

זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות

אהרון ברק*

א. הקדמה; 1. הצגת הבעיה; 2. השלבים בהפעלת חוקי-היסוד. ב. היקפן של זכויות האדם; 1. היקפה של זכות האדם; 2. כבוד האדם וחירותו; 3. זכות האדם המוגנת והמשפט הפרטי. ג. הגבלות "פנימיות" על זכויות האדם: "פסקת הגבלה" הלכתית; 1. היקפן של זכויות אדם ביחסיהן ההדדיים; 2. איוון "פנימי" ואיוון "חיצוני"; 3. נוסחת האיוון "הפנימי". ד. הגבלות "חיצוניות" על זכויות האדם: "פסקת הגבלה" חקוקה; 1. תפקידה של "פסקת ההגבלה" החקוקה; 2. חשיבותה של "פסקת ההגבלה" החקוקה. ה. פרשנות חכליתית של "פסקת ההגבלה". ו. סיכום: מהפיכה מחשבתית.

א. הקדמה

1. הצגת הבעיה

הכנסת, כרשות מכוננת¹, חוקקה לאחרונה את חוק-יסוד: חופש העיסוק² ואת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.³ בכך הביאה הכנסת למהפיכה חוקתית.⁴ זכויות האדם,

* שופט בית-המשפט העליון. רשימה זו היא עיבוד של הרצאה על "Balancing Rights: Principles and Perspectives" (Canada-Israel Law Conference) אשר ניתנה בכנס ישראל-קנדה שנערך בירושלים ב-20-23 בדצמבר 1992, על הנושא "לקראת חקיקת יסוד בזכויות האדם" (Chartering Human Rights).

1. על הכנסת כרשות מכוננת, ראה א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה רביעית, כרך ראשון, תשנ"א), 447.
2. ס"ח תשנ"ב, 114.
3. ס"ח תשנ"ב, 150.
4. ראה א' ברק, "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות", משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג), 9.

אשר היו עד עתה בעיקר⁵ פרי ההלכה הפסוקה,⁶ הועלו "עלי ספר". יחד עם המעבר מטקסט לא-חקוק לטקסט חקוק, חל שינוי מהותי בכוחן הנורמטיבי של זכויות האדם. חוקי-היסוד העלו אותן לרמה נורמטיבית חוקתית, העומדת מעל לרמתו הנורמטיבית של חוק "רגיל". מסקנה זו ברורה היא לעניין חוק-יסוד: חופש העיסוק. חוק-יסוד זה קובע, כי "אין לשנות חוק-יסוד זה אלא בחוק-יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת".⁷ נמצא, כי חוק "רגיל" – ואף חוק-יסוד שנתקבל ברוב "רגיל" – הנוגד את חופש העיסוק, ידו של חופש העיסוק על העליונה. על-פי המסורת המשפטית שלנו,⁸ בית-המשפט מוסמך להכריז על סתירה זו ולקבוע בעקבותיה, כי החוק "הרגיל", כולו או מקצתו, בטל.⁹ סמכות זו לביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק¹⁰ נתונה לבית-משפט בישראל¹¹ ללא כל צורך בהוראת דין מפורשת, והיא גזרת מתפיסתה של שיטתנו, כי חוק-יסוד משוריין הוא בעל עליונות פוליטית ומשפטית גם יחד. רמתו הנורמטיבית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינה נקייה מספקות. אין בו הוראת שריון.¹² ניתן לטעון, כי דינו כדין חוק-יסוד "לא משוריין", אשר אינו נהנה מעליונות נורמטיבית.¹³ מסקנה זו נראית לי שגויה.¹⁴ הגני סבור, כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נהנה מעליונות נורמטיבית, בדומה

5. אך לא כולן. כך, למשל, שוויון המינים עוגן בחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951.
6. "זכויות יסוד שאינן כתובות על ספר", אלא הן נובעות במישרין מאפיה של מדינתנו כמדינה דמוקרטית השוחרת חופש": השופט לנדוי בבג"צ 243/62 אולפני הטרטה בישראל נ' גרי ואח', פ"ד טז 2407, 2415, בעקבות השופט ש' ז' חשין בבג"צ 1/49 בזרנו נ' שר המשטרה ואח', פ"ד ב 80, 82-83.
7. סעיף 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.
8. על "מסורת משפטית" בכלל ועל המסורת המשפטית שלנו, ראה א' ברק פרשנות במשפט (1992, כרך א'), 179; ראה גם א' ברק, "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה", הפרקליט מ (תשנ"ב), 197.
9. ראה בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג (1) 693; בג"צ 246/81 אגורת דרך ארץ ואח' נ' רשות השידור ואח', פ"ד לה (4) 1; בג"צ 141/82 רובינשטיין ואח' נ' יושב ראש הכנסת ואח', פ"ד לו (3) 141; בג"צ 142/89 תנועת לאריר ואח' נ' יושב ראש הכנסת ואח', פ"ד מד (3) 529.
10. המכונה בעגה המקצועית: Judicial review of legislative action: למהותה של ביקורת זו ולבעיותיה, ראה Mc Whinney, *Judicial Review in the English Speaking World* (3rd ed., 1965).
11. הסמכות לביקורת שיפוטית נתונה לכל בית-משפט בישראל. אין היא מיוחדת לבית-המשפט הגבוה לצדק.
12. בהצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נקבעה (בסעיף 9) הוראת שריון. ההצעה נפלה בקריאה השנייה והשלישית.
13. ראה בג"צ 148/73 קניאל נ' שר המשפטים ואח', פ"ד כז (1) 794; בג"צ 107/73 "נגב" – תחנת שרות לאוטומוביל בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד כח (1) 640; בג"צ 60/77 רסלר נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ואח', פ"ד לא (2) 556.
14. ראה ברק הערה 4 לעיל וכן ברק הערה 8 לעיל עמ' 561. ספקות בלבי אם גישתו של

לחוק-יסוד: חופש העיסוק. מסקנתי זו מתבססת בעיקר על "פסקת ההגבלה" שבסעיף 8 לחוק-היסוד, הקובעת:

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

תכליתה של "פסקת ההגבלה" היא, לצמצם את סמכותה של הכנסת כרשות מחוקקת.¹⁵ תכלית זו תוכשל אם חוק "רגיל" מאוחר יוכל לפגוע בזכות אדם הקבועה בחוק-היסוד בלא לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה.¹⁶

שני חוקי-היסוד מכירים במספר זכויות אדם.¹⁷ זכויות האדם מנוסחות בלשון רחבה. כל זכות מנוסחת באופן "מוחלט" בלא שתכלול, כחלק מהגדרת הזכות, הגבלות או הסתייגויות. "אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם";¹⁸ "אין פוגעים בקניינו של אדם";¹⁹ "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת";²⁰ "כל אדם חופשי לצאת מישראל";²¹ "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו";²² "אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו".²³ זכויות היסוד המוגנות בחוקי-היסוד אינן "מוחלטות". הן זכויות "יחסיות" בלבד. "יחסיות" זו אינה גובעת מעצם ניסוחן של זכויות האדם, אלא ממיקומן בחוקי-היסוד ומההגבלות שחוקי-היסוד מטילים עליהן.

מטרתה של רשימה זו לבחון את היקפן של זכויות האדם ואת ההגבלות שמותר להטיל עליהן. בחלקה הראשון של הרשימה אעמוד על היקפן של זכויות האדם הקבועות

בית-המשפט העליון לחוק-יסוד "לא משוריין" ראויה היא. ראה ברק (לעיל, הערה 8) עמ' 560.

15. סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ראה גם סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה".

16. ראה סעיף 1 לחוק המעבר, תש"ט-1949: "לבית המחוקקים במדינת ישראל יקרא 'הכנסת'".

17. חוק-יסוד: חופש העיסוק מסדיר את הזכות "לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד" (סעיף 1). חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע רשימה של זכויות יסוד, ובהן כבוד האדם וחירותו, זכות הקניין, החירות האישית (ממאסר, מעצר, הסגרה), חופש התנועה מישראל והכניסה אליה, פרטיות וצנעת הפרט. אשר להיקפה של רשימה זו, ראה עמ' 256-261 להלן.

18. סעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

19. סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

20. סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

21. סעיף 6(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

22. סעיף 7(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

23. סעיף 7(ג) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

בחוקי-היסוד. אבחן במסגרת זו את התחום, אשר זכות אדם פלוגית מסדירה ואת היקף תחולתה. בהקשר זה אעמוד בקצרה על השאלה, אם זכויות האדם מכוונות אך כלפי השלטון או שהן מכוונות גם כלפי פרטים אחרים. בחלקיה האחרים של הרשימה אבחן את ההגבלות הלגיטימיות שחוק-היסוד מטיל על זכויות האדם. הגבלות אלה הן, לרעתי, משני סוגים עיקריים: הגבלות "פנימיות" והגבלות "חיצוניות". בחלקה השני של הרשימה אעמוד על ההגבלות "הפנימיות" המוטלות על זכויות אדם. הגבלות אלה הן "פנימיות" שכן הן נובעות מעצם קיומן של זכויות האדם. הן נגזרות מהצורך ליישב בין זכויות אדם המצויות בידי פרטים שונים והנוגדות זו את זו. בחלקה השלישי של הרשימה אבחן את ההגבלות "החיצוניות" על זכויות אדם. הגבלות הן "חיצוניות" אם הן נובעות מדבר חקיקה המבקש "לפגוע" בזכות יסוד.

2. השלבים בהפעלת חוקי היסוד

חלקיה של הרשימה נגזרים מהשלבים, אשר הפרשן חייב לנקוט בהם, מקום שמועלית הטענה, כי דבר חקיקה²⁴ פוגע שלא כדין בזכות אדם מוגנת. שלבים אלה הם שניים:²⁵ ראשית, על הפרשן לבחון, אם דבר החקיקה אכן "פוגע" בצורה כלשהי בזכות אדם הקבועה בחוקי-היסוד. לשם כך על הפרשן לפרש את זכות היסוד ואת יחסה לזכויות היסוד האחרות, ואת דבר החקיקה, שלפי הטענה פוגע בה. "נטל הראייה" בשלב זה מוטל על זה הטוען לפגיעה בזכות אדם. ההנחה הינה, כי הכל נעשה כדין, וזכות האדם אינה נפגעת שלא כדין. אם יסתבר כי דבר החקיקה אינו "פוגע" בצורה כל שהיא בזכות אדם בטיסית, תסתיים הבחינה החוקתית. אם לעומת זאת, יתברר, כי דבר החקיקה אכן פוגע בזכות אדם, על הפרשן לעבור לשלב שני בבדיקתו. בשלב השני נבחנת השאלה, אם הפגיעה בזכות היסוד היא כדין. במסגרת זו על הפרשן לבחון, אם דבר החקיקה מקיים את דרישותיה של "פסקת ההגבלה". כך, למשל, אם הזכות הנפגעת היא חופש העיסוק, והפגיעה באה מחוק "רגיל", על הפרשן לבחון אם החוק הרגיל נחקק "לתכלית ראויה, ומטעמים של טובת הכלל".²⁶ "נטל הראייה" בשלב זה מוטל על הטוען לחוקיות ההגבלה. נקודת המוצא הינה, כי זכות אדם נפגעה, והטוען לחוקיות הפגיעה – הנטל עליו.

ב. היקפן של זכויות האדם

1. היקפה של זכות האדם

השלב הראשון בפרשנותם של חוקי-היסוד מתמקד בקביעת היקף הפריסה של זכויות

24. שלבים מאוחרים קיימים במקום שהתלונה הינה, כי זכות אדם של אלמוני נפגעה על-ידי פעולתו של פלוני.

25. ראה ברק (והערה 4 לעיל), עמ' 23; ראה גם Peck, "An Analytical Framework for the Application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms", 25 Osgoode Hall L.J. 1 (1987).

26. סעיף 1 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

האדם. על הפרשן לפרש את הטקסט החוקתי המעגן את זכויות האדם. פרשנות זו צריכה להעשות על-פי השיטה הפרשנית התכליתית.²⁷ על הפרשן לבחון תחילה את לשון הטקסט החוקתי, ועליו לקבוע את מיתחם האפשרויות הלשוניות הטמונות בו.²⁸ בחינה זו היא במהותה בלשונית, ומהותו החוקתית של הטקסט אינה מעלה ואינה מורידה. על הפרשן לשאול את עצמו, מהו היקף הפריסה הלשונית, בשפה העברית, של לשון הטקסט החוקתי. מה נכלל, בשפה העברית, בדיבור "פרטיות"²⁹ או "צנעת חייו"³⁰; מהי "רשות היחיד"³¹ ומהו "קניינו" של אדם.³² לאחר שנקבע מיתחם האפשרויות הלשוניות, על הפרשן לגבש את התכלית העומדת ביסוד ההסדר החוקתי המעגן בחובו זכויות אדם. תכלית זו היא מושג נורמטיבי.³³ היא קונסטרוקציה משפטית. אלה הן המטרות, הערכים והעקרונות של מדינת ישראל, כמדינה יהודית ודמוקרטית.³⁴ על מטרות, ערכים ועקרונות אלה לומד הפרשן מהטקסט החוקתי עצמו, מההיסטוריה שלו (לפני היווצרותו ואתרו), מפסיקתם של בתי-המשפט, ומתפיסות השופט באשר לזכויות אדם בחברה יהודית ודמוקרטית.³⁵ עמד על כך השופט דיקסון (Dickson) בפרשה קנדיה בציינו:³⁶

The purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the Charter itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning

27. על הפרשנות התכליתית בדרך כלל, ראה ברק הערה 8 לעיל עמ' 319. על הפרשנות התכליתית בפרשנות חוקתית, ראה א' ברק, "פרשנותם של חוקי-היסוד", משפטים כב 31; ראה גם דברי השופט דיקסון (Dickson) בפרשת R. v. Big M. Drug Mart Ltd. 1 [1985] S.C.R. 295, 344: "The proper approach to the definition of the rights and freedoms guaranteed by the Charter was a purposive one. The meaning of the right or freedom guaranteed by the Charter was to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; it was to be understood, in other words, in the light of the interest it was meant to protect"

28. ראה א' ברק (לעיל, הערה 27), עמ' 39.
29. סעיף 7(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
30. סעיף 7(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
31. סעיף 7(ב) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
32. סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
33. ראה א' ברק (לעיל, הערה 4), עמ' 28-29, ברק (לעיל, הערה 27), עמ' 41.
34. סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראה עמ' 261 להלן.
35. ראה א' ברק (לעיל, הערה 28), עמ' 41.
36. בפרשת Big M (לעיל, הערה 27), עמ' 341.

and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated with the text of the Charter.

בקביעת היקפה של זכות אדם - כגון, היקפו של "קניין" - על הפרשן לנקוט ב"מבט רחב".³⁷ על הפרשן לצאת מתוך נקודת המוצא, כי "עניין לנו בהוראה הקובעת אורחות חיים. עניין לנו בניסיון אנושי החייב להתאים את עצמו למציאות חיים משתנה".³⁸ פרשנות מתוך "מבט רחב" משמעותה פרשנות שאינה טכנית-לגליסטית,³⁹ אלא מהותית ו"נדיבה".⁴⁰ פרשנות מתוך "מבט רחב" היא פרשנות בה מתבסס הפרשן על לשון, היסטוריה, פילוסופיה, היגיון, משפט ונבואה גם יחד.⁴¹ פרשנות מתוך "מבט רחב" אינה שקולה כנגד פרשנות "מרחיבה".⁴² פרשנות מרחיבה של זכות אדם אחת מסבעה שהיא מצמצמת זכות אדם אחרת. אין כל אפשרות ליתן לכל זכויות האדם פרשנות מרחיבה. זאת ועוד: פרשנות מתוך "מבט רחב" אין משמעותה מתן מובן (משפטי) התואם את המובן המילולי הקיצוני ביותר. יש ליתן ללשון הטקסט החוקתי את אותו מובן - רגיל או מיוחד, סבצי או חריג - המגשים את תכליתו של הטקסט החוקתי. עמד על כך השופט דיקסון, בציינו, כי הפרשנות החוקתית צריכה להיות "נדיבה" ולא "לגליסטית", והוא הוסיף:⁴³

At the same time it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question, but to recall that the Charter was not enacted in a vacuum, and must therefore ... be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts.

