינתה של פגיעה מותרת בעקרון השוויון, לא ברור כלל אם מבחן המידתיות, אשר התפתח כאמצעי להגבלת כוחה של הרשות לפגוע בחירות הפרט, מתאים גם לבחינת הגבלת כוחה של הרשות לפגוע בעקרון השוויון. שאלה זו עודנה שנויה במחלוקת בספרות המשפטית.

לשם הבהרת הקושי יש לחזור לשורשיו של עקרון המידתיות: על פי הגישה הליברלית הקלאסית, חירות הפרט היא זכות שלילית – לפרט יש זכות כנגד התערבותה של הרשות. גבול זכותו זו של הפרט הוא במקום בו הפעלת זכויותיו של האחד פוגעת בזכויותיו של האחר או באינטרס ציבורי אשר מצדיק הגבלתה של זכות יסוד. כיוון שבלתי אפשרי לצפות התנגשות כזו מראש על כל היבטיה, יש לעגן ראשית בחוקה את האופן שבו יוכל הפרט לממש את זכויותיו וכן את גבולות המימוש של זכויות אלה. עקרון המידתיות מסמן שלב נוסף בשאלת התיחום של מימוש זכותו של הפרט – הוא מסמן את הגבולותיה של ההגבלה – דהיינו את הגבולותיה של הגבלת חירויות הפרט. השימוש בעקרון המידתיות נועד לסמן את גבולות מימושה של אינטרסים כלליים אשר פוגעים בחירויות היחיד. בבסיסו מיועד הוא אפוא לבחינת הגבלתה של הגבלת חירות הפרט.<sup>358</sup> הוא מסמן יחס ראוי בין השפעתו של האמצעי – כלומר הגבלת חירות הפרט – למטרה – האינטרס, התכלית שבהגבלה כאמור.

מתוך התיאור לעיל מתברר גם הקושי שבהחלתו של עקרון המידתיות לבחינתה של פגיעה בעקרון השוויון. ראשית בחינת המידתיות מניחה יחסים בין שני גורמים – הרשות מן הצד האחד והפרט מן הצד האחר. לעומת זאת

357 Britz, לעיל ה"ש 352, בעמ' 350.

358 Stefan Huster, *Gleichheit und Verhältnismäßigkeit*, 1994 JZ 541, 543

בחינתה של פגיעה בשוויון כוללת גורם שלישי אשר בהשוואה אליו נטען קיומה של פגיעה בשוויון.<sup>359</sup> בנוסף, מרכזת של בחינת המידתיות הוא בבחינת התכלית והאמצעי להגשמתה. לעומת זאת ההנמקה, מצד הרשות, לפגיעה בשוויון אינה מתוארת תמיד על פי היחס שבין תכלית לאמצעי להגשמתה.<sup>360</sup> במקרים רבים השיקול המצדיק את ההבחנה, שהיא פגיעה בשוויון, הוא השוני שבין הקבוצות שביניהן נערכה ההבחנה או השוני בנסיבות העניין, למשל מידת האשמה כמצדיקה הבחנה בחוק הפלילי ומידת הצורך כמצדיקה הבחנה בהוראות החוק לביטוח סוציאלי. יחס שאינו שוויוני אינו משרת במקרה כזה תכלית חיצונית להבחנה עצמה אלא נתפס כמוצדק כשלעצמו.<sup>361</sup> במקרה כזה ניתן לטעון כי אין טעם בבחינתה של מידתיות כיוון שהיחס שבין תכלית לאמצעי להגשמתה פשוט אינו מתקיים.

המלומד הגרמני הוסטר (Huster) העלה פתרון לשאלת אופן בחינתה של המידתיות במקרה של פגיעה בשוויון. הוסטר טוען כי קיים שוני בסיסי בין עקרון השוויון ובין זכויות הפרט. לגישתו, זכויות היסוד של הפרט ניתנות מטיבן להגבלה (Prima facie-Rechte), והדבר מוביל לבחינת גבולות ההגבלה המותרת על פי עקרון המידתיות. לעומת זאת בבחינתו של עקרון השוויון השאלה היא אם הבחנה שנערכה בין שתי קבוצות היא עניינית. הבחנה שאינה עניינית היא הפרה של עקרון השוויון. לכן לגישתו אין טעם לפנות פנייה גורפת אל עקרון המידתיות לשם בחינת הגבולות ה"מותרים" של פגיעה בשוויון.<sup>362</sup> הוסטר סבור כי יש להבחין בין שתי קבוצות מקרים שעליהן חולש עקרון השוויון. הקבוצה הראשונה כוללת מקרים שבהם קיים שוני, מוכח, בין שתי קבוצות מן הסוג אשר מצדיק יחס שונה לכל אחת מהן. דוגמה לשוני כזה בין קבוצות היא מיסוי שונה לבעלי הכנסה שונה או גיל פרישה ותשלום פנסיה שונה לאישה עובדת המטופלת במשפחה לעומת אישה עובדת שאינה בעלת משפחה. בשני המקרים הללו השוני בין שתי הקבוצות הוא, לגישתו של הוסטר, שוני מוכח, אשר מצדיק מתן יחס שונה לכל אחת מהן. לכן במקרים המשתייכים

359, Ipsen, לעיל ה"ש 166, ס' 19, פס' 814.

360, Heun, לעיל ה"ש 353, פס' 28.

361 ש.ם.

362, Huster, לעיל ה"ש 358, בעמ' 541-543.

לקבוצה זו בחינתה של הפגיעה בשוויון דרך בחינת מידתיות אינה אפשרית. כך למשל בבחינת הפגיעה בשוויון הבאה לידי ביטוי במיסוי שונה של קבוצות הכנסה שונות. היות שרמת ההכנסה היא אמת המידה שלפיה נקבע המיסוי השונה, אין כל היגיון בבחינת השאלה אם מיסוי שונה לקבוצות שונות מקיים את מבחני המשנה של התאמה, צורך ומידתיות במובן הצר. אין מדובר במצב שבו ערכים מתנגשים נשקלים זה כנגד זה – השאלה אינה כזו הבוחנת איזון בין חלוקת נטל המס מחד לרמת השכר מאידך.<sup>363</sup>

הקבוצה השנייה כוללת, לגישתו של הוסטר, מקרים שבהם יש הבחנה בין קבוצות שונות ולכן גם מתן יחס שונה לקבוצות שונות. היחס השונה אינו נובע מקיומו של שוני מוכח, המצדיק יחס שונה, אלא מטעמים פוליטיים, כלכליים או מטעמי יעילות בפעולת הרשות. מדובר במקרים שבהם התכלית המובילה להבחנה בין הקבוצות אינה ההבחנה כשלעצמה. הדוגמה שמתאר הוסטר להבחנה כזו היא הוראת חוק המכירה בהוצאות לבניית בית מגורים פרטי לצורכי מס ולכן מבחינה בין תשלום המס של מי שבבעלותו נכס פרטי לצורכי מגורים לבין תשלום המס של מי שאינו בעל נכס כזה. הוראת החוק נועדה לעודד את הבנייה הפרטית לצורכי מגורים. דוגמה נוספת היא החקיקה המאשרת יציאה לפנסיה מוקדמת לנשים עובדות ולא לגברים עובדים. הסיבה להבחנה בין נשים לגברים במקרה זה היא ההכללה שקיבל המחוקק, כי באופן הרגיל האישה היא הנושאת בנטל כפול של עבודה והנהלת משק בית, ולא הגבר. לפיכך נשים עובדות – בניגוד לגברים עובדים – זכאיות להטבה של פרישה מוקדמת כאמור. בשל הקושי בבחינתו של כל מקרה פרטי לשם זיהויו של שוני אמיתי, מכלילה הוראת החוק ויוצרת הבחנה בין נשים לגברים.

הוסטר מסביר כי הבחנה בין שתי קבוצות שאינה מבוססת על שוני אמיתי או מוכח אינה בהכרח לא חוקתית. כאשר ההבחנה בין קבוצות שונות אינה נובעת מקיומו של שוני מוכח אלא מהחלטה פוליטית או מטעמי יעילות, יש לגישתו לבחון את מידתיות הפגיעה בעקרון השוויון. במילים אחרות: במקרה שבו היחס השונה לקבוצות שונות הוא תוצאת לוואי של השגת תכלית פוליטית-כלכלית או אחרת שאליה חותר המחוקק והמפרה את הציווי החוקתי למתן יחס שווה,

יש לבחון אם האמצעי – יחס שונה לשווים – מתאים ונכון להשגת התכלית החקיקתית, ואם אִי-השוויון הנוצר עומד ביחס ראוי לתכלית האמורה.<sup>364</sup>

בקבוצת המקרים הראשונה הסיבה להבחנה בין הקבוצות היא קידומו של יחס צודק בין השתיים. לכן לגישתו של הוסטר אין במקרים אלה פגיעה בעקרון השוויון אלא להפך, ניסיון להגשימו. לעומת זאת בקבוצת המקרים השנייה הסיבה להבחנה בין הקבוצות אינה קידומו של יחס צודק אלא מטרה שונה. הלגיטימיות הנטענת ליחס שונה נובעת מקידום מטרות חברתיות, כלכליות או אחרות. נוצר כאן אפוא יחס אמיתי בין מטרה לאמצעי – יחס שניתן לבחון לאורו של עקרון המידתיות. השאלה הנבחנת היא אפוא אם המטרה (החיצונית) אשר הציב המחוקק ראויה דייה על מנת לפגוע בציווי החוקתי של עקרון השוויון.<sup>365</sup>

הוסטר מתאר הבחנה בין שני מקרים של פגיעה בעקרון השוויון המבוססת על מטרתה של הפגיעה: הבחנה הנובעת ממטרה "פנימית", דהיינו קידומה של מטרת השוויון עצמה (יחס שונה לשונים כדי ליצור שוויון) מחד, והבחנה בין קבוצות וקיומו של יחס שונה הנובע מתוך כל מטרה "חיצונית" (לעקרון השוויון) אחרת מאידך. לגישתו, רק במקרה שבו הפגיעה בשוויון נעשית להגשמתה של תכלית חיצונית מתקיים יחס מטרה-אמצעי המאפשר בחינה לפי עקרון המידתיות.

מנגד, נטען כי קיים קושי להבדיל בין הקטגוריות שמציג הוסטר של "הבחנה פנימית" – המקדמת על פי הטענה את עקרון השוויון עצמו – ל"הבחנה חיצונית". בנוסף, הבחנה פנימית, המציגה לגישת הוסטר אמת מידה, כמו למשל רמת הכנסה, נדרשת לעתים קרובות להציג פירוט נוסף באשר לדרכי ההבחנה. פירוט כזה עשוי להוסיף תכליות חיצוניות להבחנה בין קבוצות שונות, למשל לעניין הבחנה בתשלום מסים המבוססת על רמת הכנסה: הבחנה כזו כוללת שיקולים חברתיים כמו צמצום פערים חברתיים, יצירת תמריצים לתעסוקה או שיקולים פיננסיים כלליים אחרים.<sup>366</sup>

על בסיס הטיעונים הללו מסביר המלומד הויזן כי קיים קושי בבחינתה של פגיעה בעקרון השוויון על פי מבחני המידתיות המוכרים. לגישתו, יש לבחון את שאלת הפגיעה המותרת בעקרון השוויון על פי איזון בין הערכים הרלוונטיים

364 שם, בעמ' 544.

365 שם.

366 Heun, לעיל ה"ש 353, פס' 30.



ללא היצמדות דווקנית למבחני המשנה של עקרון המידתיות (התאמה, צורך ומידתיות במובן הצר).<sup>367</sup>

מלומדים אחדים מציינים כי בפועל אין פסיקת בתי המשפט מציגה אופן אחד של בחינת הפגיעה בעקרון השוויון.<sup>368</sup> בחינתה של פגיעה בשוויון משתנה על פי נסיבותיו של המקרה הנדון ונעה בין שני הקצוות של בחינה לאור האיסור על הבחנה שרירותית מחד ובין בחינה דווקנית לאור עקרון המידתיות מאידך. כלומר, אופן בחינתה של פגיעה בשוויון הוא מדורג, על פי אופי הפגיעה עצמה.<sup>369</sup> בספרות המשפטית צוינו כמה מאפיינים המלמדים על האופן שבו יבחן בית המשפט פגיעה בשוויון: ככלל, אם ההבחנה שערכה הרשות קשורה בפרט עצמו, ולא בנסיבות העניין למשל, תהיה ההבחנה "חשודה",<sup>370</sup> ובית המשפט יבחן אותה אפוא ביתר קפידה, כלומר דרך בחינה הקרובה באופייה לבחינתה של מידתיות.<sup>371</sup> מנגד, אם הקריטריון להבחנה הוא ענייני ואינו קשור בתכונותיו האישיות של הפרט, יבחן בית המשפט את ההבחנה שערך המחוקק דרך השאלה אם מדובר בהבחנה מנומקת שאינה שרירותית.<sup>372</sup>

קריטריון נוסף המכוון את בית המשפט בשאלה כיצד תיבחן פגיעה בשוויון הוא שאלת השפעתה של ההבחנה שערכה הרשות על זכויות יסוד אחרות של הנוגעים בדבר. על פי הבחנה זו, בחינתה של פגיעה בשוויון תהיה קפדנית יותר (ומתחם שיקול הדעת המסור למחוקק צר יותר) אם ההבחנה שנערכה משפיעה על מימושן של זכויות יסוד נוספות.<sup>373</sup> לעומת זאת ראוי להעיר כי כמעט כל

שם, פס' 30-31.	367
Sigrid Boysen, in I GRUNDGESETZKOMMENTAR (Philip Kunig ed., 6. Auflage, 2012)	368
Britz; Art. 3 Rn. 16, לעיל ה"ש 352, פס' 347.	
Boysen, לעיל ה"ש 368, פס' 103.	369
כאן ניכרת ההשפעה מן הפסיקה האמריקאית. השוו שם, פס' 20-22.	370
Britz, לעיל ה"ש 352, בעמ' 348.	371
Boysen, לעיל ה"ש 368, פס' 105.	372
BVerfGE 88, 87, בעמ' 97. לסקירה של עיקרון זה בפסיקה השוו Boysen, לעיל ה"ש	373
368, פס' 107.	

פגיעה בשוויון משליכה על מימושן של זכויות יסוד אחרות. לכן מידת ההנחה לבחינת פגיעה בשוויון דרך קריטריון זה מוטלת בספק.<sup>374</sup>

### (3) מבט השוואתי וסיכום ביניים

בפסיקתו של בית המשפט העליון בישראל לבחינתה של פגיעה בשוויון ניכרת התפתחות הדומה לזו שתוארה לעיל במשפט הגרמני. כלומר, לצד בחינת קיומו של שוני רלוונטי נבחנת הפגיעה בעקרון השוויון גם דרך בחינתה מידתיותה של הפגיעה. עיון בפסיקתו של בית המשפט העליון מלמד כי הגישה אשר התפתחה בפסיקה היא של בחינת הטענה לפגיעה בשוויון, ראשית דרך השאלה אם יסודה של ההבחנה שערכה הרשות הוא בשוני רלוונטי. הבחנה שאינה מבוססת על שוני רלוונטי היא בבחינת אפליה פסולה, דהיינו פגיעה בעקרון השוויון, והיא תיבחן דרך עקרון המידתיות.

כך למשל בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת<sup>375</sup> אשר דן בשאלת חוקתיותו של חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002. נגד חוק זה, אשר קבע הסדר מיוחד בכל הנוגע לדחיית שירות הביטחון של תלמידי ישיבות אשר "תורתם אומנותם", נטען כי הוא פוגע בשוויון משום שהוא יוצר אפליה בין תלמידי ישיבות אשר זכאים על פי הוראות החוק להסדר של דחיית שירות ובין מי שאינם תלמידי ישיבות, אשר נדרשים להתגייס לצה"ל באופן הרגיל. הנשיא ברק קבע בפסק דינו, ואליו הצטרפו רוב השופטים אשר ישבו בדיון, כי ההבחנה בעניין חובת השירות הצבאי אינה מבוססת על שוני רלוונטי ולכן פוגעת בשוויון.<sup>376</sup> מכאן המשיך ברק לבחינתה של הפגיעה לאור הקבוע בפסקת ההגבלה, היינו

374 Britz, לעיל ה"ש 352, בעמ' 349. בריץ מציינת כי מתוך נקודת המבט ההפוכה בחינתה של פגיעה באחת מזכויות היסוד של הפרט תהיה דווקנית יותר כאשר מעורבת בה גם הבחנה בין קבוצות שונות, דהיינו פגיעה בעקרון השוויון.

375 בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006).

376 שם, פס' 28 לפסק דינו של הנשיא ברק.

תוך בחינת השאלה אם הפגיעה נעשתה לתכלית ראויה ואם היא מקיימת את דרישת המידתיות.<sup>377</sup>

פסקי דין נוספים מן העת האחרונה כרוגמת פסק הדין בעניין עדאלה נ' שר הפנים,<sup>378</sup> פסק הדין בעניין חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר,<sup>379</sup> פסק הדין

377 פס' 45 ואילך לפסק דינו של הנשיא ברק. באותו עניין קבע הנשיא ברק כי על פי הנתונים המספריים הנוגעים לגיוסם של בני הישיבות עולה שאין מתקיים מבחן המשנה הראשון של עקרון המידתיות – אין מתקיים קשר רציונלי בין ההסדר שנקבע בחוק ובין תכליתו המרכזית של הסדר זה – קידום השוויון בין בני הישיבות למי שאינם בני ישיבות בכל הנוגע לגיוס לצה"ל ושילובם של גברים חרדים במשק העבודה הישראלי. היות שהרשות טענה כי אי-העמידה במבחן הקשר הרציונלי נובעת מן העובדה כי ההסדרים להגשמתו של החוק טרם התממשו, נקבע כי טרם ניתן לבחון את שאלת עמידתו של ההסדר בעקרון המידתיות. לפיכך נקבע בפסק הדין כי יש להמתין לחלוף חמש שנים מיום כניסת ההסדר לתוקפו על מנת שיהיה ניתן להעמידו לבחינה (תקופה זו של חמש שנים נובעת מתוך הוראות החוק עצמו אשר נתקבל בכנסת לחמש שנים עם האפשרות להאריכו לתקופות נוספות). ראו פס' 65–71 לפסק דינו של הנשיא ברק. ראוי לציין כי שש שנים מאוחר יותר פסק בית המשפט כי ההסדר האמור הוא אכן לא חוקתי וכי יישומו של החוק נכשל באופן המחייב הוראה על פסילתו בשל הפגיעה הקשה בשוויון (ראו בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 21.2.2012)).

378 ראו עניין עדאלה, לעיל ה"ש 56. בעניין עדאלה נבחנה שאלת חוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג–2003. חוק זה, אשר מונע (בכפוף לחריגים) מתושבי אזור יהודה שומרון וחבל עזה להיכנס אל תחומי ישראל, מטיל בין היתר מגבלות על איחוד משפחות בין בן זוג ערבי בעל אזרחות ישראלית או תושב קבע בישראל (בעיקר בירושלים) לבין בו זוגו תושבת האזור. כנגד הוראות החוק טענו העותרים, בין היתר, כי הוראות החוק פוגעות פגיעה אסורה בעקרון השוויון, שכן חוק האזרחות והכניסה לישראל מונע התאזרחות של בן זוג של אזרחי ישראל אם בן הזוג מתגורר באזור והוא אינו תושב יישוב ישראלי שם. הואיל והרוב המכריע של הנישאים לתושבי האזור (שאינם מתגוררים ביישוב ישראלי) הם אזרחים ערבים, החוק פוגע בעיקר באזרחי ישראל הערבים.

השופט ברק קבע בפסק דינו, אשר באותו עניין היה בסופו של דבר דעת מיעוט, כי הוראות החוק אכן פוגעות בעקרון השוויון, משום שהלכה למעשה הן מגבילות את זכותם של ערביי ישראל – ושלמה בלבד – לממש את זכותם לחיי משפחה. בבחינתו פגיעה זו התייחס ראשית השופט ברק לטענתה של הרשות כי ההבחנה – בין הקבוצה

שעליה חלות הוראות החוק ובין הקבוצה שעליה אין חלות הוראות החוק – מבוססת על שוני רלוונטי. טענה זו נדחתה, שכן הוראות החוק אינן נתלות בהבחנה המתבססת על קיומה של סכנה ביטחונית (הנשקפת מבן הזוג המבקש להיכנס לישראל) אלא בהבחנה המתבססת על מוצאו של בן הזוג המבקש להיכנס לישראל. החוק אוסר על כניסה לישראל של כל בן זוג פלסטיני מהאזור, בין שנשקפת ממנו סכנה לביטחון ובין שלא (פס' 49 לפסק דינו של ברק). מכאן עבר השופט ברק לבחינתה של תכלית הפגיעה בשוויון ומידתיותה. בבחינה זו קבע הוא ראשית כי החוק נועד לשרת תכלית ראויה – הקטנתו של הסיכון הביטחוני הנשקף מבן זוג המקבל היתר לשיבה בישראל. כן קבע ברק כי האיסור הגורף שהוטל בחוק על כניסתו של כל בן זוג פלסטיני מן האזור לשטח ישראל מתאים להגשמתה של התכלית ומקיים את מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. במסגרת מבחן זה בחן השופט ברק את האמצעי שבחרה הרשות – הטלתו של איסור גורף – לעומת אמצעי שפגיעתו פחותה יותר – הוא בחינתו האינדיווידואלית של כל מקרה והחלטה בשל הסיכון הביטחוני הטמון (או שאינו טמון) בבן או בת הזוג המבקשים להיכנס לישראל. בבחינה זו קבע השופט ברק כי היות שהטלתו של איסור גורף היא בהכרח אמצעי יעיל יותר, הרי שאי-אפשר לומר כי בדיקה אינדיווידואלית, שיעילותה פחותה, היא אמצעי חלופי בר השווה. בבחינתה של מידתיות במובן הצר בחן ברק שוב את שני האמצעים האפשריים להגשמתה של התכלית: איסור גורף – כפי שהוטל בחוק – לעומת בחינה אינדיווידואלית. באיזון בין התועלת שאפשר שתתקבל משימוש בכל אחד מן האמצעים הללו לעומת הנזק שכל אחד מהן עלול לגרום, הגיע ברק לתוצאה כי האיסור הגורף שבו בחרה הרשות אינו מקיים את עקרון המידתיות (לבחינת המידתיות ראו פס' 84–94 לפסק דינו של הנשיא ברק).

379

ראו בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009). באותו עניין נדון החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 28) התשס"ד–2004 (להלן: תיקון 28), אשר קבע כי במדינת ישראל יוקם לראשונה בית סוהר אשר יופעל וינהל בידי תאגיד פרטי, הפועל למטרות רווח, ולא בידי המדינה. בפסק דינה של הנשיאה ביניש, ואליה הצטרפו השופטים האחרים שישבו בדיון, נקבע כי תיקון 28 פוגע פגיעה לא-חוקתית בשתי זכויות חוקתיות המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – הזכות לחירות אישית (ס' 5 לחוק היסוד) והזכות לכבוד האדם (ס' 2 לחוק היסוד). בפסק דינה של השופטת נאור הודגש היבט נוסף של הפגיעה בכבוד האדם דרך הקמתו של בית סוהר בניהול פרטי, הוא הפגיעה בשוויון. נאור קבעה כי הוראות החוק פוגעות בשוויון בשל ההבחנה בין שתי קבוצות אסירים: קבוצה אשר תיאסר בבית סוהר פרטי בהנהלת זכיין מוטה-רווח וקבוצה אשר תיאסר בבית סוהר מדינתי. הבחנה זו בין שתי הקבוצות אינה מבוססת על שוני רלוונטי (פס' 15 לפסק דינה של השופטת נאור). מכאן עברה השופטת נאור לבחינתן של הפגיעות בזכויות היסוד דרך עקרון המידתיות. בבחינת משני המשנה השני והשלישי על עקרון המידתיות מגיעה השופטת למסקנה כי הוראות החוק אינן מקיימות מבחני משנה אלו (ראו פס' 20–28 לפסק דינה של השופטת נאור).

יקותיאלי נ' השר לענייני דתות<sup>380</sup> ופסק הדין בעניין התאחדות הסטודנטים<sup>381</sup> נקטו גישה דומה בבחינתה הדו-שלבית של הפגיעה בשוויון: ראשית דרך בחינת קיומו של שוני רלוונטי ושנית בבחינת מידתיותה של הפגיעה בשוויון. תמיכה רעיונית לגישה זו ניתן למצוא בהסבר שהציג המלומד הגרמני הוסטר ואשר תוארה לעיל. לגישתו של הוסטר, ניתן לבחון את הפגיעה בעקרון השוויון בשני שלבים: בשלב הראשון יש לבדוק אם ההבחנה שערכה הרשות נועדה לקדם מטרה של שוויון או מטרה שונה. הבחנה המקדמת את עקרון השוויון – היינו

380 בג"ץ 4124/00 יקותיאלי נ' השר לענייני דתות, פורסם בנבו, 14.6.2010 (להלן: עניין יקותיאלי). פסק הדין עסק בשאלת חוקתיותו של הסעיף התקציבי בחוקי התקציב השנתיים, שכותרתו "הבטחת הכנסת מינימום לאברכי כוללים", ואשר על פיו משולמת לאברכי כוללים אשר עומדים בתנאי זכאות שונים גמלת הבטחת הכנסה. העותרים טענו כי ההבחנה שנערכה בחוק בין ההוראות הנוגעות להבטחת הכנסה לאברכי כוללים והקבועות בסעיף התקציבי האמור ובין ההוראות להבטחת הכנסה הנוגעות ליתר האוכלוסייה והקבועות בחוק הבטחת הכנסה היא בגדר אפליה פסולה. בפסק דינה של הנשיאה ביניש, אשר נתקבל כרעת הרוב, נקבע ראשית כי ההבחנה בין קבוצת האברכים ובין סטודנטים – אשר על פי הוראות החוק אינם זכאים לקצבת הבטחת הכנסה – אינה מבוססת על שוני רלוונטי (פס' 37-40 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). בבחינת מידתיות הפגיעה קבעה ביניש כי הפגיעה בשוויון אינה מקיימת את עקרון המידתיות, שכן אינה עומדת במבחן המשנה השני של עקרון המידתיות – מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה – וממילא אינה עומדת במבחן המידתיות מבוצן הצר (ראו פס' 42 ואילך לפסק דינה של ביניש).

381 בג"ץ 616/11 התאחדות הסטודנטים בישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 25.5.2014). פסק הדין עסק בשאלת חוקתיות החלטת ממשלה כמו גם חוקתיות הוראות בחוק התקציב לשנות הכספים 2011 ו-2012 אשר הקצו כספים לשם מלגות לאברכים הלומדים בכולל. הוראות אלה נתקבלו לאחר מתן פסק הדין בעניין יקותיאלי, אשר פסל את הוראות הסעיף התקציבי "הבטחת הכנסת מינימום לאברכי כוללים" בגין פגיעתו הלא מידתית בשוויון. העותרים טענו כי החלטות אלה משמרות את הפגיעה בשוויון בין קבוצת האברכים ובין קבוצות אחרות. בית המשפט (השופט רובינשטיין) קבע ראשית כי ההוראות הן בבחינת פגיעה בשוויון. השופט רובינשטיין ביאר כי שאלת הפגיעה בשוויון נבחנת לאור שאלת קיומו של שוני רלוונטי בין הקבוצות הזוכות ליחס שונה (פס' מג לפסק דינו). במקרה הנדון קבע רובינשטיין כי אין מתקיים שוני רלוונטי העשוי להצדיק את הפגיעה בשוויון. עוד מסביר רובינשטיין כי אי אפשר לקבל את הטענה כי ההסדר המפלה מטרתו לקדם את השוויון בין הקבוצות בהדרגה (פס' נ-נז). מכאן נבחנת בפסק הדין שאלת מידתיות הפגיעה בשוויון (פס' סב ואילך לפסק דינו של רובינשטיין). לגופו של עניין נקבע כי הפגיעה אינה מקיימת את עקרון המידתיות.

המבוססת על שונות רלוונטית – אינה נדרשת לבחינה נוספת. רק לעניין הבחנה אשר נועדה לקיים כל מטרה אחרת מלבד קידומו של השוויון עצמו, יש להוסיף ולבחון בשלב השני, לגישתו של הוסטר, אם ההבחנה שנערכה מקיימת את עקרון המידתיות.

ראוי להבהיר בהקשר זה כי גישה זו שונה מהעמדה שמציג המלומד הוין, הסבור כי בבחינת חוקתיות הפגיעה בשוויון אין די בבחינתה של שאלת השונות המוכחת, או כפי שנבחנה במשפט הישראלי "שונות רלוונטית", שכן השאלה מהי שונות מוכחת אינה פשוטה. פעמים קשה לגלות בכירור את הסיבה להבחנה שערכה הרשות, פעמים מדובר בסיבה המבוססת על נימוקים שונים, שחלקם מבוססים על שונות מוכחת או רלוונטית וחלקם על שונות שאינה רלוונטית. לפיכך, לגישתו של הוין, פגיעה בעקרון השוויון תהיה מוצדקת כאשר היא עומדת בבחינה של איוון אינטרסים. גישה זו עשויה להיות מחמירה יותר בבחינתה של פגיעה בשוויון לעומת הגישה שמציג הוסטר ואשר עשויה להסתפק בבחינת קיומה של שונות מוצדקת בלבד.

## ב. מידתיות וחובת הרשות לפעולה

### (1) עקרון חובת הרשות לפעולה והכרתו בפסיקה

הספרות המשפטית והפסיקה בגרמניה הזכירו לצד עקרון המידתיות את בחינת חובתה של הרשות לפעולה לשם הגנה על זכותו של הפרט – Untermaßverbot. מושג ה-Untermaßverbot נועד להבהיר כי הגנה על זכויות הפרט מחייבת לא רק הימנעות מפעולה אלא גם עשייה כדי לאפשר לפרט הגשמתה של הזכות. במילים אחרות, המושג מבטא את מינימום ההגנה האקטיבית שהרשות מחויבת לו להגשמת זכויותיו החוקתיות של הפרט. מושג זה הוצג לעתים בספרות המשפטית כ"תמונת הראי" של בחינת המידתיות.<sup>382</sup> כלומר, אם במקרה הרגיל בבחינת עקרון המידתיות נבחנת פעולתה של הרשות הפועלת מעבר לסביר, הרי שבהקשר זה נבחנת הרשות שאינה פועלת, או אינה פועלת די הצורך, ואשר נדרשת לפעול על מנת להגן על זכויותיו של הפרט.<sup>383</sup> מושג ה-Untermaßverbot

382. Dreier, GRUNDGESETZ — KOMMENTAR, Vorb. לעיל ה"ש 60, פס' 103.  
 383. Schlink, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, לעיל ה"ש 94, בעמ' 463.

רלוונטי במיוחד לשאלת חובת ההגנה על זכויותיו של הפרט מפני פגיעתו של צד שלישי, כלומר חובתה של הרשות ליצור מנגנון שימנע פגיעה בזכויותיו של הפרט.<sup>384</sup>

מושג ה-*Untermaßverbot* קיבל משנה תוקף לאחר שאומץ גם בפסיקתו של בית המשפט החוקתי בפסק דינו (השני במספר) בעניין ההסדר החוקי להפסקת היריון, אשר ניתן בשנת 1993.<sup>385</sup> באותו עניין עמדו לבחינתו של בית המשפט החוקתי הוראות החוק אשר התקבלו ביוני 1992. במסגרת ההסדר שבחוק קבע סעיף 218 לחוק הפלילי כי הפסקת היריון היא מעשה פלילי שבצדו עונש של עד חמש שנות מאסר; סעיף 218a הוסיף וקבע כי הפסקת היריון לא תהיה מעשה שאינו כדין (*nicht rechtswidrig*), בין היתר כאשר הפסקת היריון נעשית מרצונה של האישה וביזמתה, טרם שעברו יותר מ-12 שבועות מאז תחילת היריון, ולאחר שהאישה קיבלה ייעוץ מתאים (הגורם המייעץ נקבע אף הוא בחוק).<sup>386</sup>

בית המשפט החוקתי בחן את חוקתיות ההסדר האמור, בין היתר לאור חובתה של המדינה להגן על הערך של חיי אדם – ובכללו גם על החיים שטרם הלידה – וכן על כבוד האדם המתלווה לחיים אלה. נקודת המוצא לבחינה זו היא כי את אופן ההגנה הניתנת לחיים כמו גם לכבוד האדם והיקפה של ההגנה קובע המחוקק. שכן, חוק היסוד מציב מטרה – ההגנה על החיים ועל כבוד האדם – אך אינו מציין כיצד על הרשות לפעול לשם מימושה של הגנה זו. בית המשפט קבע כי בהתוויית האופן וההיקף של ההגנה על הזכויות האמורות נדרש המחוקק לעמוד גם בעקרון ה-*Untermaßverbot*. כלומר, לשם הענקת הגנה ראויה על זכויותיו החוקתיות של הפרט על פעולתו של המחוקק להיות מספקת ולא מועטה מדי.<sup>387</sup> לכן בבחינת הפעולה שנקט המחוקק יבחן בית המשפט אם הפעולה מספיקה לשם מתן הגנה סבירה על זכויות של הפרט, ואם היא מתבססת על בחינה נכונה של העובדות ועל השערות מנומקות של המחוקק.<sup>388</sup> באותו עניין קבע בית המשפט החוקתי כי ההגנה על החיים – ועל כבוד האדם המתלווה אליהם – של העובר שטרם נולד תיבחן לאור העיקרון של חובת הפעולה של

384 KLOEPFER, VERFASSUNGSRECHT I, לעיל ה"ש 1, ס' 10, פס' 226.

385 ראו עניין בחינתה השנייה של חוקיות הפסקת היריון, לעיל ה"ש 270.

386 שם, בעמ' 226-228 לפסק הדין.

387 שם, בעמ' 254-255 לפסק הדין.

388 שם, בעמ' 254 לפסק הדין. להחלטת בית המשפט באותו עניין ראו לעיל ה"ש 270.

המחוקק ולאור מתחם שיקול הדעת המוענק למחוקק בהפעלת חובתו זו.<sup>389</sup> נקבע כי ההסדר החוקי לביצוען של הפסקות היריון אשר נדון בפסק הדין וכונה "מודל הייעוץ" מקיים את דרישות עקרון ה־Untermaßverbot, כאשר הסדרת הייעוץ בחוק מכוונת להגנה על זכויות העובר, כלומר מכוונת לסייע לנשים השוקלות להפסיק את הריונן להגיע להחלטה להמשיך בהיריון. על הייעוץ לאישה לכלול אפוא מידע כיצד תוכל להמשיך בהריונה ולהביא ילד לעולם ולגדלו ולתמוך בה.<sup>390</sup>

לכך מהאמור לא ביאר בית המשפט כיצד תיבחן במקרים שונים חובת הפעולה המינימלית הנדרשת מצד הרשות לשם הגשמת זכויותיו של הפרט על פי עקרון ה־Untermaßverbot. גם הפסיקה המאוחרת יותר לא סיפקה תשובה לשאלות תוכנו ואופן החלתו – לצד עקרון המידתיות – של עקרון ה־Untermaßverbot.<sup>391</sup> למעשה, בחינת הפסיקה מגלה כי משמעותו המעשית של העיקרון מוטלת בספק. ראשית, בית המשפט החוקתי לא קבע מעולם כי הרשות הפרה את חובתה למינימום ההגנה הנדרש על זכויותיו של הפרט.<sup>392</sup> שנית, בית המשפט החוקתי אף אינו עקבי בעניין ההפניה לעקרון ה־Untermaßverbot. בפסיקה העוסקת בשאלות הנוגעות לחובת ההגנה של הרשות על הפרט לא תמיד העיקרון מוזכר, וגם אם מוזכר, הזכרתו היא לרוב תאורטית בלבד, ללא נפקות מעשית או אף ביאור לעניין החלתו.<sup>393</sup>

## (2) הדיון בספרות

בספרות המשפטית הוטל ספק בשאלת אופיו האופרטיבי של עקרון ה־Untermaßverbot.<sup>394</sup> מבקריו הבולטים של המושג הם המלומדים שלינג

389 שם, בעמ' 262 לפסק הדין.

390 שם, בעמ' 281–282 לפסק הדין.

391 השו"ר Christian Calliess, *Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbots als Kontrollmaßstab grundrechtlicher Schutzpflichten*, in DIE ORDNUNG DER FREIHEIT, FESTSCHRIFT FÜR CHRISTIAN STARCK ZUM 70. GEBURTSTAG 201, 207 (Rainer Grote, Ines Härtel, Karl E. Hain, Thorsten I. Schmidt, Thomas Schmitz, Gunnar F. Schuppert, & Christian Winterhoff eds., 2007)

392 השו"ר Kloepfer, *Verfassungsrecht I*, לעיל ה"ש 1, ס' 10, פס' 227.

393 ראו Calliess, לעיל ה"ש 391, בעמ' 209.

394 Dreier, *Grundgesetz-Kommentar*, Vorb., לעיל ה"ש 60, פס' 103.



ופיירו, אשר טוענים כי אי-אפשר כלל לבחון את השאלה אם הרשות מילאה אחר חובת הפעולה המינימלית הנדרשת ממנה באמצעות מבחני המידתיות,<sup>395</sup> שכן במסגרת הביקורת השיפוטית נדרש בית המשפט להעניק לרשות מתחם רחב מאוד של שיקול דעת, משום שחוק היסוד מציב בפני הרשות תכלית בלבד – הגנה על זכויות הפרט – ואינו מתווה דרך כזו או אחרת למימושה של התכלית. שלינג ופיירו מציינים כי לא בכדי אזכר בית המשפט החוקתי את עקרון ה־*Untermaßverbot* אך ורק במסגרת הדיון בסוגיה הטעונה רגשית של הגנה על החיים טרם הלידה, ולא בכדי הוא לא קבע מעולם את הפרתו של עיקרון זה בידי הרשות.<sup>396</sup> יש להעיר כי בית המשפט החוקתי עצמו ציין – בדרך אגב – כי ניתן להסיק הפרתה של חובת ההגנה של הרשות רק כאשר הרשות נמנעת כליל מפעולה – כאשר להגנה על ערך הקבוע בחוק היסוד – או כאשר פעולת הרשות אינה מתאימה לחלוטין להגנה על ערך הקבוע בחוק היסוד.<sup>397</sup>

המלומד איפסן מציין שלושה קשיים עיקריים בהפעלתו של עקרון ה־*Untermaßverbot* כעיקרון מנחה לביקורת שיפוטית.<sup>398</sup> ראשית מסביר איפסן כי שאלת מידתה של חובת הפעולה של הרשות קשורה בדילמה של הדדיות, שכן משמעות פעולה של הרשות לשם הגנה על זכותו של האחד היא פעמים רבות הצרת זכויותיו של האחר. שנית, בחינה לאור עיקרון זה מעוררת את שאלת סמכותו של בית המשפט לדון ולהחליט בנושא המידה הנכונה לפעולה של הרשות, משום שחוק היסוד אינו מציב הנחיות לאופן פעולתה של הרשות. היות שהחלטת הרשות היא פוליטית בעיקרה, לא ברור לאור אילו עקרונות רשאי בית המשפט להצר צעדיה בהיבט זה. שלישיית מסביר איפסן כי עקרון ה־*Untermaßverbot* מציב קושי דיוני. לכאורה, על פי עיקרון זה יכול כל אדם שזכויותיו קבועות בחוק היסוד לפנות בעתירה נגד הרשות בדרישה לפעול לשם הבטחת זכותו זו. מנגד עשויים אחרים, הנפגעים מאותה פעולה של הרשות שנועדה להבטיח זכותם של הראשונים, לעתור נגד הרשות בטענה לפגיעה בזכותם שלהם. במקרה כזה עשוי בית המשפט החוקתי להידרש לדון בשאלת

395 Pieroth, Schlink, Kingreen, & Poscher, לעיל ה"ש 21, פס' 308-310.

396 שם, פס' 311.

397 ראו BVerfGE 82, 26 (1995), בעמ' 46; BVerfGE 79, 174 (1988), בעמ' 202.

398 ראו Ipsen, לעיל ה"ש 166, פס' 106-108.

מידתיותה של פעולה של הרשות, לאחר שאותה פעולה כבר נדונה בעתירה אשר דרשה את ביצועה.

גם המלומד היינ (Hain) מדגיש את העובדה שפעולתה של הרשות לשם ההגנה על זכויותיו של האחד תוביל, או עשויה להוביל, לפגיעה בזכויותיו של האחר.<sup>399</sup> היינ טוען כי המקרה שבו נדון עקרון ה־*Untermaßverbot* בפסיקה מציג דילמה של יחסים משולשים: הרשות הפועלת להגנה על זכויותיו של הפרט, הפרט אשר למען מימוש זכויותיו החוקתיות הרשות פועלת, והפרט הנוסף אשר זכותו החוקתית נפגעת מאותה פעולה של הרשות.<sup>400</sup> לגישתו, עקרון המידתיות, המסמל "גבול עליון" לפעולתה המותרת של הרשות, ועקרון ה־*Untermaßverbot*, המסמל את "הגבול התחתון", כלומר את מינימום הפעולה הנדרש מן הרשות, אינם אלא היבטים שונים של גבול מהותי זהה. לטענתו, בחינת פעולתה של הרשות לשם הגנת זכותו של האחד אפשרית אפוא דרך עקרון המידתיות ובמיוחד דרך בחינת השאלה אם הפעולה – שתכליתה מימוש זכותו של האחד ותוצאתה הנוספת פגיעה בזכותו של האחר – מתאימה לשם הגשמת התכלית (מימוש זכות של הפרט) ומקיימת את מבחן הצורך ואת מבחן המידתיות במובן הצר.<sup>401</sup>

מנגד טוען המלומד קאליס (Calliess) כי אין לראות בעקרון המידתיות ובעקרון ה־*Untermaßverbot* היבטים שונים של בחינת פעולתה של הרשות. לגישתו, העקרונות משרתים מטרות שונות: מטרתו של עקרון המידתיות היא לצמצם ככל האפשר את פגיעתה של הרשות בזכויות הפרט, ותכליתו של עקרון

Karl-Eberhard Hain, *Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß und Untermaßverbot?* 1993 DVBL., 982 399

400 כך, לגישת היינ, בפסק דינו של בית המשפט החוקתי, אשר בחן את ההסדר החוקי לביצועה של הפסקת היריון, שכן המדינה הפועלת – דרך הצבתו של איסור בחוק הפלילי על הפסקת היריון – פועלת לשם הגנה של זכותו לחיים של העובר שטרם נולד כמו גם לשם הגנה על כבוד האדם המתלווה לחיים אנושיים. מנגד, פעולתה זו – המגבילה את אפשרות הבחירה של האם – פוגעת בזכותה של האם לכבוד האדם, לשלמות הגוף ולחירות האישית (זכויות המעוגנות בס' 1(1), 2(2) ו־1(2) לחוק היסוד, בהתאמה). השוו עניין בחינתה השנייה של חוקיות הפסקת היריון, לעיל ה"ש 270, בעמ' 340-341. ראו גם KLOEPFER, VERFASSUNGSRECHT I, לעיל ה"ש 1, ס' 10, פס' 228.

Hain, לעיל ה"ש 399, בעמ' 983. 401

Untermaßverbot היא להבטיח קיומה של הגנה אפקטיבית מצד הרשות על זכויותיו של הפרט. הברזל זה מצדיק בחינות נפרדות, אשר ידגישו את ההבדלים הרלוונטיים בין שני העקרונות הללו.<sup>402</sup> כן טוען קאליס כי יתרונה של בחינה נפרדת, המתרכזת בעקרון ה-Untermaßverbot, נעוץ באילוץ שהיא מציבה בפני הרשות לפרט את טיעוניה בדבר קיומה של הגנה מספיקה לזכויות הפרט ולגבות טיעונים אלה בראיות מתאימות.<sup>403</sup>

קאליס מנסח הצעה ראשונית לפירוט עקרון ה-Untermaßverbot, הנשען על מבחני המשנה של עקרון המידתיות. ראשית יש לבחון קיומה של התאמה, כלומר אם הפעולה שנקטה הרשות מתאימה לשם ההגנה על הערך שבחוק היסוד; שנית יש לבחון אם קיימים אמצעים אחרים המגנים על הערך האמור אך פוגעים פחות בזכויות או באינטרסים ציבוריים אחרים; שלישית יש לאזן בין האינטרסים השונים העומדים לדיון בעניין הקונקרטי – כלומר לבחון אם ההגנה שבה בחרה הרשות סבירה בנסיבות העניין.<sup>404</sup>

הנמקתו של קאליס בדבר הצורך לבחינה נפרדת של עקרון ה-Untermaßverbot – ובמיוחד הטיעון שלפיו מבחינה זו נובע חיובו של המחוקק להציג את השיקולים אשר הובילו להכרעה בדבר אופן ההגנה על זכותו של הפרט ומידתה – משכנעים, אולם ספק אם עלה בידו להבהיר את עקרון ה-Untermaßverbot ואת אופן הבחינה במסגרתה של פעולת הרשות. במיוחד נראה כי קאליס אינו מצליח להשיב על הביקורת העיקרית על עיקרון זה, כלומר על השאלה מהם גבולותיו של שיקול הדעת המסור למחוקק בבחירת אופן ומידת ההגנה על זכות או ערך הקבועים בחוק היסוד.

## 8. ביקורת רווחת על עקרון המידתיות

פיתוח עקרון המידתיות כעיקרון מנחה במשפט החוקתי הגרמני לווה גם בביקורת על אופן בחינתה של מידתיות. ביקורת זו התרכזה בחשש לשינוי היחס הראוי

402 השו"ר Calliess, לעיל ה"ש 391, בעמ' 211-212.

403 שם, בעמ' 213.

404 שם, בעמ' 215-216.

בין רשויות השלטון ובהעברת סמכויות מהרשות המחוקקת אל הרשות השופטת דרך עקרון המידתיות.

הטענות נגד השימוש בעקרון המידתיות ככלי של ביקורת שיפוטית מתמקדות באופן יישומו של מבחן המשנה השלישי של המידתיות – מידתיות במובן הצר – הוא המבחן הערכי בבחינת מידתיותה של פעולת הרשות. על פי הטענה, מבחני המשנה הראשון והשני של עקרון המידתיות, המתמקדים בבחינת התאמתו של האמצעי למטרה ובבחינת קיומם של אמצעים פוגעים פחות להגשמתה של המטרה, מאפשרים, לכל הפחות תאורטית, בחינה אובייקטיבית, ולפיכך גם לא בעייתית, של פעולת הרשות. לעומת זאת בחינת המידתיות במובן הצר מבוססת על הערכת משקלם המהותי של אינטרסים מנוגדים ועל הכרעה בשאלת היחס הראוי ביניהם.<sup>405</sup>

נציגה הבולט של ביקורת זו בספרות הגרמנית הוא המלומד שלינק. לטענתו, איזון האינטרסים במסגרת בחינת מידתיות במובן הצר, ובמיוחד הצבתן של "נוסחאות" לאיזון בין ערכים מתנגשים (כמו למשל במסגרת תאוריית השלבים – ראו לעיל), מביאה לכך שבית המשפט נדרש הלכה למעשה להציג הערכה סובייקטיבית בדבר משקלם וחשיבותם של הערכים והזכויות העומדים לאיזון. הערכה כזו אינה מתבססת על אמת מידה קבועה, ותוצאותיה תלויות במידה רבה בבית המשפט המיישם את איזון האינטרסים.<sup>406</sup> שלינק סבור כי מבחני המשנה הראשון והשני של עקרון המידתיות אינם מעוררים קושי כיוון שהם מבוססים על פרוגנוזה, דהיינו הערכה אובייקטיבית המבוססת על ניסיון החיים. מדובר בפרוגנוזה אשר עשויה להתברר כנכונה או כמוטעית ואשר אינה כוללת רכיב של הערכה סובייקטיבית. לעומת זאת מבחן המשנה השלישי – מידתיות במובן הצר – מבוסס על הערכה מהותית ועל איזון בין אמצעי למטרה. הערכה – בניגוד לפרוגנוזה – היא העדפתו של ערך אחד על פני ערך אחר. היא אינה יכולה

Bernhard Schlink, *Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but Here?* 22 (2) DUKE JOURNAL OF COMPARATIVE & INTERNATIONAL LAW 291, 299 (2012)

406. Pieroth, Schink, Kingreen, & Poscher, *לעיל ה"ש 21, פס' 303-301*.

להתברר כנכונה או כמוטעית כיוון שהיא משקפת תפיסת עולם ערכית מסוימת. תפיסה ערכית – שוב שלא כפרוגנוזה – היא תמיד סובייקטיבית.<sup>407</sup> יש להדגיש כי לגישתו של שלינג מבחן הצורך, הבוחן קיומו של אמצעי שפגיעתו פחותה, מתבסס אף הוא על פרוגנוזה עובדתית ולא על הערכה מהותית, שכן, כך מסביר שלינג, על השאלה מהו האמצעי שפגיעתו פחותה מפגיעתם של אמצעים אחרים העשויים להגשים את התכלית צריכים להשיב הנפגעים הפוטנציאליים מן האמצעי שתנקוט הרשות. לכן אין מדובר בהערכה עצמאית של בית המשפט. גם השאלה הנוספת הנבחנת דרך מבחן הצורך – אם האמצעי החלופי הוא כזה המגשים את תכלית המחוקק באותו אופן – היא לגישתו שאלה של פרוגנוזה עתידית. יש להדגיש בהקשר זה כי לגישתו של שלינג אמצעי חלופי אשר יישקל כחלופה במסגרת מבחן הצורך הוא רק כזה שהשפעתו על מימושה של התכלית זהה לזו של האמצעי שאותו הרשות מבקשת לנקוט ceteris paribus כלומר ללא תנאים נוספים.<sup>408</sup>

ביקורתו של שלינג מכוונת לבחינת המידתיות של פעולות הרשות המחוקקת בניגוד לבחינה כזו של פעולת הרשות המבצעת. הטענה היא כי המחוקק מוסמך –

407 Schlink, *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, לעיל ה"ש 94, בעמ' 455. ביקורת דומה הביע המלומד הישראלי כהן-אליה בבקרו את בחינת המידתיות במובן הצר בבתי המשפט. כהן-אליה מסביר כי בחינה זו מחייבת את הערכת חשיבותה היחסית של הזכות הנפגעת ומידת הפגיעה מחד, ואת מידת חשיבותה היחסית של התכלית ומידת הגשמתה מאידך. הכרעה זו מצויה לגישתו בתחום סמכותו של המחוקק, הנושא באחריות כלפי בוחריו, והיא אינה מסורה לרשות השופטת, אשר אינה נושאת באחריות דומה. כהן-אליה מבריל אפוא בין "המובן הפורמלי" של עקרון המידתיות, הכולל לגישתו את שני מבחני המשנה הראשונים בבחינת המידתיות – מבחן ההתאמה ומבחן הצורך – ובין "המובן המהותי" של עקרון המידתיות, הבא לידי ביטוי בבחינה ובהערכה שבמסגרת בחינתה של מידתיות במובן הצר. המובן הפורמלי של עקרון המידתיות אינו כולל לגישתו של כהן-אליה הכרעות ערכיות אלא בירור עובדתי והערכת "סיכונים וסיכויים", ולכן מצוי הוא בתחום פעולתה של הרשות השופטת. לעומת זאת המובן המהותי כולל הכרעה ערכית בשאלת חשיבותם היחסית של ערכים נוגדים, ולכן, כך כהן-אליה, אינו מסור לבתי המשפט כי אם לרשות המחוקקת בלבד. השוו משה כהן-אליה "הפרדת רשויות ומידתיות: בעקבות David Beatty, *The Ultimate Rule of Law* (Oxford, 2004) **משפט וממשל** ט 297 (2006); Moshe Cohen-Eliya, *Formal and Substantive Meanings of Proportionality in the Supreme Court's Decision Regarding the Security Fence*, 38 ISRAEL LAW REVIEW 262 (2005).  
408 Schlink, *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, לעיל ה"ש 94, בעמ' 456-458.

מעצם תפקידו – להעניק לרשות המבצעת אפשרות להפעיל שיקול דעת סובייקטיבי. לכן בביקורת שיפוטית על מעשי הרשות המבצעת גם בית המשפט מוסמך להעריך הערכה סובייקטיבית משל עצמו ולבחון קיומה של מידתיות בפעולת הרשות על פי היחס הראוי שבין תכלית לאמצעי. זוהי מהות הביקורת על מעשי המנהל, וזוהי גם הדרך להבטיח תקינותן של פעולות המנהל. שונים הם פני הדברים כאשר מדובר בביקורת על חוקים.<sup>409</sup> החוקה היא שמעניקה למחוקק מתוקף תפקידו סמכות לקבל החלטות ערכיות. לעומת זאת לבית המשפט אין מוקנית סמכות לשקול שיקולים ערכיים, והוא אינו יכול להחליף את שיקול דעתו של המחוקק בשיקול דעתו שלו. הערכה סובייקטיבית של ערכים שונים שמורה אפוא לזירה הפוליטית ולא למשפטית.

יש להדגיש כי גישה זו אינה פוסלת קיומה של ביקורת שיפוטית על פעולת המחוקק אלא את השימוש במבחן ערכי לבחינת המידתיות של פעולותיו. המלומדים שלינג ופיירו מסבירים אפוא כי על מנת שהרשות השופטת תימנע מהפעלתו של שיקול דעת סובייקטיבי, אשר יחליף הלכה למעשה את זה של המחוקק, על הביקורת השיפוטית להתמקד בבחינתם של מבחן ההתאמה ומבחן הצורך ולפתחם.

המבחן המרכזי בבחינת המידתיות הוא לגישתם מבחן הצורך.<sup>410</sup> כך כאשר תכלית הרשות יכולה להיות מושגת רק במחיר של פגיעה בזכויות הפרט ורק דרך האמצעי שבו בחר המחוקק – דבר המתברר בבחינתו של האמצעי שבו בחר המחוקק לעומת אמצעים אפשריים אחרים שעשויים להשיג את המטרה – מעיד הדבר על חשיבותה הרבה של השגת אותה תכלית. לבחינתה של מידתיות במובן הצר תפקיד של "אשרור" בלבד: כאשר האמצעי שנקט המחוקק נפסל משום שאינו עומד במבחן המידתיות במובן הצר, דהיינו משום שבסופו של דבר הפגיעה בזכות, גם לאור התועלת שבהגשמת התכלית, אינה "הגיונית", הרי שהדבר מעיד למעשה שאחד ממבחני המשנה הראשונים של עקרון המידתיות, וקרוב לוודאי מבחן הצורך, אינו מתקיים. פעולה "לא הגיונית" של המחוקק

409 שם, בעמ' 460-461. ראו גם PIEROTH, SCHLINK, KINGREEN, & POSCHER, לעיל ה"ש 21, פס' 303. יש להדגיש כי גישה זו אינה מייצגת את הרעה המקובלת בספרות ובפסיקה הגרמנית.

410 שם, פס' 304.

מחייבת בחינה חוזרת ונשנית של מבחני המשנה הראשונים של המידתיות. רק כאשר בחינה חוזרת מותירה את המסקנה הסופית הלא הגיונית בעינה, ניתן לחרוג ולפנות לשם תיקונה אל בחינתה של מידתיות במובן הצר.<sup>411</sup>

טענותיו של שלינק משכנעות חלקית בלבד. ראשית, ואשר לטענה כי בחינת המידתיות במובן הצר הופכת את בית המשפט לשחקן בזירה הפוליטית, יש לציין כי הגישה המקובלת במשפט הגרמני הבחינה – ולא רק רטורית – בין מתחם שיקול הדעת המוענק לרשות המבצעת ובין זה המוענק לרשות המחוקקת והכירה במתחם שיקול דעת רחב יותר המוענק לאחרונה. בכל מקרה הדגיש בית המשפט כי שיקול דעתה של הרשות המחוקקת אינו מוחלף בשיקול דעתו של בית המשפט, וכי בחינת החלטתה של הרשות המחוקקת נעשית לאור הנתונים וההשערות אשר עמדו לפניה. בית המשפט ביאר עוד כי היות שבחינת פעולתו של המחוקק נעשית בדיעבד, מתחייבת הענקתו של מתחם שיקול דעת רחב למחוקק. משמעותה של בחינת המידתיות אינה חתירה לפתרון ראוי אחד. נבחן אם האמצעי שבו בחרה הרשות בפעולתה מתוך קשת אפשרית של אמצעים מקיים בחינה של יחס ראוי בין מטרה לאמצעי, בין תכלית לפגיעה. אמצעים שונים עשויים לקיים דרישה זו, והבחירה ביניהם היא של הרשות המחוקקת.

שנית, אין לקבל את הטענה שלפיה בחינתה של מידתיות במובן הצר אינה נחוצה במסגרת הביקורת השיפוטית על פעולת המחוקק. בהקשר זה יש להדגיש כי מעצם מהותו עקרון המידתיות אינו עיקרון פורמלי אלא עיקרון מהותי. הניסיון לחמוק מן העיסוק בדילמה המהותית ומכל הערכה שהיא חלק בלתי נפרד מאיזון אינטרסים מותיר את מבחן המידתיות חלש מאוד.

ההיזקקות למבחן ערכי במסגרתה של בחינת המידתיות ניכרת גם מתוך הביקורת אשר הושמעה על קיומו של מבחן ערכי. כך למשל ניסתה האסכולה הביקורתית בגרמניה "לסלק" את היסוד הערכי מתוך בחינתה של המידתיות, אולם למעשה דחקה אותו אל תוך מבחן המשנה השני בבחינתה של מידתיות – מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה.

הטענה בדבר היותו של עקרון המידתיות עיקרון של בחינה מהותית מעצם טיבו וטבעו מוצאת חיזוק רב בגישה הרואה בעקרון המידתיות כנובע ישירות

מתוך עיגונן של זכויות היסוד בחוק היסוד עצמו.<sup>412</sup> על פי גישה פרשנית זו, חובתה של הרשות לבחור באמצעי מידתי לפעולתה מתבססת על ההנחה כי בניסוח זכויות היסוד נקבע בהן יחס של כלל ויוצא מן הכלל. יחס כזה אינו פורמלי בלבד כי אם מקים כלל מהותי, המניח עדיפות לקיום הכלל על פני קיומו של החריג לו. מתוך עיגונן של זכויות היסוד נובע כי קיומן של זכויות וחירויות היסוד של הפרט הוא הכלל, וכי הגבלתן של זכויות היא החריג.<sup>413</sup> קשר מהותי של כלל, ומנגד של יוצא מן הכלל, מציב כלל נורמטיבי של חובה למקסום הכלל, או במילים אחרות, חובה שלפיה פגיעה "לא תעלה על הנדרש". הפרשנות לדרישה זו של פגיעה ש"לא תעלה על הנדרש" מציגה שתי דרישות – האחת שהיוצא מן הכלל אינו רשאי לצמצם את תחולתו של הכלל מעבר לנדרש לצורך מימושה של התכלית, כלומר מבחן האמצעי הפוגע פחות; השנייה, שהתכלית, דהיינו החריג לכלל, שאינה בעלת משמעות הגוברת על הזכות – היא הכלל – היא צמצום לא מידתי של הכלל, כלומר מבחן המידתיות במובן הצר.<sup>414</sup>

עם זאת כיוון שמבחן המידתיות במובן הצר הוא העמום ביותר מבין שלושת השלבים בבחינת מידתיותה של פעולת הרשות, יש לקבל את טענתו של שלינק כי ראוי שבית המשפט יעשה כמיטב יכולתו בבחינה מדוקדקת של מבחן ההתאמה ושל מבחן הצורך. בדיקה מדוקדקת כזו תקיף חלק ניכר מבחינת מעשה הרשות בידי בית המשפט ותצמצם אפוא את תחום השפעתו של מבחן המידתיות במובן הצר.

## 9. סיכום

עקרון המידתיות, אשר התפתח כעיקרון עצמאי במשפט המינהלי, הוא עיקרון חוקתי מרכזי במשפט הגרמני. למן הכרתה ופיתוחה בפסיקתו של בית המשפט החוקתי בסוף שנות החמישים שימשה בחינת המידתיות עיקרון מרכזי בהגנה על

412 ALEXY, לעיל ה"ש 160, בעמ' 100 ואילך.

413 Andread von Arnould, *Die normtheoretische Begründung der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, 6/2000 JZ 276

414 שם, בעמ' 278-279.



זכויות היסוד של הפרט ובהגבלת כוחה של הרשות לפעול להגבלתן של זכויות אלה.

עקרון המידתיות הוכר בספרות המשפטית כמספק כלים מנחים לאיזון בין אינטרסים שאפשר להחילם על כל איזון ובנוגע לכל אינטרס, זכות או ערך העומדים לאיזון. בחינת מידתיות נכונה בכל מקום שנדרש בו איזון בין מטרה לאמצעי – אם זה "איזון אנכי" ואם "איזון אופקי". כפי שכבר נאמר, המידתיות מספקת אמת מידה להשוואה בין גורמים שונים לחלוטין,<sup>415</sup> וכפי שהגדיר זאת המלומד ביטי (Beatty) – השוואה בין "אורך" ל"רוחב".<sup>416</sup>

מלבד זאת, עקרון המידתיות מסייע בראש ובראשונה בהצגתה של גישה מבנית וקוהרנטית להגנה על זכויותיו של הפרט. השלב הראשון בהצגתו הברורה של עקרון המידתיות הוא יישומו דרך שלושה מבחני משנה: מבחן ההתאמה, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ומבחן המידתיות במובן הצר.

מבין מבחני משנה אלה, שני מבחני המשנה הראשונים – מבחן ההתאמה ומבחן האמצעי שפגיעתו פחותה – הם ברורים יותר ומבוססים על הערכה אובייקטיבית של עובדות המקרה העומד לפני בית המשפט. אופן החלתו של עקרון המידתיות בפסיקה הגרמנית והביקורת אשר הושמעה על התערבותה של הרשות השופטת בתחום שיקול הדעת של המחוקק דרך החלתו של עקרון המידתיות מלמדות כי בבחינתה של מידתיות ראוי להציב הגדרה טובה ורחבה של שני מבחני משנה אלה. לכן יישומם הברור של כל אחד ממבחני המשנה הוא בעל חשיבות גם כאשר במבט ראשון התקיימותם היא כמעט מובנת מאליה. זאת משום שהגדרה רחבה ומפורטת של מבחן ההתאמה ושל מבחן הצורך תמנע מצב שבו ההכרעה בשאלת המידתיות תלויה כולה במבחן המשנה השלישי – מבחן המידתיות במובן הצר – שהוא המבחן המהותי, הערכי, ולכן גם המורכב יותר מבין השלושה מבחינת הבהרת אופן יישומו.

מבחן המידתיות במובן הצר הוכר במשפט הגרמני, על פי הדעה המקובלת, כמבחן החשוב והעיקרי מבין שלושת מבחני המשנה של עקרון המידתיות. סקירת אופן בחינתה של המידתיות במובן הצר במשפט הגרמני מלמדת כי מבחן המידתיות במובן הצר הוצג כמסגרת בחינה אנליטית וקוהרנטית בשאלת

415 ראו RAINER DECHSLING, DAS VERHÄLTNISSMÄßIGKEITSGEBOT 17 (1996)

416 DAVID M. BEATTY, THE ULTIMATE RULE OF LAW 169 (2004)

האיזון הראוי של ערכים, אשר – במקרה העומד לדיון – מנוגדים זה לזה. אולם ניסיונותיה של הפסיקה להציג פירוט נוסף של בחינת המידתיות במובן הצר בדמותן של נוסחאות איזון קבועות נדחו ברובם. הפסיקה והספרות בנושא מלמדות כי בבחינת המידתיות במובן הצר נודעת חשיבות רבה במיוחד לבחינה המאפשרת שקילתן של נסיבותיו הקונקרטיות של המקרה. בחינה דרך נוסחאות איזון המבקשת להציג עמדה קבועה מראש באשר לערכם של הערכים והזכויות העומדים לאיזון זה עם זה נתפסה לרוב כמגבילה שלא לצורך את בחינתה של המידתיות במובן הצר. זאת משום שבחינת המידתיות במובן הצר בוחנת את האיזון שבין התועלת בהגשמתה של התכלית שהציבה הרשות באמצעות אמצעי נבחר ובין הנזק שנגרם מאותו אמצעי ולשם הגשמתה של התכלית לזכותו של הפרט. אין זה איזון מופשט בין ערכים – הוא מעוגן בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה העומד לדיון, וככזה יוכרע על פי נסיבותיו.

# מידתיות במשפט הקנדי

## מישל נגר

### 1. מבוא

זכויות האדם החוקתיות של קנדה מעוגנות בצ'רטר הקנדי של זכויות וחירויות,<sup>1</sup> אשר נחקק כחלקה הראשון של חוק החוקה (1982)<sup>2</sup> בעקבות דיון פוליטי וציבורי נרחב וארוך שנים.<sup>3</sup> חקיקת הצ'רטר שינתה את פניה של הביקורת השיפוטית בקנדה, שעד אז הייתה מרוסנת למדי ועסקה בעיקר בסכסוכים בין רשויות ממשלתיות.<sup>4</sup> הצ'רטר משמש את בית המשפט העליון הקנדי כמקור לגיטימציה להפעלת ביקורת שיפוטית על דברי חקיקה אשר פוגעים בזכויות הפרט.<sup>5</sup> הזכויות המנויות בצ'רטר אינן מוחלטות אלא ניתנות להגבלה אל מול ערכים אחרים, אולם כל הגבלה חייבת לעמוד בדרישות פסקת הגבלה כללית המצויה בסעיף 1 של הצ'רטר.<sup>6</sup> ארבע שנים לאחר חקיקת הצ'רטר, בפס"ד *Oakes*, קרא בית המשפט הקנדי לתוך פסקת ההגבלה דרישה למידתיות ההגבלה בזכות חוקתית אף שנעדר אזכור לדרישת המידתיות בפסקה עצמה.<sup>7</sup> להלן אסקור את יישומה של פסקת ההגבלה בביקורת השיפוטית הקנדית תוך התייחסות מיוחדת למבחן המידתיות שפיתח בית המשפט.

- 1 Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act 1982, ch. 11(U.K). (להלן: הצ'רטר הקנדי).
- 2 Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act 1982, ch. 11 (U.K) (להלן: חוק החוקה של (1982)).
- 3 JANET L. HIEBERT, LIMITING RIGHTS: THE DILEMMA OF JUDICIAL REVIEW 10–31 (1996)
- 4 שם, בעמ' 3. ראו גם PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 36-5 (5th ed. 2006)
- 5 שם, פרק 36, בעמ' 3.
- 6 HIEBERT, לעיל ה"ש 3, בעמ' 4.
- 7 R. v. Oakes [1986] 1 S.C.R. 103 (להלן: פס"ד *Oakes*).

את החלק הבא אקדיש לרקע כללי של המשפט החוקתי הקנדי: המקורות החוקתיים השונים, תהליך החקיקה של הצ'רטר בכלל ושל פסקת ההגבלה בפרט, פירוט הזכויות המרכזיות המנויות בצ'רטר והתייחסות מיוחדת לפסקת התגברות אשר מצויה בו. בחלק 3 אציג מבווא לדרך שבה בית המשפט מפרש את הצ'רטר, ובכלל זאת פרשנותו את פסקת ההגבלה הכללית, פרשנותו בנוגע לזכויות אשר כוללות פסקאות הגבלה פנימיות ושיטת איזון הערכים שבחר. את חלק 4 אקדיש לדיון מעמיק בשני שלבי הבחינה החוקתית: שלב זיהוי הפגיעה בזכות ושלב הצדקת הפגיעה באמצעות, בין השאר, מבחן המידתיות. כל תת-שלב בבחינה החוקתית יזכה להתייחסות נפרדת. בחלק 5 אדון בניתוח ההקשרי שפיתח בית המשפט להנחותו במלאכת הביקורת השיפוטית. בחלק 6 אציג את נושא הדיאלוג החוקתי בין בית המשפט למחוקק ואת היחס שבינו לבין מידת התובענות שבבחינה החוקתית. בחלק 7 אדון בשאלת תחולתם של מבחני פסקת ההגבלה בביקורת שיפוטית על החלטות מינהליות. חלק 8, האחרון, יכול דיון בגישה הפרשנית של בית המשפט בנוגע לזכויות מסוימות בצ'רטר. תת-הסעיפים יתחלקו בין חופש הביטוי לחופש דת לזכות לשוויון ולזכות לחיים, לחופש ולביטחון אישי. אחתום בהערות כלליות ובלקחים שעלו מן הסקירה.

## 2. נורמות חוקתיות כמשפט הקנדי: רקע ומבנה

חלק זה יציג את המסגרת הנורמטיבית של המשפט החוקתי של קנדה, כולל הרקע לחקיקת הצ'רטר ותוכנו.

### א. מקורות חוקתיים כמשפט הקנדי

שלא כמקובל במדינות אחרות, בקנדה אין מסמך חוקתי אחד כולל.<sup>8</sup> מקורו של המשפט החוקתי הקנדי בחוק הבריטי הצפון-אמריקאי משנת 1867,<sup>9</sup> אשר ייסד את קנדה כקונפדרציה של מושבות בריטיות מבלי לנתק אותה מהאימפריה

8 Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 1, בעמ' 3.

9 British North America Act, 1867, renamed Constitution Act, 1982, 30 & 31 Vict.

Ch. 3 (U.K.)

הבריטית. הנחת היסוד של החוק הייתה כי חוקת קנדה תהיה דומה ביסודה לחוקת בריטניה, וכי יוסיפו לחול אותם כללים חוקתיים אשר חלו טרם חקיקת החוק. למעט הסדרת כללי הפדרליזם – חלוקת הסמכויות בין הממשלה הפדרלית למחוזות – לא כלל החוק את המאפיינים הסטנדרטיים של חוקה, כגון הצהרת עצמאות, חזון לאומי, מנגנון לתיקונים חוקתיים, הקמת בית משפט עליון<sup>10</sup> או מגילת זכויות אדם.<sup>11</sup>

מגילת זכויות האדם הקנדית<sup>12</sup> נחקקה לראשונה רק בשנת 1960, על רקע העלאת מודעות ציבורית לשיח זכויות האדם בעקבות מלחמת העולם השנייה.<sup>13</sup> אולם השפעת המגילה צומצמה בשל כמה מגבלות. תחולתה הוגבלה לממשלה הפדרלית בלבד, מתוך רצון להימנע מתיקון חוקתי ומהחשש שהמחוזות לא יסכימו להיות כפופים למגילה.<sup>14</sup> בהיותה חקיקה פדרלית רגילה לא נהנתה המגילה מנוקשות, ולכן הייתה חשופה לתיקונים ואף לביטול.<sup>15</sup> יתר על כן, עמימות בדבר עליונותה של המגילה על חקיקה רגילה הביאה את בית המשפט להימנע, במרבית המקרים, מלבטל פעולות וחוקים פוגעניים מכוחה.<sup>16</sup>

חקיקת החוק של קנדה (1982)<sup>17</sup> הייתה קו פרשת המים במשפט החוקתי הקנדי. החוק, פרי מלאכתו של הפרלמנט הקנדי אף שנחקק בווסטמינסטר, ביטל רשמית את עליונותו של הפרלמנט הבריטי על זה הקנדי, שינה את שמו של החוק הבריטי הצפון-אמריקאי (1867) לחוק החוקה של קנדה (1867) והציע

- |   |    |
|---|----|
| עד היום הסדרת הקמתו, הרכבו וסמכויותיו של בית המשפט העליון מצויה בחוק פדרלי רגיל. Supreme Court Act, R.S.C., ch. S 26 (1985). סמכויות הרשות המבצעת והיחס בינה לבין הרשות המחוקקת אינם מעוגנים בחוק כלל ונשענים על נוהג לא כתוב, בדומה למצב בבריטניה. Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 1, בעמ' 5.            | 10 |
| שם, פרק 1, בעמ' 4-6.  | 11 |
| Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, ch. 44  | 12 |
| Hogg, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1-35.  | 13 |
| משמעות ההגבלה לא הייתה בהכרח היעדר הגנה מפני פגיעות מצד הרשויות המחוזיות, שכן המחוזות מוסמכים לחקוק מגילות זכויות אדם פנימיות. אולם רק שלושה מחוזות מחזיקים במגילה פנימית: אחת שנחקקה לפני המגילה הפדרלית כבר ב-1947 ושתיים שנחקקו בעקבותיה בשנות השבעים. שם, פרק 34, בעמ' 8; פרק 35, בעמ' 1-2. | 14 |
| שם, בעמ' 1-2.   | 15 |
| שם, בעמ' 5-6.   | 16 |
| Canada Act 1982, ch. 11 (U.K)   | 17 |

חוק חוקתי חדש – חוק החוקה (1982). חוק החוקה (1982) ניסה להשליט סדר בין המקורות החוקתיים הקיימים, מבלי לבטלם, בקביעתו כי המונח "החוקה הקנדית" יכלול בין היתר את החוק של קנדה (1982), את חוק החוקה (1982) וכן את זה של 1867.<sup>18</sup> רשימה זו של מקורות חוקתיים איננה סגורה, וניתן להצביע על נורמות חוקתיות אחרות, ובהן הלכה פסוקה של בית המשפט העליון הקנדי ועקרונות יסוד "לא כתובים" שזיהה בית המשפט אפילו לאחר חקיקת חוק החוקה. עם עקרונות אלו נמנים עקרונות הדמוקרטיה, הפדרליזם, החוקתיות והגנה על מיעוטים.<sup>19</sup>

מלבד הסדרת מנגנון לתיקוני חוקה ושינויים חוקתיים נוספים, חוק החוקה (1982) עיגן את הצ'רטר הקנדי לזכויות ולחופשים – מגילת זכויות האדם אשר חלה על הממשלות הפדרליות והמחוזיות כאחת.<sup>20</sup> הצ'רטר כולל את מרבית הזכויות שעוגנו קודם לכן במגילה מ-1960, למעט זכות הקניין וזכות שימוע כללית מפני פגיעה בזכויות.<sup>21</sup> הוענקו לצ'רטר, עם שאר מרכיבי החוקה הקנדית, גם עליונות נורמטיבית ונוקשות.<sup>22</sup>

לצד המגילה מ-1960 ולצד הצ'רטר, אשר חלים על גופים ציבוריים בלבד, הגנות נוספות על זכויות האדם עוגנו בחוק זכויות האדם הקנדי (1977), אשר חל על גופים ציבוריים ופרטיים כאחד ואוסר על אפליה בהקשרי תעסוקה והשכרת מקומות מגורים.<sup>23</sup> חקיקת הצ'רטר ייתרה במידה רבה את מגילת הזכויות מ-1960 בשל החפיפה ביניהם, אך היא לא גרעה מחשיבותו של החוק מ-1977, בשל

- 18 ס' 52(2) לחוק החוקה-1982, לעיל ה"ש 2. ראו גם Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 1, בעמ' 10-6.
- 19 Reference re Secession of Quebec [1998] 2 S.C.R. 217, 247-248, Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 1, בעמ' 9, 17.
- 20 שם, בעמ' 6-10.
- 21 שם, פרק 35, בעמ' 2, פרק 47, בעמ' 18. ייתכן שזכות השימוע מכוח הצ'רטר מצומצמת מזכות השימוע מכוח המגילה. לעניין זה, ראו Singh v. Minister of Employment and Immigration [1985] 1 S.C.R. 177, 228 (להלן: פס"ד Singh).
- 22 ס' 52(1), ס' 52(3) לחוק החוקה (1982).
- 23 Canadian Human Rights Act, R.S.C., ch. H 6 (1977) (בעבר: Canadian Human Rights Act, R.S.C., ch. 33 (1976-77) (Rights Act, S.C., ch. 33 (1976-77)). (להלן: החוק הקנדי לזכויות אדם מ-1977). הזכות לשוויון לפי הצ'רטר חופפת את הזכות לשוויון לפי החוק מ-1977. הוג משער כי סעד מכוח הצ'רטר יינתן רק בכפוף למיצוי סעדים לפי החוק. ראו Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 34, בעמ' 7, ה"ש 29.

