

המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות

אהרון ברק*

א. הקדמה; 1. המהפכה החוקתית; 2. חקיקה "פריקים-פריקים"; 3. מטרתה המשולשת של הרשימה. ב. מעמדו של חוק-יסוד ויחסו לחוק רגיל סותר; 1. חוק-יסוד משוריין וסמכות השופט לבטל חוק "רגיל" סותר; 2. חוק-יסוד משוריין ובלתי משוריין; 3. מהו חוק-יסוד. ג. מעמדו הנורמטיבי של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ד. פסקת ההגבלה; 1. מהותה של "פסקת ההגבלה"; 2. החשיבות של "פסקת ההגבלה"; 3. "פסקת ההגבלה" בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; 4. "פסקת ההגבלה" בחוק-יסוד: תופש העיסוק. ה. סוף דבר.

* שופט בית המשפט העליון.

רשימה זו מבוססת על דברים שאמרתי בטקס קבלת דוקטור של כבוד באוניברסיטת חיפה (ביום 18.5.92) ועל פרק מתוך ספרי פרשנות במשפט (כרך שלישי, שיראה אור בתחילת 1993).

א. הקדמה

1. המהפכה החוקתית

זכויות היסוד של האדם בישראל היו עד לאחרונה הלכתיות במהותן.¹ השופט ש.ג. חשין הכיר באחת מזכויות אלה - הזכות לתופש העיסוק - עם קום המדינה, בציינו:

כלל גדול הוא, כי לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלה-יד, אשר יבחר לעצמו, כל זמן שהתעסקות בעבודה או במשלה-יד אינה אסורה מטעם החוק. ... זוהי זכותם; זכות שאינה כתובה על ספר, אך נובעת מזכותו הטבעית של כל אדם לחפש מקורות מחיה ולמצוא לעצמו מלאכה המפרנסת את בעליה.²

השופט לנדוי התייחס לדבריו אלה של השופט חשין, והפנה את תשומת הלב:

לאתן זכויות יסוד "שאינן כתובות על ספר", אלא הן נובעות במישרין מאפיה של מדינתנו כמדינה דמוקרטית השוחרת חופש. בפסיקתו שם בית-משפט זה זכויות יסוד אלו נר' לרגליו בפירוש חוקים ובביקרתו על מעשיהן של רשויות המינהל במדינה.³

זכויות יסוד אלה היוו "מעין 'מטריה נורמטיבית', הפרושה מעל דברי החקיקה כולם".⁴ באמצעותן גובשה תכלית החקיקה, ונתפרש דבר החקיקה.⁵ מהן גגורו זכויות, כוחות וחירויות.⁶ בסיסן האנליטי של זכויות היסוד היה הלכתי. בית המשפט הגית - לאור אופיה

1. ראה פ' להב וד' קרצ'מר, "מגילת זכויות האדם והאזרח בישראל: הישג קונסטיטוציוני או אחיות עיניים?" משפטים 3 (תשל"ז) 154; ע' שפירא ובי' ברכה, "המעמד החוקתי של זכויות הפרט" עיני משפט ב (תשל"ב) 20.

2. בבג"צ 1/49 בורגו ואח' נ' שר-המשטרה ואח', פ"ד ב 80, 82-83. שלושים שנה לאחר מכן פנה בנו של בורגו לבית-המשפט העליון וחזר על טענת אביו באשר לתופש העיסוק. הוא זכה בעתירתו, ומ"מ הנשיא, השופט מ' שמגר, חזר על הלכתו של השופט ש' ד' חשין בפרשת בורגו, ומכוחה נפטלה חקיקת-משנה שפגעה בחופש העיסוק של הבן: ראה בג"צ 337/81 מיטרני ואח' נ' שר התחבורה ואח', פ"ד לזג 337. בורגו הבן היה אחד העותרים בעתירה זו.

3. בבג"צ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי ואח', פ"ד טז 2407, 2415.

4. ע"א 164/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד לטג 70, 75 (השופט ברק).

5. ראה בג"צ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל ואח', פ"ד יח 598, 612; ד"ג 13/58 עיריית תל-אביב-יפו נ' לובין, פ"ד יג 118, 122; בג"צ 680/88 שניצר ואח' נ' הצנזור הצבאי הראשי ואח', פ"ד מב(4) 617.

הדמוקרטי של המדינה⁷ - כי העולם הנורמטיבי שלנו מלא זכויות אדם, וכי אין "חלל" בעניין זה. עם זאת, הקונצנזוס המשפטי היה, כי לדבר חקיקה של הכנסת הכוח לפגוע בזכויות האדם, לצמצמן או לשלול אותן.⁸ אכן, בדוגמטיקה הישראלית - בדומה לזו האנגלית - עוגנו זכויות האדם בדרך של פרשנות החוקים, ועם שינוי בחוקים ניתן היה לשנות את זכויות האדם. המשפט החוקתי צמח מתוך המשפט המינהלי. עליונות המחוקק נתפסה כמשתרעת גם על חקיקת חוקים הנוגדים זכויות אדם.⁹ נסינות להביא לבטלותם של חוקים שפגעו בעיקרון זה או אחר מעקרונות היסוד של השיטה ובזכות זו או אחרת מזכויות היסוד, נכשלו.¹⁰ עם זאת, הודגש כי עשוי לחול שינוי בקונצנזוס החברתי.¹¹ שינוי כזה החל להתרחש,¹² אך בטרם הושלם אירעה מהפכה חוקתית.¹³ הכנסת - כרשות המכוננת¹⁴ - חוקקה שני חוקי-יסוד חדשים ושינתה פניו של חוק-יסוד שלישי. חוק-יסוד: חופש העיסוק¹⁵ קובע, כי לכל אדם ותושב הזכות לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח-יד. נקבע בו, כי אם היה עיסוק מותנה בקבלת רשיון, לא תישלל הזכות לרשיון אלא על-פי חוק, ומטעמים של בטחון המדינה, תקנת הציבור, שלום הציבור ובריאותו, בטיחות, איכות הסביבה או הגנה על המוסר הציבורי. עם זאת נקבע, כי חוק "רגיל" מוסמך להגביל את חופש העיסוק אם הוחק "לתכלית ראויה ומטעמים של טובת הכלל".

6. ראה א' רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה רביעית מורחבת, תשנ"א), 708; ראה גם ע"א 214/89 אבנרי ואח' ג' שפירא ואח', פ"ד מג(3) 840. ראה בג"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ ג' שר-הפנים, פ"ד ז 871.
7. ראה בג"צ 142/89 תנועת לאריר - לב אחד ורחא חרשה ואח' ג' יושב ראש הכנסת ואח', פ"ד מד(3) 529.
8. ראה ע"א 188/63 בצול ואח' ג' שר הפנים ואח', פ"ד יט(1) 337; בג"צ 163/57 לובין ג' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד יב 1041; לביקורת על גישות הלכתיות אלה ראה ר"י סל, "מחוקק כל-יכול - האמנם? עיוני משפט" (תשמ"ד) 361.
9. ראה תנועת לאריר (לעיל, הערה 8).
10. ראה שס, 554. פסיקה זו עסקה בפגיעה "נקודתית" בזכות יסוד זו או אחרת, ולא בשינוי פני המשטר כולו. כנסת אסד תשלול מהמיעוט את הזכות להצביע, או תיסול לעצמה את סמכויות השפיטה, עשויה לשלול מעצמה את בסיס הלגיטימיות שיש לה בקהיליה שלנו.
11. ראה הצעת חוק-יסוד: החקיקה (ה"ח התשנ"ב, 147). הממשלה הציעה להסמיך את בית-המשפט לעניינים חוקתיים להכריז על בטלות חוק הסותר "עקרון מעקרונות היסוד של מדינת ישראל": סעיף 55(ה) להצעה.
12. על "המהפכה החוקתית השקטה", ראה הלשכה גליון 16 (אפריל 1992) 14.
13. ראה א' רובינשטיין (לעיל, הערה 6), 447; ראה גם ק' קליין, "הרשות המכוננת בישראל", משפטים ב (תש"ל) 51. על-פי השקפתי, כאשר הכנסת מחוקקת "חוק-יסוד" היא פועלת כרשות מכוננת. בעניין זה ראה להלן, עמ' 16.
14. ס"ח התשנ"ב, 114.

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו¹⁶ קובע, כי אין פוגעים בחייו, גופו או כבודו של אדם באשר הוא אדם. אין פוגעים בקניינו של אדם. כל אדם זכאי להגנה על חייו, גופו וכבודו. לכל אדם החירות בפני מאסר, מעצר או הסגרה. לכל אדם הזכות לצאת מישראל, ולכל אורת ישראלי הזכות להיכנס אליה. כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו. אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו. אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו. אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו. ניתן להגביל את כבוד האדם וחירותו בחוק רגיל, אם אותו חוק "הולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש". שני חוקי-יסוד אלה חוללו מהפכה במעמד המשפטי והחוקתי של זכויות היסוד של האדם בישראל.¹⁷ חוק-יסוד: הממשלה תומך במהפכה זו.¹⁸ מכותה של מהפכה חוקתית זו חל שינוי מהותי במעמדן של חלק מזכויות היסוד של האדם בישראל, הן חדלו להיות אך זכויות "שאינן כתובות על ספר",¹⁹ והפכו להיות לזכויות "הכתובות על ספר" והנהגות ממעמד חוקתי עדיף. אמת, זכויות יסוד אלה של האדם בישראל ממשיכות להוות חלק מההלכה הפסוקה. בתי-משפט ימשיכו לפרש על-פיהן את חוקי המדינה. עם זאת חל בזכויות האדם שינוי פנימי עמוק. מעמדן הגורמטיבי השתנה. שוב אין הן רק "מעין 'מטריה נורמטיבית', הפרושה מעל דברי החקיקה כולם"²⁰ והממששת לפירושם. הן הפכו להיות נקודת משען נורמטיבית הקובעת את תוקפם של דברי החקיקה כולם.²¹ היטיב להביע זאת שר-המשפטים דן מרידור, באומרו:

והי לא רק תחילתה של דרך חדשה, שהמשכה יבוא, אל נכון, בכנסת הבאה. זוהי מהפכה קונסטיטוציונית של ממש. מעתה תהיינה זכויותיו של האדם במדינה, שפורטו בחוקי יסוד אלה, מוגנות לא רק נגד הרשות המבצעת או נגד מחוקק המשנה. בכך אין כמעט כל חדש. מעתה תהיינה זכויות אלה מוגנות אף נגד חקיקה שרירותית של הכנסת עצמה. זו הפעם הכנסת, בסמכותה

16. ס"ח התשנ"ב, 150.

17. מהפכה חוקתית התרחשה גם לעניין בחירתה של הרשות המבצעת. בחינתה של מהפכה זו תורגת ממסגרת רשימה זו.

הערת המערכת: על חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ראה גם להלן, עמ' 187; על חוק-יסוד: הממשלה, ראה גם להלן, עמ' 165.

18. בקביעתו כי אין בכוחן של תקנות שעת-חירום "להתיר פגיעה בכבוד האדם": סעיף 50(ד).

19. ראה אולפני הסרטה (לעיל, הערה 3), 2415.

