

מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית

הלל סומר*

ח"כ משה גפני (יהדות התורה): בגלל בית המשפט העליון אין חוקה.
שר המשפטים מ' שטרית: למה?
משה גפני (יהדות התורה): כי אנחנו יודעים מה הוא יגיד עלינו.
שר המשפטים מ' שטרית: למה?
משה גפני (יהדות התורה): כי הוא אומר את דעתו בהרצאות.
(פרוטוקול ישיבת הכנסת מיום 16.5.2001)

במאמר הפותח כרך זה, עורך נשיא בית המשפט העליון אהרן ברק מאזן-ביניים של המהפכה החוקתית, במלאת לה שתיים-עשרה שנים. במאמרו של ברק יש גם כמה חידושים חשובים במשנתו הסדורה, שנפנה אליהם את תשומת-הלב במסגרת רשימה זו.

עיקרה של רשימה זו מוקדש לסיכום-ביניים קצר של המהפכה החוקתית, עם דגשים שונים מאלה של ברק.

אחת המטרות העומדות בבסיס כינונה של חוקה היא ביסוסה של יציבות וודאות משפטיות לאורך זמן. ברשימה זו ברצוני לטעון כי המהפכה החוקתית לא סיפקה – בשתיים-עשרה השנים הראשונות לקיומה – יציבות וודאות, וזאת מכיוון שסוגיות חשובות ביותר הקשורות אליה שנויות עדיין במחלוקת משפטית.

* מרצה, בית ספר רדוינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. רשימה זו מבוססת בחלקה על הרצאה שנישאה במסגרת הכנס "עשור לחוקי-היסוד" שנערך במרכז הבינתחומי בחודש מרס 2002. תודתי לשותפיי לארגון הכנס עמיר ליכט ואיילת בן-עזר, ולעוזרת המחקר שלי יעל טבק, אשר תרמה רבות למאמר זה. כן נתונה תודתי ליורם רבין ולמיטל פינטו, שקראו טיוטה מוקדמת של מאמר זה והעירו הערות מחכימות, לחברי מערכת משפט ועסקים, שתרמו למאמר זה חרף לוח-זמנים צפוף, ולעורך הלשוני גיא פרמינגר, ששיפר מאמר זה באופן משמעותי.

בין הסוגיות שטרם ניתן להן מענה ברור: האם ניתן "לפגוע" בחוק-יסוד לא-משוריין באמצעות חוק רגיל של הכנסת? אילו זכויות כלולות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואילו זכויות טרם זכו במעמד חוקתי? האם החובה לכבד את הזכויות הכלולות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו חלה רק ביחסים בין המדינה לבין הפרט, או שמא יש לחוק תחולה גם ביחסים בין פרטים? והאם המהפכה החוקתית הקנתה מעמד חוקתי פורמלי להכרזת העצמאות? בעניינים החוקתיים הבסיסיים המוצגים ברשימה זו, אין מקום להנהיג גישה של התקדמות "עקב בצד אגודל", אלא יש להכריעם. בעשותו כך, יבהיר בית-המשפט העליון לכנסת, לציבור ואף לבית-המשפט העליון עצמו מהם עקרונותיה של החוקה הישראלית.

מבוא

- פרק א: האם ניתן לפגוע בחוק-יסוד לא-משוריין (להבדיל משינויו) באמצעות חוק רגיל של הכנסת?
- פרק ב: אילו זכויות כלולות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו?
- פרק ג: היקפן הפנימי של הזכויות הכלולות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו
- פרק ד: תחולתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ביחסים בין פרטים
- פרק ה: מה מעמדה המשפטי של הכרזת העצמאות?
- פרק ו: דיון וסיכום (או: ככה לא בונים חוקה)

מבוא

הרצאתו של נשיא בית-המשפט העליון אהרן ברק בכנס "עשור לחוקי-היסוד" שנערך במרכז הבינתחומי הרצליה – הרצאה אשר שימשה בסיס למאמרו הפותח כרך זה של משפט ועסקים – הייתה בעלת חשיבות. הייתה זו הפעם הראשונה שנשיא בית-המשפט העליון אהרן ברק, אשר הרבה לכתוב על המהפכה החוקתית במאמרים ובספרים, התפנה לערוך סיכום-ביניים מפורט, במלאת עשור לכינונם של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק. ברק גם השיב, לראשונה באופן מסודר ומקיף, על עיקריה של הביקורת האקדמית על עמדותיו, כפי שהצטברה באותו עשור. המאמר שפותח כרך זה מתבסס כאמור בעיקרו על ההרצאה, אך הולך כמה צעדים קדימה. יש בו כמה חידושים חשובים במשנתו הסדורה של הנשיא ברק, שעליהם נצביע ברשימה זו.

אולם עיקרה של רשימה זו, המבוססת ביסודה על הרצאתי באותו כנס, מבקשת לערוך סיכום-ביניים קצר, עם דגשים שונים מאלה של ברק, למהפכה החוקתית בכלל ולחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בפרט. סיכום-הביניים מתבקש מכך שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נהפך, בין אם תוכנן להיות כזה ובין אם לאו, למסמך החשוב ביותר בתחום המשפט החוקתי הישראלי, והוא מהווה כיום, יחד עם חוק-יסוד: חופש העיסוק, את מגילת זכויות האדם הישראלית הכתובה עלי ספר. תוצאה זו הושגה מן הצירוף של האקטיביזם השיפוטי ושל השיתוק הפוליטי-החוקתי שאחז בכנסת באמצע שנות התשעים¹ ואשר בעטיו חדלה הכנסת מלמלא את תפקידה כגוף המכונן.

אחת המטרות העומדות בבסיס כינונה של חוקה היא ביסוסה של יציבות וודאות משפטיות לאורך זמן. ברשימה זו ברצוני לטעון כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לא סיפק – בשתים-עשרה השנים הראשונות לקיומו – יציבות וודאות, וזאת מכיוון שסוגיות חשובות ביותר הקשורות אליו טרם הוכרעו, ושנויות עדיין במחלוקת משפטית או ציבורית.

להלן רשימה חלקית ביותר של סוגיות שהמשפטן הישראלי, או אף חבר-הכנסת הישראלי, אינם יכולים לתת עליהן מענה ברור:² א. האם ניתן לפגוע בחוק-יסוד לא-משוריין (להבדיל משינוי) באמצעות חוק רגיל של הכנסת? ב. אילו זכויות כלולות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואילו זכויות טרם זכו במעמד חוקתי? ג. לגבי זכויות הכלולות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – מה היקפן של זכויות אלה? ד. האם החובה לכבד את הזכויות הכלולות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו חלה רק ביחסים בין המדינה לבין הפרט, או שמא יש לחוק תחולה גם ביחסים בין פרטים? ה. האם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הקנה מעמד חוקתי פורמלי להכרות העצמאות?

בפרקים שלהלן נבחן את הסוגיות הפתוחות החשובות הללו. אין רשימה קצרה זו מתיימרת למצות את הדיון בכל אחת מן הסוגיות, הראויות לדיון עצמאי (שאחדות מהן אכן זכו בו). עניינה של הרשימה הוא בהמחשת רוחב היריעה של הסוגיות הפתוחות ובמשמעות של הצטברותן.

1 לאחרונה חודש פרויקט החוקה בכנסת, במסגרת ועדה לחוקה בהסכמה רחבה הפועלת במסגרת ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. ראו אתר הוועדה בכתובת http://www.knesset.gov.il/huka/FollowUpLaw_1.asp?initiation_type_id_t=1 (13.4.2004).

2 לנושאים נוספים שנותרו פתוחים בהקשר זה, ראו להלן הדברים הנלווים להערה 88 ואילך.

פרק א: האם ניתן לפגוע בחוק-יסוד לא-משוריין (להבדיל משינויו) באמצעות חוק רגיל של הכנסת?

בפסק-הדין בנק המזרחי³ שונתה באופן ברור ההלכה שנהגה עד אותה עת, שלפיה ניתן לשנות חוק-יסוד באמצעות חוק רגיל, ואומצה העמדה שהטיף לה קליין במשך שנים.⁴ באשר לפגיעה באמצעות חוק רגיל (להבדיל משינוי),⁵ דומה כי עד לכינונו של חוק-יסוד: החקיקה הכירה דעת הרוב בבית-המשפט העליון ביכולתה של הכנסת לפגוע בחוק-יסוד באמצעות חוק רגיל, למעט ביחס לאותם חוקי-יסוד הכוללים פסקת הגבלה.⁶ עמדתו של הנשיא ברק, כפי שסוכמה על-ידיו בעניין בנק המזרחי, הייתה כי:⁷

"הסדריו של חוק-יסוד לא משוריין (שותק) ניתנים לפגיעה בחוק רגיל."

