

הרצאה

החוקה הכלכלית של ישראל

אהרן ברק*

א. מהותה של החוקה הכלכלית. ב. היש לנו חוקה? ג. החוקה הכלכלית - היבט פורמלי. ד. החוקה הכלכלית - היבט מהותי. ה. היקף הזכויות החוקתיות. ו. היקף הזכויות מבחינה עניינית. ז. היקף כוחו של המחוקק לפגוע בזכויות אדם חוקתיות. ח. פסקת ההגבלה. ט. "שאינה עולה על הנדרש". י. מרחב התמרון החוקתי. יא. פסקת ההתגברות. יב. החוקה הכלכלית מבחינה מהותית. יג. בית המשפט והחוקה הכלכלית.

א. מהותה של חוקה כלכלית

חוקה כלכלית עניינה באותם הסדרים בחוקת המדינה הנוגעים לכלכלה ולמשק. בדרך-כלל מרחיבים את המסגרת ומדברים על החוקה הכלכלית והחברתית וכוללים בה - נוסף על משק וכלכלה - גם ענייני חברה, כגון בריאות, עבודה, חינוך וסעד. בצד החוקה הכלכלית מדברים על "החוקה האזרחית", שעניינה הוראות החוק בכל הנוגע לזכויות האזרחיות של הפרט באותה מדינה. במסגרת החוקה האזרחית ניתן לערוך חלוקת משנה. כך, למשל, נודעת חשיבות רבה לחוקה הפלילית, שעניינה כל ההסדרים, המהותיים והדינמיים, הנוגעים לעבירות ולזכויות הנאשם ולזכויות הקורבן. מובן שניתן לגזור מהחוקה היבטים נוספים, כגון החוקה הצבאית או הבטחונית, חוקת עובדי-הציבור וכיוצא בהם עניינים, המשמשים מסגרת נורמטיבית-חברתית המוסדרת בחוקה.

בהרצאה זאת מבקש אני לעמוד על הפרמטרים החוקתיים באשר לפעילות הכלכלית והמשקית. מטרה היא לשרטט את המתחם אשר במסגרתו הרשויות השלטוניות - הרשות

* נשיא בית-המשפט העליון. ההרצאה נישאה במכון ון-ליר ב-18.2.97. היא עובדה ועודכנה לקראת פרסומה במשפט וממשל. תודתי נתונה ליעד רותם, תלמיד הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה וחבר מערכת משפט וממשל, על עזרתו.

המבצעת והרשות המחוקקת - חופשיות להגשים את מטרותיהן הפוליטיות בתחום המשק והכלכלה. כן מבקש אני לעמוד על ההגבלות החוקתיות המוטלות על הרשויות הפוליטיות בפעילותן הכלכלית והמשקית ועל הדרכים שבהן מגבלות אלה נשמרות.

ב. היש לנו חוקה?

בחינתה של החוקה הכלכלית מניחה, כדבר מובן מאלי, קיומה של חוקה המעניקה זכויות לפרט ומטילה מגבלות על השלטון. והנה, עניין זה עצמו טרם התבהר דיו בחברה הישראלית. האם באמת יש לנו חוקה? האין לומר כי עדיין אין לנו חוקה וכי חוקתנו-שלנו היא חזון לעתיד, בחינת "חוקה בדרך" - או שאיפה שטרם הוגשמה? אפתח אפוא בשאלה זו.

וראי לישראל חוקה מטריאלית.¹ זהו מכלול הנורמות המשפטיות הקובעות את האורגנים המרכיבים של המשטר - נשיא, רשות מחוקקת, רשות מבצעת ורשות שופטת - ואת סמכויותיהם ויחסייהם ההדדיים. כן קובעת החוקה המהותית את זכויות היסוד של האדם. חוקה מטריאלית שכזו יש לכל מדינה בעולם.² מאז הקמתה יש לישראל חוקה מטריאלית.³

לישראל יש לא רק חוקה מטריאלית, אלא גם חוקה פורמלית.⁴ זהו מסמך או מערכת מסמכים המעגנים בחובם את החוקה המטריאלית. דומה שכיום הכול מודעים לקיומה של חוקה פורמלית בישראל. אלה הם אחד-עשר חוקי-היסוד של ישראל והם (לפי מועדי קבלתם) חוק-יסוד: הכנסת;⁵ חוק-יסוד: מקרקעי ישראל;⁶ חוק-יסוד: נשיא המדינה;⁷ חוק-יסוד: משק המדינה;⁸ חוק-יסוד: הצבא;⁹ חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל;¹⁰ חוק-יסוד:

1. ראו בג"צ 878,726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד מח (5) 441 (להלן: בג"צ כלל), עמ' 457-458.
2. ראו רות גביון, "המהפיכה החוקתית - תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?", משפטים כח (תשנ"ז) 21, עמ' 34.
3. ראו בג"צ כלל (לעיל, הערה 2), 457.
4. ראו ע"א 6821/93, רע"א 3363,1908/94 בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח' נ' מגדל כפר שיתופי ואח', פ"ד מט (4) 221 (להלן: ע"א בנק המזרחי), עמ' 264-265; אהרן ברק, "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)", מחקרי משפט יג (תשנ"ז) 5, עמ' 6.
5. ס"ח תשי"ח 69.
6. ס"ח תש"ך 56.
7. ס"ח תשכ"ד 118.
8. ס"ח תשל"ה 206.
9. ס"ח תשל"ו 154.
10. ס"ח תש"ם 186.

השפיטה;¹¹ חוקי־יסוד: מבקר המדינה;¹² חוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו;¹³ חוקי־יסוד: חופש העיסוק;¹⁴ וחוקי־יסוד: הממשלה.¹⁵

אך האם החוקה הפורמלית של ישראל היא חוקה נוקשה? חוקה היא נוקשה, אם היא משמשת נורמה עליונה באותה שיטת־משפט ואם היא עומדת מעל לתקיפה הרגילה, באופן שחוק רגיל של המחוקק (הכנסת) אינו יכול לשנותה או לפגוע בהוראותיה.¹⁶ חוקה פורמלית היא גמישה, אם חוק רגיל של המחוקק יכול לשנותה ולפגוע בהוראותיה. האם חוקתה הפורמלית של ישראל היא נוקשה או גמישה?

כיום התשובה ברורה וידועה לכל משפטן. חוקתנו הפורמלית – חוקי־יסוד שלנו – היא נוקשה. חוק רגיל של המחוקק (הכנסת) אינו יכול לשנות את החוקה הפורמלית שלנו.¹⁷ חוק רגיל יכול לפגוע¹⁸ בהוראות החוקה רק במקום שישנה הרשאה מפורשת לכך בחוקה עצמה.¹⁹ הנה כי כן, חוקי־יסוד הם הנורמה המשפטית העליונה בישראל. תחתם עומדים החוקים הרגילים. חוקי־יסוד וחוק רגיל אינם עומדים על רמה נורמטיבית זהה, אלא על שתי רמות נורמטיביות שונות – כאשר חוקי־יסוד הוא הנורמה העליונה וחוק רגיל הוא נורמה נמוכה ממנו.²⁰

עם זאת, חוקתנו אינה שלמה ולא כל פרקי החוקה הושלמו. ישנם עניינים שצריך להוסיפם. כך, למשל, ישנם הסבורים כי יש להוסיף זכויות אדם חשובות שאינן מאוזכרות במפורש ובהן שוויון, חופש הביטוי, חופש היצירה המדעית והזכויות החברתיות.²¹ אלה

11. ס"ח תשמ"ד 78.
12. ס"ח תשמ"ח 30.
13. ס"ח תשנ"ב 150.
14. ס"ח תשנ"ד 90 (נתקבל לראשונה: ס"ח תשנ"ב 114).
15. ס"ח תשנ"ב 214.
16. גביון (לעיל, הערה 2), 37-34; עמוס שפירא וברוך ברכה, "המעמד החוקתי של זכויות הפרט", עיוני משפט ב (תשל"ב-תשל"ג) 20, עמ' 27-28.
17. ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 4), 272, 274, 296, 406-407, 408.
18. להבחנה בין "שינוי" לבין "פגיעה" ראו ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 4), 274-276, 547. כן ראו אמנון רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית מאת אמנון רובינשטיין וברק מדינה, שוקן, תשנ"ז), 400-402.
19. ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 45), 276 (מן התיזה של המידרג הנורמטיבי החקיקתי עולה כי לפי המצב המשפטי הראוי חוק רגיל לא ישנה מעתה ואילך ולא יפגע בהוראה חוקתית, בהיעדר הסמכה מפורשת לכך בהוראה חוקתית", הנשיא שמגר); וכן עמ' 298-299; 324.
20. לדעה שונה ראו פסק־דינו של השופט חשין ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 4), 471-546.
21. מאיר שמגר, "חקיקה, שפיטה וזכויות אורח", הפרקליט לו (תשמ"ז), 5, עמ' 5-6; שפירא וברכה (לעיל, הערה 16), 24-26; Daphne Barak-Erez, "From an Unwritten to a Written Constitution: The Israeli Challenge in an American Perspective", 26 *Columbia Human Rights Law Review* 309 (1994), p. 324-325.

האחרונות חשובות במיוחד, בעיקר על רקע ההגנה הניתנת לחוזה,²² לקניין²³ ולעיסוק. כן חסר פרק על זכויות הנאשם והחשוד. זאת ועוד: אף שהחוקה הפורמלית שלנו נוקשה, הרי נוקשותה רכה מאוד. את מרבית חוקי-היסוד ניתן לשנות בחוק-יסוד המתקבל ברוב רגיל של חברי-כנסת. מעשות ההוראות בחוקי-היסוד שלשם שינוין נדרש רוב מיוחס, אם רוב חברי-הכנסת (כלומר שישים-ואחד חברי-כנסת לפחות) אם שמונים או תשעים חברי-כנסת.²⁴ מצב זה – כך סבורים רבים – אינו מניח את הדעת.²⁵ כך, למשל, את חוקי-היסוד המרכזי הן בזכויות אדם – הוא חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ניתן לשנות בחוק-יסוד שנתקבל ברוב רגיל.²⁶ זהו מצב דברים שאינו מניח את הדעת. בפני הכנסת הצעות שונות לתיקון המצב.²⁷ דן מרידור, כשר-המשפטים, היה נושא דגל לשינויים אלה.²⁸ עם זאת, חוסר שלמות זה של החוקה שלנו אינו פוגע בתוקפה הנורמטיבי ובעליונותה.