20. ראה קיבוץ חצור (לעיל, הערה 4), 75.

21. חוק-יסוד: חופש העיסוק "משריין" חקיקה קודמת למשך שנתיים ימים (סעיף 6). בחלוף השנתיים יהא ניתן לבחון חוקתיותה של חקיקה זו לאור חוק-היסוד. כך, למשל, חלקים נרחבים של חקיקת הפיקוח על מצרכים ושירותים יתבטלו בוודאי לאור חוק-יסוד זה.

כממשיכת האסיפה המכוננת, המחוקקת חוקי יסוד, הגבילה בחוק יסוד את כוחה של הכנסת כמחוקקת ראשית ואסרה עליה לפגוע בזכויות היסוד המוגנות אלא אם הפגיעה נעשית בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה ובמדה שאינה עולה על הנדרש.²²

אכן, זכויות היסוד של האדם שוב אינן אך דינים הלכתיים הקובעים זכויות והמשמשים למתן מובן לדברי חקיקה. הן הפכו לדינים חוקתיים, אשר בצד קביעת זכויות ומתן מובן לדברי חקיקה, הם משמשים לקביעת התוקף של דברי החקיקה בישראל. אכן, עיקר המהפכה אינו בתוכן זכויות האדם אלא בתוקפן. זכויות היסוד מחייבות מעתה את המחוקק עצמו. שוב אין לומר כי לישראל אין "חוקה כתובה" (פורמלית ונוקשה) בכל הנוגע לזכויות האדם. החקיקה החדשה הוציאה את ישראל מבדידותה, והעמידה אותנו במחנה הגדול של המדינות אשר זכויות האדם מעוגנות בהן בחוקה "כתובה" ו"נוקשה", כלומר, במסמך בעל עליונות או עדיפות נורמטיבית. אכן, חוק "רגיל" של הכנסת שוב אינו יכול לפגוע שלא כדין בחופש העיסוק. לשם פגיעה בחופש העיסוק יש לחוקק "חוק-יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת".²³ כמו כן - כפי שנראה בהמשך - חוק "רגיל" של הכנסת שוב אינו יכול לפגוע שלא כדין בכבוד האדם ובחירותו.²⁴ תקנות שעת חירום - אשר בכוחן "לשנות כל חוק"²⁵ - אין בכוחן "להתיר פגיעה בכבוד האדם".²⁶ רק חוק שנתקבל ברוב של חברי הכנסת יכול לשנות הוראה זו.²⁷

2. חקיקה "פרקים-פרקים"

המהפכה החוקתית היא אפוא ניכרת. עם זאת, אין היא שלמה. חוקי-היסוד שנתקבלו אינם משתרעים על מלוא העניינים החייבים הסדר בחקיקה הנוגעת לזכויות אדם.²⁸ זאת ועוד: בעוד שחוק-יסוד: חופש העיסוק שוררין, באופן שרק חוק-יסוד שנתקבל ברוב של

22. דברים בטקס השבעת שופטים בבית נשיא המדינה, ביום 27.4.92 (דברי השר מצויים אצל המחבר).

23. סעיף 6 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

24. לעניין זה, ראה להלן, עמ' 20-22.

25. סעיף 50(ג) לחוק-יסוד: הממשלה החדש, המבוסס על סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948.

26. סעיף 50(ד) לחוק-יסוד: הממשלה.

27. סעיף 56 לחוק-יסוד: הממשלה.

28. למלוא פריסת העניינים הדורשים הסדר, ראה הצעת חוק-יסוד: מגילת זכויות היסוד של האדם, (ה"ח התשמ"ג, 111); תזכיר חוק זכויות היסוד של האדם (משרד המשפטים, יוני 1991).

חברי הכנסת יכול לשנותו, הרי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לא שוריינ²⁹ בפני חוקי-יסוד או חוקים רגילים, אם כי הוא שוריינ בפני תקנות שעת חירום.³⁰ ועוד: הנסיבות שבהן ניתן להגביל כדון את זכויות האדם (פסקת ההגבלה) שונות בשני חוקי-היסוד. על-פי הוראת חוק-יסוד: חופש העיסוק, ניתן להגביל את חופש העיסוק בחוק "רגיל" רק אם הוא הוזק "לתכלית ראויה ומטעמים של טובת הכלל".³¹ לעומת זאת, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע, כי ניתן לפגוע בכבוד האדם וחירותו רק "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש".³² ספק אם יש צידוק לשוני זה.³³ אך מעבר לכך: חוק-יסוד: חופש העיסוק שריין לתקופה של שנתיים חקיקה "רגילה וסותרת" שנחקקה בעבר.³⁴ לעומת זאת, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שריין את החקיקה הנוגדת לו שנחקקה בעבר בלא כל הגבלת זמן.³⁵ נוצר אפוא הסדר נורמטיבי קטוע, לא שיטתי ובלתי מאוזן. אכן, כשם שהחלטת הררי - לפיה "החוקה תהיה בנויה פרקים-פרקים"³⁶ - גרמה לתקיפת החוקה כולה שלבים-שלבים, כן נהיה עדים עתה לחקיקה בשלבים בתחום זכויות האדם. מי שרעיון זכויות האדם החקוקות ("הכתובות על ספר") יקר לו, ייצר על תופעה זו. עם זאת, עדיפה חקיקה "פרקים-פרקים" על פני אי-חקיקה. נראה לי, כי בכך החל תהליך שלא ניתן יהיה לעצור אותו, ושטופו מגילה חקוקה וכוללת של זכויות אדם, בעלת מעמד חוקתי עליון, תוך קביעת "פסקת הגבלה" או "פסקאות הגבלה" הולמות, ותוך קביעת ראויה של הוראת השריון (פסקת השינוי).

29. הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ה"ח התשנ"ב, 60) קבעה הוראת שריון - "אין לשנות חוק-יסוד זה אלא ברוב של חברי הכנסת". הוראה זו נפלה בקריאה השנייה. ראה פרוטוקול ישיבת הכנסת השתיים-עשרה מיום 17 במרץ 1992 (נוסח לא מתוקן), עמ' 295-295ד.

30. ראה סעיף 50(ד) לחוק-יסוד: הממשלה.

31. סעיף 1 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

32. סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

33. לבעיה זו ראה להלן, עמ' 33-34.

34. סעיף 6 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

35. סעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

36. ראה ד"כ 5, תשי"א, 1743. על התלטה זו ראה א' רובינשטיין (לעיל, הערה 6), 447.

3. מטרתה המשולשת של הרשימה

חוקי-היסוד החדשים ישמשו בוודאי מקור לא אכזב למחקר, כתיבה מדעית ופסיקה. הזמן שעבר מאז החקיקה³⁷ קצר מכדי לראות את מלוא ההשלכות, התברתיות, הפוליטיות והמשפטיות של שני חוקי-יסוד אלה, אך משוכנע אני כי השפעתם תהיה מרדעת על החברה הישראלית ועל שיטת המשפט בישראל. המשפט הישראלי לאחר מרץ 1992 - מועד כניסתם לתוקף של שני חוקי-היסוד - שונה באופן מהותי מזה שהתקיים לפני כן. התפקיד השיפוטי לבש לבוש חדש. לשופטים, ובעיקר שופטי בית-המשפט העליון, הוענק מכשיר רב-עוצמה, אשר בכוחו לשנות את פני החברה הישראלית.

מטרתה של רשימה זו להציע מספר רעיונות באשר לאופן בו יש לגשת להבנתם של חוקי-יסוד אלה. אין אני בא לכתוב פירוש מקיף להוראות אלו או אחרות של חוקי-היסוד, מבקש אני לעמוד על תוקפם ועל דרכי הפירוש להבנתם של חוקי-היסוד, בתור שכאלה. יותר משבאתי לפתור בעיות באתי לשאול שאלות, ולהביא את התקיקה החדשה לתודעתם של כל הגורמים הקרובים לנושא. בפרק ב אעמוד על חוקי-היסוד בדרך כלל, ועל סמכות שופט לבטל חוק "רגיל" סותר. אצביע על ההבחנה שנעשתה, לענין זה, בין חוקי-יסוד משורייני לבין חוק יסוד "רגיל", ועל הביקורת על הבחנה זו. בפרק ג אעמוד על מעמדו הנורמטיבי של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועל הבעיות המיוחדות שהוא מעורר לאור העדרה של הוראת שריון. יש לקוות כי הוראת שריון תיוספ בקרוב לחוק-יסוד זה, ובכך יהפוך דיון זה למיותר. בפרק ד אעמוד על התנאים והנסיבות בהם ניתן להגביל כדין את זכויות האדם הקבועות בשני חוקי-היסוד החדשים (פסקת ההגבלה).

ב. מעמדו של חוק-יסוד ויחסו לחוק רגיל סותר

1. חוק-יסוד משורייני וסמכות השופט לבטל חוק "רגיל" סותר

לפי התפיסה החוקתית המקובלת, חוק-יסוד משורייני הוא בעל מעמד נורמטיבי מיוחד.³⁸ על-פי "החלטת הררי", הוא מהווה פרק בחוקת המדינה. וזו לשון ההחלטה:

החוקה תהיה בנויה פרקים-פרקים, באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסוד: בפני עצמו. הפרקים יובאו בפני הכנסת, במידה

37. חוק-יסוד: חופש העיסוק נתקבל בקריאה שלישית ביום 3.3.1992 ונכנס לתוקפו ביום 12.3.1992. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נתקבל בקריאה שלישית ביום 17.3.1992 ונכנס לתוקפו ביום 25.3.1992. חוק-יסוד: הממשלה נתקבל בקריאה שלישית ביום 17.3.1992 ונכנס לתוקפו ביום 18 במרץ 1992) ותחילתו תהא ביום שייכנס לכהונתו ראש-הממשלה שייבחר בבחירות לכנסת ה-14 (סעיף 63 לחוק-יסוד: הממשלה).
38. לסוגיה זו ראה א' רובינשטיין (לעיל, הערה 6), 447.