-
- 3 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי ואח', פ"ד מט(4) 221 (להלן: עניין בנק המזרחי).
- 4 לעמדה הקודמת, ראו, למשל: ע"פ 107/73 "נגב" תחנת שירות לאוטומוביל בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 640, 642 ("בעניין זה אין חוק יסוד: הממשלה עדיף על חוק התקנים. להיפך, דבר היותו של חוק התקנים חוק מיוחד, לעומת חוק יסוד: הממשלה שהוא חוק כללי, מקנה עדיפות לחוק המיוחד על פני החוק הכללי"); בג"ץ 148/73 קניאל נ' שר המשפטים, פ"ד כז(1) 794. לעמדתו של קליין, ראו: קלוד קליין "רוב מיוחד ושינוי משתמע" הפרקליט כח (תשל"ז) 563; קלוד קליין "הסמכות המכוננת במדינת ישראל" משפטים ב (תשל"ל) 51; קלוד קליין "חוק-יסוד כבוד האדם וחירותו – הערכה נורמטיבית ראשונה" המשפט א (תשנ"ג) 123.
- 5 להבחנה בין "שינוי" ל"פגיעה", ראו דברי הנשיא לשעבר שמגר (כתוארו אז) בעניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, כי ניתן למיין את הסתירות בהתאם להיקף הסתירה בין שני החוקים. סתירה ב"חזית רחבה" או ב"עניין מרכזי" תיחשב ל"שינוי", בעוד "פגיעה", לעומת זה, "איננה מכוונת לשנות את תחומיה של הזכות עצמה... פגיעה היא מטבעה מותחמת וספציאלית, קרי נקודתית". סעיף 42 לפסק-דינו, ראו אצל אהרן ברק פרשנות במשפט – כרך שלישי: פרשנות חוקתית (1994) 612.
- 6 ראו דברי הנשיא לשעבר שמגר (כתוארו אז) בעניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בסעיף 24 לפסק-דינו: "יש חוקי יסוד שאינם מכילים כיום הוראה מסייגת בעניין חקיקה רגילה המשנה אותם או פוגעת בהם. לגבי אלו, אין עדיין מימוש של מעמדם העליון מול שינוי או פגיעה. המעמד המשוריין או המיוחס הוא לגביהם בגדר הרצוי והראוי. יש חוקי יסוד אחדים, כדוגמת שני חוקי היסוד שחוקקו בשנת 1992, אשר לגביהם ההגבלות המשריינות את המדרג הנורמטיבי, הלכה למעשה, הן כבר בגדר המצוי."
- 7 סעיף 65 לפסק-דינו של הנשיא ברק בעניין בנק המזרחי, שם. עם זה, דומה כי בסעיף 64 לפסק-הדין נטה הנשיא ברק להשאיר את הסוגיה בצריך עיון.

משפט ועסקים א, התשס"ד מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית

והנה, מאמירה קצרה בפרשת חרות⁸ התעורר ספק אם חלה בנושא זה "מהפכה חוקתית" נוספת. הליך זה עסק בעתירה לבג"ץ נגד החלטה של יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית. המשיבים ביקשו כי בג"ץ יימנע מלהתערב לאור סעיף 137 לחוק הבחירות,⁹ הקובע כי "שום בית משפט לא יזקק לבקשת סעד בקשר... להחלטה או להוראה... של יושב-ראש הוועדה... חוץ מן המקרים שלגביהם ישנה בחוק זה הוראה אחרת". בית-המשפט העליון דחה את הטענה, וקבע, מפי הנשיא ברק, כדלקמן:¹⁰

"אין בידינו לקבל טיעון זה. סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק יונקת חיותה מהוראות חוק-יסוד: השפיטה (סעיף 15). היא מעוגנת, איפוא, בהוראה חוקתית-על-חוקית. אין בכוחה של הוראת חוק לשנות מהוראותיו של חוק יסוד."

אילו הסתפק בית-המשפט בכך, היה אפשר אולי להתווכח אם סעיף 137 לחוק הבחירות לכנסת מהווה, לפי ההגדרות המקובלות, שינוי של חוק-יסוד: השפיטה או אך פגיעה בו,¹¹ ובהנחה שמדובר בשינוי – לא היה בדברים חידוש לעומת הלכת בנק המזרחי. אולם הנשיא ברק הוסיף אמירה משמעותית נוספת:¹²

"בדומה, אין בכוחו של חוק רגיל לפגוע בהוראת חוק-יסוד, אלא אם כן הדבר מתאפשר על ידי פסקת ההגבלה." [ההדגשה אינה במקור]

חוק-יסוד: השפיטה אינו כולל פסקת הגבלה, ועל-כן התעוררה האפשרות שחל מהפך בעמדת בית-המשפט העליון, ואי-אפשר עוד לפגוע בחוק-יסוד "שותק" (ללא פסקת הגבלה) באמצעות חוק רגיל. סמוך לאחר פרסומם בנפרד של הנימוקים של פסק-הדין, פרסם אמנון רייכמן מאמר ובו הצביע על האפשרות שפסק-הדין מהווה שינוי מהפכני.¹³ גם אריאל בנדור ראה בדברים "מהפכה חוקתית" רבת-משמעות.¹⁴ אחרים, ביניהם כותב רשימה זו, סברו כי אין זה סביר שמהפכה כזו תתחולל במשפט סתמי שסותר לכאורה משנה סדורה של הנשיא ברק מן העבר, וללא כל הנמקה. דומה כי מאמרו של ברק בפתח כרך זה שם קץ לוויכוח זה וקובע כי הצדק היה עם

-
- 8 בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(1) 750 (להלן: עניין חרות).
 - 9 חוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969, ס"ח 103.
 - 10 עניין חרות, לעיל הערה 8, בעמ' 755.
 - 11 ראו לעיל הערה 5.
 - 12 עניין חרות, לעיל הערה 8, בפסקה 4.
 - 13 אמנון רייכמן "ככה לא בונים חוקה" עורך הדין 35 (2002) 42.
 - 14 אריאל בנדור "ארבע מהפכות חוקתיות?" משפט וממשל 1 (תשס"ג-2003) 305.

רייכמן ובנדור מבחינה מהותית,¹⁵ וכי עניין חרות אכן מהווה אסמכתה לכך שחוק רגיל אינו יכול אף לפגוע בחוק-יסוד ללא פסקת הגבלה. ברק אף מחיל הוראה זו על מקרה של פגיעה בחוק רגיל שנאמר בה כי היא "על אף האמור בחוק-היסוד", נקודה שאותה השאיר בצריך עיון בעניין בנק המזרחי, ואשר עליה הוא אף כותב במפורש¹⁶ כי טעה בעמדתו הקודמת לגבי הסוגיה.¹⁷

"חוק רגיל - יהא הרוב שבו התקבל אשר יהא - לא רק שאינו יכול לשנות חוק-יסוד, אלא אף אינו יכול לפגוע נקודתית בהסדר הקבוע בחוק-יסוד מבלי לבקש לשנותו... פגיעה כזו אפשרית - ואינה מעוררת קושי חוקתי - אם חוק-היסוד מתיר זאת במפורש. חוק-היסוד רשאי, כמובן, לקבוע תנאים (של צורה או מהות) שעל חוק רגיל לקיים כדי שיוכל לפגוע בהסדר הקבוע בחוק-היסוד. אולם גם אם לא נקבעו תנאים כאלה, וכל שנקבע הוא שניתן לפגוע בהסדר המעוגן בחוק-היסוד בחקיקה רגילה, חקיקה זו חייבת להתאים למבנה החוקתי הכללי... התאמה זו תיקבע על-ידי 'פסקות הגבלה' שיפוטיות אשר ייקבעו מזמן לזמן... הוראה מפורשת בחוק רגיל הפוגעת בהסדר המעוגן בחוק-יסוד 'על אף האמור בחוק-היסוד' תופסת רק אם יש הסמכה לכך בחוק-היסוד עצמו."

