

## חוק-יסוד: חופש העיסוק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

שולמית אלמוג\*

א. מבוא. ב. חוק יסוד: חופש העיסוק. ג. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ד. סיכום.

### א. מבוא

בימים האחרונים לכהונתה קיבלה הכנסת ה-12 שני חוקים הנושאים עמם שינוי מהותי בכל הנוגע למעמדן של זכויות האדם בישראל ומיקומן ביחס לחקיקה רגילה, האחד - חוק-יסוד: חופש העיסוק, שנתקבל ביום 3.3.1992, והשני - חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שנתקבל ביום 17.3.1992.

מאז שנת 1958 נעשו במדינת ישראל עשרות מהלכים פרלמנטריים שמטרתם, בהעדר חוקה, לעגן את זכויות האדם בחוק-יסוד. בין האחרונים שבהם היה "תזכיר חוק זכויות היסוד של האדם", שהוציא משרד המשפטים ביוני 1989 ביוזמתו של שר-המשפטים דן מרידור. מסיבות שהיו בעיקרן פוליטיות, נסתיימו כל אותם מהלכים בלא כלום.<sup>1</sup> לאור הכשלונות המתמשכים, יזם הה"כ אמנון רובינשטיין את פיצולו של חוק-יסוד: זכויות האדם, שהתקבל בכנסת בקריאה טרומית בשנת 1989,<sup>2</sup> לארבע הצעות חוק גפרדות, שנועדו להכרה בזכויות ספציפיות. מהלך זה הביא לפריצת דרך, ושתי הצעות החוק הראשונות נתקבלו על-ידי הכנסת והפכו לחוקי-יסוד.

ברשימה זו אסקור בקצרה את תוכנם של שני חוקי-היסוד החדשים, אתיחס לשאלות אחדות העשויות להתעורר באשר לפרשנותם, ואעמוד על ההבדלים העיקריים ביניהם ועל האופן בו נראה כי יש בהם כדי לשנות את המצב המשפטי קודם לחקיקתם.

\* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

1. לפירוט חלק מאותם מהלכים פרלמנטריים ראה א' רובינשטיין, "המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל" כרך ב' (מהדורה רביעית מורחבת, שוקן) 704-707.
2. ראה ד"כ 115 (תש"ן) 402-412.

**ב. חוק-יסוד: חופש העיסוק**

סעיף 1 לחוק-יסוד: חופש העיסוק קובע: "כל אורח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד; אין מגבילים זכות זו אלא בחוק, מתכלית ראויה ומטעמים של טובת הכלל".

העיקרון הגלום בסעיף זה דומה לעיקרון שקבע בית-המשפט העליון עוד בימיו הראשונים בפסק-הדין הידוע בזרנו נ' שר המשטרה,<sup>3</sup> בלשונו של השופט חשין:

"כלל גדול הוא כי לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח-יד, אשר יבחר לעצמו, כל זמן שההתעסקות בעבודה או במשלח-היד אינה אסורה מטעם החוק..."<sup>4</sup>

על העיקרון שנקבע בעניין בזרנו חזר בית-המשפט בפסקי-דין רבים, אך בפועל לא היה בו כדי להעניק הגנה מספקת לחופש העיסוק. פסיקת בית-המשפט העליון עסקה בעיקרה בפרשנות התחיקה, והיתה כפופה לעיקרון על-פיו יש בכוחה של תחיקה ראשית מפורשת לפגוע בחופש העיסוק. ספר החוקים אכן מלא וגדוש בהוראות שיש בהן כדי להגביל ולסייג את חופש העיסוק. חלק מההוראות מקורן מגדטורי, אולם קיימת גם תחיקה ישראלית ענפה המגבילה, באופן ישיר או עקיף, את חופש העיסוק, מטעמים שונים.<sup>5</sup> עד לחקיקת חוק-יסוד: חופש העיסוק, לא היה בכוחו של בית-המשפט להגן על חופש העיסוק בכל אותם מקרים רבים בהם פגעה בו תחיקה זו אלא בדרך של פרשנות מצמצמת.

התוספת החשובה, שנתוספה לעיקרון שנקבע בעניין בזרנו, מצויה בסיפא לסעיף 1 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, על-פיו אין בכוחו של כל חוק להגביל את חופש העיסוק, אלא רק בכוחו של חוק המטיל את ההגבלה משתי סיבות מצטברות - כדי לשרת תכלית ראויה, וטעמים של טובת הכלל. בכך נפתחת בפני בית-המשפט דלת, שלפני קבלת החוק היתה נעולה, דרכה יכול הוא לבוא היום ולקבוע כי חוק מסוים, שנחקק לאחר קבלת חוק-היסוד: חופש העיסוק, בטל, משום שהוא מגביל את חופש העיסוק מתכלית, שלדעת בית-המשפט, אינה ראויה, או שטעמיו של אותו חוק אינם טובת הכלל. כך, לדוגמא, חוק שמטרתו להיטיב עם גוף או ציבור מסוים, ולהעניק לו מונופולין כתמורה עבור שירותים או תמיכה פוליטיים - יש להגות, כי בית-המשפט ימצא שמטרתו אינה ראויה וטעמיו אינם טובת הכלל, ועל כן הוא מוסמך להכריז עליו כבטל.