- שלא הוזכרו מפורשות בחוקי-היסוד ראו הלל סומר, "הזכויות הבלתי-מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית", משפטים כח (תשנ"ז) 257, עמ' 257-258. על הצורך לעגן זכויות נוספות כזכויות-אדם ראו, למשל, סיני דויטש, "השפעת חוקי-היסוד על דיני הגנת הצרכן", מחקרי משפט יב (תשנ"ו) 309, עמ' 367; כרמל שלו, "צדק במשפחה והעקרון של שוויון המינים: על רקע הצעת חוקי-יסוד: זכויות האדם", המשפט ב (תשנ"ה) 21, עמ' 21-22; רות בן-ישראל, "דיני עבודה", ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב-תשנ"ג (אריאל רוזן צבי – עורך, לשכת עורכי-הדין, 1994) 433, עמ' 439-441.
22. ראו, למשל, בג"צ 93/4330, 94/196 גאנם ואח' נ' ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין ואח', פ"ד ג(4) 221, עמ' 233.
23. להתנגשות בין זכות הקניין לבין חופש הביטוי ראו אילנה דיין-אורבך, "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי", עיוני משפט כ (תשנ"ז) 377, עמ' 422-428, 434-437.
24. הוראות אלו הן: סעיפים 4, 9א, 44 ו-45 לחוקי-יסוד: הכנסת; סעיף 56א לחוקי-יסוד: הממשלה; סעיף 7 לחוקי-יסוד: חופש העיסוק; סעיף 33 לחוקי-יסוד: משק המדינה. יש לציין חוקים שאינם חוקי-יסוד ובהם שריון פורמלי, כגון החוק להשקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים, תשמ"ד-1984.
25. ראו שפירא וברכה (לעיל, הערה 17), 26-33; אריאל בנדור, "פגמים בחקיקת חוקי-היסוד", משפט וממשל ב (תשנ"ה), 443, עמ' 444-447. לדיון בהיבטים שונים של מצב דברים זה ראו ליאון שלף, "רוב מיוחס בנושאים חוקתיים – לא רק דרישה כלפי הכנסת אלא גם רעיון לגבי בית-המשפט", משפטים כח (תשנ"ז), 387, עמ' 387-391.
26. ראו ע"א בנק המזרחי (לעיל הערה 4), 326, 415.
27. ראו, למשל, הצעת חוקי-יסוד: החקיקה (ה"ח תשנ"ג 87); וכן יצחק זמיר, "הביקורת השיפוטית על חוקיות חוקים", משפט וממשל א (תשנ"ג) 395, עמ' 395-396.
28. דן מרידור, "עיקרים בהצעת חוקי-יסוד: החקיקה", משפט וממשל א (תשנ"ג) 387, עמ' 390.

ג. החוקה הכלכלית - היבט פורמלי

לחוקה הכלכלית שלנו שני היבטים: היבט פורמלי והיבט מהותי. ההיבט הפורמלי קובע את הסמכויות של רשויות השלטון בענייני משק וכלכלה. ההיבט המהותי קובע אמות-מידה בדבר תוכן ההסדרים הכלכליים והמשקיים. בהרצאה זאת אעמוד בעיקר על ההיבט המהותי. אזכיר אך בקצרה כמה עניינים הקשורים בהיבט הפורמלי.

נקודת המוצא הפורמלית לכל הסדר חוקתי - וממילא גם לחוקה הכלכלית - היא הפרדת הרשויות.²⁹ הכנסת היא "בית-הנבחרים" והיא "הרשות המחוקקת",³⁰ הממשלה היא "הרשות המבצעת" של המדינה.³¹ ובתי המשפט הם "הרשות השופטת".³²

החקיקה, לרבות החקיקה הכלכלית, באה מהכנסת. הממשלה מבצעת את ההסדרים הקבועים בחוקים. בתי-המשפט מכריעים בסכסוכים. הוראות חוקתיות ספציפיות יותר מצויות בחוקי-יסוד: משק המדינה.³³ זהו אחד מחוקי-היסוד הראשונים. הוא כונן ב-1975.³⁴ הוראתו המרכזית היא כי,

(א) מסים, מילואות חובה ותשלומי חובה אחרים לא יוטלו,
ושיעוריהם לא ישונו, אלא בחוק או על פיו; הוא הדין לגבי
אגרות.³⁵

זהו ביטוי לעיקרון *no taxation without representation*.³⁶ רק נציגי העם - אשר הריבונות היא שלו - מוסמכים להטיל מסים. הוראה זו יש לפרש כך שתוגשם התכלית החקיקתית המונחת ביסודה. למושגים השונים המופיעים בה - מסים, מילואות חובה, תשלומים אחרים, אגרות - יש לתת מובן התואם את מעמדם החוקתי. המשמעות של ביטויים אלה בחוקי-היסוד אינה זהה בהכרח למשמעותם בתקיקה הרגילה. עניין לנו בהוראה חוקתית המבקשת להגשים עיקרון חוקתי הקשור לשורשי המשטר החוקתי, והיא צריכה להתפרש כפי שטקסט חוקתי מתפרש.

29. ראו רובינשטיין (לעיל, הערה 19), 331-364.

30. סעיף 1 לחוקי-יסוד: הכנסת.

31. סעיף 1 לחוקי-יסוד: הממשלה.

32. סעיף 1 לחוקי-יסוד: השפיטה.

33. ס"ח תשל"ה, 206.

34. על משמעותו של חוקי-יסוד: משק המדינה, מעמדו ופירושו הוראותיו ראו אהרון יורן (יורקביץ), "הפיקוח החקיקתי על מערכת המסים בישראל - חידושים ופגמים", משפטים ז (תשל"ו), 310.

35. סעיף 1 (א) לחוקי-יסוד: משק המדינה.

36. יורן (לעיל, הערה 35), בעמ' 310; רובינשטיין (לעיל, הערה 18), 659-661. לסינוגו של הסדר המסיל מס כהסדר חקיקתי ראשוני - להבדיל מהסדר משני - ראו Aharon Barak "Subordinate Legislation", 16 *Scripta Hierosolymitana* (1966) 219, p. 224.

בהקשר זה יש לשים לב לכך, כי העיקרון המחייב הטלת מס אך בחוק או מכוח הסמכה שבו, חל לא רק לעניין מסים לאוצר המדינה, אלא לעניין מסים בדרך-כלל.³⁷ אם יש סתירה בין הוראת חוק רגיל הקובעת הסדר אחר בעניין מס, לבין הוראת חוק-יסודי: משק המדינה, יד חוק-היסוד על העליונה.

הוראות אחרות בחוק-יסודי: משק המדינה עוסקות בהכנת תקציב המדינה - בין התקציב השנתי ובין התקציב הרב-שנתי - בין תקציב רגיל ובין תקציב-ביניים או תקציב נוסף.³⁸ כן נקבע הסדר למקרה שהתקציב לא מתקבל במועדו.³⁹

ד. החוקה הכלכלית - היבט מהותי

בצד היבט הפורמלי של החוקה הכלכלית מצוי היבט המהותי. הוא קובע אמות-מידה בדבר תוכן ההסדרים הכלכליים והמשקיים. בהרצאה זאת אעמוד על היבט המהותי. ההיבט המהותי קובע אמות-מידה באשר לתוכן ההסדרים אשר הכנסת, הממשלה ושאר רשויות-השלטון יכולות לקבוע. אין בעניין זה הוראה חוקתית-כללית. כך, למשל, בחוקתה של גרמניה נאמר שגרמניה היא "social state".⁴⁰ הוראה דומה אינה מצויה אצלנו. נמצא, שכוח החקיקה של הכנסת אינו מוגבל בקריטריון זה. ההגבלות המהותיות - להבדיל מהפורמליות - היחידות על כוח החקיקה של הכנסת מצויות באותם פרקי החוקה העוסקים בזכויות אדם. אכן, ביסוד חוקתנו הכלכלית מונחות זכויות האדם, אשר כל חקיקה כלכלית צריכה להתחשב בהן.⁴¹ הקריטריון המהותי העיקרי לחוקה הכלכלית הוא זכויות האדם, אשר חקיקה כלכלית ומשקית - או מדיניות ממשלתית המבססת את עצמה על חקיקה - עשויה לפגוע בהן. זכויות האדם העיקריות החשובות לעניין החוקה הכלכלית הן אלה: כבוד האדם וחירותו; הקניין; חופש העיסוק. שלוש זכויות אדם אלה קובעות את הקריטריונים העיקריים לפעילות הכלכלית של השלטון ביחסיו עם הפרט. וזו לשון ההוראות הקובעות זכויות אלה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ובחוק-יסוד: חופש העיסוק:

* אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם.⁴²

37. לדעה דומה ראו אהרן יורן, "המהפכה החוקתית במיסוי בישראל", משפטים כג (תשנ"ד) 55, עמ' 60-61; וראו רובינשטיין (לעיל, הערה 18), 659-660.
38. סעיפים 3, 3א לחוק-יסוד: משק המדינה.
39. סעיף 3ב לחוק-יסוד: משק המדינה.
40. סעיף 1(1)20 ו-28 ל-Grundgesetz. ראו אוטה לימנך, "תפקיד בית-המשפט החוקתי הפדרלי כשומר החוקה", משפטים כח (תשנ"ז) 5, עמ' 6; David P. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany* (University of Chicago Press, Chicago, 1994), 20-24.
41. לנושא חקיקת המס ופגיעתה בזכות הקניין ראו יוסף מ' אדרעי, "מכשולים קונסטיטוציוניים וערכיים בהטלת מס על רווחי הון בבורסה", מסים (תשנ"ד) א-20.
42. סעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

- * אין פוגעים בקניינו של אדם.⁴³
- * כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו.⁴⁴
- * כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד.⁴⁵

זכויות אלה נוסחו במונחים מוחלטים. לכאורה כל פגיעה בקניין או בחופש העיסוק אסורה – יהיה טיבה ותהיה תכליתה אשר יהיו. ודאי שזה אינו ההסדר הקבוע בחוקה. כל משטר חברתי המבקש להתקיים חייב להכיר באפשרויות הפגיעה בזכויות אדם.⁴⁶ אין לקיים משטר ראוי בלי לאפשר הפקעת מקרקעין לצורכי ציבור⁴⁷ ואין לקיים מבנה חברתי בלי פיקוח על מקצוע הרפואה או המשפט.⁴⁸ אין לקיים משק בלי הוראות בענייני יבוא, מכס ומסים. אכן, בצד הזכויות – המנוסחות בלשון מוחלטת – קיימת הסמכות לפגוע בזכויות האדם.