תחולתו על המגזר הפרטי.<sup>24</sup> יצוין כי החקיקה בנושא זכויות האדם, כולל המגילה מ-1960 והחוק מ-1977, הוכרה בבית המשפט כ"מעין חוקתית", ולכן היא זוכה לפרשנות תכליתית ורחבה בדומה לנורמות חוקתיות.<sup>25</sup>

## ב. הרקע לחקיקת הצ'רטר ופסקת הגבלה

חקיקת מגילת זכויות חוקתיות הופיעה על סדר היום הפוליטי ב-1968, ביוזמת שר המשפטים דאז פייר טרודו (Trudeau), אשר היה ראש הממשלה בעשור שקדם לחקיקת הצ'רטר ובעת החקיקה עצמה. הממשלה הפדרלית קידמה את חקיקת הצ'רטר מאותה שנה ועד חקיקתו ב-1982 תוך משא ומתן ממושך עם המחוזות.<sup>26</sup> ההחלטה לשתף את המחוזות נבעה מנוהג שלפיו תימנע הממשלה הפדרלית מפעולה חד-צדדית בנושא העברת סמכות חוקתית מבריטניה לקנדה.<sup>27</sup> הממשלה הפדרלית ראתה בחקיקת הצ'רטר הן את היותה בעלת ערך מוסרי כשלעצמה והן פתח לרפורמה חוקתית כללית אשר תקדם אחדות לאומית. אמנם לא היה ספק כי זכויות הצ'רטר לא ייהנו מהגנה מוחלטת, אך ההצעה המקורית של שר המשפטים טרודו לא כללה פסקת הגבלה, מתוך מחשבה שבית המשפט הוא שייצור הגבלות ראויות ולא המחוקק. עם זאת הוצע לכלול הוראת "שעת חירום" שתאפשר הגבלת זכויות במצבי מלחמה וחירום לאומי.<sup>28</sup>

המחוזות לא מיהרו לצרד ביוזמה הפדרלית. חלקם התנגדו לעצם חקיקת הצ'רטר. לדעתם, חקיקת מגילת זכויות האדם הייתה משנית בחשיבותה לעניינים חוקתיים רחופים יותר, ובראשם הסדרת חלוקת סמכויות בין הממשלה הפדרלית לממשלות המחוזיות. ההתנגדות נבעה גם מהחשש כי מתן נוקשות ועליונות לזכויות האדם יעודד ביקורת שיפוטית "אנטי-דמוקרטית" תוך גריעה מעקרון העליונות הפרלמנטרית אשר שרר בקנדה עד אותה העת. אפילו המחוזות אשר

24 הצ'רטר אינו חל על יחסים בין פרטים, ואזרח שזכותו החוקתית נפגעה בידי גוף או אדם פרטי ייאלץ לפנות לחוקי זכויות אדם רגילים. ראו Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 34, בעמ' 7, פרק 37, בעמ' 29.

25 Canada (Attorney General) v. Mossop [1993] 1 S.C.R. 554, 611

26 ראו Hiebert, לעיל ה"ש 3, בעמ' 10-31.

27 שם, בעמ' 26. ראו גם Alexander Alvaro, *Why Property Rights Were Excluded from the Charter of Rights and Freedoms*, 24 CAN. J. POL. SC. 309, 326 (1991)

28 Hiebert, לעיל ה"ש 3, בעמ' 11-13.

תמכו במהלך התנו את תמיכתם בהכללת פסקת הגבלה שתאפשר הגבלות על זכויות חוקתיות. כבר בתחילת שנות השבעים השלימה הממשלה הפדרלית עם העובדה כי תמיכתם של המחוזות כרוכה לכל הפחות בהכללת פסקת הגבלה, ורבים מהדיונים שעייכבו את חקיקת הצ'רטר באותו עשור התמקדו בתוכנה של פסקה זו.<sup>29</sup>

בין השאר התלבטו הצדדים אם לחקוק פסקת הגבלה כללית או להסתפק בפסקאות הגבלה פנימיות לזכויות מסוימות. ההצעה השנייה נדחתה מחשש שזכויות ללא פסקת הגבלה פנימית יתפרשו כלא ניתנות להגבלה, מה גם שזכויות המוגבלות בפסקאות כאלו יהיו חסינות מפני הגבלות נוספות. הצעה להסיר חששות אלו דרך הוספת פסקאות הגבלה לזכויות נוספות עוררה גם היא התנגדות, שמא ייווצר הרושם שמדובר במגילת זכויות "לכאורה", הגדושה בהגבלות.<sup>30</sup> לכן הוחלט לחקוק פסקת הגבלה כללית אשר תחול על כל הזכויות המנויות בצ'רטר. הוחלט למקם פסקה זו בראש המסמך, בסעיף 1, הן כדי להרגיע את המחוזות שהתעקשו על אפשרות ההגבלה הן כדי לקדם שקיפות לאזרח בדבר אפשרות זו.<sup>31</sup>

התוכן המהותי שהוצע לפסקה עבר כמה גלגולים. ככלל, המחוזות חפצו בניסוח רחב אשר יקל ככל שניתן את אפשרות ההגבלה, ואילו הממשלה הפדרלית העדיפה ניסוח צר יותר. המחוזות תמכו בין השאר בהכללת דרישה שלפיה ההגבלה תהא חברה שנוהגת לפי "שיטה פרלמנטרית", כאשר המונח נועד להזכיר לבית המשפט את עליונותו של המחוקק ובכך להביא לריסון שיפוטי. הושמעה גם דרישה שלפיה הגבלה תהא מ"הסכמה כללית" בחברה. דרישה זו הזמינה ביקורת תקיפה מהחברה האזרחית ומהחברה האקדמית שטענו כי ניסוח זה עלול לאפשר הגבלות שמתבססות על מוסכמות חברתיות זמניות, ואולי אף פסולות.<sup>32</sup> לקראת סוף התהליך, בשל נסיבות שחיזקו את עמדתה ואת יכולת פעולתה של הממשלה הפדרלית על חשבון המחוזות, הצליחה הממשלה הפדרלית להסיר מהפסקה את היסודות שהיו בעייתיים בעיניה.<sup>33</sup> הדרישה ל"שיטה פרלמנטרית"

29 שם, בעמ' 13-20.

30 שם, בעמ' 18.

31 שם, בעמ' 22.

32 שם, בעמ' 21-25.

33 שם, בעמ' 26-29.



הוסרה מהסעיף, והדרישה לעמידה ב"הסכמה כללית" בחברה הוחלפה בדרישה תובענית יותר – "הגבלה סבירה אשר נקבעה בחוק". כמו כן הוספה דרישה שהצדקת ההגבלה תהיה "בת הוכחה", שמטרתה הייתה להבהיר כי נטל ההוכחה רובץ על המבקש לפגוע בזכות ולא על הנפגע.<sup>34</sup> על פי הניסוח הסופי, הגבלה על זכות מותרת בתנאי שהיא סבירה, שמקורה בחוק, ושהיא מוצדקת – ושלאפשר להוכיח זאת – בחברה חופשית ודמוקרטית.<sup>35</sup>

מלבד התעקשותם על הכללת פסקת הגבלה התנו המחוזות את תמיכתם בצ'רטר בתנאי נוסף: הוצאת זכות הקניין מהגנה חוקתית. המחוזות חששו כי עיגון חוקתי של זכות קניינית יאיים על פרווגטיבת המחוקק המחוזי בהסדרת מדיניות כלכלית, כולל תכניות רווחה וביטחון סוציאלי. מבקרים הצביעו על פרשת *Lochner* המפורסמת כתמרור אזהרה מפני הענקת הגנה מהותית לזכות הקניין. בפרשה זו קבע בית המשפט העליון האמריקאי כי הגבלה על מספר שעות עבודה מרבי מפרה את זכותו החוקתית של המעביד להגנה מפני שלילת קניינו ללא הליך משפטי נאות (due process).<sup>36</sup> חרף ניסיונותיו של טרודו להציע ניסוחים של הזכות אשר יבטיחו רק הגנה פרוצדורלית על קניין, שלא כהגנה מהותית שעשויה לשמש לביקורת שיפוטית על מדיניות כלכלית, המחוזות לא ויתרו. בסופו של דבר סירב טרודו לתת לעניין הנקודתי הזה לסכל את חקיקת הצ'רטר בכללותה והשלים עם מגילת זכויות ללא זכות קניינית.<sup>37</sup> מכיוון שזכות הקניין עוגנה במגילת זכויות האדם מ-1960, היא מסמנת את אחת התרומות היחידות שנשארו למגילה בעקבות חקיקת הצ'רטר.<sup>38</sup>

34 שם, בעמ' 24-25.

35 ס' 1 לצ'רטר הקנדי, לעיל ה"ש 1.

36 *Lochner v. New York* (1905) 198 U.S. 45. אוזכר אצל Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 36, בעמ' 11. ראו גם Alvaro, לעיל ה"ש 27, בעמ' 319.

37 שם, בעמ' 321-328. יש הטוענים כי ניתן לקרוא לתוך הזכות לביטחון אישי, אשר מעוגנת בס' 7 לצ'רטר, זכות קניינית, אך אין זו הדעה הרווחת. שם, בעמ' 327. ראו גם את דעת המיעוט של השופטת ארכור בפס"ד *Gosselin*, שלפיה יש להבחין בין זכויות קנייניות "מסחריות" לבין זכויות סוציאליות בסיסיות, שאמנם נושאות ביטוי כלכלי, אך קשורות במהותן לזכות לחיים ולביטחון אישי במקד של ס' 7. *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 S.C.R. 429, 598 (להלן: פס"ד *Gosselin*).

38 Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 35, בעמ' 2.

### ג. מבנה הצ'רטר

הצ'רטר פותח כאמור בפסקת הגבלה כללית,<sup>39</sup> והזכויות המנויות בו מחולקות לתת-הכותרות "חופשים יסודיים", "זכויות דמוקרטיות", "זכויות תנועה", "זכויות משפטיות" ו"זכויות שוויון".<sup>40</sup>

עם "החופשים היסודיים" (סעיף 2) נמנים חופש המצפון והדת (2(a)), חופש המחשבה, האמונה, הדעה והביטוי, כולל חופש העיתונות וכלי תקשורת אחרים (2(b)), חופש ההתכנסות בדרכי שלום (2(c)) וחופש ההתאגדות (2(d)). ב"זכויות דמוקרטיות" מצויה הזכות לבחור ולהיבחר (סעיף 3). ב"זכויות תנועה" מנויה זכותו של כל אזרח להיכנס למדינה, להישאר בה ולצאת ממנה, וכן זכותו של אזרח ותושב קבע לנוע, להתיישב ולעבוד לפרנסתו בכל אחד מהמחוזות (סעיף 6).<sup>41</sup> החלק על "זכויות משפטיות" (סעיפים 7-14) מונה את אלה: הזכות לחיים, לחופש ולביטחון אישי, שממנה ניתן לגרוע רק בדרך ההולמת את "עקרונות הצדק היסודי" (סעיף 7); הזכות לביטחון מפני חיפוש או תפיסה לא סבירים (סעיף 8); הזכות לחירות מפני מעצר או כליאה שרירותיים (סעיף 9); זכויות בעת מעצר או מאסר, כולל הזכות לקבל הודעה ללא דיחוי באשר לסיבות המעצר או המאסר, הזכות לייצוג וליידוע לעניין אותה הזכות והזכות לביקורת שיפוטית על המאסר ולשחרור במקרה של מאסר לא חוקי (סעיף 10). נמנות גם זכויות הנאשם בהליך פלילי, כולל בין השאר: הזכות ליידוע, ללא דיחוי לא סביר, על העברה המיוחסת לו, הזכות למשפט בזמן סביר, הזכות שלא ייכפה עליו להעיד נגד עצמו והזכות ליהנות מחזקת החפות עד שהוכחה אשמה (סעיף 11). תחת אותה תת-כותרת נמצאת גם הזכות שלא להיות נתון ליחס או לענישה אכזריים

39 ס' 1 לצ'רטר הקנדי, לעיל ה"ש 1.

40 הצ'רטר כולל גם זכויות שנגזרות מהמאפיינים הייחודיים של קנדה כבעלת מסורת בריטית וצרפתית. זכויות אלו מחולקות לתת-הכותרות "השפות הרשמיות של קנדה" ו"זכויות מיעוטים לחינוך בשפה שלהם". החלק המוקדש ל"שפות רשמיות" (ס' 16-22) קובע כי צרפתית ואנגלית הן השפות הרשמיות של המדינה (ושל אחד המחוזות) וכולל הוראות המתייחסות להנגשת גופי השלטון הפדרלי לדוברי שתי השפות. בנוסף, החלק המוקדש ל"זכויות מיעוטים לחינוך בשפה שלהם" מעגן את זכותם של ילדים של אזרח קנדי לחינוך יסודי ותיכוני בשפה שלהם כאשר היא איננה השפה השלטת באותו מחוז. זכות זו כפופה לתנאים (ס' 23).

41 זכות אחרונה זו מסויגת בפסקת הגבלה פנימית המכפיפה את הזכות בין השאר לחוקים ולנהגים פנים-מחוזיים, וכן בהוראה המתייחסת לתכניות של הערפה מתקנת.

או יוצאי דופן (סעיף 12); הזכות להגנה מפני הפללה עצמית (סעיף 13); והזכות למתורגמן במסגרת הליך (סעיף 14).

ב"זכויות השוויון" (סעיף 15) מצויה הזכות לשוויון מפני החוק, ועל פיו, והזכות להגנה ולהנאה שווה מן החוק ללא אפליה, ובייחוד ללא אפליה על בסיס גזע, לאום או עדה, צבע, דת, מין, גיל או מוגבלות שכלית או פיזית (סעיף 15(1)). זכויות אלו מסויגות: אין בכוחן למנוע תכניות של העדפה מתקנת (סעיף 15(2)). ברוח דומה, בחלק הכללי של הצ'רטר מצויה הוראה פרשנית שלפיה יש לפרש את הצ'רטר פירוש המתיישב עם שימורה וקידומה של המסורת הרב-תרבותית של הקנדים (סעיף 27), והודגש כי הצ'רטר מציע הגנה שווה לנשים ולגברים כאחד (סעיף 28).

מלבד פירוט הזכויות כולל הצ'רטר הוראות יישומיות. הובהר כי הצ'רטר חל על הפרלמנט ועל ממשלת קנדה וכן על בתי המחוקקים והממשלות של כל אחד מהמחוזות (סעיף 32), וכי הצ'רטר אינו בא לגרוע מזכויות ומחופשים אחרים אשר קיימים בקנדה (סעיף 26).<sup>42</sup> הצ'רטר מעגן את זכות הגישה לערכאות למי שזכותו על פי הצ'רטר נפגעה ואת האפשרות לסעד לפי שיקול דעתו של בית המשפט (סעיף 24).

לבסוף, הצ'רטר כולל פסקת התגברות (סעיף 33), המאפשרת לבתי המחוקקים הפדרלי והמחוזיים לחוקק חוק אשר גורע זמנית מן החופשים היסודיים (בסעיף 2), מהזכויות המשפטיות (סעיפים 7-14) ומהזכות לשוויון (סעיף 15).

## ד. פסקת ההתגברות

כחלק מהניסיון לפוגג את התנגדותם של המחוזות לצ'רטר כלל המחוקק הפדרלי פסקת התגברות (סעיף 33), אשר מאפשרת למחוקק לחוקק הוראה שפוגעת בזכות יסוד בלא שייררש להוכיח שהיא עומדת בפסקת ההגבלה.<sup>43</sup> הוראה כזו תעמוד בתוקפה לתקופה של חמש שנים, והיא ניתנת לחידוש. השימוש בפסקת ההתגברות דורש החלטה של רוב רגיל והצהרה מפורשת שהחוק יעמוד על אף ההוראה הרלוונטית בצ'רטר.<sup>44</sup> אם ההוראה כבר נמצאה לא חוקתית בבית המשפט,

42 ובייחוד לזכויותיהם הקודמות של ילידים (ס' 25) ושל בתי ספר עדתיים (ס' 29).

43 Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 39, בעמ' 2-3.

44 ס' 33 לצ'רטר הקנדי, לעיל ה"ש 1.

המחוקק רשאי להשהות את הסעד לחמש שנים באמצעות חקיקת ההוראה מחדש מכוח סעיף 33.<sup>45</sup> פסקת ההתגברות חלה על הזכויות המנויות בסעיף 2 (כולל חופש הביטוי, חופש הדת וחופש ההתאגדות), בסעיף 7 עד 14 (זכויות משפטיות) ובסעיף 15 (שוויון).<sup>46</sup> אולם יש זכויות שזוכות לחסינות מלאה מפגיעה חוזרת מצד המחוקק: סעיף 3 עד 5 (זכויות דמוקרטיות), סעיף 6 (הזכות לתנועה), סעיף 16 עד 23 (זכויות שפה) וסעיף 28 (שוויון מגדרי). כפי שמעיר המלומד פיטר הוג (Hogg), ההבחנה בין הזכויות שעליהן חל סעיף 33 לבין הזכויות ה"חסינות" איננה אינטואיטיבית. לדוגמה, אין סיבה ששוויון מגדרי (סעיף 28) יזכה להגנה רבה מזו שיזכה לה שוויון עדתי (סעיף 15). הוג סבור כי הבחנה זו לא נוצרה מקוהרנטיות נורמטיבית אלא מאילוצים ומפשרות פוליטיות.<sup>47</sup>

לכאורה, סעיף 33 היה עלול להחליש במידה רבה את עוצמת הביקורת השיפוטית, הן דרך ההשהיה עצמה הן בעקבות הרתעת בית המשפט מלהפעיל ביקורת שיפוטית קפדנית. ההיסטוריה החקיקתית של הצ'רטר מגלה כי סעיף 33 אכן נועד להחזיר את ההכרעה למחוקק כאשר הוא חש שבית המשפט הרחיק לכת.<sup>48</sup> אך בפועל השימוש בסעיף 33 נדיר ביותר. מאז 1985 הפעיל מחוקק מחוז קוובק את הסעיף 12 פעמים, ומחוקקי מחוזות אחרים – שלוש פעמים בלבד.<sup>49</sup> במקרה מפורסם מ-1988 פסל בית המשפט העליון חוק קוובקי אשר אסר על שימוש בשפה האנגלית בשלטים ציבוריים (לטובת השפה הצרפתית) בשל פגיעה לא מידתית בזכות לשפה החוסה בצ'רטר. המחוקק הקוובקי חקק את האיסור מחדש מכוח סעיף 33.<sup>50</sup> לפי הגישה הרווחת, מאז אותו מקרה, השנוי במחלוקת, השימוש בסעיף 33 נחשב כמעט לא אפשרי מבחינה פוליטית, כי הציבור רואה בו הטלת "וטו" על זכויות חוקתיות ולא אי-הסכמה זמנית עם החלטה שיפוטית

- Lorraine E. Weinrib, *Canada's Charter of Rights: Paradigm Lost?*, 6 REV. CONST. 45  
 (Weinrib, Canada's Charter (להלן: STUD. 119, 149 (2002)).
- ס' 133) לצ'רטר הקנדי, לעיל ה"ש 1. ראו גם Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 36, בעמ' 14. 46
- Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 36, בעמ' 33. 47
- Weinrib, Canada's Charter, לעיל ה"ש 45, בעמ' 147. 48
- Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 39, בעמ' 3-4. 49
- Ford v. Quebec (Attorney General) [1988] 2 S.C.R. 712 (להלן: פס"ד Ford). אוזר 50
- אצל Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 38, בעמ' 24.

נקודתית.<sup>51</sup> יש שטוענים שבית המשפט הגביר את התערבותו לאחר שהתברר לו שהמחוקק מנוע מלהשתמש בפועל בסעיף 33.<sup>52</sup>

### 3. גישת בית המשפט לפסקאות הגבלה והאיזון החוקתי

בחלק זה אציג את הפרשנות שנתן בית המשפט בפס"ד *Oakes* לפסקת ההגבלה הכללית המצויה בסעיף 1 לצ'רטר. בנוסף, אתייחס בקצרה לקיומן של פסקאות הגבלה פנימיות בחלק מזכויות הצ'רטר ולהשפעתן על השימוש בפסקת ההגבלה הכללית. לבסוף אציג שתי שיטות לאיזון ערכים – האיזון ההגדרתי והאיזון האד-הוקי – ואבחן כיצד קיומה של פסקת הגבלה כללית השפיע על הבחירה בין השיטות, בין שהתחרות היא בין ערכים במעמד נורמטיבי שונה ובין שהיא בין ערכים במעמד נורמטיבי זהה.

#### א. פרשנותו של בית המשפט לפסקת ההגבלה הכללית

כאמור, טרם חקיקת הצ'רטר הייתה ההתערבות השיפוטית בפגיעות בזכויות האדם מרוסנת למדי בשל מגבלות במגילת הזכויות של 1960. ההתערבות השיפוטית התמקדה בהפרות של כללי הפדרליזם. תחולתו הרחבה של הצ'רטר ומעמדו הנורמטיבי הנעלה הביאו להגדלה ניכרת במידת נכונותו של בית המשפט

51 Emmet MacFarlane, *The Supreme Court of Canada and the Judicial Role: An Historical Institutionalist Account* 245 (Nov. 11, 2009) (Ph.D thesis, Queen's University, 2009). תזה זו היוותה את התשתית המחקרית לספרו של המחבר על בית המשפט הקנדי מ-2013. היות שהספר יצא לאור רק בשלב מאוחר בכתיבת מסמך זה, בחרתי לשמר את המחקר שנערך בהסתמך על התזה. ראו, Emmet MacFarlane, *GOVERNING FROM THE BENCH: THE SUPREME COURT OF CANADA AND THE JUDICIAL ROLE* (2013).

52 Christopher P. Manfredi, *Strategic Behaviour and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in *THE MYTH OF THE SACRED: THE CHARTER, THE COURTS, AND THE POLITICS OF THE CONSTITUTION IN CANADA* (Patrick James, Donald E. Abelson, & Michael Lusztig, eds., 2002). אוזכר אצל MacFarlane, *לעיל* ה"ש 51, בעמ' 252.

להתערב בפגיעות בזכויות חוקתיות.<sup>53</sup> עם זאת בשנים הראשונות לאחר חקיקת הצ'רטר טרם פיתח בית המשפט העליון דרך שיטתית ומסודרת ליישום סעיף 1.<sup>54</sup> בפס"ד *Oakes* משנת 1986 פיתח בית המשפט לראשונה מבחני עזר לפסקת ההגבלה בסעיף 1, אשר מאז אותו פסק דין הם הכלי החשוב ביותר בהפעלת הביקורת השיפוטית על פגיעה שלטונית בזכות חוקתית. בפס"ד *Oakes* נדונה הוראת הדין הפלילי, שלפיה אדם המחזיק ברשותו סם נרקוטי יוגדר כחזקת סוחר סמים אלא אם הוכיח אחרת. הוראה זו הפכה למעשה את חזקת החפות המעוגנת בסעיף 11(d) לצ'רטר. לאחר שזיהה פגיעה בזכות החוקתית של העותר, הציג השופט דיקסון לראשונה דרך שיטתית לבחון אם הפגיעה בזכות עומדת בדרישות פסקת ההגבלה.<sup>55</sup> מבין חידושי פסק הדין קרא בית המשפט לתוך פסקת ההגבלה דרישה למידתיות הפגיעה החוקתית, דרישה שאיננה מוצאת ביטוי מפורש בסעיף 1.<sup>56</sup>

כפי שנקבע ב-*Oakes* ובהמשך, תהליך הביקורת השיפוטית במקרה של פגיעה בזכות חוקתית הוא דו-שלבי. בשלב הראשון על בית המשפט לבחון אם קיימת פגיעה בזכות חוקתית. רק אם הוכרע כי קיימת פגיעה כזו, בית המשפט ממשיך לשלב השני – בחינת הפגיעה בזכות החוקתית לאור תנאי פסקת ההגבלה.<sup>57</sup> נטל ההוכחה רובץ על העותר המעוניין להוכיח פגיעה בזכות. אם הוכחה פגיעה בזכות, נסוגה "חזקת החוקתיות", שלפיה בית המשפט מניח כי הרשות פעלה כדין אלא אם הוכח אחרת, והנטל עובר לרשות להצדיק את הפגיעה מכוח פסקת ההגבלה.<sup>58</sup> אמנם נטל ההוכחה במבחני פסקת ההגבלה הוא של מאזן הסתברויות אזרחי, אך צוין ב-*Oakes* שהעמידה בו תיבדק בדווקנות.<sup>59</sup>

Hogg, <b>לעיל</b> ה"ש 4, פרק 5, בעמ' 26-27, פרק 36, בעמ' 5.	53
Sujit Choudhry, <i>So What is the Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter's Section 1</i> , 34 S.C.L.R. 501, 505 (2006).	54
פס"ד <i>Oakes</i> , <b>לעיל</b> ה"ש 7, בעמ' 134-135.	55
AHARON BARAK, PROPORTIONALITY: CONSTITUTIONAL RIGHTS AND THEIR LIMITATIONS 189 (2012).	56
Hogg, <b>לעיל</b> ה"ש 4, פרק 36, בעמ' 13.	57
פס"ד <i>Oakes</i> , <b>לעיל</b> ה"ש 7, בעמ' 136-137. ראו גם Hogg, <b>לעיל</b> ה"ש 4, פרק 38, בעמ' 7.	58
פס"ד <i>Oakes</i> , <b>לעיל</b> ה"ש 7, בעמ' 137.	59

נקבע ב-*Oakes* כי תנאי פסקת ההגבלה הם מצטברים: נדרש שהפגיעה תיקבע בחוק, שתכליתה מקדמת אינטרס חברתי דחוף וחשוב אשר הולם את ערכיה של חברה חופשית ודמוקרטית, ושהפגיעה בזכות תהיה מידתית. מבחן המידתיות בעצמו מורכב משלושה מבחני משנה מצטברים. לפי הניסוח המקורי ב-*Oakes*, בית המשפט בוחן, ראשית, אם האמצעי "הוגן, לא שרירותי" ואם הוא מותאם להשגת התכלית, או במילים אחרות: אם קיים קשר רציונלי בין האמצעי הפוגעני לקידום התכלית. שנית הוא בוחן אם פגיעתו של האמצעי פחותה ככל שניתן. שלישית נבחן אם קיים יחס מידתי בין ההשפעות השליליות של האמצעי הפוגעני לבין התכלית שהוא נועד לקדם.<sup>60</sup> בפסיקה מאוחרת יותר הוסיף בית המשפט כי נדרשת מידתיות גם בין האפקטים החיוביים והשליליים של האמצעי, קרי יש להוכיח לא רק שחשיבות התכלית במישור התאורטי מידתית ביחס לנזק שנגרם מהאמצעי, אלא גם שהתועלת הקונקרטית אשר מופקת מהאמצעי מידתית ביחס לנזק שנגרם לזכות.<sup>61</sup> כבר בפס"ד *Oakes* נקבע כי ככל שהפגיעה בזכות חמורה יותר, כן על חשיבות האינטרס להיות רבה יותר.<sup>62</sup>

אי-עמידה באחד ממבחני פסקת ההגבלה תכשיל את האמצעי בלי שבית המשפט יידרש להמשיך לשאר שלבי הבחינה. עם זאת בית המשפט ממשיך לעתים לשאר השלבים, גם אם מצא כי האמצעי נכשל בשלב קודם, למען הסר ספק או לשם חיזוק ההנמקה של פסק הדין. בנוסף, לפעמים בית המשפט מניח, בלי להחליט, שהאמצעי עומד בשלבים הראשונים כי הוא מעדיף למקד את הדין בשלב מתקדם יותר שיכשיל את האמצעי הפוגעני כישלון מוחלט.<sup>63</sup>

אציין כבר עתה כי בית המשפט הקנדי מבצע את רוב מלאכתו במבחן המשנה השני של מבחן המידתיות, שלב "מינימליות הפגיעה" (minimal impairment).<sup>64</sup>

- 60 שם, בעמ' 138-139.
- 61 Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp. [1994] 3 S.C.R. 835, 888 (להלן: פס"ד *Dagenais*).
- 62 פס"ד *Oakes*, לעיל ה"ש 7, בעמ' 139-140.
- 63 ראו לדוגמה 768-767, 731 S.C.R. [1992] 2 R. v. Zundel (להלן: פס"ד *Zundel*).
- 64 Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 38, בעמ' 36. המלומד הוג מציע להחליף את הכינוי הנפוץ "מינימליות הפגיעה" (minimal impairment) ב"מינימום פגיעה" (minimal impairment). לדעתו, מ"מינימליות הפגיעה" ניתן להתרשם שהפגיעה נדרשת להיות "מינימלית" כדי לעמוד בס' 1, אך גם פגיעה קשה אפשר שתהיה חוקתית. לגישתו, הכינוי המוצע משקף ביתר דיוק שהרשות נדרשת לבחור מבין האפשרויות את זו

עם זאת לאחרונה ניכרת התייחסות מוגברת למבחן המשנה השלישי ביוזמת נשיאת בית המשפט, השופטת מכלאכלין.<sup>65</sup>

## ב. פסקאות הגבלה פנימיות והשפעתן על פסקת ההגבלה החיצונית

אף שהמחוקק בחר בפסקת הגבלה כללית ודחה את ההצעה להכללת פסקאות הגבלה פנימיות בלבד, יש בזכויות הצ'רטר כאלה הכוללות פסקת הגבלה פנימית או סייג פנימי. הזכות לחיים, לחופש ולביטחון אישי כוללת פסקת הגבלה מפורשת, המחייבת כי הגבלת הזכות תעלה בקנה אחד עם "עקרונות הצדק היסודי" (סעיף 7). זכויות אחרות כוללות סייגים פנימיים אשר ניתן להבינם גם כפסקאות הגבלה "משתמעות": מהזכות לביטחון מפני חיפוש או תפיסה "לא סבירים" (סעיף 8) משתמע כי הגבלת הביטחון מפני חיפוש ועיקול חייבת להיות "סבירה". הגבלת היבטים מסוימים של הזכות להליך פלילי הוגן חייבת גם היא להיות "סבירה" (סעיף 11). הגבלת הזכות לחירות מפני מעצר או כליאה חייבת להיות "לא שרירותית" (סעיף 9). הזכות לא להיענש מוגבלת לענישה "אכזרית או יוצאת דופן" (סעיף 12). תנאים אלו מביאים את בית המשפט לצמצם מראש את ההגנה הניתנת לזכות החוקתית בשלב זיהוי הפגיעה ומשאירים מעט מקום יחסית, אם בכלל, לניתוח פסקת ההגבלה.<sup>66</sup>

- 
- שמביאה ל"מינימום פגיעה" אך לא בהכרח לפגיעה מינימלית. בנייר זה אשתמש בכינוי המסורתי, בהיותו הכינוי שבחר בית המשפט. שם.
- 65 ראו Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony [2009] 2 S.C.R. 567 (להלן: פס"ד Hutterian Brethren). היו שטענו להתייחסות מוגברת כבר מתחילת שנות ה-2000. ראו ROBERT J. SHARPE, KATHERINE E. SWINTON, & KENT ROACH, THE CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS 68–69 (2002). אוזכר אצל Frank Iacobucci, *Reconciling Rights: The Supreme Court of Canada's Approach to Competing Charter Rights*, 20 S.C.L.R. 137, 157 (2003).
- 66 לפי הוג, דרישת הסבירות בס' 8 ובס' 11 נוקשה מזו שבס' 1. לפיכך ייתכנו הגבלות שאינן סבירות לצורך שלב זיהוי הפגיעה אך סבירות לצורך שלב בחינת המידתיות. לעניין ס' 9 מעצר "שרירותי" כבר נמצא בפסיקה כ"סביר" לצורך ס' 1. לעומת תנאי הגבלה אלו, לדעתו של הוג, ענישה "אכזרית ויוצאת דופן" (ס' 12) לעולם לא תעמוד במבחן המידתיות. Hogg, *לעיל* ה"ש 4, פרק 38, בעמ' 50–52. ראו גם Christopher D. Bredt & Adam M. Dodek, *The Increasing Irrelevance of Section 1 of the Charter*, 14 S.C.L.R. 175, 180 (2001).



לעומת זאת זכויות ללא הגבלות פנימיות בדרך כלל נהנות מפרשנות מרחיבה למדי, והדוגמאות המובהקות הן חופש הביטוי וחופש הדת. אשר לזכויות אלו, בית המשפט עורך את האיזון החוקתי במסגרת פסקת ההגבלה החיצונית בסעיף 1.

### ג. איזון הגדרתי לעומת איזון אד-הוקי

לצד זכויות היסוד המנויות בו הצ'רטר מכיר גם בחשיבותם של זכויות ואינטרסים לבר-חוקתיים. הכרה זו מוצאת ביטוי בפסקת ההגבלה, ובנוסף, בסעיף 26, אשר קובע כי אין ללמוד מעיגון זכויות מסוימות בצ'רטר שלילת קיומן של זכויות אחרות. עם זאת זכויות ואינטרסים אלו נמצאים במדרג נורמטיבי נמוך מזה של זכויות הצ'רטר: הפרתם אינה יכולה לבסס עילה חוקתית לבקשת סעד אכיפה.<sup>67</sup> ככלל, קיימות שתי שיטות עיקריות להתמודדות עם התנגשות בין זכות לבין ערך מתחרה: האיזון ההגדרתי (אופקי) והאיזון ה"אד-הוקי" (אנכי). האיזון ההגדרתי דורש מבית המשפט להגדיר בצמצום את היקף הזכות שנפגעה, וכך הגשמת הערך המתחרה אינה מביאה לפגיעה חוקתית. האיזון ההגדרתי תואם שיטת משפט אשר דוגלת באבסולוטיות של זכויות חוקתיות, כיוון שהגדרה מצומצמת של הזכות נותנת מרחב לקידום ערכים מתחרים מבלי לאיים על עצם חסינותה של הזכות מהגבלה. לדוגמה, השיטה האמריקאית, אשר אינה מצוידת בפסקת הגבלה, בחרה באיזון ההגדרתי. האפשרות השנייה להתמודד עם התנגשות היא האיזון ה"אד-הוקי". לפיו, במקום לצמצם את היקף הזכות שנפגעה, בית המשפט מכיר בפגיעה ומאזן בין הזכות לבין הערך המתחרה לפי תנאים שקבע להגבלת הזכות החוקתית. איזון כזה מתאפשר רק בשיטת משפט המכירה בהגבלות של זכויות חוקתיות, עמדתה של השיטה הקנדית. בית המשפט הקנדי בחר להתמודד עם ערכים מתחרים דרך האיזון האד-הוקי, אשר מתבצע במסגרת פסקת ההגבלה.<sup>68</sup>

אפילו בשיטה המכירה באפשרות ההגבלה ייתכן שהבחירה בהחלת האיזון ההגדרתי או האד-הוקי תשתנה לפי המעמד החוקתי של הערך המתחרה. כאשר

67 Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 36, בעמ' 46-47.

68 R. v. Keegstra [1990] 3 S.C.R. 697, 743-744 (להלן: פס"ד Keegstra).

הערך המתחרה נמצא במעמד נורמטיבי נמוך מזה של הזכות שבעניינה נטענת פגיעה, הגיוני להכיר בפגיעה ולהעביר את נטל ההוכחה לגוף הפוגע. לעומת זאת כאשר הערך המתחרה הוא בעצמו זכות חוקתית, ייתכן שבית המשפט יבחר שלא להעדיף זכות אחת מהאחרת אלא ינסה ליישב בין השתיים באמצעות צמצום הדדי של היקפן. לפי גישה זו, הבחירה בשיטת האיזון נגזרת מקיומה או מהיעדרה של הייורכיה נורמטיבית בין הערכים המתחרים. כפי שנראה, בית המשפט הקנדי אינו נוקט הבחנה זו, ובמרבית המקרים מעדיף את האיזון האד-וקאי גם כאשר מדובר בתחרות בין זכויות שוות מעמד.<sup>69</sup>

#### (1) התחרות בין זכות חוקתית לבין אינטרס

כאמור, האינטרס הציבורי שהחוק מקדם אינו צריך ליהנות ממעמד חוקתי כדי שיוחל מבחן המידתיות או כדי שהפגיעה בזכות תיחשב חוקתית. מלומדים קנדיים נחלקו בדעותיהם בשאלת מידת כוחם של זכות או אינטרס לבר-חוקתי לגבור על זכות חוקתית. לעמדת המלומדת לוריין ויינרב, עצם העיגון החוקתי של רשימה סגורה של זכויות מחייב הגנה קפדנית על אותן זכויות מפני אינטרסים לבר-חוקתיים מתחרים. היא הצביעה על נטייתם של שופטים מסוימים לכפור ביכולתם להכריע בין זכות חוקתית לבין אינטרסים נוגדים של קבוצות מתחרות על אף השוני הנורמטיבי ביניהם ולאפשר לאינטרס לגבור על הזכות החוקתית בקלות יתר. לגישה, ביקורת שיפוטית מרוסנת נוגדת את בקשת המחוקק להעניק לזכויות הצ'רטר עליונות נורמטיבית על זכויות ואינטרסים "רגילים".<sup>70</sup> להבנתה של המלומדת ג'נט הייברט, ויינריב סבורה כי הגבלת זכות באמצעות סעיף 1 תהיה מוצדקת רק כאשר האינטרס המתחרה משקף את אותם ערכים דמוקרטיים שקיבלו ביטוי מפורש בצ'רטר או נגזר מהם. הייברט סבורה, מנגד, כי אין להתייחס לזכויות המנויות בצ'רטר כרשימה קדושה או ממצה וכי יש להניח לצ'רטר להכיל גם ערכי יסוד אחרים. היא מנמקת זאת בכך שרשימת

69 Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 36, בעמ' 36.

70 Lorraine E. Weinrib, Canada's Charter, לעיל ה"ש 45, בעמ' 123, 164. ראו גם Weinrib, *The Supreme Court of Canada and Section One of the Charter*, 10 S.C.L.R. 469, 486 (1986) (להלן: Weinrib, *The Supreme Court of Canada and Section One of the Charter*)

הזכויות בצ'רטור אינה פרי מאמצים של אינטלקטואלים ופילוסופים אשר זיהו את הערכים החיוניים ביותר לחברה חופשית ודמוקרטית אלא תוצאה של פשרות פוליטיות בין ממשלות מתחרות וקבוצות לחץ בציבור.<sup>71</sup> הייברט מוסיפה כי גישת "עליונות הזכויות" מקדשת את זכויות הפרט על חשבון זכויות הקולקטיב, אשר לגישתה לא קיבלו ביטוי מלא בצ'רטור.<sup>72</sup> להשקפתה, תורת האינדיווידואליזם איננה מאפיינת את התרבות הפוליטית של קנדה, אשר מקדמת ערכים קהילתיים ואף ניזונה חלקית מערכים סוציאליסטיים. בנוסף, לדעתה, גישת עליונות הזכויות מקדמת הגדרה שלילית של זכויות – זכויות כהיעדר התערבות שלטונית – אשר הופכת ניסיונות של המחוקק לקדם מדיניות פרוגרסיבית שמיטיבה עם קבוצות מוחלשות למהלכים עוינים.<sup>73</sup>

הייברט תומכת בהגדרה רחבה של ערכים דמוקרטיים, שנותנת ביטוי לערכים חשובים וראויים לקידום, כולל ערכים קהילתיים ורווחת הכלל, גם אלה שאינם נמנים עם הזכויות המנויות בצ'רטור או נגזרים מהן.<sup>74</sup> דומה כי מסקנה זו מתבקשת לפי סעיף 26 בצ'רטור, שלפיו עיגונן של זכויות מסוימות בצ'רטור אינו בא לגרוע מזכויות ומחופשים אחרים. בית המשפט הקנדי מצדד בגישה מרחיבה זו ומקפיד לבחון את תרומתם היחסית של הזכות ושל האינטרס המתחרה לחברה חופשית ודמוקרטית על רקע ההקשר המשתנה.

## (2) תחרות בין זכויות שוות מעמד

שלא כהייררכיה שקובע הצ'רטור בין זכויות מוגנות לבין אינטרסים לבר-חוקתיים, כמעט שאין אינדיקציה בדבר מדרג נורמטיבי בין זכויות חוקתיות.<sup>75</sup> לכאורה, התחולה הסלקטיבית של פסקת ההתגברות הייתה יכולה ללמד על הייררכיה בין

- 71 Hiebert, לעיל ה"ש 3, בעמ' 39-36.
- 72 לטענתה, אותן זכויות קיבוציות אשר מנויות בצ'רטור נגזרות מזכויות אינדיווידואליות, ואילו זכויות קיבוציות "טהורות" אינן מקבלת את אותה התייחסות. שם, בעמ' 47.
- 73 שם, בעמ' 40-41.
- 74 שם, בעמ' 47.
- 75 למעט שני חריגים: כתוב במפורש שס' 25 לצ'רטור, אשר מגן על זכויותיהם של ילדים (aboriginals), וס' 93, אשר מעניק זכויות לבתי ספר דתיים, גוברים על ס' 15 (שויון) במקרה של התנגשות. Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 36, בעמ' 34.

זכויות הניתנות להתגברות לבין זכויות החסינות בפניה. אך המלומד הוג מבהיר כי הבחנה זו אינה מקימה סדר עדיפויות כללי בין זכויות מתחרות.<sup>76</sup> השקילות הנורמטיבית בין הזכויות השונות מעוררת את השאלה מהי שיטת האיזון הראויה בתחרות בין זכויות חוקתיות. הצ'רטר אינו נוקט עמדה בשאלה זו.<sup>77</sup> האפשרות להכפיף זכות חוקתית, בדומה לאינטרס רגיל, לדרישות המצויות בפסקת ההגבלה, אשר נועדה לכאורה להתמודד עם ערכים בעלי מעמד נורמטיבי שונה, אינה מובנת מאליה. ניתן לראות בדרישת העמידה בסעיף 1 העדפה אפירורית של הזכות שנפגעה מן האינטרס הציבורי שהאמצעי הנתקף מבקש לקדם. העדפה כזו איננה ברורה כלל ועיקר כאשר מצדה השני של הזכות החוקתית נמצאת זכות חוקתית אחרת.

בהיעדר רמז מהמחוקק להיררכיה בין זכויות חוקתיות בית המשפט הקנדי מתנגד לקבוע סדר עדיפויות אפירורי בין זכויות מתנגשות. אולם בית המשפט רואה דווקא באיזון ההגדרתי, ולא באיזון האד-הוקי לפי סעיף 1, שיטה הדורשת העדפה אפירורית בין זכויות, מכיוון שהוא מחייב בחירה באיזו זכות לצמצם ועד כמה, מבלי להתייחס לנסיבות הספציפיות של המקרה. לדעת בית המשפט, היעדר הכוונה מהמחוקק באשר לאיזו זכות להעדיף מחייב בחינה פרטנית של כל התנגשות לגופה, על רקע ההקשר והנסיבות הספציפיות של העתירה הקונקרטית. מקומה הטבעי של הבחינה הוא במסגרת סעיף 1.<sup>78</sup>

נימוק זה מצא ביטוי בפס"ד *Keegstra*, שם נדונה הגבלת חופש הביטוי בהפללת ביטוי גזעני, או במילים אחרות: תחרות בין חופש הביטוי לשוויון. בית המשפט הקנדי רחה פה אחד את האיזון ההגדרתי בקבעו שיש להגדיר את היקף הזכות כעניין העומד בפני עצמו ללא קשר לקיומן של זכויות מתחרות.<sup>79</sup> השופטת מכלאכלין גרסה כי השוואה אבסטרקטית בין זכויות חוקתיות, במנותק מההקשר העובדתי, אינה יכולה להביא להעדפת האחת מן האחרת. לפיכך אין

76 שם, פרק 36, בעמ' 33. ראו גם Iacobucci, לעיל ה"ש 65, בעמ' 139.

77 Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 36, בעמ' 34.

78 פס"ד *Keegstra*, לעיל ה"ש 68, בעמ' 833-837. ראו גם B.(R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto [1995] 1 S.C.R. 315, 384-388 (להלן: פס"ד *Children's Aid Society*).

79 פס"ד *Keegstra*, לעיל ה"ש 68, בעמ' 755-758, 833-837. אוזכר אצל Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 36, בעמ' 35.

לצמצם את היקף חופש הביטוי אלא לבחון אם הפגיעה בו מידתית בהתחשב בערכים המתנגשים בהקשר הספציפי.<sup>80</sup> עם זאת המעמד החוקתי של הזכות המתחרה יובא בחשבון במסגרת השלב השני של הבחינה, שלב ההצדקה.<sup>81</sup> השופטת מכלאלכלין הוסיפה נימוק לדחיית האיוון ההגדרתי: היא הורתה שקיימת התנגשות בין הערכים הגלומים בשתי הזכויות – חופש הביטוי של העותר מחד והזכות לשוויון של הנפגע מהביטוי מאידך. אולם היא דייקה כי אין מדובר בתחרות בין שתי זכויות המנויות בצ'רט, משום שזכויות הצ'רט מגנות על הפרט מפני פעולה שלטונית, ואילו אחת מהזכויות האמורות – שוויון – לא נפגעה מן הרשות אלא מאדם פרטי. לגישה, לא נכון שזכות אשר נועדה להגן על הפרט מפני הרשות תשמש כלי בידי הרשות להגביל את זכות הפרט.<sup>82</sup> על אף האמור היו מקרים שבית המשפט חרג ממנהגו וערך איוון הגדרתי. לטענת הוג, פס"ד *O'Connor* הוא דוגמה לעריכת איוון הגדרתי במסווה של איוון אד-הוקי.<sup>83</sup> פרשה זו דנה בצורך להסדיר בחוק את גישתם של נאשמים בעברות מין לדוחות רפואיים ולטיפוליים חסויים של הקרבן כדי לאפשר לנאשם להתגונן במשפט. העותר טען כי היעדר הסדרה סטטוטורית של סוגיה זו חשף אותו לפגיעה בזכותו להתגונן, זכות המעוגנת בסעיף 7 לצ'רט (הזכות לחיים, לחופש ולביטחון אישי). כנגד זכות זו עמדה זכותו של הקרבן לפרטיות (המעוגנת בסעיף 8 לצ'רט). לאחר שהכיר בפגיעה בזכות העותר, ובמסגרת ניתוח פסקת ההגבלה, הציע בית המשפט אמות מידה להסדר חקיקתי פוטנציאלי אשר בפועל צמצם את היקפן של שתי הזכויות המתנגשות. בפס"ד *Mills*,<sup>84</sup> שם נתקף ההסדר החקיקתי שקבע המחוקק בעקבות *O'Connor*, קבע בית המשפט במפורש כי הוא דן בהגדרתן של הזכויות המתחרות ולא בשאלת הגבלתן.<sup>85</sup> נאמר כי אין עיקרון חוקתי שהוא מוחלט ושיכול לגבור על עיקרון חוקתי אחר, וכי בהגדרת כל עיקרון חוקתי יש להביא בחשבון את התחרות ביניהם.<sup>86</sup>

80	פס"ד <i>Keegstra</i> , לעיל ה"ש 68, בעמ' 834-835.
81	R. v. Sharpe [2001] 1 S.C.R. 45, 148 (להלן: פס"ד <i>Sharpe</i> ).
82	פס"ד <i>Keegstra</i> , לעיל ה"ש 68, בעמ' 833.
83	R. v. O'Connor [1995] 4 S.C.R. 411 (להלן: פס"ד <i>O'Connor</i> ). אוזכר אצל Hogg,
	לעיל ה"ש 4, פרק 36, בעמ' 36.
84	R. v. Mills [1999] 3 S.C.R. 668 (להלן: פס"ד <i>Mills</i> ).
85	שם, בעמ' 716. ראו גם Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 36, בעמ' 36.
86	פס"ד <i>Mills</i> , לעיל ה"ש 84, בעמ' 713-714.

בתחילת שנות האלפיים הצביע השופט איאקובוצ'י על מגמה לעריכת איוון הגדרתי במצב של התנגשות בין זכויות חוקתיות. הוא הזכיר את הבחירה באיוון הגדרתי בכמה פרשיות בענייני מניעת פרסום (חופש הביטוי כנגד הזכות להליך הוגן), חשיפת דוחות רפואיים (הזכות לפרטיות כנגד הזכות להליך הוגן) וחופש דת (כנגד שוויון או הזכות לחיים, לחופש ולביטחון אישי).<sup>87</sup> לשיטת השופט איאקובוצ'י, האיוון ההגדרתי אינו מחייב התעלמות מן ההקשר הקונקרטי או ממידתיות האמצעי: גם כאשר בית המשפט עורך איוון הגדרתי, הוא מתחשב בהקשר ועורך השוואה של תועלת לעומת נזק מן האמצעי.<sup>88</sup>

ייתכן שהמגמה שעליה הצביע איאקובוצ'י נאמנה יותר לרעיון של היעדר הייררכיה בין זכויות הצ'רטר. ספק אם האיוון האד-הוקי אכן מאפשר לבית המשפט להימנע מהעדפה "אפריורית" של זכות אחת מחברתה. עצם הטלת נטל ההוכחה על הגורם הפוגע, כפי שמתחייב מהאיוון האד-הוקי, משמעותו העדפה "אפריורית" של הזכות שנפגעה מן הזכות המתחרה.<sup>89</sup> מנגד, יתרונה של נטייתו הכללית של בית המשפט לדבוק באיוון האד-הוקי הוא החלת סטנדרט זהה לבחינה החוקתית הן בתחרות בין ערכים שווי מעמד הן בתחרות בין ערכים במדרג נורמטיבי שונה. זהות זאת מתבקשת בין השאר בשל הקושי בסיווג ערך

87 Jacobucci, לעיל ה"ש 65, בעמ' 144-155. לרוגמה של איוון הגדרתי בקטגוריה אחרונה זו ראו את הדיון להלן על חופש דת, בחלק 8 לעניין מבחר זכויות הצ'רטר.

88 שם, בעמ' 157.

89 עמדה זו מצאה ביטוי בדעת המיעוט של השופט גונטייה בפס"ד *Dagenais*, שחלק על גישת הרוב באותה פרשה, שלפיה יש להטיל את נטל ההוכחה על פרט שמבקש למנוע פרסום שיידור שיש בו לפגוע בזכותו להליך הוגן:

It is appropriate in a normal s. 1 analysis to place the burden on the government because it is required to justify legislation or action which infringes a single *Charter* right. Burdens are completely inappropriate where a *prima facie* case has been made out that the alternative courses of action (i.e., to issue a ban or not) will infringe two different *Charter* rights. In this context, the balancing which is at the heart of the s. 1 analysis should be carried on without privileging or disadvantaging either of the rights at issue.

פס"ד *Dagenais*, לעיל ה"ש 61, בעמ' 922.

כ"אינטרס ציבורי" לעומת "זכות יסוד" כאשר אינטרס ציבורי עשוי להיות אגד של זכויות יסוד של פרטים.<sup>90</sup>

#### 4. הבחינה החוקתית ומבחני Oakes

בחלק זה אעיין בבחינה החוקתית כפי שפיתח אותה בית המשפט בפס"ד Oakes ובפסיקה מאוחרת יותר. ארון בשני שלבי הבחינה – שלב זיהוי הפגיעה ושלב הצדקתה באמצעות פסקת ההגבלה. הדיון בפסקת ההגבלה יתחלק לתת-חלקים על פי המבחנים שפיתח בית המשפט: בחינת קיומו של עיגון סטוטורי להגבלה, חשיבות התכלית ומידתיות ההגבלה. שלב אחרון זה, מבחן המידתיות, יתחלק לשלושה מבחני משנה שקבע בית המשפט: מבחן הקשר הרציונלי, מבחן מינימליות הפגיעה ומבחן המידתיות במובן הצר. לבסוף ארון בשתי דרישות אשר חולשות על הבחינה החוקתית בכללותה ואינן שלבים עצמאיים – הדרישה שההגבלה תהא חופשית ודמוקרטית והדרישה שהצדקת ההגבלה תהיה בת הוכחה.

90 ראו למשל את עמדתו של השופט ריבלין בעניין עדאלה (איחוד משפחות), שם הוא ראה באינטרס שקידם החוק – ביטחון הציבור – אגד של זכויות אינדיווידואליות לחיים. "ההבחנה בין השניים – בין האינטרס לבין הזכות – היא לעתים קשה, והמקרה שבפנינו יעיד. לכאורה ערך מסוג אינטרס כאן – אינטרס הציבור. אלא שבמקרה זה מתחדדת דמות הציבור [...] בטחון הציבור דובר כאן בזכות לחיים ממש [...] הגבולות בין אינטרס הציבור וזכות הפרט – מאבדים במקרה זה מכוחם". בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, תק-על 1754, בפס' 16 לפסיקתו (להלן: עניין עדאלה (איחוד משפחות)). המחשה נוספת של הקושי בסיווג ערך כאינטרס או זכות יסוד מצויה בבג"ץ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נח(4) 267 (2001), שם הרוב והמיעוט נחלקו בשאלה אם ניתן להגדיר את הפגיעה בעותרים פגיעה ברגשות – שהיא אינטרס – או פגיעה בחופש דת. אמנם בית המשפט הישראלי דוגל בתורת האיוון ההגדרתי במקרה של התנגשות בין זכויות חוקתיות, אך עמדתו של בית המשפט הקנדי מצאה ביטוי בפסיקה הישראלית בהערת אגב של השופטת ביניש בעניין המפקד הלאומי, שם המליצה השופטת ביניש על החלת מבחן המידתיות גם בהקשר של תחרות בין זכויות שוות מעמד. אף שעמדתה טרם הפכה להלכה, בית המשפט הישראלי מביע נכונות לערוך איוון הגדרתי ברוח פסקת ההגבלה, בדומה לעמדתו של השופט איאקובוצ'י. בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715 (2008), פס' 7 לפסק דינה של השופטת ביניש (להלן: פס"ד המפקד הלאומי).

## שלב 1: זיהוי הפגיעה בזכות

בשלב הראשון של הבחינה החוקתית על העותר לשכנע את בית המשפט כי קיימת פגיעה "לא טריוויאלית" בזכות חוקתית. פגיעה זניחה איננה בבחינת הפרה של הצ'רטר.<sup>91</sup> יסוד הטריוויאליות לא הוזכר בפס"ד *Oakes*, ובפועל לא תמיד טריוויאליות הפגיעה זוכה להתייחסות מפורשת או רבה כאשר ברור שמתקיימת פגיעה של ממש.

ההסתברות שתזוהה פגיעה בזכות חוקתית כרוכה לא רק במידת הפגיעה אלא גם בהיקף פריסתה של הזכות. כשמדובר בזכויות שבהן מגבלות פנימיות, הפרשנות המצמצמת שניתנת לזכות מביאה לא פעם לאי-הכרה בפגיעה. לעומת זאת לזכויות שאין בהן הגבלה פנימית בית המשפט מעדיף לתת פרשנות "רחבה וליברלית", משום שלדעתו פרשנות כזו מקדמת את הערכים הדמוקרטיים בתכליתו של הצ'רטר.<sup>92</sup> משמעותה של פרשנות רחבה בשלב זיהוי הפגיעה היא צמצום ההגנה החוקתית בשלב בחינתם של תנאי פסקת ההגבלה.

לפי הוג, ראוי שבית המשפט יכדיל בין פרשנות רחבה של זכות לכיין פרשנות תכליתית של זכות. שלא כפרשנות תכליתית, פרשנות רחבה מביאה להכרה גם במעשים הסותרים את תכליתה של הזכות החוקתית בפרט ושל הצ'רטר בכלל. סביר למשל כי הכרה בביטוי גזעני כחוסה בחופש הביטוי מחטיאה את תכליתה של הזכות. הוג תומך בפרשנות צרה יותר של זכויות חוקתיות אשר תמנע הגנה חוקתית ממעשים שסותרים בכירור את האתוס של הצ'רטר.<sup>93</sup>

מלבד הטיעון הערכי הוג מוסיף כי אם נותנים לזכות לפרוש את חסותה על מעשים שאינם ראויים להגנה חוקתית, פוחתות הדרישות להצדקת הפגיעה. לטענתו, ככל שהשלב הראשון של הבחינה מקל יותר, כן קשה יותר לבית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית על פי כללים ברורים ועקיבים. לעומת זאת תיחום הזכות דרך פרשנות תכליתית למעשים שעולים בקנה אחד עם עקרונות הצ'רטר יאפשר

91 *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)* [1995] 3 S.C.R. 199, 324 (להלן: פס"ד *RJR-MacDonald*). לפי השופטת L'Heureux Dube, יש לבחון טריוויאליות מנקודת מבטו של הנפגע, אם פגיעה לכאורה טריוויאלית עשויה להיות מורגשת וממשית מבחינתו, בייחוד אם הוא שייך לקבוצה מוחלשת בחברה. ראו *Dunmore v. Ontario (Attorney General)* [2001] 3 S.C.R. 1016, 1103 (להלן: פס"ד *Dunmore*).

92 פס"ד *Ford*, לעיל ה"ש 50, בעמ' 765-767.

93 *Hogg*, לעיל ה"ש 4, פרק 36, בעמ' 27-29; פרק 38, בעמ' 7; פרק 14, בעמ' 13.



בחינה קפדנית להצדקת הפגיעה. לכן לדעתו צמצום היקף הזכות החוקתית יתרום לוודאות משפטית, ואף עשוי לצמצם את מספר העתירות החוקתיות המוגשות לבית המשפט.<sup>94</sup>

לעומת זאת המלומדת הייברט סבורה שדווקא צמצום הזכות בשלב זיהוי הפגיעה הוא שיגרע מאיכותן ומעקיבותן של אמות המידה השיפוטיות. להמחשה היא מצביעה על בית המשפט האמריקאי, אשר בהיעדר פסקת הגבלה הוא מבצע איזון הגדרתי בין זכויות לאינטרסים, ולשם כך נאלץ לפתח מבוך של סטנדרטים לא עקיבים, מורכבים ושנויים במחלוקת. ספק אם אמות מידה אלו מצליחות להכווין את המחוקק בדבר חוקתיותן של נורמות. הייברט מוסיפה כי צמצום אפריורי של הזכות עשוי להקפיא את גבולותיה כאשר שינויים בהלך הרוח של החברה או בנסיבות הקונקרטיות של העתירה מצדיקים בחינה חוקתית דינמית יותר. עם זאת ייתכן שאין פער של ממש בין דעותיהם של הוג והייברט: גם הייברט רואה בהצבת גבולות כלשהם לזכויות, תוך הוצאת מעשים לא מוסריים בעליל מגדרי הזכות, כמתחייבת ממעמדן הערכי של זכויות יסוד.<sup>95</sup>

כאמור, גישת הפרשנות המצמצמת של הזכות מוצאת ביטוי בעיקר בזכויות שכוללות הגבלות פנימיות, ובמידה מסוימת בזכות לשוויון, ואילו גישת הפרשנות הרחבה מיושמת בחופש הביטוי ובחופש הדת. אולם כפי שנראה בהמשך בדיון על מבחר זכויות הצ'רטר, בית המשפט מתקשה לגבש כללים עקיבים וברורים בין שהאיזון מתבצע בשלב הראשון של הבחינה החוקתית ובין שהוא מתבצע בשלב השני.

## שלב 2: הצדקת הפגיעה

אסקור את הדרישות שבהן הרשות מתבקשת לעמוד לשם הצדקת הפגיעה בזכות. עליה להוכיח כי ההגבלה נקבעה בחוק (אם זה אינו ברור), וכי ההגבלה מיועדת לתכלית חשובה ועומדת בכל אחד משלושת מבחני המשנה של מבחן המידתיות.

94 שם.

95 HIEBERT, לעיל ה"ש 3, בעמ' 45-46, 50.

(1) הגבלה שנקבעה בחוק

בית המשפט הקנדי פירש את התנאי "נקבעה בחוק" בסעיף 1 כמתייחס ל"נורמות" שחוקקו "מכוח סמכות חוקית, שהן כללים מחייבים בעלי יישום כללי אשר נגישים ומדויקים מספיק לאלו שנמצאים בתחולתם".<sup>96</sup> ניתן לקיים דרישה זו הן באמצעות חקיקה ראשית הן באמצעות חקיקת משנה, ונקבע כי העובדה שהפגיעה נבעה מתקנה ולא מחקיקה ראשית לרוב לא תשפיע על הניתוח לפי סעיף 1.<sup>97</sup> אולם כפי שנראה בחלק על בחינת המידתיות כמשפט המינהלי, יש מחלוקת בשאלה אם החלטות מינהליות בשיקול דעת ממלאות דרישה זו.<sup>98</sup>

מתוך הדרישה שההגבלה תיקבע בחוק נוצרה דוקטרינת ה"עמימות", אשר חלה על כל דבר חקיקה. דוקטרינת העמימות מיועדת להגן על שלטון החוק, ליצור ודאות משפטית ולמנוע שרירותיות באכיפת החוק. לפי דוקטרינה זו, חוקים העמומים עד כי אינם ממלאים אף את התנאי הראשון של פסקת ההגבלה – אינם חוקתיים. על החוק להיות נגיש לציבור ולעמוד ברמה מסוימת של דיוק. עם זאת בית המשפט אינו מחייב רמה גבוהה של בהירות ודיוק.<sup>99</sup> בית המשפט מסתפק בקיומם של "סטנדרטים בני זיהוי": כאשר נעדרות מהחוק אמות מידה להנחיית ניתוח משפטי והסקת מסקנות,<sup>100</sup> והגורם המבצע הופך למחוקק בעצמו במקום לפרשן, יחיל בית המשפט את דוקטרינת העמימות כדי לקבוע שהחוק אינו חוקתי.<sup>101</sup> בית המשפט קבע כמה שיקולים בבחינת עמימותו של החוק: יש להתחשב בצורך בגמישות בהפעלת החוק, ביכולות הפרשניות של בתי המשפט, באפשרות שכמה פרשנויות יתקיימו זו לצד זו ובעובדה שלעולם לא יהיה אפשר

“[...] their adoption is authorized by statute, they are binding rules of general application, and they are sufficiently accessible and precise to those to whom they apply”. Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students – British Columbia Component [2009] 2 S.C.R. 295, 325	96
פס"ד <i>Hutterian Brethren</i> , לעיל ה"ש 65, בעמ' 591.	97
Susan L. Gratton, <i>Standing at the Divide: The Relationship Between Administrative Law and the Charter Post-Multani</i> , 53 McGill L.J. 477, 479–480	98
שם, בעמ' 491–490.	99
R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society [1992] 2 S.C.R. 606, 639–640 (להלן: פס"ד <i>Nova Scotia</i> ).	100
Gratton, לעיל ה"ש 98, בעמ' 490.	101

להבטיח ודאות משפטית מושלמת<sup>102</sup> – שיקולים שכולם מצביעים בעד ריסון בשלב זה.

חשוב לציין כי אף שבית המשפט הקנדי נוטה שלא להתערב בשלב ראשוני זה, הוא הבהיר כי עמימות שאינה בולטת מספיק עד כדי הכשלה מיידית של החוק יש בה כדי לשמש עילה להכשלת החוק בשלבים הבאים, בייחוד בשלב של מינימליות הפגיעה, שם נבחנת תחולת יתר.<sup>103</sup> לעתים אכן יש הבחנה בין עמימות לתחולת יתר, למשל כאשר ברור מלשון החוק מהו האפקט המיועד, אך הוא משאיר מקום ליישום גורף מדי. מנגד, תהיה חפיפה בין המושגים כאשר תחולת יתר ביישום היא תוצאה של עמימות בלשון החוק.<sup>104</sup> בפועל בית המשפט אינו תמיד מקפיד על ההבחנה בין שני המושגים, ובמקום להפעיל את דוקטרינת העמימות ולעקוף מראש את הצורך להפעיל את סעיף 1, הוא מעדיף לדון בעמימות במבחן המשנה השני.<sup>105</sup>

אמנם שאלת העמימות עולה במסגרת הצדקת הפגיעה לפי סעיף 1, אך כשמדובר בזכויות שבהן פסקאות הגבלה פנימיות, אפשר שעמימות תהיה רלוונטית גם בשלב זיהוי הפגיעה. אם פסקת ההגבלה הפנימית אינה סובלת גם אמצעי עמום, יסוד העמימות ייבחן כבר בשלב הראשון של הבחינה החוקתית. לדוגמה, מפסקת ההגבלה הפנימית של הזכות לחיים, לחופש ולביטחון אישי (סעיף 7), שלפיה על ההגבלה להתיישב עם עקרונות הצדק היסודי, למד בית המשפט על איסור פנימי נגד עמימות. זאת, כיוון שדיוק בחוק הוא אחד מעקרונות הצדק היסודי, בשל אותם רציונלים של שלטון החוק ומניעת שרירותיות אשר עומדים מאחורי דוקטרינת העמימות הכללית.<sup>106</sup> גם לעניין זכות הנאשם לשחרור בערבות (סעיף 11(e)) פירש בית המשפט את פסקת ההגבלה הפנימית כיוצרת

- 102 פס"ד *Nova Scotia*, לעיל ה"ש 100, בעמ' 627.
- 103 ראו Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General) [1989] 1 S.C.R. 927 (להלן: פס"ד *Irwin Toy*); R. v. Morgentaler [1988] 1 S.C.R. 30 (להלן: פס"ד *Morgentaler*); Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.) [1990] 1 S.C.R. 1123. אוזכר בפס"ד *Nova Scotia*, לעיל ה"ש 100, בעמ' 626.
- 104 R. v. Zundel [1987] 58 O.R. (2d) 129, 157–158. צוטט בפס"ד *Nova Scotia*, לעיל ה"ש 100, בעמ' 630.
- 105 ש.ם.
- 106 ש.ם.

איסור פנימי נגד עמימות. פסקת ההגבלה הפנימית דורשת "עילה מוצדקת" להגבלה, מונח שבית המשפט פירשו כאוסר על הגבלה רחבה, גורפת או עמומה.<sup>107</sup> במקרים של איסור פנימי נגד עמימות יוביל קיומה של עמימות להכרה בפגיעה בזכות ולבחירת פסקת ההגבלה החיצונית, שבמסגרתה שוב תיבדק סוגיית העמימות. נקבע כי האיסור הפנימי והאיסור החיצוני נגד עמימות מזמינים ניתוח דומה,<sup>108</sup> ובפועל לא תמיד שופטים עורכים בחינה כפולה של עמימות. בפס"ד *Hall*, שבו ארון להלן, לאחר שהשופט איאקובוצ'י הכיר בעמימות בשלב זיהוי הפגיעה, הוא לא חזר על המבחן במסגרת סעיף 1 אלא המשיך ישר לבחון קיומה של תכלית ראויה. מנגד, בפס"ד *Morales* הקפיד בית המשפט לבחון עמימות פעמיים, קודם בשלב זיהוי הפגיעה ואחר כך לפי סעיף 1.

מעניין כי למרות הדמיון – אם לא זהות – בין שאלת העמימות בשני השלבים, הכרה בעמימות בשלב הראשון של הבחינה החוקתית לא תביא אוטומטית להכרה בעמימות בשלב השני. בפס"ד *Morales*, אף שבית המשפט כבר מצא את האמצעי עמום בשלב זיהוי הפגיעה, הוא נמנע מלקבוע חד-משמעית שהאמצעי עמום מכדי לעמוד בדרישת העיגון החקיקתי והעדיף לקבוע אי-חוקתיות האמצעי בשלבים מתקדמים יותר. בפרשה זו נדון סעיף בקוד הפלילי אשר התיר שלילת בקשתו של נאשם לשחרור בערבות במקרים שבהם נדרשת הגנה על "האינטרס הציבורי". בית המשפט קיבל את טענת העותר שעמימות העילה "האינטרס הציבורי" מביאה לפגיעה בזכותו מכוח סעיף 11(e) לצ'רטור. לעומת זאת במסגרת בחינת פסקת ההגבלה החיצונית הוא קבע רק שספק אם העילה עומדת בדרישה המקדמית שהאמצעי הפוגעני נקבע בחוק. הוא נמנע מלפסול את האמצעי בשלב זה כיוון שממילא עמימותו של האמצעי הכשילה אותו בשלבים הבאים: לא נמצא קשר רציונלי בין האמצעי העמום לבין תכליות הסעיף, ניסוחו הרחב הביא לפגיעה יתרה, והשלכותיו המזיקות נמצאו כלא מידתיות אל מול התועלת.<sup>109</sup>

בעקבות פסק הדין החליף המחוקק את העילה שנפסלה בשתי עילות חדשות – שלילה בשל "כל סיבה מוצדקת" ושלילה בשל "שמירה על אמון

107 R. v. Hall [2002] 3 S.C.R. 309, 345–346 (להלן: פס"ד *Hall*).

108 פס"ד *Novia Scotia*, לעיל ה"ש 100, בעמ' 627.

109 R. v. Morales [1992] 3 S.C.R. 711, 735–733 (להלן: פס"ד *Morales*).

הציבור במערכת המשפט". בפס"ד *Hall*, שבו נתקף התיקון, הסכימו שופטי בית המשפט לפסול את העילה הראשונה בשל מידת עמימות, שאף עלתה על הניסוח המקורי, שלפחות דרש סיבה מסוימת, גם אם רחבה ביותר, לשלילת הזכות.<sup>110</sup> אולם השופטים נחלקו בדעותיהם לעניין העילה השנייה. מכלאכלין, בדעת רוב, סברה שהעילה השנייה קונקרטית מספיק כדי להנחות את השופט בהכרעתו אם לאשר שלילת השחרור בערבות, בייחוד משום שכבר נקבע בפסיקה כי "ניהול תקין של הליכי משפט", שהוא עילה דומה לשמירה על אמון הציבור במערכת המשפט, אינו סטנדרט עמום. מה גם שהמחוקק הוסיף לעילה השנייה שיקולים שיש להתחשב בהם בטרם נשללת הזכות אשר מסייעים לה להיות "סטנדרט בן זיהוי".<sup>111</sup> מנגד, השופט איאקובוצ', בדעת מיעוט, סבר שהעילה השנייה עמומה לא פחות מזו שנפסלה. לטענתו, עיון קפדני בשיקולים שסיפק המחוקק מגלה כי הם אינם תורמים ליצירת "סטנדרט בן זיהוי".<sup>112</sup> בנוסף טען איאקובוצ' כי השוואת העילה הנדונה ל"ניהול תקין של הצדק" מתעלמת מהרציונלים שהביאו לאישורו של השני כסטנדרט בן זיהוי אף שאותם רציונלים אינם מתקיימים בהקשר הנדון. השופט איאקובוצ' הדגיש כי יש לבחון עמימות בשים לב להקשר החקיקתי. עצם העובדה שניסוח מסוים הוכר כסטנדרט בן זיהוי בהקשר חקיקתי אחד אינו מוביל בהכרח למסקנה שהוא יזכה להכרה דומה בהקשר אחר.<sup>113</sup>

## (2) תכלית חשובה

אמנם במקור דרש בית המשפט תכלית "חשובה ורחופה" אשר מתיישבת עם "ערכיה של חברה חופשית ודמוקרטית", אולם לא חלף זמן רב והוא הסתפק בתכלית "תקפה" או "חשובה דייה".<sup>114</sup> בית המשפט הקנדי מקל למדי בשלב הזה, ורק במקרים נדירים דוחה את האמצעי בגין אי-עמידתו במבחן התכלית.<sup>115</sup>

110 פס"ד *Hall*, לעיל ה"ש 107, בעמ' 324, 355-354.