ובהערת-שוליים הוא מוסיף:¹⁸

"הוראה כזו (פסקת התגברות) קיימת בסעיף 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק. בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אין הוראה דומה, ועל-כן אין לפגוע בזכות הקבועה בו אלא אם כן מתקיימים התנאים הקבועים בפסקת ההגבלה (סעיף 8). חוק רגיל שייקבע בו כי הוא 'על אף האמור בחוק-היסוד', ואשר אינו מקיים את הוראותיה של פסקת ההגבלה, אינו חוקתי ויש להצהיר על בטלותו, אפילו יתקבל על-ידי כל חברי-הכנסת. בעניין בנק המזרחי השארתי שאלה זו בצריך עיון... בכך טעיתי. גישתי הדואליסטית מחייבת תשובה ברורה כי בהעדר הוראת הסמכה

15 אף שברק כותב כי הוא אינו מסכים שמדובר ב"מהפכה חוקתית" נוספת, כפי שכתב בנדור. ראו הערת-שוליים 135 במאמרו של ברק בכרך זה (אהרן ברק "המהפכה החוקתית - בת מצווה" משפט ועסקים א (תשס"ד) 3; להלן: מאמר ברק).

16 מאמר ברק, בהערת-שוליים 134.

17 מאמר ברק, בעמ' 31-32. גם בהמשך כותב ברק כי "פגיעה בהסדר הקבוע בחוק-יסוד אפשרית רק אם קיימת בחוק-היסוד הוראה המאפשרת זאת ורק אם הפגיעה מקיימת את תנאיה" (מאמר ברק, בעמ' 33).

18 מאמר ברק, בהערת-שוליים 134.

בחוק־היסוד – בין חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו ובין כל חוק־יסוד אחר – אין חוק רגיל יכול לפגוע בהסדר הקבוע בחוק־יסוד, אף אם החוק הרגיל קובע במפורש כי הוא 'על אף האמור בחוק־היסוד'.

מדבריו של ברק עולה אפוא כי קיימים שלושה מצבים: (1) אם בחוק־היסוד נכללה פסקת הגבלה (כפי שנעשה, למשל, בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק־יסוד: חופש העיסוק), ניתן לפגוע בחוק־היסוד רק בחוק העומד בתנאיה של פסקת ההגבלה. (2) אם חוק־היסוד אינו כולל פסקת הגבלה אך מתיר במפורש פגיעה בו בחוק רגיל,¹⁹ יוכל בית־המשפט לקבוע "פסקות הגבלה שיפוטיות". ברק אינו מפרט מהן, אך מאמירתו על "התאמה למבנה החוקתי הכללי" ניתן אולי להסיק כי יהיה דמיון בין פסקות ההגבלה השיפוטיות לבין פסקת ההגבלה הקיימת בחוק־היסוד בדבר זכויות האדם. (3) אם חוק־היסוד שותק באשר לדרכי הפגיעה בו בחוק רגיל,²⁰ אזי לנוכח ההלכה שנקבעה בעניין חרות, אי־אפשר לפגוע בו כלל באמצעות חוק רגיל. דומה כי עמדה זו מעמידה חוק־יסוד אלה, החסרים פסקת הגבלה, במצב מוגן יותר מזה של חוק־יסוד שיש בהם פסקת הגבלה. כך, למשל, סעיף 4 לחוק־יסוד: הכנסת, שהדרך המיוחדת לפגיעה בו נקבעה (רוב של חברי־הכנסת), יהיה משוריין פחות מכל שאר הסעיפים בחוק, שכן פגיעה באחרונים לא תוכשר אף בחוק רגיל שיתקבל ברוב של שבעים חברי־כנסת. דומה כי בכך יש משום אבסורד מסוים, שהרי ברור כי הכנסת לא התכוונה שחוק־היסוד "השותקים" יהיו חסינים יותר מפני פגיעה מאשר אלה שנקבע מנגנון מיוחד לפגיעה בהם. מאמרו של ברק נותן אפוא תשובה לשאלה חשובה ביותר, אולם תשובה זו אינה מסבירה בכל דרך שהיא את השינוי המשמעותי שחל בעמדתו, אף שמדובר בסוגיה חשובה ביותר הנוגעת במבנה החוקתי הישראלי.

19 ראו, למשל: חוק־יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78, סעיף 3; חוק־יסוד: מקרקעי ישראל, ס"ח התש"ך 56, סעיף 2.

20 ראו, למשל: חוק־יסוד: הצבא, ס"ח התשל"ד 154; חוק־יסוד: ירושלים בירת ישראל, ס"ח התש"ם 186.

פרק ב: אילו זכויות כלולות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו?

מן הרקע ההיסטורי ברור כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לא נועד להוות מגילת זכויות ישראלית שלמה. על-פי לשונו, חוק-היסוד נועד לעגן במעמד-על חוקתי כמה זכויות המנויות בו: הזכות לחייו, לשלמות גופו ולכבודו של אדם;²¹ הזכות לקניין;²² הזכות לחירות;²³ הזכות לחופש תנועה היצוני;²⁴ והזכות לפרטיות ולצנעת חיים.²⁵ למרות חשיבותן הרבה של חלק מזכויות אלה, החוק לא נועד להיות מגילת זכויות שלמה, שהרי חוק-היסוד לא היווה אלא אחד מבין כמה חוקי-יסוד שקודמו בשיטת האטומיזציה, שאף הם לא היו מגילת זכויות שלמה.²⁶

במאמר שפרסמתי לפני כשבע שנים הצבעתי על התהליך הווחל בפסיקת בית-המשפט העליון ובספרות המשפטית, שבמסגרתו הצטברו אמרות שיפוטיות רבות שלפיהן רוב הזכויות המוכרות (למעט הזכויות החברתיות) נכללות בגדרו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.²⁷ זכויות אלה, שלא הוזכרו בחוקי-היסוד החדשים ואשר במקרים מסוימים אף הושמטו מהם בכוונת המכונן, קיבלו בכל-זאת מעמד-על חוקתי מכוח חוקי-היסוד החדשים, על כל המשתמע מכך. בפרט, משמעות הדבר היא שחקיקה של הכנסת עשויה להיפסל בשל קביעה כי פגיעתה בזכויות אלה אינה מידתית.

היקף ההרחבה המוצעת על-פי גישה זו הינו רחב ביותר, שכן הזכויות שאמרות אלה מתייחסות אליהן כוללות, בין היתר, את חופש הביטוי,²⁸ את חופש האמונה, הפולחן

21 סעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150, קובע כי "אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם". סעיף 4 קובע כי "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו".

22 סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

23 סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

24 דהיינו, הזכות לצאת מישראל וזכותו של אזרח ישראלי להיכנס אליה סעיף 6 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

25 סעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

26 נוסף על חוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90, שגרסתו הראשונה התקבלה בכנסת באותה עת שבה התקבל חוק-יסוד כבוד האדם וחירותו, נכללו בקבוצה זו גם הצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט, ה"ח התשנ"ד 335; הצעת חוק-יסוד: חופש הביטוי וההתאגדות, ה"ח התשנ"ד 101; והצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות, ה"ח התשנ"ד 337. לניתוח מפורט של תהליך האטומיזציה, ראו יהודית קרפ "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ביוגרפיה של מאבק כוח" משפט וממשל א (תשנ"ג-1992) 323, 338-340.

27 הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח (תשנ"ז) 257.

28 ראו, למשל, ע"א 105/92 ר.א. מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת-עילית ואח', פ"ד

משפט ועסקים א, התשס"ד מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית

והדת,²⁹ את חופש היצירה, חופש האספה והתהלוכה, חופש ההתאגדות והזכות לשוויון,³⁰ את חופש השביתה וההשבתה,³¹ את חופש ההתקשרות וחופש החוזים,³² את הזכות להורות,³³ את זכותם של עבריינים לרהביליטציה³⁴ ואת זכותו של בעל-דין לפנות לבית-המשפט.³⁵

והנה, שבע השנים הנוספות שחלפו מאז פורסם המאמר לא סייעו כמעט במאומה להבהרת התופעה שעליה הצבעתי. גם כיום נותרנו עם אמרות ספורות של שופטים, ולא עם הלכות ברורות, בשאלות בסיסיות כל-כך למשפט החוקתי שלנו, דוגמת השאלה אם חופש הביטוי או השוויון כלולים במונח "כבוד האדם" שבחוק-היסוד.

