סדר היום

ארבע מהפכות חוקתיות?

אריאל בנדור*

ינואר 2003 היה חודש הבחירות לכנסת. במהלך חודש זה משכו תשומת־לב ציבורית רבה הדיונים וההחלטות (שניתנו במקורן בלא נימוקים) של בית־המשפט העליון בקשר לפסילת רשימות ומועמדים לבחירות לכנסת.[1] אך החשיבות המשפטית של פסיקה זאת בטלה בשישים לעומת שני פסקי־דין אחרים – בג"ץ חרות[2] ובג"ץ הפורום[3] – שנתן בית־המשפט העליון באותם ימים (שרק אחד מהם נוגע לבחירות). בשני פסקי־הדין, שניתנו באותו תאריך ולבן כנראה אינם מאוכרים זה את זה (למרות המכנה המשותף החלקי בתוכנם), קבע בג"ץ שורה של הלכות מרחיקות־לכת וחדשניות, שכל אחת מהן ראויה (לגבי חלקן – בפה מלא; ולגבי האחרות – במידה מסוימת של הפלגה) לכינוי "מהפכה חוקתית". אחדות מן ההלכות אף עולות בתעוזתן התיאורטית ובהשלכותיהן המשפטיות והפוליטיות הפוטנציאליות על אלה של המהפכה החוקתית המקורית, הטיוחסת לע"א בנק המזרחי המפורסם.[4]

---

* פרופסור חבר ודיקן, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

1. ראו ע"ב 92/03 מופז נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש־עשרה (טרם פורסם); בג"ץ 11243/02 פייגלין נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש־עשרה (טרם פורסם); א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש־עשרה נ' טיבי (טרם פורסם); א"ב 50/03 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש־עשרה נ' בשארה (טרם פורסם); ע"ב 55/03 פינס־פז נ' מרזל (טרם פורסם) (כל ההחלטות מ־9 בינואר 2003).
2. בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש־עשרה (טרם פורסם; ניתן ב־16 בינואר 2003) (להלן: בג"ץ חרות).
3. בג"ץ 3511/02 עמותת "הפורום לדו קיום בנגב" נ' משרד התשתיות (טרם פורסם; ניתן ב־16 בינואר 2003) (להלן: בג"ץ הפורום).
4. ע"א 6821/93, רע"א 1908/94 ואח' בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט (4) 221 (להלן: ע"א בנק המזרחי). הביטוי "המהפכה החוקתית" – שמקורו כנראה בדברי שר־המשפטים, שהוביל את חקיקת שני חוקי־היסוד על זכויות האדם, דן מרידור –

nevo.co.il

בבג"ץ חרות נידונה על־ידי יושב־ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת עתירה כנגד פסילה של קטע מתשדירי הבחירות בטלביזיה וברדיו של רשימת חרות, שבו הושרו במנגינת "התקווה" מלים בערבית המגלמות את הכוונות שהרשימה מייחסת לאויבי ישראל. בתשדיר הטלביזיה גם נפסל קטע חנותי קצר שהוקרן כרקע לשיר זה ובו נראה דגל המתנופף מעל בניין הכנסת ומשתנה בהדרגה מדגל ישראל לדגל הפלשתינאי. העתירה נדחתה ברוב דעותיהם של השופטים אליהו מצא וטובה שטרסברג־כהן כנגד דעתו של הנשיא אהרן ברק, שסבר שיש לקבל את העתירה. עם זאת, שלושת השופטים הסכימו ביניהם ברוב הסוגיות שעמדו על הפרק, והמחלוקת ניטשה רק בעניין אמות־המידה הצריכות, או יכולות, להנחות את יושב־ראש ועדת הבחירות לעניין פסילת תשדירי תעמולה. בבג"ץ הפורום נתן בית־המשפט העליון – מפי השופט אליהו מצא, בהסכמת השופטים דליה דורנר ואדמונד א' לוי – צו־ביניים המחייב להקים גשרון מעל נחל חברון, שיאפשר לילדי הכפר הבדואי הלא־מוכר אום בטין להגיע לבית־ספרם מבלי לסכן את חייהם. צו־הביניים ניתן לנוכח "מצב 'קפקאי' ממש, אשר אמנם זועק לשמיים".[5] זאת הגם שהשופטים לא היו מוכנים לקבוע כי דיני התכנון והבנייה מאפשרים להתיר את הקמת הגשרון.

