פגיעה בזכויות־יסוד "בחוק" או "לפי חוק"

אורן גזל*

א. מבוא. ב. מגבלות מהותיות ומגבלות פורמליות. ג. פגיעה בזכויות־יסוד לפי ההלכה הפסוקה – כיצד?: 1. גישת ההסמכה המפורשת; 2. גישת תכלית החוק; 3. גישת הכללים הרגילים; 4. מסקנות. ד. משפט משווה: 1. מהו Law?; 2. מתי הפגיעה היא על־פי (As prescribed by...) דין?. ה. מהו חוק? המבחן הפורמלי. ו. פגיעה בתקנות – הסמכה מפורשת?: 1. מתי נדרשת הסמכה מפורשת?; 2. הסדרים ראשוניים בתקיקת־משנה; 3. מהי הסמכה מפורשת?. ז. ההסמכה הנדרשת לפגיעה על־ידי סמכויות ביצוע. ח. מהו חוק? המובן המהותי: 1. דרישת הנגישות; 2. דרישת הצפיות; 3. חוק סתום; 4. חוק רטרואקטיבי. ט. סיכום.

א. מבוא

סעיף 8 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו,[1] קובע את התנאים לפגיעה בזכות־יסוד:[2]

> 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.

---

* בוגר הפקולטה למשפטים והחוג לכלכלה באוניברסיטת תיפה ותלמיד לתואר שני בתוכנית ארסמוס של האיחוד האירופאי למשפט ולכלכלה.

תודה למר אילן סבן, מהפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה, ולחברי מערכת כתב־העת משפט וממשל, על הערותיהם התורמות.

1. להלן: פסקת ההגבלה. כל האמור במאמר זה עוסק במידה שווה גם בפסקת ההגבלה המצויה בסעיף 4 לחוק־יסוד: חופש העיסוק. במאמר זה המונח "חוקי־היסוד" עניינו שני חוקי־יסוד אלו בלבד.
2. בחיבור זה אשתמש במונח "זכות־יסוד" כשם כולל לזכויות המוגנות בחוקי־היסוד. לצורך

nevo.co.il

הסעיף קובע ארבעה תנאים מצרפיים לפגיעה בזכויות־היסוד: שלושה מהתנאים מטילים מגבלות מהותיות על הפגיעה ("ההולם את ערכיה של מדינת ישראל", "שנועד לתכלית ראויה", "ובמידה שאינה עולה על הנדרש"); ואילו תנאי אחד מטיל מגבלה פורמלית – הפגיעה חייבת להיות "בהוק... או לפי חוק... מכות הסמכה מפורשת בו". בחיבור זה אנסה להתחקות אחר פירושה של המגבלה הפורמלית הזו.

במאמר זה אראה, כי המגבלה הפורמלית הקבועה בחוקי־היסוד בישראל מחמירה הרבה יותר מהמקבילות לה בחוקות דומות בעולם. החמרה זו אינה רצויה. כיוון שכך, יש להיזהר מפני פרשנות שתחמיר עוד יותר את התנאים שלא לצורך. לדעתי, מרכז־הכובד של פסקת ההגבלה חייב להימצא במגבלות המהותיות המוטלות על פגיעה בזכויות־היסוד, ולא במגבלה הפורמלית. המגבלות המהותיות משרתות טוב יותר את מטרת חוקי־היסוד – להגן על זכויות־היסוד. אני אראה, שמגבלה פורמלית מחמירה מדי עלולה להצר יתר על המידה את כוחו של המחוקק להעניק לשלטון שיקול־דעת. מגבלה מחמירה מדי עלולה אף להגביל את יכולתן של הרשויות להגן על זכויות־היסוד.

ב. מגבלות מהותיות ומגבלות פורמליות

מטרתן של המגבלות המהותיות ברורה. תברה המעוניינת להגן על זכויות־האדם צריכה למנוע פגיעה בזכויות שאינה הולמת את ערכיה, לאסור על פגיעה לתכלית שאינה ראויה, ולהגביל את עוצמת הפגיעה למידה הנדרשת. אולם מהי מטרתה של המגבלה הפורמלית? כיצד ייטב מעמדן של זכויות־היסוד אם הפגיעה שבהן תיעשה בחוק דווקא, ולא מכות נורמה אחרת? מה הפסול בפגיעה מידתית וראויה בזכות־יסוד, הנעשית בלי שהמחוקק נתן על כך את דעתו?

התשובה לכך נעוצה בהנחה שהמחוקק יגן טוב יותר על זכויות־היסוד. מטבע הדברים, רשות המופקדת על תחום או נושא מסוים, תבחן את עצמה על־פי הצלחתה לקדם את אותו תחום ספציפי שהיא מופקדת עליו. יש חשש שמטרות כלליות של החברה, כמו הגנה על זכויות־האדם, לא יזכו לאותה התייחסות מצד הרשות, כמו קידום הנושא הספציפי שלשמו היא הוקמה. לעומת זאת, ניתן להניח שהמחוקק ניתן בזווית־ראייה רחבה יותר. חבריו הם הנציגים הנבחרים של האזרחים, ולמול עיניו מצויה טובתם של אותם אזרחים, שתושג גם על־ידי קידום התחומים השונים שהרשות המבצעת מופקדת עליהם, אך גם על־ידי הגנה הולמת על זכויות־האדם.

יתירה מזאת: הליך תקיקת חוק הוא הליך ארוך ורב־שלבי. בארץ נידון כל חוק במליאת הכנסת לפחות פעמיים, נוסף על התדיינויות בוועדות והדיונים הבלתי־רשמיים הקודמים להגשת הצעת החוק. בחלק משלביו ההליך גם גלוי ופתוח לציבור. בריבוי השלבים הפורמליים ובפתיחות לציבור הוא גבדל מהליך קבלת ההחלטות ברשויות המינהליות. הליך כזה מגדיל את הביטחון כי השיקולים השונים, ובכללם ההגנה על זכויות־האדם,

---

הדוגמאות המובאות במאמר, ולצורך זה בלבד, אניח כי חוקי־היסוד מגינים על כל זכויות־האדם שהוכרו בפסיקה.

nevo.co.il

יובאו בחשבון במהלכו. הפתיחות לציבור מבטיחה פיקוח ציבורי טוב יותר על קבלת ההחלטות. זאת ועוד: הסרבול הפרוצדורלי של הליך החקיקה מבטיח, כי לא לעתים קרובות תתקבל החלטה המאפשרת פגיעה בזכויות־היסוד. לפיכך, זכויות־האדם יזכו להגנה טובה יותר אם פגיעה בהן תתאפשר רק לאחר שהמחוקק נתן על כך את דעתו.

אלא שבפועל לא ניתן לעמוד בהוראה אשר תחייב שכל פגיעה בזכות־יסוד תיעשה רק לאחר החלטת המחוקק. המחוקק קובע נורמות כלליות האמורות להתאים למקרים רבים, ואין זה באפשרותו לסייע בקבלת החלטה בכל מקרה ומקרה שבו מתעורר הצורך לפעול באופן הפוגע בזכות־יסוד. לפיכך, אי־אפשר ליישם מגבלה חוקתית פורמלית מחמירה, אשר תטיל על המחוקק לקבוע אמות־מידה מפורטות שיקבעו לגבי כל מקרה ומקרה אם להתיר פגיעה בזכויות־היסוד. על המגבלה הפורמלית רק לצמצם את סמכותו של המחוקק להעניק שיקול־דעת לרשויות־המינהל באשר להפעלת סמכות הפוגעת בזכויות־יסוד.

אכן, המגבלה הפורמלית, מחמירה ככל שתהיה, אינה יכולה לשלול מרשויות־המינהל את שיקול־הדעת בכל הנוגע לקבלת החלטות ולביצוע פעולות הפוגעות בזכויות־יסוד. ברור לכול, כי המחוקק אינו יכול לפרט בחוק בדיוק מושלם את כל המקרים שבהם מותר לפגוע בזכות ואת מידת הפגיעה המותרת בכל מקרה. מספר הסיטואציות האפשריות הוא אינסופי. המחוקק חייב להשאיר בידי רשויות־המינהל שיקול־דעת להחליט במקרים מסוימים כיצד לפעול ולאזן בין היעדים השונים לבין זכויות־האדם. הוא יכול לתחום את הסמכויות של הרשות, אך ברוב־רובם של המקרים יהיה עליו להותיר בידי הרשות מתחם של שיקול־דעת. מדינה אינה יכולה להתקיים בלי שלרשויותיה יינתן שיקול־דעת אשר יאפשר להן למלא את תפקידיהן הרב־גוניים בנסיבות משתנות ובמצבים שאי־אפשר לצפותם מראש.[3] שלילת סמכותה של הרשות להפעיל שיקול־דעת באופן הפוגע בזכויות־היסוד, או הטלת הגבלה חוקתית דאגנית עליה, עלולות לפגוע קשות ביכולתה של הרשות לאזן נכונה בין האינטרסים הציבוריים השונים לבין זכויות הפרט.

הקושי מתגבר בשל הנטייה כיום להרחיב את היקף התפרסותן של זכויות־היסוד. כך, לדוגמא, מקובלת כיום הדעה כי זכות הקניין חלה גם על חיובים,[4] וכן נטען כי זכות־האדם לכבוד כוללת את זכותו לקבל יחס שוויוני, את חירות הביטוי ועוד.[5] לפיכך, רבות הן הפעולות השלטוניות העלולות לפגוע בזכויות־היסוד. במצב זה קשה עוד יותר לדרוש מהמחוקק לצפות את כל הסיטואציות האפשריות שבהן תפעיל רשות מינהלית את סמכותה באופן הפוגע בזכות־יסוד. המחוקק ודאי שלא יוכל לענן את כל הסיטואציות האלו בהוראות־חוק מפורשות, המורות לרשות בדיוק כיצד עליה לפעול בכל מצב ומצב שבו עלולה הסמכות לפגוע בזכות־יסוד. המינהל ודאי לא יוכל תמיד להפעיל סמכויות אלו באופן שאינו פוגע בזכויות־היסוד.

3. ראו ד"נ 16/61 רשם החברות נ' כרדוש, פ"ד טז 1209, עמ' 1215.

4. ראו, למשל, סעיף 69 לדברי הנשיא שמגר בע"א 6821/93, רע"א 1908/94, 3363 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי ואח', פ"ד מט (4) 221 (להלן: ע"א בנק המזרחי), עמ' 328-332.

5. ראו בג"צ 5394/92 הופרט נ' יד ושם, רשות זכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח (3) 353.

לפיכך אין ליצור מגבלה פורמלית מחמירה מדי. חיוני לשמור על סמכותו של המחוקק להעניק שיקול־דעת לרשות, גם אם בהפעלתו עלולות להיפגע זכויות־יסוד. זו הסיבה לכך שבאמנות הבינלאומיות להגנה על זכויות־האדם – ובעקבותיהן בחלק גדול ממגילות זכויות־האדם המודרניות – נמנעו מקביעת מגבלה פורמלית קשה, המחייבת שכל פגיעה תהיה בחוק של הפרלמנט.[6]

כפי שאפרט להלן, הנוסחה שהתקבלה ברוב האמנות הבינלאומיות להגנה על זכויות־האדם היא שהפגיעה צריכה למצוא לעצמה בסיס בדין, כאשר הדין כולל חוקים, תקנות וכללים משפטיים שאינם כתובים.[7] נוסחה זו מקובלת כיום גם במגילת זכויות־האדם של ניו־זילנד ובצ'רטר הקנדי.[8]

בארץ הדרישה הינה שונה. עם זאת, עלינו להיזהר מפני מתן פירוש קשה מדי למגבלה הפורמלית שבחוקי־היסוד שלנו. יש לשאוף לאפשר למחוקק חופש פעולה סביר במסגרת הוראות חוקי־היסוד. לאורך כל הדרך הפרשנית יש לזכור, שההגנה על זכויות־האדם מצויה בעיקר במגבלות המהותיות. חוק שפגיעתו אינה ראויה ואינה מידתית יפגע קשות בהשגת מטרתם של חוקי־היסוד – להגן על זכויות־האדם. נורמה שאינה חוק, הפוגעת פגיעה מידתית בזכות־יסוד כדי להשיג תכלית ראויה, הסכנה הנשקפת טמנה לזכויות־היסוד קטנה הרבה יותר.

ג. פגיעה בזכויות־היסוד לפי ההלכה הפסוקה – כיצד?

בטרם אבחן את ההסדר הקבוע בפסקת ההגבלה, אסקור את הדין בסוגיה כפי שהיה עובר לכינון חוק־היסוד. השאלה שאציג בפרק זה היא, מתם התנאים הפורמליים שנדרשו כדי שתוכר סמכותה של הרשות לפגוע בזכות־יסוד?[9] ניתן לתניה, כי תנאים אלו ממשיכים לחול גם כיום בכל הנוגע לזכויות־היסוד שטרם עוגנו בחוקי־היסוד.

התנאי הראשון הוא קיומה של הוראה בחיקוק המסמיכה את הרשות לפעול, בלי קשר לשאלה, אם רשאית היא להפעיל את סמכותה באופן הפוגע בזכות־יסוד. תנאי זה יכונה להלן: "הסמכה לביצוע המעשה". זהו למעשה הלוז של עקרון חוקיות המינהל.[10] בלי

6. ראו Oscar M. Garibaldi, "General Limitation on Human Rights – The Priciple of Legality", 17 *Harvard International Law Journal* (1976) 503, p. 520-523.
7. ראו שם, 521.
8. ראו על כך בהמשך, פרק ד.
9. במונח "התנאים הפורמליים" הכוונה לתנאים המקדמיים הנדרשים כדי שנכיר בסמכות הרשות לפגוע פגיעה כלשהי בזכות־יסוד. זאת בניגוד ל"תנאים המהותיים", הכוללים את החובה לאזן בין האינטרסים השונים, להפעיל את שיקול־הדעת בסבירות, ולמזער את הפגיעה. עם זאת, כפי שאראה בהמשך, ההבחנה בין התנאים הפורמליים ובין אלו המהותיים אינה כה חדה, ולכן לעתים אגלוש גם לתחום־הדמדומים שביניהם.
10. לעקרון חוקיות המנהל ראו יצחק זמיר, הסמכות המינהלית (נבו, תשנ"ו), 49-59; ברוך ברכה, משפט מינהלי (כרך א, שוקן, תשמ"ז) (להלן: ברכה, כרך א), 35 ואילך.

nevo.co.il

הוראת הסמכה תקפה מכוח חוק אין לרשות סמכות לפעול. בלי הוראת הסמכה תקפה אין הרשות מוסמכת לפעול, בין אם פעולתה פוגעת בזכויות־יסוד ובין אם לא.

אולם כאשר פעולה שלטונית מסוימת פוגעת בזכות־יסוד, ייתכן שאין די בכך שהרשות הוסמכה לבצע אותה פעולה בחוק. במקרה זה עשוי הדין לדרוש מהרשות למצוא גם הסמכה ספציפית להפעיל את סמכותה באופן הפוגע בזכות־היסוד.

ניתן להבחין אפוא, בין הסמכה לביצוע המעשה לבין הסמכה לפגוע בזכות־יסוד. קיומה של הראשונה אינו מעיד בהכרח על קיומה של השנייה. כך, לדוגמא, הסמכה לקבוע הוראות המסדירות מתן רישיון לרכב ותידושו (הסמכה לביצוע המעשה) אינה כוללת בהכרח הסמכה לקבוע הוראות כאלו באופן הפוגע בחופש העיסוק (הסמכה לפגוע בזכות־יסוד).[11] גם הסמכה למנות גוף בוחר (הסמכה לבצע את המעשה) אינה כוללת בהכרח הסמכה להפלות את הנבחרים על רקע מינם (הסמכה לפגוע בזכות־יסוד).[12] יש שאינם רואים כאן שתי הסמכות שונות, אלא את ההסמכה הראשונה הם בותנים במישור הסמכות, ואת השנייה – במישור ההפעלה של שיקול־הדעת.[13] אלא שאין מדובר כאן במגבלות הרגילות שהפסיקה מטילה על שיקול־הדעת המינהלי. במקרים מסוימים, כוחה של רשות מינהלית לפגוע בזכות־יסוד מותנה בקיום ראיה לכך שהמחוקק התכוון להתיר לרשות לפעול באופן הפוגע בזכות־היסוד הנידונה. אותה ראיה לכוונה זו של המחוקק היא ההסמכה לפגיעה בזכות־היסוד.

לא תמיד ניתן להפריד בין ההסמכה לביצוע המעשה לבין ההסמכה לפגוע בזכות. פעמים רבות ההסמכה לפגוע בזכות מצויה בלשונו המפורשת של סעיף החוק המסמיך, והיא שלובה בהסמכה לביצוע המעשה. כך, למשל, הסמכה לשלול רשיון־עיסוק מאדם כוללת מטבעה גם הסמכה לפגוע בחופש העיסוק. אולם לעתים אין להסיק בהכרח מלשון ההסמכה לביצוע המעשה, כי הרשות רשאית להפעיל את סמכותה באופן הפוגע בזכויות־יסוד. לעתים, במקרה כזה טעונה הפגיעה בזכות־היסוד ראיה לכך שהמחוקק אכן התכוון להסמיך את הרשות לפגוע באותה זכות.

מתי נאמר, כי מצויה ראיה לכך שהמחוקק התכוון לאפשר לרשות לפגוע בזכות־יסוד? או במלים אחרות: מה צורתה של אותה הסמכה לפגיעה בזכות? אין לשאלה זו תשובה אחידה בפסיקה. נראה, כי ניתן למצוא בפסיקה שלוש גישות עיקריות: האחת – גישת ההסמכה המפורשת – מתירה מקום לפגיעה בזכות־יסוד רק כאשר ניתנה לכך הסמכה מפורשת ושאינה משתמעת לשתי פנים בלשון החוק. השנייה – גישת תכלית החוק – קובעת כי פגיעה תותר גם בהיעדר הסמכה מפורשת, כאשר הפגיעה מתחייבת להשגת תכלית החוק. הגישה השלישית – גישת הכללים הרגילים – מוותרת על הצורך בהסמכה

11. ראו סעיף 4 לפקודת התעבורה [נוסח חדש], תשכ"א-1961; וכן בג"צ 337/81 מיטרני ואח' נ' שר התחבורה ואח', פ"ד לז (3) 337 (להלן: בג"צ מיטרני).

12. בג"צ 1/88, 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב יפו ואח', פ"ד מב (2) 309 (להלן: בג"צ פורז).

13. לפי גישה זו, כאשר הרשות פוגעת בזכות־יסוד מכוח הסמכה לבצע מעשה, אך בלי הסמכה לפגוע בזכות, היא פועלת במסגרת סמכותה, אולם היא מפעילה שיקול־דעת שלא כדין.

פורמלית מיוחדת לפגיעה בזכויות־יסוד. על־פי גישה זו, הפגיעה בזכות־יסוד תותר כאשר הפעלת הסמכות עומדת בכללים הרגילים החלים על שיקול־הדעת המינהלי (שיקולים ענייניים, סבירות, מידתיות וכיו"ב). בגישות אלו אדון להלן.

1. גישת ההסמכה המפורשת

גישה זו נידונה בהרחבה בפסק־הדין של השופט שמגר בבג"צ מיטרני,[14] והיא מבוססת על כמה תנאים: ראשית, ההסמכה צריכה להיות בחקיקה ראשית. שנית, כל הסמכה כזו תפורש בצמצום ותוך מגמה לתת לזכות האמורה קיום מרבי.[15] כך, לדוגמא, הסמכה כללית וסתמית תפורש באופן השולל הקניית סמכות לפגיעה בזכות־יסוד.[16] שלישית, ההסמכה בחקיקה ראשית צריכה להיות מפורשת. השופט שמגר מסביר מהי ההסמכה המפורשת הנדרשת:

> כוונתי בכך אך ורק למקרה, שבו אומר המחוקק הראשי ברורות ומפורשות, כי הוא מסמיך את מחוקק־המשנה להתקין תקנות הקובעות איסורים או הגבלות על העיסוק במקצוע פלוני.

לפיכך קובע השופט שמגר, כי הסמכות להגביל את חופש הפרס אינה יכולה להילמד מכללא מנוסחו של החוק או ממטרתו.[17]

2. גישת תכלית החוק

גישת זו נידונה בבג"צ פורז,[18] על־פי גישה זו, אין נדרשת הסמכה בלשון מפורשת, ודי שההסמכה לפגוע בזכות מתבקשת ממטרת החוק המסמיך. כאשר, כדי להשיג את המטרה המיוחדת של החוק, הרשות חייבת לפגוע בזכות־יסוד, הרי שהיא מוסמכת לעשות

14. לעיל, הערה 11. לדוגמאות נוספות של יישום גישה זו ראו ע"א 524/88 פרי העמק אגודה חקלאית שיתופית בע"מ ואח' נ' שדה יעקב – מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ ואח', פ"ד מה (4) 529; בג"צ 547/89 הוד העמק ייצור ושיווק בע"מ ואח' נ' המועצה לענף הלול ואח', פ"ד מה (1) 89 (להלן: בג"צ הוד העמק); רע"א 3466/92 ארטרכט, פרשטי-רגל נ' זלבסקי – ער"ד הנאמן בפשיטת-רגל של המבקשים ואח', פ"ד מו (2) 573, עמ' 578; בג"צ 29/86 קיבוץ גבים, אגודה שיתופית חקלאית בע"מ ואח' נ' שר־העבודה והרווחה, פ"ד מ (2) 36, עמ' 41; בג"צ 144/72 ליפבסקי-הליפי נ' שר־המשפטים, פ"ד כז (1) 719, עמ' 723.

