

"האם המחוקק ירה בתותח כדי לפגוע בזבוב?" על מידתיות במשפט

בעקבות ספרו של אהרן ברק **מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה (2010)**

רבקה ווייל**

מאמר זה עניינו ביקורת ספרים על ספרו של הנשיא בדימוס אהרן ברק על **מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה**. המאמר פותח בסקירת המטרות שברק מבקש לקדם בספרו והמתודות השונות שבאמצעותן הוא מקדם מטרות אלה, ובהמשכו מובאת סקירה תמציתית של הרעיונות המרכזיים בספר. לאחר־מכן מוצגת ביקורת על הספר שעניינה הארה כיצד הספר מתיישב עם הפילוסופיה החוקתית היסודית של ברק בדבר מרכזיותם של השופטים כקובעי ערכי־היסוד של החברה. המאמר דן בדרך שבה הספר זורה אור על האופן שבו ברק משקיף כיום על המהפכה החוקתית. הוא מסביר את חידושיו של ברק באשר לפרשנותו של סעיף 4 לחוק־יסוד: הכנסת, באופן הנוטש את הלכת **ברגמן** ובנותיה לטובת עידן **בנק המזרחי** ובנותיו. המאמר טוען כי בניגוד לדברי ברק, חלוקת הסמכויות בהחלת דיני המידתיות מביאה לידי ריכוז הכוח בידי הרשות השופטת. המאמר גם מנתח את הקשיים המעשיים שבית־המשפט עלול להיתקל בהם בבואו ליישם את דיני המידתיות, כעיצובם על־ידי ברק. לבסוף, המאמר מנתח את האג'נדות הרבות שברק מציב לנו במובלע ביחס לעתיד: החל בשאלה מה המבחן המרכזי לביטול חוקים; המשך בשאלות המתייחסות לחובה לחוקק, לכרסום פוטנציאלי בכוחה של פסקת שמירת הדינים וכדומה; וכלה בסוגיות כיצירת מדרג בין זכויות חוקתיות.

* ברק, להלן ה"ש 1, בעמ' 412. לדיון בחשיבותה של מטפורה זו ראו להלן תת־פרק 3.

** מרצה בכירה, בית ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. אני מודה לאהרן ברק ולמשה כהן־אליה על הערותיהם. תודה לעמיר כהנא וללירז שלום על העזרה המסורה במחקר. מאמר זה נכתב לכבוד כנס שהתקיים במרכז הבינתחומי ב־10 באפריל 2011 לרגל צאת ספרו של ברק, להלן ה"ש 1.

מבוא

פרק א : הצגת הספר

1. היקפן של זכויות חוקתיות ופגיעה בהן
 - (א) היקפה של זכות חוקתית
 - (ב) מהי "פגיעה" בזכות חוקתית?
 - (ג) דרישת ה"הסמכה בחוק" לשם פגיעה בזכות חוקתית
2. מהותה, היקפה ומקורותיה של המידתיות
 - (א) מיקומה של פסקת ההגבלה ביחס לפסקות ההתגברות ושמירת הדינים
 - (1) פסקות הגבלה שיפוטיות
 - (2) פסקת ההתגברות
 - (3) פסקת שמירת הדינים
 - (ב) המקורות ההיסטוריים של המידתיות
 - (ג) המקורות המשפטיים של המידתיות
3. מרכיביה של המידתיות
 - (א) תכלית ראויה
 - (1) זיהוי סוג "התכלית הראויה"
 - (2) מידת נחיצותה של התכלית
 - (3) זיהוי תכליתו של החוק
 - (ב) מבחן-המשנה הראשון של המידתיות – מבחן הקשר הרציונלי
 - (ג) מבחן-המשנה השני של המידתיות – מבחן הצורך
 - (1) הגדרת המבחן
 - (2) זיהוי מטרת החוק
 - (ד) מבחן-המשנה השלישי של המידתיות – מבחן האיזון
 - (ה) היחס בין מידתיות לסבירות
 - (ו) חלוקת סמכויות בין המחוקק לשופט ביישום המידתיות
 - (1) גישתו העקרונית של ברק להפרדת רשויות
 - (2) ביטוי לשיקולים של הפרדת רשויות בהחלת המידתיות
 - (ז) זכויות חיוביות
 - (ח) נטל ההוכחה
4. הערכת המידתיות
 - (א) חשיבותה של המידתיות
 - (ב) הביקורת על המידתיות והתשובות לה
 - (ג) החלופות למידתיות
 - (1) הצגת החלופות למידתיות
 - (2) השוואה בין קטגוריזציה לבין מידתיות לעניין ההגנה על זכויות

- (3) השוואה בין קטגוריזציה לבין מידתיות לעניין הלגיטימיות של ביקורת שיפוטית
- (ד) פיתוח עתידי של המידתיות
5. דו־שיח ברק ואלקסי
- פרק ב: מיקומו של הספר במסגרת הפילוסופיה החוקתית של ברק
1. חוקתיות יסודנית (Foundationalism)
2. שימת המהפכה החוקתית בהקשר היסטורי
- פרק ג: תרומתו של ברק לפרשנות של סעיף 4 לחוק־יסוד: הכנסת
- פרק ד: שאלות מוסדיות של חלוקת הכוח בין הרשויות הנבחרות לבין בית־המשפט
- פרק ה: הפרקטיקה של הבחינה החוקתית
1. תכלית ראויה
2. מבחן־המשנה הראשון של המידתיות – מבחן הקשר הרציונלי
3. מבחן־המשנה השני של המידתיות – מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה (א) איך ניישם את מבחן הצורך?
(ב) מהו ליבה של המידתיות?
4. מבחן־המשנה השלישי של המידתיות – מבחן האיזון החוקתי
- פרק ו: כיווני התפתחות בעתיד – המהפכות שבדרך
1. כרסום בכוחה של פסקת שמירת הדינים (א) שימוש בכלל ההסדרים הראשוניים
(ב) הטלת חובה לחוקק
(ג) פרשנות מיוחדת של פסקת שמירת הדינים
2. תחולתן של פסקות הגבלה משתמעות על סוגיות מבניות בחוקה
3. שיקולים של יעילות ותקציב
4. חקיקה פרטית
- סיכום

מבוא

ספרו של הנשיא בדימוס של בית־המשפט העליון פרופ' אהרן ברק, **מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה**,¹ מספק חוויית קריאה ייחודית. מדובר בספרו הראשון מאז פרש מכהונתו בת עשרים ושמונה השנים בבית־המשפט העליון. כמי שאין בקי ממנו במהלכי רשויות השלטון של מדינת־ישראל, הוא בחר לכתוב בראש ובראשונה

1 אהרן ברק **מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** (2010). מכאן ואילך, כל ההפניות בגוף המאמר למספרי עמודים מתייחסות לספר זה.

על המידתיות במשפט הציבורי. בחירה זו עשויה להפגיע. הרי מדובר בעיסוק במתורה, בטכניקה, בקונסטרוקציה משפטית, ולא בתוכנן של זכויות אדם (עמ' 558). אף מבחינת מבנה החשיבה החוקתית שברק קידם כל השנים מדובר בהיפוך הסדר. ברק לימד אותנו בפסיקתו לחשוב על חוקתיותו של חוק לפי סדר הבנוי משלושה שלבים: תחילה שלב היקף הזכות, לאחר־מכן שלב היקף ההגנה על הזכות ולבסוף שלב התרופות החוקתיות אם נמצא כי החוק אינו חוקתי (עמ' 43). המידתיות מיקומה בשלב השני, אך ברק טרם כתב באופן שיטתי על השלב הראשון – שלב היקפן של הזכויות החוקתיות, שעליו הוא עמל בימים אלה.

כיצד ניתן להסביר את בחירתו לעסוק במידתיות? אף שספרו נקרא כספר אנליטי, מתודי, מקצועי, המתמקד בנושא מוגדר ומתחם, אל לנו לטעות בעוצמותיו של הספר. הפרויקט שאפני מאין כמוהו. מדובר בעיקרו בפיתוח כלי הלכתי־פסיקתי לבחינת חוקתיותם של מעשי השלטון שאמור להיות ישים בשיטות המשפט השונות, בין שיש בהן חוקה פורמלית ובין שאין בהן חוקה פורמלית, בין שיש בהן ביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים ובין שאין בהן ביקורת זו.² אם בעבר התפתח המשפט המקובל (common law) בדרך קזואליסטית, ממקרה למקרה, באופן אבולוציוני וללא יד מכוונת מלמעלה, ורק לאחר פרקי־זמן ממושכים היה אפשר להבחין במגמה השיפוטית המסתמנת,³ ספר זה מתווה את הדרך מראש להתפתחות המשפט המקובל. אם בעבר

2 ברק מרבה לפנות למשפטן של מדינות חברה־העמים הבריטי, לרבות אנגליה וניר־זילנד, אף שהוא מכיר בכך שאין באחרונות חוקה פורמלית – ראו ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 104, 191, 538 – שכן תורת המידתיות של ברק רלוונטית אף למדינות שאין בהן חוקה פורמלית. השימוש בכלי המידתיות יהא שונה כמובן לפי אופי השיטה. כך, במדינות שלא נהוגה בהן ביקורת שיפוטית ישמש הכלי בעיקר לפרשנות חוקים, ולא לביטולם.

באומרי חוקה פורמלית כוונתי לחוקה הנהנית משלושת המאפיינים הבאים: זיהוי, עליונות וכבילה/נוקשות. "זיהוי" משמעו שקל יחסית לזהות את חלקיה השונים של החוקה – יש מסמך או כמה מסמכים מקובלים על הכלל אשר הן האזרחים והן האליטות מתייחסים אליהם כאל חוקתה של המדינה. "עליונות" משמעה שהמערכת הנורמטיבית כוללת מדרג שמגדיר את החוקה כעליונה על חוק רגיל. כך, חוק אינו יכול לסתור הוראה חוקתית, ואם אף־על־פי־כן הוא עושה כן, בתי־המשפט, במדינות רבות, מוסמכים להפעיל ביקורת שיפוטית על־מנת להגן על עליונות החוקה. "כבילה" משמעה שהליך השינוי החוקתי מפרך יותר מהליך שינויו של חוק רגיל. ראוי לציין כי מדינות שונות מציעות טווח של אפיונים אלה, ומילוי הדרישות הוא פעמים רבות עניין של מידה יותר מאשר של מהות. השו"ת גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח 21, 34–37 (1997).

3 ראו: ALLAN C. HUTCHINSON, EVOLUTION AND THE COMMON LAW 15 (2005) ("[T]he common law is better understood as a rutted and rough road that has innumerable twists and turns and no particular destination; any particular route taken has been chosen from among the countless and constantly proliferating possibilities for change. Efforts to provide maps or timetables for future development are simply wishful thinking and only have later impact by that fact alone"). ראו גם יצחק זמיר "המשפט הציבורי – מהפכה או התפתחות?" משפטים יט 563 (1990).

עסק עיקרו של המשפט המקובל בפרשנות חוקים, בין היתר באמצעות איזונים בין שיקולים מתנגשים,⁴ ספרו של ברק מתווה את הדרך לתורת האיזונים, הפעם גם ככלי לביטול חוקים, ולא רק לפרשנותם. יתר על כן, תורתו של ברק ישימה אף בשיטות משפט אזרחי (civil law) אשר אימצו את המידתיות והפקידו את פיתוחה בידי השופטים.⁵ מבחינה זו תורתו היא אוניוורסלית.

אופיו האוניוורסלי של הספר אינו מובן מאליו, שכן הספר נטוע בהוויה הישראלית, כתוב בעברית ומרבה להשתמש בדוגמות מהפסיקה הישראלית. הוא נכתב בראש ובראשונה בעבור המשפט הציבורי הישראלי. אולם חרף כוונתו של הספר, עקרונותיו כלליים וישימים בשיטות המשפט השונות שבהן נהוגה המידתיות.

ברק בחר אפוא לעסוק במידתיות בידועו כי זהו הכלי המרכזי שבתי המשפט משתמשים בו יום-יום בבוחנם את חוקתיותם של חוקים ומעשי מנהל.⁶ המידתיות שהוא מציע לבתי המשפט היא כלי המבנה את שיקול-דעת השופטים, וככזאת היא תורמת לשיקפות ולאובייקטיביות של החלטותיהם (עמ' 36–37). ככזו היא גם מסייעת להקנות במקצת את הביקורת החריפה נגד עצם הלגיטימיות של ביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים.⁷ ברק בחר בנושא זה כחלק מתפיסת-עולמו שלפיה "פעם שופט – תמיד שופט". תפיסת-עולם זו לא רק הניעה אותו לבחור בנושא המידתיות, שמשמש כלי מרכזי בעבודת השופטים, אלא גם השפיעה על האופן שבו הוא מקדם את טיעונו בספרו. חלק מטיעונו, שעולים כדי ביקורת על פסקי-דין, הם מוצנעים ומובלעים עד כדי כך שרק בקריאה שנייה או שלישית של דבריו עולה חדות מסקנותיו.⁸

ברק אף רואה במידתיות כלי לקידום תרבות הציודוק (culture of justification) לפגיעה בזכויות חוקתיות.⁹ הווה אומר: כל אחת מרשויות השלטון המבקשת לפגוע

4 ראו, למשל, אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית 373 (מהדורה שנייה, 1994).

5 עקרון המידתיות התפתח במשפט המנהלי הפרוסי בשלהי המאה התשע-עשרה, ומשם נדד למחוזות נוספים של המשפט האזרחי, לרבות הקהילה האירופית (1970), אוסטרית (1978), פורטוגל (1983), בלגיה (2000), הולנד (2000) ומדינות נוספות. ראו ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 228–252.

6 ראו, למשל, ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הסעיף מחיל את חוק-היסוד על כלל רשויות השלטון, לרבות המחוקק והמנהל. על תחולתה של המידתיות במשפט המנהלי ראו, למשל, דפנה ברק-ארז **משפט מנהלי** כרך ב 771–792 (2010). ראו גם יצחק זמיר "מידתיות וכללים נוספים: מפרקטיקה לתיאוריה" בכרך זה.

7 על הביקורת נגד חוסר השיטתיות שבהחלת ביקורת שיפוטית על בסיס איזונים ומידתיות ראו, למשל: Ruth INCOMMENSURABILITY, INCOMPARABILITY, AND PRACTICAL REASON (Chang ed., 1997); COST-BENEFIT ANALYSIS: LEGAL, ECONOMIC, AND PHILOSOPHICAL PERSPECTIVES (Matthew D. Adler & Eric A. Posner eds., 2000); מיכאל דן בירנהק "הנרסה חוקתית: המתודולוגיה של בית-המשפט העליון בהכרעות ערכיות" **מחקרי משפט** יט 591 (2003).

8 ראו, למשל, את הדיון להלן בתת-פרק ה-3.

9 על תרבות הציודוק ראו: Etienne Mureinik, *A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights*, 10 S. AFR. J. HUM. RTS. 31, 32 (1994). ראו גם משה כהן-אליה "מידתיות ותרבות ההצדקה אצל אהרן ברק" בכרך זה.

בזכויות אדם חייבת להצדיק פגיעה זו על-ידי הוכחת עמידתה במבחני המידתיות. עמידה בתנאי המידתיות מקנה לגיטימיות וערכיות למעשי השלטון (עמ' 295, 448–449). המידתיות היא כלי שבאמצעותו כלל רשויות השלטון יכולות לנהל דיאלוג משותף על ההצדקה לפגיעה בזכויות (עמ' 562–563).

הקורא את **מידתיות במשפט** מתרשם לא רק ממטרותיו של ברק, שעליהן עמדנו לעיל, אלא גם מהמתודות שבאמצעותן נבנה הספר. הספר מבוסס על ניתוח אנליטי (עמ' 28). פעמים רבות ברק מציע שני מודלים קיצוניים לסוגיה כדי לשכנענו כי בחירתו היא בדרך-הביניים – דרך האיזון והפשרה (עמ' 308, 381–382).¹⁰ פעמים אחרות ברק מציע לנו כמה בסיסים חלופיים לטיעונו, כך שאם נשתכנע מאחד מהם, די יהיה בכך להביאנו לידי הסכמה עם דבריו (עמ' 265).¹¹

הספר אף בנוי על תפיסה פרשנית של המציאות הנורמטיבית. ברק מרבה לציין כי סוגיות קשות שהיה אפשר לסווגן כשייכות לפילוסופיה פוליטית הן בעצם סוגיות של "פרשנות". בלשונו, "זוהי שאלה פרשנית". היקף הזכות החוקתית הוא עניין של פרשנות (עמ' 69); המונח "במידה שאינה עולה על הנדרש" הוא סוגיה פרשנית (עמ' 171); הכרה בזכויות חוקתיות כזכויות חיוביות, המטילות חובת עשה על המדינה (ולא רק חובת הימנעות מפגיעה בזכות חוקתית), היא שאלה של פרשנות (עמ' 519). בכך ברק מורה לנו כי פתרון הסוגיה הוא במתודולוגיה של פרשנות, להבדיל ממתודולוגיות אחרות, כגון פיתוח המשפט או השלמת חסר.¹²

עיצוב הסוגיות כעניין של פרשנות משיג דבר נוסף, אף אם אין זה עיקר כוונתו של ברק: הוא מציב את בית-המשפט כמכריע העיקרי והסופי לגבי סוגיות אלה. ידועה אמרתו של הנשיא האמריקאי מרשל (Marshall) בפרשת *Marbury v. Madison* כי מי שמכריע בענייני פרשנות הוא בית-המשפט, אשר נושא זה מצוי בתחום מומחיותו.¹³ כך נולדה הביקורת השיפוטית החוקתית האמריקאית, כחלק מתפקידו של בית-המשפט לפרש אם יש סתירה בין חוק לבין חוקה עליונה וליתן סעד במקרה של סתירה בין

10 לדוגמה, בנוגע להיקף הקטגוריה של טובת הכלל מציין ברק כי "גישה צרה מדי לטובת הכלל עשויה לפגוע בקיומה של הדמוקרטיה וביכולתה להגן על זכויות האדם. גישה רחבה מדי לטובת הכלל עשויה לפגוע בזכויות האדם וברמוקרטיה עצמה". ראו ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 308. בנוגע לוודאות הנדרשת במבחן הקשר הרציונלי מסביר ברק מדוע אין לנקוט גישות קיצוניות – לא את זו הגורסת כי "מבחן הקשר הרציונלי צריך לדרוש ודאות גמורה לכך שהמטרה הראויה תוגשם הלכה למעשה בעזרת האמצעי שנבחר בחוק", ולא את זו הגורסת כי "מבחן הקשר הרציונלי מתקיים בכל מקרה שבו הרשויות השלטוניות (המחוקקת והמבצעת) סבורות שמתקיים קשר רציונלי". שם, בעמ' 381.

11 כך, למשל, ברק מציע את הבסיסים החוקתיים החלופיים הבאים לעקרון המידתיות: (א) המידתיות נגזרת מהדמוקרטיה; (ב) המידתיות היא חלק משלטון החוק; (ג) המידתיות היא אינהרנטית להתנגשות בין עקרונות משפט; (ד) המידתיות מתבקשת מפרשנות הרמונית של החוקה. שם, בעמ' 263–291.

12 על המתודולוגיות השונות ראו, למשל, אהרן ברק "היצירה השיפוטית לסוגיה: פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט" **הפרקליט** לט 267 (1990).

13 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 177 (1803).

השניים.¹⁴ בהקשר זה ראוי לזכור כי בישראל אין מחלוקות (משמעותיות) בפסיקה על שיטת הפרשנות הראויה של החוקה. שיטת הפרשנות המוחלטת היא שיטת הפרשנות התכליתית.¹⁵ ברק סבור כי מצב זה רצוי, שכן מחלוקות על שיטת הפרשנות, כביטויין בארצות-הברית, "קורעות" את השיטה ואינן טובות לה (עמ' 88–89). יתר על כן, לדעת ברק, בפרשנות חוקה יש לתת משקל מכריע דווקא לתכלית האובייקטיבית של החוקה (כמקדמת ערכי-יסוד של השיטה המשפטית), ולא לתכלית הסובייקטיבית (כביטוייה בכוונתם של יוצרי החוקה) (עמ' 71). שיטת הפרשנות התכליתית, והדגש המושם במסגרתה בתכלית אובייקטיבית בפרשנות חוקה, מחזקת את "כוחם היוצר" של השופטים בהכריעם בסוגיות חוקתיות. גישה שונה מזו של ברק עשויה לגרום כי בשיטתנו המונוליתית לפרשנות חוקה אנו מאבדים לא רק לגיטימציה דמוקרטית, אלא גם חלק מעושרו של הדיון הנובע מעצם קיום הוויכוח והצורך בליבון הסוגיות.¹⁶

מתודה נוספת של הספר היא שימוש רב במשפט השוואתי. פעמים רבות, כאשר ברק מבקש תשובה לשאלה שהציב, הוא פותח בסקירה השוואתית (ראו, לדוגמה, עמ' 359), וניכר כי הוא שולט היטב ברזיהן של שיטות המשפט השונות בתחום החוקתי. אלה שעוקבים בזירות אחר מהלכי הספר מבינים כי רבות המחלוקות במשפט ההשוואתי בכל סוגיה וסוגיה, וברק מביא לנו את העמדות השונות. עם זאת, לגישת ברק, בסוגיית המידתיות המשותף לשיטות השונות עולה על המפריד ביניהן (ראו, למשל, עמ' 302). ברק נסמך לא רק על המשפט החוקתי ההשוואתי, אלא אף על דוגמות מאמנות בין-לאומיות לזכויות אדם.¹⁷ נציין כי אף שברק מזהיר כי השימוש במשפט השוואתי נעשה רק לצורך השראה, כספר טוב (עמ' 93), פעמים רבות הוא מביאו כמקור לגיטימציה משלים לעמדתו.¹⁸

פעמים רבות ברק נסמך על הפסיקה הישראלית ומצטט מדברי עצמו, הפעם כשופט, באופן שיוצר דו-שיח מעניין בין ברק הפרופסור לבין ברק השופט. פסק-הדין הישראלי העיקרי שברק מרבה להשתמש בו כדוגמה הוא זה שניתן בפרשת **עדאלה**, שעסקה בחוקתיותו של החוק האוסר באופן גורף כמעט כניסת פלסטינים לישראל, אף במסגרת איחוד משפחות (עמ' 105–112).¹⁹ ניכר כי פסק-דין זה הוא בנפשו של ברק. זהו פסק-

14 נוסף על כך קיים בארצות-הברית סעיף מפורש בחוקה הקובע את עליונותה על חקיקה רגילה: U.S. CONST. art. VI, § 2.

15 ראו אהרן ברק **פרשנות תכליתית במשפט** (2003).

16 לדיון בחשיבותם של חילוקי-דעות ראו, למשל: Valerio Grementieri & Cornelius Joseph Golden, Jr., *The United Kingdom and the European Court of Justice: An Encounter between Common and Civil Law Traditions*, 21 AM. J. COMP. L. (1973).

17 היה ראוי לקיים דיון מדוע יש ללמוד מהמשפט הבין-לאומי למשפט החוקתי בנושא המידתיות, דבר שלא נעשה בספרו של ברק.

18 ראו גם יורם שחר "מרחב הסמך של בית המשפט העליון, 1950–2004" **הפרקליט** נ 29, 39–41 (2008); יורם שחר, רון חריס ומירון גרוס "נוהגי ההסתמכות של בית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" **משפטים** כז 119, 151–159 (1996).

19 בג"ץ 7052/03 **עדאלה** – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2)

הדין היחיד בתחום חוקתיותם של חוקים שבו היה ברק הנשיא בדעת מיעוט באשר לתוצאת פסק-הדין. אילו היה הדבר תלוי בו, בית-המשפט היה מורה על בטלותו של חוק זה 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 (עמ' 106–113).

לא רק את עצמו מצטט ברק; להפך – אין לו קושי לתת קרדיט לשופטים אחרים כתורמים לפיתוחם של דיני המידתיות הישראליים. לדוגמה, השופט זמיר מוזכר כמי ש"הכיר במידתיות כדרישה עצמאית המכוונת כלפי המנהל הציבורי" (עמ' 259–260);²⁰ והשופט דורנר מוזכרת כמי שזיהתה בפסק-דין מילר כי יש לערוך את מבחן האיזון בין זכויות ואינטרסים מתנגשים דווקא בשלב השלישי של מבחני המידתיות – מבחן המידתיות במובן הצר – בשעה שאחרים, כולל ברק עצמו, ערכו עדיין איזון בגדרי התכלית או במסגרת מבחן-המשנה השני של המידתיות, שעניינו צורך (עמ' 645).²¹ הספר אף משתמש במינוחים ובתפיסות שמקורן בכלכלה (פרק 12). כך, למשל, ברק מלמד אותנו כי בהשתמשנו במבחן-המשנה השלישי של המידתיות – מבחן המידתיות במובן הצר – איננו שוקלים את התועלת מהחוק מול הנזק שהוא גורם לזכויות האדם החוקתיות במונחים מוחלטים, אלא במונחים של "דלתות" או "תוספות שוליות".²² אנו בוחנים את תוספת התועלת שהחוק מניב לעומת הדין שקדם לו מול תוספת הנזק לזכויות אדם חוקתיות שהחוק גורם לעומת הדין שקדם לו. מבחן האיזון מתמקד במונחי

202 (2006). החוק שנידון בפרשה זו הוא חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003.

20 בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 435 (1994). מצד האקדמיה ברק מציין את פרופ' זאב סגל כחלוץ בתחום הכתיבה על המידתיות. ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 259. ראו זאב סגל "עילת היעדר היחסיות (disproportionality) במשפט המנהלי" הפרקליט לט 507 (1990).

21 בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 140–145 (1995). כאן המקום להעיר כי ברק בונה מבחן של "ארבעה שלבים" למידתיות, אשר כולל, נוסף על שלושת מבחני המידתיות המוכרים לנו בפסיקה, גם את מבחן התכלית הראויה. עם זאת, אני ממשיכה להתייחס למידתיות ככוללת שלושה מבחני-משנה, לאור הפסיקה הקיימת וכדי למנוע בלבול אצל הקורא.

22 "[M]arginal productivity theory is an approach to explaining the rewards received by the various factors or resources that cooperate in production. Broadly stated, it holds that the wage or other payment for the services of a unit of a factor is equal to the decrease in the value of commodities produced that would result if any unit of that factor were withdrawn from the productive process, the amounts of all other factors remaining the same." Robert F. Dorfman, *Marginal Productivity Theory*, in THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS (Steven N. Durlauf & Lawrence E. Blume eds., 2nd ed. 2008) available at www.dictionarofeconomics.com/article?id=pde2008_M000046&edition=current&q=marginal%20productivity&topicid=&result_number=1

תוחלת (סטטיסטית):²³ בוחנים בכף התועלת ("כף הגשמת המטרה") ובכף הנזק ("כף הפגיעה בזכות") הן את ההסתברות לתועלת או לנזק והן את מידת התועלת או הנזק (עמ' 429). באופן דומה, מבחן-המשנה השני של המידתיות – מבחן הצורך – מתואר על-ידי ברק (בעקבות אלקסי) כמבטא תפיסה של פֶּרְטוֹ, כלומר, שאין חלופה שמקיימת את תכליות החוק באותה מידה ואשר פגיעתה בזכויות פחותה.²⁴ חוק לא יעמוד במבחן הצורך רק אם ניתן לצמצם את הפגיעה בזכות האדם ללא התפשרות על התועלות שיועדו לחוק.²⁵

ביקורת מקיפה על מידתיות במשפט מחייבת התמודדות לא רק עם מטרות הספר והמתודות שנעשה בהן שימוש במסגרתו, אלא גם עם חידושי הרבים של הספר. לא רק בבדלו את עצמו מאלקסי – שנחשב להוגה-דעות מרכזי בתחום המידתיות – תורם ברק תרומה משמעותית לשיח;²⁶ לכל אורכו של הספר שזורים חידושים רבים. לדוגמה, ברק מחלק את הניתוח החוקתי לשלבים, תוך הפרדה בין שלב היקף הזכות לבין שלב היקף ההגנה על הזכות (עמ' 46–47). לדעתו, הפרדה זו מאפשרת להגדיר זכויות חוקתיות מתוך "מבט רחב", ולא לכרסמן באופן המייתר ניתוח של חוקתיות הפגיעה בהן.²⁷ גישה זו באה לידי ביטוי בפסיקתו, ועתה הוא מציבה כעמדה כללית תוך עימותה עם גישות מתחרות.²⁸

רבים מחידושיו של ברק מתמקדים בתחום תורת האיזונים. לשם ברק מנקז את כובד המשקל של בחינת החוקתיות של חוק או מעשה מְנַהֵל. עצם הגדרת האיזון כמבחן

23 שמואל זמיר, רות בייט-מרום וסטנלי ברקן **מבוא לסטטיסטיקה לתלמידי מדעי החברה** – א כרך שני – הסתברות 212 (1995) ("התוחלת של X היא הממוצע המשוקלל של התוצאות האפשריות של X, כאשר משקל כל תוצאה אפשרית הוא ההסתברות לתוצאה האפשרית").

24 "[A]n allocation of resources in the economy was optimal if there existed no other productively feasible allocation which made all individuals in the economy at least as well-off, and at least one strictly better off, than they were initially." Ben Lockwood, *Pareto Efficiency*, in THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS (Steven N. Durlauf & Lawrence E. Blume eds., 2nd ed. 2008) available at www.dictionaryofeconomics.com/article?id=pde2008_P000024&edition=current&q=pareto%20efficiency&topicid=&result_number=1; ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS 105 n.222, 398 (Julian Rivers trans., 2002).

25 ראו להלן תת-פרק ה-3.

26 ALEXY, לעיל ה"ש 24. ראו להלן תת-פרק א-5.

27 כך, למשל, במקום שביטוי תועבה לא ייחשב חלק מחופש הביטוי החוקתי (כבדין האמריקאי), הוא ייכלל בחופש הביטוי, אך בבואנו לבחון את חוקתיותו של חוק הפוגע בביטוי תועבה, יובא בחשבון אופיו המזיק של הביטוי. ראו דיון להלן בתת-פרקים א-1 ו-א-4.

28 לגישה אחרת ראו, למשל, ברק מדינה "על פגיעה" בזכות חוקתית ועל 'תכלית ראוייה' בכרך זה. מדינה מטיל ספק אם ראוי להרחיב את הגדרת הזכויות בשלב הראשון, באופן השולל הבאה בחשבון של אילוצים דאונטולוגיים, כגישתו של ברק. בעוד ברק מביא בחשבון אילוצים אלה רק בשלב השני של הבחינה החוקתית, הבוחן אם הפגיעה בזכות החוקתית היא מידתית, מדינה מציע כי לעיתים ראוי שאילוצים אלה ישפיעו כבר בשלב הראשון, קרי, על עצם הגדרת הזכות.

העיקרי של המידתיות, בד בבד עם צמצום מבחן הצורך ככלי לזיהוי חוקים לא-חוקתיים, הוא חידוש.²⁹ אופן הפעלת האיזון – תוך שימת דגש במבחן "התוספת השולית" של נזק מול תועלת והתמודדות עם הבעיה של העדר מכנה משותף להשוואה (incommensurability) בין נזקים לבין תועלות באמצעות מבחן "החשיבות החברתית היחסית" – הוא חידוש.³⁰ ההצעה להכיר במבחנים של איזון עקרוני כשלב-ביניים בין כללי איזון בסיסיים לבין כללי איזון קונקרטיים הוא חידוש במונחי המשפט ההשוואתי, שם נפוצים בעיקר מבחני האיזון הקונקרטי.³¹

אין לי ספק שספרו של ברק יתרום רבות להתפתחותם העתידית של המשפט הישראלי והמשפט החוקתי ההשוואתי כאחד. ספר זה ישפיע על הסמנטיקה בתחום, על הוראת המידתיות בפקולטות למשפטים ועל הפסיקה המיישמת מידתיות. חלק מחידושי הספר כבר מצאו את ביטויים בפסיקה מן העת האחרונה בישראל, הודות להרצאותיו ולמאמריו של ברק.³² הספר גם מציב בוודאי אג'נדות ואתגרים שונים – חלקם באמצעות ניסוחו של ברק "שאלה יפה היא" – אשר כולנו נתמודד עימם בשנים הבאות.³³ על כך אנו חבים לברק תודה.

מאמר זה יתמקד בהצגת ספרו של ברק ובביקורת עליו. **פרק א** יתאר בקצרה את עיקרי מהלכיו של ברק בספרו. מכיוון שספרו של ברק ארוך במיוחד, הצגתו בתמצית היא אתגר. הקורא הבקי בספר מוזמן לדלג על פרק זה ולהתרכז בפרקי הביקורת שאחריו. **פרק ב** ידון בתמצית במיקומו של הספר הנסקר במסגרת הפילוסופיה החוקתית הכללית של ברק. בפרק זה אטען כי ספרו מהווה ביטוי לתפיסת-עולם משפטנית יסודנית שלפיה קיימים במערכת המשפט ערכי-יסוד שהשיטה מחויבת להם אף ללא חוקה או חוקי-יסוד, וניתן לבטל מכוחם חוקים המפרים אותם באופן מהותי. **פרק ג** ידון בתרומתו של ברק לפרשנות של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת.³⁴ בפרק זה אסביר כיצד ברק צועד בספרו צעד נוסף בכיוון של ניתוק מן העולם המשפטי שקדם לפרשת **בנק המזרחי**,³⁵ באופן שיוצר דיכוטומיה ברורה יותר בין העולם שלפני המהפכה החוקתית לבין העולם שאחריה.³⁶ **פרק ד** ידון ביחסי-הגומלין בין בית-המשפט לבין המחוקק, כפי שהם עולים

29 ראו להלן תת-פרקים ה-3-4.

30 ראו להלן חלק א(ד).

31 ראו להלן חלק א(ג)(1).

32 ראו, למשל, בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ר), חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פס' 24-25 לפסק-דינה של השופטת נאור (טרם פורסם, 19.11.2009) (להלן: פרשת הפרטת בתי-הסוהר); ע"ע (ארצי) 472/09 גולן נ' או. אר. אס משאבי אנוש בע"מ, פס' 14 לפסק-דינה של סגנית הנשיא ארד (טרם פורסם, 12.9.2010).

33 לדוגמה, "שאלה יפה היא אם רעיון החסר והשלמתו חל גם לעניין החוקה". ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 83. ברק טרם גיבש את דעתו בסוגיה. שם. לדיון בכיווני התפתחות בעתיד ראו להלן פרק ו.

34 חוק-יסוד: הכנסת, ס"ח התשי"ח 69.

35 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) (1995).

36 נראה כי הנשיא ברק, יותר מכל אדם אחר, מזוהה עם השימוש בביטוי "מהפכה חוקתית" לתיאור השינוי שחל עם קבלתם של שני חוקי-היסוד משנת 1992 בכנסת. ראו אהרן ברק "המהפכה

מתוך ספרו של ברק. בפרק זה אטען כי בניגוד לכתיבתו של ברק, בפועל גישתו מקנה כוח עצום לבית-המשפט בהחילו את דיני המידתיות, ומותרה למחוקק מתחם שיקול-דעת מצומצם בלבד בנושאים אלה. **פרק ה** ידון בפרקטיקה של המידתיות. בפרק זה אעזור שאלות באשר לאופן יישום גישתו של ברק, אצביע על הקשיים שבהם ייתקל פרשן המבקש ליישם את דיני המידתיות כעיצובם על-ידי ברק, ואראה כי בפועל עוד רבה הדרך בטרם נוכל לומר כי המידתיות מבנה את שיקול-דעתם של השופטים באופן שמקשה את הביקורת האנטי-רובנית נגד החלת ביקורת שיפוטית.³⁷ **פרק ו** ידון ב"מהפכות שבדרך" – אותם חידושים שברק מציע באשר להתפתחותם של דיני החוקתיות בישראל. חידושים אלה אינם נאמרים במפורש על-ידי ברק, אלא רק נרמזים לאורך כתיבתו באמצעות הלשון "שאלה יפה היא". **הפרק האחרון** יסכם הערת-אזהרה תהא במקום כאן. קשה לעשות צדק לכשש מאות וחמישים עמודי הספר של ברק (לא כולל מפתחות בסוף). אין מנוס למתעניין מלקרוא בעצמו את הספר. ביקורת ספרים זו תיתן מתווה כללי בלבד. כמו-כן, היא תצביע על קשיים העולים מספרו של ברק אך מבלי לסתור את טענתו ה"צ'רצ'יליאנית" כי אף אם המידתיות אינה מושלמת, היא טובה מהחלופות (עמ' 33, 38).³⁸

פרק א: הצגת הספר

בפרק זה אסקור בקצרה את ספרו של ברק. אשתדל לעשות צדק לספר ולהותיר את ביקורתי לפרקים הבאים של המאמר. הקורא מוזמן לגבש דעה עצמאית בפרק זה. הפרק יבחן את גישת השלבים של ברק לניתוח חוקתי (שער ראשון); ידון ביחס שבין המידתיות לבין דרכים חלופיות לפגיעה בזכויות חוקתיות (התגברות ושמירת דינים); יבחן את מקורותיה ההיסטוריים והמשפטיים של המידתיות (שער שני); יעסוק בפרקטיקה של המידתיות, לרבות כיצד עורכים בחינה מידתית (תכלית ראויה, קשר

החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" **משפט וממשל** א 9, 10–13 (1992). פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 35, בעמ' 353. יש הסבורים כי מקורה של המהפכה החוקתית הוא בפרשת **בנק המזרחי**, ולא בחקיקת חוקי-היסוד משנת 1992. ראו, למשל, גביון, לעיל ה"ש 2, בעמ' 129–132.

37 לביקורת האנטי-רובנית ראו, למשל: ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS* (1986); JEREMY BENTHAM, *BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS* (2nd ed. 1986); WALDRON, *LAW AND DISAGREEMENT* 255–262 (1999); Barry Friedman, *The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five*, 112 *YALE L.J.* 153 (2002).

38 "Democracy is the worst form of Government except all those other forms that have been tried from time to time." Winston Churchill, Speech in the House of Commons (Nov. 11, 1947), quoted in *THE OXFORD DICTIONARY OF QUOTATIONS* 221 (Elizabeth Knowles ed., 6th ed. 2004).