ואלה ההלכות החדשניות, ארבע במספר, שנקבעו בפסקי־הדין: ראשית, לפי בג"ץ חרות, "אין בכוחו של חוק רגיל לפגוע בהוראת חוק־יסוד, אלא אם כן הדבר מתאפשר על ידי פסקת ההגבלה".[6] הלכה דומה עולה גם מבג"ץ הפורום. שנית, לפי בג"ץ חרות, רשות שלטונית יכולה לרכוש סמכות לפגוע בחופש הביטוי מכות היקש. שלישית, אף זאת לפי בג"ץ חרות, יושב־ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת מוסמך למנוע "עשיית שימוש בלתי־ראוי לצורכי תעמולה בערכים שהציבור, ככלל, רגיש לכיבודם",[7] ולבסוף, רביעית, לפי בג"ץ הפורום, בידי בג"ץ, "בנסיבות חריגות ויוצאות דופן, כאשר המקרה 'צועק לשמיים' ואין דרך חוקית אחרת להושיט בו 'סעד למען הצדק'",[8] סמכות להושיט גם "סעד אשר אינו עולה בקנה אחד עם דבר חקיקה אחר",[9] לרבות חוק שמעמדו הנורמטיבי נמוך ממעמדו של חוק־יסוד: השפיטה, חוק־יסוד שבו קבועה סמכותו של בג"ץ לתת סעד למען הצדק. כל אחד מן התידושים ראוי לעיון מפורט. ברשימה זאת אסתפק בהצבת פסקי־הדין בהקשרם, הכרוכה גם בכמה הערות ביקורתיות ראשוניות.

המהפכה החוקתית האחת – אין לפגוע בחוק־יסוד כלשהו באמצעות חוק "רגיל": בע"א בנק המזרחי נפסק על־ידי רוב השופטים, כי כל חוקי־היסוד הם בדרגה היררכית

הוכנס לשיח הישראלי, בתחילה כביטוי לחקיקת חוקי־יסוד אלה על־ידי השופט אהרן ברק במאמר הראשון שפורסם במשפט וממשל. ראו אהרן ברק, "המהפיכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות", משפט וממשל א (תשנ"ב) 9; וציטוט דברי מרידור בעמ' 12-13.

5. בג"ץ הפורום (לעיל, הערה 3).
6. בג"ץ חרות (לעיל, הערה 2), סעיף 4 לפסק־דינו של הנשיא ברק.
7. שם, פסק־דינו של השופט מצא.
8. בג"ץ הפורום (לעיל, הערה 3).
9. שם.

