

שער ראשון: היקפן של זכויות האדם והפגיעה בהן

- פרק ראשון: היקפה של הזכות החוקתית ומידת ההגנה עליה 43
- א. מהות ההבחנה 43
 - ב. חשיבות ההבחנה 46
 - ג. מקומה של ההבחנה במשפט ההשוואתי ובמשפט הישראלי 48
 - ד. שלושת שלבי הבחינה החוקתית 51
 - ה. זכויות מוחלטות 53
 - ו. זכויות יחסיות 56
 - ז. הזכות החוקתית – לכאורית או החלטית 61
 - ח. האם יש לי זכות חוקתית לפעולה אסורה ומידתית? 66
- פרק שני: קביעת היקפה של הזכות החוקתית 69
- א. היקפה של הזכות נקבע על פי פרשנותה החוקתית 69
 - ב. היקף הזכות וטובת הכלל 102
 - ג. היקף הזכות החוקתית וזכותו של אחר 113
- פרק שלישי: התנגשות בין זכויות חוקתיות 115
- א. פתרון ההתנגשות: ברמה התת-חוקתית 115
 - ב. התנגשות בין זכויות המעוצבות ככללים 119
 - ג. התנגשות בין זכויות המעוצבות כעקרונות 120
 - ד. התנגשות בין זכות המעוצבת ככלל לבין זכות המעוצבת כעיקרון 131
- פרק רביעי: פגיעה או הגבלה בזכות חוקתית 133
- א. ההבחנה בין שינוי לבין הגבלה 133
 - ב. הגבלת הזכות או פגיעה בה 135
- פרק חמישי: פגיעה או הגבלה בחוק או על-פיו 143
- א. מרכיב החוקיות 143
 - ב. הגבלה בחוק (statute) 146
 - ג. יסוד החוקיות והמשפט המקובל 156

שער שני: מהותה, תפקידה ומקורותיה של המידתיות

- פרק שישי: מהותה ותפקידה של המידתיות 169
- א. מהותה של המידתיות 169
 - ב. התפקיד הפורמלי של המידתיות ופסקת ההגבלה 191

- ג. התפקיד המהותי של המידתיות ופסקת ההגבלה 208
 ד. פסקת ההגבלה, פסקת ההתגברות ופסקת שמירת הדינים 215
- פרק שביעי: המקורות ההיסטוריים של המידתיות 225
- א. מידתיות בחיים ובמשפט 225
 ב. התפתחותו של עיקרון המידתיות במשפט הציבורי הגרמני 228
 ג. נדידת המידתיות מהמשפט הגרמני למשפט האירופי 232
 ד. מהמשפט האירופי למשפט של מדינות מערב-אירופה 236
 ה. מהמשפט האירופי לקנדה, לאירלנד ולאנגליה 237
 ו. מקנדה לניו-זילנד ולאוסטרליה 243
 ז. מקנדה וגרמניה לדרום-אפריקה 246
 ח. המידתיות עוברת למרכז אירופה ומזרחה 247
 ט. המידתיות נודדת לאסיה ולדרום-אמריקה 248
 י. המידתיות במשפט הבינלאומי בדבר זכויות אדם 250
 יא. האם המידתיות הגיעה לאמריקה? 257
 יב. המידתיות בישראל 258
- פרק שמיני: המקורות המשפטיים של המידתיות 263
- א. המידתיות כאמת-מידה למימושן של זכויות אדם 263
 ב. מידתיות ודמוקרטיה 265
 ג. מידתיות ושלטון החוק 276
 ד. המידתיות כאינהרנטית להתנגשות בין עקרונות המשפט 284
 ה. מידתיות ופרשנות 288
 ו. המקורות המשפטיים – האם המידתיות היא הכרח גיוני? 290

שער שלישי: מרכיביה של המידתיות

- פרק תשיעי: מטרה ראויה 295
- א. מרכיב המטרה 295
 ב. יסודותיה של המטרה הראויה 300
 ג. תכנה של המטרה הראויה 302
 ד. נחיצותה של המטרה הראויה 344
 ה. זיהויה של המטרה הראויה 356
- פרק עשירי: קשר רציונלי 373
- א. מאפייניו של מבחן הקשר הרציונלי 373
 ב. מבחן הקשר הרציונלי וחוסר-ודאות עובדתית 380
 ג. מבחן הקשר הרציונלי – מבחן סף 387
 ד. נחיצותו של מבחן הקשר הרציונלי 388
- פרק אחד-עשר: צורך 391
- א. מאפייניו של מבחן הצורך 391

תוכן עניינים

- ב. אמצעי הגזור להגשמת המטרה 411
ג. הערכה של מבחן הצורך
- פרק שנים-עשר: מידתיות במובן הצר 419
א. מאפייניו של מבחן המידתיות במובן הצר 419
ב. תורת האיזון 426
ג. כלל האיזון הבסיסי 445
- פרק שלושה-עשר: מידתיות וסבירות 455
א. מסבירות למידתיות 455
ב. מרכיבי המידתיות והסבירות 458
ג. היחס בין מידתיות לסבירות 462
- פרק ארבעה-עשר: מתחם המידתיות: מחוקק ושופט 467
א. תחולת המידתיות על רשויות השלטון ובעיית הביקורת השיפוטית 467
ב. שיקול הדעת ומרכיבי המידתיות 491
ג. מתחם המידתיות 505
ד. מתחם ההתחשבות (Margin of Appreciation) 510
- פרק חמישה-עשר: מידתיות בזכויות חוקתיות חיוביות 513
א. הזכויות החוקתיות החיוביות 513
ב. הזכויות החוקתיות החיוביות ומרכיבי המידתיות 522
- פרק שישה-עשר: נטל ההוכחה 529
א. הצגת הבעיה 529
ב. נטל ההוכחה: דין ועובדה 530
ג. נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות 531
ד. השלב הראשון של הבחינה החוקתית: פגיעה בזכות חוקתית 531
ה. השלב השני של הבחינה החוקתית: הצדקה לפגיעה בזכות 531
ו. נטל השכנוע – על הטוען לקיום מרכיביה של פסקת ההגבלה 540
ז. נטל הבאת הראיות בשלב השני – על הטוען שהפגיעה מוצדקת 545
ח. השלב השלישי: הסעד 551