חוק-יסוד: חופש העיסוק אינו הופך את חופש העיסוק לזכות מוחלטת, אלא מכיר בצורך להטיל עליה מגבלות מסוימות ולאזן בינה לבין אינטרסים אחרים; צורך הקיים גם כאשר מדובר בזכויות היסוד האחרות. סעיף 2 לחוק מתווה את הדרך בה ניתן להגביל את

3. בג"צ 1/49 פ"ד ב 80 (להלן: עניין בזרנו).

4. שם, 82.

5. תחיקה ישראלית המגבילה את חופש העיסוק כוללת חיקוקים המסדירים חובת קבלת רשיון או היתר לעסוק במקצוע מסוים, לדוגמא - חוק הפסיכולוגים, התשל"ז - 1977; חוקים שמטרתם הגשמת מדיניות כללית מסוימת, לדוגמא - חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח-1958; חוקי מונופולין, לדוגמא - חוק מועצת הפירות (ייצור ושיווק), התשל"ה - 1973.

חופש העיסוק באמצעות התניית קבלת רשיון. על-פי סעיף זה, "לא תישלל הזכות לרשיון אלא על פי חוק ומטעמים של בטחון המדינה, תקנת הציבור, שלום הציבור ובריאותו, בטיחות, איכות הסביבה או הגנה על המוסר הציבורי". הטעמים המפורטים לשלילת רשיון כוללים מונחי מסגרת שניסוחם כללי ורחב, כשם שנהוג לנסח הוראות ועקרונות שאופיים חוקתי, כגון, "תקנת הציבור" או "המוסר הציבורי". משמעות מונחים אלה ושאלת משמעות השימוש במונחים זהים או דומים בחוקים אחרים, אפשר שתהינה שנויות במחלוקת, שעל בית-המשפט יהיה להכריע בה באמצעות פרשנותו. מכל מקום, הטעמים המצדיקים אי-מתן רשיון באים, רובם ככולם, להגן על הציבור, ופירוטם עשוי לסייע בפרשנות הביטוי הרחב יותר - "טובת הכלל", המופיע בסעיף 1 לחוק. לעניין זה יש לציין, כי הטעמים המפורטים בסעיף 2 אינם כוללים טעמים כלכליים, כריכוז שיווק או יישום מדיניות כלכלית, שעד עתה היו טעמים מקובלים לתחיקה המגבילה את חופש העיסוק. עם זאת, תיתכן פרשנות שתקבע כי אף טעמים מסוג זה נכללים במונח "תקנת הציבור" המופיע בסעיף 2, או במונח "טובת הכלל" המופיע בסעיף 1.

משמע, כוח רב מוענק לבית-המשפט, אשר עליו תוטל מלאכת מילוין של הוראות החוק הכלליות בתוכן מעשי וממשי; וייתכן שיהיו מבקרים שימצאו בחוק "גישה אולטרה-ליברלית"<sup>6</sup>, המעבירה לבית-המשפט, באותם מקרים שיגיעו להכרעתו, סמכויות מרחיקות לכת באשר לקביעת תחומי של חופש העיסוק. גם אם חשש זה מוצדק, רבים אחרים ודאי יברכו על הסמכויות שמעניק החוק לבית-המשפט העליון, ויבטחו ביכולתו להעניק פרשנות שיפוטית הולמת ומאוזנת למונחים בהם השתמש המחוקק בחוק-יסוד: חופש העיסוק.

סעיף 3 לחוק קובע, כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את חופש העיסוק של כל אזרח או תושב".

סעיף 4 לחוק קובע, כי "אין בכוחן של תקנות שעת חירום לשנות חוק-יסוד זה, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים". הוראה דומה בתוכנה מצויה בחוק-יסוד: הכנסת ובחוק-יסוד: הממשלה.

החידוש הגדול שמביא עמו חוק-יסוד: חופש העיסוק מצוי בסעיף 5, שעניינו נוקשות החוק, וזו לשונו: "אין לשנות חוק-יסוד זה אלא בחוק-יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת". סעיף זה מעניק לחוק-יסוד: חופש העיסוק שריון של ממש כנגד שינוי באמצעות תחיקה רגילה, שריון שלא הוענק לחוקי-יסוד אחרים, והיקפו רחב אף מהשריון שהוענק לסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת.<sup>7</sup> לראשונה מוצבת אחת מזכויות האדם מעל לתחיקה

6. ק' קליין במאמרו "המהפיכה החוקתית השקטה" מעריב (27.3.92), מעריך כי ימצאו מי שיחלקו על תוכנו של חוק-יסוד: חופש העיסוק, שכן לדעתם הוא נגוע בגישה כזו, "המעבירה לבית המשפט העליון את הסמכות לבדוק אם ההגבלה על עיסוק מושתתת, כלשון החוק, על 'תכלית ראויה וניתנת מטעמים של טובת הכלל' (שם).