העולה על זאת של חוקים "רגילים". מכך הוסק, כי "אין לשנות חוק יסוד או הוראה מהוראותיו אלא בחוק יסוד".[10] עם זאת, לא זו בלבד שלא הוכרע אם מותר לפגוע באמצעות חוק בחוקי־יסוד "לא משוריינים", שאין בהם הסדר מפורש בעניין זה (בסעיפי "הגבלה" או "התגברות") או לסטות מהם, אלא שהנשיא ברק אף כתב כי "הסדריו של חוק יסוד לא משוריין (שותק) ניתנים לפגיעה בחוק רגיל".[11] אמנם, גישה אחרונה זאת, הממוקדת בשריון ולא בחוקתיות, לא התיישבה עם עצם ההכרה בסמכות החוקתית של הכנסת (ולעניין זה שאלת הדרך לשינוי חוק־יסוד היא משנית הן מבחינה תיאורטית והן מבחינה מעשית). המשמעות העיקרית הנובעת מהכרה זאת היתה צריכה להיות שלילת האפשרות לסטות מחוק־יסוד כלשהו באמצעות חוק.[12] לכן היה בסיס לציפייה, שבמוקדם או במאוחר יכיר בית־המשפט העליון בכך שאין לפגוע באמצעות חוק בחוק־יסוד כלשהו – תוצאה המתחייבת מן הסמכות החוקתית שמכוחה הכנסת מקבלת חוקי־יסוד.[13] ואכן, בתום הליך הדרגתי[14] הושלמה הכרה זאת בבג"ץ חרות ובבג"ץ הפורום, כך שחוקי־היסוד הם החוקה של ישראל לכל דבר ועניין. זאת מהפכה חוקתית העולה בהיקפה לגבי רוב חוקי־היסוד על זאת שביטא ע"א בנק המזרחי, אך ההנמקה הלקונית של חידוש זה ותיומרה לבססו על ע"א בנק המזרחי הגם שנאמרו בו דברים שונים, ואפילו הפוכים, מעוררות קושי.

המהפכה החוקתית השנייה – אפשר לרכוש מכוח היקש סמכות לפגוע בזכויות האדם: בבג"ץ חרות הוכרה סמכותו של יושב־ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת לאשר (ולפסול) תשדירי בחירות ברדיו, הגם שהחוק אינו מקנה לו סמכות זאת ודן רק באישור תשדירי בחירות בטלביזיה.[15] בית־המשפט הכיר בסמכות לאשר תשדירי רדיו על־סמך היקש מן הסמכות לאשר תשדירי טלביזיה, לפי סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, תש"ם־1980, הקובע היקש כמקור משפט משלים לשאלה משפטית שבית־המשפט "לא מצא לה תשובה בדבר חקיקה [או] בהלכה פסוקה", כלומר: בשאלה שבה קיים חסר. בפסק־הדין צוין, כי "דין הוא כי אין לפרש שתיקה בחוק כיוצרת עבירה פלילית בדרך של השלמת חסר (ראו סעיף 1 לחוק העונשין, תשל"ז-1977...). על־כן, עד כמה שאי מילוי

10. פסק־דינו של הנשיא ברק בע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 4), עמ' 406.
11. ראו שם, עמ' 410.
12. ראו אריאל בנדור, "שריון וחוקה – פסק־דין ברגמן והשיח החוקתי בישראל", משפטים לא (תשס"א) 821.
13. ראו גם אריאל בנדור, "המעמד המשפטי של חוקי־יסוד", ספר ברגזון (כרך ב, אהרן ברק וחיים ברנזון – עורכים, נבו, תש"ס) 119, עמ' 158-160.
14. ראו, למשל, בג"ץ 1384/98 אבני נ' ראש הממשלה, פ"ד נב (5) 206, עמ' 209 (הכללים הפרשניים החלים ביחסים בין חוקים רגילים אינם חלים ביחסים בין חוק־יסוד לחוק רגיל); 210-211 (אין לפרש חוק־יסוד לפי חוק); רע"א 3007/02 יצחק נ' מוזס (טרם פורסם, ניתן ב-30.9.02), בסעיף 8 (הוראה ספציפית בחוק־יסוד לא־משוריין גוברת על הוראה כללית בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו).
15. ראו חוק הבחירות לכנסת (דרכי תעמולה), תשי"ט-1959, ס"ח 138, סעיף 15א(ד).