זוהי "פסקת ההגבלה" (ה-*limitation clause*) המקובלת ברבות מהחוקות. וזו לשונה של פסקת ההגבלה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו:

אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.⁴⁹

הוראה דומה מצויה בחוק-יסוד: חופש העיסוק.⁵⁰ הסדר חוקתי זה – המאפשר פגיעה בזכויות האדם החוקתיות רק אם מתקיימות הוראותיה של פסקת ההגבלה – חל על כל החוקים שהכנסת מחוקקת מאז כוננו שני חוקי-היסוד העוסקים בזכויות האדם. הדין הישן – זה שעמד בתוקפו במאי 1992 בעת שתוקקו שני חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם – ממשיך לעמוד בעינו חרף אי-התיישבותו עם ההסדר החוקתי החדש.⁵¹ בכל הנוגע לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, "השריון" של

- 43. סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- 44. סעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- 45. סעיף 3 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.
- 46. ראו רע"א 7793/95 יאסין ואח' נ' רשם המפלגות ואח', פ"ד נ(2) 45 (להלן: רע"א יאסין), עמ' 64.
- 47. ראו בג"צ 2739/95 מחול נ' שר האוצר ואח', פ"ד נ(1) 309, עמ' 321.
- 48. ראו בג"צ 4492/92 שנקרבנק נ' מנכ"ל משרד הבריאות ואח', פ"ד מז (4) 861, עמ' 865.
- 49. סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- 50. סעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.
- 51. ראו סעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף 10 לחוק-יסוד: חופש העיסוק; להשפעה הפרשנית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על התקיקה הקודמת לו, ראו דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (4) 589, עמ' 607, 631-632, 655.

הדין הישן מלא. בכל הנוגע לחוק-יסוד: חופש העיסוק, השריון נקבע לשנתיים ימים – עד 1994, 52 לימים הוארך עד 1996, 53 ולאחר-מכן – עד 1998, 54 לאחרונה הוא הוארך עד יום 14 במרס 2002, 55

מהן אמות-המידה החוקתיות המתבקשות מהסדר חוקתי זה בכל הנוגע להיבט הכלכלי של החוקה שלנו? באיזו מידה הכנסת והממשלה חופשיות להטיל מסים ומכסים, להפקיע מקרקעין, להסדיר את הכלכלה ולקבוע את דרכי צמיחת המשק? לשם מתן תשובות על שאלות אלה עלינו לעשות שתי בדיקות: האחת, מהו היקף הזכויות הקבועות בחוק-היסוד; השנייה, מהו היקף כוחו של המחוקק לפגוע בזכויות אלה. נפנה לכל אחת מהשאלות הללו.

ה. היקף הזכויות החוקתיות

הבחינה החוקתית הראשונה עניינה היקף הפריסה של זכויות האדם החוקתיות. בכל הנוגע להיקף הפריסה מבחינת הזמן כבר ראינו שהן חלות מיום כינונם של חוקי-היסוד ואין הן חלות על הדין הישן. בכל הנוגע להיקף הפריסה מבחינת המקום הן חלות בתחומיה של מדינת ישראל. שאלות יפות – שלא אדון בהן בהרצאה זאת – מתעוררות לעניין התחולה האקסטרה-טריטוריאלית של חוקי-היסוד הללו, כגון תחולתם בשטחי יהודה ושומרון.⁵⁶ מבחינה פרסונלית מוענקות זכויות האדם לפרט. לרוב נתונה הזכות ל"אדם" – איש ואשה; בגיר וקטין; בריא או חולה.⁵⁷ לעתים מוגבלת הזכות לאורח או תושב כפי שהדבר בחוק-יסוד: חופש העיסוק.⁵⁸ שאלה יפה בהקשר זה היא האם הזכויות מוענקות לפירמות (לתאגידים) של המשפט הפרטי, כגון חברות, עמותות ואגודות שיתופיות? הגישה המקובלת היא, כי זכויות היסוד החוקתיות חלות גם על פירמות, ככל שפירמות – בשל אישיותן המשפטית הלא-פיזית – מסוגלות ליהנות מזכויות אלה.⁵⁹ על-כן ההגנה על זכות הקניין היא גם ההגנה על קניינן של פירמות. לעומת זאת איסור המאסר, המעצר או ההסגרה, לא יחול על פירמות, שכן אין אפשרות לאוסרן, לעוצרן או להסגירן.

52. ס"ח תשנ"ב ב' 114.

53. ס"ח תשנ"ד 90.

54. ס"ח תשנ"ז 4.

55. חוק-יסוד: חופש העיסוק (תיקון מס' 2), ס"ח תשנ"ח ה' 178, סעיף 2.

56. לדיון בנקודה זו ראו אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך שלישי – פרשנות חוקתית, נבו, תשנ"ד), 460-462; איל בנבנשתי, "נגרש ונשמע", משפט וממשל א' (תשנ"ב-תשנ"ג) 441, עמ' 459-460; יהונתן גינת, "התחולה החוץ-טריטוריאלית של זכויות האדם וגבולותיו של חוק האזנת סתר", הפרקליט מב' (תשנ"ה) 518, עמ' 520-538.

57. ראו ברק (לעיל, הערה 56), 435-438.

58. סעיף 3 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

59. ראו ברק (לעיל, הערה 56), 438-440; יורן (לעיל, הערה 37), 66-68.

שאלה יפה אחרת היא אם הזכות לחופש העיסוק – המוענקת לכל אזרח או תושב – מוענקת גם לפירמות? לדעתי, התשובה חיובית.⁶⁰ תאגיד יכול שיהיה "אזרח" בישראל לעניין זכויותיו החוקתיות. לשם כך עליו להיות רשום בישראל. ייתכן גם כי תאגיד, המנהל דרך קבע עסקים בישראל, עשוי להיחשב כ"תושב" ישראלי.

שאלה נוספת היא, אם הזכויות החוקתיות – המוענקות לכל אדם – מוענקות גם לרשויות-השלטון? יש שיטות משפט המשיבות על כך בשלילה.⁶¹ הן גורסות, כי זכויות האדם החוקתיות מכוונות כלפי השלטון ואין הן זכויות של השלטון. גישה זו אינה נראית לי. אם פירמה במשפט הפרטי עשויה להיות בעלת זכויות-יסוד, איני רואה מדוע תאגיד מן המשפט הציבורי – כגון עירייה, רשות הנמלים, רשות השידור – אינו יכול להיות בעל זכויות-יסוד.⁶² מדוע תימנע זכות הקניין – כזכות חוקתית – מהעיריות ומהתאגידים הציבוריים? היש היגיון להכיר בחופש הביטוי כזכות חוקתית של עיתון פרטי, אך לא של רשות-השידור? אשר לחייב אשר כנגדו מופנות זכויות האדם, זהו בראש-ובראשונה השלטון. הוראה מפורשת בעניין זה מצויה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בוו הלשון:

כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-
יסוד זה.⁶³

עליכן חלה חובת הכיבוד הן על הרשות המחוקקת, הן על הרשות המבצעת והן על הרשות השופטת. חובת הכיבוד חלה הן על הרשות השלטונית המרכזית והן על הרשויות המקומיות. חובת הכיבוד חלה על כל רשות שסמכויות שלטון בידה, כגון הרשות לניירות-ערך,⁶⁴ המוסד לביטוח לאומי⁶⁵ או רשות הנמלים.⁶⁶

ו. היקף הזכויות מבחינה עניינית

השאלה החשובה ביותר היא כמובן, מהו היקף הפריסה הענייני של זכויות האדם השונות? מהו כבוד האדם ועל איזה תחומים הוא משתרע? מהו קניין בהקשרו החוקתי? מהו היקפו

60. ראו ברק (לעיל, הערה 56), 600-601; יצחק אליאסוף, "חוק-יסוד: חופש העיסוק", משפט וממשל ב (תשנ"ד-תשנ"ה) 173, עמ' 177-178.
61. כך, למשל, הדוקטרינה הגרמנית אינה מכירה בזכויות חוקתיות של רשויות-השלטון. ראו Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar* 37 (Vol. 1, art 1).
62. לשאלה זו בהקשר של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ראו ברק (לעיל, הערה 56), 440-441.
63. סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; אותה הוראה בנוסח שונה מופיעה בסעיף 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.
64. לפירוט סמכויותיה של הרשות לניירות-ערך ראו חוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968.
65. ראו חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשכ"ח-1968.
66. ראו חוק רשות הנמלים, תשכ"א-1961.