15. בג"צ מיטרני (לעיל, הערה 11), 356-357.

16. שם, 358.

17. שם, 360.

18. בג"צ פורז (לעיל, הערה 12). ראו גם בג"צ 953/89 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים ואח', פ"ד מה (4) 683 (להלן: בג"צ אינדור), עמ' 688-689; בג"צ 344/89 ח.ס.ה. – סחר בינלאומי בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר ואח', פ"ד מד (1) 456.

כן.[19] אם השגתה של מטרת החוק אינה מחייבת פגיעה בזכות־יסוד, הרי שהפעלת הסמכות באופן הפוגע בזכות־היסוד אסורה.

גם אם מטרת החוק מצדיקה פגיעה בזכות־היסוד, עדיין יש לבחון אם הפגיעה עומדת בתנאים המהותיים של ההגנה על זכויות־האדם, על־ידי איזון זכות־היסוד והמטרה המיוחדת של החוק. האיזון מחייב שמירה על מימוש מהותי (גם אם לא מלא) של זכות־היסוד ושל מטרת החוק, "תוך שמירה על העיקר וויתור על הטפל".[20] הדרישה הפורמלית קובעת רק, שאם אין כל אפשרות לשמור על זכות־היסוד יחד עם מימוש מטרת החוק – תועדף מטרת החוק וזכות־היסוד תידחה; וכאשר ניתן להשיג את מטרת החוק בלי לפגוע בזכויות־היסוד – פגיעה כזו אסורה.

יובהר, כי מדובר עדיין במגבלה "פורמלית". השאלה, אם השגתה של מטרת החוק מחייבת פגיעה בזכות־יסוד, נשאלת עוד בשלב הראשון, ועל־פיה ייקבע אם המחוקק התיר פגיעה כלשהי בזכות־היסוד. רק אם עברה הרשות את המשוכה הזו, תיבחן החלטתה על־פי מבחני הסבירות ושאר כללי שיקול־הדעת המינהלי. אם השגת מטרת החוק אינה דורשת פגיעה בזכות־היסוד, לא תותר פגיעה כזו, אף אם בנסיבות העניין היא סבירה.

גישת ההסמכה המפורשת וגישת תכלית החוק שונות מהותית זו מזו. בעוד שהראשונה שמה את כל יהבה על לשון החוק ואינה מכירה בהסמכה מכללא הנלמדת מתוך מטרת החוק, הרי שהאחרונה רואה בפגיעה בזכות־היסוד מכשיר חוקי אם הדבר מתחייב ממטרותיו הספציפיות של החוק.[21]

3. גישת הכללים הרגילים

על־פי גישה זו, אין צורך למצוא הסמכה מיוחדת לפגיעה בזכות־היסוד. משמצאה רשות־מינהלית הסמכה לבצע את המעשה, די לה שתראה כי הפעלת הסמכות באופן הפוגע בזכות־היסוד היא סבירה ושהפגיעה בזכות־היסוד אינה עולה על הנדרש. למעשה דומה הגישה השלישית במידת־מה לשנייה, וייתכן שההבדל ביניהן הוא בעיקרו הבדל של מידה

19. על־פי פסק־הדין בענין פורז (לעיל, הערה 12), האיזון הוא בין "המטרה למעשה" של החוק – היא אותה מטרה ספציפית שהחוק המסמיך בא להשיג – לבין חזקות בעלות תחולה כללית – וביניהן החזקה כי כל חוק נועד לשמור על עקרונות־היסוד של השיטה, וזכויות־היסוד בכללן. ראו שם, 326-334.

20. שם, 336-337.

21. לדוגמא: בג"צ 60/311 י. מילר, מהנדס (סוכנות ויבוא) בע"מ נ' שר התחבורה ואח', פ"ד טו 1989, עמ' 2008. שם קבע הנשיא אולשן, "כי המחוקק יכול להסמיך את הרשות מכללא לסטות מעקרון היסוד נגד הענקת מונופולין" (עיקרון זה הוא פן של חופש העיסוק). הסמכה זו יכולה להשתמע מלשון החוק וממטרותיו הכלליות. דוגמא נוספת מצויה בבג"צ 5073/91 תאטראות ישראל בע"מ ואח' נ' עיריית נתניה ואח', פ"ד מז (3) 192 (להלן: בג"צ תאטראות ישראל). שם קבע הנשיא שמגר, כי מטרת החוק המסמיך את העירייה לקבוע חוקי־עזר האוסרים פתיחת בתי־עינוג בשבת היתה לאפשר לעיריות לשמור על הסטטוס־קוו. כיוון שהסטטוס־קוו היה מפלה, הרי שלא ניתן לבסל את החלטת העירייה בטענה של

nevo.co.il

ודרגה. כאשר נבחנת סבירות פעולתה של הרשות, הרי שכמו בגישה השנייה מובאים בחשבון גם מטרת החוק וגם ערכי־היסוד. אולם על־פי גישה זו, הרשות אינה מנועה מלהביא בחשבון גם שיקולים נוספים, אף אם אין הם הכרחיים לצורך השגת המטרה המרכזית הספציפית של החוק.[22] דהיינו: לעתים גם בגישה זו בוחן בית־המשפט את מטרות החוק, אך הוא נוקט פרשנות מרחיבה לעניין מטרות אלו, תוך שהוא מניח כי החוק נועד גם להשיג מטרות כלליות שאינן מוזכרות בו ושאינו מתבקשות בהכרח מההסדר הקבוע בו.[23]

הפליה (שם, 204-205). הנשיא שמגר מתיר פגיעה בעקרון השוויון ובחופש מדת, שכן מטרת החוק היתה לאפשר פגיעה כזו. תוך כך רוחה הנשיא נסיונות לפרש את החוק אחרת, או לצמצם את תחולתו על־ידי שימוש בעילת הסבירות.

22. כך, לדוגמא, בבג"צ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב (2) 441 (להלן: בג"צ רסלר), נקבע שהחלטת שר הביטחון הפוגעת בעקרון השוויון, אשר התחשבה בין השאר בשיקולי דת, היא סבירה. נפסק שהשיקול הדתי, אף שאין הוא מוזכר במפורש בחוק שידות ביטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986 (להבדיל משיקולי חינוך, התיישבות או משפחה, שהוזכרו בחוק מפורשות), הוא שיקול לגיטימי, התואם את תכלית החוק. באותו מקרה ברור היה, כי תכלית הספציפית המרכזית של החוק היתה בטחונית. לא היה מדובר בחוק שמטרתו העיקרית או המפורשת היא דתית. הטענה כי יש צורך בהסמכה מפורשת של הכנסת כדי שהשיקול הדתי יובא בחשבון – נדחתה (שם, 503). ראוי לציין, כי לאחר שבעזרת פרשנות מרחיבה מאוד הגיע השופט ברק למסקנה שהשיקול הדתי אינו שיקול זר, הוא מתח ביקורת על ההסדר הראשוני נתון לרשות המינהלית בלי שהשיקול הדתי יפורט בחוק מפורשות. וראו גישה דומה בבג"צ 5016/96 חורב ואח' נ' שר התחבורה ואח' (טרם פורסם) (להלן: בג"צ חורב), סעיפים 46-53 לפסק־דינו של הנשיא ברק. בבג"צ 528/88 אביטן נ' מנהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד מג (4) 297 (להל בג"צ אביטן), נבחנה סבירות החלטתה של הרשות שנטען כי פגעה בעקרון השוויון (הקצאת תנאי רכישה מועדפים לבידואים בלבד). העתירה נדחתה בין השאר מכיוון שנתקבלה טענת המדינה כי היו אינטרסים ציבוריים שחייבו את ההפליה, ולכן החלטת הרשות היא סבירה. לא נבחנה מטרת החוק, ובית־המשפט לא חיפש הסמכה מפורשת להפליה. בבג"צ 809/86 יובירן נ' ראש המועצה המקומית רמת השרון, פ"ד מא (4) 309, אישר השופט ד' לוין הגבלה על חופש העיסוק תוך שהוא מפעיל את מבחני הסבירות הרגילים בלי התייחסות לכללים המחמירים הנדרשים בעת הגבלתה של זכות־יסוד. לעניין פסק־דין זה ראו גם אמנון רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית מאת אמנון רובינשטיין וברק מדינה, שוקן, תשנ"ז), 1160. כך גם בבג"צ 631/86 תנועת "המעגל הלאומי" נ' עיריית ירושלים ואח', פ"ד מ (4), 13 (להלן: בג"צ תנועת המעגל הלאומי). לעניין פסק־דין זה ראו אריאל בנדור, "חופש הביטוי מעל לוחות הודעות", משפטים יז (תשמ"ו) 171.

23. כך, כאמור לעיל, בבג"צ רסלר (לעיל, הערה 22) נקבע, כי החלטת שר־הביטחון לדחות את גיוסם של תלמידי־הישיבות היא סבירה, ובתוך כך נקבע שהשיקול הדתי הוא שיקול לגיטימי, אף שחוק שידות־ביטחון אינו מזכיר שיקול זה.

nevo.co.il

ברוב המקרים הללו בית־המשפט אינו מדגיש את עקרונות־היסוד כערכים עליונים הזכאים להתייחסות נפרדת, אלא בוחן אותם בין שאר השיקולים לבתינת סבירות פעולתה של הרשות. להבדיל מהגישה השנייה, אין בית־המשפט בוחן את חוקיות הפגיעה בזכויות־היסוד על־פי נוסחאות־איזון מיוחדות. כך, למשל, מוזכר לא אחת העיקרון המנחה את בית־המשפט להימנע במידת האפשר מלפסול תקיקת־משנה בשל אי־סבירות,[24] וכן מוזכרים שיקולי הצדק, כאשר אלו מחייבים פגיעה בעקרון־היסוד.[25] על־פי גישה זו, מודגש מתחם הסבירות המאפשר לרשות לבחור מבין כמה אלטרנטיבות.[26]

זאת בניגוד לגישה השנייה, שעל־פיה כאשר צפויה פגיעה בעקרונות יסוד, מצטמצם עד למאוד מתחם הסבירות. הרשות מחויבת לבחור באפשרות שתשיג את תכלית החוק תוך פגיעה מינימלית בזכות־היסוד. לעתים איזון זה אינו מותיר בפני הרשות כל שיקול־דעת, אלא עליה "לבחור" בפעולה חוקית אחת העומדת לפניה.

---

24. ראו, לדוגמא, בג"צ 6290/93 זילכה נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות, פ"ד מח (4) 631 (להלן: בג"צ זילכה): "מקובל עלינו הכלל שרק במקרים נדירים יפסול בית־המשפט תקיקת־משנה בשל אי סבירות". כן ראו דברי הנשיא שמגר בבג"צ 889/86 כהן נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מא (2) 540 (להלן: בג"צ כהן נ' שר העבודה), עמ' 543-544, החוזר על הכלל האמור תוך התעלמות מהכלל שקבע בבג"צ מיטרני (לעיל, הערה 11), המחייב הסמכה מפורשת. כמו־כן ראו בג"צ 653/79 עזריאל ואח' נ' מנהל אגף הרישוי, משרד התחבורה ואח', פ"ד לה (2) 85, שם נידונה תקנה האוסרת על לימוד נהיגה ברכב בתום עשר שנים משנת ייצורו. השופט שמגר קבע כי, הוראת חוק המאפשרת לשר להתקין תקנות בדבר "מבנם ומשקלם של כלי רכב והתנאים לשימוש בהם... זוהי קביעה מסמיכה כללית ורחבה", שמכוחה מותר היה להתקין את התקנה הנידונה. בקשת העותרים לפרש את הסיפא של ההוראה בהקשר לרישא (פירוש המונח "תנאים" רק בהקשר ל"מבנם ומשקלם") – נדחתה. בית־המשפט אינו משתמש במונח "פגיעה בתופש העיסוק", אלא במונה "פגיעה כלכלית". כמו־כן לא הוזכר הכלל המחייב הסמכה מפורשת. כשנבחנה סבירות התקנה, הדגיש השופט שמגר את קיומו של מתחם סבירות רחב לרשות המתקינה, ודחה את הצעת העותרים להחליף את התקנה בתקנה אחרת, שתקטין את הפגיעה בהם בלי שהאינטרס הבטיחותי יפגע, באומרו: "בפנינו דוגמא לקיומן של חלופות שונות, כאשר האחת נראית סבירה יותר מן השנייה, היינו כאשר הגישה של המומחים מטעם העותרים מעודדת אהדה רבה יותר, כי יש בה, לכאורה, פגיעה מועטת יותר מן הבחינה הכלכלית. אולם בכך, כמובן, לא די, לאור אמות־המידה שהוצגו לעיל, כדי לפסול את הדרך, שנבחרה על־ידי המשיבים, ולראותה כבלתי־סבירה באופן קיצוני" (שם, 108). בהמשך ממליץ בית־המשפט לשר התחבורה לנקוט גישה פשרנית יותר.

25. ראו בג"צ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר ואח', פ"ד לב (2) 800, עמ' 805. ראו גם בג"צ 720/82 אליצור אגוד ספורטיבי דתי סניף נהריה נ' עיריית נהריה ואח', פ"ד לז (3) 17, עמ' 21; בג"צ אביטן (לעיל, הערה 22), 302.

26. כמו בבג"צ 508/83 מעוף נתיבי אויר בע"מ ואח' נ' שר התחבורה, פ"ד לח (3) 533, עמ' 548, שם נדחה נסיון העותרת לטעון לפירוש מצמצם של התוק המסמיך, והחלטת הרשות להגביל את חופש העיסוק נבחנה על־פי מבחני הסבירות הרגילים.

nevo.co.il

4. מסקנות

מהאמור לעיל עולה, כי אין הלכה אחידה באשר לצורת ההסמכה הנדרשת לשם פגיעה בזכות־יסוד. לעתים הגישות השונות מוצאות את ביטוין באותו פסק־דין.[27] לא זו אף זו: ניתן למצוא סתירות רבות גם בין פסיקות שונות של אותו שופט.[28] אפשר אולי לנסות וליישב את הגישות השונות אם נאמר, כי רק כאשר הפגיעה אינה סבירה או שאינה מידתית, נדרשת הסמכה מפורשת; ואילו כאשר הפגיעה בזכות־היסוד עומדת בתנאי הסבירות והמידתיות, די בהסמכה מכללא. לפי הנחה זו, ניתן למצוא מכנה משותף רב יותר לפסיקות השונות,[29] אולם עדיין ניתן למצוא גם לא מעט פסיקות שאינן מתיישבות אתה.[30]

בצל הערפל הזה עלינו לנסות ולפרש את דרישת חוק־היסוד שלא לפגוע בזכויות אלא ב"חוק" או "לפי חוק... מכות הסמכה מפורשת בו". אנסה להפיגו מעט בעזרת המשפט המשווה.

27. ראו בג"צ 125/57 אניות מיכל ומשא בע"מ נ' שר האוצר ואח', פ"ד יא 1490. שופטי הרוב נקטו את הגישה הראשונה ותייבו הוראה מפורשת בחוק (שם, 1498-1501), ואילו שופט המיעוט נקט את הגישה השנייה, שעל־פיה ההסמכה להגביל את החירות יכולה להשתמע מכללא ממטרות החוק (שם, 1505).

28. לדוגמא: השופט שמגר, שקבע את הלכת מיטרני (לעיל, הערה 11), התעלם מהלכה זו בבג"צ כהן נ' שר העבודה (לעיל, הערה 24) ובתר בגישת הסבירות; בעוד שבבג"צ תאטראות ישראל (לעיל, הערה 21), בחר הנשיא שמגר בגישה השנייה. כך גם השופט ברק, שהצטרף לפסיקת השופט שמגר בעניין מיטרני, ואימצה שוב בבג"צ 333/85 אביאל ואח' נ' שר העבודה והרווחה ואח', פ"ד מה (4) 581, עמ' 595, סטה ממנה לטובת גישת תכלית החוק בבג"צ פורז (לעיל, הערה 12), וייתכן כי בבג"צ רסלר (לעיל, הערה 22) נטה ברק לכיוון הגישה השלישית. ראו גם הצטרפותו של השופט ד' לוין לגישה הראשונה בבג"צ הוד העמק (לעיל, הערה 14), לעומת נקיטת הגישה השלישית בבג"צ תנועת המעגל הלאומי (לעיל, הערה 22).

29. כך, לטשל, ניתן להסביר את חילוקי־הדעות בבג"צ כהן נ' שר העבודה (לעיל, הערה 24), באותו עניין החיל המשיב את הוראת סעיף 71א לחוק העונשין, המאפשרת ענישה על־ידי שירות לתועלת הציבור במקום מאסר, רק על חלק מהארץ. השופטת בן־פורת הביעה את דעתה השלילית על הפליה זו בין נאשמים שונים בשל מקום מגוריו של האסיר, אולם היא דחתה את העתירה בשל הוראת־חוק מפורשת שהסמיכה את המשיב להחיל את ההסדר האמור בהדרגה. לעומתה קבע השופט שמגר, כי גם בלי אותה הוראה מפורשת החלטת המשיב לא היתה נפסלת, שכן אין היא לוקה באי־סבירות קיצונית.

30. בבג"צ 789/78 אופק ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד לג (3) 480, נקבע שהגבלת חופש ההתאגדות של שוטרים מוצדקת, אולם אין לעשותה בלי הסמכה מפורשת בחוק. כמו־כן, מדברי השופט אלון בבג"צ 146/88 קורן נ' עיריית רחובות, פ"ד מב (4) 72, עמ' 76, עולה כי הוא רואה את ההגבלה על חופש העיסוק, בנסיבות אותו עניין, כסבירה, אולם בהיעדר הוראה מפורשת בחוק המתירה הגבלה מטעמי מוסר – הרי שיש לקבל את העתירה.

nevo.co.il

ד. משפט משווה

פרופ' ברק מציג בספרו את הפירושים שניתנו לדרישה הפורמלית של פסקת ההגבלה במשפט המשווה, ומציע לאמץ את רובם.[31] העיון שלי במשפט ההשוואתי מביא אותי למסקנות שונות. בפרק זה אנסה להעמיק ולבחון את ההסדרים הקבועים במדינות אחרות, גם, ואולי בעיקר, כדי להדגיש את ההבדלים בין ההסדר שנקבע אצלנו לבין ההסדרים שנקבעו במדינות־הים.[32]

פסקת הגבלה הדומה לזו שבחוקי־היסוד שלנו מצויה בצ'ארטר הקנדי,[33] במגילת זכויות־האדם של ניו־זילנד[34] ובכמה סעיפים באמנה האירופאית בדבר זכויות־האדם.[35] בכל פסקאות ההגבלה האלו מופיע התנאי שהפגיעה תהיה "as prescribed by law".[36] השאלות העולות מן הביטוי as prescribed by law הן שתיים: האחת, מהו Law? והשנייה, מתי הפגיעה היא על־פיו (as prescribed by law)?

1. מהו Law?

בקנדה ובניו־זילנד ניתן למונח Law פרוש רחב מאוד.[37] הוא כולל חוק, תקנה ואף את דיני המשפט המקובל. למעשה תרגום מדויק של המונח "prescribed by law" אינו "בחוק", אלא "על־פי דין".

בפרשנות האמנה האירופאית הגישה מרחיבה עוד יותר. בקביעת משמעות המונח "Law", הוועדה האירופאית לזכויות־האדם ובית־המשפט האירופאי לזכויות־האדם בשטרסבורג הכירו לצורך זה בכל מה שהוכשר כבטים משפטי על־ידי הרשויות בכל מדינה, כולל צווים מלכותיים, צווי שעת־חירום, ובמקרים מסוימים – אף הנחיות

31. אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך שלישי – פרשנות חוקתית, נבו, תשנ"ד, 491-494.

32. להתפתחות ההיסטורית שהובילה לאימוץ הנוסחה האמורה באמנות הבינלאומיות ראו גריבלדי (לעיל, הערה 6).

33. The Canadian Charter of Rights and Freedoms, סעיף 1.

34. New Zealand Bill of Rights Act, סעיף 5.

35. סעיפים 8(2), 9(2) ו-10(2).

36. בסעיף 8(2) לאמנה האירופאית מופיע הביטוי "in accordance with the law", שמשמעותו זהה.

37. בפסקי־הדין *R v. Thomsen* (1988) 63 C.R. 3d 1 p. 10; *Noort v. Ministry of Transport* [1992] 1. N.Z.L.R. 743.

nevo.co.il

פנימיות המבוססות על חוק,[38] בתנאי שאותן הנחיות פורסמו,[39] בקנדה ישנה מהלוקת בשאלה, אם הנחיות פנימיות הן בגדר Law.[40]

הגישה היא אפוא מרתיבה מאוד. Law פרושו "דין" וגם המונח "דין" זוכה למשמעות רחבה. ברור שבתי־המשפט בקנדה, בניו־זילנד ובשטרסבורג מבקשים למעט בדרישות פורמליות ולהקפיד על קיום הדרישות המהותיות. הסיבה לכך היא החשש מפני מצב שבו הגבלות מוצדקות על זכויות־האדם לא תתאפשרה רק מפני שמקורן איבו דווקא בהוראה של המחוקק, אלא במנהג או במקורות משפטיים בלתי־חקוקים.[41] בתי־משפט אלו לא רוקנו את התנאי של as prescribed by law מכל תוכן על־ידי הפירוש הרחב של המונח Law, אלא העבירו את הדגש לבחינה מהותית של הדין.

