

תחיקה

פגמים בחקיקת חוקי-היסוד

אריאל בנדור*

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

א. הקדמה

1. רבות נכתב - בכתבי-עת זה¹ ובמקומות אחרים² - בשבחה של חקיקת היסוד החדשה ובמהפכה החוקתית שחוללה בהגנה על זכויות היסוד של האדם בישראל. רשימה זו אינה באה למעט מכל אלה. תכליתה היא להסב את תשומת-הלב אל פגמים אלה ואחרים - אחדים מכוונים, ואחרים פרי רשלנות או שגגה - שעשתה הכנסת בפועלה כרשות המכוננת. פגמים "חוקתיים" כאלה אינם קלי-משקל. חשוב להיות מודעים לקיומם, כדי להתמודד עמם ולהשתדל לתקנם ולמונעם.

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

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

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

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

ב. הקלות הבלתי נסבלת של חקיקת חוקי-היסוד ותיקונם

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

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

בג"צ 3261/93 מנינג נ' שר המשפטים ואח' (טרם פורסם); בש"פ 2169/92 סוויסה נ' מדינת ישראל, פ"ד מו (3) 338 (להלן, בש"פ סוויסה); בג"צ 5304/92 פרי"ח 1992 סיוע לנפגעי חוקים ותקנות למען ישראל אחרת נ' שר המשפטים (טרם פורסם); ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל (טרם פורסם); והמאמרים: מ' אלון, "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו", עיוני משפט יז (תשנ"ב-תשנ"ג) 659; א' ברק, "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי", ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (1993) 163; א' ברק, "כבוד האדם כזכות חוקתית", הפרקליט מא (תשנ"ד) 271; א' ברק, "פרשנותם של חוקי-היסוד", משפטים כב (תשנ"ג) 31; מ' גולדברג, "חופש העיסוק: מוכות יסוד לחוק יסוד הפרקליט מא (תשנ"ד) 291; י' זילברשץ, "זכות היציאה ממדינה", משפטים כג (תשנ"ד) 69; א' יורן, "המהפכה החוקתית במיסוי בישראל", משפטים כג (תשנ"ד) 55; ח' ה' כהן, "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית - עיונים בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו", הפרקליט - ספר היובל (1993) 9; D. Kretzmer, "The New Basic Laws on Human Rights: A Mini Revolution in Israel Constitutional Law", 26 Israel L. Rev. (1992) 238.

3. ד"כ תש"י 1754.

חוקי-יסוד: השפיטה משנת 1984 וחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו משנת 1992 תוקנו כל אחד פעם אחת.

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

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

5. לדיבוי זה של החלפת חוקי-יסוד ותיקונם שני הסברים:

ראשית, ניסוחם של חוקי-היסוד, בגרסותיהם המקוריות ואף בתיקונייהם, נעשה לעתים קרובות מדי בחופזה וללא תשומת-הלב וההקפדה הראויות לניסוח פרקים בחוקה. תופעה זו קשורה בפרקטיקה – שספק אם יש לה אח ורע בעולם – שהחלה כמדומה עם קיום שלוש הקריאות של חוקי-יסוד: ירושלים בירת ישראל בתוך שבוע ימים.⁶ פרקטיקה זו מתבטאת בחקיקת חוקי-יסוד, ובהם חוקי-יסוד משוריינים, בחיפזון ואף בסתר, תוך ניצול "הודמנויות" פוליטיות מקריות יחד עם אי-הבנה של רבים מחברי הכנסת את מהות התחיקה. כך, למשל, חקיקתו של חוקי-יסוד: חופש העיסוק ב-1994 – שאחדים מסעיפיו המרכזיים, ובהם "תיקונים עקיפים" בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לא נכללו בהצעת החוק, וככל הנראה רבים מחברי הכנסת לא היו מודעים לתוכנם⁷ – נעשתה בהליך מזורז.⁸ מדבריהם של מקצת חברי הכנסת שהשתתפו בדיון⁹ מתעורר הרושם כי הם סברו

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

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

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

7. ראו להלן, הטקסט ליד הערות 15-16.