שהוועדה תסיים את עבודתה, וכל הפרקים יחד יתאגרו לחוקת
המדינה.³⁹

כאשר הכנסת מחוקקת חוק-יסוד, אין היא פועלת אך בתור "הרשות המחוקקת"⁴⁰ של המדינה. היא פועלת כ"רשות מכוננת". סמכות זו שלה באה לה מהאסיפה המכוננת,⁴¹ אשר הוסמכה בהכרזת העצמאות לקבוע את חוקתה של המדינה.⁴² האסיפה המכוננת הפכה "לכנסת הראשונה",⁴³ וסמכויותיה של זו הועברו לכנסת השנייה⁴⁴ והשלישית,⁴⁵ וממנה לכל כנסת שלאחריה. נמצא, כי הכנסת חובשת שני כובעים: האחד, כובע של רשות מכוננת, והשני, כובע של רשות מחוקקת. כאשר היא מחוקקת ועל ראשה הכובע המכונן - היא יוצרת חוקי-יסוד, המהווים חלק מחוקתה של המדינה; כאשר היא מחוקקת ועל ראשה כובע המחוקק הרגיל - היא יוצרת חוקים "רגילים". על-פי התפיסה החוקתית שלנו, חוקי-היסוד הם בעלי מעמד נורמטיבי שונה מחוקים "רגילים". חוק-יסוד הוא "חוק חוקתי", הוא חלק מחוקה, ואילו חוק רגיל נחקק מכוחה של חוקה זו. מכאן לא נובע, כעניין שבהגיון או במשפט, כי בסתירה בין חוק-יסוד לבין חוק רגיל, החוק הרגיל מתבטל. הדבר תלוי במסורת המשפטית של שיטת המשפט. דומה שכיום אין עוד מחלוקת של ממש כי בשיטת המשפט הישראלית יש לחוקה - ולכל אחד מפרקיה (חוקי-היסוד) - מעמד נורמטיבי עליון, אשר מביא לבטלותו של חוק "רגיל" הסותר חוק-יסוד (משוריין). לאחר היסוסים מסוימים, נתקבלה גם התפיסה כי בית-המשפט מוסמך לקבוע את קיומה של הסתירה ולהכריז כי תוצאתה הינה בטלות החוק הרגיל ("ביקורת שיפוטית על דבר חוקתיות החוק"), וזאת גם אם אין בעניין זה הסמכה מפורשת בחוק-היסוד המשוריין. אכן, הסמכה זו - רצויה היא,⁴⁶ רצוי הוא שהרשות המכוננת תאמר את דברה באשר לכוחו של בית-משפט - כל בית-משפט או רק "בית-משפט חוקתי" - להכריז על בטלותו

39. דברי הכנסת, תש"י, 1743.

40. ראה סעיף 7 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948.

41. על הרשות המכוננת בישראל ובעיותיה ראה ק' קליין, "הרשות המכוננת בישראל", משפטים ב (תשל"ל) 51; וכן C. Klein, "A New Era in Israel's Constitutional Law" 6 Isr. L. Rev. (1971) 376. ראה גם א' רובינשטיין, (ולעיל, הערה 6, 39, 447).

42. בהכרזת העצמאות נקבע: "אנו מכריזים בואת על הקמת מדינה יהודית בארץ-ישראל, היא מדינת ישראל. אנו קובעים שהחל מרגע סיום המנדט, הלילה, אור ליום שבת, ו' אייר תש"ח, 15 במאי 1948, ועד להקמת השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה בהתאם לחוקה שתיקבע על-ידי האסיפה המכוננת הנבחרת לא יאוחר מ-1 באוקטובר 1948 - תפעל מועצת העם כמועצת מדינה זמנית ומוסד הביצוע שלה. מנהלת העם, יהווה את הממשלה הזמנית של המדינה היהודית אשר תיקרא בשם "ישראל".

43. סעיף 1 לחוק המעבר, תש"ט-1949.

44. ראה סעיפים 5 ו-9 לחוק המעבר לכנסת השנייה, תשי"א-1951.

45. סעיף 10 לחוק המעבר לכנסת השנייה, תשי"א-1951.

46. ראה סעיף 12 להצעת חוק-יסוד: החקיקה (ה"ח תשל"ח, 1326).

של חוק רגיל הסותר חוק-יסוד. מכוח הסמכה מפורשת שכזו נמצע הויכוח באשר ללגיטימיות של הביקורת השיפוטית על דבר חוקתיות החוק. מכוחה של קביעה מפורשת זו הופכת הביקורת השיפוטית לנגזרת מעליונות החוקה, מבלי שתיטען הטענה כי הביקורת השיפוטית היא שהפכה את החוקה לעליונה.⁴⁷ עם זאת, העדרה של הוראה מפורשת לא יתפרש כהסדר שלילי. כמו בארצות-הברית, דרום אפריקה ומדינות אחרות, גם בית-משפט בישראל רואה את חוקי-היסוד המשוריינים כבעלי אופי חוקתי עליון - פרי עבודתה של הרשות המכוננת - ומסיק מכך בטלותו של חוק "רגיל" סותר.⁴⁸ בטלות זו נקבעת על-ידי כל בית-משפט. סמכות הביטול הסופית והמחייבת את הכול נתונה לבית-המשפט העליון. אכן, אין עוד ספק כי בית-המשפט בישראל מוסמך להכריח על בטלותו של חוק הסותר חוק-יסוד משוריין. עמדתו על כך באחת הפרשות, בציני:

בהתנגשות שבין הוראת השריון לבין ההוראה המבקשת לשנותה בלא לקיים את הרוב הדרוש, לא חלים הכללים הרגילים לפיהם חוק מאוחר מבטל חוק מוקדם, בהתנגשות זו חל העיקרון הנותן עליונות נורמטיבית לחוק-יסוד משוריין. נמצא, כי חקיקה המבקשת לשנות חוק-יסוד משוריין בלא לקיים את הרוב הדרוש, בטלה היא ומבוטלת.... על בטלות זו מוסמך להצהיר בית-המשפט.⁴⁹

2. חוק-יסוד משוריין ובלתי משוריין

חוק-יסוד היגו דבר חקיקה של הכנסת כאשר היא חובשת כובע של "אסיפה מכוננת". יש לו, לחוק-היסוד, מעמד נורמטיבי גבוה יותר מלחוק "רגיל" של הכנסת.⁵⁰ לכאורה, מתבקשת מכאן המסקנה כי בסתירה בין חוק-יסוד לבין חוק "רגיל" ידו של חוק-היסוד תהא על העליונה,⁵¹ אלא אם כן חוק-היסוד עצמו קובע אחרת, אך מסקנה זו לא נתקבלה על דעת בית-המשפט העליון.⁵² בית-המשפט העליון פסק כי יש להבחין בין חוק-יסוד הכולל הוראת "שריון" לבין חוק-יסוד הנעדר שריון. העליונות הנורמטיבית הוכרה רק לעניין חוק-יסוד משוריין, אשר לחוק-יסוד שאינו משוריין, נפסק כי דינו, לעניין תוקפו

47. השווה הצעת חוק-יסוד: החקיקה (ה"ח התשנ"ב 149), סעיף 35.

48. ראה בג"צ 141/82 רובינשטיין נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לו(3) 141; לאו"ר (לעיל), הערה 68.

49. שם, 539.

50. ראה לעיל, עמ' 15-16.

51. ראה ק' קליין (לעיל, הערה 41); א' רובינשטיין (לעיל, הערה 46, 459; מ' שטינברג, "חוק נוסף או נדבך משפטי עליון", מולד עו (תשי"ח) 284.

52. ראה בג"צ 148/73 קניאל נ' שר המשפטים ואח', פ"ד כו(1) 794; בג"צ 107/73 "נגב" - תחנת שרות לאוטומוביל בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד כה(1) 640; בג"צ 60/77 רסלר נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ואח', פ"ד לא(2) 556.

הנורמטיבי, כדון כל חוק "רגיל". על כן, בסתירה בין חוק-יסוד שאין בו שריון לבין חוק "רגיל", יהולו כללי "בדירת הדין" תחלים בסתירה בין נורמות שוות מעמד. מכאן, שחוק "רגיל" מאוחר עשוי לבטל - בין מכות קביעה מפורשת ובין מכוח קביעה משתמעת - חוק-יסוד לא משוריין.⁵³ ניתן להצדיק מסקנה זו בהוראות השריון עצמן. מהצורך ברוב מיוחס של חברי הכנסת לשינוי הוראות מסוימות (הוראות משוריינות), ניתן להסיק שהרשות המכוננת עצמה סברה כי הוראות אחרות, שאינן משוריינות, ניתנות לשינוי ברוב רגיל. מסקנה זו אכן משכנעת. עם זאת, לא מתבקש ממנה כי השינוי יכול להיעשות בחוק רגיל ולא בחוק-יסוד, ובוודאי לא מתבקשת מכך המסקנה כי השינוי באמצעות חוק רגיל יכול להיעשות לא רק במפורש אלא גם במשתמע. עוצמה רבה סמוגה בהשקפתו של פרופ' קליין⁵⁴ כי חוק-יסוד, בין משוריין ובין שאינו משוריין, הוא בעל מעמד נורמטיבי עליון, גבוה מתוק "רגיל", ועל כן ניתן לשנות חוק-יסוד (בין משוריין ובין שאינו משוריין) רק בהוראת חוק-יסוד אחר. וכך כותב פרופ' קליין:

מקור העליונות אינו בדרישה לרוב, אלא ברשות היוצרת את הנורמה, לפיכך אף חוקי יסוד שאינם משוריינים נמצאים בדרגה גבוהה יותר מחקיקה רגילה, ועל הכנסת, ברצותה לשנותם, לנקוט בדרך של תיקונם במישרין ולא בדרך של קביעת השינוי בחוק אחר, מאוחר יותר, שכן העקרון "Lex posterior derogat prior" אינו תל אלא בחוקים מאותה דרגה.⁵⁵

על פי השקפה זו, חוק-יסוד שאינו משוריין ניתן לשינוי - מפורש או משתמע - רק בחוק-יסוד אחר. העדרה של הוראת שריון גורם לכך שהשינוי יכול להיעשות בכל רוב בכנסת הפועלת כרשות מכוננת. לפי השקפתו של פרופ' קליין, בהעדר הוראה מפורשת בחוק-היסוד, אין חוק רגיל יכול לשנות מהוראת חוק-יסוד לא משוריין, יתא הרוב בו נתקבל החוק הרגיל אשר יהא. זאת ועוד: אפילו מסמיך חוק-יסוד סתירת הוראותיו בחוק רגיל (לרוב ברוב מיוחס), על הסתירה להיות מפורשת ("על אף האמור בחוק היסוד").⁵⁶ סתירה משתמעת אינה תופסת, שאם לא כן לא נדע מהי חוקתה של המדינה. פשיטא, שעל-פי השקפה זו, ובהעדר הסמכה מפורשת בחוק-יסוד, אין חוק רגיל - יתא הרוב בו

53. ראה קניאל (לעיל, הערה 52) 796: רסלר (לעיל, הערה 52) 560.

54. ראה ק' קליין (לעיל, הערה 41). ראה גם ק' קליין, "רוב מיוחד ושינוי במשתמע", הפרקליט כח (תשל"ג) 563; על רסלר (לעיל, הערה 52) ראה ק' קליין, "על סמנטיקה ושלטון החוק", משפטים ט (תשל"ט) 79.

55. ראה ק' קליין, (לעיל, הערה 14), 56.

56. ראה C. Klein, (supra, note 41), 224.

נתקבל אשר יהא - יכול לסתור הוראת חוק-יסוד שאינה משוריינת.⁵⁷ השקפה זו של פרופ' קליין ראויה לעיון מחודש. דומה שלא ניתן לה בעבר המשקל הראוי.