2. מתי הפגיעה היא על־פי (As prescribed by...) דין?

מתי אפוא הפגיעה היא על־פי דין? באירופה נקבעו ארבעה עקרונות לפירוש המונח "as prescribed by law". בראשון דנו לעיל – הדין (Law) כולל גם חיקוקים וגם דין לא חקוק, בכתב או שלא בכתב. לפי העיקרון השני, הפגיעה האמורה צריכה למצוא בסיס כלשהו בדין.[42] העיקרון השלישי – דרישת הנגישות (Accessibility) – הוא כי ה"דין" צריך שיהיה ניתן להשגה באופן סביר. צריך שהאזרח יוכל להשיג אינדיקציה סבירה באשר לקיומם ותוכנם של הכללים המשפטיים שניתן ליישם בסיטואציה מסוימת. העיקרון

38. Pieter Van Dijk and G.J.H. Van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (2nd ed., Kluwer Law and Taxation Publishers, Boston, 1990), 579. ראו, למשל, *Barthold v. Germany* A.90 (1985), Judgment of 25 March 1985, 7 E.H.R.R. 383, p. 21-22, שם נקבע שהגבלת זכויות על־פי כללים מקצועיים שקבעה מועצת הכירורגים הויטריניריים בגרמניה היא הגבלה "על־פי דין", כנדרש.

39. ראו *Slive v. United Kingdom* (1983) 5.E.H.R.R. 347, p. 372.

40. ראו Peter W.Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3d ed., Carswell, Toronto, 1992), 862-863.

41. ראו גריבלדי (לעיל, הערה 6), 520-523. הכותב מתאר את הדיונים שקדמו לקבלת הנוסחה "prescribed by law" בסעיף 29 ל"הכרזה לכל באי העולם בדבר זכויות־האדם" (The Universal Declaration of Human Rights). הנוסחה התקבלה בהתאם להצעת נציג אורוגוואי ובהתנגדותם של חלק גדול מהנציגים האחרים, שחששו שיהיה בה כדי לחסום את האפשרות להגביל זכויות־אדם מטעמים מוצדקים שלא על־פי דין כתוב (למשל: מכוח מנהג). היו אף שחששו, בשל המשמעות הכפולה של המונח Law, שכוונת ההצעה היא לאפשר הגבלות רק בחוק של הפרלמנט. אולם ברור כי לא זו היתה כוונת המציעים (ראו שם, 521). למרות הפירוש הרחב שניתן למונח Law, עברה ההצעה של אורוגוואי ברוב דחוק (ראו שם, 527, הערה 58). לרקע ההיסטורי שקדם לאימוצן של נוסחאות דומות באמנות בינלאומיות אחרות ראו שם, 530-542. למשמעות המונח Law באמנות בינלאומיות ראו שם, 546-551.

42. ראו *Malone V. United Kingdom* (1984) 7 E.H.R.R. 14, 39 (להלן: פרשת מלון). ראו גם ון דייק (לעיל, הערה 38), 580-581.

nevo.co.il

הרביעי – דרישת הצפיות (Foreseeability) – מורה כי על הדין להיות מנוסח בקפידה סבירה, כך שיאפשר לאזרח לתכנן את צעדיו. יש לנסח את הדין באופן כזה שיאפשר לאזרח לצפות – ככל שהדבר סביר על־פי הנסיבות – את הצעדים העשויים להינקט בתגובה לצעדיו.[43] מכוח העיקרון השלישי נקבע, כי פגיעה מכוח דין שלא פורסם אינה "על־פי דין". מכוח העיקרון הרביעי נקבע, כי כאשר אין בדין אמות־מידה להפעלת שיקול־הדעת של הרשות, הפגיעה אינה על־פי דין.[44]

בקנדה אומצה הגישה האירופאית, וגם שם נדרש כל דין לעמוד בדרישות הנגישות והצפיות.[45] עוד נקבע שם, כי הגבלה של זכות־יסוד תיחשב על־פי דין לא רק אם היא נעשתה מכוח הסמכה מפורשת בדין, אלא גם אם היא תוצאה הכרחית של יישומו או הפעלתו של חיקוק,[46] בפרשת תומפסן אושרה ההגבלה על הזכות התוקפנית להיוועץ בעורך־דין, שכן מגבלה זו נדרשת לצורך הפעלת החוק, אף שהחוק לא עסק כלל בזכות זו.[47] הלכת תומפסן אומצה גם על־ידי בית־המשפט העליון של ניו־זילנד,[48] אשר הוסיף וקבע כי יש לתת לחיקוק פרשנות רחבה במטרה לאפשר את יישומו (to make the statute work) גם על־ידי השלמת הפערים (filling the gaps) בתוך המסגרת החקוקה.

ה. מהו חוק? – המובן הפורמלי

ברור שאין לפרש את המלה "חוק" בפסקת ההגבלה, כפי שפורשה המלה Law באירופה, בקנדה או בניו־זילנד. חוק אינו כולל תקנות, על־פי חוק הפרשנות, המונח "חוק" פירושו "חוק של הכנסת או פקודה".[49] זה גם הפירוש המקובל של המונח "חוק" בישראל. יתירה

43. בפרשת מלון (לעיל, הערה 42), 40. ראו גם *Sunday Times v. United Kingdom* (1979) 2.E.H.R.R. 245, 271.

44. לא נרחיב כאן על עקרונות אלו, שכן הם נידונו בהרחבה בספרו של ברק (לעיל, הערה 31), 491-494.

45. ראו הוג (לעיל, הערה 40), 862.

46. "The limit will be prescribed by law... if it is expressly provided for by statute or regulation, or results by necessary implication from the term of a statute or regulation or from its operating requirement" (*R v. Thomsen* (1988) 63 C.R. 3d 1, 10).

47. *R. v. Tompsen* (1988) 63 C.R. 3d 1 (להלן: פרשת תומפסן). לפסק־דין זה ראו להלן, ליד הערה 92.

48. בפסק־הדין *Noort v. Ministry of Transport* [1992] 1 N.Z.L.R. 743.

49. סעיף 3 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981, אך ראו ברק (לעיל, הערה 31), 511. לדעת המחבר, בהיות חוק הפרשנות נורמה הנמוכה מחוק־היסוד, אין בכוחו לקבוע את המובן של המונחים בחוק־היסוד. כמו־כן ראו ברוך ברכה, משפט מינהלי (כרך ב, נבו, תשנ"ו) (להלן: ברכה, כרך ב), 108-110, המעלה את האפשרות שהוראות חוק הפרשנות לא יחולו על חוקי־היסוד מכוח הוראת סעיף 1 לחוק הפרשנות, הקובעת כי החוק לא יחול כאשר יש "בדבר בעניין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם חוק זה".

nevo.co.il

מזאת: חוק הפרשנות מבחין היטב בין שימוש במונח "בחוק" למונח "לפי חוק". כפי שאראה בהמשך, המונח האחרון עניינו גם הוראות בתקנות שנקבעו מכוח חוק. אם נאמר כי "חוק" פירושו "דין", הרי שאז אין משמעות לתוספת "או לפי חוק..." המופיעה בסיפא של הסעיף.[50]

האם חוק כולל הלכה פסוקה? לדעת פרופ' ברק, כפי שהובעה במאמרו משנת 1992,[51] מן הראוי שההגדרה בחוק הפרשנות תחול גם בפירושו של חוק־היסוד. לפיכך המונח "חוק" אינו כולל הלכה פסוקה.[52] אולם לאחר־מכן שינה פרופ' ברק את דעתו. בספרו, ברק מנמק מדוע יש לראות גם בהלכה פסוקה "חוק". לשם כך הוא מביא את הדוגמאות מאירופה ומקנדה, שם הכירו במשפט המקובל כ"חוק". לדעתי, אין מקום לשאוב פרשנות זו מהמשפט המשווה. כפי שהראיתי, המונח Law פירושו "דין" ולא "חוק". המונח "דין" אכן כולל גם את הלכות המשפט המקובל, כמו גם תקנות וכל מקור משפטי מחייב אחר.[53] אולם אם מבקשים אנו לינוק את מובנו של Law אל תוך המושג "חוק", יש מקום להכיר גם בשאר מקורות הדין כחלק מה"חוק". כפי שהראינו, פירוש זה אינו מתיישב עם נוסח חוק־היסוד או עם המובן המקובל של המושג "חוק".[54]

איני מוצא כל קושי מעשי בקביעה שהלכה פסוקה אינה "חוק". כאשר בית־המשפט מפרש חוק, אין ספק כי הפגיעה הנובעת מפעילות שיפוטית זו נקבעה "בחוק".[55] כאשר בית־המשפט ממלא חסר, מספק חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, את דרישת החוקיות. לגישתו של ברק, הבעיה מתעוררת כאשר בית־המשפט קובע הלכה שיפוטית עצמאית, המטילה חובות על הרשות המינהלית, כגון הלכת הסבירות.[56] לדעתי, אין מתעוררת כאן כל בעיה. גם כאשר בית־המשפט מכתיב לרשות פעולה מסוימת או מצמצם לה את מתחם הפעולות המותרות, עדיין פעולת הרשות היא מכוח החוק המסמיך ולא מכוח ההלכה הפסוקה. אם עקב קיומה של הלכת הסבירות, למשל, תבחר הרשות לפעול בדרך א, במקום בדרך ב, ועל־ידי כך תפגע בזכות־יסוד מוגנת – פגיעתה לא תהיה מכוח הסמכות

50. ראו ברכה, שם, 109: "מקום שבו הביטויים 'בחוק' ו"לפי חוק' מופיעים באותו סעיף, הרי שאז בולטת במיוחד הכוונה לתת להם את המשמעות הקבועה בסעיף 3 לחוק הפרשנות".
51. אהרן ברק, "המהפיכה החוקתית – זכויות יסוד מוגנות", משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 9, עמ' 27.
52. שם, 28.
53. ראו סעיף 3 לחוק הפרשנות.
54. לגישתי, ראוי היה לקבוע בפסקת ההגבלה כי הפגיעה צריך שתיעשה על־פי דין ולא בחוק. כפי שהראיתי בדברי בפתיח, הדגש בפסקת ההגבלה ראוי שימצא את עצמו במגבלות המהותיות. הקפדה מיותרת על הדרישות הפורמליות אינה משרתת בהכרח את מטרת חוקי־היסוד, ועלולה להקשות על הפעילות השלטונית שלא לצורך. והשווה גרייבלדי (לעיל, הערה 6), 540-551.
55. ראו ברק (לעיל, הערה 31), 507.
56. שם, 508.

nevo.co.il

שניתנה לה בהלכה הפסוקה, אלא מכוח הסמכות שניתנה לה בחוק. רק כאשר בית־המשפט יבקש ליצור סמכויות לרשות, ולסמכויות אלו לא יימצא עיגון כלשהו בחוק – רק או ניתן יהיה לומר שהפגיעה אינה בחוק. כך, לדוגמא אם בית־המשפט יקבע כהלכה פסוקה כי לשוטר יש סמכות מעצר, כאשר אי־אפשר למצוא עיגון לסמכות כזו בחוק החרות, הרי שבפסיקה זו תהיה סטייה מהוראות חוק־היסוד. אולם פעולה שיפוטית שכזו נוגדת את עקרון החוקיות הקובע שאין לרשות סמכות אלא אם זו הוקנתה לה בחוק,[57] ולפיכך היא פסולה גם על־פי הדין שחל ערב חקיקת חוקי־היסוד.[58] בעיה קשה הרבה יותר מתעוררת דווקא בשל הוצאתם של שאר מקורות הדין מההגדרה של המונח חוק. במקרים רבים

57. ראו זמיר (לעיל, הערה 10), וכן ברק (לעיל, הערה 31), 498.

58. בכמה מקרים אישר בית־המשפט העליון פגיעה בזכות־יסוד בלי שהחוק הסמיך את הרשות, אף לא בסמכות לביצוע המעשה. בב"ש 613/82 מדינת ישראל נ' עוזד, פ"ד לו (3) 612, שניתן עקב שביתתם של עובדי בתי־המשפט, נקבע כי לבית־המשפט סמכות טבועה להוציא צו שיפוטי כנגד עובדי בית־המשפט אף שהם אינם צד להליך. בבג"צ 3914/92 לב ואח' נ' בית־הדין הרבני האזורי בתל אביב יפו ואח', פ"ד מח (2) 491 (להלן: פרשת לב), נקבע, כי לבית־הדין הרבני סמכות טבועה לקבוע סדרי־דין שמכוחם רשאי הוא להוציא צו עיכוב יציאה מן הארץ. בשני פסקי־הדין, שניתנו על־ידי השופט ברק, התעלם בית־המשפט העליון מעקרון החוקיות. בשני המקרים דובר על סמכות טבועה של ערכאה שיפוטית. ייתכן שאפשר להטביר פסיקה זו כמבוססים על סמכויות־העזר הכלליות המוקנות לכל רשות מוסמכת מכוח חוק הפרשנות (סעיף 17(ב) לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981), ובכללן הסמכות לקבוע סדרי־דין (סעיף 17(א) לחוק). זו דעתו של זמיר (לעיל, הערה 3), 128-131. וכן ראו פנחס גולדשטיין, "הסמכות הטבועה של בית־המשפט", עיוני משפט י (תשמ"ד-תשמ"ה) 37. אולם לפי פירוש זה, בפסקי־הדין האמורים של השופט ברק ישנה חריגה שלא לצורך מההלכה הקובעת כי סעיף 17 אינו מקור מסמיך לפעולות הפוגעות בזכות אדם (ראו זמיר, שם, 130). ראו לאחרונה גם ע"א 4845/95 ניר נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (2) 639, נראה שלא בכדי העדיף בית־המשפט להישען על הסמכות הטבועה ולא על סעיף 17 האמור. הסמכות הטבועה של בית־המשפט מקורה בדיני המשפט המקובל שנקלטו בארץ מכוח סימן 46 לדבר המלך במועצה. דינים אלו הם בגדר דין המוגן על־פי סעיף 10 לחוק־היסוד. אולם כיום, כאשר המשפט הישראלי הופך יותר ויותר קודיפיקטיבי ופחות נשען על־פיתוח הלכות עצמאי – אין עוד מקום להכיר בסמכות ההלכה הפסוקה לחרוג מעקרון החוקיות, ולהקנות סמכויות לרשויות־השלטון בלי כל עיגון בחוק. בכל מקרה, הלכות שטרם נקלטו מכוח סימן זה אי־אפשר לקולטן כיום מהמשפט המקובל, שכן סימן 46 בוטל בחוק יסודות המשפט, תש"ם-1980. עקרון החוקיות חייב לחול גם על רשויות המפעילות סמכות שיפוטית (כגון בית־המשפט ובתי־דין). ראו ע"א 3786/90 ברון נ' שר הבריאות, פ"ד מו (1) 661, עמ' 672 (אם כי הנשיא שמגר קובע, כי הוועדה המעין־שיפוטית שנידונה בעניין זה כפופה לעקרון חוקיות המינהל רק לאחר שהוא קובע כי היא חלק מהמינהל הציבורי), בכל מקרה, גם אם עקרון חוקיות המינהל אינו חל על הרשות השופטת, ברור שכאשר היא מבקשת לפגוע

nevo.co.il

תקיקת־המשנה היא הקובעת את הקריטריונים לפגיעה בזכות,[59] את מידת הפגיעה,[60] ולעתים אף את הזכות הנפגעת.[61] במקרים אלו הדין ירוע, והפגיעה הנובעת ממנו איגה עולה על הנדרש וכל הספקות המתעוררים באשר לתוקפו נובעים ממעמדו הנורמטיבי – היותו קבוע בתקנות ולא בחוק. כדי לצמצם בעיה זו, קבעה הכנסת כי הפגיעה בזכות־היסוד יכול שתיעשה לפי חוק אם תימצא לכך הסמכה מפורשת בחוק. מהי אותה הסמכה מפורשת? בשאלה זו גדון להלן, אך קודם־לכן נגסה להבהיר מתי נדרשת ההסמכה המפורשת.

ו. פגיעה בתקנות – הסמכה מפורשת

1. מתי נדרשת הסמכה מפורשת?

לכאורה, דרישה זו היא תזרה על הגישה המתמירה לעניין היתר לפגיעה בזכויות־יסוד, כפי שנקבעה לפני לידתו של חוק־היסוד.[62] אולם לאחר בחינת פסקת ההגבלה מסתבר, שאין הדבר כך. לדעתי, ההסמכה צריכה להיות מפורשת רק כאשר הפגיעה היא בתקנות, בעוד שכאשר הפגיעה היא בחוק, אין חוק־היסוד דורש הסמכה מפורשת. לפיכך, כאשר רשות מינהלית[63]

בזכות־יסוד, עליה למצוא לכך הסמכה בחוק. ראו דברי השופט ברק בעל"ע 663/90 פלוני נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין תל־אביב־יפו, פ"ד מז (3) 397, הקובע כי גם בהליך שיפוטי אין לפגוע בזכות־יסוד בלי "הוראת חוק מפורשת ברורה וחד משמעית". למרות זאת, השופט ברק מאשר את ההלכה הקובעת כי לרשות שיפוטית סמכות טבועה לפסוק הוצאות בקשר לדיון המתנהל בפניה. הנימוק לכך הוא, "כי הפגיעה בזכות הקניין הנגרמת על־ידי תשלום הוצאות מעוגנת בחוק – הוא פקודת הנזיקין [נוסח חדש]. הכרה בסמכותה הטבעית של כל רשות שיפוטית לפסוק הוצאות איגה אלא 'קיצור דרך' דיוני, הבא לאפשר הגשמה יעילה של זכות מהותית לפיצוי". לפי הלכה זו, קשה להבין מהו המקור החוקי לתקנות בתי הדין הרבניים, ככל שהן פוגעות בזכויות־היסוד המוגנות, כפי שאושרו בפרשת לב הנ"ל.

59. ראו, לדוגמא, סעיפים 12 ו־13 לתקנות השבת אבידה, תשל"ג-1973, הקובעים סוגי אבידות שהקניין בהן לא יועבר למוצא.

60. כגון תקנות הקובעות שיעורי מס ואגרות.

61. לדוגמא: תקנה 376 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, הקובעת מגבלה על הזכות לצאת את הארץ, בלי שאפשר למצוא בחוק המסמיך דמו להסמכת מתקין התקנות לפגוע בזכות זו. בית־המשפט העליון אישר תקפותה של הוראה זו בע"א 303/57 רייך נ' המר, פ"ד יא 1362 (להלן: ע"א רייך), עמ' 1363.

62. ראו לעיל, ליד הערות 14-17.

63. בפרק זה אשתמש במונח "רשות מינהלית" כשאדון ברשויות שלטוניות המפעילות סמכויות ביצוע; ואילו כאשר אתכוון לרשות מינהלית המפעילה סמכויות חקיקה, אשתמש במונח "מחוקק־משנה".

nevo.co.il

מפעילה סמכות הנתונה לה בהוראת־חוק, היא אינה כפופה לדרישה המופיעה בסיפא של פסקת ההגבלה, ואינה חייבת למצוא לפעולתה הסמכה מפורשת בחוק. רק אם הסמכות הפוגעת הוקנתה לרשות המינהלית בהוראה של מחוקק־המשנה, על הרשות המינהלית לבדוק אם מחוקק־המשנה הוסמך מפורשות בחוק להקנות לה סמכות כזו. הגעתי למסקנה זו בהתבסס על שלוש אלו:

ראשית, פסקת ההגבלה קובעת בחלקים הרלבנטיים לדיון זה כך: "אין פוגעים בזכות... אלא בחוק... או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". ניתן לראות כי פסקת ההגבלה – על־פי לשונה – עניינה שני מקרים חליפיים: האחד, מקרה של פגיעה הנעשית בחוק; השני, פגיעה הנעשית לפי חוק מפורש. כאשר הפגיעה נעשית בחוק, הרי שעל־פי הרישא של פסקת ההגבלה אין צורך בהסמכה מפורשת. הסמכה מפורשת נמצאת רק כאשר הפגיעה אינה בחוק, אולם היא "לפי חוק". אם נאמר כי פגיעה על־ידי פעולה מינהלית המבוצעת מכוח הסמכה של חקיקה ראשית אינה פגיעה בחוק, אזי נרוקן את ההלופה הראשונה של פסקת ההגבלה מכל תוכן ממשי. חוק כשלעצמו, כשאין רשות המפעילה אותו, אינו יכול לעשות דבר.[64] מכאן שכוונת הרישא של פסקת ההגבלה היתה לפעולה המתבססת על הוראה ישירה של חוק. לפיכך, פעולה המתבצעת מכוח הסמכה שבתקיקה ראשית היא פעולה "בחוק" ולא רק "לפי חוק", ולכן פעולה כזו – גם אם היא פוגעת בזכויות־יסוד – אינה כפופה לדרישת המפורשות.