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

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

שעל הפרק עומד חוק יבוא בשר קפוא, ולא חלק חשוב של חוקת המדינה. ואכן, הכנסת הודרה לסיים את הדיון בחוקי־יסוד: חופש העיסוק, כדי לעבור מיד – עוד לפני פרסום חוקי־היסוד המתוקן – ל"דיון העיקרי" בחוק יבוא בשר קפוא.¹⁰ שנית, דומה כי הכנסת אינה מכירה בחשיבותה של יציבות הגורמות התוקפיות, למרות שערכה רב לא פחות, ואפשר שאף יותר, מתוכנן.¹¹ כך, לאחרונה, התעורר בממשלה חשש מסיום תקופת המעבר של שנתיים שנקבעה בחוקי־יסוד: חופש העיסוק המקורי, שבמהלכה היו הכנסת ורשויות אחרות אמורות לבחון את התאמתה של התחיקה הקיימת לדרישות החוק ולערוך בה את ההתאמות הנדרשות. מאחר שבמשך תקופה זו לא נעשה דבר (להוציא הקמת ועדה, שמצאה כי התחיקה הקיימת אכן אינה תואמת את דרישות חוקי־היסוד), וכנראה גם נוכח חשש נוסף – שבת־המשפט יפרשו את חוקי־היסוד המקורי בדרך שאולי לא תהלום באופן אבסולוטי הוראות המועמדות להיכלל בהסכם קואליציוני הגתון במשא ומתן – בוטל חוקי־היסוד, והוחלף בהליך מזורז בחוקי־יסוד חדש.¹² בחוקי־היסוד החדש, בין השאר, הוארכה תקופת המעבר בשנתיים נוספות, והוכללה הוראה המאפשרת מתן תוקף לחוקים הפוגעים בחופש העיסוק שלא בהתאם לדרישות חוקי־היסוד. כמעט למותר לציין, כי אף חוקי־יסוד: חופש העיסוק החדש הפך מיד, עוד לפני שיבשה עליו הדיו, למועמד לתיקונים נוספים, אף הם במסגרת משא ומתן קואליציוני.

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

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

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

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

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

להחלפתה או לתיקונה נתונות, אם בכלל, לדיונים יסודיים ומעמיקים המתמשכים שנים רבות בוועדות מומחים שונות ובכנסת, הרי שחוקי-היסוד מוחלפים ומתוקנים, כאמור, בחופזה.

ג. שיבושים בניסוח חוקי-יסוד

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

1. עקרונות היסוד

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

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

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

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

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

15. ראו ה"ח התשנ"ד 129; 189.

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

ההכרזה על הקמת מדינת ישראל ("הכרזת העצמאות"), ששימשה אחד המקורות העיקריים שעל יסודם פיתח בית המשפט העליון את ההלכות בדבר זכויות האדם.¹⁷ דא עקא, שהסעיף - למצער לכאורה - אינו כולל הצהרות בלבד, אלא מצוי בו אף ציווי: "זכויות היסוד של האדם בישראל ... יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל". הסעיף, על-פי נוסחו כפשוטו, מטיל איפוא חובה לכבד את זכויות היסוד ברוח העקרונות שבהכרזת העצמאות. חובה כזאת, אם אכן הוטלה על-ידי הסעיף, מעוררת קשיים רבים (החורגים מן השאלה הפרשנית, הנכבדה כשלעצמה, באשר למשמעות כיבודן של זכויות היסוד ברוח עקרונותיה של הכרזת העצמאות): על מי מוטלת החובה? האם היא מוטלת גם על הכנסת עצמה, כאשר היא מחוקקת חוקים (ואולי אף כאשר היא מקבלת חוקי-יסוד), כך שחוק (או אף חוקי-יסוד) שאינם מכבד את זכויות היסוד ברוח עקרונות אלה יתבטלו? ואם שאלה זו תיענה בחיוב - מה היחס בין הוראת סעיף 1 לחוקי-היסוד האמורים לבין פסקות ההגבלה שבהם,¹⁸ הקובעות כי "אין פוגעים ... [בזכויות היסוד] אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש ..."? ומה היחס בין סעיף 1 לבין סעיף 8 לחוקי-יסוד: חופש העיסוק, הקובע פרוצדורה המאפשרת פגיעה בזכות אף שלא בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה שבסעיף 4: האם פרוצדורה זו תחול גם על חוק המנוגד לסעיף 1 (הגם שסעיף 1 אינו מוזכר בסעיף 8)?