שער רביעי: הערכת המידתיות

- פרק שבעה-עשר: חשיבותה של המידתיות 555
א. המידתיות במבחן הביקורת 555
ב. הדגשת הצורך בצידוק (Justification) 555
ג. הבניה של שיקול הדעת 558
ד. מידתיות ותיאוריות בעניין זכויות האדם 563
ה. מידתיות, דמוקרטיה וביקורת שיפוטית 567

פרק שמונה-עשר : ביקורת המידתיות והתשובות לה 577

א. היקף הביקורת על המידתיות 577

ב. הביקורת הפנימית 578

ג. הביקורת החיצונית 583

ד. שלילת הלגיטימיות השיפוטית 586

פרק תשעה-עשר : החלופות למידתיות 589

א. חלופות שאינן מבוססות על קטגוריזציה 589

ב. החלופה של קטגוריזציה 595

פרק עשרים : פיתוח עתידי של המידתיות 619

א. על הצורך בהתחדשות 619

ב. פיתוח מרכיב המטרה הראויה 620

ג. פיתוח מרכיב הקשר הרציונלי 627

ד. פיתוח מרכיב הצורך 629

ה. פיתוח מרכיב המידתיות במובן הצר 630

ו. שמירה על מרכיבי המידתיות 649

תוכן עניינים מפורט

מבוא

שער ראשון: היקפן של זכויות האדם והפגיעה בהן

- פרק ראשון: היקפה של הזכות החוקתית ומידת ההגנה עליה 43
- א. מהות ההבחנה 43
1. היקף והגנה 43
2. הדגמת ההבחנה: היקפו של חופש הביטוי וההגנה עליו 45
- ב. חשיבות ההבחנה 46
- ג. מקומה של ההבחנה במשפט ההשוואתי ובמשפט הישראלי 48
1. משפט השוואתי 48
2. המשפט הישראלי 49
- (א) הגישה לפי המשפט המקובל הישראלי 49
- (ב) הגישה לאחר חוקי היסוד בדבר זכויות האדם 50
- ד. שלושת שלבי הבחינה החוקתית 51
- ה. זכויות מוחלטות 53
1. המוכרות זכויות חוקתיות מוחלטות? 53
2. זכויות מוחלטות בתורת המשפט 54
3. הפיכת זכות מוחלטת ליחסית 54
- ו. זכויות יחסיות 56
1. מהותה של הזכות החוקתית היחסית 56
2. גבולות והגבלות 57
- (א) סוגים של הוראות 57
- (ב) הוראות הקובעות את גבולות הזכות 58
- (ג) הוראות הקובעות הגבלות על המימוש 59
- (ד) חשיבות ההבחנה בין סוגי ההוראות 60
- ז. הזכות החוקתית – לכאורית או ודאית 61
1. הצגת הבעיה 61
2. עמדתו של אלכסי: זכות חוקתית לכאורה 62
3. זכות חוקתית ודאית שאינה ניתנת למימוש 63
- ח. האם יש לי זכות חוקתית לפעולה אסורה ומידתית? 66
1. היש לי זכות חוקתית לגנוב? 66
2. ביקורת גישתי והתשובות לה 67
- פרק שני: קביעת היקפה של הזכות החוקתית 69
- א. היקפה של הזכות נקבע על פי פרשנותה החוקתית 69
1. פרשנות חוקתית 69
- (א) פרשנות תכליתית 69
- (ב) ייחודה של החוקה ופרשנותה התכליתית 71
- (ג) לשון החוקה 72
- (1) לשון החוקה אינה מטאפורה 72

- (2) לשון מפורשת ולשון משתמעת 73
- (3) לשון חוקתית מפורשת המעוצבת ככלל וכעיקרון 75
- (4) לשון חוקתית מפורשת וההבחנה בין זכויות-אם לזכויות-בת 76
- (5) לשון חוקתית מפורשת וזכויות "ללא שם מיוחד" 78
- (6) לשון חוקתית משתמעת 80
- (ד) תכלית החוקה 85
- (1) מהותה של התכלית 85
- (2) התכלית של החוקה וההגנה על הפרט 90
- (ה) "חוקה חיה" ו"עץ חי" 91
- (ו) פרשנות מתוך הסתייעות במשפט השוואתי 91
2. פרשנות מתוך מבט רחב 94
- (א) פרשנות נדיבה אך לא מרחיבה 94
- (ב) פרשנות מתוך מבט רחב ופרשנות המקדמת אחדות והרמוניה חוקתית 95
- (ג) פרשנות מתוך מבט רחב של הזכות החוקתית 96
- (ד) קשר בין פרשנות הזכות לפרשנות ההגבלה 97
- (ה) איזון פרשני 98
- (1) מהותו של האיזון הפרשני 98
- (2) איזון לצורכי פרשנות ואיזון לצורכי חוקתיות 101
- (3) היקף פרשני: מאיזון לצורכי חוקתיות לאיזון לצורכי פרשנות 101
- ב. היקף הזכות וטובת הכלל 102
1. מיקומה של טובת הכלל 102
2. טובת הכלל כחלק מהמידתיות 103
3. פרשת עדאלה 106
4. הטעמים שביסוד עמדתו של בית המשפט העליון 111
- (א) מהותה של המחלוקת 111
- (ב) טעמים התומכים בשלילת ההתחשבות בטובת הכלל בקביעת היקף הזכות החוקתית 112
- ג. היקף הזכות החוקתית וזכותו של אחר 113
1. מקומה של זכותו של אחר 113
2. זכותו של אחר והתנגשות בין זכויות חוקתיות 114
- פרק שלישי: התנגשות בין זכויות חוקתיות 115
- א. פתרון ההתנגשות: ברמה התת-חוקתית 115
- (1) מודל ההתנגשות 115
- (2) מודל ההתנגשות ושלטון החוק 118
- ב. התנגשות בין זכויות המעוצבות ככללים 119
- ג. התנגשות בין זכויות המעוצבות כעקרונות 120
1. תוקפן והיקפן של הזכויות המתנגשות אינו משתנה 120
2. השפעת ההתנגשות בין הזכויות על מימושן 122
3. איזון פרשני בין שתי זכויות חוקתיות מתנגשות המעוצבות כעקרונות 124
4. איזון בין זכויות חוקתיות מתנגשות המעוצבות כעקרונות לצורכי קביעת החוקתיות של חוק הפוגע באחת מהן 125
5. איזון בין זכויות חוקתיות מתנגשות בהיעדר חקיקה המגשימה אותן 125
6. איזון בין זכויות חוקתיות מתנגשות הגורר התנגשות בין החוקים המגדירים את