7. בהתאם לסעיף 46 לחוק-יסוד: הכנסת, נדרש רוב של חברי כנסת על-מנת לשנות אותו סעיף, אולם אין צורך לעשות את השינוי באמצעות חוק-יסוד, כנדרש בסעיף 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

הרגילה, וניתן להניח, כי בית-המשפט שראה עצמו מוסמך לפסול תחיקה הנוגדת את עקרון השוויון שבסעיף 4 הנ"ל, אשר לא התקבלה ברוב מיוחד,<sup>8</sup> יראה עצמו מוסמך לפסול תחיקה המשנה את חוק-יסוד: חופש העיסוק, שלא נתקבלה כחוק-יסוד ברוב של חברי הכנסת.

סעיף 6 לחוק קובע הוראת שעה בוו הלשון: "הוראות חיקוק שהיו בתוקף ערב תחילתו של חוק-יסוד זה, והן עומדות בסתירה להוראותיו, יעמדו בתקפן עד תום שנתיים מיום תחילתו של חוק-יסוד זה; ואולם פירושן של ההוראות האמורות ייעשה ברוח הוראות חוק-יסוד זה".

בעת הדיון בכנסת בהצעת החוק הבהיר שר-המשפטים דן מרידור את הכוונה העומדת מאחורי סעיף זה: "אם הכנסת תמצא לנכון לתקן את התחיקה הקיימת, להשאיר בתוקפו איסור כלשהו הסותר את הקביעה היסודית כאן, יש לה שנתיים זמן לבצע את התיקון הזה".<sup>9</sup> ראוי לציין, כי גם אם תחליט הכנסת, באמצעות תחיקה מתאימה, להותיר על כנם חיקוקים מסוימים הסותרים את הוראות חוק-יסוד: חופש העיסוק, יהיה על אותה תחיקה לעמוד בתנאים הנדרשים בסיפא של סעיף 1 לחוק, דהיינו - לשרת תכלית ראויה וסעמים של טובת הכלל, או בתנאיו של סעיף 5, דהיינו - קבלתה כחוק-יסוד וברוב מיוחד.

כאמור בסיפא של סעיף 6, במהלך השנתיים בהן עומדות ההוראות הסותרות בתוקפן יש לפרשן ברוח הוראות החוק. האם יהיה בהוראה זו כדי לשנות הלכות שנפסקו בעבר הנוגעות לחופש העיסוק? כידוע, העיקרון המנחה את בית-המשפט בכל הנוגע לחוקים המגבילים את חופש העיסוק, כמו גם זכויות יסוד אחרות, הוא כי יש לפרש חוקים אלה בדווקנות, ובדרך שיהיה בה כדי לצמצם ככל הניתן את הפגיעה בזכות.<sup>10</sup> עיקרון פרשני זה עולה בקנה אחד עם רוח הוראות חוק-יסוד: חופש העיסוק, ועל כן, לכאורה לא יהיה בהוראת סעיף 6 כדי להשפיע על הלכות קיימות. למרות האמור, בחינת מספר הלכות שיש בהן כדי להשפיע על חופש העיסוק מביאה למסקנה שונה. נבחן להלן דוגמאות שעניינן חוקי מונופולין וחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, מהן עולה כי עד כה נקט לעתים בית-המשפט בפרשנות רגילה בעת שבא לפרש חוקים הפוגעים בחופש העיסוק.<sup>11</sup> אחד התחומים בהם הגביל המחוקק בצורה בולטת את חופש העיסוק הוא תחום המונופולין, אשר מעצם הגדרתו עולים בבירור השלילה והניגוד שבינו לבין חופש

8. ראה בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר פ"ד כג(1) 693.

9. ישיבה שצ"ב - כ"ח באדר א' התשנ"ב, עמ' 108. (טרם פורסם בדה"כ).

10. ראה בג"צ 252/77 בבאג'ני נ' עיריית תל-אביב יפו, פ"ד לב(1) 404, 413; בג"צ 868/86 טרודלר נ' ראש המועצה המקומית רמת השרון, פ"ד מא(1) 694, 699.

11. בשנים האחרונות אמנם החלה להסתמן תפנית בגישת בית-המשפט העליון, ונכונות מצדו להרחיב את ההגנה על חופש העיסוק (ראה בג"צ 256/88 מדאינווסט מרכז רפואי הרצליה בע"מ נ' מנכ"ל משרד הבריאות, פ"ד מד(1) 19; בג"צ 344/89 ח.ס.ה. - סחר בינלאומי בע"מ נ' שר-המסחר ההתעשייה פ"ד מד(1) 456), אולם גם בהתחשב בשינוי מגמה זה עדיין ניתן לומר כי ההגנה השיפוטית על חופש העיסוק היתה מוגבלת וחסרה, בהשוואה להגנה לה זכויות יסוד אחרות. ראה א' רובינשטיין (לעיל, הערה 1) 848-821.

