פגמים בחקיקת חוקי־היסוד

אריאל בנדור*

א. הקדמה. ב. הקלות הבלתי נסבלת של חקיקת חוקי־היסוד ותיקונם. ג. שיבושים בניסוח חוקי־יסוד: 1. עקרונות היסוד; 2. המטרה; 3. סייג לגבי כוחות הביטחון. ד. ערכי המדינה ופסקות ההגבלה.

א. הקדמה

1. רבות נכתב – בכתב־עת זה[1] ובמקומות אחרים[2] – בשבחה של חקיקת היסוד החדשה ובמהפכה החוקתית שתוללה בהגנה על זכויות היסוד של האדם בישראל. רשימה זו אינה באה למעט מכל אלה. תכליתה היא להסב את תשומת־הלב אל פגמים אלה ואחרים – אחדים מכוונים, ואחדים פרי רשלנות או שגגה – שעשתה הכנסת בפועלה כרשות המכוננת. פגמים "חוקתיים" כאלה אינם קלי־משקל. חשוב להיות מודעים לקיומם, כדי להתמודד עמם ולהשתדל לתקנם ולמונעם.

---

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

1. ראו י' אליאסוף, "חוק־יסוד: חופש העיסוק", **משפט וממשל** ב (תשנ"ד) 173; ש' אלמוג, "חוק־יסוד: חופש העיסוק; חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו", **משפט וממשל** א (תשנ"ב-תשנ"ג) 185; א' ברק, "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות", **משפט וממשל** א (תשנ"ב-תשנ"ג) 9; א' ברק, "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות", **משפט וממשל** א (תשנ"ב-תשנ"ג) 253; א' ברק, "חוק־יסוד: חופש העיסוק", **משפט וממשל** ב (תשנ"ד) 195; י' קרפ, "חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח", **משפט וממשל** א (תשנ"ב-תשנ"ג) 323.

2. ראו, למשל, פסקי־הדין: בג"צ 1452/93 **איגלו חברה קבלנית לעבודות צנרת בניין ופיתוח בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה** (טרם פורסם); ע"א 1482/92 **א' הגר נ' ח' הגר ואח'**, פ"ד מז (2) 792; בר"ע 7208/93 **מאיר וייסגלס נ' מירה וייסגלס** (טרם פורסם); בג"צ 5688/92 **ש' ויכסלבאום ואח' נ' שר הביטחון ואח'**, פ"ד מו (2) 812; ע"א 294/91 **חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום**, פ"ד מו (2) 464; בש"פ 4145/92 **מדינת ישראל נ' גואטה**, פ"ד מו (5) 704; בש"פ 3734/92 **מדינת ישראל נ' עזאזמי**, פ"ד מו (5) 72;

2. הרשימה עוסקת בשלושה עניינים, שקיימת ביניהם זיקה. העניין האחד הוא התופזה שבה נוהגת הכנסת בחקיקת חוקי־יסוד ובתיקונם. העניין האחר הוא שיבושים בניסוח חוקי־היסוד החדשים בדבר זכויות האדם, שאפשר כי מקורם הוא בחקיקה החפוזה. העניין השלישי הוא משמעות פירושם של ערכי המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית לצורך פסקות ההגבלה שבחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק־יסוד: חופש העיסוק; למשמעות זו זיקה לסעיפי המטרה בשני חוקי־יסוד אלה, שבניסוחם נפל שיבוש. אדון בשלושה עניינים אלה לפי סדרם.

ב. הקלות הבלתי נסבלת של חקיקת חוקי־היסוד ותיקונם

3. ביום 13 ביוני 1950 קיבלה הכנסת את ההחלטה המכונה "החלטת הרריי",[3] בהחלטה זאת נקבע, בין השאר, כי חוקת המדינה "תהיה בנויה פרקים־פרקים באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסודי בפני עצמו. ... כל הפרקים יחד יתאגדו לתוקת המדינה". על יסוד החלטה זאת קיבלה הכנסת משנת 1958 ועד עתה, אחד־עשר חוקי־יסוד.

4. מתוך אחד־עשר חוקי יסוד אלה, הוחלפו או תוקנו שמונה: חוק־יסוד: הממשלה משנת 1982 הוחלף בשנת 1992 (עד להחלפתו, תוקנה גרסתו המקורית שבע פעמים); חוק־יסוד: חופש העיסוק משנת 1992 הוחלף בשנת 1994, פחות משנתיים לאחר קבלתו ועוד לפני שבתי־המשפט הספיקו להתילו באופן ממשי; חוק־יסוד: הכנסת משנת 1958 תוקן שתים־עשרה פעמים; חוק־יסוד: משק המדינה משנת 1975 תוקן חמש פעמים; חוק־יסוד: נשיא המדינה משנת 1964 תוקן פעמיים; ואילו חוק־יסוד: הצבא משנת 1976,