אכן, אין ליתן ללשונו של חוק-היסוד פרשנות מרחיבה מדי - "היורה" הרחק מדי - ואין ליתן לו פרשנות צרה מדי - "היורה" קרוב מדי. יש ליתן ללשונו של חוק-היסוד

37. כביטוי של השופט אגרנט בד"ב 13/60 היועץ המשפטי לממשלה נ' מתאנה, פ"ד טו 442, 430.

38. דברי בע"ב 2/84 ניימן נ' ועדת הבחירות ואח', פ"ד לט (2) 225, 357; ראה גם בג"צ 428/86 ברזילי נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד מ (3) 505, 594.

39. כביטוי של השופט וילברפורס (Wilberforce) *Minister of Home Affairs v. Fisher et al.*, 3 [1979] All E.R. 21, 25: "A generous interpretation avoiding what has been called 'the austerity of tabulated legalism' suitable to give individuals the full measure of the fundamental rights and freedoms referred to".

40. ראה דברי השופט דיקסון (Dickson) בפרשת Big M (לעיל, הערה 27), עמ' 344.

41. ראה א' ברק (לעיל, הערה 27), עמ' 53.

42. ראה בג"צ 428/86 (לעיל, הערה 38), עמ' 618.

43. בפרשת Big M (לעיל, הערה 27), עמ' 360.

פרשנות תכליתית המגשימה את תפיסות היסוד החברתיות באשר לזכויות אדם במדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

2. כבוד האדם וחירותו

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מעמיד את כבוד האדם וחירותו ביסוד זכויות האדם בישראל. מטרתו של חוק-היסוד היא "להגן על כבוד האדם וחירותו"⁴⁴. נקבע בו, כי "אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם"⁴⁵. מה היקפה של זכות זו? מבחינה לשונית "כבוד האדם וחירותו" מתפרס על תחום נרחב של פעולות. כל פעולה הפוגעת בחייו, בגופו או בשמו הטוב של אדם פוגעת "בכבוד האדם", וכל פעולה השוללת את חופש הרצון פוגעת ב"חירותו". היקפה של זכות האדם בדבר "כבוד האדם וחירותו" תיקבע, איפוא, בעיקר על-פי תכליתה של הזכות ומטרותיה.

מה ביקש חוק-היסוד להבטיח, שעה שהכיר בכבוד האדם וחירותו כזכות יסוד חוקתית? מבנה חוק-היסוד מלמד, כי הוא מכיר במספר זכויות אדם מיוחדות הנגזרות מכבוד האדם וחירותו, כגון, זכות הקניין,⁴⁶ החירות ממאסר, מעצר והסגרה,⁴⁷ חופש היציאה מישראל⁴⁸ והזכות לפרטיות ולצנעת החיים.⁴⁹ על כל אלה יש להשקיף – על-פי מבנה החוק – כביסויים מיוחדים של כבוד האדם וחירותו, אשר לגביהם נקבע הסדר מיוחד. כבוד האדם וחירותו נתפס, איפוא, מעבר לעניינים מיוחדים אלה.

מהו היקפה של הזכות ומהן גבולותיה? האם כבוד האדם וחירותו כולל שוויון, חופש האמונה והדת וחופש הביטוי והיצירה, האסיפה וההתאגדות? כל אלה נכללו בטיסת חוק-יסוד: זכויות האדם.⁵⁰ יוזמיו של חוק-יסוד: כבוד האדם נטלו חלק מהזכויות הכלולות בטיסת חוק-יסוד: זכויות האדם, מתוך תקווה שסעיפיו האחרים יתוקקו בנפרד. ניתן לומר, איפוא, על-פי שיטה פרשנית טובייקטיבית, – כי החלקים שנחקקו – ובהם הוראה בדבר כבוד האדם וחירותו – אינם כוללים את מלוא הזכויות שניתן לגזור מכבוד האדם וחירותו, שכן אלה האחרונות אמורות להחקק בשלבים מאוחרים יותר.

אך האם זו אכן היתה כוונתם של חברי הגוף המכונן? האם ביקשו להגביל את כבוד האדם וחירותו אך לאותה גזרה שאינה כלולה במסגרת זכויות האדם האחרות הקבועות בטיסת החוק? התשובה על שאלה זו אינה ברורה כלל ועיקר.⁵¹ על כל פנים, פרשנות

44. סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. יצויין כי בין זכויות האדם לא מוזכרת החירות כזכות העומדת בפני עצמה. סעיף 5 דן בחירות האישית. זו אינה ממצה את מלוא החירות.

45. סעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

46. סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

47. סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

48. סעיף 6(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

49. סעיף 7(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

50. הצעה זו נערכה במשרד המשפטים בשנת 1991 אך לא הגיעה לשלב של הצעת חוק ממשלתית.

51. ראה קרפ, "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ביוגרפיה של מאבקי כוח", להלן בעמ' 323.

תכליתית אינה גותנת להיסטוריה החקיקתית מעמד כה מכריע. הפרשנות התכליתית מכוונת לתכלית (האובייקטיבית) של חוק-היסוד. היא רואה בכוונה (הסובייקטיבית) של מחברי החוק אמצעי לגיבוש התכלית. אכן, אין להקפיא את הבנתו של חוק-היסוד לרמת הבנתם של מחבריו. החוק תמיד חכם מהמחוקק.⁵² בצדק ציין השופט למר (Lamer) כי:⁵³

If the newly planted 'living tree' which is the Charter is to have the possibility of growth and adjustment over time, care must be taken to ensure that historical materials ... do not stunt its growth.

וברוח דומה נפסק אצלנו לעניין פירושו של חוק-יסוד. קובע הנשיא שמגר:⁵⁴

המענה לשאלה מה משמעותן של מלות החוק אינו עולה מן הנסיון לגלות את חקרי הלב של חברי הועדות שתמצית דבריהם שרדו בפרוטוקולים שמעולם לא פורסמו. מקובלת עלי ההשקפה כי התשובה לשאלה זו טמונה בהבנתה של התכלית החקיקתית וזו האחרונה עולה מן הפרשנות החוקתית הרחבה, כפי שמתחייב, של מלות החוק על פי מטרתן הגלויה, מן הרקע וההתפתחות המשפטיים, מן האנאלוגיה החוקתית, ממאפיניה של שיטת המשפט ושל התפיסות החוקתיות שלנו.

וברוח דומה ציינתי במקום אחר:⁵⁵

במסגרת פירושה של חוקה ושל חוק-יסוד, יותר משיש להתרכז בכוונת יוצרי המסמכים, יש להתרכז בתפיסות היסוד של האומה.

52. כאמרתו של רדברוק (Radbruch); ראה G. Radbruch, "Legal Philosophy", *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch and Dabin* (Tran. K. Wilk., 1950), 141: "The interpreter may understand the law better than its creators understood it; the law may be wiser than its authors - indeed, it must be wiser than its authors".

53. בפרשת *Re B.C. Motor Vehicle Act* ([1985] 2 S.C.R. 486). בגישה דומה נוקט D. P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (1989), 49: "In Germany original history - that is, the intentions of the framers - is not an independent source of constitutional interpretation. The court has declared that 'the original history of a particular provision of the Basic Law has no decisive importance' in constitutional interpretation".

54. בג"צ 428/86 (לעיל, הערה 38), עמ' 560. ראה גם דברי, באותה פרשה, בעמ' 593.

55. ראה א' ברק *שיקול דעת שימוטי* (תשמ"ז), עמ' 332.

כלומר, במערך הקונסטיטוציוני הכולל, בהתאמה בין רשויות השלטון השונות, בהרמוניה עם יסוד המשטר והשלטון, בצורך להבטיח איזון ובקרה, ובצורך להגשים עקרונות יסוד קונסטיטוציוניים, כגון משטר דמוקרטי, זכויות אדם, שלטון החוק והפרדת רשויות.

