

יתרונותיו של מבחן האיזון האנכי על פני מבחני המידתיות בהגנה על זכויות אדם

מאת

מיטל פינטו* ויובל יקותיאל**

תקציר

בפרשת **בנק המזרחי** הציג בית המשפט העליון ניתוח מקיף של מבחני המידתיות המעוגנים בפסקת ההגבלה. כיום משמשים מבחני המידתיות כלי דומיננטי ומרכזי לביקורת שיפוטית הן במשפט החוקתי והן במשפט המינהלי. במאמר זה נטען כי החלתם הגוברת של מבחני המידתיות במקום מבחן האיזון האנכי כאשר מתבצעת הפרת זכויות אדם על ידי רשויות המינהל, מחלישה את ההגנה על זכויות אדם. נציע כי יש להשתמש במבחני המידתיות בביקורת שיפוטית חוקתית, אך יש לדבוק במבחן האיזון האנכי בביקורת שיפוטית על פעולות והחלטות של רשויות מינהליות, וזאת על מנת לספק הגנה חזקה יותר לזכויות אדם אל מול אינטרסים ציבוריים בהקשר המינהלי.

הקדמה

- א. עוצמת ההגנה על זכויות שמעניק מבחן האיזון האנכי לעומת מבחני המידתיות
1. מבחן האיזון האנכי – עדיפות נורמטיבית עקרונית לזכויות אדם על פני אינטרסים ציבוריים
 2. מבחני המידתיות בהשוואה למבחן האיזון האנכי – פשרה בין זכויות לבין אינטרסים ציבוריים
 - ב. רציונלים לשינוי הרצוי לאור טיב הביקורת השיפוטית

* מרצה בכירה, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית צפת; הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונג.

** סטודנטית לתואר ראשון במשפטים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. המחברות מבקשות להודות למערכת פורום עיוני משפט על הערות מועילות במיוחד ששיבחו את המאמר.

1. ההבחנה המוצעת בין ביקורת שיפוטית על חוקים לבין ביקורת שיפוטית על מעשי מינהל
 2. רציונלים להחלת מבחן האיזון האנכי בביקורת שיפוטית על מעשי המינהל
 - ג. החלת מבחן האיזון האנכי לעומת מבחני המידתיות
 - ד. ביקורות אפשריות על המודל המוצע
1. שאלת מרחב התמרון בשני סוגי המבחנים
 2. שאלת השילוב בין שני סוגי המבחנים
- סיכום

הקדמה

מאז פרשת **בנק המזרחי**¹, שבה הציג לראשונה בית המשפט ניתוח מקיף של פסקת ההגבלה ומבחני המידתיות,² צברו מבחני המידתיות דומיננטיות רבה והם מוחלים, כמעט ללא דיון משמעותי וללא הבחנה, כחלק מהביקורת השיפוטית בכל קונפליקט בין זכויות אדם לאינטרסים ציבוריים, ולעיתים אף בקונפליקטים בין כמה זכויות אדם. זאת, בין שמדובר בביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקים, ובין שמדובר בביקורת שיפוטית על החלטות ופעולות של רשויות מינהליות הפוגעות בזכויות חוקתיות,³ או

- 1 בג"ץ 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995). (להלן: פרשת **בנק המזרחי**).
- 2 במילותיו של אהרן ברק "פסק הדין שהניח את היסודות לשלושת שלבי הבחינה החוקתית הוא פרשת **בנק המזרחי המאוחד**" אהרן ברק **מידתיות במשפט 51**, ה"ש 44 (2010); עילת המידתיות הופעלה על ידי בתי המשפט, גם לפני פרשת **בנק המזרחי**, במשפט המינהלי, בהקשר זה ראו זאב סגל "עילת היעדר היחסיות (disproportionality) במשפט המנהלי" **הפרקליט** לט(ג) 507 (1990); אהרן ברק **מידתיות במשפט**, פרק 7; יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות: מפרקטיקה לתיאוריה" **משפט ועסקים** טו 225, 236-237 (2012); אריאל בנדור וטל סלע "שיקול דעת שיפוטי: העידן השלישי" **משפטים** מו 605, 650-651 (2017). אולם, בפרשת **בנק המזרחי** מציין הנשיא ברק כי עם חקיקתם של חוקי היסוד החדשים ניתן לעקרון המידתיות מעמד חוקתי והם משמשים כעת גם ככלי עיקרי לביקורת חוקתית על חקיקה (פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 436). גם ברק-ארז מציינת כי "ביסוסה של עילת המידתיות גם על חוקי היסוד תרם להתקבלותה המהירה והמוסכמת" ראו דפנה ברק-ארז **המשפט המנהלי כרך ב** 775 (2010).
- 3 ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 29. כפי שטוענת מרגית כהן, כיום, מבחני המידתיות אף משמשים כעיקרון כללי להערכה של אקטים מינהליים שהגנה על זכויות אדם לא עומדת במרכזם. כהן מתייחסת לעניין **בן-עטייה** (בג"ץ 3477/95 **בן-עטייה נ' שר החינוך התרבות**, פ"ד מט(5) 1 (1995)), ולעניין **מוסטקי** (בג"ץ 3379/03 **מוסטקי נ' פרקליטות המדינה**, פ"ד נח(3) 865 (2004)) ראו Margit Cohen, *Proportionality in Israel and Beyond: Four Aspects, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING*, 189,

באנטרסים שאינם מוכרים במשפט זכויות חוקתיות. מבחני המידתיות, שמכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק, נועדו במקורם לביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקים שפוגעים בזכויות חוקתיות, הפכו לכלי דומיננטי לביקורת שיפוטית כללית במשפט הציבורי.⁴ בלשוננו של אהרן ברק, המידתיות חלה על ביקורת שיפוטית בנוגע לפגיעה בזכויות חוקתיות, בין שהזכות החוקתית מעוצבת כעיקרון רחב, ובין שהיא מעוצבת ככלל ספציפי.⁵ מבחן האיוון האנכי ומבחן האיוון האופקי, ששימשו רבות את בתי המשפט לפני פרשת **בנק המזרחי**, נזנחו, כמעט לחלוטין, או שהוחלו במקביל למבחני המידתיות,⁶ מבלי שבית המשפט נתן מספיק את הדעת להבדלים המהותיים ביניהם.⁷

יש הסבורים כי מבחני המידתיות דומים מאוד למבחן האיוון האנכי מכיוון ששני סוגי המבחנים נותנים עדיפות ברורה לזכויות אדם על פני אינטרסים ציבוריים.⁸ אולם, אף שגם אנו סבורות כך, לדעתנו, העדיפות לזכויות אדם מובהקת יותר במקרה של מבחן האיוון האנכי, ופחות במקרה של מבחני המידתיות. בדומה למלומדים אחרים, אנו מבינות את מבחן האיוון האנכי כמי שמעניק עדיפות ברורה לזכויות אדם על פני אינטרסים ציבוריים ומחייב הכרעה בינארית ביניהם, ואילו את מבחני המידתיות כמי שמבטאים ריסון שיפוטי ומחייבים פשרה בין זכויות אדם לאינטרסים ציבוריים.⁹ ייתכן שהמגמה של בתי המשפט לזנוח את מבחן האיוון האנכי לטובת מבחני המידתיות אינה מקרית. ייתכן שהיא תוצאה מכוונת של יישום דוקטרינת המידתיות, וכי היא נועדה להגשים מטרות של גמישות ופשרות ביחס להגנה על זכויות אדם, כחלק

דוידוב "עקרון המידתיות בדיני העבודה" **עיוני משפט** לא(1) 5, 13 (2008). דוידוב מתייחס לפרשת **בן-עטייה** כדוגמה למקרה שבו שימשו מבחני המידתיות כלי להערכת פעולות מינהליות אף שהגנה על זכויות אדם לא עמדה במרכזו.

4 Mordechai Kremnitzer, *Constitutional Proportionality: (Appropriate) Guidelines*, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING 225, 234 (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., 2013); Ariel L. Bendor, *The Israeli Judiciary*, 2 *Centered Constitutionalism*, 18 ICONS (forthcoming, 2019); בנדור וסלע, לעיל ה"ש 2, בעמ' 650.

5 ברק **מידתיות במשפט** לעיל ה"ש 2, בעמ' 31.

6 ראו הפניות לפסיקה שהחילה את מבחני המידתיות במקביל למבחני ההסתברות אצל גילה שטופלר "עליית המידתיות, ירידת ההסתברות והשלכותיה הבלתי צפויות של המהפכה החוקתית על המשפט החוקתי הישראלי" **משפט וממשל** יט 187, 196-195 (2018).

7 גדעון ספיר "ישן מול חדש – על איוון אנכי ומידתיות" **מחקרי משפט** כב 471, 486 (2006).

8 ראו, למשל, זמיר בן-בשט, ארז נחום ואמיר קולטון "זכות הציבור לדעת: הרהורים בעקבות עע"מ 398/07 התנועה לחופש המידע נ' רשות המיסים" **הארץ דין** ה(2) 106 (2009).

9 ראו, למשל, ספיר "על איוון אנכי ומידתיות", לעיל ה"ש 7, בעמ' 471-472; גדעון ספיר "מידתיות ופשרה" **ספר דליה דורנר** 397, 398-400 (דורית ביניש, שולמית אלמוג ויעד רותם עורכים, 2009).

מבחירה ערכית ומודעת של בית המשפט לצמצם את התערבותו בפעילותן של רשויות המינהל. איננו מבקשות להכריע באשר למטרתם הפוזיטיבית של מבחני המידתיות או באשר למוטיבציה של בית המשפט לתת להם עדיפות. אולם, נקודת המוצא הנורמטיבית שלנו היא כי ראוי לראות את מבחני המידתיות כמי שבפועל מחלישים את ההגנה על זכויות אדם. מכאן, בדומה למלומדים אחרים,¹⁰ אנו סבורות כי נדרשת חשיבה מחודשת על החלת מבחן האיזון האנכי ומבחני המידתיות, בכלל הקשור לקונפליקטים בין זכויות אדם לאינטרסים ציבוריים. לטענתנו, יש להחיל את מבחן האיזון האנכי בביקורת שיפוטית על הפרת זכויות אדם שמתבצעת על ידי רשויות המינהל, כדי לספק הגנה חזקה יותר לזכויות אדם אל מול אינטרסים ציבוריים בהקשר המינהלי.

אולם, בניגוד למלומדים אחרים המציעים לשלב את מבחן האיזון האנכי במבחני המידתיות,¹¹ לטעמנו, עלינו להמשיך לדבוק במבחני המידתיות בביקורת שיפוטית על חוקתיות של חוקים, אך לזנוח אותם לטובת מבחן האיזון האנכי בביקורת שיפוטית על פעולות והחלטות של רשויות מינהליות. זאת בשל שש סיבות עיקריות: ראשית, ראוי להחיל ביקורת שיפוטית מחמירה יותר על רשויות המינהל כשהן פוגעות בזכויות אדם מאשר על המחוקק, מכיוון שרשויות המינהל שולטות בתחומים יום-יומיים ולכן יש להן יותר הזדמנויות לפגוע בזכויות אדם. המשפט החוקתי פועל ברמת הפשטה גבוהה בעלת יישום פרקטי נמוך, ואילו המשפט המינהלי פועל ברמת הפשטה נמוכה יותר, בעלת יישום פרקטי גבוה ויום-יומי, ולכן מביא לפגיעות שכיחות יותר בזכויות אדם מאלה הנגרמות במישור החוקתי. שנית, מנגנון הפשרה, והריסון השיפוטי היחסי, שמבטאים מבחני המידתיות, ראויים להוות כלים לביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקים מכיוון שחוקים מגלמים באופן ברור ביותר את רצון העם, שבא לידי ביטוי בכנסת. פעולות והחלטות מינהליות לעומת זאת לא נעשות בהכרח על ידי נציגי העם ואינן מבטאות באופן ישיר את רצונו. לכן יש לגלות פחות ריסון שיפוטי ביחס אליהן כאשר הן פוגעות בזכויות אדם. שלישית, יש לגלות יותר ריסון שיפוטי בביקורת שיפוטית על חקיקה, מכיוון שההנחה היא שבניגוד לפעולות ולהחלטות מינהליות, הליך החקיקה רווי במנגנונים של מכשולים מובנים, הדורשים מיוזמי החקיקה לגייס את תמיכתם של שחקנים רבים, המייצגים אינטרסים שונים ומתחרים.¹² לכן, התוצרים של הליך החקיקה, החוקים, מהווים למעשה פשרה בין אינטרסים שונים ומתחרים, שראוי לבית המשפט לגלות יותר ריסון כלפיה. רביעית, בשונה מהליכי חקיקה המחויבים לעמוד בעקרונות יסוד של פומביות והשתתפות, המלווים בדרך כלל בדיונים מקיפים מקדימים ביחס לפגיעה בזכויות אדם, אקטים מינהליים נעשים פעמים רבות ללא חשיבה מקיפה מקדימה. לכן ראוי יותר לחשוף דווקא את הרשויות המינהליות למבחן האיזון האנכי המחמיר יותר, כדי להרתיע אותן מפני פגיעה בזכויות אדם.

10 ברק מדינה והגר שגב "התנגשות" בין זכויות: אפיון מחדש של איזון אנכי ואופקי" **משפטים** 535, 566-594 (2017); שטופלר, לעיל ה"ש 6.

11 שטופלר, שם, בעמ' 225-227; ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 646.

12 איתי בר-סימן-טוב "דיני החקיקה" **עיוני משפט** 645, 661-663 (2016).

חמישית, ביקורת שיפוטית על חקיקה נתפסת כשנויה מאוד במחלוקת וכבעייתית יותר מביקורת שיפוטית על פעולות והחלטות מינהליות. לכן, ראוי שביקורת שיפוטית על חוקתיות של חוקים תיעשה בכלים שיש בהם כדי למתן את המחלוקת המופנה כלפי בית המשפט כשהוא נדרש לבחון חוקתיות של חוק. מבחני המידתיות לדעתנו משמשים כלי יעיל למיתון הביקורת והמחלוקת שמעוררת ביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקים. מאחר שביקורת שיפוטית על פעולות והחלטות מינהליות ממילא לא נתפסת כשנויה במחלוקת במיוחד, אין בעיה עקרונית לבצע אותה בכלים של מבחני האיזון, המחמירים יותר עם הרשות המינהלית בכל הנוגע לפגיעה בזכויות אדם. שישית, ההבחנה בין סוגי המבחנים הראויים לשימוש בביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקים, לבין אלה הראויים לשימוש בביקורת שיפוטית על מעשי מינהל יכולה למתן את החסרונות של האחדת המשפט החוקתי והמינהלי, ביניהם שטטוש ההבחנה בין אינטרסים לזכויות ופחות בעוצמתן של זכויות כשיקול מכריע אל מול שיקולי תועלת. במאמר זה שישא חלקים. בחלק א.1 נעמוד על עיקריו של מבחן האיזון האנכי, כפי שהוא מיושם בפסיקה הישראלית, ונציג את עוצמת ההגנה שהוא מעניק לזכויות על פני אינטרסים ציבוריים. בחלק א.2 נצביע על התכונות הטובות במבחני המידתיות, שמשוות להם, לדעתנו, אופי הנוטה הרבה יותר לפשרה בין זכויות לבין אינטרסים ציבוריים מאשר להכרעה בינארית ביניהם. נצביע על מעמדו המעורפל של המבחן האנכי כיום, כאשר מהפסיקה לא ברור האם על בית המשפט לפתור מתקל בין זכויות לבין אינטרסים ציבוריים באמצעות מבחן האיזון האנכי או באמצעות מבחני המידתיות. בחלק ב.1 נציג את ההבחנה המוצעת בין ביקורת שיפוטית על חוקים לבין ביקורת שיפוטית על מעשי מינהל ונפרט את השוני בין שני סוגי הביקורות. בחלק ב.2 נפרט את הטעמים שבגינם יש לזנוח לדעתנו את מבחני המידתיות, בכל הקשור לביקורת שיפוטית על החלטות של רשויות מינהליות, אך להמשיך ולדבוק בהם בכל הקשור לביקורת שיפוטית על חקיקה הנחשדת באי-חוקתיות. בחלק ג נציג יישום של החלטת מבחן האיזון האנכי בביקורת שיפוטית על מעשי מינהל. בחלק ד נתייחס לביקורות אפשריות על הטיעון שאנו מבקשת לקדם במאמר זה. בחלק ד.1 נתייחס לטענה שלפיה אין משמעות מהותית לבחירה בין שני סוגי האיזונים – האיזון האנכי אל מול האיזון המובנה במבחני המידתיות – שכן, ממילא לבתי המשפט יש יכולת תמרון מספקת כדי להגן על זכויות אדם, כשהשופטים רוצים בכך. בחלק ד.2 נתמודד עם אפשרויות שונות שהועלו בפסיקה ובספרות, המבקשות לשלב בין מבחן האיזון האנכי לבין מבחני המידתיות על מנת למתן את החסרונות הנובעים משניהם.

א. עוצמת ההגנה על זכויות שמעניק מבחן האיזון האנכי לעומת

מבחני המידתיות

1. מבחן האיזון האנכי – עדיפות נורמטיבית עקרונית לזכויות אדם על פני

אינטרסים ציבוריים

לפני שנשווה בין מבחן האיזון האנכי למבחני המידתיות, נבקש להציג את מבחן האיזון האנכי בקצרה, כפי שהוא מובן בפסיקה הישראלית. בהמשך נדון בשאלה הרלוונטית למאמר זה, והיא למי מעניק מבחן האיזון האנכי מעמד נורמטיבי רם יותר – לאינטרסים ציבוריים או לזכויות חוקתיות?