3. מהו "חוק-יסוד"

חוק-יסוד (משוריין) נהנה מעדיפות נורמטיבית. בכוחו לכבול את המתוקק. הוא חקייתתה של הכנסת כ"רשות מכוננת". על רקע זה מתעוררת השאלה, מהו סימן ההיכר של "חוק-יסוד"?⁵⁸ כיצד נדע כי דבר חקייתתה הוחק על-ידי הכנסת שעה שזו חבשה את הכובע של הרשות המכוננת?⁵⁹ שאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר. עקרונית, אפשר ליתן לה שלוש תשובות: האחת - כי אמת-המידה המבחינה היא צורנית גרידא. חוק-יסוד הוא חוק שבשמו מוטבעות המלים "חוק-יסוד". על-פי אמת-מידה זו, חוק השבות, תש"י-1950, אינו חוק-יסוד.⁶⁰ הוא הדין בחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951.⁶¹ תשובה שנייה - כי אמת-המידה היא תוכנית בלבד. חוק-יסוד הוא חוק אשר לפי מהות הוראותיו הוא בעל תוכן חוקתי, ועל כן פרי יצירתה של הרשות המכוננת. על-פי גישה זו, חוק השבות וחוק שיווי זכויות האשה הם חוקי-יסוד. לעומת זאת, רבות מההוראות הקבוצות בחוקים המכונים חוק-יסוד אינן חלק מחוק-יסוד, שכן אין להן כל היבט חוקתי.⁶² תשובה שלישית - כי המבחן הוא מעורב, צורני-מהותי. חוק-יסוד נהנה מעדיפות נורמטיבית רק אם בשמו מוטבע המונח "חוק-יסוד" ועל-פי תוכנו הוא בעל היבט חוקתי. היתרון של הגישה הצורנית הוא בפשטותה וכחירותה, ודאות ובסתחון מובטחים על-פיה.⁶³ חסרונה הוא בשרירותה, היא מאפשרת לכנסת לצרף את הכותרת

57. בבג"צ 119/80 הכהן ג' ממשלת ישראל, פ"ד (לד) 281, 283, ציינתי כי שאלה זו אינה קלה כלל ועיקר, ויש להשאירה בצריך עיון.

58. חשיבות רבה נודעת לשאלה זו לעניין סמכותה של הכנסת לכבול את כוחה היא. רשות מכוננת מוסמכת כנראה לכבול את כוחה היא. מכאן הוראות השריון, לפיהן אין לשנות חוק-יסוד אלא בחוק-יסוד וברוב מיוחס. לעומת זאת, ספק אם רשות מחוקקת - בלא הסמכה בחוק-יסוד - רשאית לכבול את כוחה היא. על כן, חוק ובו הוראה שניתן לבטלו אך בהוראה מפורשת בחוק שנתקק ברוב מיוחס, אינו משיג את מטרתו, וחוק מאוחר שנתקק ברוב רגיל יוכל לבטלו במשתמע. בחינתה של סוגיה סבוכה זו חורגת ממסגרתה של רשימה זו.

59. לשאלה זו, ראה א' רובינשטיין (לעיל), הערה 16, 451.

60. חוק השבות, תש"י-1950, חוקק בטרם נתקבלה "החלטת הררי", ובטרם עמדנו על ההבחנה הצורנית בין חוק-יסוד לבין חוק "רגיל". עם זאת, בכך בלבד לא היה כדי לשלול מחוק השבות את מעמד של חוק-יסוד. סמכותה של הכנסת כרשות מכוננת התקיימה שעה שחוק זה חוקק.

61. ראה ע"א 337/61 לובינסקי ג' פקיד השומת, תל-אביב, פ"ד ט"ז 403.

62. כגון ההוראה כי "מספר חברי הממשלה, לרבות ראש הממשלה, לא יעלה על שמונה-עשר ולא יפחת משמונה-עשר": סעיף 33(א) לחוק-יסוד: הממשלה החדש.

63. גישה זו מקובלת על פרופ' קליין, ראה לעיל, הערה 14.

"חוק-יסוד" לכל דבר חקיקה, ובכך להעניק להוראתה מעמד נורמטיבי עליון. יתרוגה של אמת-המידה המהותית בריסון שהיא מטילה על הכנסת, חסרונה - בחוסר הוודאות שהיא יוצרת. אמת-המידה המעורבת מעגנת את היתרונות והחסרונות של שתי השיטות.⁶⁴ לדעתי, יש לנקוט באמת-המידה הצורנית. אין זה רצוי ליצור חוסר ודאות באשר לעצם זיהוין של ההוראות החוקתיות, ואין זה ראוי להטיל תפקיד זה על הרשות השופטת. יש להניח ולקוות שהכנסת, כרשות מחוקקת, לא תנצל לרעה את כוחה ליצור חוקי-יסוד.⁶⁵

ג. מעמדו הנורמטיבי של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

בעיית פרשנות מיוחדת במינה נוצרה עם חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק-יסוד זה אין בו הוראת שריון,⁶⁶ עם זאת קבועה בו "פסקת הגבלה", לפיה:

אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש.⁶⁷

נמצא, כי חוק רגיל שעל-פי תוכנו אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל, או שנועד לתכלית שאינה ראויה, או שהוראותיו פוגעות בכבוד האדם במידה העולה על הנדרש, נוגד את הוראות חוק-היסוד. מה תוקפו של חוק זה? אם נתקבל ההשקפה כי חוק-יסוד ניתן לשינוי או ביטול רק בחוק-יסוד,⁶⁸ יהא בכך לפתור את השאלה שעוררתי. חוק הנוגד את חוק-היסוד יתבטל - חרף העדר הוראת שריון בחוק-היסוד - אלא אם כן החוק

64. דומה שפרופ' רובינשטיין דוגל באמת-המידה המעורבת: ראה א' רובינשטיין (לעיל), הערה 451, 6.

65. שאלה אחרת היא, עד מתי תוסמך הכנסת לפעול כרשות מכוננת. האם סמכות זו עומדת לעולמי עדו או שמא, עם סיום המפעל הראשוני של חקיקת חוקי-היסוד וקיצוצם לחוקת המדינה, חדל כוחה של הכנסת כרשות מכוננת. שינויים בחוקה ייעשו לא על-ידי הכנסת כרשות מכוננת (ראשונית) אלא על-פי ההליך שייקבע בחוקה עצמה. אפילו תסמיך הוראה זו את הכנסת עצמה לשנות את החוקה (ברוב מוחלט, ואולי אף תוך דרישות נוספות), ינבע כוחה המתקן של הכנסת במישורין מהוראות החוקה ולא מהסמכות המכוננת הראשונית (שעברה לכל כנסת).

66. בהצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ה"ח התשנ"ב, 59) נכללה הוראת שריון, על-פיה "אין לשנות חוק-יסוד זה אלא ברוב של חברי הכנסת". בקריאה השנייה של הצעת החוק הצעה זו נפלה. ראה לעיל, הערה 29.

67. סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. קיים דמיון ניכר בין ניסוחה של הוראה זו לבין סעיף 1 של ה-Canadian Charter of Rights and Freedoms (המצוטט להלן, סמוך להצעה 89).

68. ראה לעיל, עמ' 18-19.

הנוגד נתקבל בחוק-יסוד. בהעדר הוראת שריון, ניתן לקבל את חוק-היסוד הנוגד ברוב רגיל, ולא נדרש לכך כל רוב מיוחד. אך מה כוחו של חוק נוגד, אם ההשקפה המקובלת, לפיה ניתן לשנות או לבטל חוק-יסוד לא משוריין בחוק רגיל, תעמוד בעינה? האם יכול חוק נוגד לפגוע בכבוד האדם וחירותו, בניגוד לאמור בחוק-היסוד? מחד גיסא ניתן לומר, כי העדר השריון - ועניין זה אינו מקרי כלל ועיקר - גורר אחריו את התוצאה שכל חוק נוגד (גם אם אינו חוק-יסוד) שנתקבל בכל רוב (גם רוב לא מיוחד) עשוי לפגוע בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אם הכנסת, כרשות מכוונת, ביקשה להשיג תוצאה אחרת, היה עליה לשריין את חוק-היסוד, וזאת היא לא עשתה. מאידך גיסא ניתן לומר, כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו חוק-יסוד "רגיל" שאין בו שריון. זהו חוק-יסוד שאין בו הוראת שריון, אך יש בו "פסקת הגבלה". הוראה זו מכוונת אל המחוקק הרגיל ומורה לו שלא לחוקק חוקים נוגדים. להוראה זו יש ליתן תוקף, שאם לא כן, מה טעם יש בהוראת חוק-היסוד כי "אין פוגעים" בזכויות הקבועות בו אלא בחוק המקיים תנאים מסוימים? אכן, עלינו לפרש את חוק-יסוד: כבוד האדם באופן הנותן תוקף מלא ל"פסקת הגבלה", שהיא מההוראות החשובות ביותר בכל חוקה שעניינה זכויות אדם.⁶⁹ אין אפוא להעמיד את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על הרמה הנורמטיבית בה מצויים חוקי-יסוד לא משוריינים - הכול כמובן על בסיס ההנחה כי חוק-יסוד "רגיל" מצוי ברמה נורמטיבית זהה לחוק רגיל.

- מהו אפוא מעמדו הנורמטיבי המיוחד של חוק-יסוד משוריין שבו "פסקת הגבלה"? עקרונית, ניתן להעלות שני פתרונות: האחד - לפי "פסקת הגבלה" היא במהותה הוראה המשריינת את חוק-היסוד בפני שינוי בדרך של חקיקה רגילה. פסקת הגבלה קובעת, כי חוק רגיל שאינו מקיים את התנאים הקבועים בפסקת הגבלה, אין בכוחו לפגוע בזכויות היסוד. נמצא, כי חרף העדר הוראת שריון מפורשת, חוק-היסוד ובו "פסקת הגבלה" משוריין מפני חקיקה שאינה מקיימת את "פסקת הגבלה". חוק רגיל, שאינו מקיים את התנאים של "פסקת הגבלה", והסותר את זכויות היסוד הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בטל, והא הרוב שבו נתקבל אשר יהא.⁷⁰ פתרון אפשרי שני הוא כי פסקת הגבלה שונה מהוראת שריון, ובהעדר שריון לחוק-היסוד, בכוחו של

69. ראה להלן, עמ' 24.

70. פרופ' זמיר העלה, בשיחה עמי, אפשרות של דרך פרשנית נוספת, האומרת: פסקת הגבלה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מונעת פגיעה בזכות יסוד, בין על-ידי חוק רגיל ובין על-ידי חוק-יסוד (יהא הרוב שבו נתקבל אשר יהא), אם אין החוק הפוגע ממלא את התנאים שנקבעו בפסקת הגבלה. מבחינה זאת, זכויות היסוד המפורטות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הינן משוריינות. אולם שריון זה הוגבל, כאמור בפסקת הגבלה, להגנה על זכויות היסוד, ואין הוא חל על הוראות אחרות של חוק-היסוד. בהתאם לכך, חוק רגיל יכול לתקן ולשנות את חוק-היסוד, אם אין הוא סותר את פסקת הגבלה. לדוגמא, חוק רגיל יכול להוסיף לתוק-היסוד הוראת שריון או הוראה מהותית אחרת; לשנות את פסקת הגבלה עצמה, על-ידי הוספה, השמטה או שינוי של תנאי. עם זאת, כל זמן שפסקת הגבלה לא שונתה, יש לפסול כל חוק הפוגע בזכות יסוד בלי לקיים את התנאים שבפסקת הגבלה.