רציונלי, צורך ואיזון), מתי הבחינה מתחייבת (מעשה ומחדל) ומי עורך את הבחינה (מחוקק או שופט) (שער שלישי); ולבסוף, יעריך את המידתיות על רקע הביקורות והחלופות לה (שער אחרון). הפרק עוקב אחר סדר הנושאים כעריכתם על-ידי ברק.

1. היקפן של זכויות חוקתיות ופגיעה בהן

ספרו של ברק בנוי מארבעה שערים עיקריים. השער הראשון (הכולל חמישה פרקים) עוסק בהיקפן של זכויות חוקתיות ובפגיעה בהן. במסגרת שער זה ברק מסביר לנו מהי גישתו העקרונית להגדרת היקפה של זכות חוקתית, מה נחשב "פגיעה" בזכות חוקתית ומה ייחשב קיום של "הסמכה בחוק" לפגיעה בזכות חוקתית.

(א) היקפה של זכות חוקתית

השער הראשון עניינו בבחינת חוקתיותו של חוק בכלל ובפסקת ההגבלה בפרט. אין הוא מתמקד בדיני המידתיות בלבד.³⁹ ברק מלמדנו כאמור לחשוב במודל תלת-שלבי בניתוח חוקתי. השלב הראשון במודל זה הוא הגדרת היקפה של הזכות החוקתית וזיהוי אם חוק או מעשה מנהל פגעו בה. ברק מבקש לתת לזכות החוקתית הגדרה "מתוך מבט רחב" (עמ' 80), באופן שמגשים את הטעמים שביסוד הזכות. ההנחה היא שהזכות החוקתית היא אידיאל השואף להגשמה מרבית. תפיסה זו מתיישבת אף עם מרכזיותן של זכויות האדם בתפיסתו החוקתית הליברלית. ברק מניח כי בהעדר קביעה מפורשת נוגדת בחוקה, הזכויות החוקתיות חלות כמישרין רק על רשויות המדינה, ולא בין פרטים (עמ' 137).

מגישה זו של הגדרת הזכויות "מתוך מבט רחב" נובעות, לדעת ברק, מסקנות אופרטיביות רבות. ראשית, בהיקפה של הזכות החוקתית נכללים הן ליבת הזכות והן שוליה.⁴⁰ הזכות בכללותה נהנית מהגנה חוקתית. ההבחנה בין גרעין הזכות לבין שוליה תובא בחשבון כשיקול רק במסגרת מבחני המידתיות, דהיינו, בשלב השני של הבחינה החוקתית (עמ' 74). כלומר, במסגרת השאלה אם החוק או מעשה המנהל הם מידתיים ייבדק אם מדובר בפגיעה בליבת הזכות או בשוליה. בכך גישתו של ברק שונה מגישתו של השופט חשין כביטוייה בפרשת **עדאלה**.⁴¹

שנית, ברק מבחין בין זכויות חוקתיות המנוסחות כעקרונות לבין זכויות חוקתיות המנוסחות ככללים.⁴² לגישתו, זכות חוקתית מנוסחת כ"עיקרון" כאשר מרכיביה הם ערכי-יסוד, כלומר, אידיאלים ששואפים למימוש מרבי ואשר ניתן לממשם בדרגות

39 לדעת ברק, דרישת התכלית הראויה היא חלק מדיני המידתיות, אף שיש החולקים על כך. ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 169.

40 לדיון בהבחנות בין ליבת הזכות לבין שוליה ראו, למשל, יהודית קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" **משפטים** כה 129, 136–142 (1995); חני אופק-גנדלר "זכויות יסוד, חקיקת מגן ותום לב – הרהורים חוקתיים על משפט העבודה" **משפטים** לז 63, 84–86 (2007).

41 לגישתו של חשין ראו פרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 19, בעמ' 398–410.

42 להגדרת זכות חוקתית המנוסחת ככלל ראו להלן ליד ה"ש 46.

שונות של אינטנסיביות. רמת ההפשטה הגבוהה של מושגים אלה מחייבת קונקרטיזציה. נדרשת פעילות פרשנית נרחבת אשר תגזור מלשונה המופשטת של הנורמה את מערכת המצבים שהיא משתרעת עליה (עמ' 75–76). זכות חוקתית המנוסחת כ"עיקרון" מהווה זכות-מסגרת או זכות-אם. ניתן לגזור ממנה באופן פרשני זכויות-בנות או זכויות פרטיקולריות. אלה אינן מהוות זכויות "בלתי-מנויות" כהגדרתו של ד"ר סומר, הסובלות מבעיית לגיטימציה מיוחדת בהשוואה לזכויות שנמנו מפורשות בחוקה, אלא הן חלק מהלשון המפורשת של החוקה לשיטת ברק (עמ' 76–95).⁴³

שלישית, ברק מכיר בצורך להתחשב בטובת הכלל, ורואה בזכויות חוקתיות זכויות יחסיות, ולא מוחלטות (עמ' 103–111). עם זאת, שיקולים הנוגעים באינטרסים של טובת הכלל לא ישפיעו על היקפה של הזכות החוקתית. במקום זאת הם יישקלו במסגרת היקף ההגנה על הזכות, קרי, בשלב השני של הבחינה החוקתית. בדרך זו ברק מונע שינויים בהגדרת הזכות שמקורם בנסיבות משתנות (כגון עת מלחמה ועת שלום). הוא אף מגן בכך על הזכויות מפני פגיעה כפולה – הן בשלב הגדרת הזכות והן בשלב הבדיקה של היקף ההגנה על הזכות (עמ' 112–113).⁴⁴

רביעית, אם שתי זכויות חוקתיות מתנגשות ושתייהן מנוסחות כ"עקרונות", כמוגדר לעיל, אזי פתרון ההתנגשות יהא ברמה התת-חוקתית בלבד, באמצעות בחינת החוקתיות של החוק או מעשה המנהל שבמסגרתם באה ההתנגשות לידי ביטוי. דהיינו, בעיני ברק זהו מצב טבעי שזכויות יתנגשו ברמה החוקתית. התנגשות זו אינה משפיעה על היקפן של זכויות אלה. אף שאין הוא משתמש במטפורת ה"מולקולות" בספרו, הוא נעזר בה בהרצאותיו. ברק מציע לדמות את ההתנגשות בין הזכויות החוקתיות ברמה החוקתית להתנגשות בין מולקולות הנעות יחדיו באותו חלל, מבלי שהתנגשות זו מוכרעת.⁴⁵ התנגשות זו מקבלת קונקרטיזציה באמצעות חוק או מעשה מנהל, ואלה ייבחנו לפי דיני המידתיות.

שונה המצב אם אחת הזכויות המתנגשות או שתיהן מנוסחות כ"כללים". זכות חוקתית מנוסחת ככלל כאשר מרכיביה הם מצבים שאינם עקרוניים. כאן יוצר החוקה גזר מהתכלית המונחת ביסוד הזכות את העניינים הקונקרטיים הכלולים בה, ונדרשת פעילות פרשנית מצומצמת בלבד. לפיכך, אם ההתנגשות בין הזכויות אינה ניתנת להסרה

43 זכויות בלתי-מנויות הן זכויות שאינן מאוזכרות במפורש בחוקי-היסוד, וקיימת מחלוקת לגבי השאלה אם ניתן לקרוא אותן לתוך החוקה בדרך פרשנית. מחלוקת זו משמעותית במיוחד מקום שהזכויות לא נמנו בחוקי-היסוד במכוון, כחלק מפשרה פוליטית שאפשרה את אימוצם של חוקי-היסוד. ראו הלל סומר "הזכויות הבלתי-מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" **משפטים** כח 257 (1997). לגישה שונה ראו: Ronald Dworkin, *Unenumerated Rights: Whether and How* (1992) 59 U. CHI. L. REV. 381, 386–391. *Roe Should be Overruled*.

44 במקום אחד ברק אינו נאמן לשיטתו שלו. הוא כותב: "אין לכלול בחופש הביטוי את חופש החוים, את עדות השקר או האיומים." ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 96. לפי שיטתו, כפי שאני מבינה אותה, עדות-שקר ואיומים אמורים להיכלל בחופש הביטוי, אך הפגיעה בהם תיחשב על-פי-רוב מידתית.

45 הדברים מובאים בהסכמתו של ברק.

בדרך של פרשנות, יחולו כללי ברירת הדין הרגילים, שלפיהם נורמה מאוחרת גוברת על נורמה מוקדמת אלא אם כן המוקדמת היא ספציפית.⁴⁶ התנגשות מסוג זה משקפת "תקלה" שנפלה בחוקה, והיא תשפיע על היקפה של הזכות החוקתית (עמ' 116–121).

(ב) מהי "פגיעה" בזכות חוקתית?

לגישתו של ברק, המבחן לפגיעה הוא לפי התוצאות בפועל של החוק, ולא על-פי כוונתו של המחוקק.⁴⁷ עם זאת, לעומת גישתו המרחיבה של ברק להיקפה של הזכות החוקתית כפירוטה לעיל, גישתו דווקא פשרנית יותר באשר למה שנחשב "פגיעה" בזכות החוקתית. ראשית, פגיעה של "מה בכך" (*de minimis*) לא תחייב בחינה חוקתית. לדעתו, זו אף גישתו של המשפט החוקתי הישראלי. מהי פגיעה של "מה בכך"? הדבר ייקבע על-סמך מבחן סובייקטיבי ואובייקטיבי גם-יחד. יש לבחון את הפגיעה מנקודת-מבט של בעל זכות רגיל וטיפוסי מסוגו של הנפגע, וכן לבחון השפעת הפגיעה מנקודת-מבט של השיטה כולה (עמ' 139).

שנית, ברק אינו קובע טיפול אחיד בפגיעות נלוות (incidental) בזכויות. לעיתים הוא יראה אותן כעומדות על רגליהן שלהן ובהתאם לכך כמחייבות בחינה לפי דיני המידתיות, ואילו במקרים אחרים הוא יבקש לראות בהן פגיעות נלוות בלבד, שאינן מחייבות ניתוח חוקתי עצמאי לצד בחינת חוקתיותה של הפגיעה העיקרית בזכויות. לדעתו, הדבר תלוי בנסיבות המקרה. הוא אפילו אינו נותן לנו פרמטרים שעל-פיהם נבחן מתי מדובר בפגיעה נלווית ומתי מדובר בפגיעה עיקרית או עצמאית, דוגמת הפרמטרים שפורטו בפרשת **מיטראל** (עמ' 139–140).⁴⁸

לבסוף, ברק אינו פוסל על הסף אפשרות שהפרט יוותר על זכויותיו החוקתיות, אך קובע שוויתור כזה ייבחן במסגרת דיני המידתיות (עמ' 140–141). אין כלל דיון בשאלה אם הזכויות אינן ניתנות לוותר בשל השלכות הוויתור על אחרים או בשל אופיין של הזכויות או אפילו בשל חוסר השוויון ביחסי הכוחות של אדם מול מדינה. דומה כי החלת דיני המידתיות נתפסת כפתרון מספק בעיני ברק שימנע ויתור לא-רצוני או לא-ערכי על זכויות.

(ג) זרישת ה"הסמכה בחוק" לשם פגיעה בזכות חוקתית

ברק רואה בפסקת ההגבלה לא רק מקור להגנה על זכויות האדם החוקתיות, בהגבלה את המצבים שבהם ניתן לפגוע בהן, אלא גם מקור סמכות לפגיעה בהן. לדידו היא ממלאת תפקיד כפול. בלשונו היא "דו פרצופית: פניה פני יאנוס" (עמ' 213). גישה זו

46 כללי ברירת הדין נועדו לפתור סתירות בין נורמות משפטיות: נורמה עליונה גוברת על נורמה תחתונה; נורמה מאוחרת גוברת על נורמה מוקדמת; ונורמה מיוחדת גוברת על נורמה כללית. להרחבה ראו ברק, לעיל ה"ש 4, בעמ' 545–554.

47 יהיו מצבים שבהם היקף הפגיעה יהיה כזה שביט-משפט יקבע כי הוא עולה כדי שינוי, ושינוי ניתן לעשות רק בדרך של תיקון חוקה, ולא באמצעות חוק רגיל. ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 135.

48 השו"ב בג"ץ 4676/94 מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד (5) 15, 30–31 (1996).

אינה מובנת מאליה, שכן בהקשרים אחרים דרש ברק לא ליטול סעיפי הגנה בדיעבד ולקרוא מהם הסמכה מראש לפגוע בזכויות.⁴⁹ באשר לדרישה של פסקת ההגבלה כי מקור הפגיעה יהא בחוק או על-פיו – דהיינו, שתהיה הסמכה בחוק לפגיעה בזכויות אדם חוקתיות – ברק מסביר דרישה זו ככוללת את העיקרים הבאים: **ראשית**, המחוקק אינו רשאי לאצול למחוקק-המשנה שיקול-דעת להגביל זכויות אדם מבלי שהוא עצמו קובע את ההסדרים הראשוניים בתחום.⁵⁰ דהיינו, מחוקק-המשנה אינו רשאי לקבוע הסדרים ראשוניים הפוגעים בזכויות אדם, אפילו הסמיכו לכך המחוקק מפורשות (עמ' 148–151). דברים אלה מהווים חידוש, כפי שיבואר להלן.⁵¹

שנית, הדרישה לקיומה של הסמכה בחוק אינה רק דרישה פורמלית, אלא גם מהותית. לפיכך ההסמכה צריכה להיקבע ב"חוק" המהווה נורמה כללית (ולא "ספציפית", המכוונת לאדם מסוים או לקבוצה מסוימת), נגישה (מפורסמת) ובהירה דייה, כך שתאפשר הכוונת התנהגות. אם החוק מכוון לאדם מסוים או לקבוצה מסוימת – אפילו אין מטרתו להפלות – הוא ייפסל על הסף, ללא צורך לבחון אותו במבחני המידתיות. עם זאת, חוק רטרואקטיבי לא יישלל בהכרח כלא מקיים את דרישת הנגישות. באופן דומה, חוסר הבהירות צריך להיות קיצוני כדי שהחוק ייפסל כלא מקיים תנאי זה (עמ' 152–156). דומה כי ברק רואה בדרישת הכלליות דרישה חשובה יותר מדרישת הנגישות או הבהירות, ולפיכך הוא מקפיד יותר לגבי קיומה, אך הוא אינו נותן לנו הסבר לכך בספרו.

שלישית, הדרישה להסמכה בחוק אינה מחייבת שההסמכה תהא דווקא בחקיקה ראשית, אלא יכול שהיא תהא בפסיקה. כלומר, "בחוק" פירושו גם בפסיקה. המשפט המקובל יכול להוות מקור הסמכה לפגיעה בזכויות אדם. ברק מנמק את עמדתו בכך שאם לא נפרש כן, יבוא מפעל המשפט המקובל לידי סיום, וחזקה שלא לכך התכוון מכוונן החוקה, אם לא אמר דבר מפורש בעניין זה. בגישתו זו של ברק יש משום הרחבה של עקרון חוקיות המנהל, כך שהמנהל יכול להתלות גם בפסיקה, ולא רק בחקיקה, בבואו לפגוע בזכויות אדם (עמ' 157–166).⁵²

לסיכום, ברק מציג גישה מרחיבה באשר להיקפן של זכויות האדם החוקתיות, על-ידי כך שהוא מרחיב את רשימת המקרים שבהם חייבים לעמוד בתנאי המידתיות. לעומת זאת, בבואו להגדיר מתי מתקיימת פגיעה בזכות החוקתית, הוא נכון להוציא מגדר

49 ראו, למשל, בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 843–842 (1999). לדין מעניין בהבחנה בין סמכות לבין הגנה ראו: Miriam Gur-Arye, *Justifying the Distinction between Justifications and Power*, 5 CRIM. LAW & PHILOS. 293 (2011).

50 להגדרת כלל ההסדרים הראשוניים ראו בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, נב(5) 481, 515–524 (1998); בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני ערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 38–40 לפסק-דין של המשנה לנשיא חשין (לא פורסם, 27.2.2006).

51 על החידוש בדברים אלה של ברק ראו להלן חלק 11(א).

52 לגישה חולקת ראו דפנה ברק-ארז **משפט מנהלי** כרך א 99 (2010).

המקרים חלק מהפגיעות הנלוות או פגיעות של "מה בכך". נוסף על כך הוא מגדיר באופן מהותי, ולא פורמלי, את דרישתה של פסקת הגבלה כי ההסמכה לפגיעה בזכויות חוקתיות תהא ב"חוק".

2. מהותה, היקפה ומקורותיה של המידתיות

השער השני (הכולל שלושה פרקים) עניינו מהותה, היקפה ומקורותיה של המידתיות. בשער זה ברק מנתח את משמעותן של פסקות הגבלה, ההתגברות ושמירת הדינים, אשר באמצעותן ניתן לפגוע בזכויות חוקתיות. הוא אף סוקר את מקורותיה ההיסטוריים והמשפטיים של המידתיות.

(א) מיקומה של פסקת הגבלה ביחס לפסקות ההתגברות ושמירת הדינים

(1) פסקות הגבלה שיפוטיות

ברק דוחה את הרעיון כי חוקי-היסוד ה"שותקים" – דהיינו, אלה שאינם מסדירים את האופן שבו מותר לפגוע בהם – יצרו זכויות מוחלטות שאינן ניתנות לפגיעה (עמ' 178).⁵³ במקום זאת הוא מציע שנקרא אל תוך חוקי-היסוד ה"שותקים" פסקות הגבלה משתמעות.⁵⁴ ברק מניח כי ללא פסקת הגבלה מפורשת או משתמעת (דהיינו, שיפוטית), רשויות השלטון אינן מוסמכות לפגוע בזכויות חוקתיות בשל עליונות החוקה (עמ' 174). קריאה של פסקת הגבלה משתמעת אל תוך חוקי-היסוד אשר "שותקים" בסוגיה זו יוצרת לדעתו הרמוניה בשיטה בין חוקי-היסוד ה"שותקים" לבין אלה שאינם "שותקים" (עמ' 179). ודוק: לשיטת ברק, אין מדובר בהשלמת חסר בחוקה, העלולה לעורר שאלות של לגיטימציה, אלא פסקות הגבלה המשתמעות כתובות בחוקה בלשון "שאינה נראית לעין".

יתר על כן, לדעת ברק, פסקות הגבלה המשתמעות מגינות על זכויות חוקתיות טוב יותר מפסקות הגבלה מפורשות, שכן חוק שיבקש לעמוד במבחניה של פסקת הגבלה המשתמעת חייב להיות כזה שמקדם מטרה אחרת הקבועה בחוקה (כגון זכויות אדם אחרות), ולא טובה אחרת של הכלל שאין לה ביטוי בחוקה (עמ' 175–178). לעומת זאת, מכוח פסקת הגבלה מפורשת ניתן לפגוע בזכויות גם כדי לקדם טובה של הכלל שאינה מנויה בחוקה.

ברק מבקש לפרש פסקת הגבלה הקובעת כי "ניתן לפגוע בחוקה 'בחוק' ככזו שדורשת לא רק חוק,⁵⁵ אלא את קיום ארבעת תנאיה של פסקת הגבלה הרגילה,

53 עם חוקי-היסוד ה"שותקים" נמנים, למשל, חוק-יסוד: הצבא, חוק-יסוד: השפיטה וחוק-יסוד: נשיא המדינה.

54 להגדרה של פסקת הגבלה שיפוטית ראו את הדיון להלן בפרק ג, ובמיוחד ה"ש 147 והטקסט שליטה.

55 ס' 2 לחוק-יסוד: מקרקעי ישראל, למשל, מאפשר לקבוע בחוק סוגי עסקות וסוגי מקרקעין שעליהם לא יחול ס' 1 לחוק. ראו גם דיון אצל אריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי-היסוד" ספר ברנזון

כביטויים בחוקי-היסוד משנת 1992 (עמ' 180–181). מגישתו של ברק עולה כי פסקות ההגבלה שבחוקי-היסוד משנת 1992 יצרו דרישות-מינימום לפגיעה בזכויות חוקתיות, אך לא דרישות-מקסימום; הן מינימום מתחייב הן באשר לחוקי-היסוד שקובעים כי ניתן לפגוע בהם "בחוק" והן באשר לחוקי-היסוד "שותקים", אך הן אינן ממצות את הדרישות לשם פגיעה בחוקי-היסוד "שותקים".

ברק גם מציע לנו לפרש מחדש את סעיף 4 לחוק-היסוד: הכנסת, כך שלשם שינויו אכן יידרש רוב של 61 חברי-כנסת, כלשונו המפורשת של הסעיף,⁵⁶ אולם לשם פגיעה בו יהיה די בעמידה בדרישותיה של פסקת הגבלה שיפוטית, ולא יהיה צורך לעמוד בדרישות רוב. בכך ברק מבקש לסטות מהלכות רבות שנים, שתחילתן בפרשת **ברגמן**, אשר פירשו את לשון סעיף 4 כדורשת רוב של 61 חברי-כנסת הן לשינוי הסעיף והן לפגיעה בו.⁵⁷ בדרך זו ברק מבקש להביא את סעיף 4 לחוק-היסוד: הכנסת לידי הרמוניה עם פרשנותם של שאר חלקי החוקה הישראלית, במקום להותירו כסעיף שהטיפול החוקתי בו הוא יוצא-דופן (עמ' 185).

(2) פסקת ההתגברות

לדעת ברק, פסקת ההגבלה מגינה על זכויות חוקתיות טוב יותר מפסקת ההתגברות,⁵⁸ שכן פסקת ההגבלה מקיימת את דרישות הדמוקרטיה המהותית, בעוד פסקת ההתגברות עומדת רק בדרישות הדמוקרטיה הפורמלית.⁵⁹ עם זאת, ברק מתנחם בכך שפסקת ההתגברות הישראלית טובה מפסקת ההתגברות הקנדית בשלושה היבטים:⁶⁰ היא רלוונטית לזכות אחת בלבד – הזכות לחופש העיסוק (ולא לזכויות רבות כמקבילתה הקנדית); היא מחייבת תמיכה של רוב מוחלט של מצביעים בגוף המחוקק (ולא רק של

כרך שני – בני סברה 119, 147–156 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000).
56 ס' 4 לחוק-היסוד: הכנסת קובע כי "הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות ויחסיות, לפי חוק הבחירות לכנסת; אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת".

57 ראו בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693 (1969); בג"ץ 246/81 **אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור**, פ"ד לה(4) 1 (1981); בג"ץ 141/82 **רובינשטיין נ' יושב ראש הכנסת**, פ"ד לז(3) 141 (1983); בג"ץ 142/89 **תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד מד(3) 529 (1990).

58 ס' 8 לחוק-היסוד: חופש העיסוק קובע פסקת התגברות שזו לשונה: "(א) הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק תהיה תקפה אף כשאינה בהתאם לסעיף 4, אם נכללה בחוק שנתקבל ברוב של חברי הכנסת ונאמר בו במפורש, שהוא תקף על אף האמור בחוק-היסוד זה; תוקפו של חוק כאמור יפקע בתום ארבע שנים מיום תחילתו, זולת אם נקבע בו מועד מוקדם יותר. (ב) ההוראה בדבר פקיעת תוקף, כאמור בסעיף קטן (א), לא תחול על חוק שהתקבל לפני תום שנה ממועד תחילתו של חוק-היסוד זה."

59 לגישת ברק, עיקרה של הדמוקרטיה הפורמלית הוא שלטון הרוב, ואילו עיקרה של הדמוקרטיה המהותית הוא זכויות האדם. ראו, למשל, בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1, 45–46 (1997).

60 פסקת ההתגברות הקנדית קבועה בס' 33 לכתב הזכויות והחירויות הקנדי: Canadian Charter of Rights and Freedoms, 1982 (U.K.) (להלן: הצ'רטר הקנדי).

רוב המשתתפים, כנדרש בקנדה); ובתום תקופת ההתגברות החוק כולו בטל (ולא רק מנגנון ההתגברות שבו, כמצב בקנדה) (עמ' 216–217). עם זאת, ברק פתוח לרעיון שתאומץ פסקת התגברות כללית בארץ, לכלל זכויות האדם החוקתיות, כחלק מפשרה שתאפשר אימוץ חוקה כוללת וסופית (עמ' 218). פסקה זו תאפשר התגברות לזמן מוגבל על אחד מהשניים: (א) פסק-דין שהמחוקק אינו מסכים עימו; (ב) התגברות על זכויות אדם מלכתחילה, אף בהעדר פסיקה. עם זאת, ברק מציע כי לא יהיה אפשר להתגבר על העיקרון של "תיקון חוקתי שאינו חוקתי" באמצעות שימוש בפסקת ההתגברות.⁶¹ דברים דומים עולים מפסק-דינו בפרשת מיטראל.⁶²

(3) פסקת שמירת הדינים

אף פסקת שמירת הדינים, בדומה לפסקת ההתגברות, נתפסת אצל ברק כפשרה פוליטית בדיעבד, להבדיל מפסקת ההגבלה, שהיא ראויה מלכתחילה.⁶³ ברק אינו מבחין בין חוק חדש – דהיינו, חוק שנחקק לאחר חוקי-היסוד משנת 1992 ולכן אינו נהנה משמירת הדינים – לבין חוק חדש שמתקן דין ישן (דהיינו, דין שהיה תקף לפני חקיקת חוקי-היסוד משנת 1992): זה כמו זה אינם נהנים משמירת הדינים. מצד אחר, ברק סבור כי חקיקת-משנה חדשה הנסמכת על חוק ישן אכן תיהנה משמירת הדינים. זאת, כדי לא לרוקן את פסקת שמירת הדינים מתוכנה (עמ' 221–224).

(ב) המקורות ההיסטוריים של המידתיות

מניתוח מנגנוני הפגיעה בזכויות חוקתיות (פסקת ההגבלה, פסקת ההתגברות ופסקת שמירת הדינים) ברק עובר לניתוח מקורותיה של המידתיות. הוא סבור כי המידתיות היא ביטוי לצדק אנושי, לחשיבה רציונלית, לתפיסה ליברלית ולמשפט טבעי. לדבריו, ניתן למצוא לה הדים כבר במשפט הרומי והיווני, ובהמשך במגנה כרטא ובמשפט הביני-לאומי הפומבי של ימי-הביניים, שעניינו ניהול מלחמות צודקות. התפתחותה של המידתיות מתוארת כקשורה למעבר מתורת משפט של מושגים לתורת משפט של אינטרסים.

כאמת-מידה של המשפט הציבורי, מקורה ההיסטורי של המידתיות נעוץ במשפט הציבורי הגרמני. היא מיוחסת במיוחד לקרל גוטליב סוארוז – הנסח העיקרי של הקודקס

61 דוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי" עניינה הגבלת מתקן החוקה מפני אימוץ שינויים חוקתיים מסוימים. לרוב דוקטרינה זו מעוגנת בלשון החוקה עצמה באמצעות פסקות נצחיות, אך יש שיטות משפט שאימצו דוקטרינה זו בדרך של פרשנות. ראו אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" ספר גבריאל בכ 361 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בכ עורכים, 2011).

62 בפרשת מיטראל, לעיל ה"ש 48, בעמ' 28, קובע הנשיא ברק כי "...גם אם נניח – בלא להכריע בדבר – כי קיימים עקרונות יסוד ומטרות אשר חוק חורג אינו יכול לפגוע בהם, הרי אלה הם בוודאי עקרונות יסוד ומטרות אשר כל המבנה החוקתי שלנו, לרבות חוקי היסוד עצמם, מושתתים עליהם, ואשר הפגיעה בהם היא מהותית וקשה... זה אינו המקרה שלפנינו" (ההדגשה הוספה).

63 פסקת שמירת הדינים מצויה בס' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לשונה: "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד." הוראה זו מגינה על הדין הישן מפני ביטולו באמצעות ביקורת שיפוטית.

האזרחי הפרוסי, בן המאה השמונה-עשרה – אף שהלה לא השתמש במונח "מידתיות" במפורש. המידתיות הופיעה במשפט הפוזיטיבי במחצית השנייה של המאה התשע-עשרה כחלק מהמשפט המנהלי הפרוסי. לאחר מלחמת-העולם השנייה נדדה המידתיות מן המשפט הציבורי הגרמני אל המשפט האירופי של זכויות האדם ואל משפט הקהילייה האירופית, משם למשפטן הפנימי של מדינות מערב אירופה שהן צד לאמנות האירופיות, ומהן למדינות שאינן אירופיות, בעיקר לקנדה ולדרום-אפריקה (עמ' 232–237). אנו בארץ הושפענו מקנדה באמצעו את המידתיות. בלשונה של ויינרב, מידתיות היא כיום הפרדיגמה בהגנה על זכויות חוקתיות (עמ' 230).⁶⁴ ראוי לציין כי בפרק זה ברק מתחקה אחר ההיסטוריה של המידתיות כמושג. לכן אין בפרק התמקדות בהיסטוריה של הרכיב השלישי של המידתיות, דהיינו רכיב האיזון החוקתי, שהוא המרכזי בניתוחו של ברק.

(ג) המקורות המשפטיים של המידתיות

ברק מכיר בכך ששיטות חוקתיות שונות אימצו את דיני המידתיות אף שהמונח "מידתיות" אינו מוזכר בחוקתן. בקנדה, שממנה שאבנו את המידתיות, אין כלל אזכור מפורש למידתיות בחוקה.⁶⁵ בדומה לקנדה, גם בחוק-היסוד הגרמני אין כל הוראה מפורשת בעניין המידתיות, אף שגרמניה נחשבת לארץ-מולדתה של המידתיות. עובדה זו לא מנעה את בית-המשפט החוקתי הגרמני מלהכיר בכך שכל הזכויות החוקתיות, למעט הזכות לכבוד האדם, ניתנות להגבלה מידתית. בחלק מהמדינות הסיקו בתי-המשפט את דרישת המידתיות מן הביטוי שהפגיעה צריכה להיות "נחוצה", בחלק מהן הם הסיקו אותה מלשון החוקה שלפיה ההגבלה צריכה להיעשות ב"חוק", ובחלק אחר הוסקה מידתיות אף בהעדר כל הוראה בעניין, ואף שניסוחן של הזכויות היה בלשון מוחלטת (עמ' 264–265). רק במקצת המדינות נעשה שימוש מפורש במונח "מידתיות" בחוקה, וגם זאת מבלי לפרט מידתיות זו מהי.⁶⁶

שלושת מבחני-המשנה של המידתיות שמכוחם מבטלים חוקים בישראל נלמדו מן הפסיקה ההשוואתית בסוגיה, ובמיוחד מהלכת *Oakes* הקנדית, ויובאו לארץ בפרשת **בנק המזרחי** (עמ' 171, 231).⁶⁷ לשלושת מבחני-המשנה יש סימוכין בדין הגרמני, בדין הקנדי ובפסיקה מכוח האמנה האירופית לזכויות אדם (עמ' 261). אין להם אזכור מפורש

64 Lorraine E. Weinrib, *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism*, in THE MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS 84, 96 (Sujit Choudhry ed., 2006).

65 במקום זאת נאמר בחוקה כי הגבלת הזכות צריכה להיות "נחוצה או סבירה בחברה דמוקרטית". הצ'רטר הקנדי, לעיל ה"ש 60, ס' 1. מכך הסיקה הפסיקה הקנדית, בפרשת *Oakes*, כי הפגיעה בזכויות צריכה להיות "מידתית". *R v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 (Can.). ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 170, 238.

66 יוצאת-דופן היא דרום-אפריקה, שבה פורטו רכיבי המידתיות בחוקה, אך גישתה למידתיות בעייתית, לדעת ברק, בהיותה פתוחה, ולא מובנית. כך, חוקת דרום-אפריקה מאפשרת לרשויות להביא בחשבון שיקולים רלוונטיים נוספים לצד מבחני המידתיות המפורשים שפורטו בה. ראו: S. AFR. CONST., 1996, ch. 2, sec. 36; ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 649–650.

67 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 35, בעמ' 436–437; פרשת *Oakes*, לעיל ה"ש 65.

בחוקי-היסוד מעבר לביטוי הכללי שפגיעה בזכויות צריכה להיות "במידה שאינה עולה על הנדרש".⁶⁸

ברק כותב כי המידתיות חייבת עיגון בחוקה כדי שהיא תאפשר פגיעה בזכות חוקתית באמצעות נורמה תת-חוקתית (עמ' 263). כיצד אפוא ניתן להסיק את המידתיות בהעדר לשון מפורשת בחוקה? כאן ברק מציע ארבעה מקורות חלופיים למידתיות, אשר די באחד מהם לבססה: מידתיות נגזרת מהדמוקרטיה, היא נובעת משלטון החוק, היא אינהרנטית לפתרון התנגשות בין עקרונות משפט, והיא מתבקשת מפרשנות הרמונית של החוקה (עמ' 265). ראשית, ברק מציע כי אופייה הדמוקרטי של המדינה הוא חלק מחוקתה המפורשת או המשתמעת. הכוונה היא לערכי הדמוקרטיה הפורמלית והמהותית כאחד. האיזון בין שני סוגי הערכים של הדמוקרטיה נעשה באמצעות המידתיות (עמ' 266–273, 568). שנית, ברק נשען על הפסיקה והספרות הגרמנית כדי לטעון כי מעקרון שלטון החוק נגזרת המידתיות.⁶⁹ בישראל שלטון החוק אינו מופיע מפורשות בחוקה, אלא הוא עצמו נגזר מהדמוקרטיה (עמ' 276–280). שלישית, ברק מסכים עם אלקסי כי עצם ההתנגשות בין עקרונות משפט שונים מחייבת פתרון בדרך של מידתיות (עמ' 285–288). לבסוף, ברק מציע כי המידתיות מתחייבת מגישה פרשנית המבקשת למצוא הרמוניה בין חלקיה השונים של החוקה (עמ' 290). ברק מסכם כי המידתיות אפשרית לפי כל אחד ממקורות אלה, אך אף הוא מכיר בכך שהיא אינה הכרחית לפי מקורות אלה. יתר על כן, ברק מכיר בכך שהוא טרם הניח את התשתית לטיעון כי המידתיות היא הכלי הטוב ביותר להגשמתן של מטרות אלה. תשתית זו תונח בשער האחרון של הספר.

לסיכום, ברק סבור שפסקת ההגבלה היא דרך-המלך לבחינת חוקתיותם של חוקים ומעשי מנהל, אך שפסקות ההתגברות ושמירת הדינים הן פשרות לגיטימיות במאמץ להשיג חוקה ישראלית שלמה. הוא נועץ את מקורותיה ההיסטוריים של המידתיות במשפט הציבורי הגרמני של המאה התשע-עשרה, וסבור כי ניתן להסיק באופן משפטי את החובה החוקתית לנהוג במידתיות אף בהעדר לשון מפורשת בחוקה.

3. מרכיביה של המידתיות

השער השלישי (הכולל שמונה פרקים) עניינו מרכיביה של המידתיות. בשער זה ברק בוחן את רכיביה של כל אחת מדרישות המידתיות – תכלית ראויה, מבחן הקשר הרציונלי, מבחן הצורך ומבחן האיזון החוקתי – כדי להדריכנו בפרקטיקה של המידתיות. נוסף על כך הוא מחיל את המידתיות לא רק על מעשי המחוקק, אלא גם על

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

69 בחוקת גרמניה עקרון שלטון החוק מופיע במפורש ביחס ל-länder בלבד (ס' 28 לחוקה הגרמנית GRUNDGESETZ FÜR DIE BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND [GRUNDGESETZ] [GG] [BASIC]) (LAW], May 23, 1949, BGBl I (Ger.). ביחס לשלטון המרכזי הוא מוסק מעקרון הדמוקרטיה. ראו ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 277–278.

מחדליו, וזאת באמצעות קידום הרעיון של זכויות חיוביות. הוא אף עוסק בשאלת החלוקה של נטל העבודה בין הרשויות השונות לבין עצמן וכן בין הצדדים להליך לבין עצמם בבחינת המידתיות.

(א) תכלית ראויה

ברק מתייחס לדרישת "התכלית הראויה" כדרישת-סף מינימלית של לגיטימיות (עמ' 301).⁷⁰ לדעתו, מעקרון הפרדת הרשויות מתחייב שלמחוקק יהא שיקול-דעת רחב ביותר בקביעת המטרות שהוא מבקש להגשים באמצעות חקיקה. לשיטת ברק, בחינת התכלית מתמקדת במטרת החוק, ולא בתוצאותיו בפועל. נוסף על כך, מטרת הדרישה ל"תכלית ראויה" היא לפסול מטרות מסוימות כלא-ראויות, אף ללא קשר לאמצעים שנבחרו כדי לממשן. אף ההפך נכון – אי-מידתיות של החוק אינה הופכת את מטרת החוק ללא-ראויה (עמ' 299).

(1) זיהוי סוג "התכלית הראויה"

דרישת "התכלית הראויה" כוללת התייחסות לשתי סוגיות עיקריות: האחת, זיהוי סוג המטרות שייחשבו ראויות; והאחרת, קביעת רף של מידת הנחיצות או הדחיפות בהגשמת המטרות. המטרות הראויות נחלקות לשני סוגים: (1) הגנה על זכויות אדם אחרות (מהזכויות שנפגעות), בין שהן חוקתיות ובין שהן אינן חוקתיות; (2) קידום טובת הכלל. "טובת הכלל" היא כל אינטרס שאינו זכות, דהיינו, הגדרה שיווית (עמ' 325–326). ברק מונה בכלל "טובת הכלל" את עצם קיומה של המדינה, בטחונה, סדר ציבורי, צדק, סובלנות, רגשות אדם וכיוצא באלה (עמ' 328–343). ברק אף מדגיש כי מטרת חוק שאינה מתיישבת עם עצם קיומה של המדינה תהווה תכלית שאינה ראויה (עמ' 328).