7. איזון ברמה החוקתית ואיזון ברמה התת-חוקתית 128
- ד. התנגשות בין זכות המעוצבת ככלל לבין זכות המעוצבת כעיקרון 131
- פרק רביעי: פגיעה או הגבלה בזכות חוקתית 133
- א. ההבחנה בין שינוי לבין הגבלה 133
- ב. הגבלת הזכות או פגיעה בה 135
1. פגיעה בזכות היא הגבלתה 135
2. היקף ההגבלה: פגיעה של "מה בכך" 137
3. הגבלה נלווית (incidental) 139
4. ויתור 140
- פרק חמישי: פגיעה או הגבלה בחוק או על פיו 143
- א. מרכיב החוקיות 143
1. הסמכה כדין 143
2. שרשרת של הסמכות 144
- (א) תוקף נורמטיבי היונק מהחוקה במפורש או במשתמע 144
- (ב) פגיעה והפרה 145
- ב. הגבלה בחוק (statute) 146
1. הגבלה בחוק 146
2. פגיעה או הגבלה "לפי חוק" 147
- (א) אינטנסיביות ההאצלה מהחוק 147
- (ב) הגבלה על אינטנסיביות ההאצלה 147
- (ג) "לפי חוק... מכוח הסמכה מפורשת בו" 149
- (ד) הסמכה כללית 152
- (ה) הסמכה נגישה 154
- (ו) הסמכה בהירה דיה 155
- ג. יסוד החוקיות והמשפט המקובל 156
1. החוקה והמשפט המקובל 156
2. המשפט המקובל ופסקת ההגבלה 159
- (א) מניעת פגיעה במעמד המשפט המקובל 159
- (ב) הקושי בהחלה של פסקת ההגבלה על משפט מקובל 161
- (ג) הדרישה "בחוק" בפסקת ההגבלה הישראלית 163
- (ד) הגבלה במשפט המקובל כהגבלה משתמעת 165

שער שני: מהותה, תפקידה ומקורותיה של המידתיות

- פרק שישי: מהותה ותפקידה של המידתיות 169
- א. מהותה של המידתיות 169
1. המרכיבים של המידתיות 169
2. שיטות שונות להגבלת זכויות חוקתיות 172
3. שתיקת החוקה בעניין הגבלתה של זכות חוקתית ("חוקה שותקת") 173
- (א) הגישה העקרונית: פסקת הגבלה משתמעת (או שיפוטית) 173
- (ב) פסקת הגבלה משתמעת במשפט האמריקני 176

- (ג) הבעיה המיוחדת בישראל: חוק יסוד הדין בזכויות אדם ללא כל פסקת הגבלה מפורשת 177
- (ד) חוקה הדנה בזכויות אדם וקובעת כי ניתן להגביל זכות בחוק 179
- (1) הגישה העקרונית 179
- (2) הבעיה המיוחדת של ישראל 180
- (3) הבעיה שמעורר סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת 182
- (אא) הבעיה 182
- (בב) עמדת הפסיקה 183
- (גג) סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת דן בשינוי ולא בהגבלה 184
- (דד) דין הגבלה או פגיעה בזכות הבחירה 185
- (הה) נדרש צורך בשינוי גישתה של הפסיקה 185
4. פסקאות הגבלה מיוחדות 186
5. פסקת הגבלה כללית 187
6. הסדרים היברידיים 189
7. ההסדר הראוי: פסקת הגבלה כללית, מיוחדת או היברידיית? 190
- ב. התפקיד הפורמלי של המידתיות ופסקת ההגבלה 191
1. מידתיות לעניין התוקף ומידתיות לעניין המובן 191
2. חוקתיות הפגיעה בזכות חוקתית על ידי נורמה תת-חוקתית 192
- (א) פגיעה בזכות חוקתית 192
- (ב) הנורמה הפוגעת היא תת-חוקתית 192
3. הטעם המונח ביסוד היחס ההיררכי 193
- (א) חוקתיות הפגיעה בזכות חוקתית 193
- (ב) פגיעה על ידי נורמה תת-חוקתית 194
4. זכות חוקתית נפגעת על ידי נורמה חוקתית 196
- (א) הפה שאסר הוא הפה שהתיר 196
- (ב) פסקת ההגבלה והוראות בחוקה הקובעות את גבולות הזכות 197
- (ג) פסקת ההגבלה והתנגשות בין זכויות חוקתיות 198
- (ד) פגיעה בזכות חוקתית או שינויה על ידי נורמה חוקתית אחרת 199
5. זכות תת-חוקתית נפגעת על ידי נורמה תת-חוקתית נמוכה ממנה 200
6. זכות ברמה תת-חוקתית נפגעת על ידי נורמה תת-חוקתית שוות מעמד 201
7. זכות תת-חוקתית נפגעת על ידי נורמה ברמה גבוהה ממנה 204
- (א) היררכיה הפוכה 204
- (ב) זכות בהלכה הפסוקה הנפגעת על ידי הוראה בחקיקה 204
- (ג) זכות בהלכה הפסוקה הנפגעת על ידי הוראה בחוקה (אצלנו – בחוק יסוד) 207
- ג. התפקיד המהותי של המידתיות ופסקת ההגבלה 208
1. זכויות האדם וההגבלות עליהן 208
- (א) דמוקרטיה של זכויות וחובות 208
- (ב) היחס בין זכות האדם למטרות הכלל 210
- (ג) פסקת ההגבלה כמכשיר לעיצוב היחס הראוי בזכות הפרט להגבלות עליה 210
- (ד) מרכזיותה של המידתיות ופסקת ההגבלה 211
2. הגנה על הזכות החוקתית והכרה בחוקתיות הפגיעה בה 212