של חופש העיסוק? שאלות אלה קשות הן. שיטות משפט שונות שבהן זכויות אלה מוגנות בהגנה חוקתית מתלבטות בהן עד עצם היום הזה. בישראל אנו מצויים אך בראשיתה של הדרך להבנתן של זכויות אלה. כל שאוכל לומר הוא עמדה אישית, המבוססת על הבנת החוקה שלנו עצמה, ועל לימוד משפט חוקתי-השוואתי – לימוד המתייב זהירות רבה בשל השוני החברתי והמשפטי שבין שיטות-משפט שונות.⁶⁷ עם זאת היבטים מסוימים כבר הגיעו להכרעה שיפוטית.⁶⁸ בהכרעה זו השופט מפרש את הטקסט החוקתי.⁶⁹ לפרשנות זו כללים משלה. לא הרי פירוש חוקה כפירוש טקסט משפטי אחר. מי שיפרש חוקה כמו שמפרשים צוואה עשוי להפוך את חוקתה של המדינה לצוואתה. אכן, חוקה עומדת בראש הפירמידה הנורמטיבית וגוברת על כל חוק רגיל הסותר אותה.⁷⁰ חוקה נועדה לכונן התנהגות אנושית לתקופה ארוכה. היא נועדה לקבוע אורחות-חיים. כל אלה מחייבים גישה פרשנית מיוחדת בפירוש החוקה. אכן, חוקה צריכה להתפרש מתוך מבט רחב ומתוך "נדיבות". הגישה אליה אינה צריכה להיות טכנית, "ליגליסטית" או "פדגוגית". חוקה מתפרשת על-פי התכלית המוגהת ביסודה. על התכלית החוקתית הפרשן למד מהלשון, מההיסטוריה, מהתרבות ומעקרונות היסוד. הוראה חוקתית לא הוחקה בחלל חוקתי והיא אינה מתפתחת ב"אינקובטור חוקתי". היא חלק מהחיים עצמם. על רקע זה נפנה להבנתן של שלוש זכויות האדם המרכזיות, המוגהות ביסוד החוקה הכלכלית – כבוד האדם וחירותו, הקניין וחופש העיסוק, אכן, יש חשש כי פעילות שלטונית בתחום הכלכלה תפגע בכבוד האדם, בקניינו או בעיסוקו. מכאן החשיבות שבהבנת זכויות אלה במשמעותן החוקתית.

67. ראו ברק (לעיל, הערה 56), 317-322, 408-433, 595-598.
68. ראו בג"צ 5394/92 הופרט נ' "יד ושם", רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח (3) 353, 362; בג"צ 453,454/94 שדולת הגשים בישראל נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מח (5) 501 (להלן: בג"צ שדולת הגשים), עמ' 522; בג"צ 721/94 אלי-על נתיבי אויר לישראל נ' דנילוביץ ואח', פ"ד מח (5) 749, עמ' 760; בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מט (4) 94, עמ' 131-133 (הזכות לשוויון); ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים ואח' נ' עיריית נצרת עילית ואח', פ"ד מז (5) 189 (להלן: ע"א ראם), עמ' 200 (חופש הביטוי); בג"צ 1074/93 היועץ המשפטי לממשלה ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים ואח', פ"ד מט (2) 485 (חופש השביתה וההשבתה); ע"א 5587/93 נחמני נ' ר' נחמני ואח', פ"ד מט (1) 485, עמ' 499-501 (הזכות להורות); ע"א 3077/90 פלוגית ואח' נ' פלוגי, פ"ד מט (2) 578 (זכותו של אדם לקבלת מידע על הוריו); בג"צ 93412/91 סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה, פ"ד מז (2) 843 (זכותו של עצור להיפגש עם עורך-דין); דנ"פ 4390/91 מדינת ישראל נ' חג' יחיא, פ"ד מז (3) 661, עמ' 694 (זכות החקירה הנגדית); בג"צ 7715,1554/95 עמותת "שוהרי גילית" ואח' נ' שר החינוך, התרבות והספורט ואח', פ"ד נ (3) 2, עמ' 24-26 (הזכות לחינוך).
69. על פרשנות טקסט חוקתי ראו ברק (לעיל, הערה 56), 59-118.
70. ראו שפירא וברכה (לעיל, הערה 16), 26-28, 40-42.

הזכות הראשונה – כבוד האדם היא זכות האדם המרכזית.⁷¹ ביסוד כבוד האדם עומדת התפיסה כי האדם הוא יצור חופשי, אשר לו נתון החופש לעצב את אישיותו.⁷² כבוד האדם הוא אפוא חופש עיצוב האישיות של כל אדם. כבוד האדם הוא האוטונומיה של הרצון הפרטי וחופש הבחירה. כבוד האדם רואה באדם מטרה, ולא אמצעי להשגת מטרות של אחרים. כבוד האדם הוא חופש הפעולה (תפיזית והמשפטית) של הפרט. זכותו של האדם לפנות לערכאות בתלונה על פגיעה בכבודו נגזרת מכבודו כאדם.⁷³ כבוד האדם הוא עיקרון מורכב. בגיבושו יש להתרחק מהניסיון לאמץ השקפות מוסריות של פלוני או תפיסות פילוסופיות של אלמוני. אין להפוך את כבוד האדם למושג קנטיאני,⁷⁴ ואין לראות בו ביטוי לתפיסות אלו ואחרות של המשפט הטבעי. תוכנו של "כבוד האדם" מגובש על-פי ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אשר ביסודן עומדת ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין. כבוד האדם כערך חוקתי יכול ברוח העקרונות שבהכרות העצמאות.

היקפו של כבוד האדם כערך חוקתי שנוי במחלוקת. שאלה מרכזית היא, אם השוויון בין בני-האדם נגזר מכבוד האדם. לדעתי, התשובה חיובית.⁷⁵ לא הכול מסכימים לכך.⁷⁶ מחלוקת אחרת קשורה בשאלה אם חופש הביטוי, חופש התנועה והזכות להתאגדות נגזרים מכבוד האדם. לדעתי, התשובה חיובית.⁷⁷ ישנם הסבורים אחרת.⁷⁸ דומה שאין מחלוקת כי הזכות לשמו הטוב של אדם נגזרת מכבוד האדם.⁷⁹ אך השאלה האם הזכות של עובד

71. זכות האדם לשמירה על כבודו מאוזכרת במפורש הן בסעיף 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו והן בסעיפים 2 ו-4 לחוק-היסוד האמור.

72. ראו ברק (לעיל, הערה 56), 318-320; אהרן ברק, "כבוד האדם כזכות חוקתית", הפרקליט מא (תשנ"ד) 271. לדיון מפורט בכבוד האדם בהקשר האמריקאי ראו Michael J. Meyer and W.A. Parent, *The Constitution of Rights - Human Dignity and American Values* (Cornell University Press, Ithaca and London, 1992).

73. לדעה דומה ראו שלמה לוין, "חוק-יסוד כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים", הפרקליט מב (תשנ"ו) 451, עמ' 453.

74. ראו בג"צ 5688/92 ויכסלבאום ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מז (2) 812, עמ' 827; ברק (לעיל, הערה 72), 274-275.

75. ראו שם, 271, 278-279.

76. לדיון בגישות השונות ראו רובינשטיין (לעיל, הערה 18), 955-957.

77. לחופש הביטוי ראו ע"א ראם (לעיל, הערה 68), 201. לחופש התנועה ראו בג"צ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים ואח', פ"ד מח (2) 456 (להלן: בג"צ דיין), עמ' 472. לזכות ההתאגדות ראו ברק (לעיל, הערה 56), 430-431; וכן סומר (לעיל, הערה 21), 326-327.

78. בג"צ שדולת הנשים (לעיל, הערה 68), 536 (השופט זמיר).

79. ראו ע"א 214/89 אבנרי ואח' נ' שפירא ואח', פ"ד מג (3) 840, עמ' 856-857; יהודית קרפ, "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", משפטים כה (תשנ"ה) 129, עמ' 137-139.

לשבות והזכות של מעביד להשביח הן זכויות חוקתיות הנגזרות מכבוד האדם נשארת פתוחה.⁸⁰ האם חופש ההתקשרות החוזית כלול בכבוד האדם ונגזר ממנו? לדעתי, התשובה חיובית.⁸¹ ישנם הסבורים אחרת.⁸² בכל אלה יצטרכו בתי-המשפט להכריע בשנים הבאות. הזכות השנייה החשובה לגיבושה של החוקה הכלכלית היא זכות הקניין.⁸³ זוהי זכות חוקתית סבוכה ביותר.⁸⁴ כמה חוקות, כגון חוקתה של קנדה, אינן כוללות בחובן את זכות הקניין.⁸⁵ בחוקות אחרות, כגון חוקתה של גרמניה או דרום-אפריקה, זכות הקניין מהווה זכות חוקתית מרכזית.⁸⁶ בישראל טרם התגבש ניסיון חוקתי באשר להיקפה של זכות זו. חוק-היסוד אינו מגדיר זכות זו ועל בית-המשפט לפרשה על בסיס תכליתה. משימה זו קשה היא. האם זכות הקניין מגינה על תפיסת-מקרו של קניין (פרטי) או על תפיסת מיקרו של פרט המבקש לקיים פעילות כלכלית? האם היא מגינה על ההיבט הרכושי של הקניין ("הגנה על היש") או שמא היא מגינה על הקניין כאמצעי השומר על כבוד האדם ("הגנה על האדם")? כיצד יש לבטא, בגדר זכות הקניין, את מעמדו של הקניין כנכס לאומי? האם הקניין מעניק רק זכויות או שמא הוא מטיל גם תובנות? האם "הקניין החדש" – הרישיון הממשלתי – זוכה להגנה חוקתית? מה דינה של קצבה? האם כל מס פוגע בקניין? שאלות אלה ואחרות קשות, והן עדיין לפנינו.⁸⁷

מחד גיסא קבענו כי ביסוד ההגנה על זכות הקניין מונחת ההגנה על הרכוש.⁸⁸ קניין הוא כל אינטרס אשר יש לו ערך כלכלי. על כן משתרע הקניין לא רק על "זכויות קנייניות" (במובן שניתן להן במשפט הפרטי – כגון בעלות, שכירות וזיקת הנאה), אלא גם על חיובים.⁸⁹ מאידך גיסא קבענו כי הקניין מבטיח לפרט חירות כלכלית.⁹⁰ הוא

80. ראו בג"צ 1074/93 היועץ המשפטי לממשלה ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים ואח', פ"ד מט (2) 485, עמ' 497 (השופט דב לוין) השופטים טל והשין העדיפו להתיר שאלה זו בצריך עיון (עמ' 507). כן ראו סומר (לעיל, הערה 21), 328-329.
81. ראו בג"צ 1683/93 יבין פלסט בע"מ ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים ואח', פ"ד מז (4) 702, עמ' 708; וכן ברק (לעיל, הערה 56), 426.
82. ראו סומר (לעיל, הערה 21), 328.
83. זכות זו מעוגנת מפורשות בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
84. ראו ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 4), 328.
85. ראו יהושע ויסמן, "הגנה חוקתית לקניין", הפרקליט מב (תשנ"ח) 258, עמ' 258-261.
86. לזכות הקניין בחוקה הגרמנית ראו, למשל, קארי (לעיל, הערה 40), 290-299. לזכות הקניין בחוקה הדרום-אפריקנית ראו Stephen Ellmann, "The New South African Constitution and Ethnic Division", 26 *Columbia Human Rights Law Review* (1994) 5, p. 38-40.
87. ראו ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 4), 443.
88. ראו שם, 431.
89. רע"א 97112/93 צודלר ואח' נ' ש' יוסף ואח', פ"ד מח (5) 550, 562; ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 4), 328, 431, 572.
90. ראו שם, 431. כן ראו Margaret J. Radin, "Property and Personhood", 34 *Stanford Law Review* (1982) 957, p. 959-968.