מבחן האיזון האנכי הוא אמת מידה שיפוטית לבחינת היקף ועוצמת הפגיעה המותרים בזכות חוקתית לטובת אינטרס ציבורי. מבחן האיזון האנכי כולל רכיב הסתברותי, המכונה "מבחן הוודאות הקרובה", שלפיו ניתן להגביל זכות חוקתית או לפגוע בה רק אם מימושה יגרום, בוודאות קרובה, נזק ממשי וחמור לאינטרס הציבורי.¹³ מבחן האיזון האנכי נקבע לראשונה בפרשת **קול העם**,¹⁴ שלמעשה בנתה, בהיעדר חוקה או חוקי יסוד הנוגעים לזכויות אדם, תשתית מושגית להגנה שיפוטית על זכויות אדם.¹⁵ בלשונו של אהרן ברק, פרשת **קול העם** "הניחה את הבסיס לתורת האיזון הישראלית".¹⁶

בפרשת **קול העם** התבקש בית המשפט לפרש את סעיף 19 לפקודת העיתונות¹⁷ שלפיה רשאי שר הפנים להפסיק הוצאה לאור של עיתון אם לדעתו יש סבירות שפרסום מסוים בעיתון עלול לסכן את הסדר הציבורי או את שלום הציבור. העתירה בפרשת **קול העם** הוגשה לאחר ששר הפנים הורה על הפסקת ההוצאה לאור של עיתון "קול העם" ועיתון "אל-איתחאד" (الاتحاد) למשך ימים אחדים, לאחר שפורסמו בשניהם מאמרי ביקורת הנוגעים לידיעה קודמת בעיתון אחר, ולפיה ישראל נתנה את הסכמתה להעמיד חיילים ישראלים לצד ארצות הברית אם תפרוץ מלחמה בינה לבין הגוש הסובייטי. השופט אגרנט ביצע איזון אנכי בין הזכות לחופש הביטוי לבין האינטרס הציבורי בהגנה על שלום הציבור. על פי מבחן האיזון האנכי שקבע אגרנט, רק אם עקב פרסום מסוים נוצרת אפשרות קרובה לוודאי של סכנה מממשית לשלום הציבור, יועדף האינטרס הציבורי של הגנה על שלום הציבור תוך הגבלה של הזכות לחופש הביטוי.¹⁸ השופט אגרנט מגיע למסקנה כי אין ודאות קרובה ששני המאמרים שפורסמו בעיתונים אכן יגרמו בוודאות קרובה לסיכון ממשי לשלום הציבור.¹⁹ זאת, בין השאר, מפני שחמישה ימים לאחר פרסום הידיעה הקודמת בעיתון אחר, שגררה את מאמרי התגובה בעיתונים "קול העם" ו"אל-איתחאד", הודיע ראש הממשלה כי אין בידיעה זו אמת.²⁰

13 אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך ב – פרשנות החקיקה 693 (1993).
 14 בג"ץ 73/53 **קול העם נ' שר הפנים פ"ד ז 871 (1953)** (להלן: עניין **קול העם**).
 15 דוד קרצ'מר "מברגמן וקול העם לבנק המזרחי: הדרך לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אדם" **משפטים** כח 359, 379 (1997).
 16 ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 640.
 17 פקודת העיתונות, הא"י ב, 1191.
 18 עניין **קול העם**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 892.
 19 שם, בעמ' 894.
 20 שם, בעמ' 897-898.

עתירותיהם של שני העיתונים התקבלו והשופט אגרנט הורה על ביטול החלטתו של שר הפנים להפסיק את הוצאתם לאור.

הלכת קול העם יושמה מאוחר יותר בכמה פסקי דין. בעניין **אולפני הסרטה בישראל** ²¹ קבע השופט לנדוי כי מבחן האיזון האנכי הוא מבחן כללי לבחינת פגיעה בזכות לחופש הביטוי בשם האינטרס בשלום הציבור, וכי הוא אינו מוגבל לפרשנות של פקודת העיתונות. ²² בעניין **עומר אינטרנשיונל**, ²³ שדן גם הוא בשאלת הפסקת הוצאה לאור של עיתון, קבע השופט "כהן כי הלכת מבחן האיזון האנכי שנקבעה בפרשת קול העם" ²⁴ מנחה בעניין זכות היסוד של חופש הביטוי וההגבלות המוטלות על זכות זו. ²⁵ פסק הדין של השופט ברק בפרשת לוי, ²⁵ שדן בקונפליקט בין חופש ההפגנה לבין האינטרס בשלום הציבור, הסתמך גם הוא על מבחן האיזון האנכי שנקבע בהלכת קול העם.

מאז פרשת לוי הפך מבחן האיזון האנכי למבחן איזון עקרוני, ²⁶ המיושם על ידי בית המשפט העליון לא רק במקרים של מתקל בין הזכות לחופש הביטוי לבין אינטרסים ציבוריים, ²⁷ אלא גם במקרים של מתקל בין זכויות אחרות, כגון הזכות

-
- 21 בג"ץ 243/62 **אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי**, פ"ד (4) 2407 (1962) (להלן: **עניין אולפני הסרטה בישראל**).
- 22 שם, בעמ' 2418. ראו גם אבנר ברק "מבחן הוודאות הקרובה במשפט החוקתי" **עיוני משפט** יד 371, 374-373 (1989).
- 23 בג"ץ 644/81 **עומר אינטרנשיונל אינק. נ' שר הפנים**, פ"ד (1) 227 (1981).
- 24 שם, בעמ' 232.
- 25 בג"ץ 153/83 **לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל**, פ"ד לח (2) 393 (1983).
- 26 על הרחבת החלתו של מבחן האיזון האנכי שנקבע בעניין **קול העם** על כל הזכויות וההתנגשויות בינן לבין טובת הכלל ראו אהרן ברק "איזון חוקתי עקרוני ומידתיות: ההיבט התורתי" **ספר אהרן ברק: עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק** 39, 89 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009); עניין **אולפני הסרטה בישראל**, לעיל ה"ש 21, בעמ' 2418.
- 27 הדוגמאות בחלק זה עוסקות ברובן בזכות החוקתית לחופש הביטוי משום שמבחן האיזון האנכי יושם תחילה לבחינת המתקל בין הזכות לחופש הביטוי לבין אינטרסים ציבוריים, והוחל בשלב מאוחר יותר לבחינת המתקל בין זכויות נוספות לאינטרסים ציבוריים. עם זאת, אנו סבורות כי ניתן להקיש מהדוגמאות המובאות גם ביחס לזכויות חוקתיות אחרות הואיל ומבחן האיזון האנכי מגביל את הפגיעה בזכות החוקתית על פי קריטריונים "חיצוניים" שאינם תלויים בזכות המוגנת. כך, למשל, קובע מבחן האיזון האנכי סף זהה של רדאות קרובה לפגיעה חמורה וממשית באינטרס ציבורי גם ביחס לזכויות חוקתיות הנמסכות בצידוקים חלשים יותר מבחינה נורמטיבית [ראו בג"ץ 606/93 **קידום יזמות ומו"לות בע"מ נ' רשות השידור**, פ"ד מח (2) 1, פס' 11 לפסק דינה של השופטת דורנר, פס' 19 לפסק דינה של השופט (כתוארו אז) חשין (1994)] ואף כאשר היקף הפגיעה בזכות משתנה (ראו ברק "איזון חוקתי עקרוני ומידתיות: ההיבט התורתי", שם, בעמ' 97-98).

לשוויון,²⁸ זכות היציאה מהארץ,²⁹ חופש ההתאגדות,³⁰ חופש המצפון,³¹ חופש הדת,³² חופש התנועה,³³ וחופש העיסוק,³⁴ לבין אינטרסים ציבוריים.³⁵ מבחן האיזון הנכני מניח יחסים היררכיים בין אינטרסים ציבוריים לבין זכויות אדם, כאשר על מנת לאפשר פגיעה בזכות או הגבלתה, יש צורך בהוכחת פגיעה באינטרס ציבורי ברמת הסתברות של ודאות קרובה. היינו, מבחן האיזון הנכני קובע עדיפות נורמטיבית אפרורית של אחד הצדדים.³⁶ נשאלת השאלה, למי הוא מעניק מעמד נורמטיבי גבוה יותר – לאינטרסים ציבוריים או לזכויות חוקתיות? פרשנות אחת תבין את האינטרסים הציבוריים כבעלי מעמד נורמטיבי גבוה יותר,³⁷ שכן בסופו של דבר, מבחן האיזון הנכני מאפשר, אם מתקיימים התנאים הקבועים בו, פגיעה בזכויות אדם בשמם של אינטרסים ציבוריים. דרך פרשנות זו גם עולה בקנה אחד עם לשון פסק

- 28 בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט (4) 94, פס' 12-13 לפסק דינה של השופטת דורנר (1995) (להלן: עניין מילר).
- 29 בג"ץ 4706/02 ראיד סלאח נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 695, 703 (2002).
- 30 בג"ץ 1398/04 בן חורין נ' רשמת העמותות, פס' 5 לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 19.01.2006).
- 31 בג"ץ 7622/02 זונשיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נו(1) 726, 737 (2002).
- 32 בג"ץ 7128/96 תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(2), 509, 523-524 (1997); בג"ץ 7311/02 האגודה לסיוע ולהגנה על זכויות הברואים בישראל נ' עיריית באר-שבע, פס' 17 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 22.06.2011).
- 33 בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 36-37, 40 (1997) (להלן: עניין חורב).
- 34 בג"ץ 953/01 סולודקין נ' עיריית בית-שמש, פ"ד נח(5) 595 (2004) (להלן: עניין סולודקין).
- 35 לפסיקה שיישמה את מבחן הוודאות הקרובה לאחר פרשת לוי, בעיקר במתקל בין הזכות לחופש הביטוי לבין אינטרסים ציבוריים כגון שמירה על רגשות דתיים, שלום הציבור והסדר הציבורי, ראו, למשל, בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, פס' 20-22 ו-28-34 לפסק דינו של השופט ברק (1994) (להלן: עניין דיין); עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 158, 165, 188-189 (1996) (להלן: עניין גולן); בג"ץ 2888/97 נוביק נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נא(5) 193 (1997); בג"ץ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נה(4) 267, פס' 8-13 לפסק דינו של הנשיא ברק ופס' 1-8 לפסק דינה של השופטת דורנר (2001) (להלן: עניין גור אריה); בג"ץ 1435/03 פלוגית נ' בית הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה, פ"ד נח(1) 529, פס' 11-13 לפסק דינו של הנשיא ברק (2003); בג"ץ 2194/06 מפלגת שינוי נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית, פס' 12-14 לפסק דינו של הנשיא ברק, ופס' 4 לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 28.06.2006); בג"ץ 3989/11 תנועת נאמני הר הבית בארץ ישראל נ' ועדת הכנסת לביקורת המדינה (פורסם בנבו, 27.12.2012); בג"ץ 979/15 מפלגת ישראל ביתנו נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-20 (פורסם בנבו, 25.02.2015). ראו גם ברק "מבחן הוודאות הקרובה במשפט החוקתי", לעיל ה"ש 22, בעמ' 377-373, 386-388; אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ג – פרשנות חוקתית 381, 388-383 (1994); אורן גז-אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות"? משפטים מא 97, 106 (2011).
- 36 ראו שגב שקלול ערכים ואיזון אינטרסים 127-128 (2008).
- 37 מדינה ושגב, לעיל ה"ש 10, בעמ' 542-546.

הדין בעניין **קול העם** שבו הדגיש השופט אגרנט כי "הזכות לחופש הביטוי אינה זכות מוחלטת ובלתי מוגבלת, אלא זכות יחסית, הניתנת לצמצום ולפיקוח לאור המגמה של קיום אינטרסים מדיניים-חברתיים חשובים, הנחשבים בתנאים ידועים כעדיפים מאלה המובטחים על ידי מימוש העיקרון של חופש הביטוי".³⁸ לפי דרך הפרשנות הראשונה, מבחן האיזון האנכי מניח שזכויות אדם כפופות לחוקים המגלמים בתוכם אינטרסים ציבוריים חשובים כמו שמירה על ביטחון המדינה והסדר הציבורי.³⁹ פרשנות שנייה, נכונה יותר לדעתנו, היא להבין את מבחן האיזון האנכי כקובע היררכיה ברורה והעדפה של זכויות אדם, הנחשבות לבעלות מעמד נורמטיבי עליון, על פני אינטרסים ציבוריים.⁴⁰ בפסקאות הבאות נסקור את מאפייניו של מבחן האיזון האנכי ונסביר, באמצעות טיעונים שונים, מדוע לדעתנו האיזון האנכי מעניק מעמד נורמטיבי עליון להגנה על זכויות על פני אינטרסים ציבוריים.

התכונה המרכזית של מבחן האיזון האנכי, היא הערכת הסיכון לפגיעה באינטרסים ציבוריים והסיכוי שהוא יתממש (probability).⁴¹ מבחן האיזון האנכי אכן קובע שאינטרסים ציבוריים יכולים לפגוע בזכויות חוקתיות, אך כדי שפגיעה זו תהיה מותרת, יש להעריך את מידת הסיכון שייגרם לאינטרסים ציבוריים בעקבות הגנה על זכות מסוימת, ולהוכיח את הסיכוי להתממשותו. היינו, להוכיח כי הסיכון לפגיעה באינטרס ציבורי הוא אמיתי, ואינו מנותק מהמציאות.

הוכחה זו אינה פשוטה, בלשון המעטה. על הצד הטוען לסכנה לקיומו של אינטרס ציבורי מוטלת משימה כמעט בלתי אפשרית – להוכיח את שיקרה בעתיד, כלומר עליהם להוכיח כי אם תתממש הזכות באופן מלא, כפי שהטוענים לזכות מבקשים לממש אותה, ייגרם, בוודאות קרובה, נזק ממשי וחמור לאינטרס הציבורי.⁴² בהנחה שכדור בדולח המנבא את העתיד אינו בנמצא, כל טיעון בדבר נזק ממשי לאינטרס ציבורי נראה, ברוב המקרים, כלא יותר מהשערה. מפני שקשה מאוד להוכיח את קיומם של התנאים שקובע מבחן האיזון האנכי, התוצאה שלו היא הגנה מקיפה מאוד על זכויות אדם. גם הפסיקה בישראל מוכיחה שעד היום, למרות השימוש הרווח במבחן

38 עניין **קול העם**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 879. ראו גם מדינה ושגב, לעיל ה"ש 10, בעמ' 543.

39 בג"ץ 399/85 **כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור**, פ"ד מא(3) 255, 286-288 (1987); ברק "איזון חוקתי עקרוני ומידתיות: ההיבט התורטי", לעיל ה"ש 26, בעמ' 93-90; ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 2, 644 [מבחני האיזון ההלכתיים מניחים זכות ברמה הלכתית (כלומר: תת-חוקית), הנפגעת לכאורה על ידי נורמה גבוהה ממנה (חוק, חקיקת משנה או הוראת מינהל מכוחו של חוק). אם הם מתקיימים לא מתרחשת כלל פגיעה ואם הם אינם מתקיימים הפגיעה מתרחשת והחוק תמיד גובר על הזכות].

40 מיכאל בירנהק "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית-המשפט העליון בהכרעות ערכיות" **מחקרי משפט** יט 591, 600 (2003); ראם שגב, לעיל ה"ש 36, בעמ' 172; Moshe Cohen-Eliya & Gila Stopler, *Probability Thresholds as Deontological Constraints in Global Constitutionalism*, 49 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 75, 99 (2010).

41 שם, בעמ' 101-99, 103.

42 אהרן ברק **פרשנות במשפט** – פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 13, בעמ' 694-693 (2003).

האיזון האנכי, רק במקרים ספורים ביותר הביא היישום שלו להכשרת פגיעה בזכויות אדם.⁴³

פרשנות זו של מבחן האיזון האנכי, שלפיה הוא מעניק מעמד נורמטיבי עליון לזכויות אדם על פני אינטרסים ציבוריים, מקבלת ביטוי גם בפסיקת בית המשפט העליון, שחיוקה את המעמד הנורמטיבי של הזכויות באיזון מול אינטרסים ציבוריים. בפרשת לוי, למשל, הדגיש השופט ברק את ההיררכיה הברורה שקובע מבחן האיזון האנכי בין הזכות לחופש הביטוי, בעלת המעמד הנורמטיבי הגבוה יותר, לבין אינטרסים ציבוריים, בעלי מעמד נורמטיבי נמוך יותר. לפי השופט ברק, "רק נסיבות יוצאות דופן, אשר בהן קיים קשר סיבתי ברור ונראה לעין, יש בהן כדי להצדיק שלילתו של חופש זה".⁴⁴ עניין לאור הדגיש גם הוא את ההיררכיה בין הזכות לחופש הביטוי לבין אינטרסים ציבוריים כאשר השופט ברק הוסיף כי "חופש הביטוי נסוג רק מקום שהפגיעה בסדר הציבורי היא קשה, רצינית וחמורה".⁴⁵ כלומר, מאז פרשת לאור נדרשים אלה שמבקשים לפגוע בזכות לחופש הביטוי בשם אינטרסים ציבוריים לעבור רף גבוה מאוד של מבחן הסתברותי כפול. ראשית, עליהם להוכיח שמימוש חופש הביטוי יגרום, בוודאות קרובה, לנזק ממשי לאינטרס הציבורי. שנית, עליהם להוכיח שהנזק יהיה קשה, רציני וחמור. בנוגע למתקל בין הזכות לחופש הביטוי לבין האינטרס בהגנה על רגשות הציבור נקבע מבחן מחמיר יותר, שלפיו אלה המבקשים להגביל את חופש הביטוי נדרשים להראות כי הפגיעה ברגשות הציבור "היא כה קשה וכבדה, עד שהיא מעבר לרמת הסיבולת הראויה"⁴⁶ או מזעזעת את "אמות הסיפים של הסובלנות ההדרתית".⁴⁷

עדיפותן של זכויות האדם על פני אינטרסים ציבוריים באיזון האנכי באה לידי ביטוי גם בעובדה שהאיזון מופעל ברמת הפשטה גבוהה בכל הנוגע לצד של הזכויות, וברמת הפשטה קונקרטי יותר בצד של האינטרסים הציבוריים. כפי שטוען, בצדק, ראם שגב, נוסחת האיזון אינה מביאה בחשבון שוני רלוונטי בין חשיבות ההגנה על הזכויות בכל מקרה ספציפי, אך כן מביאה בחשבון שוני רלוונטי בין חשיבות ההגנה על אינטרסים

43 אחד מהמקרים האלה הוא פסק הדין בעניין שינוי, שאישר את פסילתו של תשדיר בחירות בשל פגיעתו ברגשות הציבור ראו בג"ץ 2194/06 מפלגת שינוי נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית (פורסם בנבו, 29.06.2006) (להלן: עניין שינוי). על הסיבות העיקריות להתקיימותו של מבחן הוודאות הקרובה בפסק דינו של הנשיא ברק בעניין שינוי ראו מיטל פינטו "פגיעה ברגשות או פגיעה בזהות תרבותית?" המשפט טו 647, 660-459 (2011).

44 פרשת לוי, לעיל ה"ש 25, בעמ' 409.

45 בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 435, 421 (1987).

46 ראו, למשל, עניין חורב, לעיל ה"ש 33, בעמ' 1, 55; בג"ץ 6126/94 סנס נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 836, 817 (1999) (להלן: עניין סנס); ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ, פ"ד נג(3) 600, 657; בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועד הבחירות לכנסת השש-עשרה, פ"ד נו(1) 750, 763 (2003); בג"ץ 236/13 עוצמה לישראל נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פס' 19 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 15.01.2013).

47 עניין שינוי, לעיל ה"ש 43, בפסקה 4 לפסק דינו של השופט ריבלין.