העיסוק.<sup>12</sup> מטבע הדברים, כאשר נשלט תחום מסוים על-ידי מונופולין, נשלל מכל מי שהמונופולין אינו בידו חופש העיסוק באותו תחום. שאלת מקור הסמכות להענקת מונופולין לא הוכרעה עד כה בהלכה מחייבת, אולם קיימת גישה הגורסת שההסמכה אינה חייבת להופיע בחוק מפורש, ודי לה אם היא משתמעת מלשון החוק ומסרתיו הכלליות.<sup>13</sup> ייתכן כי אם יזוקק בית-המשפט שוב לאותה שאלה, תכריע הוראת סעיף 6 לחוק-יסוד: חופש העיסוק לכיוון הגישה המנוגדת, הדורשת הוראת חוק מפורשת לצורך הסמכת רשות ליצירת מונופולין.<sup>14</sup>

סוגיה נוספת שעלתה בפני בית-המשפט העליון היתה שאלת פרשנותו הראויה של חוק המעניק סמכות ליצירת מונופולין. בבג"צ 15,75/67 בו נדונה פרשנות חוק מועצת הפירות (ייצור ושיווק), התשל"ג-1973, וההגבלה שהוא מטיל על יצוא פירות, מצדד השופט לנדוי (שמסר את דעת הרוב שדחה את העתירה) בפרשנות רגילה של החוק. בדיון נוסף באותו עניין נותרה הדחייה בעינה, ללא הכרעה שונה בשאלת פרשנותו הרגילה או המצמצמת של חוק היוצר מונופולין כזה.<sup>16</sup> יש להניח, כי אם תעלה אותה שאלה היום בפני בית-המשפט, יחייב אותו סעיף 6 לחוק-יסוד: חופש העיסוק לנקוט בגישה הפרשנית בה נקט השופט שמגר (בדעת מיעוט) בעניין הילרון ובר"נ הילרון, גישה הגורסת כי יש לפרש בצמצום כל הוראת מונופולין המגבילה את חופש העיסוק.<sup>17</sup> לאור האמור, ניתן לצפות להיפוך בנטייתו הכללית של הפסיקה עד כה בנושא מועצות השיווק והייצור, כלומר - היפוך הנטייה להחיל על החוק פרשנות רגילה, אשר כתוצאה ממנה מפסידים לרוב העותרים בדינם.<sup>18</sup>

12. לעיל, הערה 1, 832.

13. גישת השופט לנדוי בבג"צ 125/57 אניות מיכל ומשא בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד יא 1490, 1505, אליה הצטרף הנשיא אולשן בבג"צ 311/60 מילר נ' שר התחבורה, פ"ד טו 1989, 2008-2009.

14. גישת השופט חשין בבג"צ 125/57 (לעיל, הערה 13) 1498-1501.

15. הילרון בע"מ נ' המועצה לייצור פירות ושיווקם פ"ד ל (3) 645 (להלן: עניין הילרון).

16. ד"נ 27/66 הילרון בע"מ נ' המועצה לייצור פירות ושיווקם, פ"ד לא (3) 18 (להלן: ד"נ הילרון).

17. בלשונו של השופט שמגר: "אין חולק על כך כי המחוקק מוסמך להגביל את חופש העיסוק מכוח דבר חקיקה, אך בשל מהותה המתוארת של הגבלה ממין זה, כהגבלה על זכות מוכוונת היסוד, יש לפרשה כלשונה ובקנה מידה של צמצום. משמע, כל ספק בדבר תחומה ונוסח הוראותיה יתפרש באופן שיש בו ככל האפשר, כדי לשמור על חופש העיסוק וכדי לא לסייגו שהוא זה, מעל ומעבר למה שמתחייב מדבר המחוקק. עקרון פרשנות זה חל ביוחד כאשר אין מדובר על הוראה אשר מבקשת להגן על הציבור הרחב על ידי קביעת תנאי כשירות מקצועיים למי שמבקש לעסוק במקצוע פלוני, אלא כאשר מדובר על הוראת מונופולין כלכלית כפשוטה". עניין הילרון (לעיל, הערה 13) 836-837.

18. א' רובינשטיין (לעיל, הערה 1) 836-837.

דוגמא נוספת היא הביקורת השיפוטית על חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים (להלן: חוק הפיקוח). חוק זה פוגע פגיעה קשה בחופש העיסוק, בהעניקו לרשויות הממשל סמכויות פיקוח נרחבות וקיצוניות על אספקת מצרכים ושירותים, ושיקול-דעת כמעט בלתי מוגבל באשר למטרות הפעלת הסמכות. הביקורת השיפוטית על הפעלת סמכויות אלה היא מעטה, וכלשונו של פרופ' רובינשטיין: "עומדת ביחס הפוך למאות הצווים התקפים, הקיימים על פי צו הפיקוח".<sup>19</sup>

לשאלת התאמתה של התחיקה הקיימת מכוח חוק הפיקוח להוראות חוק-יסוד: חופש העיסוק, יהיה צורך להידרש בתוך שנתיים מיום קבלת החוק.<sup>20</sup> עד לאותה שעה, כאמור, יש לפרש את חוק הפיקוח ברוח הוראות חוק-יסוד: חופש העיסוק.