111 שם, בעמ' 330-333.

112 שם, בעמ' 358-359.

113 שם.

114 Choudhry, לעיל ה"ש 54, בעמ' 510.

115 Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 36, בעמ' 18. בשנים 1986-1997 הצליחה הרשות לשכנע את בית המשפט בדבר חשיבות התכלית ב-97% מהמקרים, ובקיומו של קשר רציונלי בין האמצעי לתכלית – ב-86% מהמקרים. Leon E. Trakman, William Cole-Hamilton.

מדובר במבחן סובייקטיבי אשר מתמקד במטרות המחוקק, לעומת מבחן אובייקטיבי אשר בוחן את השלכות החקיקה ואת פגיעתה בזכות המוגנת. עם זאת, כפי שנראה בהמשך, אם התכלית החקיקתית איננה ברורה, ייתכן שהשלכותיו המעשיות של החוק יספקו אינדיקציה אם החוק נועד לשלול זכות יסוד.<sup>116</sup>

פס"ד *Big M Drug Mart* הוא דוגמה מפורסמת לפסילת חוק בשל תכליתו. בפרשה זו הייתה תכליתו הברורה של החוק לכפות על הציבור הקנדי את שמירת השבת הנוצרית תוך פגיעה בחופש הדת. בית המשפט הקנדי ציין כי חוק שמטרתו לפגוע בזכות חוקתית אינו יכול לעמוד וכי די שהחוק מיועד למטרות פסולות כדי להביא לפסילתו, ללא קשר להשלכותיו בפועל.<sup>117</sup> לפי המבחן הסובייקטיבי, בית המשפט סירב להכיר בתכלית שהציגה המדינה והסיק את התכלית האמיתית מן ההיסטוריה החקיקתית של דבר החקיקה.<sup>118</sup>

בית המשפט הקנדי אימץ את הכלל נגד תכליות משתנות, שלפיו אי אפשר להגדיר את תכלית החוק הגדרה שונה מזו של התכלית המקורית שאליה התכוון המחוקק, בניסיון להצדיק את התכלית.<sup>119</sup> הכלל מונע אימוץ מניפולטיבי של תכליות חדשות, שאינן קיימות בפועל, לשם הכשרת הפגיעה. יש לבחון את התכלית המקורית בלבד, מבלי להתחשב בשינויים ביעוד שהתרחשו לאחר מכן. בית המשפט הציג עוד שתי הצדקות לכלל: ראשית, ריסון כוחו של שופט לחרוג מקביעה קודמת בדבר התכלית בנימוק שהתכלית השתנתה, כאשר מטרת השופט להביא לתוצאה הרצויה מבחינתו. אפשרות זו הייתה מעוררת עתירות חוזרות

& Sean Gatien, *R. v. Oakes 1986–1997: Back to the Drawing Board*, 36 OSGOODE HALL L.J. 83 (1998). אוכר אצל MacFarlane, לעיל ה"ש 51, בעמ' 211–212.

116 *Big M Drug Mart Ltd.* [1985] 1 S.C.R. 295, 331 (להלן: פס"ד *Big M Drug Mart*).  
 117 *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)* [1999] 2 S.C.R. 989, 1055–1056 (להלן: פס"ד *Delisle*).

118 פס"ד *Big M Drug Mart*, לעיל ה"ש 116, בעמ' 333.

119 שם, בעמ' 352–353.

119 בית המשפט דחה במתכוון את הדוקטרינה האמריקאית המאפשרת מצב שבו התכלית המקורית הייתה דתית אך "הפכה" לחילונית. שם, לעיל ה"ש 116, בעמ' 334–335.  
 ראו גם פס"ד *Zundel*, לעיל ה"ש 63, בעמ' 761; *R. v. Butler* [1992] 1 S.C.R. 452, 495 (להלן: פס"ד *Butler*).

על אותו דבר חקיקה וגורעת מוודאות משפטית; שנית, הכלל שומר על גישת הפרשנות המקובלת בפסיקה הקנדית שעניינה התחקות על כוונת המחוקק.<sup>120</sup> עם זאת, בית המשפט מעניק לרשות כמה הקלות ביישום הכלל. למשל, בבואה להוכיח את חשיבות התכלית רשאית הרשות להצביע על ראיות לביסוס התכלית המקורית שתהיינה עדכניות וחזקות מאלו שהניעו את המחוקק במקור. כלל זה חל גם לעניין הוכחת מידתיות הפגיעה.<sup>121</sup> בנוסף, בית המשפט מבחין בין מקרים שבהם התכלית הנטענת לא הייתה קיימת כלל בעת החקיקה לבין מקרים שבהם תמיד היו כמה תכליות לאותו חוק, אך חל שינוי במשקל היחסי שניתן לכל תכלית. אם התכלית שהרשות מציגה הייתה קיימת גם בעת חקיקת החוק, ניתן להתחשב בה אפילו אם היא לא הייתה התכלית הדומיננטית שבתכליות.<sup>122</sup> לפי הוג, הבחנה זו מאפשרת לבית המשפט להכשיר תכלית חדשה באמצעות פרשנות רחבה של התכלית המקורית באופן שתכלול הן את התכלית הנטענת הן את התכלית המקורית.<sup>123</sup>

לשם בחינת התכלית המקורית של החוק בית המשפט הקנדי מפרש את לשון החוק ומעיין בהיסטוריה החקיקתית.<sup>124</sup> אולם יש מקרים שבהם שני יסודות אלו אינם מסייעים, או שהם חסרים: בפס"ד *Zundel* למשל נדון סעיף בקוד הפלילי שנחקק במאה השלוש עשרה. לא רק שההיסטוריה החקיקתית כבר לא הייתה בנמצא, אלא שגם לשון החוק הייתה עמומה ולא רימזה על התכלית המקורית.<sup>125</sup> בית המשפט הסתמך על ספרות היסטורית, אשר לימדה על תכלית לא רלוונטית ולא חשובה בעת המודרנית.<sup>126</sup> בית המשפט מנה עוד אינדיקציות שתמכו במסקנה זו: ראשית, קיומה של חקיקה מודרנית דומה אשר משיגה את

- 120 פס"ד *Big M Drug Mart*, לעיל ה"ש 116, בעמ' 334-335.
- 121 פס"ד *Irwin Toy*, לעיל ה"ש 103, בעמ' 984.
- 122 שם, בעמ' 984. ראו גם פס"ד *Butler*, לעיל ה"ש 119, בעמ' 495.
- 123 Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 38, בעמ' 27.
- 124 פס"ד *Zundel*, לעיל ה"ש 63, בעמ' 763. להשוואה ראו בג"ץ 547/84 עוף העמק, אגודה חקלאית שיתופית רשומה נ' המועצה המקומית רמת-ישי, פ"ד מ(1)113, פס' 18 לפסק דינו של השופט ברק.
- 125 פס"ד *Zundel*, לעיל ה"ש 63, בעמ' 763.
- 126 מטרת הסעיף, אשר אסר על פרסום שקרי, הייתה להגן על הריבון ועל אצילים מהתקפות פוליטיות. שם, בעמ' 767.

אותה התכלית שהמדינה ייחסה לאמצעי הפוגעני, מה שלכאורה מייתר אותו;<sup>127</sup> שנית, העובדה שהסעיף כמעט שאינו בשימוש כאינדיקציה לאי-חיוניות האמצעי בחברה חופשית ודמוקרטית;<sup>128</sup> שלישית, המלצת הוועדה לרפורמות בחקיקה לפסול את הסעיף בהיותו אנכרוניסטי;<sup>129</sup> רביעית, העברת הסעיף בידי המחוקק מהפרק על הסתה לפרק על מטרד, מה שהמחיש שבעיני המחוקק הסעיף כבר אינו משרת את התכלית הפוליטית המקורית;<sup>130</sup> חמישית, היעדר חקיקה דומה בכל מדינה דמוקרטית אחרת וחוסר חיוניות הסעיף לשם עמידתה של קנדה במחויבויותיה על פי המשפט הבין-לאומי.<sup>131</sup> כך, לצורך איתור התכלית נעזר בית המשפט בקיומה של חקיקה חופפת, במידת השימוש באמצעי, במיקומו ובסיווגו של האמצעי בתוך חוק המסגרת ובמשפט משווה.

אסטרטגיה נוספת לחשיפת התכלית היא בחינת ההשלכות של החוק.<sup>132</sup> דוגמה לכך ניתן לראות בפס"ד *Delisle*, שבו העותרים טענו שתכליתו של האמצעי היא לפגוע בזכות החוקתית להתאגדות. נטען כי החוק נועד למנוע משוטרים להתאגד כדי לשמור על הייררכיה פנימית ועל ציות למפקדים. שופטי המיעוט העירו כי אם השלכות הסעיף בפועל היו מקדמות את חופש ההתאגדות של השוטרים, היה על בית המשפט להיזהר מלקבל את טענת העותר בשל חזקת החוקתיות, שלפיה יש להניח כי בהיעדר הוכחה אחרת – פעולת הרשות חוקתית.<sup>133</sup> לעמדתם, חזקת החוקתיות תחול במקרה כזה אף שבדרך כלל היא איננה חלה בשלב השני של הבחינה החוקתית, לאחר שכבר הוכחה פגיעה.<sup>134</sup>

127 שם, בעמ' 765.

128 שם, בעמ' 766.

129 שם, בעמ' 764.

130 שם, בעמ' 763.

131 שם, בעמ' 767.

132 פס"ד *Big M Drug Mart*, לעיל ה"ש 116, בעמ' 331.

133 פס"ד *Delisle*, לעיל ה"ש 116.

134 לפי שופטי המיעוט, חזקת החוקתיות תחול בשלב זה בהקשר נוסף: אם בין שתי תכליות שנטענות אחת פסולה ואחת תקפה, וכל אחת מהן יכולה להיות התכלית האמיתית באותה מידת הסתברות, יישען בית המשפט על חזקת החוקתיות ויניח שהתכלית התקפה היא התכלית האמיתית. בדומה לזה, אם קיימות שתי תכליות (אמיתיות) לאמצעי, אחת תקפה ואחת פסולה, התכלית הפסולה לא תביא לקביעת אי-חוקתיות בשלב זה אך תישקל בבחינת מידתיות האמצעי בשלבים הבאים. שם, בעמ' 1042, 1064.



ב־*Delisle* לא מצא המיעוט השלכות אשר קידמו את חופש ההתאגדות, ולכן לא קמה באותו מקרה חזקת החוקתיות.

כאשר חשיבות התכלית מוטלת בספק בשל תשתית ראייתית חלשה, אך בית המשפט מוכן בשלב זה לקבל את טענת הרשות באשר לחשיבות התכלית, ייתכן שהישג זה של הרשות יהיה זמני בלבד, כיוון שאפשר שבית המשפט יקבע את אי־חוקתיות האמצעי בשלב איזון הערכים, כאשר חשיבות התכלית נבחנת בשנית לצד התועלת מהאמצעי. ייתכן שבשלב זה יכריע בית המשפט כי הפגיעה בזכות הפרט היא ודאית, אך לא הוכח כראוי שתכלית החוק אכן נדרשת. דוגמה לכך נמצאת בפס"ד *Thomson*, שבו קיבל בית המשפט את טענת המדינה כי איסור פרסום סקרי בחירות בשלושת הימים שלפני הבחירות מקדם תכלית חשובה של מניעת הטעיית ציבור המצביעים על אף ראיות חלשות לעניין הפוטנציאל להטעיה. לעומת זאת במסגרת מבחן המשנה האחרון קבע בית המשפט כי התועלת הפוטנציאלית מהאיסור היא שולית ונתונה בספק לעומת הנזק המוחשי לחופש הביטוי.<sup>135</sup> לעומת *Thomson*, בפס"ד *Irwin Toy*, לא עמד אמצעי שעמד בשלב חשיבות התכלית, על אף תשתית ראייתית חלשה,<sup>136</sup> למבחן קפדני יותר בשלבים הבאים של מבחן המידתיות.

בשל הקשיים בזהווי התכלית לא מפתיע שלעתים יש חילוקי דעות בין השופטים באשר לתוכנה. שוני בהגדרת התכלית הוביל את השופטים למסקנות הפוכות לא פעם. בפס"ד *Egan* סברו שופטי הרוב שתכליתו של חוק שהוציא זוגות הומוסקסואלים מבוגרים מהזכאות להטבה מסוימת שניתנה לזוגות הטרוסקסואלים מבוגרים, הייתה לקדם את הערך החברתי של התא המשפחתי שכולל בתוכו ילדים (תופעה נפוצה פחות אצל זוגות הומוסקסואלים). זאת, בהסתמך על ההקשר הרחב של מסורות פילוסופיות ודתיות אשר תומכות במוסד הנישואין ומוצאות ביטוי בשיטת המשפט הקנדית.<sup>137</sup> מנגד, שופטי המיעוט סברו

135 *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)* [1998] 1 S.C.R. 877, 972–973 (להלן: פס"ד *Thomson*).

136 פס"ד *Irwin Toy*, לעיל ה"ש 103, בעמ' 986–991.

137 *Egan v. Canada* [1995] 2 S.C.R. 513, 536 (להלן: פס"ד *Egan*). יצוין כי השופט לפורה בחן את התכלית לא במסגרת ס' 1 (שאותו לא נדרש לבחון) אלא במסגרת שלב זיהוי הפגיעה. על החפיפה של זיהוי פגיעה בשוויון (השלב הראשון של הבחינה החוקתית) עם בחינת התכלית והקשר הרציונלי (שלב השני) אדון בחלק על מבחר זכויות הצ'רטר.

שתכליתו להעניק סיוע כספי לזוגות מבוגרים נזקקים בלי קשר לנטייתם המינית. שופטי המיעוט הסתמכו על ההיסטוריה החקיקתית, על לשון החוק ועל התנאים שבו – שמהם נעדר כל אזכור בדבר תא משפחתי הכולל ילדים, אך הוזכר שיקול הנזקקות.<sup>138</sup> הגדרה זו של התכלית הביאה את המיעוט למסקנה כי נעדר קשר רציונלי בין התכלית הסוציאלית של החוק לבין הוצאת זוגות הומוסקסואלים נזקקים מזכויות להטבה, ולכן מדובר באמצעי פסול.<sup>139</sup>

מחלוקת נוספת שעלתה בכמה פרשיות התרכזה במשקל שיש לייחס לתכלית של חוק מסוים בכללותו לעומת התכלית של סעיף ספציפי בחוק. כאשר רק סעיפים או מילים מסוימות בו מעלים קושי חוקתי, יש הברל ניכר בין בחינת חשיבותה של תכלית החוק בכללותו לבין בחינת חשיבות התכלית של החלק הפוגעני. ייתכנו חוקים שמשרתים תכלית חשובה וראויה, אך אין הצדקה לחלק הפוגעני שבהם, וניתן לקבוע אי-חוקקיות כבר במבחן ראשוני זה. בפס"ד *RJR-MacDonald*, שם נדון איסור פלילי נגד פרסום מוצרי טבק, הדגישה השופטת מכלאכלין את הצורך להתמקד בתכליתו של החלק הפוגעני של החוק בלבד. שלא כמיעוט, מכלאכלין צמצמה את התכלית מהגנת הציבור מנזקי טבק (תכלית החוק בכללותו) להגנת הציבור מנזקי טבק אשר נובעים מפרסום מוצרי טבק (תכליתו של הסעיף הפוגעני).<sup>140</sup> עם זאת במקרה הספציפי לא הייתה לצמצום זה השלכה לא על תוצאת מבחן התכלית – גם התכלית המצומצמת יותר הוכרה כחשובה – ואף לא על שאר שלבי מבחן המידתיות, משום שהמחלוקת בין השופטים נבעה מסיבות אחרות.

בפס"ד *Morgentaler* התעוררה מחלוקת בין השופטים בדבר זיהוי תכליתו של סעיף שהטיל סנקציה פלילית על ביצוע הפלות (הן על המבצע הן על המטופל). כיוון שהאיסור כלל גם הגנות לנשים שביצעו הפלות מתוך צורך בריאותי, סבר השופט דיקסון כי התכלית היא איזון בין האינטרסים של העובר (שמגולמים באיסור) לאינטרסים של האישה (שמגולמים בסעיף הגנה).<sup>141</sup> לעומת זאת השופט באץ סבר כי תכלית החוק היא להגן על האינטרסים של

138 שם, בעמ' 569, 588, 605-607.

139 שם, בעמ' 608-611.

140 פס"ד *RJR-MacDonald*, לעיל ה"ש 91, בעמ' 335-336.

141 פס"ד *Morgentaler*, לעיל ה"ש 103, בעמ' 75.

העובר, ושהגנה על הנשים היא תכלית משנית. לפי השופט באץ, יש לקרוא את החריג לאיסור על רקע תכלית האיסור ולא להתמקד בחריג עצמו.<sup>142</sup> במקרה הספציפי לא הביאה המחלוקת לתוצאה שונה, כיוון ששתי הדעות אישרו את התכלית כחשובה דייה אך קבעו שהאמצעים אינם חוקתיים בשל היותם חורגים מהתכלית.

ככלל, נראה כי הגישה השנייה נכונה יותר. כאשר האמצעי בכללותו נתקף כלא חוקתי, אפשר שבבחינת מידתיות הפגיעה יובאו בחשבון סייגים וסעיפי פטור אשר ממתנים את הפגיעה, אך הם אינם אמורים להשפיע על זיהוי התכלית שמאחורי האמצעי הפוגעני. מבחן התכלית דורש את זיהוי התכלית של האמצעי הפוגעני (האיסור) ולא את התכלית של החריגים לאיסור. לכאורה, בפרשת *Morgentaler* התכלית הרלוונטית לבחינה חוקתית הייתה תכליתו של האיסור על הפלות ולא תכליתם של החריגים. אולם ב-*Morgentaler*, אפילו השופט באץ מצא מקום להתחשב גם בתכליתו של החריג לאיסור, מכיוון שהחריג לפגיעה עצמו התברר כאמצעי פוגעני.<sup>143</sup>

אם קיימות כמה תכליות לאותו אמצעי, לפי דעת המיעוט בפס"ד *Lavoie*, יש לבחון את מידתיות האמצעי לאור כל תכלית בנפרד, כדי ליידע את הנפגע מהי התכלית שיש בה להצדיק את הפגיעה בזכותו.<sup>144</sup> בחינה נפרדת תורמת גם למחוקק: אם האמצעי עומד במבחן המידתיות רק בקשר לאחת התכליות, ילמד המחוקק כיצד ולשם מה מותר לו להפעיל את החוק כדי שהפעלתו תהיה חוקתית. בנוסף, בחינה נפרדת תורמת לכהירות אנליטית החשובה ליצירת תקדימים. בית המשפט מסתפק בדרך כלל בתכלית רחבה ומעדיף בחינה קפרנית יותר בשלבים הבאים. עם זאת נקבע בפס"ד *Zundel* כי "הגנה על הציבור מפגיעה" ללא פירוט או דיוק נוסף אינה יכולה לקיים את מבחן התכלית מבלי לרוקן

142 שם, בעמ' 123.

143 שם, בעמ' 119-121, 125. החריג העניק הגנה פלילית למעורבים בביצוע הפלה בתנאי שוועדה מיוחדת אישרה כי ההפלה נדרשת לשמור על בריאותה של האישה, ושההפלה נעשתה בבית חולים. בית המשפט מצא כי תנאים בדבר הרכב הוועדה, בתי החולים המורשים לבצע הפלות וכדומה צמצמו את מידת הנגישות והיעילות של מנגנון האישור, תוך החטאה של תכלית החריג והחרפת פגיעתו של האיסור הכללי נגד הפלות. שם, בעמ' 75-76.

144 *Lavoie v. Canada* [2002] 1 S.C.R. 769, 783 (להלן: פס"ד *Lavoie*).

את המבחן מתוכן.<sup>145</sup> המלומד הוג מוסיף כי ככל שהגדרתה של התכלית רחבה יותר, כן יגדל הסיכוי שהיא תעמוד במבחן התכלית, אך מנגד, הסיכוי שהאמצעי הנבחר יעמוד במבחן מינימליות הפגיעה יקטן, שהרי ניתן להשיג תכלית רחבה בדרכים רבות, חלקן פוגעניות פחות מאלה שבהן ניתן להשיג תכלית צרה.<sup>146</sup>

### חיסכון תקציבי כתכלית חשובה

בית המשפט הקנדי אינו מכיר, ככלל, בשיקולים תקציביים כשלעצמם כתכלית חשובה מספיק לפגיעה בזכות חוקתית, אך אפשר למנותם עם שיקולי מדיניות חשובים אחרים.<sup>147</sup> בפס"ד *Singh*, כאשר שר ההגירה הגביל את זכאותם של מבקשי מקלט לשימוע בעל פה, נקבע כי אין לפגוע בכללי הצדק הטבעי והגינות פרוצדורלית, אשר עוגנו בסעיף 7 לצ'רטר, מסיבות של "נוחות מינהלית", קרי חיסכון בכסף ובזמן.<sup>148</sup> בפרשה אחרת סבר השופט למר כי יעילות מינהלית תהיה רלוונטית לפי סעיף 1 רק במקרים קיצוניים במיוחד של אסונות טבע, פרוץ מלחמה, מגפות וכדומה.<sup>149</sup> הסיבה היא שתמיד ניתן להצביע על הגבלות תקציביות להצדקת הפגיעה, אך הכרה בהצדקה שכזו הייתה מרוקנת מתוכן את הערך החוקתי של הזכות.<sup>150</sup>

עם זאת נראה שיש חשיבות להיקף החיסכון הכלכלי/המינהלי שהרשות מבקשת להשיג באמצעות הפגיעה. יש אינדיקציות בפסיקה המעידות כי חיסכון ניכר יש בו כדי להצדיק פגיעה בזכות, לעומת חיסכון מזערי, שאינו יכול להצדיק פגיעה שכזו. לדוגמה, בפס"ד *Chaulk*, שם נתקפה חזקת השפיות בקוד הפלילי כפגיעה לא מידתית בחזקת החפות שמעוגנת בסעיף 11(d) לצ'רטר, הכיר הרוב בצורך של המדינה להסיר מעצמה את הנטל הכבד של הוכחת שפיות הנאשם בכל הליך פלילי כתכלית חשובה.<sup>151</sup> בפס"ד *Eldridge*, שדן בפגיעה

- 145 פס"ד *Zundel*, לעיל ה"ש 63, בעמ' 762.
- 146 Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 38, בעמ' 19.
- 147 Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E. [2004] 3 S.C.R. 381, 411–412 (להלן: פס"ד *Newfoundland*).
- 148 פס"ד *Singh*, לעיל ה"ש 21, בעמ' 218–219.
- 149 Re B.C. Motor Vehicle Act [1985] 2 S.C.R. 486, 518 (להלן: פס"ד *Motor Vehicle*).
- 150 פס"ד *Newfoundland*, לעיל ה"ש 147, בעמ' 412–413.
- 151 R. v. Chaulk [1990] 3 S.C.R. 1303, 1337–1339

בשוויון על רקע מוגבלות (אי-הספקת מתורגמנים לחירשים בבתי החולים של המחוז), היה בית המשפט מוכן להניח שחיסכון בתקציב הבריאות הוא תכלית חשובה דייה לפגוע בזכות לשוויון, אך הוא קבע את אי-חוקתיות האמצעי בשלב איוון הערכים (במסגרת מבחן מינימליות הפגיעה), כאשר המידה המזערית של החיסכון – רק 150,000 דולר – הייתה שיקול מרכזי בהכרעה.<sup>152</sup> בפס"ד *New Brunswick* עשה בית המשפט מהלך דומה והניח, בלי להחליט, כי חיסכון כספי לרשות הוא תכלית חשובה דייה לפגוע בזכות לביטחון אישי (שמעוגנת בסעיף 7 לצ'רטור), אך קבע שהאמצעי אינו חוקתי בגין אי-עמידתו במבחן המשנה השלישי של מבחן המידתיות. גם בפרשה זו הייתה המידה המזערית של החיסכון שיקול מרכזי בהכרעה.<sup>153</sup>

לפי הוג, המקרה היחיד שבו בית המשפט קיבל חיסכון כספי כתכלית חשובה מספיק היה במצב של משכר כלכלי חסר תקדים באחד המחוזות.<sup>154</sup> בפס"ד *Newfoundland* התחייבה ממשלת המחוז להעלות את שכרן של עובדות בתי החולים כדי להגיע לשוויון מגדרי בשכר במגזר. לאחר מכן, בשל גירעון תקציבי

152 Eldridge v. British Columbia (Attorney General) [1997] 3 S.C.R. 624, 686 (להלן: פס"ד *Eldridge*).

153 פסק הדין דן בתכנית לסיוע משפטי מטעם המחוז שהוציאה מזכאות לסיוע אדם שמערער על החלטה מינהלית לשלול את משמורתו על ילדיו. ההחגה מזכאות נבעה משיקולים תקציביים. בית המשפט בחן אם ההחגה מזכאות לסיוע משפטי עלתה, בעניינה של העותרת, כדי פגיעה לא מידתית בזכות לביטחון אישי (הפסיכולוגי) של ההורה (הכוללת את הזכות לשימוע הוגן כאשר פגיעה נשקפת לזכות זו). בית המשפט קבע כי הזכות לשימוע הוגן במקרה של פגיעה בזכות לביטחון אישי אינה מחייבת את הרשות להעניק ייצוג משפטי לעותר ככל הליך של משמורת ילדים. עם זאת בנסיבות פסק הדין, הנזקקות הכלכלית של העותרת שממנה נשללה משמורת, חומרת השלכותיה של החלטה המינהלית על העותרת ועל ילדיה, מורכבות ההליכים אשר חייבו ייצוג מקצועי והסכום המזערי שחסך המחוז מההחגה – כל אלה הביאו את בית המשפט להכרעתו כי במקרה הנדון אי-הספקת סיוע משפטי פגעה פגיעה לא מידתית בזכותה של העותרת לביטחון אישי. אף שמבחינה טכנית אי-חוקתיות האמצעי נקבעה בשל אי-עמידה במבחן המשנה השלישי, בפועל עצר בית המשפט את ניתוח פסקת ההגבלה לאחר בחינת התכלית. *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)* [1999] 3 S.C.R. 46, 91–93 (להלן: פס"ד *New Brunswick*).

154 פס"ד *Newfoundland*, לעיל ה"ש 147, בעמ' 390. אוזכר אצל Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 38, בעמ' 30.

קיצוני, נחקק חוק שהשהה את ההעלאה בשלוש שנים מבלי לפצות את הנשים בדיעבד על אבדן ההעלאה במשכורת באותן שלוש שנים.<sup>155</sup> לדעת המלומדת ויינריב, בחלוקת תקציבים זכויות חוקתיות צריכות ליהנות מעליונות נורמטיבית על פני מדיניות מתחרה.<sup>156</sup> בית המשפט קבע בפס"ד *Newfoundland* את ההפך: אין מקום לדרג אוטומטית את הזכות לשוויון מעל צרכים מתחרים.<sup>157</sup> במציאות של תקציבים מוגבלים אין להישען על הייררכיה נורמטיבית בקביעה כיצד יש לחלק תקציבים, אלא נדרש לבחון את ההקשר הספציפי. בית המשפט הכיר בהיותו של יעד הפגיעה תכלית חשובה בשל המשבר הכלכלי הקיצוני. עם זאת בית המשפט העיר כי שיקולים כלכליים לא יוכרו כתכלית חשובה דייה במצב שבשגרה.<sup>158</sup>

בית המשפט הסביר את השוני בתוצאה בפס"ד *Newfoundland* לעומת פס"ד *Eldridge* בהצביעו על הברלים במידת נחיצות התכלית (התמודדות עם משבר כלכלי לעומת חיסכון סטנדרטי) ובהיקף התועלת מהתכלית בפועל (24 מיליון דולר בפס"ד *Newfoundland* לעומת 150,000 דולר בפס"ד *Eldridge*).<sup>159</sup> נדמה כי קיימים הסברים נוספים לפער בתוצאה בין שתי הפרשות, כגון שוני בהיקף הפגיעה בזכות לשוויון (אי-שוויון "מוחלט" בפס"ד *Eldridge* בשל שלילת האפשרות אפילו לסבסוד חלקי של עלות מתורגמן לחירש)<sup>160</sup> לעומת אי-שוויון זמני בפס"ד *Newfoundland*. הברדל נוסף שעולה מההשוואה הוא השקילות הערכית והמוסרית, גם אם לא נורמטיבית, בין האינטרסים המתחרים ב-*Newfoundland*. בפרשה זו, לעומת ב-*Eldridge*, זכות חוקתית לא התחרתה עם "קופה ציבורית" אמורפית אלא עם אינטרסים חברתיים קונקרטיים וחיוניים. בית המשפט לא היה יכול להתעלם מכך: להשהיית ההעלאה התלוו קיצוצים כואבים נוספים בשירותים הציבוריים, וקבלת העתירה הייתה מביאה בהכרח לקיצוצים

155	פס"ד <i>Newfoundland</i> , לעיל ה"ש 147, בעמ' 390.
156	Weinrib, <i>The Supreme Court of Canada and Section One of the Charter</i> , לעיל ה"ש 70. אוזכר אצל Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 38, בעמ' 30.
157	פס"ד <i>Newfoundland</i> , לעיל ה"ש 147, בעמ' 421.
158	שם, בעמ' 409-410, 422.
159	שם, בעמ' 417-418.
160	פס"ד <i>Eldridge</i> , לעיל ה"ש 152, בעמ' 690.

נוספים.<sup>161</sup> כפי שהעיר בית המשפט, במקרה כזה אין זו תחרות בין "זכויות לבין דולרים" אלא בין זכויות לבין שירותים ציבוריים קונקרטיים כגון מיטות בבתי חולים, משרות, חינוך ורווחה. בית המשפט ערך פרפרזה של התכלית מהיותה תקציבית גרידא לכוז המיועדת לקידום ערכים חברתיים, טכניקה שסייעה לו לאשר את התכלית.<sup>162</sup>

ההבחנה שבית המשפט יוצר בין "זכויות לבין דולרים" לבין "זכויות לבין ערכים" אינה מובנת מאליה היות שכספי התקציב לרוב נועדים לקידום ערכים חברתיים, והוצאות במקום אחד תמיד יביאו לקיצוץ, ייתכן כואב, במקום אחר. אולם ההבחנה ממחישה שקל לבית המשפט להמעיט בחשיבותה של משמעות תקציבית עד שהוא רואה לנגד עיניו את ההשלכות התקציביות המעשיות של קביעתו על בעלי אינטרסים זולת העותר. כאשר תכלית האמצעי היא כלכלית בעיקרה, נראה כי בית המשפט הקנדי, מבלי להצהיר זאת מפורשות, דורש הצבעה על סכנה קונקרטית וקרובה לוודאי לאינטרס הציבורי. גם בפס"ד *Eldridge* טענה הרשות שהספקת מתורגמנים לחירשים תוביל למדרון חלקלק של דרישות דומות, הן מדוברי שפות זרות הן מבעלי מוגבלויות אחרים, והדבר יגרום לעלות גבוהה. אך חשש כזה היה ספקולטיבי מכדי להרשים את בית המשפט.<sup>163</sup>

אלמנט חשוב לא פחות בהרמת הנטל הוא זהותם של בעלי האינטרסים המתחרים. כפי שנראה בדיון מורחב על הניתוח ההקשרי של בית המשפט, אמצעי שמיטיב עם קבוצות אוכלוסייה מוחלשות עשוי להביא להתערבות שיפוטית פחותה. בפס"ד *Newfoundland* הצדיקה העובדה שהאמצעי הנתקף נועד לפנות משאבים לטובת "אנשים מוחלשים" ריסון שיפוט.<sup>164</sup>

161 שם, בעמ' 421.

162 שם, בעמ' 414. בית המשפט הישראלי עשה פרפרזה דומה בפרשת *מנור נ' שר האוצר*, שם נדון קיצוץ בקצבאות זקנה בעקבות משבר כלכלי חמור. תוך הפניה לספרות המשפטית הקנדית קבע בית המשפט כי "התכלית הראויה אינה מצויה בחסכון הכספי כשלעצמו [...] הבראתו של המשק ומניעתו של משבר פיננסי הן שמבססות [...] את התכלית הראויה". בג"ץ 5578/02 *מנור נ' שר האוצר*, פ"ד נט (1) 729, פס' 12-13 לפסק דינו של השופט ברק.

163 פס"ד *Eldridge*, לעיל ה"ש 152, בעמ' 689.

164 פס"ד *Newfoundland*, לעיל ה"ש 147, בעמ' 420.

### (3) שלושת מבחני המשנה של מבחן המידתיות

(i) קשר רציונלי

מבחן הקשר הרציונלי, כפי שהוצג ב-*Oakes*, דורש עיצוב זהיר של האמצעי על מנת שהוא ישיג את התכלית, וכן שהאמצעי לא יהיה שרירותי, לא הוגן או מבוסס על שיקולים לא רציונליים. כאמור, נדונה ב-*Oakes* הוראה פלילית שלפיה אדם שמחזיק בסם נרקוטי הוא בחזקת סוחר סמים אלא אם יוכיח אחרת – היפוך של חזקת החפות. השופט דיקסון קבע כי תחולת היתר של ההוראה, אשר חל גם על מי שמחזיק בכמות קטנה של סמים, הופכת את החזקה ללא רציונלית ולא הוגנת.<sup>165</sup> קביעה זו משקפת אי-הסתפקות בקשר רציונלי כלשהו בין האמצעי לתכלית – שהרי נכון שלפחות באותם מקרים שבהם המחזיק אכן גם סוחר, היפוך חזקת החפות יקדם את תכלית ההוראה – מיגור המסחר בסמים – ודרישה להתאמה צמודה יותר בין האמצעי לתכלית.

נראה כי הכינוי "מבחן ההתאמה" תואם את הדרישות המקוריות ב-*Oakes*, משום שהוא קורא לא רק לסיבתיות בין אמצעי לתכלית אלא גם להוגנות ולא-שרירותיות,<sup>166</sup> ואילו הכינוי "קשר רציונלי" תואם את המבחן כפי שהוא יושם לאחר מכן בפסיקה, ולפיו בית המשפט לא יקפיד על התאמה מדויקת כל עוד האמצעי מקדם את התכלית.<sup>167</sup> אציג שלושה היבטים המעידים על הקלה ביישום מבחן זה: תחולת חסר, תחולת יתר ודרישות ראייתיות לקיומה של סיבתיות בין האמצעי לתכלית.

#### תחולת חסר

הקלה ביישום מבחן הקשר הרציונלי מצאה ביטוי בין היתר במצבים של "תחולת חסר", כאשר האמצעי צר מהנדרש להשגת התכלית. ב-*Oakes* נפסל האמצעי בשלב הקשר הרציונלי מפני שהוא היה גורף מהנדרש, אך לימים התברר שחוק שתחולתו חסרה לא יזמין בדרך כלל ביקורת דומה במסגרת מבחן זה. כבר בפס"ד *Edward Books*, שניתן רק עשרה חודשים אחרי *Oakes*, קבע בית המשפט

165 פס"ד *Oakes*, לעיל ה"ש 7, בעמ' 142.

166 שם, בעמ' 139.

167 Choudhry, לעיל ה"ש 54, בעמ' 511.



שגם אם נראה שהאמצעי אינו מספיק להגשמת התכלית – כלומר צר מדי – אין להסיק מכך פגם בקשר הרציונלי. המחוקק רשאי להתמקד בממדים מסוימים של התכלית, בייחוד כאשר הסלקטיביות מיטיבה בראש ובראשונה עם קבוצות אוכלוסייה מוחלטות. בפרשה זו תכליתו של איסור על הפעלת עסקים מסחריים בימי ראשון הייתה להבטיח יום חופש לעובדים חלשים. בית המשפט לא ראה פסול בתחולתו של האיסור רק על עסקים מסחריים גדולים אך לא על עסקים מסחריים קטנים ולא על שאר המשק, אף שטיפול חלקי זה גרע מהשגה מושלמת של התכלית.<sup>168</sup>

אולם במקרים מסוימים היו שופטים אשר סברו שהקשר הרציונלי פגום בשל אמצעי צר מדי. בחלק מהמקרים מילא החשש לאפליה תפקיד, כי אמצעי צר מדי נישל אוכלוסייה מסוימת מזכאות להטבה אף שתכלית ההטבה הייתה רלוונטית לה באותה מידה. למשל, בפס"ד *Benner* נדונה הוראת חוק אשר חיובה מבקש אזרחות שנולד לאם קנדית לעבור בדיקה ביטחונית ולהישבע אמונים למדינה, ואילו ממבקש אזרחות שנולד לאב קנדי לא נדרשו דרישות אלה. בית המשפט קיבל את התכלית הביטחונית כראויה, אך מצא שתחולת החסר של ההוראה שללה את הקשר הרציונלי עם התכלית והצביעה על אפליה פסולה.<sup>169</sup>

תחולת חסר עלתה גם בפס"ד *M. v. H.*<sup>170</sup> וכן בפס"ד *Egan*, שם זוגות הומוסקסואלים לא היו זכאים לקבל הטבות כלכליות לזוגות נזקקים אף שלכאורה הם היו באותה קבוצת שוויון עם זוגות הטרנסקסואלים. ב-*Egan* נטען בכל זאת לקיומו של קשר רציונלי. נטען כי המחוקק הוסיף עוד קבוצות לזכאות להטבה בקצב הדרגתי לאורך שנות התפתחותו של החוק, ולכן העובדה שהוא טרם טיפל בקבוצת הומוסקסואלים, כאשר הכרה בה כקבוצה מופלית עלתה לתודעה הציבורית והשיפוטית רק לאחרונה, אינה גורעת מהקשר הרציונלי. לעומת השופט סופינקה, שקיבל את הטיעון,<sup>171</sup> השופט איאקובוצ'י (בדעת מיעוט) ביקר אותו וראה בו ניסיון להכניס שיקול חסר תקדים – "טריות" עילת האפליה – לשיקולים אשר מותר לבחון בניתוח של סעיף 1. לפיו, כשמדובר בתיקון אפליה,

*Edward* R. v. Edward Books and Art Ltd. [1986] 2 S.C.R. 713, 772 168  
(Books).  
*Benner v. Canada (Secretary of State)* [1997] 1 S.C.R. 358, 404–407 169  
*M. v. H.* (להלן: פס"ד *M. v. H.*) [1999] 2 S.C.R. 3 170  
פס"ד *Egan*, לעיל ה"ש 137, בעמ' 576–573. 171

שיקול ההדרגתיות יכול להשפיע רק על הסעד (תקופת הזמן שניתנת למדינה לתקן את העיוות) אך לא על אי-החוקתיות עצמה.<sup>172</sup> הוא הוסיף, גם כאן וגם בפס"ד *M. v. H.* (שם בדעת רוב), כי לא רק שנעדר קשר רציונלי בין החרגת הומוסקסואלים לקידום התכלית, אלא שההחרגה אפילו יוצאת נגד התכלית.<sup>173</sup> גם בפס"ד *Dunmore* נאמר כי ספק אם קיים קשר רציונלי כאשר האמצעי, במקום לקדם את התכלית, יוצר את אותו פגם חברתי שהוא נועד לתקן.<sup>174</sup> בעניין *Dunmore* נדון סעיף שהחריג עובדים בחקלאות מתחולת חוק אשר קבע מנגנונים לייעול יחסי העבודה, כולל מנגנון התאגדות. החרגה זו פגעה בזכות החקלאים להתאגד, המעוגנת בסעיף (d)2 לצ'רטר. התכלית המוצהרת הייתה להגן על הסקטור החקלאי החלש. השופטת L'Heureux Dube פקפקה בקיומו של קשר רציונלי בין ההחרגה לתכלית, בנימוק כי סביר ששלילת זכאותם של החקלאים ליתרונות המגוונים שהציע החוק הייתה מובילה לתוצאה ההפוכה – החלשת המגזר. עם זאת היא לא קבעה חד-משמעית כי נעדר קשר רציונלי, והמשיכה למבחן הבא.<sup>175</sup>

דוגמה להתערבות בשל אמצעי צר מדי שלא חפף טענת אפליה מצויה בפס"ד *Guignard*, שם נדונה תקנה עירונית שאסרה על הצבת פרסומות מחוץ לאזורים תעשייתיים כדי למנוע "זיהום ויזואלי" בשכונות מגורים. בית המשפט פסל את התקנה, בין השאר בשל היעדר קשר רציונלי בין האמצעי הצר לתכלית, כי נאסרו רק פרסומות שבהן צוינו שמות של חברות ולא מסרים כלליים יותר, שגם הם עשויים "לזהם". בית המשפט ביקש מהעירייה לשקול מחדש את המטרות ה"אמיתיות" של האיסור קודם חקיקתה בשנית, כדי לעצב את האמצעים הדרושים ביתר זהירות.<sup>176</sup>

קביעה זו, שלכאורה מזמינה את הרשות להרחיב את הפגיעה כדי לקבל הכשר חוקתי, נראית תמוהה, בייחוד משום שמשאר הניתוח ניתן להבין שפגיעה גורפת יותר הייתה נתפסת כמידתית אף פחות.<sup>177</sup> מקרה זה ממחיש כי פסילת

172 שם, בעמ' 618-619.

173 שם, בעמ' 608. ראו גם פס"ד *M. v. H.*, לעיל ה"ש 170, בעמ' 76.

174 פס"ד *Dunmore*, לעיל ה"ש 91, בעמ' 1118-1119.

175 שם.

176 *R. v. Guignard* [2002] 1 S.C.R. 472, 487-488 (להלן: פס"ד *Guignard*).

177 *Hogg*, לעיל ה"ש 4, פרק 43, בעמ' 26.

הוראה בגין תחולת חסר יש בה כדי לשלוח מסר סותר למחוקק ודווקא לעודד אמצעים פוגעניים יותר, בניגוד לאינטואיציה. נטייתו הכללית של בית המשפט להימנע מהתערבות במקרים של תחולת חסר נראית עדיפה, כיוון שהיא אינה מאלצת את המחוקק לבחור באמצעים פוגעניים ודרסטיים מדי רק משום שיעילותם רבה יותר. בנוסף, גישה שמאפשרת טיפול הדרגתי היא הגיונית: אין לצפות מהמחוקק להגשים יעד חברתי כלשהו באחת, אלא טבעי שיפעל בהדרגה, בלא פגיעה בקשר הרציונלי בין כל אמצעי לתכלית הכוללת. מנגד, נדמה כי צדק בית המשפט בפרשות *M. v. H., Benner*, ו-*Dunmore* כאשר חרג ממנהגו וסירב לקבל את "טיעון ההדרגתיות" כאשר הוא נועד להצדיק היעדר טיפול בבעיה חברתית שדרשה טיפול מדי, כגון תיקון אפליה.

### תחולת יתר

תחולת יתר היא מצב שבו האמצעי גורף ורחב מן הנדרש להשגת התכלית, ולכן גורע מהקשר הרציונלי שבין האמצעי לתכלית. אף שבית המשפט מקפיד להתערב במצבים של תחולת יתר, הוא אינו עושה זאת בהכרח בשלב הקשר הרציונלי. אמנם ב-*Oakes* תחולת יתר הכשילה את האמצעי כבר בשלב הקשר הרציונלי, אך בפס"ד *Thomson* ובפס"ד *Dunmore* עלתה תחולת היתר לדיון במבחן מינימליות הפגיעה. בפועל בית המשפט נוטה לדון בתחולת יתר של האמצעי בשני המבחנים, אך בייחוד במבחן מינימליות הפגיעה.<sup>178</sup> הוג מצביע על העדפה זו כתמיכה בעמדתו שלמבחן הקשר הרציונלי אין תרומה גדולה לשאלת המידתיות. לפיו, ברוב הפעמים שבהן הכריז בית המשפט על אי-חוקתיות האמצעי בשלב הקשר הרציונלי היה ניתן למצוא התאמה, והקביעה הייתה קוהרנטית יותר לו נקבעה לפי מבחן המשנה השני.<sup>179</sup>

### הוכחת סיבתיות

בפס"ד *RJR-MacDonald* נקבע כי הוכחה מדעית אכן רלוונטית בשלב הקשר הרציונלי, אך לא תמיד היא נדרשת. בהיעדר ראיה סטטיסטית חד-משמעית

178 פס"ד *Thomson*, לעיל ה"ש 135, בעמ' 963. ראו גם בפס"ד *Dunmore*, לעיל ה"ש 91, בעמ' 1073-1077, 1121.

179 Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 38, בעמ' 33-35.

להוכחת סיבתיות בין האמצעי להשגת התכלית בית המשפט מוכן להסיק סיבתיות תוך הפעלת שכל ישר. לדוגמה, בפרשה זו היה בית המשפט מוכן להניח שפרסומות למוצרי טבק מעודדות שימוש בטבק גם בהתקיים עמימות ראייתית.<sup>180</sup> בדומה לזה, בפס"ד *Hutterian Brethren* ציינה השופטת מכלאכלין כי יש להוכיח רק שהאמצעי עשוי רציונלית לקדם את התכלית ולא שהוא מקדם את התכלית בפועל. פרשה זו דנה בחיקוק שביטל פטור מהחובה להצטלם לצורך החזקת רישיון נהיגה, אשר הוענק בעבר לאנשים שמנועים מלהצטלם מסיבות דתיות, בעיקר לקבוצת מיעוט דתית בשם האחים הוטריאן (*Hutterian Brethren*). תכלית החיקוק הייתה למנוע גנבת זהות באמצעות מערכת זיהוי תווי פנים. אף שהמחוז לא הוכיח שהפטור, שניתן למשך 29 שנים ל-250 נהגים בלבד, הוביל לנזקים כלשהם, כלומר לא הוכח שקיים קשר ענייני – ולא רק תאורטי – בין ביטול הפטור לבין קידום התכלית, קיבלו שופטי הרוב והמיעוט את טענת המחוז שהביטול "מקדם" את התכלית והעדיפו לעיין בתרומה האמיתית של החיקוק במבחן המשנה האחרון.<sup>181</sup> לגישת מכלאכלין, התרומה האקטואלית לתכלית (לצד מידת הנזק מהפגיעה) נבחנת רק במבחן המידתיות במובן הצר.<sup>182</sup> בכך אישר בית המשפט בשלב זה אמצעי אשר תרומתו לקידום התכלית התבססה על תשתית עובדתית רעועה.

גמישות זו פותחת פתח לקביעות סובייקטיביות ולא עקיבות משום ש"השכל הישר" אינו מוביל בהכרח לכיוון אחיד.<sup>183</sup> לדוגמה, בפס"ד *Suave*, שדן בשלילת זכות ההצבעה מאסירים שגזר דינם עולה על שנתיים, הגיעה השופטת מכלאכלין למסקנה, תוך ניתוח לוגי של הטענות האבסטרקטיים והפילוסופיים שסיפקה המדינה, שהפגיעה בזכות איננה מקדמת את תכליות החוק (קידום אחריות אזרחית, כבוד לשלטון החוק ומטרות דיני העונשין).<sup>184</sup> לעמדתה, גם אם אכן הייתה בשלילת ההצבעה להעביר מסר ערכי ומוסרי לאסירים ולחברה, תחולתה הכוללנית של השלילה, אשר חלה על אסירים שהורשעו בעברות רצח ובעברות

180 פס"ד *RJR-MacDonald*, לעיל ה"ש 91, בעמ' 339.

181 פס"ד *Hutterian Brethren*, לעיל ה"ש 65, בעמ' 594-596, 628, 631-633, 644.

182 שם, בעמ' 594-596.

183 David Schneiderman, *Common Sense and the Charter*, 45 S.C.L.R. 3-4 (2009)

184 *Suave v. Canada (Chief Electoral Officer)* [2002] 3 S.C.R. 519, 543-553 (להלן: פס"ד *Suave*).

תנועה כאחד, פוגמת בקוהרנטיות המסר הערכי המועבר וגורעת עוד יותר מהקשר הרציונלי.<sup>185</sup> לעומתה, השופט גונטייה הגיע למסקנה ההפוכה, אף הוא מתוך ניתוח לוגי. גונטייה סבר כי התמקדות בעבריינים שעונש המאסר שנגזר עליהם הוא שנתיים ומעלה מאתרת ביעילות את אותם "עבריינים רציניים וחוזרים" שאליהם מיועד המסר החברתי-ערכי. לתימוכין לטענתו הוא הצביע הן על העותר, אסיר שהורשע בסיוע לרצח, הן על מידע סטטיסטי שהמחיש כי רוב האסירים בבתי סוהר פדרליים שהמאסר שנגזר עליהם הוא שנתיים ומעלה הורשעו בקרוב לשלושים עברות.<sup>186</sup>

קשה ליישב את גישתה הרוקנית של מכלאכלין בפרשה זו עם דרישותיה המינימליסטיות בפרשות אחרות, שכן לא מופרך לטעון כי שלילת הזכות לבחור תשרת, לפחות חלקית, את התכליות האמורות, בייחוד (כפי שמציין גונטייה) משום שמדינות דמוקרטיות אחרות מטילות אותה סנקציה.<sup>187</sup> דומה כי מאחורי נימוקיה הלוגיים מסתתרת עמדה עקרונית שלפיה שלילת זכות הבחירה תהיה תמיד אמצעי פסול: כפי שהעירה השופטת, "שלילת זכות ההצבעה מן האזרח חותרת תחת הבסיס של הלגיטימציה הדמוקרטית [...] אם כוח שלטוני בדמוקרטיה נובע מהאזרחים, קשה לראות כיצד ניתן לעשות שימוש לגיטימי באותו הכוח לשלול את זכות ההצבעה מאותם אזרחים שמהם הכוח נובע".<sup>188</sup>

לסיכום, בעקבות צמצום ההתאמה הנדרשת ובעקבות ההתגמשות הראייתית הפך תפקידו של מבחן הקשר הרציונלי לשולי בפסיקה הקנדית, ואי-חוקתיות בדרך כלל אינה נקבעת בשלב זה.<sup>189</sup> ניתן לשער כי בית המשפט מעדיף להימנע ממצב שבו המחוקק מצטייר בפסיקתו כ"לא רציונלי". בית המשפט משתמש במבחן בעיקר במקרים שבהם אפליה יוצרת חוסר התאמה בין האמצעי לתכלית ובמקרים שבהם האמצעי חוטא לתכלית שביקש המחוקק להגשים.

- 185 שם, בעמ' 548.
- 186 שם, בעמ' 601-604. ראו גם: Christopher P. Manfredi, *The Day the Dialogue Died: A Comment on Suave v. Canada*, 45 O.H.L.J. 105, 119-121 (2007).
- 187 פס"ד *Suave*, לעיל ה"ש 184, בעמ' 604.
- 188 שם, בעמ' 544.
- 189 Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 38, בעמ' 34.1.

(ii) מינימליות הפגיעה

אף שב-*Oakes* דרש בית המשפט כי לשם השגת התכלית יש להשתמש באמצעי שפגיעתו פחותה, בפס"ד *Edward Books* ובהמשך הוריד בית המשפט את הרף מדרישה אבסולוטית לדרישת הסבירות. בית המשפט אינו מחייב את בחירת האמצעי הטוב ביותר או שפגיעתו היא הפחותה ביותר, אלא דורש שהאמצעי יימצא במתחם של חלופות סבירות.<sup>190</sup> במילים אחרות, בית המשפט משאיר למחוקק "מתחם הערכה" בבחירת האמצעי.<sup>191</sup> בהשוואה בין אמצעים יעילים באותה מידה, רק אם הפגיעה הנוספת של האמצעי הנבחר היא רבה, אפשר שהחוק ייכשל.<sup>192</sup> ההנמקה לגישה זו היא שמתן מידה מסוימת של מרחב תמרון למחוקק בבחירת האמצעי מתבקש מדוקטרינת הפרדת הרשויות. הוג מוסף כי במיוחד במדינה פדרלית כמו קנדה, כאשר הנסיבות הייחודיות של כל אחד מהמחוזות עשויות להצדיק גיוון חקיקתי בין המחוזות, אי אפשר להגביל את המחוקק לאמצעי אחד בלבד.<sup>193</sup> ריכוך המבחן נושא השלכות חשובות, משום שהוא מצמצם במידה ניכרת את היקף הביקורת השיפוטית. אך קודם שאתייחס לביקורת זו, אעמוד על כמה שיקולים חשובים בבחינת מינימליות הפגיעה.

## מידת הפגיעה

שאלת מידת הפגיעה בזכות שקולה לשאלת "תחולת היתר" של האמצעי, אשר הזכרתי בדיון על מבחן הקשר הרציונלי. אפשר שהגבלה מוחלטת או קרובה למוחלטת של זכות תיחשב גורפת למעלה מן הצורך, ולפיכך לא מידתית.<sup>194</sup> לפי השופטת מכלאלין בפס"ד *RJR-MacDonald*, היבט זה מתעורר במבחן המשנה השני, כאשר בית המשפט שואל אם הגבלה חלקית הייתה משיגה את התכלית. הגבלה מוחלטת תהיה מותרת רק כאשר היא הוכחה כהכרחית להשגת התכלית.

- 190 פס"ד *Thomson*, לעיל ה"ש 135, בעמ' 916. ראו גם *Keegstra*, לעיל ה"ש 68, בעמ' 785-784.
- 191 פס"ד *RJR-MacDonald*, לעיל ה"ש 91, בעמ' 342-343. ראו גם *Hogg*, לעיל ה"ש 4, פרק 38, בעמ' 40.
- 192 פס"ד *RJR-MacDonald*, לעיל ה"ש 91, בעמ' 342-343.
- 193 *Hogg*, לעיל ה"ש 4, פרק 38, בעמ' 39.
- 194 פס"ד *RJR-MacDonald*, לעיל ה"ש 91, בעמ' 343-344. ראו גם *Libman v. Quebec* (Attorney General) [1997] 3 S.C.R. 569, 616 (להלן: פס"ד *Libman*).

לגישת השופטת מכלאכלין, גם כאשר ההכרעה היא בנושאים חברתיים סבוכים וחשובים המחוקק אינו רשאי להחליט על דעת עצמו עד כמה מותר להגביל זכות חוקתית, אלא הוא כפוף לדרישת מינימליות הפגיעה.<sup>195</sup>

אולם לא תמיד יש הסכמה שאכן קיימת הגבלה מוחלטת. דוגמה לכך נמצאת בפס"ד *Hutterian Brethren*, שם כזכור נדון חיקוק שביטל פטור מהחובה להצטלם לצורך החזקת רישיון נהיגה, אשר הוענק בעבר בעיקר לקבוצת מיעוט דתית בשם האחים הוטריאן. שופטי המיעוט ראו בחיקוק אמצעי שהגביל את חופש הדת של הנפגעים במלואו, כי הכריח אותם לבחור בין אמונתם לבין שימוש באמצעי בסיסי וחיוני לחיים המודרניים.<sup>196</sup> לעומתם, הרוב סבר כי אין מדובר בהגבלה מוחלטת, כיוון שהקבוצה יכולה להיעזר באמצעי תחבורה חלופיים, כגון שירותי נהגים בתשלום כנהוג אצל פרטים ועסקים אשר אינם מסוגלים, או אינם מעוניינים, לנהוג בעצמם. אמנם פתרונות מעין אלו כרוכים בעלות כלכלית נוספת וכן בוותור מסוים על העצמאות אשר מאפיינת קהילה זו, אך אנשי הקהילה לא בהכרח יאלצו לפעול שלא על פי אמונתם כדי להגיע ליעדם בעקבות הביטול.<sup>197</sup>

גם פס"ד *Irwin Toy* ממחיש שמוחלטות ההגבלה נתונה לפרשנות. דעת הרוב סברה שאיסור על פרסומות מסחריות שמופנות לילדים שגילם צעיר מ-13 אינו הגבלה מוחלטת של חופש הביטוי, כיוון שהמחוקק לא אסר פרסומות של מוצרי ילדים אשר מופנות למבוגרים, והוא גם לא אסר פרסומות חינוכיות לילדים.<sup>198</sup> לעומת זאת המיעוט ראה באיסור על פרסומות המופנות לילדים שגילם צעיר מגיל "שרירותי" הגבלה מוחלטת, ולכן לא מידתית.<sup>199</sup> הקושי האמיתי נבע מחוסר האפשרות לצמצם את ההגבלה בלי לפגוע בהשגת התכלית. לכאורה היה צורך בריכוך ההגבלה: המדינה הציגה מחקרים משכנעים שילדים מתחת לגיל 6 נתונים להשפעה מפרסומות, אך ההשפעה על בני 7 עד 13 הייתה חדר-משמעת פחות. אף שהצבת אותו סטנדרט לכל טווח הגילים אכן נראית הגבלה מוחלטת, קיבל בית המשפט את טענת המדינה שאין מנוס מהאיסור הגורף, כיוון

195 פס"ד *RJR-MacDonald*, לעיל ה"ש 91, בעמ' 344-346.

196 פס"ד *Hutterian Brethren*, לעיל ה"ש 65, בעמ' 629-630, 636-637, 648.

197 שם, בעמ' 612-614.

198 פס"ד *Irwin Toy*, לעיל ה"ש 103, בעמ' 991-992.

199 שם, בעמ' 1008.

שהפרסומות אינן מבחינות בין שתי הקבוצות, וכל הסדר חלופי יהיה מוצלח פחות. הרוב ציין כי המחוקק אינו חייב להגביל את הגנתו לקבוצה הפגיעה ביותר במובהק כל עוד הגדרתה של הקבוצה הפגיעה "סבירה". אם הבחירה בגיל 13 כגבול עליון סבירה, גם אם היא במידה רבה שרירותית, לא יחליף בית המשפט את קביעת המחוקק בגבול אחר שיהיה שרירותי באותה מידה.<sup>200</sup>

בפס"ד *RJR-MacDonald* ראה השופט לפורה (בדעת מיעוט) באי-בחירה באמצעים פוגעניים יותר נתון הפועל לטובת החקיקה. לגישתו, החלטת המחוקק הייתה "סבירה", בייחוד כי הוא לא בחר לאסור על ייצור טבק ושיווקו ו"הסתפק" באיסור על פרסום מוצרי טבק, אף שהשגת התכלית הבריאותית באמצעי הראשון הייתה שלמה יותר.<sup>201</sup> מנגד, השופט איאקובוצ'י סבר, בצדק, שהימנעות מאמצעים פוגעניים אף יותר אינה פותרת את המחוקק מהצורך לבחור באמצעים פוגעניים פחות. במיוחד, הוא הוסיף, כאשר האמצעים הפוגעניים יותר לא היו מגבילים כלל את אותה זכות (כאן איסור על ייצור ושיווק לא היה מגביל את חופש הביטוי), וכאשר המחוקק לא הביא כלל בחשבון את נקיטת האמצעים הפוגעניים יותר.<sup>202</sup>

קיומם של אמצעים שווים ביעילותם אך פוגעניים פחות

כפי שהדגים פס"ד *Irwin Toy*, איסור מוחלט לא יכשיל את האמצעי בשלב מינימליות הפגיעה כשאיסור חלקי אינו יכול להשיג את התכלית באותה מידה. קביעה זו משקפת את הגישה המוצהרת של בית המשפט שלפיה האפקטיביות של האמצעים החלופיים אשר נבחנים בשלב מינימליות הפגיעה נדרשת להיות "שווה" לזו של האמצעי הנתקף.<sup>203</sup> פס"ד *Irwin Toy* אינו מקרה בודד, ובית המשפט מרבה לסרב לתת לאמצעים חלופיים שיעילותם פחותה להכשיל את

- 200 שם, בעמ' 989-990. גם לפי השופט ברק בפרשת עדאלה (איחוד משפחות), כאשר השגת התכלית מחייבת הגבלה מוחלטת, יעמוד האמצעי במבחן מינימליות הפגיעה אם כי אמצעי שכזה עשוי להיכשל במבחן המידתיות במובן הצר. פס"ד עדאלה (איחוד משפחות), לעיל ה"ש 90, בפס' 89-90 לפסק דינו.
- 201 פס"ד *RJR-MacDonald*, לעיל ה"ש 91, בעמ' 306.
- 202 שם, בעמ' 353.
- 203 שם, בעמ' 342-343. ראו גם פס"ד *Thomson*, לעיל ה"ש 135, בעמ' 918.



האמצעי הנתקף בשלב זה.<sup>204</sup> גם פס"ד *RJR-MacDonald* המחיש כי בית המשפט משווה בין אמצעים שווים בשלב זה: השופטת מכלאכלין העירה כי יש לבחון אם איסור חלקי על פרסום מוצרי טבק – שהיה חל, למשל, רק על פרסומות שמכוונות כלפי קטינים או רק על פרסומות שמעוררות עישון כאורח חיים – שקול ביעילותו לאיסור מוחלט. באותו מקרה, המדינה נמנעה מלהציג ראיות שיתמכו בטענתה שיעילותו של איסור חלקי תהיה פחותה אף שהיא ערכה מחקרים בעניין. מחדל זה תמך במסקנתו של בית המשפט שמדובר באמצעים השקולים זה לזה ביעילותם והביא לפסילת האמצעי.<sup>205</sup>

על אף דוגמאות אלו, לפי מאמר שכתב גיא דוידוב בשנת 2000, הדרישה להשוואה בין אמצעים שווים בלבד קיימת רק ברמת הרטוריקה. לטענתו, בית המשפט נוטה לקבוע אי-חוקקיות במסגרת מבחן המשנה השני בנימוק שקיימות חלופות שאינן גורעות מהשגת התכלית, אך בפועל ברור כי חלופות אלו יעילות פחות מהאמצעי הנתקף.<sup>206</sup> נטייה זו מביאה לקביעת אי-חוקקיות כבר במסגרת המבחן המשנה השני, ללא דיון מהותי במבחן המשנה האחרון. להמחשה דוידוב מצביע על פס"ד *Thomson*, שם הכריע בית המשפט כי איסור מוחלט על פרסום סקרי בחירות שלושה ימים לפני הבחירות, כדי להגן על ציבור הבוחרים מהטעה, הוא פגיעה מיותרת בחופש הביטוי. זאת, משום שקיים אמצעי פוגעני פחות – היתר הפרסום, בתנאי שמתלווה אליו מידע מתודולוגי על אופן עריכת הסקרים. לפי דוידוב, ברור כי האמצעי החלופי יעיל פחות מהאמצעי הנתקף, והיה על בית המשפט לבחון אמצעי זה רק במבחן המשנה האחרון.<sup>207</sup>

לפי דוידוב, ההשוואה בין אמצעים שאינם שקולים ביעילותם מאפשרת לבית המשפט לקיים את איזון הערכים במבחן מינימליות הפגיעה במקום במבחן המשנה האחרון. כאמור, ניתן למצוא דוגמאות אשר אינן מתיישבות עם טענתו של דוידוב שלפיה בפועל נערכת השוואה בין אמצעים לא שווים,

- 204 פס"ד *Edward Books*, לעיל ה"ש 168, בעמ' 773. ראו גם פס"ד *Irwin Toy*, לעיל ה"ש 103, בעמ' 999; פס"ד *Lavoie*, לעיל ה"ש 144, בעמ' 823; Canadian Newspaper Co. v. Canada (Attorney General) [1988] 2 S.C.R. 122, 131–132.
- 205 פס"ד *RJR-MacDonald*, לעיל ה"ש 91, בעמ' 342–346.
- 206 Guy Davidov, *Separating Minimal Impairment from Balancing: A Comment on R. v. Sharpe (B.C.C.A.)*, 5 REV. CONST. STUD. 195, 198–200 (2000).
- 207 שם, בעמ' 200.

כגון פס"ד *Irwin Toy*. גם מסקנתו מפס"ד *Thomson* אינה חד־משמעית: לא היה "ברור" שהאמצעי החלופי יעיל פחות מהאמצעי הנתקף. כפי שבית המשפט ציין שם, ייתכן כי החלופה הייתה אפקטיבית באותה מידה בהשגת התכלית של מניעת הטעיה, משום שלא כאמצעי הנתקף, החלופה חייבה פרסום של מידע מתודולוגי על הסקרים שהתפרסמו לפני תחילת האיסור.<sup>208</sup> עם זאת נדמה כי יש ממש בטענתו, לאור השימוש הנרחב במבחן המשנה השני לאיזון הערכים והשימוש הזניח יחסית במבחן המשנה האחרון. דוידוב מסביר כי כאשר בית המשפט מעוניין למצוא את האמצעי כלא חוקתי, הוא עושה זאת במסגרת מבחן מינימליות הפגיעה, וכאשר הוא מעוניין לדחות את העתירה, אפשר שיערוך את מבחן המשנה האחרון, אך לא בחינה של ממש.<sup>209</sup> במילים אחרות, מסקנתו של בית המשפט לעניין האיזון הכולל קובעת את מהלכיו: הקפדה של ממש על שקילות אמיתית בין האמצעים או הקפדה רטורית בלבד. הגיוני שבית המשפט יסרב להעלים עין מחוסר השקילות בין האמצעים דווקא במקרים כמו *Irwin Toy*, שבהם הוא ממילא מתכוון לאשר את האמצעי. אם כן, לא מפתיע שבית המשפט הקדיש שם רק פסקה אחת למבחן המידתיות במובן הצר. לדעת דוידוב, חוסר העקיבות באשר לדרישת השקילות בפרט ובאשר לחוסר ההקפדה על הגבולות בין שני המבחנים בכלל גורע מבהירות הניתוח ומשקיפותו. הוא מעלה את ההשערה שבית המשפט הקנדי מקדים את האיזון למבחן המשנה השני, שלכאורה הוא טכני־משפטי יותר מהמבחן האחרון, כדי ליצור רושם שהוא עוסק בפרשנות אוֹבֵיֶקְטִיבִית של החוק לעומת עיצוב מדיניות, שהוא תחומו של המחוקק.<sup>210</sup>

דוידוב הציג כדוגמה נוספת פסק דין של בית המשפט לערעורים במחוז בריטיש קולומביה בעניין *Sharpe*,<sup>211</sup> שבעת כתיבתו של דוידוב טרם נדון בבית המשפט העליון הפרללי. נושא הדיון היה סעיף בקוד הפלילי שאסר על החזקת

208 פס"ד *Thomson*, לעיל ה"ש 135, בעמ' 963–966.

209 Davidov, לעיל ה"ש 206, בעמ' 201.

210 שם, בעמ' 7. המלומד הגרמני דיטר גרים התייחס גם הוא לסברה זו באמרו כי ברור לכל מי שמכיר את הפסיקה הקנדית כי מבחן המשנה השני בהקשר הקנדי אינו מבחן "טכני", גם אם בית המשפט מעוניין שיצטייר ככזה. ראו Dieter Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, 57

U.T.L.J. 383, 394–395 (2007)

R. v. Sharpe [1999] B.C.C.A 416 211

חומרים פורנוגרפיים שונים, ומטרת הסעיף הייתה להגן על ילדים. הערכאה הראשונה שדנה בעניין מצאה כי אף שהאיסור על החזקה תורם לתכלית – קרי היעדר איסור אינו אמצעי השקול ביעילותו לאמצעי הנתקף – הוא אינו עומד במבחן המשנה האחרון. בבית המשפט לערעורים התמקד הדיון בניסוחו הגורף של הסעיף, שהיה יכול להתפרש כחל על החזקה של סוגי פורנוגרפיה שלא היה בהם, לטענת העותר, כדי לסכן ילדים. בית המשפט הצביע על מקרה קצה שיכול שיימצא בתחולת האיסור בשל ניסוחו הרחב: החזקת פורנוגרפיה שצייר או כתב המחזיק מכוון דמיונו ושנועדה לשימושו האישי בלבד. אף שביטוי משפט קמא לא קבע מסקנות בדבר תרומתו של איסור על סיטואציה כזו להשגת התכלית, בית המשפט לערעורים לא שב ועיין בהוכחות המדעיות-חברתיות שהציגה המדינה בדבר תרומתו. בלי לקבוע אם סעיף שמוציא מתחולתו איסור שכזה שווה ביעילותו לסעיף הנתקף, נשען בית המשפט לערעורים על טיעונים ערכיים לביסוס הכרעתו כי הסעיף אינו מידתי.<sup>212</sup> לפי דוידוב, מקרה זה מדגים את הנטייה הכללית לטשטש את ההבדל בין מבחן המשנה השני למבחן השלישי, מה שגורם לאי-בהירות בדבר סיבת קביעת אי-חוקקיות הן בקרב שופטים הן בקרב קוראים.<sup>213</sup>

דוידוב הביע תקווה שבדיון בפרשה בפני בית המשפט העליון יקפיד בית המשפט לבחון, במסגרת המבחן השני, אם סעיף שחל על מקרי קצה וסעיף שמוציאם מתחולת האיסור אכן שווים ביעילותם, או שמא יש סיכוי כלשהו שתחולת האיסור על מקרי הקצה תתרום לתכלית. דוידוב הדגיש כי על הקביעה להישען על תשתית ראייתית ולא על קביעות ערכיות.<sup>214</sup> בדיון בערעור בחן בית המשפט, באמצעות ראיות אמפיריות, אם איסור על החזקת פורנוגרפיה תורם לתכליות המיועדות, אך לא בחן בשנית את אותן ראיות אמפיריות כדי להכריע אם תחולת הסעיף על מקרי קצה יש בה ערך מוסף כלשהו. בהישענו על נימוקים לוגיים סבר בית המשפט כי תחולת הסעיף על מקרי קצה מוסיפה תועלת זניחה, אם לא אפסית, להשגת התכלית. עם זאת הוא נמנע מלהכריע סופית בדבר אי-נחיצות האמצעי והמשיך למבחן המידתיות כמוכח הצר. בשלב האחרון מצא בית

212 Davidov, לעיל ה"ש 206, בעמ' 202-204.

213 שם, בעמ' 208.

214 שם, בעמ' 208-209.

המשפט כי התועלת הזניחה, ואף הספקולטיבית, שנבעה מהאמצעי לא הצדיקה את הפגיעה.<sup>215</sup> אם כן, פס"ד *Sharpe* הדגים שוב בערעור כי מבחן המידתיות הצר יכול לשמש מפלט במקרים שבהם בית המשפט אינו מעוניין, או אינו יכול על סמך הראיות האמפיריות שברשותו, לקבוע בדבר שקילות האמצעים השונים. הוא גם אשרר את חששותיו של דוידוב לעניין חוסר שקיפות: הניתוח אינו מגלה חד-משמעית אם אי-חוקתיות האמצעי נקבעה בשל גורפות יתר או שמא בשל היעדר מידתיות כוללת.<sup>216</sup>

בפס"ד *Charkaoui* שוב שלח בית המשפט מסרים סותרים בדבר השאלה אם הוא משווה בין אמצעים שווים בלבד. בית המשפט פסל בפרשה זו סעיפי חוק שפגעו קשות בזכויות המשפטיות של אזרחים זרים ושל תושבי קבע אשר נעצרו בשל חשד של סכנה לביטחון המדינה. במסגרת מבחן מינימליות הפגיעה סקר בית המשפט הסדרים דומים פוגעניים פחות בתוך קנדה ומחוצה לה. מצד אחד העיר בית המשפט כי ההסדרים החלופיים משיגים את מטרתו הביטחונית של האמצעי הנתקף, ומצד אחר הוא לא הקדיש כלל דיון לעניין זה ולא נימק את מסקנתו.<sup>217</sup> במקום להתמקד בשאלת שקילות האמצעים החלופיים, בחן בית המשפט אם ההסדרים החלופיים הציעו "איזון טוב יותר" בין האינטרסים המתחרים, מהלך המתאים יותר למבחן המשנה האחרון.<sup>218</sup>

בפס"ד *Hutterian Brethren* מ-2009 ניצלה השופטת מכלאכלין הזדמנות כדי להבהיר כיצד יש ליישם את מבחן המשנה השני באופן שהוא ישאיר תפקיד עצמאי למבחן המשנה השלישי. היא הדגישה, על פי הפסיקה הקודמת, כי אין מקום בשלב זה לשקול אמצעים שהם יעילים פחות בהשגת התכלית, וכי אמצעים יעילים פחות יובאו בחשבון רק במסגרת מבחן המידתיות במובן הצר.<sup>219</sup> אך היא הוסיפה הסתייגות, ולפיה אין נדרשת זהות מוחלטת ברמת היעילות, וניתן להסתפק באמצעים ששיגים את התכלית "במידה מספקת" או במידה "ממשית

215 *Sharpe*, לעיל ה"ש 81, בעמ' 96-105.

216 לפרשנות של הוג, ראו להלן ה"ש 236.

217 *Charkaoui v. Canada* [2007] 1 S.C.R. 350, 400 (להלן: פס"ד *Charkaoui*).

218 שם, בעמ' 395-400.

219 פס"ד *Hutterian Brethren*, לעיל ה"ש 65, בעמ' 596-597, 605-606.