קשה להגוים בחשיבותה של שאלה זו. הבה נניח שהכנסת מחוקקת מחר חוק הסותר לכאורה את עקרון השוויון – למשל, חוק הפוטר את האזרחים החרדיים משירות צבאי³⁶ או מתשלום מס הכנסה. מכיוון ששאלת הכללתו של עקרון השוויון במסגרת כבוד האדם טרם הוכרעה באופן ברור, לא ברור מהי מסגרת הדין: אם השוויון כלול במונח "כבוד האדם"

מז(5) 189, 200: "כיום ניתן להסיק את חופש הביטוי בהגנה הניתנת לכבוד האדם וחירותו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו."

29 ראו, למשל, ברק, לעיל הערה 5, בעמ' 225: "בעבר לא היה לחופש הפולחן והדת מעמד חוקתי-על-חוקי. עם חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יש מקום לראות בו כחלק מכבוד האדם."

30 ראו, למשל, ברק, שם, בעמ' 423: "מעשה מהווה השוויון עקרון על-חוקי." כן ראו אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" משפט וממשל א (תשנ"ג-1992) 253, 261.

31 ראו: בג"ץ 1074/93 היועץ המשפטי לממשלה נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מט(2) 485 (השופט דב לוין בדעת יחיד; השופטים טל וחשין השאירו שאלה זו פתוחה באופן מפורש); ברק, לעיל הערה 5, בעמ' 431.

32 אהרן ברק "חוק יסוד: חופש העיסוק" משפט וממשל ב (תשנ"ד-1994) 195, 199, הערת-שוליים 24: "חופש זה מעוגן, לדעתי, בזכות החוקתית של כבוד האדם, המוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו."

33 ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485, פסקה 7 לפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן.

34 ראו: בג"ץ 1935/93, בשג"ץ 3661/93 מחפור נ' השר לענייני דתות, פ"ד מח(1) 752; מנחם אלון "חוקי היסוד – עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית: סוגיות במשפט הפלילי" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 27, 6459.

35 ראו: יורם רבין "זכות הגישה לערכאות" בזכות חוקתית (תשנ"ח); יורם רבין "זכות הגישה לערכאות – מזכות רגילה לזכות חוקתית" המשפט ה (תש"ס) 217; שלמה לוין "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים" הפרקליט מב (תשנ"ה-תשנ"ו) 451, 453; שלמה לוין תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד (תשנ"ט) 47-51; ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577.

36 השוו: בג"ץ 3267/97, 715/98 רובינשטיין ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481; בג"ץ 24/01 רסלר ואח' נ' כנסת ישראל ואח', פ"ד נו(2) 699.

שבחוק-היסוד, כפי שסבורים אחדים משופטי בית-המשפט העליון, אזי בית-המשפט העליון יכול לבחון את החוק המדובר במסגרת בחינתה של פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-היסוד; אם השוויון אינו כלול במונח "כבוד האדם", אזי הבחינה הינה במסגרת עקרון ריבונות הכנסת, והיכולת להפעיל ביקורת שיפוטית על החוק הינה אפסית כמעט.³⁷ הוא הדין לגבי חופש הביטוי. בשני פסקי-דין של בית-המשפט העליון מובעות דעות הפוכות בשאלה אם חופש הביטוי הינו חלק מ"כבוד האדם" שבחוק-היסוד.³⁸ העדר ההכרעה הברורה אינו מאפשר לכנסת לדעת אם חלות עליה הגבלות חוקתיות בהגבילה את חופש הביטוי, ולמשפטן אין הוא מאפשר לדעת אם חוק של הכנסת המגביל במפורש ובבירור את חופש הביטוי ניתן לתקיפה חוקתית אם לאו.

לגישתי, זהו מצב מאוד לא-רצוי. הכנסת, הקהילה המשפטית והציבור כולו זכאים לדעת באופן ברור מה מעמדם הנורמטיבי של עקרונות-יסוד כגון השוויון וחופש הביטוי, ובעיקר אם זכויות אלה נהנות ממעמד חוקתי שיש בו כדי להגביל את עקרון ריבונות הכנסת.

והנה, בית-המשפט העליון – המודע כמובן היטב לחשיבותן של שאלות אלה ולכך שהן נותרו פתוחות – נמנע במכוון מהכרעה בהן. כך, למשל, בהחלטת בית-המשפט הגבוה לצדק בעניין שידורו של ערוץ "פלייבוי",³⁹ שניתנה בהרכב של אחד-עשר שופטים, היה בית-המשפט העליון יכול לעשות שימוש בהרכב המורחב ובעתירה המסוימת על-מנת להכריע אם חופש הביטוי כלול במונח "כבוד האדם" אם לאו, אך הוא בחר לא להכריע בשאלה זו, למרות מודעותו לדעות הסותרות שהובעו בסוגיה זו על-ידי הרכבים קטנים יותר של בית-המשפט העליון.⁴⁰

בפי חלק משופטי בית-המשפט העליון, אי-ההכרעה בנושא זה הינה אידיאולוגיה כמעט. כך, למשל, כותב השופט חשין באחד מפסקי-הדין שבהם הוא "מסרב" לגלות את

37 בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מד(3) 529.

38 ראו: ע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136; בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ ואח' נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות ואח', פ"ד נ(5) 661.

39 בג"ץ 5477/03, 5432 ש.י.ן לשוויון ייצוג נשים ואח' נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין ואח' (טרם פורסם, ניתן ביום 3.3.2004; להלן: בג"ץ ש.י.ן). ראו גם בג"ץ 6226/01 מאיר אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד נ(2) 157, שבו החילה השופטת דורנר בפועל את פסקת ההגבלה מחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו, אך מבלי להכריע בסוגיית מעמדו הנורמטיבי של חופש הביטוי, עקב קביעתה כי אמות-המידה שנקבעו בפסקת ההגבלה משמשות גם "בהפעלת שיקול-הדעת של רשויות שלטוניות לפגוע בזכויות-היסוד כולן, אף אלה שאינן מעוגנות בחוק-היסוד" (שם, בעמ' 163).

40 בג"ץ ש.י.ן, לעיל הערה 39, בעמ' 13: "השאלה אם חופש הביטוי כלול בזכויות הקבועות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שבה הובעו דעות שונות על-ידי שופטי בית-משפט זה, אינה טעונה הכרעה או התייחסות בהליך זה."

עמדתו בשאלה אם חופש הביטוי כלול כיום ב"כבוד האדם", כלומר, אם הוא בעל מעמד על חוקתי: ⁴¹

"גם שופטים על מושבם מתפתים לעיתים להשתעשע באימרות-אגב - שלא לצורך העניין שבפניהם - ומביעים הם דעה על פירושו של מושג כבוד האדם ועל תחום פרישתו. אנו לא נלך בדרך זו ולא נגלה את צפונות ליבנו. סודות נגלה אך בשעת רצון."

אלא שבמאמרו של ברק בכרך זה ניתן לזהות שינוי משמעותי בהקשר זה. ברק מביע תמיכה בלתי-מסויגת בהכרעת סוגיות אלה על-ידי בית-המשפט, וצער על כך שהן טרם הוכרעו. ⁴² כאשר זו עמדתו של נשיא בית-המשפט העליון, ניתן לצפות כי הסוגיות הללו יוכרעו בקרוב.

באותו מאמר ניתן לזהות גישה פשרנית יותר לגבי הכללתן של זכויות בלתי-מנויות במסגרת "כבוד האדם". ברק מוסיף אומנם לתמוך בהכללתן של הזכות לשוויון (בנוסח של "איסור הפליה") ושל חופש הביטוי, אולם בד בבד הוא מוסיף כי "אין לכלול במסגרת הזכות לכבוד האדם את כל הזכויות האזרחיות, הפוליטיות והחברתיות המוכרות במשפט המקובל שלנו או במשפט המשווה. כבוד האדם אינו כל היפה והטוב שבחיים". ⁴³ ובמקום אחר הוא מוסיף: ⁴⁴ "חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם מעניקים מעמד חוקתי על-חוקי לזכויות אדם ספורות בלבד. רוב זכויות האדם נשארו במעמד שהיה להן לפני המהפכה החוקתית." הגם שהדברים אינם נאמרים במפורש, מהשוואת דברים אלה ל"מודל-הביניים" שבו דגל ברק בספרו, ⁴⁵ עולה כי ייתכן שהוא מוכן עתה לוותר על הכללתן של זכויות רבות

41 בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 865.