---

בג"צ 3261/93 **מנינג נ' שר המשפטים ואח'** (טרם פורסם); בש"פ 2169/92 **סוויסה נ' מדינת ישראל**, פ"ד מו (3) 358 (להלן, בש"פ סוויסה); בג"צ 5304/92 **פר"ח 1992 סיוע לנפגעי חוקים ותקנות למען ישראל אחרת נ' שר המשפטים** (טרם פורסם); ע"א 506/88 **שפר נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם); והמאמרים: מ' אלון, "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו", **עיוני משפט** יז (תשנ"ב-תשנ"ג) 659; א' ברק, "זכויות אדם בוגנות והמשפט הפרטי", **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי** (1993) 163; א' ברק, "כבוד האדם כזכות חוקתית", **הפרקליט** מא (תשנ"ד) 271; א' ברק, "פרשנותם של חוקי־היסוד", **משפטים** כב (תשנ"ג) 31; מ' גולדברג, "תופש העיסוק: מזכות יסוד לחוק יסוד" **הפרקליט** מא (תשנ"ד) 291; י' זילברשץ, "זכות היציאה ממדינה", **משפטים** כג (תשנ"ד) 69; א' יורן, "המהפכה החוקתית במיסוי בישראל", **משפטים** כג (תשנ"ד) 55; ח' ה' כהן, "ערכיה של מדינה יהודית ודימוקרטית – עיונים בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו", **הפרקליט – ספר היובל** (1993) 9; D. Kretzmer, "The New Basic Laws on Human Rights: A Mini Revolution in Israel Constitutional Law", 26 **Israel L. Rev.** (1992) 238.

3. ד"כ תש"י 1754.

תוק־יסוד: השפיטה משנת 1984 ותוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו משנת 1992 תוקנו כל אחד פעם אחת.

בסך הכול, מלבד החלפת שני חוקי־יסוד, תוקנו חוקי־היסוד עשרים ותשע פעמים. רבים מן התיקונים כוללים סעיפים אחדים.[4] תיקונים אחדים הם של סעיפים שכבר תוקנו קודם לכן.[5] רשימה זאת אינה כוללת שינויים "משתמעים", שנעשו בחוקים אחרים מבלי לשנות את נוסח חוקי־היסוד.

מעניין להשוות נתונים אלה לנתונים בדבר תיקונה של חוקת ארצות־הברית, שממשפטה החוקתי מקובל בישראל לשאוב השראה. בחוקה זאת, שהתקבלה בשנת 1787, נעשו עד כה עשרים ושישה תיקונים (מתוכם התקבלו עשרת הראשונים יחדיו, וכמוהם התיקונים השישה־עשר והשבעה־עשר, והתיקונים העשרים והעשרים ואחד; כך שלמעשה תוקנה החוקה האמריקנית במשך מאתיים ושבע שנים חמש־עשרה פעמים בלבד).

5. לריבוי זה של החלפת חוקי־יסוד ותיקונם שני הסברים:

ראשית, ניסוחם של חוקי־היסוד, בגרסותיהם המקוריות ואף בתיקוניהם, נעשה לעתים קרובות מדי בחופזה וללא תשומת־לב והקפדה הראויות לניסוח פרקים בחוקה. תופעה זו קשורה בפרקטיקה – שספק אם יש לה את ורע בעולם – שהחלה כמדומה עם קיום שלוש הקריאות של חוק־יסוד: ירושלים בירת ישראל בתוך שבוע ימים.[6] פרקטיקה זו מתבטאת בחקיקת חוקי־יסוד, ובהם חוקי־יסוד משוריינים, בחיפזון ואף בסתר, תוך ניצול "התדמנויות" פוליטיות מקריות יחד עם אי־הבנה של רבים מחברי הכנסת את מהות התחיקה. כך, למשל, חקיקתו של חוק־יסוד: חופש העיסוק ב-1994 – שאחדים מסעיפיו המרכזיים, ובהם "תיקונים עקיפים" בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, לא נכללו בהצעת החוק, וככל הנראה רבים מחברי הכנסת לא היו מודעים לתוכנם[7] – נעשתה בהליך מזורז.[8] מדבריהם של מקצת חברי הכנסת שהשתתפו בדיון[9] מתעורר הרושם כי הם סברו

4. ראו, למשל, חוק־יסוד: הכנסת (תיקון מס' 12) משנת 1991, סעיף 3 הכולל (במסגרת תיקון עקיף מס' 6) תיקונים לשני סעיפים והוספת סעיף אחד לחוק־יסוד: הממשלה. יצוין, כי בשנת 1991 תוקן חוק־יסוד: הממשלה שלוש פעמים. כאמור, חוק־יסוד זה הוחלף כליל שנה אחת לאחר מכן, בשנת 1992.

5. ראו, למשל, חוק־יסוד: הכנסת, סעיפים 6 ו-21, שכל אחד מהם תוקן פעמיים.

6. ראו ד"כ תש"ם 4074-4037 (הדיון בקריאה ראשונה – 4325-4311); 23.7.80 (הדיון בקריאה שנייה ושלישית – 30.7.80).

7. ראו להלן, הטקסט ליד הערות 15-16.