אחר החלטת יושב־ראש ועדת הבחירות המרכזית מהווה עבירה פלילית לעניין שידורי הטלויזיה, אין לראות בה עבירה פלילית לעניין שידורי הרדיו",[16] אך הימנעות מהשלמת "חסר" של סמכות לפגוע בזכויות האדם לא היתה עד כה ייחודית לתחום הפלילי. ראשית, לעניין זכויות המעוגנות בחוקי־היסוד על זכויות האדם, שייתכן כי חופש הביטוי הפוליטי נמנה עמן,[17] הוראה חוקתית היא שפגיעה בהן יכולה להיות רק "בחוק ... או לפי חוק ... מכוח הסמכת מפורשת בו".[18] שנית, העיקרון הדורש כי סמכות לפגוע בזכויות־יסוד תיקבע בחוק לא נולד בחוקי־יסוד אלה. והו עיקרון כללי של המשפט הישראלי החל לגבי כל זכויות־היסוד, גם אלה שאינן קבועות בחוקי־היסוד.[19] אמנם, אפשר לטעון ש"היקש" מעוגן בחוק יסודות המשפט,[20] אך גם בסעיף 1 לחוק העונשין, שבית־המשפט הסתמך עליו לצורך קביעתו כי אין ליצור עבירות פליליות מכוח היקש, כל שנכתב הוא כי "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על־פיו" ואין רואים את חוק יסודות המשפט כמקיים דרישה זאת. על־כל־פנים, מטרותיה של דרישת החוקיות – בעיקר הצורך להגן על חירויות האדם[21] ועמידה על כך שנבחרי העם הם אלה שיחליטו על פגיעה בזכות[22] – אינן יכולות כמובן להתמלא על־ידי גזירת סמכות לפגוע בזכויות־יסוד מכוח היקש.

המהפכה החוקתית השלישית – מותר לפגוע בחופש הביטוי גם בהיעדר פגיעה מהותית של הביטוי בשלום הציבור, פגיעה ברגשות העולה על רמת הסיבולת הנדרשת בדמוקרטיה או הפרת חוק: בבג"ץ חרות ציין הנשיא ברק, בצדק, לגבי הקטעים שנפסלו, כי "היו מספר אנשים אשר ידימו גבה, ויעלו שאלות באשר לטעמו הטוב של התשדיר. אך לא בכך עסקינן".[23] במקרה זה לא התקיימה אף אחת מאמות־המידה המקובלות לפגיעה בחופש הביטוי. לא היתה ודאות קרובה (וגם לא אפשרות סבירה) לפגיעה בסדר הציבורי, לא פגיעה חמורה (או פגיעה ממשית אחרת כלשהי) ברגשות הציבור (אם יש צורך בראיה

16. בג"ץ חרות (לעיל, הערה 2), סעיף 11 לפסק־דינו של הנשיא ברק.
17. ייתכן שכך גם לפי הגישה, הרואה את חופש הביטוי כנכנס בגדר הזכות לכבוד האדם הקבועה בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו רק כאשר הפגיעה בחופש הביטוי כרוכה בהשפלה. ראו עע"א 4463/94 ואח' גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ (4) 136, עמ' 191-192.
18. סעיף 8 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150; סעיף 4 לחוק־יסוד: חופש העיסוק, ס"ח תשנ"ד 90.
19. ראו, למשל, בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז (3) 337, עמ' 356-360.
20. השוו אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך שלישי: פרשנות חוקתית, נבו, תשנ"ד), 507, הטוען כי פגיעה בזכויות־האדם על־ידי הלכה פסוקה המשלימה חסר היא בגדר פגיעה בחוק – חוק יסודות המשפט.
21. ראו בג"ץ 3267/97 ואח' רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב (5) 481, עמ' 513.
22. ראו בג"ץ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נג (4) 673, עמ' 684.
23. בג"ץ חרות (לעיל, הערה 2), סעיף 18 לפסק־דינו של הנשיא ברק.