המייחד דמוקרטיה, לדעת ברק, הוא שלא כל שיקול של "טובת הכלל" מהווה מטרה ראויה (עמ' 304). לעומת זאת, הגנה על זכות חוקתית אחרת (מהזכות הנפגעת) מהווה כשלעצמה מטרה ראויה. כיצד נבחין בין מצבים שבהם החוק פוגע בזכות חוקתית אחרת לבין מצבים שבהם הוא פוגע רק באינטרס של הכלל? לדברי ברק, "פיתוח זה חורג ממסגרתו של ספר זה" (עמ' 306).⁷¹

אף-על-פי שחוקי-היסוד משנת 1992 דורשים שחוק הפוגע בזכות חוקתית גם "יהלום את ערכיה של מדינת ישראל" וגם יהא ל"תכלית ראויה", ברק אינו מבחין בין

70 ברק שואב את דרישת התכלית הראויה מהעיגון החוקתי המפורש בס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק. עם זאת, הוא מציין כי העיגון לדרישת התכלית הראויה משתמע מעקרון הדמוקרטיה ומעקרון הפרדת הרשויות, שהם בעלי מעמד חוקתי בין שהם קבועים בחוקה במפורש ובין שהם רק משתמעים ממנה. ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 296.

71 ברק מִפְנֵה בהקשר זה למאמרם של אורן גזל-אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות?" משפטים מא 97, 136–150 (2011), המציעים כי יובאו בחשבון, בין היתר, הפרמטרים הבאים: מסוימותו של הנפגע, אם יש קשר ישיר בין מעשה המדינה לבין הפגיעה שנגרמת לאדם פלוני, ואם יש הסתברות גבוהה לפגיעה באדם מסוים.

השניים, אלא רואה בדרישה הראשונה חלק מהדרישה הכללית יותר שהחוק יהא לתכלית ראויה (עמ' 296). כלומר, כדי שחוק הפוגע בזכות חוקתית יהא "לתכלית ראויה" במדינת-ישראל, חובה עליו, בין היתר, להלום את ערכיה של המדינה היהודית והדמוקרטית.⁷² במסגרת זו על השופט לבחור באותה רמת הפשטה גבוהה של ערכים שתבטיח אחדות בין ערכים יהודיים לבין ערכים דמוקרטיים. רק אם אי-אפשר לעשות זאת, על השופט לאזן בין ערכי המדינה היהודית לבין ערכי המדינה הדמוקרטית (עמ' 316–317).

(2) מידת נחיצותה של התכלית

עד כה דנו בזיהוי סוג התכליות הראויות. אך בכך אין די. יש לבחון גם מה מידת הנחיצות או הדחיפות בהגשמת המטרה, על-מנת שזו תיחשב ראויה. בהקשר זה ברק כותב כי שתי גישות עיקריות מסתמנות במשפט החוקתי ההשוואתי. האחת קובעת רמה אחידה של נחיצות שעל מטרת החוק לעמוד בה על-מנת שתיחשב ראויה. זו גישתם של הדין הקנדי, הדין הגרמני והדין הדרום-אפריקאי. עם זאת, הדין הגרמני קובע, לדעת ברק, רף אחיד נמוך מדי של נחיצות.⁷³ לעומת זאת, הגישה הקנדית קובעת, לדעת ברק, רף אחיד גבוה מדי של נחיצות (דרוש צורך דחוף ומהותי, ואין די בצורך סביר). הגישה האחרת קובעת את רמת הנחיצות הנדרשת של החוק לפי חשיבותה של הזכות הנפגעת: ככל שהזכות חשובה יותר כן תידרש מטרה דחופה ונחוצה יותר כדי להצדיק פגיעה בזכות. זו הגישה האמריקאית (עמ' 346). לדעת ברק, סוגיה זו נותרה בצריך עיון בפרשת **בנק המזרחי**,⁷⁴ אך כיום אימצה הפסיקה הישראלית את הגישה האמריקאית בעניין זה (עמ' 353).⁷⁵ גישה זו היא אף הראויה יותר, לדעת ברק, שכן לגישתו, לא כל הזכויות החוקתיות חשובות מבחינה חברתית באותה מידה. כמו-כן, קביעת רף אחיד גבוה מדי תביא לידי כך שלא יהיה אפשר לעמוד בו, ובפועל הוא לא ייושם, כפי שאכן קרה בקנדה. בקנדה כמעט כל חוק נמצא מקיים את דרישת התכלית

72 בהגדירו את המדינה היהודית ברק נאמן לפסיקת העבר שלו. מדינה יהודית, לדעתו, כוללת את חוק השבות, התיישבות יהודית, טיפוח תרבות יהודית, שפה עברית כשפה עיקרית וחגים יהודיים כחגים מרכזיים במדינה. החובה לנהוג בשוויון כלפי כל אזרחי המדינה היא חלק מאופייה של המדינה כיהודית וכדמוקרטית כאחד. ברק גם מדגיש כי בעיניו יהדות כוללת פלורליזם דתי והטרוגניות בדת, וכי הוא יעדיף ערכים של זרמים אוניוורסליים על ערכים של זרמים פרטיקולריסטיים ביהדות. ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 308–315.

73 בגרמניה די בתכלית לגיטימית, דהיינו, תכלית שאינה אסורה לפי החוקה. ראו: Dieter Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, 57 U. TORONTO L.J. 383, 388 (2007).

74 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 35, בעמ' 434–435.

75 ברק מסתמך, בין היתר, על פסקי-הדין הבאים: פרשת **חורב**, לעיל ה"ש 59, בעמ' 53; בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, 548–549 (2005); בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פ"ד סא(1) 619, 698–700 (2006); פרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 19, בעמ' 321.

הראויה דה־פקטו (עמ' 346–349). מאידך גיסא, קביעת רף אחיד נמוך מדי, כמו בגרמניה, לא תספק הגנה הולמת מפני פגיעה בזכויות החוקתיות החשובות. אילו זכויות חוקתיות הן החשובות יותר במשפט הישראלי ולכן דורשות לשם פגיעה בהן נחיצות רבה יותר של מטרה? ברק מציע כי חופש התנועה, כבוד האדם, הקניין והשוויון הם הזכויות המצויות ברמה הגבוהה ביותר (עמ' 354). כדי להצדיק פגיעה בזכויות אלה דרושה, לדבריו, תכלית העולה כדי "צורך חברתי דחוף או עניין חברתי מהותי" (עמ' 353).⁷⁶

(3) זיהוי תכליתו של החוק

הסוגיה האחרונה שברק מתמודד עימה בפרק זה היא כיצד נזהה מהי מטרת הנורמה הפוגעת בזכות חוקתית. ברק מציין כי שאלה זו היא "מהשאלות הקשות של המשפט החוקתי" (עמ' 359). השאלה העיקרית היא אם התכלית הקובעת היא "התכלית הסובייקטיבית" של יוצרי הנורמה בעת חקיקתה או "התכלית האובייקטיבית" בעת ההכרעה בשאלת חוקתיותו של החוק (עמ' 359).⁷⁷ ברק סוקר את הפסיקה בקנדה, בדרום־אפריקה ובארצות־הברית כדי להראות כי אין תשובה אחידה לסוגיה, אפילו בתוככי אותה מדינה, אלא הכל תלוי־הקשר (עמ' 359–366). בהקשר הישראלי הוא טוען כי הסוגיה נידונה אך ורק בפרשת **בנק המזרחי**,⁷⁸ וכי היא טרם הוכרעה בפסיקה (עמ' 366–367).

פתרונו של ברק הוא שתכליתו של החוק צריכה להיות ראויה לפי מבחן סובייקטיבי ואובייקטיבי כאחד, דהיינו, מבחן מצטבר. די באי־התקיימות של אחד מהם על־מנת לשלול את חוקתיותו של החוק. בכך ברק מותיר את חברי הגוף המחוקק אחראים למעשיהם. אפילו היה אפשר לקבוע כי תכלית החוק האובייקטיבית ראויה, אם כוונת המחוקקים הייתה לא־ראויה, ראוי לפסול את החוק. ההפך אף הוא נכון. חוק חייב להיות חוקתי לכל אורך ימי חייו, ועל־כן ייתכן שהוא היה חוקתי בעת חקיקתו אך תכליתו האובייקטיבית אינה ראויה כיום.

לסיכום, ברק רואה בדרישת התכלית הראויה דרישה עצמאית המנותקת מהאמצעים שנבחרו ליישום מטרת החוק. הוא סבור כי הגנה על זכויות אדם תהא תמיד תכלית ראויה. לא כן הדבר ביחס לאינטרסים ציבוריים, שרק חלקם ראויים להכרה כתכלית ראויה. מידת נחיצותה של התכלית שתצדיק פגיעה בזכויות חוקתיות צריכה להשתנות לפי חשיבותה של הזכות החוקתית שנפגעת. דינה של התכלית ייחרץ לפי מבחן מצטבר אובייקטיבי וסובייקטיבי כאחד.

76 בפרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 19, בעמ' 321, ברק מציין כי "יתכן ופגיעות בזכויות מרכזיות פחות יצדיקו רמת נחיצות נמוכה יותר". בספרו הוא מוסיף כי טרם נקבעה הלכה באשר לרמתה של אמת־מידה זו. ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 355.

77 התכלית הסובייקטיבית עניינה בזיהוי תכליתו של יוצר הטקסט, ואילו התכלית האובייקטיבית עניינה בקידום ערכי־היסוד של השיטה. ראו ברק, לעיל ה"ש 15, בעמ' 165, 195.

78 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 35, בעמ' 342–343, 345.

(ב) מבחן-המשנה הראשון של המידתיות – מבחן הקשר הרציונלי

מבחן הקשר הרציונלי מחייב קשר רציונלי בין האמצעים שנבחרו לבין מטרת החוק. ברק פותח את הפרק שדן במבחן זה בחמש דוגמות מהפסיקה בארץ ובעולם הממחישות את מבחן הקשר הרציונלי. ככולן נפסלו חוקים או מעשי מנהל בגין אי-עמידתם במבחן-משנה ראשון זה של המידתיות (עמ' 374–376). מבחן זה דורש שעם חקיקת החוק גדל הסיכוי להגשמת המטרה (עמ' 374). אין דרישה שהאמצעי יגשים את המטרה במלואה. הגשמה חלקית, ובלבד שהיא אינה שולית או זניחה, מקיימת מבחן זה. הדברים נכונים אף אם אין אלה האמצעים היעילים להגשמת המטרה (עמ' 377). עם זאת, אין לפגוע בזכות החוקתית על-סמך הערכות מפוקפקות או תלושות מהמציאות (עמ' 381).⁷⁹

ברק מציע לפתח בעתיד דרישת הסתברות להגשמת המטרה באמצעות האמצעי שנבחר שתהיה פונקציה של חשיבות הזכות (עמ' 388). עם זאת, הוא מביע את נטייתו לא לאמץ דרישת "ודאות קרובה" שהאמצעי יגשים את המטרה, אלא להסתפק בדרישת הסתברות נמוכה יותר שהחוק יגשים את מטרתו (עמ' 388).

המבחן לקיומו של קשר רציונלי הוא מבחן התוצאה בפועל. נטל ההוכחה על הטוען כי החוק עומד במבחן הקשר הרציונלי, אך יינתן משקל מיוחד לדבריהם של מומחים מטעם המדינה (עמ' 383). ברק מדגיש כי הבחירה בין האמצעים הרציונליים השונים, האפשריים, להגשמת המטרה אינה נעשית במסגרת מבחן-משנה ראשון זה של המידתיות (עמ' 376).

(ג) מבחן-המשנה השני של המידתיות – מבחן הצורך*(1) הגדרת המבחן*

נהוג לתאר את מבחן הצורך בארץ באמצעות המטפורה של "טיפוס בסולם": בטפסו על סולם הפגיעה בזכויות לשם הגשמת מטרת החוק, אנו מצפים שהמחוקק יעצור בשלב הראשון שבו המטרה מוגשמת במלואה, כלומר, בשלב שמגשים את המטרה אך שפגיעתו בזכויות היא הקטנה ביותר. דרישת הצורך מתמקדת בצורך באמצעים שנבחרו להגשמת מטרת החוק, ולא בעצם הצורך בהגשמת המטרה. בשלב זה של הבחינה החוקתית אנו מניחים כי יש צורך במטרת החוק, שכן צורך זה נבחן במסגרת "התכלית הראויה" (עמ' 394).

פירושו של מבחן הצורך הוא שאין חלופה היפותטית לחוק שמגשימה כמוהו את תכליתו אך שפגיעתה בזכויות פחותה (עמ' 392). לדעת ברק, מבחן הצורך מבטא יעילות

79 פרשת **המועצה האזורית חוף עזה**, לעיל ה"ש 75, בעמ' 572–576. פרשה זו היא דוגמה לכך שבית-המשפט ראה חוק כמקיים את דרישת הקשר הרציונלי אף שהיה חוסר ודאות עובדתי גדול לגבי השפעת הפינוי מעזה על סיכויי השלום באזור או על רמת הביטחון. ברק רואה בפרשה זו דוגמה קיצונית לשיקול-הדעת הרחב המסור למחוקק בבחירת האמצעי הרציונלי להגשמת המטרה. ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 380.

פְּרָטו.⁸⁰ המבחן אינו דורש בחירה באמצעי שפגיעתו פחותה אם אין הוא יכול להביא לידי הגשמת המטרה באותה מידה כמו האמצעי שבחר המחוקק (עמ' 395). כדי שהחוק לא יעמוד במבחן הצורך, "נדרש כי האמצעים החלופיים יגשימו את מטרת החוק מבחינת הכמות, האיכות וההסתברות כמו האמצעים של החוק הפוגע או במידה העולה על זו שנקבעה בחוק" (עמ' 399–400). מבחן הצורך אינו בוחן את השאלה אם ניתן להגשים את החוק על-ידי אמצעים שפגיעתם פחותה אך שגורמים פגיעות נוספות בזכויות אחרות או בזכויותיהם של אנשים אחרים, או מחייבים שינויים בתקציב או בסדרי עדיפויות לאומיים (עמ' 400–401). "מבחן הצורך מוחל במקרה ה'נקי' שבו הגשמתה של המטרה החקיקתית אפשרית על-ידי נקיטת אמצעים פוגעים פחות בזכות אדם, כשכל שאר הפרמטרים החברתיים אינם משתנים" (עמ' 401). ולהפך – מוכח שיש צורך באמצעי שנבחר בחוק אם כדי לפגוע פחות בזכות האדם צריך לעשות ויתורים בתחומים אחרים (זכויות אחרות, זכויות של אנשים אחרים, תקציב, סדרי עדיפויות וכדומה) (עמ' 403). נוסף על כך, על החלופה ההיפותטית לפגוע פחות בזכות החוקתית מכל ההיבטים (היקף הפגיעה, עוצמתה, זמן תחולתה ומידת הסתברותה) כדי להיחשב ככזו הפוסלת את החוק על יסוד העדר צורך. אין די בכך שרק בחלק מההיבטים היא פוגעת פחות בזכות, בעוד מהיבטים אחרים היא פוגעת בה יותר (עמ' 405).

ברק מונה כמה "כללי-אצבע" ליישום גישתו. לדעתו, הפעלת המבחן "קלה יחסית כשהאמצעים נמצאים על רצף הגיוני מהקל אל הכבד" (עמ' 406). איסור מלא פוגע בזכויות יותר מאיסור חלקי. הגבלה החלה על חלק מתושבי המדינה היא קלה יותר מהגבלה החלה על כלל התושבים (עמ' 406). עדיפה בדיקה פרטנית (אינדיווידואלית) ויצירת חריגים על איסור גורף. "בדיקה אינדיבידואלית כללית פוגעת יותר מבדיקה אינדיבידואלית המבוססת על מידע מוקדם או על קטגוריזציה מסוימת" (עמ' 407). עם זאת, ברק מדגיש כי לעיתים האמצעים הפוגעים פחות לא יגשימו את מטרת החוק במלואה, ולכן לא יהא בהם כדי להביא לידי פסילת החוק על יסוד העדר צורך.

(2) זיהוי מטרת החוק

כיצד נדע מהי מטרת החוק שיש להגשימה במלואה במסגרת מבחן הצורך? כאן ברק קובע כי התכלית הרלוונטית היא בדיוק זו שהציב לעצמו המחוקק, דהיינו, תכליתו הסובייקטיבית של המחוקק. אביא כאן את הדברים מפי אומרם בשל חשיבותם הרבה: "רמת ההפשטה שעל פיה תיבחן מטרת החוק... נקבעת על פי המטרה שעמדה הלכה למעשה ביסוד החוק. השאלה אינה אם באופן תיאורטי ניתן לייחס לחוק מטרה מסוימת, אלא מה הייתה המטרה הלכה למעשה. בית-המשפט אינו בוחר את המטרה. הבחירה נעשית על-ידי המחוקק" (עמ' 411).

מדוע ברק מתעקש להיצמד לתכליתו הסובייקטיבית של המחוקק בהקשר של מבחן הצורך? משום שגורל חוקתיותו של החוק ייחרץ לפי מידת ההפשטה של התכלית ששם לעצמו המחוקק. שוב, בשל חשיבותם הרבה של הדברים, אביא אותם בלשון אומרם: "ככל שרמת ההפשטה של המטרה הראויה היא גבוהה יותר, כן קל יותר להצביע על

80 להגדרת פְּרָטו ראו לעיל ה"ש 24.

אמצעים חלופיים הפוגעים בזכות החוקתית פחות משעושה זאת החוק, ובכוחם להגשים את המטרה באותה מידה של יעילות. לעומת זאת, ככל שרמת ההפשטה של המטרה נמוכה יותר, כן יקשה להצביע על העדר צורך באמצעים שקבע החוק" (עמ' 410). מצב של כיסוי-חסר של החוק (under inclusiveness) – דהיינו, מצב שבו האמצעי שהמחוקק בחר אינו מגשים את מטרת החוק במלואה – אינו מעורר קושי במסגרת מבחן הצורך. לעומת זאת, מצב של כיסוי-יתר של החוק (over inclusiveness, over breadth) – דהיינו, מצב שבו האמצעי שהמחוקק בחר מגשים מעבר למטרת החוק – מעורר דילמות במסגרת מבחן הצורך. אם אין אפשרות עובדתית ומשפטית כאחד להפריד בין כיסוי-יתר לבין הכיסוי הנדרש, אזי החוק עומד במבחן הצורך. אך אם ניתן להפריד עובדתית בין האמצעים החיוניים להגשמת מטרת החוק לבין אלה שאינם דרושים לה, אזי יש לבטל אותו חלק מהחוק אשר מביא לידי כיסוי-יתר ואינו דרוש להגשמת תכליתו. אם המחוקק אינו מתיר זאת משפטית, יש לבטל את החוק כולו (עמ' 412–415).⁸¹

ברק מסיים פרק זה בציינו כי הפסיקה הישראלית, לרבות שלו עצמו, התייחסה למבחן הצורך כאל "ליבו של מבחן המידתיות" (עמ' 415), אך כיום הוא סבור כי הבכורה בעניין זה שמורה דווקא למבחן-המשנה השלישי של המידתיות, שעניינו באיזון החוקתי. ברק אומר כאן שוב דברים מרתקים שראוי להביאם בלשונו: "ראוי לשופט לומר האמת. והאמת היא כי לא פעם מוכרעת השאלה אם החוק הפוגע הוא חוקתי בקביעה כי קיים אמצעי שפגיעתו פחותה, אך בחינה נוספת מגלה כי אמצעי זה אינו משיג את המטרה המלאה, או שלשם השגתה המלאה של המטרה יש לשנות את סדר העדיפויות הלאומיות או לפגוע בזכויות אחרות. במקרה זה יש לקבוע כי יש צורך בחוק, וכי האמצעי שפגיעתו פחותה אינו מגשים את מטרת החוק. במצב דברים זה ההכרעה בדבר חוקתיות החוק תתקבל במסגרת מבחן-המשנה השלישי" (עמ' 416–417). אודה כי רק בקריאה נוספת של דברים אלה הבנתי את גודל החידוש בדבריו של ברק. אעמוד עליהם בהמשך.⁸²

(ד) מבחן-המשנה השלישי של המידתיות – מבחן האיזון

הפרק השנים-עשר הוא לכאורה גולת הכותרת של ספרו של ברק, שכן הוא עוסק בליבה של המידתיות לשיטתו. לדבריו, "זהו המבחן החשוב ביותר" (עמ' 419). עם זאת, דווקא פרק זה כתוב בתמציתיות בהשוואה לפרקים אחרים של הספר. ברק מציע כי מבחן-המשנה השלישי של המידתיות עניינו בהערכת חוקתיותו של החוק במונחי תועלת (לטובת הכלל או לזכויות אחרות) מול נזק (לזכויות חוקתיות). זו הערכה ערכית של החוק (עמ' 422). בעוד שני מבחני-המשנה הראשונים של המידתיות מתמקדים ביחס

81 נראה שברק מתכוון, למשל, למצבים שבהם המחוקק כלל פסקות אי-הפרדה (in-severability clause), שבהן הוא מבטא את רצונו כי אם יימצא החוק לא-חוקתי, יש לבטלו במלואו, ולא בחלקו. לדין ראו, למשל: Israel E. Friedman, *Inseparability Clauses in Statutes*, 64 U. CHI. L. REV. 903 (1997).

82 ראו את הדין להלן בחלק 3(ב).

שבין מטרת החוק לבין האמצעים שנבחרו להגשמתה, מבחן-המשנה השלישי עניינו ביחס שבין מטרת החוק לבין הפגיעה בזכות החוקתית (עמ' 425).

בפרק זה ברק מציע שלושה חידושים עיקריים. ראשית, הוא מציע כי ניתן להתמודד עם הבעיה של העדר מכנה משותף להשוואה (incommensurability) בין הנזקים שחוקים גורמים לבין התועלות שהם מניבים באמצעות מבחן "החשיבות החברתית היחסית". "אמת-המידה הרלוונטית לקביעת המשקל של כל אחת מכפות המאזניים היא החשיבות החברתית היחסית של העקרונות המתנגשים בנקודת ההתנגשות" (עמ' 430). כיצד קובעים חשיבות חברתית יחסית? לעקרונות שבחוקה יש חשיבות חברתית גדולה יותר מאשר לעקרונות שמחוץ לחוקה. גם נורמות בעלות מעמד נורמטיבי שווה יכולות להיות שונות בחשיבותן החברתית. החשיבות החברתית היא פונקציה של גורמים הייצוניים לעקרונות המתנגשים (היסטוריה ותרבות של חברה) וכן של גורמים פנימיים המשקפים יחס בין עקרונות שונים (לדוגמה, זכות המהווה תנאי מוקדם לזכות אחרת עשויה להיתפס כחשובה ממנה) (עמ' 432). כך, למשל, הזכויות לחיים, לכבוד האדם, לשוויון, לביטוי פוליטי ולמינימום של קיום אנושי בכבוד הן תנאים מוקדמים להגשמת זכויות רבות אחרות. באופן דומה, חופש ביטוי פוליטי חשוב מחופש ביטוי מסחרי (עמ' 444).

שנית, ברק מציע שתהליך האיזון החוקתי יתמקד במונחי שוליות, ולא בערכים מוחלטים (עמ' 424). כפי שכתב ברק בפרשת **עדאלה**,⁸³ אין אנו בוחנים את החשיבות החברתית של בטחון המדינה מול החשיבות החברתית של מניעת פגיעה בזכות לחיי משפחה. בחינת חוקתיותו של החוק עוסקת בשאלה מצומצמת יותר: האם תוספת התועלת לבטחון המדינה שהחוק מניב מצדיקה את תוספת הנזק שהוא גורם לזכות לחיי משפחה (עמ' 433).

שלישית, ברק מציע לנו את מבחן "החלופה המידתית". לשיטתו, אם במסגרת מבחן-המשנה השני של צורך נבחנו כמה חלופות היפותטיות אפשריות לחוק אשר מקיימות את **עיקרי** התועלת החברתית מהחוק ופגיעתן בזכות החוקתית קטנה יותר, אך נדחו כי הן אינן מקיימות את כל התועלת החברתית שהמחוקק רוצה להגשים (עמ' 434), אזי עתה יש "להחיות" חלופות אלה לצורך דיון במבחן-המשנה השלישי של מידתיות. ברק מציע כי במבחן-המשנה השלישי יש לערוך השוואה לא בין החוק לבין המצב לפני חקיקתו, אלא בין החוק לבין המצב שיתקיים אם ההסדר שבחלופה ההיפותטית יאומץ בחקיקה. דהיינו, עלינו להשוות בין תוספת התועלת שהחוק יניב בהשוואה לחלופה ההיפותטית מול תוספת הנזק שהחוק יגרום לזכות בהשוואה לחלופה ההיפותטית (עמ' 435). מובן שהחלופה ההיפותטית באה בחשבון רק אם היא עצמה חוקתית. ברק טוען כי הפסיקה הישראלית כבר ערכה שימוש במבחן החלופה ההיפותטית המידתית – הן בדיון שלו עצמו בעניין **גדר-הפרדה**⁸⁴ והן בפסק-דינה של השופטת נאור בפרשת **הפרטת בתי-**

83 פרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 19, בעמ' 345.

84 בג"ץ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נח(5) 807, 840, 851–852 (2004) (להלן: עניין **גדר-הפרדה**). בפסק-דין זה נקבע כי תוואי גדר-הפרדה פוגע באופן לא-מידתי בזכויותיהם של התושבים לקניין ולחופש תנועה, וזאת בהסתמך על כך שיתכן תוואי חלופי לגדר-

הסוהר, שבו היא נסמכת על מאמרו של ברק (עמ' 435–436).⁸⁵ מה תרומתה של החלופה המידתית? לדעת ברק, היא מצמצמת את היקפה של פעולת האיזון החוקתי שבית־משפט עושה.

לאחר שהצטיידנו בשלושה כלים חדשים אלה (חשיבות חברתית יחסית, שוליות וחלופה מידתית), אנו ניגשים למלאכת האיזון החוקתי עצמה. מלאכה זו כוללת התחשבות בשלושה כללי איזון חוקתיים: כלל האיזון הבסיסי, כלל האיזון העקרוני (אשר נידון בפרקו האחרון של הספר) וכלל האיזון הקונקרטי. כללים אלה משמשים לבחינת חוקתיותו של החוק ברזולוציה הולכת וגוברת, החל במבחן כללי וכלה במבחן קונקרטי. תוכנו של כלל האיזון הבסיסי: "ככל שמגיעת 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" (עמ' 446–447).⁸⁶ ודוק: מדובר במבחני תוחלת הן בכף הפגיעה בזכות והן בכף הגשמת המטרה, כלומר, מביאים בחשבון הן את עוצמת הפגיעה (או התועלת) והן את הסתברות הפגיעה (או התועלת).⁸⁷ לדעת ברק, הכלל הבסיסי יכול להוביל לתוצאות דומות לתוצאות גישתו של דוורקין (שאינו מכיר באיזון) של "הזכות כקלף מנצח" (עמ' 449).⁸⁸

לעומת כלל האיזון הבסיסי, כלל האיזון הקונקרטי רגיש לנסיבות המקרה. לדוגמה, בית־המשפט החוקתי הגרמני שוכנע כי יש למנוע שידור על פשע שסוקר בעבר בתקשורת, שכן עיתוי השידור היה מועד שחרורו של מבצע הפשע מהכלא. הלה עתר

ההפרדה אשר ישיג פחות ביטחון אך יפגע פחות בזכויות התושבים. בלשון הנשיא ברק: "הפער בין מרכיבי הביטחון הנדרשים על־פי גישתו של המפקד הצבאי לבין מרכיבי הביטחון של התוואי החלופי קטן ביותר ביחס לפער הרב שבין גדר המפרידה בין התושבים המקומיים לבין אדמותיהם לבין גדר שאינה יוצרת הפרדה זו, או שההפרדה הנוצרת היא קטנה וניתן לחיות עימה." שם, בעמ' 852.

85 פרשת הפרטת בתי־הסוהר, לעיל ה"ש 32, פס' 24–27 לפסק־דינה של השופטת נאור. השופטת נאור קובעת כי חוק הפרטת בתי־הסוהר אינו מידתי בהשוואה לחלופה של הפרטה חלקית, וזאת אף שהמדינה בחרה לא לאמץ הפרטה חלקית מטעמים כלכליים ותפעוליים. שם, פס' 22. ראו גם אהרן ברק "איזון חוקתי עקרוני ומידתיות: ההיבט התורתי" ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק, 39, 60–64 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009).

86 גישתו של ברק שונה מגישתו של אלקסי. אלקסי אינו מתחשב בחשיבותה של הזכות הנפגעת, אלא רק במידת הפגיעה בה. ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 448.

87 כאשר ברק בוחן את עוצמת הפגיעה בזכות, הוא אינו מתמקד רק בחשיבותה החברתית של הזכות, אלא גם בפרמטרים נוספים. בלשונו: "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." ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 455.

88 RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY (1977); Ronald Dworkin, *Rights As Trumps*, in THEORIES OF RIGHTS 153 (Jeremy Waldron ed., 1984).

בטענה שהשידור יפגע בסיכויי שיקומו בחברה ובזכותו לפיתוח אישיותו.⁸⁹ ברק מציג כי ממקרה זה ניתן להסיק בהיקש פרשני על מקרים נוספים הדומים לו במערכת הנתונים העובדתית (עמ' 451–453).

מה קורה אם כפות המאזניים מעוינות? ברק סבור כי "המקרים שבהם יתרחש מצב דברים זה הם בוודאי מעטים" (עמ' 449). מכל מקום, סוגיה זו אין דינה להיפתר באמצעות מענה לשאלה "על מי מוטל נטל השכנוע", שכן נטל השכנוע רלוונטי למצב עובדתי, ולא משפטי. מבחינה לשונית, פסקת ההגבלה קובעת כי על החוק הפוגע בזכות החוקתית לעשות כן "במידה שאינה עולה על הנדרש". לכאורה, אפוא, דינו של החוק לעבור בחינה חוקתית במצב שבו כפות המאזניים מעוינות. עם זאת, ברק דוחה פתרון פרשני זה. לטענתו, אין הפתרון נגזר מדיני המידתיות (עמ' 450), אלא הסוגיה צריכה למצוא את פתרונה במסגרת השקפת-עולם חוקתית. כאן הוא מבחין בין שני מצבים: אם שתי כפות המאזניים נושאות זכויות חוקתיות, אזי יש להותיר את הנושא לשיקול-דעתו של המחוקק, כלומר, החוק יימצא חוקתי. אך אם אחת מכפות המאזניים נושאת זכות אדם חוקתית ואילו האחרת נושאת אינטרס של טובת הכלל, כאן תגבר הזכות החוקתית בשל מעמדה וחיבותה, כלומר, החוק יימצא לא-חוקתי. עם זאת, ברק מכיר בכך ששיטה דמוקרטית חוקתית עשויה לפתור דילמה זו, באופן לגיטימי, גם בדרך אחרת.

לסיכום, ברק מפרש בצמצום את הדרישות של מבחן הקשר הרציונלי ומבחן הצורך, באופן המקל על חוקים ומעשי מנהל לעבור בחינה חוקתית במסגרתם. לעומת זאת, הוא מרחיב בדרישות של מבחן האיזון החוקתי, באופן שהופך את המבחן לאמת-המידה העיקרית לבחינת חוקתיותם של מעשי השלטון.

(ה) היחס בין מידתיות לסבירות

ברק אינו מסתפק בבחינת דרישותיה של המידתיות, אלא דן גם ביחס שבינה לבין עילת הסבירות. לדעתו, נדרשת גישה אחידה לבחינת חוקתיותם של חוקים ומעשי מנהל, שכן אם החוק המסמיך אינו חוקתי, ממילא גם פעולת המנהל הנסמכת עליו אינה חוקתית; ואם החוק חוקתי ופעולת המנהל אינה מידתית, היא ממילא תיחשב כחורגת מגדר ההסמכה שבחוק (עמ' 455–456).

המשפט המנהלי הישראלי פיתח תחילה את הסבירות, וכיום הוא משתמש בשתי העילות כאחת. לדעת ברק, טרם ניתנה תשובה מקיפה בארץ לגבי היחס בין עילת הסבירות לבין עילת המידתיות – לא במשפט המנהלי ולא במשפט החוקתי. לדעתו, בלב שתי העילות מצויה טכניקת איזון זהה. עם זאת, לעילת המידתיות יש יתרונות על עילת הסבירות: היא שקופה, מובנית ומתמקדת בצידוק לפגיעה בזכות חוקתית (עמ' 464). ברק משאיר בצריך עיון את השאלה אם יש הבדל בין סבירות לבין מידתיות במצבים שבהם אין פגיעה בזכות חוקתית (עמ' 465). הוא מכיר בכך שחלק ממדינות המשפט המקובל דבקו עדיין בעילת הסבירות וטרם אימצו את עילת המידתיות, אולם אינו

89 BVerfGE 35, 202 (המכונה "Lebach Judgment"), מובא על-ידי ALEXI, לעיל ה"ש 24, בעמ' 54–56.

מספק הסבר להחלטה מודעת זו של המדינות. בחלק מן המדינות עילת הסבירות משמשת במשפט המנהלי ואילו עילת המידתיות משמשת במשפט החוקתי. עם זאת, ברק סבור כי המגמה במשפט ההשוואתי היא בכיוון של מתן בכורה למידתיות על הסבירות.

(ו) חלוקת סמכויות בין המחוקק לשופט ביישום המידתיות

(1) גישתו העקרונית של ברק להפרדת רשויות

הפרק הארבעה-עשר מיוחד להתמודדות עם סוגיות של הפרדת רשויות וחלוקת הסמכויות בתחום המידתיות בין בתי-המשפט לבין הגופים הנבחרים. גישתו העקרונית של ברק היא כי יש לנתק בין שאלת הלגיטימיות הדמוקרטית של עצם הסמכות להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים לבין שאלת היקף השימוש הלגיטימי במידתיות לפסילת חוקים. בפרט הוא מדגיש: "משנפלה ההכרעה לטובת ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק, ועד כמה שביקורת זו נעשית על פי כללי המידתיות, אין זה ראוי לצמצם או להרחיב את השימוש בכללים אלה בטעמים שמקורם בשאלה אם הביקורת השיפוטית רצויה אם לאו" (עמ' 470). למרות דברים אלה הוא יוצר קשר בין השניים, בכותבו כי "אם החוקה דמוקרטית, גם הביקורת השיפוטית הקבועה בה היא דמוקרטית. העם שקבע את החוקה קבע גם את הביקורת השיפוטית" (עמ' 471, 569).

ברק סבור שכאשר מתעורר סכסוך בדבר חוקתיותה של פעולה שלטונית, ההכרעה הסופית בסכסוך מסורה לבתי-המשפט. פרשנותו של בית-המשפט היא הקובעת. כל פתרון אחר, לגישתו, היה "פוגע עמוקות בדמוקרטיה עצמה" (עמ' 475), שכן רק הרשות השופטת היא עצמאית, בלתי-תלויה ואובייקטיבית. ככזו, רק היא יכולה לבקר את החלטותיהן של הרשויות הנבחרות.

ברק מכיר בכך שלבתי-המשפט יש שיקול-דעת (אם כי מוגבל) בבחינה החוקתית – הן ביחס לעובדות והן ביחס לדין. העובדות הן בחלקן היסטוריות ובחלקן חברתיות. ברק סבור כי לא צריכה להיות מניעה שכל העובדות החברתיות שהיו לפני המחוקק יובאו לפני בית-המשפט (עמ' 478). הוא מניח כי מה שהמחוקק יכול ללמוד גם השופט יכול ללמוד (עמ' 479). הוא גם מדגיש כי ממילא השופט אינו נדרש לקבוע מדיניות חברתית או סדרי עדיפויות לאומיים. השופט רק בוחן את חוקתיותן של ההחלטות שהתקבלו על-ידי הרשויות הנבחרות.

תחום הדין מסור לשופט בלבד, כמכריע הסופי בפרשנות הדין. "כבילת השופט לפרשנות של הרשויות השלטוניות האחרות אינה מתיישבת עם העיקרון בדבר הפרדת הרשויות" (עמ' 482). אין מתחם סבירות לרשויות האחרות בפרשנות הדין. "גישה אחרת סופה שתגרום לאנדולמוסיה בשיטה" (עמ' 483). מטעם זה ברק דוחה את הלכת *Chevron* האמריקאית, שלפיה מקום שיש שיקול-דעת פרשני, על בית-המשפט לפרש את החוק בהתאם לפירושה של הרשות המבצעת (עמ' 484).⁹⁰

⁹⁰ *Chevron, U.S.A., Inc. v. NRDC, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).

עם זאת, ברק מדגיש כי אין מטרת הביקורת השיפוטית להחליף את שיקול-דעתו של המחוקק בשיקול-דעתו של בית-המשפט. השאלה אינה אם החוק יעיל, טוב, עקבי או מוצדק, אלא אם הוא מידתי. הלאמה או הפרטה יכולים להיות מידתיים. מאידך גיסא, ברק גם דוחה כלא-ראויה את תפיסת "הנסגת הדעת" (deference) של השופט מפני דעתן של הרשויות הנבחרות. הוא מגדיר "הנסגת דעת" כמצב שבו "שופט מקבל את העמדה של הרשות המחוקקת או של הרשות המבצעת בעניין מרכיבי המידתיות בנסיבות שבהן לולא עמדה זו הוא לא היה נוקט בה" (עמ' 489–490).⁹¹ אין גם מקום ליצירת קטגוריות של מקרים שבהם על הרשות השופטת להנסיג את דעתה מפני דעתן של הרשויות האחרות.

(2) ביטוי לשיקולים של הפרדת רשויות בהחלת המידתיות

כיצד גישתו העקרונית של ברק להפרדת הרשויות מיושמת בהקשר של מידתיות? ברק מציע כי אף שכל אחת מהרשויות השלטוניות חייבת לכבד את החוקה ואת דרישת המידתיות שבה, היקף שיקול-הדעת שלהן שונה ביחס לכל אחד מרכיבי הבחינה המידתית. דרישת המידתיות מצמצמת את היקף שיקול-הדעת של המחוקק. מרחבי שיקול-הדעת של המחוקק "הולכים ומצטמצמים עם התקדמות תהליך הבחירה החוקתית. הם המקיפים ביותר בשלב ההחלטה אם לחוקק ואם לאו ובשלב בחירתה של המטרה הראויה" (עמ' 506).