ציבוריים בכל מקרה.⁴⁸ התוצאה היא שבמסגרת נוסחת האיזון האנכי היקף ההגנה על זכויות אדם היא משתנה קבוע, כמעט מובן מאליה, בעוד היקף ההגנה על אינטרסים ציבוריים משתנה ממקרה למקרה. רמת ההפשטה הגבוהה של זכויות מתבטאת בכמה אלמנטים. ראשית, האיזון האנכי אינו מבדיל בין מקרים שבהם זכויות האדם המאוזנות נתמכות בצידוקים חלשים יותר מבחינה נורמטיבית.⁴⁹ כך, למשל, נדמה כי הטעם המצדיק את קיומה של הזכות לחופש הביטוי הפורנוגרפי חלש יותר מבחינה נורמטיבית מהטעם המצדיק את קיומה במקרה של חופש הביטוי הפוליטי. אך, האיזון האנכי אינו מעניק משקל נמוך יותר לזכויות אדם שנתמכות על ידי צידוקים חלשים מבחינה נורמטיבית, ודורש גם ביחס לפגיעה בהן את קיומה של ודאות קרובה לפגיעה חמורה וממשית באינטרס ציבורי.⁵⁰ שנית, מבחן האיזון האנכי מעניק עדיפות ברורה לזכויות אדם כשהוא אינו מבדיל בין מקרים שבהם היקף הפגיעה הצפוי בזכות מצומצם יותר, לבין מקרים שבהם היקף הפגיעה רחב יותר, או בין מקרים שבהם יש הסתברות נמוכה יותר לפגיעה בזכות לבין מקרים שבהם ההסתברות לפגיעה בזכות גבוהה.⁵¹ נוסף על כך, מבחן הוודאות הקרובה אינו משקלל כלל פגיעה באינטרסים ציבוריים שאינה מגיעה לכדי רמה של ודאות קרובה. אם הימנעות מהגבלת הזכות לא תוביל בוודאות קרובה לפגיעה באינטרסים הציבוריים, אין כלל צורך לברר מה עוצמת הנזק שהגבלת הזכות נועדה למנוע.⁵²

סדר העדיפות הגורף שקובע מבחן האיזון האנכי לטובתן של זכויות אדם⁵³ בולט במיוחד כשמשווים אותו למבחן האיזון האופקי, המיועד לפתרון קונפליקטים בין זכות לזכות. התייחסות נרחבת למבחן האופקי חורגת ממטרתו של מאמר זה, המתמקד בהשוואה בין מבחן האיזון האנכי לבין מבחני המידתיות. נבקש רק להצביע על תכונות של מבחן האיזון האופקי שמדגישות, אם על ידי דמיון ואם על ידי שוני, תכונות רלוונטיות להשוואה בין מבחן האיזון האנכי לבין מבחני המידתיות. כפי שציינה השופטת דורנר בעניין **גור אריה**, מטרתו של האיזון האנכי הוא "למזער, ככל הניתן, את הפגיעה בזכות גם כאשר האינטרס הציבורי גובר עליה", ואילו מטרתו של האיזון האופקי הוא "להפחית, ככל הניתן, את הפגיעה בשתי הזכויות גם יחד".⁵⁴ היינו, מטרתו

48 ראם שגב, לעיל ה"ש 36, בעמ' 154-155.

49 שם, בעמ' 145-148; ברק "איזון חוקתי עקרוני ומידתיות: ההיבט התורתי", לעיל ה"ש 26, בעמ' 97-98.

50 כך, למשל, עומדת השופטת דורנר בעניין **קידום** על כך שלא כל הרציונלים החלים על חופש הביטוי הפוליטי חלים גם על חופש הביטוי המסחרי. אולם, למרות זאת, היא קובעת שעל ההגבלה של שניהם יחול מבחן האיזון האנכי באותה רמת הסתברות של ודאות קרובה. השופט חשין אומנם חולק עליה בעניין זה, אך הוא בדת מיעוט [בג"ץ 606/93 **קידום יזמות ומו"לות בע"מ נ' רשות השידור**, פ"ד מח(2) 1, פס' 11 לפסק דינה של השופטת דורנר, פס' 19 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין (1994)] (להלן: **עניין קידום**).

51 ברק "איזון חוקתי עקרוני ומידתיות: ההיבט התורתי", לעיל ה"ש 26, בעמ' 97-98.

52 ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 181 (2016).

53 ראם שגב, לעיל ה"ש 36, בעמ' 149.

54 עניין **גור אריה**, לעיל ה"ש 35, בעמ' 284.

של האיזון האנכי היא מתן עדיפות לזכויות על פני אינטרסים ציבוריים, ואילו מטרתו של האיזון האופקי היא לנהוג בשוויון כלפי שתי הזכויות המתנגשות בדרך של פשרה. הפסיקה פיתחה את המונח "פשרה" באופן קונקרטי, המחייב הגבלה של כל אחת מהזכויות במידה שתאפשר לשתייהן לדור יחדיו בכפיפה אחת,⁵⁵ תוך מיצוי עיקרה של כל אחת מהן.⁵⁶ מבחן האיזון האופקי דומה למבחני המידתיות בכך ששניהם מדגישים את אלמנט הפשרה. מבחן האיזון האופקי מבקש ליצר פשרה בין זכות לזכות ומבחני המידתיות משתמשים בסטנדרטים פתוחים המאפשרים פשרה בין זכות לאינטרס ציבורי.⁵⁷

מבחן האיזון האנכי מובן בספרות האקדמית כמבחן מסוג כלל עקרוני, קבוע וסגור (rule), המכריע מתי פגיעה בזכות מוצדקת ומותרת, ומתי לא. היינו, כמבחן אשר מציב תנאי סף, כמו ודאות קרובה, אשר רק בהתקיימם הפגיעה בזכות מותרת.⁵⁸ מבחן האיזון האופקי לעומת זאת, מובן כמבחן מסוג סטנדרט פתוח (standard), המאפשר הכרעה בהתאם לתועלת החברתית בנסיבות קונקרטיות. מהמונח "פשרה" לא נובע כלל ברור, אלא איזון אד-הוק, המשתנה ממקרה למקרה.⁵⁹

גדעון ספיר היטיב לתאר את האופי הבינארי של מבחני האיזון האנכי כשטען שמבחן האיזון האנכי "מוביל לאימוצה המלא של עמדת צד אחד ולדחייתה המלאה של עמדת הצד השני".⁶⁰ לכן, כאשר אחד הצדדים טוען לפגיעה בזכות, ואת טענתו של הצד השני ממשג בית המשפט כטענה לפגיעה באינטרס ציבורי ולא בזכות, ייערך איזון אנכי שקובע עדיפות ברורה לזכות. לנוכח עדיפותה האפריורית של הזכות, אין טעם לחפש פשרה בין ההגנה על האינטרס להגנה על הזכות.⁶¹

גם אלה המבינים את מבחן האיזון האנכי ככזה שמעניק עדיפות נורמטיבית לאינטרס הציבורי על פני הזכות החוקתית, מציינים כי במרבית המקרים לא ניתן להוכיח כי מימוש הזכות יפגע ברמת הסתברות של ודאות קרובה באינטרס הציבורי. היינו, במרבית המקרים, התוצאה היא שמבחן האיזון האנכי מעניק הגנה מלאה לזכות החוקתית.⁶²

-
- 55 עניין דיין, לעיל ה"ש 35, בעמ' 475-476.
- 56 עניין גור אריה, לעיל ה"ש 35, בעמ' 277; בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פ"ד סג(2) 398, 432 (2009).
- 57 שטופלר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 198-199; בנדור וסלע, לעיל ה"ש 2, בעמ' 652.
- 58 מדינה ושגב, לעיל ה"ש 10, בעמ' 568.
- 59 נורמה משפטית מסוג כלל מתנה תוצאה משפטית בקיומו או באי-קיומו של תנאי עובדתי מוקדם ששאלת התקיימותו ניתנת להכרעה בקלות. נורמה משפטית מסוג סטנדרט מתנה תוצאה משפטית בהפעלת קריטריון המהווה בדרך כלל ערך מסוים ולכן ההכרעה מצריכה שיקול דעת. להרחבה על ההבחנה בין כללים לסטנדרטים ראו Duncan Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 HARVARD LAW REVIEW 1685, 1687, 1702-1713 (1976).
- 60 ספיר "על איזון אנכי ומידתיות", לעיל ה"ש 7, בעמ' 473-474.
- 61 שם, בעמ' 475-476.
- 62 מדינה ושגב, לעיל ה"ש 10, בעמ' 548; מדינה דיני זכויות האדם בישראל, לעיל ה"ש 52, בעמ' 225.

בתת-הפרק הבא נצביע על הערפל שמשאירה הפסיקה סביב מעמדו הנוכחי של מבחן האיזון הנכני, כאשר לא ברור האם על בית המשפט לפתור את המתקל בין זכויות לבין אינטרסים ציבוריים באמצעות מבחן האיזון הנכני או באמצעות מבחני המידתיות. נצביע גם על התכונות הטבועות במבחני המידתיות, שמשוות להם אופי הנוטה הרבה יותר לפשרה בין זכויות לבין אינטרסים ציבוריים מאשר להכרעה בינארית ביניהם, ונטען כי דווקא מבחני המידתיות שנוצרו כחלק מהמהפכה החוקתית שנועדה להגן על זכויות אדם, שחקים את ההגנה עליהן.⁶³

2. מבחני המידתיות בהשוואה למבחן האיזון הנכני – פשרה בין זכויות לבין אינטרסים ציבוריים

פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוק יסוד: חופש העיסוק, קובעת ארבעה תנאים מצטברים לחוקתיות הפגיעה בזכות: הפגיעה בזכות נעשית בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו; הפגיעה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל; הפגיעה נועדה לתכלית ראויה; והיא אינה במידה שעולה על הנדרש. התנאי הרביעי הוא תנאי המידתיות הכולל שלושה מבחני משנה, המכונים מבחני המידתיות: מבחן הקשר הרציונלי; מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; ומבחן המידתיות במובן הצר (איזון בין הפגיעה בזכות לבין תועלת שתצמח לאינטרס הציבורי מהפגיעה). מבחן הקשר הרציונלי, בוחן האם האמצעי או האמצעים הקבועים בחוק או במעשה של רשות מינהלית, תואמים את התכלית שלשמה נחקקו או נעשו. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, בוחן האם ניתן להשיג את אותה תכלית באמצעים אשר פוגעים פחות בזכויות אדם. מבחן המידתיות במובן הצר, בוחן את היחס בין התועלת מהחוק או מהמדיניות לבין הנזק שהם גורמים כתוצאה מהפגיעה בזכות או בזכויות אדם.⁶⁴

מאז חקיקת שני חוקי יסוד שהוזכרו לעיל, מעמדו של מבחן האיזון הנכני לוט בערפל. לעיתים, מבחני המידתיות מחליפים את מבחן האיזון הנכני,⁶⁵ ולעיתים בית

63 שטופלר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 219.

64 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 436-437.

65 ראו, למשל, עניין מילר, לעיל ה"ש 28, בעמ' 138; בג"ץ 8070/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 10.05.2004); בג"ץ 281/08 אלמגור ארגון נפגעי טרור נ' ניצב אהרון פרנקו (פורסם בנבו, 09.01.2008); רע"ב 9552/09 כהן נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 02.04.2012) (להלן: עניין כהן); בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004); בג"ץ 940/04 אבו טיר נ' המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון, פ"ד נט(2) 320 (2004); בג"ץ 5683/04 מועצת הכפר בית סירא נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 09.01.2006); עניין סלודקין, לעיל ה"ש 34; בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005) (להלן: פרשת המועצה האזורית חוף עזה); בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715 (2008) (להלן: עניין המפקד הלאומי); בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (פורסם בנבו, 12.11.2015); בג"ץ 5277/13 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שרות הביטחון הכללי (פורסם בנבו, 07.02.2017).

המשפט עושה שימוש באותו פסק דין גם במבחן האיזון האנכי וגם במבחני המידתיות.⁶⁶

בפסקי דין שונים בית המשפט מציין כי גם מבחני המידתיות וגם מבחן האיזון האנכי משמשים אמות מידה שיפוטיות לבחינת מתקל בין אינטרסים ציבוריים לבין זכויות אדם.⁶⁷ אך, אף שהוא מודה שלא מדובר במבחנים זהים, הוא אינו קובע בכירור מזה ההבדלים או מה היחס ביניהם.⁶⁸ כך למשל, בפרשת **סולודקין**,⁶⁹ מציין הנשיא ברק כי לעיתים מובאים מבחני המידתיות ומבחן האיזון האנכי זה לצד זה ולעיתים הם מתמזגים האחד בשני.⁷⁰ בהמשך פסק דינו מחיל הנשיא ברק את מבחני המידתיות לצד מבחן האיזון האנכי, תוך שהוא עושה שימוש במונח "מידתיות" ובמונח "ודאות קרובה". כך, למשל, מציין הנשיא ברק כי אמת המידה לבחינת המתקל בין הזכות לחופש העיסוק לבין האינטרס בשמירה על רגשות דתיים נגזרת מעקרונות המידתיות,⁷¹ ומהצורך להגן על רגשות אם הפגיעה בהן היא ברמת הסתברות גבוהה (ודאית או קרובה לוודאית).⁷²

יש הסבורים שמבחני פסקת ההגבלה מהווים גם הם סוג של איזון אנכי, אך שונה מזה הקבוע במבחן האיזון האנכי.⁷³ התחקות אחר ההיסטוריה של האתיקה הרעיונית שעליה מבוססים מבחני המידתיות עלולה לתמוך בסברה זו. המידתיות מיועדת לספק קריטריון אתי לבחינת הלגיטימיות המוסרית של פעולה בעלת אפקט כפול. כזו שיש לה תוצאות חיוביות, אך גם תוצאות שליליות.⁷⁴ הלוגיקה של מבחני המידתיות הבוחנים את הלגיטימיות של פעולות שלטוניות הפוגעות בזכויות אדם היא דומה. מדובר בפעולות בעלות אפקט כפול: חיובי ושלילי. המדינה טוענת כי הפעולה היא בעלת אפקט חיובי של תועלת חברתית כלשהי, ובאותו זמן מודה כי היא גם בעלת

66 ראו, למשל, רע"ב 5493/06 פלד נ' שרות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 12.10.2010); בג"ץ 979/15 מפלגת ישראל ביתנו נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-20 (פורסם בנבו, 25.02.2015).

67 ראו, למשל, ע"א 6601/96 AEC Systems, Inc. נ' סער, פ"ד נד(3) 850 (2000), פס' 8 לפסק דינו של הנשיא ברק; בג"ץ 4644/00 יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה, פ"ד נד(4) 178, 182-183 (2000); השופט דורנר בבג"ץ 5432/03 ש.י.ן. לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65, 87 (2004) (להלן: עניין ש.י.ן.); עניין המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 65, בפס' 14 לפסק דינה של השופטת נאור.

68 ראם שגב, לעיל ה"ש 36, בעמ' 137-138.

69 עניין סולודקין, לעיל ה"ש 34.

70 שם, בעמ' 612.

71 שם, בעמ' 613.

72 שם, בעמ' 614.

73 ראו המקורות לעיל בה"ש 67.

74 כך, למשל, הריגה כתוצאה מהגנה עצמית יכולה להיות לגיטימית מבחינה מוסרית אם היא פרופורציונלית לנסיבות ההתקפה, היינו, התוצאה השלילית – הריגתו של המתקיף – הייתה האמצעי האפשרי היחיד של המתקיף להגן על חייו. ראו Martin Luterán, *The Lost Meaning of Proportionality, in PROPORTIONALITY AND THE RULE OF LAW: RIGHTS, JUSTIFICATION, REASONING* 21, 29-30 (Grant Huscroft et al. eds., 2014).

אפקט שלילי של פגיעה בזכויות אדם.⁷⁵ נראה כי מבחן האיזון האנכי נועד גם הוא לספק קריטריון לבחינת הלגיטימיות של פעולה שלטונית בעלת אפקט כפול. מחד גיסא, היא מקדמת אינטרס ציבורי, ומאידך גיסא היא פוגעת בזכויות אדם. הפעולה תהיה לגיטימית רק אם ניתן להוכיח כי בלעדיה ייגרם נזק ממשי לאינטרס ציבורי ברמת הסתברות של ודאות קרובה.

אולם, אף שנראה ששני סוגי המבחנים – מבחן האיזון האנכי ומבחני המידתיות – ממלאים תפקיד זהה של בחינת הלגיטימיות של פעולה שלטונית בעלת אפקט כפול, אנו נוטות יותר לדעתם של מי שטוענים כי מבחני המידתיות שבפסקת ההגבלה מציבים רף נמוך יותר לפגיעה בזכויות אדם. זאת, משום שהם מבקשים להביא לפשרה בין זכויות לבין אינטרסים ציבוריים להבדיל מהכרעה בינארית ביניהם.⁷⁶ נבקש כעת להתעכב על המאפיינים העיקריים של מבחני המידתיות כדי לבסס ולהרחיב טיעון זה. כפי שטענו מלומדים אחרים, שלושת מבחני המידתיות מדגישים את אלמנט הפשרה. שלושתם מסווגים כסטנדרטים פתוחים, המאפשרים גמישות בהתאם לנסיבות הספציפיות שבכל מקרה, להבדיל מכללים קטגוריים סגורים המכתיבים סף מסוים וברור לגיטימיות החוקתית של פגיעה בזכויות אדם.⁷⁷ אף שמבחני המידתיות מהווים חלק מהמהפכה החוקתית שנועדה להגן יותר על זכויות אדם, באופן פרדוקסלי, יש הטוענים כי דווקא הם אלה ששוחקים את ההגנה על זכויות אדם ומדלדלים אותה.⁷⁸ נתחיל במבחן המידתיות הראשון, מבחן הקשר הרציונלי. המבחן אינו דורש שהאמצעי ישיג את התכלית במלואה, אלא שיגדיל את הסיכוי להשגתה.⁷⁹ כך, מספיק שהאמצעי משיג חלק מן התכלית, כל עוד לא מדובר בחלק שולי או זניח ממנה.⁸⁰ לא נדרשת ודאות קרובה לכך שהאמצעי ישיג את מטרתו, אלא הסתברות ברמה נמוכה הרבה יותר.⁸¹ מבחן המידתיות הראשון אינו קובע סף הוכחה כלשהו הנדרש לצורך הצדקת פגיעה בזכויות אדם.⁸² כך, למשל, מצביעה גילה שטופלר על כך שאין הוא דורש הוכחה הסתברותית שהפגיעה בזכות נחוצה כדי למנוע פגיעה באינטרס מסוים. שטופלר מציגה את פסק הדין בעניין המסגד בבאר-שבע שבו קבעה השופטת פרוקצ'יה כי החזרת מבנה המסגד לייעודו המקורי תביא לסכנה לשלום הציבור מבלי שהוצגו לבית המשפט ראיות בעניין ההסתברות לסכנה כזו.⁸³ באופן דומה, מצביעים גיא זיידמן והלל סומר על כך שבפרשת המועצה האזורית חוף עזה אשר עסקה ביישום תוכנית ההתנתקות, קיבל בית המשפט את עמדת הרשות בנוגע לשאלה הביטחונית והסתמך

75 שם, בעמ' 31.

76 עניין סולודקין, לעיל ה"ש 34, בעמ' 612, 617-621; שטופלר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 221.

77 שטופלר, שם, בעמ' 198-200; בנדור וסלע, לעיל ה"ש 2, בעמ' 652.

78 שטופלר, שם, בעמ' 219.