לדבר, אפשר למוצאה בכך שהקטע שנפסל מתוך תשדירי התעמולה שודר פעמים רבות במסגרת שידורי האקטואליה של הערוצים השונים ושום אסון לא אירע), ואף לא הוכח שתשידור אינו חוקי (למשל: שמדובר בעבירה פלילית).[24] השידור גם לא נכנס לגדר אחת העילות הקבועות בתוק־יסוד: הכנסת לפסילת רשימה או מועמד מהתמודדות בחירות לכנסת, שאו יש טעם בדעה כי אין לאשרו במסגרת שידורי תעמולת הבחירות.[25] קביעת בית־המשפט העליון בדעת רוב, כי בכוחו של יושב־ראש ועדת הבחירות "למנוע עשיית שימוש בלתי־ראוי לצורכי תעמולה בערכים שהציבור, ככלל, רגיש לכיבודם"[26] – שבסופו של דבר עמדה ביסוד דחיית העתירה – אינה תואמת את מסורת ההגנה על חופש הביטוי בישראל, שאינה מבוססת על מתן הגנה לביטויים "ראויים" בלבד, אלא עיקרה הוא דווקא בהגנה על ביטויים שתוכנם למצער שנוי במחלוקת והפוגעים במרבית הציבור.

המהפכה החוקתית הרביעית – בג"ץ מוסמך. גם בניגוד לחוק, לתת סעד הנדרש למען הצדק: הנימוקים שניתנו להחלטה בבג"ץ הפורום הם מרחיקי־לכת במיוחד ויש בהם פוטנציאל של הפיכת ה"צדק" לעקרון־על תוקתי כללי, הגובר על חוקי המדינה. דברי השופט צבי ברנזון[27] שעליהם התבסס בג"ץ – אשר לא הבחינו בין סמכות בית־המשפט לבין הדין המהותי, ושכבר מזמן סויגו ותוקנו[28] – אינם יכולים לשמש בסיס להלכה כה מהפכנית, הנראית בלתי־סבירה גם לגופה. גם אם לא היה אפשר לתת לעותרים בבג"ץ הפורום את הסעד שנתבקש – וספק רב אם כך הדבר, בין השאר בשל העובדה שבית־המשפט העליון ציין בפסק־דינו, כי הקושי המשפטי הלכאורי במתן הצו שנתבקש נובע מתקנות ולא מחוק – אין בכך כדי להצדיק קונסטרוקציה חוקתית מוזרה, מלאכותית ובלתי־ראויה, הגוזרת מסמכות בג"ץ לתת סעד "למען הצדק" עליונות כוללנית של הצדק על־פני כל חוקי המדינה. במדינה שבה שורר שלטון המשפט, ולא שלטון השופטים, הפתרון לחוק בלתי־צודק שאינו סותר הוראה חוקתית ספציפית הוא תיקון מזורז של החוק[29] ולא התעלמות ממנו. אכן, כדברי בית־המשפט העליון בפסק־דין שניתן גם הוא

24. ראו דברי הנשיא ברק שם, סעיף 19. בסעיף ישנן דעות לכאן ולכאן לגבי השאלה אם פליליות של ביטוי עשויה להיות הצדקה משפטית למניעתו: ראו בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא (3) 255.

25. השוו דברי השופט מצא בבג"ץ חרות (לעיל, הערה 2), כי "רשאי יושב־ראש ועדת הבחירות לפסול תשדיר תעמולה הכולל דברי הסתה לגזענות, או תמיכה בתפיסה השוללת את קיומה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, גם בהיעדר הסתברות כלשהי ששידורו יפגע בערכים שסעיף 7א לחוק־יסוד: הכנסת נועד להגן עליהם".

26. דברי השופט מצא, בבג"ץ חרות (לעיל, הערה 2).

27. בג"ץ 101/74 ואח' בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד כח (2) 449, עמ' 455-456.

28. ראו בג"ץ 688/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד לו (4) 85, עמ' 97-101.