על-פי גישה פרשנית זו, המושג "כבוד האדם וחירותו" צריך לקבל את משמעותו המלאה. יש ליתן לו אותו תוכן, אשר ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית מעניקים (אובייקטיבית) למושג "כבוד האדם וחירותו". מהותו תיקבע על-פי תפיסות היסוד של "הציבור הנאור" בישראל.⁵⁶ על כן, יש לכלול במסגרת "כבוד האדם וחירותו" את השוויון, חופש הביטוי, חופש האמונה והדת, חופש היצירה, האסיפה וההתאגדות. כל אלה הם ביטוי לכבוד האדם וחירותו במדינה יהודית ודמוקרטית. אכן, ביסוד תפיסתו של חוק-היסוד את כבוד האדם וחירותו עומדת ההכרה, כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על-פי רצונו הוא, וזאת במסגרת החברתית עמה הוא קשור ובה הוא תלוי.⁵⁷ כבוד האדם, על-פי תפיסתה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, נפגע על-ידי "מעשה המביא אדם לירי ביזיון או בושה או מבוכה".⁵⁸ אכן, במתן תוכן לדיבור "כבוד האדם וחירותו", על השופט לאפיין את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. מתוך תפיסה רחבה זו – על רקע המובן העולה מהטקסט וההיסטוריה שלו – עליו לקבוע את היקף הפריסה של הדיבור "כבוד האדם וחירותו". על רקע תפיסה זו, נראה לי, כי "כבוד האדם וחירותו" כולל את האוטונומיה של הרצון הפרטי, כלומר את עצם הרצון לפעול או להמנע מלפעול, לכרות חוזה או להמנע מכריתתו. חופש החוים הוא, איפוא, חלק מכבוד האדם וחירותו.

56. על "הציבור הנאור" ראה דברי השופט לנדוי בע"א 461/62 צים ג' מזיאר, פ"ד יז 1319, 1335: "אין זאת אומרת, שבית-המשפט רשאי להתערב כרצונו ביחסי חוזה, לפי השקפתו הפרטית של השופט על מה שטוב ומועיל בעיניו מבחינות עקרוניות אלו, אלא עליו להיות פרשן נאמן להשקפות המקובלות על הציבור הנאור, שבתוכו הוא יושב".

57. בפסיקה של בית-המשפט החוקתי הגרמני צויין כי "כבוד האדם" משמעותו, בין השאר, כי האדם אינו אך אמצעי; פרשת המדגם: (1969) 1 Bverf GBE 27. ראה קומרס (לעיל, הערה 53), עמ' 306.

58. השופט ח' כהן בכג"צ 355/79 קטלן ואח' נ' שירות בתי הסוהר ואח', פ"ד לד (3) 294, 306. ראה גם ע"פ 3640/92 גבאי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם): "מעשי הפליה ובזיון אלה פוגעים הם בצורה קשה וחמורה בגופו ובכבודו של אדם באשר הוא אדם" (המשנה לנשיא, השופט אלון).

3. זכות האדם המוגנת והמשפט הפרטי

היקפה של זכות האדם קשור בשאלה, מיהו "האידיך גיסא" של בעל הזכות. האם החובה, הערר הזכות או הכפיפות⁵⁹ הן רק של רשויות השלטון, או שמא הן גם של פרטים אחרים במסגרת השיטה? שאלה זו היא בעלת חשיבות רבה. צמדנו עליה במקום אחר.⁶⁰ בהקשר שלפנינו אציין רק זאת, כי לדעתי זכויות האדם המוגנות הקבועות בחוקי-היסוד מכוונות הן כלפי השלטון והן כלפי הפרט. כנגד חופש העיסוק של האדם, המוגן בחוק-היסוד, עומדות רשויות השלטון ועומד כל אחד מהפרטים בשיטת המשפט. כנגד זכות הקניין של האדם עומד השלטון והפרטים האחרים. כל אלה חייבים לכבד את זכויות היסוד של האדם. כאשר "האידיך גיסא" לזכות אדם הוא השלטון, נקבעת ההגנה על זכות האדם במסגרת המשפט הציבורי על-פי "פסקת הגבלה". כאשר "האידיך גיסא" לזכות האדם הוא פרט, נקבעת ההגנה על זכות האדם במסגרת המשפט הפרטי על-פי נוסחאות איוון שיפוטיות. אכן, המשפט הפרטי הוא השדה הנורמטיבי בו ניתנת הגנה לאדם כנגד הפרת זכות היסוד החוקתית שלו על-ידי אדם אחר. מכאן, שזכויות האדם המוגנות חלות הן במשפט הציבורי והן במשפט הפרטי.

שאלה יפה היא, כיצד "חודרות" הזכויות החוקתיות למשפט הפרטי: האם תחולתן היא "ישירה" או "עקיפה". צמדתי על כך במקום אחר.⁶¹ די אם אציין, כי לדעתי תחולתן היא "עקיפה", כלומר תוך שימוש בדוקטרינות הקיימות של המשפט הפרטי, כגון, היפר חובה חקוקה, סבירות, תום לב, תקנת הציבור. אם דוקטרינות אלה אינן מספיקות, יש בעצם קיומן החוקתי של זכויות היסוד של האדם כדי להוות היתר לבתי המשפט לפתח משפט פרטי הלכתי, שיש בו כדי ליתן ביטוי לזכויות האדם החוקתיות במשפט הפרטי.

ג. הגבלות "פנימיות" על זכויות האדם: "פסקת הגבלה" הלכתית

1. היקפן של זכויות אדם ביחסייהן ההרדיים

פרשנות תכליתית משקיפה על הטקסט החוקתי כעל אחדות. היא שואפת להרמוניה חוקתית.⁶² "הנורמה החוקתית אינה עומדת בבידודתה, אלא היא חלק ממערך חוקתי. ההוראה החוקתית הספציפית משפיעה על הבנתו של המכלול החוקתי, וזה משפיע על פירושה של ההוראה הספציפית המשולבת בו. ההוראות החוקתיות השונות משתלבות זו

59. אם להשתמש במונחים הוהפלדיאניים. אכן, "זכות" היסוד של האדם היא לעתים זכות "במובן הצר", לעתים "חירות" (liberty), לעתים "כוח" (power) ולעתים "חסינות" (immunity).

60. ראה א' ברק, "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי", ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (ירושלים, 1993), עמ' 163. ראה גם ע"א 294/91 חברה קדישא גחשא נ' קסטנבאום, פ"ד מו (2) 464.

61. ראה הערה 60 לעיל.

62. על הרמוניה חקיקתית – אשר הרמוניה החוקתית היא חלק ממנה – ראה א' ברק, (לעיל, הערה 8), עמ' 390. ראה גם בג"צ 148/79 סער ואח' נ' שר הפנים והמשטרה ואח', פ"ד לד (2) 169, 178.