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

2. המטרה

9. בסעיף 1א (במקור: סעיף 1) לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו נקבע:

חוקי-יסוד זה מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוקי-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

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

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

18. סעיף 8 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 4 לחוקי-יסוד: חופש העיסוק.

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

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

10. נוסח זה של סעיף המטרה מעורר תמיהה. האם אמנם תכלית ההגנה על כבוד האדם וחירותו ועל חופש העיסוק היא "לעגן בחוקי-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"? הלוא עיגון בחוק, ואף בחוקי-יסוד, מעצם טיבו הוא אמצעי להשגת תכלית, ²¹ ואין הוא יכול לשמש תכלית בפני עצמה. אין כל ספק כי נוסח זה הוא משובש, ובוודאי לא היה מקום להעתיקו גם אל חוקי-יסוד: חופש העיסוק החדש. מנוסח זה של הסעיף קשה להבין מה הוא בא לקבוע. ²² ייתכן שהכוונה הייתה להורות, כי מטרת ההגנה על זכויות היסוד היא להגשים את ערכי המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית. אפשרות אחרת היא שהסעיף בא לקבוע שאף התוכן של זכויות היסוד ומהותן (ולא רק היקף ההגנה עליהן) יתפרשו על יסוד ערכי המדינה האמורים. ²³ ואולם, שני פירושים אלה אינם נקיים מספקות, שכן אין הם מסבירים את הקביעה כי ההגנה על זכויות היסוד היא "כדי לעגן בחוקי-יסוד" את ערכי המדינה.

3. סייג לגבי כוחות הביטחון

11. בסעיף 9 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף שאין לו מקביל בחוקי-יסוד: חופש העיסוק) נקבע:

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

סעיף זה (והעדרו בחוקי-יסוד: חופש העיסוק) מצוררים קשיים אחדים.

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

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

22. השוו' אלמוג (לעיל, הערה 1) 191.

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

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

12. ראשית, מדוע היה צורך בסעיף, ולא ניתן היה להסתפק בפסקת ההגבלה הכללית שבסעיף 8? התשובה לשאלה זו צריכה לעלות מן ההבדלים שבין סעיף 9 לבין סעיף 8. הבדל אחד הוא בעיגון הנדרש לפגיעה בזכויות או להגבלתן. ייתכן כי במקור חפץ המחוקק לאפשר הגבלה של זכויות המשרתים בכוחות הביטחון והתנאה עליהן גם "לפי חוק", ולא רק "בחוק", כפי שנקבע אז בסעיף 8. אלא שבתיקון לחוק ייסוד: כבוד האדם וחירותו הוספה לסעיף 8 האפשרות לפגוע בזכויות שלפי חוק ייסוד זה גם "לפי חוק ... מכוח הסמכה מפורשת בו", המייתרת במידה רבה את סעיף 9. אני מסופק אם בכך שסעיף 8 – על-פי נוסחו המתוקן – מתנה פגיעה בזכויות לפי חוק בהסמכה מפורשת בו, דרישה שאינה מופיעה בסעיף 9, יש כדי להוות יסוד להסדרים נפרדים.