מאפשר שיתוף בין בני-אדם⁹¹ ומאפשר להם להפעיל את האוטונומיה של הרצון הפרטי שלהם.⁹² מכאן הקשר בין ההגנה על הקניין לבין ההגנה על כבוד האדם. הזכות החוקתית השלישית היא החופש לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח-יד.⁹³ נוכל לכנות היבטים אלה כולם כחופש העיסוק. אף זכות זו קשורה בכבוד האדם.⁹⁴ היא נועדה להעניק הגנה חוקתית לחופש הפרט לעצב את דמותו ואת מעמדו החברתי כאדם יוצר בחברה שבה הוא חי. על רקע זה ניתן לראות בעיסוק פעילות נמשכת של האדם, העשויה להעניק לו בסיס לחיים. ביסוד התפיסה החוקתית של חופש העיסוק עומדת פעילות מתמשכת. תנאי זה אינו מתקיים אם הפעילות היא חד-פעמית או ארעית. בכך בא לידי ביטוי האופי החוקתי של הזכות, המכוונת לפעילות בטווח הארוך. עם זאת, לא נדרש כי לפעילות תהיה תדירות גבוהה. כמו כן לא נדרשת המשכיות לאורך חיי העבודה כולם. השאלה אינה אם הפרט הבודד הטוען לזכות חוקתית עשה את העיסוק בסיס להיוון השאלה היא האם הפעולה עשויה מטיבה ומטבעה לשמש בסיס לקיומן סיווגו של העיסוק אינו נעשה על-פי תפישות העבר. המבחן לקיומו של עיסוק הוא מודרני ומשקף את המציאות בהווה. הוא נקבע על-פי המבנה החברתי הקיים. הוא משתרע על המקצועות ה"חופשיים" ועל מקצועות שאינם נחשבים ל"חופשיים". הוא כולל עיסוקים טיפוסיים ומקובלים ועיסוקים אוטריים וחדשנים.⁹⁵ חופש העיסוק כולל בחובו את החופש ליצור עיסוק חדש שטרם התמסד בחברה שלנו או להרחיב את היקף פריסתו של עיסוק מסורתי. הדימויים המסורתיים של מקצוע אינם קובעים את היקפו והוא עשוי לשנות את אופיו. חופש העיסוק אינו הזכות להיות מועסק,⁹⁶ אינו הזכות לעבוד ואינו הזכות שלא להיות מפוטר מעבודה. חופש העיסוק הוא החופש להעסיק או שלא להעסיק. על-כן חוק המטיל חובה להעסיק את פלוני פוגע בחופש העיסוק. חוק המחייב שלא להעסיק את אלמוני פוגע בחופש העיסוק. חופש העיסוק הוא נחלתו של כל אזרח או תושב. מכאן התוצאה הטבעית בדבר תחרות בין פרטים. אכן, בבסיס חופש העיסוק מונחת התחרות החופשית בין פרטים.⁹⁷ פעילות שלטונית המגינה על מתחרה זו או אחר, או פוגעת בתחרות החופשית, פוגעת בחופש העיסוק. כך, למשל, סובסידיה הניתנת לפרט אחד פוגעת בחופש העיסוק

91. ראו ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 4), 431. כן ראו חנוך דגן, "פרשנות בדיני קניין, הבית המשותף ובעיית הפעולה המשותפת", עיוני משפט כ (תשנ"ו) 45, עמ' 56.
92. ראו ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 4), 431.
93. זכות זו מעוגנת מפורשות בחוק-יסוד: חופש העיסוק. שאלה היא, האם זכות זו מעוגנת גם בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, במסגרת הזכות לכבוד?
94. ראו אהרן ברק, "חוק-יסוד: חופש העיסוק", משפט וממשל ב (תשנ"ד) 195, עמ' 200.
95. אם כי נראה, כי פעילות שכל-כולה נוק להברה, כגון גניבה, אינה יכולה לטעון להגנה על חופש העיסוק.
96. ראו בג"צ 4360/94 טאטור נ' שר המשטרה ואח', פ"ד ג (2) 560, עמ' 568.
97. ראו בג"צ 1255/94 "בזק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מט (3) 661 (להלן: בג"צ בזק), עמ' 671.

של פרט אחר, שכן היא פוגעת בתחרות.⁹⁸ ודוק: חופש העיסוק אינו זכות השתתפות בנכסי הציבור, ואין לגזור ממנו זכות הוקתית להפרטה. לעומת זאת, במתן מונופול יש משום פגיעה בחופש העיסוק.⁹⁹

עמדתי על שלוש זכויות אדם המגבילות את החקיקה הכלכלית. אין הן הזכויות היחידות. איני עוסק בזכויות אחרות, שכן מעמדן החוקתי טרם התברר. אזכיר שלוש זכויות. הראשונה היא השוויון, שאלה היא אם השוויון היא זכות הוקתית על-חוקית.¹⁰⁰ דעתי היא חיובית. אני רואה אותה כנגזרת מכבוד האדם. אם כך הוא, יש לכך השפעה על החקיקה הכלכלית. חקיקה כלכלית לא-שוויונית תפגע בערך החוקתי של השוויון. פריסת הנטל הכלכלי באופן מפלה תפגע בערך החוקתי של השוויון. כמוכן, השאלה הגדולה היא מתי החלוקה אינה שוויונית? לעתים הצורך להבטיח יחס שווה מחייב יחס שונה.¹⁰¹ בצד הקניין, השוויון הוא הזכות הסבוכה ביותר מבין זכויות האדם.

הזכות השנייה היא זכות התנועה במדינה. טרם הוכרע אם לזכות זו מעמד חוקתי על-חוקי.¹⁰² אם כן, יש בכך כדי להשפיע על הגבלות באשר לתנועה חופשית של אנשים וטובין.

הזכות השלישית היא חופש הביטוי. האם הוא זכות הוקתית? האם ניתן לגזור אותו מכבוד האדם? אם כן – וזו דעתי¹⁰³ – כי אז יש לכך השפעה על הפעילות הכלכלית, בעיקר בכל הנוגע לביטוי המסחרי.¹⁰⁴

98. ראו בג"צ 28,2917,3113,3674/94 צרפתי ואח' נ' שר הבריאות ואח', פ"ד מט (3) 804, עמ' 817-818.

99. בג"צ בוק (לעיל, הערה 97), 684.

100. ראו לעיל, הערה 75, והטקסט שאליו היא מתייחסת.

101. ראו בג"צ 528/88, בשג"צ 335/89 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד מג (4) 297, עמ' 299-300, 302-303.

102. ראו לעיל, הערה 77, והטקסט שאליו היא מתייחסת.

103. ראו ע"א ראם (לעיל, הערה 68), 201; ע"א דיין (לעיל, הערה 77), 468. לדעה שונה ראו, למשל, ע"א 4463/94, רע"א 4409/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ (4) 136, עמ' 190 (השופט דורנר).

104. על ההבדל בין הביטוי המסחרי לביטויים אחרים ראו בג"צ 15/96 תרמוקיר חורשים נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נ (3) 397, עמ' 416; בג"צ 606/93 קידום יזמות ומזילות (1981) בע"מ נ' רשות השידור ואח', פ"ד מח (2) 1, עמ' 10-17.

ז. היקף כוחו של המחוקק לפגוע בזכויות אדם חוקתיות

עד כה דנתי בזכויות האדם החוקתיות המוגנות ביסוד החוקה הכלכלית שלנו. אם היו זכויות אלה מוחלטות – כלומר: לא ניתנות לפגיעה על-ידי רשויות השלטון – היתה נמנעת כל מעורבות שלטונית. היה זה מבנה חברתי של "מצב הטבע" לפני האמנה החברתית שאפשרה חיי חברה תקינים.¹⁰⁵ אך אנו חיים במבנה חברתי שבו נדרש שלטון, ונדרשת פעילות שלטונית, העשויה לפגוע בזכויות אדם. עם זאת, פעילות שלטונית זו צריכה להיות מבוקרת ומוגבלת, כנדרש במדינה דמוקרטית. אכן, דמוקרטיה – בצד היותה שלטון העם באמצעות נציגיו על-פי שלטון הרוב – היא גם הכרה בזכויות אדם.¹⁰⁶ דמוקרטיה חוקתית מאזנת בין שלטון הרוב לבין זכויות האדם. איזון זה נעשה בין השאר באמצעות ההכרה כי השלטון מוסמך לפגוע בזכויות האדם, ובלבד שפגיעה זו נועדה לקדם מבנה חברתי המכיר והמקיים זכויות אדם.¹⁰⁷ הביטוי החוקתי להכרה זו הוא בפסקת ההגבלה,¹⁰⁸ המניחה קיומה של חברה הצריכה להגשים יעדים ומטרות לאומיים. פסקת ההגבלה יוצאת מההנחה, שכוח השלטון הנתון למדינה חיוני לקיומה ולקיום זכויות האדם עצמן. פסקת ההגבלה משקפת פשרה לאומית בין כוח המדינה לבין זכות הפרט. היא פרי ההכרה, כי יש לקיים זכויות אדם בסיסיות ולשמור על המסגרת המדינית גם יחד. היא נועדה למנוע את הקרבת המדינה על מזבח זכויות האדם ולמנוע את הקרבת זכויות האדם על מזבח המדינה. פסקת ההגבלה מכירה בצורך להגביל את זכויות האדם כדי לבנות מדינה המפתחת זכויות אדם. אכן, הזכות החוקתית והפגיעה כדין בה יונקים ממקור משותף.¹⁰⁹ הן הזכות החוקתית הן ההגבלה עליה כפופות לעקרון היסודי, שהמבנה החוקתי כולו בנוי עליו, והמכיר בכך כי זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת-חיי ובהיותו בן-חורין, וכי יש לכבד אותן ברוח העקרונות שבהכרזת העצמאות.¹¹⁰ פסקת ההגבלה היא נקודת-האחיזה שעליו מונח האיזון החוקתי בין הפרט לכלל, בין היחיד לחברה. היא משקפת את התפיסה, כי בצד זכויות האדם ישנן