בוז ויוצרות הרמוניה חוקתית".⁶³ "חקיקה קונסטיטוציונית חייבת להתפרש על רקע מבנה השיטה כולה. חוק הוא 'יצור החי בסביבתו' ... ו'סביבתו' של חוק קונסטיטוציוני היא, בין השאר, החוקים הקונסטיטוציוניים האחרים, הקובעים את מהות המשטר. כל חוק קונסטיטוציוני אינו אלא לבנה אחת ממבנה כולל המוקם על יסודות נתונים של משטר ומשפט. על כן תפקידו של השופט-הפרשן, שעה שהוא מפרש חוק קונסטיטוציוני, הוא להביאו 'לידי הרמוניה עם יסודות המשטר החוקתי הקיים במדינה'".⁶⁴ מכאן, שהיקף פריסתן של הזכויות החוקתיות הקבועות בחוקי-היסוד צריך להיקבע מתוך העימות וההתאמה שבין הזכויות, בינן לבין עצמן. אין להסתפק בניתוח הטקסט המעגן זכות פלונית והתכלית העומדת ביסודה. יש לנתח את מכלול הטקסט של כל זכויות האדם, תוך בחינת ההשפעה שיש לתכלית המוגנת ביסוד זכות אדם אחת על התכלית המוגנת ביסוד זכות אדם אחרת. טויל הבעת דעה בדרך אלימה הפוגעת בחייו או גופו של אחר, כגון, ביצוע עבירה פלילית מתוך "מחאה פוליטית" (רצח "פוליטי", למשל). לרעתי, אין לכלול הבעת דעה זו בגדר הזכות החוקתית בדבר חופש הביטוי (הנגזרת מכבוד האדם וחירותו).⁶⁵ מוכן אני להניח, כי במישור הלשוני, גם אלימות פיזית עשויה להחשב כצורה של ביטוי. כך, למשל, מי שפוגע בעצמו - כגון, הופך עצמו לאוד אש כמחאה פוליטית נגד המשטר - כדי לבטא מחאה, עשוי להחשב כמי שמביע דעה שחופש הביטוי משתרע עליה. עם זאת, פרשנות חוקתית אינה אך בלשנות. דעה המובעת בדרך אלימה הפוגעת בזולת אינה נופלת בגדר חופש הביטוי. הטעם לכך הוא, שהיא חורגת מתכליתו של חופש הביטוי, כפי שהוא מתפרש על רקע מכלול הטקסט החוקתי. חוקי היסוד מכירים - בצד חופש הביטוי - בזכויות אדם בסיסיות אחרות, בהן חייו, גופו או כבודו של כל אדם באשר הוא אדם. חוק היסוד קובע, כי "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו".⁶⁶ הגשמתן של זכויות אלה מצדיקה שלילת אלימות הפוגעת בחייו, גופו או כבודו של אדם, תוך צמצום היקף הפריסה של חופש הביטוי בהתאמה. אכן, גישה פרשנית תכליתית למכלול ההוראות בדבר זכויות האדם, תתחשב בתכלית העומדת ביסוד ההגנה על חופש הביטוי וביסוד ההגנה על חייו, גופו וכבודו של כל אדם. מקום שתכליות אלה מתנגשות - והן מתנגשות כאשר הביטוי הוא אלים ופוגע בחייו, גופו או כבודו של אחר - על הפרשנות התכליתית לאזן בין התכליות המתנגשות. תוצאתו של איזון זה אינה בטלוחה של זכות אחת ונצחונה של האחרת. שתי הזכויות גם יחד מהוות חלק מהטקסט החוקתי. תוצאת האיזון היא ויתור הרדי של זכות אחת לזכות האחרת.

2. איזון "פנימי" ואיזון "חיצוני"

ההתנגשות האפשרית בין זכויות האדם, בינן לבין עצמן, מחייבת עריכת איזון "פנימי" בין זכויות נוגדות. איזון "פנימי" זה עומד בצד האיזון "חיצוני" ("פסקת ההגבלה"),

63. ראה ברק (לעיל, הערה 27), עמ' 42.

64. בג"צ 428/86 (לעיל, הערה 38), עמ' 595.

65. ראה הוג, הערה 90 להלן.

66. סעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

הנערך מקום שדבר חקיקה פוגע בזכות אדם. כפי שנראה,⁶⁷ דבר חקיקה עשוי לפגוע בזכות אדם ולשמור על חוקתיותו, אם הוא מקיים את תנאיה של "פסקת ההגבלה". במצב דברים זה, זכות האדם "הנפגעת" עומדת בעינה. דבר החקיקה הפוגע עומד בעינו. בכך שונה דינו של איוון פנימי מאיוון חיצוני. באיוון "פנימי" נקבע תחום הפריסה של זכות האדם המוגנת תוך איוון בינה לבין זכויות אדם אחרות. הקביעות באותו מסמך חוקתי, או במסמך חוקתי אחר בעל רמה נורמטיבית שווה, היקפה של זכות האדם הוא זה המתבקש כפרי האיוון בין זכויות אדם נוגדות. לא כן באיוון חיצוני. איוון זה אינו קובע את היקפה של זכות האדם המוגנת. זו נקבעת כפרי האיוון הפנימי. האיוון החיצוני גועד לקבוע את חוקתיותה של חקיקה הפוגעת בזכויות האדם המוגנות, כלומר את מידת ההגנה הניתנת לזכות האדם מפני התערבות שלטונית. אכן, עלינו להבחין בין היקפה של זכות אדם למידת ההגנה הניתנת לה.⁶⁸ היקפה של זכות האדם קובע את תחום פריסתה ביחסיה עם זכויות אדם אחרות. היא עוסקת בשאלה, מהו התחום המכוסה (שאלת ה-coverage) על-ידי זכות אדם פלוגית. כאשר זכות האדם היא חופש הביטוי, קובע היקפה של הזכות את העניינים הנכללים בה והעניינים המצויים מחוצה לה. כך, למשל, יש לקבוע אם חופש הביטוי משתרע על כל צורות הביטוי או על חלקן בלבד. האם הוא כולל ביטוי במלים או גם במעשים. האם הוא משתרע על ביטוי מסחרי אם לאו. לעומת זאת, מידת ההגנה (שאלת ה-protection) הניתנת לזכות אדם, קובעת את המצבים בהם דבר חקיקה – וכפי הנראה גם הלכה פסוקה⁶⁹ – עשוי "לפגוע" בזכות אדם בלא להתבטל. כאשר זכות האדם היא חופש הביטוי, קובעת מידת ההגנה על הזכות תשובה לשאלה, באלו נסיבות ניתן לפגוע בחופש הביטוי כדי להגן על קיום המדינה ובטחונה.⁷⁰

3. נוסחת האיוון "הפנימי"

"פסקת ההגבלה" קובעת את נוסחת האיוון "החיצוני". מהי אמת המידה (הנוסחה) על-פיה נקבע האיוון "הפנימי"? עיון בחוקי היסוד מגלה, כי אין בהם כל נוסחת איוון "פנימי". לא נקבע בחוקי היסוד, כיצד עלינו לאון בין היקפו של חופש העיסוק להיקפו של כבוד האדם וחירותו, או בין חופש התנועה לזכות הקניין, או בין זכויות האדם השונות הנגזרות מכבוד האדם וחירותו. במצב דברים זה, אין מנוס מיצירתן של נוסחאות איוון

67. ראה עמ' 266 להלן.

68. להבחנה זו, ראה F.F. Schauer, *Free Speech: A Philosophical Inquiry* (1982); M. B. Nimmer, *On Freedom of Speech: A Treatise on the Theory of the First Amendment* (1984, New York). ראה גם א' ברק, "חופש הביטוי ומגבלותיו", הפרקליט מ 5. על הבחנה זו עמדתי בבג"צ 399/85 כהנא ואח' נ' הוועד המנהל של רשות השידור ואח', פ"ד מא (3) 255.

69. ראה ברק הערה 4 לעיל.

70. ראה בג"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871; בג"צ 153/83 לוי ואח' נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח (2) 393.

הלכתיות, אשר על-פיהן יקבעו הגבולות בין זכויות האדם השונות. ודוק: אין לנו עניין בנוסחת איזון אחת, על-פיה נקבע היקפן של זכויות האדם השונות. עניין לנו במספר רב של נוסחאות איזון, המשתנות על-פי האפשרויות השונות הנוצרות ביחסים ההדדיים בין זכויות שונות.⁷¹ רוב רובן של נוסחאות האיזון הן "אופקיות", כלומר, מכירות בקיומן של שתי הזכויות, בלא עדיפות של האחת על פני השנייה, תוך קביעת אמות מידה בדבר מקום, זמן ואמצעים לויתורים ההדדיים הנדרשים מכל אחת מהן כדי לקיים את זולתן. המגמה צריכה להיות לקיים נוסחאות איזון עקרוניות (principled). יש לקבוע – בלשונו של השופט אגרנט – "עיקרון רציונלי",⁷² שיהווה – בלשונו של הנשיא שמגר – "אמת מידה הנושאת בתוכה קו מנחה ערכי" תוך התרחקות מכל "אמת-מידה פטרנליסטית מקרית, אשר איש לא יוכל להעריך מראש כיווניה וטיבה".⁷³ אמת מידה עקרונית זו מאזנת את הערכים השונים הבאים לידי התנגשות על-פי משקלם וקובעת את "נוסחת האיזון" העקרונית.⁷⁴ בקביעתה של הנוסחה, ניתנת לשופט מידה ניכרת של שיקול דעת שיפוטי.⁷⁵

ד. הגבלות "חיצוניות" על זכויות האדם: "פסקת הגבלה" חקוקה

1. תפקידה של "פסקת הגבלה" החקוקה

"פסקת הגבלה" קובעת את האיזון הראוי בין זכויות האדם לבין צרכים – בין צרכי הפרט ובין צרכי הכלל – כפי שהם באים לידי ביטוי בחקיקה של רשויות השלטון.⁷⁶ בכך בא לידי ביטוי – בצד נוסחאות האיזון "הפנימיות" – אופיין "היחסי" של זכויות האדם. כך, למשל, פסקת הגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, קובעת:⁷⁷

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

תפקידה של "פסקת הגבלה" הוא כפול: מתן הגנה חוקתית לזכות האדם הקבועה

71. ראה בג"צ 153/83 (לעיל, הערה 70), עמ' 401.