29. השוו בג"ץ 6971/98 ואח' פריצקי נ' שר הפנים, פ"ד נג (1) 763, עמ' 796-803 (דברי השופט מישאל חשין); 815 (דברי השופטת דורנר).

nevo.co.il

בעניין הקשור לבחירות לכנסת, בינואר 2003: "אנו כפופים לחוק ואיננו רשאים להתעלם ממנו. זהו שלטון החוק ולא שלטון האדם (או השופט)".[30]

הלכות אלה ברובן – להוציא אולי זו השלישית, המוגבלת לפי לשונה לסמכותו של יושב־ראש ועדת הבחירות לכנסת לאשר תשדירי תעמולה – הן, כאמור, מרתיקות־לכת. משמעות כל אחת מהן, אם תיקלט, היא שינוי מהותי של יסודות המשפט החוקתי הישראלי. על רקע זה יש מקום לביקורת על כך שהשופטים, במקרה הטוב, נימקו אותן בקיצור ובאופן חלקי וקטוע (לעתים בדרך המותירה רושם מטעה כאילו אין בדברים חידוש של ממש); ובמקרה הטוב־פחות, כפי שהיה לעניין ההכרה מכוח היקש בסמכות לפגוע בחופש הביטוי, לא נימקו את חידושיהם כלל. לגבי אף לא אחת מן ההלכות לא צוין במפורש החידוש שבה. המינוריות ואף ה"צניעות" של פסקי־הדין עשויות לפעול באופן שימזער את השפעתם ויפחית מן הסמכותיות שלהם,[31] אך הן גם עשויות להתפרש כאילו פסקי־הדין משקפים דינים ברורים ומוסכמים שאינם שנויים במחלוקת ולכן גם אין צורך לנמקם ולהסבירם בהרחבה כפי שמצופה מחידושים משפטיים. בין כך ובין כך חשוב לחשוף את התידושים החוקתיים המהותיים שבפסיקה. זאת היתה מטרתה העיקרית של רשימה זאת.[32]

30. ע"ב 130/03 ויסנר נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית (טרם פורסם; ניתן ב־9 בינואר 2003).

31. ואכן, ימים אחדים לאחר מתן בג"ץ חרות נתן בית־המשפט העליון פסק־דין – בג"ץ 651/03 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש־עשרה (טרם פורסם; ניתן ב־23 בינואר 2003) (להלן: בג"ץ האגודה לזכויות האזרח) – שבו ביטל את החלטת יושב־ראש ועדת הבחירות המרכזית למנוע הקרנה בטלביזיה של תעמולת בחירות שבה מוצג הדגל הפלשתינאי. אכנם, בית־המשפט העליון – מפי השופטת איילה פרוקצ'יה, בהסכמת השופטים יצחק אנגלרד וטובה שטרסברג־כהן – ציין את בג"ץ חרות כפסק־דין, שבו "היתווה בית משפט זה את קווי שיקול הדעת באישדור או פסילה של תשדירי תעמולת בחירות על ידי יו"ר ועדת הבחירות המרכזית" (בג"ץ האגודה לזכויות האזרח, סעיף 15). עם זאת, בבג"ץ האגודה לזכויות האזרח הוסיף בית־המשפט (כאמור, בהסכמת השופטת שטרסברג־כהן, שנמנתה עם שופטי הרוב בבג"ץ חרות), כי "כדי שהצגתו של דגל פלסטין בתשדירי תעמולת בחירות תיפסל, על ההצגה להיות בעלת תוכן העשוי לגרום לפגיעה ממשית, עמוקה וקשה ביותר, ברגשות בני הציבור בישראל, העשויים לצפות בתשדירים ובמיוחד אלה שנפגעו מפעולות טרור. על פי מערך האיזונים הראוי, רק פגיעה מסוג זה תצדיק גריעה או הגבלה של חופש הביטוי בתעמולת הבחירות" (שם, סעיף 17). למרות ההבחנה שעשו השופטים בבג"ץ האגודה לזכויות האזרח בין עובדות המקרה שנידון בפרשה זאת ובין העובדות שנכללו בבג"ץ חרות, הרי קשה ליישב בין הכללים המשפטיים שנקבעו בשני המקרים.

32. לביקורת ברוח דומה על החידושים הלא־מנומקים בבג"ץ חרות (לעיל, הערה 2) ראו גם אמנון רייכמן, "ככה לא בונים חוקה", עורך הדין (גליון 35, פברואר 2003) 42.