נראה, כי נוסח סעיף 6 לחוק-יסוד: חופש העיסוק מאפשר טענה על-פיה יש לחוק השלכות הנוגעות אף לתחיקה הפוגעת בזכויות יסוד נוספות, השלכות אשר ספק אם המחוקק נתן דעתו עליהן. כך, לדוגמא, חוקים הפוגעים בחופש העיתונות<sup>21</sup> מגבילים לא רק את חופש הביטוי אלא גם את חופש העיסוק, וייתכן שגם עליהם יש להחיל את הוראות סעיף 6 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.<sup>22</sup>

### ג. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

מטרת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מוגדרת בסעיף 1 לחוק בלשון זו: "חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".

מדברי ההסבר להצעת החוק עולה כי תיאור מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית שאוב מהכרות העצמאות,<sup>23</sup> שעד קבלת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שימשה אמנם כמקור פרשני, אך רק במקום בו לא סתרה התחיקה את האמור בה.<sup>24</sup>

19. שם, 840.

20. חה"כ א' רובינשטיין סבור כי ייתכן שחלק ניכר מהתחיקה הקיימת מכוח חוק הפיקוח, ובו קיומן של מועצות שיווק וייצור בתחום החקלאות, אינו עולה בקנה אחד עם הוראות חוק-יסוד: חופש העיסוק. ראה א' רובינשטיין, "חוקה גדולה באה" הארץ (3.4.92).

21. לדוגמא: פקודת העיתונות 1933 וסעיף 94 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945, המטילים הגבלות על רישוי עיתונים, והצנזורה עליהם.

22. טענה דומה תיתכן באשר לחוקים ותקנות המגבילים פעילות עסקית ומסחרית מטעמי דת, ופוגעים בכך לא רק בזכויות לחופש דת ומצפון אלא גם בחופש העיסוק. לדוגמא: סעיף 9א לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, האוסר על בעל בית מלאכה, בעל מפעל תעשייה ובעל חנות לעסוק בעיסוקים בימים מסויימים; סעיף (21)249 לפקודת העיריות [נוסח חדש], התשכ"ד-1964, המאפשר לעיריות להתחשב בטעמים שבמסורת דתית לעניין שעת פתיחתם וסגירתם של עסקים.

23. הצ"ח תשנ"ב, 60.

24. ראה, לדוגמא, בג"צ 80/63 גורפינקל וחקלאי נ' שר הפנים, פ"ד יז 2048 (להלן: עניין גורפינקל וחקלאי).

משמעות המושג "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" אינה מוסכמת או מובנת מאליה, ועשויה לעורר סוגיות הקשורות לנושאים חברתיים ופוליטיים הנמצאים כיום במחלוקת ציבורית. גם אם מן הבחינה הרעיונית אין קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית שולל את אופיה כמדינה יהודית,<sup>25</sup> דומה כי ייתכנו מקרים בהם קיימת או תיווצר התנגשות בין יישומם המעשי של ערכים הנובעים מהיות המדינה דמוקרטית לבין ערכים הנובעים מהיות המדינה יהודית. המושג "יהדות" הוא מושג רחב ורב משמעויות אשר קשה לייחס לו מובן אחד בלבד - המובן הדתי, לדוגמא.<sup>25א</sup> על כן, יש הרואים בתחיקה המכונה "דתית" תחיקה הבאה לעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית; אחרים סוברים כי דווקא תחיקה מסוג זה סותרת את ערכי היהדות בת זמננו, ואף אינה מתיישבת עם התפיסה של זכויות האדם, הנובעת מערכיה היסודיים של הדמוקרטיה.<sup>26</sup> פרשנות אפשרית של המונח "מדינה יהודית ודמוקרטית", בו נוקט המחוקק בסעיף 1 לחוק, עשויה להיות, כי מטרת החוק הינה עיגונם של ערכים יהודיים המתיישבים עם ערכי הדמוקרטיה, וכי אם קיימים ביהדות ערכים שאינם מתיישבים עם ערכי הדמוקרטיה - החוק אינו מעגנם.

הסעיף הגדון משתייך, כלשונו של השופט ברק, לאותם "...מקרים קשים בהם לשון החוק היא עמומה, רב-משמעית ובעלת ריקמה פתוחה".<sup>27</sup> במקרים אלה, סבור השופט ברק, מוטלת על השופט מלאכת פרשנות, אשר במהלכה עליו לאזן בין עקרונות מתנגשים בהתאם לקביעת ערכם החברתי ומשקלם בעיני הציבור הנאור.<sup>28</sup> נראה כי החוק החדש אכן מטיל על בית-המשפט מלאכה מורכבת זו.

25. כדעת הנשיא שמגר בע"ב 1/88 ניימן ואח' נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מב(4) 177 בעמ' 189-190, "ודעת השופט דב לוין בע"ב 2/88 בן שלום ואח' נ' ועדת הבחירות לכנסת השתיים עשרה פ"ד מג (4) 221 בעמ' 231.