8. בסעיף 113(ג) לתקנון הכנסת נקבע, כי הדיון בהצעת חוק ממשלתית לא ייערך אלא לאחר שהצעת החוק היתה מונחת על שולחן הכנסת לפחות יומיים, אם ועדת הכנסת לא החליטה, לבקשת הממשלה, להקדים את הדיון. הצעת חוק־יסוד: חופש העיסוק (תיקון) (נוסח חלופי) נושאת את התאריך 14.2.1994, והדיון בה החל כעבור יום אחד בלבד, ב-15.2.1994.

9. ראו ישיבות הכנסת השלוש־עשרה – פרוטוקול סטנוגרפי מיום 15.2.1994 (דיון בקריאה ראשונה) ומיום 9.3.1994 (דיון בקריאה שנייה ושלישית).

nevo.co.il

שעל הפרק עומד חוק יבוא בשר קפוא, ולא חלק חשוב של חוקת המדינה. ואכן, הכנסת הזדרזה לסיים את הדיון בחוק־יסוד: חופש העיסוק, כדי לעבור מיד – עוד לפני פרסום חוק־היסוד המתוקן – ל"דיון העיקרי" בחוק יבוא בשר קפוא.[10]

שנית, דומה כי הכנסת אינה מכירה בחשיבותה של יציבות הנורמות התוקתיות, למרות שערכה רב לא פחות, ואפשר שאף יותר, מתוכנן.[11] כך, לאחרונה, התעורר בממשלה חשש מסיום תקופת המעבר של שנתיים שנקבעה בחוק־יסוד: חופש העיסוק המקורי, שבמהלכה היו הכנסת ורשויות אחרות אמורות לבחון את התאמתה של התחיקה הקיימת לדרישות החוק ולערוך בה את ההתאמות הנדרשות. מאחר שבמשך תקופה זו לא נעשה דבר (להוציא הקמת ועדה, שמצאה כי התחיקה הקיימת אכן אינה תואמת את דרישות חוק־היסוד), וכנראה גם נוכח השש נוסף – שבתי־המשפט יפרשו את חוק־היסוד המקורי בדרך שאולי לא תהלום באופן אבסולוטי הוראות המועמדות להיכלל בהסכם קואליציוני הנתון במשא ומתן – בוטל חוק־היסוד, והוחלף בהליך מזורז בחוק־יסוד חדש,[12] בחוק־היסוד החדש, בין השאר, הוארכה תקופת המעבר בשנתיים נוספות, והוכללה הוראה המאפשרת מתן תוקף לחוקים הפוגעים בחופש העיסוק שלא בהתאם לדרישות חוק־היסוד. כמעט למותר לציין, כי אף חוק־יסוד: חופש העיסוק החדש הפך מיד, עוד לפני שיבשה עליו הדיו, למועמד לתיקונים נוספים, אף הם במסגרת משא ומתן קואליציוני.

אין להניח כי תיקונים על רקע דומה היו עשויים להתקבל או אף לעלות על דעתן של הרשויות הפוליטיות במדינות דמוקרטיות, שמהן שואב משפטנו החוקתי את השראתו. מבחינה זו בולט ההבדל בישראל בין תחיקה מנדטורית ארכאית, כפקודת החוק הפלילי משנת 1936 (שהורתה בחוק הפלילי של המושבה הבריטית קווינסלנד משנת 1899, ושהתגלגלה, כמעט ללא שינויים מהותיים, אל חוק העונשין, תשל"ז-1977,[13] פקודת הנזיקין משנת 1944, פקודת השטרות משנת 1945, וכמובן, תחיקה אנטי־דמוקרטית כתקנות ההגנה (שעת חירום) משנת 1945 ופקודת העיתונות משנת 1938, לבין חוקי־היסוד. בעוד שהתחיקה המנדטורית הנוכרת נהנית מיציבות מופלגת, והצעות

10. דא עקא, כשהתברר שתוקפו של חוק יבוא בשר קפוא עשוי להיפגם עקב קיום הקריאה הראשונה עוד בטרם פורסם חוק־יסוד: חופש העיסוק המתוקן, נאלצה הכנסת לערוך בשנית דיון והצבעה בקריאה הראשונה של חוק יבוא בשר קפוא. ראו ישיבות הכנסת השלוש־עשרה – פרוטוקול סטנוגרפי מיום 14.3.1994, עמ' 374 ואילך.

11. ראו, למשל, מ' שמגר, "הקיקה, שפיטה וזכויות האזרח", הפרקליט לז (תשמ"ז) 5, 10-11; ע' שפירא וב' ברכה, "המעמד החוקתי של זכויות הפרט", עיוני משפט ב (תשל"ב-תשל"ג) 20, 26-27.

12. ראו לעיל, הערות 8-10 והטקסט הקשור אליהן.

13. ראו י' שחר, "מקורותיה של פקודת החוק הפלילי, 1936", עיוני משפט ז (תשל"ם-תש"ם) 75, 79. לאחר עבודות הכנה שנמשכו שנים רבות, זיכתה הכנסת לפני שבועות אחדים חוק זה בחלק כללי ובחלק מיקרמי חדשים: חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994. עם זאת, הדרך לחוק עונשין ישראלי מתוקן עדיין ארוכה.