72. בג"צ 73/53 (לעיל, הערה 70), עמ' 881.

73. ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ ואח' נ' עתן "הארץ" בע"מ ואח', פ"ד לב (3) 361, 337.

74. על איזון עקרוני ראה ברק, פרשנות במשפט (1993) כרך ב', עמ' 679 וכן Aleinikoff, "Constitutional Law in the Age of Balancing", 96 Yale L.J. 943 (1987); A. Peczenik, On Law and Reason (1989).

75. לשיקול הרעת השיפוטי, ראה ברק, (לעיל, הערה 55).

76. להיבטים שונים של "פסקת הגבלה", ראה ברק (לעיל, הערה 4).

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

בחוק היסוד, וקביעת המבחנים החוקתיים להגבלת זכות האדם.⁷⁸ בחינתה של "פסקת ההגבלה" מצביעה על "דואליות" המאפיינת אותה: מחד גיסא, היא שומרת על זכויות האדם הקבועות בחוקי היסוד. היא קובעת, כי "אין פוגעים" בזכות יסוד אלא בהתקיים תנאים מסוימים. אם תנאים אלה אינם מתקיימים, זכות היסוד בעינה עומדת, ודבר החקיקה הפוגע בה מאבד מתוקפו. פן זה של "פסקת ההגבלה" מהווה בסיס מרכזי⁷⁹ לעליונותו הנורמטיבית של חוק היסוד, ולכוחו להתגבר על דברי חקיקה נוגדים. הוא מקור מרכזי למתן לגיטימציה לפיקוח השיפוטי על חוקתיות דברי החקיקה.

מאידך גיסא, "פסקת ההגבלה" משמרת את תוקפם המשפטי של דברי חקיקה הפוגעים בזכויות אדם הקבועות בחוקי היסוד. פן זה של "פסקת ההגבלה" מהווה מקור מרכזי⁸⁰ לקביעה, כי זכויות האדם הקבועות בחוקי היסוד אינן מוחלטות, וכי כוחן הוא יחסי בלבד. הן חייבות לסגת בפני ערכים ועקרונות המתנגשים בזכות, ואשר שיטת המשפט מבקשת להגן אף עליהם. הנה כי כן, "פסקת ההגבלה" היא בעלת אופי "דואלי". עם זאת, אין היא בעלת אופי סכיופרני. דו-פרצופיות זו אינה אלא ביטוי לרעיון אחר: הפרט חי בחברה. ההגנה הניתנת היא על זכות האדם של כל פרט ופרט ביחסיו עם פרטים אחרים וביחסים ההדדיים שבינו לבין החברה.

2. חשיבותה של "פסקת ההגבלה" החקוקה

"פסקת ההגבלה" הינה בעלת חשיבות רבה.⁸¹ היא קובעת, בעת ובעונה אחת, את כוחן של זכויות האדם ואת מגבלותיהן. היא מגן וחרב גם יחד. קיומה מחייב את הפרשן לבחון את מהותן של זכויות האדם ואת הצידוק העומד בבסיסן. היא הבסיס הפורמלי לפיתוח אינסלקטואלי של זכויות האדם בחברה יהודית דמוקרטית. היא מחייבת גישה "מהותית" ולא "פורמלית" להבנת זכויות האדם והיקפן בחברה יהודית ודמוקרטית. היא הבסיס לזכויות האדם ולהגבלה המוטלת עליהן גם יחד. היא יוצרת, איפוא, קשר מהותי-פנימי בין זכויות האדם וההגבלות המוטלות עליהן.⁸²

עם זאת, אין להגזים בחיוביותה של "פסקת ההגבלה". לשם איזון בין זכויות האדם הקבועות בחוק היסוד, בינן לבין עצמן, אין "פסקת ההגבלה" חלה. האיזון נערך בלעדיתה.

78. ראה דברי השופט דיקסון (Dickson) בפרשת R. V. Oakes 1 [1986] S.C.R. 103, 135:

"It is important to observe at the outset that s. 1 has two functions: first, it constitutionally guarantees the rights and freedoms set out in the provisions which follow; and second, it states explicitly the exclusive justificatory criteria ... against which limitations on those rights and freedoms must be measured".

79. אך לא יחיד. ראה גם סעיף 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק (גוקשות החוק) וסעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

80. אך לא יחיד. ראה על דבר האיוונים "הפנימיים", עמ' 264-265 לעיל.

81. ראה ברק (לעיל, הערה 4).

82. ראה עמ' 267 להלן.

זאת ועוד: בתי-המשפט היו יוצרים "פסקת הגבלה" שיפוטית גם אם חוקי היסוד לא היו כוללים "פסקת הגבלה" חקוקה. בחוקת ארצות-הברית אין "פסקת הגבלה". הרבר לא מגע מבתי המשפט ליצור "פסקאות הגבלה" שיפוטיות לזכויות האדם השונות הקבועות במגילת זכויות האדם (ה-Bill of Rights). הוא הדין בחוק היסוד הגרמני (ה-Grundgesetz). חוק יסוד זה אינו כולל "פסקת הגבלה" כללית, אלא מצרף לסעיפיו השונים, הדנים בזכויות האדם השונות, "פסקאות הגבלה" שונות התואמות את מהותה של הזכות ושל ההגבלה. לעתים קובעת "פסקת ההגבלה", כי הזכות ניתנת להגבלה על-ידי הוראות "החוק הכללי"⁸³, בלא שחוק היסוד קובע תנאים מיוחדים אשר על החוקים הכלליים לקיים. בית המשפט החוקתי בגרמניה קבע, כי אין משמעות הדבר שהחוק הכללי רשאי לקבוע כל הגבלה על זכויות האדם הנראית למחוקק "הרגיל" כראויה. בהגבלות הקבועות בחוק הכללי צריך לכלול אך אותן הגבלות העולות בקנה אחד עם מהותן וחשיבותן של זכויות האדם עצמן. בהתייחסו להגבלה המוטלת ב"חוק הכללי" על חופש הביטוי, ציין בית-המשפט החוקתי הגרמני:⁸⁴

[Courts] must evaluate the effect of general laws which would limit the basic right in the light of the importance of the basic right. [They] must interpret these laws so as to preserve the significance of the basic right; in a free democracy this process [of interpretation] must assume the fundamentality of freedom of speech in all spheres, particularly in public life. [Courts] may not construe the mutual relationship between basic rights and 'general laws' as a unilateral restriction on the applicability of the basic rights by the 'general laws'; rather, there is a mutual effect. According to the wording of Article 5, the 'general laws' set bounds to the basic right but, in turn, those laws must be interpreted in light of the value-establishing significance of this basic right in a free democratic state, and so any limiting effect on the basic right must itself be restricted.

83. ראה, למשל, סעיף 5 לחוק-היסוד הקובע בס"ק (א) את הזכות לחופש הביטוי. בס"ק (ב) נקבע כי זכות זו ניתנת להגבלה על-ידי "הוראות החוקים הכלליים, הוראות חוק המגנות על קטינים, ועל-ידי הזכות לכבוד אישי שהיא ה-inviolability".