הבדל שני מתבטא בכך, שבעוד שסעיף 8 נוקט לשון "פגיעה" בזכויות, הרי שסעיף 9 עוסק ב"הגבלה" של זכויות וב"התנאה" עליהן. במכתבו אל יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת,²⁴ עומד השופט ברק על ההבחנה בין "הגבלה" של זכות ייסוד, שלדעתו היא פסולה, לבין "פגיעה" בה, שלדעתו עשויה להיות לגיטימית. דא עקא, שנראה כי הבחנה דקה זו – שהוצעה על-ידי השופט ברק כשנתיים לאחר חקיקת חוק ייסוד: כבוד האדם וחירותו – לא עמדה לנגד עיני המחוקק, והרושם הוא שההבדל בנוסח אינו מגלם הבדל בתוכן. באשר לאזכור בסעיף 9 של "התנאה" על זכויות, ייתכן שהכוונה ל"הסדרי השירות" של המשרתים בצבא הקבע. ואולם, דומה שהסדרים אלה – שאינם חוזים²⁵ – היו נתפסים כגדר סעיף 8 אף בלעדי ההוראה המיוחדת שבסעיף 9.

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

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

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

24. ראו לעיל, הערה 19.

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

13. שנית, מדוע לא נכלל סעיף כדוגמת סעיף 9 האמור בחוקי-היסוד: חופש העיסוק – לא בחוקי-היסוד המקורי משנת 1992, וגם לא בחוקי-היסוד החדש משנת 1994? הלווא דומה, כי אם נדרשת התייחסות מיוחדת לזכויות לכבוד ולחירות של המשרתים בכוחות הביטחון, הרי שהתייחסות כזאת – העשויה להתבטא גם בשלילת הזכות – נדרשת גם לעניין חופש העיסוק שלהם. אף לשאלה זו לא עלה בידי למצוא מענה, ודומה שגם כאן חלה תקלה – בין בהכללת סעיף 9 בחוקי-היסוד: כבוד האדם וחירותו, ובין בהימנעות מהכללת סעיף דומה בחוקי-היסוד: חופש העיסוק.

ד. ערכי המדינה ופסקות ההגבלה

14. כאמור, בסעיף 8 לחוקי-היסוד: כבוד האדם וחירותו ובסעיף 4 לחוקי-היסוד: חופש העיסוק (פסקות ההגבלה) נקבע, בין השאר, כי אין לפגוע בזכויות היסוד המוגנות בחוקי-היסוד אלה, אלא על יסוד "חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל". ערכים אלה הם, כמובן, "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית", כאמור בסעיף 1א לחוקי-היסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 2 לחוקי-היסוד: חופש העיסוק). יש איפוא לקרוא את חלקו הרלוונטי של סעיף 8 לחוקי-היסוד: כבוד האדם וחירותו²⁶ כך:

אין פוגעים בזכויות שלפי חוקי-היסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ...

15. מהם – לעניין זה – ערכי המדינה כמדינה יהודית? אין אפשרות להשיב על שאלה זאת על יסוד כוונתה של הכנסת, משום שבעניין זה היו בקרב חברי הכנסת גישות שונות, והביטוי "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית" מבטא פשרה לשונית בלבד ולא אחדות דעים מהותית.²⁷ עם זאת, ההנחה המקובלת היא שבערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית יש כדי לסייג את זכויות האדם הקבועות בחוקי-היסוד.²⁸ ייתכן כי ביסוד הנחה זו עומד פירוש ההוראה המשובשת שבסעיף 1א לחוקי-היסוד: כבוד האדם וחירותו (וכן סעיף 2 לחוקי-היסוד: חופש העיסוק), שדנתי בה לעיל,²⁹ כקובעת לא רק כי מטרת ההגנה על זכויות היסוד היא להגשים את ערכי המדינה, אלא גם כי התוכן של זכויות היסוד ומהותן יתפרשו על יסוד ערכים אלה. אפשר כי ההנחה שבערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית יש כדי לסייג

26. לשם נוחות אתיחס להלן לסעיף זה. למעשה הדברים יפים גם באשר לסעיף 4 לחוקי-היסוד: חופש העיסוק.

27. ראו י"ק רפ (לעיל, הערה 1) 342.

28. שם, שם.

29. בסעיף 9.