79 ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 2, בעמ' 374.

80 שם, בעמ' 377.

81 שם, בעמ' 388.

82 מרדכי קרמניצר מידתיות במבט ביקורתי ומשווה 74 (2016).

83 בג"ץ 7311/02 האגודה לסיוע ולהגנה על זכויות הברואים בישראל נ' עיריית באר-שבע

(פורסם בנבו, 22.06.2011); שטופלר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 213-214.

עליה מבלי לקיים בירור עובדתי, ומבלי לאפשר לעותרים לנסות לסתור אותה.⁸⁴ אימוץ מלא של עמדת המדינה בעניינים ביטחוניים והימנעות מבחינת התכלית המוצהרת שאותה מציגה המדינה אינו יוצא דופן לפסקי דין אלה. בפסק הדין בעניין הריסת בתי משפחות מחבלים,⁸⁵ יישמו השופטים את מבחני המידתיות ואישרו הריסה של בתי משפחות מחבלים על אף היעדר תשתית עובדתית לכך שההריסה משיגה את ההרתעה שלשמה היא מבוצעת, ואף שהיא פוגעת בזכויות יסוד של בני משפחה חפים מפשע.⁸⁶ קבלת עמדת המדינה ביחס לתכלית המוצהרת בשמה פוגעת בזכות, וביחס לתשתית העובדתית הופכת את מבחן הקשר הרציונלי למבחן גמיש שאינו מקשה במיוחד על המדינה כשהיא מבקשת לפגוע בזכות על מנת להשיג תכלית מסוימת.

חולשתו של מבחן הקשר הרציונלי באה לידי ביטוי גם בפסיקה שאינה עוסקת בנושאים ביטחוניים. עניין די.בי.אס. שירותי לוויין⁸⁷ עסק, בין השאר, בשאלה האם דרישתה של מועצת הכבלים והלוויין (להלן: המועצה) מהעותרת (חברת Yes) להעביר את שידורי הערוץ הרוסי וערוץ המוזיקה למספרי אפיקים מסוימים, פוגעת בזכויותיה של העותרת לקניין ולחופש העיסוק באופן בלתי מידתי, עקב ההשפעה שיש לאפיק השידור על שיעורי הצפייה.⁸⁸ השופט גרוניס, שהחליט לדחות את העתירה, קבע כי מבחן הקשר הרציונלי מתקיים תוך שהוא מניח שהאמצעי שנקטה המועצה, המחייב את העותרת למקם את שני הערוצים במספרי אפיקים נמוכים בצמוד לערוצים בעלי חשיפה גבוהה, יגדיל בהכרח את חשיפתו של הציבור לערוצים אלה.⁸⁹ זאת אף שהמועצה, כפי שטענה העותרת, לא הניחה כל בסיס עובדתי לטענה זו.

דוגמה נוספת להיעדר סף הוכחה מינימלי של מבחן הקשר הרציונלי נמצאת בעניין רובינשטיין.⁹⁰ עניין זה עסק בשאלת החוקתיות של חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים,⁹¹ הפוטר מוסדות לימוד חרדיים מהצורך בהוראת לימודי ליבה. על הפרק עמדה שאלת הפגיעה בחופש העיסוק ובזכות לחינוך של נערים חרדים הלומדים בישיבה, הואיל ולימודי הליבה נדרשים לצורך השתלבותם העתידית בשוק העבודה,⁹² אל מול הזכות לאוטונומיה תרבותית של לימודי תורה.⁹³ בבואם לבחון את החוק במבחן המידתיות הראשון, סברו גם השופטים בדעת מיעוט וגם השופטים בדעת רוב

84 פרשת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 65; גיא זיידמן והלל סומר "בית המשפט העליון וההתנתקות" משפט וממשל ט 579, 582-579, 601-598 (2006).

85 בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (פורסם בנבו, 12.11.2015).

86 שם, בפס' 1 (ה) לפסק דינו של השופט סולברג.

87 די.בי.אס. שירותי לוויין (1998) בע"מ נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נט(6) 21 (2005).

88 שם, בעמ' 28.

89 שם, בעמ' 46.

90 בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת (פורסם בנבו, 17.09.2014) (להלן: עניין רובינשטיין).

91 חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח-2008.

92 עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 90, בפס' 15 לפסק דינה של השופטת ארבל.

93 שם, בפס' 18-19 לפסק דינה של השופטת ארבל.

כי המבחן מתקיים.⁹⁴ זאת, אף שלא הוכח קשר סיבתי הכרחי בין קיומם של לימודי ליבה לבין הפגיעה בערכים של אוטונומיה תרבותית ולימודי תורה, כאשר המשיבים בעצמם, מייצגי המדינה, ציינו שיש מוסדות חינוך במגזר החרדי המקיימים לימודי ליבה.⁹⁵ גם השופט רובינשטיין, אף שסבר שיש לדחות את העתירה, ציין כי אין סתירה בין לימודי ליבה ללימודי תורה.⁹⁶

לנוכח דרישות ההוכחה המינימליות שמטיל מבחן הקשר הרציונלי על המחוקק או על הרשות המינהלית, אין להתפלא אפוא על כך כי מעטים הם פסקי הדין בארץ ובעולם שבהם מתקבלת טענה בדבר חוסר קיומו של קשר רציונלי בין האמצעים הקבועים בחוק או במעשה מינהלי לבין מטרתו.⁹⁷

מבחן המידתיות השני מכונה גם "מבחן הצורך" או "מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה", והוא מבקש לבדוק האם האמצעי שנבחר לשם השגת מטרת החוק או המדיניות פוגע בצורה הפחותה ביותר בזכויות אדם, והאם אין חלופה אחרת שמגשימה את מטרת החוק או המדיניות במידה זזה אך פגיעתה בזכויות אדם פחותה.⁹⁸ גם מבחן המידתיות הזה אינו מקשה במיוחד על המחוקק או על רשויות מינהלתיות. כפי שאהרן ברק מדגיש בספרו, "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".⁹⁹ היינו, אם כדי לפגוע פחות בזכות האדם צריך לעשות ויתורים בתחומים אחרים, כגון פגיעה בזכויות אחרות, בתקציב, בסדרי עדיפויות וכדומה, הרי שהאמצעי הנבחר, שפוגע יותר בזכויות אדם, עומד במבחן המידתיות השני. יש להדגיש, כי בית המשפט אינו אמור במסגרת מבחן זה להניח תכלית אחרת מזו שהמחוקק או הרשות המינהלית קבעו באופן סובייקטיבי, לפי ראות עיניהם.¹⁰⁰ כמו כן, במסגרת מבחן המידתיות השני, בית המשפט אמור לשקול אך ורק אמצעים אשר מקדמים את התכלית בדיוק באותה מידה. לא כאלה אשר מקדמים אותה במידה דומה¹⁰¹ או פחותה.

העובדה שבית המשפט אינו אמור להניח תכלית אובייקטיבית אחרת מזו שביקשה המדינה, יחד עם ההנחה שהאמצעי ההיפותטי שיפגע פחות בזכויות, הוא רלוונטי רק כאשר כל הגורמים האחרים במשוואה אינם נפגעים, מקשות מאוד על מציאת אמצעי

94 שם, בפס' 73 לפסק דינה של השופטת ארבל, פסקה 6 לפסק דינה של השופטת נאור, פס' יד-טו לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

95 שם, בפס' 65 לפסק דינה של השופטת ארבל.

96 שם, בפס' יד ו-יט לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

97 קרמניצר **מידתיות במבט ביקורתי ומשווה**, לעיל ה"ש 82, בעמ' 68.

98 ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 392.

99 שם, בעמ' 401.

100 שם, בעמ' 411.

101 ראו בעניין זה את הצעתו של מרדכי קרמניצר לפרש את מבחן המידתיות השני באופן שבו בית המשפט ישקול גם אמצעים אשר מקדמים את תכלית החוק במידה דומה, להברידל ממידה זזה (Mordechai Kremnitzer, *Constitutional Proportionality: (Appropriate) Guidelines, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING 225, 234* (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., 2013).

שפגיעתו פחותה, ומובילות למסקנה שמבחן המידתיות השני אינו מקשה מאוד על פגיעה בזכויות אדם. הדבר התבטא למשל בעניין ניר,¹⁰² שעסק בשאלת החוקתיות של החוק שפטר מאחריות פלילית פורעי חוק בגין מעשים שנעשו במסגרת התנגדות לתוכנית ההתנתקות.¹⁰³ כפי שמצביעים ברק מדינה ואילן סבן, דעת הרוב בעניין ניר הניחה רק את התכלית המוצהרת של המחוקק – חנינה למתנגדי ההתנתקות ככלי להתמודדות עם אירוע טראומטי מבחינה פוליטית וחברתית.¹⁰⁴ דעת הרוב לא הניחה, למשל, שהחוק מיועד לשמש ככלי התמודדות למיתון השסע בין יהודים בלבד, ושהוא מעניק למעשה יחס מועדף ליהודים פורעי חוק על פני ערבים פורעי חוק.¹⁰⁵ בהתאם לכך, כאשר דנה דעת הרוב במבחן המידתיות השני, היא לא בחנה חלופות אחרות, שפוגעות פחות בזכות לשוויון, כגון החלת החוק גם על אזרחים פורעי חוק שהורשעו בעקבות פעולות התנגדות אחרות על רקע אידאולוגי, כגון אירועי אוקטובר 2000, או פעולות המחאה כנגד גדר ההפרדה.¹⁰⁶ כך היה גם בעניין **איחוד המשפחות**, שבו התבקש בית המשפט לבחון איסור חקיקתי גורף על כניסת פלסטינים מהשטחים לישראל.¹⁰⁷ במסגרת מבחן המידתיות השני, קבעו כל השופטים כי חלופות אחרות המבוססות על בדיקה פרטנית של המבקשים להיכנס לישראל אינן בעלות אפקטיביות זהה להקטנת הסיכון הביטחוני. גם שופטי המיעוט שציידו בקבלת העתירה, הסכימו שהאמצעי שבחר המחוקק הוא האמצעי שפגיעתו פחותה, משום שבדיקה פרטנית של בקשות כניסה לישראל תהיה אפקטיבית פחות מאיסור גורף על כניסת פלסטינים מן השטחים לישראל. הגישה שלפיה החלופות הנשקלות צריכות להגשים את המטרה באופן זהה מיתרת למעשה את מבחן המידתיות השני, ומביאה לזניחת הקריטריון העיקרי שצריך להנחות את בית המשפט בבחינת פגיעה בזכויות, והוא מידת הפגיעה בזכות.

הפסיקה בעניין ניר ובעניין **איחוד המשפחות**, שלא דרשה מהמחוקק להציג את מגוון התכליות הרלוונטיות שבגינן מתבקשת הפגיעה בזכות, אינה יוצאת דופן. היא מאפיינת פסקי דין נוספים של ביקורת שיפוטית על חוקתיות של חוקים. בהקשר זה, מדינה וסבן מציינים כי בהפעילו ביקורת שיפוטית על חקיקה, בית המשפט מהסס לבדוק האם הכנסת בחנה את מכלול התכליות הרלוונטיות לתחום ההסדרה של החוק

-
- 102 בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת (פורסם בנבו, 23.02.2012).
- 103 חוק הפסקת הליכים ומחיקת רישומים בעניין תכנית ההתנתקות, התש"ע-2010, ס"ח 322.
- 104 ברק מדינה ואילן סבן "על 'עם', קרעיו ושאיפת איחוי: פסק הדין בעניין חוק החנינה למפרי חוק על רקע התנגדותם לתכנית ההתנתקות" **משפט, מיעוט וסכסוך לאומי** 375, 382 (ראיף זרייק ואילן סבן עורכים, 2017).
- 105 בהקשר של ערבים שפרעו חוק על רקע אידאולוגי מזכירים מדינה וסבן, למשל, את האזרחים שהשתתפו באירועי המחאה סביב גדר ההפרדה ואת אלה שלקחו חלק באירועי אוקטובר 2000 (שם, בעמ' 382).
- 106 שם, בעמ' 386.
- 107 בג"ץ 7052/03 עראלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006).

ואיזנה ביניהן כראוי.¹⁰⁸ קבלת עמדת המדינה ביחס לתכלית המוצהרת בשמה פוגעת בזכות וביחס לתשתית העובדתית, מרוקנת מתוכן את שני מבחני המידתיות הראשונים, משום ששניהם מבקשים בחינה עובדתית של היחס בין מטרת החוק לבין האמצעים להגשמתה.¹⁰⁹ מכיוון שלרוב אין אמצעים שיביאו לתוצאה זהה בהפעלתם, הדיון במבחני המידתיות מתרכז בדרך כלל במבחן המידתיות השלישי.¹¹⁰

לפני שנפרוש את הקשיים שמעורר מבחן המידתיות השלישי, נבקש לציין כי מבחן האיזון האנכי, שאנו ממליצים ליישם במקום מבחני המידתיות, יכול להתגבר רק על חלק מהקשיים שמעורר מבחן המידתיות השני. יש להניח כי גם יישום של מבחן האיזון האנכי לא יאלץ את המדינה להודות בתכליות הסמויות שבשמה היא פוגעת בזכויות. אולם, החלה של מבחן האיזון האנכי במקום מבחני המידתיות תוכל להתגבר על הקושי הנובע מכך שמבחן המידתיות השני פוסל רק אמצעים שיכולים להיות מוחלפים באמצעים היפותטיים אחרים שמקדמים את התכלית באותה מידה. זאת מפני שמבחן האיזון האנכי אינו עוסק בשאלה אילו אמצעים חלופיים יכולים לקדם את האינטרס הציבורי שבשמו נפגעת הזכות – אלא במרכזו עומדת השאלה האם מימוש הזכות יגרום בוודאות קרובה לפגיעה חמורה וממשית באינטרס הציבורי.

מבחן המידתיות השלישי, המכונה "מבחן המידתיות במובן הצר", הוא מבחן ערכי, המבקש מבית המשפט לבחון האם התועלת שהחוק או המדיניות מניבים, מצדיקה את הנזק שהם גורמים לזכויות אדם.¹¹¹ מבחן המידתיות השלישי פורש בפסיקה ובספרות במונחים יחסיים, המעידים, לדעתנו, על אופיו הפשוט. כך למשל, קובע אהרן ברק שאומדן התועלת והנזק, שמבחן המידתיות השלישי מצווה, נעשה לפי החשיבות החברתית היחסית של הערכים המתנגשים בכל צד.¹¹² החשיבות החברתית היא פונקציה של גורמים חיצוניים, כמו ההיסטוריה והתרבות של החברה, וכן של גורמים פנימיים, כגון חשיבותה של זכות מסוימת, למשל הזכות לכבוד, המהווה תנאי מוקדם לזכות אחרת, ולכן עשויה להתפס כחשובה יותר.¹¹³ מבחן המידתיות השלישי אינו קובע סף ליחס הראוי בין התועלת לבין הנזק. למעשה, מדובר במבחן המאפשר לכל שופט ושופטת לאזן באופן אד-הוקי ולפי שיקול דעתם את התועלת אל מול הנזק. בכך, כפי שציינה שטופלר, טמון פתח מסוכן לשרירותיות שיפוטית.¹¹⁴ כמו כן, ניתן לציין כי מחקרים אמפיריים הראו ששיקולים הנעשים במסגרת המידתיות במובן הצר תלויים במידה רבה בהעדפות שאינן רלוונטיות מבחינה חוקית, וההכרעה חשופה להטיות

108 ברק מדינה ואילן סכן "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, 'תיוג אתני' ומבחני פסקת ההגבלה (בעקבות פסק דין חוק האזרחות והכניסה לישראל)" **משפטים** לט 47, 91 (2009) (להלן: מדינה וסכן "זכויות האדם ונטילת סיכונים").

109 ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 425.

110 ברק-ארוז, לעיל ה"ש 2, בעמ' 781-782.

111 ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 419-422, 433.

112 שם, בעמ' 430.

113 שם, בעמ' 432-444.

114 שטופלר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 226.

פסיכולוגיות וחברתיות של שופטים.¹¹⁵ מכל מקום, כפי שמציינת רבקה וייל, לא רק שמבחן המידתיות השלישי מיושם במונחים יחסיים ולא מוחלטים המשווים זה לזה (תועלת חברתית מול זכויות אדם), אלא שהוא גם מיושם במונחים יחסיים המדגישים בעיקר את אלמנט התוספת: התוספת של החוק או המדיניות לתועלת החברתית אל מול התוספת שהם גורמים לנזק לזכויות אדם.¹¹⁶ על אף חולשות אלה, "מבחן המידתיות כמובן הצר", שעיקרו בחינה ערכית, הפך למבחן החשוב והמרכזי ביותר בביקורת שיפוטית על פעולות של הרשויות שפוגעות בזכויות אדם.

מאז המהפכה החוקתית צברו שלושת מבחני המידתיות כוח ודומיננטיות רבה והוחלו לבחינת פרקטיקות רבות של המדינה שאותגרו בבית המשפט כפוגעות בזכויות אדם.¹¹⁷ במקרים רבים שבהם מדיניות של הממשלה גונתה במישור המקומי והבינלאומי, היא נבחנה בבית המשפט, וכל מדיניות שלא נפסלה נחשבה למותרת ולגיטימית.¹¹⁸ החלת מבחני המידתיות, המקלים עם הרשות כשהיא מבקשת לפגוע בזכויות, מביאה להכשרת פעולות רבות של המדינה שכרוכות בהפרת זכויות אדם, זאת ללא בחינה מדוקדקת של תכלית הפגיעה ברמה העובדתית.¹¹⁹ ההחלה הגוברת של מבחני המידתיות הותירה מאחור מתודולוגיות אלטרנטיביות לפתרון קונפליקטים הנגרמים כתוצאה מפגיעה בזכויות, ושחקה את ההגנה על זכויות אדם.¹²⁰

ייתכן שהמעבר לשימוש נרחב במבחני המידתיות נועד לאפשר לבית המשפט התערבות פחותה וגמישה יותר ביחס להגנה על זכויות אדם, אך הכרעה ביחס לסיבות שהובילו להחלה גוברת של מבחני המידתיות בביקורת שיפוטית על המינהל חורגת מגבולות מאמר זה. המאמר מבקש לחשוף את הבעייתיות הטמונה במצב הנוכחי שבו דווקא מבחני המידתיות, שנוצרו כחלק מהמהפכה החוקתית שנועדה להגן על זכויות, צברו דומיננטיות רבה שהובילה לדילול בהגנה על זכויות אדם.