וניכרת".<sup>220</sup> דחיית הדרישה הנוקשה לזהות מושלמת, שלדברי מכלאכלין היא אינה מעשית,<sup>221</sup> נועדה למנוע מצב שבו מבחן המשנה השני הופך למבחן עקר, שכן סביר שאמצעים אחרים לא יוכלו להשיג את אותה תוצאה בדיוק, וגם אם כן, יהיה קשה, אם לא בלתי אפשרי, להוכיח זאת.<sup>222</sup>

לאור הביקורת של דוידוב נראה כי הסתייגותה של מכלאכלין מדרישת הזהות המושלמת אינה מסמנת הלכה חדשה אלא מסבירה את הפער שהתגלה לא פעם בין הרטוריקה לפרקטיקה: באותם מקרים התייחס בית המשפט לאמצעים אשר יעילותם קרובה לזו של האמצעי הנבחר כאל אמצעים השווים לו ביעילותם. דומה כי החידוש ב-*Hutterian Brethren* הוא קריאה להקשחת המבחן כדי שאמצעים יוכרו כ"שווים" רק אם יעילותם קרובה מאוד לזו של האמצעי הנתקף. גישתה של מכלאכלין היא פתרון ביניים בין דווקנות היתר של זהות מוחלטת לבין מבחן "פתוח" שבו נעשית השוואה בין "לא שווים".

השופט לכל היה הקול היחיד בפס"ד *Hutterian Brethren* אשר צידד בהשוואה בין אמצעים לא שווים ביעילותם כבר במסגרת מבחן מינימליות הפגיעה. לדידו, מטרתו של מבחן זה, בדומה למבחן המשנה האחרון, היא מציאת איזון הולם בין הזכות החוקתית של הפרט לבין זכויות או אינטרסים חשובים אחרים. לכל התנגד להבחנה חדה בין שני מבחני המשנה וצידד בבחינה "הוליסטית" אשר בוחנת מגוון אמצעים חלופיים, כולל יעילים פחות, אפילו תוך ויתור על השגה מושלמת של תכלית המחוקק.<sup>223</sup> לא ברור מניתוחו באיזו מידה נשאר למבחן המשנה האחרון תפקיד עצמאי, אך נראה שהוא נבלע בתוך מבחן המשנה השני.

220 שם, בעמ' 597. יוער כי לפי גישה זו לא ברור מדוע בפס"ד *Sharpe* לא קבעה השופטת מכלאכלין שהאמצעי הפוגעני לא חוקתי כבר בשלב מינימליות הפגיעה, לאחר קביעתה שתרומתו הייתה זניחה לכל היותר (או במילים אחרות, שאיסור שתחולתו מצומצמת יותר היה כמעט שווה ביעילותו לאיסור הנתקף). ראו את הביקורת של הוג לעניין זה, להלן בה"ש 236.

221 שם.

222 ראו גדעון ספיר "מידתיות ופשרה" ספר דליה דורנר 397, 413 (שולמית אלמוג, דורית ביניש, ויעד רותם עורכים, תשס"ט).

223 פס"ד *Hutterian Brethren*, לעיל ה"ש 65, בעמ' 644-648.

## סעיפי פטור

הכללת סעיפי פטור מראה לבית המשפט כי המחוקק נתן את דעתו לפגיעה בזכות ונקט צעדים למזער אותה. בפסיקה הקנדית תרומת הפטור למידתיות נבחנת בעיקר במבחן המשנה השני. בפס"ד *Edward Books* למשל קבע בית המשפט שאף שסעיף הפטור שנכלל בחוק לא הגן על כל נפגעי החקיקה, קרי לא הפחית את הפגיעה מהאמצעי במידה המרבית, הוא הגן על רובם והעיד על מאמץ כן של המחוקק למזער את הפגיעה. בית המשפט גרס כי הרחבת הפטור לקבוצה נוספת הייתה מסכלת מטרה מרכזית של החוק – הבטחת יום חופש לעובדים חלשים – ואילו הפגיעה בקבוצה שהוחרגה מהפטור היא מזערית יחסית.<sup>224</sup>

אולם לעתים בית המשפט אינו משתכנע כי סעיף פטור הוא צעד מספיק כדי להציל את החקיקה הפוגענית. כזכור, בפס"ד *Morgentaler*, שם נדון איסור פלילי על ביצוע הפלה, קבע בית המשפט כי ההגנה הפלילית שבחוק צרה מכדי להעניק מידתיות לחוק, והעובדה שהיא חלה רק בתנאים ספציפיים מאוד אפילו תורמת לחוסר מידתיותו של החוק.<sup>225</sup>

## הקשר

מבחן מינימליות הפגיעה נערך בשים לב להקשר הספציפי של הפגיעה החוקתית. נסיבות ההקשר מנחות את בית המשפט בקביעת מתחם הערכה שניתן למחוקק. לדוגמה, כאשר החקיקה מגנה על קבוצות פגיעות על סמך חומר ראייתי סוציולוגי ולא מדעי, לא יעמוד בית המשפט על שימוש באמצעים יעילים פחות לשם מזעור הפגיעה כל עוד התועלת באמצעי הנתקף נשענת על תשתית ראייתית מבוססת.<sup>226</sup> בית המשפט יפעל בריסון גם כאשר החוק מתמודד עם סוגיה חברתית מורכבת, מגיב לאינטרסים של קבוצות מתחרות או מקציב משאבים מוגבלים.<sup>227</sup> אמנם "גישת ההקשר" התפתחה במסגרת מבחן המשנה

224 פס"ד *Edward Books*, לעיל ה"ש 168, בעמ' 782.

225 פס"ד *Morgentaler*, לעיל ה"ש 103, בעמ' 75, 119-121.

226 פס"ד *Irwin Toy*, לעיל ה"ש 103, בעמ' 999.

227 Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 38, בעמ' 43.

השני<sup>228</sup> בשל הנטייה למקם שם את איזון הערכים, אך לאחר מכן היא הורחבה לשלבים נוספים. אכן, אי אפשר להבין את יישומם של מבחני *Oakes* במנותק מדיון על "גישת ההקשר", שעליה ארחיב בחלק 5.

### מתחם ההערכה והזליגה לסבירות

לעומת מידת הפגיעה, קיומם ויעילותם של אמצעים חלופיים וקיומם של סעיפי פטור – הקשורים כולם ישירות לשאלה אם אכן נבחר האמצעי שפגיעתו פחותה – בחינת ההקשר קשורה לשאלה נוספת – היקף שיקול הדעת שניתן למחוקק שלא לנקוט אמצעי שפגיעתו פחותה. אמנם ניתן להבין את הצורך במתן מרחב תמרון מסוים למחוקק כבואו לבחור את האמצעי, אולם לשיטת המתחם המשתנה יש חסרונות. לא זו בלבד שהגמשה זו מרוקנת מתוכן את הדרישה לצמצום מרבי של הפגיעה, אלא היעדר גבולות קבועים אף מקשה יישום עקיב של מבחן מינימליות הפגיעה.<sup>229</sup> נראה כי מתחם ההערכה שבית המשפט הקנדי מעניק למחוקק מקרב את הבחינה החוקתית לסטנדרט של מתחם הסבירות במשפט המינהלי, שלפיו בית המשפט נמנע מלהחליף את שיקול דעת המחוקק בשיקול דעתו. הזליגה היא דו-כיוונית: המידתיות נקלטה, חלקית, כמדד של סבירות במשפט המינהלי בקנדה,<sup>230</sup> והסבירות חדרה לתוך מבחן המידתיות במשפט החוקתי. המיזוג בין מידתיות לסבירות מגביר את ההגנה על זכויות הפרט בהקשר המינהלי, אך בהקשר החוקתי הוא מכרסם באפקטיביות של מבחן המידתיות לסנן פגיעות מיותרות. תופעה זו יכולה להיות בעייתית במיוחד משום שרוב מלאכת האיזון נעשית בשלב מינימליות הפגיעה, ולכן הקלה עם הרשות בשלב זה משמעותה ריסון שיפוטי בשלב הקריטי ביותר בהליך הביקורת השיפוטית.

עם זאת אין לומר שעצם ההכרה במתחם של שיקול דעת מבטל את האפקטיביות של מבחן משנה זה. בית המשפט הקנדי עדיין מנצל שלב זה כדי לערוך איזון מעמיק ומקיף תוך שקלול נסיבות ההקשר לשם קביעת גבולותיו של מתחם ההערכה שניתן למחוקק. מתחם התמרון של המחוקק אינו אינ-סופי, ולא

228 Choudhry, לעיל ה"ש 54, בעמ' 511. ראו גם פס"ד *Irwin Toy*, לעיל ה"ש 103, בעמ' 994-993.

229 Tom Hickman, *Proportionality: Comparative Law Lessons*, 12 J.R. 31, 45 (2007)

230 להרחבה ראו להלן הדיון במידתיות במשפט המינהלי בחלק 7.

פעם הכריע בית המשפט כי המחוקק חרג ממנו באי-בחירתו באמצעי הפוגעני פחות. ואולם יש מקרים שבהם ההסתפקות ב"סבירות" האמצעי מעלה את החשש שמלאכתו של בית המשפט בשלב מינימליות הפגיעה היא יסודית ומחושבת רק לכאורה, אך בפועל איננה עוקרת פגיעות מיותרות.

(iii) מבחן המידתיות במבחן הצר

גרסתו הראשונית של מבחן משנה זה, כפי שנקבעה ב-*Oakes*, התמקדה בהשוואה שבין חשיבות התכלית לבין ההשלכות המזיקות של האמצעי. ככל שפגיעת האמצעי חריפה יותר, על התכלית להיות חשובה יותר כדי שהאמצעי יוכר כמידתי.<sup>231</sup> לימים הוסיף בית המשפט לנוסחה זו עוד משתנה – השוואה בין "האפקטים החיוביים" של האמצעי לבין הפגיעה מהאמצעי. במילים אחרות, לא מספיק להראות שהתכלית כשלעצמה חשובה דייה כדי לגבור על הפגיעה, אלא נדרש גם להוכיח כי הלכה למעשה האמצעי מביא, או צפוי להביא, לתועלת רבה מן הנזק שנגרם ממנו.<sup>232</sup>

הלכה זו נקבעה בפס"ד *Dagenais*, שם נדונה מניעת שידורה של תכנית טלוויזיה אשר הציגה סיפור בדיוני בדבר התעללות מינית בילדים במוסד קתולי. סמוך לתאריך המיועד לשידור התנהל הליך פלילי נגד מורים בבית ספר קתולי שנאשמו בפגיעה מינית בתלמידיהם. מניעת השידור עד תום ההליכים נועדה לשמור על הניטרליות של חבר המושבעים, שמא יושפעו מהשידור.<sup>233</sup> בית המשפט הכיר בשמירה על זכות הנאשמים להליך הוגן כתכלית דחופה וחשובה, אך לא השתכנע כי יש במניעת הפרסום תרומה ממשית להוגנות ההליך, משום שלחבר המושבעים ניתנות הוראות ברורות להתעלם מכל סוג מידע שהוא חיצוני להליך. לדעת בית המשפט, האיזון שנקבע ב-*Oakes* בין התכלית לבין הפגיעה אינו מספיק להבטיח את מידתיות האמצעי, מאחר שגם אם התכלית חשובה ביותר, לא תמיד היא תושג במלואה באמצעי הנבחר. באותו עניין נקבע כי חרף התכלית החשובה התועלת הממשית ממניעת השידור שולית ביחס לפגיעה הקשה

231 פס"ד *Oakes*, לעיל ה"ש 7, בעמ' 140.

232 פס"ד *Dagenais*, לעיל ה"ש 61, בעמ' 888-889.

233 שם, בעמ' 851-853.



בחופש הביטוי.<sup>234</sup> אם כן, התוספת למבחן המשנה השלישי שנקבעה ב-*Dagenais* יצרה הבחנה קריטית בין התועלת שאליה שואף האמצעי לבין התועלת הממשית הצפויה מהאמצעי. הדרישה החדשה לתועלת ממשית התבררה כקשה ליישום כשמדובר במדיניות צופה פני עתיד, כגון מדיניות חברתית-כלכלית, משום שהתשתית הראייתית לא תמיד מאפשרת הערכה מגובשת של מידת התועלת שתצמח מהאמצעי.

זמן קצר לאחר פסק הדין עמדה המלומדת הייברט על יתרונותיה של הלכת *Dagenais*: ראשית, המבחן המשוכלל הצייע לבית המשפט הזדמנות נוספת לתקוף תכלית שבעיניו איננה ראויה, אלא שהוא נמנע מלהצהיר זאת בשלב חשיבות התכלית בגין שיקולים מוסדיים. אם בעבר כדי לקבוע אי-חוקתיות של אמצעי בשלב האחרון של הבחינה היה בית המשפט נדרש להביע עמדה לעניין מידת חשיבותה של התכלית, עתה אפשרה לו הלכת *Dagenais* להימנע מאמירה חותכת שכזו ולייחס את היעדר החוקתיות לאי-התממשות התכלית. שנית, יש במבחן המשוכלל כדי לפצות על ההקלות שהמחוקק נהנה מהן בשלבים קודמים, כגון קבלת מתחם הערכה לבחור בין אמצעים שונים. ייתכן שאמצעי "סביר" דיו לעמוד במבחן השני, אף שפגיעתו איננה פחותה, יעמוד לבחינה דווקנית יותר במסגרת מבחן המשנה השלישי.<sup>235</sup>

חרף יתרונות אלו המשיך בית המשפט למקם את רוב הדיון במבחן המשנה השני, מבחן מינימליות הפגיעה, והשאיר תפקיד זניח למבחן המידתיות במונח הצר. להערכתו של הוג, טרם היה מקרה שבו מבחן המשנה האחרון השפיע על התוצאה.<sup>236</sup> חרף תפקידו העקר, מבחן המשנה האחרון זוכה לפחות להכרה

234 שם, בעמ' 884-889.

235 HIEBERT, לעיל ה"ש 3, בעמ' 84.

236 הוג מתכוון להשפעה מהותית ולא טכנית. הוג בעצמו מביא דוגמאות בודדות שבהן נקבע שהאמצעי לא חוקתי רק בשלב האחרון, אך לטענתו מיקום הקביעה מקרי בלבד, כי הטיעונים לאי-חוקתיות היו או תכלית לא חשובה או אי-בחירת אמצעים פוגעניים פחות. אכן, בפס"ד *New Brunswick* לא קבע בית המשפט חד-משמעית שהאמצעי עמד בשלבים הראשונים, אלא היה "מוכן להניח" זאת כי האמצעי ממילא לא עמד בשלב האחרון. גם מכלאכלין השאירה בפס"ד *Sharpe* את השאלה אם האמצעי עמד בשלב השני פתוחה והמשיכה לשלב האחרון, אך ייתכן שהיה עליה להכריז עליו כלא חוקתי כבר בשלב השני, לאחר שקבעה כי תרומתו זניחה ביותר (ולכן היה ניתן להסתפק באמצעי פוגעני פחות ללא הפסד ביעילות). פס"ד *New Brunswick*, לעיל

הצהרתית בבית המשפט, שמקפיד להמשיך ולבחון אותו גם לאחר שהאמצעי עבר את המשול האמיתי של מינימליות הפגיעה. עם זאת בדרך כלל בית המשפט אינו בוחן את המבחן האחרון בקפידה וחוזר על קביעותיו מהמבחן הקודם.<sup>237</sup> לדעת הוג, אין כל צורך במבחן המידתיות במובן הצר, שכן אמצעי שעומד במבחנים הראשונים יעמוד בוודאי במבחן האחרון. לדעתו, במבחן האחרון יש תרומה רק כאשר בית המשפט מקל מדי בשלבים הקודמים. לשיטתו, החפיפה היא בעיקר עם שלב בחינת התכלית: אם בית המשפט היה בוחן בשלב זה אם התכלית חשובה מספיק – לא ברמה התאורטית המתייחסת לעצם התכלית אלא ברמה המעשית של המידה הצפויה של קידום התכלית, בחינה שלפי הלכת *Dagenais* נערכת במבחן המידתיות כמובן הצר – לא היה צורך במבחן האחרון.<sup>238</sup> הוג טוען כי במעט המקרים שהוכרע להכשיל אמצעי רק במבחן המשנה האחרון, היה ניתן להגיע לאותה תוצאה כבר בשלב הראשון אלמלא הקלו בהוכחת חשיבותה של התכלית.<sup>239</sup>

הוג נשאר בעניין זה בדעת מיעוט.<sup>240</sup> בפס"ד *Hutterian Brethren* חלקה עליו השופטת מכלאכלין במפורש. היא הזכירה כי כבר ב-*Oakes* הסביר השופט דיקסון את תרומתו של מבחן המשנה האחרון: תיתכנה תכליות שמבחן התכלית לא יכשיל, כי חשיבותן מובהקת, אלא שבנסיבות העניין הפגיעה בזכות חמורה מכדי שיהיה ניתן להצדיקה. השופטת הוסיפה, בהפנותה לכתיבתו של השופט אהרן ברק, כי המבחנים הראשונים מתמקדים ביחס שבין התכלית לבין האמצעי, ואילו מבחן המשנה האחרון מתמקד ביחס שבין האפקטים החיוביים של האמצעים לאפקטים השליליים שלהם, או במילים אחרות, ביחס שבין התועלת הצפויה לבין הפגיעה.<sup>241</sup>

- 
- ה"ש 153, בעמ' 91-93. ראו גם פס"ד *Sharpe*, לעיל ה"ש 81, בעמ' 104-105. אוזכרו אצל Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 38, בעמ' 44.
- 237 ראו לדוגמה פס"ד *Irwin Toy*, לעיל ה"ש 103, בעמ' 1000, שם המבחן הצר זוכה רק לפסקה אחת.
- 238 נראה כי הערתו יפה גם כאשר לרמת ההקפדה בהוכחת קשר רציונלי: לו דרש בית המשפט הסתברות גבוהה שהאפקטים הרצויים יושגו בפועל, היה תפקידו של המבחן האחרון מצטמצם.
- 239 Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 38, בעמ' 44.
- 240 שם.
- 241 פס"ד *Hutterian Brethren*, לעיל ה"ש 65, בעמ' 605-606.

עם זאת מכלאכלין הודתה כי על אף הקביעה ב־*Oakes* בדבר תפקידו הייחודי של מבחן המשנה האחרון, הוא לא זכה לשימוש רב בפסיקה בשל ההתמקדות במבחן המשנה השני. לפיכך היא ניסתה להבליט את קו ההפרדה בין שני המבחנים, שכדרך מסורת התמזגו לתוך מבחן המשנה השני.<sup>242</sup> היא הדגישה, בהסתמך על כתיבתו של השופט ברק, כי במקום לערוך איזון ערכים כבר במבחן המשנה השני, השוואה בין אמצעים לא שווים בייעילותם, יש לדחות את איזון הערכים – שבו נערכת השוואה בין הנזק לתועלת – למבחן המשנה האחרון. בעיניה, הגברת ההקפדה על ההבחנה בין שני המבחנים תכריח את בית המשפט להודות כי אין אמצעים חלופיים שיעילותם זהה (או כמעט זהה), ובכך תקדם בהירות אנליטית ושקיפות.<sup>243</sup> הבחנה בין המבחנים תבהיר מתי קביעת אי־חוקתיות נובעת מפגיעה מיותרת, שכן קיים אמצעי פוגעני פחות שיעילותו דומה מאוד, ומתי הקביעה נובעת מחוסר מידתיות בין הנזק לתועלת.

גישתה של מכלאכלין ב־*Hutterian Brethren* מסמנת התפתחות מסוימת מן הגישה שהביעה קודם לכן בפס"ד *RJR-MacDonald*, שלפיה ייתכן כי אין זה משנה היכן נערך איזון הערכים כל עוד הוא אינו מחליף את מבחן מינימליות הפגיעה. עם זאת כבר אז ביקרה השופטת מכלאכלין את דעת המיעוט על אי־ההבחנה בין מבחן המשנה השני לאחרון.<sup>244</sup> מפסק דינה ב־*Hutterian Brethren* ניתן להבין כי השינוי בעמדתה לעניין מיקום איזון הערכים התרחש בהשראתו של השופט ברק. הסתמכותה של מכלאכלין על עמדתו של השופט ברק חשובה משום שאף שהיא ציטטה אותו לעניין המבחן האחרון כמקום הייחודי להשוואת נזק לתועלת, נראה כי היא לא יישמה את גישתו במלואה.<sup>245</sup>

242 שם, בעמ' 596-597, 605-606.

243 שם, בעמ' 605-606.

244 המיעוט פטר את המדינה מהצורך להוכיח את מינימליות הפגיעה בשל התכלית החשובה של האמצעי לעומת הערך הנמוך של הזכות שנפגעה. מכלאכלין ציינה כי השוואה זו אינה רלוונטית למבחן המשנה השני אלא שייכת למבחן המשנה האחרון – שלב האיזון בין התועלות והנזקים של הפגיעה. פס"ד *RJR-MacDonald*, לעיל ה"ש 91, בעמ' 347.

245 Sara Weinrib, *The Emergence of the Third Step of the Oakes Test in Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 68 U.T.L.R. 77, 90 (2010) (להלן: Weinrib, (Third Step)).

לדוגמה, בפרשות בית סוריק ועדאלה (איחוד משפחות) צמצם השופט ברק מצד אחד את תפקידו של מבחן המשנה השני רק לבחינת אמצעים שיעילותם זהה, ומצד אחר הרחיב את מבחן המשנה האחרון באופן שיכלול את כימות התועלת והנזק היחסי בין האמצעי הנבחר לבין האמצעי שיעילותו ופגיעתו פחותות. במילים אחרות, השופט ברק השווה את הערך המוסף של האמצעי הנתקף לפגיעה הנוספת ממנו.<sup>246</sup> בפרשת *Hutterian Brethren* צומצם תפקידו של מבחן המשנה השני לפי המתכון שהציע ברק, אך מגד נעדרה ממבחן המשנה האחרון השוואה אמיתית בין האמצעים.<sup>247</sup> חוסר בתשתית הראייתית בדבר תרומת האמצעי הנתקף לתכלית הקשה על כימות הערך המוסף ממנו. במקום לדרוש, כהרגלה, ראיות משכנעות מהרשות, הסתפקה מכלאכלין בהיות הערך המוסף של האמצעי "ברור", לעומת "ספקולטיבי" בלבד.<sup>248</sup> עמידה על יעילות מרבית במבחן מינימליות הפגיעה, תוך הסתפקות בתוספת יעילות אמורפית במבחן המשנה השלישי, יצרה מצב שבו לא בחן בית המשפט את יעילותם היחסית של אמצעים חלופיים אף לא באחד מהשלבים.<sup>249</sup>

מלבד הסטייה מן המודל של ברק, סטה המהלך שעשתה מכלאכלין גם מהלכתו של בית המשפט הקנדי בנוגע להבחנה בין מבחן הקשר הרציונלי לבין מבחן המשנה האחרון. כזכור, לפי הלכת *Dagenais*, במסגרת מבחן המשנה האחרון בית המשפט אמור להתייחס לתועלת הספציפית הצפויה מהאמצעי, שהיא צפייה מבוססת.<sup>250</sup> זאת, שלא כמו מבחן הקשר הרציונלי שבו מסתפקים בפוטנציאל לתרומה כלשהי להשגת התכלית גם על בסיס ספקולטיבי. כפי שעלה בדיון על מבחן הקשר הרציונלי, ספק אם התשתית הראייתית שהציגה הרשות בפס"ד *Hutterian Brethren* העידה על תרומה "ברורה" מהאמצעי.<sup>251</sup> אולם מכלאכלין בחרה בריסון גם במבחן המשנה האחרון: "ממשלה אשר קובעת

- 246 פס"ד עדאלה (איחוד משפחות), לעיל ה"ש 90, פס' 88-92 לפסק דינו. ראו גם בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח (5) 807, פס' 58-80 לפסק דינו. ראו גם ספיר, לעיל 222, בעמ' 406-408.
- 247 Weinrib, Third Step, לעיל ה"ש 245, בעמ' 90.
- 248 פס"ד *Hutterian Brethren*, לעיל ה"ש 65, בעמ' 608.
- 249 Weinrib, Third Step, לעיל ה"ש 245, בעמ' 90.
- 250 פס"ד *Dagenais*, לעיל ה"ש 61, בעמ' 888-889.
- 251 פס"ד *Hutterian Brethren*, לעיל ה"ש 65, בעמ' 594-596.

חקיקה חברתית איננה חייבת להראות שהחקיקה תיצור את התועלות הצפויות בפועל. ניתן לדרוש מהמחוקק רק שהוא יקבע אמצעים אשר עשויים, על בסיס ההיגיון והראיות, להיות מועילים" [ההדגשה שלי].<sup>252</sup> גישה זו מבטלת את אחת התרומות החשובות של מבחן המשנה האחרון, שהיא בירור היקף התרומה הממשית הצפויה מהאמצעי.

לסיכום נקודה זו: גם אם פס"ד *Hutterian Brethren* מסמן ניסיון ראוי לקידום בהירות ושקיפות ביישום פסקת ההגבלה, אימוץ בחינה מצומצמת ומינימליסטית הן במסגרת המבחן הראשון והשני הן במסגרת המבחן השלישי, כאשר בשום שלב אין נערכת בחינה ממשית של חלופות, אינו נאמן לדרישות סעיף 1.

### תנאים כלליים ביישום פסקת ההגבלה

תת-חלק זה דן בשני תנאים חשובים המופיעים בסיפא של פסקת ההגבלה: הדרישה שההגבלה תהיה מוצדקת בחברה חופשית ודמוקרטית והדרישה שההצדקה תהיה בת הוכחה. תנאים אלו אינם מבחנים עצמאיים בבחינה החוקתית אלא דרישות על אשר חולשות על הבחינה החוקתית בכללותה.

#### (1) חברה חופשית ודמוקרטית

הדרישה כי ההגבלה תהלום חופשית ודמוקרטית, המצויה בסוף פסקת ההגבלה, מנוסחת כיסוד המכריע בשאלת הצדקת הפגיעה החוקתית. לפי השופט דיקסון בפס"ד *Oakes*, יסוד ההלימה האמור הוא הסטנדרט האולטימטיבי להגבלות על זכויות, והוא מיועד לכוון את תשומת לבו של בית המשפט לתכליתו של הצ'רטר.<sup>253</sup> בית המשפט לא פירש אותו בפס"ד *Oakes* כמבחן נפרד ועצמאי אלא כעקרון על שזוכה להתייחסות שכיחה בכל שלבי הבחינה של פסקת ההגבלה. בפסיקה מאוחרת יותר הובהר כי המונח מגלם בתוכו את החיבור בין שני התפקידים המתחרים של סעיף 1 – עיגון הזכות והגבלתה. חברה חופשית ודמוקרטית משקפת את המתחם המשותף לזכויות חוקתיות ולערכים מתחרים.<sup>254</sup>

252 שם, בעמ' 609.

253 פס"ד *Oakes*, לעיל ה"ש 7, בעמ' 136.

254 פס"ד *Keegstra*, לעיל ה"ש 68, בעמ' 736. ראו גם *Slaight Communications Inc. v.*

*Davidson* [1989] 1 S.C.R. 1038, 1056 (להלן: פס"ד *Slaight*).

הבהרה זו נשענת על הקביעה ב-*Oakes* כי המדרד לבחון אם הגבלה מקיימת את יסוד ההלימה הוא עמידה במבחני פסקת ההגבלה, קרי קיומה של תכלית חשובה שמטפלת בנושאים החשובים לחברה חופשית ודמוקרטית תוך עמידה במבחן המידתיות.<sup>255</sup>

אף על פי שיסוד ההלימה אינו נבדק כיסוד נפרד, ראה בית המשפט ב-*Oakes* צורך ליצוק למונח תוכן, שמא יהפוך לסיסמה ריקה ללא תרומה ממשית לניתוח פסקת ההגבלה. השופט דיקסון הציע רשימה לא ממצה של הערכים הגלומים במונח, ובין היתר: "כבוד האדם, מחויבות לצדק חברתי ושוויון, סובלנות כלפי מגוון רחב של אמונות, כבוד לזהות תרבותית וקיבוצית ואמון במוסדות חברתיים ופוליטיים אשר מקדמים השתתפות של פרטים וקבוצות בחברה".<sup>256</sup>

הדרישה כי ההגבלה תהלום חברה חופשית ודמוקרטית שימשה מקור השראה לפיתוח הגישה ההקשרית של בית המשפט. לפי גישה זו, על הבחינה החוקתית להיות רגישה לנסיבות המיוחדות של הפגיעה החוקתית. נקבע כי ערכים דמוקרטיים והדרישה לאיזון בין זכויות הפרט לבין מטרות ציבוריות מחייבים גישה הקשרית ליישום פסקת ההגבלה ולא גישה פורמליסטית.<sup>257</sup> בנוסף, בבואו לבחון את נסיבות ההקשר עצמן, כמו היקף הזכות וערכה היחסי, בית המשפט שם לנגד עיניו את יסוד ההלימה. אשר להיקף הזכות, לדוגמה, נקבע בפס"ד *Ford* שחברה חופשית ודמוקרטית תגן על ביטוי מסחרי כחלק מחופש הביטוי, כיוון שביטוי מסחרי משרת הגשמה עצמית ואוטונומיה אישית ובכך תורם לדמוקרטיה.<sup>258</sup> ברוח דומה, בפס"ד *Andrews*, שם התעוררה השאלה אם הזכות לשוויון כוללת בתוכה איסור אפליה על רקע אזרחות, סבר השופט לפורה כי הערכים המהותיים של חברה חופשית ודמוקרטית משתרעים גם על מהגרים ללא אזרחות. לפיכך קבע כי יש להכיר ב"אזרחות" כבסיס לאפליה.<sup>259</sup> אשר לערך היחסי של הזכות שנפגעה, יסוד ההלימה משמש מדרד לקביעת מידת

255 פס"ד *Oakes*, לעיל ה"ש 7, בעמ' 138-139.

256 שם, בעמ' 136.

257 פס"ד *Sharpe*, לעיל ה"ש 81, בעמ' 130. ראו גם פס"ד *Keegstra*, לעיל ה"ש 68, בעמ' 737-738.

258 פס"ד *Ford*, לעיל ה"ש 50, בעמ' 767.

259 197-143 S.C.R. [1989] *Andrews v. Law Society of British Columbia* (להלן: פס"ד *Andrews*).

ההגנה אשר תינתן לזכות בשל ערכה היחסי. בפס"ד *Keegstra* למשל, שרן בביטוי גזעני, נקבע כי זיקה קלושה בין ביטוי מסוים לבין הערכים הגלומים בחופש הביטוי וערכים אחרים של חברה חופשית ודמוקרטית תקל את הצדקת הפגיעה בביטוי.<sup>260</sup>

עם זאת יסוד ההלימה אינו מביא בהכרח למסקנות אחידות, כיוון שתפיסות שונות של מהות הדמוקרטיה יכולות להביא לחילוקי דעות באשר להיקף ההגנה. לדוגמה, בפס"ד *Sharpe* סברה דעת המיעוט כי פורנוגרפיית ילדים היא ביטוי "הנוקט אלימות" כלפי הערכים המהותיים של חברה חופשית ודמוקרטית,<sup>261</sup> ולכן היא זוכה להגנה מועטה. המיעוט הדגיש את ההיבטים הקהילתיים של הדמוקרטיה, כגון קידום שוויון וצדק חברתי לטובת קבוצות מוחלשות.<sup>262</sup> לעומת זאת הרוב הדגיש את זכות הפרט לביטוי כמרכיב חיוני לחופש ולדמוקרטיה.<sup>263</sup> מחלוקת הפרשנות לעניין המונח "חברה חופשית ודמוקרטית" תרמה לפער בהיקף מתחם ההערכה שנתנו שופטי הרוב והמיעוט למחוקק.<sup>264</sup>

## (2) הגבלה אשר הצדקתה בת הוכחה

בפס"ד *Oakes* קבע בית המשפט כי לשם הצדקת הפגיעה בזכות אין לדרוש סטנדרט הוכחה מעבר לספק סביר, העלול להכביד על הרשות יתר על מידה, ויש להסתפק בהוכחה על פי הסטנדרט האזרחי של מאזן ההסתברויות. עם זאת נקבע כי עמידה בסטנדרט האזרחי תיבחן בדיוקנות, בשל המשקל הכבד של זכויות חוקתיות. הרשות תידרש להציג הוכחות ברורות ומשכנעות, לפרט את השלכותיה של הטלת ההגבלה או אי-הטלתה וליידע את בית המשפט באשר לאמצעים חלופיים שעמדו לנגד עיניו של המחוקק בעת חקיקת החוק. הרשות

- 260 פס"ד *Keegstra*, לעיל ה"ש 68, בעמ' 760-762. ראו גם *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario* [1990] 2 S.C.R. 232, 247 (להלן: פס"ד *Rocket*).
- 261 פס"ד *Sharpe*, לעיל ה"ש 81, בעמ' 154.
- 262 שם, בעמ' 120.
- 263 שם, בעמ' 70.
- 264 שם, בעמ' 107-109, 120, 158-172. למחלוקת חופפת אשר ייתכן שתרמה אף היא לפער ראו להלן, "המעמד החוקתי של האינטרס המתחרה", בעמ' 303.

תידרש לעמוד במבחן המידתיות – שהוצג לראשונה בפרשה זו – לפי סטנדרט דווקני זה.<sup>265</sup>

חרף הסטנדרט התובעני שהוצב ב־*Oakes* להצדקת פגיעה בזכות חוקתית ריכך בית המשפט כמעט מיד את הדרישות להפעלת סעיף 1. לפי המלומד צ'ודרי (Choudhry), נסיגה זו נבעה מן הצורך להתמודד עם ראיות חברתיות־מדעיות,<sup>266</sup> או במילים אחרות "עובדות חקיקתיות", לעומת עובדות משפטיות.<sup>267</sup> בית המשפט הקנדי הסכים להכיר בראיות חברתיות־מדעיות כקבילות רק משנות השבעים, ונדרש להתמודד אתן בתדירות גבוהה רק מאז חקיקת הצ'רטר והגברת הדיון בשאלות של מדיניות חברתית.<sup>268</sup>

לפי צ'ודרי, מבחן *Oakes* המקורי, אשר דרש "הצדקה בת הוכחה", הניח גישה לאמת עובדתית אשר ניתנת להמחשה באמצעות ראיות אמפיריות וחד־משמעיות. הדרישות המחמירות של *Oakes* יצרו לבית המשפט בעיה מוסדית תמידית: כיצד ליישב את המתח האינהרנטי שבין הדרישה לראיות משכנעות לשם הצדקת הפגיעה בזכות חוקתית לכין המציאות של קביעת מדיניות בהסתמך על מידע חלקי. בית המשפט ניסה להתמודד עם הקושי בהורדת הרף הראייתי של הרשות ל"סבירות" מחד ובעמידה על הצגת בסיס עובדתי כלשהו מאידך.<sup>269</sup> בית המשפט קבע שהוא לא יחליף את השערת המחוקק בהשערתו שלו,<sup>270</sup> אך

265 פס"ד *Oakes*, לעיל ה"ש 7, בעמ' 137-138.

266 Choudhry, לעיל ה"ש 54, בעמ' 504, 524.

267 באנגלית: "legislative facts" לעומת "adjudicative facts". לפי מקפריליין, עובדות חקיקתיות עשויות לכלול ראיות חברתיות־מדעיות ודוחות פרלמנטריים, ואילו עובדות משפטיות הן עובדות הקשורות להליך מסוים. MacFarlane, לעיל ה"ש 51, בעמ' 83-84.

268 שם, בעמ' 84.

269 Choudhry, לעיל ה"ש 54, בעמ' 524-525.

270 בפס"ד *Suave* סבר השופט גונטייה (ברעת מיעוט) שגם אם בית המשפט מעדיף תפיסה פוליטית־חברתית שונה מזו שמגולמת במדיניותו של המחוקק, אין העדפה זו סותרת את חוקתיותו של האמצעי הנבחר, כל עוד תפיסת המחוקק, והגבלת הזכות הנובעת ממנה, סבירה בחברה חופשית ודמוקרטית. פס"ד *Suave*, לעיל ה"ש 184, בעמ' 558-559. אוזכר אצל MacFarlane, לעיל ה"ש 51, בעמ' 209.



מצפה שהמדינה תדאג להיקף ולאיכות של בסיס ראייתי, שבלעדיהם קשה לבחון סבירותה של מדיניות חברתית וקיומם של אמצעים חלופיים.<sup>271</sup>

לפי צ'ודרי, יש שאלה מרכזית נוספת שטרם קיבלה תשובה ראויה והיא איזה צד יוצא נפסד כאשר החלטתה של הרשות באה על רקע של אי-ודאות אמפירית. התשובה לשאלה תלויה לכאורה בשתי שאלות משנה: מיהו הנושא בנטל ההוכחה, ומיהו רמת ההוכחה שעליו לעמוד בה. מחד, טבעי שהרשות תישא בסיכון של אי-ודאות אמפירית כיוון שהיא פוגעת בזכות חוקתית. סעיף 1 דורש "הצדקה בת הוכחה" במפורש, ומאידך, מזכיר צ'ודרי, במציאות של מחקרים סותרים ומידע לא מושלם לא סביר לצפות שהרשות תמיד תוכל להוכיח שהאמצעי הנבחר אכן יצליח להגשים את התכלית המבוקשת ושאינן אמצעים פוגעניים פחות.<sup>272</sup> התלבטות זו לעניין זהות הנושא בנטל מתקשרת לדיון לעיל על היעילות היחסית של אמצעים ומוצאת ביטוי בפסיקותיה של השופטת מכלאכלין. בפרשת *RJR-MacDonald*, העובדה שהמדינה לא הוכיחה שאמצעי חלופי יעיל פחות היתה את הכף לטובת העותרים. לעומת זאת בפרשת *Hutterian Brethren*, היעדר הוכחה לעניין הערך המוסף של האמצעי הנבחר לא פעל לטובת העותרים.

פרשות אלו ממחישות שהמעבר מהסטנדרט הראייתי שנקבע ב-*Oakes* לסטנדרט גמיש יותר הביא לחוסר עקיבות בקביעת היקף ההקלות הראייתיות שיש להעניק לרשות. אמנם יש קונצנזוס רחב בבית המשפט בדבר הצורך בגמישות ראייתית והישענות על השכל הישר, אולם קיימת אי-הסכמה באשר לשאלה מתי יש להתגמש. אי-הסכמה זו יוצרת במקרים מסוימים מחלוקות וחוסר עקיבות.<sup>273</sup> לטענת צ'ודרי, איכות התשתית הראייתית מצויה בלב הוויכוח בין השופטים בהרבה מאוד פסקי דין בנושא הצ'רטר.<sup>274</sup> לעתים קרובות המחלוקות שמתעוררות בין השופטים נובעות מחוסר הסכמה עובדתי, הן באשר לטיב הבעיה החברתית הן לעניין האפקטיביות של האמצעים שנבחרו.<sup>275</sup> לפי צ'ודרי, בית המשפט טרם

- 271 Frank Iacobucci, *The Charter: Twenty Years Later* 19 S.C.L.R. 405 (2003). אוזכר  
 אצל MacFarlane, לעיל ה"ש 51, בעמ' 215.
- 272 Choudhry, לעיל ה"ש 54, בעמ' 525-526.
- 273 שם, בעמ' 528-527.
- 274 שם, בעמ' 504, 524.
- 275 צ'ודרי מציג את פס"ד *RJR-MacDonald* ואת פס"ד *Thomson* כדוגמאות פרדיגמטיות.  
 שם, בעמ' 527, 529.

הצליח לאמץ גישה עקיבה ליישוב המתח בין הדרישה להצדקה "בת הוכחה" לבין מציאות של חסרים ראייתיים.<sup>276</sup>

כפי שנראה מיד, בחינת ההקשר הקונקרטי של העתירה עוזרת לבית המשפט להכריע באילו מקרים יש להתעקש על תשתית ראייתית מוצקה, ומתי יש להסתפק בתשתית חסרה או שנויה במחלוקת. עם זאת אין מדובר בתרופת פלא הפותרת את הבעיה.

## 5. הקשר

בחלק זה אעמוד על "גישת ההקשר" אשר מלווה את בית המשפט הקנדי בבחינה החוקתית. כבר בפס"ד *Oakes* ציין בית המשפט שאופן יישומו של מבחן המידתיות ישתנה לפי נסיבות המקרה, או במילים אחרות – לפי ההקשר. אולם באותה נשימה הציע בית המשפט מבחן אחד ותובעני להצדקת פגיעה בזכות. ראינו כי בית המשפט סטה מסטנדרט ההוכחה שנקבע ב-*Oakes*, וכי הסבר אחד נתון בקשיים ראייתיים. הסבר נוסף הוא שבית המשפט הבין שבעולם של נסיבות משתנות אין להפעיל את מבחני *Oakes* הפעלה מכנית, אלא יש לקבוע את מידת ההתערבות השיפוטית לפי קריטריונים מסוימים.<sup>277</sup>

קריטריונים אלו הוצעו לראשונה בפס"ד *Irwin Toy* במסגרת מבחן המשנה השני – מינימליות הפגיעה – וסימנו לבית המשפט באילו קטגוריות של מקרים יש לנהוג בריסון ולהסתפק ב"בסיס סביר" לבחירתו של האמצעי שפגיעתו פחותה.<sup>278</sup> הקריטריונים כללו את הגבולות המוסדיים ואת מומחיותה היחסית של הרשות השופטת בתחום הנידון לעומת זו של המחוקק, את קיומם של אינטרסים מתנגשים בין פרטים, את תפקידה ההגנתי של החקיקה כלפי קבוצות אוכלוסייה פגיעות, הקצאת משאבים מוגבלים וקשיים ראייתיים.<sup>279</sup> עם הזמן

276 שם, בעמ' 530.

277 שם, שם.

278 שם, בעמ' 511. ראו גם פס"ד *Irwin Toy*, לעיל ה"ש 103, בעמ' 993-994.

279 פס"ד *Irwin Toy*, לעיל ה"ש 103, בעמ' 993-994.

כונתה בחינת הקריטריונים ניתוח ה"הקשר".<sup>280</sup> לפי גישת ההקשר, יש להביא בחשבון כמה שיקולים אשר מהווים יחד את ההקשר שבו מתרחשת התחרות בין הזכות לאינטרס המתחרה. שיקולים אלו עשויים להשפיע על האופן שבו בית המשפט מפעיל את מבחני פסקת ההגבלה בכללותם או בשלבים מסוימים.<sup>281</sup> נוסף על השיקולים שנמנו בפס"ד *Irwin Toy*, ההקשר עשוי לכלול את הערך היחסי של הזכות הנפגעת, כלומר קרבתה לליבת הזכות שהצ'רטר בא להגן עליה,<sup>282</sup> ואת המעמד הנורמטיבי של האינטרס המתחרה.<sup>283</sup> בית המשפט לא נתן אינדיקציה ברורה לעניין המשקל היחסי של שיקולים אלו בבחינה הכוללת אלא הדגיש גמישות ורגישות לנסיבות הקונקרטיות בניתוח ההקשר.<sup>284</sup>

#### א. קריטריונים בניתוח ההקשר

אציג את הקריטריונים המרכזיים אשר מנחים את בית המשפט הקנדי בניתוח ההקשר שבו מתרחשת הפגיעה החוקתית.

##### (1) יתרון מוסדי/מומחיות

בפס"ד *Irwin Toy* הבחין בית המשפט בין מידת מומחיותו של בית המשפט בחקיקה פלילית ובחקיקה שמטפלת בתפקודה של המערכת השיפוטית לבין חקיקה שקשורה למדיניות חברתית-כלכלית. בחקיקה מהסוג הראשון בית המשפט יודע לבחון ברמת ודאות גבוהה אם נבחרו האמצעים שפגיעתם היא הפחותה ביותר לשם השגת התכלית, ואילו בסוג השני על בית המשפט להתחשב בתפקידו הייצוגי של המחוקק, שדרכו הציבור נושא יחד באחריות לקבלת החלטות

280 Choudhry, לעיל ה"ש 54, בעמ' 521. ראו גם פס"ד *Thomson*, לעיל ה"ש 135, בעמ' 943-942.

281 על נקודה אחרונה זו יש חילוקי דעות. ראו את המחלוקת בין השופט קורי לשופטת מכלאכלין בפס"ד *Lucas*. *Lucas*, 439, 486-488 1 S.C.R. [1998] R. v. Lucas (להלן: פס"ד *Lucas*).

282 Choudhry, לעיל ה"ש 54, בעמ' 514.

283 פס"ד *Keegstra*, לעיל ה"ש 68, בעמ' 756-758, 787.

284 *Ross v. New Brunswick School District No. 15* [1996] 1 S.C.R. 825, 872 (להלן: פס"ד *Ross*).

מדיניות קשות.<sup>285</sup> הבחנה זו הפכה לאקסיומה בפסיקה. בפס"ד *RJR-MacDonald* הרחיב השופט לפורה ואמר כי בית המשפט מומחה בהגנה על חירות האדם ובפרשנות החוק, ולכן מוכשר בהפעלת ביקורת שיפוטית על חקיקה פלילית. לעומת זאת כשמדובר בקביעת מדיניות, המחוקק, המורכב מנבחרי ציבור, מחזיק במשאבים המוסדיים שמאפשרים איסוף וניתוח של ראיות מדעיות-חברתיות, גישור בין אינטרסים מתנגשים והגנה על קבוצות חלשות. בשל הברלים מוסדיים אלו יתערב בית המשפט בחקיקה חברתית פחות משיתערב בחקיקה פלילית.<sup>286</sup> הבחנה גורפת זו ספגה ביקורת. לפי ויניריב, לא רק שהצ'רטור לא אישר ואף לא רמז על הבחנה זו, אלא שהבחנה גם אינה ישימה במציאות, היות שלעיתים קרובות החקיקה הפלילית הנתקפת מערבת גם סוגיות חברתיות-כלכליות.<sup>287</sup> ויניריב מוסיפה כי הצ'רטור עצמו הוא חקיקה חברתית שמייצגת את האיזון שבחר המחוקק לאחר דיונים ארוכים ובהשתתפות פעילה של הציבור. לפיכך אין סיבה לנהוג בריסון כלפי חקיקה חברתית רגילה, שהליך חקיקתה זניח ביחס ליסודיות ולשיתופיות שאפיינו את הליך חקיקת הצ'רטור, ומנגד לסייג את היקף תחולתו ומשמעותו של הצ'רטור כלפי חקיקה חברתית-כלכלית.<sup>288</sup>

## (2) זהות "יריבו" של העותר

קריטריון זה מבחין בין סכסוך בין הפרט למדינה מחד לסכסוך בין הפרט לפרטים אחרים בחברה מאידך. הוא חופף את הקריטריון הקודם, והוא נימוק נוסף בעד התערבות מקיפה יותר בחקיקה פלילית לעומת תחומים אחרים. בהקשר הפלילי בית המשפט רואה במדינה את היריב היחיד של הפרט שזכותו נפגעה, ואילו בהקשרים חברתיים-כלכליים יש תחרות בין קבוצות שונות או בין

285 פס"ד *Irwin Toy*, לעיל ה"ש 103, בעמ' 993-994.

286 השופט לפורה כתב את דעת המיעוט, אך עמדתו אושררה פה אחד בבית המשפט בפס"ד *Libman* (לעיל ה"ש 194, בעמ' 606). כפי שיוצג בתת-חלק הבא, השופטת מכלאכלין, ברעת רוב, קיבלה את ההבחנה בהסתייגויות ומיקדה את הביקורת שלה בריסון היתר (לטעמה) שנקט המיעוט בשל ההבחנה. פס"ד *RJR-MacDonald*, לעיל ה"ש 91, בעמ' 276-277, 331-333.

287 *Weinrib, Canada's Charter*, לעיל ה"ש 45, בעמ' 165. השופטת מכלאכלין העלתה קושי יישומי זה בפס"ד *RJR-MacDonald* (ראו להלן בתת-חלק הבא).

288 *Weinrib, Canada's Charter*, לעיל ה"ש 45, בעמ' 169-170.

אינדיווידואלים שונים בחברה, והמדינה מייצגת את האינטרסים של הפרטים שלמענם זכותו של העותר נפגעה. בקטגוריה השנייה, סובר בית המשפט, קבלת העתירה אינה רק מנחילה הפסד למדינה אלא גם מטילה עלות מוחשית על קבוצת הפרטים המתחרה. הפעלת ביקורת שיפוטית בהקשרים חברתיים דורשת איזון בין האינטרסים של קבוצות מתחרות. איזון כזה הוא מתפקידו הטבעי של המחוקק.<sup>289</sup>

בפס"ד *Dunmore* קבע בית המשפט שהוא יתערב בחקיקה שמבוססת על איזון בין ערכים מורכבים ועל שיקולי מדיניות רק בנסיבות שבהן ערך מהותי מזה שהחקיקה מקדמת נפגע במידה כזו שחברה דמוקרטית לא תוכל להשלים עמה. עם זאת בית המשפט הבהיר שהעובדה שמדובר במדיניות מורכבת איננה מצדיקה כלשעצמה יישום מקל של מבחן המידתיות, ויש לבחון אלמנטים הקשורים נוספים כדי לקבוע את מידת הריסון השיפוטי.<sup>290</sup> באותה פרשה קבע בית המשפט כלא חוקתי סעיף שפגע בזכות ההתאגדות של עובדי חקלאות אף שדובר במדיניות כלכלית מורכבת שניסתה לחזק סקטור כלכלי מסוים.<sup>291</sup>

בפס"ד *Libman*, שם נדונה הגבלת הוצאות פוליטיות של גופים פרטיים במסגרת קמפיין למשאל עם, חזר בית המשפט על עמדתו המוכרת. חוק משאל העם קבע כי במסגרת משאל עם יוקמו ועדות לאומיות רשמיות, וכל ועדה תקדם אפשרות אחרת העומדת לבחירה במשאל העם. לכל ועדה תינתן "קרן משאל עם" שממנה היא תוכל למשוך כספים לצורך "עלויות מוסדרות" – הוצאות על מוצרים או שירותים אשר מקדמים את עמדת הוועדה, כגון הוצאה על כתבה בעיתון או תשדיר ברדיו.<sup>292</sup> הגבלתן והסדרתן של ההוצאות הללו נועדו להבטיח שוויון הזדמנויות בין האפשרויות השונות במשאל העם, או במילים אחרות: למנוע מצב שבו האמצעים הכלכליים העומדים לרשותו של כל צד הם

289 פס"ד *Irwin Toy*, לעיל ה"ש 103, בעמ' 993-994. ראו גם את דעתו של השופט לפורה בפס"ד *RJR-MacDonald*, לעיל ה"ש 91, בעמ' 276-277; ואת Choudhry, לעיל ה"ש 54, בעמ' 512-513.

290 ארבעת האלמנטים שמנה בית המשפט הם ניסיונו של המחוקק לאזן בין אינטרסים מתנגשים, הגנה על קבוצה מוחלשת, הבחירה באמצעי שיעילותו אינה ניתנת להוכחה אמפירית והערך הנמוך של הזכות שנפגעה. פס"ד *Dunmore*, לעיל ה"ש 91, בעמ' 1071-1072.

291 שם, בעמ' 1029-1030.

292 פס"ד *Libman*, לעיל ה"ש 194, בעמ' 576-582.

שקובעים את התוצאות. לשם כך נקבע כי רק הוועדות הרשמיות או קבוצות שמשתייכות לוועדות אלו רשאיות להוציא כספים על "עלויות מוסדרות". גוף פרטי – אדם פרטי או קבוצה – הרוצה לקדם עמדה כלשהי (כגון אפשרות חלופית או מניעה מהצבעה), אך אינו יכול או אינו מעוניין להצטרף או להשתייך לוועדה רשמית, אינו רשאי להוציא כספים על "עלויות מוכרות".<sup>293</sup> זאת, בשל החשש כי מערכה עצמאית יש בה כדי להשפיע, אף אם בעקיפין, על תוצאות המשאל.<sup>294</sup> חבר פרלמנט במחוז קוובק עתר נגד ההגבלה על גורמים פרטיים בטענו לפגיעה בחופש הביטוי.<sup>295</sup> בית המשפט הכיר בפגיעה בחופש הביטוי של גורמים פרטיים, אך קבע כי בתחומים חברתיים, כלכליים ופוליטיים, כאשר המחוקק מנסה ליישב בין אינטרסים מתנגשים, על בית המשפט לנהוג בריסון כלפי בחירתו של המחוקק, בהיות המחוקק מתאים יותר לקבל החלטות מסוג זה.<sup>296</sup> בית המשפט קבע שהוא יבדוק רק שהאמצעים שנבחרו סבירים ויתערב רק אם קיימים אמצעים מתאימים יותר במובהק.<sup>297</sup> בפועל, חרף הרטוריקה השמרנית הביאו הערך הגבוה של הזכות שנפגעה והיקף הפגיעה (רכיבים נוספים של ההקשר) לפסילת הסעיפים הפוגעניים.<sup>298</sup>

מורכבותו של ההקשר החברתי-כלכלי הביאה את בית המשפט לפסוק כי ניתן להסתפק בתשתית ראייתית מצומצמת יותר מצד הרשות. הסתפקות זו הביאה את בית המשפט לשאול עד כמה ניתן להתערב בהכרעתו של בית משפט קמא ברבר אי-חוקתיות החקיקה בשל היעדר תשתית ראייתית משכנעת תוך סטייה מהכלל הרגיל שלפיו ערכאת הערעור נמנעת מהתערבות בממצאים עובדתיים של הערכאה הקודמת. בתשובה לשאלה זו העירה השופטת מכלאכלין בפס"ד *RJR-MacDonald*, שככלל מרחב ההתערבות של ערכאות הערעור במסקנותיו של בית משפט קמא בנושאים חוקתיים רחב מזה שבנושאים לבר-חוקתיים, כיוון שאת הפגיעות בזכויות חוקתיות יש לבחון על רקע שיקולים חברתיים, כלכליים ופוליטיים ולא על רקע מידע מדעי-סטטיסטי בלבד. יתר על כן, לעמדתה, ייתכן

293 שם, בעמ' 593-594.

294 שם, בעמ' 603.

295 שם, בעמ' 590.

296 שם, בעמ' 605-606.

297 שם, בעמ' 607.

298 שם, בעמ' 616-617, 621.

שניתן להתערב במסקנות שהתבססו על ראיות מדעיות-חברתיות יותר משניתן להתערב באלה שהתבססו על ראיות עובדתיות טהורות.<sup>299</sup> במקרה הספציפי הסכימה מכלאכליין עם דעת המיעוט שבית משפט קמא טעה כשסירב לקבל את עמדת המדינה בדבר קיומו של קשר רציונלי. בנסיבות המקרה היה מספיק להפעיל היגיון בריא כדי לפצות על תשתית ראייתית עמומה.<sup>300</sup> אולם היא לא ראתה מקום להתערב בהחלטת בית משפט קמא במבחן המשנה השני, כאשר לא הובאו ראיות כלל להוכיח שהאמצעי שנבחר הוא הפוגעני פחות מכל האפשרויות האחרות.<sup>301</sup>

תמיכתה של השופטת מכלאכליין בהבחנה בין חקיקה פלילית לחקיקה חברתית-כלכלית היא אמביוולנטית. באותו פסק דין ביקרה השופטת מכלאכליין הבחנה זו ואמרה שהיא קשה ליישום משום שלא תמיד היא מדויקת. ראשית, גם חקיקה פלילית עוסקת לפעמים באיזון בין אינטרסים של פרטים: של הנאשם מחד ושל הקרבן מאידך.<sup>302</sup> ייתכן שהחקיקה מגנה על ציבור רחב של קרבנות כרוניים, כפי שהפללת עברות מין מגנה בעיקר על נשים ועל ילדים.<sup>303</sup> שנית, יש חקיקה שניתן לסווגה כפלילית, כי היא כוללת סנקציות פליליות, ובד בבד לסווגה כחברתית, כי היא מקדמת ערכים חברתיים מסוימים. בפס"ד *RJR-MacDonald*, לדוגמה, נדון איסור פלילי על פרסום מוצרי טבק שנועד לקדם את הערך החברתי של בריאות הציבור. מכלאכליין הודתה שהאופי החברתי של החוק עשוי להצדיק מידה מסוימת של ריסון, אך אל לבית המשפט לזנוח את אחריותו בהפעלת ביקורת שיפוטית.<sup>304</sup>

ראיונות שנערכו עם כמה שופטים בבית המשפט העליון הקנדי העלו כי המחלוקת בנוגע לצדקתה של ההבחנה בין חקיקה פלילית לבין חקיקת מדיניות חברתית-כלכלית שרירה וקיימת. חלק מהשופטים ממשיכים לצדד בהבחנה זו

- 299 פס"ד *RJR-MacDonald*, לעיל ה"ש 91, בעמ' 334.
- 300 למעט סעיף אחד בחוק שלא עמד במבחן הקשר הרציונלי אף בהפעלת שכל ישר. שם, בעמ' 338-342.
- 301 יתר על כן, המדינה אף נמנעה מלהציג מסקנות של מחקר ממשלתי שבחן את האפקטיביות של חלופות אחרות, אולי במחדל מכוון. החוק סטה מהמלצת משרד הבריאות והרווחה, שהמליץ על הסדר קיצוני פחות. שם, בעמ' 338-339, 345.
- 302 שם, בעמ' 331-332.
- 303 Choudhry, לעיל ה"ש 54, בעמ' 520.
- 304 פס"ד *RJR-MacDonald*, לעיל ה"ש 91, בעמ' 331-332.

כשל הקשיים הראייתיים בנושאים חברתיים-כלכליים, אך אחרים סבורים או שההבחנה איננה שימושית או שהיא ממילא נשחקת בפסיקה.<sup>305</sup> בדרך כלל, ככל שהשופט מסופק יותר בדבר יכולתן של ראיות חברתיות-מדעיות להצביע על אמת אחת וברורה ובדבר יכולתו של בית המשפט להתמודד עם ראיות מסוג זה, כך הוא ייטה להיצמד להבחנה המסורתית ולנקוט ריסון כלפי מדיניות חברתית-כלכלית.<sup>306</sup> המחלוקת העמוקה בבית המשפט באשר למידת ההסתמכות המותרת על ראיות חברתיות-מדעיות, ומכאן באשר לרמת ההתערבות המוצדקת במדיניות חברתית, מוצאת ביטוי ביישום מבחני *Oakes*: מחקר משנת 2006 מצא שבתיקים שדנו במדיניות חברתית היה מספר המחלוקות בין השופטים ביישום פסקת ההגבלה כפול מבתיקים שדנו בחקיקה פלילית.<sup>307</sup>

### (3) הגנה על קבוצות פגיעות בחברה

בית המשפט רואה בהגנה על מיעוטים וקבוצות חלשות מטרה מהותית של הצ'רטר, ולכן נותן לשיקול זה תפקיד מרכזי ביישום סעיף 1. בדרך כלל שיקול ה"פגיעות" מתייחס למצב שבו מטרת החקיקה היא להגן על קבוצה חלשה, ויש בזה כדי להוביל את בית המשפט להטות את מבחן המידתיות לטובת הרשות. התחשבות בשיקול הפגיעות נראתה לראשונה בפס"ד *Edward Books*, כאשר בית המשפט אישר חוק שהבטיח יום חופש לעובדים חלשים באמצעות איסור על פתיחת עסקים מסחריים גדולים בימי ראשון. בתגובה לעתירתם של בעלי עסק יהודים שומרי שבת, שבעקבות החוק נאלצו לסגור את עסקם יומיים בשבוע, העיר בית המשפט כי על בתי משפט להקפיד שלא לאפשר את הפיכתו של הצ'רטר לכלי בידי בעלי כוח שיסייע להם להביא לפסילת חקיקה פרוגרסיבית המגנה על קבוצות חלשות.<sup>308</sup>

נוסף על עובדים במעמד כלכלי נמוך הכיר בית המשפט בילדים, בנשים ובמיעוטים דתיים וגזעיים כקבוצות מוחלשות אשר הגנת המחוקק עליהן

305 MacFarlane, לעיל ה"ש 51, בעמ' 218-222.

306 שם, בעמ' 219.

307 Barbara Billingsley, *Oakes at 100: A Snapshot of the Supreme Court's Application of the Oakes Test in Social Policy v. Criminal Policy Cases*, 35 S.C.L.R. 347 (2006).

אוזכר אצל MacFarlane, לעיל ה"ש 51, בעמ' 222.

308 פס"ד *Edward Books*, לעיל ה"ש 168, בעמ' 778-779.



תביא להתערבות פחותה מצדו. בפס"ד *Irwin Toy* למשל נמנע בית המשפט מהתערבות בחקיקה המגנה על ילדים מפני פרסומות מניפולטיביות חרף תשתית ראייתית חלקית בדבר הסיכון.<sup>309</sup> בפס"ד *Thomson* נקבע שכאשר רווחתן של קבוצות מוחלשות ופגיעות מבחינה היסטורית מצויה בסיכון, סולם הערכים הקנדי מחייב זהירות יתר, ולכן ניתן במקרים מסוימים להסתמך על "שכל ישר", בהיעדר ראיות מדעיות חד-משמעיות.<sup>310</sup> עם זאת לא די בהצבעה על פגיעות גרידא לצורך הרמת נטל ההוכחה: בפס"ד *Sharpe* אישר בית המשפט איסור שנועד להגן על ילדים מפני התופעה של פורנוגרפיית ילדים, אך הוציא מתחולת האיסור רכיבים שתורמתם לא הוכחה כחשובה מספיק בהשוואה לנזק.<sup>311</sup> המיעוט ביקש לאשר את האיסור בשלמותו משום שילדים נמנים עם הקבוצות הפגיעות ביותר בחברה. לעמדתו, שיקולי צדק חברתי ושוויון, וכן עקרונות דמוקרטיים וחוקתיים שלפיהם כל פרט בחברה זכאי לכבוד ולהשתתפות מלאה בחברה, מחייבים הגנה אקטיבית על קבוצות מוחלשות.<sup>312</sup>

לא תמיד בית המשפט מוכן לקבל את טענת הרשות שמדובר בקבוצה מוחלשת. בפס"ד *Thomson*, שם נדון חוק שאסר על פרסום סקרי בחירות שלושה ימים לפני הבחירות, קבע בית המשפט שציבור המצביעים אינו "קבוצה פגיעה" שזקוקה להגנה מניסיונות של חברות סקרים להשפיע על הצבעתם.<sup>313</sup> אמנם בית המשפט מוכן להכיר בקבוצות רחבות וכלליות כמו ילדים ונשים כקבוצות פגיעות, אך בפס"ד *Delisle* סברו שופטי המיעוט כי "הציבור הכללי" לא יזכה לאותו סיווג גם אם הוא אכן חשוף לסכנה מסוימת.<sup>314</sup> לפיהם, אין להכריע אם מדובר בקבוצה מוחלשת במנותק מההקשר הקונקרטי. לכן סיווגו שופטי המיעוט שוטרים שנמנעה מהם הזכות להתאגדות כקבוצה פגיעה, בנימוק כי גם אם שוטרים ככלל אינם קבוצה חלשה בחברה, ככובעים כמועסקים הם פגיעים יחסית למעסיקים.<sup>315</sup> הצורך ברגישות לנסיבות עלה גם בפס"ד *Edward Books*,

פס"ד <i>Irwin Toy</i> , לעיל ה"ש 103, בעמ' 992-985, 999-1000.	309
פס"ד <i>Thomson</i> , לעיל ה"ש 135, בעמ' 960-961.	310
פס"ד <i>Sharpe</i> , לעיל ה"ש 81, בעמ' 108-109.	311
שם, בעמ' 120.	312
פס"ד <i>Thomson</i> , לעיל ה"ש 135, בעמ' 961-962.	313
יוער כי הרוב לא התייחס לנקודה זו. פס"ד <i>Delisle</i> , לעיל ה"ש 116, בעמ' 1069-1070.	314
שם.	315

שתואר לעיל: גם הנפגעים מהחקיקה היו קבוצת מיעוט, ולכן לכאורה העדפת קבוצה פגיעה אחת (עובדים חלשים) מקבוצה פגיעה אחרת (מיעוט דתי) הייתה בעייתית. אך במקרה זה אופיו של המיעוט, יהודים במעמד חברתי-כלכלי גבוה,<sup>316</sup> לא הצדיק הגנה מיוחדת.

לעתים שיקול הפגיעות יכול להתייחס לקבוצת הנפגעים מהאמצעי הנתקף. כשמדובר בחקיקה גרסיבית אשר מיטיבה עם בעלי כוח על חשבון חלשים, שיקול ההגנה על חלשים עשוי להוביל את בית המשפט לכיוון ההפוך – הפחתת ריסון שיפוטי. בפס"ד *Delisle* קבעו שופטי המיעוט שחקיקה שמטרתה שימור חולשתם האינהרנטית של עובדים לא תזכה לריסון שיפוטי, והיא אף מזמינה ביקורת קפדנית.<sup>317</sup> בפס"ד *KMart* העיר בית המשפט שחקיקה שמנעה מחברים בארגון עובדים לחלק עלונים ללקוחות בדבר פגיעות בזכויותיהם בידי המעסיק, אינה מגנה על קבוצה מוחלשת, שהרי אין לתאר מעסיקים כקבוצה פגיעה או מוחלשת. נהפוך הוא, החקיקה נועדה להשתיק קבוצה מוחלשת של עובדים, ולכן אינה מזמינה ריסון.<sup>318</sup> בפס"ד *Dunmore*, שם נטען שחוק שפגע בזכות ההתאגדות של עובדי חקלאות נועד להגן על חוות משפחתיות קטנות, העיר בית המשפט שגם העותרים, עובדי חקלאות, הם קבוצה חלשה הזכאית להגנת המחוקק, ולכן שיקול הקשרי זה אינו תורם לריסון.<sup>319</sup>

לאור האמור ניתן לתהות מדוע בפס"ד *Hutterian Brethren*, שדן בחוק שפגע בחופש הדת של קבוצה דתית בשוליים של החברה, לא הזכיר כלל בית המשפט, כולל שופטי המיעוט, את קריטריון הפגיעות אף שהזכיר שיקולים אחרים בדיון על ריסון.

#### (4) חלוקת משאבים מוגבלים

בית המשפט הקנדי אינו ממהר להתערב בהחלטת המחוקק בדבר אופן חלוקתם של משאבים מוגבלים. בית המשפט מעניק לרשות מרחב תמרון להחליט כיצד

316 כזכור, החקיקה פגעה רק בבעלי חנויות גדולות. פס"ד *Edward Books*, לעיל ה"ש 168, בעמ' 778-779.

317 פס"ד *Delisle*, לעיל ה"ש 116, בעמ' 1070.

318 U.F.C.W. Local 1518 v. KMart Canada Ltd. [1999] 2 S.C.R. 1,083, 1127-1128 (להלן: פס"ד *KMart*).

319 פס"ד *Dunmore*, לעיל ה"ש 91, בעמ' 1072.

לחלק את תקציביה, בייחוד כאשר הנהנים מהמדיניות הם קבוצות מוחלשות.<sup>320</sup> השיקול עשוי להיות רלוונטי להקשר גם כאשר המשאב המוגבל אינו כלכלי. בפס"ד *McKinney* התבקש בית המשפט להכריע אם מדיניות אוניברסיטאית שחייבה את חברי הסגל לצאת לפנסיה בגיל 65 הביאה לפגיעה לא מידתית בשוויון על בסיס גיל. התכלית המרכזית של המדיניות הייתה להבטיח ריענון הסגל כדי לשמור על "רעננות" אקדמית. הרוב העיר כי ההחלטה כיצד לחלק משאבים מוגבלים (באותו עניין, משרות עבודה) מצדיקה הסתפקות בהוכחות חד-משמעיות פחות שהאמצעי שנבחר פגיעו פחותה.<sup>321</sup> השופטת וילסון, בדעת מיעוט, לא התרשמה מטיעון זה, כיוון שהנהנים מהמדיניות, אקדמאים צעירים, אינם קבוצה מוחלשת.<sup>322</sup> המחלוקת בין השופטים מעלה כי הקריטריונים ההקשריים מובילים לעתים למסקנות הפוכות. מצב של משאבים מוגבלים לא תמיד יביא לריסון שיפוטי כאשר קריטריונים אחרים מצדדים בהתערבות.

#### (5) הערך היחסי של הזכות

בית המשפט נוקט פרשנות תכליתית של הצ'רטר, ולפיה נקבע היקף ההגנה החוקתית ברוח הערכים שהצ'רטר נועד לקדם.<sup>323</sup> לכן הערך היחסי של הזכות הוא שיקול טבעי בכחינת ההקשר. חשוב להבחין בין בחינת הערך היחסי של אופן מימוש הזכות לבין בחינת הערך היחסי של הזכות עצמה. לדוגמה, השוואת הערך היחסי בין סוגים שונים של ביטוי שונה מהשוואה בין הערך היחסי של חופש הביטוי מחד לזכות לשוויון מאידך. כפי שציינתי קודם, הצ'רטר אינו קובע הייררכיה נורמטיבית בין הזכויות, ובית המשפט הקנדי סירב ליצור

320 פס"ד *Eldridge*, לעיל ה"ש 152, בעמ' 685-686. השוו לעמדת המיעוט של השופט לוי בפס"ד עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, שם הנפגעים מהאמצעי הנתקף היו קבוצה מוחלשת: "איננו נדרשים, ואף אין הדבר מתפקידנו, לקבוע עמדה באשר להגינה או תבונתה של המדיניות הכלכלית אותה מבקשת הממשלה לקדם". במקרה הקונקרטי השופט לוי דווקא תמך בהתערבות, כאשר מוחלשות הנפגעים הייתה שיקול מרכזי בעמדתו. בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד (ס) 464 (2005), פס' 4 לפסק דינו של השופט לוי.

321 *McKinney v. University of Guelph* [1990] 3 S.C.R. 229, 286-288 (להלן: פס"ד *McKinney*).

322 שם, בעמ' 403-404.

323 Choudhry, לעיל ה"ש 54, בעמ' 514.

היירכיה כזאת. לכן "הערך היחסי של הזכות" כחלק מבחינת ההקשר מתייחס רק להשוואה הראשונה, בין ערכן היחסי של דרכים שונות למימוש אותה זכות, כאשר דרך מסוימת הוגבלה. אשתמש בביטוי שבחר בית המשפט – "ערך הזכות" – חרף היותו לא מדויק, כאשר הכוונה תהיה לערכו של אופן המימוש של הזכות החוקתית.

ככל שממוש מסוים של הזכות החוקתית קרוב יותר ללכה של הזכות, כן יזכה הוא להגנה רבה יותר מפני הגבלה. לדוגמה, חוק שמגביל ביטויים פוליטיים יביא להתערבות שיפוטית רבה מזו שיביא חוק שמגביל ביטויים גזעניים, משום שהערך החברתי של ביטוי פוליטי קרוב לגרעין הזכות לחופש הביטוי, שמגלמת בתוכה עקרונות דמוקרטיים, ואילו הערך החברתי של ביטוי גזעני נמוך וסותר את רוחו של הצ'רטר.<sup>324</sup>

בית המשפט פיתח את גישתו בדבר ערך הזכות בעיקר בהקשר של פגיעה בחופש הביטוי,<sup>325</sup> ובמקרה זה בית המשפט שומר לרוב את בחינת ערכו של הביטוי לשלב ההצדקה לפי סעיף 1.<sup>326</sup> הביטוי היחיד שנמצא מחוץ להגנת סעיף 2(b) הוא ביטוי שמערב מעשה אלים, לרבות איום למעשה כזה.<sup>327</sup> כל ביטוי אחר – גזעני, מסית ומשפיל – גם אם אינו רצוי מבחינה חברתית, יזכה להגנה

324 פס"ד *Ross*, לעיל ה"ש 284, בעמ' 876-877. גם בית המשפט הישראלי מתחשב בערך החברתי של מימוש הזכות כבואו להחליט על מידת ההגנה שראוי להעניק. לפי השופטת דורנר בפס"ד ש.י.ג. – לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים, קריטריון בבחינה החוקתית של פגיעה בחופש הביטוי הוא מידת ההלימה בין אופן מימוש הזכות לבין "יסוד המטרות העומדות בבסיס חופש הביטוי [...] ככל שמגשים הביטוי מטרות אלה בצורה מלאה יותר, כן תגדל מידת ההגנה עליו". בג"ץ 5432/03 ש.י.ג. – לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65 (2004), פס' 13 לפסק דינה (להלן: עניין ש.י.ג. – לשוויון ייצוג נשים).

325 Choudhry, לעיל ה"ש 54, בעמ' 514.

326 פס"ד *Keegstra*, לעיל ה"ש 68, בעמ' 727-734.

327 בית המשפט התחבט לאורך השנים בשאלה אם איום לפגיעה פיזית חוסה תחת חופש הביטוי, ובפס"ד *Keegstra* ענה על כך בחיוב. רק לאחרונה נטש בית המשפט את עמדתו ב-*Keegstra* והחריג איום לפגיעה פיזית מגדר הזכות. ראו *R. v. Khawaja*. [2012] 3. S.C.R. 555, 585-586 (להלן: פס"ד *Khawaja*). אוזכר אצל Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 43, בעמ' 12.