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

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

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

30. כך, השופט ברק סובר – אולי מתוך חשש שפירוש מרחיב של ערכי המדינה כמדינה יהודית, ובמיוחד אם ערכים אלה ייקבעו על־פי המשפט העברי, עשוי לסייג יתר על המידה את זכויות האדם – שערכיה היהודיים של מדינת ישראל הם, בעיקרם, הערכים המשותפים ליהדות ולדמוקרטיה. כוונתו היא – כדבריו באחד ממאמריו – "לערכים של אהבת האדם, קדושת החיים, צדק חברתי, עשיית הטוב והישר, שמירת כבוד האדם, שלטון החוק על המחוקק וכיוצא בהם, ערכים אותם הנחילה היהדות לעולם כולו. הפנייה לערכים אלה היא ברמת הפשטה האוניברסלית שלהם, התואמת את אופיה הדמוקרטי של המדינה. על כן אין לזהות את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית עם המשפט העברי": א' ברק, "המהפיכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות" (לעיל, הערה 1) 30-31. אפשר כי השופט ברק סובר כי המשפט העברי מסייג יתר־על־המידה את זכויות האדם – למשל, בכל הנוגע לחופש בענייני דת ומצפון – ולכן הוא גרוע מלפרש את ערכי המדינה כמדינה יהודית באופן שיפגע בזכויות האדם המתבקשות כמדינה דמוקרטית.

באופן מרחיב יותר, כך תתרחב ההגנה על זכויות היסוד של האדם לפי חוקי היסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי היסוד: חופש העיסוק.

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

המסקנה היא, ככל שהדבר נוגע לחוקי היסוד: כבוד האדם וחירותו ולחוקי היסוד: חופש העיסוק, שמגמה להרחיב את ההגנה על זכויות האדם תתמוך דווקא בפירוש מרחיב של ערכי המדינה כמדינה יהודית, ובכלל זה היוקת למשפט העברי.

18. בעיה מיוחדת עלולה להתעורר כאשר נוצרת התנגשות בין שתי זכויות יסוד המעוגנות בחוקי היסוד: כבוד האדם וחירותו. למשל, ייתכן כי חופש הביטוי מוגן בחוקי היסוד במסגרת הזכות לכבוד המוזכרת בסעיף 32.2 סעיף 7(א) קובע כי "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו". מה הדין כאשר ביטוי מסוים פוגע בפרטיות ובצנעת החיים? נניח שהשיטה הדמוקרטית מעדיפה בנסיבות מסוימות את חופש הביטוי, והמשפט העברי מעדיף את הפרטיות וצנעת החיים. לכאורה, כל חוק שהוא שינסה להסדיר מקרה כזה לא יעמוד בתנאי פסקת ההגבלה, שכן או שהחוק – אם יעדיף את חופש הביטוי – ייפסל משום שהוא אינו הולם את ערכי המדינה כמדינה יהודית, או שהחוק – אם יעדיף את הזכות לפרטיות ולצנעת החיים – ייפסל משום שאינו הולם את ערכי המדינה כמדינה דמוקרטית. מה הפתרון?

לפי גישה אחת³³ סעיף 8 כלל אינו חל על מקרים שבהם נוצרת התנגשות בין שתי זכויות המעוגנות בחוקי היסוד. ממילא אין בפירוש המוצע לסעיף 8 כדי להקשות את יישומה של פסקת ההגבלה על חוקים המסדירים מקרים של התנגשות בין שתי זכויות יסוד מוגנות.

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

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

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

אם גישה זאת לא תתקבל, הפתרון המוצע – שיש לו בסיס בפסיקה של בית־המשפט העליון בעניין פירוש חוק שבנסיבות מסוימות קובע, לכאורה, דבר והיפוכו³⁴ – הוא שדי בכך שחוק יהלום, בנסיבות מיוחדות ונדירות אלה, את הערכים היהודיים או את הערכים הדמוקרטיים, כדי שיינתן לו תוקף ולא ייפסל. תנאי לכך הוא, כמובן, כי החוק יעמוד בשאר היסודות של סעיף 8, דהיינו, שיהיה מיועד לתכלית ראויה, ושהפגיעה בזכות תהיה במידה שאינה עולה על הנדרש.

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