חוק רגיל לסתור כדין את זכויות היסוד. עם זאת, כדי ליתן תוקף ל"פסקת ההגבלה", חיוני כי החוק הסותר (יהא הרוב בו נתקבל אשר יהא) יקבע במפורש כי הוא בא לסתור את חוק-היסוד. על-פי גישה זו, חוק רגיל אין בכוחו לסתור את הוראותיו של חוק-היסוד במשתמע. נמצא, כי אם הכנסת - כמחוקקת רגילה ולא כגוף מכונן - מבקשת לפגוע בזכויות לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הכות בידה לעשות כן (ובכל רוב, שהרי חוק-היסוד אינו משוריין). עם זאת, על הכנסת לומר זאת במפורש, ביסול מכללא - לא יספיק. נמצא, כי "פסקת ההגבלה", אף שאינה פועלת כהוראת שריון, פועלת כהוראה לפיה אין לשנות מהוראות חוק-היסוד, אלא בחוק הקובע במפורש כי הוא בא למרות האמור בחוק-היסוד.⁷¹

שני הפתרונות אפשריים הם. יש לקוות כי בית-המשפט לא יצטרך להכריע ביניהם, וכי הכנסת עצמה, כרשות מכוננת, תבהיר עניין זה. הפתרון החקיקתי הטבעי ביותר, המבטא את מהותו של חוק-היסוד, הוא בהוספת הוראת שריון.⁷² עד אשר הכנסת, כרשות מכוננת, תאמר דברה, יעמוד חוסר הוודאות בעינו, ויצריך הכרעה שיפוטית. כאמור, שני הפתרונות אפשריים. בפתרון הראשון טמונה עוצמה רבה. "פסקת הגבלה" מהווה מעין הוראת שריון. השוני בינה לבין הוראת שריון הוא: הוראת שריון מתרכזת - על-פי הנסיך הישראלי - ברוב פורמלי הדרוש לסתירתו של חוק-יסוד; לעומת זאת, "פסקת הגבלה" מתרכזת בתוכן ההוראה, יהא הרוב שבו נתקבלה אשר יהא. ודוק: "פסקת הגבלה", במהותה, קובעת דרך של חקיקה רגילה שאין בה סתירה לחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו.⁷³ עם זאת, משתמע ממנה כי חקיקה רגילה שאינה מקיימת את התנאים הקבועים ב"פסקת הגבלה" אינה תופסת. לפנינו איפוא מעין הוראת שריון משתמעת.

ד. פסקת ההגבלה

1. מהותה של פסקת הגבלה

חידוש מרכזי בחוק-יסוד: חופש העיסוק ובחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מהוות פסקאות ההגבלה. חוק-יסוד: חופש העיסוק קובע:

אין מגבילים זכות זו, אלא בחוק, לתכלית ראויה ומטעמים של טובת הכלל.⁷⁴

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע פסקת הגבלה שונה:

אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את

71. השווה סעיף 5 (נד) להצעת חוק-יסוד: החקיקה (ה"ח התשנ"ב 149, 150).

72. כפי שראינו (לעיל, הערות 29 ו-66), כללה הצעת חוק-היסוד הוראת שריון.

73. ראה להלן, עמ' 23-24.

74. סעיף 1 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש.⁷⁵

אשר ל"ערכיה של מדינת ישראל", נקבע בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו:

חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.⁷⁶

נמצא, כי שאלת היחס בין חוק "רגיל" לבין חוק-יסוד שעניינו זכויות אדם ובו "פסקת הגבלה", מחייבת עריכתן של שלוש בדיקות: האחת - האם החוק הרגיל עוסק באחת מזכויות האדם הקבועות בחוקי-היסוד. כך למשל, האם מעקב אחר אדם ללא ידיעתו והסכמתו מהווה פגיעה בפרטיותו?⁷⁷ בדומה, האם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו משתרע על חופש הביטוי, חופש התווים וחופש המצפון? האם עקרון השוויון בכלל במסגרת כבוד האדם? אם מתברר, לאחר פירוש חוק-היסוד מזה והחוק הרגיל מזה, כי החוק הרגיל אינו עוסק כלל בזכות אדם המוגנת על-ידי חוק-היסוד, מסתיימת בדיקת היחס בין השניים. אם, לעומת זאת, מתברר כי החוק הרגיל עוסק בזכות אדם שחוק-היסוד דן בה, יש לעבור לעריכתן של בדיקות נוספות. הבדיקה השנייה הינה, האם החוק הרגיל מקיים את התנאים של "פסקת ההגבלה". אם תנאים אלה מתקיימים, אין ניגוד בין החוק הרגיל לבין חוק-היסוד, וכל אחד מהם ממשיך לעמוד בתוקפו. אכן, שני חוקי-היסוד אינם מכירים בזכויות אדם מוחלטות. זכויות האדם הן יחסיות.⁷⁸ פסקת ההגבלה קובעת אמת-מידה לקביעת יחסיות זו. אם דרישותיה של "פסקת ההגבלה" מקיימות, משמע שהחוק הרגיל תואם את היקפה (היחס) של זכות האדם. אכן, חוק "רגיל" המקיים את "פסקת ההגבלה" הוא חוק התואם את זכויות האדם הקבועות בחוק-היסוד. קיומן של הדרישות הקבועות ב"פסקת ההגבלה" מביא לידי כך שנמנעת סתירה בין החוק הרגיל לבין חוק-היסוד. מבחינה זו, מסעה הוא לדבר על "פגיעה" בזכויות אדם, הנעשית כדין על-פי "פסקת ההגבלה". אם תנאיה של זו מתקיימים, זכות האדם אינה "נפגעת", שכן מראש היקפה אינו מוחלט אלא יחסי בלבד. אכן, עלינו להבחין בין היקפה של זכות האדם לבין מידת ההגנה הניתנת לה. היקפה של זכות האדם נקבע על-פי תפיסתה של החברה באשר לכלול בזכות אדם פלונית. כך, למשל, ניתן לקבוע כי חופש הביטוי כולל בחובו - מבחינת היקפו של החופש - גם חופש לביטוי גועני. ההגנה הניתנת לזכות האדם נקבעת על-פי האיזון

75. סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

76. סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

77. השווה ד"ג 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים ואד"ב' ונקנין, פ"ד מב(3) 837.

78. ראה קול העם, (לעיל, הערה 7) 879.

הראוי בין זכויות האדם לבין עצמן, ובין לצורכי הכלל. על כן ניתן לקבוע כי דיבור גזעני אינו מוגן בחברה נתונה בזמן נתון.⁷⁹ מידת ההגנה נקבעת, כאמור, על-ידי האיזון הראוי בין הערכים ובין האינטרסים הנוגעים בדבר. כך, למשל, ייקבע האיזון ביחס שבין חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לבין חוק-יסוד: תופש העיסוק. מצמד מרכזי באיזון זה ניתן ל"פסקת ההגבלה". כאשר חוק רגיל פוגע בזכות אדם מעבר למותר על-פי "פסקת ההגבלה" - כלומר, החוק הרגיל אינו מקיים את התנאים הקבועים ב"פסקת ההגבלה" - אנו אומרים כי נוצר ניגוד בין החוק הרגיל לבין חוק-היסוד. תוקפו של כל חוק כזה עומד בסימן שאלה.⁸⁰ במצב דברים זה יש לעבור לבדיקה השלישית, שעניינה בדיקת התוקף של דבר החקיקה הסותר. כפי שראינו, אם חוק-היסוד הוא משוריין, ייקבע התוקף על-פי הוראת השריון. כך, למשל, חוק-יסוד: הכנסת קובע כי את שיטת הבחירות לכנסת אין לשנות "אלא ברוב של חברי הכנסת".⁸¹ חוק רגיל, המשנה את שיטת הבחירות, יתפוס, אם הוא התקבל ברוב הדרוש.⁸² אם חוק-היסוד אינו משוריין, מותנה התוקף של החוק הסותר בעמדה העקרונית באשר לתוקפו של חוק-יסוד "רגיל", ומעמדו בהשוואה לחוק "רגיל".

2. חשיבותה של "פסקת ההגבלה"

"פסקת ההגבלה" היא מרכזית בכל חקיקה שעניינה זכויות אדם. היא קובעת, בצד נוסחאות איזון אחרות, את היקף ההגנה הגיתגת לזכויות האדם. היא מגינה על זכויות האדם ומצמצמת אותן בעת ובעונה אחת.⁸³ היא מגינה על זכויות האדם, שכן רק אם מתקיימים התנאים הקבועים בה, ניתן לפגוע בזכויות האדם; היא מצמצמת את זכויות האדם, שכן על-פי תוכנה היא קובעת תנאים ונסיבות בהם ניתן להגביל את זכויות האדם בחוק. בכך ניתן ביטוי לרעיון כי זכויות האדם אינן זכויות מוחלטות, ונתפסות כזכויות יחסיות בלבד. גם בלא הוראה מפורשת הקבועה ב"פסקת ההגבלה" היינו מגיעים למסקנה כי זכויות האדם הן בעלות אופי יחסי בלבד. תוצאה זו היתה מתקבלת בדרך פרשנית, על בסיס נוסחאות איזון שיפוטיות, אשר היו קובעות את האיזון בין הערכים החוקתיים

79. ראה בג"צ 14/86 לאור ואח' נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות ואח', פ"ד מא(1) 421: בג"צ 806/88 Universal City Studios Inc. ואח' נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות ואח', פ"ד מג(2) 22; א' ברק, "חופש הביטוי ומגבלותיו" הפרקליט מ (תשנ"א) 5. ברשימה זו הבחנתי בין בחינה "פנימית" לבין בחינה "חיצונית". הראשונה בודקת את מהותה הפנימית של זכות האדם ואת היקף העניינים הכלולים בה. הבחינה השנייה בודקת את היחס בין זכות האדם לבין אינטרסים אחרים. כך, למשל, חופש הביטוי כולל בחובו ביטוי שיש בו לשון הרע. עם זאת הדיון מגן על ביטוי זה אם הוא נעשה בתום-לב.

80. בעיה דומה קיימת אם בחוק-היסוד אין כלל "פסקת הגבלה", אך קיימת סתירה בין הוראותיו לבין ההוראות של חוק רגיל.

81. סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת.

82. ראה בג"צ 98/69 ברגמן ואח' נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693.

83. ראה 134, D. Gibson, *The Law of The Charter: General Principles* (1986).

המתנגשים.⁸⁴ נוסחת איוון זו היתה קובעת את היחסים הפנימיים שבין זכויות האדם, בינן לבין עצמן, ואת היחסים שבין זכויות האדם לבין האינטרסים של הכלל.⁸⁵ באה הכנסת, כרשות מכוונת, וקבעה נוסחת איוון משלה בכל הנוגע לחוק הפוגע בזכויות אדם שעוגנו בחוק-היסוד. אכן, "פסקת ההגבלה" אינה אלא נוסחת איוון חוקתית שהרשות המכוונת עצמה קבעה. מעתה, על השופט לפעול על-פי נוסחת איוון זו בכל מקרה בו חוק מבקש לפגוע בזכויות אדם המוכרות על-פי חוק-היסוד.