42 מאמר ברק, בעמ' 42: "מצב-דברים זה מכביד ביותר. מהותן של הזכויות החוקתיות הינה בעלת חשיבות חוקתית מכרעת, ויש להצטער על כך שבית-המשפט העליון טרם אמר את דברו בעניין זה."

43 מאמר ברק, בעמ' 42-43.

44 מאמר ברק, בעמ' 28-29.

45 ברק, לעיל הערה 5, בעמ' 416: "'כבודו' של האדם ו'חירותו' משתרע[ים] על כל אותן זכויות אדם אשר על-פי תפיסתו של הציבור הנאור בישראל קשורות לכבוד האדם ולחירותו בקשר ענייני הדוק, ואשר בלעדיהן אין משמעות להגנה על כבוד האדם וחירותו. אלה כוללות בעיקר את השוויון, את הכשרות המשפטית (האוטונומיה של הרצון הפרטי) ואת חופש הדיבור, התנועה, הדת, המצפון, המדע וההתאגדות." ביחס לזכויות החברתיות, יצוין כי כבר בספרו קבע ברק כי אין הן חלק מכבוד האדם, ובית-המשפט העליון אכן נמנע במהלך השנים מהכללתן במסגרת חוקי-היסוד. ראו, למשל, לגבי הזכות לחינוך: בג"ץ 2599/00 יתד - עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834; יורם רבין וקרן מיידר "בית המשפט תוקע יתד: על הזכות לחינוך והזכות לשוויון בחינוך בשדה החינוך המיוחד" המשפט ח (תשס"ג) 541.

אחרות – כגון חופש הדת והמצפון, האוטונומיה של הרצון הפרטי וחופש ההתאגדות – כמונה "כבוד האדם".

פרק ג: היקפן הפנימי של הזכויות הכלולות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

גם כאשר ברור כי זכות מסוימת מהווה חלק מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שאלת גבולותיה של הזכות נשארת במקרים רבים פתוחה לרווחה. אמחיש נקודה זו בעזרתה של הזכות לקניין, המוכרת בסעיף 3 לחוק-היסוד.

מה היקפה של הזכות החוקתית לקניין? בנושא זה קיימות לא מעט התבטאויות של שופטים⁴⁶ ולא מעט פרסומי מלומדים,⁴⁷ ובהם מחלוקות עזות ומנומקות היטב. איני טוען כי בית-המשפט היה חייב להגדיר באופן ממצה את הזכות לקניין. אכן, יש לא מעט עניינים ספציפיים, נקודתיים, שבהם ניתן להשאיר את התפתחות ההלכה ממקרה למקרה.⁴⁸ עם זה, טענתי היא כי היה ראוי, בתריסר השנים שחלפו למן כינונו של חוק-היסוד, להכריע – לפחות בקטגוריות הרחבות ביותר – בשאלה מהי "פגיעה בקניין", באופן שיתחוויר למחוקק, לממשלה, לאזרחים, למשפטנים ולבתי-המשפט בערכאות הנמוכות מהו מרחב התמרון החוקתי שבו עליהם לפעול.

ההמחשה הטובה ביותר לעניין זה היא השאלה אם הטלת מס מהווה, כשלעצמה, פגיעה בקניין. מובן שגם אם מס מהווה עקרונית פגיעה בקניין, אין בכך כדי לקבוע, מניה וביה,

46 ראו, למשל, את המחלוקת בעניין הגדרתו של המונח "קניין" בעניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3; וכן בג"ץ 5263/94 הירשזון נ' שר האוצר, פ"ד מט(5) 837.

47 ראו: יהושע ויסמן "הגנה חוקתית לקניין" הפרקליט מב (תשנ"ה-תשנ"ו) 258; יוסף מ' אדרעי "על חוקה דקלרטיבית וחוקה קונסטיטוטיובית – מעמדה של זכות הקניין החוקתית במדרג זכויות האדם" משפטים כח (תשנ"ז) 461; יואב דותן "המעמד החוקתי של זכות הקניין" משפטים כח (תשנ"ז) 535; אהרן יורן "היקף ההגנה החוקתית על הקניין וההתערבות השיפוטית בחקיקה כלכלית" משפטים כח (תשנ"ז) 443; אוריאל פרוקצ'יה "הגנה חוקתית על הקניין בראי התיאוריה הכלכלית" משפטים כח (תשנ"ז) 621.

48 ראו עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בעמ' 431: "פעולות השלטון הרגילות והיום-יומיות עלולות להשפיע על ערך רכושו של הפרט. האם לראות בהן פגיעה בקניין המחייבת בחינה חוקתית בגדריה של פיסקת ההגבלה או לשלול מהן את סיווגן כפגיעה? שאלות אלה יעסיקו אותנו בעתיד, ומן הראוי להשאירן בצריך עיון." ראו גם ע"א 6291/95 בן יקר גת חברה להנדסה ובניין נ' הועדה המיוחדת לתכנון ולבניה "מודיעין", פ"ד נא(2) 825, 847-848.

משפט ועסקים א, התשס"ד מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית

כי כל מס הינו פסול. כל תוצאתה של המסקנה כי מס מהווה פגיעה בקניין תהיה שהמס כפוף לבחינה חוקתית של בית המשפט במסגרת פסקת ההגבלה, לרבות בשאלת היותו "לתכלית ראויה", מידתי ו"הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".

לבית המשפט העליון ניתנה האפשרות להכריע בסוגיה עקרונית זו יותר מפעם אחת. היו לו גם כל הכלים לכך, משום שבנושא זה נכתבו ניתוחים מלומדים על ידי חכמי המשפט כירון,⁴⁹ אדרעי,⁵⁰ הדרי,⁵¹ ורובינשטיין ומדינה.⁵² אולם בית המשפט בחר להתחמק ממתן תשובה. כמעט בכל המקרים בחר בית המשפט לקבוע שגם אם מס מהווה פגיעה בקניין, הוא עומד בתנאיה של פסקת ההגבלה, ולכן אין צורך להכריע אם הוא אכן מהווה פגיעה בקניין.⁵³

טענתי היא שיש גם יש צורך, במסגרת השאיפה שהחוקה תסדיר לפחות את העקרונות הרחבים, לקבוע חד-משמעית אם מס חשוף לבחינה חוקתית במסגרת הזכות החוקתית לקניין אם לאו. לאחרונה כבר עבר בית המשפט למתכונת של החלטות לקוניות, שבהן הוא משאיר את השאלה – במפורש ובמודע – בצריך עיון. כך, למשל, בפסקה הדין בעניין התאחדות הקבלנים:⁵⁴

"אין אחידות דעים בין שופטים, מלומדים ומשפטנים בשאלה אם הטלת מס מהווה פגיעה בזכות הקניין... אלא, שאין עלינו להידרש לשאלה זו בעניין שלפנינו, משום שגם אילו סברנו כי יש בהוראת החוק שאינה מתירה ניכוי הוצאת מס לצורך מס הכנסה, פגיעה בזכות קניין, אנו בדיעה, כי החוק המורה כן, שנועד להחליף הסדר חוקי אחר, איננו בלתי חוקתי, באשר הוא נחקק לתכלית כלכלית-מיסויית ראויה והוא איננו פוגע בזכות, במידה העולה על הנדרש."

49 אהרן ירון "המהפכה החוקתית במיסוי בישראל" משפטים כג (תשנ"ד) 55.

50 אדרעי, לעיל הערה 47.

51 יצחק הדרי "נורמת המידתיות וביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקי מס" הפרקליט מו (תשס"ב) 11.

52 אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, תשנ"ז, כרך ב) 940.

53 ראו, למשל: בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793; בג"ץ 5503/94 סגל נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נא(4) 529. חריג עדכני יחיד הוא ע"א 10608/02 שריף הזימה נ' אגף המכס ומע"מ (טרם פורסם, ניתן ביום 9.3.2004), שבו קבע השופט ריבלין, בלא דיון והנמקה מפורטת, כי "אין חולקין כי המס מהווה פגיעה בזכות לקניין המעוגנת בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו". עם זה, לנוכח הדיונים המפורטים בעבר בסוגיה זו, ספק אם ניתן לראות באמרת אגב זו משום הכרעה של הסוגיה.