3. הזכות והפגיעה בה נובעות ממקור משותף 213
4. גבולות ההגבלות (ה-*limits on the limitations*) 214
- ד. פסקת ההגבלה, פסקת ההתגברות ופסקת שמירת הדינים 215
1. פסקת ההגבלה ופסקת ההתגברות 215
- (א) מהותה של פסקת ההתגברות 215
- (ב) היחס בין פסקת ההגבלה לפסקת ההתגברות 217
- (1) הגבלה משפטית והגבלה פוליטית 217
- (2) הקשר בין פסקת ההגבלה לפסקת ההתגברות 219
- (ג) מגבלותיה של פסקת ההתגברות 220
2. פסקת ההגבלה ופסקת שמירת הדינים 221
- (א) אקטיביות ההסדר החוקתי החדש ויחסו לדין הישן 221
- (ב) שמירת דינים 222
- (1) שמירת תוקף בלא הענקת מעמד חוקתי 222
- (2) חוק חדש המתקן דין ישן 223
- (3) חקיקת משנה חדשה מכוח חוק ישן 224
- פרק שביעי: המקורות ההיסטוריים של המידתיות 225
- א. מידתיות בחיים ובמשפט 225
1. מידתיות בחשיבה האנושית 225
2. מידתיות ונאורות 226
3. המידתיות והמאבק בפורמליזם 227
4. תרומתו של קרל גוטליב סוארוז (Carl Gottlieb Svarez) 227
- ב. התפתחותו של עיקרון המידתיות במשפט הציבורי הגרמני 228
1. התפתחות המידתיות במשפט המנהלי במאה התשע-עשרה ובתחילת המאה העשרים 228
2. התפתחותה של המידתיות במשפט החוקתי הגרמני לאחר מלחמת העולם השנייה 229
- ג. נדידת המידתיות מהמשפט הגרמני למשפט האירופי 232
1. נדידת הדינים האירופיים 232
2. המידתיות באמנה האירופית להגנה על זכויות האדם וחירויות היסוד 233
3. מידתיות במשפטה של הקהילייה האירופית 234
- ד. מהמשפט האירופי למשפט של מדינות מערב-אירופה 236
- ה. מהמשפט האירופי לקנדה, לאירלנד ולאנגליה 237
1. קנדה 237
2. אירלנד 240
3. אנגליה 241
- ו. מקנדה לניו-זילנד ולאוסטרליה 243
1. ניו-זילנד 243
2. אוסטרליה 244
- ז. מקנדה וגרמניה לדרום-אפריקה 246
- ח. המידתיות עוברת למרכז אירופה ומזרחה 247
- ט. המידתיות נודדת לאסיה ולדרום-אמריקה 248
1. אסיה 248
2. דרום-אמריקה 250

- י. המידתיות במשפט הבינלאומי בדבר זכויות אדם 250
1. משפט בינלאומי ומשפט לאומי בדבר זכויות האדם 250
 2. ההכרזה האוניברסלית על זכויות האדם 252
 3. זכויות האדם במשפט בינלאומי הומניטרי 253
 - (א) דין מיוחד 253
 - (ב) תפיסה לוחמתית 254
 - (ג) הגנה על אזרחים בסכסוך מזוין 256
- יא. האם המידתיות הגיעה לאמריקה? 257
- יב. המידתיות בישראל 258
- פרק שמיני: המקורות המשפטיים של המידתיות 263
- א. המידתיות כאמת-מידה למימושן של זכויות אדם 263
1. הצורך בעיגון חוקתי 263
 2. מהות העיגון החוקתי 265
- ב. מידתיות ודמוקרטיה 265
1. הנחות באשר לקשר בין מידתיות לדמוקרטיה 265
 2. ההנחה הראשונה: לדמוקרטיה יש מעמד חוקתי 266
 3. ההנחה השנייה: הדמוקרטיה כוללת זכויות אדם 269
 4. ההנחה השלישית: הדמוקרטיה מבוססת על איזון בין זכויות אדם ועקרונות חברתיים נוגדים 271
 5. ההנחה הרביעית: איזון באמצעות פסקאות הגבלה 271
 6. ההנחה החמישית: פסקאות ההגבלה מבוססות על מידתיות 273
 7. הערכת הדמוקרטיה כמקור למידתיות 276
- ג. מידתיות ושלטון החוק 276
1. הגישה המקובלת בגרמניה 276
 2. ההנחה הראשונה: לשלטון החוק יש מעמד חוקתי 278
 3. ההנחה השנייה: שלטון החוק כולל זכויות אדם 280
 4. ההנחה השלישית: שלטון החוק מבוסס על איזון בין זכויות האדם לבין אינטרסים ועקרונות נוגדים 282
 5. ההנחה הרביעית: האיזון נעשה באמצעות פסקאות ההגבלה 282
 6. ההנחה החמישית: פסקאות ההגבלה מבוססות על המידתיות 283
 7. הערכה של שלטון החוק (המהותי) כמקור למידתיות 284
- ד. המידתיות כאינהרנטית להתנגשות בין עקרונות המשפט 284
- ה. מידתיות ופרשנות 288
- ו. המקורות המשפטיים – האם המידתיות היא הכרח גיוני? 290

שער שלישי: מרכיביה של המידתיות

- פרק תשיעי: מטרה ראויה 295
- א. מרכיב המטרה 295
1. מהותה של המטרה הראויה ומקורותיה 295
 - (א) מהותה של המטרה הראויה 295
 - (ב) מקורותיה של המטרה הראויה 296
 2. מטרה ראויה כדרישת סף 297