עם זאת, "פסקת ההגבלה" אינה נוסחת האיוון היחידה והבלעדית. לצדה ימשיכו לחול נוסחאות האיוון השיפוטיות, וזאת בכל אותם מצבים בהם נוסחת האיוון הקבועה בפסקת ההגבלה אינה חלה. טול מקרה בו זכות אדם הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מתנגשת בזכות יסוד הקבועה בחוק-יסוד: חופש העיסוק, האם התנגשות זו תיפתר על-ידי "פסקת ההגבלה" המופיעה בחוק-היסוד, או שמא באיוון שיפוטי שיעשה מחוץ ל"פסקת ההגבלה"? או, טול מקרה בו זכות אדם הקבועה באחד מסעיפי חוק-היסוד (כגון, זכות הקניין) מתנגשת עם זכות אדם הקבועה בסעיף אחר (כגון, חופש היציאה מהארץ). כיצד תאוזן התנגשות זו? עד כמה שהבעיה מתעוררת במסגרת פרשנותו של חוק אחר, ניתן לראות בחוק זה כגופל למסגרת "פסקת ההגבלה", והאיוון ייעשה על-פיה. אך מה הדין אם האיוון אינו נעשה במסגרתו של חוק פלוני? נגיה כי בין ראובן לבין שמעון נכרת חוזה, לפיו ראובן לא ייצא את ישראל כל עוד לא פרע את חובו לשמעון. מה דין הסכם זה לאור ההוראות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? נראה לי כי פתרון הבעיה לא ימצא אך ורק ב"פסקת ההגבלה", וכי יהיה מקום לערוך איוונים שיפוטיים מעבר לה, אם במסגרת המשפט החוקתי (בלבד), אם במסגרת המשפט הפרטי (בלבד), ואם תוך יצירת יחסי גומלין ביניהם.⁸⁶ יחסי גומלין אלה יכולים להתבסס על קשר ישיר בין האיוון החוקתי לבין המשפט הפרטי (כגון, החלת העיקרון החוקתי של השוויון על המשתתפים ביחסים הפרטיים); ויחסי גומלין אלה עשויים להתבסס על קשר עקיף בין האיוון החוקתי לבין המשפט הפרטי. קשר עקיף זה מתבצע באמצעות הדוקטרינות של המשפט הפרטי עצמו (כגון, תום-לב, רשלנות ותקנת הציבור). כך, למשל, ניתן לטעון כי הסכם בין נושה לבין חייב, לפיו מתחייב החייב לא לעשות כל דיספוזיציה בנכסיו כל עוד לא נפרע החוב, הוא הסכם הנוגד את תקנת הציבור.⁸⁷ אכן, לפנינו תזום חדש ומעניין של משפט

יחסי גומלין
במשפט החוקתי

84. לנוסחאות האיוון ראה בג"צ 153/83 לוי ואח' נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393. ראה גם אבנר ברק, "מבחן הוודאות הקרובה במשפט החוקתי", עיני משפט יד (תשמ"ט) 371.

85. על נוסחאות איוון, ראה א' ברק (לעיל, הערה 84), 13, וכן A. Peczenik On Law and Reason (1989); A. Aleinikoff, "Constitutional Law in the Age of Balancing", 96 Yale L.J. (1987) 943.

86. ראה ע"א 294/91 חברה קדישא גחשיא "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום (טרם פורסם).

87. ראה שם.

חוקתי-פרטי, אשר טרם פותח בישראל, ואשר יש להגות כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו יעודד את התפתחותו.⁸⁸

3. "פסקת ההגבלה" בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו פסקת ההגבלה המקיפה ביותר תקימת כיום בישראל היא זו הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. פסקה זו כוללת בחובה ארבעה מרכיבים:

(א) הפגיעה חייבת להיעשות בחוק;

(ב) החוק הפוגע חייב להיות חוק "ההולם את ערכיה של מדינת ישראל";

(ג) החוק הפוגע נועד ל"תכלית ראויה";

(ד) החוק פוגע בזכויות לפי חוק-היסוד "במידה שאינה עולה על הנדרש".

קיים דמיון בין "פסקת ההגבלה" בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לבין "פסקת ההגבלה" (ה- limitation clause) בצ'רטר הקנדי של הזכויות והחירויות, הקובע:

The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

כמו כן, קיים דמיון מסוים בין "פסקת ההגבלה" בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לבין "פסקת ההגבלה" הקבועה בסעיף 29(2) להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם, לפיה:

In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and general welfare in a democratic society.

פסקי-הדין והספרות המשפטית אשר פירשו הוראות אלו עשויים לעניין אפוא את הפרשן הישראלי.⁸⁹ בדומה, קיים דמיון בין "פסקת ההגבלה" הישראלית לבין "פסקאות

88. ברור אפוא, כי היא היקפה של "פסקת ההגבלה" אשר היא, אין חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מוגבל אך לתחומי המשפט הציבורי, ואין הוא מופנה אך לרשות המבצעת (סעיף 11) והמחוקקת (סעיף 8). לחוק-היסוד תחולה, ישירה או עקיפה, גם בתחומי המשפט הפרטי. פשיטא שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מופנה לרשות השופטת, ובאמצעותה לכל הפעולות המשפטיות (של המשפט הפרטי והציבורי).

89. ראה 1 N.J.C.L. (1991) 1 Hogg, "Section 1 Revisited", 1 N.J.C.L. (1991) 1 Weihrribb, "The Supreme Court of Canada and Section One of the Charter", 10 Sup. Ct. L. Rev. 469 (1988).

גם
כך

ההגבלה" הקבועות באמנה האירופית לזכויות האדם.⁹⁰ אף כאן יש לקוות כי הפסיקה והספרות הענפות שנכתבו על האמנה האירופית יפרו את הפרשן הישראלי, ירחיבו את אופקיו הפרשניים ויעניקו לו השראה פרשנית. להלן אדון בארבעת הרכיבים של "פסקת ההגבלה" בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

(א) הרכיב הראשון: הפגיעה חייבת להיות בחוק

"פסקת ההגבלה" בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובעת כמרכיב ראשון, כי אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק". ההוראה המקבילה בקנדה מנוסחת בלשון "prescribed by law". על-פי הפרשנות הקנדית, הדיבור "law" כולל הן חוקים ותקנות והן משפט מקובל מושרש.⁹¹ "פסקת הגבלה" דומה באמנה האירופית, שעניינה הגבלת חופש הביטוי,⁹² פורשה על-ידי בית-הדין האירופי לזכויות האדם, בכללת בחובה הלכות מושרשות של משפט מקובל.⁹³ האם תוצאות דומות יתקבלו בישראל בפירוש הדיבור "בחוק"? חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו מגדיר "חוק" מהו. חוק הפרשנות, תשמ"א-1981, קובע כי "חוק" - חוק של הכנסת או פקודה.⁹⁴ הגדרה זו מן הראוי לה שתתול גם בפירושו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁹⁵ נמצא, כי "בחוק" בפסקת ההגבלה משמעו הגבלה בחוק של הכנסת, אך מה דין חקיקת-משנה הנחקקת מכוח חוק? ומה דין הלכות שיפוטיות שאינן מפרשות דבר חקיקה, אלא מהוות חלק מתוך "המשפט המקובל נוסח ישראל"?⁹⁶ נראה לי כי התשובה על שאלות אלה אינה פשוטה. ניתן לטעון כי חקיקת-משנה, אפילו הוחקה במסגרת הסמכות, אין בכוחה להגביל זכות אדם הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁹⁷ הגבלה כזו נעשית "על-פי חוק"⁹⁷ אך לא "בחוק".

90. ראה Hovious, "The Limitation Clauses of the European Convention of Human Rights", 17 Ottawa L. Rev. (1985) 213.

91. ראה גיבסון (לעיל, הערה 83), 152.

92. ראה סעיף 10(2) לאמנה האירופית. סעיף 110(1) קובע את חופש הביטוי. סעיף 10(2) מוסיף: "The exercise of these freedom... may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interest of national security, territorial integrity or public safety..."

93. ראה Sunday Times Case (1979) 22 Y. of E. Conf. of Hum. Rights 402.

94. סעיף 3 לחוק הפרשנות.

95. כמובן, כל עוד ההגדרה תואמת את הפירוש של חוק היסוד, שאם לא כן, חוק היסוד יתפרש מתוכו הוא.

96. להבחנה זו, ראה א' ברק, "הפעילות השיפוטית לסוגיה: פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט", הפרקליט לט (תש"ן) 267.

97. סעיף 50(ד) לחוק-יסוד: הממשלה החדש קובע, כי אין בכוחן של תקנות שעת חירום להתיר פגיעה בכבוד האדם. האם סביר להניח כי תקנות "רגילות" עשויות להתיר פגיעה שכזו?

97. ראה, למשל, סעיף 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, לפיו אם היה עיסוק מותנה ברשיון, לא תישלל הזכות לרשיון אלא "על פי חוק". כאן ניתן לשלול הזכות באמצעות חקיקת-משנה שהוחקה כדין.

הוראה בחוק המסמך, לפיה הגבלת הזכות תיעשה בדרך של חקיקת-משנה, תעמוד בסתירה לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ודינה להתבטל, אלא אם בכותה לשנות את "פסקת ההגבלה" עצמה. הוא הדין ב"משפט מקובל נוסח ישראל". הלכה שיפוטית אין בכוחה להגביל זכות יסוד המוכרת על-ידי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כדי לקיים את מרכיביה של "פסקת ההגבלה" יש לעמוד על כך שההגבלה תיעשה "בחוק".

(ב) הרכיב השני: חוק "ההולם את ערכיה של מדינת ישראל" והרכיב השלישי: חוק "שנועד לתכלית ראויה"

הרכיב השני ב"פסקת ההגבלה" קובע, כי החוק צריך להיות חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל. הרכיב השלישי, עניינו להבטיח כי החוק נועד "לתכלית ראויה". "פסקת ההגבלה" מבחינה בין שני הרכיבים. כשלעצמי, נראה לי כי השניים קשורים זה בזה. כאשר חוק נועד לתכלית שאינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל, קשה לחלום כי ניתן יהיה לקבוע שהוא נועד לתכלית ראויה. כיצד ניתן לראות תכלית כ"ראויה" אם היא אינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל? יש להניח כי עניין זה יובהר במשך השנים בפסיקתו של בית-המשפט העליון.

הפעלתם של שני הרכיבים מחייבת עריכתן של שתי בדיקות: האחת - בחינת תכליתו של החוק הפוגע; והאחרת - בחינת ערכיה של מדינת ישראל, שהם רלוונטיים לעניין. שתי הבדיקות יעודרו בוודאי בעתיד בעיות קשות וסבוכות. עם זאת, אין אלה בדיקות חדשות. בתי-המשפט הורגלו לעסוק בהן במסגרת פרשנותם של רברי חקיקה, כאשר הניחו כי חוקה על תכלית החוק שאין היא באה לפגוע בערכיה של המדינה.⁹⁸ עתה היא על בתי-המשפט לעסוק בשאלות אלו לא רק במסגרת פרשנותם של דברי חקיקה, אלא גם, ובעיקר, בעניין קביעת תוקפם. מטבע הדברים, שהבחינה החדשה והנוספת תהא חייבת להיות זהירה יותר וקפדנית יותר.