54 בג"ץ 4197/00 התאחדות הקבלנים והבונינים בישראל נ' שר האוצר, דינים עליון נה 827, 827.

גישה זו אינה מקדמת את הוודאות החוקתית. ענייני מיסים יכול שיידונו בערכאות נמוכות, והיה ראוי שבית המשפט העליון ינחה אותן (ואת עצמו) בשאלה אם יש לבחון כל מס באספקלריה של פסקת ההגבלה אם לאו.

פרק ד: תחולתו של חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו ביחסים בין פרטים

חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו קובע במפורש כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק היסוד זה".⁵⁵ חוק היסוד אינו מתייחס במפורש לשאלה אם הזכויות הכלולות בו חלות גם ביחסים בין פרטים, ועל פי ההיסטוריה החקיקתית שלו נראה כי לא הייתה כוונה להחילו ביחסים אלה.⁵⁶ אומנם, החובה לכבד זכויות מסוימות הוחלה גם לגבי יחסים בין פרטים,⁵⁷ ובפסיקה פותחה אף דוקטרינת הגופים ה"דומהותיים" שהוחלו עליהם נורמות מן המשפט הציבורי,⁵⁸ אולם גישות אלה אינן מחילות את החובה לכבד את מלוא

55 סעיף 11 לחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו.

56 ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 52, בעמ' 969.

57 למשל, הזכות לחיים או לשלמות הגוף מוגנת גם ביחסים בין פרטים, מכיוון שפגיעה בחיים או בשלמות הגוף של אחר תהווה בדרך כלל עברה פלילית ועולה אזרחית. בתחום השוויון, ששאלת הכללתו בחוק היסוד שנויה במחלוקת, נחקקו בשני העשורים האחרונים כמה חוקים החלים במישור הפרטי, ביניהם: חוק שוויון ההודמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, ס"ח 38; חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998, ס"ח 152; וחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים, ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, ס"ח 58 (להלן: החוק לאיסור הפליה במוצרים). ראו: ברק מדינה "איסור הפליה במגזר הפרטי מנקודת מבט של תיאוריה כלכלית" עלי משפט ג (תשס"ג) 37; משה כהן-אליה "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ובשירותים" עלי משפט ג (תשס"ג) 15.

58 ראו, למשל: ע"א 731/86 מיקרודף נ' חב' החשמל לישראל, פ"ד מא(2) 449; אייל בנבנישתי "תחולת המשפט המינהלי על גופים פרטיים" משפט וממשל ב (תשנ"ד-1994) 11; דפנה ברק-ארו "תאגידי ציבוריים" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 273. דברי השופט זמיר בע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים, פ"ד מט(3) 196, מעידים כי דוקטרינה זו מקדמת את הדיון באופן חלקי ביותר: "על דרך זאת, המחילה את הדואליות הנורמטיבית על גופים דומהותיים, ניתן לומר כי הכיוון ברור אך הנתיב טרם סומן. הנסתר רב מן הנגלה." (שם, בעמ' 207)

הזכויות ובכל סוגי היחסים שבין פרטים, ועל-כן שאלת-היסוד לגבי תחולת חוק-היסוד במישורין ביחסים בין פרטים טרם הוכרעה בפסיקה.⁵⁹

ברק התמודד עם סוגיה זו חזיתית באחד ממאמריו, ואחר כך בספרו על הפרשנות החוקתית.⁶⁰ ברק הציע בספרות כמה מודלים אפשריים לסוגיה, והעדיף מביניהם את מודל "התחולה העקיפה", שעל-פיו לזכויות החוקתיות אין תחולה ישירה במשפט הפרטי, אולם הן מחלחלות אליו באמצעות דוקטרינות ומושגי סתום.⁶¹ למשל, כאשר חוק קובע את החובה לפעול בתום-לב⁶² או בסבירות,⁶³ יכללו מונחים עמומים אלה משמעות שלפיה מי שפוגע בזכויות חוקתיות של רעהו אינו פועל בתום-לב או בסבירות, לפי העניין. כן מאפשר ברק, באופן עקרוני, להשלים את החסר במודל זה באמצעות מודל "התחולה על הרשות השופטת".⁶⁴ נוסף על כך, ברק מציין בספרו כי חקיקה חדשה בתחום המשפט האזרחי חייבת לקיים את פסקת ההגבלה.⁶⁵

בפועל ניתן לראות בשנים האחרונות את תחילת חלחולן האיטי של הזכויות אל תוך המשפט הפרטי באמצעות מודל התחולה העקיפה, בין שהוא נזכר במפורש על-ידי השופטים ובין שהוא מופעל מבלי לקרוא לו בשמו. כך, למשל, בעניין נעאמנה נ' קיבוץ קליה⁶⁶ נפסקו פיצויים למשפחה ערבית שכניסתה לפארק המים של הנתבעת נמנעה בשל לאומיותה, תוך הסתמכות על שני מקורות: מחד גיסא, עולת היפר חובה חקוקה (כשהחקיקה המופר הוא חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו), ומאידך גיסא, ניתוח חוזי הכולל שימוש במונח השסתום "תום-לב". דוגמה נוספת היא פסק-הדין שמסיאן נ' גני רוזמרי,⁶⁷

59 ראו שם, שם, שבו נקבע כי הזכויות "עשויות לחול" גם ביחסים שבין אדם לחברו, אולם מבלי להכריע בכך.

60 ברק, לעיל הערה 5, בעמ' 649-697; וגרסה מוקדמת יותר - אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (יצחק זמיר עורך, תשנ"ג) 163. ראו גם פרנסס רדאי "הפרטת זכויות האדם" והשימוש לרעה בכוח" משפטים כג (תשנ"ד) 21.

61 מודלים אחרים כללו את "מודל התחולה הישירה", שלפיו לזכויות החוקתיות יש תחולה מלאה ביחסים בין פרטים, בדיוק כפי שיש להן תחולה ביחסים בין השלטון לבין הפרט; ואת "מודל העדר התחולה", שלפיו לזכויות החוקתיות יש תחולה רק ביחסים בין השלטון לבין הפרט, אך לא ביחסים בין פרטים.

62 למשל, סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ס"ח 118.

63 למשל, סעיף 2 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981, ס"ח 258.

64 לפי מודל זה, אף שלזכויות אין מעמד בתחום המשפט הפרטי, הרשות השופטת מהווה חלק מהשלטון (המחויב לזכויות), ולפיכך היא אינה יכולה לפעול בניגוד לזכויות האדם במישור הכללי (פיתוח הלכות) או הפרטי (מתן סעד לפלוני כאשר הסעד יאשר את פגיעתו של פלוני בזכות האדם של אלמוני).

65 ברק, לעיל הערה 5, בעמ' 696.

66 ת"א (י"ם) 11258/93 נעאמנה נ' קיבוץ קליה, דינים שלום ו 236.

67 ת"א (ת"א) 15/97 שמסיאן ואח' נ' מסעדת גני רוזמרי ואח', דינים שלום יד 402.

אשר עסק, עוד בטרם נחקק החוק לאיסור הפליה במוצרים,⁶⁸ במועדון שמנע את כניסתה של התובעת – נכה על כיסא-גלגלים – לערב פנויים-פנויות שנערך בין כתליו. בפסק-דין זה נעשתה אקרויבטיקה משפטית כדי לחייב את הנתבעת בגין עילות שונות מן המשפט האזרחי. בית-המשפט פסק כי הנתבעת הפרה חוזה, התרשלה, הפרה חובה חקוקה ואף חטאה בלשון הרע – והכל, למעשה, נבע מהפגיעה שפגעה בזכותה של הנתבעת לשוויון.