כך לדוגמה, בפסקי דין מסוימים כלל אין שימוש במבחן האיזון האנכי, ובמקומו מיישם בית המשפט רק את מבחני המידתיות. בעניין **די.בי.אס. שירותי לווין** משנת 2006, שהוזכר לעיל¹²¹ הגיע בית המשפט למסקנה כי הפגיעה בזכות לקניין ובזכות לחופש העיסוק של העותרת היא מידתית. יישום מבחני המידתיות אפשר לבית המשפט לקבל את עמדת המועצה, שלפיה הדרישה לשנות את מספרי האפיקים של שני ערוצים נחוצה למען שמירה על פלורליזם וחשיפה הוגנת לערוצים פחות פופולאריים, מבלי לבחון האם קיימת ודאות קרובה לפגיעה ממשית באינטרס הציבורי לפלורליזם

Raanan Sulitzeanu-Kenan, Mordechai Kremnitzer & Sharon Alon, *Facts, Preferences, and Doctrine: An Empirical Analysis of Proportionality Judgment*, 50 LAW AND SOCIETY REV. 348, 376-379 (2016).

רבקה וייל "האם המחוקק ירה בתותח כדי לפגוע בזכויות" **משפט ועסקים** טו 337, 344 (2012).

ראו הפניות בה"ש 65 ו-66 לעיל.

עמית כהן וסטיארט כהן **יורים ושופטים: ביטחון ומשפט בישראל** 206 (2015).

שם, בעמ' 206-209.

שטופלר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 219.

ראו ה"ש 87 לעיל.

ולחשיפה הוגנת המצדיקות את הגבלת הזכויות. בפסקי דין אחרים מגיע בית המשפט למסקנה, כי הפגיעה בזכות לחופש הביטוי מותרת הואיל והיא עולה בקנה אחד עם מבחני המידתיות שבפסקת ההגבלה. כך למשל, בעניין כהן משנת 2012¹²² מתיר בית המשפט מדיניות חדשה של הגבלת מספר הספרים בתאיהן של אסירות למרות הפגיעה בזכות לחופש הביטוי. בפסק דינה קובעת הנשיאה ביניש כי המדיניות החדשה של בית הסוהר עומדת במבחני המידתיות, ומסבירה כי "היתרון המושג בהגבלת כמות הספרים, בדמות שמירה על הביטחון והסדר בתנאי כליאתם של האסירים, עולה בחשיבותו על הפגיעה קטנת ההיקף בחופש הביטוי של האסירים. משכך, אין מקום להתערבותו של בית משפט זה"¹²³. כך, יישום מבחני המידתיות אפשר לבית המשפט לקבל את עמדת בית הסוהר, שלפיה הגבלת כמות הספרים נחוצה למען שמירה על הסדר והביטחון, מבלי לבחון האם קיימת ודאות קרובה לוודאי לפגיעה ממשית בביטחון בית הסוהר המצדיקה את הגבלת הזכות. כלומר, מבלי לבחון כלל את שאלת ההסתברות לפגיעה חמורה באינטרס הציבורי בעקבות מימוש הזכות. אם היה בית המשפט מחיל את מבחן האיזון הנכני, הייתה נקבעת עדיפות אפרוירית לזכות לחופש הביטוי של האסירות, והפגיעה בו הייתה נתפסת כלגיטימית רק בהתקיימות סימוכין עובדתיים לכך שמימוש הזכות יביא לפגיעה חמורה באינטרס הציבורי. במקום זאת, הנשיאה ביניש מדגישה את הפגיעה הקטנה בחופש הביטוי לעומת היתרון המושג באמצעותה (השמירה על הביטחון והסדר). הזכות והאינטרס הציבורי מומשגים כערכים שווי משקל, ומכיוון שהפגיעה בחופש הביטוי נראית קטנה בהיקפה, בוחר בית המשפט שלא להתערב.¹²⁴ מבחן האיזון הנכני לעומת זאת לא מבדיל בין מקרים שבהם היקף הפגיעה הצפוי בזכות מצומצם יותר, לבין מקרים שבהם היקף הפגיעה רחב יותר, בכל המקרים הוא דורש את קיומו של מבחן ההסתברות הכפול, לפי נוסחת הוודאות הקרובה. לטענתנו, אם היה בית המשפט מיישם את מבחן האיזון הנכני, שנותן עדיפות אפרוירית לזכות על פני האינטרס הציבורי, ודורש מרשות בתי הסוהר להציג צידוקים עובדתיים משמעותיים שמעידים כי ללא הגבלת הזכות ייגרם נזק חמור לאינטרס הציבורי, נראה כי הכרעת פסק הדין הייתה שונה, וההגנה על הזכות הייתה חזקה יותר.

122 עניין כהן, לעיל ה"ש 65.

123 שם, בפס' 18 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

124 יש להודות כי לפני הגשת העתירה נהג נוהל מחמיר יותר, שלפיו חל איסור על הכנסת ספרים, דיסקים, חוברות וכתבי עת באמצעות מבקרים, ומספר הספרים המותרים להחזקה בתא בכל רגע נתון הוגבל לספר קריאה אחד, ארבעה ספרי לימוד (אם האסירה משתתפת במסגרת לימודים פורמלית) וארבעה ספרי דת. בצורה דומה אף הוגבל מספר כתבי העת המותרים להחזקה בתא לארבעה בכל רגע נתון וכמות הדיסקים המותרת הוגבלה לעשרה. בתגובתו לעתירה ציין השב"ס כי הוא בחן מחדש את המדיניות והחליט להנהיג נוהג מקל יותר, ולפיו כל אסירה תהא רשאית להחזיק בו בזמן שלושה ספרי קריאה, שני ספרי דת, וספרי לימוד לאסירות הרשומות כאסירות לומדות, כך שסך כל הספרים אשר רשאית להחזיק אסירה לומדת "דתייה" יעמוד על שבעה ספרים. לאסירה לומדת שאינה "דתייה" הותר להחזיק סך של חמישה ספרים (שם, בפס' 2 ו-4 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). על כן, ניתן להבין את פסק הדין כהתערבות מסוימת לטובת חופש הביטוי, גם אם מוגבלת מזו שביקשו העותרות.

דוגמה לשינוי זה מתבטאת בפסק דין גולן משנת 1996¹²⁵ שבו נידונה בקשתו של אסיר לפרסם טור דעה אישי במקומו. גם במקרה זה בחן בית המשפט את ההתנגשות שבין חופש הביטוי לבין האינטרס הציבורי בשמירה על הסדר והביטחון בבית הסוהר. אולם, בשונה מפסק דין כהן, יישם השופט מצא את מבחן האיזון האנכי וקבע כי "לנוכח חשיבותו ומרכזיותו של חופש הביטוי, לרוב אין נוטים להגבילו אלא על יסוד הסתברות ברמה של 'ודאות קרובה' שמימוש הזכות עלול לגרום נזק ממשי לאינטרס חיוני של המדינה והציבור". בהמשך פסק הדין בוחן בית המשפט בחינה עובדתית של טענות בית הסוהר שלפיהן פרסום טורי הדעה עלול לחבל בשמירה על הסדר והביטחון בבית הסוהר. בפסק הדין נקבע כי אין סיכון ברמת הסתברות של ודאות קרובה שמימוש הזכות יגרום נזק ממשי לאינטרס ציבורי חיוני, ולכן ידה של הזכות לחופש הביטוי של האסיר על העליונה. הכרעה דומה נעשתה גם בפרשת פרנקל¹²⁶ שבה ביטל בית המשפט את החלטתו של מנהל בית הסוהר שלא להרשות את הכנסתם לבית הסוהר של כתיבי מארקס, אנגלס, לנין ומארטסהיטונג, בקובעו כי "אכן, כתבים אלה מטיפים למהפכה, אבל אין בקריאתם אותה סכנה קרובה לוודאי לשלום הציבור, שבת משפט זה קבע כמבחן בפסק הדין המנחה של השופט אגרנט בפרשת בג"צ 73/53, קול העם נ' שר הפנים".

העובדה שמבחן האיזון האנכי מקשה יותר ממבחני המידתיות על המבקשים לפגוע בזכויות אדם, באה לידי ביטוי לאחרונה בפסק דינו של השופט מלצר בעניין חוקתיותו של חוק החרם.¹²⁷ השופט מלצר פסק כי חוק החרם חוקתי ולכן יש לדחות את העתירה. כדי להצדיק את פסק דינו יישם השופט מלצר את מבחן האיזון האנכי, וזאת בנוסף למבחני המידתיות, על מנת לחזק את מסקנתו שהפגיעה בחופש הביטוי חוקתית. השופט מלצר מניח למעשה את טענתנו במאמר זה, שלפיה מבחן האיזון האנכי מחמיר יותר עם אלה המבקשים לפגוע בזכויות חוקיות, כשהוא מצייין שגם אם אנו מבקשים להחמיר ולהחיל את מבחן האיזון האנכי, הדורש הוכחה לנזק חמור וממשי לאינטרס הציבורי, אנו עדיין מגיעים לאותה תוצאה: חוק החרם פוגע בחופש הביטוי אבל הפגיעה מותרת, כי העוולה המוגדרת בחוק החרם מחייבת הוכחה של נזק כתוצאה מהחרם על ישראל.¹²⁸ העובדה שהשופט מלצר מניח שמבחן האיזון האנכי מטיל דרישות חמורות יותר כדי להצדיק פגיעה בזכויות חוקתיות מחזקת את טענתנו העקרונית במאמר, גם אם במקרה הספציפי הזה מבחני המידתיות ומבחן האיזון האנכי מובילים לאותה תוצאה.

לאור מסקנות אלה, בחלק הבא של המאמר נטען שמכיוון שמבחן האיזון האנכי מעניק הגנה חזקה יותר לזכויות אדם ממבחני המידתיות, יש להשתמש בו בכל הקשור לביקורת שיפוטית על החלטות של רשויות מינהליות, ולעומת זאת, יש להשתמש במבחני המידתיות בכל הקשור לביקורת שיפוטית על חקיקה.

125 עניין גולן, לעיל ה"ש 35.

126 בג"ץ 543/76 יוסף פרנקל נ' שירות בתי-הסוהר, פ"ד לב(2) 207 (1978).

127 בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת (פורסם בנבו, 15.04.2015).

128 שם, בפס" 38 לפסק דינו של השופט מלצר.

ב. רציונלים לשינוי הרצוי לאור טיב הביקורת השיפוטית

1. ההבחנה המוצעת בין ביקורת שיפוטית על חוקים לבין ביקורת שיפוטית על מעשי מינהל

לצרכיו של המאמר הנוכחי נבחין בין ביקורת שיפוטית על מעשי המינהל לבין ביקורת שיפוטית על חקיקה. גישתנו עולה בקנה אחד עם הגישה הקלאסית המפרידה בין המשפט החוקתי לבין משפט המינהלי, ורואה הבדל מהותי בין ביקורת על פעולתו של המחוקק לבין ביקורת על פעולתה של הרשות המבצעת. לפי הגישה הקלאסית, המשפט המינהלי חל על פעילותם של גופי השלטון השונים, היינו, על הרשות המבצעת: הממשלה וזרועותיה, הרשויות המקומיות ורשויות רגולטוריות עצמאיות.¹²⁹ המשפט המינהלי מסדיר את מערכת היחסים שבין הפרט לרשויות.¹³⁰ לעומת זאת, המשפט החוקתי דן בכל רשויות השלטון: הרשות המחוקקת, הרשות השופטת והרשות המבצעת ועוסק גם בביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית.¹³¹ הגישה הקלאסית מאפיינת את המשפט החוקתי כעיסוק בפרשנות של זכויות חוקתיות, בקביעת היקפן ובאכיפתן על כל הרשויות, כולל הרשות המחוקקת; את המשפט המינהלי מאפיינת גישה זו כעיסוק בחוקיות ובהצדקה של פעולות רשויות המינהל, ככל שהן פוגעות בזכויות ובאינטרסים שונים.¹³² לפי הגישה המסורתית, המשפט החוקתי מתרכז רק בזכויות חוקתיות, הנחשבות כמגינות על אינטרסים חשובים במיוחד, בעוד המשפט המינהלי עוסק בכל סוגי האינטרסים הנפגעים על ידי פעולות המינהל השונות, ואינו מבדיל בין זכויות לאינטרסים.¹³³ בשונה מהמשפט החוקתי, המשפט המינהלי מכיר גם באינטרסים שלא זכו להכרה כזכויות.¹³⁴ על פי המודל הקלאסי של הפרדת רשויות, תפקידה של הרשות המבצעת הוא ליישם ולאכוף את תוצרי החקיקה והשפיטה של הרשות המחוקקת והרשות השופטת.¹³⁵ כחלק מתפקידה כמוציאה מן הכוח אל הפועל של הוראות החוק, לרשות המבצעת במדינה המודרנית סמכויות נוספות החורגות מתחומי פעילותה המסורתיים. הרשות המבצעת היא גם בעלת סמכות חקיקתית, באמצעות תקנות וצווים, ואף מוסמכת לקבוע חקיקת משנה ולעיתים גם הסדרים ראשוניים. לרשות המבצעת גם סמכויות שיפוטיות בעניינים ספציפיים והיא מפעילה בתי דין מינהליים וגופים מעין שיפוטיים.¹³⁶ מכיוון שהמחוקק לא יכול לחזות כל מקרה מראש, מוענק לרשות המבצעת שיקול דעת

129 דפנה ברק ארוז **משפט מינהלי** כרך א, פרק 17, 11 (2010) (להלן: ברק-ארוז **משפט מינהלי**).

130 שם, בעמ' 15.

131 שם, בעמ' 17.

132 שם בעמ' 17-20.

133 עידו פורת "המנהליזציה של המשפט החוקתי" **עיוני משפט** לז 713, 716 (2016).

134 ברק-ארוז **משפט מינהלי**, לעיל ה"ש 129, בעמ' 19-20.

135 שם, בעמ' 83.

136 שם, בעמ' 83-95.

להשלים את שהמחוקק החסיר.¹³⁷ ואולם, שיקול הדעת הרחב המוענק לרשות המבצעת וסמכויותיה הנרחבות עלולים לגרום לשרירותיות ולניצול לרעה.¹³⁸ לטענתנו, בגלל אופי פעילותה של הרשות המבצעת, היא מועדת יותר לפגיעה בזכויות אדם ולכן יש להחיל עליה מבחן מחמיר יותר כאשר היא מבקשת לפגוע בזכויות חוקתיות בשם אינטרסים ציבוריים. כפי שמציין עידו פורת, המשפט המינהלי מתייחס לפגיעה באזרח כאל עניין הנובע באופן טבעי מפעולת הרשות ולא כאל דבר חריג או חמור, לעומת המשפט החוקתי שדורש שפגיעה בזכויות תיתמך בטעמים מכריעים וכבדי משקל.¹³⁹ בהתאם, המחלוקות שמעוררת ביקורת שיפוטית בהקשר החוקתי ובהקשר המינהלי הן שונות. במישור החוקתי, הכולל ביקורת שיפוטית על חוקים, הקושי מתמקד בלגיטימיות של בית המשפט להכריע ברמה הנורמטיבית, וזאת משום ששופטים אינם נבחרים ציבור. לעומת זאת, במישור המינהלי, הקושי מתמקד בלגיטימיות של בית המשפט להחליף את הרשות המינהלית בהכרעה המקצועית, זאת משום שהיא נתפסת כבעלת כלים טובים לקביעת מדיניות ולהגשמת המטרות שקבע המחוקק.¹⁴⁰

יש הסבורים כי כיום אין הבדל גדול בין המשפט החוקתי לבין המשפט המינהלי. זאת מאחר ששני תחומי המשפט עברו תהליך האחדה שבעקבותיו יש להם מאפיינים זהים, או לכל הפחות, מאפיינים דומים מאוד. כך, למשל, סבור עידו פורת כי המשפט החוקתי עבר תהליך של "מנהליזציה",¹⁴¹ בעוד דפנה ברק-ארז טוענת שהמשפט המינהלי הוא זה שעבר תהליך של "חוקתיזציה".¹⁴² לעומתה, אהרן ברק מקדם טענה רחבה יותר ומדבריו מתקבל הרושם שהמשפט המינהלי בישראל מעולם לא היה צריך לעבור תהליך של חוקתיזציה כדי להידמות למשפט החוקתי, זאת מאחר שלדעתו, הבסיס למשפט המינהלי הוא המשפט החוקתי בכלל וחוקי היסוד העוסקים בהגנה על זכויות אדם בפרט.¹⁴³

לפי פורת, אחד החסרונות הבולטים שנגרמו כתוצאה מתהליך האחדת המשפט החוקתי והמינהלי הוא פיחות בעוצמת הזכויות. לפי הגישה הקלאסית, זכויות נתפסות כשיקולים "מנצחים" בעלי קדימות מוסרית לשיקולים רגילים או לשיקולי תועלת של רווח והפסד. היינו, המשפט החוקתי לפי הגישה הקלאסית מעניק עדיפות ברורה לזכויות חוקתיות על פני שיקולים אחרים, ודורש הצדקות כבדות משקל על מנת

137 ש.ם.

138 יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א 91-99 (2010).

139 עידו פורת, לעיל ה"ש 133, בעמ' 733.

140 ברק-ארז, לעיל ה"ש 2, בעמ' 789-790.

141 ש.ם.

142 דפנה ברק-ארז "הוראת המשפט המנהלי: בין חוקתיות להפרטה" **עיוני משפט** כה 503, 510 (2001).

143 ראו את דבריו של ברק במבוא לספרם של אליעד שרגא ורועי שחר **המשפט המנהלי – עילות הסף** כרך שני יב (2008). לדעה מנוגדת לזו שמביע ברק ראו גיא ישראל זיידמן "מי אתה, המשפט המנהלי הישראלי? בשולי הספר 'משפט מינהלי' מאת דפנה ברק-ארז" **הפרקליט** נא 693, 728 (התשע"ב).

להצדיק פגיעה בהן.¹⁴⁴ לעומת זאת, המשפט החוקתי החדש, שעבר תהליך של האחדה עם המשפט המינהלי, אינו דורש צידוקים משכנעים במיוחד על מנת להכיר בחוקתיותה של פגיעה בזכות. על פי מבחני המידתיות שבפסקת ההגבלה, חוקתיותה של פגיעה בזכות היא בעיקר עניין של מידה.¹⁴⁵ המודל שאנו מציעות מבקש להתמודד, בין השאר, עם קשיים אלה, כפי שיפורט בתת-הפרק הבא.