שנית, חוק הפרשנות, התשמ"א-1981, קובע בסעיף 3, כי "חוק" הוא "חוק של הכנסת או פקודה". לעומת זאת, סעיף 9 קובע:

> הביטוי "לפי", לעניין חיקוק פלוני או ביטוי כיוצא בו – משמעו גם לפי תקנות שהותקנו מכוחו של החיקוק.

משמע, הביטוי "לפי חוק", להבדיל מהביטוי "בחוק", מתייחס גם להוראות הקבועות בתקנות שהותקנו מכוח החוק.[65] לפי הוראות אלו, הקפידה הכנסת להבחין היטב בין המונח "בחוק" למונח "לפי חוק". האחרון מציין, שדי בהוראה בחיקוק כלשהו – חוק או תקנה – ואילו הראשון מחייב שההוראה הנידונה תימצא בחוק בלבד.[66] מכאן ניתן להבין, שהתוספת "או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו" נועדה להרחיב את האפשרות של פגיעה בזכויות, ולאפשר פגיעה גם בתקנות. אין בתוספת האמורה כדי להגביל את הפגיעה בחוק, כמשמעותו של מונח זה בחוק הפרשנות.

---

64. למחוקק אין כוח לעשות דבר במישור הפיזי, וכל כוחו הוא בעשייה במישור הנורמטיבי. השלכת פעולותיו הנורמטיביות על הזכויות וחירויות היסוד "הפיזיות" של הארם מזייבת תיווך של גוף "פיזי" מיישם או אוכף. השוו דברי השופט חשין בע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 4), 527.

65. ראו על כך בבג"צ 5771/93, 5807 ציטרין ואח' נ' שר המשפטים ואח', פ"ד מח (1) 661, עמ' 668; וכן ברכה, כרך ב (לעיל, הערה 49), 108-110.

66. ראו שם, שם; ולעיל, הערה 50.

שלישית, גם מתוך ההיסטוריה החקיקתית ניתן להבין, שדרישת המפורשות לא הלה על הוראות הקבועות בחוק. חוק־היסוד, כפי שהוקק ב-1992, לא כלל דרישה זו. רק בתיקון מ-1994 הוספו המלים "או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". ברור שגם על־פי החוק, כפי שהיה לפני שתוקן, רשאי היה המחוקק להסמיך רשויות מינהליות לפעול באופן הפוגע בזכויות־יסוד אם הסמכה זו היתה עומדת בתנאים המהותיים של פסקת ההגבלה. הסמכה כזו היתה הסמכה "בחוק". התוספת שהוספה ב-1994 נועדה רק כדי לאפשר פגיעה גם בדרכים נוספות. לאחר התוספת מותר לפגוע בזכויות גם בדרכים שהיו קבועות בפסקת ההגבלה לפני התיקון (משמע "בחוק") וגם בדרך החלופית המותווית בחלק שהוסף.

גם מהצעת־החוק ומדברי הכנסת עולה, שמטרת התיקון היתה לאפשר פגיעה בתקנות.[67] הנוסח הקיים כיום התקבל לאחר שכמה חלופות שונות הוצעו ולאחר דיון רב בשאלה, האם ומתי יש לאפשר פגיעה בזכויות גם בחקיקת־משנה? מדברים אלו עולה מפורשות, כי המטרה היחידה של הוספת הביטוי "או לפי חוק..." לפסקת ההגבלה היתה לאפשר גם פגיעה בזכויות בתקנות. כדי לצמצם את ההרחבה הגורפת הזו בסמכות של

67. ראו הצעת חוק־יסוד: חופש העיסוק (תיקון), תשנ"ד-1993, ה"ח 128, וכן ראו דברי שר' המשפטים בדיון לקראת הקריאה הראשונה בהצעת חוק־יסוד: חופש העיסוק (תיקון), ד"כ יח (תשנ"ד), 4327, דיון מיום 8 בפברואר 1994: "אשר על כן בהצעת הממשלה כתבנו שאין שוללים ואין מגבילים את חופש העיסוק אלא בחוק או לפי חוק, דהיינו: בחוק או בחקיקת־משנה". ובהמשך דבריו מגיב השר ליבאי על הצעתו של השופט ברק במכתבו, ואומר: "גישה זו והשקפה זו של פרופסור ברק, כפי שהיא מפורשת במכתבו, מקובלת על הממשלה, שכאמור התכוונה בביטוי 'לפי חוק' כמשמעותו בחוק הפרשנות ובבג"צ מיטרני הנ"ל. כדי למנוע ספקות ואי הבנות החליטה ועדת השרים לענייני חקיקה להחליף את הביטוי 'לפי חוק' שבהצעת הממשלה בביטוי 'בתקנות הבאות לבצע הסדרים הקבועים בחוק...' ובהמשך בדיון בהצעת חוק־יסוד: חופש העיסוק (תיקון) (נוסח חלופי), מיום 15 בפברואר 1994, בצטטו חוות־דעת של מומחים, שהוא נעזר בה לצורך הכנת התיקון לחוק, אומר שר' המשפטים (ד"כ יט 4526): "הדרישה שרק בחקיקה ראשית יהיה ניתן להגביל את חופש העיסוק עשויה, מחד גיסא, להטיל על הכנסת מעמסת חקיקה שקשה יהיה לה לעמוד בה.... מאידך גיסא המציאות הרב גונית בישראל מחייבת קביעת סייגים על עיסוקים בדרך של תקיקת־משנה..." וראו שאר דבריו בעמ' 4525-4527. יצוין, כי גם המתנגדים לתוספת זו הבינו אותה בצורה זו. ראו דברי ח"כ דוד צוקר, יושב־ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, הטבקר את ההצעה להתיר פגיעה בחופש העיסוק בתקנות. וראו גם דברי ח"כ אליעזר זנדברג, בעמ' 4542; רענן כהן, בעמ' 4535; ח"כ מיכאל איתן, בעמ' 4539. יצוין, כי בשלב זה של ההצעה הדיון נסב על חופש העיסוק, שכן רק במהלך הדיון לקראת הקריאה השנייה והשלישית הוצע להתאים את נוסח הסעיפים בחוק־יסוד: חופש העיסוק ובחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. ברור שאין מקום לתת פירוש שונה לפסקאות ההגבלה בשני החוקים הללו. השוו גם לדבריו של ח"כ צוקר בדיון לקראת הקריאה השנייה והשלישית (ד"כ כב 5364, דיון מיום 9 במארס 1994); וכן דברי ח"כ דן מרידור באותו דיון, עמ' 5415.

nevo.co.il

מחוקק־המשנה הוכפפה סמכות זו לתנאי המפורשות, אולם לא היתה כל כוונה להכפיף גם את הפגיעות הנעשות בחוק לתנאי זה.

יצוין שהנשיא ברק, במכתבו ליושב־ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת – מכתב שבו העיר כמה הערות לקראת תיקון חוקי־היסוד בכנסת – רמז, כי לדעתו, ערוך הנוסח המקובל בצ'רטר הקנדי באומרו:

> המקבילה במסמכים חוקתיים (לאומיים ובין לאומיים) הוא "prescribed by law" אשר משמעותה בעברית היא "במשפט" או "בדין". אילו ננקט ביטוי שכזה, היתה נפתרת בעייתה של חקיקת המשנה, כמו גם בעיות קשות אחרות (כגון, הגבלה בהלכה הפסוקה או בפסיקה של בתי־דין רבניים).[68]

כפי שהראיתי לעיל, גם לדעתי, ראוי היה לאמץ דרישה פורמלית נוקשה פחות בפסקת ההגבלה, כמקובל בחוקות שהוצגו לעיל.[69]

מכאן, שפסקת ההגבלה מופנית לשלושה נמענים שונים: האחד – המחוקק, שאליו מופנות ההוראות המהותיות באשר לתוכנו של החוק, "ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש". הנמען השני הוא

---

68. אהרן ברק, "על התיקונים לחוק־יסוד: חופש העיסוק", משפט וממשל ב (תשנ"ד-תשנ"ה) 545, עמ' 546. יצוין, כי גם הנשיא ברק עוסק במכתבו בתוספת "או לפי חוק" כאל תוספת שנועדה לאפשר גם פגיעה בתקנות ותו לא.

69. במקום אחד מעיר פרופ' ברק, כי המונח "לפי חוק" אין עניינו רק חקיקת־משנה. בלשונו: "נראה כי הדיבור 'לפי חוק' כולל מצבים נוספים, מעבר לפגיעה בזכות־יסוד בחקיקת־משנה. טול חוק המסמיך רשות מוסמכת לפגוע בהחלטתה בחופש העיסוק. פגיעתה היא 'לפי חוק', גם אם אינה לובשת צורה של חקיקת־משנה" (ברק [לעיל, הערה 31], 615). אכן, גם פגיעה מכוח הוראת חוק היא פגיעה "לפי חוק", מכיוון שהמונח "לפי חוק" עניינו הן בפעולות מכוח החוק והן בפעולות מכוח חקיקת־משנה. אולם אין בכך כדי לומר, כי פגיעה כזו כפופה לדרישת המפורשות; שכן כאשר הפגיעה נעשית מכוח הוראה בחקיקה ראשית הפגיעה היא גם "בחוק" וגם "לפי חוק", ופגיעה מכוח הוראה "בחוק" אינה כפופה לדרישת המפורשות. אם בדבריו אלו התכוון פרופ' ברק כי פגיעה בזכות־יסוד הנגרמת עקב החלטת רשות מינהלית להפעיל סמכות של שיקול־דעת שהוקנתה לה בחוק אינה פגיעה 'בחוק', הרי שאני, בכל הכבוד, חולק על גישתו. בכל מקרה נראה, כי במקום אחר – בדונו בהרחבה במשמעות המונחים "בחוק" או "לפי חוק" – הבהיר פרופ' ברק, שהשאלה אם פגיעה היא "לפי חוק" עולה רק במקרה שהפגיעה נעשית מכוח הוראה של מחוקק־המשנה (שם, 500-503). נראה אפוא כי למרות דברים אלו, גם לגישתו של פרופ' ברק, כאשר הרשות פועלת מכוח הוראה בחקיקה ראשית, הפגיעה היא בחוק ולכן אינה כפופה לדרישת המפורשות.

nevo.co.il

הרשות המינהלית – כמפעילת סמכויות ביצוע. נמצן זה מחויב למצוא הסמכה לפגיעה בחוק או לפי חוק. הנמצן השלישי הוא מחוקק־המשנה. נמצן זה נדרש למצוא הסמכה מפורשת כדי שהוראותיו יוכלו לשמש מקור הסמכה חוקי לפגיעה בזכות־יסוד. הפר המחוקק את התנאים המהותיים, החוק פסול.[70] פגעה הרשות המינהלית בזכות שלא מכוח חוק או חקיקת־משנה, פגיעתה פסולה. קבע מחוקק־המשנה פגיעה בזכות־יסוד שלא על־פי הסמכה מפורשת, קביעתו פסולה. דהיינו: מחוקק־המשנה, ולא הרשות המינהלית, הוא הנדרש למצוא הסמכה מפורשת בחקיקה הראשית כדי שהחיקוק שהתקין יהיה מקור חוקי לפגיעה בזכות־יסוד. אמנם, הרשות המינהלית מחויבת לפעול מכות חיקוק, אולם אין בהוראות פסקת ההגבלה דרישה כי החיקוק מחויב להסמיך את הרשות מפורשות.[71]

מובן שכל חלקי פסקת ההגבלה משפיעים בעקיפין גם על הרשות המינהלית. כך, אם הכנסת תפר את הדרישות המופנות אליה, הרי שדברת עלול להתבטל, ואז הסמכויות הבלתי־חוקתיות שהיא הקנתה לרשות עלולות להתבטל עמו. כך גם פסולה תקנה שתסמיך את הרשות לפגוע בזכות־יסוד, בלי שהיא־עצמה הוסמכה מפורשות בחוק, ופסול זה משפיע גם על חוקיותה של ההסמכה שאותה תקנה התיימרה להקנות לרשות. אולם ההבחנה בין הנמענים חשובה, שכן גם אם נאמר כי כלפי מחוקק־המשנה אומצה הדרישה המחמירה שהופיעה בפסיקה שקדמה לחוק־היסוד, יש בהבחנה האמורה כדי לבסס דעה שהרשות המינהלית – כל עוד היא מפעילה סמכות הקבועה בחוק ולא בתקנות – יכולה

70. אין בשימוש במונח "פסול" כדי לקבוע מהי הנפקות של פסלות זו. על המשמעויות השונות של בטלות הוראה לא־חוקתית ראו ברק (לעיל, הערה 31), 713 ואילך.

71. יצוין, כי גם לפני קבלת חוקי־היסוד ניכרה בפסיקה נטייה לדרוש הסמכה מפורשת כאשר הרשות הפעילה סמכויות חקיקה מינהלית. לעומת זאת, כשנטען נגד חוקיות ההפעלה של סמכויות ביצוע, העדיף בית־המשפט ברוב המקרים לאמץ את אחת משתי הגישות האחרות (גישת תכלית החוק או גישת הכללים הרגילים). גישתו זו של בית־המשפט אומצה בכנסת בחוקקה את חוקי־היסוד. הכנסת החליטה, כי מוצדק להטיל על מחוקק־המשנה מגבלות מחמירות יותר מאלו המוטלות על רשות מינהלית המפעילה סמכויות ביצוע. יש לזכור, כי בבסיס הדרישה הפורמלית עומדת ההנחה שהמחוקק הראשי קבע לפחות את הכללים התחיקתיים שמכוחם ניתן יהיה לפגוע בזכויות־היסוד (ראו לעיל, פרק ב). אמנם, כורה המציאות מחייב לעתים סטייה מגישה זו, אך יש לדאוג לפחות לכך שהמחוקק יראה מפורשות כי הוא מודע לכך שהוא מסמיך את מחוקק־המשנה לקבוע היקוקים הפוגעים בזכויות־היסוד. יתירה מזאת: מתן היתר למחוקק־המשנה לקבוע הוראות הפוגעות בזכויות־יסוד מרחיק עוד יותר את ההכרעה בעניין זכויות־היסוד מהמחוקק, בעוד שכאשר רשות מינהלית מקבלת את סמכותה ישירות מכוח חוק, והסמכות לפגוע בזכויות מצויה רק שלב אחד מהמחוקק, הרי כאשר הרשות המינהלית מקבלת סמכותה מכות תקיקת־משנה, מצויה הסמכות שלה מרחק של שני שלבים מהמחוקק הראשי. במקרה כזה המחוקק מעביר סמכות למחוקק־המשנה, וזה האחרון – לרשות המינהלית המבצעת את הוראתו או אוכפת אותה. במקרה כזה יש מקום להחמיר, ולדרוש שמחוקק־המשנה יוסמך מפורשות לקבוע נורמה שתביא לפגיעה בזכויות־היסוד.

nevo.co.il

למצוא הסמכה לפגוע בזכות־יסוד גם מכללא, מתוך לשון משתמעת של החוק ומתוך תכליתו; והכול – זאת חשוב להדגיש – בתנאי שניתנה לרשות הסמכה לביצוע המעשה.

2. הסדרים ראשוניים בחקיקת־משנה

אם כן, מחוקק־המשנה רשאי לפגוע בזכות־היסוד רק על־פי הסמכה מפורשת בחוק. האם בהינתן הסמכה מפורשת רשאי מחוקק־המשנה לקבוע הסדרים ראשוניים,[72] הפוגעים בזכות־יסוד? פרופ' ברק מטיל ספק בסמכותו של המחוקק להסמיך את מתקין התקנות לקבוע הסדרים ראשוניים הפוגעים בזכויות־היסוד.[73] לדעתי, לאחר תיקון חוק־היסוד ב־1994 אין כל מקום לספק. אבהיר את עמדתי בקיצור.

ראשית, אין למצוא בלשון חוק־היסוד כל הבחנה בין תקנות ביצוע לתקנות הקובעות הסדרים ראשוניים. שנית, תוצאה זו מתבקשת מההיסטוריה החקיקתית. ההסמכה לפגוע בזכות־יסוד "לפי חוק" הוספה לתוקי־היסוד ב־1994. בהצעת הממשלה שהביאה לתיקון זה[74] הוצע כי הגבלת הזכויות תתאפשר "בחוק או לפי חוק". השופט ברק העיר במכתבו ליושב־ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ולשר־המשפטים, כי ראוי שבחוק־היסוד ייקבע הסדר שממנו עולה בבירור שלמחוקק־המשנה אין סמכות לקבוע הסדרים ראשוניים, אלא רק הסדרי ביצוע.[75] בדיון ועדת־השרים לענייני חקיקה הוחלט לאמץ את הצעתו של ברק, ולהחליף את הביטוי "לפי חוק" בביטוי "בתקנות הבאות לבצע הסדרים הקבועים בחוק". אולם בהצעת החוק שהובאה לקריאה ראשונה[76] החליטה הממשלה לחזור לנוסח הדומה לנוסח המקורי, ולהתיר פגיעה "לפי חוק". היו חברי־כנסת שמָחו על השינוי בעמדת הממשלה, שכן לדידם אין זה ראוי שתקנות, אשר אינן תקנות ביצוע בלבד, יפגעו בזכות־יסוד.[77] בסיומו של הוויכוח קיבלה הכנסת את הצעת הממשלה. הסיבה לכך היתה החשש שהוראה האוסרת על חקיקת־משנה לקבוע הסדרים ראשוניים תחייב פסילתם של הסדרים רבים המגבילים כיום את חופש העיסוק והמצויים בחקיקת־משנה, והדבר "עשוי ליצור אנדרלמוסיה נוראה".[78] משמע, הכנסת אימצה את הנוסח הנוכחי ודחתה את הנוסח

72. להבדל בין תקנות הקובעות הסדרים ראשוניים (תקנות מחוץ לחוק) לתקנות הקובעות הסדרים משניים (תקנות ביצוע) ראו ברכה, כרך א (לעיל, הערה 10), 84; יצחק זמיר, "חקיקה מינהלית: מתיר היעילות", משפטים ד (תשל"ג) 63 (להלן: זמיר, "חקיקה מינהלית"); וכן יצחק זמיר, "חקיקת־משנה – נוהל והנחיות", עיוני משפט יא (תשמ"ו) 339, עמ' 344.

73. ראו אהרן ברק, "חוק־יסוד: חופש העיסוק", משפט וממשל ב (תשנ"ד-תשנ"ה) 195, עמ' 207; ברק (לעיל, הערה 68), 547; וכן ברק (לעיל, הערה 31), 500.

74. הצעת חוק־יסוד: חופש העיסוק (תיקון), ה"ח תשנ"ד 129.

75. ברק (לעיל, הערה 68), 545.

76. ראו הצעת חוק־יסוד: חופש העיסוק (תיקון), נוסח תלופי, ה"ח תשנ"ד 189.

77. ראו ד"כ יט 4532 (תשנ"ד), דברי חבר־הכנסת דוד צוקר.

78. מדברי שר־המשפטים בדיון בכנסת – שם, 4527.

שהציע הנשיא ברק, מתוך כוונה לאפשר קיומן של תקנות הקובעות הסדרים ראשוניים הפוגעים בזכויות־היסוד.

אך גם נימוקים מהותיים מחייבים מתן פרשנות זו. אמנם, ישנם הגורסים, כי עקרון שלטון החוק מחייב שההסדרים הראשוניים ייקבעו על־ידי הרשות המחוקקת.[79] אולם גם אם זהו המצב הרצוי, יש לחכות להסדרת עניין זה בחוק־יסוד: החקיקה, ולא בחוקי־היסוד בדבר זכויות־האדם. חוקי־יסוד אלו עיקר עניינם אינו בהסדרת מערכת־היחסים בין הרשות המבצעת והרשות המחוקקת, אלא בהבטחת זכויות־האדם היסודיות. נורמה המגבילה את כוחו של המחוקק לאצול למחוקק־המשנה סמכויות חקיקה נוגעת בעיקר לתחימת היחסים בין הרשות המבצעת והרשות המחוקקת.[80] הפגיעה בחירותו של האדם, כאשר היא לתכלית ראויה, אינה גדולה יותר כאשר היא נעשית מכוח חקיקת־משנה.[81] פרשנות תכליתית של חוק־היסוד אינה מחייבת אותנו לעקם את הכתוב.[82]

גם נימוקים פרגמטיים מחייבים גישה זו. בישראל הסדרים ראשוניים רבים מצויים בחקיקת־משנה.[83] חלק לא מבוטל מתוכם מגביל את חופש העיסוק. אם נאמר כי אין למחוקק־המשנה סמכות לקבוע הסדרים משניים הפוגעים בחופש העיסוק, הרי שכאשר תסתיים תקופת־המעבר[84] יהיה צורך להכריז על בטלות כל ההסדרים האלו, ובכללם הסדרים חיוניים, הממלאים את שאר הדרישות של פסקת ההגבלה. אין לתת לחוק־היסוד פרשנות שתוצאתה תהיה כה קשה. זאת ועוד: גם בעתיד לבוא, בתרבות החקיקה הישראלית, המחוקק לא יוכל לעמוד בדרישה קשותה המחייבת אותו לקבוע בעצמו את כל ההסדרים הראשוניים.[85] בשל מגבלותיו של המחוקק הראשי בישראל, יש לחקיקת

79. ראו ברכה, כרך א (לעיל, הערה 10), 84; זמיר, "חקיקה מינהלית" (לעיל, הערה 72).