ראשונית. לגישת בית המשפט, חברה דמוקרטית צריכה לסבול גם ביטויים שאינם משקפים את הדעה הרווחת ושאינם רצויים מבחינה חברתית.<sup>328</sup> אף שהמחוקק הוציא במתכוון זכויות כלכליות וקנייניות מהצ'דטר, הכיר בית המשפט בביטוי מסחרי כחוסה תחת חופש הביטוי. בפס"ד *Ford* נקבע שביטוי מסחרי מסייע לאנשים לקבל החלטות מודעות, וזהו היבט חשוב בהגשמה עצמית ובאוטונומיה אישית.<sup>329</sup> בפס"ד *Guignard* חזר בית המשפט על חשיבותו של ביטוי מסחרי לתפקוד השוק החופשי, המסתמך על נגישותו של מידע רב ומגוון לציבור.<sup>330</sup> עם זאת אפשר שביטוי מסחרי יזכה להגנה פחותה משיזכה לה ביטוי פוליטי. בית המשפט נמנע מלקבוע כלל חד-משמעי לעניין זה ומעדיף לבחון בכל מקרה לגופו עד כמה המניע שמאחורי הביטוי אכן כלכלי, או עד כמה הביטוי תורם לבחירות צרכניות מודעות,<sup>331</sup> או אם הוא חלק ממחאת עובדים.<sup>332</sup> בפס"ד *RJR-MacDonald* הודתה השופטת מכלאכלין שאפשר שביטוי מסחרי יזכה להגנה פחותה מביטוי אחר, אך הדגישה שגם ביטוי מסחרי הוא היבט יסודי בחברה חופשית ודמוקרטית, ופגיעתה בו דורשת הצדקה "טובה ומספקת".<sup>333</sup> בית המשפט בוחן את ערך הביטוי לפי סוגו או היקפו של הביטוי שהוגבל בחוק ולא לפי הביטוי הספציפי של העותר. בפס"ד *Zundel* נדון סעיף בקוד הפלילי שהגביל קשת רחבה של ביטויים שאפשר שכללה גם ביטוי בעל ערך

- 328 פס"ד *Ross*, לעיל ה"ש 284, בעמ' 864-865.
- 329 פס"ד *Ford*, לעיל ה"ש 50, בעמ' 762-763, 766-767.
- 330 פס"ד *Guignard*, לעיל ה"ש 176, בעמ' 483. בדומה לקביעה בפס"ד *Guignard*, העירה השופטת ביניש בעניין המפקד הלאומי כי "הביטוי המסחרי מגשים את זכות הציבור לקבלת מידע ומבטיח תחרות עסקית בין המפרסמים במסגרת שוק המוצרים והשירותים. הביטוח המסחרי אף מאפשר הגשמה עצמית של הפרט המפרסם ושל הציבור אליו מופנית הפרסומת". עם זאת ראתה השופטת ביניש בערך הביטוי קריטריון רלוונטי לקביעת מידת ההגנה על הזכות והעירה כי ביטוי מסחרי יזכה להגנה פחותה מזו שיזכה לה ביטוי שהוא קרוב יותר לגרעין הזכות. זאת, כיוון ש"הביטוי המסחרי אינו מגשים בעוצמה את מכלול הרציונאלים האפשריים לחופש הביטוי. כך למשל, הביטוי המסחרי אינו תורם באופן ישיר לשמירה על ההליך הדמוקרטי בהקשרו הפוליטי". פס"ד המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 90, פס' 5 לפסק דינה.
- 331 פס"ד *Rocket*, לעיל ה"ש 260, בעמ' 247.
- 332 ראו לדוגמה את פס"ד *KMart*, לעיל ה"ש 318, בעמ' 1104-1105. אוזכר אצל
- Choudhry*, לעיל ה"ש 54, בעמ' 518.
- 333 פס"ד *RJR-MacDonald*, לעיל ה"ש 91, בעמ' 349-350.

חברתי, אך הביטוי שהגבלתו הביאה לעתירה היה ביטוי שקרי ופוגעני. בית המשפט הבהיר שבבואו להתחשב בערך היחסי של הביטוי לא הביטוי של העותר הספציפי עומד לבחינה חוקתית, ואין להכניסו להקשר הרלוונטי להתייחסות בית המשפט. לכן על אף הערך החברתי האפסי של ביטויו של העותר הכריז בית המשפט על אי-חוקתיות הסעיף.<sup>334</sup>

באשר לחופש הדת, אמנם בית המשפט ממהר להכיר בפגיעה בזכות, אך יש פעולות דתיות שזכאיות להגנה פחותה לפי סעיף 1 בשל ערכן הנמוך. לדוגמה, בפס"ד *Ross* הסכים בית המשפט להכיר בחלוקת חומרי תעמולה על "קונספירציה יהודית נגד הנצרות" כפעולה שנובעת מאמונה דתית אשר זכאית להגנת הצ'רטר. עם זאת העיר בית המשפט שאמונה דתית שמשפילה או משמיצה אמונות דתיות אחרות חותרת תחת בסיס הזכות המוגנת – הענקת הזדמנות שווה לכולם להאמין לפי מצפונם – ומתנגשת עם שוויון ועם כבוד האדם, ערכים מנחים של הצ'רטר שלאורם בית המשפט בוחן את סעיף 1. התנגשות כזאת תצדיק בחינה מקלה יותר של סעיף 1.<sup>335</sup> אם כן, גם כאשר מימוש מסוים של חופש הדת נגוע בפסול מוסרי קשה, נמנע בית המשפט משלילה מראש של ההגנה החוקתית. בית המשפט בוחר לערוך בחינה מעמיקה וזהירה במסגרת סעיף 1, ובה הוא משקלל את הערך הנמוך של הפעולה הדתית אל מול היקף הפגיעה ומכלול הקריטריונים ההקשריים הרלוונטיים.<sup>336</sup>

מחקר אמפירי שעשה המלומד צ'ודרי ממחיש כי מבחינה סטטיסטית, ככל שהיקף הגדרתה של הזכות רחב יותר, בית המשפט נכון יותר לא לקבל את הצדקת הפגיעה ולהכשיל את האמצעי. לפי המחקר, מבין העתירות שבהן האמצעי הוכר כפוגע בחופש הביטוי, הרשות נכשלה בהצדקת הפגיעה לפי סעיף 1 בכ-55% מהמקרים. לעומת זאת בפגיעות בזכויות שהיקפן פורש פירוש צר יותר (הזכות לשוויון והזכות לחיים, לחופש ולביטחון אישי), הרשות נכשלה בהצדקת הפגיעה בכ-80% מהמקרים וביותר מ-90% מהמקרים, בהתאמה.<sup>337</sup> כלומר, הזכויות שפורשו פירוש צר זכו במסגרת פסקת ההגבלה להגנה רבה מזו שקיבלה הזכות שפורשה

334 פס"ד *Zundel*, לעיל ה"ש 63, בעמ' 774-775.

335 פס"ד *Ross*, לעיל ה"ש 284, בעמ' 836-837, 867-871, 878-879.

336 שם, בעמ' 870-871.

337 המחקר בחן את כל העתירות בנושא פגיעה בזכות הצ'רטר מ-1982 ל-2002. Sujit Choudhry & Claire E. Hunter, *Measuring Judicial Activism on the Supreme Court*

פירוש רחב, כיוון שהאחרונה כללה גם היבטים פריפריאליים יחסית של הזכות. מכאן נדמה כי ככל שההכרה בפגיעה מהירה יותר, כן תגבר חשיבותו של הערך היחסי של הזכות בניתוח ההקשרי לפי סעיף 1.

יש מחלוקת באילו מהשלבים של סעיף 1 יש להתחשב בערך הזכות. מחלוקת זו התעוררה בפס"ד *Lucas*, שם שקל השופט קורי את ערך הזכות בשלושה הקשרים: בהקדמתו לניתוח פסקת ההגבלה, במבחן מינימליות הפגיעה ובמבחן המידתיות במונח הצר.<sup>338</sup> השופטת מכלאלין סברה מנגד כי שקלול ערך הזכות אינו מתאים לכל השלבים, ויש בו כדי להביא לקביעה אפרוירית בדבר הצדקת הפגיעה. לדירה, על הרשות להוכיח את חשיבות התכלית החקיקתית, את הקשר הרציונלי שבין התכלית לבין האמצעי ואת מינימליות הפגיעה, וכל זאת מבלי להתחשב בערך היחסי של הזכות. בשלב בחינת התכלית יהיה טיב הזכות<sup>339</sup> רלוונטי רק אם יש בו להבהיר את התכלית החקיקתית ואת הבעיה החברתית ביסודה, ובדרך זו להעיד על חשיבות התכלית.<sup>340</sup> לדוגמה, בפס"ד *Lucas* אופיו הפוגעני של הביטוי שהוגבל (לשון הרע) העיד על תכליתו של איסור לשון הרע ועל חשיבותה של תכלית זו. גם כאשר קיימת זיקה בין טיב הזכות לבין התכלית, לפי השופטת מכלאלין, יהיה טיב הזכות רק חלק מבחינת התכלית.<sup>341</sup> מכאן ניתן להבין כי אין בטיב הזכות אלא לשפוך אור על התכלית, אך לא להביא לאישורה או לדחייתה. נדמה כי כאשר נעדרת זיקה בין טיב הזכות לבין התכלית החקיקתית, תתנגד השופטת מכלאלין להתחשבות כלשהי בערך הזכות במסגרת בחינת התכלית. מקרה כזה עלה בפרשת *Edward Books*, שם טיב הזכות שנפגעה – שמירת השבת כביטוי של חופש הדת – לא "הסביר" את הצורך בפגיעה (הגנה על עובדים חלשים). במצב כזה טיב הזכות אינו רלוונטי לבחינת התכלית.

*of Canada: A Comment on Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 48 McGill L.J. 525, 551

338 פס"ד *Lucas*, לעיל ה"ש 281, בעמ' 487-488.

339 השופטת משתמשת כאן במילה "טיב" במקום במילה "ערך", אך מהמשך דבריה נדמה כי המילים חלופיות.

340 פס"ד *Lucas*, לעיל ה"ש 281, בעמ' 488.

341 שם.

לדעת מכלאכלין, ערך הזכות לחלוטין לא רלוונטי למבחני הקשר הרציונלי ומינימליות הפגיעה, ורלוונטי עד מאוד למבחן המידתיות במובן הצר.<sup>342</sup> ואכן, מבחני התכלית, הקשר הרציונלי ומינימליות הפגיעה אמורים לבחון את התכלית עצמה או את היחס שבינה לבין האמצעי ולא להתמקד בתוכן הזכות שנפגעה.<sup>343</sup> דרכה של מכלאכלין מבטיחה שאפילו אופן מימוש של זכות אשר ראוי לגנאי, למשל ביטוי גזעני, לא יוגבל במידה גורפת ובכך מאלצת את המחוקק לבחור אמצעי מדויק גם להגבלה כזו.<sup>344</sup>

## (6) המעמד החוקתי של האינטרס המתחרה

אף שבית המשפט מסרב לקבוע הייררכיה בין זכויות חוקתיות ומעדיף לאזן ביניהן איזון אדי-הוקי בבחינת סעיף 1, המעמד החוקתי של האינטרס המתחרה הוא שיקול חשוב בבחינת ההקשר, בייחוד במסגרת שלב מינימליות הפגיעה, שם בדרך כלל נערך איזון הערכים. נקבע שביישום פסקת ההגבלה יש להכיר הכרה מלאה בזכויות אחרות המעוגנות בצ'רטור.<sup>345</sup> בפס"ד *Keegstra*, במסגרת בחינת סעיף 1, העמיד בית המשפט את הזכות לביטוי גזעני מול הזכות לשוויון של הקבוצה שנפגעה מאותו ביטוי.<sup>346</sup> גם בפס"ד *Sharpe*, שם נדון איסור פלילי נגד החזקת פורנוגרפיה ילדים, ציין המיעוט שבבחינת החוקתיות של הגבלה על חופש הביטוי לפי סעיף 1 יש להתחשב בזכות החוקתית המתחרה של הילדים לשוויון. לדעת המיעוט, ניסונו של המחוקק להגן על זכות חוקתית הצדיק יישום מרוסן יותר של מבחני *Oakes*.<sup>347</sup> אולם שלא כמיעוט, הרוב לא ניסח את האינטרס של הילדים בתור "זכות". המעמד הנורמטיבי הגבוה של הערך המתחרה שיחק אפוא תפקיד בבחינתו של המיעוט את ההקשר אך לא בבחינתו של הרוב. בנסיבות הקונקרטיות של פסק הדין לא

342 שם.

343 שם. שלא כמכלאכלין, השופטת דורנר סבורה שיש להתחשב בערך הזכות בכל אחד ממבחני המשנה של מבחן המידתיות. בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל ואח' נ' שר האוצר פ"ד נא (4) 367 (1997), פס' 5-8 לפסק דינה.

344 להרחבה ראו להלן הסעיף "מיקום הבחינה – היכן?", בעמ' 306.

345 *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor* [1990] 3 S.C.R. 892, 916-917. אוזכר אצל שופטי המיעוט בפס"ד *Sharpe*, לעיל ה"ש 81, בעמ' 146-147.

346 פס"ד *Keegstra*, לעיל ה"ש 68, בעמ' 756-758, 787.

347 פס"ד *Sharpe*, לעיל ה"ש 81, בעמ' 148.



ברור עד כמה הכדל זה תרם למסקנות ההפוכות שאליהן הגיעו הרוב מחד והמיעוט מאידך.<sup>348</sup> עם זאת יש בפס"ד *Sharpe* כדי ללמד כי הגדרת הערך המתחרה – כאינטרס או כזכות – עשויה להשפיע על יישום האיזון ותוצאותיו.

הערה אחרונה: המתח בין חקיקה השוואתית כמקור עזר ראייתי לבין ההקשר

בקנדה הרשות מרבה להפנות לחקיקה קיימת במדינות דמוקרטיות אחרות הדומה לאמצעי העומד למבחן, כאסמכתא לחוקיות האמצעי. חרף התמקדותו בהקשר ובנסיבות הקונקרטיות של העתירה בית המשפט מוכן לעתים לייחס משקל לחקיקה זרה, בייחוד במצב של חוסר ראייתי. בפס"ד *Lavoie* הסתמך הרוב על היגיון בריא לצד חקיקה זרה הדומה לחוק הנידון כדי להסיק קיומו של קשר רציונלי.<sup>349</sup> לעומת הרוב, השופטת מכלאכלין (בדעת מיעוט) העירה כי אין ללמוד על קשר רציונלי בהסתמך על רגולציה דומה במדינות אחרות ללא ראייה אחרת כלשהי כי החקיקה הזרה נועדה לקדם תכלית דומה לזו שהמחוקק הקנדי ניסה לקדם. במקרה הקונקרטי מצאה השופטת כי האמצעים במדינות הזרות נועדו למטרות שונות מזו של האמצעי הנתקף, ולכן אינם רלוונטים לניתוח.<sup>350</sup> בפס"ד *Zundel* דעת המיעוט היא שסברה כי חקיקה דומה במדינות אחרות יכולה להעיד על חשיבות התכלית אף שהיא לא תהיה שיקול מכריע לעניין חוקתיות האמצעי.<sup>351</sup> גם כאן שוני בפרשנות אותם חיקוקים זרים בין הרוב למיעוט, בעיקר לעניין תכליתו והיקפו של ההגבלות בחקיקה הזרה, הוביל למסקנות הפוכות.<sup>352</sup> אין הסכמה באשר לשאלה עד כמה נפוצה צריכה להיות חקיקה זרה דומה כדי לתמוך בחוקיות האמצעי הנתקף. בפס"ד *Butler* תמך קיומה של חקיקה דומה ברובן של מדינות דמוקרטיות אחרות במסקנת בית המשפט שהאמצעי הנתקף

348 נראה שהכרה באינטרס המתחרה כזכות חוקתית לא הייתה משפיעה על מסקנת הרוב. אמנם מבחינה טכנית הכריז הרוב על האמצעי הנתקף כלא חוקתי רק בשלב האחרון של מבחן המידתיות – שלב איזון הערכים – אך נראה כי קביעה זו נעשתה בשל גורפות יתר, ושעילת הקביעה קדמה לצורך לאזן בין הערך הגבוה של האינטרס המתחרה עם הערך הנמוך של הזכות הנפגעת. שם, בעמ' 104-105.

349 פס"ד *Lavoie*, לעיל ה"ש 144, בעמ' 818-819.

350 שם, בעמ' 787-788.

351 פס"ד *Zundel*, לעיל ה"ש 63, בעמ' 814.

352 שם, בעמ' 766-767.

נועד לתכלית ראויה.<sup>353</sup> אולם בפס"ד *Thomson* הסתמך המיעוט על קיומה של חקיקה דומה בכמה מדינות דמוקרטיות כחזוק נוסף לחשיבות התכלית. המיעוט סבר שכיוון שהחקיקה הנתקפת נועדה לטפל בתופעה חברתית חדשה, לא הכרחי שחקיקה דומה תמצא ברוב המדינות הדמוקרטיות, וניתן להסתפק בחקיקה שכבר קיימת כחזוק לטענת המדינה.<sup>354</sup> הרוב, לעומתו, סבר כי אין להיעזר בחקיקה של מדינות דמוקרטיות אחרות כאשר היא אינה בשימוש ברוב המדינות הדמוקרטיות ואף לא הוכח שהיא רלוונטית להקשר הקנדי.<sup>355</sup>

בשלושת פסקי הדין שהוזכרו לעיל השופטת מכלאכלין היא שדחתה את הניסיון להסתמך על חקיקה זרה. דחייתה זו מתיישבת עם עמידתה הכללית על תשתית ראייתית איתנה להצדקת פגיעה בזכות חוקתית.<sup>356</sup> בפס"ד *Charkaoui*, שם נדונה הגבלת הזכות להליך הוגן של חשוד בפעילות חבלנית, הצביעה מכלאכלין עצמה על הגבלות קשות פחות הקיימות בחקיקה זרה, אך רק לאחר שהצביעה על אמצעים חלופיים מקומיים שהמחישו את חוסר מידתיות האמצעי.<sup>357</sup> גישתה של מכלאכלין נראית ראויה: בלי להמעיט בערכה של הפנייה למשפט משווה, השימוש בו כדי להצדיק את חוקיות האמצעי הנתקף צריך להיעשות בזהירות המתבקשת, תוך בחינת התאמתו לשיטה המקומית. ייתכן שאמצעי שהוא חיוני ומידתי במדינה אחת אינו נדרש או אינו מתאים במדינה אחרת.<sup>358</sup> גישה זו מתיישבת עם הגישה ההקשרית שאימץ בית המשפט, שדורשת התמקדות בנסיבות הקונקרטיות של החברה נושא הדין.

פס"ד <i>Butler</i> , לעיל ה"ש 119, בעמ' 497.	353
פס"ד <i>Thomson</i> , לעיל ה"ש 135, בעמ' 911.	354
שם, בעמ' 965-966.	355
<i>Choudhry</i> , לעיל ה"ש 54, בעמ' 533.	356
פס"ד <i>Charkaoui</i> , לעיל ה"ש 217, בעמ' 392-400.	357
עמדה זו קיבלה ביטוי באמירתו של השופט חשין בעניין סטיישן פילם: "שיטת משפט הנהוגת בארץ פלונית, נמשלת היא לענף הצומח על עץ החיים-והדעת באותה ארץ [...] המשפט אינו אלא בכואה של חיי החברה והמדינה. ואם נקרב פנינו אל ראי של זרים, הלא נראה את פניהם שלהם ולא את פנינו שלנו?". באותה פרשה ההישענות על פסיקה זרה נעשתה לשם קביעת היקף ההגנה שיש להעניק לביטוי פורנוגרפי. בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ' (5) 661, פס' 43 לפסק דינו. ראו גם הערתו בעניין עדאלה (איחוד משפחות), לעיל ה"ש 90, פס' 71 לפסק דינו: "השימוש במשפט המשווה בענייננו – כבכל עניין – יש לעשותו	358

## ב. יישומה של גישת ההקשר

### (1) מיקום הבחינה – היכן?

אמנם בחינת ההקשר התפתחה במסגרת מבחן המשנה השני<sup>359</sup> – מינימליות הפגיעה – אך בפועל מיקומה של בחינת ההקשר אינו עקיב בפסיקה.<sup>360</sup> הסיבה היא שההקשר עשוי להיות רלוונטי בכל שלבי הבחינה, משום שהוא משפיע על מרחב שיקול הדעת שניתן לרשות להוכיח כל שלב.<sup>361</sup> עם זאת מרכז הכובד של בחינת ההקשר נמצא במסגרת איזון הערכים, שהוא הסתכלות כוללת ורחבה של כלל השיקולים בעד ונגד הפגיעה. כאמור, בפסיקה הקנדית איזון זה נערך בדרך כלל במבחן מינימליות הפגיעה.

אף שלרוב בחינת ההקשר נעשית בשלבי הבחינה של סעיף 1, לעתים ההקשר כבר נבחן מראש, כהקדמה לבחינת סעיף 1. בפס"ד *RJR-MacDonald*, עוד בטרם הגיע המיעוט לדון במבחן המידתיות, הוא כבר הכריע שבשל ההקשר, כולל האופי החברתי-כלכלי של האמצעי וכן הערך הנמוך של הזכות, ניתן להנמיך את סטנדרט ההוכחה הנדרש להצדקת הפגיעה ממאזן הסתברויות לסטנדרט של "סבירות". לעמדתו, "אין צורך במקרים כגון אלו" – קרי מקרים של מדיניות חברתית-כלכלית שמתאפיינים בחוסרים ראייתיים – "להוכיח קשר רציונלי על פי המאזן האזרחי. אלא די לרשות להוכיח כי היה לה 'בסיס סביר' להאמין בקיומו של קשר רציונלי".<sup>362</sup> בפרשת *Lucas* העירה השופטת מכלאכלין בדבר

---

ברגישות ובזהירות, תוך בירור מעמיק אם הסדרי משפט הנוהגים במדינה זו או אחרת תואמים הם לחוק בישראל ולמציאות החיים שאנו מתמודדים עימה".

359 Choudhry, לעיל ה"ש 54, בעמ' 511. ראו גם פס"ד *Irwin Toy*, לעיל ה"ש 103, בעמ' 994-993.

360 ראו לדוגמה פס"ד *Lucas*, לעיל ה"ש 281, בעמ' 486-487.

361 פס"ד *RJR-MacDonald*, לעיל ה"ש 91, בעמ' 272.

362 שם, בעמ' 290. הוסיף המיעוט כי ניתן לעמוד ב"בסיס סביר" זה תוך הפעלת שכל ישר. לפי השופטת מכלאכלין, שהייתה בדעת רוב, הורדת הרף הראיתי היא בעייתית כשלעצמה. מכלאכלין הבהירה שההקשר אינו מעלה ואינו מוריד את סטנדרט ההוכחה – אשר תמיד יהיה מאזן הסתברויות בכל המצבים ובכל שלבי הבחינה – אך יש בו כדי להשפיע על סוג הראיות שבהן יסתפק בית המשפט (השכל הישר לעומת הוכחות מדעיות). לעמדתה, ייתכן שבית המשפט יסתפק בשכל הישר גם בלי להוריד את רף ההוכחה ל"סבירות". שם, בעמ' 333.

הצורך להיזהר מניתוח ההקשר קודם לניתוח סעיף 1, כיוון שהורדת סטנדרט ההצדקה מראש, בשל תפיסתו הסובייקטיבית של השופט לגבי ההקשר (שם), ערך הזכות), חותרת תחת התרומה השיטתית של מבחני *Oakes*. במילים אחרות, בחינת ההקשר במנותק ממבחן המידתיות תוביל את בית המשפט לקביעת התוצאה מראש בלא נאמנות למבחני סעיף 1.<sup>363</sup>

גם כאשר ההקשר נבחן במסגרת שלבי סעיף 1 עצמו, לא תמיד נזהר בית המשפט שלא לאפשר להקשר לחתור תחת תפקידו הייחודי של כל אחד מהשליבים. לדוגמה, בפס"ד *RJR-MacDonald*, בעקבות בחינת ההקשר בפעם השנייה במסגרת מבחן מינימליות הפגיעה, פטר המיעוט את המדינה מלשכנע שהיא בחרה באמצעים שפגיעתם פחותה בשל ערכה הנמוך של הזכות,<sup>364</sup> אף שמדובר בשיקול הקשרי אשר אינו רלוונטי לשאלת קיומן של חלופות. השופט איאקובוצ'י (בדעת רוב) הסכים שההקשר חיוני לניתוח סעיף 1, ושהערך של הזכות ישפיע על מידת ההתאמה שנדרשת בין התכלית לאמצעי לצורך מבחן המשנה השני, אך הבהיר שההקשר אינו מייתר את הצורך בהתאמה.<sup>365</sup> נראה שביקורתם של השופטים מכלאכלין ואיאקובוצ'י במקומה. על אף חשיבותה של בחינת ההקשר, בשל היותה מורכבת ופתוחה לפרשנות, ראוי שהיא תשמש כלי עזר למבחני פסקת ההגבלה, ואין היא תחליף להם.

## (2) כשלים בהפעלת הקריטריונים

לכאורה, קיומם של קריטריונים מפורטים לעניין היקף הביקורת השיפוטית הראויה היה צריך לתרום לעקיבות ביישומם של מבחני *Oakes*. ואולם מאז שנקבעו הקריטריונים בפס"ד *Irwin Toy* עורר יישומם מחלוקות בין השופטים והביא לחוסר עקיבות בפסיקה.<sup>366</sup> בשל הסתמכות יתרה של השופטים על הקריטריונים התגלו כשלים, הן ברמה התאורטית הן ברמה היישומית. לעתים השיקולים התנגשו זה עם זה, ולעתים מתח פנימי בתוך אותו השיקול הוסיף אתגר. לדוגמה, היה קשה למדוד את ערך הזכות כאשר היה ניתן לתאר אותו

363 פס"ד *Lucas*, לעיל ה"ש 281, בעמ' 486-487.

364 פס"ד *RJR-MacDonald*, לעיל ה"ש 91, בעמ' 305-306.

365 שם, בעמ' 354.

366 Choudhry, לעיל ה"ש 54, בעמ' 503.

ביטוי פוליטי מחד ופוגעני מאידך.<sup>367</sup> בית המשפט גם חרג מהלכתו לעניין ההבחנה בין חקיקה פלילית לבין חקיקה כלכלית-חברתית אף במקרים שבהם עילת העתירה הייתה דומה מאוד לעתירות שבהן נקבעה ההלכה.<sup>368</sup> לטענת צ'ודרי, נדרש לבית המשפט כמעט עשור עד שוויתר בסופו של דבר על סיווג המקרה לקטגוריות הנוקשות שנקבעו בפס"ד *Irwin Toy* לטובת בחינה גמישה יותר של ההקשר.<sup>369</sup> בפס"ד *Thomson*, שלפי צ'ודרי הוא נקודת המפנה, נאמר כי אין קטגוריות נפרדות של מקרים שיביאו להורדתו או להעלאתו של הרף הראייתי להצדקה לפי סעיף 1, אלא שבית המשפט יתחשב בקריטריונים כבואו לקבוע אם הפגיעה מוצדקת על פי מאזן ההסתברויות.<sup>370</sup> במילים אחרות, אותם קריטריונים משמשים קווים מנחים ולא מכריעים.<sup>371</sup> לדעתי, גם קודם לכן נקט בית המשפט גישה הוליסטית, ואמירתו ב-*Thomson* הייתה למעשה הבהרת המצב הקיים ולא חידוש כפי שצ'ודרי מציג זאת.

לפי הוג, אותה הגמישות המאפיינת את בחינת ההקשר מביאה לחוסר ודאות משפטית ביישום סעיף 1, אך לדעתו זהו מצב שאי-אפשר למנעו.<sup>372</sup> אכן, אותם רכיבים הקשריים עשויים להוביל לניתוח ולתוצאה שונים לחלוטין בין שופטים שונים. דוגמה מובהקת לכך נמצאת בפס"ד *McKinney*, כאשר השופט לפורה (בדעת רוב) התמקד בתחרות על משאבים מוגבלים ובמורכבות של מדיניות חברתית-כלכלית כהצדקות לריסון,<sup>373</sup> ואילו השופטת וילסון, בדעת מיעוט, התמקדה בהיעדר קבוצה מוחלטת שדורשת הגנה ובהיעדר מגבלות תקציביות מוכחות כהצדקות להגנה דווקנית על הזכות הנפגעת.<sup>374</sup> קשה להתעלם מהרושם שלפיו שופטים נוטים לבחור את שיקוליהם ואת המיקוד בפרשנותם לאור

367	ראו לדוגמה פס"ד <i>Butler</i> (לעיל ה"ש 119) ופס"ד <i>Keegstra</i> (לעיל ה"ש 68). אוזכר שם, בעמ' 517.
368	שם, בעמ' 515-516.
369	שם, בעמ' 521.
370	פס"ד <i>Thomson</i> , לעיל ה"ש 135, בעמ' 939-943.
371	<i>Choudhry</i> , לעיל ה"ש 54, בעמ' 521.
372	<i>Hogg</i> , לעיל ה"ש 4, פרק 38, בעמ' 43.
373	פס"ד <i>McKinney</i> , לעיל ה"ש 321, בעמ' 314-315.
374	שם, בעמ' 403-404.

הנטיות האידאולוגיות שלהם: שני השופטים נתפסים כליברליים, אך השופטת וילסון במיוחד ידועה כמגנה נלהבת על זכויות הפרט.<sup>375</sup>

## 6. דיאלוג

חלק זה ידון ביחס שבין קיומו של "דיאלוג חוקתי" בין בית המשפט למחוקק לבין מידת דווקנותה של הבחינה החוקתית.

כדברי המלומדים הוג וואליסון בושל, ניתן לראות בביקורת שיפוטית מנגנון שיוצר "דיאלוג דמוקרטי" בין בית המשפט למחוקק,<sup>376</sup> כשהחלטות השיפוטיות אינן "סוף פסוק".<sup>377</sup> בדרך כלל פסילת חקיקה בבית המשפט איננה מונעת מהמחוקק להגיב בחקיקה חדשה אשר מקדמת את אותה תכלית אך בדרך מידתית יותר. תאורטית, המחוקק הקנדי יכול להגיב לפסילה גם באמצעות סעיף 33 לצ'רטר.<sup>378</sup> מבקרים רואים במטפורת הדיאלוג דרך מלאכותית של בית המשפט הקנדי להביע כבוד למחוקק, כדי להתחמק מהאשמות בדבר אקטיביזם שיפוטי. נטען כי הדיאלוג שבית המשפט מפאר איננו קיים במציאות, בין השאר כי פסקת ההתגברות אינה בשימוש וכן כי המחוקק מרבה להתייחס לקביעת בית המשפט כסוף פסוק ולאמץ את המלצותיו במקום להציע פתרון חקיקתי אחר.<sup>379</sup>

בית המשפט הקנדי מזכיר את מטפורת הדיאלוג בייחוד בעתירות נגד חקיקה שהיא "ניסיון שני" של המחוקק לאחר פסילה בעבר. הדיאלוג, או הדיאלוג כביכול, המתנהל בין שני המוסדות מתרכז במבחן המשנה השני – מינימליות הפגיעה – כיוון שבית המשפט בודק אם המחוקק הצליח למזער את הפגיעה

375 HIEBERT, לעיל ה"ש 3, בעמ' 66. ראו גם MacFarlane, לעיל ה"ש 51, בעמ' 104, 142-141. להרחבה על השפעתה של אידאולוגיה אישית על התנהגות שיפוטית בבית המשפט הקנדי ראו שם, בעמ' 89-107.

376 Peter Hogg & Allison Bushell, *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All)*, 35 O.H.L.J. 75 (1997).

377 BARAK, לעיל ה"ש 56, בעמ' 466.

378 HOGG, לעיל ה"ש 4, פרק 36, בעמ' 14.1.

379 MacFarlane, לעיל ה"ש 51, בעמ' 243-250.

המקורית.<sup>380</sup> מאמצו של המחוקק לצמצם את הפגיעה בפעם השנייה משפיע לעתים על מידת התערבותו של בית המשפט בחקיקה המתוקנת, אך גישתו של בית המשפט לעניין זה אינה עקיבה.<sup>381</sup>

דוגמה מובהקת להתחשבות בדיאלוג היא פס"ד *Mills*. כאמור, פרשה זו דנה בהסדרה חקיקתית של גישת נאשמים בעברות מיניות אל דוחות רפואיים וטיפולים חסויים של הקרבן כדי לאפשר לנאשם להתגונן במשפט. נושא זה, שעד אז לא זכה לטיפול סטטוטורי, הוסדר בעקבות ערעור של מורשע בפרשה קודמת (פס"ד *O'Connor*),<sup>382</sup> שטען כי אי-חשיפת דוחות אלו פגעה בזכותו להתגונן, המעוגנת בסעיף 7 לצ'רטר (הזכות לחיים, לחופש ולביטחון אישי). בתגובה לוואקום החקיקתי ששרר עד אז, אשר חשף הן את הנאשם הן את הקרבן לפגיעות בזכויותיהם החוקתיות, הציע בית המשפט למחוקק באותה פרשה קודמת לאמץ פרוצדורות לגילוי אשר יאזנו בין זכותו של הנאשם להתגונן לבין זכותו של הקרבן לפרטיות (המעוגנת בסעיף 8 לצ'רטר). ההסדר החקיקתי שבחר המחוקק לאחר פסק הדין הגביל את גישתו של הנאשם למסמכים למעלה מן המידה שעליה המליץ בית המשפט. עם זאת בפס"ד *Mills*, שם נתקף ההסדר החדש בשל הפגיעה בזכותו של הנאשם להתגונן, החליט בית המשפט ליישר קו עם דעתו של המחוקק אף שהמחוקק לא העניק את היקף ההגנה לנאשם שעליו המליץ ב-*O'Connor*. בית המשפט הצביע על תהליך של התחשבות שהתקיים בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת בעיצוב החוק החדש, כאשר המחוקק התייחס לאמות המידה החוקתיות שקבע בית המשפט בפרשה המקורית. בית המשפט הדגיש כי אמות המידה שנקבעו ב-*O'Connor* אינן מתכון נוקשה, והמחוקק רשאי לסטות מהן ולמצוא איזון שונה כל עוד הוא מגן על הזכות החוקתית. בשל ה"שיח" שהתקיים בינו לבין המחוקק לא הכיר בית המשפט בפגיעה בזכותו

380 המלומד כריסטופר מנפרדי מסביר שחוק שנמצא לא חוקתי בגין תכלית לא חשובה או פסולה או בשל היעדר קשר רציונלי אינו יכול ליצור דיאלוג, כי החוק אינו בר-שיפור.

Manfredi, לעיל ה"ש 186, בעמ' 117. ראו גם MacFarlane, לעיל ה"ש 51, בעמ' 248.  
381 ראו גם MacFarlane, לעיל ה"ש 51, בעמ' 248; Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 36, בעמ' 17-14.2.

382 פס"ד *O'Connor*, לעיל ה"ש 83.

של העותר, ולא ניגש כלל לסעיף 1.<sup>383</sup> מבקרים מעירים כי ההסדר החקיקתי שבחר המחוקק לא היה פרי רעיונו שלו אלא אימוץ של המלצות המיעוט בפס"ד *O'Connor*, ולכן למעשה התנהל דיאלוג בין שופטי בית המשפט לבין עצמם ולא בין בית המשפט למחוקק.<sup>384</sup>

בפס"ד *Hall* התעוררה מחלוקת בין השופטים באשר למידת הריסון שיש להפעיל בבחינת חוק מתוקן. אותם שופטים שבפס"ד *Mills* הסכימו לא להתערב בחקיקה בשל קיומו של דיאלוג, מכלאכלין ואיאקובוצ'י, נחלקו הפעם בדעותיהם באשר למשקל שיש לתת לדיאלוג. בפרשה שקדמה ל-*Hall*, פס"ד *Morales*, נדון כזכור סעיף בקוד הפלילי אשר התיר שלילת בקשתו של נאשם לשחרור בערבות במקרים שבהם נדרשת הגנה על "האינטרס הציבורי" תוך פגיעה בזכות חוקתית על פי סעיף 11(e) לצ'רטר. לאחר שזיהה פגיעה בזכות, קבע בית המשפט כי עמימות העילה שעניינה "האינטרס הציבורי", גם אם אינה מצדיקה את פסילת האמצעי מכוח דוקטרינת העמימות, מביאה להיעדר קשר רציונלי, לפגיעה מיותרת ולחוסר מידתיות בין פגיעה זו לבין התועלת מהשלילה.<sup>385</sup> בפס"ד *Hall* הועמדו העילות החדשות שנחקקו בעקבות הפסילה – שלילת הבקשה להשתחרר בערבות בשל "כל סיבה מוצדקת" ובשל "שמירה על אמון הציבור במערכת המשפט" – לבחינה חוקתית. הפעם, שופטי בית המשפט הסכימו לפסול את העילה הראשונה בשל עמימותה,<sup>386</sup> אך נחלקו בדעותיהם לעניין העילה השנייה. מכלאכלין ראתה בניסיונו של המחוקק לצמצם את העמימות "דוגמה מצוינת" לדיאלוג אשר מצדיק ריסון.<sup>387</sup> מנגד, איאקובוצ'י ראה בעילה השנייה שחזור של עילת "האינטרס הציבורי" שנפסלה, באמצעות ניסוח עמום לא פחות ממנה. לשיטתו, המקרה אינו דוגמה לדיאלוג חוקתי אלא לשיבושו, וזאת בשל התעלמות המחוקק מאמות המידה שנקבעו בעניין העמימות בפרשה הקודמת.<sup>388</sup>

פס"ד <i>Mills</i> , לעיל ה"ש 84, בעמ' 745-746, 751. ראו גם Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 36, בעמ' 14.3.	383
MacFarlane, לעיל ה"ש 51, בעמ' 249.	384
פס"ד <i>Morales</i> , לעיל ה"ש 109, בעמ' 734-735.	385
פס"ד <i>Hall</i> , לעיל ה"ש 107, בעמ' 324-325, 354-355.	386
שם, בעמ' 333-334.	387
שם, בעמ' 369-370.	388



רק שבועות ספורים לאחר מכן, בפס"ד *Suave*, שדן כאמור בחוק מתוקן אשר שלל את זכותם של אסירים להצביע בבחירות פדרליות למשך תקופת המאסר, דווקא השופטת מכלאלכלין דחתה את טענות המדינה בדבר קיומו של דיאלוג חוקתי. החוק המקורי שנפסל שלל את זכות ההצבעה מכלל האסירים ללא קשר לאופי העברה או לאורך תקופת המאסר, ואילו החוק המתוקן צמצם את הפגיעה רק לאסירים שגזר דינם עולה על שנתיים.<sup>389</sup> השופטת מכלאלכלין העירה כי קיומו של דיאלוג בין השופט למחוקק אינו מבטיח כי הניסיון השני של המחוקק יוכשר, ויש לבחון כל הגבלה של זכות בקפדנות.<sup>390</sup> בחינה זו הובילה את מכלאלכלין להכרעה שגם החוק המתוקן אינו עומד בפסקת ההגבלה.<sup>391</sup> לעומתה, שופטי המיעוט הצביעו על קיומו של דיאלוג כסיבה לאפשר למחוקק את "המילה האחרונה" בקביעה מהי הגבלה סבירה של הזכות.<sup>392</sup> בפסק דין מאוחר יותר קבע בית המשפט פה אחד כי העובדה שהחוקיקה הנדונה היא תגובה לפסילה קודמת לא תשפיע על היקף הביקורת השיפוטית.<sup>393</sup>

מפרשיות אלו עולה כי גישת בית המשפט בדבר היקף הביקורת השיפוטית שיש להפעיל על "ניסיון שני" של המחוקק איננה ברורה. מראיונות עם כמה שופטי בית המשפט העליון נראה כי הדעה הרווחת היא שקיומו של דיאלוג בין בית המשפט למחוקק אינו מצדיק הנמכת הסטנדרטים בבחינה החוקתית, ושייתכן ששימוש יתר במטפורה זו בעבר הביא לבלבול בין הכרתו של בית המשפט בתפקידו של המחוקק לבין הכפפתו של בית המשפט למחוקק.<sup>394</sup> לפי הוג, גם אם בית המשפט אינו נותן לשיקול "הניסיון השני" להכריע את הכף בדבר היקף הביקורת, רוב הסיכויים שהחוק המתוקן יוכשר בבית המשפט, כי הוא ישקף את הפקת הלקחים של המחוקק בעקבות המלצותיו של בית המשפט.<sup>395</sup>

- 389 Hogg, **לעיל** ה"ש 4, פרק 36, בעמ' 15-16.
- 390 פס"ד *Suave*, **לעיל** ה"ש 184, בעמ' 538. להערכת מנפרדי, ככל הנראה הנימוקים של השופט איאקובוצ'י בפרשת *Hall* משכו את לבה של השופטת. Manfredi, **לעיל** ה"ש 186, בעמ' 122.
- 391 פס"ד *Suave*, **לעיל** ה"ש 184, בעמ' 542, 553, 556-557.
- 392 **שם**, בעמ' 576-577.
- 393 *Canada v. JTI-Macdonald Corp* [2007] 2 S.C.R. 610, 621
- 394 MacFarlane, **לעיל** ה"ש 51, בעמ' 256.
- 395 Hogg, **לעיל** ה"ש 4, פרק 36, בעמ' 17.

## 7. בחינת המידתיות בהחלטות מינהליות

חלק זה יסקור בקצרה את ההתפתחות בפסיקה הקנדית בנוגע לתחולתם של מבחני *Oakes* בביקורת שיפוטית על החלטות מינהליות.

מאז חקיקת הצ'רטר בית המשפט מתחבט באשר ליחס שבין הצ'רטר, ובייחוד פסקת ההגבלה שבו, לבין החלטות מינהליות.<sup>396</sup> אין ספק שהרשות המינהלית כפופה לערכים של הצ'רטר.<sup>397</sup> אם כן, כאשר החלטה מינהלית של שיקול דעת מערבת גם פגיעה בזכויות חוקתיות, מתעוררת השאלה אם יש להחליף את המסגרת המינהלית – שלפיה נבחנת סבירות – במסגרת החוקתית ולהחיל את מבחני *Oakes*.<sup>398</sup> הפסיקה הקנדית התאפיינה בחוסר עקיבות בשאלה זו,<sup>399</sup> אך ב-2012 הוכרע העניין בפס"ד *Dore*, לטובת אי-החלה של סעיף 1.

בפס"ד *Dore* נקבע כי יש לבחון החלטות מינהליות על פי סטנדרט של סבירות בלבד, אם כי סבירות "משוכללת" אשר מיישמת את ערכי הצ'רטר.<sup>400</sup> עמדת בית המשפט ב-*Dore* חורגת מן ההלכה המקורית בפסיקה שנקבעה ב-1989 בפס"ד *Slaight*, ולפיה יש להחיל את סעיף 1 על החלטות מינהליות.<sup>401</sup> ב-*Slaight* השאיר בית המשפט את קביעת היחס המדויק בין ביקורת שיפוטית של סבירות לביקורת שיפוטית חוקתית לפסיקה עתידית.<sup>402</sup> הלכת *Slaight* ספגה ביקורת שלפיה עקיפת המשפט המינהלי תביא להזנחת תחום עשיר של כלים ייחודיים שפותחו להתמודדות עם בעיות מינהליות ייחודיות. נטען גם כי השאלת כלים "ערכיים" מהמשפט החוקתי מעידה על הנחה מוטעית שלפיה המשפט המינהלי ריק מתוכן ערכי ועוסק רק בעניינים טכניים של סמכות.<sup>403</sup> על אף הביקורת הוסיף בית המשפט להחיל את סעיף 1 על החלטות מינהליות בשורה של פסקי

David Mullan, <i>Section 7 and</i>	396
Gratton, <i>לעיל</i> ה"ש 98, בעמ' 479-480. ראו גם	
<i>Administrative Law Deference: No Room at the Inn?</i> 34 S.C.L.R. 227, 229 (2006)	
Dore v. Barreau du Quebec [2012] 1 S.C.R. 395, 412	397
(להלן: פס"ד <i>Dore</i> ).	
שם, בעמ' 403.	398
Gratton, <i>לעיל</i> ה"ש 98, בעמ' 479-480.	399
פס"ד <i>Dore</i> , <i>לעיל</i> ה"ש 397, בעמ' 425-427.	400
פס"ד <i>Slaight</i> , <i>לעיל</i> ה"ש 254, בעמ' 1038, 1048-1049, 1081-1079.	401
שם, בעמ' 1049.	402
פס"ד <i>Dore</i> , <i>לעיל</i> ה"ש 397, בעמ' 413-414.	403

דין, כולל החלטת מועצת בית ספר להשעות מורה שהתבטא התבטאות גזענית<sup>404</sup> והחלטה מינהלית לא לספק מתורגמנים לחירשים בבתי החולים המחוזיים.<sup>405</sup> עם זאת היו גם סטיות רבות מהלכת *Slaight*, שבהן הסתפק בית המשפט בביקורת שיפוטית מינהלית רגילה.<sup>406</sup>

בפס"ד *Dore* העירה השופטת אבלה, שחיברה את פסק הדין, כי בית המשפט החיל את סעיף 1 על החלטה מינהלית בפעם האחרונה ב-2006, בפס"ד *Multani*,<sup>407</sup> שם נדונה החלטה של מועצת בית ספר שאסרה על תלמיד סיקי לחגור "קירפן", חרב מסורתית, מתחת לחולצתו כפי אמונתו הדתית. כאשר עלתה השאלה אם להחיל ביקורת שיפוטית חוקתית בגין הפגיעה בחופש דת, או אם יש להסתפק בביקורת שיפוטית מינהלית, אימץ הרוב גישה תכליתית לשאלת תחולת סעיף 1: מנקודת מבטו של התלמיד, אין הבדל אם הפגיעה נבעה מחוק או מהחלטה מינהלית.<sup>408</sup> לעומת זאת המיעוט (ובו השופטת אבלה) עמד על כך שהחלת סעיף 1 תגרום לשחיקת המשפט המינהלי, ושעל ההחלטה לעמוד במבחן של סבירות בלבד.<sup>409</sup> בפס"ד *Dore* ציינה השופטת אבלה כי קביעת הרוב ב-*Multani* ספגה ביקורת נוקבת באקדמיה, מהסיבות שהזכירו מבקרי הלכת *Slaight*, וכן שמאז פס"ד *Multani* ניכרת נטישה של הלכת *Slaight* ושל מבחן המידתיות.<sup>410</sup> השופטת אבלה הציעה אימוץ של דרישת הסבירות אשר מחייבת התחשבות בערכי הצ'רטר בעת הפעלת שיקול הדעת.<sup>411</sup> תפקידה של דרישה זו להבטיח שערכי הצ'רטר חודרים לתוך המשפט המינהלי ולביקורת השיפוטית, אך לא דרך הצינור של מבחן המידתיות.<sup>412</sup>

404	פס"ד <i>Ross</i> , לעיל ה"ש 284, בעמ' 871. אוזכר בפס"ד <i>Dore</i> , לעיל ה"ש 397, בעמ' 415.
405	פס"ד <i>Eldridge</i> , לעיל ה"ש 152, בעמ' 660, 684. אוזכר בפס"ד <i>Dore</i> , לעיל ה"ש 397, בעמ' 415.
406	שם, בעמ' 416.
407	שם.
408	Multani v. Commission Scolaire Marguerite-Bourgeoys [2006] 1 S.C.R. 256, 273-274 (להלן: פס"ד <i>Multani</i> ).
409	שם, בעמ' 310.
410	פס"ד <i>Dore</i> , לעיל ה"ש 397, בעמ' 416.
411	שם, בעמ' 416-417.
412	שם, בעמ' 417.

השופטת אבלה פירטה את הקשיים הטמונים בהחלת פסקת ההגבלה על החלטות מינהליות. לדעתה, חלק ממבחני *Oakes* אינם מתאימים לביקורת שיפוטית על הפעלת שיקול דעת מינהלי. ראשית, לגישתה, הדרישה המקדמית שהאמצעי הפוגעני "נקבע בחוק" אינה קיימת כשמדובר בהפעלת שיקול דעת מינהלי כיוון שלעמדתה "חוק" בסעיף 1 משמעותו נורמה שמיועדת לקהל רחב ולא החלטה מינהלית שמכוונת כלפי אינדיווידואלים.<sup>413</sup> בפס"ד *Multani* הסבירה השופטת (בדעת מיעוט) כי לעומת נורמה כללית, אשר פוגעת בזכות חוקתית כדי לקדם אינטרס קולקטיבי, ההכרעה המינהלית אינה בהכרח מיועדת לקדם אינטרס קולקטיבי. לגישתה, בשל ההבדל בייעודם של האמצעים הפוגעניים – נורמה כללית לעומת הכרעה מינהלית – לא נכון להכפיף את ההכרעה המינהלית למערך השיקולים בסעיף 1 כדי להצדיק פגיעה.<sup>414</sup> שנית, כאשר הטענה בדבר אי-חוקתיות אינה מופנית כלפי החוק המסמיך אלא רק כלפי ההחלטה בשיקול דעת, מתעורר קושי באיתור הרכיבים המנויים בסעיף 1 ובניתוחם בהיעדר נורמה שעומדת לפרשנות. בנוסף, לא ברור על מי מוטל הנטל לאתר אותם ולהוכיחם.<sup>415</sup> השופטת הזכירה גם נימוק מוסדי לאי-החלת מבחני *Oakes*, ולפיו הגורם המינהלי מתאים לקבל את ההחלטה הנתקפת יותר משמתאים לכך בית המשפט, הודות לקרבתו של הגורם המינהלי לעובדות הקונקרטיות והודות למומחיותו בעריכת איזונים בין שיקולים מתחרים בהקשר הנדון.<sup>416</sup> עוד נטען כי החלת פסקת ההגבלה על החלטה מינהלית תחייב את בית המשפט לקבל החלטות *de novo* בהחלטות מינהליות וטריבונליות קודמות רבות, והדבר עלול להביא להתערבות יתר של המערכת השיפוטית בתהליכים מינהליים.<sup>417</sup>

חלק מנימוקים אלו אינם מובנים מאליהם. השופטת אבלה ביססה את החלטתה על כמה פסקי דין שבהם נקבע כי פסקת ההגבלה איננה הכלי המתאים לבחון פגיעה חוקתית.<sup>418</sup> אך ספק אם נכון היה ללמוד מאותן פרשיות; חלקן עסקו בסכסוכים בין

413 שם, בעמ' 417-419.

414 פס"ד *Multani*, לעיל ה"ש 408, בעמ' 310-314.

415 פס"ד *Dore*, לעיל ה"ש 397, בעמ' 419.

416 שם, בעמ' 422-424.

417 שם, בעמ' 424-425. ראו גם *Mullan*, לעיל ה"ש 396.

418 פס"ד *Dore*, לעיל ה"ש 397, בעמ' 420.

פרטים, מקרים שבהם לא ראוי להטיל את הנטל על צד אחד בלבד,<sup>419</sup> ולעומת זאת היחס בין הרשות המינהלית לפרט הוא שונה ומצדיק התייחסות נבדלת. השופטת אבלה הצביעה גם על עתירות נגד הלכה פסוקה אשר פוגעת בזכות חוקתית, שם בית המשפט לא החיל את סעיף 1. במקרה זה ההיקש של אבלה מובן יותר, כיוון שבדומה להחלטה המינהלית, גם ההלכה הפסוקה היא החלטה שלטונית של שיקול דעת.<sup>420</sup> אולם הסיבה לאי־תחולת סעיף 1 על הלכה פסוקה היא היעדר צורך: ממילא בית המשפט לא יבקש לשמר את ההלכה הפוגענית ולהצדיקה באמצעות סעיף 1 אלא צפוי שישנה את ההלכה כדי שתהיה חוקתית.<sup>421</sup> לא כך הדבר כשמדובר בגורם שלטוני, שיבקש הזדמנות לעמוד על החלטתו, ומנגנון הצדקה כגון מבחן המידתיות עשוי להיות רלוונטי.

באשר לנימוק המומחיות היחסית של מקבל ההחלטה כהצדקה לאי־תחולת מבחן המידתיות, נימוק זה קיים גם בהקשר של חקיקה המבטאת מדיניות חברתית-כלכלית. גם שם המחוקק בקיא בעובדות ובשיקולים המתחרים יותר מבית המשפט, אך ראינו כי בית המשפט אינו מהסס להחיל את פסקת ההגבלה. נדמה כי החלת סעיף 1 על החלטות מינהליות תוך שמירה על ההבחנה בין הזירה החברתית-כלכלית מחד לבין הזירה הפלילית מאידך, תהיה נאמנה יותר לגישה הכללית של בית המשפט באכיפת הצ'טר. בדומה לביקורת שיפוטית על חוקים, ככל שהחלטה מתקרבת לזירה החברתית-כלכלית, אפשר שבית המשפט יעניק לרשות שיקול הרעת רחב מזה שיבחר להעניק כשהחלטה היא בזירה הפלילית, תחום מומחיותו שלו.

לבסוף, ספק אם דרישת המידתיות בגרסתה הקנדית אכן תובענית מדרישת הסבירות. גם בבחינת מידתיות בית המשפט אינו מחליף את שיקול דעתו של המחוקק בשיקול דעתו שלו כל עוד האמצעי שבחר המחוקק סביר. בפס"ד

R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd. [2002] 1 419  
Hill v. Church of Scientology of Toronto [1995] 2 S.C.R. 1130, ראו גם, S.C.R. 156  
.1171. ראו גם Grant v. Torstar Corp. [2009] 3 S.C.R. 640. פסקי דין אלו אוזכרו  
בפס"ד *Dore*, לעיל ה"ש 397, בעמ' 419-420.  
420 R. v. Daviault [1994] 3 S.C.R. 63, 93-94. אוזכר בפס"ד *Dore*, לעיל ה"ש 397, בעמ'  
.419  
421 פס"ד *Dore*, לעיל ה"ש 397, בעמ' 419.

*Dore* אף הזכיר בית המשפט עובדה זו.<sup>422</sup> בית המשפט ניסה לחדד את ההבחנה בין בחינת מידתיות לבחינת סבירות, אך ההנחיות שקבע לבחינת סבירות תוך התחשבות בערכי הצ'רטר מזכירות במפורש את דרישת המידתיות. לפיהן, יש לוודא שמקבל ההחלטה איזן בין ערכי הצ'רטר וחומרת הפגיעה בהם לבין תכליות החוק המסמיך – מה שמזכיר בבירור את מבחן המידתיות במונח הצר. בית המשפט אף הדגיש את "ההרמוניה המושגית" בין ביקורת שיפוטית של סבירות לבין מבחני *Oakes*.<sup>423</sup>

בשל החפיפה הניכרת בין מידתיות לסבירות בהקשר הקנדי נדמה כי השימוש במבחן המידתיות בהקשר המינהלי לא יהפוך את הביקורת השיפוטית למחמירה יותר אלא לשקופה וקוהרנטית יותר.<sup>424</sup> מכל מקום, החלת מבחן המידתיות איננה שקולה לביקורת שיפוטית תובענית: כפי שראינו, דווקנות היישום עשויה להשתנות על פי ההקשר.<sup>425</sup> תאורטית, ההקשר יכול לכלול גם התחשבות באופי המינהלי של האמצעי הפוגע כמשתנה מקל.

## 8. מבחן המידתיות במבחר זכויות הצ'רטר

עקרון המידתיות הוא עיקרון מטא-חוקתי כמשפט הקנדי, אך בעת יישומו מתעוררים היבטים ייחודיים בהקשרים של זכויות שונות. בחלק זה אדרש בקצרה לעקרון המידתיות דרך הפריזמה של כמה מן הזכויות הספציפיות המעוגנות בצ'רטר – חופש הביטוי, חופש הדת, הזכות לשוויון והזכות לחיים, לחופש ולביטחון אישי. אין כאן סקירה מקיפה של כל אחת מן הזכויות ושל הפרשנות שניתנה לה בפסיקה הקנדית, אלא מתמקד הוא ביישום בחינת המידתיות בלבד.

422 שם, בעמ' 426.

423 שם, בעמ' 426–427.

424 Guy Regimbal, *Correctness, Reasonableness, and Proportionality: A New Standard of Judicial Review*, 31 *MAN. L.J.* 239, 267–269 (2005)

425 שם, בעמ' 267.

## א. חופש הביטוי

סעיף 2(b) לצ'רטר מעגן את חופש המחשבה, האמונה, הדעה והביטוי, לרבות חופש העיתונות והתקשורת. כמו בשאר הזכויות, בשלב זיהוי פגיעה בחופש הביטוי בית המשפט בוחן בראש ובראשונה אם אותו ביטוי זוכה להגנת הצ'רטר, ואם תכליתה או תוצאתה של החקיקה היא הגבלת הביטוי המוגן.<sup>426</sup> בקביעת היקף הזכות נזהר בית המשפט הקנדי שלא להישען על הדוגמה האמריקאית למרות נטייתו לשאוב ממנה השראה. ההבדלים בין הצ'רטר לחוקה האמריקאית מצדיקים טיפול שונה בקביעת היקף הזכות: כאמור, החוקה האמריקאית אינה מתירה פגיעה בזכות חוקתית ואינה מספקת פסקת הגבלה, ולכן בית המשפט האמריקאי נדרש לצמצם מראש את היקף הזכות. לעומת זאת בשיטה הקנדית אין צורך לצמצם מראש את הזכות משום שמוטר להגבילה אד הוק דרך פסקת ההגבלה.<sup>427</sup> לכן בית המשפט הקנדי מעניק לחופש הביטוי (ולחופש דת) היקף כמעט מוחלט: נקבע כי סעיף 2(b) פורש הגנה על כל ביטוי, לרבות ביטוי גזעני, הומופובי, שוביניסטי וכדומה, למעט ביטוי אלים שהוגדר "התבטאות שנעשית באמצעות פגיעה פיזית",<sup>428</sup> לרבות איום לפגיעה כזו.<sup>429</sup> בית המשפט מנה שלושה רציונלים עיקריים בבסיס חופש הביטוי התורמים לתחולה הרחבה של הזכות: הערך החיובי בחיפוש האמת והשגתה, עידוד השתתפות בקבלת החלטות חברתיות ופוליטיות והגשמה עצמית וצמיחה אנושית.<sup>430</sup> עם זאת, כפי שראינו,

- 426 פס"ד *Irwin Toy*, לעיל ה"ש 103, בעמ' 971.
- 427 פס"ד *Keegstra*, לעיל ה"ש 68, בעמ' 738-744.
- 428 שם, בעמ' 731-733. ראו גם פס"ד *Sharpe*, לעיל ה"ש 81, בעמ' 70-73; פס"ד *Ross*, לעיל ה"ש 284, בעמ' 864-865.
- 429 פס"ד *Khawaja*, לעיל ה"ש 327, בעמ' 585-586.
- 430 פס"ד *Irwin Toy*, לעיל ה"ש 103, בעמ' 976. לדוגמה, אף בפורנוגרפיית ילדים הכיר בית המשפט כדרך להגשמה עצמית. פס"ד *Sharpe*, לעיל ה"ש 81, בעמ' 107-108. הרציונלים שמנה בית המשפט הישראלי לחופש הביטוי הם כמעט זהים: "ההגשמה העצמית של בני-האדם, קידום ההליך הדמוקרטי, הדמוקרטיה והעשרת שוק הרעיונות התורמת לגילוי האמת". כמו כן גם בישראל נקבע שאם הביטוי חורג מאותם רציונלים, הוא יזכה להגנה פחותה ביישום פסקת ההגבלה. עניין ש.י.ן – לשוויון ייצוג נשים, לעיל ה"ש 324, פס' 13 לפסיקתה של השופטת דורנר.

ככל שהערך החברתי של הזכות לביטוי הספציפי נמוך יותר, משקלה במבחן המידתיות יהיה מועט יותר.<sup>431</sup>

ייתכנו מקרים שבהם צדי המתרס עומדים ביטויים בעלי ערך זהה. לדוגמה, בפרשה קנדית, פס"ד *Libman*, נדון סעיף ב"חוק משאל עם" אשר הגביל את סוג ההוצאות שגורמים פרטיים, קרי גורמים שלא הצטרפו או השתייכו לוועדות הלאומיות הרשמיות, רשאים להוציא לשם קידום עמדתם. כזכור, תכלית הסעיף, שהגביל ביטוי פוליטי של עצמאים, הייתה למנוע מבעלי הון לקבוע את תוצאות משאל העם ובכך להשיג שוויון בין הביטויים הפוליטיים המתחרים של הוועדות המוכרות השונות. כך, חופש הביטוי הפוליטי של העותר התחרה עם חופש הביטוי הפוליטי של הציבור. בית המשפט הזכיר שבביטויים הקרובים יותר לליבת הזכות החוקתית יזכו להגנה קפדנית יותר, וביטוי פוליטי הוא דוגמה פרדיגמטית לביטוי כזה. עם זאת העיר בית המשפט שהיות שקידום ביטוי פוליטי הוא התכלית העיקרית של החוק, הגבלתו של האמצעי את חופש הביטוי אינה "טהורה".<sup>432</sup> אמירה זו רומזת כי לכאורה היה ביכולתו של בית המשפט לקבוע את נקודת האיזון בין זכויות מתחרות עוד בטרם זיהוי הפגיעה (קרי לערוך איזון הגדרתי), אך כהרגלו בחר בית המשפט לערוך איזון אד-הוקי תוך הכרה בפגיעה בזכות והחלת פסקת ההגבלה.<sup>433</sup> ולא זו אף זו: בית המשפט לא נתן לעובדה שהחוק מקדם ערך בדרגת חשיבות זהה לערך שנפגע לגרוע מהתחשבותו בקרבת הערך הנפגע לליבת הזכות. כך, בית המשפט העניק הגנה דווקנית לביטוי הפוליטי של העותר ופסל את הסעיף כיוון שההגבלה התקרבה להשתקה מוחלטת והיה אמצעי שמאזן טוב יותר בין החופשים המתחרים, כגון הגבלת הוצאות של עצמאים לתקרה מסוימת.<sup>434</sup> מקרה זה הוא דוגמה נוספת לבחירתו של בית המשפט להימנע מדירוג אפירורי של ערכים שווי מעמד ולהעדפתו לבחון את הפגיעה באמצעות סעיף 1 על רקע ההקשר הכולל. הוא גם מדגים כי הקושי בדירוג אפירורי קיים לא רק כאשר מתחרות זכויות שונות

431 להרחבה ראו את הדיון לעיל בערך היחסי של הזכות בחלק 5 על גישת ההקשר.

432 פס"ד *Libman*, לעיל ה"ש 194, בעמ' 606-607.

433 ראו את הדיון לעיל באיזון הגדרתי מול איזון אד-הוקי בחלק 3.

434 פס"ד *Libman*, לעיל ה"ש 194, בעמ' 616, 620.



בעלות מעמד נורמטיבי זהה, אלא גם כאשר מתחרות זכויות זהות שמידת קרבתן לליבת הזכות היא זהה.

### מבחנים הסתברותיים

שלא כשיטות משפט אחרות, בית המשפט הקנדי לא אימץ מבחנים הסתברותיים דווקניים להצדקת פגיעה בחופש הביטוי. מבחנים הסתברותיים מתייחסים לרמת הסתברות של מימוש הסכנה או הפגיעה שהאמצעי נועד למנוע. בפסיקה הקנדית סוגיית הסתברות הפגיעה בערך מוגן מתקשרת לדיון על ראיות מדעיות-חברתיות. כשמדובר במדיניות חברתית-כלכלית, לא תמיד הרשות מחזיקה בראיות אמפיריות וחד-משמעיות בדבר הסתברות מימוש הסכנה. אמנם אי-ודאות זו היא שיקול בעד ריסון שיפוטי, אך נפסק כי על הרשות להוכיח, דרך הראיות שברשותה או בהגיון בריא, כי לכל הפחות קיימת אפשרות סבירה להתממשות הפגיעה.<sup>435</sup> בשל הקשר שלו לשיקול הראייתי וקביעת מתחם הערכה למחוקק, אפשר שמבחן הסתברותי זה יעלה במסגרת בחינת ההקשר ואיזון הערכים הכולל אשר נערכים לרוב במבחן מינימליות הפגיעה.<sup>436</sup> לחלופין, היות שמידת ההסתברות שהפגיעה תתרחש יכולה להשפיע על שאלת חשיבות התכלית (מניעת הפגיעה), וכך גם תרומת האמצעי למניעת הנזק הנטען (שתהיה זניחה אם הסתברות הפגיעה נמוכה), אפשר שמבחן זה יעלה בשלב בחינת התכלית<sup>437</sup> ובשלב הקשר הרציונלי.<sup>438</sup>

ניסיון להחיל מבחן הסתברותי דווקני נדחה בפס"ד *Keegstra*, שבו נדון סעיף בקוד הפלילי שאסר על הסתה לשנאה על בסיס קבוצתי מבלי לכלול יסוד הסתברותי או תוצאתי מההסתה. יסוד כזה היה מצמצם את כוחו של החוק לפגוע בחופש הביטוי. נטען כי הסעיף גורם לפגיעה לא חוקתית בחופש הביטוי, בין השאר בשל היעדר דרישה לפגיעה מהביטוי. השופט דיקסון, בדעת הרוב, דחה את הטענה. הוא חלק על הטיעון שיש להוכיח "סכנה ברורה ומידית" מביטוי גזעני

435 פס"ד *Butler*, לעיל ה"ש 119, בעמ' 504. ראו גם פס"ד *Thomson*, לעיל ה"ש 135, בעמ' 956-962; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott* [2013] S.C.R. 467, 527-529 (להלן: פס"ד *Saskatchewan*).

436 ראו פס"ד *Keegstra*, לעיל ה"ש 68, בעמ' 775-776, 857; פס"ד *Thomson*, לעיל ה"ש 135, בעמ' 956-962; פס"ד *Saskatchewan*, לעיל ה"ש 435, בעמ' 527-529.

437 ראו לדוגמה פס"ד *Keegstra*, לעיל ה"ש 68, בעמ' 745-749.

438 ראו לדוגמה פס"ד *Butler*, לעיל ה"ש 119, בעמ' 501-504.

לשם הצדקת הפגיעה בו, דרישה שהושאלה מהפסיקה האמריקאית. הוא הבהיר כי הסטייה מהדוגמה האמריקאית אינה משקפת הגנה פחותה על זכויות יסוד אלא הגנה שונה המתאימה יותר לתפיסה הקנדית הייחודית של חברה חופשית ודמוקרטית. שוני זה מתבקש בשל הביטוי המיוחד שנותן הצ'רטר הקנדי לערכים של שוויון ורב-תרבותיות, לצד זכויות הפרט. להשקפתו, מבחן הסתברותי שמגן בדווקנות יתר על חופש הביטוי על חשבון ערכים של שוויון ורב-תרבותיות איננו תואם את התפיסה הדמוקרטית הקנדית.<sup>439</sup> דיקסון הסתפק בכך ש"ניתן לצפות" שביטוי כזה יביא להשפלה חמורה של הקבוצה מושא הביטוי ואף להרחקתה מהמרחב הציבורי, ובנוסף הסתה לגזענות עלולה, אף שלא במודע, להשפיע על התודעה הציבורית ולהביא לפילוג חברתי בין קבוצות תרבותיות.<sup>440</sup> אפילו השופטת מכלאכלין, אשר קבעה בדעת המיעוט שהסעיף לא חוקתי מפאת תחולת יתר, הודתה כי אין דרך מעשית למדוד מראש את השלכות הביטוי על קהל המקשיבים.<sup>441</sup> קביעות אלו מעידות על הסתפקות ב"צפיות סבירה לפגיעה" בערך מוגן, אשר יכולה להתבסס על היגיון בריא ועל ניסיון כללי.<sup>442</sup>

גם בהקשרים לבר-פלייליים דרש בית המשפט הקנדי אפשרות "סבירה" להתרחשות הפגיעה בערך המוגן לשם הצדקת פגיעה בחופש הביטוי. לדוגמה, בפס"ד *Thomson*, שדן כאמור במניעת פרסום סקרי בחירות בסמוך ליום ההצבעה כדי להגן על ציבור הבוחרים מפני הטעיה, לא ויתר בית המשפט על קיומה של הסתברות הפגיעה (הטעיה). "היגיון בריא" לימד לדעתו לא על הסתברות הפגיעה אלא על היפוכה. משום כך דרש בית המשפט ראיות אמפיריות להסתברות הפגיעה.<sup>443</sup>

הדרישה לאפשרות "סבירה" הוחלה גם בעניין איסורים על ביטויי נאצה המעוגנים בחוקי זכויות אדם פדרליים ומחוזיים.<sup>444</sup> בפס"ד *Saskatchewan*, שדן בחוקתיות סעיף בקוד זכויות האדם של מחוז ססקצ'וואן האוסר על ביטויי נאצה,

439 פס"ד *Keegstra*, לעיל ה"ש 68, בעמ' 738-744.

440 שם, בעמ' 746.

441 שם, בעמ' 857.

442 פס"ד *Thomson*, לעיל ה"ש 135, בעמ' 956-962.

443 שם.

444 ראו לדוגמה ס' 13 לחוק הקנדי לזכויות האדם מ-1977 (בוטל ב-2013), לעיל ה"ש 23.

ראו גם *Saskatchewan Human Rights Code, S.S., ch. S-24.1, §14(1) (1979)*

חזר בית המשפט על קביעתו כי נדרש רק להראות "צפייה סבירה" לאפקט הפוגעני שהסעיף נועד למנוע.<sup>445</sup> בית המשפט צמצם את הגדרתו של האפקט הפוגעני ל"הסתה או השראה להתייחסות מפלה נגד קבוצה מוגנת", תוך הצבעה על פסיקה קודמת שדחתה מניעת אפקט של "פגיעה ברגשות" גרידא כעילה מוצדקת להגבלת חופש הביטוי.<sup>446</sup> בית המשפט העיר כי אם מנקודת מבטו של האדם הסביר לא צפוי אפקט פוגעני מהביטוי, אין בתוכן הביטוי כשלעצמו להצדיק הגבלה. אשר לביטוי "לועג, משפיל או פוגע בכבוד אדם או קבוצה", שעליו אסר הסעיף, הגיע בית המשפט למסקנה כי הדרישה ההסתברותית לא התקיימה. אמנם ביטוי כזה בוודאי פוגע ברגשות, אך אין הוא עוצמתי מספיק כדי לתרום להסתה או לאפליה מערכתית. מסיבה זו מחק בית המשפט איסורים אלו מהסעיף הנדון.<sup>447</sup>

## ב. חופש הדת

סעיף 2(a) לצ'רטר מעגן את חופש הדת והמצפון. בתחילת הדרך הגביל בית המשפט את תחולת חופש הדת רק לאותן פעולות שאינן מזיקות לזולת. בפס"ד *Big M Drug Mart* קבע השופט דיקסון שחופש הדת כולל את הזכות להביע אמונה דתית דרך פולחן ומעשה כל עוד פעולות אלה אינן מזיקות לאחרים או מגבילות את זכותם של אחרים להביע את אמונתם.<sup>448</sup> בפס"ד *Young* קבע בית המשפט בדעת רוב שחופש דת אינו מגן על פעולה שמנוגדת לטובת הילד.<sup>449</sup> אולם בפס"ד *Children's Aid Society* נטשו שופטי הרוב גישה זו ואימצו פרשנות רחבה יותר של הזכות. בפסק הדין נתקף חוק שהתיר לרופאים לעקוף את רצונם של הורים בנוגע לטיפול רפואי שיינתן לילדיהם. באותו מקרה סירבו העותרים לתת את הסכמתם לרופא לבצע עירוי דם בבתם התינוקת, בטענה כי הטיפול

- 445 פס"ד *Saskatchewan*, לעיל ה"ש 435, בעמ' 527-529.
- 446 שם, בעמ' 495-501. השווו לבג"ץ 2194/06 מפלגת שינוי מפלגת מרכז נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית, תקעל 2006(2) 4500, פס" 12-13 לפסק דינו של השופט ברק.
- 447 פס"ד *Saskatchewan*, לעיל ה"ש 435, בעמ' 499-501, 509-520.
- 448 פס"ד *Big M Drug Mart*, לעיל ה"ש 116, בעמ' 346-347.
- 449 *Young v. Young* [1993] 4 S.C.R. 3, 98-99. אוזכר אצל HoGG, לעיל ה"ש 4, פרק 42, בעמ' 8.

הרפואי סותר את אמונתם הדתית. השופט לפורה, שכתב את דעת הרוב, מצא כי חופש הדת פורש את חסותו על סירובם של ההורים למנוע מבתם טיפול רפואי על אף הפגיעה בזכותה של התינוקת לחיים ולביטחון אישי. נקבע כי יש לתת פרשנות רחבה ותכליתית לזכויות הצ'רטר ולאפשר את הגבלתן במסגרת הבחינה לפי סעיף 1.<sup>450</sup> הנימוקים שהציג השופט לפורה לעריכתו איזון אד-הוקי במקום איזון הגדרתי<sup>451</sup> הם מוכרים: ראשית, הצ'רטר אינו מספק הוראה שעוסקת באיזון ישיר בין זכויות חוקתיות מתנגשות. ללא כלי שיפוטי להגדרת היקף הזכות יש לערוך את האיזון בין אינטרסים מתנגשים במסגרת סעיף 1 בלבד. שנית, ראוי להטיל את נטל ההוכחה על המדינה להצדיק הגבלות על זכויות הפרט. שלישית, קביעת היקף מוגדר של הזכות עשויה לכבול את ידיו של בית המשפט בעתיד ואת יכולתו להגיב לנסיבות משתנות.<sup>452</sup> במקרה הקונקרטי, על אף הכרתו בפגיעה מצא לפורה כי הגבלת חופש דתם של העותרים עמדה בתנאי פסקת ההגבלה.