תוכן עניינים

- (א) הטעם לדרישת הסף 297
(ב) עמדה נוגדת של פרופ' הוג 297
(ג) ביקורת עמדתו של הוג 298
- ב. יסודותיה של המטרה הראויה 300
(1) היקפה של המטרה הראויה 300
(2) מרכיבי המטרה הראויה 301
- ג. תכנה של המטרה הראויה 302
1. ערכיה של מדינה דמוקרטית 302
(א) המינימום של הקיום הדמוקרטי 302
(ב) הערכים הדמוקרטיים הרלוונטיים ביותר 304
(1) הגנה על זכות חוקתית והגשמת טובת הכלל 304
(2) הגנה על זכויות האדם 306
(3) טובת הכלל 307
2. ערכיה של מדינה יהודית 308
(א) ערכים ציוניים ומורשתיים 308
(ב) ערכים ציוניים 309
(ג) ערכים מורשתיים 310
3. היחס בין ערכי המדינה היהודית לערכי המדינה הדמוקרטית 310
(א) השלמה והרמוניה 310
(ב) בחירת המשותף והמאחד 312
(ג) מדינה יהודית ומדינת כל אזרחיה 313
(ד) דת ומדינה 315
(ה) רמת הפשטה גבוהה 316
(ו) כישלון ההשלמה וההרמוניה 317
4. אמת-המידה הכללית לקביעת תוכנה של המטרה הראויה 317
(א) משפט השוואתי 317
(ב) אמת-המידה הכללית במשפט הישראלי 319
5. קטגוריות של מטרות ראויות 321
(א) מטרות מפורשות בפסקאות הגבלה כלליות ומיוחדות 321
(1) מטרות מפורשות בפסקאות הגבלה כלליות 321
(2) מטרות מפורשות בפסקאות הגבלה מיוחדות 322
(ב) מטרות משתמעות 323
(ג) הגנה על זכויותיהם של אחרים 323
(1) הוראות מפורשות 323
(2) הוראות משתמעות 324
(3) היקפה של הקטגוריה 325
(ד) טובת הכלל 326
(1) מהותה של טובת הכלל 326
(2) קיום המדינה 328
(3) קיום המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית 329
(4) ביטחון המדינה 330
(5) סדר ציבורי 331
(6) צדק 337

- (7) סובלנות 338
- (8) פגיעה ברגשות אדם 340
- (9) ערכים חוקתיים 342
- ד. נחיצותה של המטרה הראויה 344
1. בעיותיה של הנחיצות 344
2. האם ה"נחיצות וחיוניות" נחוצים? 344
3. אמות-מידה לקביעת הנחיצות והחיוניות 345
- (א) משפט משווה 345
- (1) היעדר גישה אחידה 345
- (2) המודל הראשון: קנדה ודרום-אפריקה 346
- (אא) פרשת אוקס 346
- (בב) אמת-מידה אחידה לפגיעה בכל הזכויות 347
- (גג) אמת-מידה קפדנית המציבה רף גבוה 348
- (דד) דוגמאות למטרות ראויות על פי אמת-המידה האחידה 349
- (הה) דרום-אפריקה 350
- (3) המודל השני: ארצות-הברית 351
- (ב) המשפט הישראלי 352
- (1) פרשת בנק המזרחי המאוחד 352
- (2) ההתפתחות לאחר פרשת בנק המזרחי המאוחד 353
- ה. זיהויה של המטרה הראויה 356
1. מטרותיה של הנורמה הפוגעת 356
2. מבחן סובייקטיבי או מבחן אובייקטיבי? 356
- (א) הגדרת הבעיה 356
- (ב) ההיבט הפרשני 357
- (ג) ההיבט החוקתי 358
- (ד) משפט השוואתי 359
- (1) קנדה 359
- (2) דרום-אפריקה 360
- (3) ארצות-הברית 361
- (אא) היעדר פתרון אחיד 361
- (בב) רמת הבדיקה המינימלית (Minimal scrutiny) 361
- (גג) רמות הבדיקה האחרות 362
- (דד) רלוונטיות הכוונה בפגיעה בשוויון 363
- (הה) רלוונטיות הכוונה בפגיעה בחופש הביטוי 365
- (ה) ישראל 366
3. הפתרון הראוי 368
- (א) זיהוי המטרה הראויה: מבחן סובייקטיבי ואובייקטיבי? 368
- (ב) הטעמים המונחים ביסוד הגישה הסובייקטיבית-אובייקטיבית 369
- (ג) טיעונים נגדיים 369

פרק עשירי: קשר רציונלי 373

א. מאפייניו של מבחן הקשר הרציונלי 373

(1) תוכנו של מבחן הקשר הרציונלי 373

(2) מהותו של הקשר הרציונלי 376

- (3) קשר רציונלי ואמצעי הגזור להשגת המטרה 378
 (4) קשר רציונלי ואמצעים שרירותיים 378
 ב. מבחן הקשר הרציונלי וחוסר-ודאות עובדתית 380
 (1) הבעיה של חוסר-ודאות עובדתית 380
 (2) ודאות הקשר הרציונלי: דחייתן של גישות קיצוניות 381
 (3) קביעת הבסיס העובדתי לקיומו של קשר רציונלי 382
 (4) הקשר הרציונלי במבחן הזמן 384
 ג. מבחן הקשר הרציונלי – מבחן סף 387
 ד. נחיצותו של מבחן הקשר הרציונלי 388