2. רציונלים להחלת מבחן האיזון האנכי בביקורת שיפוטית על מעשי המינהל

לטעמנו, ראוי להשאיר את מבחני המידתיות בביקורת שיפוטית על חוקתיות של חוקים, אך לזנוח אותם לטובת מבחן האיזון האנכי בביקורת שיפוטית על פעולות והחלטות של רשויות מינהליות. זאת בשל שישה טעמים עיקריים: ראשית, ראוי להחיל ביקורת שיפוטית מחמירה יותר על רשויות המינהל כשהן פוגעות בזכויות אדם מאשר על המחוקק שכן, כפי שמציין גיא זיידמן, לרשויות המינהל יש יותר הזדמנויות לפגוע בזכויות אדם באופן יום-יומי. רשויות המינהל שולטות בתחומים היום-יומיים שבהם כולנו נתקלים, כגון חינוך, תכנון ובנייה, פיקוח על מוצרי מזון, אספקת מים, חשמל וכו'.¹⁴⁶ אם מוסיפים לתחומי המשפט המינהלי הקלאסי גם את תחומי המשפט המינהלי הייחודי, כגון דיני מכרזים, דיני צבא, משטרה, ביטוח לאומי ומיסים, אנו מבינים כי המשפט המינהלי חולש על רוב התחומים בחיינו.¹⁴⁷ כך למשל, זיידמן מדמה את המשפט החוקתי לדין הגנרלים ואת המשפט המינהלי לדין החיילים. זיידמן מבין, בצדק לדעתנו, את המשפט המינהלי ואת המשפט החוקתי ככאלה הפועלים בתחומים דומים, הנגזרים ממערכת היחסים שבין רשויות מינהליות לאזרח ובין הרשויות המינהליות לבין עצמן, אך ההבדל המהותי ביניהם נעוץ לדעתו ברמות ההפשטה השונות שבהן כל אחד מהם פועל.¹⁴⁸ המשפט החוקתי מתמקד בעיקר בשאלות הנוגעות לחוקתיות של חקיקה. כשהמשפט החוקתי כבר עוסק ברשות המבצעת, הוא מתמקד במוסד העליון ביותר בפירמידה – הממשלה. המשפט המינהלי לעומת זאת פועל ברמת הפשטה נמוכה יותר כי הוא מתייחס לכל הגורמים ברשות המבצעת, וחולש גם על תחומים החורגים מהשלטון המרכזי, כמו השלטון המקומי והתאגידים הסטטוטוריים וחוקר באופן מפורט את תהליכי קבלת ההחלטות ברשות המינהלית.¹⁴⁹ כך, האופן היום-יומי שבו מקיף המשפט המינהלי את חיינו כרוך גם בפיקוח על פגיעות

144 פורת, לעיל ה"ש 133, בעמ' 721-722.

145 שם, בעמ' 723.

146 זיידמן, לעיל ה"ש 143, בעמ' 733-734. מהתחומים היום-יומיים השונים שבהם שולט המשפט המינהלי התפתחה החשיבה של משפט מינהלי הקשרי, המבקשת להתאים את כללי המשפט המינהלי להקשר הייחודי שבו הם פועלים בכל תחום, בהקשר זה ראו איל פלג אתגר העוני של המשפט המנהלי 293-301 (2013).

147 שם, בעמ' 734-740.

148 שם, בעמ' 730.

149 ברק-ארוז משפט מנהלי, לעיל ה"ש 129, בעמ' 17-18.

שכיחות יותר בזכויות אדם מאלה הנגרמות במישור החוקתי, וזאת הגם שהתהליך המינהלי אינו עשוי מקשה אחת. סיבה שנייה להבדל מוצע זה היא שמנגנון הפשרה והריסון השיפוטי, שמבטאים מבחני המידתיות, ראוי לביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקים מכיוון שחוקים מגלמים באופן הברור ביותר את רצון העם, שבא לידי ביטוי בכנסת,¹⁵⁰ ומשקפים בצורה המובהקת ביותר את עקרון הדמוקרטיה הייצוגית.¹⁵¹ לעומת זאת, פעולות והחלטות מינהליות לא נעשות בהכרח על ידי נציגי העם ואינן מבטאות באופן ישיר את רצונו.¹⁵² לכן, כאשר הן פוגעות בזכויות אדם יש לגלות פחות ריסון שיפוטי ביחס אליהן. אומנם, ניתן לטעון כי בכל זאת קיים טשטוש בין תחומים אלה, כאשר הנתונים מצביעים על כך שהממשלה מעורבת יותר ויותר בהליכי החקיקה הראשית בכנסת.¹⁵³ מנגד, רשויות מינהליות עוסקות בסוג אחר של חקיקה המכונה "חקיקת משנה" או "חקיקה מינהלית".¹⁵⁴ השפעתה של החקיקה המינהלית על הציבור גדולה מאוד והיא עולה במספרה על חקיקה פרלמנטרית.¹⁵⁵ נוכח נתונים אלה ניתן לטעון, לכאורה, כי החלוקה שאנו מציעות בין ביקורת שיפוטית על פעולות והחלטות של רשויות מינהליות לבין ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית היא מלאכותית, הואיל וגם רשויות מינהליות עוסקות בסוגים שונים של חקיקה. ניתן גם לטעון, למשל, שככל שהממשלה עוסקת בחקיקה ראשית, הרי שחקיקה זו לא בהכרח מבטאת את רצון האזרחים, אלא את רצון הממשלה, ולכן ייתכן שיש להחיל בביקורת שיפוטית עליה את מבחן האיזון האנכי ולא את מבחני המידתיות. באופן דומה, ניתן לטעון כי ככל שהרשות המינהלית עוסקת בחקיקת משנה, וככל שהשפעתה של חקיקת המשנה גדולה יותר מהשפעתה של החקיקה הראשית, הרי שיש להכפיף את מבחני המידתיות, הנהוגים בביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית גם על חקיקת משנה.

- 150 בית המשפט העליון הדגיש בכמה הזדמנויות כי יש להיזהר מביטול חוקים הואיל והם מבטאים את רצון העם, לעניין זה ראו, למשל, בג"ץ 1877/14 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פס' 40 לפסק דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 12.9.2017). זו גם התפיסה העומדת בבסיס דוקטרינת ההסדרים הראשוניים, שלפיה הסדרים בנושאים בעלי חשיבות חברתית משמעותית יוסדרו על ידי הכנסת, המשקפת את רצון העם, ראו בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' הכנסת**, פ"ד (5) 481, 508 (1998); בר-סימן-טוב, לעיל ה"ש 12, בעמ' 56.
- 151 בר-סימן-טוב, לעיל ה"ש 12, בעמ' 672.
- 152 דפנה ברק-ארוז **אזרח-נתין-צרכן: משפט ושלטון במדינה משתנה**, 30, 42 (2012) (להלן: ברק-ארוז **משפט ושלטון במדינה משתנה**).
- 153 שם, בעמ' 1, 3, 15-16.
- 154 יצחק זמיר "חקיקה מנהלית: מחיר היעילות" **משפטים** ד 63, 64-65 (1972).
- 155 ראו סעיף 1.3 **להנחיות היועץ המשפטי לממשלה 2.3100** – חקיקת משנה נוהל והנחיות (התשמ"ו, התשס"ד), www.justice.gov.il/Units/YoezMespati/HanchayotNew/Seven/23100.pdf. ראו גם דו"ח חקיקה 2017 31 אשר מדד את היקף החקיקה המינהלית תוך התמקדות במספר העמודים הממוצע שלה בכל שנה, וחושף כי חלה עלייה מתמדת בהיקף החקיקה המינהלית לאורך השנים (מחלקת ייעוץ חקיקה במשרד המשפטים, מאי 2018) www.gov.il/he/Departments/publications/reports/legislative_report_2017

התשובה לטענות שלעיל היא שגם כאשר הממשלה מעורבת בחקיקה ראשית ואף יוזמת אותה, היא עדיין כפופה להצבעה על ידי חברי הכנסת, המבטאים את עקרון הדמוקרטיה הייצוגית. על כן, אנו סבורות כי יש להחיל על חקיקה ראשית ביקורת שיפוטית מרוסנת יותר באמצעות מבחני המידתיות. בנוגע לחקיקה מינהלית, העובדה שהיא משפיעה על חיינו אפילו יותר מחקיקה רגילה מחזקת את טענתנו. מדובר בחקיקה בנושאים יום-יומיים ובעלי השפעה מכרעת על זכויות אדם, מבלי שהיא עוברת הליכים רשמיים מקיפים ברשות המחוקקת, למשל פרסום מוקדם או דיון ציבורי מקיף,¹⁵⁶ המהווה את מעוז הדמוקרטיה הייצוגית. עובדה זו מחזקת את ההצדקה להחיל ביקורת שיפוטית מחמירה יותר על חקיקת משנה באמצעות מבחן האיזון האנכי. הסיבה השלישית שבגללה יש לגלות יותר ריסון שיפוטי בביקורת שיפוטית על חקיקה קשורה לשתי הסיבות הראשונות. בניגוד לפעולות מינהליות ולחקיקה מינהלית, הליך החקיקה הראשי רווי במנגנונים של מכשולים מובנים, הדורשים מיוזמי החקיקה לגייס תמיכה של שחקנים רבים, המייצגים אינטרסים שונים ומתחרים,¹⁵⁷ על מנת להגיע לכדי תוצר ודאי וסופי של חוק. התוצרים של הליך החקיקה מהווים למעשה תוצר סופי של פשרה בין אינטרסים שונים ומתחרים, שראוי לבית המשפט לגלות יותר ריסון כלפיה. לעומת הליך החקיקה, ההליך המינהלי מאופיין בפחות ביקורת, מנגנונים ומכשולים מובנים, גם כאשר מדובר בחקיקה מינהלית. אומנם, ישנם מנגנונים המכפיפים את החקיקה המינהלית בישראל לביקורת פרלמנטרית, כגון החובה לקבל אישור של ועדה מוועדות הכנסת לחקיקת המשנה, אך בפועל מרבית התקנות אינן זוכות לדיון ממשי בוועדות הכנסת.¹⁵⁸

סיבה רביעית היא שבשונה מהליכי חקיקה, המחויבים לעמוד בעקרונות יסוד של פומביות והשתתפות¹⁵⁹ ומלווים בדרך כלל בדיונים מקדימים מקיפים ביחס לפגיעה בזכויות אדם,¹⁶⁰ אקטים מינהליים נעשים פעמים רבות מתוקף הנחיות מינהליות, ללא שקיפות מספקת,¹⁶¹ ללא השתתפות מספקת של המושפעים מהם וללא חשיבה מקיפה מקדימה.¹⁶² לכן, ראוי יותר לחשוף דווקא את הרשויות המינהליות למבחן האיזון

156 ראו סעיף 1.4 להנחיות היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 155.

157 בר-סימן-טוב, לעיל ה"ש 12, בעמ' 661-663.

158 ברק-ארוז **משפט מנהלי**, לעיל ה"ש 129, בעמ' 39.

159 בג"ץ 4885/03 **ארגון מגדלי הערפות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נט(2) 14, 43-50 (2004). להרחבה על עקרונות היסוד שחקיקה בישראל חייבת לעמוד בה, ראו בר-סימן-טוב, לעיל ה"ש 12, בעמ' 573-674.

160 זו לפחות השאיפה של יוזמות אזרחיות שונות לשיפור איכות הליך החקיקה (בר-סימן-טוב, לעיל ה"ש 12, בעמ' 669-670).

161 יורם ארידור "משמעותה המשפטית של חקיקה מינהלית לא-פורמלית" **הפרקליט** מג 57, 82-80 (1997); ברק-ארוז **משפט מנהלי**, לעיל ה"ש 129, בעמ' 29-30; זיידמן, לעיל ה"ש 143, בעמ' 733.

162 ברק-ארוז **משפט ושלטון במדינה משתנה**, לעיל ה"ש 152, בעמ' 27-28, 53-56. איל פלג מציין כי כללים רבים במשפט המינהלי, שאמורים לכבול את הרשות המינהלית ולהגביל אותה, נקבעים על ידי הרשויות "הנכבלות", שבסופו של דבר מעדיפות את "היעילות בפעולת הרשות על פני ההגיונות כלפי הפרט המטופל" (פלג, לעיל ה"ש 146, בעמ' 505-

האנכי המחמיר יותר, כדי להרתיע מפני פגיעה בזכויות אדם. עם זאת, אין באמור להניח כי כל תוצרי החקיקה בישראל עוברים תהליך מעמיק שקוף וגלוי. ישנם הליכי חקיקה המאופיינים בחוסר שקיפות וחסרים עבודת הכנה מקדימה,¹⁶³ ובמקרים כאלה ראוי כי תוצרי חקיקה אלה ייבחנו בביקורתיות ובחשדנות רבה יותר בבית המשפט, תוך עידוד המחוקק להפנמת עקרונות חקיקה דמוקרטיים ולהגבלת מנגנונים המאפשרים חקיקה מזורזת ולא גלויה.¹⁶⁴

נימוק חמישי להבדל המוצע הוא שלמבחני המידתיות יש תכונות אינהרנטיות שהופכות אותם למתאימים יותר לביקורת שיפוטית על חקיקה, שלרוב נתפסת כשנויה מאוד במחלוקת.¹⁶⁵ ההנחה בבסיס המחלוקת היא שהמחוקק הוא הגוף הנבחר על ידי האזרחים, ולכן הוא זה שצריך להיות בעל המילה האחרונה בכל הקשור לחקיקה. מקובל להמשיג הנחה זו במסגרת המושג של "ריסון" או "הנסגת שיקול דעת" של בית המשפט (The Deference Rule), שלפיו אין בית המשפט אמור לקבל החלטות במקום הרשות המוסמכת,¹⁶⁶ במקרה זה, הרשות המחוקקת. מאז פרשת **בנק המזרחי** הפך נושא הביקורת השיפוטית בכלל, והביקורת השיפוטית על חקיקה בפרט, לשנוי יותר במחלוקת,¹⁶⁷ עיקר הביקורת על מבחני המידתיות מתרכזת במבחן המידתיות

504). ישי בלנק מביע דעה שונה, ולפיה אקטים מינהליים דווקא מבטאים תהליכי השתתפות של קבוצות שונות בעלות אינטרסים שונים מסוג bottom-up. אולם, טיעונו של בלנק מוגבל לאקטים מינהליים של השלטון המקומי, המשפיע על השייכות והאזרחות של תושבים בטרטוריה מקומית מוגדרת (Yishai Blank, *Spheres of* (Citizenships, 8 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 411, 422-424 (2007)).

163 בישראל ישנן הצעות חוק פרטיות המתאפיינות בעבודת הכנה פשוטת יותר, ראו לעניין זה את הנתונים המוצגים באתר הכנסת. כמו כן, חוק ההסדרים הוא הליך חקיקה שלא מתאפיין בשקיפות ומאפשר חקיקה מזורזת שעלולה לפגום בעקרונות כמו פומביות, השתתפות ושקיפות.

164 קרמניצר **מידתיות במבט ביקורתי ומשווה**, לעיל ה"ש 82, בעמ' 61.

165 ראו גדעון ספיר **המהפכה החוקתית: עבר, הווה ועתיד** 131 (2010). המונח "אקטיביזם שיפוטי", המשמש תדיר לצורך ביקורת שלילית על בית המשפט, מיוחס בדרך כלל לביקורת שיפוטית על חקיקה, בהקשר זה ראו, למשל, עמרי ידלין "שיקול דעת שיפוטי ואקטיביזם שיפוטי" כמשחק אסטרטגי "מחקרי משפט יט 665, 667 (2003); משה לנדוי "אקטיביזם שיפוטי – על 'אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד מקומו של בג"צ בחברה הישראלית" מאת: ר' גביוון, מ' קרמניצר וי' דותן" **המשפט** 12, 83, 84 (2001); רוברט בורק "השופט, החרב והארנק" **תכלת** 27, 146 (2007).

166 להרחבה על מושג הריסון או "הנסגת שיקול דעת" ראו יואב דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"צ" **אקטיביזם שיפוטי בעד ונגד: מיקומו של בג"צ בחברה הישראלית** 5, 17-19 (רות גביוון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן עורכים, התש"ס). לניתוח ביקורתי של הנסגת שיקול הדעת ראו ברק **מידתיות במשפט** לעיל ה"ש 2, בעמ' 490-491.

167 ראו, למשל, את הספרות האקדמית שזיהתה את מגמת האקטיביזם השיפוטי עם תחילתה של המהפכה החוקתית: מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" **עיוני משפט** יז(3) 507 (1993); אהרן ברק "על השקפת עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" **עיוני משפט** יז(3) 475 (1993); מנחם מאוטנר "אקטיביזם שיפוטי – הערכה" **עלי משפט** ד 7, 8 (התשס"ה); זאב סגל וליילך ליטור **אקטיביזם ופסיביזם שיפוטי – במבחן בג"צ ובית הדין הארצי לעבודה** 20 (2008), ואת הספרות

השלישי. הטענה היא כי מדובר במבחן שיישמו דורש משופטים להשוות בין ערכים ברמה המתאפיינת במידה רבה של אבסטרקטיות. השוואה ערכית שכזו אינה יכולה להתבצע מבלי ששופטים יושפעו בעיקר ממערכת הערכים האישית שלהם. התוצאה היא שמבחן המידתיות השלישי למעשה מעביר את הכוח מגופים המאוישים על ידי נבחרי ציבור, כגון הכנסת או רשויות ציבוריות, אל בית המשפט. בעוד נבחרי הציבור משקפים את העדפות הציבור, השופטים אינם משקפים אותן, ולכן מידת הלגיטימיות של הכרעתם הערכית פחותה.¹⁶⁸

אולם, באופן אירוני למדי, ניתן לראות כי דווקא למבחני המידתיות יש תכונות המאפשרות למתן את הביקורת המופנה כלפי בית המשפט כשהוא נדרש לבחון חוקתיות של חוק. תכונות אלה מצביעות לדעתנו על כך שמבחני המידתיות מתאימים יותר לביקורת שיפוטית על חקיקה מאשר לביקורת שיפוטית על מעשי מינהל. מבחני המידתיות מציעים גמישות בנוגע לטווח האמצעים הלגיטימיים שבהם המדינה יכולה להשתמש כדי לקדם תועלות חברתיות, תוך פגיעה בזכויות אדם. גמישותו של בית המשפט בנוגע לטווח האמצעים הלגיטימיים, באה לידי ביטוי, בין השאר, בכך שלפחות בכמה פסקי דין מרכזיים, בית המשפט לא מסתפק בדיון עקרוני, או בדיון משוער, על אמצעים לגיטימיים. בית המשפט משהה החלטות בנוגע לחוקתיות חוקים עד לנקודה בזמן שבה ניתן לאסוף מספיק מידע המצביע בבירור על כך שחוקים אינם מקיימים את מבחני המידתיות. במונחים שמציע אריאל בנדור, מבחני המידתיות מאפשרים לבית המשפט לנהוג כ"שמרטף", ה"שומר" או "מגלגל" חוקים הנחשדים באי-חוקתיות, עד לנקודה בזמן שבה ברור לבית המשפט שהם אינם מקיימים את מבחני המידתיות.¹⁶⁹ אם כן, אמצעים אלה הגלומים במבחני המידתיות מאפשרים לבית המשפט גמישות בהיקף התערבותו בחקיקת הכנסת, ובכך עשויים לסייע למתן את הביקורת על בית המשפט, ומנגד לאפשר בכל זאת צמצום של הפגיעה בזכויות אדם. שיטת, הצעתנו להחלה השונה של מבחני הביקורת השיפוטית יכולה למתן את החסרונות של האחדת המשפט החוקתי והמינהלי כפי שהצביע עליהם עידו פורת.¹⁷⁰ לפי מהלך ההפרדה שאנו מציעות, בית המשפט יגן יותר על זכויות אדם כי לפחות במישור המינהלי, שיישלוט על ידי מבחן האיזון האנכי, בית המשפט לא יטשטש, או יטשטש פחות, את ההבחנה בין אינטרסים ציבוריים לבין זכויות אדם. את מקומם המרכזי של מבחני המידתיות, שעוסקים בעיקר בשאלת מידת הפגיעה בזכויות אדם, תתפוס במישור המינהלי השאלה המקדמית האם אכן יש הצדקה לפגיעה בזכויות אדם.