כנגד הרוב, סבר המיעוט כי חופש הדת של ההורים אינו כולל בתוכו את החופש לכפות על ילדו אמונות דתיות שמסכנות את בטיחותו, את בריאותו או את חייו, זכויות אשר מעוגנות בסעיף 7 לצ'רטר. נטען כי הגבלה פנימית כזו מתבקשת מן ההגבלה הפנימית שנקבעה בפסיקה בקשר לחופש הביטוי, ולפיה הזכות איננה פורשת חסותה על ביטוי אלים.<sup>453</sup> שלא כנהוג בפסיקה הקנדית, הוצע לערוך איזון הגדרתי בין הזכויות המתנגשות: נטען כי אמנם סעיף 1 הוא הבמה המתאימה ליישוב התנגשות בין זכות הפרט לאינטרס הרשות, אך לא הכרחי כי הוא הפורום הבלעדי ליישוב בין זכויות מתנגשות של פרטים.<sup>454</sup> כזכור, שיטת איזון דיפרנציאלית אשר מבחינה בין תחרות בין זכות לאינטרס לבין תחרות בין זכויות שוות מעמד מושתתת על קו הפרדה בעייתי, ולעתים

450 פס"ד *Children's Aid Society*, לעיל ה"ש 78, בעמ' 383-395. אוזכר אצל Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 42, בעמ' 9. בהקשר זה יש לזכור את הערתו של הוג שלפיה פרשנות "רחבה" אינה תמיד שקולה לפרשנות "תכליתית". ראו את הדיון במבחן התכלית בחלק 4 לעיל.

451 ראו את ההשוואה בין שיטות האיזון בחלק 3 לעיל.

452 פס"ד *Children's Aid Society*, לעיל ה"ש 78, בעמ' 384-388.

453 שם, בעמ' 435.

454 שם, בעמ' 438.

מלאכותי, בין אינטרסים ציבוריים לבין זכויות הפרט, בין היתר משום שאינטרס ציבורי עשוי להיות אגד של זכויות הפרט. עם זאת, לטעמי, האנלוגיה שהציעה דעת המיעוט בין חופש הדת לחופש הביטוי משכנעת, משום שהחרגת פעולה אלימה מהזכות לחופש דת היא לא רק תואמת את תכליתה של הזכות, אלא גם מצומצמת מספיק כדי שלא להזמין עריכת איזונים נרחבים בשלב הוכחת הפגיעה.

סקירת הפסיקה מגלה תנודה בין הגישה המרחיבה לבין הגישה המצמצמת. בפס"ד *Ross* קבע בית המשפט פה אחד שחלוקת חומרי תעמולה בידי מורה על "קונספירציה יהודית נגד הנצרות" חוסה תחת חופש הדת, אך העברת המורה מתפקידו מוצדקת לפי סעיף 1. השופט לפורה חזר על קביעתו שיש לתת לחופש הדת פרשנות רחבה ללא התחשבות בהשפעת המעשה על זכויות של אחרים, ובמקרה הנדון – זכותם לשוויון של תלמידים יהודים בבית הספר.<sup>455</sup> לעומת זאת בפס"ד *Trinity Western University* העדיף בית המשפט את עמדתו של המיעוט בפס"ד *Children's Aid Society* וקבע כי בהתנגשות בין חופש הדת לשוויון יש לצמצם את היקף הזכות לחופש הדת כדי לאפשר לזכויות להתקיים זו לצד זו.<sup>456</sup> נפסק שם כי הצ'רטר מספק הגנה מלאה לזכות להחזיק אמונות מסוימות, אפילו אמונות הומופוביות או גזעניות, אבל הזכות לפעול לפי האמונה מצומצמת יותר.<sup>457</sup>

בפס"ד *Syndicat* נתן הרוב פרשנות רחבה ביותר לפולחן דתי. העותרים בפרשה זו היו יהודים אורתודוקסים אשר בבעלותם יחידות דיור בכניין מגורים. העותרים טענו שאחד מתנאי הבעלות, שאסר על בנייה במרפסות, פוגע בחופש הדת שלהם מאחר שהוא מונע מהם להקים סוכות לרגל חג הסוכות.<sup>458</sup> המשיב,

- 455 פס"ד *Ross*, לעיל ה"ש 284, בעמ' 868-869, 879.
- 456 ואולם יש לשים לב שאותו השופט (איאקובוצ'י) כתב את דעת המיעוט בפס"ד *Children's Aid Society* (לעיל ה"ש 78) ואת דעת הרוב בפס"ד *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers* [2001] 1 S.C.R. 772, 810-811.
- 457 שם, בעמ' 811, 814-815.
- 458 *Syndicat Northcrest v. Amselem* [2004] 2 S.C.R. 551, 564-569. העותרים לא קראו תנאי זה בחוזה הבעלות טרם חתימתם. יצוין כי מדובר בסכסוך פרטי שאינו חוסה תחת הגנת הצ'רטר הקנדי. המסגרת הנורמטיבית בעתירה זו הייתה הצ'רטר הקוובקי, אשר חל על גופים פרטיים ואשר מגן גם הוא על חופש הדת. בשלב הראשון של

בעליו של הבניין, טען שבניית סוכות פרטיות היא פעולה דתית וולונטרית שאיננה זוכה להגנה חוקתית, שהרי לטענתו, ההלכה היהודית מאפשרת הקמת סוכה משותפת. משרחו העותרים את הצעת המשיב לאפשר להם לבנות סוכה משותפת בחצר הבניין, הזכות לחופש דת איננה חלה על בחירתם הוולונטרית לבנות סוכות פרטיות. בית המשפט דחה טענה זו וקבע כי הזכות לחופש דת חלה גם על פעולות שהן וולונטריות מבחינה דתית. אין על העותר אלא להראות אמונה כנה ואמיתית שהפעולה בעלת משמעות דתית מבחינתו כדי לזכות להגנת הצ'רטר. המבחן סובייקטיבי לחלוטין. נקבע כי חקירת כנות האמונה לא תהיה חודרנית מדי, בין השאר בהתחשב בדינמיות אשר מאפיינת אמונה דתית: העובדה שהעותרים לא בנו סוכות במרפסותיהם בעבר אינה שוללת את כנות אמונתם שהם מחויבים לעשות כן בזמן זה. בית המשפט אף קבע כי כל עוד לפעולת העותר יש זיקה לדת ומשמעות רוחנית או דתית עבורו, הפעולה איננה צריכה להתיישב עם העמדות הרשמיות של מנהיגי הדת.<sup>459</sup>

בפס"ד *Multani* חזר בית המשפט על קביעותיו בפס"ד *Syndicat*. כזכור, פרשה זו עסקה בתלמיד סיקי אשר ביקש להגיע לבית הספר כשמתחת לחולצתו קירפון, חרב מסורתית בעלת חשיבות דתית. בית המשפט קבע כי אין זה חשוב אם תלמידים סיקים אחרים הסכימו להתפשר וללבוש חיקוי של קירפון – כלומר שאחרים תפסו את החובה כגמישה או וולונטרית, או שוויתרו עליה – כל עוד האמין העותר בכנות שהוא יצא ידי חובתו הדתית רק אם ילבש קירפון אמיתי.<sup>460</sup> אמנם יש בפסיקה הקנדית אינדיקציות לכאן ולכאן לעניין היקף הזכות לחופש הדת, אך הוג סובר כי בית המשפט הפקיר את עמדתו המקורית בדבר זכות מוגבלת לטובת הכרה בזכות ללא הגבלות פנימיות.<sup>461</sup> הגישה המרחיבה נותנת תפקיד דומיננטי לסעיף 1 ולמבחן המידתיות, ובמיוחד לבחינת אמצעים חלופיים.

---

הבחינה, בחינת היקף הזכות וקיומה של פגיעה, ערך השופט איאקובוצ'י, בדעת רוב, ניתוח זהה לניתוח מכוח הצ'רטר הקנדי מתוך הנחה שמשמעות הזכות זהה בשני הצ'רטרים. אולם בשלב השני, הצדקת הפגיעה, לא ערך איאקובוצ'י ניתוח ככנייתו ס' 1 של הצ'רטר הקנדי אלא ערך איזון ערכים הדומה במהותו למבחן המידתיות במובן הצר. הוא קבע כי התועלת מהפגיעה למשיב (בעלי הבניין) שולית לעומת הנזקים שנגרמו לעותרים. שם, בעמ' 576, 594-595.

459 שם, בעמ' 580-592.

460 פס"ד *Multani*, לעיל ה"ש 408, בעמ' 280-281.

461 Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 42, בעמ' 9.

בכמה פרשיות הסכים בית המשפט להגבלת הזכות אך אישר רק חלק מהאמצעים כמידתיים. לדוגמה, בפרשת *Ross* קבע בית המשפט כי מפאת ההשפעה המסוכנת של דעותיו של אותו מורה אנטישמי על תלמידיו מוצדק ומידתי להעבירו מתפקידו כמורה, אך אין זה מידתי לפטר אותו אם אפשר להעבירו לתפקיד שאינו כולל הוראה.<sup>462</sup> בפס"ד *Multani* הוחלט שאכן הגנה על בטיחות בית הספר היא תכלית חשובה, אך איסור גורף על לבישת קירפן אינו מידתי כאשר קיים פתרון פוגעני פחות – להתנות את לבישת הקירפן בתנאים מסוימים, בין השאר בחובה לארוז את הקירפן בתוך נדן שנתפר לחולצת העותר.<sup>463</sup>

יש בפסיקה ביטויים לכך שחופש הדת כולל לא רק פן אינדיווידואלי אלא גם פן קיבוצי. בפס"ד *Edward Books* תרמה השופטת וילסון נקודה מעניינת לשיח על ההיבטים הקהילתיים של הזכות. השופטת (ברעת מיעוט) התנגדה לתחולתו הסלקטיבית של פטור מהחובה לסגור עסקים בימי ראשון. כזכור, הפטור התחשב בחופש הדת של חלק בלבד מבעלי עסק יהודים (בעלים של עסקים קטנים אך לא גדולים). לדעת וילסון, הוראת חוק אשר נועדה להעניק הכרה בזכות קיבוצית – לעניין זה חופש הדת של שומרי שבת – חייבת להעניק הכרה זהה לכלל חברי הקבוצה. "כאשר הצ'רטר מגן על זכויות קיבוציות כגון חופש דת, הוא מגן על כלל חברי הקבוצה", ללא קשר לגודל העסק שלהם. לגישת וילסון, מלבד שאלת השוויון שהבחנות פנים-קבוצתיות מעוררות, הבחנות כאלו עשויות "לנתק את הקשר הדתי והתרבותי שמחבר" בין חברי הקבוצה ולהביא למתחים ואף לפילוג.<sup>464</sup> וילסון העירה כי פרשנות של הצ'רטר שתאשרר הבחנה "מפלגת" תסתור את סעיף 27 של הצ'רטר, אשר מחייב פרשנות העולה בקנה אחד עם שימור וקידום מסורות רב-תרבותיות. פרשנות כזו תחתור תחת תכלית מרכזית של זכויות קיבוציות – שמירה על שלמותה והישרדותה של הקבוצה. וילסון הדגישה כי הנזק הקהילתי-תרבותי הצפוי לנבוע מהבחנה פנים-קבוצתית בין יהודים הוא שהביא אותה למסקנתה שהפגיעה בחופש הדת איננה מידתית.<sup>465</sup> לטעמי, קריאתה של וילסון להעניק רמת הגנה שווה לכלל חברי קבוצה מוגדרת

462 פס"ד *Ross*, לעיל ה"ש 284, בעמ' 884.

463 פס"ד *Multani*, לעיל ה"ש 408, בעמ' 287-288.

464 פס"ד *Edward Books*, לעיל ה"ש 168, בעמ' 808-810.

465 שם.

מובנת, אך גישה של "הכול או לא כלום" מקשה על הניסיון לאזן בין ערכים מתחרים. ב-*Edward Books* היה הפטור שניתן לבעלי עסקים קטנים ניסיון לבוא לקראת חלק מקבוצת הנפגעים, ובדרך זו לאזן טוב יותר בין חופש הדת של העותרים לבין האינטרס שהחוק ביקש לקדם.

בפס"ד *Hutterian Brethren* הזכירו השופטים אבלה ולבל, בדעת מיעוט, שחופש הדת כולל בתוכו היבטים קיבוציים, ובהם הזכות להקים קהילה דתית אוטונומית שתנהל אורח חיים משותף על פי אמונה משותפת.<sup>466</sup> כזכור, בפרשה זו החיקוק הנדון ביטל פטור שקיבלו עד אז האחים הוטריאן מהחובה להציג צילום אישי על רישיון הנהיגה בשל איסור דתי להצטלם. שופטי המיעוט סברו כי הרוב, שאישר את הפגיעה בחופש הדת של העותרים כעומדת במבחן המידתיות, לא נתן את המשקל הראוי להיבטים הקהילתיים של הזכות.<sup>467</sup> לעמדתם, החיקוק לא פגע רק בפרטים אשר מנועים מלהחזיק רישיון נהיגה, אלא גם ביכולתה של הקהילה להמשיך לתפקד ללא תלות בעולם החיצוני, ובכך סיכן את יכולתה לשמור על האוטונומיה שלה ועל השלמות הדתית שלה.<sup>468</sup> לפיכך מצאו שופטי המיעוט כי התועלת המזערית וההיפותטית שהחיקוק משיג אינה גוברת על פגיעה כפולה זו.<sup>469</sup> גם הרוב הודה שהחיקוק עשוי לאלץ את האחים הוטריאן לוותר במידה מסוימת על חוסר התלות שמאפיין אותם כקבוצה, היות שללא רישיונות נהיגה הם יזדקקו לאמצעי תחבורה חיצוניים. אך שלא כמיעוט, הרוב לא התרשם שוויתור זה מהותי לעומת התועלת מהחיקוק.<sup>470</sup> אם כן, הפער בין עמדת הרוב לזו של המיעוט נבע בין השאר ממשקל שניתן למאפיינים הקהילתיים של חופש הדת.

## ג. שוויון

הזכות לשוויון מעוגנת בסעיף 15 לצ'רטר: סעיף קטן 1 קובע כי "כל פרט שווה בפני ולפי החוק וזכאי לשוויון בהגנה ובהנאה מן החוק, ללא אפליה, וביחוד ללא אפליה על בסיס גזע, מקור לאומי או אתני, צבע, דת, מגדר, גיל או נכות

466 פס"ד *Hutterian Brethren*, לעיל ה"ש 65, בעמ' 624-625, 640.

467 שם, בעמ' 640.

468 שם, בעמ' 634-637, 640.

469 שם, בעמ' 638, 648.

470 שם, בעמ' 613-616.



נפשית או גופנית". סעיף קטן 2 מוציא מתחולת סעיף קטן 1 מנגנונים של העדפה מתקנת, בקבעו שסעיף 15(1) אינו גורע מ"כל חוק, תכנית או פעילות שתכליתה לשפר את נסיבותיהם של פרטים או קבוצות מוחלשות (disadvantaged groups)". בפסיקה נקבע כי "קבוצות מוחלשות" הן קבוצות פגיעות שהן קרבנות של דעות קדומות והבניות חברתיות שליליות.<sup>471</sup> הפסיקה אשררה את מנגנון ההעדפה המתקנת בקבעה כי תכנית או חוק הנופלים בגדרי סעיף 15(2) לא ייחשבו לאפליה כהגדרתה בסעיף 15(1), וכך לא יהיה צורך לבחון את מידתיות האמצעי.<sup>472</sup>

בית המשפט העליון דן בפגיעה בשוויון לפי סעיף 15 בפעם הראשונה בפס"ד Andrews,<sup>473</sup> שם עתר עורך דין בריטי ותושב קבע בקנדה נגד חוק שקבע כי אזרחות קנדית היא תנאי הכרחי לעיסוק במקצוע עריכת הדין. היות ש"אזרחות" אינה מן העילות המנויות בסעיף 15(1), בית המשפט נדרש קודם להבהיר שרשימת עילות האפליה שנמצאת בסעיף היא רשימה פתוחה, ושהסעיף מגן גם על עילות "מקבילות" (analogous grounds). בית המשפט הכיר באזרחות כעילה מקבילה בנימוק שכמו שאר הקבוצות המנויות בסעיף 15(1), חסרי אזרחות בקנדה הם "מיעוט מובדל ומופנם",<sup>474</sup> בהיותם מוחלשים כלכלית, פוליטית וחברתית לעומת אזרחים. הוער כי זהותם של מיעוטים שזקוקים להגנה משתנה מזמן לזמן, ולכן יש לתת פרשנות גמישה לעילות המקבילות.<sup>475</sup>

- 471 R. v. Kapp [2008] 2 S.C.R. 483, 518 (להלן: פס"ד Kapp).
- 472 שם, בעמ' 511-512. בית המשפט עדיין דורש קשר רציונלי בין האמצעי לתכלית השיקומית, אך אינו בודק אם קיים אמצעי שהיה פוגע פחות בקבוצת הרוב, או אם התועלת מהאמצעי לקבוצה המוחלשת עולה על הפגיעה בקבוצת הרוב. לקביעת תחולתו של ס' 15(2) נקבע שיש לבחון את תכלית האמצעי – אם אחת התכליות היא העדפה מתקנת – ולא את מידת הצלחתו או השפעתו בפועל. שם, בעמ' 513-517.
- 473 Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 55, בעמ' 21.
- 474 הגדרה שנלקחה מהפסיקה האמריקאית. פס"ד Andrews, לעיל ה"ש 259, בעמ' 152-153, 175.
- 475 שם, בעמ' 152-153, 175, 183. בפסיקה מאוחרת יותר הגדיר בית המשפט עילה "מקבילה" – "תכונה אישית שאינה בת שינוי, או ששינויה מטיל עלות לא מתקבלת על הדעת על הזהות האישית". Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs) [1999] 2 S.C.R. 203, 219-220

בפס"ד *Andrews* נדרש בית המשפט גם לקבוע דרישות להכרה בפגיעה בשוויון. לשם כך נדרש בית המשפט להכריע כיצד לפרש את המושג "אפליה" שבסעיף 15, היות שייתכנו הבחנות לגיטימיות בין פרטים או קבוצות.<sup>476</sup> בפני בית המשפט עמדו שתי גישות קצה: של הוג מצד אחד ושל השופטת מכלאכלין, שהייתה השופטת בערכאה קמא שדנה בתיק, מצד אחר. בית המשפט (שדן בערעור על פסק דינה של מכלאכלין) הזכיר את עמדתו של הוג, שלפיה יש לראות "אפליה" בכל הבחנה שנעשית בין אנשים וקבוצות, וששאלת קיומו של פסול בהבחנה זו תיבחן במסגרת סעיף 1.<sup>477</sup> לצד זאת הזכיר בית המשפט את העמדה שהביעה השופטת מכלאכלין בערכאה קמא, ולפיה גישתו של הוג רחבה מדי, מאפשרת תקיפות מיותרות של חוקים שנוקטים הבחנות על בסיס לגיטימי ולא חשוד, ומדללת את מהותו של ערך השוויון המגולם בסעיף 15. מכלאכלין סברה כי על העותר להראות חוסר סבירות או חוסר הוגנות בהבחנה כדי להוכיח פגיעה. לגישתה, על בית המשפט לשאול אם אדם אובייקטיבי והוגן המאזן בין תכלית החקיקה לבין הנזק לפרט, בהתחשב בזכות המחוקק לקדם את האינטרס הציבורי, היה מסיק שהאמצעים הם לא סבירים או לא הוגנים.<sup>478</sup>

בפסק הדין בערעור הסכים השופט מקאינטר, שכתב את עמדת בית המשפט לעניין שלב זיהוי הפגיעה,<sup>479</sup> עם הביקורת של מכלאכלין על גישתו של הוג, אך ביקר את גישתה כמצמצמת מדי את תפקידו של סעיף 1. מקאינטר סבר כי לפי גישתה של מכלאכלין, מרבית מלאכת האיזון כבר נעשית בשלב הוכחת הפגיעה, וכמעט שלא נשאר סיכוי להצדקה במסגרת סעיף 1, למעט פגיעות במקרי חירום, מלחמה או משבר. מקאינטר הדגיש כי יש להקפיד על ההבחנה בין שני שלבי הביקורת בשל השפעתה על זהות הנושא בנטל ההוכחה.<sup>480</sup> הוא קבע שכדי להוכיח פגיעה בשוויון על העותר להצביע על עילה רשומה או מקבילה, ולצד זאת להראות אפקט מפלה מהיחס השונה שבו הוא נתון. לגישתו, פתרון

476 פס"ד *Andrews*, לעיל ה"ש 259, בעמ' 168-169.

477 שם, בעמ' 178-179.

478 שם, בעמ' 179-181.

479 אך היה במיעוט באשר להצדקה לפי ס' 1 בקביעתו שהפגיעה בשוויון הייתה מידתית (ראו להלן).

480 שם, בעמ' 179-183.

זה תואם את תכלית סעיף 15, מאזן כראוי בין שתי הגישות ומשאיר תפקיד לשני שלבי הבדיקה.<sup>481</sup>

במקרה הקונקרטי הסכימו ביניהם שופטי בית המשפט כי נפגעה זכותו של העותר לשוויון, אך נחלקו בדעותיהם בדבר הצדקת הפגיעה לפי סעיף 1. השופטת וילסון, שכתבה את עמדת הרוב לעניין שלב ההצדקה, קבעה כי החוק אינו עומד במבחן מינימליות הפגיעה, וייתכן שאף אינו מקיים את מבחן הקשר הרציונלי. היא אימצה את עמדתה של השופטת מכלאכלין בערכאה דקמא שאין קורלציה הכרחית בין אזורחותו של עורך דין לבין התכליות (הבטחת היכרותו עם מנהגים ומוסדות קנדיים, מחויבותו לחברה הקנדית ויכולתו למלא תפקיד שלטוני). וילסון סברה כי בדיקה אינדוידואלית של כישוריו של כל מועמד תהיה אפקטיבית יותר בהשגת התכליות.<sup>482</sup>

השופט מקאינטר, בדעת מיעוט בעניין הצדקת הפגיעה, סבר כי העובדה שאזורחותו של עורך דין לא בהכרח תבטיח מחויבות לחברה הקנדית או היכרות עם מנהגים ומסורות קנדיים, איננה שוללת קיומו של קשר רציונלי, משום שהחוק לא תמיד יכול להבטיח את השגת התכלית. הוא הסתפק ב"סבירות" שהדרישה לאזורחות קנדית תגשים את תכליות החוק. לגישתו, בענייני מדיניות ציבורית אין זה מתפקידו של השופט להחליף את שיקול דעתו של המחוקק, ועליו לבחון רק אם הגבלת הזכות היא "סבירה". הוא אף העיר כי "מהותו" של סעיף 1 היא סבירות.<sup>483</sup> קביעה זו הביאה את מקאינטר להתעלם מהדרישה לבחון אמצעים פוגעניים פחות. הנימוק היחיד שהציע מקאינטר לעניין מידתיות הפגיעה היה זמניות ההגבלה, היות שתושב קבע יכול להתאזרח תוך שלוש שנים.<sup>484</sup> מעניין שעל אף התעקשותו לשמור תפקיד לסעיף 1, ביישום הקונקרטי לא נתן מקאינטר ביטוי לערך המוסף של מבחן המידתיות וחזר למבחן של סבירות שהציעה מכלאכלין.

481 שם, בעמ' 182.

482 שם, בעמ' 153-157.

483 שם, בעמ' 191.

484 שם, בעמ' 190-192. יש לשים לב כי פס"ד *Andrews* נפסק לפני פס"ד *Irwin Toy*, שם נקבעה ההבחנה המוכרת בין מדיניות כלכלית-חברתית לבין חקיקה פלילית כשיקול בקביעת מרחב שיקול הדעת שיינתן למחוקק.

על אף קביעתו של מקאינטר שיש להוכיח אפקט מפלה לצד תחולת עילה רשומה או מקבילה, על פי הפרשנות המקובלת של הלכת *Andrews*, היא חיובה רק הצבעה על תחולת עילה רשומה או מקבילה לשם הוכחת פגיעה בשוויון.<sup>485</sup> כדי להתמודד עם גל עצום של עתירות סרק ברבר אי-שוויון שהוגשו לאחר חקיקת הצ'רטר, חיפש בית המשפט יסוד נוסף על עילה רשומה או מקבילה שהעותר יידרש להוכיחו.<sup>486</sup> בפס"ד *Egan* ובפס"ד *Miron*,<sup>487</sup> שני פסקי דין בנושא סעיף 15 שניתנו בו בזמן, נדונו שוב הדרישות להוכחת הפגיעה בשוויון. כאמור, בפס"ד *Egan* עתרו זוג הומוסקסואלים נגר חוק שהעניק סיוע כספי לזוגות הטרוסקסואלים (נשואים וידועים בציבור) לאחר שאחד מבני הזוג יצא לפנסיה. שופטי הרוב והמיעוט, לאחר שהכירו באוריינטציה מינית כעילה מקבילה נוספת, חלקו בין השאר על דרישות ההכרה בפגיעה בסעיף 15. ארבעה מתוך חמשת שופטי הרוב הציעו להוסיף יסוד חדש למבחן שנקבע בפס"ד *Andrews* – בדיקת שונות רלוונטית בין העותרים לקבוצת הזכאים, אשר תיבחן לאור תכלית החוק. הוצע שכדי להוכיח אפליה על הנפגע להראות שההבחנה שנעשתה בחוק אינה רלוונטית ל"הערכים הפונקציונליים" של החוק. לפי גישה זו, אם ההבחנה רלוונטית, אין מדובר באפליה, ואין פגיעה בזכות לשוויון. רק אם השונות אינה רלוונטית, יש לבחון את מידתיות ההבחנה לפי סעיף 1.<sup>488</sup>

לפי הוג, בדיקת "רלוונטיות" ההבחנה מייתרת את מבחני פסקת ההגבלה, משום שהיא בוחנת את היחס שבין האמצעי לתכלית החוק.<sup>489</sup> לשונות שאינה רלוונטית לתכלית גם לא יהיה קשר רציונלי עמה, והיא לא תוכל למצוא הצדקה דרך סעיף 1. ביקורת זו מצאה ביטוי בדעתה של השופטת L'Heureux-Dube בפס"ד *Egan*, שם היא הציעה לבחון רלוונטיות רק לפי סעיף 1, במבחן המשנה הראשון – מבחן הקשר הרציונלי. לדידה, שאלת רלוונטיות ההבחנה היא שאלה של הצדקה אשר דורשת עיון בתכלית החוק, ולכן המקום הטבעי לבחינה זו הוא סעיף 1.<sup>490</sup> גם שאר השופטים, מבלי לתקוף את מבחן הרלוונטיות במפורש,

485 Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 55, בעמ' 26.

486 שם, פרק 55, בעמ' 18.

487 Miron v. Trudel [1995] 2 S.C.R. 418 (להלן: פס"ד *Miron*).

488 פס"ד *Egan*, לעיל ה"ש 137, בעמ' 530-533, 539.

489 Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 55, בעמ' 26-27.

490 פס"ד *Egan*, לעיל ה"ש 137, בעמ' 546-548, 559-560.

בחנו את שאלת הרלוונטיות רק במסגרת סעיף 1, תוך הדגשת חשיבותו של קן ההבחנה בין תפקידו של סעיף 15 לזה של סעיף 1.<sup>491</sup>

השופט L'Heureux-Dube הזכירה נימוקים נוספים נגד מבחן השונות הרלוונטית המוצע: ראשית, מדד הרלוונטיות מוגבל לבחינת תכלית החוק, ואין הוא כולל בחינה של האפקטים של החוק: תיתכן הבחנה רלוונטית שעדיין יוצרת נזק לא מידתי. שנית, שאלת הרלוונטיות אינה מסייעת כל עוד התכלית עצמה פסולה, והיא דווקא עלולה לשמש כלי לשמר פערים וסטראוטיפים חברתיים לא רצויים. שלישית, לרשות יש יתרון יחסי בהכרת תכלית החוק, ולכן ראוי שדווקא היא תישא בנטל להוכיח את רלוונטיות האמצעי ביחס לתכלית במסגרת סעיף 1. רביעית, יצירת הגבלה פנימית לזכות שאינה מוצאת ביטוי בלשון הסעיף מעבירה ללא הצדקה את נטל ההוכחה מהרשות לעותר.<sup>492</sup>

בפס"ד Miron דגלו אותם ארבעה שופטים במבחן השונות הרלוונטיות, הפעם בתור שופטי המיעוט.<sup>493</sup> השופט גונטייה הסביר שבחינת רלוונטיות בשלב הוכחת הפגיעה בסעיף 15 אינה מייתרת את סעיף 1 אף שיש חפיפה רבה ביניהם. הוא נימק את ההבחנה בכך ששאלת הרלוונטיות בוחנת את היחס שבין ההבחנה הנתקפת לבין "הערכים הפונקציונליים" של החוק, ואילו שאלת הקשר הרציונלי מתמקדת בתכלית החוק.<sup>494</sup> בפועל, מהניתוח שלו את הערכים הפונקציונליים של החוק באותה פרשה עולה כי אין הבדל של ממש בין השניים – ביקורת שגם הוג מעלה.<sup>495</sup>

לעומתם, השופטת מכלאכלין צידדה ב-Miron בפרשנות רחבה של הזכות ודחתה את מבחן השונות הרלוונטית מנימוקים דומים לאלו שהציגה L'Heureux-Dube בפס"ד Egan. לעמדתה, ברוב המקרים יהיה ניתן להוכיח פגיעה רק בהצבעה על עילה רשומה או מקבילה, למעט מקרים נדירים שבהם הרשות מצליחה להוכיח

491 שם, בעמ' 586, 609-611.

492 שם, בעמ' 546-548.

493 בפס"ד Miron הכיר בית המשפט בעילה מקבילה נוספת: מצב משפחתי (שם, בעמ' 502). לעומת אפליה על בסיס אזרחות, מצב משפחתי וזהות מינית, מקום מגורים ועיסוק לא הוכרו כעילות מקבילות. ראו גם Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 55, בעמ' 25.

494 פס"ד Miron, לעיל ה"ש 487, בעמ' 447.

495 שם, בעמ' 461, 465, Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 55, בעמ' 27, הערה 137.

כבר בשלב הראשון שהבחנה איננה מפלה אלא נובעת משיקולים ענייניים על אף הסיווג הקבוצתי.<sup>496</sup>

בסופו של דבר, מבחן השונות הרלוונטית לא התקבל כהלכה פסוקה בקנדה.<sup>497</sup> בלי לבחון שונות רלוונטית התחבט בית המשפט כיצד להבדיל בין הבחנה "תמימה" להבחנה מפלה שדורשת הצדקה לפי סעיף 1. מלבד שונות רלוונטית הועלו ב-*Egan* הצעות אחרות בקרב שופטי המיעוט להוכחת יסוד האפליה: השופטת L'Heureux-Dube הציעה כי ההבחנה תהיה מפלה אם יש בה כדי לקדם או להנציח דעה שלפיה בשל שונותו של העותר הוא זוכה להערכה פחותה כאדם או כאזרח שווה מעמד. כדי לבחון זאת הציעה השופטת מבחן אובייקטיבי-סובייקטיבי שבוחן את ההבחנה מנקודת מבטו של אדם אובייקטיבי בעל מאפיינים דומים לקבוצה שאליה שייך העותר.<sup>498</sup> השופט קורי הציע שהבחנה תהיה מפלה אם היא חותרת תחת תכליתו של סעיף 15, שהיא הגנה על כבוד האדם.<sup>499</sup>

בפס"ד *Law*, שנפסק אחרי כמה שנים של מחלוקות בנוגע לפרשנות של סעיף 15, נקבע פה אחד כי על מנת להוכיח את יסוד האפליה על העותר להראות שההבחנה מביאה לפגיעה בכבוד האדם. כבואו להחליט אם נפגע כבודו של העותר, על בית המשפט לשקול את תכלית ההבחנה ואת הקשרה.<sup>500</sup> באותה פרשה טענה העותרת – אלמנה שגילה צעיר מ-35 – לאפליה על בסיס גיל בחוק שהעניק מענק לאלמנים ולא למנות בתנאי שהם בני 35 ומעלה. אף שגיל נמנה עם העילות המנויות מפורשות בסעיף 15, דרש בית המשפט שהעותרת תוכיח שההבחנה מביאה לפגיעה בכבוד האדם.<sup>501</sup> השופט איאקובוצ'י הצביע על ארבעה אלמנטים הקשירים שמסייעים לקבוע אם הייתה פגיעה בכבוד האדם: (1) השתייכות העותר לקבוצה שיש לגביה דעות קדומות, אפליה או נחיתות חברתית; (2) היחס בין העילה הרשומה או מקבילה הנטענת לבין התכונות או הנסיבות האמיתיות של

496 פס"ד *Miron*, לעיל ה"ש 487, בעמ' 486-493.

497 Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 55, בעמ' 26-27.

498 פס"ד *Egan*, לעיל ה"ש 137, בעמ' 552-553.

499 שם, בעמ' 603.

500 Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration) [1999] 1 S.C.R. 497, 529-531

501 שם, בעמ' 553-555.

העותר; (3) תכליות של האמצעי או השפעות שלו שמשפרות את מצבן של קבוצות מוחלשות; (4) טיבו והיקפו של האינטרס הנפגע – ככל שהשלכות החוק על הקבוצה הן חמורות וממוקדות יותר, כן תגבר ההסתברות שמדובר באפליה.<sup>502</sup> באותה פרשה לא עמדה העותרת בדרישה להוכיח פגיעה בכבוד האדם. איאקובוצ'י מצא כי ההבחנה על בסיס גיל הגיונית לאור תכליתו של החוק – סיוע לאלמנים נזקקים ולאמנות נזקקות. כבוד האדם לא נפגע כיוון שאלמנות צעירות ימצאו תעסוקה ביתר קלות מאלמנות מבוגרות. בית המשפט התמקד באלמנט ההקשרי השני: היחס בין העילה (אפליה על בסיס גיל) לבין הנסיבות האישיות של העותרת. נמצא כי גיל המינימום לזכאות למענק תאם את תכונותיה ונסיבותיה של העותרת ושל נשים בגילה שאינן מתקשות במיוחד להתפרנס. האפקט של החוק לא השפיל אלמנות צעירות כקבוצה אלא שיקף הבחנה שקיימת במציאות.<sup>503</sup> ניתוח זה מזכיר בכירור את הדרישה מן העותר להוכיח שונות לא רלוונטית, דרישה אשר נדחתה בפסיקה. שני המבחנים לזיהוי הפגיעה, הן שונות רלוונטית הן פגיעה בכבוד האדם, עוסקים ביחס שבין ההבחנה לתכלית החוק ובכך מטשטשים את הגבול בין סעיף 15 לסעיף 1 וגורעים מתפקידו של מבחן המידתיות.<sup>504</sup>

הדרישה לפגיעה בכבוד האדם זכתה לביקורת נוקבת בספרות האקדמית, אך חלף כמעט עשור עד שבסופו של דבר נדחתה בפסיקה.<sup>505</sup> לפי הוג, כמה קשיים עלו מהלכת *Law*: ראשית, עמימותו של המונח "כבוד האדם" עוררה מחלוקות רבות בין השופטים בשאלה אם הוכחה פגיעה.<sup>506</sup> שנית, הדרישה הכבידה על עותרים יתר על מידה: במקום שנטל ההוכחה יעבור מיד לרשות להצדיק הבחנה רשומה או מקבילה, כפי שנקבע ב-*Andrews*, העותרים הם שנדרשו לשאת בנטל ההוכחה להראות פגיעה בכבוד האדם. זאת, שלא כפרשנותו הפשוטה של סעיף 15. בשל הקושי של העותרים לעמוד בנטל זה לא נבחנה במקרים רבים שאלת המידתיות

502 שם, בעמ' 534-540.

503 שם, בעמ' 558-561. ראו גם Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 55, בעמ' 28.

504 Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 55, בעמ' 26, 29-31. הוג מסביר כי האלמנט ההקשרי השני בוחן את לגיטימיות התכלית ואת סבירות השימוש בהבחנה להגשמת התכלית, בדיוק התפקיד של ס' 1. שם, בעמ' 31.

505 שם, בעמ' 29, 31.

506 שם, בעמ' 29. שלא כבישראל, "כבוד האדם" אינו מופיע כזכות יסוד בצ'רטר הקנדי.

כלל. שלישית, בשל החפיפה בין דרישת כבוד האדם והמבחנים ההקשריים שנלוו לה לבין הבחינה לפי סעיף 1, ספק עד כמה נשאר תפקיד לפסקת ההגבלה. לטענת הוג, מצב זה היה לא רצוי משום שבבחינתה של פגיעה בכבוד האדם במסגרת סעיף 15 נעדר ההסדר המובנה והשיטתי של מבחני פסקת ההגבלה. עובדה זו אפשרה למשל דילוג על הצורך לבחון אמצעים פוגעניים פחות.<sup>507</sup>

לפי הוג, במקרים שהפגיעה כן הוכחה, הייתה עצמתו של סעיף 1 להצדקת חקיקה פוגענית שולית למדי משום שמרבית האיזונים כבר נערכו בשלב הקודם. אכן, משהופיעה הדרישה לפגיעה בכבוד האדם, הצליח סעיף 1 להציל חקיקה פוגענית במקרה אחד בלבד, ורק בשל נסיבותיו יוצאות הדופן של אותו מקרה.<sup>508</sup> בשנת 2008, בפס"ד *Kapp*, קבע בית המשפט פה אחד שאמנם כבוד האדם הוא ערך יסודי של הזכות לשוויון, אך כמבחן משפטי הדרישה להוכחת פגיעה בכבוד האדם קשה ומכבידה מדי על העותרים.<sup>509</sup> בית המשפט החליף אפוא את ההגדרה של אפליה מהבחנה שפוגעת בכבוד האדם להבחנה אשר מנציחה נחיתות או סטראוטיפים, הגדרה שמוצאת ביטוי בארבעת האלמנטים ההקשריים שהוצגו בפס"ד *Law*.<sup>510</sup> לגישת הוג, הדרישה החדשה שנקבעה בפס"ד *Kapp* היא עמומה ומכבידה על העותרים לא פחות מהדרישה הקודמת, וגם אינה משאירה מקום למבחן המידתיות. מהביקורת העקיבה שלו על המבחנים השונים שהוצעו בפסיקה ניתן להבין כי לשיטתו תפקידו של סעיף 1 ייבלע בלי קשר ליסוד הנוסף שיררוש בית המשפט – רלוונטיות, כבוד האדם או הנצחת נחיתות – ויש לחזור להלכת *Andrews*.<sup>511</sup>

כמאמר מוסגר יצוין כי על פני הדברים הדרישה שנקבעה ב-*Kapp* להוכחת הנצחה של הדרה חברתית מוציאה מהגנת סעיף 15 את הרוב או את בעלי הכוח בחברה אשר אינם יכולים לטעון לנחיתות חברתית. החרגה שכוון, לו הייתה קיימת במציאות, היא הייתה בגדר חידוש: בפס"ד *Miron* נקבע כי השתייכות

- 507 שם, בעמ' 29. ראו גם *Bredt & Dodek*, לעיל ה"ש 66, בעמ' 181.
- 508 ראו פס"ד *Newfoundland*, לעיל ה"ש 147. כזכור, בפרשה זו אישר בית המשפט חוק שהשהה התחייבות שלטונית להגיע לשוויון מגדרי בשכר בשל משבר תקציבי קיצוני. *Hogg*, לעיל ה"ש 4, פרק 55, בעמ' 52-53.
- 509 פס"ד *Kapp*, לעיל ה"ש 471, בעמ' 504-505.
- 510 שם, בעמ' 503-506. ראו גם *Hogg*, לעיל ה"ש 4, פרק 55, בעמ' 31-32.
- 511 *Hogg*, לעיל ה"ש 4, פרק 55, בעמ' 32-33, 51.



לקבוצה מודרת אינה תנאי לקיומה של עילה מקבילה לצורך הוכחת פגיעה בסעיף 15, 512 וכבר בשנות התשעים הכירו חלק משופטי בית המשפט בפגיעה בשוויון כשגברים הופלו על רקע מגדר.<sup>513</sup> לפי הוג, לא חל שינוי בהלכה: גם אחרי *Kapp* אין דרישה שהעותר יהיה מקבוצת אוכלוסייה מקופחת, ודי שיוכיח שההבחנה הנתקפת מקפחת אותו, שהיא נשענת על עילה רשומה או מקבילה, ושהיא מפלה. עם זאת הוג מעיר כי השתייכות לקבוצה מודרת בוודאי תסייע לעותר להוכיח שההבחנה מפלה.<sup>514</sup>

לסיכום, שלא כגישתו בנוגע לחופש הביטוי ולחופש הדת, בית המשפט הקנדי מגביל את היקפה של הזכות לשוויון, וכבר בשלב של הוכחת הפגיעה בזכות עורך איזון ערכים בין האינטרס של הפרט לבין האינטרס הציבורי, המקודם באמצעות הבחנות "לגיטימיות", במיוחד אלו שעשויות להיטיב עם קבוצות אוכלוסייה מוחלשות. בשל עריכת האיזון בשלב הראשון הצטמצם תפקידה של המידתיות באשר לזכות זו. מנקודת מבט מסוימת אפשר לראות בגישה זו עמדה דאונטולוגית ראויה שלפיה משווה פגיעה בשוויון, כמעט אי-אפשר למצוא תועלת שתצדיק את הפגם המוסרי באפליה. אולם במובן הפרקטי גישה זו מקלה עם הרשות ומקשה על העותר. כזכור, זהות הנושא בנטל ההוכחה גורלית לתוצאת העתירה, והארכת השלב שבו עול זה מוטל על העותר למעשה פוטרת את הרשות מאחריותה להצדיק אמצעי פוגעני.

#### ד. הזכות לחיים, לחופש ולביטחון אישי

הזכות לחיים, לחופש ולביטחון אישי מעוגנת בסעיף 7 של הצ'רטר. כפי שראינו בחלק 3 לעיל, בנוגע לזכויות מסוימות בצ'רטר קבע המחוקק הקנדי פסקאות הגבלה פנימיות אשר מאפשרות פגיעה בזכות אם היא עומדת הן בתנאי אותה הגבלה הן בתנאי סעיף 1. סעיף 7 קובע שניתן לגרוע מזכותו של כל אדם לחיים, לחופש ולביטחון אישי רק בכפוף ל"עקרונות הצדק היסודי". כדי להוכיח פגיעה בסעיף 7 על העותר להראות שלילה של חיים, של חופש או של ביטחון אישי,

512 פס"ד *Miron*, לעיל ה"ש 487, בעמ' 496-497.

513 ראו לדוגמה *R. v. Hess* [1990] 2 S.C.R. 906, 943. אוזכר אצל Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 55, בעמ' 45.

514 Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 55, בעמ' 45-47.

שאינה טריוויאלית ושסותרת את עקרונות הצדק היסודי.<sup>515</sup> אם יימצא שהאמצעי מתיישב עם עקרונות הצדק היסודי, יקבע בית המשפט שהזכות לא נפגעה ולא ימשיך לבחינת סעיף 1.<sup>516</sup>

בית המשפט התחבט לא מעט באשר להיקף הזכות המוגנת בסעיף 7: האם יש לפרש את האינטרסים המוגנים של "חופש" ו"ביטחון אישי" כמשתרעים רק על זכויות בהקשר של ההליך הפלילי? או שמא ניתן לפרשם כמשתרעים גם על חירויות נוספות כגון אוטונומיה אישית (למשל זכותה של אישה להפסיק את הריונה)<sup>517</sup> או על זכויות חברתיות-כלכליות, כגון הזכות לקיום בסיסי.<sup>518</sup> בית המשפט יצק תוכן למושגי שסתום אלה, תוך חילוקי דעות לא מעטים, אך נמנע מלהגדיר אותם במדויק.<sup>519</sup> לעתים קרובות במקום להביע דעה על היקף הזכות המוגנת (קרי במקום לצמצמו) העדיף בית המשפט להכריע שהאמצעי, גם בהנחה שהוא פוגע בזכות מוגנת, מתיישב עם עקרונות הצדק.<sup>520</sup> כך ההגבלה הפנימית של עקרונות הצדק היסודי מסייעת לבית המשפט להימנע מלקבוע גבולות מדויקים לזכות.

- 515 Cunningham v. Canada [1993] 2 S.C.R. 143, 151 (להלן: פס"ד *Cunningham*).
- 516 Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 47, בעמ' 4.
- 517 בפס"ד *Morgentaler*, שדן בחוק שהטיל סנקציה פלילית על הפסקת היריון, קבע הרוב שחוק שמסכן את השלמות הפיזית והנפשית של אישה דרך איום בסנקציה פלילית מפר את זכות האישה לביטחון. האופי הפלילי של החוק אפשר לרוב להימנע מלהחליט אם הגנת ס' 7 שמורה רק לכל הקשור למערכת הפלילית, או אם הזכות לחיים, לחופש ולביטחון אישי היא כללית יותר. רק השופטת וילסון הייתה בדעה נחרצת שזכותה של אישה להפסיק את הריונה חוסה תחת ס' 7. פס"ד *Morgentaler*, לעיל ה"ש 103, בעמ' 55-56, 90, 173-174.
- 518 עמדתה של השופטת ארכור (בדעת מיעוט) בפס"ד *Gosselin*, שאף סברה כי ס' 7 מטיל חובות פרויטיביות על הרשות להבטיח רווחה כלכלית בסיסית. לעומתה, הרוב נמנע מלהכריע בדבר תחולתו של ס' 7 אם הוא חל על זכויות כלכליות, ואם הגנה על זכויות אלו תישא אופי חיובי או שלילי בלבד. אולם הרוב לא שלל את האפשרות שהפסיקה תכיר בזכות לרווחה בסיסית ובזכויות חברתיות כנגזרות מס' 7, בין בעתיד ובין בנסיבות מיוחדות. לעיל ה"ש 37, בעמ' 491, 598. ראו גם MacFarlane, לעיל ה"ש 51, בעמ' 217-218.
- 519 פס"ד *Children's Aid Society*, לעיל ה"ש 78, בעמ' 364. ראו גם Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 47, בעמ' 12-19.
- 520 פס"ד *Children's Aid Society*, לעיל ה"ש 78, בעמ' 331.

באשר לאמצעי אשר אינו עומד בדרישת ההגבלה הפנימית, ב-*Re B.C. Motor Vehicle Act* סבר השופט למר בהערת אגב שאמצעי שאינו מתיישב עם עקרונות הצדק היסודי יעמוד במבחן סעיף 1 רק בנסיבות יוצאות מן הכלל, כמו אסונות טבע, פרוץ מלחמה ומגפות.<sup>521</sup> לעומתו, השופטת וילסון סברה כי אמצעי שמפר עקרונות אלו לעולם לא יעמוד בדרישות פסקת ההגבלה.<sup>522</sup> אף שבית המשפט ממשיך לבחינת סעיף 1 לאחר זיהוי פגיעה, הוא טרם הכשיר הפרה של סעיף 7 באמצעות פסקת ההגבלה, להוציא קביעות של שופטי מיעוט.<sup>523</sup> לאור זאת פסקת ההגבלה הפנימית לכאורה מייתרת את תפקידה של פסקת ההגבלה החיצונית.<sup>524</sup>

לצד עמימותם של "חופש" ו"ביטחון אישי" עמימות המונח "עקרונות הצדק היסודי" הולידה גם היא כמה מחלוקות פרשניות. ראשית, בית המשפט שאל אם מדובר בדרישה לצדק פרוצדורלי או מהותי. מחד, ההיסטוריה החקיקתית מגלה בבירור שמחוקק הצ'רטר התכוון לצדק פרוצדורלי בלבד,<sup>525</sup> ומאידך ב-*Re B.C. Motor Vehicle Act* הרחיב בית המשפט את ההגנה בסעיף 7 למקרים של אי-צדק מהותי ולא רק פרוצדורלי. השופט למר סבר שהמחוקק בחר בכוונה במונח רחב מ"כללי הצדק הטבעי" שמתייחס לכללים פרוצדורליים בלבד. בנוסף, הוא נימק כי פרשנות מרחיבה של המונח תגביר את ההגנה אשר ניתנת לזכות.<sup>526</sup>

מחלוקת שנייה שעלתה התייחסה להגדרת המושג "עקרונות הצדק היסודי". ב-*Re B.C. Motor Vehicle Act* נקבע רק כי "עקרונות הצדק הטבעי קיימים ביסודות הבסיסיים של המערכת המשפטית", ושאי-אפשר לצקת למושג תוכן ממצה מראש; משמעותו תתברר דרך מלאכת הביקורת השיפוטית במקרים

- 521 פס"ד *Motor Vehicle*, לעיל ה"ש 149, בעמ' 518. אוזכר אצל Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 38, בעמ' 46.
- 522 פס"ד *Motor Vehicle*, לעיל ה"ש 149, בעמ' 523-524. אוזכר אצל Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 38, בעמ' 46.
- 523 Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 38, בעמ' 49.
- 524 ראו Bredt & Dodek, לעיל ה"ש 66, בעמ' 180-181.
- 525 Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 47, בעמ' 20.
- 526 פס"ד *Motor Vehicle*, לעיל ה"ש 149, בעמ' 500-503, 513. אוזכר אצל Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 47, בעמ' 21.

קונקרטיים.<sup>527</sup> בהמשך היו שופטי בית המשפט חלוקים בעניין זהותם של אותם יסודות בסיסיים של מערכת המשפט ומאילו מקורות נוצרו. מאז אותה פרשה הציע בית המשפט מבחנים שונים להגדרת המונח "עקרונות הצדק היסודי", לפעמים מבלי לציין את ההגדרה שנקבעה ב־*Re B.C. Motor Vehicle Act*.<sup>528</sup> בפס"ד *Rodriguez* הציעו שופטי הרוב והמיעוט הגדרות שונות למונח "עקרונות הצדק היסודי". לפי הרוב, עקרון הצדק הטבעי הוא כלל משפטי ספציפי בר זיהוי (בניגוד לעיקרון מוסרי אמורפי) שבעניינו יש הסכמה חברתית ברבר חיוניותו לתפיסה המקובלת של צדק.<sup>529</sup> לעומת זאת המיעוט הציע הגדרה שלילית של המונח, ולפיה אמצעי שרירותי או לא הוגן לא יעמוד בעקרונות הצדק היסודי.<sup>530</sup> ההגדרה דומה לזו שנקבעה בפסק דין קודם של אמצעי שרירותי או לא רציונלי.<sup>531</sup> מבחנים אלו יושמו בפס"ד *Malmo-Levine*, שם טען העותר שהטלת עונש מאסר על החזקת מריחואנה לצורך שימוש אישי היא הגבלת חופש שאינה מתיישבת עם עקרון הצדק היסודי של "עקרון הנזק", שלפיו אין להטיל סנקציה פלילית על מעשה שאינו גורם נזק לזולת. הרוב סירב להכיר בעקרון הנזק כעקרון הצדק היסודי משום שספק אם עיקרון זה הוא כלל משפטי בר זיהוי, ובנוסף, אין קונסנזוס חברתי שעקרון הנזק הוא ההצדקה הבלעדית לקיומו של איסור פלילי, קרי שהוא אלמנט "חיוני" לתפיסת הצדק. בנוסף, לא ניתן לקבוע שהאיסור שרירותי או לא רציונלי כיוון שקיים קשר רציונלי בינו לבין אינטרס ציבורי לגיטימי במניעת נזק בריאותי למשתמשים בסמים ובבלימת סחר בסמים.<sup>532</sup>

מבחן נוסף שיושם ב־*Malmo-Levine* לאי־עמידה בעקרונות אלו הוא חוסר מידתיות משווע של האמצעי הנבחר.<sup>533</sup> בניסיונם להוכיח חוסר מידתיות משווע

פס"ד <i>Motor Vehicle</i> , לעיל ה"ש 149, בעמ' 503, 513. אוזכר אצל Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 38, פרק 47, בעמ' 23.	527
שם.	528
Rodriguez v. British Columbia (Attorney General) [1993] 3 S.C.R. 519, 590–591, 607.	529
שם, בעמ' 619–621.	530
R. v. Arkell [1990] 2 S.C.R. 695, 701	531
R. v. Malmo-Levine; R. v. Caine [2003] 3 S.C.R. 571, 641–643 (להלן: פס"ד <i>Malmo-Levine</i> ).	532
שם, בעמ' 644–645.	533

טענו העותרים בין השאר שסך הנזק מהחוק עולה על סך התועלת ממנו. הרוב דחה את הטיעון בנימוק שמקומה של השוואה בין נזק לתועלת הוא במבחן המידתיות במובן הצר בסעיף 1.<sup>534</sup> אולם ניסיונו של הרוב להגן על תפקידו של מבחן המידתיות בסעיף 1, כאשר מבחן המידתיות במסגרת ההגבלה הפנימית כבר מייתר את סעיף 1, תמוה. הרי ברור כי אמצעי שיש בו חוסר מידתיות משווע לא יחשב מידתי לפי סעיף 1. אי-עמידה במבחן מונעת פנייה לסעיף 1, ועמידה בו קובעת מראש את התוצאה של סעיף 1. מבחן זה בעייתי לא רק משום שהוא מייתר את הפנייה לסעיף 1, אלא גם משום שהוא מעביר את נטל ההוכחה בדבר מידתיות הפגיעה מהרשות לעותרים. בעייתיות זו קיימת גם כשמדובר במבחן השרירותיות או חוסר רציונליות, הבוחן גם הוא יסוד שמקומו הטבעי בסעיף 1 – קיומו של קשר רציונלי.

מבחן נוסף שהוזכר בפס"ד *Malmo-Levine*, אשר גם פולש לכאורה לתחומו של סעיף 1, קובע כי על מנת להתיישב עם עקרונות הצדק הטבעי על האמצעי לאזן נכונה בין זכויות הנאשם לבין האינטרס הציבורי.<sup>535</sup> דרישה דומה נקבעה בכמה פסקי דין שעסקו בשאלה אם מותר להסגיר נאשם ללא הבטחת המדינה המבקשת שלא יוטל עליו עונש מוות, האסור במשפט הקנדי.<sup>536</sup> בפס"ד *Burns*, כדי להכריע אם אי-הסגרה ללא הבטחה כאמור מפרה את עקרונות הצדק היסודי, איזן בית המשפט בין היתרונות והחסרונות של הסגרה ללא הבטחות והשיב על השאלה בחיוב, משום שאמצעי פוגעני פחות – הסגרה בהבטחות – היה מקדם את האינטרס הציבורי באותה מידה. אחרי שהעיר שנדיר, אך אפשרי, שהפרת סעיף 7 תוצדק לפי סעיף 1, המשיך בית המשפט לבחון אם במקרה הספציפי ניתן להצדיק את האמצעי לפי סעיף 1. שתי התכליות שהוצגו (שאחת מהן הייתה זהה לאחד ה"יתרונות" שבית המשפט כבר פגש בשלב הקודם) הוכרו כחשובות, אך הוחלט, בתמצית ותוך דילוג על בחינת קשר רציונלי, כי קיימים אמצעים

534 שם, בעמ' 658.

535 מבחן זה נקבע בפס"ד *Cunningham*, לעיל ה"ש 515, בעמ' 152. אוזכר בפס"ד *Malmo-Levine*, לעיל ה"ש 532, בעמ' 628.

536 *Kindler v. Canada (Minister of Justice)* [1991] 2 S.C.R. 779, Reference Re Ng Extradition (Can.) [1991] 2 S.C.R. 858, *United States v. Burns* [2001] 1 S.C.R. 283 (להלן: פס"ד *Burns*). פסקי דין אלו אוזכרו אצל Hogg, לעיל ה"ש 4, פרק 47, בעמ' 26.

פוגעניים פחות מהאמצעי הנבחר,<sup>537</sup> מסקנה שכבר הגיע אליה בשלב הקודם. תוצאה זו אשררה את אמירתו בתחילת דבריו כי רק נסיבות יוצאות דופן היו יכולות לשנות את פני האיזון ואת התוצאה. בית המשפט נמנע מלהצביע על נסיבות כאלו.<sup>538</sup>

ביישום "מבחן האיזון" בפס"ד *Malmo-Levine* הבהיר בית המשפט כי על אף הדמיון בין האיזון שנערך במסגרת סעיף 7 לאיזון הערכים בסעיף 1 הראשון צר בהרבה ונועד רק להבהיר את עקרון הצדק היסודי הנדון. סעיף 1, לעומתו, מביא בחשבון מגוון רחב יותר של שיקולים, והוא מיועד לתכלית אחרת – בחינת מידתיות הפגיעה. בית המשפט הזכיר ב-*Malmo-Levine* כי לא ראוי שהאיזון המלא יתרחש בשלב סעיף 7, מבלי שהנטל עובר מהעותר למדינה.<sup>539</sup> ספק אם ההבחנה שהציג בית המשפט מניחה את הדעת, שכן הניסיון מוכיח כי שני האיזונים יובילו תמיד לאותה תוצאה, למעט במצבים חריגים ביותר.

מסקירה זו עולה כי בין תפקידה של ההגבלה הפנימית בסעיף 7 לבין תפקידה של פסקת ההגבלה בסעיף 1 יש דמיון ניכר. ראשית, ההגבלה הפנימית של עקרונות הצדק היסודי מאפשרת לבית המשפט להימנע מצמצום אפריורי של הזכות המוגנת, בדומה לפונקציה של סעיף 1 באשר לחופש הביטוי וחופש הדת. ההגבלה הפנימית, כמו ההגבלה החיצונית, מאפשרת איזון אד-הוקי במקום איזון הגדרתי רק טרם הוכחת הפגיעה במקום בעקבותיה. שנית, מבחני ההגבלה הפנימית דומים למדי למבחני ההגבלה החיצונית: מבחן ה"שרירותיות" מתייחס להיעדר קשר רציונלי, והמבחן של חוסר מידתיות משווע ומבחן האיזון חופפים את מבחן המידתיות ואת איזון הערכים שנעשה במסגרתו. כפי שראינו בדיון על פגיעה בשוויון, השימוש בטכניקות שונות ומשתנות לאיזון בשלב הראשון מאיים להגביר את חוסר העקיבות ואת אי-הוודאות אשר מאפיינים בין כה וכה את בחינת המידתיות לפי הצ'רטור.

537 פס"ד *Burns*, לעיל ה"ש 536, בעמ' 327-328, 357-360.  
 538 שם, בעמ' 323.  
 539 פס"ד *Malmo-Levine*, לעיל ה"ש 532, בעמ' 627-629.

## 9. הערות לסיכום

נבחנה כאן הדרך שבה בחר בית המשפט העליון הקנדי להפעיל ביקורת שיפוטית על פגיעה לכאורה בזכות חוקתית. אחזור בקצרה על הנושאים שנדונו במסמך ואסיים בכמה נקודות ביקורת על הבחינה החוקתית הקנדית שניתן להפיק מהן לקחים.

הסקירה פתחה בהצגת המקורות הנורמטיביים של המשפט החוקתי הקנדי תוך התמקדות בצ'רטר הקנדי ולחופשים, העוגן המרכזי של זכויות יסוד בשיטה הקנדית. הוצג הרקע לחקיקתו של הצ'רטר, לרבות מאבקי הכוחות שעיצבו את מרכיביו בכלל ואת פסקת ההגבלה בפרט. תוארה הפרשנות התקדימית שנתן בית המשפט לפסקת ההגבלה בפרשת *Oakes*, אשר קראה לבחינה חוקתית דו-שלבית אשר בוחנת ראשית כול קיומה של פגיעה בזכות חוקתית, ולאחר מכן – את האפשרות להצדיקה. ראינו כי בשלב השני בית המשפט בוחן אם האמצעי נועד לתכלית ראויה, ואם פגיעתו מידתית ביחס לנזק שנגרם, כאשר הוא מפרק את שאלת המידתיות לשלוש שאלות משנה: אם קיים קשר רציונלי בין האמצעי לתכלית, אם נבחר האמצעי שפגיעתו פחותה, ואם האמצעי השיג איזון הולם בין התועלת מן האמצעי ובין הנזקים ממנו. לאורך כל שלבי הבחינה הדרישה שהפגיעה תהלוּם חברה חופשית ודמוקרטית משמשת עיקרון מנחה בהפעלת הביקורת השיפוטית. ראינו כי דרישה נוספת המשפיעה על הבחינה בכל שלביה – הדרישה לראיות מוצקות לשם הצדקת הפגיעה – איננה קלה ליישום, במיוחד כשמדובר במדיניות חברתית-כלכלית, ולעתים קרובות תורמת לחוסר עקיבות בפסיקה.

במסגרת ניתוח של כל אחד משלבי הבחינה החוקתית ראינו כי בית המשפט מעדיף, ככלל, להקל בשלבים הראשונים של הבחינה – זיהוי פגיעה, עיגון סטטוטורי לפגיעה, תכלית ראויה וקשר רציונלי – ולמקד את הדיון בשלב איזון הערכים. אפשר שאיזון זה ייעשה בשלב מינימליות הפגיעה, ואפשר שיעשה בשלב האחרון – השוואת התועלת לנזק מן האמצעי – אך בדרך כלל בית המשפט בוחר בחלופה הראשונה. מצאנו שבית המשפט לא נוהג להקפיד על ההבחנה בין מבחן המשנה השני לשלישי, אם כי לא נראה שטשטוש ההבדלים בין שני מבחני המשנה הללו משפיע על איכות הניתוח או על ההכרעה הסופית. עם זאת טשטוש זה מביא לחוסר בהירות בנוגע לסיבת קביעת אי-חוקתיות

האמצעי. הצגנו מגמה חדשה בפסיקה, ביזמתה של השופטת מכלאכלין, של הגברת ההקפדה על ההבחנה בין שני המבחנים. הקפדה זו עשויה לתרום לוודאות משפטית בדבר הסיבה לאי-חוקתיות האמצעי.

נקודה נוספת שעלתה בדיון על מבחן מינימליות הפגיעה התייחסה להגמשת הדרישות של מבחן זה חרף ההקלות שנעשו גם בשלבים המקדמיים. ראינו שבית המשפט אינו קורא הלכה למעשה להפחתת הפגיעה ככל שניתן אלא מסתפק באמצעים המצויים במתחם של "סבירות", אף שסבירות היא סטנדרט ביקורת אשר מקומו הטבעי במשפט המינהלי ולא במשפט החוקתי. בדיון על ביקורת שיפוטית במשפט המינהלי ראינו שבית המשפט סירב לאחרונה לאפשר למידתיות להחליף את הסבירות בהקשר המינהלי, אך ייתכן שסירוב זה הוא רטורי בעיקרו.

נוכחנו כי בית המשפט לא הסתפק במבחני *Oakes* להנחות את עבודתו, אלא יצר לעצמו כלי עזר נוסף – הניתוח ההקשרי. הניתוח ההקשרי נועד להבטיח שהכרעותיו של בית המשפט משקפות רגישות לנסיבות המקרה ולתנאי המציאות. הוצגו הקריטריונים השונים שיצר בית המשפט להנחותו כדי להשיג עקיבות וודאות משפטית. אולם בשל ריבוי הקריטריונים ובשל יישום שונה בין שופט לשופט ובין פסק דין לפסק דין הבליטה הפעלתם דווקא את חוסר העקיבות בפסיקה. מצאנו כי דיאלוג חוקתי בין המחוקק לשופט – קרי ניסיון שני של המחוקק ליצור אמצעי מידתי בעקבות פסילה קודמת – הביא לעתים לריסון שיפוטי, אם כי נראה שהמגמה הנוכחית היא לבחון כל אמצעי לגופו, ללא התחשבות מיוחדת בעברו התחקיתי.

הסקירה הסתיימה בניתוח של ארבע זכויות יסוד מרכזיות בצ'רטר – חופש הביטוי, חופש הדת, הזכות לשוויון והזכות לחיים, לחופש ולביטחון אישי – כאשר הפער בין גישתו של בית המשפט לשתי הזכויות הראשונות לבין גישתו לשתיים האחרונות בולט לעין. אתיחס לפער זה באחת מנקודות הביקורת להלן. בלי לחזור על כל נקודת ביקורת שצוינה בסקירה אבקש עתה לעמוד על כמה סוגיות חשובות במיוחד. הראשונה היא ריכוך הדרישה לפגיעה מינימלית בזכות החוקתית. כאמור, במקום לדרוש בחירה באמצעי שפגיעתו פחותה, בית המשפט מעניק למחוקק מתחם הערכה לבחור בין אופציות "סבירות". לדעתי, על בית המשפט להיזהר שלא לצמצם את מבחן המידתיות למבחן של סבירות בלבד, צמצום שמתרחש הן בהקשר החוקתי הן בהקשר המינהלי. אכן, הקו המפריד



בין מבחן המידתיות למבחן הסבירות הוא דק, ואולם בעיניי ההבחנה המרכזית בין סבירות למידתיות היא ניסיונה של דרישת המידתיות למזער את הפגיעה החוקתית יותר משעושה כן מבחן הסבירות, קרי לדרוש מידת זהירות נוספת באשר לפגיעה בזכויות שאיננה נדרשת על פי מבחן הסבירות. כדי שעורך מוסף זה של המידתיות יתקיים, על בית המשפט להקדיש תשומת לב רבה ומאומצת למגוון האמצעים שעשויים להשיג את התכלית הנדרשת, בין במסגרת מבחן מינימליות הפגיעה ובין במסגרת מבחן המידתיות במובנו הצר. שמירה על ערך מוסף זה תגדיל את הסיכוי להגיע לאיזון הוגן בין הערכים המתחרים.

הנקודה השנייה היא נטייתו של בית המשפט הקנדי לגשת לראיות מדעיות-חברתיות גישה אד-הוקית, כאשר אי-אפשר לצפות מראש אילו ראיות הוא יקבל ואילו ידחה. ראינו כי בית המשפט טרם פיתח הנחיות שיפוטיות קונקרטיות באשר לתכנים הראייתיים אשר ייחשבו לתשתית ראייתית מספקת, ובאילו הקשרים ייחשבו כאלה, לצורך עמידה בתנאי פסקת ההגבלה. לדעתי, יש צורך בפיתוח הנחיות משוכללות יותר להתמודדות עם ראיות מדעיות-חברתיות במקום להסתפק בדיכטומיה פשטנית בין ראיות מדעיות-חברתיות מחד לראיות אמפיריות מאידך. ייתכן שניתן לקבוע דרישות לתוספות ראייתיות שטיבן משתנה לפי מידת המהימנות של סוגי הוכחה שונים. אין הכוונה לכללים נוקשים אלא לכללים מנחים בלבד במסגרת הניתוח ההקשרי. כללים כאלה עשויים לסייע ליישום ברור יותר ועקיב יותר של הדין.

הנקודה השלישית היא נטייתו של בית המשפט, בחלק מזכויות הצ'רטר, להתעכב על השלב הראשון של הבחינה החוקתית. ככלל בית המשפט מעדיף להתמודד עם תחרות בין זכויות חוקתיות לערכים אחרים דרך האיזון האד-הוקי, אשר לרוב מביא לפנייה לפסקת ההגבלה. אולם כשמדובר בזכויות בעלות פסקאות הגבלה פנימיות ובזכות לשוויון, בית המשפט נוטה לצמצם מראש את היקף ההגנה הניתנת לזכות, ונכון פחות להכיר בפגיעה. עם זאת, כפי שעולה מניתוח הזכות לשוויון ומהזכות לחיים, לחופש ולביטחון אישי, בשלב זהווי הפגיעה בית המשפט בוחן שאלות קרובות, אם לא זהות, לאלו הנבחנות במסגרת מבחן המידתיות. כך למשל הדרישה לשונות לא רלוונטית לשם הוכחת פגיעה בשוויון חופפת את שאלת קיומו של קשר רציונלי בין האמצעי לתכלית. עיכוב יתר בשלב הראשון עלול לשחוק את תרומתו של מבחן המידתיות ככלי המאפשר ביקורת שיפוטית שיטתית וממושמת. יתר על כן, עיכוב זה מאריך את השלב

שבו העותר נושא בנטל ההוכחה ובכך מחליש את יכולתו להתגונן בפני פגיעה בזכותו החוקתית.

לכסוף, ראויה להערכה חיובית, ואף לחיקוי, ההתחשבות המרשימה בערכים של רב-תרבותיות, שוויון והגנה על החלש. העיגון החוקתי של ערכים אלו בשיטה הקנדית מקל על בית המשפט לתת את דעתו על ערכים אלו במהלך הביקורת השיפוטית בלי שייתפס כ"אקטיביסטי" נגד רצון העם.

# המידתיות החוקתית בדרום אפריקה

## רועי ששון

### 1. מבוא

תום שלטון האפרטהייד בשנת 1990 סימל תחילתו של עידן חדש בהיסטוריה של דרום אפריקה,<sup>1</sup> שבו היא הפכה לדמוקרטיה חוקתית. נדמה כי שתיים מנקודות השיא החשובות ביותר בעידן החדש הן הבחירות הדמוקרטיות הרב-גזעיות הראשונות בשנת 1994, שבהן עלתה מפלגת ה-ANC (African National Congress) בראשותו של נלסון מנדלה לשלטון,<sup>2</sup> וכן כינונה של חוקה הכוללת מגילת זכויות מקיפה. המגעים בין המפלגות השונות הביאו לכינון החוקה הזמנית ב-1993 (Interim Constitution), או בקיצור IC,<sup>3</sup> שנכנסה לתוקף ביום שלאחר הבחירות בשנת 1994 והורתה בין השאר על הקמת בית המשפט החוקתי ועל הצורך לכונן חוקה קבועה. עוד נקבע כי החוקה הקבועה תיכנס לתוקף לאחר אישורה בבית המשפט החוקתי שיקום.<sup>4</sup> כבר מן ההתחלה ראה בית המשפט החוקתי בסמכותו לביקורת שיפוטית, ובתוך כך בסמכותו לאשר את החוקה הקבועה, סמכות מהותית, ומיאן להפוך ל"חותמת גומי". בפסיקה אמיצה באחת משנותיו הראשונות קבע בית המשפט פה אחד שנוסח החוקה הקבועה שהונח בפניו (החוקה בכללותה ולא

- 1 באופן טבעי, קשה לנקוב במועד מדויק שבו נגמר עידן האפרטהייד, במיוחד בשל ההשלכות שיש לשלטון ההרסני עד היום, אולם נהוג לראות בתאריך 2 בפברואר 1990, אז נשא הנשיא דה-קלרק נאום בפני הפרלמנט והכריז על כישלון משטר האפרטהייד, את נקודת הציון הראשונה שהחלה את תקופת המעבר לקראת כינון משטר דמוקרטי.
- 2 ה-ANC החליפה את "המפלגה הלאומית" (National Party), מפלגת השלטון ה"נצחית" בדרום אפריקה עד אותה עת, והיא שולטת מאז ועד היום (ניצחה עד כה בחמש מערכות בחירות). הבחירות בדרום אפריקה נערכות בכל חמש שנים. מערכת הבחירות הבאה עתידה להתקיים בשנת 2019.
- 3 Constitution of the Republic of South Africa, Act 200 of 1993 (להלן: החוקה הזמנית).
- 4 ראו ס' 68, 71 ו-98 לחוקה הזמנית.