80. אף כי היא משפיעה גם על מידת ההגנה על זכויות־האדם, השוו לעיל, הערה 17.

81. והשוו גריבלדי (לעיל, הערה 6), 548-549.

82. מענין לציין, כי השופט שמגר הביע בבג"צ מיטרני (לעיל, הערה 11) דעה דומה לזו של פרופ' ברק, כאשר לפירוש הביטוי "על־פי חוק" המופיעה בהצעת חוק־יסוד: זכויות־האדם והאזרח. הוא קבע, כי ההגבלה על חופש העיסוק לאחר קבלת הצעת חוק־היסוד לא תוכל עוד להיות מכוח תקנות, שכן הביטוי "חוק" בפקודת הפרשנות פירושו "חוק של הכנסת או פקודה". השופט שמגר התעלם מהוראת סעיף 9 לחוק הפרשנות, שהיה או כבר בתוקף, הקובעת כי הביטוי "לפי חוק" או ביטוי כיוצא בו משמעו גם לפי תקנות שהותקנו מכוח חוק. השופט שמגר גם לא הבחין בין תקנות הקובעות הסדרים ראשוניים לבין תקנות הקובעות הסדרים משניים. ראו ביקורת אצל ברכה, כרך ב (לעיל, הערה 49), 108-109.

83. ראו ברכה, כרך א (לעיל, הערה 10), 85-86; זמיר "חקיקה מינהלית" (לעיל, הערה 72), 70-71.

84. ראו סעיף 10 לחוק־יסוד: חופש העיסוק, כפי שתוקן לאחרונה בחוק־יסוד: חופש העיסוק (תיקון מס' 2), ס"ח תשנ"ח 178.

85. נראה כי בית־המשפט אינו נוטה לפטול כל אותם הסדרים, אף כאשר הוא מביע מורת רוח מקיומם. ראו, למשל, בג"צ 2313/95 קונטקט לינסן (ישראל) בע"מ נ' שר הבריאות ואח' (טרם פורסם) (להלן: בג"צ קונטקט לינסן), שם נידון תוקפו של צו שהוצע מכוח הוראת

המשנה מעמד מרכזי בקביעת הסדרים ראשוניים.[86] אין כיום בידי המחוקק הראשי כלים המאפשרים עמידה בנטל הכבד של קביעת כל ההסדרים הראשוניים ועדכונם בהתאם לנסיבות המשתנות.

גם במשפט המשווה נתקשה למצוא גישה כה נוקשה כלפי חקיקת־משנה, כפי שמציע השופט ברק.[87] אמנם, בארצות־הברית פורש הסעיף הראשון בחוקה כאוסר אצילה של סמכויות חקיקה, אולם פרשנות נוקשה זו רוככה עם הזמן.[88] לעומת זאת, באנגליה, בקנדה, באוסטרליה, בצרפת ובניו־זילנד המחוקק רשאי לאצול סמכויות חקיקה בלי הגבלה.[89]

ספק רב בעיני אם תרבות החקיקה הישראלית מוכנה היום להתמודד עם סטנדרטים קשוחים, מעבר למקובל ברוב המוחלט של מדינות המערב. בכל מקרה ראוי שעניין זה יוסדר מפורשות בחוק־יסוד: החקיקה, ולא על־ידי מתן פרשנות מרחיבה ובעייתית לחוקי־היסוד בדבר זכויות־האדם.

3. מהי הסמכה מפורשת?

מהי אפוא אותה הסמכה מפורשת הנדרשת בחוק־היסוד? ניתן לטעון, כי לפחות כלפי מחוקק־המשנה אימץ חוק־היסוד את הגישה הראשונה – זו של השופט שמגר בבג"צ מיטרני – שאינה מכירה בכל הסמכה מכללא או בהסמכה המתחייבת מתכלית החוק, ומחייבת כי לשון החוק תפורש ככל האפשר באופן שאינו מניח פגיעה בזכות־היסוד. נראה לי, כי אין זה הפירוש הראוי. ההסמכה יכול שתהיה בלשון מפורשת, אך יכול גם שתהיה מפורשת מכוח תכלית מפורשת[90] כלומר, כאשר ברור שלשם השגת תכלית החוק נדרשת הגבלה על זכות־היסוד, הרי שההסמכה מפורשת. בעניין זה אפשר גם להיעזר בהלכה

סעיף 2 לפקודת היבוא והיצוא [נוסח חדש], תשל"ט-1979. הוראה זו מסמיכה את שר־התעשיה־והמסחר לקבוע כל הוראה הנראית לו מועילה לאיסור או להסדרה של יבוא טובין, שירותים או ידע. צו, כאמור, על־פי הפקודה, כוחו יפה להתלות הפעלתו של כל דין, כולל חקיקה ראשית. בית־המשפט הביע מורת רוח מקיומה של הסמכה זו ואף קבע, כי הסמכות שהפקודה מעניקה לשר לפגוע בחופש העיסוק מרחיקת לכת. למרות דברים אלו, לא פסל בית־המשפט את הוראת ההסמכה ואף לא הסכים להגביל את תוקפה לקביעת הסדרים בענייגים הייחודיים ליבוא. ראו סעיף 9 לפסק־דינו של השופט גולדברג. יצוין, שפסק־הדין ניתן לאחר שתמה תקופת־המעבר שהיתה קבועה סעיף 10 לחוק־יסוד: חופש העיסוק – תקופה שבה נשמר תוקפם של חיקוקים שהיו קיימים קודם לחקיקת חוק־היסוד. תקופת־המעבר הוארכה רק כשבוע לאחר מתן פסק־הדין (ראו חוק־יסוד: חופש העיסוק (תיקון), ס"ח תשנ"ז 4.

86. ראו ברכה, כרך א (לעיל, הערה 10), 84-86.

87. במכתבו (לעיל, הערה 68).

88. ראו ברכה, כרך א (לעיל, הערה 10), 91-92.

89. ראו שם, 89-93.

90. ראו גם ברק (לעיל, הערה 31), 501-502.

שנתגבשה בקנדה. שם, בצ'רטר אין דרישה להסמכה מפורשת, אולם הלכה היא כי לשם פגיעה בזכויות יש צורך ב-clear legal authority.[91] השאלה שהתעוררה שם היתה, מתי נאמר שיש הסמכה כזו בדין: האם רק כאשר נמצא עיגון מפורש בלשון החוק לביצוע אותה הגבלה, או שמא גם כאשר מתכלית החוק עולה כי הסמכה כזו נדרשת? בית־המשפט העליון של קנדה,[92] ובעקבותיו גם בית־המשפט לערעורים של ניו־זילנד,[93] קבעו כי דרישת ההסמכה המפורשת מקוימת גם כאשר הפגיעה הכרחית לצורך יישום החוק.[94] הרציון מאחורי הלכה זו ברור. כאשר החוק לא ישיג את מטרתו בלי קיומה של הסמכה לפגוע בזכות־היסוד, ברור מאליו שכוונת המחוקק היתה לתת הסמכה כזו. כך, למשל, כאשר הסמיך המחוקק את המשטרה לעצור כלי רכב ולבצע לאלתר בדיקת נשימה לנהג, הרי שממטרת החוק ניתן להסיק מכללא שהחוק הגביל את הזכות החוקתית של הנהג להיוועץ בעורך־דין, אף שהחוק שתק בנקודה זו,[95] לדעתי, ראוי ליישם גישה זו גם לצורך פירוש המונח "הסמכה מפורשת". הסמכה תיחשב מפורשת כאשר היא מתבקשת לשם השגת תכלית החוק. לשון החוק המסמיך לא תפורש בהכרה בצמצום, אלא הפרשנות שתינתן תהיה פרשנות תכליתית – פרשנות שתסייע להגשים את תכלית החוק המסמיך.

כך, לדוגמא, על־פי סעיף 30 לפקודת בריאות העם, 1940, רשאי מנהל שירותי הרפואה להתקין תקנות בדבר "רישומם, הנהגתם ופיקוחם של בתי חולים", ובכלל זה "בעניין... האחיות, הן מבחינת הכשרותיהן והן מבחינת אימונן". ברור שהרישא מסמיכה את המנהל לקבוע הוראות בדבר רישום האחיות שהוסמכו. אין גם ספק כי לשון התקנה מסמיכה מפורשות את המנהל להתקין תקנות בדבר ההכשרות שאחיות נדרשות לעבור, גם אם בתקנות אלו ישנה פגיעה בחופש העיסוק. אבל האם יש כאן הסמכה מפורשת להתקין תקנות הקובעות כי אפשר לשלול רישום של אחות בשל קובלנה שהוגשה נגדה?[96] אם נחפש הסמכה מפורשת לכך במלות החוק, לא נמצא. אמנם, ניתן לפרש בהרחבה את המונח "הכשרתן" כך שנמצא בו הסמכה גם להתקין תקנות בעניין כשירות האחיות שבתפקיד, אולם אין זו הוראה מפורשת המתירה הגבלת חופש העיסוק של אחות על־ידי שלילת רשיונה. אף־על־פי־כן, בהתבסס על תכלית החוק, קבע בית־המשפט כי אחיות שנמצא פגם בתפקודן לא יוכלו להמשיך בתפקידן, ולכן בידי המנהל מצויה סמכות להתקין תקנות אלו מכוח סעיף 30.

---

91. ראו הוג (לעיל, הערה 40), 861.

92. פרשת תומפסן (לעיל, הערה 47), 10.

93. *Noort v. Ministry of Transport* [1992] 1 N.Z.L.R. 743.

94. כאשר הפגיעה היא "Statute Operating Requirements" – בלשון בית־המשפט הקנדי; או שהיא נדרשת כדי להפעיל את החוק ("Making the statute work") – בלשון בית־המשפט בניו־זילנד.

95. ראו *R. v. Thopsen* [1988] 1 S.C.R. 621.

96. השוו בג"צ זילכה (לעיל, הערה 24). בעניין זה דחה בג"ץ את הטענות כנגד סמכותו של המנהל לקבוע תקנות כאלו.

דוגמא נוספת: סעיף 108 לחוק בתי־המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, קובע, כי שר־המשפטים רשאי להסדיר בתקנות את סדרי־הדין והנוהג לפני בתי־המשפט. בפירוט נקבעה הסמכות להתקין תקנות בעניין תשלומים ואגרות (הפוגעות בזכות הקניין). אולם אין הוראה העוסקת בהתקנת תקנות המתירות לבית־המשפט לפגוע בפרטיותם של הצדדים המתדיינים. ובכל־זאת, מכוח התקנות מוסמך בית־המשפט לחייבם להשיב על שאלונים או לגלות מסמכים.[97] אמנם, אפשר למצוא הסמכה לעשיית המעשה בהוראת סעיף 108 יחד עם הוראת סעיף 75,[98] אולם האם זו גם הסמכה מפורשת לפגוע בזכות־היסוד – זכות האדם לפרטיות? אם ננקוט את הגישה הראשונה, הבוחנת את מלות ההסמכה בלבד, התשובה היא שלילית. אולם ברור כי לבית־המשפט יהיה קשה ליישם את המטרות העומדות במסגרת חוק בתי־המשפט בלי שהצדדים יוכלו להשיג את העוברות הנחוצות להם לצורך הדיון. לפיכך, מכיוון שלא ניתן להשיג את תכלית החוק בלי מתן סמכות, כאמור, יש לומר כי מצויה בחוק הסמכה מפורשת לחקיקת־משנה, כאמור.[99] משמע, החוק המסמיך יפורש פרשנות תכליתית ולא דווקנית, גם כאשר פירוש כזה יביא לפגיעה בזכות־יסוד.[100]

---

97. ראו סימנים ב ו-ג לפרק ט לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984.

98. סעיף 108 מסמיך את שר־המשפטים להתקין תקנות סדרי־דין. סעיף 75 קובע, כי בית־המשפט בהליך אזרחי רשאי לתת צו עשה וכל סעד אחר ככל שיידאה לו.

99. מובן שלפי סעיף 10 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו – סעיף שמירת הדינים – השאלה תהיה רלבנטית רק כאשר יבקשו לשנות את התקנות האמורות או להחליפן.

100. קשה יותר היא שאלת תוקפן של תקנות אחרות, בייחוד אלו הקובעות סעדי־ביניים, כגון עיקול או איסור יציאה מן הארץ. תקנות אלו ספק רב אם הן קובעות "סדרי־דין", וכאמור, שר־המשפטים הוסמך בסעיף 108 רק לקבוע סדרי־דין. לפיכך ספק אם ניתן למצוא בחוק המסמיך "הסמכה לביצוע המעשה". תכלית החוק אינה יכולה לשמש תחליף להסמכה לביצוע המעשה. בכל מקרה, התקנות אושרו כחוקיות (ראו ע"א רייך [לעיל, הערה 61]). לפי סעיף שמירת הדינים, אין בחוק־היסוד כדי לשנות הלכה זו, אם כי ניתן לטעון כי יש מקום לשקול מתן פירוש חדש להוראות החוק, לאור חוקי־היסוד, בהתבסס על הלכת גנימאת, שבה נקבע כי יש לבחון מחדש את הפירוש שניתן לחוקים הקיימים לפי הוראות חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (3) 355; ודנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (4) 589). לעניין פירוש חוק לאור הוראות חוק־היסוד באופן הגורר פסלותן של תקנות שהותקנו מכוח החוק השוו: בג"צ 5304/92 פר"ח 1992 – סיוע לנפגעי חוקים ותקנות למען ישראל אחרת – עמותה נ' שר־המשפטים ואח', פ"ד מז (4) 715. נראה כי אין מניעה עקרונית לקבוע שלפי פרשנות חדשה זו עולה כי התקנות שנקבעו מכוח החוק אינן כדין. אולם, לדעתי, אין מקום ליישם את הלכת גנימאת כאשר הפגיעה ראויה ומידתית, רק כדי להתאימה לדרישה הפורמלית שבחוק־היסוד. אין מקום לפסול הוראות ראויות שנחקקו לפני חוק־היסוד רק משום שהוראות אלו קבועות בתקנות ולא בחוק, בשעה שבזמן התקנתן לא היתה מגבלה פורמלית על הפגיעה בזכויות־היסוד.

nevo.co.il

מהי "תכלית החוק" לעניין זה? האם מדובר בתכלית ספציפית בלבד,[101] או שמא גם מטרות כלליות, "שלגביהם מניחים כי מחלחלות הן לנשמתו של כל חוק וחוק"?[102] במלים אחרות: האם במסגרת תכלית החוק לעניינו הכוונה גם להזקות ההלות על כל דבר חקיקה, שמכוחן אנו מניחים כי "מטרת החוק עולה בקנה אחד עם נוחות, הגיון, צדק",[103] כמו גם לשמור על עקרונות־היסוד של השיטה?

תשובה חיובית תביא להרחבה של ממש בסמכויותיו של מחוקק־המשנה. מחוקק־המשנה יוכל לפגוע בזכות־יסוד כל אימת שהשגת תכלית החוק מחייבת פגיעה בזכות. התכלית שעליו לשקול היא שילוב של התכלית הספציפית והתכלית הכללית של כל דבר חקיקה. לפי פירוש זה, המונה "הסמכה מפורשת" מקבל משמעות מצומצמת למדי. על־פיו, רק כאשר מתקין התקנות שקל שיקולים שאינם חלק מתכלית החוק הספציפית והכללית – בין אם הם ראויים ובין אם לאו – נאמר כי המעשה פסול בשל היעדר הסמכה מפורשת. ספק רב אם ראוי לתת פרוש כה מצומצם למונח "הסמכה מפורשת".

גם מבחינה מהותית ספק אם מתן סמכות כה רחבה למחוקק־המשנה מתיישב עם מטרת חוקי־היסוד – להגן על זכויות־היסוד.[104] לפיכך יש מקום להנחה, כי התכלית האמורה היא רק התכלית הספציפית של החוק. אם לא היתה נדרשת הסמכה מפורשת, רשאי היה מחוקק־המשנה לשקול כל אותם שיקולים שאינם נחשבים שיקולים זרים. בכלל זה אפשר היה להתקין תקנות הפוגעות בזכויות־יסוד משיקולים של נוחות, היגיון וצדק, כדי לשמור על הסדר הציבורי או בטחון המדינה, ובלבד שישנה הסמכה להתקין תקנות. אולם דרישת ההסמכה המפורשת מחייבת את מחוקק־המשנה למצוא בלשון החוק או במטרתו הישירה הסמכה לפגיעה בזכות־היסוד.

האמור לעיל כפוף לסייג אחד. מחוקק־המשנה רשאי – לדעתי – לשקול את הצורך להגן על זכויות־יסוד של אנשים אחרים, גם אם אין למצוא בלשונו או במטרתו של החוק הסמכה מפורשת לכך. סייג זה מתבקש ממטרת חוקי־היסוד – להגן על זכויות־היסוד. עיגון פורמלי לחובה זו ניתן בהוראת חוק־היסוד הקובעת, כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק־יסוד זה".[105] לפיכך גם אם בלשונו של החוק המסמיך או בתכליתו הישירה אין למצוא עיגון לחובה להגן על זכות־יסוד כלשהי, מתויב מחוקק־המשנה לשקול את ההגנה עליה, זכות זו והוא רשאי לקבוע בתקנות הסדר הפוגע בזכות־יסוד אחרת כדי להגן על זכות זו. מובן שלשם כך יש צורך למצוא הסמכה להתקין תקנות כאלו במסגרת החוק (הסמכה לעשיית המעשה), ויש להראות כי התקנות עומדות בשאר תנאי פסקת ההגבלה.[106]

---

101. "המטרה למעשה", כפי שכונתה על־ידי השופט ברק בבג"צ פורז (לעיל, הערה 12), 326.
102. שם, 329. למציאת תכלית החוק ראו גם ברק (לעיל, הערה 31), 518-535.
103. שם, 329.
104. סעיף 1א לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 2 לחוק־יסוד: חופש העיסוק.
105. סעיף 11 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 5 לחוק־יסוד: חופש העיסוק.
106. לדעה שעל־פיה פסקת ההגבלה אינה חלה במקרה של התנגשות בין זכויות־יסוד לבין עצמן ראו ברק (לעיל, הערה 31), 383-384. לגישתו, במקרה כזה על בית־המשפט לפתח פסקת

nevo.co.il

לסיכום: מחוקק־המשנה רשאי לפגוע בזכות־יסוד בתקנות רק בהתקיים שני תנאים מצטברים: קיומה של הסמכה להתקנת תקנות מן הסוג הנידון, וקיומה של הסמכה מפורשת לפגוע בזכות־היסוד באותן תקנות. הסמכה תיחשב מפורשת כאשר ניתן בחוק – בלשון ברורה – היתר לפגוע בזכויות, כשהפגיעה הברורית לצורך יישום החוק והשגת התכלית הספציפית שלו, או כשהפגיעה נדרשת כדי שמחוקק־המשנה יקיים את חובתו לכבד את זכויות־היסוד.

נציג את ההבדלים בין הפירושים השונים בעזרת דוגמא. חוק השמירה על המקומות הקדושים אוסר על חילול המקומות הקדושים ופגיעה ברגשות בני הדתות השונות כלפיהם. שר־הדתות מוסמך להתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו, על־פי גישת ההסמכה הלשונית המפורשת, מותר לשר לאסור על אכילה, שתייה, עישון או לינה במקומות הקדושים, שכן אין בכך כל פגיעה בזכות־יסוד.[107] אך אין הוא רשאי להגביל את חופש הביטוי על־ידי הטלת איסור על נשיאת נאומים או חלוקת פרסומים במקום,[108] לפי גישה זו, אין הוא רשאי להגביל את חופש העיסוק על־ידי איסור על הצבת קיוסקים ועיסוק ברוכלות במקום הקדוש.[109] לפי גישה זו, אין הוא רשאי להגביל את חופש הפולחן הדתי, על־ידי איסור על שחיטה,[110] מכיוון שאין למצוא בלשון החוק הסמכה מפורשת לפגיעה בזכויות אלו.

הגבלה שיפוטית. גישה זו אינה נראית לי. כמעט כל פעולה שלטונית יש בה כדי לאצול על זכויות־האדם. עמדתו של פרופ' ברק עלולה לצמצם עד למאוד את תחולתם של מבחני פסקת ההגבלה. יתידה מואת: פסקת ההגבלה מתאימה בהחלט ליישום גם במקרה של איזון בין זכויות־יסוד לבין עצמן. במקרה כזה יש לבחון אם הפגיעה בזכות האחת כדי להגן על הזכות האחרת הולמת את ערכי המדינה, אם היא לתכלית ראויה ואם מידתה אינה עולה על הנדרש. בדרך־כלל ניתן לומר, כי הגנה על זכות־יסוד היא תכלית ראויה ההולמת את ערכי המדינה, ולכן עיקר מבחנה של ההגבלה במקרה כזה יהיה במסגרת מבחן המידתיות. בכל מקרה ברור, כי גם לגישתו של פרופ' ברק, כאשר רשות מינהלית פוגעת בזכות־יסוד, אף אם הפגיעה נועדה לשם הגנה על זכות־יסוד אחרת – עליה למצוא לפעולתה הסמכה מכוח חוק. ראו לעניין זה שם, 498. אומר פרופ' ברק, כי רשות מינהלית אינה יכולה לפגוע בזכויות־יסוד, אלא אם־כן בכוחה לבסס פגיעה זו על הוראת חוק או "לפי חוק". ופרופ' ברק מוסיף: "לעניין זה, אין כל חשיבות לתועלת העשויה לצמוח מהפעולה ולהגנה שהיא עשויה להעניק לזכויות־אדם של אחרים". מכאן, שגם לגישתו של פרופ' ברק, הדרישה הפורמלית שבפסקת ההגבלה צריכה לחול כאשר רשות מפעילה סמכות שלטונית באופן הפוגע בזכויות־היסוד המוגנות, גם אם פעולתה זו נועדה כדי להגן על זכויות־יסוד אחרות.