84. פרשת לוטס Bverf GE 198 (Luth) 7. התרגום הוא של קומרס (לעיל, הערה 53), עמ' 368. עובדות הפרשה מעניינות הן. מר לוטס פעל להטלת חרם על סרט חדש אשר ביים מר הרלן לאחר מלחמת העולם השנייה. הסעם לחרם זה נובע מעברו הנאצי של הרלן, אשר בין השאר ביים את הסרט האנטישמי "היהודי זיס" ("Jud Suss"). יצרני הסרט החדש פנו לבית-המשפט האזרחי, אשר העניק צו מניעה כנגד לוטס. צו זה התבסס על הוראת סעיף

גם בתי-המשפט בישראל יצרו "פסקאות הגבלה" הלכתיות, אשר שרתו בתור "פסקאות פרשנות". כך, למשל, נפסק, כי הוראת חוק, המעניקה לרשות שלטונית כוח להגביל את חופש הביטוי בשל האינטרס של שלום הציבור, צריכה להתפרש באופן שההגבלה אפשרית רק אם קיימת ודאות קרובה שאם הביטוי לא יוגבל יגרם נזק ממשי לשלום הציבור.⁸⁵ אכן, אילו נעדרה "פסקת ההגבלה" מחוקי היסוד, היו בתי המשפט יוצרים אותה. עם זאת, משהוחקה "פסקת הגבלה" כחלק מחוקי היסוד, נודעת לה חשיבות מרובה. היא קובעת את היקף השיקולים אשר על בית המשפט להתחשב בהם בקביעת היקפה של פגיעה כדין בזכות אדם. היא מעניקה לגיטימיות לפעילות שיפוטית בתחום זה. הרשות המכוננת בכבודה ובעצמה, העניקה לבית-המשפט את הסמכות – והטילה עליו את האחריות – להגן על זכויות אדם בפני חקיקה שאינה מקיימת את תנאיה של "פסקת ההגבלה", וליתן תוקף לפגיעות בזכויות יסוד של האדם, המעוגנות בדבר חקיקה אשר מקיים את תנאיה של "פסקת ההגבלה".

ה. פרשנות תכליתית של "פסקת ההגבלה"

"פסקת ההגבלה" – ככל הוראה בחוקי היסוד – צריכה להתפרש על-פי תכליתה. על תכלית זו ניתן לעמוד בראש וראשונה, מפסקת המטרות שבחוקי היסוד עצמם. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע, כי:⁸⁶

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

הוראה דומה אינה מצויה בחוק-יסוד: חופש העיסוק. עם זאת, הרמוניה נורמטיבית ואחדות חוקתית מחייבים מתן פירוש דומה לתכליתו של חוק-יסוד: חופש העיסוק.⁸⁷ וכי ניתן לומר, כי לעניין חוק-יסוד אחר ערכיה של מדינת ישראל הם ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית, ואילו לעניין חוק-יסוד אחר ערכיה של מדינת ישראל הם ערכיה של מדינה דמוקרטית אך לא יהודית? סכיון פרניה כזו אינה עולה בקנה אחד עם תפיסה

826 ל-B.G.B. הגרמני, לפיו כל הגורם נזק לזולתו בכוונה ובאופן הנוגד למוסר הטוב חייב בפיצויים. לוטס פנה לבית-המשפט החוקתי. בית-המשפט החליט כי לוטס הפעיל את זכותו החוקתית לחופש הביטוי, ועל כן אין לומר, כי פעל בניגוד למוסר הטוב. פסק-דין זה מהווה גם הדגמה לתחלתן של זכויות האדם המוגנות במשפט הפרטי. ראה הערה 60 לעיל.

85. ראה בג"צ 73/53 הערה 70 לעיל וכן אבנר ברק, "מבחן הוודאות הקרובה במשפט החוקתי", עיוני משפט יד (תשמ"ט) 371. ראה גם א' ברק (לעיל, הערה 168), עמ' 16.

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

87. ראה ברק (לעיל, הערה 27).

פרשנית-חוקתית ראויה. הפרשנות של חוקי היסוד צריכה להעשות מתוך "מבט רחב".⁸⁸ היא אינה צריכה להיות טכנית, צורנית ולגליסטית. כל אלה מובילים למסקנה, כי "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" צריכים להוות תכלית המונחת ביסוד כל זכות אדם הקבועה בחוקי היסוד.

הנה כי כן, המטרה המונחת ביסודו של חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו היא, בין השאר, להגן על כבוד האדם וחירותו כדי "לעגן בחוק-יסוד זה את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".⁸⁹ מטרה זו עומדת ביסוד זכויות האדם השונות המעוגנות בחוק היסוד. מטרה זו עומדת גם ביסוד "פסקת ההגבלה". אכן, "פסקת ההגבלה" הקבועה בחוק היסוד היא חלק בלתי נפרד ממנו, והמטרה הכללית של חוק היסוד – להגן על כבוד האדם וחירותו כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית – היא גם מטרתה של "פסקת ההגבלה". אין לנתק את "פסקת ההגבלה" מחוק היסוד, ואין לראות בה הוראה נפרדת ועצמאית. "פסקת ההגבלה" היא חלק אינטגרלי של חוק היסוד והיא צריכה להתפרש כחלק מחוק היסוד, כעצם מעצמותיו וכבשרו. נמצא, כי הן ההגנה על זכות האדם ("אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה") והן הפגיעה המותרת בזכויות האדם ("אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש") נשלטות על-ידי תכלית משותפת. תכלית זו היא "להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". מסקנה זו עולה מלשונה של "פסקת ההגבלה" עצמה. היא משמיעה לנו, כי הפגיעה בזכות אדם אפשרית רק בחוק ההולם את "ערכיה של מדינת ישראל", ערכים אלה הם "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".

פגיעה בזכות אדם מותרת היא, איפוא, אך ורק אם אותה פגיעה הולמת את כבוד האדם וחירותו. פגיעה שאינה עולה בקנה אחד עם כבוד האדם וחירותו אינה מותרת. אין לפגוע בכבוד האדם וחירותו באופן שאינו עולה בקנה אחד עם כבוד האדם וחירותו. לכאורה לפנינו סתירה פנימית: ניתן לפגוע בכבוד האדם וחירותו רק באופן המתיישב עם כבוד האדם וחירותו. הסתירה היא לכאורה בלבד. הפגיעות בזכויות אדם מותרות הן אך ורק אם הן מכוונות לשמר את זכותו של הפרט כחבר בקהיליה יהודית ודמוקרטית. אכן, המסר המרכזי העולה מ"פסקת ההגבלה" הינו, כי ההגבלות על זכויות האדם, כמו גם זכויות האדם עצמן, יונקות ממקור משותף, הלוא הוא כבוד האדם וחירותו בחברה יהודית ודמוקרטית.

גישה פרשנית זו ל"פסקת ההגבלה" עומדת ביסוד הפרשנות החוקתית הקנדית להוראות סעיף 1 לצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחופשים. הוראה זו קובעת:

The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees
the rights and freedoms set out in it subject only to such

⁸⁸ ראה עמ' 258 לעיל.

⁸⁹ סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

הוראה זו פורשה בשורה ארוכה של פסקי-דין.⁹⁰ פסק-הדין המרכזי הוא R. v. Oakes.⁹¹ בהתייחסו לסעיף 1 לצ'רטר הקנדי - אשר הדמיון בינו לבין "פסקת ההגבלה" בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא רב ביותר - קבע השופט דיקסון (Dickson) (C.J.)⁹²:

Inclusion of these words as the final standard of justification for limits on rights and freedoms refers the Courts to the very purpose for which the Charter was originally entrenched in the Constitution: Canadian society is to be free and democratic. The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the Charter and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified.

90. לרשימת פסקי-הדין ולמאמרי העדכה וביקורת, ראה P. Hogg, *Constitutional Law of Canada* 851 (3rd ed., 1992); Gibson, *The Law of the Charter: General Principles* (1986); Weinrib, "The Supreme Court of Canada and Section 1 of the Charter", 10 *Sup. Ct. L.R.* 469 (1988); Hogg, "Section 1 Revisited", 1 *Nat. J. Can. Law* 1 (1991); McLachlin, "The Charter: A New Role of the Judiciary", 29 *Alb.L.Rev.* 540 (1991); La Forest, "The Balancing of Interests Under the Charter", 2 *N.J.C.L.* 133 (1992).

91. פרשת R. v. Oakes (1986) S.C.R. 103.

92. בעמ' 136.