רק מגילת הזכויות שבה) אינו חוקתי, משום שחלק מהסעיפים עומדים בסתירה לעקרונות היסוד החוקתיים, ובכללם חופש ההתאגדות או הביקורת השיפוטית על חוקים.<sup>5</sup> לבסוף תוקנה החוקה כדרישת בית המשפט, והחוקה הקבועה (Final Constitution, או בקיצור FC) נחקקה בשנת 1996<sup>6</sup> ונכנסה לתוקף בשנת 1997.<sup>7</sup> נוסח החוקה, ובעיקר מגילת הזכויות שבה, הושפעו רבות מדמוקרטיה חוקתיות אחרות (בעיקר קנדה וגרמניה) ומהמשפט הבינ-לאומי.<sup>8</sup>

- 5 *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, 1996(4) SA (CC) 744 (החלק העוסק באישור מגילת הזכויות מצוי בפס' 48-104 לפסק הדין. יש לציין שרק סעיף אחד במגילת הזכויות נפסל במסגרת פסק הדין. יתר הסעיפים הפסולים היו בחלקים אחרים של החוקה); כן ראו MARK KENDE, CONSTITUTIONAL RIGHTS IN TWO WORLDS 37 (2009); HEINZ KLUG, THE CONSTITUTION OF SOUTH AFRICA: A CONTEXTUAL ANALYSIS 93-100 (2010). ככלל, עקרונות היסוד שלאורם בחן בית המשפט את הטקסט החוקתי היו אלו שנקבעו ב-Schedule 4 של החוקה הזמנית. את נוסח העקרונות אפשר למצוא באתר ממשלת דרום אפריקה: ["Constitution of the Republic of South Africa Act 200 of 1993"](#). בהקשר זה יצוין כי לאורך שנים ארוכות הייתה שלטת בדרום אפריקה תפיסה, מושרשת ונטועה היטב, של ריבונות ועליונות מוחלטת של הפרלמנט (שהיה מורכב רק מהמיעוט הלבן). בתי המשפט באותה תקופה ראו עצמם מחויבים למלא את רצון הפרלמנט ולא לערער עליו בשום מקרה ופסקו פעם אחר פעם שאינם מוסמכים להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקים של הפרלמנט. פרשה המייצגת במובהק את הרוח הרעה שנשבה הייתה זו שאישרה ונתנה לגיטימציה לחקיקה שאפשרה מעצר לתשעים ימים לפני הבאה לדיון לפני שופט. לימים עוגנו פסיקות אלו בחוקה (אם ניתן לקרוא לה כך) של שנת 1983. לעניין זה ראו Patric Mzolisi Mtshaulana, *The History and Role of the Constitutional Court of South Africa*, in THE POST-APARTHEID CONSTITUTIONS: PERSPECTIVES ON SOUTH AFRICA'S BASIC LAW 525, 525-527 (Andrews & Ellmann eds., 2001).
- 6 Constitution of the Republic of South Africa, Act 108 of 1996 (להלן: החוקה).
- 7 מאז ועד היום בוצעו בחוקה שבעה עשר תיקונים, אולם הם אינם נוגעים למגילת הזכויות.
- 8 ראו למשל Jeremy Sorkin, *The Effect of Constitutional Borrowings on the Drafting of South Africa's Bill of Rights and Interpretation of Human Rights Provisions*, 1 U. PA. J. CONST. L. 176 (1999); Hoyt Webb, *The Constitutional Court of South Africa: Rights Interpretation and Comparative Constitutional Law*, 1 U. PA. J. CONST. L. 205 (1999); D. M. Davis, *Constitutional Borrowing: The Influence of Legal Culture and Local History in the Reconstruction of Comparative Influence: The South African Experience*, 1 INT'L. J. CONST. L. 181 (2003); Francois du Bois &

הפרק בחוקה הרלוונטי לחיבור זה הוא הפרק השני, מגילת הזכויות (Bill of Rights), אשר כולל רשימה ענפה של זכויות, בכללן גם זכויות רבות מ"דור שני" (זכויות כלכליות וחברתיות), ואף זכויות מ"דור שלישי" (זכויות קיבוציות ותרבותיות).<sup>9</sup> מגילת הזכויות כוללת גם את פסקת ההגבלה המעוגנת בסעיף 36 לחוקה. פסקת ההגבלה, הטומנת בחובה את המבחנים אשר בעזרתם מכריע בית המשפט אם פגיעה נתונה בזכות חוקתית היא מוצדקת, עומדת ב"לב" השלב השני של הניתוח החוקתי (השלב הראשון הוא השלב שבו נבחן קיומה או היעדרה של פגיעה בזכות חוקתית). נוסף על פסקת ההגבלה הכללית, במגילת הזכויות ניתן למצוא גם טכניקה חקיקתית של פסקאות הגבלה ספציפיות, קרי הוראות המורות באילו תנאים ניתן לפגוע בזכות קונקרטית. פסקאות הגבלה ספציפיות כאמור קיימות בין השאר בנוגע לזכות לשוויון, לזכויות לדיור ולבריאות ולזכויות התרבותיות. טכניקה זו של פסקאות הגבלה ספציפיות אינה נהגת בישראל. לא ארחיב את הדיון בהוראות אלו (פרט לכמה אזכורים במאמר) ואתמקד בפסקת ההגבלה הכללית.<sup>10</sup>

הבחינה אם פגיעה בזכות חוקתית היא מוצדקת או לא היא מעצם טבעה עדינה ביותר ותוצאותיה עשויות להיות מרחיקות לכת. מחקר השוואתי יוכל לתרום בשכלול כיווני המחשבה ובפיתוח הדוקטרינות הקיימות בישראל. חיבור זה, אשר בוחן את המידתיות החוקתית בדרום אפריקה, מספק מקור חשוב להשוואה בישראל, מכמה טעמים: ראשית, המשפט החוקתי בשתי המדינות התפתח בזמנים מקבילים.<sup>11</sup> חוקי היסוד בישראל הנוגעים לזכויות אדם ("החוקה

Daniel Vesser, *The Influence of Foreign Law in South Africa*, 13 TRANSNAT'L. L. & 31-30. KENDE; CONTEMP. PROBS. 593 (2003). בעמ' 31-30.

9 ראו למשל ס' 31-30 לחוקה, המקנים לפרטים ולקהילות תרבותיות ודתיות זכויות לשמור את ייחודם, שפתם ותרבותם, כל עוד הדבר אינו סותר זכויות אחרות שמוקנות לפרטים אחרים מכוח המגילה. חוקת דרום אפריקה היא ייחודית למדי בכל הנוגע לעיגון זכויות אלו בטקסט החוקתי. ראו KENDE, לעיל ה"ש 5, בעמ' 7-6.

10 להרחבה על פסקאות ההגבלה הספציפיות בדרום אפריקה ראו למשל Stuart Woolman & Henk Botha, *Limitations, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA*, Chapter 34, Kevin Iles, *Limiting Socio-Economic* 31-42 (Woolman et al. eds., 2<sup>nd</sup> ed., 2006) וכך Rights: *Beyond the Internal Limitation Clauses*, 20 SAJHR 448 (2004).

11 כמובן מסוים, גילו הצעיר של המשפט החוקתי הדרום אפריקאי הוא גם החיסרון העיקרי שבו כמקור השוואתי. תורת המשפט החוקתית בדרום אפריקה עדיין אינה

המהותית") – חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק – נחקקו בתחילת שנות התשעים, ופסיקת בית המשפט שהכירה בעליונות חוקי היסוד ניתנה בשנת 1995.<sup>12</sup> זו בערך התקופה שבה החל להתפתח גם המשפט החוקתי הדרום אפריקאי. מובן שאין להתעלם מנקודות המוצא השונות בתכלית של כל אחת משתי המדינות טרם כינון החוקה, אולם לכל הפחות מדובר בנקודת השוואה מעניינת; שנית, החברה הישראלית והחברה הדרום אפריקאית ניצבות לפני אתגרים שחלקם דומים (וכך גם בתי המשפט בשתי המדינות), ובעיקר מתמודדות שתיהן עם סוגיות הנוגעות למיעוטים אתניים ודתיים. רבים מן הנושאים החוקתיים הבוטחים המונחים לפתחו של בית המשפט העליון שלנו ושל מקבילו, בית המשפט החוקתי הדרום אפריקאי, עניינם בזכויות מיעוטים שונים (שלא כמו בית המשפט העליון האמריקאי, למשל, אשר נתקל בשאלות חוקתיות בהקשרים אחרים ואשר רבים מהתיקים החוקתיים בו עוסקים בשאלות חוקתיות הנובעות משיטת המשטר, כגון המתח שבין השלטון הפדרלי לשלטון המדינתי ודיני הבחירות); שלישית, גם לגופם של דברים ניתן ורצוי ללמוד לא מעט מאופן יישום וניתוח המידתיות החוקתית על ידי בית המשפט החוקתי בדרום אפריקה, כפי שנראה בהמשך בהרחבה; רביעית, החוקה הדרום אפריקאית היא מלאכת מחשבת ופרי עבודה ומחקר של מומחים מכל רחבי העולם. רבים גורסים שהחוקה הדרום אפריקאית היא הטובה בעולם.<sup>13</sup> מטעם זה הפנייה למשפט הדרום אפריקאי ולבחינת העיצוב של נורמות חוקתיות בו היא אך טבעית ומתבקשת

- 
- קוהרנטית וברורה, ולמרות פסיקות חשובות לאורך כשני עשורים של פעילות, טרם ניתן לעמוד היטב על השלכותיהן בעולם הפרקטי. גם הספרות המשפטית בדרום אפריקה, שהולכת ומתרבה, עדיין דלה ואינה מבססת מקור פרשני חד-משמעי.
- 12 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995). פסיקה זו של בית המשפט העליון נתפסת לדעת רבים, בארץ ובעולם, כפסיקה שכווננה את "המהפכה החוקתית". ראו למשל RAN HIRSCHL, *TOWARDS JURISTOCRACY* 22–23 (2004)
- 13 KENDE, *לעיל* ה"ש 5, בעמ' 4. וראו גם CASS R. SUNSTEIN, *DESIGNING DEMOCRACY: WHAT CONSTITUTIONS DO* 261 (2001). לציון העובדה שלפיה גם הפסיקה בדרום אפריקה בעניינים חוקתיים (ולא רק החוקה) היא מתקדמת וחדשנית ראו למשל H. Kwasi Prempeh, *African Judges in Their Own Cause: Reconstituting Independent Courts in Contemporary Africa*, 4 INT'L J. CON. L. 592, 592 (2006)

(יצוין כמובן שבכך ישראל אינה נבדלת מכל מקום אחר שיכול ללמוד מהמשפט החוקתי הדרום אפריקאי).

עתה, משברורה התועלת האפשרית שבפנייה למשפט החוקתי בדרום אפריקה, נפנה להתבוננות בשיטת משפט זו לגופה. כבר עתה יוער כי יש שוני בנקודות המוצא הדוקטרינריות בין המידתיות בדרום אפריקה לזו הישראלית. בדרום אפריקה המידתיות אינה מבחן בעל היקף ומיקום ברור בבחינה החוקתית, והיא אינה קבועה בטקסט החוקתי כעיקרון מפורש.<sup>14</sup> תחת זאת היא נתפסת כעקרון על מנחה, המשליך על כלל הבחינה החוקתית. עם זאת ייתכן ששוני סמנטי ומבני זה אינו גדול כפי שנדמה. מבחינה מהותית, בדומה לישראל (ולשיטות משפט אחרות המוכרות לנו, כמו גרמניה וקנדה), המידתיות היא אמת המידה העיקרית בדרום אפריקה לבחינה אם פגיעה מסוימת בזכות (infringement) היא מוצדקת, או שמא היא הפרה לא מוצדקת, ולכן אינה עומדת בדרישות החוקה (violation).<sup>15</sup>

מאמר זה מורכב מכמה חלקים: תחילה אעמוד על התפתחות פסקת ההגבלה (ה-Limitation Clause) המעוגנת בסעיף 36 לחוקת דרום אפריקה. בתוך כך אעמוד על השינויים הניכרים שעברה פסקת ההגבלה בין החוקה הזמנית לחוקה הסופית ועל ההשפעות הזרות שעיצבו אותה. לאחר מכן אדון ברכיבי פסקת ההגבלה – שמרביתם מזוהים אצלנו כמבחני המידתיות – ובפרשנות שניתנה להם בפסיקת בית המשפט החוקתי בדרום אפריקה ובספרות המשפטית שם. פרק זה הוא לב המאמר. לבסוף אייחד דיון ליחס של בית המשפט בדרום אפריקה למיעוטים ולקבוצות חלשות בחברה. בשל ניסיון העבר הדרום אפריקאי מעניינת במיוחד גישתו של בית המשפט לסוגיות אלה, אשר תוכל להיות מקור השוואתי חשוב לבחינת ההתמודדות של בית המשפט בישראל עם סוגיות דומות.

14 השו"ס' 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150: "ובמידה שאינה עולה על הנדרש". דרישה דומה מופיעה גם בס' 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90.

15 ואכן, אף שמבחינה סמנטית אין מבחן מוגדר של מידתיות בפסקת ההגבלה הדרום אפריקאית, פעמים רבות מתייחסים בפסיקה לתנאים המנויים בפסקת ההגבלה הדרום אפריקאית כאל תנאים הבוחנים מידתיות. ראו למשל Prince v. President of the Law Society of the Cape of Good Hope, 2002 (2) SA 794 (CC), בפס' 77 לפסק הדין (להלן: פרשת Prince).

## 2. התפתחות פסקת ההגבלה בדרום אפריקה ומקורותיה

פסקת ההגבלה שבסעיף 36 לחוקה הקבועה היא אחת הדוגמאות הבולטות להוראה שניסוחה עבר שינוי רב לעומת ניסוחה בחוקה הזמנית.<sup>16</sup> ייתכן שבמצב דברים רגיל לא היה צורך לייחד לכך פרק, אולם העמידה על שינויים אלו והתחזקות אחר התפתחותה של פסקת ההגבלה היא חשובה במיוחד משום שחלק מפרשנות פסקת ההגבלה דהיום מבוסס על פסיקותיו של בית המשפט החוקתי בתקופת הביניים – טרם כניסת החוקה הקבועה לתוקף וכאשר הנוסח הרלוונטי היה זה שבחוקה הזמנית.

בנוסף, נדמה שאי-אפשר לקיים דיון אמיתי בפסקת ההגבלה מבלי לעמוד על השפעתו של המשפט המשווה על נוסחה ועל פרשנותה. כפי שהוזכר קודם לכן, חוקת דרום אפריקה היא ייחודית בשל ההסתייעות במומחי משפט זרים ובמומחים מקומיים שרכשו את השכלתם מחוץ למדינה. אף שמדובר בנושא מרתק, בשל אופיו של המאמר אתמקד בהשפעות הנוגעות לפסקת ההגבלה שפרט ולא אדון בהשפעות על חלקים אחרים בחוקה.<sup>17</sup>

### א. מסעיף 33 בחוקה הזמנית (IC) לסעיף 36 בחוקה (FC)

נקודת מוצא טובה להכרת פסקת ההגבלה בדרום אפריקה תהיה עמידה על השינויים המרכזיים שהיא עברה בין החוקה הזמנית של 1993 לחוקה הקבועה של 1996: ראשית, בחוקה הזמנית היו שתי "דרגות" לבחינת הצדקתה של הפגיעה בזכויות – האחת דרשה הצדקה לפי קריטריון של סבירות; האחרת, שכללה זכויות "חשובות" יותר (ובהן חופש הביטוי וההתאגדות, חופש המצפון והדת והזכות לכבוד), דרשה הצדקה לפי קריטריון מחמיר יותר של סבירות ונחיצות.<sup>18</sup> בחוקה הקיימת אין מדרג כזה, וכלל הזכויות מוגנות לפי אמת מידה

16 ס' 33 לחוקה הזמנית.

17 להרחבה על השפעת זרות נוספות ראו המקורות המובאים לעיל בהערה 8.

18 ראו למשל Gordon Hollamby, *The Limitation Clause, in* POLICING AND HUMAN RIGHTS 103, 109 (Nel & Bezuidenhou ed., 2<sup>nd</sup> ed., 1997); Kevin Iles, *A Fresh Look* Iles, at *Limitations: Unpacking Section 36*, 23 SAJHR 68, 78–79 (2007) (להלן: Limitations). אף שזו הדעה הרווחת, ניתן למצוא טענות שלפיהן אין מדובר במדרג



דומה המבוססת על הערכת סבירות והצדקת הפגיעה בהן (reasonable and justifiable). עם זאת יש לציין כמה הסתייגויות שמעמעמות מעט את עוצמת השינוי בנקודה זו. באשר לדרישת הנחיצות עצמה, אף שהיעדרותה מן החוקה הקבועה היא בולטת ונתפסת כשינוי מרכזי בין הסעיפים,<sup>19</sup> נדמה כי טענה סבירה היא שדרישה מסוימת של נחיצות מקבלת ביטוי כיום במסגרת מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה (less restrictive means), אשר לא בכדי מכונה בפי רוב מבחן ה"צורך",<sup>20</sup> ובמבחן המידתיות בכללותו.<sup>21</sup> אשר למדרג של חשיבות הזכויות נעיר שאחד הפרמטרים שנשקלים בחוקה הסופית הוא "טבעה של הזכות" (Nature of the Right), והפרשנות המקובלת עד כה היא שקריטריון זה מכניס דרך "הדלת האחורית" מדרג של חשיבות.<sup>22</sup>

השינוי השני עניינו ב"דרישת-העל" – הדרישה שהפגיעה תהיה ניתנת להצדקה ב"חברה פתוחה ודמוקרטית המבוססת על שוויון וחירות". בחוקה הסופית נוסף ל"דרישת-העל" גם הערך של כבוד אנושי (קרי "חברה פתוחה ודמוקרטית המבוססת על כבוד אנושי, שוויון וחירות"). שינוי זה הוא בעל

---

של חשיבות, בין השאר משום שהזכות לחיים או לשוויון אינן נמנות עם הזכויות שזוכות לבחינה המחמירה יותר. תחת זאת מוצע הסבר היסטורי למדרג: הזכויות שנתונות לבחינה מחמירה יותר הן אלו שהפגיעה בהן לפי ההסדר ה"חוקתי" הישן הייתה שכיחה יותר. ראו Loammi Blaauw-Wolf & Joachim Wolf, *A Comparison Between German and South African Limitations Provisions*, 113 S. AFR. L.J. 267, 287-288 (1996).

19 ראו National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice, 1999 SA 6 (CC) (1), בהערת שוליים 40 לפסק הדין (להלן: פרשת NCGLE).

20 על מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ראו בהמשך מאמר זה.

21 ברוח טענה זו קבע בית המשפט בפרשת *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa* (לעיל ה"ש 5, בפס' 89-90) ששינוי זה, קרי השמטת קריטריון ה"נחיצות", הוא חוקתי.

22 לפרשנות זו ניתן למצוא התנגדויות נחרצות, אולם על כך ראו להלן בחלק על פרשנות רכיבי פסקת ההגבלה. כן ראוי לציין בהקשר זה את ס' 37(5) לחוקה הקבועה, שנחקק בהשפעת המשפט הבינ-לאומי, הקובע רשימת זכויות שאי-אפשר לגרוע מהן אף בשעת חירום (non-derogable rights) אלא אם הפגיעה בהן עומדת בפסקת ההגבלה. אמנם אין בכך ציווי שחל בעתות שלום, אולם נדמה שהדבר מבטא תפיסה שלפיה חלק מן הזכויות ראויים להגנה רבה יותר.

משמעות רבה, בעיקר משום שבית המשפט מקנה דווקא לערך הכבוד האנושי, שלא היה מנוי במפורש בחוקה הזמנית, משקל רב.<sup>23</sup>

השינוי השלישי הוא קביעת רשימת קריטריונים שעל בתי המשפט לשקול כאשר הם בוחנים אם פגיעה בזכות היא מוצדקת. רשימה זו לא נמצאה בחוקה הזמנית אך נכללת בחוקה הקבועה.<sup>24</sup> הרשימה כוללת את כלל רכיבי המידתיות המוכרים לנו מפסקת ההגבלה ופיתוחה הפסיקתי במשפט הישראלי – תכלית ראויה (the importance of the purpose), האמצעי שפגיעתו פחותה (less restrictive means to achieve the purpose), התאמה בין האמצעי לתכלית (the relation between the limitation and its purpose) ומידת הפגיעה (the nature and extent of the limitation). רשימה זו, שאומצה ברובה מפסק הדין בעניין *Makwanyane*<sup>25</sup> – אחד מפסקי הדין המכוננים במשפט החוקתי בדרום אפריקה,<sup>26</sup> שבו נקבע כי עונש המוות אינו חוקתי – עוזרת בהכוונה ובהדרכה של כלל השחקנים במגרש החוקתי, ובראשם הרשות השופטת. בהיבט ההשוואתי יש להעיר שרשימה מפורטת זו אינה קיימת בצ'רטר הקנדי או בחוקי היסוד הישראליים, שכן בשיטות אלו המבחנים (הדומים באופיים) פותחו בדרך פסיקתית ולא אומצו לאחר מכן לטקסט החוקתי.

שינוי רביעי וחשוב הוא ביטול האיסור על פגיעה ב"גרעין" הזכות, שהיה קיים בחוקה הזמנית. מאפיין זה נכלל בחוקה הזמנית בהשראה גרמנית (סעיף 19(2) לחוק היסוד הגרמני) אולם אינו מצוי בחוקה הסופית, וניתן לראות בעניינו מגמה בולטת של צמצום ההגנה על זכויות. בטיטות שקדמו לחוקה הזמנית

23 לעמדה הגורסת שבית המשפט נותן משקל רב (ואף משקל יתר) לכבוד האדם, על חשבון הערכים האחרים שדורש הביטוי הזה, למשל ערך ה"דמוקרטיה", ראו Woolman & Botha, *לעיל* ה"ש 10, בעמ' 113-127.

24 ראו Dennis Davis & Halton Cheadle, *Limitation, in* FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE CONSTITUTION: COMMENTARY AND CASES 303, 317 (Dennis Davis, Halton Cheadle, & Nicholas Haysom eds., 1997)

25 S v. Makwanyane, 1995 (6) BCLR 665 (CC), בפס' 104 לפסק הדין (להלן: פרשת *Makwanyane*). ראו גם Woolman & Botha, *לעיל* ה"ש 10, בעמ' 69.

26 Heinz Klug, *South Africa's Constitutional Court: Enabling Democracy and Promoting Law in the Transition from Apartheid, in* CONSTITUTIONAL COURTS: A COMPARATIVE STUDY 263, 270 (Harding & Leyland eds., 2009) (להלן: Klug, South Africa's Counstitutional Court).

כללה פסקת ההגבלה הוראה שקבעה רשימה של זכויות מוחלטות שאינן ניתנות לפגיעה כלל,<sup>27</sup> אולם ההוראה הושמטה מנוסח החוקה הזמנית ותחתיה נכללה הוראה האוסרת פגיעה ב"גרעין" הזכות.<sup>28</sup> דא עקא, שבנוסח החוקה הקבועה הושמטה אף ההוראה האוסרת פגיעה ב"גרעין" הזכות. לכאורה אפוא מדובר בשלב נוסף בהפחתת ההגנה על הזכויות.<sup>29</sup> לצד האמור יוער כי על אף השמטת ההגנה המפורשת על גרעין הזכות מנוסח החוקה יש הטוענים כי ההבחנה שבין "גרעין" הזכות ל"פריפריה" (או תפיסה רעיונית דומה, גם אם אינה נזקקת למונחים אלה בדיוק) עשויה למצוא ביטוי, ולעתים אף מוצאת, בפסיקה במסגרת מבחני המשנה של המידתיות העוסקים ב"טבעה של הזכות" (nature of the right), ובהיקף הפגיעה בזכות (nature and extent of the limitation), אולם על

27 הוועדה לעניין זכויות יסוד (The Technical Committee on Fundamental Rights) העלתה כמה אפשרויות לזכויות אלו, ובהן הזכות שלא לסבול עינויים ועבדות, וכן חירויות בסיסיות – חופש המצפון, הדת והביטוי. כך, בעמ' 14 לדוח החמישי של הוועדה (יוני 1993) ניסחה הוועדה את פסקת ההגבלה כך:

With the exception of the rights and freedoms referred to in [Section 6(2), 7 (excepting the right not to be subject to forced labour), 9 (excepting freedom of religion) 21 and 27] the rights and freedoms entrenched in this Chapter may be limited by law of general application, provided that such limitation:

- (a) shall be permissible only to the extent;
  - (i) necessary and reasonable, and
  - (ii) justifiable in a free, open and democratic society, and
- (b) shall not negate the essential content of the right or freedom in question.

הזכויות שהסעיף החריג וקבע כמוחלטות היו הזכות שלא לסבול עינויים (פיזיים ומנטליים) ויחס או עונש לא אנושי או אכזרי, האיסור על עבדות, חופש המצפון והביטוי, הזכות למעצר הוגן וכן זכויותיהם של קטינים לטיפול רפואי בסיסי ותזונה. יש לציין שטייטה זו של הסעיף מדגימה גם שינויים אחרים, כגון קיומו של איסור פגיעה בגרעין הזכות והיעדר הקריטריונים השונים לשקילה. את הדוח המלא ניתן למצוא בכתובת: [www.constitutionnet.org/files/3205.PDF](http://www.constitutionnet.org/files/3205.PDF)

28 ודוק: ההשמטה אינה אומרת בהכרח שמנסחי החוקה חשבו שאין זכויות מוחלטות (או כמעט מוחלטות), אלא ייתכן שהם סברו שאיסור על פגיעה ב"גרעין" הזכות יספק הגנה מספקת על זכויות אלו. לעניין זה ראו Woolman & Botha, לעיל ה"ש 10, בעמ' 11, והאסמכתאות המובאות שם.

29 ברוחות ובספרות הדרום אפריקאית לא מצאתי נימוק למהלך זה, ולכן תוצאת המהלך (להבריל ממניעיו) היא בעלת משקל מכריע.

כך בהמשך. אם טענה זו נכונה, הרי שהשפעת השמטת ההוראה מן החוקה היא קטנה מכפי שנדמה במבט ראשון. יתרה מזו, ייתכן שהגנה מוחלטת על "גרעין" הזכות אינה בהכרח מביאה להגברת ההגנה על זכויות אלא דווקא להחלשתן. לפי טענה זו, הגנה מוחלטת על "גרעין" הזכות תביא להתמקדות יתר בגרעין, והתמקדות יתר זו תביא הלכה למעשה לתת-הגנה על היבטים אחרים של הזכות שאינם נכללים בגרעין ולחוסר רגישות לנסיבות המקרה. זהו אינו חשש ערטילאי, שכן שיטת המשפט הגרמנית, שבה חוק היסוד מספק הגנה מוחלטת על גרעין הזכויות, מספקת דוגמאות לקשיים שאפשר שיתעוררו מהוראה כזו.<sup>30</sup>

לסיכום נקודה זו, בהכללה ניתן לומר כי בנוסח הקיים של פסקת ההגבלה ניתן לכאורה לפגוע בזכויות בתנאים "קלים" מאלה שהוצבו בפסקת ההגבלה בחוקה הזמנית. מגמה זו אינה בהכרח פסולה. ייתכן שהפחתת ההגנה מוצדקת מטעמים שונים, וניתן אף לטעון שההגנה בחוקה הזמנית הייתה מרחיקת לכת מדי. עם זאת זהו שוני שיש לעמוד עליו, בין היתר כדי להבין את פסיקות בית המשפט החוקתי בתקופת הביניים. בהקשר זה יצוין כי תורת המשפט החוקתית של דרום אפריקה במונחים רבים עדיין מדברת במונחים "ישנים". כאמור, למרות הנוסח השונה של פסקאות ההגבלה, פרשנותו של סעיף 36 לחוקה מתבססת רבות על פרשנות שנעשתה בתקופת הביניים שבה החוקה הזמנית הייתה בתוקף.<sup>31</sup> גם אם הפרשנות טובה מבחינה עקרונית, יש טעם לפגם בפרשנות חוקתית שאינה נאמנה במלואה לטקסט החוקתי העדכני.<sup>32</sup>

מנגד, לפסקת ההגבלה החדשה יש יתרון רב מבחינת ההכוונה וההדרכה של בתי המשפט והרשויות האחרות, בעיקר בשל הקונקרטיזציה שנעשתה בדמות רשימת הקריטריונים, שנדמה שהיא עדיפה על קריטריון בודד ועמום של "סבירות" או "סבירות ונחיצות", שנהג בחוקה הזמנית.

30 על הניסיון הגרמני באשר להוראה זו ראו במאמר העוסק במידתיות במשפט הגרמני בספר זה.

31 ראו פרשת *NCGL*, לעיל ה"ש 19, בפס' 33 לפסק הדין. כן ראו *Iles, Limitations*, לעיל ה"ש 18, בעמ' 69; *Woolman & Botha*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 69.

32 ביקורת זו הביע גם *Iles, Limitations*, לעיל ה"ש 18, בעמ' 92.

## ב. ההשפעות הזרות על נוסחה ופרשנותה של פסקת ההגבלה

החוקה הדרום אפריקאית מורכבת מפסיפס של מקורות. העיקריים שבהם הם המשפט הגרמני, המשפט הקנדי והמשפט הבין-לאומי.<sup>33</sup> כנקודת מוצא להתבוננות על ההשפעות הזרות יש להבין שחשיבותם של מקורות אלה אינה בעלת ערך "היסטורי" בלבד. נראה שגם כיום – כמעט שני עשורים לאחר הקמתו של בית המשפט החוקתי, וכאשר הוא מתבסס לא מעט על תקדימים שהוא עצמו יצר – ההשפעות הזרות בדרום אפריקה "חיות ובוועות". הדבר נעוץ, לפחות חלקית, בסעיף 39 לחוקה, אשר מופנה אל בתי המשפט ומורה כיצד לפרש את מגילת הזכויות (שבה כלולה גם פסקת ההגבלה).<sup>34</sup> הסעיף מחייב להתייחס למשפט הבין-לאומי ולשקול אותו ומאפשר לשקול משפט השוואתי משיטות זרות. הוראה זו – שהיא ייחודית לחוקת דרום אפריקה ואינה מופיעה למיטב ידיעתי בחוקות אחרות – חשובה בהגנה על זכויות אדם והיא נותנת לגיטימציה לקבוע סטנדרטים בין-לאומיים בתחום זה.<sup>35</sup> משהובהרה רלוונטיות הדיון בהשפעות הזרות, אפנה עתה לסקור כיצד באות השפעות אלו לידי ביטוי בכל הנוגע לפסקת ההגבלה. השיטה שהייתה

33 KENDE, לעיל ה"ש 5, בעמ' 31.

34 נוסח הסעיף:

### 39. Interpretation of Bill of Rights

(1) When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum—

- (a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom;
- (b) must consider international law; and
- (c) may consider foreign law.

(2) [...].

35 נדמה שהחולשות של סעיף הפרשנות עניינן בעיקר חוסר הוודאות המשפטית וחוסר הצפיות, למשל מאחר שאין רשימה סגורה של שיטות שאליהן מופנים בתי המשפט (במצב הנתון לשופט פלוני קל "לנצל" לרעה את הסעיף ולפנות לשיטה שתואמת את מסקנתו ולחזק באמצעותה מסקנות פסולות). על כך ניתן להוסיף את העובדה שהמשפט הבין-לאומי נוצר במישור הבין-מדינתי ולא בהקשר מדינתי, ולכן אימוץ שלו ללא עריכת התאמות עלול להגביר את הסכנה לטעות. פתרון אפשרי שעלה בספרות להתגברות על הבעיות האמורות, ובעיקר על בעיית חוסר הוודאות, הוא אימוץ של הסטנדרטים הזרים רק כשאלה מקדמים זכויות אדם ומגבירים את ההגנה עליהן, ולא כאשר הסטנדרט מפחית מהיקף ההגנה. ראו Blaauw-Wolf & Wolf, לעיל ה"ש 18, בעמ' 285–286.

לה ההשפעה המרבית על סעיף 36 בחוקה הקבועה היא השיטה הקנדית.<sup>36</sup> זאת, בשל קיומה של פסקת הגבלה אחידה שחלה כמעט על כלל הזכויות (בהיבט זה למשל נבדלת החוקה הדרום אפריקאית מגישה הקובעת פסקת הגבלה ספציפית לכל זכות, כגון זו המצויה באמנה האירופית לזכויות אדם),<sup>37</sup> וכך בשל הרמיון בין פסקאות ההגבלה בשתי השיטות מבחינה סמנטית.<sup>38</sup> השפעת המשפט הקנדי ניכרת גם בפסיקה. כך, בפסק דינו של השופט Chaskalson (נשיא בית המשפט החוקתי דאז) בעניין *Makwanyane*, קבע בית המשפט קריטריונים – שלימים הפכו לחלק מהטקסט החוקתי (ויתוארו בפרוט בהמשך) – אשר דומים במהותם לאלו שנקבעו במשפט הקנדי.<sup>39</sup> אם כן, על אף אמירה הצהרתית בדבר הניתוק מהמשפט הקנדי והיעדר המחויבות לשאוב ממנו,<sup>40</sup> ולמרות מגמת ההתרחקות ממבחני *Oakes* המסורתיים שנוהגים בקנדה,<sup>41</sup> נדמה שקווי ההתפתחות הכלליים של פסקת ההגבלה (ובין השאר מבחני המידתיות השונים) דומים לשיטה

- 36 Iles, Limitations, לעיל ה"ש 18, בעמ' 69; Woolman & Botha, לעיל ה"ש 10, בעמ' 14-12.
- 37 בהקשר זה יוער כי גם בחוקת דרום אפריקה מצויות פסקאות הגבלה ספציפיות על זכויות מסוימות (כגון זכות הקניין והזכות לשוויון. על כך ראו בהמשך), אולם נדמה שזהו החרגי, ושמרבית הזכויות אינן כוללות פסקת הגבלה כאמור אלא כפופות לפסקת ההגבלה הכללית בלבד.
- 38 ס' 1 לצ'רטר הקנדי קובע: "The Canadian Charter of Rights and Freedoms" guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society"
- 39 Iles, Limitations, לעיל ה"ש 18, בעמ' 77.
- 40 פרשת *Makwanyane*, לעיל ה"ש 25, בפס' 110 לפסק הדין: "There are differences between our Constitution and the Canadian Charter which have a bearing on the way in which section 33 should be dealt with. This is equally true of the criteria developed by other courts, such as the German Constitutional Court and the European Court of Human Rights". כן ראו (S v. Zuma, 1995 (2) SA 642 (CC)), בפס' 35 לפסק הדין: "I see no reason in this case [...] to attempt to fit our analysis into the Canadian pattern"
- 41 המבחנים צוטטו בהסכמה בכמה החלטות מוקדמות של בית המשפט החוקתי, אולם ננטשו לאחר פרשת *Makwanyane*, שהפכה לאבן השואבת לעניין זה. ראו Woolman & Botha, לעיל ה"ש 10, בעמ' 13-15 ו-93-94, והביקורת על הבחירה של בית המשפט החוקתי להגמיש את המבחנים ולא לדבוק בגישה אנליטית ומוכנית כגון זו שנוסחה בפרשת *Oakes*. מנגד, בהערת אגב יצוין שמגמה זו של התרחקות מהנוקשות

הקנדית,<sup>42</sup> עד כי ההתייחסות לשיטה זו היא כבר "לא הפיכה" וטבועה בדמה של פסקת ההגבלה הדרום אפריקאית ובפרשנותה.<sup>43</sup> השפעה חשובה נוספת הייתה לשיטת המשפט הגרמנית.<sup>44</sup> השפעות אלו ניכרו בעיקר בחוקה הזמנית (הדוגמה הבולטת ביותר היא אימוץ הסעיף הייחודי שאסר על פגיעה ב"גרעין" הזכות),<sup>45</sup> וניכרות פחות בחוקה הקבועה, אולם מבחינה רעיונית ההשפעה רלוונטית גם כיום, שכן מבחני המידתיות הגרמניים אינם שונים מהותית מאלו הקנדיים או הדרום אפריקאיים.<sup>46</sup> כך, בפרשת *Makwanyane* שנזכרה לעיל פנה השופט צ'סקלסון לשיטה הגרמנית מיד לאחר בחינת המצב בקנדה.<sup>47</sup> בהערת אגב יצוין שקיימת טענה שמדרג הזכויות ושתי רמות הבחינה שנהגו בסעיף 33 לחוקה הזמנית אומצו בהשראת המשפט האמריקאי,<sup>48</sup> אולם גם אם טענה זו נכונה, בחוקה החדשה השפעתו של המשפט האמריקאי נעלמה כלא הייתה, ותחת זאת פנה המשפט הדרום אפריקאי לשיטות אחרות, שצוינו לעיל. על רקע האמור לעיל מתבקשת פנייה לשאלה הנורמטיבית – האם פרקטיקה זו של התבססות נרחבת על משפט חוקתי זר (המכונה לרוב Constitutional Borrowing), או "שאלה חוקתית" היא ראויה ומביאה לכללים חוקתיים טובים

- 
- R. v. Edwards Books and *Oakes* ניכרת גם בקנדה עצמה (למשל בפרשת  
 (Art [1986] 2 S.C.R. 713).
- 42 מובן שיש הבדלים מסוימים ביישום המבחנים (למשל, העובדה שלמבחן הקשר הרציונלי בדרום אפריקה יש "שיניים" חדות משל מקבילו הקנדי), אולם הבדלים אלו הם זניחים ומתחייבים מהתפתחותה של שיטת משפט עצמאית. ראו Woolman & Botha, *לעיל* ה"ש 10, בעמ' 13-15.
- 43 נטען כי יישום המבחנים בדרום אפריקה הוא מחמיר (ומספק הגנה רבה יותר לזכויות ופחות כוח לרשויות) מיישומו בקנדה. ראו Stephen Gardbaum, *Limiting* (2007) 54 U.C.L.A. L. Rev. 789, 843. עם זאת איני סבור שטענה זו נכונה בהכרח, ובוודאי שלא באופן גורף.
- 44 KENDE, *לעיל* ה"ש 5, בעמ' 31.
- 45 "In no case may the essence of a basic right be affected." ראו לעניין זה מאמרם של Blaauw-Wolf & Wolf (*לעיל* ה"ש 18), המוקדש כולו להשוואה בין פסקת ההגבלה הדרום אפריקאית לבין המקבילה הגרמנית. הטענה במאמר היא שלמרות השוני המילולי בין ההוראות, העקרונות דומים במהותם.
- 46 Dieter Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, 57 U. Tor. L.J. 383 (2007).
- 47 *לעיל* ה"ש 25, פס' 108 לפסק הדין.
- 48 Woolman & Botha, *לעיל* ה"ש 10, בעמ' 16.

ונכונים? דיון חשוב זה חורג מגבולות רשימה זו,<sup>49</sup> אולם על פני הדברים נדמה שהתשובה לשאלה זו תהא שונה משיטת משפט אחת לשיטת משפט אחרת. השאלה למעשה עוסקת במתח שבין הרצון ללמוד מניסיונם של אחרים ולהגיע להחלטות נכונות, אשר מצדיק ככלל פנייה לשיטות זרות או לתחומי משפט אחרים, לבין השאיפה ששיטת המשפט תהלום את החברה שבה היא חלה. במובן אחרון זה המשפט החוקתי הוא במובהק התחום שבו יחסי הגומלין שבין המשפט לבין המבנה החברתי הם החזקים ביותר, עד כי המשפט החוקתי של מדינה הוא חלק מהדי-אן-איי של אותה חברה – מחד הוא תורם רבות להגדרת הזהות הקיבוצית-הכללית, ומאידך הוא נוצר מכוח אותה זהות, שהרי הסדרים חוקתיים דורשים הסכמה רחבה, ולכן משקפים את השקפות העומק היסודיות של החברה ואת ה"גרעין" המשותף לחבריה. שאיפה זו כמובן קוראת לזהירות רבה בהחלת דוקטרינות חוקתיות זרות בשל הסכנה שהן אינן מתאימות למרקם החברתי של המדינה המאמצת.

49 ראו המקורות בה"ש 8 לעיל. להרחבה על הדיון הנורמטיבי ולדעות השונות המובעות בו ראו Seth F. Kreimer, *Invidious Comparisons: Some Cautionary Remarks on the Process of Constitutional Borrowing*, 1 U. PA. J. CONST. L. 640 (1999); Mark Tushnet, *Returning with Interest: Observations on Some Putative Benefits of Studying Comparative Constitutional Law*, 1 U. PA. J. CONST. L. 325 (1999); Lee Epstein & Jack Knight, *Constitutional Borrowing and Nonborrowing*, 1 INT'L J. CONST. L. 196 (2003); Nelson Tebbe & Robert Tsai, *Constitutional Borrowing*, 108 MICH. L. REV. 459 (2010)



### 3. מבחני פסקת ההגבלה (סעיף 36 לחוקה) ופרשנותם בפסיקת בית המשפט החוקתי<sup>50</sup>

א. מבנה כללי של פסקת ההגבלה וההבדלים שבינה למודל הישראלי

שלבי הניתוח החוקתי הדרום אפריקאי דומים במהותם לאלו הנהוגים בישראל. הבחינה היא דו-שלבית – בשלב הראשון נבחנת קיומה של פגיעה בזכות, ולשם כך על בית המשפט לקבוע את היקף הזכות באמצעות טכניקה של פרשנות. נדמה כי בהקשר זה המגמה המובהקת בפסיקה היא של פרשנות רחבה של היקף הזכויות, תוך הותרת המשימה של קביעת היקף ההגנה הראוי לשלב השני.<sup>51</sup> בשלב השני, הוא הרלוונטי לענייננו, נבחנת הצדקת הפגיעה בראי פסקת ההגבלה.<sup>52</sup>

50 בחיבור זה לא אתייחס לדרישת החוקיות שבפסקת ההגבלה (קרי הדרישה שהפגיעה תיעשה בחוק או על פיו). דרישה זו, כמו בישראל, אינה מעוררת לרוב דיונים בעלי משמעות רבה (אולם ראו הדיון בנקודת הממשק שבין דרישת החוקיות שבחוקי היסוד לבין כלל ההסדרים הראשוניים, אשר היה נקוט במשפט הישראלי עוד לפני חקיקתם. ראו למשל בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' ממשלת ישראל, בפס' 26-21 לפסק דינו של הנשיא גרוניס והאסמכתאות המובאות שם (2.7.2014)).

51 על המבנה הדו-שלבי ועל גישת הפרשנות הרחבה להיקף הזכויות ראו למשל פרשת *Zuma*, לעיל ה"ש 40, בפס' 21 לפסק הדין; פרשת *Makwanyane*, לעיל ה"ש 25, בפס' 100; *Ferreira v. Levin* NO 1996 (1) SA 984 (CC), בפס' 82 לפסק הדין (להלן: פרשת *Ferreira*). נדמה שגישת הפרשנות הרחבה בשלב הראשון היא גם הגישה המקובלת והנהוגת בישראל. לדוגמאות מעטות מגי רבות ראו למשל ע"פ 4424/98 סילגרו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529, 547-551 (2002); בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פס' 105 לחוות דעתו של הנשיא ברק (14.5.2006); אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 94-98 (2010). ודוק: עמדה זו הופכת פעמים רבות את השלב הראשון בבחינה החוקתית לשלב "פורמלי" בלבד. נדמה שזוהי הסיבה שבגללה נשמעות לאחרונה בפסיקה הישראלית עמדות שונות בעניין זה. ראו למשל בג"ץ 2442/11 שטנגר נ' יו"ר הכנסת, פס' 24 (26.6.2013); בג"ץ 5998/12 רונן נ' כנסת, פס' 13-16 (25.8.2013). ראו גם ברק מדינה "על פגיעה" בזכות חוקתית ועל 'תכלית ראויה' משפט ועסקים טו 281 (2012).

52 בספרות קיימת טענה שלפיה בית המשפט מערבת בין השלבים ואינו יוצר הפרדה ברורה וראויה. לא נתמקד בטענה בחיבור זה, ואולם להרחבה ראו למשל Woolman & Botha, לעיל ה"ש 10, בעמ' 18-30, וכן *Iles, Limitations*, בעמ' 71-75.

בחלק זה אנסה "לפרק" את סעיף 36 לחוקה ולעמוד על הפרשנות, על היישום ועל המחלוקות בנוגע לרכיביו השונים. קודם שניגש ל"פירוק", זה המקום ליחד כמה שורות לפסקאות ההגבלה הספציפיות שבחוקה הדרום אפריקאית. החוקה כוללת שבע פסקאות הגבלה ספציפיות – בזכויות התרבותיות,<sup>53</sup> בזכות הקניין,<sup>54</sup> בזכות לשוויון,<sup>55</sup> בזכויות חברתיות כדיוור, בריאות וביטחון סוציאלי<sup>56</sup> ובהיבטים שונים של הזכות לחיי משפחה.<sup>57</sup> אין אחידות במבחנים ובנטלי ההוכחה שדורשות פסקאות ההגבלה השונות. לכל זכות – ההגבלה הייחודית לה.<sup>58</sup> אשר ליחס שבין פסקאות ההגבלה הספציפיות לבין פסקת ההגבלה הכללית נע בית המשפט בין התעלמות מפסקאות ההגבלה הספציפיות והחלת פסקת ההגבלה הכללית בלבד אף במקרים שבהם הזכות הנפגעת מוגנת לכאורה באמצעות פסקת הגבלה ספציפית, לבין בחינת פסקת ההגבלה הספציפית לצד פסקת ההגבלה הכללית וחיוב האקט השלטוני הפוגע לעמוד בשתייהן (יצוין שברובם המוחלט של מקרים אחרונים אלה המסקנה שאליה מביא יישום פסקת ההגבלה הספציפית דומה לזו שמתקבלת מיישום פסקת ההגבלה הכללית, ומכך ייתכן שאפשר ללמוד שההבדל המעשי הוא קטן מכפי שנדמה ממבט ראשון).<sup>59</sup> מכל מקום, נדמה שגם כשהפגיעה היא בזכויות המוגנות בפסקת הגבלה ספציפית, פעמים רבות נעזר בית המשפט בפסקת ההגבלה הכללית שבסעיף 36, בין במישרין ובין כמקור השראה.

נחזור לענייננו ולניתוח פסקת ההגבלה הכללית שבסעיף 36. על אף הדמיון בין רכיבי פסקת ההגבלה הישראלית לרכיבי פסקת ההגבלה הדרום אפריקאית, קיימים כמה הבדלים עיקריים בין שתי השיטות. ראשית, בניגוד לשיטה הישראלית, הפועלת לפי המסגרת הברורה של מבחני המידתיות, השיטה הדרום אפריקאית אינה מחויבת למבחנים אלה בלבד, ולפי לשון הסעיף ניתן "לפרוץ"

53 ס' 30-31 לחוקה.

54 ס' 25 לחוקה.

55 ס' 9 לחוקה.

56 ס' 26-27 לחוקה.

57 ס' 15(3)(ב) לחוקה.

58 Woolman & Botha, לעיל ה"ש 10, בעמ' 33.

59 לדיון רחב יותר ביחס שבין פסקת ההגבלה הכללית שבס' 36 לבין פסקאות ההגבלה הספציפיות ולאופן שבו מתמודד בית המשפט עם היחס ראו שם, בעמ' 33-42, וכן Iles, Limitations, לעיל ה"ש 18, בעמ' 87-91.

את מסגרת הבחינה ולהביא בחשבון שיקולים נוספים.<sup>60</sup> אמנם בשל הפירוט היחסי של פסקת ההגבלה בדרום אפריקה ביחס לזו הישראלית קשה לחשוב על שיקולים שאינם ממילא מנויים בסעיף (בין במפורש ובין על דרך פרשנות), אולם בכל זאת נדמה שהעובדה שאין מדובר ברשימה ממצה וסגורה "הרמטית" עשויה להביא לחופש רב יותר לבתי המשפט בבחינת המידתיות, וכן לצדדים המתדיינים בטענותיהם בדבר הצדקת הפעולה (הרשויות) או אי-חוקתיותה (העותרים).

**שנית**, בישראל מבחני המשנה בנויים כנדבך על גבי נדבך, וכל מבחן הוא מעין "דרישת סף" שקיומה הכרחי על מנת לעבור לדון במבחן הבא. כאשר אקט שלטוני אינו עומד באחד המבחנים, מסתיימת הבחינה החוקתית והאקט יימצא לא חוקתי. לעומת זאת המבחנים בדרום אפריקה נשקלים כ"איזון גלובלי המבוסס על מידתיות",<sup>61</sup> קרי אף אחד מן המבחנים אינו מהווה תנאי סף. הדעה המקובלת היא שהגישה הדרום אפריקאית גמישה יותר ונותנת שיקול דעת רחב יותר למחוקק.<sup>62</sup> הגישה הדרום אפריקאית מתבטאת בכירור בפרשת *Manamela*,<sup>63</sup> שבה נקבע: "the Court must engage in a balancing exercise and arrive at a **global judgment** on proportionality and **not adhere mechanically to a sequential check-list**" (ההדגשות שלי).<sup>64</sup> פער תפיסתי זה בין השיטות הוביל

60 ס' 36 קובע: "taking into account *all relevant factors, including [...]*" (ההדגשה שלי). לשון זו מלמדת שהמבחנים המצויים בס"ק e-a הם רק חלק מהשיקולים שניתן לשקול. ראו גם Hollamby, **לעיל** ה"ש 18, בעמ' 112. לביקורת על גישה זו ראו למשל ברק, **לעיל** ה"ש 51, בעמ' 649-650.

61 ראו פרשת *Makwanyane*, **לעיל** ה"ש 25, בפס' 104 לפסק הדין:

The limitation of constitutional rights for a purpose that is reasonable and necessary in a democratic society involves the weighing up of competing values, and ultimately an assessment based on proportionality.

ברק, **לעיל** ה"ש 51, בעמ' 246.

63 *S v. Manamela*, 2000 (3) SA 1 (CC) (להלן: פרשת *Manamela*).

64 שם, בפס' 32 לפסק הדין. ראו גם פרשת *NCGL* (**לעיל** ה"ש 19), שבה מצא בית המשפט שהתכלית של שמירה על ערכי מוסר שבהם מחזיק חלק מהאוכלוסייה ואכיפתם אינה ראויה יכולה להצדיק פגיעה בשוויון שהתבטאה באיסור הפלילי על קיום יחסים חד-מיניים בהסכמה. בית המשפט קובע: "there is accordingly nothing, in the proportionality enquiry, to weigh against the extent of the limitation and its harmful impact on gays" (בפס' 37 לפסק הדין). יצוין כי בישראל, במצב שבו התכלית אינה ראויה, לא היה בית המשפט מגיע, מבחינה מבנית, למבחני

להברלים מעשיים. הברל מרכזי הוא שלפי הגישה הדרום אפריקאית, גם אמצעי שאינו עומד באחת הדרישות, למשל משום שאינו האמצעי שפגיעתו פחותה, יכול להיחשב חוקתי.<sup>65</sup> ספק אם מצב זה רצוי, מאחר שהוא עלול לפגום בהגנה על זכויות אדם. ייתכן שמטעם זה ניתן למצוא בספרות בדרום אפריקה מחלוקת אם ראוי לקבוע "מבחני סף", קרי דרישות שכישלון בהן יביא לסיום הבחינה החוקתית ולהכרזה שהאקט השלטוני אינו חוקתי.

**שלישית, וכפי שצוין קודם לכן, המבחנים בדרום אפריקה עוגנו בטקסט החוקתי עצמו (אף שפותחו בפסיקה), ואילו בישראל הם נותרו במעמד של הלכה פסוקה. לכאורה, להברל זה אין משמעות פרקטית, שהרי ממילא בית המשפט הוא שנזקק לרוב למבחני המידתיות, ובישראל המבחנים כה מוטמעים עד כי אין עליהם עוררין. אולם אם מקבלים את התפיסה, הראויה לטעמי, שלפיה החוקה – ובעיקר פסקת ההגבלה המאפשרת לרשויות לפגוע בזכויות – היא פרויקט משותף שנועד להכווין את כלל השחקנים במגרש החוקתי,<sup>66</sup> נדמה שלהכללה מפורשת של המבחנים בחוקה יש ערך רב דווקא כלפי אותן רשויות שאינן**

---

המידתיות, ואילו בדרום אפריקה נערכה בחינה במסגרת התפיסה הגלובלית, אולם נמצא שהתכלית אינה מצדיקה את הפגיעה.

65 ודוק: גם בישראל קיים מתחם שיקול דעת שניתן לרשויות במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה (ראו למשל ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, בפס' 31 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (5.3.2007): "עקב כך, הכיר בית-משפט זה ב'מרחב תימרון חוקתי' המכונה גם 'מתחם המידתיות' [...] בית-המשפט יתערב רק כאשר האמצעי הנבחר חורג באופן משמעותי מגדריו של מתחם התימרון החוקתי והוא בלתי מידתי באופן ברור"). עם זאת נדמה שבדרום אפריקה המצב מרחיק לכת מעט יותר. בתי המשפט אינם מוגבלים לאותו מתחם שיקול דעת, וייתכן מצב שבו האמצעי לא עמד כלל במבחן ובכל זאת נמצא חוקתי.

66 היטיבו לבטא זאת וולמן ובוטה (Woolman & Botha), לעיל ה"ש 10, בעמ' 7-8):

The courts exercise of powers of judicial review are best understood as part of a **shared project of constitutional interpretation**. This project requires that the courts, through thoroughly reasoned engagement with the constitutional text, **produce a normative framework of sufficient density to guide other political actors, organs of state and social agents** (ההדגשות שלי).

המחברים סבורים שחשוב לוודא שהביקורת השיפוטית לא תהפוך לכלי במאבק כוח בין בית המשפט לחוקק, אלא תבטא את המחויבות של החברה הדרום אפריקאית לערכים חוקתיים ולזכויות אדם.

שיפוטיות, רשויות אשר מטבע הדברים אינן משקללות את פסיקות בתי המשפט בכל רגע נתון של הפעלת סמכותן ולפני כל החלטה על נקיטת אקט שלטוני פוגעני.

לבסוף יוער כי הסדר שבו מנויים מבחני המשנה בגרדי סעיף 36 הוא סדר שונה מזה של מבחני המידתיות בישראל ובקנדה (אם כי אינו חסר היגיון). למשל, מבחן מידת הפגיעה בזכות (המקביל למבחן המידתיות במובן הצר) מופיע לפני מבחן הקשר הרציונלי ולפני מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. מכל מקום, בגישה המבוססת על "איוון גלובלי" של המרכיבים, ספק אם קיימת חשיבות לסדר שבו הם מנויים.

## ב. הדרישה לפגיעה שתהא סבירה וניתנת להצדקה בחברה דמוקרטית ופתוחה המבוססת על כבוד אנושי, על שוויון ועל חירות

קודם שנציג את הדרישות הקונקרטיות יותר של פסקת ההגבלה ואת יישומן בפסיקה, ראוי להקדיש כמה מילים ל"דרישת-העל", היא הדרישה שההגבלה תהא "to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom" [...] שנקללת ברישה של סעיף 36. לפחות מבחינת מבנה הסעיף ולשונו, אוצלת הדרישה על כלל רכיבי פסקת ההגבלה ומגלמת בתוכה את התנאי המהותי שיש למלא על מנת להצדיק פגיעה בזכות.

כפי שניתן לראות, דרישה זו עיקרה מבחן של סבירות, והיא טומנת בחובה את טיב המשטר (חברה דמוקרטית ופתוחה) ואת ערכי היסוד של החוקה (כבוד האדם, שוויון וחירות). לכאורה תנאי זה מקביל לדרישת ההלימה לערכי המדינה המופיעה בפסקת ההגבלה שלנו, אולם בישראל מדובר בתנאי "עקר" שתוכנו נכלל הלכה למעשה בדרישת המידתיות והתכלית הראויה, ואילו בדרום אפריקה ניכרת התייחסות רבה יותר לדרישה עמומה זו. הסבר אפשרי לכך הוא שמנסחי פסקת ההגבלה הדרום אפריקאית נקבו בשמם של הערכים העומדים בלבה של החוקה ובכך כיוונו את בית המשפט להיזקק לערכים אלה, ואילו בישראל הנוסח

עמום וכללי יותר.<sup>67</sup> הסבר אפשרי נוסף להבדל בין השיטות, שלטעמי הוא הסבר משכנע יותר, הוא רצונם של בתי המשפט בישראל להימנע מעימות "חזיתי" עם הסוגיות הטעונות המתעוררות מהיותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית.<sup>68</sup> דרישה זו דומה גם לזו המופיעה בסעיף 1 לצ'רטר הקנדי. למעשה, העמדה המקובלת היא שההשראה לדרישה זו אכן הגיעה מקנדה.<sup>69</sup> עם זאת ראוי לציין שהדרישה בדרום אפריקה נרחבת מעט יותר. כך, ההוראה הקנדית מדגישה את היות החברה דמוקרטית וחופשית, ואילו סעיף 36 נוקב ברשימת ערכים נוספת. תוספות אלו מעוררות לא מעט בעיות. דוגמה לכך היא הבחירה לכלול ברשימה הנוספת, זה לצד זה, את ערך החירות ואת ערך השוויון, שהם ערכים סותרים מיסודם, וייתכן שאף משקפים תפיסות הפוכות לחלוטין לתפקיד המדינה.<sup>70</sup> אמת, החיכוכים אינם מתעוררים בכל מקרה שהוא – ופעמים רבות הערכים אף חופפים ומביאים לתוצאה דומה – אולם יש לזכור שבמסגרת השאיפה לפירוש הולם של החוקה ולהרמוניזציה פרשנית,<sup>71</sup> על בית המשפט הדרום אפריקאי

67 הדרישה היא שהאקט השלטוני יהיה אקט "ההולם את ערכיה של מדינת ישראל" (ראו ס' 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וס' 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק).

68 שם, בס' 1א לחוק היסוד, הקובע: "חוקי יסוד זה, מטרתו [...] לעגן בחוקי יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (הוראה דומה מצויה בס' 2 לחוק יסוד: חופש העיסוק). התפיסה שהערכים היהודיים והדמוקרטיים הם פירוש הביטוי "ערכיה של מדינת ישראל" מקובלת גם בפסיקה. ראו למשל בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, פס' 61 לפסק הדין של שופטי הרוב (2005): "התנאי השני הנדרש בפסקת ההגבלה הינו כי החוק 'הולם את ערכיה של מדינת ישראל'. אלה ערכיה 'כמדינה יהודית ודמוקרטית'."

69 החלק הרלוונטי בס' 1 לצ'רטר קובע: "only to such reasonable limits prescribed [...] by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society". ראו גם Woolman & Botha, לעיל ה"ש 10, בעמ' 12; Iles, Limitations, לעיל ה"ש 18, בעמ' 69.

70 במיוחד כשמדובר על שוויון במונח רחב, וזו אכן תפיסת השוויון בדרום אפריקה. ראו למשל ס' 29(2) לחוקה הקבועה הדין בזכות לשוויון ומבטא גישה שמכירה בהעדפה מתקנת.

71 פרשת Prince, לעיל ה"ש 15, בפס' 155:

What it requires is the maximum harmonisation of all the competing considerations, on a principled yet nuanced and flexible case-by-case basis, located in South African reality yet guided by international experience, articulated with appropriate candour and accomplished without losing sight of the ultimate values highlighted by our Constitution.

מוטלת המלאכה להתמודד עם המתחים (המידיים והפוטנציאליים) הגלומים בהוראה זו.<sup>72</sup>

הקשיים הפרשניים האינהרנטיים ועמימות ההוראה מובילים, ואין הדבר מפתיע, גם ליישום שנוי במחלוקת של הדרישה בבתי המשפט. ביקורת מרכזית היא שבית המשפט נותן משקל יתר לערך של כבוד האדם ביחס לשאר הערכים.<sup>73</sup> לטענת וולמן ובות'ה, אף שתיעדוף הכבוד הוא טבעי בראייה היסטורית (הזכות לכבוד נתפסת כאנטיתזה לשלטון האפרטהייד הדכאני) ואף עוזר ליישוב סתירות בין שאר הערכים ובעיקר בין חירות לשוויון (משום שנתפס כערך "ניטרלי"),<sup>74</sup> מדובר בגישה שגויה. לשיטתם, עדיפה גישה המכבדת את כלל הערכים תוך מתן תשומת לב מיוחדת לערכי הדמוקרטיה והפתיחות (שבמצב הדברים הרגיל זוכים להתייחסות פחותה), משום שאלה הערכים המכירים בפלורליזם ובשוניות בין אנשים ותרבויות, והדבר חשוב ביותר במרקם הדרום אפריקאי. תשומת לב כזו ניתנת למצוא בדעת המיעוט של השופט סאקס (Sachs) בפרשת *Prince*, שבה נקבע:

Faith and public interest overlap and intertwine in the need to protect tolerance as a constitutional virtue and respect for diversity and openness as a constitutional principle. Religious tolerance is accordingly not only important to those individuals who are saved from having to make excruciating choices between their beliefs and the law. It is deeply meaningful to all of us because religion and belief matter, and because living in an open society matters.

בית המשפט מדגיש שהמבחן האמיתי לסובלנות ולפתיחות של חברה מתקיים בעיקר ביחסה כלפי דעות שהן מחוץ לקונצנזוס, מרגיזות ואף מאיימות.<sup>75</sup>

- |    |   |
|----|---|
| 72 | ראו Woolman & Botha, לעיל ה"ש 10, בעמ' 115.   |
| 73 | שם, בעמ' 116-122.   |
| 74 | וולמן ובות'ה מבקרים גם את היות הכבוד ערך "ניטרלי" ו"מפשר", ואף את הפרשנות השגויה לערך הכבוד במקרים ספציפיים, אולם דיון זה רלוונטי פחות לשאלת המידתיות ויותר לתפיסת הזכות לכבוד ולפרשנותה. |
| 75 | פרשת <i>Prince</i> , לעיל ה"ש 15, בפס' 170-172. על חשיבות ערכי הסובלנות וכיבוד השונות ראו גם בפס' 147 לפסק הדין:  |

בשולי הדברים יצוין שבפסק הדין בעניין *Prince* הבחין השופט Ngcobo (לימים נשיא בית המשפט החוקתי) בין הדרישה שהאמצעי יהיה סביר (reasonable) לבין הדרישה שיהא ניתן להצדקה (justifiable). באותו מקרה בחן השופט את סבירותה של ההגבלה, ומשמצא שאינה "סבירה", הוא קבע שאין צורך להיזקק לשאלה אם היא "ניתנת להצדקה".<sup>76</sup> אכן, מבחינה עיונית ניתן לתאר מצב שאמצעי הוא לכאורה סביר מכוח היותו מקובל ונהוג בדמוקרטיות אחרות, אולם עדיין טעון הצדקה, בהקשר המקומי, במונחי מבחני המידתיות. בדומה לזה ניתן לטעון שאמצעי שאינו מקובל בדמוקרטיות חוקתיות הוא לכאורה אינו סביר, ולכן נטל ההצדקה יהיה כבד יותר. עם זאת לא אתמקד כאן בהבדל שבין דרישת הסבירות לבין דרישת ה"ניתן להצדקה", בעיקר מאחר שההבדל התאורטי אינו זוכה לביטוי ניכר בפסיקה.

### ג. טבעה של הזכות (Nature of the Right)

מיקומו של פרמטר זה בפסקת ההגבלה עשוי לעורר שאלות. לכאורה, בחינת טבעה של הזכות הוא עניין לשלב הראשון של הניתוח החוקתי, קרי קביעת היקף הזכות (ובתוך כך קביעה אם הזכות נפגעה), ולא לשלב הצדקת הפגיעה בזכות. בספרות ניתן למצוא כמה הסברים למהותה של דרישה זו. את אחד ההסברים מספקים וולמן ובות'ה. לטענתם, ייתכן שבאמצעות הכללת הקריטריון של טבעה של הזכות ביקשו מנסחי החוקה לשחזר את מדרג הזכויות שהיה

---

[...] gives insufficient weight to the impact the measure will have, not only on the fundamental rights of the appellant and his religious community, **but on the basic notion of tolerance and respect for diversity that our Constitution demands for and from all in our society** (ההרגשה שלי).

על פרשת *Prince*, ובכלל זה על פסק הדין של השופט סאקס וחשיבותו הרבה, ראו גם בהמשך מאמר זה, בחלק העוסק בהגנת המיעוטים.  
שם, בפס' 81 לפסק הדין:

76

The question is whether the means employed to achieve that goal are reasonable. In my view, they are not. The fundamental reason why they are not is because they are overbroad [...]. On that score they are unreasonable and they fall at the first hurdle. This renders it unnecessary to consider whether they are justifiable.



קיים בפסקת ההגבלה בחוקה הזמנית. במילים אחרות, לפי טענה זו, הביטוי "טבעה" של הזכות משקף את חשיבותה של הזכות במדרג הזכויות. עוד ייתכן שדרישה זו עניינה בבחינה חשיבותה של הזכות לא בתוך מדרג זכויות עצמאי אלא בראי מידת "קרבתה" של הזכות הנדונה לערכי היסוד של החוקה – דמוקרטיה, כבוד, שוויון וחירות – המפורטים ב"דרישת-העל" שנזכרה לעיל. כך או כך, ההנחה היא שיש זכויות שהן חשובות יותר מאחרות. אם מקבלים תפיסה זו, מדרג זכויות זה גורר אחריו ברגיל גם רמות שונות ונפרדות לחלוטין של בחינה חוקתית, קרי יישום סטנדרט חוקתי מחמיר יותר ככל שהזכות שעל הפרק חשובה יותר (כפי שנהוג בשיטת המשפט האמריקאית וכפי שהיה נהוג לפי החוקה הזמנית בדרום אפריקה).<sup>77</sup>

לגישה זו יש חלופה מתונה יותר, אשר נדרשת אף היא לשאלת חשיבותה של הזכות שעל הפרק, אולם אינה יוצרת רמות שונות של בחינה חוקתית. לפי החלופה המתונה, חשיבותה של הזכות תתבטא ביישום יתר הקריטריונים של פסקת ההגבלה.<sup>78</sup> ככל שהזכות חשובה יותר, יהיה יישומם של מבחני פסקת ההגבלה מחמיר יותר, ולהפך. ודוק: החלופה הקיצונית והחלופה המתונה דומות בכך שבשתיהן נדרש בית המשפט לבחון – במסגרת מבחן "טבעה של הזכות" – את חשיבותה של הזכות הנפגעת. ההבדל בין החלופות מתבטא אפוא בהשלכות הנובעות מקביעת חשיבות זו: בחלופה הקיצונית מנותבות הזכויות למסלולי בחינה שונים, על פי חשיבותן, ואילו בחלופה המתונה נבחנות כל הזכויות על פי מבחני פסקת ההגבלה, אלא שכאשר מדובר בזכות חשובה יותר, יישם בית המשפט את המבחנים יישום קפדני יותר ויאפשר לגורם הפוגע (בזכות) מרחב תמרון מצומצם יותר.

ניתן לטעון שגישה זו – ובייחוד החלופה המתונה – מקבלת "רוח גבית" מצד בית המשפט בפסיקות שונות, ובעיקר בפרשת *Makwanyane* המכוננת,

77 כאמור לעיל, יש הטוענים שגם בחוקה הזמנית לא דובר על מדרג של זכויות לפי חשיבותן דווקא, ושהקטגוריזציה נעשתה על יסוד מאפיינים אחרים, ובייחוד "מועדוטה" של הזכות להיפגע מן השלטון לאור ניסיון העבר. ראו הערה 18 לעיל.

78 Woolman & Botha, לעיל ה"ש 10, בעמ' 70.

שבה התייחס בית המשפט לטבעה של הזכות בד בבד עם אלמנט החשיבות.<sup>79</sup> מנגד, ניתן לטעון שאין להקל ראש בבחירתם של מנסחי החוקה, אשר היו מודעים היטב לפסיקה זו (ואף פנו אליה בעת ניסוח פסקת ההגבלה), להשמיט את המרכיב של חשיבות הזכות.<sup>80</sup> טענת נגד אפשרית נוספת, שיש עמה היגיון, תהיה שגישת "חשיבות הזכות" מעוררת קשיים משום שמנסחי החוקה בחרו לכלול בסעיף 36 במפורש רשימת ערכים שנדמה שהם ערכי היסוד של החוקה. לפי טענה זו, בעשותם כן קבעו מנסחי החוקה בעצמם את המדרג (כלומר נתנו לערך הכבוד, השוויון והחירות מעמד גבוה משל הערכים והזכויות האחרות) ולא הותירו לבתי המשפט מקום לקבוע מעמדות נוספים ולסווג זכויות סיווג קטגורי. גישה אפשרית שנייה מבוססת על עמדתו של צ'ידל (Cheadle), ממנסחי החוקה,<sup>81</sup> ופותחה לאחר מכן בכתיבתו של איילס (Iles). לפי גישה זו, התנאי אינו בוחן את חשיבותה של הזכות אלא מבקש לבחון את "כשירותה" של הזכות להיות מוגבלת. במילים אחרות, אף שהזכויות הן יחסיות ולא מוחלטות, יש זכויות שניתנות להגבלה רק באופנים מסוימים או כמעט שאינן ניתנות להגבלה כלל,<sup>82</sup> למשל הזכויות שלא להיות נתון לעבדות או לעינויים, שכמעט אי-אפשר לתאר פגיעה בהן שאינה עולה כדי שלילתן המוחלטת. מבחינה מהותית, יש בגישה זו דמיון מסוים לאיסור הפגיעה ב"גרעין" הזכות, שהושמט במעבר מהחוקה הזמנית לחוקה הקבועה, ואף לגישה של זכויות מוחלטות (או היבטים מסוימים של זכויות שהם מוחלטים), ואם אכן מדובר בגישה כזו, היא בעייתית בשל ההשמטה המודעת של ההוראה שסיפקה הגנה מוחלטת ל"גרעין" הזכות. ההבדל בין הגישות הוא ברור: הגישה הראשונה – בין בחלופה הקיצונית ובין בחלופה המתונה – מאפשרת לבית המשפט לדרג חשיבותן של זכויות שונות ולמעשה ליצור הייררכיה ביניהן (גם אם הדבר מבוסס על קרבה לרוח החוקה

79 פרשת *Makwanyane*, לעיל ה"ש 25, בפס' 104:

In the balancing process, the relevant considerations will include the nature of the right that is limited, and its importance to an open and democratic society based on freedom and equality.

80 Iles, Limitations, לעיל ה"ש 18, בעמ' 77-79. בל נשכח שפרשת *Makwanyane* עצמה פורסמה בתקופת הביניים ובמשטר של החוקה הזמנית. ייתכן שבאותה תקופה אכן נראה הגיוני יותר ליתן משקל לחשיבותה של הזכות.

81 Kende, לעיל ה"ש 5, בעמ' 35.

82 Iles, Limitations, לעיל ה"ש 18, בעמ' 80.

ולערכיה הבסיסיים), ואילו הגישה השנייה היא בעלת אופי מוגבל יותר, שכן היא עוסקת במה ש"אינו בא בחשבון", וכאמור – אפשר שהיא קונקרטית יותר. עיון בפסיקה מלמד שהגישה הנבחרת קרובה לגישה הראשונה שהוצגה. בית המשפט החוקתי דחה את החלופה הקיצונית יותר – זו של מדרוג זכויות, המוביל לרמות בחינה נפרדות לחלוטין, כפי שהשמיעה החוקה הזמנית<sup>83</sup> – אולם אימץ את הגישה הגמישה יותר והכיר בכוחו לקבוע חשיבות של זכויות, אף שפסקת ההגבלה אינה מזכירה במפורש אלמנט של חשיבות הזכויות. יפים לעניין זה הדברים הברורים שאמר בית המשפט בפרשת *NCGLE*: "Although section 36(1) does not expressly mention the importance of the right, this is a factor which must of necessity be taken into account in any proportionality evaluation"<sup>84</sup>. להשלמת התמונה יוער כי איילס מצייין שגישת דירוג הזכויות בידי בית המשפט אינה עקבית ואינה עולה בקנה אחד עם פסיקות אחרות של בית המשפט החוקתי בהקשרים אחרים, שבהן הוא קבע שבמשטר החוקתי החדש אין מקום להייררכיה בין הזכויות.<sup>85</sup>

#### ד. חשיבות התכלית (Importance of the Purpose)

יסוד זה, שבמובנים רבים דומה לדרישת התכלית הראויה שקיימת בשיטות המשפט השונות, משמיע דרישה כפולה: תחילה יש לזהות את התכלית של האקט הפוגעני. לאחר שזוהתה יש להעריך את חשיבותה. לעניין זיהוי התכלית נדמה שאין הכרעה בשאלה אם יש לזהותה לפי מבחן אובייקטיבי (המטרה

83 ראו למשל *Christian Education South Africa v. Minister of Education*, 2000 (4) SA 757 (CC), בפס' 29-31 לפסק הדין (להלן: פרשת *Christian Education*). כן ראו פרשת *Prince*, לעיל ה"ש 15, בפס' 128 לפסק הדין:

[...] our Constitution in dealing with the limitation of rights does not call for the use of different levels of scrutiny, but expressly contemplates the use of a nuanced and context-sensitive form of balancing.

84 פרשת *NCGLE*, לעיל ה"ש 19, בפס' 34 לפסק הדין. ראו גם *Woolman & Botha*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 71 שטוענים שכעניין פרקטי, הפסיקה הכירה בהיותן של זכויות מסוימות מרכזיות יותר מאחרות. לפי הטענה, הזכויות שנתפסות מרכזיות הן הזכות לכבוד ולחיים (לרבות שלמות הגוף ואיסור על עינויים), ואחריהן עומדים חופש הדת, חופש הביטוי, החופש להצביע, דיור בכבוד, זכות הגישה לערכאות וחזקת החפות.

85 ראו *Iles, Limitations*, לעיל ה"ש 18, בעמ' 78, והטקסט שבהערה 66 שם.

בעת הפירוש בפני בית המשפט) או סובייקטיבי (כוונת מנסחי החוק או מבצעי הפעולה).<sup>86</sup> בעיקר קיימת בעייתיות כאשר התכלית אינה מוצהרת, ונדרשים פרשנות ו"חילוץ" התכלית, או כאשר חלוף הזמן יצר פער בין המטרה בעת החקיקה לבין המטרה בעת בחינת החוק. במצבים אלה נקבע כי על בית המשפט לאתר את תכלית החוק מתוך ההיסטוריה החקיקתית של ההוראה הפוגענית עצמה,<sup>87</sup> אך גם מתכליתו של החוק בכללותו ומהמסגרת הנורמטיבית שבה הוא מצוי, במטרה לעמוד על הבעיות שניסה האקט הפוגע לתקן.<sup>88</sup>

יש לציין שגם כאשר התכלית מוצהרת, היא יכולה להיות מנוסחת ברמות הפשטה שונות. במקרה זה, ככל שרמת ההפשטה גבוהה יותר, כך יקל על התכלית להיות לגטימית וחשובה דייה כדי לעמוד במבחן זה. מנגד, ככל שרמת ההפשטה גבוהה יותר, יהיה קשה יותר לעמוד בדרישת האמצעי שפגיעתו פחותה (שתידון בהמשך), שהרי קל יותר למצוא אמצעי נוסף, פוגעני פחות, ששיג את אותה תכלית כללית ומופשטת.

בהערכת התכלית על בית המשפט לוודא שהיא עולה בקנה אחד עם ערכי היסוד של החוקה ואינה עומדת בסתירה להם.<sup>89</sup> בהתאם לכך, בכמה מקרים מצא

86 לעומת אחת הפרשות (S v. Jordan, 2002 (6) SA 642 (CC)), שבה נקבע שחוק שאסר על ניהול בית בושת הוא לתכלית ראויה, היות שבית המשפט התייחס לתכלית אובייקטיבית "מודרנית" שעניינה פיקוח על סחר במין (ולא לתכלית המקורית של מימוש תפיסה מוסרית שמרנית), בפרשות אחרות (Bhe v. Magistrate, 2005 (1) SA 580 (להלן: פרשת Moseneke v. The Master of the High Court, 2001 (2) SA 18 (CC)), שעסקו בחוק מתקופת האפרטהייד שהבחין בין שחורים ללבנים בעניין טיפול בירושה של אדם שנפטר ולא הותיר אחריו צוואה), נקבע שאין לאפשר שימוש בתכלית מודרנית (של שיקולי נוחות ויעילות) כדי להכשיר את החוק, שכן מעשה כזה יתעלם מההקשר הגזעני שבו נחקקו החוקים. ראו גם ברק, לעיל ה"ש 51, בעמ' 360-361.