פרק אחד-עשר: צורך 391

- א. מאפייניו של מבחן הצורך 391
 1. תוכנו של מבחן הצורך 391
 2. מהותו של מבחן הצורך 394
 3. יסודותיו של מבחן הצורך 399
 (א) שני היסודות של מבחן הצורך 399
 (ב) היסוד הראשון: קיומה של חלופה היפותטית המגשימה את מטרת החוק הפוגע כמו החוק הפוגע 399
 (1) מהותו של היסוד הראשון 399
 (2) מבחן הצורך ושיקולים שמחוץ לזכות הנפגעת 400
 (אא) הפרדיגמה של מבחן הצורך 400
 (בב) השפעה על גורמים החיצוניים לזכות הנפגעת 400
 (גג) מבחן הצורך והוצאה כספית נוספת 403
 (ג) היסוד השני: החלופה ההיפותטית פוגעת בזכות החוקתית במידה פחותה מפגיעתו של החוק הפוגע 405
 (1) מהותו של היסוד השני 405
 (2) פגיעה פחותה – מבחן אובייקטיבי 405
 (3) איסור גורף או בדיקה אינדיבידואלית 407
 (4) מבחן הצורך במבחן הזמן 409
 4. מבחן הצורך ורמת ההפשטה של המטרה 409
 ב. אמצעי הגזור להגשמת המטרה 411
 1. המטאפורות של התותח והפטיש 411
 2. כיסוי יתר 412
 ג. הערכה של מבחן הצורך 415
 1. "לבו של מבחן המידה שאינה עולה על הנדרש" 415
 2. מבחן הצורך – מבחן חשוב 415
- פרק שנים-עשר: מידתיות במובן הצר 419
 א. מאפייניו של מבחן המידתיות במובן הצר 419
 1. תוכנו של המבחן 419
 2. מהותו הערכית של המבחן 422
 3. "יחס ראוי": מבחן של איוון 423
 4. ייחודו של המבחן 425
 ב. תורת האיוון 426

1. מרכזיותו של האיזון 426
2. איזון ותוקף 428
3. מהותו של האיזון 429
4. איזון על בסיס חשיבות התועלת וחשיבות מניעת הנזק 430
 - (א) החשיבות החברתית היחסית 430
 - (ב) הערכת החשיבות החברתית היחסית 431
 - (ג) היקפו של האיזון 432
 - (1) כללי 432
 - (2) הבהרה ראשונה: השוואה בין תוספת היתרון לתוספת הנזק 432
 - (3) הבהרה שנייה: התחשבות בחלופה מידתית 434
 - (4) חשיבותה של ההבהרה 438
 - (ד) חשיבותה של כף הגשמת המטרה 438
 - (1) המטרה הראויה 438
 - (2) ההסתברות להגשמה 439
 - (ה) חשיבותה של כף הפגיעה בזכות 440
 - (1) מכלול השיקולים 440
 - (2) חשיבותה של הזכות 441
 - (3) עצמתה של הפגיעה בזכות 444
 - (4) ההסתברות לפגיעה בזכות 445
- ג. כלל האיזון הבסיסי 445
 1. השוואה בין כפות המאזניים 445
 2. מרכיבי האיזון הבסיסי וצידוקו 446
 - (א) יסודותיו של הכלל הבסיסי 446
 - (ב) תוכנו של כלל האיזון הבסיסי 446
 3. כפות המאזניים מעוינות 449
 4. כלל האיזון הבסיסי ואיזון קונקרטי (אד-הוק) 451
 - (א) איזון "גס" ואיזון "דקיק" 451
 - (ב) מעמדו המשפטי של כלל האיזון הקונקרטי 451
 - (ג) כלל האיזון הקונקרטי והדוקטרינה של "השלמה קונקרטית" 453
 5. איזון עקרוני 451
- פרק שלושה-עשר: מידתיות וסבירות 455
 - א. מסבירות למידתיות 455
 1. ההתפתחות ההיסטורית 455
 2. ההתפתחות במשפט הישראלי 456
 - ב. מרכיבי המידתיות והסבירות 458
 1. מרכיבי המידתיות 458
 2. מרכיב הסבירות 458
 - (א) מתי פעולה היא סבירה 458
 - (ב) סבירות כאיזון בין עקרונות מתנגשים 460
 - ג. היחס בין מידתיות לסבירות 462
 1. רמת הפירוט 462
 2. איזון 464

- פרק ארבעה-עשר: מתחם המידתיות: מחוקק ושופט 467
- א. תחולת המידתיות על רשויות השלטון ובעיית הביקורת השיפוטית 467
1. מידתיות ורשויות השלטון 467
 2. מידתיות, ביקורת שיפוטית ודמוקרטיה 469
 3. מידתיות והפרדת רשויות 472
 - (א) מידתיות ושיקול דעת 472
 - (ב) הפרדת רשויות: איזון ובקרה 473
 - (ג) שיקול הדעת של הרשות השופטת 476
 - (1) שיקול דעת 476
 - (2) העובדות 477
 - (אא) עובדות "היסטוריות" ועובדות "חברתיות" 477
 - (בב) עובדות פוליצינטריות 478
 - (גג) מגבלות היכולת המוסדית 479
 - (3) הדין 480
 - (אא) שיקול הדעת השיפוטי בקביעת הדין 480
 - (בב) פרשנות המחוקק ושיקול דעת השופט 482
 - (4) הפעלת הדין על העובדות 484
 - (אא) ביקורת שיפוטית 484
 - (בב) זהירות בביקורת השיפוטית 486
 - (גג) ביקורת שיפוטית ו"התערבות" שיפוטית 487
 - (דד) ביקורת שיפוטית והנסגת דעת (Deference) 488
- ב. שיקול הדעת ומרכיבי המידתיות 491
1. ההחלטה לחוקק 491
 - (א) שיקול הדעת של המחוקק 491
 - (ב) שיקול הדעת של השופט 492
 2. קביעת המטרות 492
 - (א) שיקול הדעת של המחוקק 492
 - (ב) שיקול הדעת של השופט 494
 3. קביעת האמצעים 497
 4. מבחן הקשר הרציונלי 497
 - (א) שיקול הדעת של המחוקק 497
 - (ב) שיקול הדעת של השופט 497
 5. מבחן הצורך 498
 - (א) שיקול הדעת של המחוקק 498
 - (1) היקף שיקול הדעת החקיקתי 498
 - (2) פגיעה במידה הסבירה הפחותה ביותר 500
 - (3) "רק שופט ללא דמיון לא ימצא אמצעי שפגיעתו פחותה" 502
 - (ב) שיקול הדעת של השופט 503
 6. מבחן המידתיות במובן הצר 504
 - (א) שיקול הדעת של המחוקק 504
 - (ב) שיקול דעת השופט 504
- ג. מתחם המידתיות 505
1. מהותו 505