להחלפתה או לתיקונה נתונות, אם בכלל, לדיונים יסודיים ומעמיקים המתמשכים שנים רבות בוועדות מומחים שונות ובכנסת, הדי שחוקי־היסוד מוחלפים ומתוקנים, כאמור, בתופזה.

ג. שיבושים בניסוח חוקי־יסוד

6. אציג עתה דוגמות אחדות – הנוגעות לחוקי־היסוד החדשים הדנים בזכויות האדם: חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו (משנת 1992) וחוק־יסוד: חופש העיסוק (משנת 1994) – למקרים שבהם הרושם הוא כי חקיקה הפוזה או בלתי שקולה, ואפילו מרושלת, גררה שיבושים או אי־בהירויות, שהיו ניתנים למניעה. ודוקו, אך טבעי הוא כי הוראות חוקתיות יכללו הסדרים כלליים ועקרוניים, שיהיו נתונים לפרשנות, ואף לפיתוח, של בתי־המשפט.[14] ענייני כאן אינו בהוראות עקרוניות או כלליות כאלה, אלא בהוראות משובשות.

1. עקרונות היסוד

7. בסעיף 1 לשני חוקי־היסוד, שכותרתו "עקרונות יסוד", נקבע:

> זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין, והן יכובדו ברות העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.

הוראה זו, שנקבעה בחוק־יסוד: חופש העיסוק החדש, שבו הוספה (ב"תיקון עקיף") גם לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, לא נכללה בהצעת החוק,[15] אף בהציגו את חוק־יסוד: חופש העיסוק בפני מליאת הכנסת במסגרת הקריאה השנייה והשלישית,[16] התעלם יושב־ראש ועדת החוקה חוק ומשפט כליל מן ההוראה. מדברי חברי הכנסת בדיון מתעורר הרושם שהם לא היו מודעים להכללתה של הוראה מרכזית זו, ש"גילויה", ימים אחדים לאחר קבלת חוק־היסוד, חולל סערה פוליטית.

8. אפשר כי תכליתה של ההוראה היתה להצהיר על המקורות האידיאולוגיים של זכויות האדם בישראל, ועל הקשר שבין זכויות האדם המעוגנות בחוקי־היסוד לבין

14. ראו ד' קרצמר ופ' להב, "מגילת זכויות האדם והאזרח בישראל: הישג קונסטיטוציוני או אחיזת עיניים?", משפטים ז (תשל"ז) 154, 173.

15. ראו ה"ח התשנ"ד 129; 189.

16. ראו ישיבות הכנסת השלוש־עשרה – פרוטוקול סטנוגרפי מיום 9.3.1994, עמודים 315–332.

ההכרזה על הקמת מדינת ישראל ("הכרזת העצמאות"), ששימשה אחד המקורות העיקריים שעל יסודם פיתח בית־המשפט העליון את ההלכות בדבר זכויות האדם.[17]

דא עקא, שהסעיף – למצער לכאורה – אינו כולל הצהרות בלבד, אלא מצוי בו אף ציווי: "זכויות היסוד של האדם בישראל ... יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל". הסעיף, על־פי נוסחו כפשוטו, מטיל איפוא חובה לכבד את זכויות היסוד ברוח העקרונות שבהכרזת העצמאות. תובה כזאת, אם אכן הוטלה על־ידי הסעיף, מעוררת קשיים רבים (החורגים מן השאלה הפרשנית, הנכבדה כשלעצמה, באשר למשמעות כיבודן של זכויות היסוד ברוח עקרונותיה של הכרזת העצמאות): על מי מוטלת החובה? האם היא מוטלת גם על הכנסת עצמה, כאשר היא מחוקקת חוקים (ואולי אף כאשר היא מקבלת חוקי־יסוד), כך שחוק (או אף חוק־יסוד) שאינו מכבד את זכויות היסוד ברוח עקרונות אלה יתבטל? ואם שאלה זו תיענה בחיוב – מה היחס בין הוראת סעיף 1 לחוקי־היסוד האמורים לבין פסקות ההגבלה שבהם,[18] הקובעות כי "אין פוגעים ... [בזכויות היסוד] אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש ..."? ומה היחס בין סעיף 1 לבין סעיף 8 לחוק־יסוד: חופש העיסוק, הקובע פרוצדורה המאפשרת פגיעה בזכות אף שלא בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה שבסעיף 4: האם פרוצדורה זו תחול גם על חוק המנוגד לסעיף 1 (הגם שסעיף 1 אינו מוזכר בסעיף 8)?

לדעתי, בעיות אלה כולן אינן בעיות פרשנות "לגיטימיות", העשויות לנבוע – כאמור – מאופיה העקרוני של החוקה, אלא הן נובעות מחוסר תשומת־לב לנוסח הסעיף, הקשור כמדומה לחיפזון שבו הוא התקבל ולהיעדר הפומביות של הליכי חקיקתו.