25א. ראה, לדוגמא, ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום (ניתן ביום 30.4.1992, טרם פורסם), פסק-הדין הראשון של בית-המשפט העליון בו מצויה התייחסות לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. המשנה לנשיא אלון (שכתב דעת מיעוט) מציג עמדה פרשנית מסוימת לדיבור "מדינה יהודית ודמוקרטית", עמדה אשר ככל הנוגע לדיבור "מדינה יהודית", שמה דגש על מורשת ישראל ומורשת היהדות. הנשיא שמגר והשופט ברק מציינים אמנם כי לצורך העניין שנדון באותו פסק-דין אין הם נדרשים לעסוק בפרשנות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אולם השופט ברק מוסיף את הדברים הבאים: "עמדתו הפרשנית של חברי, המשנה לנשיא, לדיבור 'כמדינה יהודית ודמוקרטית' אינה פשוטה כלל ועיקר, לא בתוכנה ולא בשיטתה. הסוגיה היא כבדה מדי, חשובה מדי וסבוכה מדי מכדי שניתן יהא לדון בה אגב אימרת אגב לאימרת אגב".

26. ראה, לדוגמא, דברי השופט לגדוי בעניין גורפינקל וחקלאי (לעיל, הערה 25) 2069, על-פיהם קשה ליישב את חוק המדינה האוכף איסור על גישואי כהן וגרושה גם על בני אדם שאינם מאמינים, עם חופש המצפון וחופש הפעולה הכרוך בו.

27. בניסוחו של א' ברק, "ביקורת שיפוטית ואחריות ממלכתית" הפרקליט לח 245, עמ' 254.

28. שם, שם.

על הביטוי "ערכיה של מדינת ישראל" חוזר החוק בסעיף 8, שעניינו פגיעה בזכויות, וזו לשונו: "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הגדרש". נראה כי "ערכיה של מדינת ישראל" הנוכחים בסעיף 8 הם אותם ערכים הנוכחים בסעיף 1, דהיינו - "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"; אם כי תיתכן גם פרשנות שונה.<sup>29</sup>

בית-המשפט העליון פסק זה מכבר, בשורה ארוכה של פסקי-דין, כי ערכי היסוד של המדינה מהווים מקור משפטי מחייב לצורך פרשנות ויישום חוקים ולצורך הכרה בזכויות האדם.<sup>30</sup> חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, המעגן הלכה זו, מותיר בידי בית-המשפט את המלאכה בה כבר עסק בעבר - קביעת תוכנם המדויק, היקפם ואופן יישומם של אותם ערכי יסוד - ואף קובע דבר מעבר לאותה הלכה: הוא מטיל על המחוקק מגבלה. על-פי אותה מגבלה, אין המחוקק חופשי לפגוע בזכויות שעל-פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אלא בחוק ההולם את ערכי המדינה, שנועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הגדרש.

בנוסף לאמור, נראה כי סעיף 8 מאפשר לבית-המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית על תחיקה הפוגעת בכבוד האדם וחירותו, ואף להכריז על בטלותה של תחיקה כזו. בבג"צ 172/89<sup>31</sup> מזכיר השופט ברק (בדעת יחיד) אפשרות עקרונית להכריז על בטלותם של חוקים הנוגדים עקרונות יסוד של השיטה המשפטית הנהוגה בישראל, אפילו כאשר אין עקרונות יסוד אלה מעוגנים בחוקה או בחוק-יסוד משוריין. בהמשך דבריו מגיע השופט ברק למסקנה כי טרם הגיעה השעה לשנות את ההלכה הקיימת לעניין זה, וזאת בעיקר בשל ההסכמה החברתית בישראל.<sup>32</sup> סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מעיד כי שעת שינוי ההלכה כאמור אכן הגיעה, ונראה כי הוא מקנה לבית-המשפט את הסמכות להפעיל ביקורת שיפוטית על תחיקה, אם תחיקה זו מנוגדת לערכי מדינת ישראל, מטרתה אינה תכלית ראויה, או שהיא עולה על הגדרש לצורך השגת התכלית הראויה. ניתן להניח, כי בעתיד תהיינה להוראה זו (ולמקבילתה בחוק-יסוד: חופש העיסוק) השלכות מעשיות ניכרות. כך, לדוגמא, הועלתה סברה כי ייתכן שחוק הסדרים במגזר החקלאי והמשפחתי, התשנ"ב - 1992 (שכונה "חוק גל"), אשר התקבל זמן קצר לפני קבלת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, היה נפסל בשל פגיעה בזכות הקניין אילו נחקק לאחר קבלת חוק-היסוד.<sup>33</sup>

29. נראה, כי תיתכן טענה על-פיה הביטוי "ערכיה של מדינת ישראל" בסעיף 8 לחוק הוא רחב יותר, ועשוי לכלול אף ערכים נוספים על הערכים המוזכרים בסעיף 1 - לדוגמא, ערכי הציונות.

30. לפירוט פסקי-דין שעשו שימוש בעיקרון זה ראה: א' ברק, "הנשיא אגרנט: 'קול העם' - קולו של העם" גבורות לשמעון אגרנט, (ירושלים, תשמ"ז) 129, 135-136.

31. בג"צ 142/89 תנועת לאו"ר נ' ירד הכנסת פ"ד מד(3) 529.

32. שם, 554.

33. אמנון רובינשטיין (לעיל, הערה 21). שם.