107. ראו תקנות 2(9), 2(10) ו־2(11) לתקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, תשמ"א־1981.

108. תקנות 2(5) ו־2(6).

109. שם, תקנות 2(3).

110. שם, תקנות 2(8).

אם נאמר כי הסמכה מפורשת יכולה להתקבל גם מתכלית החוק, התקנות האמורות עומדות בתנאי פסקת ההגבלה; שכן הן נדרשות לשם השגת התכלית הספציפית של החוק – השמירה על רגשות בני הדת כלפי המקומות הקדושים. אולם גם על־פי פירוש זה, ספק אם מוסמך השר להתקין תקנות שמטרתן לשמור על הסדר הציבורי, כאשר אלו פוגעות בזכות־יסוד; שכן השמירה על הסדר הציבורי אינה התכלית הספציפית של החוק.[111] אם השמירה על הסדר הציבורי מתבקשת גם כדי להגן על חייהם או גופם של הבאים למקום הקדוש, הרי שאף שההגנה על חיי אדם אינה חלק מהמטרות הישירות של החוק, מתקין התקנות רשאי לקבוע הסדרים להשגת מטרה זו מכוח ההסמכה האמורה, שכן זכות האדם לחייו מעוגנת בחוק־היסוד.

לו אמרנו כי תכלית החוק לעניין ההסמכה המפורשת כוללת גם תכליות כלליות, הרי שהשמירה על הסדר הציבורי יכולה היתה להצדיק הגבלה על הזכויות גם כאשר היה חשש שהפרת הסדר הציבורי תביא לפגיעה בחייו של אדם או בגופו. זאת מכיוון שחוקה כי כל חוק נועד להגשים את הצורך לקיים את הסדר הציבורי.[112] אולם לגישתי, אין בצורך לקיים תכלית זו כשלעצמו, משום הסמכה מפורשת לפגיעה בזכויות־יסוד.

אחזור ואזכיר, שבכל מקרה התקנות תהיינה בנות־תוקף רק אם היתה הסמכה להתקנתן (הסמכה לביצוע המעשה), ואם הן עומדות בשאר תנאי פסקת ההגבלה.

ז. ההסמכה הנדרשת לפגיעה על־ידי סמכויות ביצוע

כאמור, הרשות המינהלית המפעילה סמכות ביצוע לא נדרשה – על־פי חוק־היסוד – למצוא "הסמכה מפורשת" לפגוע בזכויות־היסוד. לכאורה די אפוא בהסמכה לביצוע המעשה, כדי שפעולת הרשות תעבור את המחסום הראשון של פסקת ההגבלה – הדרישה לפגיעה "בחוק". ואכן, לפחות במקרה אחד פסק בית־המשפט העליון של קנדה כי די בהסמכה לביצוע המעשה, כדי שהפגיעה תעמוד בתנאי של "prescribed by law".

בפרשת דייוידסון[113] נידונה סמכותו של בורר, הכפוף לצו־רטר, להגביל את חופש הביטוי. הבורר הוסמך בחוק לתת סעד של "פיצויים, השבה או כל סעד אחר מן היושר".

---

111. השוו בג"צ 257/89 הופמן ואח' נ' הממונה על הכותל המערבי ואח', פ"ד מח (2) 265, עמ' 341-342. מדבריו של השופט אלון נראה, כי הוא מכיר בסמכות השר להתקין תקנות שמטרתן שמירה על הסדר הציבורי, אף כי במקרה זה לא נדרשה הכרעה בסוגיה; שכן לגישתו, התקנות נועדו גם למניעת חילולו של המקום הקדוש. מפסק־דינו של השופט ש' לוין משתמע, כי, לדעתו, מותרת התקנת תקנות כשאלו נועדו לשמירה על הסדר הציבורי, אף אם בפעילות הנאסרת מכוחן אין משום "חילול" או "פגיעה ברגשות" (שם, 356).

112. ראו, לדוגמא, בג"צ 6163/92 אייזנברג ואח' נ' שר הבינוי והשיכון ואח', פ"ד מז (2) 229 (להלן: בג"צ אייזנברג), עמ' 257.

113. *Slight Communications Inc. v. Davidson* [1989 S.C.R. 1038]; (1989) 59 D.L.R. (4th) (להלן: פרשת דייוידסון).

מכוח הסמכה זו חייב הבורר מעביד לכתוב לעובדו המלצה שתכלול פרטים מסוימים על כישוריו, ואסר עליו להעיר כל הערה אחרת, למעט אותם פרטים, בתגובה לכל חקירה שהיא על כישורי העובד. נקבע שהבורר הגביל את חופש הביטוי של המעביד, אך הגבלה זו היא "על־פי דין"; שכן צו הבורר ניתן מכוח הסמכה בחוק לתת צווים לצדדים המתדיינים. בכך למעשה הסתפק בית־המשפט בקיומה של הסמכה לביצוע המעשה.

אך אין כל חובה לאמץ פתרון זה. גם לפני חוק־היסוד לא היתה לכאורה כל מניעה להסתפק בהסמכה לביצוע המעשה, וכפי שהראינו, בית־המשפט קבע, לפחות בחלק מהמקרים, שיש למצוא תנאים נוספים כדי שתותר פגיעה בזכויות. כאמור לעיל,[114] נראה שגם בקנדה פרשת דיידיסון אינה משקפת את ההלכה.[115] לפיכך, השאלה אם יש להציב תנאים נוספים לפגיעה בזכויות, היא שאלה פרשנית. בעצם היעדרה של הדרישה ל"הסמכה מפורשת" אין כדי לחייב את המסקנה השוללת כל צורך בקיומם של תנאים פורמליים נוספים.

כאשר השגת תכלית החוק מחייבת פגיעה בזכות־יסוד, יש להניח כי כוונת המחוקק היתה לאפשר פגיעה כזו. כפי שהראינו לעיל, זה גם הדין בקנדה ובניו־זילנד. אם נקבל שדרישת "ההסמכה המפורשת" המופנית למחוקק־המשנה באה על סיפוקה כאשר הפגיעה נדרשת לצורך יישום החוק, ברור מאליו שהדרישה תבוא על סיפוקה גם כאשר הרשות המינהלית מקבלת את כוחה ישירות מהמחוקק הראשי. אולם גם אם תידחה הגישה המוצעת במאמר זה, ונאמר שחוק־היסוד כופה עלינו לדרוש ממחוקק־המשנה הסמכה בלשון מפורשת, אין לתבוע דרישה דומה מהרשות המינהלית-מבצעת; שכן, כאמור לעיל, חוק־היסוד אינו דורש שהחוק יסמיך את הרשות לפגוע בזכות־היסוד בצורה מפורשת.

כמו בפרק הקודם, גם כאן עולה השאלה, מהי תכלית החוק? לדעתי, יש לאפשר לרשות גמישות סבירה ולהכיר גם במטרות כלליות כמטרות של החוק.[116] כך, למשל, "בישראל אנו מניחים, כי מטרת החוק עולה בקנה אחד עם נוחות, היגיון, צדק ועקרונות חוק מקובלים".[117] אין להתעלם מתכליות כלליות אלו, בבואנו לקבוע את היקף סמכותה

---

114. ראו לעיל, פרק ג.

115. ראו הוג (לעיל, הערה 40), 864. בעבר נשמעה בקנדה גם הדעה כי יש צורך בהסמכה מפורשת לפגיעה בזכות. ראו David C. McDonald, *Leagal Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2nd ed., Carswell, Toronto, 1989), שם מפנה המחבר לפסק־דין שניתן בבית־משפט באונטריו: Re Federal Republic of Germany and Rauca (1983) 70 C.C.C. (2nd) 416, p. 428, שבו קבע C.J.H.C Evans, כי יש למצוא הסמכה מפורשת לפגיעה בזכות בלשון החוק. אולם כאמור, ההלכה כיום בקנדה היא, כי די בכך שהפגיעה נדרשת לצורך הפעלת החוק (ראו עניין תומפסן [לעיל, הערה 47]).

116. למונח "מטרות כלליות" ולתוכנו ראו בבג"צ פורז (לעיל, הערה 12), 329. ראו גם בג"צ אייזנברג (לעיל, הערה 112), 257.

117. בג"צ פורז (לעיל, הערה 12), 329.

של רשות מינהלית. אכן, משקלן של התכליות הכלליות לא יהיה בדרך־כלל גדול, כאשר לעומתן עומדות זכויות־היסוד של האדם,[118] אולם לדעתי, אין זה נכון לאסור כליל על הרשות לשקול שיקולים אלו בעת שהיא מחליטה כיצד להפעיל סמכות שיש בה משום פגיעה בזכות־יסוד.

לדוגמא: בבג"צ אייזנברג נקבע, כי בהחלטה שעניינה מינוי אדם לתפקיד ציבורי, על הרשות הממנה לקחת בחשבון שיקוליה את עברו הפלילי של המועמד,[119] חובה זו נגזרת מחובת הנאמנות של כל רשות ציבורית לציבור, חוקה על כל חוק שהוא בא לאפשר לרשות לקיים חובה זו.[120] נניח כי בסיטואציה מסוימת מתנגש שיקול זה עם בבוד האדם (של המועמד) או עם זכות־יסוד אחרת. אם נאמר כי אסור לרשות לשקול שיקולים כלליים בבואה להפעיל סמכות הפוגעת בזכות־יסוד, הרי שהרשות לא תורשה לתת שום משקל לחובת הנאמנות שלה ולעברו הפלילי של המועמד. דוגמא נוספת: בעבר נפסק כי התחשבות באינטרס בעל אופי דתי אינה פסולה כאשר רשות־תמרור קובעת הגבלות על חופש התנועה ליד בית־כנסת.[121] כך גם אין פסול בהתחשבות בשיקולים דתיים כאשר הרשות מבקשת לשמור על מלאי בשר כשר לשעת חירום,[122] אף כי מטרתו הספציפית של החוק המסמיך במקרים אלו לא היתה שמירה על רגשות הדת. אמנם, מעמדם של הרגשות הדתיים אינו מרכזי כאשר ההגנה עליהם אינה חלק מהמטרות הספציפיות של החוק ועל־

118. ראו בג"צ חורב (לעיל, הערה 22), סעיף 72 לפסק־דינו של הנשיא ברק.

119. ראו בג"צ אייזנברג (לעיל, הערה 112), 260.

120. שם, שם.

121. בג"צ 174/62 הליגה למניעת כפיה דתית ואח' נ' מועצת עירית ירושלים, פ"ד טז 2665, עמ' 2668. ראו גם לאחרונה בג"צ חורב (לעיל, הערה 22).

122. בג"צ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מו (5) 485. שם קבע בית־המשפט כי החלטת הממשלה למנוע מהעותרים לייבא בשר קפוא שאינו כשר היא פסולה, אף שהיתה לממשלה הסמכה לביצוע המעשה. השופט חשין מבהיר, כי אין פסול בעצם השיקול של רגשות דתיים. לגישתו, ההחלטה פסולה מכיוון שאיזון האינטרסים היה לקוי. לדעתו, ייתכן בהחלט שרשות תורשה להגביל חירות־יסוד כמו חופש התנועה (איסור על תנועת מכוניות בשבת ליד בית־כנסת) או חופש העיסוק (איסור על פתיחת קולנוע בשבת בתוך שכונה דתית), אף אם אין בחוק המסמיך היתר מפורש לשקול את האינטרס של הגנה על רגשותיהם של אזרחים דתיים. גם השופט אור מבהיר ששיקולים כלליים, אפילו אינם מיוחדים לנושא הנידון, יוכרו כלגיטימיים (שם, 499-500). השופט אור אף מכיר בסמכותה של הרשות לשקול שיקולים דתיים במקרים מסוימים, אם כי בשל רגישותם של שיקולים אלו רבים יותר המקרים שבהם יימנע מהרשות לתת להם משקל מכריע בלי הסמכה בחוק. והשוו גם בג"צ רסלר (לעיל, הערה 22), שם נקבע ששר־הביטחון מוסמך לדחות שירות־ביטחון של מועמדים לגיוס מטעמים דתיים, אף שטעמים אלו לא הופיעו מפורשות כשיקולים רלבנטיים על־פי הסעיף (בניגוד לטעמי תיגוך, המשק הלאומי וטעמי משפחה – שצוינו מפורשות בחוק).

nevo.co.il

כן אין בהם כדי להצדיק פגיעה קשה בזכויות־יסוד,[123] אולם עניין זה נוגע לתוכנו של האיזון הנדרש בין הזכויות. לענייננו חשוב, כי הצורך להגן על רגשות הדת הצדיק בנסיבות מסוימות פגיעה בזכויות־יסוד, גם כאשר ההגנה על רגשות הדת אינה אחת מהתכליות הספציפיות של החוק, כך גם הכיר בית־המשפט בשיקולים כלליים נוספים, כגון הצורך להבטיח את בטיחות הנסיעה בדרכים. לפיכך נקבע, כי רשויות־המכס רשאיות לאסור יבוא מוצרים מטעמי בטיחות בדרכים, אף ששיקול זה אינו מהשיקולים המיוחדים לעניין פקודת המכס.[124] אולם מה דינה של הלכה זו כיום? האם נאמר כי רשות־תמרור לא הוסמכה להפעיל את סמכותה באופן הפוגע בחופש התנועה[125] כדי להגן על רגשות המתפללים, כיוון שהסמכה מפורשת לכך לא נמצאה? האם שיקולי בטיחות לא יוכלו לבסס החלטה של רשויות המכס, המגבילה את חופש העיסוק? שאלה דומה עולה גם בהסדרי חקיקה משקיים וכלכליים. מטרתה של פקודת היבוא והיצוא[126] היא להגן על אינטרסים כלכליים של המדינה. האם שיקולים אחרים – כגון שיקולים הנוגעים לשמירה על הסדר הציבורי או להגנה על בריאות הציבור – לא יוכלו לעולם להילקח בחשבון כאשר שר התעשייה מגביל את היצוא או היבוא על־ידי צווים מכות פקודה זאת?[127] חשיבותן של שאלות אלו תגדל לאחר שתפוג הוראת השעה בחוק־יסוד: חופש העיסוק, וגם פקודה זו תהיה כפופה לחוק־היסוד האמור.[128]

123. ראו בג"צ חורב (לעיל, הערה 22), סעיף 72 לפסק־הדין של הנשיא ברק.

124. בג"צ 612/81 שבו נ' שר האוצר ואח', פ"ד לו (4) 296, עמ' 301: "כבר נפסק בעבר, כי אין פסול בכך שנרועותיה השונות של הרשות המבצעת פועלות תוך התחשבות בשיקולים ציבוריים כלליים, אף אם אלה חורגים מנושאי התחום הספציפי, עליו הן מופקדות".

125. בהנחה שחופש התנועה הוא זכות חוקתית מוגנת.

126. [נוסח חדש], תשל"ט-1979.

127. ראו בג"צ קונטקט לינסן (לעיל, הערה 85), שם הוכרה סמכותו של שר־התעשייה־והמסחר להפעיל את סמכותו הקבועה בפקודת היבוא והיצוא לשם הגנה על בריאות הציבור. הגם שפסק־הדין ניתן לאחר שתקופת־המעבר הקבועה בסעיף 10 לחוק־יסוד: חופש העיסוק, חלפה, ולפני שהוארכה שוב (ראו לעיל, הערה 85), בית־המשפט לא קבע כי הוראת סעיף 2 הגורפת הינה בטלה. עם זאת, השופט גולדברג ציין, כי "הבריירה שהיתה 'בידי הרשות לפעול לפי אותו חוק הנראה לה נות ומתאים יותר להשגת מטרתה'... אינה נתונה עוד, לדעתי, ככל שמדובר בפגיעה בזכות־יסוד". לכן, כאשר הפעלת סמכות משפיעה על זכויות־יסוד, אין הרשות רשאית להפעיל "סמכות סל" כאשר ישנה הוראת נורמטיבית ספציפית המסדירה אותו תחום (ראו סעיפים 10-11 לפסק־דינו).

128. דוגמא ללקיחת שיקולים מעין אלו בחשבון לשם הפעלת חוק כלכלי ניתן למצוא בבג"צ 987/94 יורונט קוי זהב (1992) בע"מ ואח' נ' שרת התקשורת ואח', פ"ד מח (5) 412. במקרה זה הגבילה המשיבה את חופש העיסוק של העותרים בטענה שפעילותם פוגעת בתדמיתה של מדינת ישראל בעולם. השופט זמיר הותיר בצריך עיון את השאלה האם שיקול

nevo.co.il

לדעתי, פתרון פרגמטי מחייב לאפשר לרשות גם לשקול שיקולים אלו. זכויות רבות זכו למעמד של זכויות־יסוד. כמעט לכל פעולה שלטונית עשויה להיות השפעה על זכויות־יסוד. אם בכל פעולה כזו ייאסר על הרשות לשקול את התכליות הכלליות של החקיקה, הרי שהשפעת תכליות אלו תצטמצם עד למאוד. לפיכך, יש לפרש בהרחבה את תכלית החוק, וגם תכליות שאינן התכלית המרכזית הספציפית של החוק צריכות להילקח בחשבון בעת שהרשות מחליטה להפעיל את סמכותה. ההגנה על זכויות־היסוד תושג באמצעות המשקל שיינתן לאותם שיקולים. כאשר יעמתו שיקולים כלליים אלו עם החובה להגן על זכויות־היסוד, תיבחן הפעולה על בסיס התנאים המהותיים שבפסקת ההגבלה, ובייחוד תנאי המידתיות. פרשנות זו אפשרית גם בשל העובדה שהסמכה מפורשת לפגיעה לא נדרשת מהרשות המינהלית בעת הפעלת סמכויות ביצוע. מסקנה זו אין פירושה כי שיקולים שלפני חקיקת חוק־היסוד היו בגדר שיקולים זרים, ייחשבו מעתה שיקולים ענייניים. כוונתי היא רק לומר, שאין במגבלה הפורמלית שבחוק־היסוד כדי לשנות את מכלול השיקולים שהרשות צריכה להביא בחשבון בהפעילה סמכות הפוגעת בזכויות־יסוד.[129]

התוצאה היא אפוא, שכל עוד המטרות של הרשות אינן "מטרות הזרות לחוק", הרי שההסמכה היא "בחוק". המטרות הרלבנטיות הן המטרות הספציפיות שהחוק נחקק לשמן, כמו גם המטרות הכלליות, שהזקה כי כל דבר חקיקה התכוון להגשים. אין לחפש הסמכה בלשון מפורשת כדי שהרשות תוכל להפעיל את הסמכות באופן הפוגע בזכות־יסוד. יש מקום לאפשר לרשות לשקול גם את התכליות הכלליות של החוק בבואה להפעיל סמכות ביצוע הפוגעת בזכויות. כל עוד הרשות מוצאת הסמכה בחוק להפעלת הסמכות, הרי שגם אם הסמכות מופעלת באופן הפוגע בזכות־יסוד, הפגיעה היא בחוק. מובן שגם אם הפגיעה היא "בחוק", יש להמשיך ולבדוק אם החוק הולם את ערכי המדינה, אם התכלית ראויה ואם הפגיעה אינה עולה על הנדרש.

זה הוא שיקול ענייני לעניין חוק הבוק הגם שאינו מפורט ברשימת השיקולים שהשר צריך להביאם בחשבון בהחלטתו על הענקת רישיון. אכן, ספק רב אם שמירה על תדמיתה החיובית של המדינה היא מטרה כללית, שיש להניח שכל חוק נועד להגשימה. אך אם נאמר שכן, הרי שעל־פי גישתי, גם כאשר בהגשמת מטרה זו יש כדי לפגוע בזכות־יסוד, אפשר לתת לה משקל כלשהו, כל עוד ההחלטה שתתקבל תמלא את שאר תנאי פסקת ההגבלה. ראו גם בג"צ אינדור (לעיל, הערה 18), 690, שם נידונה הוראת חוק עזר לירושלים (שילוט), המסמיכה את ראש־העירייה לאסור על פרסום מודעות (ועל־ידי כך להגביל את חופש הביטוי), אם "יש במודעה משום פגיעה בתקנת הציבור או ברגשותיו". השופט ברק קבע, כי ראש־העירייה מוסמך לשקול במסגרת זו גם את שלום הציבור, מכוח היותו עקרון־יסוד של השיטה. לגישתו, השמירה על שלום הציבור כוללת גם את השמירה על יחסי־החוץ של המדינה. לפיכך נקבע, כי ראש־העירייה מוסמך להגביל את חופש הביטוי כדי למנוע פגיעה ביחסי־החוץ של המדינה.