105. ישנה אסכולה פילוסופית הגורסת, כי על המדינה להימנע מכל מעורבות שהיא הכרוכה בחלוקה-מחדש של העושר בחברה. זו האסכולה הליברטריאנית. ראו Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia* (Basic Books, New York, 1994); Richard Epstein, *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain* (Harvard University Press, Cambridge, Mass. and London, 1985). וכן סקירתו של אנדרי מרמור, "ביקורת שיפוטית בישראל", משפט וממשל ד (תשנ"ז-תשנ"ח), 133, עמ' 134-137.

106. ראו ע"ב 1/88 ניימן ואח' נ' יודר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתים-עשרה, פ"ד מב (4) 177, עמ' 188.

107. ראו רע"א יאסין (לעיל, הערה 46), 62.

108. סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק; ראו ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 4), 433.

109. עמד על כך בית-המשפט הקנדי. ראו *R. v. Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, p. 135.

110. סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 1 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

גם חובות אדם; כי העולם הנורמטיבי אינו רק של זכויות, אלא גם של חובות; כי בצד זכותו של האדם עומדת חובתו כלפי רעהו וכלפי הכלל.¹¹¹

ח. פסקת ההגבלה

ניתוחה של פסקת ההגבלה הוא נושא בפני עצמו. אציין, כי היא מורכבת מארבעה יסודות מצטברים. חוק הפוגע בזכות אדם חוקתית, המוגנת בחוקי היסוד, "עובר" את הבחינה החוקתית אם הוא מקיים ארבעה תנאים אלה:

- (א) הפגיעה חייבת להיעשות בחוק או לפי חוק ומכוח הסמכה מפורשת בו;
- (ב) החוק הפוגע חייב להלום את ערכיה של מדינת ישראל;
- (ג) החוק הפוגע נועד לתכלית ראויה;
- (ד) החוק פוגע בזכות האדם מידה שאינה עולה על הנדרש.

כל אחד מתנאים אלה הוא עולם בפני עצמו. התנאי הראשון – הדורש פגיעה בחוק או על-פיו – משקף את עקרון החוקיות.¹¹² זה אינו עיקרון פורמלי בלבד. הדרישה אינה רק זו שההגבלה על זכות האדם תהיה בחוק ולא בהנחיה. הדרישה היא גם מהותית. החוק צריך להיות מפורסם, ברור ונגיש. חוק סתום – חוק שגם בעזרה מקצועית קשה להבינו – אינו מקיים את דרישת החוקיות. התקיקה הכלכלית – כגון זו הקשורה למיסוי אינפלציוני – עשויה לעמוד במבחן לא-פשוט בעניין זה.¹¹³

התנאי השני – ערכיה של מדינת ישראל – מפנה לערכיה של ישראל כמדינה יהודית (במובן המורשת היהודית ובמובן הציוני) וכמדינה דמוקרטית. אכן, אנו שונים מאומות העולם. אנו לא רק מדינה דמוקרטית אלא גם מדינה יהודית.¹¹⁴ חוקי היסוד באו "לעגן בחוקי היסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". בכך ניתן לערכים אלה מעמד חוקתי על-חוקי. משמעותם של ערכי המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית ופתרון ההתנגשות ביניהם בוודאי יעסיקו אותנו רבות בעתיד. עם זאת, איני צופה שדווקא בתחום הכלכלי הדבר יגרום לבעיות מיוחדות.

התנאי השלישי של פסקת ההגבלה דורש "תכלית ראויה".¹¹⁵ תכלית היא ראויה אם היא משרתת מטרה חברתית חשובה הרגישה לזכויות האדם. על-כן חקיקה שנועדה להגן על זכויות האדם היא בוודאי לתכלית ראויה. גם חקיקה שנועדה להשיג תכליות חברתיות כלליות – כגון מדיניות רווחה או שמירה על אינטרס הציבור – היא לתכלית ראויה. אכן, תכלית היא ראויה אם היא נועדה להגשים מטרות חברתיות חשובות לקיומה של מסגרת

111. הפילוסופים הקומוניסטיים הם המדגישים עמדה זו במיוחד. ראו, למשל: Charles Taylor, *Sources of the Self - The Making of the Modern Identity* (Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1989).

112. להרחבה ראו רובינשטיין (לעיל, הערה 18), 247-245.

113. ראו, למשל, חוק מס הכנסה (תיאומים בשל אינפלציה), תשמ"ה-1985.

114. ראו רע"א יאסין (לעיל, הערה 47), 63.

115. ליתר הרחבה ראו ברק (לעיל, הערה 56), 535-518.

חברתית המכירה בחשיבותן החוקתית של זכויות האדם ובצורך להגן עליהן. המטען הנורמטיבי של מהות החשיבות ייקבע במשך הזמן בפסיקתו של בית-המשפט העליון. כך, למשל, יהיה על בית-המשפט לנקוט עמדה בשאלה – אשר התעוררה במדינות אחרות, ובעיקר בארצות-הברית – אם רמת הבדיקה של התכלית הראויה זהה לכל הזכויות, או שהיא משתנה על-פי טיבה של הזכות.¹¹⁶

בארצות-הברית מבחינים בין שלוש רמות באשר לביקורת השיפוטית על תכליתה של החקיקה.¹¹⁷ ברמה העליונה מצויה התקיקה הפוגעת בחופש התנועה, חופש הביטוי והיבטים מסוימים של שוויון (כגון אפליה על בסיס גזע). כדי לעבור את הבחינה החוקתית, התכלית המונחת ביסוד תקיקה זו צריכה להיות חיונית (compelling state interest). היא צריכה לבטא צורך חברתי לוחץ (pressing public necessity), או עניין חברתי מהותי (substantial state interest). ברמה השנייה – שבה ישנה אפליה על בסיס מין וגיל – התכלית צריכה להיות חשובה (important governmental objective). ברמה השלישית נדרשת תכלית סבירה, בלי לעמוד על חיוניותה או חשיבותה. ברמה זו מצויה בארצות-הברית החקיקה הכלכלית. זו זוכה לבחינה חוקתית דלילה. האם גם בית-המשפט שלנו ילך בדרך זו? התשובה לשאלה זו טמונה בחיק העתיד.

ט. "שאינה עולה על הנדרש"

התנאי הרביעי בפסקת ההגבלה הוא כי הפגיעה בזכות אדם חוקתית תהיה במידה שאינה עולה על הנדרש. אם מרכיב "התכלית הראויה" בוחן את מטרתה של החקיקה הפוגעת, הרי המרכיב של "במידה שאינה עולה על הנדרש" בוחן את האמצעים שנבחרו על-ידי המחוקק. זהו מבחן של מידתיות (פרופורציונליות), שעל-פיו נבחן אם האמצעי אשר המחוקק בחר בו ראוי להגשמת מטרתו.

מבחן המידתיות מתחלק לכמה מבחני משנה. על שניים ברצוני לדון עתה. מבחן המשנה הראשון קובע, כי אמצעי חקיקתי הפוגע בזכות אדם חוקתית הוא ראוי אם הוא מתאים להשגת המטרה. זהו מבחן של התאמה או מבחן הקשר הרציונלי.¹¹⁸ נדרש קשר של התאמה בין המטרה החקיקתית לבין האמצעי שנקט. האמצעי החקיקתי צריך להיות גזור להגשמת המטרה, וצריך להוביל באופן רציונלי להגשמתה. כך, למשל, נפסק כי חוק קנדי הקובע פרישת חובה של מורים במוסדות להשכלה גבוהה בהגיעם לגיל 60 או 65 מקיים את מבחן הקשר הרציונלי.¹¹⁹ פרישתם של המורים המבוגרים מאפשרת העסקתם של מורים חדשים

116. ראו John E. Nowak & Ronald D. Rotunda, *Constitutional Law* (5th ed., West, St. Paul, Minnesota, 1996), 339-341.

117. Ashutosh Bhagwat, "Purpose Scrutiny in Constitutional Analysis", 85 *California Law Review* 297, p. 303-304 (1997).

118. ראו ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 4), 436.

119. ראו *McKinney v. Board of Governors of the University of Guelph and the Attorney General for Ontario* [1990] 3 S.C.R. 229, 76 D.L.R. (4th) 545.