סמכות הביקורת השיפוטית על התחיקה הוגבלה אמנם לתחיקה הפוגעת בזכויות המעוגנות בחוקי-היסוד, אולם לעניין זה יש לזכור כי המונח "כבוד האדם" המופיע בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא מושג רחב ביותר העומד למעשה בבסיס ההכרה בזכויות האדם האחרות.<sup>34</sup> הסמכות המוענקת לבית-המשפט אם כן, היא סמכות רחבה ביותר, וייתכן שהיא מאפשרת לבית-המשפט לפרוש הגנתו גם על זכויות שלא עוגנו בלשון מפורשת בחוק-היסוד. עם זאת, יש לציין כי אין וודאות שכל מקרה אשר יהווה הפרה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו יגיע להכרעת בית-המשפט. נראה, כי הגישה בה נקט המחוקק מאפשרת לכל המחזיק בסמכויות משפטיות להתעלם מחוק המנוגד להוראות חוק-היסוד גם בטרם הגיע העניין להכרעת בית-המשפט. מבחינה זו שונה ההסדר שהתקבל בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ואף בחוק-יסוד: חופש העיסוק, כפי שפורט לעיל) מן ההסדר שהוצע לאחרונה על-ידי הממשלה במסגרת הצעת חוק-יסוד: החקיקה,<sup>35</sup> על-פיו ניתן להשיג על תוקפו של חוק בפני בית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לעניינים חוקתיים.<sup>36</sup>

רוב הזכויות המוזכרות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - זכותו של אדם שלא להיפגע בגופו,<sup>37</sup> בכבודו<sup>38</sup> או בקניינו,<sup>39</sup> והזכות ליציאה חופשית מישראל<sup>40</sup> - הוכרו כבר בעבר כחלק מהמשפט המהותי החל במדינת ישראל, מכוח פסיקת בית-המשפט העליון. זכויות אלה וזכויות נוספות המוזכרות בחוק, כמו הזכויות לשמירה על החיים ולחירות אישית, היו מוגנות באופן חלקי או מלא מכוח חיקוקים שאמנם לא הצהירו במפורש על קיומן כזכויות יסוד, אך הטילו מגבלות על הפגיעה בהן.<sup>41</sup> יוצאת מכלל זה היא הזכות לפרטיות, אשר ההכרה בה עוגנה במפורש בסעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות,

34. ב' ברכה, "מלשון הרטוריקה לשפת הדין" הארץ (2.4.92). ראה גם ע"א 294/91 (לעיל, ה"ש 25א) בו מגדיר המשנה לנשיא אלון (שכתב דעת מיעוט) שאלה שעניינה חיוב כיתוב עברי בלעדי על מצבות כשאלה שעניינה "כבודו של אדם".

35. הצ"ח תשנ"ב, 147.

36. בסעיף 35 להצעת חוק-יסוד: החקיקה (לעיל, הערה 36) הוצע כי בית-המשפט העליון יישב גם כבית-משפט לעניינים חוקתיים, ובשבתו כאמור יהיה מוסמך, בין היתר, לפסוק כי חוק או הוראה בחוק אינם תקפים משום שהם סותרים עיקרון מעקרונות היסוד של מדינת ישראל.

37. לדוגמא, ראה ע"א 548/78 שרון ואח' ב' לוי פ"ד לה (1) 736.

38. לדוגמא, ראה בג"צ 355/79 קטלן ואח' ב' שירות בתי הסוהר ואח', פ"ד לד (3) 294.

39. ראה, לדוגמא, בג"צ 390/79 דויקאט ואח' ב' מדינת ישראל, פ"ד מא (1) 83.

40. לדוגמא, ראה ב"ש 1064/86 אג'אמיאן ב' ממשלת ישראל ואח', מא (1) 83.

41. לדוגמא: חוק העונשין, התשל"ז-1977, מגן על הזכות לשמירת החיים והגוף ואף על זכות הקניין; פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969, מגבילה את הדרכים בהן ניתן ליטול את חירותו האישית של אדם במעצר ולערוך חיפוש ברשות היחיד שלו.

התשמ"א-1981, הקובע כי "לא יפגע אדם בפרטיות זולתו ללא הסכמתו".<sup>42</sup> חוק-היסוד החדש מרחיב ומייצב את ההגנה על אותן זכויות, הן בשל עצם קביעתן המפורשת בחוק-יסוד והן בשל ההגנה הניתנת להן בסעיף 8.

סעיף 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מסייג את תחולת החוק בכל הנוגע למשרתים בכוחות הבטחון, וקובע כי על זכויותיהם ניתן להתנות, אולם רק לפי חוק ובמידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות.

סעיף 11 לחוק, בדומה לסעיף 3 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, מחיל את החוק על כל רשות מרשויות השלטון.

סעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע, כי "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד". תוכן הוראה זו, השומרת על תוקפה של תחיקה קודמת, שונה מהותית מתוכן ההוראה המקבילה בחוק-יסוד: חופש העיסוק (סעיף 6), עליה עמדנו לעיל. סעיף זה הוא פרי פשרה פוליטית אשר, בין היתר, השאירה בעינה את מכלול התחיקה המכונה "דתית", גם אם תחיקה זו פוגעת בזכויות המעוגנות בחוק. עם זאת, דומה כי סעיף 8 מציב מחסום מסוים בפני תחיקה עתידית, דתית או אחרת, שיש בה כדי לפגוע בכבוד האדם וחירותו. המחסום אינו מושלם, הן בשל חסרונו של סעיף "שריון" (עניין עליו נעמוד בהמשך) והן בשל פרשנות אפשרית, על-פיה תחיקה דתית, לדוגמא, גם אם יש בה כדי לפגוע בזכויות שעל-פי חוק, היא תחיקה המתיישבת עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

סעיף 12 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, העוסק ביציבות החוק, מפורט יותר מהסעיף המקביל לו (סעיף 4) בחוק-יסוד: חופש העיסוק. סעיף 12 פותח אמנם בקביעה כי אין בכוחן של תקנות שעת חירום לפגוע בחוק, אולם הוא מוסיף ומסייג: "ואולם בשעה שקיים במדינה מצב של חירום בתוקף הכרזה לפי סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התשמ"ח-1948, מותר להתקין תקנות שעת חירום מכוח הסעיף האמור שיהא בהן כדי לשלול או להגביל זכויות לפי חוק-יסוד זה, ובלבד שהשלילה או ההגבלה יהיו לתכלית ראויה ולתקופה ובמידה שלא יעלו על הנדרש". בעוד שחוק-יסוד: חופש העיסוק חסין לחלוטין בפני שינויים באמצעות תקנות שעת חירום, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו חסין חלקית בלבד.

הבדל אחרון בין שני החוקים, שחשיבותו רבה, הוא דרך שריונם. כפי שנאמר, חוק-יסוד: חופש העיסוק מכיל הוראה (סעיף 5) המבטיחה את שריון החוק, ומאפשרת לשנותו רק בחוק-יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת. הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כללה סעיף שנוסחו זהה, אולם בקריאה השלישית בכנסת נפל סעיף זה על חודו של קול.

נראה כי התוצאה המעשית היא, שיש בכוחו של חוק שמתקבל ברוב רגיל לשנות או

42. שאלה מעניינת העשויה להתעורר היא, האם יש בסעיף 7(ד) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו משום הרחבה של הגדרת הפגיעה בפרטיות שמצויה בסעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, המביא רשימה סגורה של אחד-עשר מקרים המהווים פגיעה כזו.

לפגוע בחוק-היסוד אם הוא עומד בתנאי סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, דהיינו - הולם את ערכי המדינה, מיועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש. עוד נראה, כי הדרך היחידה לעקוף את הוראות סעיף 8 היא תיקונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עצמו; תיקון, שבשל העדר סעיף שריון, יוכל כפי הנראה להתקבל ברוב רגיל. עם זאת, ניתן לראות את חוק-היסוד כמשוריין חלקית בפני שינויים, למרות העדרו של סעיף שריון ספציפי.

#### ד. סיכום

חוק-יסוד: חופש העיסוק מעניק לחופש העיסוק הגנה רחבה ביותר, הן מבחינת היקפה והן מבחינת תחולתה: החוק מעניק לבית-המשפט כלים המאפשרים לו להפעיל ביקורת שיפוטית אפקטיבית במקרים בהם ימצא כי חופש העיסוק נפגע, ובנוסף - משריין את הזכות כנגד פגיעה באמצעות תחיקה עתידית, לבד מפגיעה על-ידי חוק-יסוד שיתקבל ברוב מיוחד.

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עוסק בקבוצת זכויות המהווה גרעין של זכויות האדם הבסיסיות, ובנוסף, מעגן בחוק את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. היקפו ותחולתו של חוק זה שונים מאלו של קודמו בכמה עניינים: שריונו מפני שינוי באמצעות חקיקת חירום מוגבל, אין הוא מבטל תחיקה קודמת הפוגעת בזכויות שנקבעו בו, ואין הוא משוריין מפני שינוי באמצעות רוב רגיל של חברי הכנסת. עם זאת, מחייב החוק כל תחיקה עתידית שעלולה לפגוע בזכויות המוקנות על פיו, לעמוד בתנאים המפורטים בסעיף 8 שלו. ניתן לומר אם כן, כי גם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וזה לשריון מסוים, אף אם חלקי ובלתי מספק בהתחשב במרכזיות הנושאים בהם הוא עוסק. יש לקוות כי מצב דברים זה יבוא על תיקונו, וכי הכנסת ה-13 תוסיף לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו סעיף שריון דומה לזה המצוי בחוק-יסוד: חופש העיסוק.

למרות האמור, כבר היום מעניקים שני חוקי-היסוד החדשים הגנה רחבה לחלק נכבד מזכויות האדם, ויש לברך עליהם, ולקוות כי הכנסת הבאה תלך בעקבות קודמתה ותאשר חוקי-יסוד נוספים הנוגעים לזכויות האדם, ובהם חוקים שעניינם הזכויות לחופש ביטוי, חופש דת וחופש התאגדות, אשר טרם זכו לעיגון חקיקתי הולם.