2. המטרה

9. בסעיף 1א (במקור: סעיף 1) לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו נקבע:

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

מתוך מגמה, נאותה כשלעצמה, להאחיד ככל האפשר את נוסח הוראותיהם הכלליות של חוקי־היסוד,[19] נקבעה הוראה דומה בסעיף 2 לחוק־יסוד: חופש העיסוק החדש.[20]

17. ראו, למשל, בג"צ 73/53 **חברת "קול העם" ואח' נ' שר המניים**, פ"ד ז 871; בג"צ 680/88 **שניצר ואח' נ' הצנזור הצבאי הראשי**, פ"ד מב (4) 617.

18. סעיף 8 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 4 לחוק־יסוד: חופש העיסוק.

19. ראו דברי ההסבר לסעיף 1 להצעת חוק־יסוד: חופש העיסוק (תיקון), ה"ח התשנ"ד 129. ראו גם מכתבו של השופט ברק אל יושב ראש ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, להלן בחוברת זו בעמוד 545.

20. ההבדל בין סעיף זה לבין סעיף 1א לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא בכך, שבעוד

nevo.co.il

10. נוסח זה של סעיף המטרה מעורר תמיהה. האם אמנם תכלית ההגנה על כבוד האדם וחירותו ועל חופש העיסוק היא "לעגן בחוק־יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"? הלוא עיגון בחוק, ואף בחוק־יסוד, מעצם טיבו הוא אמצעי להשגת תכלית,[21] ואין הוא יכול לשמש תכלית בפני עצמה. אין כל ספק כי נוסח זה הוא משובש, ובוודאי לא היה מקום להעתיקו גם אל חוק־יסוד: חופש העיסוק החדש.

מגוסח זה של הסעיף קשה להבין מה הוא בא לקבוע.[22] ייתכן שהכוונה הייתה להורות, כי מטרת ההגנה על זכויות היסוד היא להגשים את ערכי המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית. אפשרות אחרת היא שהסעיף בא לקבוע שאף התוכן של זכויות היסוד ומהותן (ולא רק היקף ההגנה עליהן) יתפרשו על יסוד ערכי המדינה האמורים.[23] ואולם, שני פירושים אלה אינם נקיים מספקות, שכן אין הם מסבירים את הקביעה כי ההגנה על זכויות היסוד היא "כדי לעגן בחוק־יסוד" את ערכי המדינה.

3. סייג לגבי כוחות הביטחון

11. בסעיף 9 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף שאין לו מקביל בחוק־יסוד: חופש העיסוק) נקבע:

> אין מגבילים זכויות שלפי חוק־יסוד זה של המשרתים בצבא־הגנה לישראל, במשטרת ישראל, בשירות בתי הסוהר ובארגוני הבטחון האחרים של המדינה, ואין מתנים על זכויות אלה, אלא לפי חוק ובמידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות.

סעיף זה (והעתידו בחוק־יסוד: חופש העיסוק) מעוררים קשיים אחדים.

שבאמרון נקבע כי מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, נקבע בראשון כי מטרתו להגן על חופש העיסוק. לגישה, שעל־פיה יש לקבוע בכל חוקי־היסוד בדבר זכויות האדם (ובתוכם גם חוק־יסוד: חופש העיסוק) שמטרתם להגן על כבוד האדם וחירותו, ראו מכתבו של השופט ברק (לעיל, הערה 19).

21. ראו, למשל, דברי השופט זוסמן בע"א 481/73 מנהל עזבון אלזה ברגמן נ' שטסל, פ"ד כט (1) 505, 516 בין האותיות א-ב: "חוק הוא מכשיר לשם ביצועה של מטרה תחיקתית".

22. השוו ש' אלמוג (לעיל, הערה 1) 191.

23. השוו לדברי השופט מנחם אלון (לעיל, הערה 2) 663; 666. בעניין סעיף המטרה בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו:

> חסד עשה עימנו המחוקק בחוק היסוד האמור וטובה מרובה נחויק לו על כך, בקובעו בלשון כרורה – עד כמה שניתן הדבר להיעשות בדברו של חוק – את תכליתן של הוראות יסוד אלה, שהיא, לעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. ... מעתה יתפרשו המונחים־הערכים כבוד האדם וחירותו וכל הוראותיו של חוק־יסוד זה כבאות להגשים תכלית דו־ערכית זו. ... פרשנות ההוראות של חוק־יסוד זה צריך שתהא הולמת תכלית דו־ערכית של מדינה יהודית ודמוקרטית.

nevo.co.il

12. ראשית, מדוע היה צורך בסעיף, ולא ניתן היה להסתפק בפסקת ההגבלה הכללית שבסעיף 8? התשובה לשאלה זו צריכה לעלות מן ההבדלים שבין סעיף 9 לבין סעיף 8.