אולם מודל התחולה העקיפה, אף אם יאומץ (על-ידי המחוקק או בתי-המשפט), אינו מספק תשובה מלאה ומסודרת לשאלת תחולתן של זכויות-היסוד במשפט הפרטי. אדרבא, הוא מצליח בהחלט ליצור בלבול מסוים. כך, למשל, הושמעה בפסיקה הדעה כי לנוכח עיגונה של הזכות לקניין כזכות חוקתית על-חוקית, במסגרת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, עלה מעמדה של זכות היוצרים, לרבות ביחסים בין פרטים.⁶⁹ אלא שזכות היוצרים מאוזנת, בהקשרים רבים, אל מול חופש הביטוי.⁷⁰ הנה שבה אם כן ועולה שאלת מעמדו הנורמטיבי של חופש הביטוי, ואם הוא נכלל במונח "כבוד האדם" ולפיכך בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁷¹ אם גם חופש הביטוי נכלל בחוק-היסוד, אזי בוודאי אין בהכללתה של הזכות לקניין בחוק-היסוד משום חיווקה של זכות זו באיזונה מול חופש הביטוי.

מכל מקום, מודל התחולה העקיפה אינו מבהיר, נכון לעכשיו, אם יש בו כדי לשנות אצל השופט המפעיל אותו את האיזונים הנוגעים בזכויות השונות, בין אם הן נכללות בחוק-היסוד ובין אם לאו. כשלעצמי, איני סבור, לנוכח תהליך האטומיזציה, כי יש להעדיף את הזכויות ש"זכו" להיות מעוגנות ראשונות בחוק-יסוד חוקתיים על-חוקיים על הזכויות האחרות.⁷² ככל שהדבר נוגע בתחולת הזכויות ביחסים בין פרטים, מכוח מודל התחולה העקיפה או כל מודל אחר, איני סבור כי כוונת המכונן הייתה לשנות בעקיפין את האיזון הפנימי בין זכויות שזכו בהעלאתן עלי ספר (ויצרו הגבלה על כוחה של הכנסת כרשות מחוקקת) לבין זכויות שטרם צלחו את מסלול המכשולים של הכנסת. זכויות אחרונות אלה אינן מגבילות אוימנם את כוחה המחוקק של הכנסת, אולם חשיבותן לא נפגמה.

מודל התחולה העקיפה טרם אומץ בפסיקה מנחה של בית-המשפט העליון. אם מודל זה מהווה את הדין, אזי על בית-המשפט העליון להכריז על הדבר במפורש ולהסביר את משמעויותיו מרחיקות-הלכת. שהרי מודל התחולה העקיפה, אם הוא אכן חלק מן הדין

68 לעיל הערה 57.

69 ראו, למשל, רע"א 6141/02 אק"ם בע"מ, אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' תחנת השידור גלי צה"ל ואח', פ"ד נו(2) 625, 629-630 (פסק-הדין עוסק ברשות ציבורית אולם הרטוריקה רלוונטית גם ליחסים בין פרטים).

70 רע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני, פ"ד מח(1) 251.

71 ראו לעיל פרק ג.

72 להשערה כי בעיית מדרג הזכויות הינה אחת הסיבות לאקטיביזם של בית-המשפט העליון בהכללת זכויות בלתי-מנויות בגדר חוק-היסוד, ראו סומר, לעיל הערה 27, בעמ' 334-337.

משפט ועסקים א, התשס"ד מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית

הנוהג, משנה לחלוטין את האסור והמותר ביחסים בין פרטים, שהרי אלה מושפעים ממונחי השסתום כגון סבירות ותום-לב בחלק גדול מן הנורמות החלות עליהם. השאלה המשפטית אם אדם חייב לנהוג במישור הפרטי בשוויון כלפי רעהו תלויה אפוא כיום הן בשאלת תחולתו של מודל התחולה העקיפה והן בשאלת הכללתה של הזכות לשוויון במסגרת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

פרק ה: מה מעמדה המשפטי של הכרזת העצמאות?

שאלת מעמדה המשפטי של ההכרזה על הקמת מדינת-ישראל⁷³ התעוררה סמוך לאחר הקמת המדינה. בית-המשפט העליון הכריע אז כי אף-על-פי שההכרזה הינה בגדר "חזון העם" וה"אני מאמין" שלו,⁷⁴ ואף שניתן להסתייע בה לצורכי פרשנות, היא אינה מהווה מסמך חוקתי עליון שניתן לבטל באמצעותו חוקים.⁷⁵ בעניין שקדיאל,⁷⁶ שהוכרע זמן קצר יחסית לפני כינונם של שני חוקי-היסוד משנת 1992, סיכם השופט ברק (כתוארו אז) את המצב המשפטי כך:

"חשיבותה של הכרזת העצמאות, שהיא מעגנת בתוכה עקרונות יסוד של המשטר. אמת, אין היא בחינת חוקה, ואין לה כוח משוריין. אך מכאן לא נובע כי היא נעדרת כל כוח משפטי. נהפוך הוא: היא מהווה את מגילת הערכים של האומה שכן היא כוללת בחובה, בין השאר, מספר עקרונות העומדים ביסוד המשטר, ומספר הנחות יסוד שהחקיקה צריכה להשתלב לתוכן. למגילת ערכים תוקף משפטי שכן ממנה נגזרות זכויות, ועל פיה מתפרש כל חוק."

73 ע.ר. (תש"ח) 1 (להלן: ההכרזה או מגילת-העצמאות).

74 בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871.

75 ראו, למשל: בג"ץ 10/48 זיו נ' הממונה בפועל על האזור העירוני תל-אביב (יהושע גוברניק) ואח', פ"ד א 85, 89; בג"ץ 7/48 אל-כרבוטלי נ' שר הבטחון, פ"ד ב 5, 13; ע"פ 112/50 יוסיפוף נ' היוהמ"ש לממשלה, פ"ד ה 481, 487; ע"א 450/70 רוגוזינסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 129, 136 ("על בתי המשפט לכבד רצון זה [של המחוקק ה' ס'] ולתת לו תוקף אף אם אינו עולה בקנה אחד עם העיקרון של חופש המצפון שבהכרזת העצמאות..."). לדיון מקיף במעמדה המשפטי של ההכרזה, ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, תשנ"ז, כרך א) 45-55.

76 בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221.

בעת החלפת חוק־יסוד: חופש העיסוק, בשנת 1994, שולב בו ובחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו סעיף פותח זהה בזו הלשון:⁷⁷

”זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-ורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרה על הקמת מדינת ישראל.”

אולם האם העניק סעיף זה עיגון חוקתי להכרזה, ואם כן – מה משמעותו של עיגון זה? אף בעניין זה נותרנו, בחלוף תריסר שנים, עם אמרת־אגב יחידה של שופט בבית־המשפט העליון, ועם תמיכה מסוימת בה בספרות, חרף הודמנויות אחדות להכריע בשאלה זו, שבכולן העדיף בית־המשפט במפורש להשאיר את הסוגיה בצריך עיון במקום להכריע בה. בעניין כלל⁷⁸ קבע השופט דב לוין כי חוק־היסוד הפכו את מגילת־העצמאות למקור עצמאי לזכויות אדם, ומכיוון שעקרון השוויון מעוגן, לפחות בחלקו, במגילת־העצמאות,⁷⁹ יש בכך עיגון חוקתי לשוויון בגדר חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁸⁰ ברק מציג את גישתו זו של השופט לוין כאחת משתי האפשרויות לפירוש פסקת עקרונות־היסוד, ומכנה אותה ”המודל העצמאי”.⁸¹ לפי גישה זו, ניתן לגבש מפסקת עקרונות־היסוד זכויות אדם שאינן מוכרות בחלקים האחרים של חוק־היסוד:⁸²

”על פי מודל זה, פסקת עקרונות־יסוד מעניקה לעקרונות־היסוד המרכיבים אותה – ערך האדם, קדושת חייו, היותו בן־חורין, עקרונותיה של הכרות העצמאות – מעמד חוקתי־על־חוקי.”

אלא שהפסיקה לא אימצה את העמדה הזו, מחד גיסא, ולא דחתה אותה, מאידך גיסא. בעניין עמותת שוחרי גילית⁸³ ציין השופט אור את דבריו של השופט לוין בעניין כלל, אך

77 סעיף 1 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, וסעיף 1 לחוק־יסוד: חופש העיסוק (להלן: פסקת עקרונות־היסוד). להיסטוריה של פסקת עקרונות־היסוד, ראו: ברק, לעיל הערה 5, בעמ' 299–301; קרפ, לעיל הערה 26, בעמ' 151–152; רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 52, בעמ' 919–921.

78 בג"ץ 726/94, 878/94 כלל חברה לביטוח בע"מ ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד מח(5) 441 (להלן: עניין כלל).