2. מחוקק ושופט לעניין מתחם המידתיות 508
- ד. מתחם ההתחשבות (Margin of Appreciation) 510
 1. מהותו 510
 2. מתחם ההתחשבות ומתחם המידתיות 511
- פרק חמישה-עשר: מידתיות בזכויות חוקתיות חיוביות 513
 - א. הזכויות החוקתיות החיוביות 513
 1. מהותן של הזכויות החוקתיות החיוביות 513
 2. זכויות חוקתיות חיוביות במשפט המשווה 514
 3. זכויות חוקתיות חיוביות במשפט הישראלי 516
 4. המקור המשפטי לזכויות חוקתיות חיוביות 518
 - (א) לשון החוקה ופרשנותה 518
 - (ב) האופי האובייקטיבי של הערכים כבסיס להיבט חיובי 520
 5. היבט חוקתי חיובי וזכות חוקתית חיובית 521
 - ב. הזכויות החוקתיות החיוביות ומרכיבי המידתיות 522
 1. הזכויות החיוביות כזכויות יחסיות 522
 2. מרכיב המטרה הראויה בפגיעה בזכויות חוקתיות 524
 3. מרכיב הקשר הרציונלי 525
 4. מרכיב הצורך 526
 5. מרכיב המידתיות במובן הצר 526
- פרק שישה-עשר: נטל ההוכחה 529
 - א. הצגת הבעיה 529
 - ב. נטל ההוכחה: דין ועובדה 530
 - ג. נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות 531
 - ד. השלב הראשון של הבחינה החוקתית: פגיעה בזכות חוקתית 531
 - ה. השלב השני של הבחינה החוקתית: הצדקה לפגיעה בזכות 533
 1. היסודות המרכיבים את הצידוק לפגיעה בזכות 533
 2. הדעות בעניין נטל ההוכחה (נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות) בפרשת בנק המזרחי המאוחד 533
 3. התפתחות ההלכה לאחר פרשת בנק המזרחי המאוחד 536
 4. משפט השוואתי 537
 - (א) קנדה 537
 - (ב) ניר-זילנד 538
 - (ג) דרום-אפריקה והאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות 539
 - (ד) האמנה האירופית לזכויות האדם 540
 - (ה) אנגליה 540
1. נטל השכנוע – על הטוען לקיום מרכיביה של פסקת ההגבלה 540
 1. הגישה הבסיסית 540
 2. נטל השכנוע ומעמדן של זכויות האדם 541
 3. הטיעון הנגדי: חזקת החוקתיות (Presumption of Constitutionality) 542
 - (א) נטל השכנוע על הטוען לאי-חוקתיות 543
 - (ב) על חזקת החוקתיות 543
 - (ג) חזקת החוקתיות בפגיעה בזכויות חוקתיות 544

- ז. נטל הבאת הראיות בשלב השני – על הטוען שהפגיעה מוצדקת 545
1. הגישה הבסיסית 545
 2. נטל הבאת הראיות ומעמדן של זכויות חוקתיות 546
 3. נטל הבאת הראיות ונטל הטיעון בדבר היעדרה של חלופה פוגעת פחות 546
 4. נטל הבאת הראיות וייחודו של ההליך השיפוטי במשפט הציבורי 547
- ח. השלב השלישי: הסעד 551

שער רביעי: הערכת המידתיות

- פרק שבעה-עשר: חשיבותה של המידתיות 555
- א. המידתיות במבחן הביקורת 555
 - ב. הדגשת הצורך בצידוק (Justification) 555
 - ג. הבניה של שיקול הדעת 558
 1. חשיבות ההבניה של שיקול הדעת 558
 2. שקיפות 560
 3. שקילת השיקול הראוי בהקשר הראוי 561
 4. דיאלוג בין מחוקק לשיפוט 562
 - ד. מידתיות ותיאוריות בעניין זכויות האדם 563
 1. מידתיות כבית קיבול לתיאוריות שונות בדבר זכויות האדם 563
 2. מידתיות וליברליזם 564
 - (א) הטענה הכללית 564
 - (ב) העדפת הזכות והתפיסה הליברלית האנטי-פרפקציוניסטית (Antiperfectionism) 565
 - (ג) העדפת הזכות והתפיסה הליברלית האנטי-קולקטיביסטית (Anticollectivism) 566
 - (ד) העדפת הזכות והתפיסה הליברלית האנטי-תוצאתית (Anticonsequentialism) 566
 - (ה) ליברליזם ומידתיות 566
 - ה. מידתיות, דמוקרטיה וביקורת שיפוטית 567
 1. מידתיות ודמוקרטיה 567
 2. מידתיות וביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק 568
 3. עמדתו של ביטי 570
 - (א) מהות העמידה 570
 - (ב) ביקורת עמדתו של ביטי 571
 - (1) ביקורת כללית 571
 - (2) ביקורת גישתו של ביטי: פסק הדין בפרשת חורב 572
 - (3) מידתיות מבטיחה את מרב האובייקטיביות 574
- פרק שמונה-עשר: ביקורת המידתיות והתשובות לה 577
- א. היקף הביקורת על המידתיות 577
 - ב. הביקורת הפנימית 578
 1. מהותה של הביקורת הפנימית 578
 2. היעדרה של אמת-מידה לבחינת המידתיות 578