הביקורתית על האקטיביזם השיפוטי של בית המשפט העליון, שהחלה לצוץ לאחר פרשת **בנק מזרחי** וההכרזה על המהפכה החוקתית הטמונה בחוקי היסוד החדשים, ראו רות גביון "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי" **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד**, 69, 159-152 (רות גביון, מרדכי קרמיניצר ויואב דותן עורכים, התש"ס).

168 ראו דיון בטענה זו אצל Kremnitzer, לעיל ה"ש 101, בעמ' 226-227.

169 Ariel L. Bendor, *The Israeli Judiciary-Centered Constitutionalism*, 18 *ICONS* 169 (forthcoming, 2019) בנדור מתייחס במאמרו למספרים גדולים של עתירות שבית המשפט מחק או דחה מהסיבה שהעתירה מיצתה את עצמה.

170 ראו דיון בפרק ב.1.

רשויות מינהליות תצטרכנה להציג טיעונים משכנעים וחזקים במיוחד על אודות האינטרסים הציבוריים שהן מבקשות לקדם כדי להצדיק בשמם פגיעה בזכויות אדם. כך חוקיותה של הפגיעה בזכות לא תהיה עניין של מידה, אלא תוענק עדיפות ברורה לזכויות חוקתיות על פני שיקולים אחרים, וידרשו הצדקות כבדות משקל כדי לאפשר פגיעה בזכויות. מבחני המידתיות, שהם בעלי אופי אוניברסלי, יוחלו בביקורת שיפוטית על חוקים, ומבחני האיזון יוחלו בביקורת שיפוטית על המינהל, כך שהביקורת על המינהל תהיה בעלת אופי יותר פרטיקולרי.¹⁷¹

ג. החלת מבחן האיזון האנכי לעומת מבחני המידתיות

ראינו כי מבחן האיזון האנכי קובע איזון עקרוני בין זכויות לבין אינטרסים ובין זכויות לזכויות. האיזון העקרוני נקבע מבעוד מועד ומוחל על מקרים בעלי מאפיינים דומים, כאשר בית המשפט מכיר בכך שיש זכויות בעלות ערך חברתי רב וזכויות בעלות ערך פחות.¹⁷² לפי המודל שאנו מציעות, השימוש במבחן האיזון האנכי בבחינת ההתנגשות בין זכות לאינטרס, יקבע מבחן הסתברות קטגורי המגן על זכויות בהתאם לרמת חשיבותן, ולא ישתנה ממקרה למקרה. כך, ככל שזכות חשובה ומשמעותית יותר (למשל הזכות לכבוד, המהווה תנאי מוקדם לזכות אחרת, ולכן עשויה להיתפס כחשובה יותר),¹⁷³ מבחן ההסתברות יהיה קשיח יותר, והרשות תידרש להציג צידוקים חזקים ומבוססים לצורך פגיעה בה. שיקול נוסף שראוי שיובא בחשבון הוא ההקשר שבו פועלת הרשות המינהלית בחלל שבו הופרו כבר זכויות רבות. כפי שמסביר איל פלג, ישנן שתי נקודות מוצא לפעילות הרשות המינהלית: מקום שבו הזכות מתקיימת וההנחה היא שיש להיזהר מפגיעה בה בשם האינטרס הציבורי, ומקום שבו המינהל מתקן הפרת זכויות, כמו בהקשר הרווחה של העוני.¹⁷⁴ במרחב שבו ההנחה היא שמתקיימת הפרה של זכויות – יוחל מבחן הסתברות קשיח יותר, שיקשה על הרשות המינהלית לפגוע בזכויות בשם האינטרס הציבורי.

בפרק זה נבקש להמחיש כיצד ניתן ליישם את החלת מבחן האיזון האנכי על מעשי המינהל. חשוב להבהיר כי ביקורת שיפוטית על המינהל מתמקדת בהחלפת ההכרעה המקצועית של הרשות המינהלית, להבדיל מביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקים שעיקרה נוגע להחלפת שיקול הדעת הנורמטיבי של המחוקק.¹⁷⁵ אולם, כפי שהוצג לעיל, אף שביקורת שיפוטית על המינהל אמורה להיות כרוכה בהתערבות בשיקול דעתה המקצועי של הרשות המינהלית, מבחני המידתיות, המופעלים בביקורת

171 שטופלר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 194.

172 ראו עניין קידום, לעיל ה"ש 50.

173 על מעמדה של הזכות לכבוד כמהווה תנאי מוקדם לזכויות אחרות ראו ברק מידתיות

במשפט לעיל ה"ש 2, בעמ' 444.

174 פלג, לעיל ה"ש 146, בעמ' 472.

175 ראו ברק-ארז משפט מנהלי, לעיל ה"ש 129, בעמ' 18-19.

שיפוטית על מעשי המינהל, אינם מתמקדים בבחינה עובדתית של טענות הרשות, אלא בשקילה ערכית של הערכים המתנגשים. כך מצמצמים מבחני המידתיות את גבולות ההתערבות של בית המשפט בהגנה על זכויות אדם. השימוש במבחן האיוון האנכי בבחינת ההתנגשות בין אינטרסים ציבוריים לבין זכויות לא יאפשר פגיעה בזכויות מתוך בחינה אד-הוקית וחד-פעמית של מקרים ספציפיים.¹⁷⁶ ניתן לראות את ההבדל בין קביעת סף עקרוני לפגיעה בזכות, לבין בחינה של פגיעה בזכויות ממקרה למקרה, תוך הסתמכות על התשתית העובדתית שהציגה הרשות המינהלית בפסקי הדין של בית המשפט העליון בעניין גדר ההפרדה.

הבסיס לשיטת הדין בעתירות בעניין הגדר הונח בפסק הדין בעניין בית סוריק,¹⁷⁷ שבו בית המשפט קיבל את טענת הרשות כי תוואי הגדר נועד למטרה ביטחונית ויביא למימוש תכלית זו. לאחר מכן, בחן בית המשפט כל קטע מתוואי הגדר בנפרד, ובכל פעם הכריע ברמה הערכית האם "נמצא בו איוון מידתי בין הצורך הביטחוני-צבאי לבין זכויות האוכלוסייה המקומית",¹⁷⁸ היינו האם הפגיעה מידתית בהתחשב בנתונים הספציפיים למקרה. בהקשר זה בית המשפט לא קבע מהו צורך צבאי-ביטחוני שמצדיק פגיעה באוכלוסייה האזרחית, ומהו הרף העובדתי שהרשות צריכה לעמוד בו על מנת להצדיק פגיעה בזכויות של האוכלוסייה הפלסטינית באזורים שבהם עוברת הגדר. לא ברור שבהקשר הביטחוני, שבו בתי המשפט בדרך כלל נותנים משקל רב לנימוקים ביטחוניים, הייתה מתקבלת תוצאה אחרת אם בית המשפט היה מיישם את מבחן האיוון האנכי במקום את מבחני המידתיות. כל שאנו מבקשות להצביע עליו הוא שהשימוש במבחני המידתיות אפשר לבית המשפט להימנע מלבחון את שיקול הדעת המקצועי של הרשות, והותיר לו רק את ההכרעה הערכית, שהתבססה על הנתונים העובדתיים שקבעה הרשות. ואכן, רוב העתירות בעניין זה נדחו. במקרה הספציפי של בחינת תוואי גדר ההפרדה בעניין בית סוריק, בית המשפט היה מחויב ליישם את עקרון המידתיות בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי ודיני התפיסה הלוחמתית.¹⁷⁹ אולם, בהקשרים אחרים, שבהם בית המשפט אינו מחויב לכללי המשפט הבינלאומי, אנו ממליצות לבחון את חוקיותן של פעולות רשויות המינהל בהתאם למבחן האיוון האנכי. זאת, לעומת המצב הקיים, שבמסגרתו נעשית בחינה משפטית במקרה למקרה על פי מבחני המידתיות, תוך קבלה כמעט מוחלטת של המתווה העובדתי שהמדינה מציגה, דבר שמחליש את ההגנה על זכויות אדם בהקשר המינהלי. כפי שמציין שגב, מבחן האיוון האנכי קובע סדר עדיפות גורף,¹⁸⁰ הנכון כביכול לכל המקרים שבהם יש מתקל בין אינטרסים ציבוריים לזכויות. בסדר עדיפות גורף זה לא משתכלל השוני הרלוונטי בין מקרים שונים של פגיעה בזכויות שונות. באופן זה יביא יישום מבחן האיוון האנכי

176 פלג, לעיל ה"ש 146, בעמ' 470; שטופלר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 190-191.

177 בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004) (להלן: עניין בית סוריק).

178 ראו, למשל, בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, 536 (2006).

179 עניין בית סוריק, לעיל ה"ש 177, בעמ' 836-837.

180 ראם שגב, לעיל ה"ש 36, בעמ' 149.

לבחינה עובדתית של טענות הרשות, ולהצבת רף מחמיר לפגיעה בזכויות חוקתיות בשם האינטרס הציבורי על ידי המינהל. כך תחזק יכולתו של בית המשפט להגן על זכויות בהקשר המינהלי.

לצורך חידוד טענתנו בשלב זה נציג שני מקרים שבהם החיל בית המשפט את מבחן האיזון האנכי לבחינת ההתנגשות שבין זכות לאינטרס ציבורי. הראשון, פסק הדין בעניין פריד¹⁸¹ שבו נידונה זכות העיון של העותר בתיק החקירה הפלילית שהתנהלה נגדו. תיק החקירה נסגר מחוסר ראיות והעותר ביקש לעיין בחומרי החקירה על מנת לדרוש מהפרקליטות את שינוי עילת הסגירה של התיק, ולהשתמש בחומרי החקירה בהליכים משפטיים אחרים. לטענת המשטרה, גילוי חומרי החקירה עלול להביא לפגיעה באינטרס הציבורי, שכן בעתיד עדים ירתעו משיתוף פעולה עם המשטרה אם יניחו כי חומרי החקירה עלולים להיחשף. בפסק הדין מחיל השופט עדיאל את מבחן האיזון האנכי וקובע כי נקודת המוצא היא זכותו של העותר לקבל את המידע שבידי הרשות.¹⁸² כנגד זכותו לקבלת המידע, עומד האינטרס בהבטחת המשך שיתוף הפעולה של הציבור עם המשטרה. השופט עדיאל קובע כי זכות העיון של העותר תיסוג רק אם תוכיח הרשות פגיעה ממשית וחמורה באינטרס הציבורי ברמת ודאות קרובה לוודאי,¹⁸³ ולבסוף נקבע כי ההסתברות להתרחשות הפגיעה לא הוכחה ברמה הנדרשת.¹⁸⁴

המקרה השני מדגים, לדעתנו, יישום ראוי של מבחן האיזון האנכי על פני מבחני המידתיות. כוונתנו לפסק הדין שעסק בדרישת הורים למימוש זכותם לחופש המידע על ידי פרסום תוצאות בחינות המיצ"ב בחתך בית ספרי, אל מול טענותיו של משרד החינוך כי פרסום תוצאות הבחינות יגרום לשיבושים לא רצויים בתפקוד התקין של הרשות המינהלית.¹⁸⁵ בית המשפט השתמש במבחן האיזון האנכי וקבע כי "רק אם ימצא כי קיימת ודאות קרובה לכך שתוצאות בחינות המיצ"ב הן בגדר מידע שגילוי עולל לגרום לשיבוש ממשי בתפקוד התקין של הרשות הציבורית, תקום עילה למנוע את מסירת המידע".¹⁸⁶ בפסק הדין עורך בית המשפט בחינה עובדתית של טענות הרשות המינהלית; משרד החינוך ביסס את טענותיו על מסקנות ועדה לגיבוש המלצות להעברת מידע לציבור בנושא בחינות המיצ"ב, וזו גרסה כי מסירת הציונים עלולה לגרום לכך שהצוות החינוכי של בית הספר ינקוט צעדים לא לגיטימיים על מנת להעלות את ציוני בחינות המיצ"ב. בית המשפט לא קיבל את התשתית העובדתית שהציעה הרשות המינהלית, והסביר כי "בהיעדר תשתית עובדתית ברורה לטענת המשיבים בדבר היקף התופעות השליליות הגלומות בפרסום תוצאות המבחנים, אין בשום פנים

181 בג"ץ 10271/02 אברהם פריד נ' משטרת ישראל מחוז י-ם, פ"ד סב(1) 106 (2006).

182 שם, בפס' 9-10 לפסק דינו של השופט עדיאל.

183 שם, בפס' 57-58 לפסק דינו של השופט עדיאל.

184 שם, בפס' 62 לפסק דינו של השופט עדיאל.

185 עע"מ 1245/12 התנועה לחופש המידע ואח' נ' משרד החינוך (פורסם בנבו, 23.08.2012).

186 שם, בפס' 7 לפסק דינו של השופט ריבלין.

להניח כי קיימת ודאות קרובה לשיבוש ממשי בתפקוד מערכת החינוך כתוצאה מפרסום תוצאות הבחינות.¹⁸⁷ אנו סבורות כי הדוגמאות של שני המקרים הללו מבססות את העדיפות הגלומה במבחן האיזון האנכי ביישומו על מעשי המינהל, בהתאם להצעתנו. בחלק הבא של המאמר נתייחס לביקורות אפשריות ביחס אליה.

ד. ביקורות אפשריות על המודל המוצע

1. שאלת מרחב התמרון בשני סוגי המבחנים

לפי ביקורת ראשונה שניתן למתוח על הצעתנו, גם אם יש שוני מסוים בין שני סוגי האיזונים – האיזון האנכי אל מול האיזון המובנה במבחני המידתיות – אין לשוני זה השלכה משמעותית על תוצאות הפסיקה. אחרי הכול, לשופטים יש מרחב תמרון גדול גם במסגרת מבחן האיזון האנכי וגם במסגרת מבחני המידתיות. מרחב תמרון זה יכול לאפשר לשופטים להעניק הגנה גדולה יותר על זכויות אדם במקרים שבהם הגנה כזו נראית להם הכרחית. לפני שנשיב על טענה זו, נבקש לבחון מקרוב את מרחב התמרון במסגרת שני סוגי המבחנים.

נתחיל במבחן האיזון האנכי. במסגרת מבחן זה כולל מרחב התמרון של השופטים בעיקר את היכולת לקבוע האם להמשיג ערך מסוים כאינטרס ציבורי או זכות. כך, למשל, ניתן להציג שביתה מחד גיסא, כאינטרס קולקטיבי של עובדים להטיב את תנאי עבודתם, ומאידך גיסא זכות הנגזרת מהזכויות להתאגדות ולחופש ביטוי של העובדים.¹⁸⁸ ברגע שערך מסוים מומשג כאינטרס ציבורי ולא זכות, סביר שידו תהיה על התחתונה כשהוא מאיים לפגוע בזכות.¹⁸⁹ דוגמה אחת לתמרון כזה בין המשגה של ערך זכות או כאינטרס ציבורי היא פרשת **סנש**, שם נדונה עתירה לאסור על רשות השידור לשדר סרט על חייה של חנה סנש ז"ל, מאחר שהסרט פגע בשמה הטוב.¹⁹⁰ בעוד עמדת הרוב הייתה שהעילה האפשרית להגבלת חופש הביטוי היא הגנה על האינטרס הציבורי, שמתבטא במניעת פגיעה ברגשות הציבור,¹⁹¹ עמדת המיעוט של השופט חשין קבעה שהאינטרס שעליו נועדה להגן הגבלת הביטוי הוא הזכות לשם טוב של סנש, ומכאן שיש להחיל איזון אופקי.¹⁹²

187 שם, בפס' 10 לפסק דינו של השופט ריבלין.

188 בירנהק, לעיל ה"ש 40, בעמ' 607-608.

189 שם, בעמ' 606-611.

190 עניין **סנש**, לעיל ה"ש 46.

191 ראו את פסק דינו של הנשיא ברק (שם, בפס' 23 ו-28).

192 שם, בפס' 17-24 לפסק דינו של השופט חשין. ראו גם מדינה ושגב, לעיל ה"ש 10, בעמ' 551.

הדעה המקובלת היא שהחלוקה הקיימת בין ערכים המסווגים כאינטרסים ציבוריים, לבין ערכים המסווגים כזכויות, אינה מקרית. כפי שמסבירים מדינה וסבן, ערכים מסוימים מסווגים כזכויות, להבדיל מאינטרסים ציבוריים, מפני שהם מקיימים שני יסודות מצטברים. ראשית, הם מבטאים אוטונומיה של אינדיבידואלים או תורמים לה. שנית, אם הם לא יסווגו כזכויות, יש סיכוי גדול שלא יזכו להגנה נאותה במערכת הפוליטית.¹⁹³ עם זאת, בפועל לא מעט פסקי דין מוכיחים כי הבחנה זו אינה פשוטה. כך למשל, בעניין גור אריה ביקשו בני זוג דתיים למנוע שידור סרט דוקומנטרי, שבו הופיעו ולקחו חלק מרכזי, בשבת. עמדת המיעוט של השופטת דורנר הייתה כי יש להמשיג את בקשת בני הזוג במונחים של זכותם החוקתית לחופש הדת.¹⁹⁴ הנשיא ברק לעומתה, קבע, בדעת רוב, כי יש להמשיג את בקשתם במונחים של האינטרס הציבורי במניעת פגיעה ברגשות.¹⁹⁵ בעניין ש.י.ן, שעסק בהגבלות שביקשו העותרות להטיל על ערוץ טלוויזיה המשדר סרטים ארוטיים,¹⁹⁶ קבעה השופטת דורנר כי ההגבלות שנקבעו בחוק באשר לשידור סרטים ארוטיים נועדו להגן לא רק על האינטרס הציבורי שבמניעת פגיעה ברגשות הציבור, אלא גם על הזכות לכבוד האדם של נשים. לכן, החילה השופטת דורנר הן את מבחן האיזון האנכי והן את מבחן האיזון אופקי לבירור תוקפו של ההסדר הנדון.¹⁹⁷ דוגמאות נוספות למורכבות הכרוכה בהמשגת ערכים כאינטרסים ציבוריים או כזכויות נמצאות בפרשת גנימאת,¹⁹⁸ שבה נחלקו השופטים בשאלה האם מעצר שמטרתו מניעת גניבות ראוי להמשגה כאינטרס ציבורי בצמצום עבריינות או כזכות הקניינית המוגנת של תושבי המדינה, ובפרשת עדאלה,¹⁹⁹ שבה נחלקו הדעות בשאלה האם החוק שמנע כניסת פלסטינים לישראל נדרש לצורך הגנה על האינטרס הציבורי של ביטחון המדינה, או לצורך הגנה על הזכות לחיים של תושבי המדינה.²⁰⁰ נמשיך ביכולת התמרון של שופטים במסגרת פסקת ההגבלה, הכוללת את מבחני המידתיות. כאן מרחב התמרון של השופטים גדול יותר מכיוון שהוא כולל גם את היכולת לקבוע האם זכויות מסוימות מעוגנות בחוקי היסוד או לא, בנוסף ליכולת באשר להמשגת הערך כזכות או כאינטרס.²⁰¹ לנוכח יכולת התמרון הקיימת בשתי השיטות – האיזון האנכי ומבחני המידתיות – נשאלת השאלה מדוע על בית המשפט להתחייב מראש לאחת משיטות האיזון? תשובתנו מורכבת משני אדנים הקשורים זה

193 מדינה וסבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים", לעיל ה"ש 108, בעמ' 83-84.