הבדל אחד הוא בעיגון הנדרש לפגיעה בזכויות או להגבלתן, ייתכן כי במקור חפץ המחוקק לאפשר הגבלה של זכויות המשרתים בכוחות הביטחון והתנאה עליהן גם "לפי חוק", ולא רק "בחוק", כפי שנקבע אז בסעיף 8. אלא שבתיקון לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו הוספה לסעיף 8 האפשרות לפגוע בזכויות שלפי חוק־יסוד זה גם "לפי חוק ... מכוח הסמכה מפורשת בו", המייתרת במידה רבה את סעיף 9. אני מטופק אם בכך שסעיף 8 – על־פי נוסחו המתוקן – מתנה פגיעה בזכויות לפי חוק בהסמכה מפורשת בו, דרישה שאינה מופיעה בסעיף 9, יש כדי להוות יסוד להסדרים נפרדים.

הבדל שני מתבטא בכך, שבעוד שסעיף 8 נוקט לשון "פגיעה" בזכויות, הרי שסעיף 9 עוסק ב"הגבלה" של זכויות וב"התנאה" עליהן. במכתבו אל יושב־ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת,[24] עומד השופט ברק על ההבחנה בין "הגבלה" של זכות־יסוד, שלדעתו היא פסולה, לבין "פגיעה" בה, שלדעתו עשויה להיות לגיטימית. דא עקא, שנראה כי הבחנה דקה זו – שהוצעה על־ידי השופט ברק כשנתיים לאחר חקיקת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו – לא עמדה לנגד עיני המחוקק, והדושם הוא שההבדל בנוסח אינו מגלם הבדל בתוכן. באשר לאזכור בסעיף 9 של "התנאה" על זכויות, ייתכן שהכוונה ל"הסדרי השירות" של המשרתים בצבא הקבע. ואולם, דומה שהסדרים אלה – שאינם חוזים[25] – היו נתפסים בגדר סעיף 8 אף בלעדי ההוראה המיוחדת שבסעיף 9.

הבדל שלישי מתבטא בכך, שהדרישה בסעיף 8, כי הפגיעה בזכויות תיעשה על יסוד חוק ההולם את ערכיה של המדינה – כלומר, כאמור בסעיף 1א, ערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית – אינה מוזכרת בסעיף 9. ייתכן שמקורו של הבדל זה הוא בהנחה, כי הגבלות מסוימות שאין מנוס מלהטילן על זכויותיהם של המשרתים בכוחות הביטחון אינן הולמות את ערכיה הדמוקרטיים של המדינה. למותר לציין, כי להנחה כזו אין כל יסוד, שכן אין בדמוקרטיה דבר המונע קיום תקין של כוחות ביטחון, ובכלל זה הגבלות נדרשות של זכויות המשרתים בכוחות אלה.

הבדל רביעי – תמוה במיוחד – הוא העדרה בסעיף 9 של הדרישה המופיעה בסעיף 8, שהגבלת הזכויות תיעשה על יסוד חוק "שנועד לתכלית ראויה". האם מכאן עולה כי מותר להגביל את זכויותיהם של המשרתים בכוחות הביטחון או להתנות עליהן לפי חוק שנועד לתכלית פסולה? בידי המחוקק פתרונים.

סוף־דבר, נראה כי מרבית ההבדלים בין פסקת ההגבלה הכללית שבסעיף 8 לבין פסקת ההגבלה המיוחדת שבסעיף 9 אינם מוצדקים, ואף כאן הרושם הנוצר הוא כי נוסח החוק אינו בהיר ואינו מרויק. אם נדרשה בכלל הוראה מיוחדת בדבר זכויות המשרתים בכוחות הביטחון, די היה לקבוע בה כי הזכויות שלפי חוק־היסוד חלות עליהם, אך במסגרת יישום פסקת ההגבלה שבסעיף 8 יתחשבו בדרישות ובצרכים המיוחדים הנובעים ממהותו ומאופיו של השירות.

24. ראו לעיל, העדה 19.

25. ראו בג"צ 279/72 עובד נ' שר הביטחון, פ"ד כז (1) 169.

nevo.co.il

13. שנית, מדוע לא נכלל סעיף כדוגמת סעיף 9 האמור בחוק־יסוד: חופש העיסוק – לא בחוק־היסוד המקורי משנת 1992, וגם לא בחוק־היסוד החדש משנת 1994? הלוא דומה, כי אם נדרשת התייחסות מיוחדת לזכויות לכבוד ולחירות של המשרתים בכוחות הביטחון, הרי שהתייחסות כזאת – העשויה להתבטא גם בשלילת הזכות – נדרשת גם לעניין חופש העיסוק שלהם.

אף לשאלה זו לא עלה בידי למצוא מענה, ודומה שגם כאן חלה תקלה – בין בהכללת סעיף 9 בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובין בהימנעות מהכללת סעיף דומה בחוק־יסוד: חופש העיסוק.

ד. ערכי המדינה ופסקות ההגבלה

14. כאמור, בסעיף 8 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו ובסעיף 4 לחוק־יסוד: חופש העיסוק (פסקות ההגבלה) נקבע, בין השאר, כי אין לפגוע בזכויות היסוד המוגנות בחוקי־יסוד אלה, אלא על יסוד "חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל". ערכים אלה הם, כמובן, "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית", כאמור בסעיף 1א לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 2 לחוק־יסוד: חופש העיסוק). יש איפוא לקרוא את חלקו הרלוונטי של סעיף 8 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו[26] כך:

> אין פוגעים בזכויות שלפי חוק־יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ...