כיצד תיקבע תכליתו של החוק הפוגע? בעניין זה ניתן יהיה להמשיך בפרקטיקה המקובלת. השופט הפרשן יבחן את לשון החוק ואת ההיסטוריה החקיקתית שלו. הוא יפעיל חוקות שונות, המעמידות את המחוקק בחוקתו, שתכלית החוק לא באה לפגוע בעקרונות היסוד של השיטה.⁹⁹ על בסיס כל אלה תגובש תכלית החקיקה. ודוק: החזקה כי תכלית החוק היא להגשים את ערכי היסוד של השיטה ניתנת לסתירה, שאם לא כן, כל חוק יעלה בקנה-מידה עם "פסקת ההגבלה". השאלה תהא, כמוכן, מהו המשקל שיינתן לחזקה זו, ומתי יהא בית-המשפט מוכן לקבוע כי נתונים על דבר תכלית נוגדת (כפי שהם עולים מלשון החוק וההיסטוריה החקיקתית) סותרים את החוקה.

בקביעת תכלית החוק יעמוד השופט בפני השאלה, באיזו רמת הפשטה עליו לקבוע את

98. ראה א' ברק, שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז), 99.

99. ראה בג"צ 282/51 הסתדרות העובדים הלאומית בא"י ואח' נ' שרת העבודה ואח', פ"ד 1, 237, 245.

התכלית?¹⁰⁰ שאלה זו תהא בעלת חשיבות מכרעת, שכן לרוב, ככל שרמת ההפשטה תהא גבוהה יותר היא עשויה להתאים יותר לערכיה של השיטה, ולהיתפס כתכלית ראויה. טול פרשה קנדית¹⁰¹ המדגימה קושי זה: חוק קבע כי רק אזרח קנדי יוכל לשמש כעורך-דין בפרובינציה של קולומביה הבריטית. בית-המשפט העליון של קנדה קבע, פה אחד, כי חוק זה פוגע בעקרון השוויון. על רקע זה התעוררה השאלה אם החוק מקיים את דרישותיה של "פסקת ההגבלה" הקנדית, לפיה נדרש כי תכליתו של חוק תהיה ניתנת לצידוק בחברה חופשית ודמוקרטית. כדי להשיב על שאלה זו, יש לבחון את תכליתו של החוק. ברמת הפשטה נמוכה ניתן לומר, כי תכלית החוק הינה למנוע מזרים מלשמש בעורכי-דין. ברמת הפשטה גבוהה יותר ניתן לומר, כי תכליתו לאפשר עיסוק בעריכת-דין רק לאלה המכירים את החברה הקנדית והכשירים לפעול בה. בית-המשפט העליון בקנדה נחלק, כפסק-דינו, בשאלה זו. עיון בפסק-הדין מורה כי השופטים השונים התמקדו בתכליות שונות ברמות הפשטה שונות.

במקביל¹⁰² לקביעת תכליתו של החוק, יש לקבוע את "ערכיה של מדינת ישראל" שהם רלוונטיים לעניין אותו חוק. כפי שראינו, בחינה זו נעשתה בעבר לעניין פרשנותם של דברי חקיקה ולצרכים אחרים.¹⁰³ עתה תיעשה בחינה זו גם לעניין קביעת תוקפם של דברי חקיקה. התפקיד המרכזי בקביעת ערכי היסוד של ישראל הוטל בעבר על השופטים, שכן ההדרכה החקיקתית היתה מועטה.¹⁰⁴ עתה חל שינוי ניכר בכך. הכנסת, כרשות מכוונת, הצביעה על שניים מערכיה היסודיים של ישראל, דבר זה נעשה בסעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע כי מטרת החוק להגן על כבוד האדם וחירותו, "כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". מעתה

100. לעניין זה ראה הוג (לעיל, הערה 89), 5. ראה גם Tribe and Dorf, On Reading the Constitution (1991).

101. ראה Andrews v. Law Society (British Columbia) (1989) 1 S.C.R. 143. השווה גם Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Procureur General) (1989) 1 S.C.R. 927.

102. אין כל סדר קבוע מראש לעריכתן של שתי הבדיקות. ניתן להתחיל בבדיקת תכלית החוק ולאחר מכן לעבור לבדיקת ערכיה של מדינת ישראל, וניתן להפוך את הסדר. הקובעת אינה נקודת המוצא אלא נקודת הסיום.

103. כגון זכות השתתפותן של רשימות בבחירות לכנסת: ראה טעיף זא לחוק-יסוד: הכנסת, לפיו לא תשתתף רשימת מועמדים בבחירות לכנסת אם במטרותיה או מעשיה יש משום "שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי", או "שלילת האופי הדמוקרטי של המדינה". לעניין זה, ראה ע"ב 2,3/84 ניימן ואח' נ' יריר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225; ע"ב 1/88 ניימן ואח' נ' יריר ועדת בחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מב(4) 177; ע"ב 2/88 בן שלום ואח' נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מג(4) 221.

104. חריגים חשובים נמצאו בהכרזות העצמאות, בחוק השבות, בחוק שיווי זכויות האשה, בחוק הבחירות, בחוק יסודות המשפט ובחוקים אחרים, מהם ניתן היה להסיק על דבר ערכי היסוד של המדינה.

יהא על השופטים לקבוע את ערכי היסוד של המדינה מתוך שהמדינה היא יהודית ודמוקרטית.

פסיקה מקיפה עסקה בעבר באופיה של המדינה כמדינה דמוקרטית. מאז פרשת קול העם¹⁰⁵ גזר בית-המשפט העליון מאופיה הדמוקרטי של המדינה את זכויות היסוד של האדם והאזרח.¹⁰⁶ עם זאת, אופיה הדמוקרטי של המדינה כולל גם את הסדר הציבורי, שלום הציבור, שלטון החוק, הבטחון והקיום הלאומי. אופיה הדמוקרטי של המדינה משתרע כמובן גם על עקרון שלטון הרוב. אכן, המושג "מדינה דמוקרטית" הוא מושג מורכב, בו משמשים זה בצד זה שלטון הרוב, זכויות אדם וסדר ציבורי, בטחון ושלום הציבור.¹⁰⁷ האיזון הראוי בין כל אלה מגבש את ערכיה של מדינה דמוקרטית. המשקל הפנימי שיש ליתן לערכים אלה אינו קבוע בחוק-היסוד עצמו, ובהעדר הגחיה חוקתית נוספת, נתון להכרעה שיפוטית.

קשות יותר הן השאלות, מהי "מדינה יהודית",¹⁰⁸ ומהו היחס בין הדיבור "מדינה יהודית" לדיבור "מדינה דמוקרטית". האם קיימים ערכי יסוד הנגזרים מכך שישראל היא מדינה יהודית, ולא היו נגזרים מתוך כך שישראל היא מדינה דמוקרטית? האם תיתכן סתירה בין יהדותה לדמוקרטייתה של המדינה לעניין גירת הערכים מתוכן? שאלות אלו ייבחנו בוודאי בעתיד על-ידי הפסיקה. לדעתי, הדיבור "יהודית ודמוקרטית" אינו כולל בחובו שני ניגודים, אלא השלמה והרמוניה.¹⁰⁹ תוכנו של הדיבור "מדינה יהודית" ייקבע על-פי רמת ההפשטה שתינתן לו. לדעתי, יש ליתן לדיבור זה משמעות ברמת הפשטה גבוהה, אשר תאחד את כל בני החברה ותמצא את המשותף שבהם. על רמת ההפשטה להיות כה גבוהה, עד שהיא תעלה בקנה אחד עם אופיה הדמוקרטי של המדינה. אכן, המדינה היא יהודית לא במובן ההלכתי-דתי, אלא במובן זה שליהודים זכות לעלות אליה, והווייתם הלאומית היא הווייתה של המדינה (הדבר מתבטא, בין השאר, בלשון ובמועדי המנוחה). ערכי היסוד של היהדות הם ערכי היסוד של המדינה. כוונתי לערכים של אהבת האדם, קדושת החיים, צדק חברתי, עשיית הטוב והישר, שמירת כבוד האדם, שלטון החוק

105. ראה לעיל, הערה 7.

106. ראה א' ברק (לעיל, הערה 98), 97; א' רובינשטיין (לעיל, הערה 6), 712 ואילך.

107. ראה א' ברק (לעיל, הערה 98), 266; ניימן, ע"ב 1/88 (לעיל, הערה 103), 188: "אופיה הדמוקרטי של מדינת ישראל טבוע בה עמוק מיום הקמתה, והדבר גם עולה באופן ברור וגלוי ממילותיה של הכרזת העצמאות. המבטאת את תפיסות היסוד אשר מלוות את המדינה מראשיתה ועד ימינו אלה... התפיסה הדמוקרטית והרגומה לשפת המעשה משתקפת במבנה השלטוני, במעמדם החוקי והמעשי של אזרחיה ותושביה של המדינה, וכן בין היתר, בעיקרון של שלטון החוק, לרבות השוויון בפני החוק" (הנשיא שמגר).

108. לעניין זה ראה ניימן, ע"ב 2/84 (לעיל, הערה 103); וניימן, ע"ב 1/88 (לעיל, הערה 103); תברה קרישא (לעיל, הערה 86).

109. ראה דברי הנשיא שמגר בניימן ע"ב 1/88 (לעיל, הערה 103), 189: "קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי אינו שולל את אופיה הדמוקרטי, כפי שצדפתיותה של צדפת אינה שוללת את אופיה הדמוקרטי".

על המחוקק וכיוצא בהם, ערכים אותם הנחילה היהדות לעולם כולו. הפנייה לערכים אלה היא ברמת ההפשטה האוניברסלית שלהם, התואמת את אופיה הדמוקרטי של המדינה, על כן אין לזהות את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית עם המשפט העברי. אין לשכות כי בישראל מצוי מיעוט לא יהודי ניכר. אכן, ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית הם אותם ערכים אוניברסליים המשותפים לבני החברה הדמוקרטית, ואשר צמחו מתוך המסורת וההיסטוריה היהודית. לצדם, כאמור, יעמדו אותם ערכים של מדינת ישראל אשר צומחים מאופיה הדמוקרטי של המדינה. השילוב וההתאמה בין אלה הם שעיצבו את ערכיה של מדינת ישראל.

לאחר שהשופט גיבש עמדה באשר לתכלית החוק הפוגע מהו ובאשר לערכיה של מדינת ישראל מהו, עליו להשוות ביניהם. עליו לקבוע אם תכליתו של החוק תואמת את ערכיה של המדינה, אם לאו. השוואה זו אינה טכנית. היא מחייבת דגישות זהבנה. יש בה מידה רבה של שיקול-דעת שיפוטי, והיא תעמוד בוודאי במרכז העשייה השיפוטית בעתיד.

(ג) הרכיב הרביעי: פגיעה בזכויות האדם "במידה שאינה עולה על הנדרש" הרכיב הרביעי, והאחרון, של "פסקת ההגבלה" קובע, כי הפגיעה בזכויות האדם צריכה להיות "במידה שאינה עולה על הנדרש". מהבחינה המעשית, זהו הרכיב המורכב ביותר, וייתכן כי בעתיד ייהפך למרכזי ביותר.¹¹⁰ אפילו תכליתו של חוק פוגע ראויה היא, ואפילו הולם הוא את ערכיה של מדינת ישראל, אין די בכך. על החוק לפגוע בזכויות האדם "במידה שאינה עולה על הנדרש". זהו העיקרון של יחסיות או מידתיות. עיקרון זה החל להתפתח לאחרונה בתחום המשפט המינהלי,¹¹¹ ועתה ניתן להיכס מסוים שלו מעמד חוקתי.