87 ראו (Lesapo v. North West Agricultural Bank, 2000 (1) SA 409 (CC)), בפס' 23 לפסק הדין (להלן: פרשת Lesapo):

When the importance of the purpose of section 38(2) of the Act in terms of section 36(1)(b) is evaluated, what needs to be considered at this stage is not the purpose of the Act (although it may be of some relevance), but the purpose of the impugned provision itself.

88 Woolman & Botha, לעיל ה"ש 10, בעמ' 74.

89 שם.

בית המשפט תכליות שאינן ראויות משום שעמדו בסתירה ברורה לערכי היסוד, למשל כאשר האקט השלטוני ביטא תפיסות של נקם בענישה,<sup>90</sup> אכיפת תפיסות מוסר חסרות סובלנות המבוססות על דעות קדומות<sup>91</sup> או פעולות שמנציחות פערים חברתיים שנוצרו בשל האפרטהייד.<sup>92</sup> בנקודת הקיצון השנייה, כאשר תכלית נועדה במפורש לקדם זכות או עיקרון המצוי בחוקה, היא תיחשב ראויה. מה דינן של תכליות שאינן מצויות בנקודות הקיצון? וולמן ובות'ה מציינים שבמקרים אלו מובאים בחשבון כמה שיקולים, ובהם מידת הקשר של התכלית לערכים המוגנים במגילת הזכויות, או אם התכלית מגשימה צורך חיוני ורוחק (או לפחות מכוונת להשגתן של מטרות בעלות חשיבות רבה).<sup>93</sup> שאלה נוספת שהתעוררה עוסקת בתכליות כגון חיסכון תקציבי או יעילות ונוחות מינהלית. במקרים אלה, אף שבית המשפט לא נקט עמדה נחרצת, הגישה

90 פרשת *Makwanyane*, לעיל ה"ש 25, פס' 129-131 לפסק הדין. כזכור, בפרשה זו נפסל עונש המוות בדרום אפריקה.

91 פרשת *NCGLE*, לעיל ה"ש 19, פס' 37 לפסק הדין:

The enforcement of the private moral views of a section of the community, which are based to a large extent on nothing more than prejudice, cannot qualify as such a legitimate purpose. There is accordingly nothing, in the proportionality enquiry, to weigh against the extent of the limitation and its harmful impact on gays. It would therefore seem that there is no justification for the limitation.

בפרשה זו בוטלה שורת חוקים האוסרים על "משכב זכר" ועל קיום יחסי מין "לא טבעיים" (איסור רחב יותר הכולל גם יחסי מין חד-מיניים בין נשים).

92 פרשת *Bhe*, לעיל ה"ש 86, בפס' 72 לפסק הדין:

It could be argued that despite its racist and sexist nature, section 23 gives recognition to customary law and acknowledges the pluralist nature of our society. This is however not its dominant purpose or effect. Section 23 was enacted as part of a racist programme intent on entrenching division and subordination. Its effect has been to ossify customary law. In the light of its destructive purpose and effect, it could not be justified in any open and democratic society.

בפרשה זו, שהיא עתירה מאוחדת של כמה תיקים ונפגעים, בוטלו סעיפי חוק (ותקנות שהתבססו עליהם) אשר הבחינו בין שחורים ללבנים באופן הטיפול בירושת אנשים שנפטרו ללא הותרת צוואה.

93 *Woolman & Botha*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 75.

הכללית היא שמדובר בתכליות בעלות משקל מועט מזה של תכליות אחרות.<sup>94</sup> אין חולק שתכליות אלו ראויות כשלעצמן, אולם הספק מתעורר משום שמנגד עומדת הפגיעה בזכות יסוד (כזכור, היות שבדרום אפריקה תנאי המידתיות אינם בנויים זה על גבי זה אלא נבחנים סימולטנית ו"גלובלית", חשיבות התכלית נבחנת תוך התחשבות בעוצמת הפגיעה בזכויות). כך, בפרשת *NICRO*<sup>95</sup> נדונה השאלה אם שלילת זכות ההצבעה מאדם שמרצה עונש מאסר היא חוקתית, בין היתר לנוכח טענת המדינה שהדבר יקל עליה מבחינה לוגיסטית. בית המשפט קבע ששיקולי חיסכון יכולים להיות רלוונטיים, אולם דחה את הטענה במקרה הנדון בשל חשיבות הזכות להצביע, ומשום שמדובר בשלילה מוחלטת של הזכות מגזור שלם, ובעיקר משום שהמדינה לא הציגה ראיות לעומס הכלכלי שיוטל עליה אם אכן תינתן הזכות להצביע.<sup>96</sup> נדמה אפוא שבעניין תכליות אלו עשויה להיות השפעה לפן הראייתי. כך, כאשר המדינה מספקת ראיות מספקות לחיסכון כלכלי ניכר, עשויה עמדתה להתקבל.<sup>97</sup> זאת, בשונה מתכליות אשר נתפסות ראויות אפריורית, שבהן הפן הראייתי אינו בעל חשיבות.

על אף האמור לעיל, דומה שהשאלה העיקרית המתעוררת לעניין דרישת חשיבות התכלית היא אם מדובר בתנאי סף, או שמא באחד השיקולים המובאים בחשבון בעת ניתוח המידתיות. במילים אחרות, השאלה היא אם אי-עמידה בדרישת התכלית מביאה לסיימה של הבחינה החוקתית ולהכרזה על אי-חוקתיות ההוראה הפוגעת, או שמא ניתן "להציל" את ההוראה גם אם תכליתה אינה חשובה מספיק. בישראל ובקנדה המצב ברור: מדובר בדרישת סף, ואם היא אינה מתקיימת אין בית המשפט נדרש לעבור לבחינת תנאי המידתיות. לעומת זאת בדרום אפריקה ניתן למצוא גישות שונות. לגישת וולמן ובות'ה, שמוצאת חיזוק בפרשת *Magajane*,<sup>98</sup> מדובר בדרישת סף. החוקה, לפי הטענה, לא תצדיק

- |    |  |
|----|--|
| 94 | ראו למשל <i>S v. Williams</i> , 1995 (3) SA 632 (CC), בפס' 79 לפסק הדין.   |
| 95 | <i>Minister of Home Affairs v. National Institute for Crime Prevention and the Re-integration of Offenders (NICRO)</i> , 2005 (3) 280 (CC)                       |
| 96 | שם, בפס' 48-50 לפסק הדין.  |
| 97 | <i>Woolman &amp; Botha</i> , לעיל ה"ש 10, בעמ' 77. גם אם יוחלט שמטרה של חיסכון צולחת את מבחן חשיבות התכלית, עדיין יידרש האמצעי לעמוד בשאר המבחנים שבפסקת ההגבלה. |
| 98 | <i>Magajane v. Chairperson, North West Gambling Board</i> , 2006 (5) SA 250 (CC)   |

פגיעה שאינה למטרה ראויה.<sup>99</sup> מנגד, בפסיקות אחרות של בית המשפט ניכרת התייחסות לתכלית כאל חלק מהאיזון הגלובלי,<sup>100</sup> ונראה שכך עולה גם מלשון סעיף 36. לעומת זאת לגישת איילס, החוקה אינה מורה כלל כיצד לנהוג בתוצאת בחינת התכלית – אם לשקללה במסגרת המידתיות או להכשיל את האמצעי. אין החוקה קובעת אלא שיש לזהות את התכלית ולהגיע לבחינת חשיבותה.<sup>101</sup> לפי גישה זו, המבחנים היחידים שהם "כללי הכרעה" הם דרישת הקשר הרציונלי ודרישת האמצעי שפגיעתו פחותה, ואילו יתר המבחנים (ובכללם מבחן התכלית ומבחן טבעה של הזכות שנדרון לעיל) מספקים אך ורק מצע שעליו יהיה ניתן להשתית את יישום כללי ההכרעה.

## ה. היקף ההגבלה וטבעה (Nature and Extent of the Limitation)

היקף ההגבלה הוא אחד הפרמטרים המבטאים במובהק תפיסה של מידתיות ושל איזון בין ערכים. לעניין זה יפים הדברים הבאים מפרשת *Manamela*: "The level of justification required to warrant a limitation upon a right depends on the extent of the limitation. The more invasive the infringement, the more powerful the justification must be"<sup>102</sup>. זוהי דרישה שמזכירה בבירור את מבחן "המידתיות במובן הצר" שמקובל בישראל.<sup>103</sup> בשל עמימותה הרבה של הדרישה

99 שם, בפס' 65 לפסק הדין:

[...] as it is clear that the Constitution does not regard the limitation of a constitutional right as justified unless there is a substantial state interest requiring the limitation.

100 *Iles, Limitations*, לעיל ה"ש 18, בעמ' 82. על גישת האיזון הגלובלי ראו לעיל במאמר זה.

101 שם, בעמ' 83.

102 ראו פרשת *Manamela*, לעיל ה"ש 63, בפס' 69. הדברים הובאו גם במאמרם של וולמן ובות'ה.

103 פרשת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 68, בפס' 64 לפסק הדין של שופטי הרוב; בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, פס' 31 לפסק דינו של השופט זמיר (1999):

צריך לעשות מאמץ, בכל מקרה ומקרה, כדי להעריך נכונה את המשקל היחסי של זכויות אדם מזה ושל אינטרסים ציבוריים מזה. האיזון הראוי ביניהם הוא שקובע את המידתיות. ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר, וככל

(כמו זו של מקבילתה הישראלית), פיתח בית המשפט כלי עזר ותבחינים שייצקו תוכן לבחינת היקף ההגבלה ומידת הפגיעה.<sup>104</sup>

**ראשית**, יש לבחון אם הפגיעה היא ב"גרעין" הזכות או בפריפריה.<sup>105</sup> ההבחנה בין גרעין הזכות לשוליה אינה פשוטה; הניסיון במדינות אחרות מלמד כי הבחנה זו היא קשה ועלולה להיות מוטה. נזכיר כי ההבחנה בין גרעין הזכות לפריפריה נזנחה, לפחות ככל שמדובר בטקסט החוקתי עצמו, במעבר בין החוקה הזמנית לחוקה הקבועה. עם זאת מאחר שההבחנה אומצה בפסיקה בתקופת הביניים, היא ממשיכה להתקיים אף בפסיקות מאוחרות יותר. כפי שצוין לעיל, יש קושי לא מבוטל בהמשך יישום תבחין שהושמט במפורש מנוסח החוקה.

**שנית**, יש לעמוד על ההשפעה השלילית המלאה הנובעת מן האמצעי, ולהצביע על כלל הזכויות הנפגעות. כך למשל בית המשפט לא הסתפק בטענה שאיסור משכב זכר פוגע בזכות לפרטיות, אלא קבע שיש פגיעה גם בשוויון, מכבוד ובחירות.<sup>106</sup> בדומה לזה נקבע כי מכירת בית בהוצאה לפועל ללא שימוע פוגעת – מלבד בהליך הוגן – גם בזכות לדיור.<sup>107</sup>

**שלישית**, בית המשפט בוחן בעיניים פקוחות למציאות את מעמדם של הנפגעים: אם הפגיעה היא במיעוטים, בעניים, בילדים או בקבוצות אחרות מוחלשות או חסרות ישע, תתחזק הנטייה להתייחס להגבלה כאל חריפה יותר ולדרוש העלאת רף ההצדקה.<sup>108</sup>

---

שהפגיעה בזכות קשה יותר, כך צריך אינטרס ציבורי חזק יותר כדי להצדיק את הפגיעה.

- |     |   |
|-----|---|
| 104 | Woolman & Botha, <b>לעיל</b> ה"ש 10, בעמ' 79-84.  |
| 105 | כך למשל נפסק שהאלמנט של שימוע הוא ב"גרעין" הזכות למשפט הוגן (De Lange v. Smuts No, 1998 (3) SA 785 (CC)). כן נקבע שהעברת נטלי הוכחה בפלילים, בין השאר בעברות אחריות מוחלטת או עברות סמים, היא בגרעין חזקת החפות (פרשת <i>Manamela</i> , <b>לעיל</b> ה"ש 63; S v. Bhulwana, 1996 (1) SA 288 (CC) [להלן: פרשת <i>Bhulwana</i> ]), ושהאיסור על משכב זכר פוגע בליבת הזכות לפרטיות (פרשת <i>NCGLE</i> , <b>לעיל</b> ה"ש 19). מנגד, נקבע כי האיסור על החזקת חומר פורנוגרפי שמופיעים בו קטינים אינו פוגע בגרעין חופש הביטוי, גם אם ההחזקה היא למטרות סרט תיעודי (De Reuck v. Director of Public Prosecutions, 2004 (1) SA 406 (CC) [להלן: פרשת <i>De Reuck</i> ]). |
| 106 | פרשת <i>NCGLE</i> , <b>לעיל</b> ה"ש 19, בפס' 36.  |
| 107 | ראו פרשת <i>Jaftha v. Schoeman</i> , 2005 (2) SA 140 (CC), בפס' 39 לפסק הדין.   |
| 108 | ראו הרחבה על סוגיה זו בהמשך מאמר זה.  |



**רביעית**, בית המשפט בוחן את אלמנט הזמן, קרי אם הפגיעה היא קבועה או זמנית. למשל, בפרשת *Makwanyane* מדגיש בית המשפט את העובדה שעונש המוות הוא לא הפיך, והפגיעה שהוא יוצר היא דרסטית ותמידית.<sup>109</sup> בדומה לזה קבע בית המשפט בפרשה אחרת שהריגת חשוד נמלט היא שלילה מוחלטת של הזכות לחיים ושל כל הזכויות הנובעות ממנה. מנגד, לפי אותו קריטריון, בפרשת *Metcash* הגיע בית המשפט לתוצאה הפוכה, וקבע שחוק מס הקובע מדיניות של "Pay now, argue later" ואינו מאפשר לערער על הערכת פקידי השומה קודם שמשלמים את המס, אינו מפר את התנאי, כי הפגיעה היא זמנית בלבד, וניתן לערער לאחר התשלום.<sup>110</sup>

לצד האמור יצוין כי נדמה שאלמנט הזמן אינו מכריע, ויש להתחשב באופן הפגיעה ובמידתה בממדים אחרים שלה. כך, בפרשת *Lesapo* דובר בהוראת חוק שאפשרה לבנק מטעם המדינה לעשות "דין לעצמו" ולעקל רכוש של חייבים שלא פרעו את חובם (לשיטת הבנק). הבנק היה רשאי לעקל את הרכוש לאחר שדרש מהחייבים לשלם את חובם, ואלה לא עשו כן בזמן הנקוב בדרישה. אולם לא הייתה על הבנק כל חובה לקיים הליך בבית משפט לאישור קיומו של חוב ונקיטת אמצעי אכיפה כאמור, אף כאשר החוב עצמו היה שנוי במחלוקת. בנוסף, היה הבנק רשאי למכור את הרכוש שעוקל, ובלבד שיודיע על כך ב"רשומות"

109 פרשת *Makwanyane*, לעיל ה"ש 25, בפס' 143 לפסק הדין: "There is a difference between encroaching upon rights for the purpose of punishment and destroying them altogether"

110 יצוין שאחת הסיבות לאישור הפגיעה הייתה קיומו של הליך חריג, המאפשר לא לחייב בתשלום עד להכרעה בערעור, וזאת במקרים שלחייב אין כסף לשלם. ראו *Metcash Trading Limited v. Commissioner for the South African Revenue Service, 2001 (1) SA 1109 (CC)*, בפס' 42, 62, לפסק הדין (להלן: פרשת *Metcash*):

[...] the effect of the rule on individual taxpayers is ameliorated by the power conferred upon the Commissioner to suspend its operation. The rule is not absolute but subject to suspension in circumstances where the Commissioner considers it appropriate.

לתוצאה דומה במבחן הזמן ראו גם פרשת *Christian Education*, לעיל ה"ש 83, שבה נקבע שהאיסור על ענישה גופנית בבתי הספר אינו פוגע בחופש הדת ובאוטונומיה ההורית, משום שהם יכולים להישאר נאמנים לעקרונותיהם הדתיים ולהחיל ענישה גופנית על ילדיהם בבית. ראו פס' 14 לפסק הדין: "Furthermore he does not challenge the right of these parents to administer corporal punishment at home"

ובעיתון מקומי לפחות 14 ימים לפני המכירה. נקבע כי ההוראה פוגעת בביורר בזכות הגישה לערכאות משום שהיא מאפשרת לבנק להימנע מיישוב הסכסוך בדרך המקובלת, בבתי המשפט, ומקנה לו סמכויות אכיפה שברגיל נתונות לבתי המשפט. זמניות הפגיעה התבטאה בכך שהחייב היה יכול לפנות לבתי המשפט לאחר שקיבל את ההודעה ולבקש צו מניעה על מימוש נכסיו (ואם פנה החייב מוקדם מספיק, אף על עיקולם). בית המשפט הביא בחשבון את זמניות הפגיעה בזכות הגישה לערכאות, אולם בכל זאת מצא את ההוראה לא חוקתית, בשל חומרתה המיוחדת של הפגיעה, קרי בשל הסמכות שניתנה לבנק לנקוט אמצעי אכיפה דרסטיים תוך "עקיפת" המנגנון השיפוטי.<sup>111</sup>

חמישית, ניתנת חשיבות למידת ההפשטה או ההכללה של האמצעי. השאלה היא למעשה אם ההגבלה נגזרה ונתפרה בדיוק לפי מידות התכלית (narrowly tailored), או שמא היא מנוסחת במידה רבה של הכללה. מפסיקת בית המשפט עולה כי מידת ההכללה נבחנת בראי היקף שיקול הדעת הניתן לבעל הסמכות בהפעלתה. היקף שיקול הדעת נמדד בין היתר לפי מידת הפירוט של הסמכות ומגבלותיה, לפי האפשרות לביקורת מראש (למשל, צו שיפוטי מראש או אישור של גורם לא תלוי או בכיר), או בדיעבד, על הפעלת הסמכות, ולפי דרגתו של מקבל ההחלטה.<sup>112</sup> ככלל, נראה שככל שההגבלה עמומה ומופשטת יותר, וקשה להעריך את היקפה האמיתי, יפעל הדבר לרעת ההסדר המגביל.<sup>113</sup>

- 111 פרשת *Lesapo*, לעיל ה"ש 87, בפס' 20 ו-25 לפסק הדין.
- 112 להמחשת הקריטריונים, בפרשת *Dawood* נפסלו סמכויות שניתנו לפקידי ההגירה לסרב להארכת אישורי שהייה של בני זוג זרים של תושבי דרום אפריקה, משום שלא הייתה בהם הנחיה מספקת או אפשרות לביקורת שיפוטית על החלטותיהם (Dawood v. Minister of Home Affairs, 2000 (3) SA 936 (CC), בפס' 47-48, 54). לעומת זאת בפרשת *Metcash* (לעיל ה"ש 110, בפס' 42 ו-62) נקבע כי הסמכות שניתנה לממונה בכיר להתחשב בנפגעים ולחרוג מהנהלים הפוגעניים במקרים מיוחדים הפכה את הפגיעה למופשטת פחות ולניתנת לשליטה.
- 113 ראו *Islamic Unity Convention v. Independent Broadcasting Authority*, 2002 (4) SA 294 (CC), בפס' 44 לפסק הדין (פרשת *Islamic Unity*):

**The prohibition is so widely-phrased and so far-reaching that it would be difficult to know beforehand what is really prohibited or permitted.**

No intelligible standard has been provided to assist in the determination of the scope of the prohibition (ההדגשה שלי).

ודוק: בעת בחינת היקף ההגבלה וטבעה, ההיקף הנבחן הוא זה של פגיעת החוק בזכות עצמה, כלומר מידת שלילת היכולת ליהנות מן הזכות, ולא מידת הפגיעה הסובייקטיבית בנפגע ספציפי. במילים אחרות, נפגע שבוחר לא ליהנות מן הזכות (ולכן לא נפגע ממנה) או לחלופין נפגע שהוא רגיש במיוחד לזכות ספציפית (ללא הצדקה), לא יזכו להתחשבות מיוחדת במבחן זה.<sup>114</sup>

## I. התאמת האמצעי לתכלית (The Relation Between the Limitation and Its Purpose)

מבחן זה דורש להעריך, לאחר שנמצאה התכלית ונמדדה השיבותה, אם האמצעים שנבחרו מתאימים רציונלית להשגתה. מבחן זה דומה למבחן המשנה הראשון של המידתיות בישראל ובקנדה – מבחן ההתאמה (או מבחן הקשר הרציונלי).<sup>115</sup> אולם נדמה שלעומת ישראל, שבה מדובר במבחן שחשיבותו המעשית מעטה ואשר כמעט כל האמצעים הנבחנים עומדים בו (למעט מקרים חריגים ביותר), בדרום אפריקה תנאי זה הוא "בעל שיניים" ושימש הצדקה (או אחת ההצדקות) לפסילת אמצעי זה או אחר שנקטו הרשויות.<sup>116</sup>

כך למשל פסל בית המשפט חקיקה שיצרה חזקה של אשמה בעברת סחר בסמים נגד אדם שנמצא מחזיק כמות מסוימת של סם. בית המשפט נימק את החלטתו בכך שעל פי ההוראה הפוגענית, גם החזקה של כמות קטנה מספקת כדי להקים את החזקה, ובמצב כזה בין יצירת החזקה ובין השגת התכלית של מניעת

114 Iles, Limitations, לעיל ה"ש 18, בעמ' 83. כן ראו פרשת *Islamic Unity*, לעיל ה"ש 113, בפס' 49:

It is trite that law and conduct that is inconsistent with the Constitution is invalid. The objective invalidity is not lessened by the ability of the person affected to choose not to be bound by it.

115 ואכן, כך התייחסו למבחן גם בפסיקה בדרום אפריקה. ראו למשל פרשת *Ferreira*, לעיל ה"ש 51, בפס' 126 לפסק הדין: "[...] in the sense of there being a rational connection between mischief and remedy"

116 Woolman & Botha, לעיל ה"ש 10, בעמ' 13 (והמקורות המובאים שם, בה"ש 4). אשר לישראל, דוגמאות למקרים שבהם נפסל אמצעי פוגעני (בין היתר) בשל היעדרו של קשר רציונלי בינו לבין המטרה נמצאות למשל בבג"ץ 9593/04 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (26.6.2006); וכן בבג"ץ 1030/99 אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640, 665 (2002). וראו גם ברק, לעיל ה"ש 51, בעמ' 374-376.

הסחר בסמים אין קשר רציונלי.<sup>117</sup> מטעם זה נפסלה גם חקיקה שאסרה הצטרפות של אנשי צבא למועדוני הנחות אזרחיים, שכן נקבע שהחקיקה אינה בעלת קשר רציונלי לשמירת המשמעת בצבא (שהייתה תכלית האיסור).<sup>118</sup> בפרשה נוספת נקבע ששלילת הטבות לבני זוג חד-מיניים, הטבות שברגיל מגיעות לזוגות נשואים, אינה חוקתית משום שאין קשר בין שלילת ההטבות לבין התכלית של שמירת התא המשפחתי.<sup>119</sup>

לגישתו של איילס, הקשר הרציונלי הוא תנאי הכרחי (קרי תנאי סף) בבחינה החוקתית על פי סעיף 36, ואם אין קשר כזה נגמרת הבחינה, ועל בית המשפט לקבוע שהאקט הנדון אינו חוקתי.<sup>120</sup>

## ז. האמצעי שפגיעתו פחותה (Less Restrictive Means to Achieve the Purpose)

שלא כמו המודל הקנדי והדרישות שנקבעו בפסק הדין בעניין *Oakes*, בדרום אפריקה דרישת האמצעי שפגיעתו פחותה גמישה יחסית ואינה בבחינת מכשול גדול כשלעצמה.<sup>121</sup> כמו בשיטות משפט אחרות, גם בדרום אפריקה החובה

117 ראו פרשת *Bhulwana*, לעיל ה"ש 105. טענת המדינה הייתה שבשל הקושי להוכיח ולתפוס את העבריינים בעת ביצוע הסחר, אזי אלמלא החזקה שנקבעה בחוק, לא ניתן היה להשית על עבריינים את העונש הכבד ההולם עברת סחר בסמים. בית המשפט דחה את הטענה – אף שהזכיר את חשיבותה הרבה של מטרת החוק – משום שהכמות הקטנה שנקבעה כמקימה את החזקה אינה מנביעה מבחינה לוגית את המסקנה שהמחזיק הוא אכן סוחר:

Although the need to suppress illicit drug trafficking is an urgent and pressing one, it is not clear how, if at all, the presumption furthers such an objective. In addition, there appears to be no logical connection between the fact proved (possession of 115g) and the fact presumed (dealing) (פס' 24 לפסק הדין).

118 ראו *South African National Defence Union v. Minister of Defence*, 1999 (4) SA 469 (CC)

119 ראו *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Home Affairs*, 2000 (2) SA 1 (CC)

120 *Iles, Limitations*, לעיל ה"ש 18, בעמ' 86.

121 ההבדל הסמנטי בררישות מעיד על פער תפיסתי רחב בין שיטות המשפט השונות באשר לדרישה זו. ואכן, לא מפתיע שבקנדה מבחן זה הוא לב הבחינה החוקתית, ואילו

לבחור באמצעי שפגיעתו פחותה חלה רק על אמצעים המשיגים כל אחד מהם את המטרה באותה מידה,<sup>122</sup> ועל בית המשפט להעניק למחוקק מרחב תמרון ולהימנע מקבלת ההחלטה במקומו.<sup>123</sup>

עם זאת גם דרישה זו הביאה לפסילתם של כמה אמצעים כשהיה ניתן להשיג את תכלית החקיקה באמצעים פוגעניים פחות. כך, בפרשת *Coetzee* נפסק כי האפשרות לכלוא חייבים מכוח צו שיפוטי נוסחה באופן רחב מדי, וההיתר לכלוא גם חייבים שלא היו יכולים לשלם (בניגוד לחייבים שלא רצו לשלם) היא לא חוקתית.<sup>124</sup> בפרשת *Manamela* נקבע (בדעת רוב) כי בעברה של רכישת רכוש גנוב העברת הנטל לפתחו של הנאשם להוכיח שהייתה לו עילה סבירה להאמין שמוכר הסחורה היה מורשה לעשות כן, אינה האמצעי שפגיעתו פחותה. זאת, משום שניתן להשיג את המטרה בפגיעה פחותה בחזקת החפות, למשל באמצעות העברת הנטל רק כשמדובר בסחורה גנובה יקרה במיוחד (ההנחה היא שבעסקאות יקרות במיוחד הקונה אכן בודק את מיהות המוכר ושומר קבלות על הרכישה, ולכן סביר יותר לדרוש ממנו לעמוד בנטל) או באמצעות העברת נטל

---

בדרום אפריקה הוא מבחן אחד בתוך "האיזון הכולל". בדרום אפריקה בוחנים אם אין אמצעי שפוגע פחות בזכות ("less restrictive means"), ואילו בקנדה הדרישה מורה על מציאת האמצעי שיפגע בזכויות במידה הקטנה ביותר האפשרית ([the means] "should impair 'as little as possible' the right or freedom in question")

122 ראו פרשת *De Reuck*, לעיל ה"ש 105, בפס' 81 לפסק הדין: "The main difficulty with this suggestion is that it is unlikely to be an effective less restrictive means" (ההדגשה במקור); פרשת *Christian Education*, לעיל ה"ש 83, בפס' 50 לפסק הדין.

123 פרשת *Manamela*, לעיל ה"ש 63, בפס' 34 לפסק הדין:

When giving appropriate effect to the factor of a less restrictive means, the court must not limit the range of legitimate legislative choice in a specific area.

124 ראו *Coetzee v. Government of the Republic of South Africa*, 1995 (4) SA 631 (CC) בפס' 13-14 לפסק הדין (להלן: פרשת *Coetzee*):

The fundamental reason why the means are not reasonable is because the provisions are overbroad. The sanction of imprisonment is ostensibly aimed at the debtor who will not pay. But it is unreasonable in that it also strikes at those who cannot pay and simply fail to prove this at a hearing often due to negative circumstances created by the provisions themselves.

הבאת הראיות.<sup>125</sup> בפרשת *Makwanyane* נקבע שעונש המוות אינו חוקתי, בין היתר משום שהמדינה לא הצליחה להוכיח שעונש המוות אכן משרת את המטרה המניעתית והגמולית יותר משמאסר עולם, שהוא פוגעני פחות, עושה זאת.<sup>126</sup> בהקשר זה יצוין שמעיון בפסיקה עולה שככלל הצבת רף הוכחתי וראייתי גבוה למדינה עשויה להיות כלי אפקטיבי למדי לביקורת שיפוטית.

השאלות העיקריות שמעורר יסוד זה – כגון עד כמה ניתן להתפשר על מידת השגת התכלית (ומידת אפקטיביות האמצעי) או באילו מקרים תחויב המדינה לנקוט אמצעי שהוא פוגעני פחות אף שהוא כרוך בעלויות גבוהות יותר – טרם קיבלו תשובה מפורשת וחד-משמעית בבתי המשפט. עם זאת בשלב זה נראה כי בית המשפט נוטה להקל על המחוקק בדרישה זו.<sup>127</sup> בפרשת *Prince*<sup>128</sup> למשל דובר בעתירת אדם שביקש להיות עורך דין, והגורם היחיד שמנע זאת ממנו הוא הרשעתו בעבר בעברה של החזקת סם מסוג קנביס. טענתו הייתה שהחזקת קנביס ועישונו הם חלק ממסורתו הדתית כבן עדת הרסטאפארי (בקהילה זו הקנביס נתפס כחומר קדוש ובעל סגולות רבות),<sup>129</sup> והוא אף הצהיר שלא יפסיק להשתמש בחומר האסור. השאלה המרכזית בפסק הדין הייתה אם האיסור על החזקת קנביס ועל שימוש בו חוקתי כאשר השימוש נעשה בתום לב ומניעים דתיים, ובייחוד נבחנה השאלה אם הענקת פטור לבני הרסטאפארי מהאיסור על החזקת קנביס ועל שימוש בו תהיה אמצעי שפוגע פחות בחופש הדת של בני הקהילה, ועם זאת מצליח להשיג את תכלית החקיקה. לפי דעת המיעוט בפסק הדין, פטור ספציפי כאמור לא יפגע בהשגת התכלית, ולכן הסדר הכולל משטר של היתרים (למשל לשימוש כחלק מפולחן דתי) יהיה אמצעי שפגיעתו פחותה. מנגד, קבעו שופטי הרוב שמערכת פטורים והיתרים תטיל עלויות כבדות על המדינה ותהיה קשה לאכיפה. על כן נקבע שאין לחייב את המדינה לנקוט את

125 פרשת *Manamela*, לעיל ה"ש 63, בפס' 43, 49, לפסק הדין. ראו גם פרשת *S v. Mbatha; S v. Prinsloo*, 1996 (2) SA 464 (CC), בפס' 26 לפסק הדין:

Although the choice of the appropriate measures to address the need is that of the legislature, it has not been shown that an evidentiary burden, for example, would not be as effective.

126 פרשת *Makwanyane*, לעיל ה"ש 25, בפס' 128 לפסק הדין.

127 *Woolman & Botha*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 91-89.

128 לעיל ה"ש 15.

129 פרשת *Prince*, לעיל ה"ש 15, בפס' 18-21 לפסק הדין.

ההסדר החלופי, והאיסור נמצא חוקתי.<sup>130</sup> דוגמה נוספת לגישה זו מצויה בפרשת *Christian Education*,<sup>131</sup> בנוגע לפטור שביקשו בתי ספר נוצריים מהאיסור הגורף על ענישה גופנית בבתי הספר. בית המשפט קבע שפטור כאמור יפגע במידת השגת התכלית הפדגוגית, ושאיף על פי שהאיסור הוא גורף, הוא מקיים את תנאי האמצעי שפגיעתו פחותה.<sup>132</sup>

יצוין שבית המשפט מדגיש בפסיקותיו את מרחב התמרון של המחוקק ואת המגמה שבית המשפט לא ייכנס לנעליו של המחוקק ויבחר במקומו את האמצעי הטוב יותר, אלא רק יבדוק אם האמצעי הנבחר הוא חוקתי.<sup>133</sup> על אף האמור, הגישה אינה א־פריורית וחד־משמעית, וכדי להשיב לשאלה אם האמצעי צולח את המבחן, בוחן בית המשפט הדרום אפריקאי משתנים אחדים שמסייעים במתן תשובה שהיא פחות תאורטית ויותר תלוית־הקשר.<sup>134</sup> כך, לפי אחד המשתנים, ככל שהפגיעה בזכות חריפה יותר, יחמיר בית המשפט במבחן האמצעי החלופי, ויהיה נכון לדרוש שימוש בו גם כאשר האמצעי החלופי מצריך עלויות רבות יותר או שיישומו כרוך בקשיים גדולים יותר.<sup>135</sup> לעומת זאת

130 שם, בפס' 129-142 לפסק הדין.

131 לעיל ה"ש 83.

132 פרשת *Christian Education*, לעיל ה"ש 83, בפס' 50 לפסק הדין.

133 פרשת *Makwanyane*, לעיל ה"ש 25, בפס' 104 לפסק הדין. כן ראו *Manamela*, לעיל ה"ש 63, בפס' 95 לפסק הדין:

The problem for the Court is to give meaning and effect to the factor of less restrictive means without unduly narrowing the range of policy choices available to the Legislature in a specific area. [...] When a court seeks to attribute weight to the factor of a less restrictive means, it should take care to avoid a result that annihilates the range of choice available to the legislature. In particular, it should take care not to dictate to the legislature unless it is satisfied that the mechanism chosen by the legislature is incompatible with the Constitution.

ראו גם *Iles, Limitations*, לעיל ה"ש 18, בעמ' 84.

134 *Woolman & Botha*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 91-92.

135 כך, בפרשת *Prince* סברו שופטי המיעוט שבשל הפגיעה הקשה בבני הרסטאפארי (הפגיעה קשה במיוחד משום שלקהילה זו אין ייצוג פוליטי ראוי, ומשום שהחוק מכתים את כל בני הקהילה ואת אורחות הדת שלה בסטיגמה של עבריינות), החוקה מחייבת את המדינה "ללכת צעד נוסף" (walk the extra mile) למען בני הקהילה. ראו פרשת *Prince*, לעיל ה"ש 15, בפס' 51, 149.

ככל שתכלית ההגבלה חשובה ודוחקת יותר, בית המשפט ייטה פחות לפסול את האמצעי של המדינה.<sup>136</sup> בהקשר זה יוער שמבחן האמצעי שפגיעתו פחותה קשור למבחן התכלית הראויה באופן נוסף, שהוזכר גם לעיל: ככל שהתכלית מנוסחת ניסוח מופשט וכללי יותר, כן יהיה קל יותר למצוא אמצעי שפגיעתו פחותה, ולהפך.<sup>137</sup>

#### 4. בית המשפט החוקתי בדרום אפריקה זכויות המיעוטים והחלשים

הגנת המיעוטים והחלשים היא נשמת אפו של המשפט החוקתי, ועל כך אין חולק. אף המתנגדים להרחבת הביקורת השיפוטית החוקתית מציינים שהגנת המיעוט היא ההצדקה המרכזית והחזקה ביותר להתערבותו של בית המשפט

136 לפי וולמן ובות'ה, ייתכן שחשיבות התכלית היא המשתנה שהביא את השופט סאקס (Sachs) לפסיקות שונות בפרשות *Prince* ו-*Christian Education*. לעומת פרשת *Prince* (לעיל ה"ש 15), שבה האיסור על החזקת קנבים אינו מגן ישירות על ערך חוקתי ואינו חשוב במיוחד (ולכן הציע השופט למזער את הפגיעה בבני הרסטאפארי באמצעות שימוש באמצעי חלופי), בפרשת *Christian Education* (לעיל ה"ש 83) האיסור על ענישה גופנית מגן במישרין על זכויותיהם של התלמידים, ובייחוד על שלמות גופם. בשל המשקל החשוב של ערכים אלה הציע השופט סאקס לאשר את האמצעי למרות הפגיעה בזכויות ההורים.

137 בפרשת *Manamela*, לעיל ה"ש 63, התעורר ויכוח בין הרוב למיעוט באשר למרכיבים אלו של פסקת ההגבלה, תוך דיון בהוראה שהעבירה את נטל השכנוע לנאשם שברשותו נמצאה סחורה גנובה (חזקת אשמה ניתנת לסתירה). שופטי הרוב התייחסו לתכלית כאל "מיגור שוק המוצרים הגנובים", שמידת הפשטתה הגבוהה הביאה למסקנה שניתן להשתמש באמצעים פוגעניים פחות (למשל, העברת נטל מוגבלת או במסגרת כללי הראיות הרגילים) על אף חשיבותה של התכלית. לעומת זאת לעמדת שופטי המיעוט, המטרה היא לחייב את הציבור להימנע באופן אקטיבי מפעילות בשוק המוצרים הגנובים, ולכן העברת הנטל לגיטימית ויוצרת הרתעה, ואילו הנטלים הראייתיים הרגילים (המדינה תצטרך להראות שהרוכש ידע שהמוצר גנוב) לא ישיגו את המטרה ולא ימנעו מהציבור "להעלים עין" (ראו בפס' 49-50 לדעת הרוב, ובפס' 97-96 לדעת המיעוט).



בנושאים חוקתיים.<sup>138</sup> אחת הסיבות המרכזיות לכך היא כשל הייצוג הדמוקרטי, הקורה פעמים רבות כשמדובר בקבוצות מיעוט או בקבוצות חלשות בחברה ומעמיד אותן בעמדה פוליטית וחברתית נחותה ביחס לקבוצת הרוב ולקבוצות האוכלוסייה החזקות. בנוסף, בכל הנוגע לפגיעות בחלשים ובעיקר במיעוטים, הסכנה מפני הפיכת פגיעה חד-פעמית לתופעה חברתית ולדיכוי מתמשך רבה יותר.

בדרום אפריקה, בשל ניסיון העבר, מטרה זו של המשפט החוקתי מתחדדת שבעתיים. שנים רבות של דיכוי נוראי הסתיימו בתקווה ובציפייה שהחוקה, הזכויות הכלולות בה ובית המשפט האמון על מניעת הפרתה יהיו מנגנון שימנע – לתמיד – היווצרות משטר דכאני מן הסוג שאזרחי דרום אפריקה הכירו היטב. הפנמה מלאה של רעיון זה בפסיקת בית המשפט החוקתי ניתן למצוא בדעת המיעוט הראויה לציון של השופט סאקס בעניין *Prince*. בפרשה זו, שצוינה גם לעיל, נדונה חוקתיות החלת האיסורים על החזקת קנבים ושימוש בו על בני עדת הרסטאפארי, שימוש שהוא חלק מתרבותם ומפולחנם הדתי. מבלי להתייחס לנכונות עמדתם של שופטי המיעוט שם לגופה של מחלוקת, ראויה לציון העובדה שהם ראו בבית המשפט שם את "המוצא האחרון" לבני העדה, אשר אינם יכולים להבטיח שמירה על זכויותיהם בשום דרך אחרת.<sup>139</sup>

138 ראו למשל JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW (1980)

139 פרשת *Prince*, לעיל ה"ש 15, בפס' 157 לדעת המיעוט של השופט סאקס (ההדגשה שלי):

The hydraulic insistence on conformity could have a particularly negative impact on the Rastafari, who are easily identifiable, subject to prejudice and politically powerless [...] **because they are politically powerless and unable to secure their position by means of a legislative exemption, the Rastafari are compelled to litigate to invoke their constitutional rights.**

אין לשכוח שמדובר בדעת מיעוט בלבד וששופטי הרוב נתנו את הבכורה במקרה זה לאינטרסים הציבוריים ולא פסקו פסיקה דומה. אף על פי כן בשל הדעות הדומות שהובעו בפרשות אחרות, אי-אפשר להתעלם מדעת מיעוט זו, וכפי שיוצג בהמשך, פעמים רבות גישה דומה התקבלה כדעת רוב.

תוצאותיו של משטר האפרטהייד הביאו למצב ייחודי שאינו מוכר אצלנו בישראל. קבוצת המיעוט הגזעי בדרום אפריקה היא דווקא הקבוצה הלבנה, אולם ברגיל מדובר בקבוצה חזקה מבחינה כלכלית ופוליטית (עוצמתה של הקבוצה הלבנה נשמרה גם כיום, אף שזה יותר מ-20 שנים שהנשיא והמפלגה השלטת מגיעים מהציבור השחור). אף על פי כן חשיבות ההגנה על המיעוט ועל החלש אינה פוחתת בדרום אפריקה, הן משום שתקופת האפרטהייד הותירה צלקות ויצרה השלכות פרקטיות פסולות רבות בחברה (קבוצות אוכלוסייה שחורות לא מעטות עדיין סובלות מעוני, מבערות וכיו"ב), הן משום שחיות במדינה קבוצות מיעוט מסוגים שונים כגון עדת הרסטאפארי, שהיא מיעוט דתי. ניתן ללמוד מן המקרה הדרום אפריקאי שגודל הקבוצה אינו הנתון היחיד המשפיע לעניין הצורך לראות בה קבוצה חלשה שיש לגלות כלפיה דאגה ורגישות מיוחדת. החברה הישראלית מתמודדת, בדרכה שלה, עם אתגרים דומים – שסעים קשים, התמודדות עם זכויות מיעוטים וקבוצות חלשות מסוגים שונים ועם תוצאות של הפליות העבר כלפי קבוצות שונות. במובן זה המשפט הדרום אפריקאי הוא מקור משווה חשוב ביותר, שניתן ללמוד ממנו – לטוב ולרע – על ההתמודדות עם אתגרים אלו.

זאת ועוד, חשיבות היחס למיעוטים אינה מתבטאת רק בתפקיד המרכזי של בית המשפט כקולן היחיד של אותן קבוצות. גם ברובד הקונקרטי יותר, בעת בחינת המידתיות, יש חשיבות מכרעת לזהות הנפגע ומעמדו לבחינת עוצמת הפגיעה בו. נראה שככלל ניתן לומר שפגיעה בזכויות ה"חלש" – בין כשמדובר במיעוט אתני, דתי או פוליטי, ובין כשמדובר בקבוצות מוחלשות או חסרות ישע – עלולה לטמון בחובה נזק גדול מזה שטומנת פגיעה דומה בחזק.

פרמטר זה של המידתיות מוצא מקום ראוי בפסיקת בית המשפט החוקתי בדרום אפריקה, אשר בוחן את מיהות הנפגע באומץ ובכנות ראויים לציון ומשתמש בממצאים כאינדיקציה מסייעת.<sup>140</sup> נמחיש את הטענה בכמה מקרים חשובים שהגיעו לפתחו של בית המשפט החוקתי. דוגמה ממצה ביותר עולה

140 Woolman & Botha, לעיל ה"ש 10, בעמ' 81-82. ודוק: את הקו הפסיקתי בבית המשפט הוביל השופט סאקס, אולם כיום כבר ניתן למצוא התייחסות לפרמטרים אלה גם בפסיקותיהם של שופטים אחרים.

מפרשת *Manamela*,<sup>141</sup> שבה דעת הרוב אינה מתעלמת מן ההשלכות המעשיות של העברת נטל ההוכחה לנאשם בעברה פלילית של החזקת סחורה גנובה:

The practical implications of this cannot be ignored. Many of these people are not likely to keep records of the wide variety of informal transactions that they conclude daily. They, and not the professional receivers, are the persons least in a position to discharge the onus and hence become the class most vulnerable to erroneous conviction precisely because of their disadvantaged position in society. Furthermore, because of their inability to afford legal representation, they will not be well prepared either to present their case to best advantage or to meet the cross-examination to come. The risk of people being erroneously convicted, subjected to the social stigma of conviction and unjustly sent to jail, is unacceptably high.<sup>142</sup>

דוגמה נוספת נמצאת בפרשת *Zondi*, שם נדונה שורת הוראות מתקופת האפרטהייד אשר אפשרה לבעלי קרקעות ללכוד ולהחרים עדרים וחיות העוברים בשטחם,<sup>143</sup> ללא הודעה לבעליהם או התרעה בפניהם (אלא אם בעל העדר הוא שכן "מורשה" של בעל הקרקע), עד אשר בעל העדר מפצה את בעל הקרקע בגין הנזקים שנגרמו ומשלם "דמי חרמה". אם בעל העדר אינו משלם (או כאשר אי-אפשר למצאו), בעל הקרקע רשאי למכור את העדר, וכל התהליך מתנהל ללא מעורבות שיפוטית כלשהי.<sup>144</sup> השופט Ngcobo לא העלים עין מתוצאותיו האמיתיות של החוק. הוא הזכיר שאפליה ממסדית חריפה (כפי ששררה בתקופת האפרטהייד) טומנת בחובה השלכות ארוכות טווח, אשר הופכות את המופלים (לשעבר) לנחותים אף מבחינת

- 141 לעיל ה"ש 63, בפס' 44 לפסק הדין.  
 142 ראו גם פרשת *Coetzee*, לעיל ה"ש 124, בפס' 8 ו-66.  
 143 ראו *Zondi v. Member of the Executive Council (MEC) for Traditional and Local Government Affairs*, 2005 (3) SA 589 (CC) (להלן: פרשת *Zondi*). ראו גם Klug.  
 144 *South Africa's Constitutional Court*, לעיל ה"ש 26, בעמ' 283-284.  
 144 לפירוט על ההוראות ראו פרשת *Zondi*, לעיל ה"ש 143, בפס' 2, 43-52, לפסק הדין.

ההגנה שניתנת להם בסדר המשפטי החדש.<sup>145</sup> זאת ועוד, בתשובה לטענה שניתן לפתור את היעדר הדרישה להודעה מראש באמצעות מודעה בעיתון על הליכי ההוצאה לפועל, ציין השופט Ngcobo שהיות שמרבית קבוצות האוכלוסייה החלשות הללו הן אנאלפביתיות, הודעה בעיתון אינה מספקת כדי לעמוד בדרישה להתרעה מוקדמת. מטעמים אלו, ומטעמים נוספים, קבע בית המשפט שההוראה אינה חוקתית ובטלה. הוראה זו והיחס של בית המשפט אליה מעניינים במיוחד משום שברור שאין בהוראה כשלעצמה שום אלמנט גזעני אינהרנטי, ועם זאת ברור שהוראה זו יסודה בפערים המעמדיים בין שחורים (בעלי העדרים, שפעמים רבות כל רכושם הוא אותו עדר) לבין לבנים (בעלי הקרקעות) ומנציחה אותם. באתגר זה לדעתי עמד בית המשפט יפה, קידם את עשיית הצדק ונשאר נאמן לערכים ולמטרות האמיתיים שבבסיס החוקה.

נקודה מעניינת נוספת לעניין היחס למיעוטים ולחלשים מצויה בפסיקות בעניין זכויות חברתיות וכלכליות. סוגיה זו מעוררת מחלוקות קשות כמעט בכל דמוקרטיה חוקתית, אולם נדמה שבדרום אפריקה זהו אחד הנושאים שמרכזים עניין רב במיוחד.<sup>146</sup> אחת מנקודות הציון החשובות בהקשר זה הייתה פרשת האיידס.<sup>147</sup> בשנת 2002 באה לפתחו של בית המשפט עתירה שביקשה לחייב את המדינה לספק טיפול ספציפי (ויקר במיוחד) לנשים הרות חולות איידס, כדי למנוע את הדבקת העוברים שהן נושאות בנגיף. סעד זה הוא חריג ושונו מהסעדים המקובלים בעתירות בנוגע לזכויות חברתיות (שבמקרה הרגיל מסתכמים בחיוב המדינה לעמוד במדיניות סבירה ומידתית). בית המשפט קיבל את העתירה פה אחד (בהרכב של 11 שופטים) בשל הפגיעה בזכות לבריאות וחייב את המדינה להפוך את הטיפול לזמין ונגיש. בכך הוכיח בית המשפט שבמקרה הצורך הוא לא יעמוד מנגד ויתערב במידה רבה גם בנוגע לזכויות החברתיות.

145 שם, בפס' 51 לפסק הדין:

[...] in the case of someone like Mrs Zondi, who belongs to a group of persons historically discriminated against by their government [...], which still affects their ability to protect themselves under the laws of the new order, different considerations may apply.

146 ראו Klug, South Africa's Constitutional Court, לעיל ה"ש 26, בעמ' 272-273.

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

פרשה נוספת שראוי לציינה היא פרשת *Khosa*.<sup>148</sup> באותו מקרה נדונה חוקתיותה של הוראת חוק השוללת זכויות סוציאליות מסוימות מאנשים שאינם אזרחי דרום אפריקה, ובין השאר מתושבי קבע במדינה. העותרים היו אזרחי מוזמביק ששהו בדרום אפריקה כתושבי קבע וטענו שההוראה פוגעת בזכות לשוויון ובזכות לכיטחון סוציאלי (Social Security). בית המשפט קיבל את העתירה וקרא לתוך החוק את המילים "אזרח) או תושב קבע", בציינו שהזכויות החוקתיות הללו מוקנות לכל אדם ואינן מותנות באזרחות. בפרשה זו הכיר למעשה בית המשפט בזכותם של תושבי קבע לזכויות הסוציאליות הבסיסיות שלהן זוכים אזרחים.

אף שמדובר בפרשות חריגות יחסית (במידת ההתערבות של בית המשפט, ולא בחשיבות הרבה שנותן בית המשפט לזכויות חברתיות), הן מעידות על מחויבותו של בית המשפט לשמירה על החלש ועל ה"אחר" ולתיקון עוולות העבר. לדעת Kende, בית המשפט מטיל את מלוא כובד משקלו על ההגנה על קבוצות חלשות באוכלוסייה, ואף עושה זאת ביתר שאת כשמדובר בקבוצה שאין באפשרותה להשיג את מטרותיה הלגיטימיות בדרך פוליטית.<sup>149</sup> לכן לדעתו בית המשפט ייטה להתערב בעניינים הקשורים לזכויות של זוגות חד-מיניים או עניים (שאינם בעלי כוח פוליטי) יותר משייטה לעשות זאת בענייני הפלייט שחורים או נשים. אף שאין חולק על האפליה המתמשכת שהייתה מנת חלקם של שחורים ונשים, הם קבוצות רוב בדרום אפריקה ויכולים לממש חלק משאיפותיהם בדרך הרובנית, שמעוררת פחות מחלוקת ואינה דורשת יצירת קונפליקט בין הרשויות הנבחרות לבית המשפט. אם Kende צודק, מגמה זו ראויה בהחלט, שהרי – כפי שנאמר לעיל – ההגנה על חסרי ה"קול" או הכוח הפוליטי היא "הגרעין הקשה" וההצדקה המרכזית לכל חוקה מודרנית ולכל ביקורת שיפוטית חוקתית.

על אף האמור לעיל, אין תמימות דעים באשר לטיב ה"שירות" שמספק בית המשפט לשכבות החלשות. דוגארד (Dugard), למשל, טוענת שבית המשפט לא הפנים את הפוטנציאל הגלום בפסיקותיו לשם קידום צדק מעברי וחלוקתי,

*Khosa v. Minister of Social Development*, 2006 (6) SA 505 (CC) 148

149 לעיל ה"ש 5, בעמ' 13. ראו גם Mark S. Kende, *Constitutionalism and the Poor*, 60 Drake L. Rev. 967, 972-974 (2012); Mark S. Kende, *The South African Constitutional Court's Embrace of Socio-Economic Rights: A Comparative Perspective*, 6 CHAP. L. REV. 137 (2003) (ופסקי הדין הנזכרים שם).

ושפסיקתו אינה מספקת מענה לבעיות האמיתיות של הקבוצות העניות והחלשות בדרום אפריקה.<sup>150</sup> הביקורת מכוונת בעיקר כלפי פסיקות בנוגע לקבוצות חלשות מבחינה חברתית-כלכלית (ולא בנוגע למיעוטים אתניים, דתיים וכדומה) ונסבה בעיקר על מכשולים שמעמיד בית המשפט בפני קבוצות אלו. במישור הדיוני נטען שבשל עלויות ההתדיינות הגבוהות (בין השאר משום שכדי להגיע לבית המשפט החוקתי יש לעבור ערכאות רבות בדרך) ובשל היחס הלא אוהד לעותרים ציבוריים רק עתירות מעטות מובאות בשם העניים (שממילא מתקשים לפנות לבתי המשפט בעצמם). במישור המהותי נטען שבית המשפט לא עבר דרך ארוכה מספיק בפסיקותיו בעניין זכויות חברתיות וכלכליות, ושפסיקותיו אינו מגן כראוי על זכויות אלו.<sup>151</sup> הדוגמה הבולטת והשכיחה המובאת בספרות לתמיכה בטענה זו היא פסק הדין בעניין *Soobramoney* (סוברמאני).<sup>152</sup> בפרשה זו דובר באדם שחלה במחלת כליות סופנית ונזקק לטיפול בדיאליזה. בשל מחסור במשאבים לא היה בית החולים יכול לספק את הטיפול הדרוש לכל החולים ובוצע תיערוף של החולים על בסיס חיוניות הטיפול ויכולתו להצליח. משום שמצבו של סוברמאני היה כמעט לא הפיך ודרש טיפול רציף בדיאליזה, הוא לא קיבל את הטיפול. סוברמאני ביקש – בהתבסס על זכותו לטיפול רפואי ועל זכותו לחיים – לחייב את המדינה לספק לו את הטיפול. בית המשפט החוקתי אישר בהחלטתו את פסיקות הערכאות הקודמות וקבע שהמדינה לא הפרה את חובותיה מתוקף הזכות לבריאות, משום שפסקת ההגבלה הספציפית של הזכות קובעת סטנדרט של סבירות, ובמקרה הנדון המדינה עמדה בו.

150 Jackie Dugard, *Courts and the Poor in South Africa: A Critique of Systemic Judicial Failures to Advance Transformative Justice*, 24 SAJHR 214 (2008)

לביקורות נוספות ברוח זו ולתשובות אפשריות להן ראו Mark S. Kende, *The South African Constitutional Court's Construction of Socio-Economic Rights: A Response to Critics*, 19 CONN. J. INT'L L. 617 (2004)

151 מגמות אלו, טוענת דוגארד, הן הגורם שמסביר את הפיחות באמון הציבור בבתי המשפט, מ-58% בשנת 2004 ל-49% בשנת 2007 (שם, בעמ' 238). מעניין שבישראל נשמעת הדעה ההפוכה, ולפיה דווקא כשבית המשפט נוקט גישה אקטיביסטית יותר הוא מאבד מאמון הציבור. ראו תומר זרחין "רו"ח חושף: ירידה חדה באמון הציבור במערכת בתי המשפט" [הארץ Online](http://www.haaretz.com) (22.6.2010).

152 *Soobramoney v. Minister of Health (KwaZulu-Natal)*, 1998 (1) SA 765 (CC)

נדמה שביקורת זו כלפי בית המשפט היא מרחיקת לכת, לפחות בכל הנוגע לפן המהותי. ראשית, משום שלא ברור כלל שפרשת *Soobramoney* מעידה על הכלל. בפסיקות מאוחרות יותר, ובעיקר בפסיקה בעניין האיידס, שנזכרה לעיל (חיוב המדינה להעניק טיפול שימנע הדבקה עוברים שאמנם חולה במחלת האיידס, גם היא עוסקת בזכות לבריאות), נוקט בית המשפט קו אקטיביסטי ביותר ושונה מזה שנקט בפרשת *Soobramoney*. גם בספרות צוין שבית המשפט פוסק לאחרונה בקו אקטיביסטי, שאף מביא לביקורת לא מבוטלת עליו.<sup>153</sup> שנית, גם אם פסיקת בית המשפט עד כה היא פרגמטית ומרוסנת מכפי שהייתה יכולה להיות במצב האידאלי (ולדעתי השאלה מהו המצב האידאלי שנויה בעצמה במחלוקת), נדמה שמבחינת ה"פוליטיקה" של השפיטה יש שיקולים נגד התערבות בית המשפט, בעיקר בנושאים שנויים במחלוקת או בנושאים המצויים במרכזו של דיון פוליטי, כגון זכויות חברתיות ומדיניות כלכלית-חברתית, שבתי משפט בדמוקרטיה חוקתיות רבות נוקטים בעניינם גישה מרוסנת. בהקשר זה יפים יותר הדברים שכתבה דוגארד כשנתיים קודם לכן, שבהם היא מציינת ששופטים הרגישים לזכויותיהם של מיעוטים וחלשים אינם תנאי מספיק להגנה ראויה על זכויותיהם, ושבית המשפט חייב להיות – לפחות כאשר הוא עודנו בית משפט "צעיר" – מודע לגבולות התערבותו ולנהוג בהתאם.<sup>154</sup>

ביקורת נוספת שנשמעת בספרות (ואינה ייחודית דווקא לדרום אפריקה) היא שהקונסטיטוציונליזציה ושיח הזכויות משרתים דווקא את המשתייכים לשכבת האליטה, ולכן בהקשר הדרום אפריקאי ה"בשורה" שהביאה עמה החוקה אינה גדולה כפי שניתן לחשוב.<sup>155</sup> גם ביקורת זו אינה מבוססת לטעמי. דווקא חוקת דרום אפריקה – אולי יותר מכל מקום אחר בעולם – אינה מבוססת רק על חירויות אינדיווידואליות אלא מכירה בזכויות קהילתיות,<sup>156</sup> ומצויות בה זכויות חיוביות (חברתיות-כלכליות) בהיקף נרחב. זאת ועוד, מחקרים רבים מעידים

- 153 Klug, South Africa's Constitutional Court, לעיל ה"ש 26, בעמ' 273, 285-287.
- 154 ראו J. Dugard & T. Roux, *The Record of the South African Constitutional Court in Providing an Institutional Voice for the Poor: 1995-2004*, in *COURTS AND SOCIAL TRANSFORMATION IN NEW DEMOCRACIES* 107, 120 (Gargarella et al. eds., 2006); וכך ראו KENDE, לעיל ה"ש 5, בעמ' 293.
- 155 שם, בעמ' 288-289.
- 156 ס' 30-31 לחוקה. ראו גם KENDE, לעיל ה"ש 5, בעמ' 49.

שהשינוי חלחל ל"רחוב" ול"שטח", וכן שהמרוויחים העיקריים מפסיקות רבות של בתי המשפט היו בני הקבוצות החלשות (נמצא למשל שביטול עונש המוות בפרשת *Makwanyane* הועיל בעיקר לאסירים שחורים רבים שנשפטו בתקופת האפרטהייד ושנגזר עליהם עונש מוות).<sup>157</sup>

לסיכום פרק זה, למרות הקושי לשרטט תמונה מלאה ומפורטת של יחסו של בית המשפט החוקתי למיעוטים ולחלשים בחברה בגבולות רשימה זו, עולה כי לפחות בחלק מפסיקותיו מפנים בית המשפט את תפקידו כמגן המיעוט והחלש, זוהי, כאמור, ההצדקה החזקה ביותר לביקורת שיפוטית חוקתית. אף שהגישה הדרום אפריקאית אינה חפה מבעיות, ייתכן שניתן ללמוד מהכלים שבית המשפט מאמץ בפסיקותיו. כך, למשל, נדמה שסביר לומר שפגיעה בזכויות ה"חלש" עלולה לטמון בחובה נזק גדול מזה שטומנת בחובה פגיעה דומה בחזק. גילויי גזענות למשל פוגעים במיעוט כרוני ולמורד אפליה יותר משהוא פוגע במיעוט זמני או ברוב. בדומה לזה, עיקול נכסים מסוימים כסנקציה בגין חובות שצבר פלוני פוגע בנפגע עשיר (אשר יש לו נכסים אחרים להתקיים מהם) באופן ובעוצמה שונים לחלוטין משפוגע הוא בנפגע עני שכל רכושו עוקל (ויתרה מזו, סביר שאין לו אמצעים להעמיד לעצמו הגנה משפטית ראויה שתתמודד עם המצב שאליה נקלע).<sup>158</sup>

## 5. סיכום

רשימה זו סקרה באופן ראשוני את תורת המידתיות החוקתית בדרום אפריקה כפי שהיא מתבטאת בחוקה עצמה, בפסיקות בית המשפט ובדיונים האקדמיים. משום שהמשפט במדינה זו כמעט שאינו נחקר בישראל, הרשימה כוללת גם התייחסות

157 ראו שם, בעמ' 289-292 (והאסמכתאות המובאות שם).

158 ודוק: הגישה האמורה עלולה ליצור תמריץ לעותרים להציג מצג שלפיו הם נמצאים במצב קשה מכפי שהם באמת, שהרי כך ייתכן שיזכו לבחינה "אוהדת" יותר מצד בית המשפט. לכן על בתי המשפט להבטיח שקריטריון זה לא יהפוך קרדום לחפור בו בידי העותרים. התחשבות זו במעמד הנפגע במסגרת קביעת עוצמת הפגיעה תביא לשינוי אמיתי ורצוי רק אם תאומץ בחינה כנה ואמיתית של המצב לאשורו. אלמלא כן, ייתכן שרבה הסכנה מהתועלת, בשל החשש שטענות לא נכונות יזכו ללגיטימציה שיפוטית.



קצרה לנושאי רקע, כגון נקודות ציון בהיסטוריה החוקתית של המדינה, היחס של בית המשפט החוקתי למיעוטים במדינה ונושאים נוספים.

הפסיקה בישראל מתייחסת מעט מאוד, אם בכלל, למשפט בדרום אפריקה. גם באקדמיה הישראלית נרשמת התייחסות מינורית ביותר לשיטת משפט זו ולחוקה שבה, למרות השבחים שהורעפו עליה בעולם, הן במישור החוקתי הן במישור פסיקת בית המשפט. רשימה זו מלמדת שלא זו בלבד שמדובר בשיטת משפט לגיטימית – שיכולה להיות מקור השראה לפסיקותיו של בית המשפט או כלי אקדמי לביקורת ולהשוואה – אלא שאף האתגרים שעמם היא מתמודדת דומים במובנים מסוימים לאלה שהשיטה הישראלית מתמודדת עמם. "המהפכה החוקתית" בשתי המדינות, שנעשתה בתקופות מקבילות, והמחויבות שמפגין בית המשפט החוקתי לשמירת ערכי החוקה – אלה וסיבות נוספות הופכות אותה לשיטה העשויה להגיב תועלת למשפט הישראלי בכלל ולמשפט החוקתי בפרט לא פחות משיטות המשפט שאליהן פונים בתי משפט וחוקרים בישראל לעתים מזומנות, כגון שיטת המשפט האמריקאית.

המשפט בדרום אפריקה לא נבחן ברשימה זו מנקודת מבט נורמטיבית, אלא בעיקר מנקודת מבט תיאורית, תוך עמידה על הדמיון והשוני בין המשפט הדרום אפריקאי לשיטתנו בישראל. ההחלטה אם לאמץ תובנות מהמשפט הדרום אפריקאי בהקשר החוקתי – כמו כל "שאלה חוקתית" – דורשת זהירות רבה ותבונה. תקוותי היא שרשימה זו מספקת חומר למחשבה לדיון בסוגיה זו.

## המשתתפים בקובץ

עו"ד מישל נגר, לשעבר חוקרת במכון הישראלי לדמוקרטיה, היא בעלת תואר ראשון בספרות אנגלית מאוניברסיטת מרילנד ותואר ראשון במשפטים מהאוניברסיטה העברית בירושלים. התמחתה במחלקה לתפקידים מיוחדים (בין-לאומי) בפרקליטות המדינה ולאחר מכן עבדה בבית הדין הפלילי הבין-לאומי בהאג וברשות לאיסור הלבנת הון ומימון טרור. תחומי העניין העיקריים שלה הם משפט בין-לאומי פומבי ומשפט חוקתי.

פרופ' מרדכי קרמניצר הוא סגן נשיא למחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה וראש התכנית למידתיות בקבלת החלטות שלטוניות (בשיתוף עם ד"ר רענן סוליציאנו קינן), שזכתה במענק מחקר מטעם המועצה האירופית למחקר; פרופסור אמריטוס בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. מומחה למשפט פלילי ומשפט ציבורי.

ד"ר מיכל קרמר, לשעבר חוקרת במכון הישראלי לדמוקרטיה, היא בעלת תואר ראשון במשפטים מהאוניברסיטה העברית בירושלים, תואר שני מאוניברסיטת הומבולט בברלין ותואר שלישי מהאוניברסיטה החופשית ברלין. עבודת הדוקטור שלה עוסקת בסוגיות של צדק חלוקתי וצדק חברתי בהסדרה של יחסי עבודה. תחומי המחקר שלה כוללים זכויות יסוד חוקתיות, זכויות כלכליות וחברתיות ועקרונות חוקתיים במבט משווה.

עו"ד רועי ששון, לשעבר חוקר במכון הישראלי לדמוקרטיה, הוא בעל תואר ראשון במשפטים ותואר שני במינהל עסקים (התמחות במימון ובנקאות), שניהם מהאוניברסיטה העברית בירושלים, וכן תואר שני במשפטים מאוניברסיטת ניו יורק (NYU). התמחה בבית המשפט העליון וכיום עובד במשרד עורכי דין בתחום הליטיגציה האזרחית והמסחרית, בדגש על סכסוכים מורכבים ותביעות ייצוגיות ותביעות נגזרות. תחומי העניין העיקריים שלו הם משפט אזרחי ומשפט חוקתי.

# Proportionality

## A Critical and Comparative Perspective

Editor: Mordechai Kremnitzer



THE ISRAEL  
DEMOCRACY  
INSTITUTE

Text Editor (Hebrew): Yehudit Yadlin  
Series Design: Tartakover Design, Tal Harda  
Cover Design: Yossi Arza  
Typesetting: Irit Nachum

ISBN 978-965-519-183-7

No portion of this book may be reproduced, copied, photographed, recorded, translated, stored in a database, broadcast, or transmitted in any form or by any means, electronic, optical, mechanical, or otherwise. Commercial use in any form of the material contained in this book without the express written permission of the publisher is strictly forbidden.

Copyright © 2016 by the Israel Democracy Institute (RA)

The Israel Democracy Institute  
4 Pinsker St., P.O.B. 4702, Jerusalem 9104602  
Tel: (972)-2-5300-888  
Website: <http://en.idi.org.il>

To order books:  
Online Book Store: <http://tinyurl.com/en-idi-store>  
E-mail: [orders@idi.org.il](mailto:orders@idi.org.il)  
Tel: (972)-2-5300-800; Fax: (972)-2-5300-867

All IDI publications may be downloaded for free, in full or in part, from our website.

The views expressed in this book do not necessarily reflect those of the Israel Democracy Institute.

# Introduction

Only a very few constitutional petitions are rejected because they fail to meet the basic criteria of infringement of a right, or the government action in question having a worthy objective. This being the case, and not only in Israel, it is *proportionality* that becomes the key factor in determining the constitutionality of the action. Hence the study of proportionality is of tremendous importance.

This book, and its exploration of proportionality, is divided into two parts. The first, of which I am the author, contains a critical examination of proportionality in Israeli law in terms of its suitability for use in the decision-making process, in contrast with its use in judicial review of decisions that have already been made. The second part of the book presents comprehensive surveys of proportionality in three leading legal systems, from a constitutional perspective. Dr. Michal Kramer studied the German legal system, Atty. Michele Nagar examined the Canadian legal system, and Atty. Roey Sasson investigated the South African legal system. The research was performed in 2012–2013. Occasionally, comparative references to other legal systems are made during discussions of various Israeli legal issues, often only in a cursory fashion. There is therefore much to be gained from a full and systematic study of the legal situation in other systems.

Our comparative investigation produces a complex picture. The German system, we learn, is similar to the Israeli system in terms of the emphasis it places on the third test for proportionality, which assesses proportionality in the narrowest sense. This test is used by the court to evaluate whether the benefit expected from the objective of a particular action exceeds the damage done by the action's infringement of rights. In South Africa, proportionality tests are used, but there is no specific order in which they must be applied, and there is no requirement that the examined action pass the first tests before moving on to subsequent tests. In Canada, the main constitutional analysis work is done using the second test—the necessity test, which seeks to ensure that the means deployed are the least harmful to rights—rather than the third (narrow proportionality) test.

In looking at proportionality in Germany, two fundamental differences should be noted between the German legal system and its Israeli counterpart. First, there is the legal difference: in the German system, the right to human dignity enjoys the special status of an absolute right; this has no parallel in Israeli law, in which the right to dignity is a relative right. Second, there is the political-cultural difference, which is reflected in the special and unique legitimacy enjoyed by the constitutional court in Germany. This legitimacy was conferred upon the court primarily because of the colossal failure of politics under the Weimar regime, which resulted in the rise of the Nazi party, the Second World War, and the Holocaust. In this, too, the Israeli system is different. Furthermore, after our research into German law had been completed, another study was published which found that during the years 1951-1977, the German Constitutional Court rarely used the third proportionality test as grounds for striking down a statute. During the period from 1979 to 2012 the situation changed, and the reliance on the third test increased. Yet even then, only one-third of the disqualifications of government actions were based on the third test for proportionality.<sup>1</sup>

A critical examination reveals that the accepted view of the Israeli system is incorrect. It is commonly believed that the first two tests for proportionality—the suitability or efficiency test, which examines whether the means being used are capable of achieving the desired objective; and the necessity test—are easily satisfied, and are almost pro-forma tests. Thus, all the importance shifts to the third test for proportionality—the narrow proportionality test. According to this view of the system, there is a clear and sharp distinction to be made between the first two tests, which are factual-empirical tests, and the third test, which is a normative, values-based test.

However, an analysis of Israeli law reveals a more complex picture. I will note here just a few of its characteristics.

It appears that Israeli law (but not only Israeli law) establishes a clear link between the tests for proportionality and the issue of worthy objectives. A failure to satisfy the tests can be an indication that the objective being claimed is not the true purpose behind the government action under review. Even the

1 NIELS PETERSEN, VERHÄLTNISSMÄßIGKEIT ALS RATIONALITÄTSKONTROLLE 136, 137 (2015).

first proportionality test raises questions about values, for two reasons: Firstly, because of the relation between the required level of suitability of the means being used and the importance of the right that has been infringed; and secondly, because of the view that the suitability of the means depends not only on their potential for achieving the objective, but also on their being means appropriate for use in a state governed by the Rule of Law. The manner in which the second test is applied is also subject to the question of which interests are to be weighed against one another. A critical analysis carried out during application of the first and second proportionality tests—even if the means do not fail the tests, but scrape through with a “pass”—can provide an early indicator that the means will fail the holistic part of the analysis, that is, the third test for proportionality. When the first and second tests are initially used only as threshold tests, the analysis involved in applying the third test requires that the first tests be repeated, this time as substantive tests entailing a rigorous examination.

The case law indicates that (as might also be expected) a court will first and foremost concentrate on deciding the legal question placed before it from the perspective of a judicial review of decisions made by other parties, who were authorized to do so. The court is not interested in instructing the decision makers in how they ought to act when they consider infringing upon a right for the purpose of achieving a worthy objective.

It is highly doubtful that decision makers ought themselves to act in the same way the court does. Their very different role—setting policy (as opposed to reviewing decisions that have already been reached)—as well as their abilities and tendencies (which are different from those of the judges) invite a different approach. From the perspective of decision makers, it would seem that it is the first and second tests that need to be given real content. The first test requires a preliminary dismissal of means that violate international law or the basic tenets of human morality. In this context, it is worthwhile examining not only the benefit to be expected from using the means in question to advance the objective, and the probability of this benefit coming to pass, but also the additional harms that may be caused by using these means, taking into consideration the probability that these harms will actually be inflicted. In the second test, a full and honest examination of various alternatives is required.

Perhaps the biggest challenge that we face in this area is providing an incentive for government authorities to consider possible alternatives seriously, right at the start of the policy-making process. The court should take care not to transform the second test into an incentive to choose the most drastic and harmful means on the grounds that they are more effective than other, less harmful means. Respect for human rights demands precisely the opposite. In other words, respect for human rights requires that we first examine means that least infringe rights before moving on to consider more extreme measures. Rejecting the more moderate means, and choosing a more harmful alternative, can be considered only once the situation has been properly analyzed, and the conclusion reached that the less harmful measure is insufficiently effective. If, at this stage, the more harmful alternative is preferred, it will most likely be the alternative chosen at the end of the entire process.

And yet the choice of a less harmful alternative is not the end of the story. It is also necessary to carefully examine the suitability (the exact fit) of the chosen alternative for achieving the stated objective, that is, the marginal gain that it contributes towards this end. In this context, the means need to be carefully tailored so that they do not go beyond what is necessary, and do not cause excessive harm to any of those affected. It must also be accompanied by the procedural guarantees that are required in a Rule of Law state. The importance of this kind of careful design, especially given the danger of measures that are too sweeping, is also a conclusion reached by this comparative study. The study also indicates that special care needs to be taken with regard to vulnerable population groups.

This book is but the first step in a longer journey. During this study, a research proposal was developed, together with Dr. Raanan Sulitzeanu-Kenan. The proposal was submitted to the European Research Council and a research grant was awarded. Work on the issue of proportionality at the decision-making level is forging ahead in this framework. This book, and the insights derived from it, should therefore be viewed as a tentative waystation on the road to further, and possibly different, conclusions.

Mordechai Kremnitzer  
December 2015