15. מהם – לעניין זה – ערכי המדינה כמדינה יהודית? אין אפשרות להשיב על שאלה זאת על יסוד כוונתה של הכנסת, משום שבעניין זה היו בקרב חברי הכנסת גישות שונות, והביטוי "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית" מבטא פשרה לשונית בלבד ולא אחדות דעים מהותית.[27]

עם זאת, ההנחה המקובלת היא שבערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית יש כדי לסייג את זכויות האדם הקבועות בחוק־היסוד.[28] ייתכן כי ביסוד הנחה זו עומד פירוש ההוראה המשובשת שבסעיף 1א לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו (וכן סעיף 2 לחוק־יסוד: חופש העיסוק), שדנתי בה לעיל,[29] בקובעת לא רק כי מטרת ההגנה על זכויות היסוד היא להגשים את ערכי המדינה, אלא גם כי התוכן של זכויות היסוד ומהותן יתפרשו על יסוד ערכים אלה. אפשר כי ההנחה שבערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית יש כדי לסייג

---

26. לשם נוחות אתייחס להלן לסעיף זה. למעשה הדברים יפים גם באשר לסעיף 4 לחוק־יסוד: חופש העיסוק.

27. ראו י' קרפ (לעיל, הערה 1) 342.

28. שם, שם.

29. בסעיף 9.

nevo.co.il

את זכויות האדם עומדת ביסוד הגישה הדוגלת בפירוש מצר של ערכי המדינה כמדינה יהודית.[30]

16. לדעתי, הנחה מקובלת זאת – שעל־פיה יש בפירוש מרחיב של ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית כדי לאפשר לסייג את זכויות האדם מעבר למה שמותר היה על יסוד ערכי המדינה כמדינה דמוקרטית – אינה מתיישבת עם הקבוע בפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. מקריאה של סעיף 8 מסתבר כי ההיפך הוא הנכון. ככל שערכי המדינה כמדינה יהודית יפורשו באופן רחב יותר, ואף יכללו את ערכי המשפט העברי, כך תתרחב ההגנה על זכויות היסוד של האדם. בכך שהמשפט העברי אינו מכיר בכל הזכויות המקובלות בשיטה דמוקרטית, אין כדי לפגוע במשמעות זו של סעיף 8. אסביר את הדברים.

סעיף 8 עוסק בשאלה מתי מותר לפגוע בזכויות האדם. אין הוא עוסק בשאלה מתי מותר להעניק את זכויות האדם. נאמד בו כי "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק־יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל", ולא כי "אין מעניקים זכויות לפי חוק־יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל". לכן, גם אם חוק יעניק זכות המנוגדת לחלוטין למשפט העברי – למשל, חוק שייתן לכל אדם זכות להינשא לכל אדם אחר, יהיו דתו או מינו אשר יהיו – לא יהיה ניתן לפסול את החוק לפי סעיף 8. הסעיף קובע איפוא כי כדי שחוק יוכל לפגוע בזכויות האדם, עליו להלום הן את ערכי המדינה כמדינה יהודית והן את ערכי המדינה כמדינה דמוקרטית. חוק הפוגע בזכות האדם באופן ההולם את ערכי המדינה כמדינה יהודית, אך אינו הולם את ערכיה כמדינה דמוקרטית, אינו עומד בתנאי סעיף 8, והכנסת אינה מוסמכת לתוקקו. גם חוק הפוגע בזכות האדם באופן ההולם את ערכי המדינה כמדינה דמוקרטית אך אינו הולם את ערכיה כמדינה יהודית, אינו עומד בתנאי סעיף 8, וגם אותו הכנסת אינה מוסמכת לקבל. המסקנה – המנוגדת, כאמור, להנחה המקובלת – היא אם כן כי ככל שערכי המדינה כמדינה יהודית יפורשו

30. כך, השופט ברק סובר – אולי מתוך חשש שפירוש מרחיב של ערכי המדינה כמדינה יהודית, ובמיוחד אם ערכים אלה ייקבעו על־פי המשפט העברי, עשוי לסייג יתר על המידה את זכויות האדם – שערכיה היהודיים של מדינת ישראל הם, בעיקרם, הערכים המשותפים ליהדות ולדמוקרטיה. כוונתו היא – כדבריו באחד ממאמריו – "לערכים של אהבת האדם, קדושת החיים, צדק חברתי, עשיית הטוב והישר, שמירת כבוד האדם, שלטון החוק 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": א' ברק, "המהפיכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות" (לעיל, הערה 1) 30-31. אפשר כי השופט ברק סובר כי המשפט העברי מסייג יתר־על־המידה את זכויות האדם – למשל, בכל הנוגע לתופש בענייני דת ומצפון – ולכן היא נרתע מלפרש את ערכי המדינה כמדינה יהודית באופן שיפגע בזכויות האדם המתבקשות במדינה דמוקרטית.

nevo.co.il

באופן מרחיב יותר, כך תתרחב ההגנה על זכויות היסוד של האדם לפי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק־יסוד: חופש העיסוק.