129. איני עוסק במסגרת חיבור זה בשאלה אם משקלן של זכויות־היסוד עלה עקב חקיקת חוק־היסוד: שאלה זו נוגעת למידת הפגיעה ולשאר התנאים המהותיים שבפסקת ההגבלה.

nevo.co.il

ח. מהו חוק? המובן המהותי

ראינו כי חוק במובן הפורמלי אינו דומה ל-Law. במישור המהותי השאלה היא, האם יש לאמץ בארץ גם את דרישת הנגישות ודרישת הצפיות כפי שאלו הותוו על־ידי בית־המשפט בשטרסבורג?

לכאורה אין חשיבות כה רבה לשאלה זו, שכן גם אם נאמר שה"חוק" הוא חוק, הרי שמשהופרו דרישת הנגישות ודרישת הצפיות, ניתן לתקוף אותו בטענה שאין הוא הולם את ערכי המדינה או שהפגיעה שלו עולה על הנדרש.

אולם בחינה מדוקדקת יותר תמצא שלהכרעה בשאלה זו חשיבות רבה. אם נאמר כי חוק שלא עמד בדרישות אלו לאו "חוק" הוא, הרי שמשמעות הדבר היא שדרישות אלו הן דרישות מוחלטות. לפי גישה זו, לעולם לא ניתן לאזן את הצורך בפרסום החוק עם צורכים אחרים; שכן חוק שלא פורסם, כלל אינו "חוק", ולכן לא תובל לקום מכוחו הסמכה לפגיעה בזכויות־יסוד. כמו־כן, לעולם לא נוכל להתיר פגיעה בזכות מכות חוק המתיר לרשות מינהלית לפעול "לפי שיקול־דעתה", שכן חוק כזה אינו "חוק" כלל.

לעומת זאת, אם נבחן את החוק על־פי ערכי המדינה ודרישת המידתיות, ייתכנו מקרים שבהם גם חוק שיפר דרישות אלו יעמוד בתוקפו. במקרה כזה, דרישת הנגישות ודרישת הצפיות הופכות לדרישות יחסיות ולא מוחלטות.[130] נבחן כעת את הדרישות האמורות.

1. דרישת הנגישות

אשר לדרישת הנגישות, נראה כי אין כל מניעה לאמצה כפשוטה. לפיכך, חוק שלא פורסם – אינו חוק לצורך פסקת ההגבלה, ואי־אפשר אפוא לפגוע בזכות־יסוד מכוחו.

ברוב המקרים אין בכך כל בעיה, שכן כל חוק של הכנסת מתפרסם ברשומות. לדעתי, ראוי שדרישה זו תהיה דרישה מוחלטת. חוק שלא פורסם אינו חוק, ופגיעה מכוחו לעולם לא תוכל לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה. ייצוין, כי זה היה גם הדין לפני חקיקת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.[131] אולם דין זה היה במעמד של חוק, ואילו עם חקיקת חוק־היסוד הוא נהנה ממעמד חוקתי.

כדאי לציין שדרישת הנגישות, כפי שנקבעה באירופה, אינה מחייבת פרסום, אלא די בכך שהנורמה הובאה לידיעת הנפגע בזמן, כדי שנאמר שהיתה "נגישות" לנורמה.[132] אולם נראה כי בארץ הדרישה תהיה מתמירה יותר, וחוק או תקנה – גם אם הובאו לידיעת

---

130. יצוין, כי דרישת הנגישות ודרישת הצפיות הן למעשה חלק מעקרון שלטון החוק במובן המהותי, המוכר כעקרון־יסוד במשפט הישראלי בלי קשר לחוק־היסוד. ראו על כך אצל רובינשטיין (לעיל, הערה 22), 272-281.

131. ראו סעיף 10(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948; וכן רובינשטיין (לעיל, הערה 22), 278; ברכה, כרך א (לעיל, הערה 10), 249.

132. ראו, למשל, *Groppera Radio And Others v. Switzerland*, Judgment of 28 March 1990, 12 E.H.R.R. 321.

nevo.co.il

הגפגע – לא ייכנסו לתוקף כל עוד הם לא פורסמו ברבים.[133] החמרת זו בדרישת הנגישות בארץ משתלבת היטב בהלכה שקדמה לחקיקת חוקי־היסוד. היא גם מתבקשת מכיוון שהמונח "חוק" בארץ מצומצם יותר מהמונח Law. לפיכך גם אם ייתכן קיומו של דין (Law), שדי בהבאתו לידיעת הנפגע כתחליף לפרסומו, אין להכיר בתוקפם של חוק או תקנה שלא פורסמו לצורך פסקת ההגבלה.

מה באשר לכללים או להנחיות פנימיים שהוצאו כדי להנחות את הרשות באשר לאופן הפעלת הסמכויות המוקנות לה בחוק?[134] לכללים אלו אין כוח של חוק.[135] גם אם הם קובעים הוראות הפוגעות בזכות־יסוד, הפגיעה אינה בכללים, אלא בחוק.[136] לפיכך אי־פרסומם אינו שולל אוטומטית את תוקף החוק או את חוקתיות הפגיעה. אף־על־פי־כן יש שלהימנעות מפרסומם תהיה השלכה על סמכות הרשות לפגוע בזכות־היסוד, שכן ייתכן כי בשל אי־פרסומם תיפגע דרישת הצפיות, כפי שנראה בהמשך. גם צווים אינדיבידואלים אינם חוק, אך אם חוק מסמיך להוציא צווים בסתר ומכוחם נפגעת זכותו של אדם, הרי שבדרך־כלל החוק המסמיך אינו הולם את ערכי המדינה או שמידת הפגיעה עולה על הנדרש.[137]

2. דרישת הצפיות

מה דינו של חוק שאינו מתווה קריטריונים ברורים להפעלת הסמכות הפוגעת, כגון חוק הקובע כי הרשות רשאית לפגוע בזכות "על־פי שיקול־דעתה"? באירופה נקבע כי "נורמה לא תוכל להחשב ל"דין" (Law), אלא אם היא מנוסחת בקפדנות מספקת, המאפשרת

---

133. ראו ע"פ 213/56 היועץ המשפטי לממשלה נ' אלכסנדרוביץ, פ"ד יא 695, עמ' 702; וכן ברכה, כרך א (לעיל, הערה 10), 267. בנקודה זו הדין הישראלי מחמיר עם מתקין התקנות יותר מאשר מקבילו בארצות המשפט המקובל. באנגליה ובארצות־הברית הפרת חובת הפרסום אינה מביאה לבטלות התקנות, אלא רק משמשת הגנה בהליך פלילי למי שלא ידע עליהן. ראו ברכה, שם.

134. השוו יואב דותן, "פרסום הנחיות מנהליות", משפט וממשל ג (תשנ"ה-תשנ"ו) 475.

135. ראו בג"צ 2581/91 סלחאת ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מז (4) 837 (להלן: בג"צ סלחאת); וכן ברכה, כרך ב (לעיל, הערה 49), 222-223.

136. שכן לכללים אין מעמד נורמטיבי. ראו ברכה, שם; וכן בג"צ 1100/95 קאסוטו ואח' נ' ראש עיריית ירושלים ואח', פ"ד מט (3) 691, שם טען העותר לבטלותם של הכללים שקבעה הוועדה למניעת ניגוד עניינים של נבחרי הציבור ברשויות המקומיות לפי חוק־יסוד: חופש העיסוק, הוועדה הוקמה על־ידי משרד־המשפטים, בלי שהוקנתה לה, או לכללים שקבעה, כל סמכות בחוק. השופט בך דחה את העתירה ופסק, כי ההוראה האוסרת על ניגוד עניינים מעוגנת בסעיפים שונים בפקודת העיריות [נוסח חדש] ובחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, ולפיכך הפגיעה בחופש העיסוק של העותר מותרת.

137. והשוו *Lim Chin aik v. The Queen* [1963] A.C., שם נפסק כי צו אינדיבידואלי שהופר אינו תקף, שכן הוא לא הובא לידיעת הנאשם, על־אף שלא היתה כל חובה על־פי חוק להביא את הצו לידיעתו.

nevo.co.il

לאזרח לתכנן את צעדיו",[138] בקנדה אומצה גישה זו בבית־המשפט לערעורים של אונטריו.[139] על־פי גישה זו יש צורך שהדין יתווה גם קריטריונים להפעלת שיקול־הדעת. הקריטריונים יכולים להיות כלליים ודי שיפנו לשיקולים מרכזיים שיש לשוקלם. אולם יש להראות קיומם של קריטריונים כאלו בדין.

האם יש ליישם הלכה זו גם אצלנו?[140] פרופ' ברק משיב על כך בחיוב. לדעתי, הלכה זו, כפי שהוצגה כאן עד כה וכפי שהוצגה בספרו של פרופ' ברק, לא תוכל להתאים למשפט הארץ. למעשה גם באירופה אין מיישמים אותה בפשוטה.

דרישת הצפיות נקבעה באירופה על רקע ההכרה שפגיעה בזכות־יסוד מותרת כאשר היא נעשית "על־פי דין". לפיכך די היה שהיו תקנות או כללים הקובעים קריטריונים להפעלת שיקול־הדעת כדי שייקבע כי הפגיעה היא על־פי דין. אימוץ הלכה זו בפשוטה, בהתעלם מההבדל בין "Law" ל"חוק", יתייב שכל חוק יקבע את הקריטריונים להפעלת כל סמכות שיש בה פגיעה כלשהי בזכות־יסוד. לפי גישה זו, אם הקריטריונים להפעלת שיקול־הדעת ייקבעו בהנחיות מנהליות או בתקנות שלא הוסמכו לכך הסמכה מפורשת, לא יהיה בכך כדי למלא אחר דרישת הצפיות.[141] השופט ברק אף מטיל ספק בחוקיות ההסדר, כאשר הקריטריונים מופיעים בתקנות שנקבעו מכוח הסמכה מפורשת.[142]

---

138. *Silver v. United Kingdom* (1983) 5. E.H.R.R 347, p. 372 (להלן: פרשת סילבר).

139. *Re Ontario film Video Appreciation sociaty* 45 O.R. (2d) 80 (C.A.) (להלן: פרשת אונטריו).

140. השאלה התעוררה אגב אורחא בבג"צ 1452/93 איגלו חברה קבלנית לעבודות צנרת בנין ופיתוח בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר ואח', פ"ד מז (5) 610. באותו מקרה אושרה החלטת המשיב שלא לאפשר לעותרת ליבא מוצרים מרוסיה, בשל מגבלות שמטילה רוסיה על יצוא מישראל. אגב כך נידונה השאלה האם פקודת היבוא והיצוא, שמכוחה הוצא הצו של המשיב, היתה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה גם כעבור שנתיים. השופטת דורנר השיבה על כך בחיוב. השופט אור העדיף להשאיר שאלה זו לעיון נוסף באומרו (בעמ' 621):

> פקודת היבוא והיצוא [נוסח חדש] מסמיכה את שר המסחר והתעשייה לקבוע בצו הוראות שיראו לו מועילות לאיסור או להסדרה של יבוא טובין. כל ההגבלות והאיסורים לגוף העניין מוסדרים בצווים – צו מתן רשיונות יבוא וצו יבוא חפשי. שאלה הדורשת הכרעה היא, אם ניתן לומר בנסיבות באלה שההגבלה של הזכות לחופש העיסוק ביבוא נעשתה בחוק – להבדיל מחיקוק בדרגה נורמאטיבית פחותה מחוק, כמו צו – כדרישת סעיף 1 בחוק־היסוד.

יש לזכור כי הדיון היה לפני שחוק־היסוד קבע כי ניתן להטיל מגבלות על חופש העיסוק גם "לפי חוק".

141. ראו ברק (לעיל, הערה 31), 498. ברור שהנחיות מינהליות אינן "חוק". על כך ראו בג"צ סלחאת (לעיל, הערה 135).

142. ראו שם, 500. אך נראה, כי בית־המשפט העליון אינו נוטה לפסול חוק כאשר אין בו קריטריונים להפעלת הסמכות הפוגעת, אם הוצאו מכותו תקנות שיש בהן כללים או קריטריונים כאמור. השוו בג"צ קונטקט לינסן (לעיל, הערה 85).

nevo.co.il

דרישת הצפיות על־פי פירוש זה היא דרישה מחמירה. בדרישה זו לא יוכל המחוקק לעמוד. כמות הנושאים שיש להסדיר בהוראות תחיקתיות במדינת־הסעד המודרנית היא עצומה, והיקף הסמכויות שיש להקנות לרשויות השלטון הוא אדיר. המחוקק הראשי לא יוכל לעמוד בדרישת הצפיות ולהציג את הקריטריונים להפעלת כל סמכות. יש גם לזכור, כי תכליתה של דרישת הצפיות היא לאפשר לאדם לתכנן את מעשיו תוך ידיעת הדין. לפיכך אין היגיון לקבוע, כי הסדר נורמטיבי מפורסם וברור אינו מקיים את דרישת הצפיות רק מכיוון שמעמדו הנורמטיבי של ההסדר נמוך ממעמדו של חוק. מנגד, אין לבטל את דרישת הצפיות כליל. הדרישה שאדם יוכל, תוך עיון בפרסומים רשמיים, לדעת ולצפות בקווים כלליים מתי וכיצד רשאי השלטון לפגוע בזכויות־היסוד שלו, היא ממסדי ההגנה על זכויות־היסוד. משכשלה נורמה משפטית למלא דרישה זו, הפגיעה בזכות לא תוכל להיחשב חוקתית.

מהו אפוא הפתרון? ניתן להציע שני פתרונות חלופיים. הראשון, הוא הפתרון שניתן בבית־הדין האירופאי בשטרסבורג. שם, בפרשת סילבר, נידונו נהלים פנימיים שקבעו קריטריונים להפעלת שיקול־הדעת. נקבע שאף כי אותם נהלים אינם בגדר "Law", הם יילקחו בחשבון בעת שמעריכים האם קוימה דרישת הצפיות, בתנאי שהם יקיימו את דרישת הנגישות.

> The court considers that although those directives did not themseleves have the force of law, they may - to the admittedly limited extent to which those concerned were made sufficiently aware of their contents - be taken into account in assessing whether the criterion of foreseeability was satisfied...[143]

מטיבה זו דומה בית־המשפט את הטענה של המבקש, שעל־פיה ההנחיות הפנימיות האמורות חייבות היו למצוא את מקומם בדין המהותי. על־פי פתרון זה, חוק שאינו עומד בדרישת הצפיות אינו Law, אולם כדי לבחון אם הדרישה קוימה יש להיעזר גם בכללים שאינם בגדר Law, המשמשים ליישומו.

הפתרון השני מבסס את עצמו על שאר תנאי פסקת ההגבלה. על־פיו, דרישת הצפיות אינה תנאי לתוקפו של חוק, אלא היא נבחנת במסגרת מידתיות הפגיעה. כאשר לא נקבעו קריקטריונים סבירים וגלויים להפעלת שיקול־הדעת, המאפשרים לאזרח לתכנן את צעדיו על־פיהם, הרי שהפגיעה היא במידה העולה על הנדרש, אולם גם חוק הקובע כי הרשות תפעל על־פי שיקול־דעתה, חוק הוא.

לדעתי, הפתרון שנקבע בבית־הדין האירופאי לוקה בקושי אינהרנטי. כיצד ייתכן שנורמה מסוימת לא תיחשב Law בטרם נקבעו כללים מינהליים המתווים את דרכי יישומה, ואילו עם קביעתם של כללים כאלו תשתנה מהותה והיא תוכר כ־Law?

143. פרשת סילבר (לעיל, הערה 138), 372.

nevo.co.il

לגישה האירופאית חסרה גם הגמישות הנדרשת מנורמה חוקתית. הוראה הפוסלת כל חוק המקנה שיקול־דעת רחב לרשות לפגוע בזכות־יסוד אינה יכולה לעמוד במכחן המציאות. גם באירופה לא ניתן היה לאמצה כפשוטה. לפיכך, בית־המשפט האירופאי הכביר בסייגים נוספים לדרישת הצפיות. הוא קבע שדרישת הצפיות תבוא על סיפוקה גם כאשר הוקנה לרשות שיקול־דעת רחב ובתנאי שנמצאות הנחות אחרות כדי למנוע שימוש שרירותי בסמכות. ההנחות האמורות אינן חייבות למצוא את מקומן באותו טקסט ממש, אלא יכולות אף להימצא בכללים תיצוניים לו.[144] כך, למשל, בפרשת אולסון[145] נתן בית המשפט יד לאישורו של החוק המקנה שיקול־דעת רחב לפגוע בזכות־יסוד (להוציא ילד ממשפחתו למשמורת ציבורית).

> החוק השבדי שאנו דנים בו במקרה זה משתמש במונחים כלליים למדי ומעניק שיקול־דעת נרחב ביותר, בייחוד לגבי הכרעות בעניין משמורת... מנגד, הנסיבות שבהן יהיה צורך להוציא ילד למשמורת ציבורית... הן כה רבות ומגוונות עד אשר כמעט שאי־אפשר לנסח חוק שיחול על כולן. צמצום הסמכות רק למקרים שבהם נגרם לילד כבר נזק ממשי יכול שיפגע ביעילות ההגנה שהוא זקוק לה. יתירה מזאת, בפירוש החוק ויישומו, עבודת ההכנה הרלבנטית... מתווה קווים מנחים באשר ליישום שיקול־הדעת המוענק. שוב, הגנה מפני פגיעה שרירותית בזכות מוקנית מעצם העובדה שביישום רוב הסמכויות הסטטוטוריות כפופה הרשות לאישורו של בית־דין מינהלי או לביקורת של בית־דין כזה בערכאות שונות... לפיכך בית־המשפט קובע, כי הפגיעה היתה "על־פי דין".[146]

קשה ליישב סייגים אלו עם הקביעה המוחלטת, שנורמה שאינה קובעת קריטריונים להפעלתה אינה "דין".

כמו באירופה, גם בקנדה המציאות טפחה על פני המבקשים לאמץ עיקרון זה כפשוטו, עד כי, אף שהוא מעולם לא נדחה, ניתן למצוא פסקי דין שצמצמו את היקפו עד למאוד. כך, למשל, בפרשת דייוידסון[147] נידונה סמכותו של בורר, הכפוף לצ'רטר, להוציא צו המגביל את חופש הביטוי, כשהחוק המסמיך קבע רק שהבורר מוסמך לתת סעד של "פיצויים, השבה או כל סעד אחר מן היושר". נראה שעל־פי דרישת הצפיות היה מקום

144. ראו ון דייק (לעיל, הערה 38), 582.

145. *Olsson v. Sweden* (1988) 11 E.H.R.R. 259 (להלן: פרשת אולסון).

146. שם.

147. פרשת דייוידסון (לעיל, הערה 113), 416.

nevo.co.il

לומר שלא נקבעו סטנדרטים לשימוש בסמכות ולכן ההסמכה בטלה.[148] ברור, ששיקולים פרגמטיים לא אפשרו לבית־המשפט העליון בקנדה לאכוף את דרישת הצפיות כפשוטה. נראה כי לאחרונה בית־המשפט העליון של קנדה מעדיף לבחון סוגיות דומות במסגרת הסייג הדודש שהפגיעה תהיה "הולמת מדינה דמוקרטית", ולא במסגרת הביטוי "על־פי דין". כך, לדוגמא, בפרשת אוסבורן נקבע, כי מכיוון שפעילויות שלסוניות ויבות מהייבות לאפשר לרשות שיקול־דעת רחב, עריף לבחון את סוגיית החוק המעורפל על־פי תנאי פסקת ההגבלה, ולא לקבוע על הסף כי החוק אינו Law.[149]

האם ניתן לומר כי הקריטריונים להפעלת הסמכות מתבקשים מתכלית החוק ומכללי הפרשנות ולכן מקוימת דרישת הצפיות? פרופ' ברק משיב על כך בשלילה. לגישתו, אף כי לפי פסיקת בית־המשפט העליון כל שיקול־דעת כפוף למטרות החוק שבמסגרתו הוא מופעל, אין בהלכת הפסוקה למלא את אשר המחוקק החסיר. לדעתי, קשה ליישב דעה זו של ברק עם גישתו שעל־פיה ההלכה הפסוקה היא־עצמה "חוק". אם ההלכה הפסוקה היא "חוק", הרי שהקריטריונים הדרושים קבועים ב"חוק". לדעתי, ההלכה הפסוקה אינה בגדר "חוק", אולם המשפט המקובל הישראלי בהחלט יכול – במקרים מסוימים – לספק את דרישת הצפיות.[150]

יש לזכור, שמטרתה של דרישת הצפיות היא לאפשר לאזרח לצפות מהם הקריטריונים שהרשות תשקול בהפעלת סמכותה. אם הקריטריונים הללו וכו לפרסום בחוק, בהנחיות מינהליות או בפסיקה – הרי שהדרישה מולאה.