למחוקק יש אף שיקול-דעת רחב לגבי שני מבחני-המשנה הראשונים של המידתיות. "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" (עמ' 498). באופן דומה, "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 ולבחינה של אופציות שונות. אלה הן בגדרי שיקול דעתו של המחוקק" (עמ' 501).⁹² המרחב הצר ביותר הוא במבחן האיזון. מרחבים משתנים אלה הם "מרחב התמרון" של המחוקק. הם "מתחם המידתיות" של המחוקק (עמ' 506).

היקף שיקול-הדעת של השופט "עומד ביחס הפוך" להיקף שיקול-הדעת של המחוקק. "שיקול הדעת של השופט הוא צר ביותר בכל הנוגע להחלטת המחוקק אם לחוקק, והוא רחב ביותר בכל הנוגע להחלטה אם האמצעים הם מידתיים (במובן הצר)" (עמ' 509). למעשה, מבחן-המשנה השלישי מסור לבית-המשפט. העובדה שהמחוקק סבר כי האיזון שהוא ערך הוא מידתי במובן הצר "אינה משפיעה" (עמ' 505). לבסוף, אם החוק חורג ממתחם המידתיות, הוא אינו חוקתי, גם אם החריגה היא קלה (עמ' 506).

91 השוו להלכת Chevron, שם.

92 נציין כי ניסוח זה עולה כמעט כדי הטלת נטל ההוכחה על הטוען להעדר צידוק לפגיעה בזכות החוקתית, בניגוד לדבריו של ברק במקומות אחרים בספרו.

507).⁹³ ברק אף מציין כי השופט ישתדל לא להכיר באיזון הנופל מהסטנדרט הביני-לאומי בתחום (עמ' 512).

לסיכום, מגישתו של ברק עולה אמון מרבי ברשות השופטת, והיא נתפסת על-ידיו כמופקדת על עמידתם של מעשי השלטון בדרישות המידתיות. שיקול-דעתו של בית-המשפט – ולא זה של המחוקק – הוא הקובע אם החוק עומד במבחני המידתיות.

(ז) זכויות חיוביות

ברק מבקש לדון בתחולתם של דיני המידתיות גם במצבים של מחדל חקיקתי, ולא רק במצבים שבהם יש חוק המסדיר את הנושא. לטענתו, כיום יש בעולם עניין רב יותר בזכויות החוקתיות החיוביות בהשוואה לעבר. עניין זה נובע מכמה טעמים: (1) חיזוק מעמדן של הזכויות החברתיות והכלכליות, דוגמת הזכות לחינוך ולבריאות, המחייבות הקצאת משאבים מטעם המדינה לשם קידומן; (2) התגברות הסכנה לפרטים מצד מקורות שאינם שלטוניים, בעקבות החיזוק שחל במעמדם הכלכלי והפוליטי של שחקנים פרטיים (לרבות חברות בין-לאומיות) שאינם חלק מהאורגנים הרשמיים של המדינה; (3) תהליך ההפרטה המואץ של שירותים אשר נחשבו באופן מסורתי חלק מתפקידיה של מדינת רווחה מודרנית (עמ' 518–519). ניתן למקם את עמדת המשפט החוקתי של המדינות השונות ביחס לסוגיה זו על-פני קשת: החל בארצות-הברית, השוללת לחלוטין הכרה בזכויות חיוביות; וכלה בדרום-אפריקה ובגרמניה, התופסות את כלל הזכויות החוקתיות כבעלות היבט חיובי (עמ' 515).

ברק סבור כי שאלת ההכרה בזכויות חוקתיות חיוביות היא "שאלה פרשנית" (עמ' 519). ניתן להסיק על קיומן של זכויות חיוביות בחוקה באמצעות שלוש דרכים. **דרך אחת** היא לשון החוקה. במסגרת זו ברק סבור כי סעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע כי "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו", מנוסח בלשון חיובית, המלמדת על חובתה של המדינה לפעול באופן אקטיבי הן כדי לאפשר לפרט להגשים את זכויותיו והן כדי למנוע אחרים מלפגוע בזכויות אלה.⁹⁴ ברק אף סבור כי גישתו זו משקפת את עמדת הפסיקה הישראלית, כעולה מהלכת **מטה הרוב** ומהלכת **עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי**.⁹⁵

93 אם כי ברק מכיר בכך שדעה זו אינה מקובלת על הכל. יש אי-בהירות בפסיקה הישראלית בדבר מתחם ההגבלה.

94 ברק אינו מפרש את פסקת הכיבוד שבס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כקובעת תוכן של זכויות, אלא רק כפסקת תחולה. ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 516.

95 ראו בג"ץ 2557/05 **מטה הרוב נ' משטרת ישראל**, פס" 15 לפסק-דינו של הנשיא ברק (לא פורסם, 12.12.2006) (הכרה בחובה המוטלת על המשטרה לאבטח הפגנה); בג"ץ 366/03 **עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר**, פ"ד (3) 464, 482 (2005) ("ניתן להניח אפוא לעניינו – בלא לקבוע מסמרות בדבר – כי מחובת המדינה על פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נגזרת החובה לקיים מערכת שתבטיח 'רשת מגן' למעוטי האמצעים בחברה כדי שמצבם החומרי לא יביאם לכלל מחסור קיומי").

על-פי דרך שנייה, מן העובדה שחלק מהזכויות נוסחו בלשון חיובית אין ללמוד, לדעת ברק, כי זכויות המנוסחות בלשון שלילית ("אין פוגעים") או בלשון ניטרלית ("כל אדם חופשי לצאת מישראל") אינן כוללות היבט חיובי (עמ' 519).⁹⁶ בהעדר לשון חיובית מפורשת, שתיקת החוקה עשויה להיתפס כ"חסר" המחייב השלמה במדינות המכירות באפשרות להשלים "חסר" בחוקה.⁹⁷ בארץ אחד האמצעים להשלמת חסר הוא היקש או פנייה לעקרונות-היסוד של השיטה.⁹⁸

על-פי הדרך השלישית והאחרונה, הזכויות החוקתיות אינן רק זכויות סובייקטיביות כלפי המדינה, אלא גם מקור לערכים אובייקטיביים אשר עשויים להטיל חובות על המדינה לפעול (עמ' 518–521).

משעברנו את המשוכה של עצם ההכרה בזכויות החיוביות, נותר רק לקבוע מה משמעותה של ההכרה בזכויות אלה. לדעת ברק, כנגד חובה חוקתית של המדינה עומדת זכות חוקתית של הפרט, והפרט יכול לאכוף זכות זו בבית-משפט.⁹⁹ ברק גוזר מהזכויות החיוביות את חובתו של המחוקק לחוקק כדי להגן על זכויות אלה, ואת יכולתו של הפרט, באמצעות בית-המשפט, לאכוף על המחוקק את חובתו זו לחוקק. יתר על כן, כדי שיהא צידוק חוקתי למחדלה של המדינה לחוקק, צריך שמחדל זה יהא חלקי, ולא מלא. כלומר, צריך שתהא הגנה חלקית לזכות בחקיקה, גם אם אין הגנה מלאה. העדר מוחלט של חקיקה פירושו שאין למחדל עיגון "בחוק", בניגוד לדרישות של פסקת ההגבלה (עמ' 523). לגישת ברק, מידתיותו של מחדל מלחוקק תיבחן באותו אופן שבו נבחנת חוקתיותו של חוק, דהיינו, נבחן אם המחדל מקיים כל אחד ממבחני המידתיות.

(ח) נטל ההוכחה

ברק מסיים את השער העוסק בתוכנן של דרישות המידתיות בשאלות של נטל ההוכחה. לדעתו, השאלות שקמות ונופלות על נטל ההוכחה בבחינה החוקתית הן מעטות, שכן ניתן לחייב את המדינה להביא ראיות בתיקים חוקתיים אף אם הן פועלות לרעתה. אין רלוונטיות לנטל ההוכחה בשאלות הבאות: (1) האם הזכות שנפגעה מעוגנת בחוקה אם לא; (2) היקף הזכות החוקתית; (3) פירוש החוק שלפי הטענה פגע בזכות חוקתית. אלה שאלות שבדין.

96 ראו, למשל, ס' 2–3, (א) 6 ו-7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

97 ברק מציע כי בינתיים אין לפרש את שתיקת החוקה הישראלית כ"חסר" המחייב השלמה באמצעות מקורות לבר-פרשניים, שכן טרם הושלמה המלאכה של אימוץ חוקה בישראל. עם זאת, ברק משאיר בצריך עיון את הרעיון שבעתיד יוכר "חסר" בחוקה. הכרה ב"חסר" תאפשר לבית-המשפט לפתח את החוקה בדרכים יצירתיות יותר מכפי שנעשה עד כה בישראל, ובתחומים אשר עד כה לא היינו עדים לפיתוחם. ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 83–84.

98 ראו גם אהרן ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי: התחולה במשפט העבודה" **ספר אלישבע ברק-אוסוסקין** (טרם פורסם).

99 ברק מכיר בכך שמהלך זה אינו טריוויאלי. הוא מציין כי במשפט החוקתי הגרמני טרם הוכרעה השאלה אם לפרט יש זכות לאכוף זכויות חיוביות בבית-משפט. אולם ברק סבור כי הדעה המקובלת היא שהפרט אכן יכול לאכוף את זכותו בבית-משפט. ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 522.

נטל ההוכחה רלוונטי רק במצבים שבהם הפעלת הדין מותנית בקיומה של עובדה (עמ' 530). בשלב הראשון של הבחינה החוקתית נטל ההוכחה מוטל על הטוען לפגיעה בזכות חוקתית. זו חזקת חוקתיותם של חוקים. זו הגישה המקובלת במשפט החוקתי ההשוואתי וכן בארץ החל בפרשת **בנק המזרחי** (עמ' 533).¹⁰⁰ בשלב השני של הבחינה החוקתית נטל ההוכחה מוטל, ברוב שיטות המשפט שבהן נוהגת מידתיות, על הטוען לצידוק לפגיעה בזכות החוקתית. בארץ התעוררו חילוקי-דעות ניכרים בסוגיה זו בפרשת **בנק המזרחי**.¹⁰¹ כיום, לדעת ברק, הוכרעה ההלכה כך שבשלב השני נטל ההוכחה מוטל על הטוען לצידוק לפגיעה בזכות החוקתית (עמ' 537). לדעת ברק, גישה זו מוצדקת הן בשל מעמדן של זכויות האדם והן בשל העובדה שהנתונים העובדתיים שהצידוק מתבסס עליהם מצויים בדרך-כלל בידי הרשות השלטונית, המהווה את הנתבעת הטיפוסית (עמ' 542). בהקשר של החלופה המידתית,¹⁰² ברק מציע כי "על הטוען להפרת הזכות להצביע על 'חלופה מסוימת וברורה', שאם לא כן 'עלולים' אנו להגיע למצבים שהדעת אינה סובלתה'. אולם מכאן לא מתבקשת המסקנה כי על הטוען לפגיעה בזכות החוקתית להניח את התשתית העובדתית המבססת טענה זו. הנטל להביא ראיות (להבדיל מנטל הטיעון) צריך להיות מונח על שכם הטוען כי אין אפשרות להגשים את התכלית הראויה בדרך שלפי הטענה פגיעתה פחותה" (עמ' 547).

לסיכום, שער זה האיר את עיני הקוראים בנוגע להיבטים המעשיים של המידתיות. הוא החל בניתוח הדרישות הקונקרטיות של המידתיות במצבי חקיקה ובמצבי מחדל, וסיים בחלוקת נטל ההוכחה בין הרשויות לבין עצמן ובין הצדדים לדיון לבין עצמם בסוגיות של מידתיות.

4. הערכת המידתיות

השער האחרון (הכולל ארבעה פרקים) עניינו הערכת המידתיות. במסגרתו ברק בוחן את יתרוניתה של המידתיות. הוא מציג את הביקורות נגד המידתיות ואת תשובותיו להן. הוא אף בוחן את החלופות למידתיות, ובעיקר את השיטה האמריקאית של קטגוריזציה, ומסביר מדוע לדעתו המידתיות עדיפה עליהן.

(א) חשיבותה של המידתיות

לדעת ברק, "מבין הדרכים השונות להבטיח זכויות אדם בחברה דמוקרטית-פלורליסטית, האיזון היא הדרך הטובה ביותר" (עמ' 555). ברק מכיר בכך שהמידתיות היא מתודה, מכשיר, קונסטרוקציה (עמ' 558). היא מבנה את שיקול-הדעת, וככזו

100 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 35, בעמ' 428.

101 שם, בעמ' 428-429 (הנשיא ברק). ראו גם שם, בעמ' 348 (הנשיא שמגר), 461-462 (השופט ד' לויזן), 570 (השופט חשין), 578-579 (השופט מצא), 577 (השופט גולדברג), 586 (השופט ברק), 588 (השופט טל, שהצטרף לעמדתו של השופט מצא).

102 לדיון בחלופה המידתית ראו לעיל ליד ה"ש 84.

גלומים בה היתרונות הבאים: היא תורמת לשקיפות, מחייבת שקילת שיקולים ראויים בהקשר הראוי, מהווה בסיס לדו־שיח בין המחוקק לשופט, ומגבירה את האמון בשפיטה. היא מחייבת גישה מהותית, ולא מכנית, לקבלת החלטות (עמ' 560–561). ברק מסכים עם Kumm כי המידתיות מתיישבת עם גישות ליברליות שונות אך לא עם תפיסה של זכויות מוחלטות או עם תפיסה דאונטולוגית. המידתיות פועלת רק כאשר הזכות היא יחסית, כלומר, אינה מוגנת במלוא היקפה (עמ' 556–567).¹⁰³ הוא חולק על Beauty, שטען כי המידתיות הופכת שאלות משפטיות לשאלות עובדתיות, ושאלות של ערכים בפילוסופיה מוסרית לשאלות של עובדה, ובכך תורמת לאובייקטיביות שיפוטית.¹⁰⁴ במקום זאת, ברק מציע כי המידתיות רק מצמצמת את היקף שיקול־הדעת השיפוטי, ובכך תורמת ללגיטימציה של השפיטה. ברק מכיר בכך שבעיקר מבחן־המשנה השלישי של המידתיות הוא מבחן ערכי שיש עימו שיקול־דעת רב (עמ' 570–574). ברק גם מציין את גבולות המידתיות. הוא מכיר בכך ששאלת המשקל ושאלת החשיבות של הזכות אינן מקבלות את תשובתן במסגרת דיני המידתיות (עמ' 557).

(ב) הביקורת על המידתיות והתשובות לה

ברק טוען כי אף אם יש בעייתיות במידתיות, היא טובה מהחלופות לפתרון התנגשות בין ערכים מתנגשים (עמ' 577). באשר לביקורות הפנימיות על המידתיות, ברק סבור כי התגבר על בעיית העדר מכנה משותף לעקרונות המתנגשים (incommensurability) באמצעות מבחן "החשיבות החברתית היחסית" של כל אחד מצדדי המשוואה. כל ספרו המובנה הוא אף תשובה לטענה בדבר העדר רציונליות בתהליך המידתיות. באשר לביקורות החיצוניות על המידתיות, ברק סבור כי נטל ההוכחה על אלה הטוענים כי המידתיות מקנה שיקול־דעת רב יותר לשופט מדרכים אחרות לפתרון התנגשות בין ערכים מתנגשים. עליהם גם להוכיח כי שיקול־הדעת במידתיות מוביל לתוצאות שליליות (עמ' 583). דווקא במבחן התוצאה, זכויות האדם בארצות־הברית אינן מוגנות טוב יותר מאשר במדינות שנוהגת בהן המידתיות (עמ' 586). ברק גם סבור כי אין מניעה עקרונית לאמץ את הגישה של דוורקין או של הברמס במסגרת דיני המידתיות במובן הצר. דהיינו, המידתיות יכולה לתת אותה מידת הגנה כמו התיאוריות של זכויות כ"קלפים מנצחים" או כ"חומת אש"¹⁰⁵ (עמ' 585). בעיניו, איזונו של בית־המשפט קרוב יותר לאיזון הנדרש בחוקה מאיזונו של כל רשות נבחרת, משום שבית־המשפט הוא עצמאי, אובייקטיבי ובלתי־תלוי בפוליטיקה (עמ' 587).

103 ראו: Mattias Kumm, *Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement*, in LAW, RIGHTS AND DISCOURSE: THE LEGAL PHILOSOPHY OF ROBERT ALEXI 131 (George Pavlakos ed., 2007).
104 DAVID M. BEATTY, THE ULTIMATE RULE OF LAW 159–188 (2004).
105 ראו: DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY, לעיל ה"ש 88; Dworkin, *Rights as Trumps*; JÜRGEN HABERMAS, BETWEEN FACTS AND NORMS: CONTRIBUTIONS TO A DISCOURSE THEORY OF LAW AND DEMOCRACY (William Rehg trans., 1996).

(ג) החלופות למידתיות*(1) הצגת החלופות למידתיות*

בפרק התשעה-עשר ברוך בוחן חלופות למידתיות ומנתח אם הן עדיפות עליה. החלופה העיקרית הנבחנת בפרק היא שיטת הקטגוריזציה הנהוגה בארצות-הברית. אך לפני שהוא דן בה, ברוך בוחן שלוש חלופות נוספות. **האחת** היא תפיסתו של ובר כי המחוקק הוא הקובע את גבולות הזכות בחקיקה, וכי בגבולות אלה הזכות היא מוחלטת. תפקיד השופט הוא לוודא כי שיקול-דעתו של המחוקק אינו שרירותי, אבל אין מקום להחלת דיני המידתיות.¹⁰⁶ ברוך דוחה גישה זו, שכן היא אינה מציעה חלופה למידתיות, אלא חלופה לחוקה. יחסו של ובר לזכויות הוא כאילו אין הן נהנות ממעמד עליון של חוקה, אלא דינן ככל חוק רגיל (עמ' 589–591).

השנייה היא הגישה שלפיה ליבת הזכות החוקתית אינה ניתנת להגבלה (על-ידי המחוקק או מחוקק-המשנה), ואילו שוליה ניתנים להגבלה בכפוף לדיני המידתיות.¹⁰⁷ בתגובה ברוך מציע כי פגיעה בליבה היא דרך אחרת לומר כי הפגיעה אינה מידתית. אך אין מקום להשתית את עיקר הניתוח החוקתי על ההבחנה בין ליבה לשוליים, במיוחד כאשר ההבחנה ביניהם אינה פשוטה כלל ועיקר (עמ' 591–593).

השלישית היא גישתו של עידו פורת בעבודתו על המודל הדואלי. עידו מבחין בין קונפליקט מסדר ראשון, הנפתר בדרך של איזון (משום שהקונפליקט הוא בין זכות לבין אינטרס נוגד הנאבק על מקורות מוגבלים), לבין קונפליקט מסדר שני, שבו יד הזכות על העליונה ללא איזון (משום שמדובר באינטרס נוגד שאינו לגיטימי).¹⁰⁸ ברוך מציע כי במקום לפתח את ההבחנה בין קונפליקטים מסדר ראשון לבין קונפליקטים מסדר שני, ניתן ליישם את ההבחנה במסגרת דיני המידתיות, כך שקונפליקט מסדר שני עניינו בתכלית שאינה לגיטימית, ואילו קונפליקט מסדר ראשון ייבחן במסגרת מבחני המידתיות הרגילים (עמ' 593–595).

לבסוף, ברוך מתמקד בשיטת הקטגוריזציה האמריקאית ובוחר את כוחה כחלופה למידתיות. הוא פותח בכך שהקטגוריזציה אינה יכולה להחליף את המידתיות ללא תיקון חוקתי באותן מדינות שאימצו את המידתיות (עמ' 595). ברוך מגדיר את שיטת הקטגוריזציה כשיטה שעל-פיה הבעיה המשפטית היא לסווג מציאות עובדתית לקטגוריה המתאימה. משמצאנו את הקטגוריה החלה על המקרה, חלים דיני הקטגוריה, ללא צורך בהבדלת המקרה הנידון משאר המקרים שהקטגוריה חלה עליהם. עצם יצירת הקטגוריות דורשת עריכת איזון עקרוני (עמ' 612), אך שיטת הקטגוריות מונעת את

GRÉGOIRE C.N. WEBBER, THE NEGOTIABLE CONSTITUTION: ON THE LIMITATION OF RIGHTS (2009).

107 ההגבלה תיחשב כפוגעת בליבת הזכות אם היא מונעת את הגשמת הזכות מכל וכל. גישה זו רואה פגיעה בליבה כשינוי המחייב תיקון חוקתי. המקור ההיסטורי לגישה זו הוא ס' 19(2) לחוק-היסוד הגרמני. ברוך, לעיל ה"ש 1, בעמ' 591–592.

108 ראו: Iddo Porat, *The Dual Model of Balancing: A Model for the Proper Scope of Balancing* in *Constitutional Law*, 27 CARDOZO L. REV. 1393 (2006).

הצורך לערוך איזון קונקרטי, אד-הוקי, המייחד מקרה נתון משאר המקרים הנפלים לקטגוריה. ייתור האיזון הקונקרטי הוא המבדיל את שיטת הקטגוריות משיטת המידתיות (עמ' 600).

המשפט החוקתי האמריקאי בנוי על סיווג זכויות חוקתיות לשלוש רמות ("קטגוריות") של בחינה חוקתית. כל זכות משתייכת לאחת הקטגוריות, ולפי השתייכותה תיקבע מידת ההקפדה בבחינה אם החוק הוא חוקתי – הן מבחינת סוג המטרות שמותר לחוק לקדם והן מבחינת סוג האמצעים שמותר לחוק לנקוט לשם הגשמתה של מטרת החוק.¹⁰⁹ ברק סבור כי שתי הקטגוריות הנמוכות – "רמת הבדיקה המינימלית" של חוקים ו"רמת הבדיקה הבינונית" של חוקים – דומות במידה רבה למבחן-המשנה הראשון של המידתיות, שעניינו קיום קשר רציונלי בין מטרת החוק לבין האמצעים שנבחרו להגשמתה. לעומת זאת, הקטגוריה העליונה – "רמת הבדיקה המחמירה" של חוקים – דומה למבחן-המשנה השני של מידתיות, הוא מבחן הצורך. אף לא אחת מהקטגוריות עורכת את מבחן-המשנה השלישי של איזון חוקתי, מעבר לאיזון שנערך ביצירת הקטגוריות עצמן (עמ' 603–604).

(2) השוואה בין קטגוריזציה לבין מידתיות לעניין ההגנה על זכויות

איזו שיטה מעניקה הגנה טובה יותר לזכויות חוקתיות? אף שמבחינה תיאורטית אין סיבה להניח כי היקף הזכות החוקתית שונה תחת שיטת המידתיות בהשוואה לשיטת הקטגוריזציה, בפועל ברק מציע כי ההיקף אכן שונה. כך, למשל, ביטויים שהודרו מהגנת חופש הביטוי האמריקאי נכללים בהיקף הזכות לחופש הביטוי בשיטות שבהן

109 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, כך שלא יהיה אמצעי שפגיעתו פחותה ולא יהיה כיסוי-יתר (over inclusiveness, over breadth) אשר 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 הפליה 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 הפליה 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 הפליה שאינה מושתתת על אחד הבסיסים ה"חשודים" שנמנו בקטגוריות לעיל. ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 602–603.

חלה המידתיות. ברק מציע כי ייתכן ששיטת הקטגוריזציה מצמצמת בהגדרת היקף הזכות כדי לצמצם את מצבי ההתנגשות בין זכויות חוקתיות (עמ' 605–606).
 באשר לדרישת התכלית הראויה, הבחינה המחמירה האמריקאית מציבה רף דומה לזה של המשפט החוקתי הקנדי, שבו חלה המידתיות. אך במשפט האמריקאי, בניגוד לזה הקנדי, יש "שיניים" לדרישת תכלית זו. הדבר נובע מכך שבקנדה הדרישה משמשת להגנת הזכויות כולן, ואילו בארצות-הברית היא משמשת רק להגנת הזכויות החשובות ביותר (עמ' 622). דרישת התכלית ברמת הבדיקה המינימלית דומה לזו המצויה במשפט הגרמני, שם נהוגה המידתיות.

מה הדין במקרים של "כיסוי-יתר" שאינו ניתן להפרדה – מצב המתעורר רק במסגרת הבחינה המחמירה האמריקאית או במסגרת דיני המידתיות? אם במצב זה ייפסל החוק בארצות-הברית, אזי שיטת הקטגוריזציה מעניקה הגנה טובה יותר לזכויות. לעומת זאת, אם במצב זה יימצא החוק חוקתי בארצות-הברית, אזי שיטת הקטגוריזציה מעניקה הגנה פחותה לזכויות בהשוואה לדיני המידתיות, שכן לפי דיני המידתיות, במצב דברים זה נבחן עדיין אם החוק עומד במבחן האיזון החוקתי. לסיכום, ברק אינו מגיע למסקנה חד-משמעית איזו שיטה מגינה טוב יותר על זכויות מבחינה תיאורטית.

בהיבט המעשי ברק גורס כי ייתכן שרמת הבדיקה המחמירה האמריקאית "קטלנית" לחוקים יותר מהתוצאות המושגות בדיני המידתיות. עם זאת, הוא טוען כי בעימות חירום המידתיות מגינה על זכויות טוב יותר מכפי שהצליחה לעשות זאת שיטת הקטגוריזציה. כראיה לכך ברק משווה את ההיסטוריה המשפטית האמריקאית לזו הבריטית ולזו הישראלית.

(3) השוואה בין קטגוריזציה לבין מידתיות לעניין הלגיטימיות של ביקורת שיפוטית

כיצד כל אחת מהשיטות לבחינה חוקתית עומדת במבחן הלגיטימיות של ביקורת שיפוטית? ברק מכיר בכך ששיקול-הדעת של השופטים בערכאות הדיוניות מצומצם יותר בשיטת הקטגוריזציה מאשר בשיטת המידתיות, שכן השופטים בערכאות הדיוניות מקבלים את הקטגוריות שיצר בית-המשפט העליון האמריקאי כנתון, ומיישמים אותן. עצם יצירת הקטגוריות כרוכה בשיקול-דעת רב, אך בית-המשפט העליון האמריקאי אינו משנה לעיתים קרובות את סיווג הזכויות המשתייכות לקטגוריות השונות (עמ' 612–613). עם זאת, ברק מצייין כי דווקא במשפט האמריקאי יש חילוקי-דעות חריפים יותר לגבי עצם הלגיטימיות של ביקורת שיפוטית חוקתית בהשוואה לשיטות משפט שבהן נוהגת מידתיות (עמ' 615). הסברו הכפול של ברק לכך הוא חיצוני לשיטת המידתיות או הקטגוריזציה: ראשית, דווקא בחוקה האמריקאית אין הוראה מפורשת בעניין הביקורת השיפוטית, וזו הוכרה בפסיקה בלבד. לעומת זאת, ברוב שיטות המשפט שבהן נוהגת המידתיות החוקה מקנה מפורשות את כוח הביקורת השיפוטית. שנית, החוקה האמריקאית קשה לתיקון, להבדיל ממנגנון התיקון בחוקות שבהן חלה המידתיות (עמ' 616). ברק מסכם כי לא ברור אם בעתיד יתפתחו דיני המידתיות לכיוון הקטגוריזציה או שמא תתרחש מגמה הפוכה. עם זאת, הוא מציע כי נוסחות האיזון העקרוני של המשפט

הישראלי מקרבות את שתי השיטות זו לזו. בנוסחות אלה הוא דן בפרק האחרון של ספרו.

(ד) פיתוח עתידי של המידתיות

הפרק האחרון מיועד להגשים שתי מטרות כאחת: **האחת**, התקרבות בין דיני המידתיות לבין דיני הקטגוריזציה מתוך רצון לשלב את יתרונותיהן של שתי השיטות; **האחרת**, העברת עומס ממבחן-המשנה השלישי של המידתיות אל שאר רכיבי המידתיות מתוך רצון לצמצם את שיקול-הדעת השיפוטי בתהליך האיזון החוקתי. חלק מהדברים המובאים בפרק זה הם סיכום של דברים המופיעים בפרקים קודמים.

לגבי מרכיב התכלית הראויה ברק מציע כי יש לדרוש תכלית חשובה ודחופה יותר ככל שהזכות החוקתית הנפגעת חשובה יותר. המדרג בין הזכויות יתבסס על נסיונה ההיסטורית של כל מדינה. כך, בשל ההיסטוריה, שוויון על בסיס גזע הוא הזכות החשובה ביותר בארצות-הברית ובדרום-אפריקה, ואילו כבוד האדם הוא הזכות החשובה ביותר בגרמניה. בארץ ברק גוזר את הזכויות החשובות ממגילת-העצמאות, המבטיחה שוויון "בלי הבדל דת, גזע ומין" וכן "חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות" (עמ' 622). די בקביעת שתי רמות בדיקה, אך בכל מקרה אין לקבוע דרישת תכלית מינימלית, דוגמת זו המופיעה בבחינה המקילה ביותר בארצות-הברית.

נוסף על כך, כאשר מטרת החוק הפוגע בזכות חוקתית היא להגן על זכות אחרת, אפילו אינה חוקתית, זו מטרה ראויה מעצם הגדרתה (עמ' 626). לעומת זאת, לא כל אינטרס של טובת הכלל יהא מטרה ראויה. הגשמת טובת הכלל אינה חובה חוקתית המוטלת על המדינה.

באשר למרכיב הקשר הרציונלי, רמת ההסתברות להגשמת המטרה באמצעות האמצעים שנבחרו צריכה להיות גבוהה יותר ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר. לעניין הזכויות החשובות ביותר ראוי לדרוש כי ההסתברות להגשמת המטרה "החיונית והדחופה" תהיה "ממשית", ואילו לעניין הזכויות ברמה הבינונית ראוי לדרוש כי ההסתברות להגשמת המטרה תהיה "סבירה" (עמ' 628).

לגבי מרכיב הצורך ברק מדגיש כי אין להכניס שיקולי איזון. לגבי מרכיב האיזון החוקתי – דהיינו, מבחן המידתיות במונח הצר – הוא מציע לשלב "נוסחות איזון עקרוני" בין נוסחות האיזון הבסיסי לבין נוסחות האיזון הקונקרטי. יש צורך בריבוי נוסחות איזון שישקפו את ריבוי הזכויות וריבוי המטרות העלולות לפגוע בהן. את נוסחות האיזון העקרוני ברק מציע לשאוב מהמשפט החוקתי הישראלי שקדם למהפכה החוקתית. נוסחות ששימשו בעבר לפרשנות חוקים יכולות לשמש עתה כלי-עזר לביטול חוקים. ברק מציינ כי נוסחות איזון עקרוני פותחו בארצות-הברית (אם כי שם הן משמשות לצמצום היקפה של הזכות החוקתית) ובישראל, אך באופן מפתיע הן אינן קיימות כמעט במשפט החוקתי ההשוואתי. אי-אפשר להסתפק בהסבר שלפיו במשפט החוקתי ההשוואתי רווחת הגישה המתמייחסת לזכויות חוקתיות כאל שוות-מעמד, ללא יצירת מדרג ביניהן, שכן אין בכך כדי להסביר את העדרן של נוסחות לאיזון עקרוני בין זכויות לבין אינטרסים ציבוריים ("טובת הכלל").

ברק מסיים בהדגישו את חשיבותה של החשיבה המובנית, בשלבים, של המידתיות. הוא פוסל את גישתה של דרום-אפריקה למידתיות כגישה לא-מובנית, פתוחה, אשר מאבדת את יתרונותיה של החשיבה המידתית, כפי שהוא מבין אותה.¹¹⁰ לסיכום, בשער זה ברק משתדל להעריך את מתודת המידתיות על רקע הביקורות הקשות נגדה והמתודות המתחרות עימה. בחינה זו מובילה אותו למסקנתו ה"צ'רצ'יליאנית" כי אף אם המידתיות אינה מושלמת, היא עדיין טובה מחלופותיה.

5. דו־שיח ברק ואלקסי

אי־אפשר לתאר את הספר מבלי לציין כי בן־שיחו העיקרי של ברק הוא פרופ' אלקסי הגרמני, שנחשב להוגה המרכזי בתחום המידתיות (עמ' 31).¹¹¹ אך ברק מציע כי השניים נבדלים בתפיסותיהם בארבעה נושאים עיקריים. ראשית, אלקסי מתייחס לכל הזכויות החוקתיות כאל שוות־מעמד, בהתאם לתפיסת החוקתיות הגרמנית (למעט הזכות לכבוד האדם, אשר המידתיות אינה חלה עליה). ברק, לעומת זאת, מנסה לקדם תפיסה היוצרת מדרג בין זכויות חוקתיות – לכאורה הן בעלות אותו מעמד חוקתי, אך הן נבדלות זו מזו בחשיבותן החברתית. מכך נגזרות מסקנות אופרטיביות בניתוח חוקתיותם של חוקים. בכך ברק מקרב את מתודת המידתיות למתודה האמריקאית של קטגוריזציה, המושתתת על מדרג בין זכויות.

שנית, המידתיות אצל אלקסי רלוונטית רק כאשר הזכות החוקתית מעוצבת כעיקרון (principle) השואף להגשמה מרבית, להבדיל ממצב שבו הזכות מעוצבת ככלל (rule). אצל ברק המידתיות רלוונטית בשני המצבים כאחד.

שלישית, השניים נבדלים גם בפרשנותם לגבי היקף הזכויות החוקתיות ולגבי היחס בינן לבין המידתיות. אצל ברק קיימת דיכוטומיה ברורה בין שלב היקף הזכות לבין שלב היקף ההגנה על הזכות. התנגשות בין זכויות חוקתיות המעוצבות כ"עקרונות" תיוותר בעינה בחוקה, ופתרונה ייעשה רק ברמה התת־חוקתית, כאשר ההתנגשות תיהפך מעיונית למעשית באמצעות חוק או פעולת מנהל. כך יזכו הזכויות החוקתיות במעמדן הראוי כדי מלוא היקפן. לעומת זאת, אצל אלקסי ההתנגשות בין הזכויות החוקתיות תוביל לצמצום היקפן של הזכויות באמצעות קביעת כללי איזון קונקרטיים שעניינם פתרון ההתנגשויות בנקודות החיכוך באמצעות הגדרתן מחדש של הזכויות. ברק סבור כי גישתו עדיפה שכן אין בהתנגשות בין הזכויות החוקתיות כדי לכרסם בהיקפן החוקתי (עמ' 62–65).

רביעית, אלקסי אינו מבחין בין איזון בין זכות חוקתית לאינטרס של טובת הכלל, מצד אחד, לבין איזון בין שתי זכויות חוקתיות, מצד אחר, בעוד אצל ברק הניתוח החוקתי שונה בשני המצבים. כך, למשל, אם מטרת הפגיעה בזכות החוקתית היא להגן על זכות חוקתית אחרת, תהא זו, מעצם הגדרתה, "תכלית ראויה". לא כן כאשר מדובר

110 ראו לעיל ה"ש 66.

111 ALEXI, לעיל ה"ש 24.

ב"טובת הכלל". זו צריכה להוכיח את עצמה כראויה. לדעת ברק, בעוד מוטלת על הרשויות חובה חוקתית להגן על זכויות אדם, לא מוטלת עליהן חובה חוקתית להגן על טובת הכלל.

בכך סיימנו את סקירת ספרו של ברק. השתדלתי עד כמה שניתן להציג את דבריו כהווייתם ובקצרה. בפרקים הבאים אני מבקרת את ספרו מההיבטים הבאים: איזו השקפת-עולם משפטית עולה מספרו? כיצד היא משתלבת בכתיבתו האחרת? מה דינה של הפרדת הרשויות תחת ספרו? מהם הקשיים המעשיים שבהם ייתקל בית-משפט המבקש ליישם את דיני המידתיות של ברק? ואילו מהפכות שבדרך חבויות בין שורות ספרו של ברק? אגע בנושאים אלה בקצרה ועל-דרך ביקורת ספרים.

פרק ב: מיקומו של הספר במסגרת הפילוסופיה החוקתית של ברק

בפרק זה אטען כי גישתו של ברק בספרו מתיישבת עם הפילוסופיה החוקתית הכללית שלו בדבר חוקתיות יסודנית, או ככינויה בבריטניה – "חוקתיות בנוסח המשפט המקובל" (common law constitutionalism). נוסף על כך אטען כי דווקא העדרה של התייחסות מפורשת מצד ברק למהפכה החוקתית שהתרחשה בארץ בשנות התשעים מאפשר לנו ללמוד, מבין השורות, על גישתו לעיתויה של המהפכה.

1. חוקתיות יסודנית (Foundationalism)

ברק מזוהה בארץ בעיקר עם תורת שני הכובעים בעקבות פרשת **בנק המזרחי**.¹¹² תחת תיאוריה זו כנסת ישראל פועלת בשני כובעים: כובע הרשות המכוננת, שבמסגרתו היא מכוננת חוקי-יסוד; וכובע הרשות המחוקקת, שבמסגרתו היא מחוקקת חוקים רגילים. רק בכובעה כרשות מכוננת היא נותנת לנו חוקי-יסוד (חוקה), אשר מגבילים את הכנסת בכובעה כרשות מחוקקת. כיצד הביקורת השיפוטית משתלבת במודל זה? כאשר בית-המשפט מבטל חוקים, הוא מבטא את עליונות החוקה על חוקים רגילים. הוא מכיר בעליונות סמכותה המכוננת של הכנסת על סמכותה המחוקקת של הכנסת.

אך למרות מחויבותו של ברק לתורת שני הכובעים, הוא לא זנח מחויבות לתיאוריה נוספת – התיאוריה היסודנית (foundationalism). במסגרת גישה זו, כל רשויות השלטון, ובעיקר הרשות המחוקקת, מוגבלות מכוח ערכי-יסוד מסוימים, וניתן מכוח ערכים אלה לבטל חוקים, ואפילו תיקוני חוקה. אין מדובר בערכים שמקורם בתורת משפט טבעי או אוניורסלי, אלא במחויבות לערכי-יסוד של שיטת משפט נתונה. איך נזהה ערכי-יסוד אלה? הדבר מסור לשופטים לזהות מהם ערכי-היסוד של השיטה שבה הם פועלים.