17. האם יש מקרים שבהם השיטה הדמוקרטית מאפשרת להגביל זכויות יסוד באופן שאינו מותר על־פי המשפט העברי? ייתכן כי אין מקרים רבים כאלה, אך אין משמעות הדבר שמקרים כאלה כלל אינם קיימים. למשל, מפסיקתו של השופט אלון עולה, כי הזכויות הנתונות לחשודים ולנאשמים במשפטים פליליים על־פי המשפט העברי הן, במקרים מסוימים, רחבות מאלה המחויבות על־פי העקרונות הדמוקרטיים. על כן, למשל, בעוד שהגבלה על חירותו של אדם במעצר עד תום ההליכים אך ורק מפאת חומרתה של העבירה שבה הוא חשוד עשויה להתיישב עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, ולכן היא תוכשר למרות האמור בסעיף 5 לחוק־היסוד, הרי שייתכן שאין היא הולמת את ערכי המדינה כמדינה יהודית (אם ערכים אלה יפורשו על־פי המשפט העברי), ולכן חוק שיתיר מעצר כזה יוכל להיפסל דווקא אם ערכי המדינה כמדינה יהודית יפורשו באופן מרחיב.[31]

המסקנה היא, ככל שהדבר נוגע לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו ולחוק־יסוד: חופש העיסוק, שמגמה להרחיב את ההגנה על זכויות האדם תתמוך דווקא בפירוש מרחיב של ערכי המדינה כמדינה יהודית, ובכלל זה היזקקות למשפט העברי.

18. בעיה מיוחדת עלולה להתעורר כאשר נוצרת התנגשות בין שתי זכויות יסוד המעוגנות בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. למשל, ייתכן כי חופש הביטוי מוגן בחוק־היסוד במסגרת הזכות לכבוד המוזכרת בסעיף 2.[32] סעיף 7(א) קובע כי "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו". מה הדין כאשר ביטוי מסוים פוגע בפרטיות ובצנעת החיים? נניח שהשיטה הדמוקרטית מעדיפה בנסיבות מסוימות את חופש הביטוי, והמשפט העברי מעדיף את הפרטיות וצנעת החיים. לכאורה, כל חוק שהוא שינסה להסדיר מקרה כזה לא יעמוד בתנאי פסקת ההגבלה, שכן או שהחוק – אם יעדיף את חופש הביטוי – ייפסל משום שהוא אינו הולם את ערכי המדינה כמדינה יהודית, או שהחוק – אם יעדיף את הזכות לפרטיות ולצנעת החיים – ייפסל משום שאינו הולם את ערכי המדינה כמדינה דמוקרטית. מה הפתרון?

לפי גישה אחת[33] סעיף 8 כלל אינו חל על מקרים שבהם נוצרת התנגשות בין שתי זכויות המעוגנות בחוק־היסוד. ממילא אין בפירוש המוצע לסעיף 8 כדי להקשות את יישומה של פסקת ההגבלה על חוקים המסדירים מקרים של התנגשות בין שתי זכויות יסוד מוגנות.

31. השוו בש"פ טוויטה (לעיל, הערה 2). ראו גם א' בנדור וש' אלמוג, "הביקורת השיפוטית על־פי השופט מנחם אלון", יפורסם במשפטים כה.

32. ראו א' ברק, "כבוד האדם כזכות חוקתית" (לעיל, הערה 2).

33. ראו א' ברק, "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" (לעיל, הערה 1) 264-265.

nevo.co.il

אם גישה זאת לא תתקבל, הפתרון המוצע – שיש לו בסיס בפסיקה של בית־המשפט העליון בעניין פירוש חוק שבנסיבות מסוימות קובע, לכאורה, דבר והיפוכו[34] – הוא שדי בכך שחוק יהלום, בנסיבות מיוחדות ונדירות אלה, את הערכים היהודיים או את הערכים הדמוקרטיים, כדי שיינתן לו תוקף ולא ייפסל. תנאי לכך הוא, כמובן, כי החוק יעמוד בשאר היסודות של סעיף 8, דהיינו, שיהיה מיועד לתכלית ראויה, ושהפגיעה בזכות תהיה במידה שאינה עולה על הנדרש.

34. בבג"צ 3791/93 משלב ואח' נ' שר הפנים ואח' (לא פורסם) מצא בית־המשפט כי החוק הדילוונטי מצביע על שני מועדים לקיום בחירות ברשויות מקומיות, מועדים שכרגיל יש ביניהם חפיפה: תאריך מסוים, אחת לחמש שנים. בנסיבות שבהן אין חפיפה בין שני המועדים – דהיינו, כאשר במועד שבו מתקיימות הבחירות בכלל הרשויות טרם חלפו חמש שנים מיום הבחירות האחרונות במועצה המקומית המסוימת – יובל השר, על־פי שיקול דעתו, לבחור באחד משני המועדים.

nevo.co.il