אכן, זכות האדם וההגבלה עליה מקורה הוא אחר. הזכות וההגבלה משקפות את ערכי היסוד של המדינה. ערכים אלה הם הגנה על כבוד האדם וחירותו במדינה יהודית ודמוקרטית. עמדה על כך פרופ' ויינריב, תוך ניתוח "פסקת ההגבלה" הקנדית:⁹³

The courts are to forward an ideal of political ordering, one that reflects the very purpose for which rights were entrenched, even as they entertain arguments to justify limits upon those rights. The judicial task is to monitor adherence by Canadian governments to their constitutional commitment to freedom and democracy. ... because the exclusive standard set for limits on enumerated rights and freedoms forward the same values as does their entrenchment.

גישה זו נגזרת במישרין מפרשנות תכליתית של "פסקת ההגבלה". "פסקת ההגבלה" אינה צריכה להתפרש בפני עצמה. היא חלק מחוק היסוד, והיא חייבת להתפרש כחלק ממנו, תוך שאיפה לאחדות חוקתית הרמונייה נורמטיבית.

ו. סיכום: מהפיכה מחשבתית

זכויות אדם מוגנות הן תופעה נורמטיבית חדשה בישראל. המשפטן הישראלי אינו רגיל בחשיבה חוקתית, המציבה זכויות אדם על בסיס נורמטיבי על-חוקי. בצד המהפכה החוקתית נדרשת גם מהפיכה מחשבתית. עלינו להתרגל למציאות נורמטיבית חדשה ולקווי מחשבה חדשים בכל הנוגע לזכויות אדם. צורך זה להתרגל למציאות הנורמטיבית החדשה קיים אצל כל פרט ופרט במדינה. במיוחד חיוני צורך זה אצל שלוש רשויות השלטון. המחוקק חייב לשאול את עצמו – בצד השאלות בדבר מדיניות החקיקה הראויה – אם דבר החקיקה שלו מקיים את "פסקת ההגבלה" אם לאו. רק אם המחוקק סבור כי דבר החקיקה מקיים את תנאיה של "פסקת ההגבלה" – עליו לתוקק את החוק. אם המחוקק סבור כי דבר החקיקה אינו מקיים את תנאיה של "פסקת ההגבלה", עליו להמנע מחקיקה. יותר מתמיד, זקוק עתה המחוקק ליעוץ משפטי אשר ידריך אותו שלא לחרוג מהגבולות שחוקי-היסוד הציבו בפניו. בצד שקילתן של שאלות מתחום מדיניות החקיקה – שאלות שהן נחלתו של המחוקק מיום בריאתו – על המחוקק לשאול את עצמו עתה גם שאלות חדשות מתחום חוקתיות החקיקה. אין די בכך שמדיניות מסוימת נראית ראויה. היא חייבת גם להיתפס כמקיימת את תנאיה של "פסקת ההגבלה". המחוקק שוב אינו "כל יכול".⁹⁴ הרשות המכוננת הטילה מגבלות על הרשות המחוקקת.

93. ראה ויינריב (לעיל, הערה 90), עמ' 475.

94. השווה י' טל, "מחוקק כל יכול – האמנם", עיוני משפט י (תשמ"ד) 361.

שינוי בתפיסה, אם כי בעצמה קטנה בהרבה - נדרשת אצל הרשות המבצעת. רשות זו חייבת לכבד את זכויות האדם הקבועות בחוקי היסוד.⁹⁵ אל לה להפעיל את שיקול דעתה באופן הפוגע שלא כדין בזכויות יסוד מוגנות. הממשלה אינה צריכה להציע הצעות חוק אשר בחקיקתן ייפגעו שלא כדין זכויות אדם מוגנות.⁹⁶ אל לה לממשלה או לשריה לחוקק חקיקת משנה הפוגעת שלא כדין בזכויות היסוד של האדם. אכן, כל דבר חקיקה מתפרש על-פי עקרונות היסוד הקבועים בחוקי היסוד,⁹⁷ וחקיקת משנה הפוגעת בזכויות אדם מוגנות מהווה חקיקת משנה החורגת מהסמכות.

הרשות השופטת חייבת, אף היא, לעבור מהפיכה מחשבתית. ער כה היה שופט בישראל פטור בדרך כלל⁹⁸ מהבדיקה, אם חוק הוא חוקתי. מבחינתו של השופט הישראלי - בדומה לחברו האנגלי⁹⁹ - כל חוק שנתקבל בפרוצדורה הראויה היה חוקתי, ותפקידו של השופט הצמצם לפרשנותו של החוק. בכך חל שינוי מהותי. השופט הישראלי נדרש לבחון עתה, לא רק את מובנו של חוק חדש,¹⁰⁰ אלא גם את תוקפו. עליו להתרגל לרעיון שהמחוקק אינו "כל-יכול". עליו להיות מודע לכוח החדש שהרשות המכוננת העניקה לו. עליו לגלות אחריות בהפעלתו של כוח זה. לשופטים הוענק "נשק לא קונבנציונלי" (הכרזה על בטלות חוק). עליהם לגלות את מירב הזהירות שעה שהם שוקלים שימוש בו.

95. סעיף 3 לחוק-יסוד: חופש העיסוק; סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
96. בית-המשפט לא ימנע הגשתן של הצעות אלה, שכן אין הוא מתערב, בדרך כלל, בתהליך החקיקה; ראה בג"צ 780/83 ישיבת תומכי תמימים מרכזית ואח' נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד לח (2) 273.
97. ראה סעיף 6 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, הקובע כי "הוראות חיקוק שהיו בתוקף ערב תחילתו של חוק היסוד, והן סותרות את הוראותיו, יעמדו בתוקפן שנתיים ימים, ואולם פירושן של ההוראות האמורות ייעשה בכוח הוראות חוק-יסוד זה". הוראת פרשנות דומה אינה מצויה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אין בכך ולא כלום. פשיטא שכל הוראת חוק - בין שחוקקה ערב תחילת תוקפם של חוקי-היסוד ובין שחוקקה אחרי תחילת תוקפם - חייבת להתפרש "ברוח" הוראות חוקי-היסוד. זו מסורתנו לעניין פירוש דברי חקיקה לאור עקרונות היסוד של השיטה וזכויות האדם, ובכך אין כל שינוי עם חקיקתם של חוקי-היסוד. אכן, כל דבר חקיקה חייב להתפרש על רקע זכויות האדם שבחוקי-היסוד ושמוחצה להן: ראה א' ברק, "פרשנותם של חוקי-היסוד", משפטים כ"ב (תשנ"ג) 31.
98. פרט לאותם מקרים בודדים שחוק "רגיל" סתר חוק-יסוד משוריין. ראה הערה 9 לעיל.
99. הדמיון לאנגליה אינו מלא. המחוקק האנגלי כפוף למגבלות חוקתיות המוסלות עליו על-ידי החקיקה של השוק האירופי, ועל-ידי האמנה האירופאית לזכויות אדם. בית-המשפט של השוק בלוקסמבורג ובית-המשפט לזכויות האדם בשטרסבורג פסלו לא פעם חוקים של הפרלמנט הבריטי.
100. חקיקה חדשה כפופה לחוקי היסוד. חקיקה ישנה "משוריינת" בפני כוחו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 10). חקיקה הפוגעת בחוק-יסוד: חופש העיסוק משוריינת לשנתיים ימים (סעיף 6). שריון זה יפקע ביום 11.3.1994.

חלפה כשנה מאז התקבלו חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. תהליך החקיקה החוקתית טרם הסתיים. חוק-יסוד: החקיקה טרם התקבל. אנו מצויים בתוך תוכה של המהפיכה. בית-המשפט העליון טרם נזקק לבחינת מעמדם הנורמטיבי של חוקי היסוד. בנסיבות אלה, יש לראות ברברי הרהורים ראשוניים בלבד. יותר ממתן פתרונות, הנני מבקש להעלות בעיות. אכן, נדרש מאמץ לאומי של כל בני החברה – משפטנים, פילוסופים, אנשי מדע המדינה, חכמי היהדות ופוליטיקאים – כדי לגבש קונסנזוס לאומי באשר לאופן בו יופעלו חוקי היסוד בעתיד ובאשר לדרך בה תלך המדינה לאורם. הננו מצויים בנקודת מפנה. ניתן להפכה מגוף לשינוי פני החברה הישראלית. הנשכיל לעשות כן?