112 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 35, בעמ' 355–391 (הנשיא ברק).

שתי וריאציות לתיאוריה זו. לפי האחת, מקורם של ערכים וזכויות חוקתיים יסודיים אלה בחוקה פורמלית, בין בלשונה (inviolable rights) ובין בהיסטוריה שלה. זו גישתו של המשפט הגרמני, הנסמך הן על לשון החוקה, הכוללת פסקות נצחיות שאי-אפשר לשנותן, והן על ההיסטוריה של החוקה על רקע מלחמת-העולם השנייה.¹¹³ זו גם גישתו של המשפט ההודי, הנסמך בעיקר על היסטוריית החוקה כדי לקרוא במשתמע את דוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי" לתוך החוקה.¹¹⁴

לפי האחרת, מקורם של ערכים וזכויות אלה בהיסטוריה של המדינה, אף אם היא נעדרת חוקה פורמלית או במנותק מקיומה של חוקה פורמלית. זו תפיסת החוקתיות בנוסח המשפט המקובל (common-law constitutionalism).¹¹⁵ לפי גישה זו, ערכים וזכויות אלה יכולים להגביל אפילו את העם או את מכוני החוקה מלכתחילה, שכן אין מקורם בחוקה הפורמלית עצמה, ולפיכך כוחם אינו מצומצם לגבולות החוקה עצמה. בכתיבתו של ברק ניתן למצוא ביטוי לשתי הגישות היסודניות כאחת.

היינו עדים לפילוסופיה החוקתית היסודנית בנוסח המשפט המקובל כבר בפרשת **תנועת לאו"ר**, שבה כתב ברק כי מבחינה תיאורטית בית-משפט בחברה דמוקרטית יכול לבטל חוק, גם ללא חוקה, אם הוא סותר את עקרונות-היסוד של השיטה. אולם אז סבר ברק כי טרם הגיעה השעה לעשות שימוש בסמכות זו בישראל, וכי אין אף קונסנזוס בציבור לגבי הפעלת סמכות זו על-ידי בית-משפט.¹¹⁶

גם בפרשת **בנק המזרחי**, שבה אימץ ברק את תורת שני הכובעים, הוא לא זנח את תפיסת החוקתיות היסודנית, אלא ראה בה תיאוריה משלימה לתיאוריית שני הכובעים.

113 ראו, למשל, ס' 1, 20 ו-79(3) לחוק-היסוד הגרמני; DONALD P. KOMMERS, THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY, 48, 542 (2nd ed. 1997); Gary Jeffrey Jacobsohn, *An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective*, 4 INT'L J. CONST. L. 460 (2006).

114 לפסק-הדין המנחה ההודי ראו: K. Kesavananda v. State of Kerala, A.I.R. 1973 S.C. 1461 (India) ראו גם: David Gwynn Morgan, *The Indian "Essential Features" Case*, 30 INT'L COMP. L.Q. 307 (1981); Sam Brooke, *Constitution-Making and Immutable Principles* 52-78 (Spring 2005) (unpublished M.A. in Law and Diplomacy Thesis, The Fletcher School, Tufts University), available at hdl.handle.net/10427/35278.

115 בבריטניה ראו: T.R.S. ALLAN, CONSTITUTIONAL JUSTICE: A LIBERAL THEORY OF THE RULE OF LAW (2003); Paul Craig, *Constitutional Foundations, The Rule of Law and Supremacy*, 2003 PUB. L. 92; David Jenkins, *Common Law Declarations of Unconstitutionality*, 7 INT'L J. CONST. L. 183 (2009) בישראל ראו יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" **משפטים** כח 149 (1997) (הדן בחלופות הפתוחות לפני ישראל להשתתף ביקורת שיפוטית על חוקה פורמלית או על טיעונים מִטְטְסְטוֹאֲלִיִּים); Yoseph M. Edrey, *The Israeli Constitutional Revolution/Evolution, Models of Constitutions, and a Lesson from Mistakes and Achievements*, 53 AM. J. COMP. L. 77 (2005) (הטוען כי אין להתייחס לחוקי-היסוד הישראליים כאל חוקה, אולם לבית-המשפט יש בכל מקרה הסמכות לקיים ביקורת שיפוטית על-מנת להגן על ערכי-היסוד של הדמוקרטיה).

116 פרשת **תנועת לאו"ר**, לעיל ה"ש 57, בעמ' 551-554.

באותו פסק-דין הוא ביסס את הביקורת השיפוטית, בין היתר, על תפיסה מהותית של דמוקרטיה ועל תפיסה מהותית של שלטון החוק כמקורות עצמאיים לביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים, אף בהעדר חוקה פורמלית.¹¹⁷ זו תפיסה של חוקתיות יסודנית בנוסח המשפט המקובל. יתר על כן, ברק גם כתב בפרשת **בנק המזרחי** במובלע כי מכונן החוקה או מתקנה מוגבלים מכוח עקרונות-העל של השיטה, שכן הוא הציע לשקול בארץ את אימוצן של דוקטרינות "התיקון החוקתי שאינו חוקתי" או דוקטרינת "השימוש לרעה" בסמכות מכוונת.¹¹⁸ כל אחת מדוקטרינות אלה מלמדת על מחויבות לערכים יסודיים מסוימים, שאף יוצר החוקה ומתקנה כפופים להם. גם אם נאמר כי מתקן החוקה כפוף לעקרונות המצויים בחוקה עצמה, וכי מכאן נובעת דוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי" (קרי, יסודנות שמקורה בחוקה), עדיין דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות מכוונת עניינה בהגבלת מכונן החוקה המקורי, והגבלה זו חייבת לנבוע ממקורות שמחוץ לחוקה (קרי, יסודנות בנוסח המשפט המקובל).

עמדה דומה הובעה על-ידי ברק בפרשת **מיטראל** (באמרת-אגב), שבה ציין כי אם חוק יפגע באופן חמור בערכים הבסיסיים ביותר של מדינה יהודית ודמוקרטית, בית-המשפט עשוי לקבוע כי הוא לא-חוקתי אף אם החוק יכול הוראת התגברות. במקרה כזה בית-המשפט רשאי לקרוא בצמצום את פסקת ההתגברות שבחוק-יסוד: חופש העיסוק, על-מנת למנוע חקיקת חוק שיתגבר על הערכים הבסיסיים ביותר של החברה הישראלית, כפי שהם מוגנים על-ידי סעיפי המטרה ועקרונות-היסוד בחוק-היסוד.¹¹⁹ זו גישה חוקתית יסודנית, שכן פסקת ההתגברות, על-פי לשונה ותכליתה, נועדה להתגבר על חוק-יסוד: חופש העיסוק כולו, ולא רק על סעיפים מסוימים בו. אנו אף רואים כאן כי ברק מנסה עתה לבסס את היסודנות על חוק-היסוד עצמו, ולא בסגנון היסודנות בנוסח המשפט המקובל. הוא מבקש עיגון מפורש לתורת היסודנות שלו כדי לצמצם ביקורת אפשרית נגדה, כאילו מקורה בשופטים גרידא. מכאן אף גישתו של ברק בפרשת **התנועה לאיכות השלטון**, שלפיה ניתן תיאורטית לבטל חוק מכוח עקרונות-העל של השיטה, אולם חוק טל אינו המקרה המתאים לכך או הזקוק למהלך זה, אלא יש לעבוד במסגרת חוק-היסוד הקיימים.¹²⁰

לסיכום נקודה זו, ברק נע בפסיקתו מיסודנות בנוסח המשפט המקובל, כעולה מפסק-דינו בפרשת **תנועת לאו"ר**, ליסודנות שמקורה הן בחוק-היסוד (דוקטרינת "תיקון חוקתי שאינו חוקתי" כמגבילה רק את מתקן החוקה) והן במשפט המקובל (שלטון חוק מהותי, דמוקרטיה מהותית, שימוש לרעה בסמכות מכוונת), כמשתקף מפסק-דינו בפרשת **בנק המזרחי**, ועד לאימוץ יסודנות שמקורה בחוק-היסוד כחוקתה הפורמלית של המדינה, כניכר בפסק-דינו בפרשת **מיטראל**. עתה, משהושלמה המהפכה החוקתית,

117 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 35, בעמ' 419–425.

118 שם, בעמ' 394, 408.

119 פרשת **מיטראל**, לעיל ה"ש 48, בעמ' 28.

120 פרשת **התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה"ש 75, בעמ' 714–717. הכוונה ב"חוק טל" היא לחוק דחית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002, ס"ח 521.

ברק חש נוח לסמוך על יסודנות שמקורה בפרשנות יוצרת של חוקי-היסוד, ללא צורך להישען על המשפט המקובל בפני עצמו.

המעניין הוא שתורת היסודנות בנוסח המשפט המקובל מבצבצת שוב בכתבתו האקדמית של ברק לאחר פרישתו, מבלי שהוא מכיר בכך במפורש.¹²¹ כיצד גישה זו באה לידי ביטוי בספרו על המידתיות? בספרו זה ברק אינו מזכיר כלל את תורת שני הכובעים, ולו במשפט אחד. הוא אינו מחויב בספר זה לגישה תיאורטית שמסבירה את מעמדה הרם של החוקה, ולכן גם אינו מגביל את עצמו מבחינת אופי השימוש במידתיות. במקום זאת הוא רואה במידתיות תורה כללית, המנותקת מאופן אימוץ החוקה. כדבריו בפרשת **בנק המזרחי**, "עקרון המידתיות אינו משקף היסטוריה חברתית מיוחדת במינה, או עמדה פרטיקולרית בעניין חוקתי, אלא עמדה אנליטית כללית."¹²² יתר על כן, הוא רואה במידתיות מתודה כללית, הישימה לא רק במשפט החוקתי. מחוץ למשפט החוקתי היא עשויה לשמש כלי פרשני בכל מצב שבו עקרונות מתנגשים, אף אם אין הם זכויות אדם ואף לא עקרונות חוקתיים (עמ' 458). המידתיות היא אפוא כלי אינהרנטי לשיטת משפט.

מה מקורה המשפטי של מתודת המידתיות? ברק מבקש להציע לנו כי מקורה המשפטי של המידתיות הוא בכל אחד מארבעת הבסיסים הבאים: היא נגזרת מאופייה הדמוקרטי של המדינה, היא נובעת מעקרון שלטון החוק, היא אינהרנטית לפתרון התנגשות בין עקרונות, והיא לכל-הפחות מחויבת-המצאיאות מגישה פרשנית הרמונית לחוקה. שלושה מבין ארבעה בסיסים אלה עניינם בחוקתיות יסודנית בנוסח המשפט המקובל. ניתן להסיק מכוח בסיסים אלה כי יש להחיל מידתיות אף בהעדר חוקה פורמלית. רק הבסיס האחרון מחייב קיומה של חוקה פורמלית.

נוסף על כך, התחקות אחר מקורותיה ההיסטוריים של המידתיות, מבעד למשקפיו של ברק, מגלה לנו אף היא כי המידתיות מקורה בעיקר בפסיקתם של השופטים, ולא בלשונה של החוקה. כך הדין בגרמניה, בקנדה, במשפט האירופי (האמנה האירופית לזכויות האדם) ובאירלנד. ברוב שיטות המשפט פיתחו השופטים את המידתיות כחלק מעקרונות משפט כלליים, ולא מתוך לשון החוקה (עמ' 229–241). ישראל חריגה בכך שחוקי-היסוד בדבר זכויות אדם קובעים מפורשות כי ניתן לפגוע בזכויות "במידה שאינה עולה על הנדרש".¹²³ אך אף-על-פי שהמחוקק הישראלי השתמש במונח "מידה", הוא לא פירט מה פירושה של המידתיות ומה הם מבחניה, אלא הדבר נעשה בפסיקה.

יתר על כן, המידתיות ראשיתה במשפט המנהלי הפרוסי ככלי לפרשנות חוקים, ולא

121 ראו למשל, ברק, לעיל ה"ש 61. ברק מציע במאמר זה כי גם כינון החוקה מלכתחילה – דבר אשר רלוונטי בישראל לנוכח העובדה שטרם הושלם מפעל החוקה – מוגבל מכוח דוקטרינה זו של "תיקון חוקה שאינו חוקתי". בכך ברק מגלה את מהות גישתו: לא החוקה עצמה קובעת את מגבלות תיקונה, אלא מדובר ביסודנות בנוסח המשפט המקובל. לכן יסודנות זו חלה גם על כינונה של החוקה מלכתחילה.

122 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 35, בעמ' 436.

123 ס' 4 לחוקי-יסוד: חופש העיסוק; ס' 8 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

לביטולם.¹²⁴ מקורה לא ביחסים מדרגיים של חוקה מול חוק רגיל, אלא בסוגיות של איזונים פרשניים. ברק כותב: "כל התפתחותו של המשפט המקובל אינו אלא תהליך היסטורי נמשך של איזון בין עקרונות מתנגשים. אם איזון זה אפשרי בתחום המשפט המקובל, אין סיבה להניח שהוא אינו אפשרי בתחום המשפט החוקתי" (עמ' 579). גם יחסיה הגומלין ההדוקים בין עילת המידתיות לבין עילת הסבירות יש בהם כדי ללמד על מיקומה של המידתיות בתוככי המשפט המקובל. מקור המידתיות הוא אפוא בעיקר בפסיקת השופטים, ולא באמירתם של יוצרי החוקה.

על גישתו היסודית של ברק ניתן ללמוד לא רק ממקורותיה המשפטיים וההיסטוריים של המידתיות, אלא גם מתוכנה של המידתיות, שכן את המבחן העיקרי של המידתיות – מבחן המידתיות במובן הצר, קרי, מבחן האיזון – ברק גוזר בהיקש משיטת האיזונים שהתקיימה בישראל לפני המהפכה החוקתית. מהאיזון ששימש לצורך פרשנות חוקים הוא למד על האיזון שצריך לשמש לצורך ביטול חוקים (עמ' 101).¹²⁵ בכך הוא מבקש לשמר את רציפות השיטה וליצור הרמוניה וקוהרנטיות בהתפתחותה. מהלכו של ברק הוא אפוא ליטול כלים שבמסגרת המשפט המקובל היו מסורים לבתי-המשפט מימים ימימה לצורך פרשנות דינים, ולהשתמש בהם עתה ככלים שיעמדו לבתי-המשפט לצורך ביטול חוקים. מניין שאובות נוסחות האיזון? מניין לקוח הכלי העיקרי לביטול חוקים? מהפסיקה, מהמשפט המקובל. בלשונו של ברק, "המשפט המקובל מבוסס על איזון בין עקרונות מתחרים, וכל כולו מעשה שפיטה" (עמ' 615).

גישתו היסודית בנוסח המשפט המקובל באה לידי ביטוי גם בניסונו של ברק לקדם בספרו גישה המכירה במדרג בין זכויות חוקתיות. אף שכל הזכויות החוקתיות נהנות ממעמד נורמטיבי שווה, ברק מציע כי הן נבדלות בחשיבות החברתית היחסית. מניין נלמד על החשיבות החברתית היחסית? אני סבורה כי חשיבות זו נלמדת אצל ברק בעיקר מערכי-היסוד של השיטה, החיצוניים לחוקה, שהם פרי פיתוחם של השופטים. זאת, מכיוון שלשון החוקה, לפחות בארץ, אינה תומכת בנקל בגישה של מדרג בין זכויות.¹²⁶ נוסף על כך, כאשר נוצרת התנגשות בין זכויות חוקתיות המנוסחות כעקרונות, ברק מבקש לא לפתור אותה ברמת החוקה, שם ההתנגשות היא "מדומה" (עמ' 116).¹²⁷ הזכויות הן כמו מולקולות הנעות בחלל משותף ללא פתרון להתנגשות. הפתרון, לשיטתו, הוא ברמה התת-חוקתית. אך ניתן להקשות על גישתו של ברק: אם מקור

124 עובדה מרתקת היא שגרמניה – המדינה שהובסה במלחמת-העולם השנייה וביצעה פשעים איומים נגד האנושות – הצליחה, תוך עשור מתבוסתה, להשפיע על המשפט החוקתי ההשוואתי בצורה כה גורפת.

125 במקומות אחרים ברק אפילו מנסה להפוך את סדר לימוד הדברים, בבקשו לגזור ממבחני המידתיות במובן הצר את האיזון הפרשני שמשמש לפרשנות החוקה (עמ' 102 ו-125). בכך ברק מנסה להשפיע על האופן שבו אנו מנתחים דברים, שכן נוצרת מראית-עין כאילו החוקה קדמה לאיזון הפרשני, אף שבארץ ההתפתחות ההיסטורית הייתה מהכיוון של פרשנות לכיוון של ביטול.

126 ברוב המדינות אין מדרג כזה קבוע בחוקה. ברק עצמו מודע לכך שעל-פירוב החוקה מתייחסת לזכויות כאל שוות-מעמד (עמ' 635). ראו את הדיון המורחב בנושא זה בפרקים ד ו-ה להלן.

127 ההתנגשות היא מדומה במובן זה שהיא אינה מחייבת פתרון ברמה החוקתית.

המדרג בין זכויות הוא בחוקה, היינו מצפים שמדרג זה ישפיע כבר בשלב הראשוני של היקף הזכויות. ניתן ללמוד מכך כי תפיסת המדרג בין זכויות אינה מושג חוקתי אצל ברק. במקום זאת, המדרג שאוב מעקרונות חיצוניים לחוקה.

דרך אחרת לראות זאת היא לשים לב שברק מדרג לנו לא רק זכויות, אלא גם צורכי כלל. אך חוקות אינן מסדירות על-פירוב צורכי כלל, וגם אצל ברק לא מוטלת על המדינה חובה חוקתית להגן על צורכי הכלל. כיצד אפוא נעשה הדירוג? "החשיבות החברתית היחסית" היא פרי המשפט המקובל, ונובעת מן האופן שבו השופטים מבינים את ההיסטוריה והתרבות של העם כמו-גם את טיב היחסים הפנימיים בין זכויות.

על גישתו היסודנית של ברק ניתן ללמוד גם משיטת הפרשנות התכליתית המשמשת אותו לפרשנות החוקה. לדעתו, בפרשנות חוקה יינתן משקל מכריע דווקא לתכלית האובייקטיבית של החוקה (כמקדמת ערכי-יסוד של השיטה המשפטית), ולא לתכלית הסובייקטיבית (כביטוייה בכוונתם של יוצרי החוקה) (עמ' 71). התכלית האובייקטיבית נלמדת לשיטתו מעקרונות-היסוד של השיטה. "לרוב לומדים על עקרונות היסוד ממקורות שמחוץ לטקסט החוקתי" (עמ' 99). הווה אומר: מחויבותו של ברק היא בעיקרה לתפיסה כי המחוקק מוגבל לערכים יסודניים מסוימים, שהם פרי פיתוחה של ההלכה הפסוקה.

לבסוף, ברק אף מבקש להכיר במשפט המקובל כמקור הסמכה לפגיעה בזכויות אדם. הפסיקה היא בבחינת "חוק" לצורך עמידה בדרישות של פסקת ההגבלה. יתר על כן, ברק מבחיר לנו כי ממילא רווחת הדעה כי המשפט המקובל יכול להגביל את החוקה (עמ' 158–159). זו בדיוק תפיסה של חוקתיות יסודנית בנוסח המשפט המקובל. ברק אף נסמך על השיטה הבריטית לצורך נושא זה, אף שהוא מכיר בכך שבבריטניה לא הוכרה חוקה פורמלית. לדידו, אין קושי ללמוד מבריטניה לישראל, שכן בשתיהן ניכרת התחזקות של תיאוריית החוקתיות היסודנית בנוסח המשפט המקובל. בבריטניה גישה זו באה לידי ביטוי בפסק-דין *Jackson* משנת 2005.¹²⁸

לסיכום, תפיסתו היסודנית של ברק בנוסח המשפט המקובל – קרי, מחויבותו

Jackson v. HM Attorney General, [2005] UKHL 56, [2006] 1 A.C. 262 (appeal taken from 128 Nigel Gravells, *The United Kingdom* (Eng.) לספרות הרבה שנכתבה על פסק-דין זה ראו: *Parliament Acts: Parliamentary Sovereignty on Trial*, 12 CANTERBURY L. REV. 317 (2006); Mark Elliott, *The Sovereignty of Parliament, the Hunting Ban, and the Parliament Acts*, 65 C.A.M.B. L.J. 1 (2006); Tom Mullen, *Reflections on Jackson v Attorney General: Questioning Sovereignty*, 27 J. LEGAL STUD. 1 (2007); Jeffrey Jowell, *Parliamentary Sovereignty under the New Constitutional Hypothesis*, 2006 PUB. L. 562; Stuart Lakin, *Debunking the Idea of Parliamentary Sovereignty: The Controlling Factor of Legality in the British Constitution*, 28 OXFORD J. LEGAL STUD. 709 (2008); Robin Cooke, *A Constitutional Retreat*, 122 L. Q. REV. 224 (2006); James Allan, *The Paradox of Sovereignty: Jackson and the Hunt for a New Rule of Recognition?* 18 KINGS L.J. 1 (2007); Rivka Weill, *Centennial to the Parliament Act 1911: The Manner and Form Fallacy*, 1 PUB. L. 105 (2012).

לערכי-יסוד כמגבילים את השלטון גם בהעדר חוקה וכבסיס המאפשר פסילת חוקים – בולטת בספרו על המידתיות, החל במקורות המשפטיים שהוא מציע למידתיות, המשך במקור ההיסטורי של המידתיות, דרך מחויבותו לתורת האיזונים ככלי המרכזי לביטול חוקים, דרך תפיסתו ביחס למדרג בין זכויות, וכלה בפרשנותו התכליתית לחוקה. תיאוריה זו מעוררת כמובן שאלות רבות בדבר הלגיטימציה לכווחם של השופטים להחיל ביקורת שיפוטית מכוח עקרונות יסודיים אשר קיבלו את מעמדם זה מידי השופטים עצמם, אך לא כאן המקום לעמוד עליהן.¹²⁹

2. שימת המהפכה החוקתית בהקשר היסטורי

ספרו של ברק על המידתיות זורה אור לא רק על התיאוריה היסודנית של ברק, אלא גם על יחסו למהפכה החוקתית. בספרו ברק מניח בצד את המהפכה החוקתית הישראלית; הוא מתייחס אליה כאל עובדה מוגמרת. דווקא משום כך יש בספר כמה תובנות מעניינות על האופן שבו הוא משקיף כיום על המהפכה. תובנות אלה אינן נאמרות במפורש, אלא משתמעות מדבריו.

ראשית, ברק דוחה את הרעיון שחוקי-יסוד אשר "שותקים" באשר לאופן הפגיעה בהם דינם להתפרש כיוצרים זכויות מוחלטות. הטעם לגישתו זו הוא הכרתו בכך שחוקי-יסוד אלה אומצו מתוך הנחה שיהיה אפשר לפגוע בהם ולשנותם בחוק רגיל. בלשונו, "כאשר כוננו חוקי יסוד אלה הייתה מקובלת הדעה כי ניתן לשנות את חוקי היסוד, וממילא גם לפגוע בהוראותיהם בחוק רגיל" (עמ' 178). כלומר, ברק מכיר כאן בכך שחוקי-יסוד אלה לא כוננו כחוקה, אלא כחוקים רגילים. יש בכך משום הכרה במשתמע במשמעותה המהפכנית היוצרת של הלכת בנק המזרחי.¹³⁰

על רקע זה ניתן גם להקשות מדוע ברק מבקש להחמיר בדרישת התכלית כאשר מדובר בפסקות הגבלה משתמעות בהשוואה לדרישת התכלית בפסקות הגבלה מפורשות. הרי אם אנו מכירים בכך שהנחתם של מאמצי חוקי-היסוד ה"שותקים" הייתה כי יהיה אפשר לשנותם ולפגוע בהם באמצעות חוקים רגילים, ללא הגבלה, אזי אין מקום להחמיר בחוקי-יסוד אלה בהשוואה לחוקי-יסוד שבהם מופיעה פסקת הגבלה מפורשת. גם אם נלך בשיטה הגרמנית, שלפיה פסקות הגבלה משתמעות אינן יכולות לקדם תכלית הנוגדת את החוקה (עמ' 620), אין הדבר זהה עדיין למצב שבו דורשים תכלית שעיוגונה בחוקה. טלו, כדוגמה, את הלכת מופז.¹³¹ זו יישמה פסקת הגבלה משתמעת לצורך סעיפים 4 ו-6 לחוק-יסוד: הכנסת. פסק-דין זה הכיר באי-תלות של השירות

129 ראו: Thomas Poole, *Questioning Common Law Constitutionalism*, 25 LEGAL STUD. 142 (2006); ADRIAN VERMEULE, *LAW AND THE LIMITS OF REASON* (2009); Rivka Weill, *Hybrid Constitutionalism: The Israeli Case for Judicial Review and Why We Should Care*, 30.2 BERKELEY J. INT'L L. (forthcoming, 2012), available at ssrn.com/abstract=1739625 (להלן: Weill, *The Israeli Case*).

130 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 35.

131 ע"ב 92/03 מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד (3) 793 (2003).

הצבאי כתכלית ראויה לצורך הגבלת הזכות להיבחר. האם נאמר כי אי-תלות של השירות הצבאי היא תכלית הקבועה בחוקה? אם נאמר כן, אזי אילו תכליות "ראויות" אינן קבועות בחוקה? מה ממשותו של השוני שברק מבקש להציע לעניין התכלית בין פסקות הגבלה מפורשות למשתמעות? לעומת זאת, אם אי-תלות של השירות הצבאי אינו תכלית הקבועה בחוקה, האין מקום לומר כי אף-על-פי-כן זו תכלית ראויה לצורך עמידה בתנאיה של פסקת הגבלה משתמעת?

שנית, עיתויה של הלכת **בנק המזרחי** מקבל מימד נוסף בעקבות הספר. בפרשת **בנק המזרחי** ביסס ברק את חוקתה של ישראל על תורת שני הכובעים. אולם תורה זו ימיה כימי המדינה. מדוע רק בשנת 1995 תורה זו מקבלת ממשות ומובילה למהפכה החוקתית? תשובתו של בית-המשפט בפרשת **בנק המזרחי** הייתה כי רק בשנת 1992, לראשונה בתולדות המדינה, נכללו פסקות הגבלה מהותיות בחוקי-היסוד. כיצד ניתן להבין אותן אם לא כמגבילות את תוקפם של חוקים וכמאפשרות ביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים?¹³² אך מספרו של ברק על המידתיות אנו למדים כי העובדה שחוק כולל פסקת הגבלה, ואפילו מידתיות, אין בה כדי להפוך את החוק לחוקה, ואין בה כדי לחייב בהכרח ביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים. ברק מדגיש בספרו כי בחלק מהמדינות המידתיות קבועה במגילת הזכויות מבלי שזו נהנית ממעמד עליון.¹³³

דומה כי ניתן ללמוד מכך שהלכת **בנק המזרחי** לא הייתה מבחינת ברק אלא תיקון פסיקתי שנועד לקבוע את מה שהיה ראוי לה לפסיקה לקבוע כבר עם חקיקתו של חוק-יסוד: הכנסת ובהלכת **ברגמן** הראשונה.¹³⁴ מבחינת ברק, לא פסקות ההגבלה הן שהובילו להלכת **בנק המזרחי**.

לסיכום, ספרו של ברק על המידתיות זורה אור של ממש על הפילוסופיה החוקתית היסודנית של ברק, כמו-גם על האופן שבו הוא משקיף כיום על עיתויה של המהפכה החוקתית הישראלית ועל עילתה.

פרק ג: תרומתו של ברק לפרשנות של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת

על עמדתו של ברק ביחס למהפכה החוקתית ניתן ללמוד גם מכתבתו לגבי הפרשנות של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת.¹³⁵ פרשנות זו מלמדת כי בעוד שבפרשת **בנק המזרחי** היה

132 ראו, למשל, פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 35, בעמ' 352–355 (הנשיא ברק).
133 כך, למשל, הדין החוקתי בניו-זילנד אימץ מגילת זכויות עם פסקת הגבלה בהשפעת קנדה, אך מגילת הזכויות לא הוכרה כבעלת מעמד עליון חוקתי (עמ' 202–203). בניו-זילנד יש סעיף מפורש השולל ביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים מכוח מגילת הזכויות. בהולנד המחוקק חייב לחוקק במידתיות, אך אין ביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים (עמ' 468).

134 פרשת **ברגמן**, לעיל ה"ש 57.

135 לנוסח הסעיף ראו לעיל ה"ש 56.

חשוב לברק להדגיש כי המהפכה החוקתית נשענת על הפסיקה שקדמה לה, אשר החילה ביקורת שיפוטית מכוח סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת,¹³⁶ עתה הוא מציע לנטוש את ההלכות הישנות לטובת פרשנות מחודשת.¹³⁷ פרשנות חדשה זו היא הכרחית, לגישת ברק, ונובעת מתפיסה עקבית ביחס למהפכה החוקתית. כלומר, יש כאן הכרה במשתמע בכך שהלכת **בנק המזרחי** יצרה שבר בשיטה, ולא המשכיות. לא דומה התיאוריה שביססה ביקורת שיפוטית לפני המהפכה החוקתית לתיאוריה המבססת ביקורת שיפוטית לאחר המהפכה החוקתית. מן התיאוריות השונות נובעות השלכות מעשיות שונות, כפירוטן להלן.

למעשה, גלגולו של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, המגן על אופייה של שיטת הבחירות שלנו, משקף את אופן התפתחותה של החוקה הישראלית. באופן מפתיע, עד היום אין עדיין הלכה ברורה בשאלה הבאה: באילו מבחנים חוקתיים על פגיעה בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת לעמוד? הטעם לבלבול בסוגיה הוא שזהו הסעיף היחיד שמכוחו החילה הפסיקה ביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים גם לפני הלכת **בנק המזרחי**. ברק מציע בספרו לעשות "סדר" בסוגיה.

לפני המהפכה החוקתית דנה הפסיקה בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת בארבע עתירות שעוררו את שאלת תוקפם של חוקים רגילים שעסקו בענייני בחירות לכנסת.¹³⁸ חוקים אלה סתרו את עקרון השוויון הקבוע בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. בכל ארבעת המקרים קבע בית-המשפט כי גם כדי לפגוע בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת דרוש רוב של 61 חברי-כנסת. כלומר, את ההוראה בסעיף 4 כי "אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת" פירשה הפסיקה כדורשת רוב מוחלט של חברי-הכנסת אף לצורך פגיעה בחוק, ולא רק לצורך שינויו. כלומר, "לשנות" כולל "לפגוע". הסיבה לטענה זו היא שבכל ארבעת המקרים לא ניסתה הכנסת כלל לשנות את סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת – לא במפורש ולא במשתמע – באמצעות הגדרה מחדש של העקרונות הקבועים בו; כל שביקשה הכנסת לעשות במקרים אלה הוא לפגוע פגיעה מתוחמת בעקרון השוויון.¹³⁹

אולם סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת מייצג אנומליה בחוקה הישראלית. הוא המקרה היחיד שבו הפסיקה מפרשת את הלשון "אין לשנות" ככוללת "אין לפגוע". מה הבעייתיות בפרשנות של "שינוי" ככולל "פגיעה"? ברק מסביר לנו בפסיקה כי ההבחנה בין שינוי לפגיעה אופיינית לתחום החוקתי בלבד. סעיפי השינוי מכוונים למכונן החוקה ומסדירים את נוקשותה, כלומר, קובעים עד כמה היא מוגנת מפני שינוי. לעומת זאת, סעיפי הפגיעה מכוונים למחוקק הרגיל, ומסדירים כיצד ניתן בחקיקה רגילה לפגוע בסעיפי החוקה. הם נובעים מעליונותה של החוקה על חוק רגיל.¹⁴⁰

136 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 35, בעמ' 383, 386–387, 418–419 (הנשיא ברק).

137 ההלכות שהחילו ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית לפני המהפכה החוקתית הסתמכו על ס' 4 לחוק-יסוד: הכנסת. לפירוט ההלכות ראו לעיל ה"ש 57.

138 ראו לעיל ה"ש 57.

139 ראו אביגדור קלגסבלד "סתירה לחוק-יסוד" הפרקליט מח 293, 295 (2006).

140 בג"ץ 1368/94 פורת נ' ממשלת ישראל, פ"ד נז(5) 913, 914 (1994).

בתקופה שקדמה לפרשת **בנק המזרחי** פעלה הפסיקה תחת המודל של ריבונות המחוקק.¹⁴¹ היא החילה ביקורת שיפוטית כדי לכבד את דרישות השריון שנכללו בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. במילים אחרות, הפסיקה הכירה בסמכות הכבילה העצמית של הכנסת.¹⁴² אך מכיוון שהפסיקה לא ראתה כלל בחוק-היסוד את חוקתה של המדינה, היא לא הכירה כלל את ההבחנה בין שינוי לבין פגיעה.¹⁴³ מכאן הפרשנות שניתנה לסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, שלפיה "שינוי" כולל "פגיעה".

מה דינו של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת למן הלכת **בנק המזרחי**? שני פסקי-דין עיקריים דנו בסוגיה זו. הראשון הוא הלכת **הופנונג**, שבה התעוררה שאלת חוקתיותו של חוק שפגע לכאורה בעקרון השוויון בבחירות מבלי לעבור ברוב של 61 חברי-כנסת בכל אחת מהקריאות.¹⁴⁴ בית-המשפט דחה את העתירה. לפי השופט זמיר, כדי לפסול חוק

דרושה "פגיעה משמעותית" בעקרון השוויון המהותי, וזו לא התקיימה שם.¹⁴⁵ מתי מתקיימת פגיעה משמעותית בעקרון השוויון בבחירות? השופט זמיר העלה את הרעיון כי פגיעה כזו מתקיימת כאשר החוק הפוגע בעקרון השוויון אינו עומד בתנאיה של פסקת הגבלה שיפוטית (או משתמעת). עם זאת, הוא הותיר רעיון זה בצריך עיון.¹⁴⁶ במקרה זה, בפעם הראשונה, עולה בפסיקה הרעיון להחיל את תנאיה של פסקת הגבלה המפורשת, הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק, גם על חוק-יסוד שאין בהם פסקת הגבלה, דהיינו, להחיל פסקת הגבלה שיפוטית או משתמעת.¹⁴⁷

עם זאת, בעקבות הפסיקה בפרשת **הופנונג** התעוררו שלוש קושיות עיקריות: האחת, השופט זמיר הציע להחיל פסקת הגבלה שיפוטית על חוק-יסוד שאינו "שותק", שהרי

141 ראו: Rivka Weill, *Reconciling Parliamentary Sovereignty and Judicial Review: On the Theoretical and Historical Origins of the Israeli Legislative Override Power*, 39 HASTINGS

CONST. L.Q. 457 (2012) (להלן: Weill, *Reconciling*).

142 הנשיא שמגר אימץ את תפיסת הכבילה העצמית בפרשת **בנק המזרחי** כדי להסביר את מקור כוחם המחייב של חוקי-היסוד הישראליים ואת הסמכות להחיל ביקורת שיפוטית. ראו פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 35, בעמ' 283–294. ראו גם רבקה ווייל "הנשאל את פי העם? על הקשר בין הליכי אימוצה של חוקה לבין הליכי תיקונה" **משפט וממשל** י 449 (2007).

143 למעשה, השופט ברק הסביר לכנסת את ההבחנה בין שינוי לפגיעה במכתבו ליושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט לקראת החלפתו של חוק-יסוד: חופש העיסוק משנת 1992 בחוק-יסוד: חופש העיסוק משנת 1994. ראו אהרן ברק "על התיקונים בחוק יסוד: חופש העיסוק" **משפט וממשל** ב 546, 545 (1994).

144 בג"ץ 3434/96 **הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד (3) 57 (1997). דרישת הרוב בכל אחת מהקריאות נובעת מס' 46 לחוק-יסוד: הכנסת.

145 פרשת **הופנונג**, שם, בעמ' 74.

146 שם, בעמ' 69.

147 ראו ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק וס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בהתאם לאמור בפסקת ההגבלה המפורשת, מבחניה של פסקת ההגבלה השיפוטית דורשים כי הפגיעה תיעשה בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו, תהלוס את ערכיה של המדינה היהודית והדמוקרטית, ותיעשה לתכלית ראויה ובמידתיות.

הפסיקה עד ה**הופנונג** פירשה את סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת כדורש, גם לשם פגיעה בו, עמידה בדרישת הרוב הקבועה בסיפא לסעיף, קרי, רוב של 61 חברי-כנסת לפחות. לפי פרשנות זו, הרעיון של פסקת ההגבלה השיפוטית עניינו אינו רק בחוק-יסוד "שותק", בניגוד להבנה הרווחת בספרות.¹⁴⁸

השנייה, מה היחס בין קיום דרישותיה של פסקת ההגבלה השיפוטית לבין קיום דרישת הרוב שבסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת? האם מדובר בדרישות חלופיות המוציאות זו את זו, דהיינו, ניתן לפגוע בסעיף 4 באמצעות רוב של 61 חברי-כנסת או באמצעות קיום דרישותיה של פסקת הגבלה שיפוטית? לחלופין, היש כאן פרשנות מחודשת של הסעיף, כך שלשם פגיעה יש לקיים את תנאיה של פסקת הגבלה שיפוטית ואילו לשם שינוי צריך לקיים את דרישת הרוב? דומה כי הפרשנות הנכונה להלכת ה**הופנונג** היא הראשונה, משום שעולה ממנה כי אם חוק עומד בתנאיה של פסקת ההגבלה השיפוטית, אין כלל "פגיעה" בעקרונות השוויון בבחירות, וממילא אין צורך ברוב של חברי-כנסת.