בבחינתו של רכיב זה, על השופט לשאול עצמו אם ניתן להגשים את התכלית הראויה במסגרת ערכיה של המדינה, באמצעים הפוגעים פחות בזכויות האדם שחוק-היסוד מעגן בחובו. עמד על כך השופט דיקסון (J. Dickson) בפרשה קנדית, בציינו:

Once a sufficiently significant government interest is recognized then it must be decided if the means chosen to achieve this interest are reasonable - a form of proportionality test. The court may wish to ask whether the means adopted to achieve the end sought to do so by impairing as little as possible the right or freedom in question.¹¹²

110. למצב בקנדה ראה הוג (לעיל, הערה 89), 17.

111. ראה ד' סגל, "עילת העדר היחסיות (disproportionality) במשפט המינהלי", הפרקליט לט (תשנ"א) 507.

112. ראה 366, 321 (4th) 18 D.L.R. (1985) R. v. Big M Drug Mart Ltd.

מכאן, שעל בית-המשפט לשאול עצמו אם המטרה הראויה חשובה דיה כדי להצדיק את מידת הפגיעה בזכויות היסוד.¹¹³ בהקשר זה יש מקום לבחון, בין השאר, אם האמצעים נבחרו בתום-לב להגשמת המטרה; באם האמצעים קשורים באופן רציונלי למטרה; מהם האמצעים החלופיים בהם ניתן לנקוט; האם ניתן להגשים את המטרה באמצעים חלופיים אלה תוך פגיעה קטנה יותר בזכויות האדם המוגנות היטיב להביע זאת השופט דיקסון בפרשה קנדיה אחרת, בציינו:

Once a sufficiently significant objective is recognized, then the party invoking s.1 must show that the means chosen are reasonable and demonstrably justified. This involves "a form of proportionality test"... Although the nature of the proportionality test will vary depending on the circumstances, in each case courts will be required to balance the interests of society with those of individuals and groups. There are, in my view, three important components of a proportionality test. First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in this first sense, should impair "as little as possible" the right or freedom in question.... Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the Charter right or freedom, and the objective which has been identified as of "sufficiently important".¹¹⁴

בהקשר זה תתעורר בוודאי השאלה, אם יש מקום להיוקק לעקרון "מתתם הסבירות"¹¹⁵ שפותח במשפט המינהלי. לשון אחר - האם רשאי בית-המשפט לומר: קיימות מספר דרכים חלופיות, אשר כל אחת מהן פוגעת בזכויות האדם במידה שאינה עולה על הנדרש. במצב זה, המתוקק הוא הקובע את הדרך הראויה, ובית-המשפט לא מחליף את דעת המחוקק בדעתו שלו? או שמא על בית-המשפט לומר: קיימות מספר דרכים חלופיות. כל

113. ראה גיבסון (לעיל, הערה 83), 147.

114. בפרשת R. v. Oakes 1 S.C.R. (1986) 103, 139.

115. לעיקרון זה ראה בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ ג' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421.

אחת מהן פוגעת בזכויות האדם במידה שאינה עולה על הנדרש. לדעתי, מבין הדרכים האמורות דרך פלוגנית היא הראויה ביותר, ובה צריך לבחור. ודוק: כאשר קיימת דרך חקיקתית להגשמת מטרות החקיקה הפוגעת בזכויות האדם במידה פחותה מזו שנבחרה על-ידי המחוקק, על בית-המשפט לבטל חוק שאינו בוחר בדרך זו. אך מה הדין אם במספר דרכים תלופיות מצויה מידה שווה של פגיעה? לדעתי, במקרה זה על השופט לקבוע כי החוק מקיים את היחסיות הנדרשת. ההכרעה בין שני חוקים, אשר שניהם מקיימים באותה מידה את דרישת היחסיות, צריכה להיות בידי המחוקק.

4. "פסקת ההגבלה" בחוק-יסוד: חופש העיסוק.

"פסקת ההגבלה" בחוק - יסוד: חופש העיסוק היא קצרה ותמציתית. היא קובעת:

אין מגבילים זכות זו אלא בחוק, לתכלית ראויה ומטעמים של טובת הכלל.¹¹⁶

חרף השוני בין "פסקת הגבלה" זו לבין "פסקת ההגבלה" בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו,¹¹⁷ יש לשתיהן גרעין משותף. שתי הפסקאות קובעות כי על ההגבלה להיות "בחוק".¹¹⁸ שתיהן קובעות כי על התכלית להיות ראויה.¹¹⁹ כפי שציינתי, במסגרת התכלית הראויה ניתן לכלול הגשמת ערכיה של מדינת ישראל,¹²⁰ ודאי שערכים אלה ניתנים להיכלל במסגרת "טובת הכלל". ב"פסקת ההגבלה" של חוק-יסוד: חופש העיסוק חסר הרכיב שעניינו "במידה שאינה עולה על הנדרש". שוני זה מעורר בעיה פרשנית שאינה פשוטה. האם רכיב זה, שעניינו היחסיות או המידתיות של האמצעי הנקט ביחס למטרה הראויה,¹²¹ נדרש ומוכר במסגרתו של חוק-יסוד: חופש העיסוק, חרף העדרה של הוראה מפורשת בעניין זה? אכן, רצוי הוא כי תסרוך זה יתוקן, וכי "פסקת ההגבלה" בשני

116. סעיף 1 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

117. לפסקה זו ראה לעיל, עמ' 26-33.

118. לדרישה זו ראה לעיל, עמ' 27-28. השווה הדיבור "בחוק" בסעיף 1 לחוק-יסוד: חופש העיסוק (שעניינו "פסקת ההגבלה") לדיבור "על-פי חוק" שבסעיף 2 לחוק-היסוד (שעניינו טעמים לרישוי).

119. לדרישה זו ראה לעיל, עמ' 28-30.

120. ראה לעיל, עמ' 28.

121. ראה לעיל, עמ' 31.

חוקי-היסוד תהא והה.¹²² כל עוד הכנסת (כרשות מכוונת) לא אמרה דברה, יהא על בית-המשפט לפתור קושי זה בדרך פרשנית. לדעתי, יש לקבוע - על בסיס הרצון להשיג אחדות חוקתית - כי גם במסגרת חוק-יסוד: תופש העיסוק נדרשת המידתיות. ניתן לומר כי חוק שאינו מקיים דרישה זו, אינו מקיים את הרכיב של "טובת הכלל". עם זאת, השאלה אינה נקיייה מספקות, ורצויה הבהרה חקיקתית.

ה. סוף דבר

הצורך בזכויות אדם "הכתובות על ספר" שנוי במחלוקת.¹²³ המחוקק הכריע במחלוקת זו, והעלה את תופש העיסוק וכבוד האדם וחירותו "על ספר". בכך שונו "כללי המשחק" החוקתיים. אם עד כה ניתן לשופטים "נשק קונבנציונלי" לטיפול בחקיקה בדרך הפרשנות ולצידת משפט מקובל ישראלי, הרי עתה ניתן לשופטים "נשק לא קונבנציונלי", המאפשר ביטולו של דבר חקיקה שאינו מקיים את דרישות חוקי-היסוד. בכך ביטאה הכנסת, כרשות מכוונת, אמון בשופטי ישראל. משוכנע אני כי השופטים ראויים לאמון זה, ואף יצדיקו אותו. השימוש בסמכויות שניתנו להם ייעשה בוהירות מרבית, תוך מודעות לאחריות הכבדה המוטלת עליהם. ביטול דבר חקיקה של הרשות המחוקקת, המייצגת את העם, אינו דבר של מה בכך. חוקה על חוק שהוא תואם את "פסקת ההגבלה" שבחוק-יסוד. בכך מובטחת הרמוניה נורמטיבית. עם זאת, במקרים המתאימים אין מנוס מביטול חוק "רגיל" הסותר חוק-יסוד. מטרתם של חוקי-היסוד - בדרך של פסקת ההגבלה ופסקת השריון - לרסן את המחוקק עצמו. תכליתם היא ליתן ביטוי לערכי היסוד של העם, שאף המחוקק "הרגיל" חייב להיות כפוף להם. אכן, כאשר שופט מבטל חוק של הכנסת, בשל היותו מנוגד שלא כדין לאחד מחוקי-היסוד, אין הוא מבצע בכך פעולה שאינה מתיישבת עם הדמוקרטיה - נהפוך הוא: שופט המבטל חוק שנוגד חוק-יסוד נתון ביטוי לתפיסות היסוד של החברה, היאני מאמין של האומה, ולערכי היסוד מהם צמח העם, עליהם הוא מתחנך ולמענם הוא נלחם. אותו שופט פועל אפוא להגשמת הדמוקרטיה במובנה הנעלה ביותר. אמת, בביטולו של חוק הנוגד חוק-יסוד, מסכל השופט את רצונו של הרוב בבית-המחוקקים. עם זאת, הוא מגשים בכך את רצונו של הרוב ברשות המכוונת. הוא נתון ביטוי לעקרונות ולערכי היסוד המושרשים בתודעה הלאומית, והמשקפים את "האני מאמין" של הציבור הנאור, פרי התפתחות היסטורית, מסורת ומאוזניים של העם.

122. שאלה חשובה היא, אם רצויה "פסקת הגבלה" אחת ויחידה, אשר תתול על כלל זכויות האדם, או שמא רצוי להצמיד לכל זכות אדם "פסקת הגבלה" משלה? הצירטר הקנדי והאמנה האוניברסלית נקטו בשיטה הראשונה. האמנה האירופית לזכויות האדם נקטה בשיטה השנייה. לעומת זאת, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נקט בעמדת ביניים. חוק-יסוד זה קובע מספר זכויות אדם - אך לא כולן - וקובע לכל הזכויות הללו "פסקת הגבלה" אחת ואחידה. לענין זה ראה י' דינשטיין, המשפט הבינלאומי העל-מדינתי (תש"ם), 143.

123. ראה מ' לנדוי, "חוקה כחוק עליון למדינת ישראל", הפרקליט כו (תשל"א) 30. ראה גם ר"ב-שיח: חוקה לישראל - האם ומתי, עיוני משפט יא (תשמ"ז) 17.

כבדה המשימה המוטלת על שופט בחברה דמוקרטית בכל מקום בעולם. כבדה במיוחד המשימה המוטלת על שופטי ישראל. המדינה נמצאת במאבק על קיומה. החברה נמצאת במאבק על זהותה. המשטר נאבק על מהותו. בתנאים אלה קיימת נטייה להקצנה ולהחרפה. קיים חשש של פגיעה בעקרונות יסוד. על רקע זה חשובה במיוחד החקיקה החדשה, אשר יצאה מהכנסת ואשר הגבילה את הכנסת, וכפפה אותה לעקרונות היסוד. מעתה, בית-המשפט יוכל לא רק לפרש חוק הנוגד את עקרונות היסוד, אלא גם להצהיר על בטלותו. בכך העניק העם לשופטיו מכשיר רב-עוצמה. עתה, שנתן לנו העם את הכלים - נעשה את המלאכה.