(שהוא תכלית ראויה), ומגבירה את השאיפה למצוינות (שאף היא תכלית ראויה).¹²⁰ באחד מפסקי הדין בגרמניה נקבע, כי העמדה של דרישת ידע במסחר והשכלה בתורת-המסחר, כתנאי לעיסוק במסחר קמעונאי, אינה חוקתית.¹²¹ אין קשר רציונלי בין התכלית הראויה לבין האמצעי שננקט.¹²²

מבחן-המשנה השני לתנאי המידתיות קובע, כי אמצעי חקיקתי הפוגע בזכות אדם חוקתית הוא ראוי רק אם לא ניתן להשיג את המטרה על-ידי אמצעי אחר, אשר פגיעתו בזכות האדם תהיה קטנה יותר. זהו מבחן האמצעי ש"פגיעתו פחותה". זהו לבי-לבה של פסקת ההגבלה. טלו פסק-דין קנדי שבו הוחלט, כי דבר חקיקה האוסר על עורך-דין מפרובינציה אחת להקים שותפות עם עורך-דין שאינו תושב אותה פרובינציה בטל; שכן המטרה הראויה של שמירת האתיקה המקצועית מקבלת הגנה הפוגעת בזכות-היסוד לחופש העיסוק מעבר לגדרש.¹²³ כמו-כן הוחלט בקנדה, כי הוראת חוק האוסרת על פרסומת של רופאי-שיניים - והפוגעת בחופש הביטוי של רופאי השיניים - נוקטת אמצעי חריף מדי להגנה על מטרה ראויה.¹²⁴ כך, למשל, היא אוסרת על הרופא לציין שפות שהוא דובר או שעות קבלה.¹²⁵ מידע זה חשוב לציבור הרחב ואין בו כדי לפגוע באתיקה המקצועית. ההגנה על האתיקה המקצועית - כך נפסק - צריכה להסתפק באיסור על פרסום מידע מטעה או מידע אחר הפוגע בתוכנו באתיקה המקצועית.¹²⁶ פרשה גרמנית מדגימה יפה תנאי זה. חוק אסר מכירת סוכריות המצופות בשוקולד, שכן יש בהן כדי להטעות את הצרכן הסובר כי הסוכריה כולה עשויה שוקולד. בית-המשפט קבע כי תכליתו של החוק - הגנה על הצרכן - היא ראויה.¹²⁷ עם זאת, האמצעי שנבחר אינו ראוי, שכן אין בו הפגיעה הפחותה בחופש העיסוק.¹²⁸ תחת איסור מכירת המוצר צריך היה להסתפק בסימון ברור, המוסר לצרכן מידע שלפיו הסוכריה אינה עשויה כולה שוקולד, אלא רק מצופה בשוקולד.¹²⁹ בפסק-דינו ציין בית-המשפט הגרמני כי הדין עשוי להיות שונה, אם מטרתו הראויה של החוק אינה הגנת הצרכן, אלא שמירה על אינטרסים ראויים של קבוצות באוכלוסייה.¹³⁰ כך, למשל, האיסור על מכירת מרגרינה עשוי למצוא הסבר לא בהגנה הצרכן המחליט בין חמאה למרגרינה, אלא מתוך רצון להגן על תעשיית

120. ראו שם, 649-654.

121. 19 BVerfGE 330, 336-342 (1965).

122. שם, שם.

123. *Black v. Law Society of Alberta* [1989] 1 S.C.R. 591, 58 D.L.R. (4th) 317.

124. *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario* [1990] 2 S.C.R. 232, 71 D.L.R. (4th) 68.

125. ראו שם, 81.

126. ראו שם, 82.

127. 53 BVerfGE 135, 145-147 (1980).

128. שם, שם.

129. שם, שם.

130. שם, שם.

החלב.¹³¹ במקרה זה סימון המוצר כמרגרינה לא יספיק.¹³² עם זאת, יש מקום לבדוק אם בדוגמא זו התכלית היא ראויה.

בתי-משפט חוקתיים פיתחו בהקשר זה תיאוריה של "מדרגות"¹³³ שעל-פיה על המחוקק להתחיל בשלב התחתון, אשר פגיעתו בזכות החוקתית היא הפחותה ביותר. עליו לבחון אם פגיעה זו מגשימה את התכלית הראויה. אם מסתבר כי האמצעי אינו מספיק, ניתן לעלות מדרגה. יש להיעצר באותו שלב שבו האמצעי הוא ראוי. כך, למשל, אם ניתן להגן על אינטרס ציבורי בדרך של איסור כניסה למקצוע או בדרך של פיקוח על המקצוע, יש לנקוט את אמצעי הפיקוח ולא את האיסור. במסגרת הפיקוח יש לבחון תחילה פיקוח מינהלי, ורק אם פיקוח זה אינו יעיל, יש לעבור למסגרת הקשה יותר של פיקוח באמצעות המשפט הפלילי. בתחומי המשפט הפלילי יש לדרג את הענישה, ואין להטיל עונש מקסימום או מינימום שהוא מעבר לגדרש. המעבר מהמדרגה הקלה (או הנמוכה) יותר למדרגה הקשה (או הגבוהה) יותר מחייב שכנוע – המכוסס על תשתית עובדתית – כי יש סיכון ברמה מתאימה של ודאות, כי אין להגן על התכלית הראויה באמצעות המדרגה הקלה (או הנמוכה), ונדרש מעבר למדרגה הקשה (או הגבוהה) יותר.

בגדרו של מבחן המידתיות מתעוררת השאלה – שבה דנו לעניין התכלית הראויה – האם מבחן זה הוא אחיד לכל הזכויות, או שמא יש להפעילו באופן שונה בהתחשב בזכויות השונות? בארצות-הברית נוהגת שיטה של דיפרנציאציה. ברמה העליונה של הבדיקה – בה מצויים, כזכור, חופש הביטוי, התנועה והשוויון (לעניין גזע) – נדרש שהאמצעי יהיה חיוני או הכרחי להשגת המטרה. ברמת הבדיקה הבינונית – אפליה על בסיס גיל או מין – די באמצעי שיש בו יחס מהותי בין התכלית לבין האמצעים הננקטים להשגתה. ברמת הבדיקה הנמוכה ביותר – שבה מצויה החקיקה הכלכלית – מסתפקים בכך שלאמצעי הפוגע הננקט בחוק בסיס הגיוני. הבסיס ההגיוני נקבע בין השאר תוך התחשבות בתוצאות ובחלופות האפשריות. שאלה פתוחה היא, אם אנו נאמץ לנו קו-מתשבה זה, אם התשובה היא חיובית, כי אז החקיקה הכלכלית תזכה לביקורת ה"נמוכה" או ה"קלה" ביותר.

י. מרחב התמרון החוקתי

פסקת ההגבלה מטילה תפקיד קשה על בית-המשפט. היא דורשת רגישות לצורך לאון בין זכויות הפרט לאינטרס הכלל. היא מחייבת הבנה של השופט באשר לתפקיד החוקתי שהוא ממלא. לעתים קרובות ניתן לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה בדרכים שונות. נוצר מעין "מתחם הגבלה" (כמו מתחם הסבירות) או "מתחם פגיעה". בית-המשפט צריך לשמור על גבולות המתחם. עליו למשוך את ידיו מכניסה לגופו של המתחם. הבחירה בין האפשרויות השונות בגדרי המתחם היא בחירה של המחוקק. עיקרון הפרדת הרשויות

131. שם, 146.

132. שם, שם.

133. ראו Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (Duke University Press, Durham and London, 1989), 288.

העניק את תפקיד הבהירה - הוא תפקיד החקיקה - בגדרי המתחם, לרשות המחוקקת. הבהירה בין קווי-מדיניות שונים, המקיימים את דרישותיה של פסקת ההגבלה, היא בידי המחוקק והממשלה המבצעת את החוק. השאלה אשר השופט צריך לשאול את עצמו אינה מהו החוק המאון כראוי בין צורכי הכלל לצורכי הפרט שהשופט היה מחוקק אילו היה חבר בבית-הנבחרים. השאלה אשר השופט צריך לשאול את עצמו היא, אם האיזון שנבחר נופל בגדרו של מתחם ההגבלה. בית-המשפט צריך לבחון את חוקתיות החוק ולא את תבונתו. השאלה אינה אם החוק הוא טוב, יעיל ומוצדק, אלא אם החוק הוא חוקתי. מחוקק "סוציאליסטי" ומחוקק "קפיטליסטי" עשויים לחוקק חוקים שונים ומנוגדים, אשר כולם ימלאו את דרישותיה של פסקת ההגבלה. יש לאפשר למחוקק "מתחם של התחשבות" (margin of appreciation) או "מרחב שיקול-דעת" על גבול מתחם ההגבלה. יש להכיר בקיומו של מרחב תמרון (reasonable room to manoeuvre) המאפשר למחוקק להפעיל את שיקול-דעתו בבחירה בין תכלית (ראויה) לבין אמצעים (הפוגעים בזכות במידה שאינה עולה על הנדרש). לכל מחוקק יש מרחב סביר של תמרון. אכן, קביעת המדיניות החברתית - בין בסוגיות כלכליות, בין בסוגיות אחרות - נתונה למחוקק, והגשמתה נתונה לממשלה. יש להעניק להם מרחב של תמרון חקיקתי. בית-המשפט אינו קובע את המדיניות החברתית. עניין זה נתון למחוקק. אך אם המדיניות אינה חוקתית, זהו עניין לשופט.

יא. פסקת ההתגברות

עד כה עסקתי בזכויות האדם החוקתיות ובאפשרות החוקתית לפגוע בהן כדין במסגרת פסקת ההגבלה. מה הדין אם הרשויות השלטוניות - ולענייננו בעיקר הכנסת - מבקשות להגשים מדיניות כלכלית ולשם כך נדרשת פגיעה בזכויות אדם חוקתיות החורגת מעבר לפגיעה המותרת על-ידי פסקת ההגבלה? האם עומדים לרשות הכנסת ערוצי פעולה להגשמת מדיניותה הכלכלית? כמובן, יש להניח כי מקרים אלה יהיו מעטים ונדירים. אך היש מסלול פעילות חוקתי במצב דברים זה?