לבסוף, השופט זמיר החיל את מבחניה של פסקת ההגבלה על-מנת להגדיר אם התקיימה בכלל פגיעה בזכות, קרי, בשלב הראשון של הבחינה החוקתית, שעניינו הגדרת היקפה של הזכות המוגנת. אך היה עליו לבחון אם החוק עומד במבחניה של פסקת ההגבלה רק בשלב השני של הבחינה החוקתית, שעניינו היקף ההגנה על הזכות. הערה אחרונה זו מופיעה בתגובתו של הנשיא ברק על הצעתו של זמיר.¹⁴⁹ הלכת ה**הופנונג** הותירה אפוא אי-בהירות רבה ביחס למשמעותה של פסקת ההגבלה השיפוטית. פסק-הדין השני החשוב לענייננו, שיש בו כדי להאיר סוגיות אלה, הוא פסק-הדין בפרשת **מופז**,¹⁵⁰ אשר אי-אפשר להבין את מורכבותו מבלי לדון בפרטיו. בשנת 2002 השתחרר שאול מופז מהצבא בדרגת רב-אלוף. לאחר סיום כהונתו כרמטכ"ל הוא נכלל ברשימת המועמדים של הליכוד לכנסת השש-עשרה. דא עקא, מועמדותו נפסלה על-ידי ועדת הבחירות המרכזית, משום שהוא לא קיים את דרישות הצינון הקבועות בחוק לקצינים בדרגתו. מופז עתר יחד עם רשימת הליכוד נגד החלטה זו של ועדת הבחירות המרכזית.

באותו מועד דרש סעיף 56(א) לחוק הבחירות לכנסת תקופת צינון של שישה חודשים מבעלי תפקידים בכירים במערכות הביטחון, לרבות הרמטכ"ל, ראש המוסד וראש השב"כ. עובר לחקיקת סעיף זה נדרשו נושאי-משרה אלה לתקופת צינון קצרה יותר של מאה ימים, והיה אפשר אף לקצרה במקרה של הקדמת הבחירות.¹⁵¹ חקיקת

148 ראו, למשל, אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** כרך א – עקרונות יסוד 104–105 (מהדורה שישית, 2005).

149 פרשת ה**הופנונג**, לעיל ה"ש 144, בעמ' 74–75 (הנשיא ברק).

150 פרשת **מופז**, לעיל ה"ש 131.

151 לשון ס' 56(א) לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969, שתוקן בחוק הבחירות לכנסת ולראש הממשלה (תיקון מס' 35), התשנ"ט-1999, ס"ח 75 – קרי, בטרם נחקק תיקון מס' 44 (חוק תקופת צינון למשרתים בכוחות הביטחון (תיקוני חקיקה), התשס"א-2001, ס"ח 448) – הייתה: "...לענין סעיף קטן זה, 'היום הקובע' – 100 ימים לפני יום הבחירות; ולענין בחירות מוקדמות שביום שבו נקבע המועד לעריכתן לפי כל דין נותרו פחות מ-110 ימים עד לעריכתן, יהיה

סעיף 56(א1) לחוק הבחירות פגעה אפוא בזכות לשוויון ביחס לזכות להיבחר, המוגנת מכוח סעיפים 4 ו-6 לחוק-יסוד: הכנסת, שהרי אנשים שאינם נמנים עם בעלי התפקידים המוגדרים לעיל אינם נדרשים לתקופת הצינון הארוכה כתנאי לזכאותם לרוץ לכנסת.¹⁵² סעיף 56(א1) לא עבר ברוב של 61 חברי-כנסת בכל אחת מהקריאות.

כשבוע לאחר אימוץ סעיף 56(א1) לחוק הבחירות תוקן חוק-יסוד: הכנסת באופן שהתיר למחוקק לקבוע בחוק הבחירות תקופות צינון ארוכות יותר לבעלי תפקידים בכירים.¹⁵³ לכאורה, התיקון לחוק-היסוד הכשיר בדיעבד את הפגיעה בזכות לשוויון בבחירות שנגרמה בשל אימוץ סעיף 56(א1) לחוק הבחירות. שוב אין סעיף 56(א1) פוגע בשוויון בבחירות שכן מקור תוקפו בחוקה עצמה. התיקון לחוק-היסוד עבר ברוב של 61 חברי-כנסת, כמתחייב מסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת.

שתי טענות שהעלה מופז רלוונטיות לענייננו: **האחת**, סעיף 56(א1) לחוק הבחירות לכנסת פוגע בעקרון השוויון בבחירות, משום שהוא דורש תקופות צינון ארוכות יותר מבעלי תפקידים בכירים בשירות הביטחון, להבדיל מנושאי-משרה אחרים (כגון שופטים). לטענתו, סעיף 56(א1) נוגד את סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, ולא עבר ברוב של 61 חברי-כנסת. **האחרת**, בזמן אימוצו של סעיף 56(א1) לחוק הבחירות לכנסת הוא סתר את סעיף 7 לחוק-יסוד: הכנסת, אשר לא אפשר קביעת תקופות צינון ארוכות יותר. אין בתיקונו של חוק-היסוד במועד מאוחר יותר כדי להכשיר בדיעבד פגם זה.

בפסק-דין שהתקבל פה אחד מפי השופט מצא, בהרכב מורחב של אחד-עשר שופטים, נדחתה עתירתו של מופז. נקבע כי אף אם סעיף 56(א1) לחוק הבחירות לכנסת פגע בחוק-יסוד: הכנסת, תיקונו של חוק-יסוד: הכנסת הכשיר בדיעבד פגם זה. התיקון לחוק הבחירות תקף לפחות מן המועד שבו עבר התיקון לחוק-יסוד: הכנסת. כלומר, לכל-היותר יש שאלת תקפות של שבוע אחד בלבד. מסקנה זו נבעה משיטת הבטלות היחסית החלה בארץ.¹⁵⁴

חשוב להדגיש כי טכניקה זו עלולה לרוקן מתוכן את כל מעמדה של החוקה

היום הקובע – 10 ימים מיום קביעת המועד האמור. "לשון ס' 56(א1) (1) לאחר תיקון מס' 44 הנ"ל, מיום 16 ביולי 2001, היא כדלקמן: "לענין ראש שירות הביטחון הכללי, ראש המוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים, קצין צבא בדרגת אלוף ומעלה, קצין משטרה בדרגת ניצב ומעלה, ונציב בתי הסוהר – שישה חודשים לפני יום הבחירות..."

152 פסק-הדין הותיר בצריך עיון את השאלה אם ס' 4 לחוק-יסוד: הכנסת מחייב שוויון רק בין רשימות או גם בין מועמדים יחידים. סוגיה זו נידונה במיוחד בבג"ץ 7111/95 **מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת**, פ"ד נ(3) 485 (1996). ראו פרשת **מופז**, לעיל ה"ש 131, בעמ' 806 (השופט מצא היה מוכן להניח לצורך הדיון כי ס' 4 לחוק-יסוד: הכנסת מחייב גם שוויון בין מועמדים יחידים).

153 ס' 7 לחוק-יסוד: הכנסת מפרט את בעלי התפקידים שלא יהיו מועמדים לכנסת. לאחר תיקון מס' 33, מיום 23 ביולי 2001, מופיע בסיפא: "זולת אם חדלו לכהן במשרה או בתפקיד כאמור לפני המועד להגשת רשימות המועמדים לכנסת, ואם נקבע בחוק מועד מוקדם מזה, לפני המועד האמור" (ההדגשה הוספה).

154 במובן מסוים התרחשה בפסק-הדין "תחיית מתים" של ס' 56(א1) לחוק הבחירות לכנסת. במועד שבו נחקק, לא קיים סעיף זה את דרישת הרוב של 61 חברי-כנסת, ולכן לכאורה היה דינו בטלות. אך הוא ניצור לחיים שבוע מאוחר יותר, משנחקק התיקון לס' 7 לחוק-יסוד: הכנסת.

הישראלית. אם המחוקק רשאי לפגוע תחילה בחוקי-יסוד ולאחר-מכן להכשיר בדיעבד את הפגיעה באמצעות תיקון של חוקי-היסוד, אזי לא ייוותר דבר מעליונותה של החוקה. אכן, מצא נזהר מלקבוע כי תיקון של חוקי-יסוד יוכל תמיד להכשיר בדיעבד פגיעות בו. הוא צמצם זאת לנסיבות המקרה, שבו שני התיקונים, הן של חוק הבחירות והן של חוק-יסוד: הכנסת, נידונו יחד בכנסת, ורק בשל תקלה עבר התיקון לחוק הבחירות לפני התיקון לחוקי-יסוד: הכנסת. מעבר לכך, שני התיקונים עברו בסמיכות זה לזה, בהפרש של שבוע אחד בלבד.¹⁵⁵

לכאורה, אפוא, היה השופט מצא יכול לסיים את הדיון בחוקתיות הפגיעה, שכן תיקון חוקי-היסוד ברוב של 61 חברי-כנסת הכשיר בדיעבד את הפגיעה בסעיפים 4 ו-6 לחוקי-יסוד: הכנסת שנגרמה על-ידי חוק הבחירות.¹⁵⁶ אך מצא לא עצר בכך, אלא המשיך ובחן אם הפגיעה של חוק הבחירות לכנסת בסעיפים 4 ו-6 לחוקי-יסוד: הכנסת עומדת במבחניה של פסקת הגבלה שיפוטית. נמצא כי הפגיעה עומדת במבחניה של פסקת ההגבלה, שכן בעיני בית-המשפט מוצדק להקפיד יותר עם כוחות הביטחון ובכך לשמר את אופיו הבלתי-תלוי והא-פוליטי של הצבא.¹⁵⁷

פסק-הדין הותיר אפוא חוסר בהירות באשר לשאלה אילו מבחנים צריכים להתקיים כדי לפגוע בסעיף 4 לחוקי-יסוד: הכנסת. מחד גיסא, מכיוון שדרישת הרוב קוימה (מכוח התיקון לחוקי-יסוד: הכנסת, שהכשיר בדיעבד את הפגיעה), עולה שחוק חייב לקיים הן את דרישת הרוב והן את תנאיה של פסקת הגבלה שיפוטית על-מנת לפגוע בסעיף 4 לחוקי-יסוד: הכנסת. דהיינו, מדובר בדרישות מצטברות. מאידך גיסא, ייתכן שבית-המשפט בחן את מבחניה של פסקת ההגבלה רק משום שלא חש בנוח עם קיום דרישת הרוב רק בדיעבד, ולא מלכתחילה במועד חקיקתו של חוק הצינון. לפי פרשנות זו, בית-המשפט דורש ברגיל רק אחד מן השניים – קיום של דרישת הרוב או קיום תנאיה של פסקת הגבלה שיפוטית – כדי לפגוע בסעיף 4 לחוקי-יסוד: הכנסת. כלומר, מדובר בדרישות חלופיות, ולא מצטברות.¹⁵⁸

155 פרשת **מופז**, לעיל ה"ש 131, בעמ' 807–808. ראוי לציין כי בעבר, לפני המהפכה החוקתית, נהגה הטכניקה של הכשרה רטוראקטיבית של פגיעות בחוק. ראו *Weill, Reconciling*, לעיל ה"ש 141, בעמ' 487–498.

156 שם, בעמ' 806. בלשונו של השופט מצא: "אלא שאם דבק בחוק הצינון גם הפגם הראשון שנטען עקב קבלתו בקריאה הראשונה ברוב רגיל ולא ברוב מיוחד, הרי שחוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 33) – שהוא עצמו נתקבל בהצבעת רוב חברי הכנסת בכל שלוש הקריאות – יפא בדיעבד גם פגם זה."

157 שם, בעמ' 811.

158 דומה כי קלגסבלד מפרש את הלכת **מופז** כקובעת במקרה של פגיעה דרישות חלופיות: עמידה בתנאיה של פסקת הגבלה או קיום רוב מיוחד. ראו קלגסבלד, לעיל ה"ש 139, בעמ' 303: "לכן החידוש בהלכת **מופז** הוא בכך שעד אליה כל פגיעה בעקרון השוויון בבחירות חייבה רוב מיוחד, ואילו לפי הלכת **מופז** רק פגיעה 'לא חוקתית' בעקרון השוויון בבחירות – כלומר רק פגיעה שאינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה – מחייבת רוב מיוחד." קלגסבלד מבקר גישה זו של בית-המשפט, בסוברו כי הן לשם שינוי של ס' 4 לחוקי-יסוד: הכנסת והן לשם פגיעה בו חייבים רוב מיוחד של 61 חברי-כנסת.

עתה, בספרו על המידתיות, מבהיר לנו ברק כי יש לסטות מפסיקת העבר ולקבוע כי שינוי ייעשה באמצעות רוב (של 61 חברי-כנסת) ובחוק-יסוד, ואילו פגיעה תיעשה גם ברוב רגיל בדרך של פסקת הגבלה שיפוטית. רק פרשנות כזו תשיג לנו את הקוהרנטיות החשובה בתחום זה. היא תשמר את ההבחנה בין שינוי, הנעשה בדרך של תיקון חוקה, לבין פגיעה, אשר נעשית בחוק רגיל תוך קיום כללי החוקה באשר לאופן שבו ניתן לפגוע בה. בכך מסתיים העידן של הלכת ברגמן ובנותיה, והעידן של הלכת בנק המזרחי ובנותיה חל באופן מלא.

פרק ד: שאלות מוסדיות של חלוקת הכוח בין הרשויות הנבחרות לבין בית-המשפט

נעבור כעת מן הדיון באופן שבו ברק משקיף על המהפכה החוקתית כיום אל הדיון באופן שבו הוא רואה את חלוקת התפקידים בין הרשויות בתחום המידתיות. ברק מציע כי לשופטים יש הסמכות להכריע בסכסוך על חוקתיותו של חוק משום שלשופטים יש הן לגיטימציה דמוקרטית לכך והן יכולות מוסדיות. זה תפקידם בהפרדת הרשויות. לכן גם פסולה בעיניו על הסף הנסגת דעתו (deference) של השופט מפני זו של הרשויות הנבחרות בשאלת חוקתיותם של מעשי שלטון.¹⁵⁹ ברק מבקש לנתק בין עמדתנו לגבי עצם הלגיטימיות של הסמכות להחיל ביקורת שיפוטית לבין היקף השימוש שנעשה בסמכות זו. לדעתו, משעברנו את המשוכה ובחרנו לתמוך בביקורת השיפוטית, אל לנו לצמצם את השימוש בסמכות זו מטעמי דמוקרטיה. לשיטתו תהא זו שגיאה אנליטית לנהוג בדרך זו.

עם זאת, דומה כי ברק מביא בחשבון, ובצדק, שיקולים של הפרדת רשויות בקובעו את תוכנם של מבחני המידתיות. הוא מבקש לקבוע שיקול-דעת רחב ביותר למחוקק (ומצומצם לשופט) בהחלטה אם לחוקק, ואפילו בבחירת התכלית לחוק. מרחבי שיקול-הדעת של המחוקק הולכים ומצטמצמים עם ההתקדמות בתהליך עיצובו של החוק: למחוקק יש עדיין שיקול-דעת משמעותי במבחן הקשר הרציונלי, וכן במבחן הצורך, אם כי במידה פחותה; אך שיקול-הדעת הרחב במסגרת מבחני האיזון החוקתי מסור דווקא לשופט. מרחבי שיקול-דעת אלה נובעים, לדעת ברק, מעקרון הפרדת הרשויות.¹⁶⁰ למרות דברים אלה ניתן לתהות על מרחבי שיקול-הדעת שנותרו למחוקק תחת דיני המידתיות, כעיצובם על-ידי ברק, בהשוואה למקובל במשפט ההשוואתי. למעשה, ספק אם ברק משיג את המטרות שהוא הציב לעצמו באשר לשרטוט חלוקת הסמכויות בין הרשויות. ברק מציע כאמור כי למחוקק יש שיקול-דעת רחב ביותר בהחלטה אם לחוקק, אך בפועל הוא מקדם בספרו את התפיסה כי הפרט יכול לפנות לבית-המשפט בדרישה

159 להגדרה של הנסגת דעת לפי ברק ראו לעיל ליד ה"ש 91.

160 ראו את הדיון לעיל בחלק 3א(1).

לחייב את המחוקק לחוקק כדי להגן על זכויותיו החיוביות. דומה כי הטלת חובה על המחוקק לחוקק נחשבת עדיין לחריג, אפילו בנוף החוקתי ההשוואתי.¹⁶¹ בארצות-הברית נמנעו מהכרה בזכויות חיוביות, אף שבחלק מהמקרים היה אפשר להסיק מלשון החוקה (עמ' 519). בהודו יש זכויות חיוביות, אולם הן נחשבות לא-שפיטות, כדי למנוע מעורבות של השופטים בחלוקה מסיבית של כספי המדינה (עמ' 522). בגרמניה, אף שהוכרה החובה לחוקק, טרם הוכרה, לדעת ברק, זכות הפרט לאכוף חובה זו בבית-המשפט.

ברק גם דן בחובת המחוקק לחוקק כדי להגן על זכויות חיוביות כעניין של אבולוציה, ולא של רבולוציה. הוא אינו מציע לגיטימציה לחיובו של המחוקק לחוקק בנפרד מהלגיטימציה הכללית של ביקורת שיפוטית. הוא גם מוכן להכיר בקיום זכויות חיוביות, המקימות חובות עשה על המחוקק, על-סמך ניסוחים לשוניים ניטרליים, ואינו שולל אפילו הכרה בהן באמצעות השלמת "חסר", במקום לראות בכך עניין המחייב הכרעה חברתית יסודית מפורשת. יתר על כן, ברק סבור כי מחדל מוחלט מלחוקק אינו חוקתי יותר ממחדל חלקי מלחוקק.¹⁶²

ברק נסמך על פסק-דין ישראליים, שאותם כתב הוא עצמו, כמכירים בזכויות

161 דווקא הדוגמות שברק בוחר להביא מהמשפט החוקתי ההשוואתי מדגימות עד כמה סוגיה זו מורכבת (עמ' 521–525). הפסיקה הגרמנית שהכירה בחשיבותם של חיי העובר כגוברת על זכות האם לפיתוח אישיותה (בהעדר נסיבות חריגות מוגדרות המצדיקות הפלה), וכמחייבת חקיקה שתגן על העובר ((39 BVerfGE 1 (1975)), שונתה בפסיקה מאוחרת יותר ((88 BVerfGE 203 (1993)). בלשונו של KOMMERS, לעיל ה"ש 113, בעמ' 354: "In a major departure from *Abortion I*, the court declared that non-indicated abortions in the first twelve weeks of pregnancy, while unjustified, need not be punished". יתר על כן, ספק אם פסק-דין אלה מלמדים על הדרך הראויה להגן על זכויות חוקתיות, בהינתן שמשמעותו של פסק-הדין הראשון היא דרישה מהמחוקק להטיל סנקציות פליליות, הפוגעות בכבוד האדם ובחירותו, בגין החלטתה של אישה להפיל את עובריה במהלך השליש הראשון של הריונה. בלשונם של שופטי המיעוט בפרשת ההפלות הראשונה: "[F]undamental rights are meant not to require state intervention but rather to set limits to it. Thus the Supreme Court of the United States has even considered it a violation of a basic right to punish abortions performed by a physician with the consent of the pregnant woman during the first third of the pregnancy... the legislature must have a justification for punishing but not for abstaining from punishment". מובא אצל KOMMERS, לעיל ה"ש 113, בעמ' 345.

המחדל החוקתי לחלק תרופות איידס, שניתנו חינם לממשלת דרום-אפריקה, הוא מחדל של רשות מבצעת, ולא של רשות מחוקקת. אף לא היה בפסק-הדין כדי להשפיע השפעה של ממש על חלוקת המשאבים הציבוריים, שהרי התרופות ניתנו חינם ובמתנה לדרום-אפריקה. ראו: Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign and Others, 2002 (5) SA 721 (CC) (S. Afr.). לדיון מפורט בפסק-הדין ראו גיא זיידמן "זכויות חברתיות: מבט השוואתי להודו ולדרום אפריקה" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 347, 382–389 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

162 נעיר כי אין בספרו של ברק תשובות לשאלות מעשיות, כגון: כיצד נגזור ממחדל "מטרה"? אין מכריעים אם שתיקה או הימנעות של המחוקק מלפעול הן מחדל או הסדר שלילי?

חוקתיות חיוביות, אף שבפועל אף לא אחד מהם הטיל על המחוקק חובה לחוקק.¹⁶³ עם זאת, חידוש משמעותי בתחום נעשה דווקא בפסק-דינה האחרון של הנשיאה ביניש, שאותו קראה באולם. בפסק-דין **חסן** ביטל בית-המשפט פה אחד את סעיף 9א(ב) לחוק הבטחת הכנסה, התשמ"א-1980, בשל פגיעתו בזכות **החיובית** למינימום של קיום אנושי בכבוד.¹⁶⁴

תחת תפיסת-עולם משפטית זו של חובה לחוקק, ספק אם קיים שיקול-דעת מרבי למחוקק בעצם ההחלטה אם לחוקק. לפחות כך פני הדברים בהשוואה למקובל במשפט ההשוואתי, כעולה מדבריו של ברק עצמו בספרו. יתר על כן, תחת גישתו זו של ברק, בית-המשפט יפעל לא רק ככוח וטו, אלא גם ככוח שקובע אג'נדות. דברים אלה אינם מתיישבים עם האמירה שבית-המשפט אינו קובע סדרי עדיפויות לאומיים (עמ' 480), ומחזקים את הצורך ביצירת לגיטימציה נפרדת ומקיפה להכרה בהטלת חובות חקיקה על המחוקק. לגיטימציה מעין זו לא הוצעה בספרו של ברק.

נציין כי פוטנציאל ההכרה בזכויות החיוביות והחובה לחוקק עשויים לשנות את פניה של ההתפתחות החוקתית הישראלית. הדברים נכונים במיוחד בשל אופייה הרחב וניסוחה בלשון חיובית של הזכות ל"כבוד האדם", אשר הוכרה ככוללת כל דבר שקשור באופן ענייני הדוק לאנושיותו של האדם ושיש בו משום הגשמת האוטונומיה של הרצון הפרטי.¹⁶⁵

ברק גם מציע כי מבחן התכלית קובע רק סף מינימלי של לגיטימיות שיש לעמוד בו, וזאת כדי להקנות שיקול-דעת רחב למחוקק בקביעת מטרות החוק ומידת האינטנסיביות של הגשמתן (למשל, עמ' 299–301). בלשונו: דרישת התכלית "נועדה ליתן תשובה לשאלה מהן המטרות המקימות אותו **מינימום הכרחי** אשר בלעדיו אין החוק הפוגע עובר את 'סף הכניסה'" (ההדגשה הוספה) (עמ' 301). עם זאת, ספק אם תוצאה זו מושגת דה-פקטו תחת תורת המידתיות של ברק. **ראשית**, לשם פגיעה בזכויות החשובות ביותר ברק דורש מטרה חברתית לוחצת או מהותית. את המבחן הזה הוא שואב מרמת הבדיקה המחמירה האמריקאית לבחינה חוקתית. ידועה אמרתו של גונתר בהקשר זה כי רמה בדיקה זו היא קטלנית דה-פקטו,¹⁶⁶ דהיינו, בפועל חוקים מתקשים לעמוד בדרישה

163 ראו פרשת **עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי**, לעיל ה"ש 95. בית-המשפט הכיר בזכות חיובית של קיום אנושי בכבוד, אך במקרה הקונקרטי קבעה דעת הרוב (מפי הנשיא ברק) כי לא הורם הנטל הראייתי להוכחת הפגיעה בה. זאת, למרות הקיצוץ הניכר בגמלאות הבטחת הכנסה שנעשה באמצעות חוק ההסדרים, אשר נידון בפסק-הדין. בפרשת **מטה הרוב**, לעיל ה"ש 95, הוכר ההיבט החיובי של הזכות לחופש הביטוי, שעניינו החובה המוטלת על המשטרה לאבטח הפגנה, ולא לגלגל את עלות קיומה על המפגינים. אולם היבט חיובי זה הוחל על הרשות המבצעת – במקרה זה המשטרה – ולא על הרשות המחוקקת.

164 בג"ץ 10662/04 **חסן נ' המוסד לביטוח לאומי** (טרם פורסם, 28.2.2012). השופטים פסקו כי קביעת חזקה חלוטה על-ידי המחוקק ששימוש ברכב מלמד על הכנסה בגובה גמלת הבטחת הכנסה, ולפיכך שולל זכאות לגמלה, פוגעת באופן לא-מידתי בזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד.

165 פרשת **התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה"ש 75, פס' 30–44 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

166 Gerald Gunther, *The Supreme Court 1971 Term – Foreword: In Search of Evolving*

מחמירה זו. אף אם נסבור כי גונתר החמיר בהערכתה של רמת בדיקה זו וכי היא אינה כה קטלנית, עדיין יש בדבריו כדי ללמד כי דרישת התכלית המהותית או הלוחצת אינה מבטאת סף מינימלי. יתר על כן, גישה זו מלמדת כי לצורך קביעת התכלית הראויה נשקלים, על-פי תפיסתו של ברק, גם שיקולים של איזון עקרוני (להבדיל מאד-הוקי), שכן הוא קושר בין חשיבותן של הזכויות הנפגעות לבין מידת נחיצותה של התכלית.¹⁶⁷ **שנית**, ברק אינו מסתפק בכך שמטרתו הסובייקטיבית של החוק היא ראויה, אלא דורש כי היא תהא ראויה גם ברמה האובייקטיבית. בכך הוא מצמצם את מרחב התמרון של המחוקק כבר בשלב הקביעה של תכלית החוק. יתר על כן, הוא נוקט גישה הפוכה מזו שהאמריקאים נוקטים בעניין זה. בעוד הפסיקה האמריקאית דורשת שהחוק ייפסל רק אם הן תכליתו האובייקטיבית והן תכליתו הסובייקטיבית פסולות, ברק מציע כי די בכך שאחת מהן פסולה על-מנת שתכלית החוק תיחשב לא-ראויה (עמ' 364). **שלישית**, בפועל ברק מקדם את רעיון החלופה המידתית,¹⁶⁸ שעניינה הנחיה למחוקק לבחור תכלית שונה מזו שביקש להשיג או לממש אותה תכלית באופן חלקי, וזאת כדי לצמצם את הפגיעה בזכויות אדם. ודוק: לשיטתו של ברק, החלופה המידתית רלוונטית רק במסגרת מבחן-המשנה השלישי של המידתיות – מבחן המידתיות כמוכן הצר. עניינה באמצעים דרסטיים פחות מבחינת הפגיעה בזכויות, במחיר השגת חלק בלבד מתכליתו של המחוקק. כאשר דעת המיעוט בפרשת **עדאלה** קובעת כי החוק אינו עומד במבחני האיזון החוקתי, היא אומרת למעשה למחוקק כי הוא אינו רשאי לשאוף לביטחון מרבי.¹⁶⁹ כלומר, מגישתו של ברק עולה התערבות משמעותית של בית-המשפט כבר בשלב בחירת התכלית על-ידי המחוקק, אלא שהתערבות זו עולה בחלקה רק בעקיפין מתורתו של ברק, ולא בדיון ישיר. תחת פרשנות זו לגישתו של ברק, הפערים בין מדינה לבין ברק מצומצמים מכפי שעולה מכתבתם לסימפוזיון זה.¹⁷⁰

לשיטתו של ברק, הוא גם מציע מבחן מקל לעניין הקשר הרציונלי בין מטרת החוק לבין האמצעי שנבחר לקידומה, וזאת כדי להכיר בשיקול-הדעת הרחב המסור למחוקק בנושא זה. אף שברק מציע מבחן שמקל עם המחוקק לעניין הקשר הרציונלי, הוא מביא,

Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection, 86 HARV. L. REV. 1, 8 (1972). עם זאת, ראוי לציין כי גונתר אמר דברים אלה לגבי רמת הבדיקה המחמירה בכללותה, ולא רק לגבי דרישת התכלית הלוחצת.

¹⁶⁷ השוו למדינה, לעיל ה"ש 28 (המבקר את גישתו של ברק על כך שהיא אינה כוללת מבחנים של איזון עקרוני בשלב הבחינה אם תכלית החוק היא ראויה; עם זאת, מדינה תומך בכך שכבר בשלב זה יובאו בחשבון האמצעים שהחוק נוקט, דבר אשר נשלל על-ידי ברק). מדינה נסמך במאמרו זה, בין היתר, על ברק מדינה ואילן סבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, 'תיוג אתני' ומבחני פסקת ההגבלה (בעקבות פסק-דין חוק האזרחות והכניסה לישראל)" **משפטים** לט 47 (2009).

¹⁶⁸ לדיון בחלופה המידתית ראו לעיל ה"ש 84–85 והטקסט שלידין. ראו גם את הדיון להלן בתת-פרק 4.

¹⁶⁹ ראו פרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 19, בעמ' 347–348 (הנשיא ברק).

¹⁷⁰ השוו למדינה, לעיל ה"ש 28; אהרן ברק "אילוץ דאונטולוגי, תרבות ההצדקה ומחוקק היורה בתוח: תשובה למבקרים" בכרך זה.

בתחילת הפרק העשירי לספרו, חמש דוגמות מהפסיקה בישראל ובעולם שבהן מצאו בתי-המשפט כי לא התקיים מבחן הקשר הרציונלי. רק באחד המקרים ברק סבור כי נפלה טעות בשיקול-דעתו של בית-המשפט וכי התוצאה הייתה צריכה להיות שונה (עמ' 377). עם זאת, המעיין בדוגמות אלה עשוי למצוא בכל אחת מהן קשר רציונלי בין האמצעי לבין המטרה. בתקופת כהונתו של ברק כנשיא נפסלו בישראל חמישה חוקים, מהם אחד – בהלכת אורון – שנפסל כבר במבחן-המשנה הראשון, קרי, בגין העדר קשר רציונלי (20%).¹⁷¹ המספר אף גדול יותר אם מביאים בחשבון שלא רק בהלכת אורון נקבע כי אין קשר רציונלי בין מטרת החוק לבין האמצעים שנבחרו להגשמתה, אלא גם בהלכת התנועה לאיכות השלטון, שעסקה בחוקתיותו של חוק טל.¹⁷² אלא שבפרשת התנועה לאיכות השלטון המתין בית-המשפט עם הכרזת אי-החוקתיות כדי ליתן הזדמנות לחוק טל להניב תוצאות בשטח.¹⁷³ בסופו של דבר בוטל חוק טל בהלכת רסלר, וזאת מן הטעם שהועלה בהלכת התנועה לאיכות השלטון, קרי, לא מתקיים קשר רציונלי בין מטרת החוק לבין אמצעיו. שישה מתוך תשעה שופטים שוכנעו כי הנתונים בשטח מלמדים כי חוק טל לא הוביל לגיוס מספק או משמעותי של חרדים לצבא.¹⁷⁴ מדוגמות אלה אנו למדים כי למבחן הקשר הרציונלי יש "שיניים" יותר מכפי שעולה מניתוחו האנליטי של ברק. לפחות כך פני הדברים בארץ, ואדגים זאת ביתר פירוט בפרק הבא.

ברק אכן מצמצם את מבחן הצורך ומותיר למחוקק שיקול-דעת רחב בגדרו, אך במקביל הוא יוצר אתגר מוסדי קשה במיוחד תחת מבחנו השלישי למידתיות, שבו נבחנת "חלופה חוקתית". מדובר בחלופה שטרם נחקקה בפועל אך בית-המשפט מעריך כי היא מידתית (משום שאף לא אחד מהצדדים טוען אחרת) (עמ' 437) וכי בהשוואה אליה החוק שנחקק בפועל אינו מידתי. אך כיצד יקבע בית-המשפט שהחלופה היא מידתית ואף עדיפה על החוק שנחקק בשעה שזו טרם נחקקה וממילא אין לנו יכולת

171 פסקי-הדין שבמסגרתם נפסלו חוקים או סעיפים בדעת רוב בתקופת כהונתו של הנשיא ברק הם: בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999); בג"ץ 1030/99 חברי-הכנסת אורון נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640 (2002); בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון (לא פורסם, 12.12.2006); פרשת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 75. בהלכת אורון (לעיל, בעמ' 666) נקבע כי "אין מיתאם אמיתי כלשהו בין תכליתו הנטענת על ידי המשיבים של התיקון לחוק לבין האמצעים שנקבעו בו לצורך הגשמת תכלית זו". עם זאת, השופטים המשיכו ומצאו באותו מקרה כי החוק לא עמד גם ביתר מבחני המידתיות.

172 חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002.
173 פרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 75, פס' 63–68 לפסק-דינו של הנשיא ברק. בלשונו של הנשיא ברק (שם, פס' 66): "המסקנה הינה כי על פי מצב הדברים היום – ולפי מבחן התוצאה – לא מתקיים קשר רציונלי בין מטרת החוק לבין האמצעים להגשמתו".

174 בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (טרם פורסם, 21.2.2012). הנשיאה ביניש קבעה כי לנוכח חשיבותה של הזכות לשוויון חייבת להתקיים במסגרת מבחן הקשר הרציונלי "הסתברות ממשית" שהאמצעים הקבועים בחוק יגשימו את מטרתו, וזו לא התקיימה כאן. שם, פס' 53 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (ההדגשה במקור).

להעריך את חוקתיותה? בפרק הבא ארחיב על הקשיים העקרוניים הרבים שחלופה זו מעוררת.¹⁷⁵

ברק גם מציע כי מבחן-המשנה השלישי של המידתיות ייעשה באמצעות מדידת מאזן העלות-תועלת מהחוק במונחי "החשיבות החברתית היחסית". מעבר לקשיים הכלליים שתורת האיזונים מעוררת ואשר נידונו רבות בספרות,¹⁷⁶ גישתו זו של ברק מעוררת קשיים של לגיטימציה באותה גזרה שבה זכויות חוקתיות מתנגשות זו בזו. ברק מבהיר לנו כי החשיבות החברתית היחסית אינה נגזרת בהכרח מהחוקה, שם הזכויות החוקתיות נעדרות מדרג וההתנגשות ביניהן היא רק מדומה (עמ' 119). חשיבות זו נגזרת בעיקר מן האופן שבו בית-המשפט מפרש את חשיבותן של הזכויות בהיסטוריה של העם. החשיבות החברתית היא פונקציה של גורמים חיצוניים לעקרונות המתנגשים (היסטוריה ותרבות של חברה) ושל גורמים פנימיים המשקפים יחס בין עקרונות שונים (זכות המהווה תנאי מוקדם לזכות אחרת עשויה להיתפס כחשובה ממנה) (עמ' 432). בית-המשפט אינו נתלה אפוא בחוקה בקובעו את החשיבות החברתית היחסית, כפי שכבר הראינו בפירוט גם בפרק ב למאמר זה בדוננו בחוקתיות היסודית, וממילא שאלת הלגיטימציה לפועלו מתעוררת במלוא עוצמתה.

ברק נסמך בספרו על הניסיון האמריקאי ועל הניסיון הדרום-אפריקאי בהציעו מדרג בין זכויות חוקתיות (עמ' 355, 443, 622), אף שהוא מכיר בכך שגישתן של שיטות משפט אלה היא חריגה בנוף ההשוואתי (עמ' 635). אולם כל אחת משיטות אלה נבדלת בדרכה משיטת המשפט הישראלית. בדרום-אפריקה, ככל שמוכר בה מדרג בין זכויות חוקתיות, מקורו בלשונה המפורשת של החוקה עצמה.¹⁷⁷ ואילו בארצות-הברית, שם הוכר מדרג בין זכויות אף שאין לו אזכור מפורש בלשון חוקתה, הדבר נובע מההיסטוריה הייחודית האמריקאית. שלוש הדרגות של הבחינה החוקתית בארצות-הברית, המושתתות על מדרג בין זכויות, מבוססות אומנם על פסיקתו של בית-המשפט העליון האמריקאי,¹⁷⁸ אך הן נובעות מכך שהשופטים נאלצו להתמודד עם בעיה של סינתזה וגישור על-פני פער בין-דורי לנוכח המרחק הגדול בין מועדי אימוצה של החוקה המקורית לבין מועדי אימוצם של חלק מהתיקונים החוקתיים המשמעותיים ביותר בהיסטוריה האמריקאית.¹⁷⁹ במילים אחרות, אין דור מייסדים אחד לחוקה האמריקאית, אלא כמה דורות של מכונני חוקה, אשר פעלו ברגעי טרנספורמציה חוקתית ועירבו את החלטות העם בעקרונות החוקתיים שניסחו. לא נותרה בררה לשופטי בית-המשפט העליון האמריקאי אלא לקבוע מה חשוב יותר – זכות הקניין, שעיתויה בדור המייסדים הראשון, או זכות השוויון, שמקורה במלחמת-האזרחים; זכות השוויון בין גזעים,

175 ראו דיון נרחב להלן בתת-פרק 4.

176 ראו את הספרות לעיל בה"ש 7.

177 ראו, למשל, ס' 136(a) לחוקת דרום-אפריקה (S. Afr. Const., 1996), הקובע מפורשות כי יש להתחשב בסוג הזכות ("the nature of the right") כאשר בוחרים את מידתיותה של הפגיעה בה.

178 על שלוש הדרגות של הבחינה החוקתית האמריקאית ראו לעיל ה"ש 109.

179 ראו, למשל: BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS (1991); BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE: TRANSFORMATIONS (1998).

שהושגה רק לאחר מלחמת-אזרחים, או זכות שוויון על בסיס גיל, אשר טרם הביאה לידי שלהוב היצרים. ברק מכיר בכך במובלע בציינו כי המאבק החברתי הפמיניסטי האמריקאי הוא סביב הדרישה להכיר בהפליה מגדרית כמחייבת רמת בחינה מחמירה, ולא בינונית (עמ' 612–613). דהיינו, נדרשת מוביליזציה חברתית כדי שיערך שינוי בסיווג של זכות בין הקטגוריות השונות. זכות השוויון על בסיס מין נחותה מזכות השוויון על רקע גזעי, כי טרם התרחשה מוביליזציה חברתית ביחס לזכות הראשונה שהגיעה לדרגה של שינוי חוקתי המכיר במעמדה החדש של הזכות. אם כן, גם בשיטה האמריקאית המדרג בין זכויות מקורו בחוקה, ולא בחשיבות חברתית יחסית, שהיא חיצונית לחוקה. כאשר בית-המשפט העליון האמריקאי יוצר מדרג בין זכויות, מקור המדרג הוא בהיסטוריה החוקתית האמריקאית, ולא בשופטים עצמם.