194 עניין גור אריה, לעיל ה"ש 35, בעמ' 281, 285.

195 שם, בעמ' 278.

196 עניין ש.י.ן, לעיל ה"ש 67.

197 שם, בפס' 20 לפסק דינה של השופטת דורנר.

198 דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (1995).

199 בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006).

200 לדיון מקיף בפרשת גנימאת ובפרשת עדאלה בהקשר של מורכבות המשגת ערכים כאינטרסים ציבוריים או כזכויות ראו גזל-אייל ורייכמן, לעיל ה"ש 35.

201 בירנהק, לעיל ה"ש 40, בעמ' 629-629; לדוגמאות נוספות למחלוקת בין השופטים בנוגע להגדרת ערך מסוים כזכות או כאינטרס ראו גזל-אייל ורייכמן, לעיל ה"ש 35.

לזה. האחד, פתירת הסוגיה הסבוכה בשאלה אילו אינטרסים ראויים להגנה של זכות ואילו אינטרסים ראויים להיות מומשגים כאינטרסים ציבוריים. השני, ודאות משפטית. כפי שצינינו לעיל, מרחב התמרון של בתי המשפט בשאלה האם מדובר באינטרס ציבורי או בזכות חוקתית הוא גדול. לטעמנו, גדול מדי. אולם, יותר מכול, מדובר בשאלת ביצה ותרגולת קלאסית. לדעתנו, השאלה הנכונה שראויה להישאל היא מדוע מלכתחילה הגענו למצב הכאוטי שבו משפטנים שואלים בכנות כיצד נדע להבחין מהו אינטרס ציבורי ומהי זכות חוקתית? ולא השאלה האם יש לנטוש את מבחן האיזון האנכי לטובת מבחני המידתיות מפני שממילא שניהם מקנים מרחב תמרון גדול לבתי המשפט, שאלה אשר נובעת בעיקר מהקושי להבחין בין אינטרסים ציבוריים לבין זכויות. מדובר בשתי שאלות שונות. גם אם הפסיקה תכריע, וראוי שתכריע, בשאלת הסיווג של אינטרסים ציבוריים וזכויות, עדיין יש להחליט כיצד לאזן בין השניים, האם לפי מבחני המידתיות או לפי מבחן האיזון האנכי. מלומדים שונים הציעו מגוון קריטריונים לשאלה כיצד ניתן לדעת האם מדובר באינטרס ציבורי או בזכות חוקתית.²⁰² עם זאת, נקיטת עמדה בשאלה אילו מהקריטריונים שהוצעו ראויים יותר מבחינה נורמטיבית חורגת מהיקפו של מאמר זה. אולם, מהמורכבות ומחוסר הוודאות המשפטית הכרוכה בסוגיית המשגת ערכים כאינטרסים ציבוריים או זכויות חוקתיות לא נובעת המסקנה כי ממילא אין טעם להכריע בשאלה האם יש ליישם את מבחני המידתיות או את מבחן האיזון האנכי. אי-הכרעה בשאלת סוג המבחנים שיש ליישם רק מוסיפה לבלבול ולחוסר הוודאות שקיים ממילא כתוצאה מהקושי בסיווג ערכים כאינטרסים ציבוריים או זכויות חוקתיות. יש לקוות, כי קבלת הטיעון המוצע במאמר זה, שלפיו יש לייחד את מבחן האיזון האנכי לביקורת שיפוטית על פעולות והחלטות

202 גול-אייל ורייכמן טוענים כי כדי שמעשה שלטוני ייחשב לפגיעה בזכות, להבדיל מפגיעה באינטרס ציבורי, יש להצביע על נשאי זכות ספציפיים שנפגעו כתוצאה מהמעשה, על קשר ישיר בין המעשה לבין הפגיעה בערך שהזכות מגינה עליו, ועל רמת ודאות גבוהה שהמעשה אכן יביא לפגיעה בערך המוגן (שם). אפי מיכאלי הציע להבחין בין זכויות חוקתיות לבין אינטרסים ציבוריים לפי סוג הערך המוגן. אם מדובר בערכים אוניברסליים ואל-זמניים, החלים על כל אדם ללא תלות במצבו הרגעי או בעיתוי הפגיעה באותם ערכים, הרי שמדובר בערך שראוי להיות מומשג במונחים של זכות חוקתית ולא במונחים של אינטרס ציבורי, ראו אפי מיכאלי "ההסתברות לפגיעה בזכות" (טיוטה שהוצגה ככנס "עשרים שנה למהפכת זכויות האדם" שהתקיים בחודש דצמבר 2011) bit.ly/2FivMnC. ברק מדינה והגר שגב טוענים כי השאלה איזה סוג של איזון צריך ליישם במקרה מסוים (אנכי או אופקי) לא צריכה להיות תלויה בשאלה האם אינטרס שלשם הגנה עליו פוגעים בזכות חוקתית ראוי שיהיה מסווג כאינטרס ציבורי או כזכות חוקתית. לדידם, ברוב המקרים שבהם נטען כי יש לפגוע בזכות חוקתית כדי להגן על אינטרס אחר, יש להחיל את מבחן האיזון האנכי. המקרים היחידים שבהם יש להחיל את מבחן האיזון האופקי הם כאשר הפגיעה בזכות החוקתית היא תוצאה של מימוש חובה המוטלת על השלטון מכוח דיני זכויות האדם לפעול להגנה לזכותו של אחד באמצעות פגיעה בזכותו של אחר. כך, למשל, יש להחיל איזון אופקי במקרה שבו החובה לפעול למען הזכות לחופש המידע כרוכה בפגיעה בזכות לפרטיות של אלה שהמידע לגביהם נחשף (מדינה ושגב, לעיל ה"ש 10, בעמ' 596).

מינהליות, ואת מבחני המידתיות לביקורת שיפוטית על חקיקה, תצמצם את הבלבול ואת חוסר הוודאות המשפטית לפחות בגזרה אחת.

2. שאלת השילוב בין שני סוגי המבחנים

לפני סיום נבקש להתייחס לביקורת שנייה, שלפיה אין טעם להבחנה דיכוטומית בין מבחני המידתיות למבחני האיזון. לפי גישה זו, עדיף לשלב בין שני סוגי המבחנים על מנת למתן את החסרונות הנובעים משניהם.²⁰³ כך למשל, בפרשת **מנהלי השקעות**²⁰⁴ שילבה השופטת דורנר את מבחן האיזון האנכי באחד ממבחני המידתיות על מנת להציב רף גבוה יותר של צידוקים הנדרשים "להכשיר" פגיעה בזכות "כבודת משקל". לדבריה של דורנר, כאשר נבדקת חוקתיותו של חוק הפוגע בזכות כבודת משקל, יש לדרוש במסגרת מבחן המשנה הראשון של המידתיות – מבחן התאמת האמצעים הקבועים בחוק לתכלית המונחת בבסיסו – ודאות קרובה, ואולי אף מוחלטת, לכך שהחוק אכן יגשים ביעילות את תכליתו.²⁰⁵

אהרן ברק נוטה לקבל את דעתה של השופטת דורנר.²⁰⁶ ברק מסכים כי "רמת ההסתברות צריכה לשקף את החשיבות היחסית של תוספת התועלת שבהגשמת המטרה [...] בהשוואה לחשיבות היחסית של מניעת תוספת הפגיעה בזכות החוקתית".²⁰⁷ אולם, ברק אינו מסכים עם דורנר בעניין רמת ההסתברות הספציפית. בעוד דורנר מבקשת ליישם רמת הסתברות של ודאות קרובה להתממשות המטרה, ברק סובר כי רמת ההסתברות של ודאות קרובה אינה תואמת "את החיים החברתיים במדינה דמוקרטית מודרנית".²⁰⁸ אם, למשל, המטרות הראויות הן ביטחון, סדר ציבורי, "ושאר המטרות של טובת הכלל", רמת הסתברות של ודאות קרובה אינה מעשית.²⁰⁹ לדברי ברק, כאשר מדובר בהגשמה של "מטרה חיונית" או "דחופה", יש להידרש לרמת "הסתברות ממשית". כאשר מדובר במטרה חשובה (שאינה חיונית או דחופה), יש להידרש לרמת "הסתברות סבירה".²¹⁰

ברק אינו מספק הסבר מניח את הדעת לקביעתו כי הדרישה לרמת הסתברות של ודאות קרובה אינה מעשית כשמדובר במטרות של טובת הכלל. לדעתנו, נראה כי הסיבה האמיתית שבגינה אין הוא סבור שיש להידרש לרמת הסתברות של ודאות קרובה, איננה קשורה בהכרח לאופי המעשי (או הלא מעשי) של רמת הסתברות זאת, אלא למיקום "הגיאומטרי" הראוי שבו יש להידרש לה. לדבריו של ברק, מבחן המשנה

203 לסקירה קצרה של התומכים בשילוב בין מבחני המידתיות למבחני ההסתברות ולהצעתה הספציפית של גילה שטופלר ראו שטופלר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 222-227.

204 בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367 (1997).

205 שם, בעמ' 422.

206 ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 628.

207 שם.

208 שם.

209 שם, בעמ' 388.

210 שם, בעמ' 628.

הראשון של המידתיות לא נועד לתת תשובה לשאלה מה מדד ההסתברות שבמסגרתו אם האמצעים לא יינקטו, תיפגע טובת הכלל. הוא נועד לתת תשובה רק על השאלה מהי ההסתברות שהאמצעים שנקטו מגשימים את טובת הכלל, כפי שזו מוגדרת על ידי המחוקק.²¹¹

ברק סבור כי עלינו לשלב את מבחן האיזון הנכני במבחן המשנה השלישי.²¹² אולם, לא ברור מספרו של ברק כיצד בדיוק יש לפרש את מבחן המשנה השלישי של המידתיות במובן הצר כדי שיכיל, במקרה של קונפליקט בין זכות לאינטרס, גם את מבחן האיזון הנכני. האם, כפי שהציעה השופטת דורנר בפרשת **מילר**,²¹³ על בית המשפט לקרוא את מבחן האיזון הנכני אל תוך מבחן המשנה השלישי של המידתיות רק כאשר מדובר בקונפליקט בין אינטרס ציבורי לבין זכות, המגינה על ערכים פרטיים וחברתיים חשובים במיוחד? ככל שאכן כך – כיצד נזוה מתי מדובר בזכות כזו? מעבר לכך, גם אם נניח שיש דרך להחיל את מבחן האיזון הנכני כחלק ממבחן המשנה השלישי של המידתיות, החשש המרכזי שלנו הוא שהתכונה המרכזית של מבחן האיזון הנכני, שהופכת אותו ליעיל יותר בהגנה על זכויות אדם – הערכת הסתברות הסיכון (probability) לפגיעה באינטרס ציבורי – תדהה עם הזמן. כפי שמציינים משה כהן-אליה וגילה שטופלר, הנטייה השיפוטית הדומיננטית, בעיקר כשמדובר בסוגיות ביטחוניות, היא לנטוש את אלמנט ההסתברות ולהעדיף על פניו את שיטת האיזון המשווה בין האמצעים הפוגעים בזכויות לבין המטרה שלשמה הן מוגבלות.²¹⁴ על כן, אנו סבורות כי גם אפשרות זו לא תסייע בחיזוק ההגנה על זכויות האדם.

דוגמה נוספת לגישה המבקשת לשלב בין המבחנים היא של כהן-אליה ושטופלר, המציעים מודל מתוחכם של שילוב מבחני המידתיות עם גרסה מסוימת של מבחן הוודאות הקרובה.²¹⁵ לדעתם, יש להוסיף גרסה של מבחן הוודאות הקרובה כהתניה הכרחית, המתווספת (במצטבר) ליישומם של מבחני המידתיות. אחרי שביט המשפט מגיע למסקנה כי חוק או מעשה מינהלי פוגע בזכות או בזכויות, עליו ליישם את שני מבחני המשנה הראשונים של המידתיות, ולברוק האם מתקיימים התנאים הקבועים בהם.²¹⁶ לפני יישומו של מבחן המשנה השלישי של המידתיות, על בית המשפט לשאול

211 שם, בעמ' 388.

212 ברק "איזון חוקתי עקרוני ומידתיות: ההיבט התורתי", לעיל ה"ש 26, בעמ' 94-95; ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 388, 631, 645-646. השופטת דורנר מבצעת בעצמה את אותו מהלך בעניין **מילר**, כשהיא קובעת כי מבחן המשנה השלישי של המידתיות, הדרוש כי מידת הפגיעה בזכות לא תעלה על הנדרש, הוא החשוב ביותר, וכי "מן הראציונאליים הפרטיים והחברתיים העומדים ביסוד האיסור על הפליית נשים מתחייב להחיל בעניין זה את המבחן המחמיר בדבר ודאות קרובה לסכנה חמורה" (עניין **מילר**, לעיל ה"ש 28, בעמ' 140-141).

213 שם.

214 Cohen-Eliya & Stopler, לעיל ה"ש 40, בעמ' 101-102.

215 לשם דיוק, נציין כי הצעתם של כהן-אליה ושטופלר כוללת גם את שילוב מבחן ההסתברות האמריקאי הדרוש ודאות כמעט מוחלטת שהגנה על זכות אדם (חופש הביטוי) תביא לפגיעה באינטרס ציבורי (the strict scrutiny test) (שם, בעמ' 105).

216 שם, בעמ' 108.

את עצמו מה ההסתברות שהאינטרס הציבורי ייפגע כתוצאה מאי-הגבלתה של הזכות או הזכויות.²¹⁷ בשלב הזה מציעים כהן-אליה ושטופלר לאמץ את הקטגוריה של הסתברות ודאית לפגיעה באינטרס, כאשר אי-הגבלה של הזכות מאיימת על ביטחון המדינה, ואת הקטגוריה של הסתברות סבירה, כאשר אי-הגבלה של הזכות מאיימת על עצם קיומה של המדינה.²¹⁸ רק לאחר שבית המשפט סבור כי מבחן ההסתברות (באחת הקטגוריות, תלוי במקרה) מתקיים, עליו להמשיך לשלב הבא של יישום מבחן המשנה השלישי של המידתיות.²¹⁹ אם מבחן ההסתברות אינו מתקיים, יורזו החוק או המדיניות הפוגעת בזכויות כלא חוקתיים, גם במקרים שבהם בית המשפט סבור שהם מקיימים את שלושת מבחני המשנה של המידתיות.²²⁰

אנו נוטות להסכים עם כהן-אליה ושטופלר. הוספת התניה של מבחן הסתברות אכן בעלת פוטנציאל לחיזוק ההגנה על זכויות האדם. אולם, גם כיום, אף שישנם שני מבחנים מקדימים למבחן המידתיות השלישי, המבחן השלישי הפך למרכז הכובד של הבחינה המשפטית.²²¹ בית המשפט פוסח לרוב על שני מבחני המידתיות הראשונים ומתמקד במבחן המידתיות השלישי.²²² בהתאם, החשש שלנו הוא שהטמעת מבחן ההסתברות בתוך מבחני המידתיות תהפוך אותו לעוד שלב שבית המשפט עובר בדרך למבחן המידתיות השלישי. לטעמנו, ראוי יותר שמבחן האיזון האנכי המחמיר יותר יהיה המרכז של הביקורת השיפוטית על המינהל. כך ייבחנו פעולותיהן של הרשויות באמצעות מבחן המעמיד רף גבוה לפגיעה בזכויות אדם. נוסף על כך, אם נאמץ את הצעתם של כהן-אליה ושטופלר במלואה, נקבל אמת מידה שיפוטית זהה בביקורת על חקיקה או על פעולות מינהליות. תוצאה זו בעייתית בעינינו. כפי שהבהרנו לעיל, אופיים של מעשי החקיקה ושל מעשי המינהל שונה, והביקורת השיפוטית עליהם צריכה להשתנות בהתאם.

סיכום

המידתיות הפכה לטרמינולוגיה חוקתית גלובלית²²³ ולקריטריון אוניברסלי לבחינת חוקתיות.²²⁴ אין להתפלא אפוא כי אחד ממבקריה החריפים של המידתיות כינה אותה

217 שם, בעמ' 109. ראו גם שטופלר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 225-227.

218 שם.

219 שם.

220 שם, בעמ' 105-107, 109.

221 ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 2, בעמ' 419.

222 Cohen-Eliya & Stopler, לעיל ה"ש 40, בעמ' 87-88.

223 שטופלר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 192.

224 DAVID M. BEATTY, THE ULTIMATE RULE OF LAW 162 (2004).

"כת חוקתית".²²⁵ המידתיות צברה כוח ודומיננטיות שבמידה רבה גרמו לנו לשכוח מתודולוגיות אלטרנטיביות לפתרון קונפליקטים הנגרמים כתוצאה מפגיעה בזכויות.²²⁶ כך גם בישראל. מאז שאומצו מבחני המידתיות בפסיקה הישראלית, מבחן האיזון האנכי נשכח כמעט לגמרי. אולם, אף שגם מבחני המידתיות וגם מבחן האיזון האנכי מובנים כסוגים של איזון אנכי, אין מדובר במבחנים בעלי תכונות זהות. מאמר זה עומד על השוני בין שני המבחנים, ומזכיר את היתרונות הטמונים בהחלת מבחן האיזון האנכי, המאפשר הגנה טובה יותר על זכויות חוקתיות. יתרונות אלה מטילים מגבלות משמעותיות על רשויות מינהליות בטרם יפגעו בזכויות חוקתיות. לאור היתרונות הללו, הצענו לשנות את המדיניות הנהוגה בפסיקה ולהחיל את מבחן האיזון האנכי כאשר מתבקש איזון בין אינטרס ציבורי לבין זכות חוקתית ברובד המינהלי. לעומת זאת, אנו סבורות כי יש להמשיך להחיל את מבחני המידתיות רק ברובד החוקתי, כאשר בית המשפט מתבקש לבחון את חוקתיותם של חוקים. אם הצעתנו תתקבל, האיזונים השונים בכל רובד יבטאו ריסון משמעותי יותר של בית המשפט כלפי המחוקק בבואו לבחון את חוקתיותם של חוקים, לעומת חשדנות כלפי רשויות מינהליות והחלת ביקורת שיפוטית משמעותית כלפיהן.

Grégoire C. N. Webber, *Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional* 225
Rights Scholarship, 23 CAN. J. L. & JURISPRUDENCE 179 (2010)

226 שם, בעמ' 191.