79 לגבי זכות־היסוד לכבוד האדם, שמגר כותב כי ”היא עלתה ממגילת העצמאות שקבעה כי המדינה תהיה מושתתת על יסודות החירות והצדק... ותקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור”; מאיר שמגר ”כבוד האדם ואלוהים” משפט וממשל ג (תשנ"ה-1995) 33, 39.

80 עניין כלל, לעיל הערה 78, בעמ' 461.

81 ברק, לעיל הערה 5, בעמ' 303.

82 שם, שם.

83 בג"ץ 1554/95, 7715/95 עמותת ”שוחרי גילית” נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד

נ(3) 2.

קבע כי הדברים נאמרו באמרת-אגב חד-פעמית,⁸⁴ והחליט להשאיר את השאלה בצריך עיון משום שהעניין שלפניו אינו "מספק שעת כושר מתאימה להכריע בשאלה זו".⁸⁵ גם בהודמנות נוספת, בפסק-הדין בעניין עדאלה,⁸⁶ בחר בית-המשפט העליון, במודעות מלאה, להשאיר את הסוגיה הנכבדה בצריך עיון.

פרק ו: דיון וסיכום (או: ככה לא בונים חוקה)⁸⁷

ברשימה זו הצגנו חמש סוגיות חוקתיות מרכזיות שטרם הובררו די צורכן, שתים-עשרה שנים לאחר כינונם של חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם. חלק מן הסוגיות נותרו בפסיקה בצריך עיון, לעיתים לנוכח אמרת-אגב או סדרה של אמרות-אגב שלא הגיעו לכלל הכרעה. בסוגיה אחרת – היכולת לפגוע בחוקי-יסוד לא-משורייין באמצעות חקיקה רגילה של הכנסת – דומה שחל לאחרונה שינוי משמעותי, כעולה ממאמרו של ברק בכרך זה, אולם הפסיקה טרם הבהירה את הסוגיה בצורה סופית, וטרם נימקה את השינוי המשמעותי שחל בה.

קיימות כמובן סוגיות חשובות רבות אחרות שנתרו פתוחות במהלך התקופה. בין אלה ניתן למנות את השאלה בדבר מהות בטלותו של חוק ומה השפעתה על פעולות שנעשו לפני הכרות הבטלות,⁸⁸ וכן את השאלה אם הכנסת יכולה, באמצעות סמכותה

84 למעשה, השופט דב לין חזר על אותה עמדה בפסק-דין נוסף: ע"פ 2910/94 ארנסט יפת ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221.

85 יצוין כי השופט אור היה חלוץ השופטים בבית-המשפט העליון בקביעה כי הזכות לשוויון כלולה בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו בג"ץ 5394/92 הופרט נ' 'יד ושם', רשות הזכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח(3) 353, 362.

86 בג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ואח' נ' עיריית תל-אביב-יפו ואח', פ"ד נו(5) 393.

87 בפרפרזה על הביטוי המפורסם מעולם הכדורגל "ככה לא בונים חומה" – ראו: <http://www.pitgam.net/cats.php?data=soccer&categ=cat2> (7.7.2004). בהקשר שלנו, דומני כי זכויות היוצרים על התאמת הכותרת הינן של רייכמן, לעיל הערה 13. כותרת זו הוספה – ככותרת נוספת – על-ידי מערכת העיתון גלובס לריאיון עיתונאי עם יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט. ראו צבי לביא "יש אולי דיון אבל אין דין לאזרחי ישראל" גלובס 24.4.2003 [http://www.globes.co.il/pay/login.asp?pid=archive&did=683107&fid=2] (14.4.2004).

88 ראו ברק, לעיל הערה 5, בעמ' 720. הסוגיה הושארה בצריך עיון בבג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 414; וכן בבג"ץ 6652/96 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים, פ"ד נב(3) 117.

המכוננת, לעשות "שימוש לרעה" בכותרת "חוקיסוד" לצורך חקיקה רגילה שבינה לבין חוקה אין ולא כלום.⁸⁹ קיימת גישה שלפיה בעניינים חוקתיים, בית-המשפט צריך ללכת "עקב בצד אגודל" ולהימנע מהכרעות חוקתיות עקרוניות שאינן נחוצות לחלוטין. השופט זמיר היטיב לבטא גישה זו:⁹⁰

"בתחום המשפט החוקתי נדרש בית המשפט להלך בזהירות רבה במיוחד כדי שלא ימעד. בתחום זה, יותר מאשר בתחומי משפט אחרים, בית המשפט קובע אורחות חיים. לא פעם, פסקי הדין שלו אינם רק ציוני דרך, אלא הם פורצים דרכים חדשות. הדבר מחייב בדיקה יסודית של פני השטח וראייה לטווח רחוק. ראוי להתקדם בדרך עקב בצד אגודל. קפיצת הדרך עלולה למוטט את היציבות שהיא חיונית להתקדמות."

אכן, יש עניינים רבים שבהם גישה זו מוצדקת, במיוחד עניינים הקשורים לנושאים ערכיים או למושגים עמומים בהגדרתם. למשל, חוק-היסוד מתייחס לערכיה של מדינת-ישראל כ"מדינה יהודית ודמוקרטית", ואני סבור שטוב יעשה בית-המשפט אם לא יודרו לנסות לפתור את כל הבעיות המתעוררות ממונח חשוב וטעון זה בהחלטה אחת שאינה נחוצה לגופה. גם לגבי שאלת הפעלתו של מבחן "התכלית הראויה" בפסקת ההגבלה דומה כי ראוי לאפשר התפתחות ממקרה למקרה.⁹¹

אולם לדעתי, גישה זו אינה מתאימה לעניינים החוקתיים הבסיסיים שהוצגו ברשימה זו. נושאים אלה הינם עקרוניים, בפרט לצורך התוויית גבולותיו של עקרון ריבונות הכנסת, בניסיון להקטין את החיכוך (שהתגבר לאחרונה) בין הכנסת לבין בית-המשפט העליון. מאידך גיסא, ייתכן שהתשובות לחלק מהשאלות הפתוחות עלולות להחריף את העימות, ומשום כך בית-המשפט העליון אינו מקדם אותן.

במיוחד יש לפעול להבהרת המצב המשפטי מקום שאחידים מהשופטים הציגו את עמדתם הברורה בדרך של אמרות-אגב. במצב כזה אני סבור שלא די בהסתייגות מעצם התופעה של אמרות-האגב. אם אי-אפשר למנוע את אמרות-האגב, אולי מן הראוי לקיים את הדיון העמוק לגופו של עניין, ולהביא בהקדם את הסוגיות הפתוחות לידי הכרעה עקרונית.⁹²

89 ראו דברי הנשיא ברק בעניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בעמ' 405-406: "שאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר, והתשובה לה יורדת לשורשי היחסים בין הסמכות המכוננת (של הכנסת) לבין הסמכות השופטת (של בתי המשפט). אף אותה אני מבקש להשאיר בצריך עיון."

90 עניין בנק המזרחי, שם, בעמ' 504-505.

91 כפי שנקבע בפועל על-ידי הנשיא ברק בעניין בנק המזרחי, שם, בעמ' 433-435.

92 ראו, למשל, דברי השופט זמיר בנושא הזכויות הבלתי-מנויות: "אני מבקש להזהיר עצמי

משפט ועסקים א, התשס"ד מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית

ראוי לציין כי לבית־המשפט הזדמן זה כבר, כפי שפורט לעיל, להכריע בכל אחת מהסוגיות ולנמק כדבעי את החלטתו לכאן או לכאן. בנסיבות אלה אני סבור כי ראוי לנצל הזדמנויות קרובות ולהבהיר לכנסת, לציבור ואף לבית־המשפט העליון עצמו מהם עקרונותיה של החוקה הישראלית.

חגיגת הבת־מצווה מוצדקת אפוא, אלא שגם במקרה זה, יש להסתכל על בת השתיים־עשרה בתקווה, ולייחל שבשנים הקרובות היא תשלים את התבגרותה.

מפני אמרות־אגב המוצאות דרכן אל בין השורות של פסקי הדין בנושא עקרוני ויסודי כל־כך, ללא דיון עמוק לגופו של עניין וכחלק מתחייב של הפסק, אני סבור כי אם אין צורך בכך, ועד שיתעורר הצורך, מוטב שלא להתחייב, דיה לבעיה בשעתה. "בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501.