ברק אינו נסמך בספרו על לשונה של החוקה הישראלית כדי להכיר במדרג בין זכויות חוקתיות, אלא מפנה להיסטוריה של הקמת המדינה. ספק גם אם יש לנו לשון מפורשת בחוקה הישראלית התומכת ביצירת מדרג בין זכויות חוקתיות.¹⁸⁰ אולם אף אם נכיר בלשון כזו, זו אמורה לכאורה להשפיע על הגדרתן של הזכויות החוקתיות מלכתחילה במקרה של התנגשות ביניהן, בעוד ברק מבקש להציע כי המדרג ישפיע רק ברמה התת-חוקתית. כלומר, שאלה היא אם ניתן לאחוז בחבל בשני קצותיו: גם להכיר במדרג בין זכויות חוקתיות וגם לא ליתן למדרג זה להשפיע על היחסים בין הזכויות החוקתיות כבר בשלב הגדרתן. אין דיון מפורש בספרו של ברק על היחס בין גישה התומכת בהכרה במדרג בין זכויות חוקתיות לבין השלכותיה של גישה זו על הגדרתן של הזכויות החוקתיות.

אין לנו גם היסטוריה מקבילה לזו של ארצות-הברית, שבה המדרג נובע מכך שבית-המשפט נאלץ ליצור סינתזה בין-דורית בין תיקוני חוקה שונים. אכן, מדינת-ישראל נוסדה על רקע השואה וההכרח ליצור בית לאומי לעם היהודי. אך כיצד נגזור מהיסטוריה זו מדרג זכויות? האם נובע מכך שכבוד האדם עדיף על הזכות לחיים או לשלמות הגוף או לחירות? הזכות לחיים, לשלמות הגוף ולחירות הן זכויות עצמאיות בחוקי-היסוד הישראליים, ואינן נגזרות מכבוד האדם.¹⁸¹ מדוע ברק מונה בספרו בעיקר את השוויון וכבוד האדם? כיצד נדרג זכויות אלה ביניהן? דומה כי ברק עצמו יוצר בספרו מדרגים שונים בין זכויות הסותרים זה את זה, כפי שיפורט בפרק הבא. אלה רק אחדות מהשאלות שיצוצו בבואנו ליצור מדרג בין זכויות שעיקרו פרי המשפט המקובל. עם זאת, ראוי להבהיר: עצם יצירת המדרג כרוכה אומנם בשיקול-דעת שיפוטי משמעותי, במיוחד לנוכח העובדה שאין הוונה רבה, אם בכלל, מצד המחוקק הישראלי

180 מקורות פוטנציאליים אפשריים להכרה במדרג בין זכויות חוקתיות בישראל כוללים את סעיפי המטרה ועקרונות-היסוד בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק. נוסף על כך, ס' 39(ד) לחוק-יסוד: הממשלה קובע כי "אין בכוחן של תקנות שעת חירום למנוע פניה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע או להתיר פגיעה בכבוד האדם", וס' 7א לחוק-יסוד: הכנסת מגן על אופייה היהודי והדמוקרטי של המדינה במסגרת דיני בחירות. אולם מהלך כזה מצריך בחינה מקיפה, המחייבת עיון נפרד.

181 ראו ס' 2, 4 ו-5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

באשר למדרג הזכויות; אולם משעה שיגובש המדרג, יהיה בו כדי לצמצם את שיקול-הדעת השיפוטי, שכן הוא יחייב שופטים לעבוד בהתאם לו כל עוד לא החליט בית-המשפט העליון על סטייה מתקדימי-הוא. לסיכום, התמונה הכוללת המצטברת העולה מדיני המידתיות של ברק מצמצמת למדי את שיקול-דעתו של המחוקק בשלבים השונים של הבחינה החוקתית, בד בבד עם העצמת הרשות השופטת כגורם המחליט בסוגיות אלה. דומה כי ספרו של ברק צריך לשמש לנו בסיס לדיונים רבים נוספים על אופן חלוקת הסמכויות בין הרשויות בתחום המידתיות, וטרם נאמרה המילה האחרונה בנושא זה.

פרק ה: הפרקטיקה של הבחינה החוקתית

בפרק זה נעמוד על הקשיים המעשיים המתעוררים בכאנו ליישם את דיני המידתיות, כעיצובם על-ידי ברק. נעמוד במיוחד על הסוגיות הבאות, שעניינן השלבים השונים של בחינת חוקתיותו של חוק: (1) סוגיות פתוחות בנושא זיהוי תכליתו של החוק; (2) הדגמת ההענקה של שיקול-דעת רחב לשופט ושיקול-דעת מצומצם למחוקק בבחינת הקשר הרציונלי בין מטרת החוק לבין אמצעיו, בניגוד למטרותיו של ברק בחלוקת התפקידים בין הרשויות; (3) חשיפתו של מבחן הצורך למניפולציות רבות מצד הרשויות ביישומן, וחידושו הגדול של ברק ביחס ליישום מבחן הצורך בהשוואה לפסיקה הישראלית; (4) האתגרים המתעוררים כתוצאה מאימוץ מבחן החלופה המידתית של ברק. להלן נדון בסוגיות אלה לפי סדרן.

1. תכלית ראויה

ברק מנסה לקדם גישה דיכוטומית המבחינה בין השלב של בחינת תכליתו של החוק לבין שלב המידתיות, שבו נבחנים האמצעים שהחוק נוקט. לדידו, תכלית החוק עשויה להיות ראויה אף שהאמצעים שהוא נוקט אינם מידתיים, וגם ההפך נכון – התכלית עשויה להימצא לא-ראויה אף שהאמצעים היו יכולים באופן תיאורטי להימצא מידתיים. ברק מבקר את המלומד הקנדי הוג, הסבור כי ניתן להסיק מהאמצעים הלא-מידתיים כי התכלית אינה ראויה (עמ' 297–300).¹⁸²

ברצוני לסייג במידת-מה גישה זו של הבחנה דיכוטומית בין תכלית לבין אמצעים, על רקע הפסיקה בפועל. קיימת קטגוריה של מקרים שבהם בית-המשפט עשוי להתלבט מהי תכליתו הסובייקטיבית של החוק – אם היא התכלית הגלויה ה"ראויה" שהוצגה לבית-המשפט או שמא תכלית אחרת, סמויה (ו"לא-ראויה"), שנידונה בבית-המחוקקים

¹⁸² PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 153 (5th ed. 2007). מדינה נוקט מהלך דומה לזה של HOGG. ראו מדינה, לעיל ה"ש 28.

או בקרב הציבור. דומה כי במסגרת קטגוריה זו, אם בית-המשפט מוצא כי ניתן להציע לחוק תכלית אובייקטיבית ראויה, והוא רק "חושד" כי למחוקק הייתה תכלית סובייקטיבית פסולה, ייטה בית-המשפט לפסול את החוק על אי-מידתיות, ולא על התכלית.

כך, חוק אשר יש ספק לגבי היות תכליתו ראויה ייפסל ביתר קלות כבר בשלב הראשון של בחינת מידתיותו. כלומר, לא יימצא קשר רציונלי בין תכליתו הראויה של החוק לבין האמצעים שננקטו להגשמתה. קשר רציונלי כזה יימצא דווקא אם נבחן את תכליתו הנסותרת, הלא-ראויה, של החוק. דוגמה מובהקת לכך בהקשר הישראלי היא פסק-דין **אורון**, שבו לא מצא בית-המשפט קשר רציונלי בין קידום פלורליזם תקשורתי (התכלית הגלויה והראויה) לבין הכשרת ערוצים פירטיים ללא קיום מכרז.¹⁸³ דומה כי דבר זה העיד, לשיטת בית-המשפט, שמטרת החוק הייתה בעיקרה להיטיב עם פורעי חוק בדרך של קיום ערוצי תקשורת פירטית, ולא לקדם פלורליזם תקשורתי לשמו.¹⁸⁴ בהקשר זה ראוי לציין כי ברק אינו נותן לנו כלים להתמודד עם חוק רב תכליות. בהקשר אחר של מבחן הצורך הוא מציע כי המטרה הדומיננטית של החוק היא הקובעת (עמ' 411). אך כיצד קובעים מהי המטרה הדומיננטית? סוגיה זו חשובה במיוחד לנוכח העובדה שהמקרה השכיח הוא דווקא חוק מרובה תכליות.¹⁸⁵

גם המדרג שברק מציע בין זכויות בהקשר של התכלית הראויה מאתגר. ראשית, ברק מציע כי גישה זו כבר אומצה בישראל בפסיקה. אולם ראוי לציין כי עד כה בוטאה גישה זו ברטוריקה בלבד ובאמרות-אגב, ולא ראינו תוצאות של ממש שנבעו ממנה. כלומר, חוקים בישראל נפסלו במבחני המידתיות, ולא בגין תכליתם.¹⁸⁶ הפסיקה גם טרם

183 פרשת **אורון**, לעיל ה"ש 171, בעמ' 666.

184 שם, בעמ' 664 (השופט אור). ראו גם גיא דיודוב "עקרונות המידתיות בדיני העבודה" **עינוי משפט** לא 5, 11 (2008) (הסבור כי "התפקיד המרכזי של מבחן זה [הקשר הרציונלי] הוא לחשוף תכליות נסותרות"); משה כהן-אליה "המובן הפורמלי והמובן המהותי של מבחני המידתיות בפסיקה בג"ץ בעניין גדר הביטחון" **המשפט** יא 473, 490-491 (2005) (אשר גורס כי מבחן הקשר הרציונלי יכול "לסייע בחשיפת המניע האמיתי של מקבל ההחלטות" (שם, בעמ' 490), ומדגים זאת באמצעות הלכת **צמח**, לעיל ה"ש 171).

185 גם במשפט המנהלי סוגיה זו של זיהוי התכלית הדומיננטית אינה מפותחת. ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 6, בעמ' 667-669. ראו גם את הדין בתת-פרק 2 להלן.

186 אני שותפה להערכתו של מדינה בהקשר זה. ראו מדינה, לעיל ה"ש 28. יוצאת-דופן היא גישתו של השופט א' לוי בפרשת **ח"כ גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה**, שבה נידון שנית החוק האוסר כניסת פלסטינים לישראל, אף לצורך איחוד משפחות. השופט לוי, בדעת מיעוט, קבע כי החוק נפסל כבר על רקע העדר הלימות בינו לבין ערכי המדינה היהודית והדמוקרטית והיותו מיועד לתכלית לא-ראויה. לוי ביסס גישה זו על הצורך לבחון כבר בשלב התכלית גם את האמצעים שהחוק נוקט. בג"ץ 466/07 **ח"כ גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 21 ו-23 לחוות-דעתו של השופט לוי (טרם פורסם, 11.1.2012). לוי סבר כי החוק אינו מבטא רגישות לזכות לכבוד האדם הנפגעת, בקובעו קסדר גורף, המתייחס לפרט כאל חלק מקבוצה, מבלי להתבונן על המקרה הפרטני. שם, פס' 23 ו-29 לחוות-דעתו. שופטי המיעוט האחרים ביססו את פסילת החוק על מבחני המידתיות, ובעיקר על

הצליחה ליצור מדרג ברור בין זכויות חוקתיות. שנית, לא ברור כיצד ברק קובע את המדרג בין זכויות. במקום אחד הוא נסמך על הפסיקה הקיימת (עמ' 353–354), ואילו במקום אחר הוא מציע כי ההיסטוריה של המדינה היא הקובעת, כגון מקומן של הזכויות בהכרזת העצמאות או עבר של רדיפות היסטוריות על בסיס גזע (עמ' 444, 622). דא עקא, מדרג הזכויות הנובע מגישות אלה שונה. כך, למשל, הזכות לקניין והזכות לחופש התנועה נמנות על-ידי ברק כזכויות החשובות ביותר על-סמך הפסיקה, ולא ההיסטוריה של המדינה (עמ' 354). דומה כי על בסיס ההיסטוריה, ובמיוחד לנוכח לקחה של השואה, ברק דווקא מנסה לבסס את הגישה כי הזכות לכבוד האדם חשובה מהזכות לקניין. קשה אף לקבוע איזו היסטוריה היא הרלוונטית, בהעדר "רגעים חוקתיים" (constitutional moments) משמעותיים למן הקמת המדינה שעירבו את החלטת העם בקביעת מדרג הזכויות.¹⁸⁷

לסיכום, ביישום מבחניו של ברק לזיהוי התכלית הראויה אנו נותרים עם שאלות פתוחות: האם בכל-זאת יש באמצעים כדי להשליך על התכלית? כיצד נגדיר תכלית בחוק רב תכליות? כיצד נגדיר מדרג בין זכויות לצורך זיהוי תכלית ראויה? אלה סוגיות שנצטרך להתמודד עימן בעתיד.

2. מבחן-המשנה הראשון של המידתיות – מבחן הקשר הרציונלי

יישומו של מבחן הקשר הרציונלי מעיד כי יש בו שיקול-דעת רחב לשופטים, בניגוד למטרתו של ברק שהוא יעוצב באופן המותר שיקול-דעת מרבי למחוקק. כל חמש הדוגמות שברק מביא בפרק העשירי לספרו מלמדות על קשיים ביישום מבחן הקשר הרציונלי, שכן בכל הפרשות כאחד ניתן לטעון כי התקיים קשר רציונלי בין מטרת החוק לבין האמצעי שנבחר להגשמתה.

כך, למשל, בעניין אורון ניתן לטעון כי אמת-מידה של שידור פירטי במשך חמש שנים אכן מלמדת על איתור קבוצות אוכלוסייה בעלות צורכי שידור מיוחדים וקידום פלורליזם תקשורתי,¹⁸⁸ שהרי המבחן לקשר רציונלי הוא מבחן התוצאות בשטח. בית-המשפט לא בחן כלל בהלכת אורון את השפעת החוק על המציאות בפועל, ולא היה לו ברור כלל אילו ערוצי תקשורת, נוסף על ערוץ 7, יוכשרו באמצעות החוק.¹⁸⁹ אילו בחן

מבחן האיזון החוקתי, ולא על שלב התכלית. ראו את פסק-דינם של הנשיאה ביניש והשופטים ג'ובראן, ארבל וחיות.

187 על העדר רגעים חוקתיים שקבעו את חוקת המדינה ראו: Rivka Weill, *Sui Generis? The Hybrid* (2009), available at ssrn.com/abstract=1401360. Israeli Constitutional Experience, ראו גם Weill, *The Israeli Case*, לעיל ה"ש 129. למעשה, מוקדם להעריך זאת, אך ייתכן שאנו בפתחה של הגדרה מחדש של מדרג הזכויות שלנו על רקע המחאה החברתית הנוכחית אשר פוקדת את שערנו ודורשת צדק חברתי.

188 ראו פרשת אורון, לעיל ה"ש 171.

189 "לא ברור כלל אם אכן קיימות בכלל תחנות רדיו נוספות, לבד מערוץ 7, העונות לקריטריונים של התיקון לחוק." שם, בעמ' 664.

זאת, ייתכן שהיה מגלה כי אכן מדובר בערוצים ששידרו לאוכלוסיות עם צורכי שידור מיוחדים.¹⁹⁰ תיאוריות של ביקוש והיצע תומכות אף הן בכך שהשידורים הפירטיים שהכנסת ביקשה להכשירם שירתו קהלי-יעד מיוחדים, כי אם לא כן ספק אם הם היו שורדים ללא תמיכה ממשלתית. ודוק: איני טוענת כי החוק שנידון באורון הוא מידתי; כל שאני טוענת הוא שספק אם היה ראוי לפוסלו על העדר קשר רציונלי. הוא הדין בכל אחת מהדוגמות האחרות שברק מביא להדגמת העדר קשר רציונלי (ראו עמ' 374–376). נציין בהערת-אגב כי ייתכן שהיה קל יותר לקוראים לבחון דוגמות אלה אילו הן הובאו בסוף הפרק על הקשר הרציונלי וכיישום של הדיון שהתקיים בו. במיוחד היה חשוב לפתח את דרישת הקשר ההסתברותי בדוגמות אלה, דבר שלא נעשה.

דוגמה נוספת שברק מפתח בפרק העשירי לספרו היא פרשת התנועה לאיכות השלטון, שעסקה בחוקתיותו של חוק טל (עמ' 385–387).¹⁹¹ כידוע, דעת הרוב בפסק-הדין הוציאה "כרטיס צהוב" לחוק בקובעה כי בינתיים דומה כי לא מתקיים קשר רציונלי בין מטרת החוק לבין האמצעים שנבחרו להגשמתה, וזאת לנוכח תוצאות החוק בשטח.¹⁹² עם זאת, בית-המשפט השתכנע כי מוקדם עדיין לקבוע כי הניסוי כשל, וכי יש לתת למימד הזמן לעשות את שלו בשל העובדה שמדובר בהתנעת שינויים חברתיים מרחיקי-לכת, דוגמת השתלבות של החברה החרדית בצבא.¹⁹³ את אשר החלה בשנת 2006 הלכת התנועה לאיכות השלטון, השלימה בשנת 2012 הלכת רסלר, אשר פסלה את חוקתיותו של חוק טל בגין העדר קשר רציונלי בין מטרת החוק לבין אמצעיו, על רקע נתוני הגיוס בפועל של חרדים לצבא.¹⁹⁴

הקושי בפסיקה זו הוא שלחוק טל היו כמה תכליות שונות, לפי קביעתו של בית-המשפט עצמו. אחת מהן הייתה הסדרת דחיית גיוסם של בחורי הישיבות בחוק, במקום בצו של שר הביטחון, כמתחייב מהלכת רובינשטיין בנושא.¹⁹⁵ מטרה זו כשלעצמה הייתה חשובה ביותר, והיא מנויה כמטרה הראשונה מבין המטרות שבית-המשפט מייחס לחוק טל, שכן הלכת רובינשטיין היא שהובילה לחקיקת החוק.¹⁹⁶ לכאורה, מטרה זו הושגה במלואה, והתקיימה לגביה דרישת הקשר הרציונלי.¹⁹⁷ על-כן ספק אם חוק טל לא קיים את דרישת הקשר הרציונלי, כקביעת בית-המשפט.

נעיר כי אין בדיון זה כדי לקבוע שחוק טל הוא מידתי. יש בו רק כדי להאיר את העובדה שלכאורה הקושי בחוק אינו במבחן-המשנה הראשון של המידתיות. ניתן כמוכן

190 בכנסת נטען כי שתי תחנות נוספות יענו על הקריטריונים של החוק – "אחת... המזוהה עם השמאל הפוליטי, והשנייה, תחנת רדיו המזוהה עם המגזר החרדי". שם.

191 פרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 75.

192 הלל סומר "כרטיס צהוב לחוק טל" ynet 11.5.2006 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3249681,00.html.

193 פרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 75, בעמ' 712–713.

194 פרשת רסלר, לעיל ה"ש 174.

195 פרשת רובינשטיין, לעיל ה"ש 50.

196 פרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 75, בעמ' 700–701 (הנשיא ברק).

197 שם, בעמ' 712 (ברק) ("אמת, תכליתו הראשונה של החוק מתגשמת").

לטעון כי מטרתו הדומיננטית של חוק טל לא הייתה לקבע את דחיית הגיוס בחוק, כפי שאכן קבע בית-המשפט.¹⁹⁸ אך טענה זו אינה פשוטה לנוכח העובדה שבית-המשפט הוא שהניע את גלגליה של חקיקת החוק מלכתחילה בפרשת רובינשטיין, תחת ההנמקה שדחיית גיוס צריכה להיות בחוק, ולא בצו. ראוי גם לזכור כי הצו של שר הביטחון, שבוטל בהלכת רובינשטיין, היווה "דין ישן" שנהנה משמירת הדינים, ולא היה אפשר לבטלו מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹⁹⁹ אכן, בית-המשפט ביטלו מכוח כלל ההסדרים הראשוניים, ולא מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עובדה זו גם הופכת את עיגון הדחייה בחוק לתכלית דומיננטית.

יתר על כן, בית-המשפט הכיר בארבע מטרות משולבות לחוק טל: הסדרת הדחייה בחוק, ולא בצו; הסדר של פשרה (ולא בכפייה); שילוב החרדים בשוק העבודה; ויתר שוויון בחלוקת הנטל הצבאי. מטרות אלה הוכרו בהשתלבותן יחד כ"תכלית ראויה".²⁰⁰ דא עקא, שמטרות אלה סותרות בחלקן זו את זו. הסדר בהסכמת החברה החרדית ועיגון הדחייה בחוק אינם משתלבים עם יתר שוויון בחלוקת הנטל הצבאי בטווח המיידי. דומה שאמירתו של בית-המשפט, מפי הנשיאה ביניש, כי התכליות האחרות אינן יכולות לבוא על-חשבון השוויון בנטל הצבאי פירושה שבית-המשפט רואה דווקא בשוויון בנטל הצבאי את התכלית הדומיננטית, ואינו מוכן לקבל את התכליות האחרות כשוות-משקל.²⁰¹ הלכת התנועה לאיכות השלטון והלכת רסלר מדגישות את הצורך בפיתוח מבחן לזיהוי תכליתו הדומיננטית של חוק, לצורך בחינת חוקתיותם של חוקים. לסיכום, במקום שמבחן הקשר הרציונלי יהיה מבחן חסר "שיניים", כעולה מתיאורו של ברק, בפועל יש למבחן זה השפעה משמעותית על פסילת חוקים.²⁰² נוסף על כך, ספק אם פסקי-הדין הרלוונטיים משכנעים במובן של הוכחת העדר קשר רציונלי בין מטרת החוק לבין אמצעיו.

3. מבחן-המשנה השני של המידתיות – מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

הפרק האחד-עשר לספרו של ברק מרתק מבחינת הבנת הקשיים ביישומה של מתודת המידתיות בהקשר של היחס בין מבחני-המשנה השני (שעניינו צורך) והשלישי שלה

198 ש.ם.

199 ס' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע שמירת דינים: "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד."

200 הלכת רסלר, לעיל ה"ש 174, פס' 10 ו-19 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

201 ש.ם, פס' 39. מסקנה זו מתחזקת גם לנוכח העובדה שהנשיאה ביניש בחנה את מספר המתגייסים מקרב החברה החרדית מול כלל דחויי-הגיוס בחברה החרדית, ולא מול שנתון הגיוס, כגישתה של השופטת ארבל. ביניש גם סירבה להכיר בכך שהמבוגרים מקרב החרדים אינם בני-גיוס מבחינה מעשית, וכי יש להתמקד בגיוס הדור הצעיר. היא אף לא כללה את משרתי השירות האזרחי בגדר מספר המשרתים (פס' 24-40 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש).

202 לדוגמות נוספות לאפקטיביות של מבחן זה ראו דוידוב, לעיל ה"ש 184, בעמ' 10 (ה"ש 25).

(שעניינו איזונים). נעמוד תחילה על קשיים ביישום מבחן הצורך כשלעצמו, ולאחר-מכן על היחס בין מבחן הצורך לבין מבחן האיזונים.

(א) איך ניישם את מבחן הצורך?

ברק מאמץ את מבחן התכלית הסובייקטיבית של המחוקק לשם בחינת עמידתו של החוק במבחן הצורך.²⁰³ בבואו ליישם את גישתו, ברק מסביר לנו בספרו כי מצא בפרשת **עדאלה** שחוק איסור כניסת פלסטינים לישראל עומד במבחן-המשנה השני של צורך משום שתכלית המחוקק הייתה להפחית את הסיכון הבטחוני "ככל האפשר".²⁰⁴ לעומת זאת, כותב ברק, אילו הגיע למסקנה כי מטרת החוק הייתה רק להפחית את הסיכון "במידת-מה", הוא היה קובע כי האיסור הגורף אינו עומד במבחן הצורך, שכן ניתן להגשים את תכליתו במלואה גם באמצעות בדיקה פרטנית (עמ' 411).

עלינו לזכור כי מה שמונח כאן על הכף הוא גורלו החוקתי של חוק: אם תקף הוא אם לאו. על-סמך מה יקום או ייפול? על-סמך קביעת בית-המשפט עד כמה אינטנסיבי היה רצונו של המחוקק להשיג את מטרתו. כיצד תיקבע כוונת המחוקק הסובייקטיבית? כיצד ייקבע אם כוונתו הייתה להשיג את מטרתו "ככל האפשר" או רק "במידת-מה"? ברור שקל מאוד לכל המעורבים בדבר לערוך מניפולציות כאשר חוקתיות החוק נופלת על חודה של רמת ההפשטה המיוחסת למטרתו הסובייקטיבית של המחוקק. יתר על כן, גישתו של ברק לזיהוי מטרת החוק כאן היא גישה של תכלית סובייקטיבית, אך הדבר אינו מתיישב עם גישתו **בתחום המידתיות** לעניין זיהוי "התכלית הראויה" או לבחינת הקשר הרציונלי, שם התכלית הקובעת היא דווקא זו האובייקטיבית. אין גישתו מתיישבת אף עם תורת הפרשנות התכליתית הכללית שלו. ברק אינו מסביר לנו בספרו מדוע נקט עמדה זו.

נוסף על כך, ברק מבקש להדגים לנו את גישתו למבחן הצורך באמצעות כמה "כללי-אצבע". אך "כללי-אצבע" אלה הם בעייתיים. כך, למשל, ברק כותב כי הגבלה החלה רק על חלק מהתושבים היא קלה יותר מהגבלה החלה על כולם, וכי בדיקה פרטנית עדיפה על יחס גורף. אך לעיתים דווקא ה-targeting של חלק מהאוכלוסייה הוא הבעייתי יותר ומעורר סוגיות קשות של שוויון, שאינן מתעוררות מקום שמדובר באיסור גורף וכללי.²⁰⁵

203 כך, למשל, ברק כותב (בעמ' 411): "דוגמא זו מצביעה על מסקנה נוספת הרלוונטית למבחן הצורך: רמת ההפשטה שעל פיה תיבחן מטרת החוק – והוא הדין במטרות שונות ברמת הפשטה נתונה – נקבעת על פי המטרה שעמדה הלכה למעשה ביסוד החוק. השאלה אינה אם באופן תאורטי ניתן לייחס לחוק מטרה מסוימת, אלא מה הייתה המטרה הלכה למעשה. בית-המשפט אינו בוחר את המטרה. הבחירה נעשית על ידי המחוקק."

204 פרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 19, בעמ' 344–345.

205 ראו, למשל: Bernard E. Harcourt, *Muslim Profiles Post-9/11: Is Racial Profiling an Effective Counter-terrorist Measure and Does It Violate the Right to be Free from Discrimination?* in SECURITY AND HUMAN RIGHTS 73 (Benjamin J. Goold & Liora Lazarus eds., 2007); Annabelle Lever, *Why Racial Profiling is Hard to Justify: A Response*

(ב) מהו ליבה של המידתיות?

הסוגיות שנידונו לעיל, העוסקות בזיהוי תכלית החוק לצורך מבחן הצורך ובאופן יישומו של מבחן הצורך, מתמקדות במבחן זה כעומד בפני עצמו. עתה נבחן את היחס בין מבחן הצורך לבין מבחן האיזונים. ברק מלמד אותנו כאן לקח מרכזי בספרו: הוא כותב כי אין הוא רואה במבחן הצורך את ליבה של המידתיות, וכי הפסיקה עושה במבחן זה שימוש שאינו "כן" (עמ' 416–417). למעשה, לדברי ברק, לפחות בחלק מהמצבים קבעה הפסיקה כי חוק לא עבר את מבחן הצורך – דהיינו, שניתן להשיג את מלוא תכליתו של החוק באמצעות אמצעי שפגיעתו בזכויות אדם פחותה – אף שלמעשה הקושי בחוק לא היה במבחן הצורך. לדעת ברק, באותם מצבים לא היה אפשר להשיג את מלוא תכליתו של החוק בכל מובן אפשרי (כולל ההסתברות למימוש המטרות, איכות המימוש וכמותו) באמצעות אמצעי שפגיעתו פחותה, והמבחן שבאמצעותו היה ראוי לפסול את החוק – קרי, המבחן שמשקף את הבעייתיות האמיתית בחוק – הוא מבחן האיזון החוקתי. דהיינו, כאשר אנו שוקלים את תוספת התועלת מהחוק לאינטרס של טובת הכלל או לזכויות אדם מול הנזק הנוסף הנגרם לזכויות אדם אחרות, אין הצר שווה בנזק המלך. אך מבחן זה של איזונים לא נשקל באופן מספק על-ידי הפסיקה.

ברק אומר לנו למעשה כי הפסיקה מעדיפה להסתיר את העובדה שהיא פוסלת חוק על-סמך איזונים, כדי לא לחשוף את היקף שיקול-הדעת שהיא מפעילה בביטול חוקים, שכן הדבר עלול לעורר ביקורת קשה נגדה. נוח לה לפסיקה להסוות את טעמיה באמצעות הקביעה כי החוק אינו עובר את מבחן הצורך. לחלופין, ייתכן שהפסיקה לא הבינה נכון את מבחן הצורך, ולכן קבעה שאין בחוק צורך גם במצבים שבהם היה בו צורך, לפי הגדרותיו של ברק.²⁰⁶

נראה שברק התכוון בדבריו אלה לבקר את הפסיקה הזרה בסוגיה, אם כי בספרו אין הוא מצמצם את דבריו לדין הזר. מכל מקום, ניתן ליישם דברים אלה במלואם גם בהקשר הישראלי, שכן רוב פסקי-הדין בארץ שביטלו חוקים עד כה (בדעת רוב או פה אחד) מצאו כי כבר מבחן הצורך לא התקיים לגבי חוקים אלה. אומנם, בדרך-כלל המשיכה הפסיקה ומצאה כי החוקים אינם עומדים גם במבחן המידתיות במובן הצר,²⁰⁷ אך ברור

206 *to Risse and Zeckhauser*, 33 PHIL. & PUB. AFF. 94 (2005). ראו גם מדינה וסבן, לעיל ה"ש 167.

206 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). ברק, בדומה לדודוב, מציע כי יש להבחין בין מבחני המידתיות השני והשלישי, ולא להעמיס על מבחן הצורך שיקולי איזון אשר רלוונטיים רק לשלב השלישי של הבחינה החוקתית.

207 אנו נתרכז בפסקי-הדין שבהם נפסלו חוקים בדעת רוב או פה אחד. לדיון בהלכת **לשכת מנהלי ההשקעות**, לעיל ה"ש 171, ראו להלן ליד ה"ש 208–211. בהלכת **צמח** קבע בית-המשפט בדעת רוב, מפני השופט זמיר, כי "מבין מבחני-המשנה למבחן המידתיות, הדיון בעתירה זאת התמקד במבחן-המשנה השני: מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה". הלכת **צמח**, לעיל ה"ש 171, בעמ' 270. אך ניתוח פסקי-הדין מעלה כי לכאורה ס' 237א(א) לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, עמד במבחן

שההנמקה של אי-העמידה במבחן האיזון החוקתי היא יסודית ומעמיקה פחות מקום שברור כי בלאו הכי החוק אינו עובר את הביקורת השיפוטית בשל אי עמידתו

הצורך במבחן פְּרָטוּ. המבחן שהוא לא עמד בו הוא מבחן האיזון, במובן זה שבית-המשפט דרש מהצבא לשאת בעלויות כספיות, מנהליות ולוגיסטיות שונות כדי לצמצם את הפגיעה הלא-מידתית בחירותם של החיילים הנגרמת כתוצאה ממעצרים הממושך (96 שעות) קודם להבאתם לפני שופט. שם, בעמ' 278–283.

בהלכת אורון קבע בית-המשפט כי תיקון חוק הבוק, שהכשיר את שידורי ערוץ 7, נכשל בכל אחד משלושת מבחני המידתיות. הלכת אורון, לעיל ה"ש 171, בעמ' 665–669. גם בהלכה זו לא יושמה הגדרת פְּרָטוּ של מבחן הצורך, שכן בית-המשפט סבר כי החלופה הפוגעת פחות היא קיום מכרז, אף שזו מחייבת עלויות שונות מאלה שהתחייבו מכוח החלופה שבה בחר המחוקק. בהלכת המועצה האזורית חוף עזה נקבע כי הסדרי הפיצוי למפוני חבל עזה "נמצאים מפריס את מבחן המשנה השני של דרישת המידתיות. אכן, הסדר שיאפשר פנייה לדין הכללי יביא את הפגיעה בזכויות הישראלים המפונים לרמה ראויה מבחינת אפשרויות הפיצוי שלהם בלא לסכל את תכליותיו של חוק יישום ההתנתקות". הלכת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 75, בעמ' 618. גם כאן אין מדובר ביישום פְּרָטוּ של מבחן הצורך, שכן הסדרי "ייחוד העילה" היו כרוכים בחיסכון כספי ומנהלי משמעותי למדינה.

הלכת עדאלה, שעסקה בחוקתיות של שלילת האחריות בנויקין לפעולותיהם של כוחות הביטחון באזורי עימות, פסלה את חוקתיותן של הוראות החוק ככל שהללו פטרו את המדינה מאחריות לפעולות לא-מלחמתיות של כוחות הביטחון. אף הלכה זו נשענה על מבחן הצורך. "הרחבה זו של העדר אחריות המדינה אינה חוקתית. היא אינה נוקטת באמצעי שפגיעתו פחותה, ושעניינו היעדר אחריות בגין פעולות מלחמתיות." הלכת עדאלה, לעיל ה"ש 171, פס' 35 לפסק-דינו של הנשיא ברק. על הצדקתה של הלכה זו ראו להלן ליד ה"ש 212.

גם בבש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 27 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (טרם פורסם, 11.2.2010), וכן בבג"ץ 4124/00 יקותיאל נ' השר לענייני דתות, פס' 45–47 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (טרם פורסם, 14.6.2010), נפסלו סעיפי חוק על-סמך מבחן הצורך, ולא רק על-סמך מבחן האיזונים. הלכת חסן הביאה לידי פסילת ס' 9א(ב) לחוק הבטחת הכנסה, התשמ"א-1980, בשל אי-עמידתו כבר במבחן הצורך, נוסף על מבחן האיזונים. הלכת חסן, לעיל ה"ש 164, פס' 62, 64 ו-67 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש. במקרה זה נעשה שימוש במבחן הצורך לפסילת הסעיף, אף שפסילת החוקה החלוטה וחיובו של ביטוח לאומי בבדיקה פרטנית של נזקקות להבטחת הכנסה כרוכה בעלויות משמעותיות לאוצר המדינה. מעניין שהשופט ג'ובראן כותב בפסק-דין זה במובלע כי הוא דוחה את מבחן פְּרָטוּ למבחן הצורך כי מבחן פְּרָטוּ עלול לרוקן השימוש במבחן הצורך. שם, פס' 12–13 לחוות-דעתו של השופט ג'ובראן. מקרה חסן הוא לכאורה מקרה של "כיסוי-יתר" של החוק: החוקה החלוטה חלה על מקרים שבהם השימוש ברכב אכן מלמד על העדר נזקקות, אך היא חלה אף על מצבים שבהם אין השימוש מלמד על העדר נזקקות.

יוצאת-דופן היא פרשת הפרטת בתי-הסוהר, לעיל ה"ש 32, שבה נפסלה הפרטת בתי-הסוהר על-סמך מבחן-המשנה השלישי של המידתיות בלבד, ולא על-סמך מבחן הצורך. ראו שם, פס' 49–54 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש, שכתבה את דעת הרוב. פרשת רסלר, שבמסגרתה בוטל חוק טל, יוצאת-דופן לכיוון ההפוך. בית-המשפט, בדעת רוב, ביטל את חוק טל כבר על אי-עמידתו במבחן הקשר הרציונלי, ולא טרח להמשיך לבחון את החוק לאור שאר מבחני המידתיות. בכך נמנע בית-המשפט מלהנחות את המחוקק באשר לאופן שבו ראוי לחוקק את החוק על-מנת שיעמוד בכלל מבחני המידתיות. הלכת רסלר, לעיל ה"ש 174.

במבחן הצורך. דה־פקטו המבחן העיקרי בארץ עד כה לפסילת חוקים הוא מבחן הצורך.

ייתכן אם כן שגם בארץ לא הייתה הפסיקה כנה מספיק. ייתכן שפסקי־הדין הישראליים שביטלו חוקים על־סמך מבחן הצורך לא יישמו את הגדרת פְּרִטוֹ של מבחן הצורך. הגדרת פְּרִטוֹ מצמצמת ביותר את האפשרות לפסול חוקים על־סמך מבחן הצורך, שכן חוק יפסל רק אם ניתן לפגוע פחות בזכות (מבלי לגרום לפגיעה גדולה יותר בזכות, וזאת בכל מובן אפשרי, כולל הסתברות לפגיעה) מבלי להתפשר ולו על אחת ממטרות החוק הסובייקטיביות (בכל מובן אפשרי, כולל הסתברות להתממשות המטרות). במקום לפסול חוקים תחת מבחן הצורך, היו השופטים צריכים אפוא להבין כי גורל החוק תלוי רק ביישום מבחן האיזון החוקתי. ודוק: אין זה אומר כי לא היה מקום לפסול חוקים אלה, אלא ש**ייתכן** כי חוקים אלה נפסלו, בין היתר, על־סמך המבחן הלא־נכון. זהו חידוש עצום בדבריו של ברק ומסר חשוב לפסיקה הישראלית.

ניטול, לדוגמה, את הלכת **לשכת מנהלי ההשקעות**:²⁰⁸ חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה-1995,²⁰⁹ נחקק דווקא כדי להסדיר רגולציה לאלה שכבר עוסקים במקצוע, על רקע משבר מניות הבנקים. היה צורך בו גם לגבי העוסקים הוותיקים.²¹⁰ לכן הייתה הפסיקה צריכה לסמוך על מבחן האיזון בלבד, ולומר לנו כי לדעתה תוספת התועלת מהרגולציה אינה מצדיקה את תוספת הנזק לחופש העיסוק. במקום זאת הסתמכה הפסיקה הן על מבחן הצורך והן על מבחן האיזונים.²¹¹ ברק מדגיש לפנינו אפוא כי הגיע הזמן לומר דברים כהווייתם, ולבסס פסקי־דין על "כנות" ועל כך שהשיקול מאחוריהם הוא איזון, ולא העדר צורך בחוק.