כמובן, תמיד פתוחה האפשרות להציע שינוי חוקתי. הכנסת היא זו שכוננה את חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם. היא יכולה גם לשנותם. עם זאת, שינוי חוקה - גם אם הוא קל מאוד בשל רכותה הרבה של חוקתנו - הוא עניין רציני ביותר. הקיים מסלול פעילות חוקתית שאינו כרוך בשינוי החוקה שלנו? התשובה היא, כי לעניין פגיעה בחופש העיסוק מסלול כזה אכן קיים בדמות "פסקת ההתגברות". על-פי הוראות חוק-היסוד: חופש העיסוק מוסמכת הכנסת לקבל חוק רגיל הפוגע בחופש העיסוק ושאינו מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. חוק כזה יהיה חוקתי - ויהיה חסין מהכרזת בטלותו בהיותו נוגד לחוק-היסוד - אם נתקיימו בו תנאים אלה: הוא נתקבל ברוב חברי-הכנסת; נאמר בו במפורש שהוא "על אף האמור בחוק-היסוד". תוקפו של חוק כזה הוא לארבע שנים בלבד. זהו

134. סעיף 8 לחוק-היסוד: חופש העיסוק.

הסדר חוקתי שהושפע מהוראה דומה (המכונה ה-override) המצויה בקנדה.¹³⁵ הוא מהווה שסתום המאפשר לרוב של היום להגשים את רצונו תוך פגיעה בהוראות החוקה. השימוש בהוראה זו בקנדה היה מצומצם ביותר, ובשנים האחרונות אין כל שימוש בו. בישראל נעשה שימוש בהוראה המקבילה לעניין חוק ייבוא בשר קפוא, תשנ"ד-1994.¹³⁶ חוק זה אוסר על יבוא בשר קפוא שאינו כשר לישראל. לכאורה הוא פוגע בחופש העיסוק, ואינו מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. כדי להתגבר על קושי זה – שבית-המשפט העליון הצביע עליו – הוחק החוק עם התוספת "על אף האמור". יצוין, כי בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אין פסקת התגברות. המסלול הנה פתוח אפוא רק בגדרו של חוק-יסוד: חופש העיסוק.

יב. החוקה הכלכלית מבחינת מהותית

הנה כי כן, זכויות האדם החוקתיות – ובעיקר כבוד האדם, הקניין וחופש העיסוק – מעניקות לפרט (ולפירמה) הגנה מפני התערבות שלטונית. שוב אין המחוקק חופשי לפגוע בזכויות אדם אלה כרצונו. הפגיעה בזכויות האדם החוקתיות צריכה לקיים דרישות חוקתיות, המטילות מגבלות חוקתיות על כוח החקיקה של המחוקק. הפוליטיקה הישראלית הפכה לפוליטיקה חוקתית. אם בעבר זכויות האדם נגזרו מההלכות השיפוטיות אשר פירשו את היקף הסמכות המינהלית, הרי עתה ההלכות השיפוטיות המפרשות את הסמכות השלטונית נגזרות מזכויות האדם. הרטוריקה החברתית והמשפטית שוב אינה של כוחות שלטוניים המולידים זכויות, אלא של זכויות המרסנות כוחות שלטוניים. זוהי "המהפכה החוקתית" שאני מדבר עליה. מהפכה זו אינה מתבטאת בעצם ההכרה בזכויות אדם. אלה הוכרו מיום הקמת המדינה. המהפכה מתבטאת בכך שזכויות האדם מגבילות את כוח החקיקה של המחוקק. חוק של הכנסת – יהיה הרוב בו התקבל אשר יהיה – אינו יכול לפגוע בזכויות אדם חוקתיות, אלא אם כן הוא מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. בעקבות המהפכה החוקתית התרחשה קונסטיטוציונליזציה של המשפט הישראלי. כל תחום משפטי וכל נורמה משפטית צריכים להתאים את עצמם להסדר החוקתי החדש בדבר זכויות האדם. אלה מקרינות את עצמן לכל ענפי המשפט. החלק הכללי של כל מקצוע משפטי כיום הוא היבטו החוקתי, ומכאן הצורך לעסוק בחוקה הכלכלית. זו קובעת את המסגרת המשפטית החוקתית אשר בה המחוקק יכול לפעול ולהגשים את מדיניותו הכלכלית, בלי שהחקיקה תיפסל בהיותה בלתי-חוקתית. מסגרת זו נקבעת על-ידי שני קריטריונים עיקריים: האחד, ציר זכויות האדם או הסדרים אחרים המעוגנים בחוקי-היסוד אשר החקיקה פוגעת בהם; השני, ציר פסקת ההגבלה, המאפשר פגיעה בזכויות האדם המוגנות. כל התחום המתוהם על-ידי שני צירים אלה פתוח לפעילות כלכלית-חקיקתית

135. ראו Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3rd ed., Carswell, Toronto, 1992), 891-901.

136. ראו בג"צ 5009/94 מיטראל בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל ואח', פ"ד מח (5) 617, עמ' 620; בג"צ 4676/94 מיטראל בע"מ ואח' נ' כנסת ישראל ואח' (טרם פורסם).

חופשי של הרשות המחוקקת. פעילות חקיקתית מעבר למתחם הזה היא בלתי-חוקתית ואסורה, אלא-אם כן היא נופלת למסגרתה של פסקת ההגברות. הנה כי כן, החוקה הכלכלית שלנו אינה נייטרלית לפעילות השלטונית. לא כל פעילות שלטונית להסדרת הכלכלה והמשק מותרת. הפעילות הכלכלית של המדינה צריכה לפעול במרחב החוקתי אשר החוקה יוצרת. עם זאת, המתחם הנוצר באמצעות קריטריונים אלה הוא רחב. החוקה אינה מניפסט פוליטי והיא אינה תוכנית לפעולה מדינית קונקרטיה. ההלאמה וההפרטה עשויות להתקיים במסגרתה. כלכלת שוק או ניהול מרוכז של הכלכלה עשויים למצוא בה מרחבי-מחיה, ובלבד שהפעילות המשקית - הפוגעת בזכויות אדם - תקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה.

הניסיון החוקתי של מדינות אחרות מלמד, כי דווקא בתחום הכלכלה הדרישות שבית- המשפט מעמיד לחוקתיותו של חוק הפוגע בזכויות אדם אינן גבוהות במיוחד. ראינו כי בארצות-הברית די שהתכלית שהחוק נועד להגשים היא סבירה, ודי שלאמצעי הננקט להגשמת התכלית - והפוגע בזכות האדם - בסיס רציונלי. עם זאת, יש לציין כי המבנה החוקתי שלנו - שבו חוקתיות של חקיקה כלכלית צריכה להתבסס על הצידוקים שבפסקת ההגבלה - מוביל למסקנה, כי נקודת-המוצא החוקתית היא התחרות החופשית והפעילות החופשית של השוק. הכלכלה החופשית, שבה ישנה תחרות בין הכוחות הכלכליים על ההיצע והביקוש בשוק, היא נקודת המוצא.¹³⁷ עם זאת, ניתן להגביל חופש זה, וכל המדינות בעולם עושות כן. בקביעת מהותן של הגבלות אלה אין לחוקתנו נקודת-מוצא עקרונית אלא זו, שההגבלה על הזכות והזכות עצמה יצמחו מתפיסה חברתית זהה. נוסף על כך - ואם נאמץ את רמת הבדיקה הנמוכה - בית-המשפט יסתפק בסבירות התכלית ובבסיס הרציונלי של האמצעי. על-כן יוכלו מחוקק קפיטליסטי ומחוקק סוציאליסטי להגשים את המצעים המדיניים שלהם, מבלי שאופיו של המצע החברתי, בתור שכזה, יעמוד לרועץ. מבחינה זו ניתן לדבר על נייטרליות כלכלית של החוקה שלנו.

יג. בית-המשפט והחוקה הכלכלית

חוקה כלכלית מטילה אחריות מיוחדת על בית-המשפט. מחד גיסא, עליו לשמור על גבולותיו של מתחם ההגבלה. עליו למנוע פגיעה שלא-כדין בזכויות האדם החוקתיות. מאידך גיסא, עליו להימנע מכל התערבות בתוך המתחם פנימה. עליו להניח לרשויות השלטוניות לגבש מדיניות כלכלית כרצונן. זהו תפקידן בשילוש הרשויות, זו המומחיות שלהן. דווקא בתחומי המשק והכלכלה ייתכנו לעתים קרובות כמה דרכי פעולה; ישנן כמה אופציות הפתוחות בפני רשויות-השלטון, וההחלטה מבוססת על הערכה אשר טמון בה יסוד רב של אי-ודאות.¹³⁸ עקב כך, מרחב התמרון החוקתי הנתון לרשויות השלטוניות

137. ראו מנחם מאוטנר, ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (מעגלי דעת, תשנ"ג), 130-132.

138. ראו בג"צ 311/60 י' מילר, מהנדס (סוכנות ויכוא) כע"מ נ' שר התחבורה, ואח', פ"ד טו 1989, עמ' 1996; ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 4), 575 (השופט גולדברג).

בגדרי החוקה הכלכלית רחב למדי. בוודאי כך אם נאמץ לעצמנו את רמת הבדיקה הנמוכה ביותר לגבי החקיקה הכלכלית. דבר אחד ברור: בית-המשפט לא יהפוך את עצמו לרשות-על כלכלית הבוחנת את צדקתן של האופציות המשקיות שנבחרו. בית-המשפט ימלא את תפקידו הקלסי בביקורת שיפוטית של הפעילות השלטונית. זו ביקורת הנעדרת כל עמדה שיפוטית באשר לצדקתה של מדיניות משקית זו או אחרת. כל שבית-המשפט בוהן – וזאת הוא יעשה במלוא האובייקטיביות והאחריות – הוא, האם הפגיעה בזכויות האדם החוקתיות מקיימת את הקריטריונים החוקתיים.

משוכנע אני, כי שלוש הרשויות השלטוניות יפנימו את דבר קיומה של החוקה הכלכלית. זו מעמידה בפניהן אתגר גדול. הצטרפנו למספר ההולך וגדל של דמוקרטיות חוקתיות אשר אינן רואות סתירה בין הכרה בזכויות האדם לבין הפעילות המשקית והכלכלית של השלטון. בישראל משטר חוקתי המגן על זכויות האדם, תוך הכרה באינטרס הציבורי לפתח פעילות כלכלית המקדמת חברה השומרת על זכויות אדם. זוהי הדיאלקטיקה החוקתית שלנו.