- (א) בעיית ה-Incommensurability 578
- (ב) התשובה לביקורת 579
3. היעדר רציונליות 580
- (א) מהות הביקורת 580
- (ב) התשובה לביקורת 581
- ג. הביקורת החיצונית 583
1. שיקול דעת שיפוטי רחב מדי 583
- (א) מהות הביקורת 583
- (ב) התשובה לביקורת 583
2. היעדר הגנה מספקת על הזכויות החוקתיות 584
- (א) מהות הביקורת 584
- (ב) התשובה לביקורת 585
- ד. שלילת הלגיטימיות השיפוטית 586
1. מהות הביקורת 586
2. התשובה לביקורת 586
- פרק תשעה-עשר: החלופות למידתיות 589
- א. חלופות שאינן מבוססות על קטגוריזציה 589
1. זכויות מוחלטות 589
- (א) מהות החלופה 589
- (ב) הערכת חלופה 590
2. הגנה על ה"ליבה" של הזכות החוקתית 591
- (א) מהות החלופה 591
- (ב) דיני המידתיות ואיפיונה של ה"ליבה" 592
3. הערכת החלופה 593
4. המודל הדואלי (Duel Model) 593
- (א) מהותה של החלופה 593
- (ב) הערכת החלופה 594
- ב. החלופה של קטגוריזציה 595
1. מיקומה של הקטגוריזציה בשיח הזכויות 595
2. מהותה של החשיבה המשפטית בקטגוריות 596
3. זכויות חוקתיות בחשיבה בקטגוריות 597
- (א) כל זכות היא קטגוריה בפני עצמה 597
- (ב) דוגמה: חופש הביטוי בתיקון הראשון לחוקה האמריקנית 599
4. קטגוריזציה ומודל שני השלבים 600
5. קטגוריזציה ואיזון 600
6. קטגוריזציה וזכויות אדם במשפט החוקתי האמריקני 604
- (א) הקטגוריזציה האמריקנית 601
- (1) שלוש קטגוריות-על 601
- (2) בדיקה קפדנית (strict scrutiny) 602
- (3) בדיקה בינונית (intermediate scrutiny) 603
- (4) בדיקה מינימלית (minimal scrutiny) 603
- (5) קטגוריות בלא איזון לפי הנסיבות 603
- (ב) ההגנה על זכויות האדם: קטגוריזציה לעומת מידתיות 604

- (1) פוטנציאל ההגנה והגשמתו 604
- (2) היקף הזכות החוקתית 605
- (3) הגבלות על מימוש היקפה של הזכות 606
- (4) בעיית הבדיקה הקפדנית (strict scrutiny) 607
- (ג) הקטגוריזציה וביקורת המידתיות 611
- (1) הביקורת הפנימית של האיזון ועמדת הקטגוריזציה 611
- (2) הביקורת החיצונית על האיזון ועמדת הקטגוריזציה 612
- (אא) שיקול דעת שיפוטי רחב מדי 612
- (בב) היעדר הגנה מספקת על הזכויות החוקתיות 613
- (גג) שלילת הלגיטימיות השיפוטית 615
- (ד) הקטגוריזציה כחלופה למידתיות 616
- פרק עשרים: פיתוח עתידי של המידתיות 619
- א. על הצורך בהתחדשות 619
- ב. פיתוח מרכיב המטרה הראויה 620
1. גישות שונות לעניין המטרה הראויה 620
- (א) ספקטרום הגישות 620
- (ב) דרישת סף המבוססת על הצורך בצידוק 621
2. הגישה הראויה – מדרגת הזכויות החוקתיות לעניין חשיבות המטרה 622
- (א) מדרג זכויות לפי הניסיון ההיסטורי 622
- (ב) חשיבות המטרה כנגזרת ממדרג הזכויות 622
3. המטרה הראויה והגנה על זכויות חוקתיות 623
- (א) הגישה המקובלת 623
- (ב) חסרונותיה של הגישה המקובלת 624
- (ג) מטרה ראויה: הגנה על זכות חוקתית כצידוק לפגיעה בזכות חוקתית 626
- (ד) החובה למנוע פגיעה בזכות אחת ולהגן על האחרת 626
- ג. פיתוח מרכיב הקשר הרציונלי 627
- ד. פיתוח מרכיב הצורך 629
- ה. פיתוח מרכיב המידתיות במובן הצר 630
1. מהותן של נוסחאות האיזון העקרוניות 630
- (א) איזון עקרוני המתרגם את הכלל הבסיסי 630
- (ב) המבנה של נוסחת האיזון העקרונית 631
- (ג) נוסחת האיזון העקרונית והאיזון הקונקרטי 632
- (ד) ריבוי נוסחאות איזון עקרוניות 632
- (ה) החשיבות של נוסחאות האיזון העקרוניות 634
2. נוסחאות האיזון העקרוניות במשפט המשווה 635
- (א) מיעוטן של נוסחאות האיזון העקרוניות 635
- (ב) האיזון העקרוני במשפט האמריקני 636
3. נוסחאות האיזון העקרוניות במשפט הישראלי 637
- (א) נוסחאות האיזון עד לחוקי היסוד בדבר זכויות האדם 637
- (1) פרשת קול העם 637
- (2) איזון אנכי ואיזון אופקי 641
- (3) הערכת המפעל השיפוטי 642
- (ב) נוסחאות האיזון של הלכת קול העם ופסקת ההגבלה בחוקי היסוד 643

- (1) האם נוסחאות האיזון ההלכתיות ממשיכות לחול במסגרת חוקי היסוד? 643
- (2) פתרון הבעיה: הכרה בנוסחאות האיזון ההלכתיות תוך התאמתן למבנה החוקתי החדש 645
- (אא) האיזון ההלכתי כחלק מהאיזון העקרוני בפסקת ההגבלה 645
- (בב) "מיקומן" של נוסחאות האיזון ההלכתיות בגדרי פסקת ההגבלה 645
- (גג) התאמתן של נוסחאות האיזון ההלכתיות לאיזון העקרוני בפסקת ההגבלה 647
- (1) ההבחנה בין איזון אופקי לאיזון אנכי 647
- (2) התאמות לעניין איזון אופקי 648
- (3) התאמות לעניין האיזון האנכי 648
- ו. שמירה על מרכיבי המידתיות 649

מפתחות 651

- הכרות העצמאות 653
- מפתח חקיקה 653
- חוקי יסוד 653
- חקיקה ישראלית 655
- אמנות בין-לאומיות בעברית 658
- אמנות בין-לאומיות באנגלית 658
- חוקות 660
- חקיקה זרה 664
- מקורות המשפט העברי 664
- מפתח פסיקה 665
- פסיקה ישראלית 665
- פסיקה זרה 680
- מפתח ספרים 691
- ספרים בעברית 691
- ספרים בלועזית 695
- מפתח מאמרים 711
- מאמרים בעברית 711
- מאמרים בלועזית 718
- מפתח עניינים 755
- מפתח שמות 771