למעשה, כותרתו של מאמר זה – "האם המחוקק ירה בתותח כדי לפגוע בזכו" (עמ' 412 וה"ש 82) – משקפת את הבלבול העצום באשר ליחס בין מבחני־המשנה השני והשלישי של המידתיות. אין הסכמה בין הכותבים איזה מבין מבחני המידתיות מטפורה זו מיטיבה להביע או איזו בעייתיות היא מתארת. האם הבעייתיות היא בזבוז המשאבים, כלומר, אפשר להשיג את הפגיעה בזכו"ב גם באמצעים שפגיעתם פחותה, קרי, הירי בתותח אינו מידתי כי הוא אינו עובר את מבחן־המשנה השני של צורך? או שמא אכן אי־אפשר להשיג את הפגיעה בזכו"ב אלא באמצעות הירי בתותח – דהיינו, הירי מקיים

208 פרשת **לשכת מנהלי ההשקעות**, לעיל ה"ש 171.

209 ס"ח 416.

210 פרשת **לשכת מנהלי ההשקעות**, לעיל ה"ש 171, בעמ' 377–378.

211 שם, בעמ' 411–412. בלשונו של הנשיא ברק: "אכן, בהתחשב בניסיונם, ניתן להפחית מחובת הבחינה של העוסקים הישנים־ותיקים – או אף לבטלה כליל – בלא לפגוע באופן מהותי בתכלית החוק." שם, בעמ' 411. ודוק: אין מדובר כאן באיזון בין הנזק שהחוק גורם לזכויות לבין התועלת לאינטרס הציבורי המופקת ממנו, כפי שנעשה תחת מבחן־המשנה השלישי של המידתיות, אלא מדובר כאן בקביעה כי אין מדובר באמצעי שפגיעתו פחותה להשגת מטרת החוק. ראו גם את הגדרת מבחן הצורך שם, בעמ' 408–409. מעניין גם שבשלב זה של התפתחות הפסיקה לא דובר עדיין בהגדרת פְּרִטוֹ של מבחן הצורך, אלא בהגדרה גמישה יותר שעניינה הגשמה מהותית של תכלית החוק.

את מבחן הצורך, שכן יש בו צורך כדי להשיג את מלוא המטרה – אלא שהירי עדיין בעייתי כי הוא אינו עומד במבחני האיזון החוקתי, קרי במבחן המשנה השלישי של המידתיות, כאשר תוספת התועלת מהפגיעה בזכויות אינה מצדיקה את תוספת הנזק שהשימוש בתוחה גורם?

מבחן הצורך של ברק מחדש לנו אפוא כי ייתכן שהפסיקה הישראלית טעתה בהדגישה את מבחן הצורך על-חשבון מבחן האיזונים. אך גישתו של ברק מותירה עדיין מקום למניפולציות רבות בהכרעה בשאלה אם החוק דרוש לנו, וזאת דווקא משום שברק נשען על התכלית הסובייקטיבית של המחוקק. אילו אימץ ברק מבחן של תכלית אובייקטיבית למבחן הצורך, הוא היה יכול להשיג מטרה כפולה: גם להתמודד טוב יותר עם בעיית המניפולציות, וגם לתת יותר "שיניים" למבחן הצורך, אפילו תחת הגדרת פְּרָטו של מבחן זה. למעשה, גישה מעין זו באה לידי ביטוי בהלכת **עדאלה**, אשר עסקה כאמור בחוקתיות של שלילת פיצויי נזיקין בגין פעולותיהם של כוחות הביטחון באזורי עימות. ברק קבע כי שלילת הפיצויים בגין פעולות לא-מלחמתיות אינה מקיימת את מבחן הצורך, משום שהיא "לא באה להגשים את התכלית הראויה של התאמת דיני הנזיקין למצביי לחימה. היא באה להגשים תכלית בלתי ראויה של שחרור המדינה מכל אחריות בנזיקין באזורי עימות".²¹² מבחן הצורך הוא עדיין המבחן המשכנע יותר בבואנו לבטל חוק, כאשר הוא מבסס את בטלות החוק על היכולת להגשים את מלוא תכליתו של החוק באמצעים שפוגעים פחות בזכויות אדם, בעוד מבחן האיזונים סובל, בין היתר, מהקשיים שיפורטו להלן, מעבר לביקורת הכללית שהושמעה נגדו בספרות בנוגע לרוחב שיקול-הדעת של בית-המשפט.²¹³

4. מבחן המשנה השלישי של המידתיות – מבחן האיזון החוקתי

ברק מבהיר לנו בצדק כי במסגרת מבחן האיזון החוקתי איננו בוחנים שיקולי עלות-תועלת במונחים מוחלטים, אלא שוליים. אך חידושו בדבר החלופה המידתית מעורר את הקשיים **המצטברים** הבאים:²¹⁴ **ראשית**, החלופה ההיפותטית החוקתית של ברק אינה מקיימת, מעצם הגדרתה, את מבחן הצורך. דהיינו, היא אינה מגשימה את מלוא התכלית שהציב לעצמו המחוקק, אלא רק את חלקה. כל הרעיון של ברק הוא שאף-על-פי שהיא

212 הלכת **עדאלה**, לעיל ה"ש 171, פס' 35 לפסק-דינו של הנשיא ברק. ודוק: כאן כל מטרת הסעיף בחוק שנפסל היא לשלול פיצויים ממי שנפגע עקב פעולות לא-מלחמתיות של המדינה. כאשר מטרתו היחידה של החוק היא לפגוע בזכות חוקתית, זו בוודאי תכלית פסולה.

213 לכותבים הסבורים כי צריך לתת למבחן המשנה השני משקל רב יותר מאשר לשלישי, באמצעות הרחבת פרשנותו של מבחן המשנה השני, ראו, למשל, מדינה, לעיל ה"ש 28; משה כהן-אליה "הפרדת רשויות ומידתיות" **משפט וממשל** ט 297 (2005); משה כהן-אליה "לקראת נוסח הליכי של פסקת ההגבלה" **משפט וממשל** י 521 (2007); כהן-אליה, לעיל ה"ש 184; גדעון ספיר "ישן מול חדש – על איזון אנכי ומידתיות" **מחקרי משפט** כב 471 (2006); גדעון ספיר "מידתיות ופשרה" **ספר דליה דורנר** 397 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רוהם עורכים, 2009).

214 על החלופה המידתית ראו לעיל ה"ש 84–85 והטקסט שלידן.

אינה מקיימת את מבחן הצורך, היא עשויה להיות רצויה יותר במונחי האיזון החוקתי. אך מדוע שנעדיף את מבחן המשנה השלישי של המידתיות על מבחן המשנה השני שלו? גישתנו למבחני המידתיות היא הרי גישה של דרישות מצטברות, ולא חלופיות. עולה מדברים אלה כי לשיטת ברק קיים מדרג בין מבחני המידתיות, והמבחן החשוב יותר הוא השלישי.

שנית, לא ברור כיצד ניתן להניח שהחלופה ההיפותטית שנבחנת על-ידי בית המשפט היא חוקתית. הרי מדובר בחלופה פרי הדמיון שלא נבחנה במציאות של מדינה נתונה. הבחינה החוקתית, לעומת זאת, מתמקדת בהשפעת החוק בפועל, ולא בתיאוריה. חסרים אם כן לבית המשפט הכלים והעובדות כדי להעריך את חוקתיותה של החלופה. חוסר הוודאות לגבי השלכותיה של החלופה הוא רב. תשובתו של ברק היא כי די שאין טוען כי החלופה אינה מידתית (עמ' 437). אך האם ראוי לבטל חוק על בסיס חלופה פרי הדמיון? ניתן לומר בפרפרזה על דבריו של השופט בלקמן כי רק שופט ללא דמיון יתקשה לחשוב על חלופה מידתית.²¹⁵

שלישית, מדובר פעמים רבות בחלופות שנשקלו על-ידי המחוקק עצמו ונדחו על-ידיו מטעמים שונים. כיצד ניתן אפוא להתייחס אליהן כאל חלופות רלוונטיות במסגרת מבחן המשנה השלישי? הדבר בלט, למשל, בפרשת הפרטת בתי-הסוהר.²¹⁶ בהקשר זה שקל המחוקק את האפשרות של הפרטה חלקית, אך דחה אותה כלא-יעילה. המחוקק גם הצביע על כך שהניסיון בעולם עם הפרטה חלקית אינו מוצלח.²¹⁷ אולם דבר זה לא מנע את השופטת נאור מלהציע כי חלופה זו היא הטובה יותר במסגרת מבחן המשנה השלישי של איזון חוקתי, ומכאן שחוק הפרטת בתי-הסוהר אינו חוקתי.²¹⁸

רביעית, ברק טוען כי כל מטרתו של רעיון החלופה המידתית היא לצמצם את פעולת האיזון הנערכת על-ידי בית המשפט (עמ' 438).²¹⁹ אך למעשה החלופה המידתית מרחיבה את פעולת האיזון. במקום לבחון חוק ביחס למצב אלמלא החוק, החוק נבחן ביחס לחלופה שהמחוקק היה יכול לבחור אך לא בחר. פירוש הדבר הוא שיתכן שבית-

"[F]or me, 'least drastic means' is a slippery slope... A judge would be unimaginative 215 indeed if he could not come up with something a little less 'drastic' or a little less 'restrictive' in almost any situation, and thereby enable himself to vote to strike legislation down." Illinois Elections Bd. v. Socialist Workers Party, 440 U.S. 173, 188–189 (1979) (Blackmun J.)

216 פרשת הפרטת בתי-הסוהר, לעיל ה"ש 32.

217 שם, פס' 48–49 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

218 שם, פס' 24–28 לפסק-דינה של השופטת נאור.

219 השוו לספיר "מידתיות ופשרה", לעיל ה"ש 213 (המפאר את מהלך החלופה המידתית כמוביל לפשרה טובה יותר בהתנגשות בין זכות לבין אינטרס מזו שהושגה תחת מבחני האיזון האנכי ההיסטוריים, אשר הובילו לרוב להכרעה בינרית לטובת הזכות בהתנגשה באינטרס הציבורי). אחד הקשיים בגישתו של ספיר הוא שניתוחו אינו נותן משקל מספיק לעובדה שמבחני המידתיות הם מצטברים, ולא חלופיים. לכן, אפילו עבר החוק את מבחן המידתיות השני (שעניינו פשרה, לשיטת ספיר), על החוק לעבור אף את משוכת המבחן השלישי (שעניינו הכרעה, לשיטת ספיר).

המשפט יפסול חוק על-סמך מבחן החלופה אף שאלמלא החלופה לא היה החוק נפסל. כך, למשל, בפסק-הדין בעניין **גדר-ההפרדה**, שעניינו המשפט המנהלי, אילו השווה בית-המשפט בין העדר מוחלט של גדר-ההפרדה לבין השארתה בתוואי המקורי, ייתכן שהוא היה מגיע למסקנה כי התוואי המקורי עומד במבחני האיזון החוקתי. לעומת זאת, אם ההחלטה אינה בינרית (כן או לא), אלא בית-המשפט יכול לשקול חלופה היפותטית, אזי בית-המשפט יכול להזיז את הגדר.²²⁰

אך בתחום החוקתי, להבדיל מהמנהלי (שבו עסק פסק-הדין בעניין **גדר-ההפרדה**), מהלך זה הוא בעייתי. בית-המשפט אינו המחוקק, ואל לו לכפות את רצונו על המחוקק. שקילת החלופה על-ידי בית-המשפט כאילו היא מתארת מצב עובדתי קיים חוטאת למציאות הנורמטיבית והעובדתית. ייתכן שהחוק יבוטל על-ידי בית-המשפט אך המחוקק לא יחוקק את החלופה. כך שהבחינה החוקתית הנכונה הייתה צריכה להיות בין חוק לבין העדרו, ולא בין חוק לבין חלופה תיאורטית שלו. עם ביטול החוק, ובהעדר חקיקה אחרת, המצב החוקי הוא העדר חוק, ולא קיום החלופה ההיפותטית. לסיכום, יישום דיני המידתיות של ברק חושף את שיקול-הדעת המשמעותי של השופטים בבחינת חוקתיותם של חוקים, החל בשלב זיהויה של התכלית הראויה, דרך קביעת קיומו (או העדרו) של קשר רציונלי בין מטרת החוק לבין אמצעיו, המשך בשאלה אם החוק דרוש לנו בכלל, וכלה בשימוש בחלופה היפותטית דמיונית כדי לפסול חוק קיים כלא-מידתי בהשוואה לאותה חלופה. הפרקטיקה של המידתיות, כפי שנבחנה בפרק זה, מצביעה על אתגרים רבים שנותרו לנו בעיצוב דיני המידתיות בעתיד.

פרק ו: כיווני התפתחות בעתיד – המהפכות שבדרך

פרקו האחרון של הספר מציע כיווני התפתחות עתידיים של המידתיות במגמה של חלוקה מחדש של הנטל בין מבחני-המשנה השונים מתוך רצון להעביר חלק מן העומס ממבחן-המשנה השלישי אל מבחני-המשנה האחרים. אני מבקשת להתמקד בהשלכות אחרות של כתיבתו של ברק. לאורך ספרו של ברק מנוסחים במובלע ובאופן מפוזר כיווני התפתחות עתידיים אפשריים של החוקה הישראלית. פעמים רבות רעיונות אלה מנוסחים במשפט או שניים באמצעות הלשון "שאלה יפה היא". בפרק זה ברצוני לדון במרוכז באחדים מרעיונות אלה שטרם דנתי בהם לעיל. מדובר ברעיונות שענינם כרוסום בכוחה של פסקת שמירת הדינים, שאלת תחולתן של פסקות הגבלה שיפוטיות על סוגיות מוסדיות-מבניות, דיון ביחס בין שיקולי תקציב ויעילות לבין תכלית ראויה, ונושא החקיקה הפרטית.

220 עניין **גדר-ההפרדה**, לעיל ה"ש 84, בעמ' 851–852 (הנשיא ברק).

1. כרסום בכוחה של פסקת שמירת הדינים

בשני חוקי-היסוד משנת 1992, העוסקים בזכויות אדם, נכללה פסקת שמירת הדינים, המגינה על תוקפם של דינים ישנים (דהיינו, דינים שאומצו לפני חקיקת חוקי-היסוד משנת 1992) מפני ביטול מכוח חוקי-היסוד אלה.²²¹ פסקת שמירת הדינים מנוגדת לעיקרון שחוק מאוחר גובר על חוק מוקדם. במקום שחוקי-היסוד יהיו עליונים על חוקים רגילים, מעמדם פחות ממעמדו של חוק רגיל בכל הקשור ליחס בינם לבין דינים ישנים. בשל הבעייתיות הרבה שבפסקות שמירת הדינים, פסקת שמירת הדינים שנכללה בחוקי-היסוד: חופש העיסוק אינה תקפה עוד. לעומת זאת, פסקת שמירת הדינים שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו תקפה, ומגינה על דינים ישנים הפוגעים בזכויות באופן לא-מידתי. ברק מציע לנו בספרו, באופן מובלע, שלוש דרכים חדשות לכרסום בכוחה של פסקת שמירת הדינים. זאת, מבלי שהוא מציין כי מטרה זו עמדה לנגד עיניו. דרכים אלה כוללות שימוש בכלל ההסדרים הראשוניים, הטלת חובות לחוקק על המחוקק ופרשנות מחודשת של פסקת שמירת הדינים.

(א) שימוש בכלל ההסדרים הראשוניים

ברק קובע כי חוק האוצל למחוקק-המשנה שיקול-דעת להגביל זכות אדם, מבלי לקבוע הסדרים ראשוניים, אינו חוקתי, כי הוא אינו מקיים את דרישתה של פסקת ההגבלה שמקור ההסמכה לפגיעה בזכות יהא "חוק" (עמ' 148–149). כלומר, מכוח פסקת ההגבלה, המחוקק הראשי – ולא מחוקק-המשנה – הוא שחייב לקבוע את ההסדרים הראשוניים בנושאים הפוגעים בזכויות אדם.²²² זהו חידוש משמעותי, שכן עד היום בוטלה במדינת-ישראל מכוח דוקטרינת ההסדרים הראשוניים רק חקיקת-משנה, ולא חקיקה ראשית.

גישתו של ברק ממקמת את כלל ההסדרים הראשוניים בחוקה, ולא רק כדוקטרינה של המשפט המנהלי. בגישה זו טמון פוטנציאל להטלת ספק בחוקתיותם של חוקים רבים במדינת-ישראל, שאינם מקיימים דרישה זו של הסדרים ראשוניים. נעיר כי בארצות-הברית כלל ההסדרים הראשוניים (non-delegation doctrine) נמצא בעיקרו לא-ישים דה-פקטו בתחום של ביטול חוקים, משום שבמדינת הרווחה המודרנית רבים החוקים המביאים לידי אצילת סמכויות. דהיינו, הפסיקה התקשתה לעמוד בפרץ של אצילת סמכויות חקיקה למחוקק-המשנה. לעומת זאת, הכלל הוכיח את עצמו כמוצלח יותר דווקא בתחום של ביטול חקיקת-משנה או פרשנותה בצמצום.²²³ יתר על כן, הקורא בזהירות את דבריו של ברק למד כי ברק סבור שאצילת סמכות לקבוע הסדרים ראשוניים מהמחוקק הראשי למחוקק-המשנה סותרת לא רק את דרישת ה"הסמכה בחוק" שבפסקת ההגבלה, אלא גם את עקרונות הפרדת הרשויות, שלטון

221 ס' 10 לחוק-יסוד: חופש העיסוק; ס' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

222 להגדרת כלל ההסדרים הראשוניים ראו ה"ש 50 לעיל.

223 Cass R. Sunstein, *Nondelegation Canons*, 67 U. CHI. L. REV. 315 (2000).

החוק והדמוקרטיה כעומדים בפני עצמם (עמ' 148–150). עקרונות אלה, בעיני ברק, משתמעים מחוקי-היסוד (עמ' 81). גישה זו עשויה לאפשר לפסיקה להשתמש בכלל ההסדרים הראשוניים כדי לבטל חוקים אשר אלמלא כן היו נהנים מהגנתה של פסקת שמירת הדינים שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן מקורם של עקרונות הפרדת הרשויות, שלטון החוק והדמוקרטיה נובע לא רק מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אלא מחוקי-היסוד בכללותם, ובחוקי-היסוד האחרים אין תחולה לפסקת שמירת הדינים. למעשה, פרשת **רובינשטיין** החלה במגמה זו.²²⁴ צו שר הביטחון שהעניק לבני הישיבות פטור דה-פקטו מגיוס חסה תחת הגנת פסקת שמירת הדינים, ולכן לא היה אפשר לבטלו על-סמך פגיעה בשוויון (או בכבוד האדם). במקום זאת בוטל הצו על-סמך כלל ההסדרים הראשוניים. עתה, בעקבות כתיבת ברק, ניתן אולי להרחיב את המגמה לא רק לביטול חקיקת-משנה, אלא גם לביטול חקיקה ראשית אשר מפרה את כלל ההסדרים הראשוניים. בגישה זו יש משום פוטנציאל לכרסום נוסף בכוחה של פסקת שמירת הדינים, מעבר לכרסום שהחל כבר בפרשות **גנימאת וצמח**.²²⁵

(ב) הטלת חובה לחוק

דרך נוספת לכרסם בפסקת שמירת הדינים היא באמצעות הטלת חובה על המחוקק לחוקק. ברק כותב כי "שאלה יפה היא מהו היחס בין הפסקה בדבר שמירת הדינים לבין חובתה של הרשות השלטונית להגן על זכויות חוקתיות" (עמ' 223). מועלה כאן במובלע הרעיון כי ניתן אולי לאמץ פרשנות שלפיה פסקת שמירת הדינים מגינה על תוקפה של חקיקה קיימת, אך אין היא מונעת את הפסיקה מלהכיר ב"מחדל" חקיקתי, דהיינו, בהפרת החובה לחוקק. כך, למשל, חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953,²²⁶ נהנה מהגנתה של פסקת שמירת הדינים, אך אולי אין בכך כדי למנוע את הפסיקה מלהכיר במחדל חקיקתי, לא-חוקתי, שעניינו אי-מתן הגנה מספקת לעגונות או אי-הסדרת נישואים אזרחיים בישראל. גם רעיון זה עשוי להוביל לכרסום בכוחה של פסקת שמירת הדינים.

(ג) פרשנות מחודשת של פסקת שמירת הדינים

גם בפרשנות המחודשת של ברק לפסקת שמירת הדינים טמון פוטנציאל לכרסום בכוחה. ברק אינו מבחין בין חוק חדש – דהיינו, חוק שנחקק לאחר חוקי-היסוד משנת 1992 ולכן אינו נהנה משמירת הדינים – לבין חוק חדש שמתקן דין ישן. אלה כאלה אינם

²²⁴ פרשת **רובינשטיין**, לעיל ה"ש 50.

²²⁵ בפרשת **גנימאת** כורסם כוחה של פסקת שמירת הדינים במובן זה שנקבע כי פסקה זו שומרת על תוקפו של הדין הישן, אך לא על מובנו. בש"פ 537/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 355 (1995) (המשנה לנשיא ברק). בפרשת **צמח** היא כורסמה במובן זה שנקבע כי חוק המתקן דין ישן אינו נהנה מהגנת שמירת הדינים אף אם הוא מיטיב עם זכויות בהשוואה לדין הישן, אלא רק ניתן משקל מסוים לעובדה שמדובר בחוק מיטיב. ראו הלכת **צמח**, לעיל ה"ש 171, בעמ' 258–261 (השופט זמיר).

²²⁶ ס"ח 165.

נהנים משמירת הדינים, לשיטתו של ברק.²²⁷ מובן שאם החוק החדש מתקן דין ישן באופן שמרע עם זכויות (לעומת הדין הישן), הוא אינו נהנה משמירת הדינים, כפי שכבר נקבע בהלכת **בנק המזרחי**.²²⁸ כל גישה אחרת עלולה להוביל לריקון כוחו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן המחוקק יתאמץ לנסח חוקים חדשים כתיקונים לחוקים ישנים, ובכך ליהנות מהגנת שמירת הדינים.²²⁹ הקושי הוא שברק כתב דברים אלה באופן גורף, ולכן הם חלים גם ביחס לחוקים המיטיבים עם זכויות לעומת הדין הישן שאותו תיקנו. בכך ברק סוטה מהלכת **צמח**, אשר בדעת הרוב הייתה נכונה לתת משקל מסוים לעובדה שמדובר בחוק "מיטיב" עם זכויות בהשוואה לדין הישן (שאותו תיקן), וזאת כדי לעודד תיקונים של חוקים ישנים הנהנים משמירת הדינים.²³⁰ מבחינה זו דומה כי ברק מחמיר בפרשנות של פסקת שמירת הדינים, ומכרסם בכוחה ביחס להלכה הקיימת. בכך הוא עלול לשלול מהמחוקק תמריץ לתקן חקיקה ישנה הפוגעת בזכויות. מצד אחר, ברק סבור כי חקיקת-משנה חדשה הנסמכת על חוק ישן תיהנה משמירת הדינים, וזאת כדי לא לרוקן את פסקת שמירת הדינים מתוכנה. מבחינה זו דומה כי ברק מקל מדי בפרשנות של פסקת שמירת הדינים, השומרת רק על "דינים" (לרבות חקיקת-משנה) ישנים, ולא על דינים חדשים. גישה זו אף מפתיעה בהתחשב בכך שיש לכבד את המחוקק הראשי יותר מאשר את מחוקק-המשנה. ייתכן שהסיבה לגישתו היא שיש לבית-המשפט כלים רבים נוספים כדי לבטל חקיקת-משנה (מכוח המשפט המנהלי), לעומת הכלים המועטים לביטול חקיקה ראשית (שחייבים להתבסס על המשפט החוקתי).

לסיכום, בשלוש הדרכים שנסקרו לעיל – כלל ההסדרים הראשוניים, החובה לחוקק ופרשנות מחדשת של פסקת שמירת הדינים – יש כדי להביא לידי כרסום של ממש בכוחה הנוכחי של פסקת שמירת הדינים, באופן שיאפשר להעביר חוקים רבים יותר תחת שבט הביקורת השיפוטית.

2. תחולתן של פסקות הגבלה משתמעות על סוגיות מבניות בחוקה

ברק מציע בספרו הן פרשנות חדשה כללית לפסקות ההגבלה המשתמעות והן פרשנות חדשה לסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת בפרט, כפי שנידון לעיל. עם זאת, ספרו של ברק מתמקד במידתיות של הפגיעה בזכויות אדם. אין הוא דן כלל בשאלת תחולתה של המידתיות, אם בכלל, על סוגיות מבניות-ממסדיות של החוקה. יש רק אמירה כללית כי אין תחולה לפסקת ההגבלה אם הנורמה הנפגעת אינה עוסקת בזכויות אדם (עמ' 182–192). דומני כי החוסר בכתיבה בנושא זה בארץ משפיע על השופטים בכיוון של ביטול חוקים הפוגעים בהיבט המוסדי של החוקה באמצעות הנמקה כי הפגיעה היא בזכויות

227 ראו את הדיון לעיל ליד ה"ש 63.

228 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 35, בעמ' 260–263 (הנשיא שמגר).

229 שם.

230 פרשת **צמח**, לעיל ה"ש 171, בעמ' 261 (השופט זמיר).

אדם. מגמה זו בלטה בפסק-הדין שעסק בהפרטת בתי-הסוהר.²³¹ אף שצייק חוק ההפרטה עניינו פגיעה במהותה של הרשות המבצעת, כמי שתפקידה לשלוט באופן בלעדי בכוח הכפייה של החברה (ולא להאצילו לגופים פרטיים),²³² מיקדו השופטים את הדיון בסוגיית הפגיעה בכבוד האדם ובחירותו.²³³ ייתכן שהטעם להסתת הדיון מהסוגיה המוסדית לסוגיית הזכויות הוא שלרשות השופטים כבר עומדים כלים לביטול חוקים בגין פגיעה בזכויות אדם, בעוד האופן שבו יש לבחון פגיעה בהסדרים מבניים אינו נהיר להם עדיין.²³⁴ האם ניתן להחיל פסקות הגבלה שיפוטיות? מידתיות? סוגיה זו מחייבת התייחסות מעמיקה של הספרות בארץ.

3. שיקולים של יעילות ותקציב

ברק מצייין כי "שאלה יפה היא" אם הבטחת היעילות המנהלית או שיקולי תקציב הינם מטרות ראויות לשם פגיעה בזכויות אדם חוקתיות (עמ' 333). לעמדתו זו של ברק עלולות להיות השלכות מרחיקות-לכת, שכן שיקולים תקציביים ושיקולי יעילות מנהלית הם תכופות אחת התכליות המרכזיות של החוק. הקושי מתחזק לנוכח נכונותו של ברק להכיר בזכויות חיוביות, אשר יטילו על המדינה חובות עשה, כולל חובות לחוקק, ובכך יעמיסו על המדינה הוצאות תקציביות. ברק עצמו מכיר בכך שתכופות זכויות חיוביות עלולות להיות כרוכות בפגיעה בזכויות אחרות, במיוחד בעולם שבו אנו חיים, המתאפיין במשאבים מוגבלים (עמ' 307, 325–236). הדבר עלול לעודד התערבות של בית-המשפט בסוגיות בעלות השלכות מרחיקות-לכת על תקציב המדינה. התערבות מעין זו אינה רצויה על רקע הניסיון ההיסטורי המלמד כי גופים לא-נבחרים שביקשו להתערב בתקציב באופן משמעותי סופם ששילמו מחיר מוסדי כבד. הקושי הגדול בהתערבות השיפוטית בתחום זה נובע מכך שיש קשר הדוק בין מעבר (או אי-מעבר) של חוק תקציב לבין בחירות ומנדט, בוודאי בשיטות פרלמנטריות. הגופים הנבחרים עלולים לחוש כי הם אינם מסוגלים לממש את המנדט שלהם באמצעות ויסות התקציב בשל התערבותו של בית-המשפט, אשר אינו נותן דין-וחשבון לבחור על התערבותו.²³⁵

231 פרשת הפרטת בתי-הסוהר, לעיל ה"ש 32.

232 ראו אפי מיכאלי "בין הפרטת בתי הסוהר להפרטת המשפט" בדלתיים פתוחות 35, 16, 17 (2010) (המסכם את עמדת הנשיא לשעבר ברק בכנס במרכז האקדמי למשפט ועסקים, שלפיה היה ראוי לפסול את חוק ההפרטה על בסיס הסעיפים המוסדיים של החוקה).

233 פרשת הפרטת בתי-הסוהר, לעיל ה"ש 32, פס' 29–56 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (שכתבה את דעת הרוב).

234 בלשונה של הנשיאה ביניש: "העדרה של פסקת הגבלה מפורשת בחוק יסוד: הממשלה מעורר את השאלה כיצד יש לבחון את חוקתיותה של הוראת חקיקה 'רגילה', שנטען כי היא מנוגדת להוראה בחוק יסוד: הממשלה... בעניין שלפנינו, אין מתחייבת הכרעה בשאלת אופן הפעלת הביקורת השיפוטית ביחס לחקיקה רגילה הסותרת חוק יסוד משטרי חוק יסוד: הממשלה." שם, פס' 63.

235 ראו רבקה ווייל "בריאות התקציב או תקציב הבריאות – מה עדיף בראייה חוקתית?" משפט ועסקים 157 (2007). ראו גם עניין יקותיאלי, לעיל ה"ש 207, שבו גילה לראשונה בית-המשפט נכונות

גישתו זו של ברק עלולה להביא לידי כך שחוקים המבקשים לקדם תכליות כלכליות ייפסלו כבר בשלב התכליתי, ולא יגיעו כלל לשלב הבחינה אם הם מידתיים.²³⁶ זו תוצאה שקשה להצדיקה בעולם של משאבים מוגבלים. היא אף אינה מתיישבת עם דבריו של ברק עצמו בדונו במבחן הצורך, שם הוא מכיר בכך ששיקולי יעילות ושיקולים תקציביים הם חלק מהמטרות הראויות של החוק. פגיעה ביעילות או בתקציב כדי להגן יותר על זכות חוקתית תיירשש אולי בגין מבחן-המשנה השלישי של המידתיות, אך לא מכוח מבחן הצורך. בלשונו של ברק, האמירה כי "זכויות האדם עולות כסף" רלוונטית לשלב השלישי של בחינת המידתיות, ולא למבחן-המשנה השני של צורך (עמ' 404). ניתן להסיק מכך, מקל וחומר, שהיא אינה רלוונטית לפסילת חוק בגין תכלית לא-ראויה.

4. חקיקה פרטית

לא רק בפרשו את כלל ההסדרים הראשוניים כנובע מדרישת ה"הסמכה בחוק" מרחיב ברק את משמעותה של דרישת ההסמכה, אלא גם כאשר הוא מפנה למשפט ההשוואתי שבו מוכרת בכמה שיטות משפט התפיסה כי "חקיקה פרטית" הפוגעת בזכות אדם תיפסל בגין אי-קיום התנאי הראשון של פסקת ההגבלה.²³⁷ תנאי ראשון זה עניינו שמקור ההסמכה לפגיעה בזכות אדם הוא "חוק". אם תאומץ גישה זו בארץ, היא תעורר אתגרים חדשים, שכן בספר החוקים הישראלי יש כמה חוקים שניתן אולי לסווגם כנופלים תחת קטגוריה זו של חוקים פרטיים, ובינתיים חוקתיותם לא נבחנה לגופה על-ידי בית-המשפט.²³⁸ עתה, אם יימצא כי הם עולים כדי חקיקה פרטית, יהיה אפשר אולי לפוסלם על הסף בגין אי-קיום התנאי הראשון של פסקת ההגבלה, ואפילו מבלי להחיל את מבחני המידתיות, לפחות ככל שחוקים אלה מרעים באופן רטרואקטיבי עם חשודים

להתערב ישירות בתקציב המדינה בדרך של ביטול סעיף בחוק תקציב. בית-המשפט מצא כי הסעיף בחוק התקציב השנתי אשר מחלק תמיכות לאברכים אינו "יכול לעמוד". שם, פס' 51 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש. עם זאת, מכוח עקרון הבטלות היחסית, ביטל בית-המשפט את הסעיף רק ביחס לעתיד, החל בשנת הכספים הבאה, כדי ליתן שהות לאברכים ולרשויות להיערך בהתאם.

236 בדוגמות שברק מביא כתימוכין לדבריו נבחנו החוקים שביקשו לקדם שיקולי תקציב ויעילות בשלב המידתיות, ולא בשלב התכליתי. ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 336–337.

237 חקיקה פרטית היא כזו "המכוונת לאנשים מסוימים – בין אם הם נמנים במפורש בשמותיהם ובין אם מדובר בהגדרה שהיא כללית למראית עין בלבד, אך מכוונת למעשה לאנשים מסוימים". רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 148, בעמ' 287–288.

238 רובינשטיין ומדינה כותבים כי "ככל שמדובר בחקיקה ראשית, נמנע בית-המשפט מלאכוף מגבלה זו [של חקיקה פרטית]". שם. הם מביאים כדוגמה את בג"ץ 1406/02 אסקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(3) 603 (2003) (הנשיא ברק) (שבו נמנע בית-המשפט מלדון באופייה של החקיקה הפרטית אשר שללה אפשרות חנינה וקציבת עונש לרוצח ראש הממשלה על בסיס אידיאולוגי – ס' 30 א לחוק שחרור על תנאי ממאסר, התשס"א-2001). במרוצת השנים כונו חוקים רבים על-שם האדם שבגיננו נתפרו, כולל "חוק בשארה", "חוק דרעי" ורבים אחרים. ייתכן שחלקם מעוררים שאלות חוקתיות.

או נאשמים ספציפיים בפלילים.²³⁹ יש במגמה זו כדי להגן על עקרון שלטון החוק הפורמלי הקלסי, שאחד מעיקריו הוא שחקיקה תהא כללית, ולא מיועדת נגד אדם מסוים.²⁴⁰ אחד האמצעים העיקריים להגנה על זכויות האדם בדמוקרטיה נובע מכך שחקיקה היא כללית ולפיכך חלה גם על המחוקקים. בזהות האינטרסים שנוצרת עקב כך בין המחוקק לבין האזרח יש כדי להגן על האזרח. זהות אינטרסים זו אינה קיימת כאשר מדובר בחקיקה פרטית.

לסיכום, ברק, בספרו על המידתיות, מציב לנו אתגרים ואג'נדות רבים מספור: החל בפרשנות מחדשת של שמירת הדינים באופן שמכרסם בכוחה, דרך העצמתו של כלל ההסדרים הראשוניים, המשך בהטלת חובות עשה על המחוקק לחוקק, וכלה בעיצוב מחדש של המבחן העיקרי שבאמצעותו נבחן את חוקתיותם של חוקים. אג'נדות ואתגרים אלה יהיו נושא למאמרים ולספרים רבים, ויעסיקו בוודאי עוד רבות את הפסיקה בארץ ובעולם.

סיכום

ברק מסיים את ספרו בלקח ממשפטה החוקתי של דרום-אפריקה. הוא מזהיר אותנו לבל נשגה בשגיאה האפריקאית, שם אימצה החוקה את דיני המידתיות באופן פתוח, לא נוקשה ומובנה פחות. ברק מזהיר מפני ייחוס מבנה דומה למידתיות בשיטות משפט חוקתיות אחרות. חשוב לו שניישם את דיני המידתיות מתוך חשיבה מובנית, בשלבים (עמ' 246, 350–351, 649–650).

עם זאת, עיון זהיר בספרו של ברק מגלה כי אין הסכמה גורפת על מהותה של המידתיות במשפט ההשוואתי. בחלק משיטות המשפט דרישת המידתיות רפה יותר וכוללת רק שני מבחני-משנה (עמ' 172), ובשיטות אחרות המידתיות אינה נתפסת כלל כנגזרת מעצם קיומה של חוקה, מאופייה הדמוקרטי של המדינה או מעקרון שלטון החוק, כפי שניסה ברק להציע לנו. להפך – בשיטה האמריקאית לא אומצה המידתיות (עמ' 257),²⁴¹ ובמקומה אומצה שיטת הקטגוריזציה. יתר על כן, ברק ואלקסי חלוקים בנקודות מרכזיות בתורת המידתיות. מחלוקת זו מעידה יותר מכל כי המידתיות עודנה בידינו לעצבה כרצוננו.

הפרויקט של ברק הוא אפוא פיתוח דיני מידתיות אוניוורסליים, שהם פרי ההלכה הפסוקה. אך בעצם הפרויקט טמונה גם האנטיתזה למשפט המקובל כפי שאנו מכירים

239 ניתן למצוא תימוכין לעמדה זו גם בבג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 9 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (טרם פורסם, 20.8.2008).

240 ראו, למשל: LON L. FULLER, THE MORALITY OF LAW 46–49 (1964); אהרן ברק "שלטון החוק ועליונות החוקה" משפט וממשל ה' 375 (2000).

241 אך ראו: District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570, 689–691 (2008) (Breyer J. dissenting, writing in support of proportionality review).

אותו, שכן ברק מקדש בספרו את החשיבה המובנית, בשלבים, המתוכננת מראש, בשעה שבבסיסו של המשפט המקובל מצויים חוסר תכנון, התמודדות נקודתית ואפילו כאוס. דווקא בדבריו של ביטי – שניסה לכתוב שיר הלל למידתיות, על שהיא הופכת שאלות של משפט ושאלות של מוסר פוליטי לשאלות של עובדה – יש כדי להציב תמורר אזהרה לכולנו: כל נהפוך את המכשיר למהות, את המתודה לעיקר.²⁴² לצעוד בדרכו של הנשיא ברק פירושו לא לשקוע בטכניקה, במנגנון, אלא להתמקד במהות: קידום הדמוקרטיה תוך שמירה על זכויות אדם, מבלי להקריב את המשימה האחת למען המשימה האחרת, אלא תוך סינתזה ביניהן. ספרו על המידתיות יכול לקדם את הפרויקט הדמוקרטי המשותף של כולנו, אך רק אם נשכיל ליישמו באופן הדרגתי, אפילו מידתי.

242 ראו BEATTY, לעיל ה"ש 104.