לעומת זאת, בבית־המשפט העליון של קנדה הגישה שונה במקצת. שם נדון חוק מקומי המסמיך את המשטרה לעצור כלי־רכב על־פי שיקול־דעתה התופשי. המשטרה השתמשה בסמכותה כדי לעצור מכוניות באקראי בחיפוש אחר נהגים שיכורים או עברייני־תנועה אחרים. בית־המשפט קבע כי יש לפרש את את שיקול־הדעת הכללי שהוקנה בחוק כרחב מספיק כדי לכלול הסמכה לעצירת מכוניות באקראי. בחוק, לאחר שפורש כך, ניתן למצוא עיגון משתמע להגבלה של התירות מפני עיכוב ומעצר.[151]

מהניסיון בקנדה ובאירופה, עולה כי פרשנות הקובעת כי לעולם הוראה שאינה מתווה קריטריונים ליישום שיקול־הדעת אינה "דין" אינה פרשנות היכולה לעמוד במבחן המציאות. ואם כך הוא לגבי "דין", על־אחת־כמה־וכמה שכך הוא לגבי "חוק". אם לא היה

148. לביקורת על פסק־הדין ראו הוג (לעיל, הערה 40), 864.

149. *Osborne v. Canada* (Treasury Board) [1989] 1 S.C.R. 927. ראו על כך גם אצל Mark W. Janis, Richard S. Kay and Anthony W. Bradley, *European Human Rights Law* (Clarendon Press, New York, 1995), 222.

150. ראו את פסיקת בית־המשפט האירופאי בשטרסבורג בעניין *Kruslin v. France*, Judgment of 24 April (1990), 12 E.H.R.R. 547. שם טען העותר, כי ההנחיות שנקבעו בפסיקה בצרפת לעניין האזנות־סתר אינן יכולות לספק את דרישת הצפיות; שכן במשפט הקונטיננטלי, להבדיל מהאנגלי, אין למשפט המקובל מעמד של דין. טענה זו נדחתה (אף כי לגופו של עניין נקבע שההנחיות בפסיקה הצרפתית לא היו ברורות דיין).

151. *R. v. Hufsky* [1988] 1 S.C.R. 621. ראו גם הוג (לעיל, הערה 40), 863.

אפשר לדרוש מ"דין" לעמוד איתן למול דרישת הצפיות, ברור מאליו שאי־אפשר לדרוש פירוט קריטריונים בכל "חוק". אם נאמר שדבר־חקיקה של הכנסת, שאין בו קריטריונים התוחמים את שיקול־הדעת, איננו "חוק", נהפוך את דרישת הצפיות לדרישה מוחלטת. דרישה זו צריך שתהיה דרישה יחסית. לדעתי, ראוי אפוא לבחון את דרישת הצפיות במסגרת המבחנים האחרים שבפסקת ההגבלה. כך, לדוגמא, בהחלט ייתכן שחוק שאינו מתווה קריטריונים להסדרת שיקול־הדעת, אף שעדיין חוק הוא, אין הוא הולם את ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית. עוד ייתכן, כי על־אף שלא הותוו קריטריונים להפעלת שיקול־הדעת, עדיין מתאפשר לנפגע – ככל שהדבר סביר בנסיבות המקרה – לצפות מתי הרשות תפעיל את סמכותה. היכולת לצפות ואת עשויה להתקבל מתוך מטרת החוק, לשונו, ההלכות בדבר פרשנות חוקים או הנחיות מינהליות של הרשות, שהובאו לידיעת הנפגע או שפורסמו. במקרים אלו אין לומר כי החוק כלל אינו חוק לצורך פסקת ההגבלה, רק מכיוון שהוא מתיר פגיעה בזכות־יסוד "לפי שיקול־דעתה" של הרשות המוסמכת.[152] כאמור לעיל, לעתים הפגם אינו בחוק עצמו, אלא בהיעדרם של קריטריונים מפורסמים חיצוניים לחוק. במקרה כזה, כאשר מונעים מהנפגע גישה לקריטריונים כאמור, ייתכן שנראה בפגיעה בזכות־היסוד כפגיעה במידה העולה על הנדרש.[153] יתירה מזאת: החובה לפרסם הנחיות עולה גם מן האיסור לפגוע בזכויות באופן שאינו הולם את ערכי המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית. ככלל (בכפיפות לחריגים), כשפוגעים בזכות־יסוד, בלי שניתן לנוגעים בדבר אפשרות לצפות הגבלה זו, הפגיעה אינה הולמת את ערכי המדינה.[154]

152. יצוין, כי בפסק־דין מוקדם של בית־המשפט לערעורים בקנדה, בפרשת אונטריו (לעיל, הערה 139), נפסק כי קריטריונים שנקבעו על־ידי המועצה לביקורת סרטים ופורסמו, אינם מספקים את דרישת הצפיות, מכיוון שהמועצה רשאית לסטות מהם. אולם, כאמור, נראה כי בית־המשפט העליון של קנדה לא אימץ גישה מחמירה זו. עוד יצוין, שבאירופה נקבע כי הנחיות פנימיות הקובעות קריטריונים יכולות לספק את דרישת הצפיות גם אם ניתן לחרוג מהם בנסיבות מיוחדות. ראו פרשת סילבר (לעיל, הערה 138).

153. השוו בג"צ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד (אחר), פ"ד מו (3) 501; וכן דותן (לעיל, הערה 134).

154. ראוי לציין בהקשר זה, כי חוק־היסוד אינו קובע איסור על פגיעה שאינה הולמת את ערכי המדינה, אלא אוסר על קיומו של חוק שאינו הולם ערכים אלו. על־פי פסקת ההגבלה שלנו, משמע שהדרישה היא שהחוק (ולא הפגיעה בזכות) יהלום את ערכי המדינה, בניגוד ללשון ההגבלה באירופה, בניו־זילנד ובקנדה, שם נדרש שההגבלות על הזכות תעמודנה בדרישת ההתאמה לערכים הדמוקרטיים, ולא שהחוק יעמוד בתנאים אלו. אולם האיסור על פגיעה שאינה הולמת מתבקש ממושכלות ראשוניות של פרשנות חוקים. אם החוק הולם את ערכי המדינה, אין בכוחו להתיר פגיעה בזכות. כאשר פגיעה זו אינה הולמת ערכים אלו, מתחייב מכך, שחוק כזה יפורש באופן שאינו מתיר פגיעה בלתי־הולמת, כאמור. פרשנות זו מתבקשת גם מכיוון שכל פירוש אחר יביא לבטלותו של החוק. לפיכך ניתן בהחלט לומר, שפגיעה שאינה הולמת את ערכי המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית היא פגיעה פסולה, לפי פירוש החוק שמכוחו היא נעשתה באופן התואם את תנאי פסקת ההגבלה.

nevo.co.il

לפי גישה זו, חוק לא ייפסל כבלתי־חוקתי כאשר אינו ממלא אחר דרישת הצפיות וכאשר ניתן למלא אחר דרישה זו על־ידי קביעת נהלים ופרסומם. במקרה כזה יוכל בית־המשפט לחייב את הרשות לקבוע נהלים כאלו. הלכה היא, כי בית־המשפט מוסמך לכפות על הרשות לגבש נהלים שעל־פיהם תופעל הסמכות.[155] התערבות שיפוטית כזו מוצדקת בייחוד כאשר החלטות הרשות נוגעות ישירות בזכויות־האדם.[156]

על־ידי פירוש זה נאפשר גמישות בהפעלת דרישת הצפיות. ככל שקשה יותר לצפות את מכלול המקרים שיצדיקו פגיעה בזכות, נסתפק בהסמכה בלשון רחבה יותר.[157] לעתים עצם העובדה שמטרת החוק ברורה, והסמכות תופעל רק למטרה זו, תקיים את דרישת הצפיות.[158] לעתים קיומן של נורמות חיצוניות לחיקוק המסמיך, כגון חוקים אחרים, יסייע בגיבוש המסקנה כי קוימה דרישת הצפיות. כך, לדוגמא, סעיף 75 לחוק בתי־המשפט[159] מסמיך את בית־המשפט לתת "פסק־דין הצהרתי, צו עשה, צו לא־תעשה, צו ביצוע בעין וכל סעד אחר, ככל שיראה לנכון בנסיבות שלפניו". לכאורה הוראה גורפת זו מתעלמת לחלוטין מדרישת הצפיות. לפי הוראה זו, סוג הפגיעה והסמכות לפגוע אינם מוגבלים, והעילת לפגיעה, "ככל שיראה לו לנכון", גם היא בלתי־מוגבלת. אולם קריאת הוראה זו יחד עם מכלול החקיקה האזרחית והפסיקה, מביאה למסקנה כי למעשה ישנם הסדרים ברורים למדי באשר לאופן השימוש בסמכות זו ולהיקפו, ולכן דרישת הצפיות מקוימת.

כאמור, גם קיומן של הנחיות מינהליות עשוי לסייע בקיום דרישת הצפיות, אף אם ניתן לחרוג מהנחיות אלו במקרים מסוימים.[160] נכיר בכך שדרישת הצפיות תקבל משמעות מצומצמת מאוד במקרים מסוימים, ער כי ייתכנו חיקוקים, בעיקר בנושאים של ביטחון לאומי, שבהם די יהיה בהסמכה רחבה ביותר כדי לקיים דרישה זו.[161]

---

155. ראו, למשל, בג"צ 556/83 בסט ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד לח (1) 177, עמ' 181-183.

156. ראו יואב דותן, "החובה לקבוע כללים מינהליים", משפטים כג (תשנ"ד) 437, עמ' 469.

157. ראו פרשת דיוידסון (לעיל, הערה 147).

158. פרשת אולסון (לעיל, הערה 145).

159. [נוסח משולב], תשמ"ד-1984.

160. ראו פרשת סילבר (לעיל, הערה 138).

161. ראו פסיקת השופט ברק בבג"צ פרנס, אשר בה התיר הסתרת כללים שעל־פיהם נקבעה רשימת אנשים שיש לעכבם בעוברם בגמל התעופה ולחפש בכליהם. הניטוק היה: "נחה דעתנו, כי נימוקים של ביטחון המדינה מצדיקים אי גילוים של הכללים" (בג"צ 4950/90 פרנס ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מז (3) 36, עמ' 43). ראו גם *Leander v. Sweden* (1987), 9 E.H.R.R. 433, p. 450, שם נקבע כי דרישת הצפיות במקרה של הפעלת צעדים חשאיים הקשורים בביטחון לאומי אינה זהה לדרישה בתחומים אחרים. בהקשר זה ראוי לציין את אחת הטיוטות הקודמות שגובשו במשרד המשפטים להצעת חוק שירות הביטחון הכללי. על־פי הצעה זו, בתנאים מסוימים (שפורטו בהצעה) חוקר רשאי להשתמש בחקירה גם "באמצעים שיש בהם משום הפעלת לחץ על הנחקר". עוד קובעת ההצעה, כי "ראש הממשלה רשאי להתקין כללים

לסיכום: יש להתיר שיקול־דעת ולבחון את היקף הדרישה בכל מקרה לגופו. אולם ראוי להדגיש, כי האמור לעיל הודגם דווקא על־ידי המקרים החריגים. במקרה הרגיל היקפה של דרישת הצפיות נרחב יותר. כדי שהדרישה תקוים, על התוק לספק קריטריונים באשר לסוג הזכות הנפגעת, לאופן הפגיעה בה ולתכלית הפגיעה, ובאשר למקרים שבהם תופעל הסמכות. ברוב המקרים די יהיה בקריטריונים כלליים למדי – הנחיה כללית, המפנה לשיקולי־גג וניתנת להבנה.[162]

לדעתי, מידת הפירוט הנדרשת תלויה גם במידת התומרה של הפגיעה בזכות. גישה זו מתיישבת עם מטרת חוק־היסוד – להגן על זכויות־היסוד. סמכות שבהפעלתה נגרמת פגיעה קלה בזכות־יסוד יכול שתיחשב כמידתית גם אם לא פורטו לפרטים השיקולים והקריטריונים שעל־פיהם תחליט הרשות אם להפעילה וכיצד. לעומת זאת, כאשר הפעלת הסמכות תפגע פגיעה קשה בזכויות־היסוד, ייתכן שלא יהיה די בקריטריונים כלליים, והדין יחייב את הרשות להציג כללים מפורטים באשר לדרך הפעלת הסמכות כדי לעמוד בדרישת המידתיות.

3. חוק סתום

פרופ' ברק מציע לשקול אימוצה של ההלכה בקנדה, שעל־פיה חוק סתום או מעורפל (Vague) אינו חוקתי ולכן בטל. מקורו של הכלל האמור בקנדה הוא בעקרונות הצדק הטבעי, המעוגנים בתוקה הקנדית.[163] בקנדה נמצא עיגון להלכה זו גם בדרישת פסקת ההגבלה כי הפגיעה תהיה "על־פי דין". יצוין כי הלכה דומה אינה קיימת בניו־זילנד או באירופה.

לדעתי, אין כל צורך לאמץ הלכה זו בישראל. דרישת הצפיות מכוונת כל־כולה לאותה מטרה. נורמה מעורפלת לא תאפשר לנוגע בדבר לצפות מתי תפעיל הרשות המוסמכת את הסמכות. גם הוג מבחיר, שעיגון האיסור על חוק סתום בפסקת ההגבלה מתבקש מדרישת הצפיות, המחייבת שהדין ינוסח בבהירות סבירה, כך שאפשר יהיה לתכנן את הצעדים על־פיו,[164] לפיכך, נורמה מעורפלת היא נורמה שאינה מקיימת את דרישת הצפיות.

גם אם נניח כי ייתכנו מקרים שבהם חוק סתום יעמוד בדרישת הצפיות, אין בכך כדי להצדיק אימוץ הלכה זו. כאשר מתאפשר לנוגעים בדבר לצפות כיצד תופעל הסמכות

בכתב... בעניינים הבאים: (א) אמצעי החקירה של השירות והפיקוח על הפעלתם". על־פי ההצעה כללים אלו "אינם טעונים פרסום ברשומות והם חסויים". אם הסדר כזה יתקבל, חוקתיותה וחוקיות הכללים שנכתבו צריכים – לדעתי – להיבחן על־פי ההוראות המהותיות בפסקת ההגבלה. אין לומר שהדרישה כי הפגיעה תהיה "בחוק" אינה מקוימת.

162. ברק (לעיל, הערה 31), 503.

163. ראו הוג (לעיל, הערה 40), 864-866; וכן ברק (לעיל, הערה 31), 505; הלכה זו מקורה בארצות־הברית, שם היא נקבעה מכוח כללי ההליך ההוגן החוקתיים ומכוח העיקרון של הפרדת הרשויות.

164. הוג (לעיל, הערה 40), 865.

ולתכנן את צעדיהם בהתאם לכך, פסילת החוק המסמיך, בשל היותו מעורפל, לא תשרת את מטרת חוקי־היסוד להגן על זכויות־האדם.

בכל מקרה, גם אם ראוי לפסול חוק סתום, שלא בהסתמך על גישת הצפיות, יש לעשות זאת בהסתמך על שאר תנאי פסקת ההגבלה, ולא לקבוע כי חוק סתום אינו "חוק". כפי שציינתי לעיל לעניין דרישת הצפיות, פירוש כזה אינו מתיישב עם הפירוש המקובל של המונח "חוק", ואינו מקנה את הגמישות הראויה המתחייבת ביישום כללים חוקתיים. נכון יותר יהיה לקבוע, כי אמנם מדובר בחוק, אך בשל היותו סתום הוא אינו הולם את ערכי המדינה.

4. חוק רטרואקטיבי

טוגיה דומה עולה גם בהקשר של חוק רטרואקטיבי. חקיקה רטרואקטיבית עשויה לפגוע ביכולתו של האדם לתכנן את צעדיו על־פי החוק. פעמים רבות יהיה בחקיקה כזו כדי לפגוע בזכויות חוקתיות. כך, למשל, חוק רטרואקטיבי המחייב כל מי שהחזיק במקלט־טלביזיה בשנים עברו לשלם אגרה, פוגע בזכות הקניין באורח בלתי־צפוי. פגיעה זו אינה פחותה מפגיעתו של חוק שאינו עומד בדרישת הצפיות. בעת שהאזרח ערך את תחשיביו בעבר והחליט על החזקת מקלט, לא היו בפניו כללים משפטיים תקפים וברורים שעל־פיהם הוא יכול היה לתכנן את צעדיו. הפגיעה אף אינה פחותה מפגיעתו של חוק־סתר. כפי שחוק שלא פורסם אינו מאפשר לאזרח לתכנן את צעדיו על־פיו, כך גם חוק רטרואקטיבי אינו מאפשר זאת לאזרח. האם ראוי שלא להכיר בחוק רטרואקטיבי כ"חוק"? התשובה היא שלילית.

חוק הפוגע רטרואקטיבית בזכות־יסוד מוגנת הוא "חוק". פעמים רבות חוק כזה לא יהלום את ערכיה של מדינת ישראל, אך אין בכך כדי לשלול את היותו חוק. בהחלט ייתכנו מקרים שבהם לא יהיה בעצם הרטרואקטיביות כדי לסתור את ערכי המדינה. חקיקה רטרואקטיבית כשלעצמה אינה נוגדת את ערכי המדינה.[165]

כך, למשל, חוק המאשרר אגרות שנגבו שלא כדין על־ידי רשות השידור ממחזיקי מכשיר־טלביזיה הוא חוק רטרואקטיבי. הוא פוגע בזכות הקניין של אדם בשל פעולה שנעשתה לפני כניסת החוק לתוקפו. אולם אם בנסיבות העניין החוק נועד לתכלית ראויה והוא הולם את ערכי המדינה, הרי שהוא עומד בתנאי פסקת ההגבלה. לעומת זאת, אם החוק מטיל על משלמי האגרה הרטרואקטיבית גם תשלום קנסות־פיגורים, ספק אם הוא הולם את ערכי המדינה. עניינה רטרואקטיבית אינה הולמת מדינה יהודית ודמוקרטית, ולקנסות־פיגורים יש אופי עניינתי. במקרה כזה החוק ייפסל כסותר את חוק־היסוד, אך לא מפני שהוא אינו "חוק" אלא בשל סתירתו את ערכיה של המדינה.[166]

165. ראו בג"צ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור ואח', פ"ד נ (2) 793.

166. ראו שם.

ט. סיכום

הדרישה כי כל פגיעה בזכות־יסוד תיעשה "בחוק" היא דרישה מחמירה, וגם לאחר שהוסיפה הכנסת היתר לפגוע בזכויות "לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו", נמצא שחוקי־היסוד מחמירים מעבר למקובל בחוקות דומות בעולם. בשל ההבדלים הללו יש להיזהר מחיפוש הפירוש הראוי למונח "חוק" בחוקות זרות. ראוי להימנע מהטלת חובות פורמליות קשות על המתוקק. עדיף למקד את הביקורת השיפוטית בפן המהותי של ההגנה על זכויות־האדם.

תנאי בסיסי להפעלת כל סמכות מינהלית – ובכלל זה להפעלת סמכות באופן הפוגע בזכות־יסוד – הוא קיומה של הסמכה לביצוע המעשה בחוק. תנאי זה גובע מכוח עקרון החוקיות, והוא נדרש בהפעלת כל סוגי הסמכויות של המינהל: ביצוע, שפיטה וחקיקה.

בסמכויות חקיקה נדרש מחוקק־המשנה גם למצוא הסמכה מפורשת לפגיעה. קשה ללמוד מהפסיקה שקדמה לחוק־היסוד מה פירושה של דרישה זו. לדעתי, ההסמכה היא מפורשת כאשר היא נובעת מלשון מפורשת של החוק או מתכלית מפורשת שלו. התכלית המפורשת של החוק היא התכלית הספציפית שהחוק נועד להגשימה, להבדיל מהתכליות הכלליות שקיומן גובע מהחזקה הפרשנית כי כל דבר־חקיקה נועד להגשימן. החובה לכבד את זכויות־היסוד, הקבועה בחוק־היסוד, מקנה הסמכה מפורשת להתחשב בצורך להגן על זכויות אלו, ולכן כל הסמכה לקבוע תקנות היא גם הסמכה מפורשת לפגוע בזכויות־היסוד בתקנות, כאשר מטרת הפגיעה היא להגן על זכויות־יסוד אחרות.

בהפעלת שאר הסמכויות הרשות המינהלית אינה נדרשת למצוא הסמכה מפורשת. לפיכך, אם נמצאה הסמכה לעשיית המעשה, וכל עוד מטרותיה אינן מטרות זרות, הרי שההסמכה לפגיעה היא "בחוק...או לפי חוק כאמור". השאלה אם הפגיעה היא חוקית תיבחן לפי שאר התנאים הקבועים בפסקת ההגבלה.

המונח "חוק" פירושו חוק של הכנסת. שאר הדינים – ביניהם "המשפט המקובל", ככל שהוא תקף במדינה – אינם "חוק". כדי שדבר־חקיקה יחשב "חוק", יש לפרסמו ברבים. החוק צריך שיתווה אמות־מידה להפעלת הסמכות הפוגעת, כדי שהאזרח יוכל לצפות, לפחות בקווים כלליים, מתי תופעל הסמכות. אולם גם בהיעדר אמות־מידה כאלו החוק הוא "חוק" כנדרש בחוק־היסוד. במקרה כזה, ייתכן שאין הוא הולם את ערכי המדינה או שהפגיעה הנובעת מכוחו עולה על הנדרש. אולם ייתכן גם שישנם כלים חיצוניים לחוק ונגישים לאזרח, שבעזרתם יכול האזרח לצפות את הפגיעה, כגון חוקים אחרים ודינים נוספים, הפסיקה הקיימת והנחיות מינהליות שפורסמו או הגיעו לידיעתו. כאשר ישנם כלים כאמור, הרי שדרישת הצפיות קוימה.

nevo.co.il