

לאור התפתחות זאת ניתן להצטרף לדעתו של Stoljer האומר :

"...no legal system can call itself scientific or civilised unless unjust enrichment is recognised as a separate rubric."²⁴

אבל אפילו בקבל דעה זו, תתעורר שאלת ההיקף של מוסד המעין-חווה. קיימים הבדלים ניכרים בין ההסדרים הלאומיים. כך מכיר, למשל, הדין הגרמני בזכות השבה עקרונית רק במידה שהתעשרותו של הנתבע ממשיכה להתקיים בעת הגשת התביעה נגדו²⁵, הגבלה שאינה ידועה לדינים אחרים. לשם קביעת ההיקף ניתן לבחור בדרך שהוצעה למטרות אחרות במשפט הבינלאומי הפרטי, דהיינו בסיווג השוואתי, משמע עיצוב מוסדות על-ידי השוואת דינים, כך שאין המוסד בהכרח מודעה, לא עם מוסד מקביל של ה-*lex fori*, אך גם לא עם זה של ה-*lex causae*²⁶, Rabel, אבי רעיון זה הגדיר אותו כך :

"העובדות להן מתייחסת הוראת ההתנגשות (של הדין הבינלאומי הפרטי)²⁷ אין לסווגן על-פי תופעה של ה-*lex fori*, אליה יש להשוות תופעות של דינים זרים, אלא מלכתחילה על-פי המכנה המשותף של התופעות המשפטיות"²⁸. במלים אחרות : כשבאים להרכיב את המושג "מעין חווה", בהקשר זה של הדברים, יש לחפש את המכנה המשותף למושג זה בכל הדינים, או לפחות ברובם. אמת, כמו בכל בחירה, קודמת המטרה אליה שואף הבוחר להגיע לקבלתו או דחייתו של יסוד זה או אחר²⁹. לפני שהנך משבץ את האלמנטים במקומם, זקוק אתה לשיטת קואורדינטים קבועה. אך במקרה שלנו ניתנת לך שיטה כזאת על-ידי עצם ההוראה של סעיף 61(ב) של חוק החוזים (חלק כללי), המפנה אותך להוראות אותו חוק. אולי לא למותר להוסיף כי דוקא בשנים האחרונות, בהקשר להופעת האנציקלופדיה הבינלאומית לדין השוואתי³⁰ הובלטה השיטה של עיצוב מושגים על-לאומיים³¹. לאור כל השיקולים הנ"ל אין לומר בודאות מהו הדין החל בארץ על סוגיית המעין-חווה.

התסבוכת הזאת נוצרה על-ידי נטייתו האומללה של המחוקק הישראלי להפניות סיטוניות, המתבטאת גם בסעיף 61(ב) הנ"ל. נטייה זו גורמת להעברת סמכויות נרחבות, השייכות בעצם מהותן לתחום הרשות המחוקקת, לידי הרשות השופטת ומטילה על בתי-המשפט אחריות העוברת את גבול המותר ויוצרת חוסר-ידידות בשטחים רבים. טוב יעשה המחוקק אם לפחות בשטח זה של מעין-חוזים יחוקק חוק שיבהיר את המצב.

24 ה"ש 6 לעיל; שם, עמ' 15.

25 ב.ג.ב., סעיף 818(3).

26 Kegel, Muenchen u.a.O., 1960, 88.

27 (Kollisionsnorm).

28 "Das Problem der Qualifikation", 5 (1931) *Zeitschrift fuer Auslaendisches und Internationales Privatrecht*, 241, 257.

29 Kegel, *op. cit.*, 90.

30 *International Encyclopaedia of Comparative Law*, Tuebingen.

31 Rheinstein, *Einfuehrung in die Rechtsvergleichung*, Muenchen, 1974, 14, Anm. 10; 16, Anm. 2.

מגילת זכויות האדם והאזרח בישראל: הישג קונסטיטוציוני או אחיזת עיניים?

מאת

ד"ר פנינה להב וד"ר דוד קרצ'מר *

עמ'	מבוא	
155		
156	I. מרכיבית של הצעת החוק	
	II. תפקידו של חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח	
158	בשיטת המשפט הישראלית	
160	פרק א': מעמדן הנורמטיבי של זכויות האדם והאזרח	
	I. למהותה של שיטת משפט: ההבחנה בין עקרונות וקוי המדניות	
160	לבין כללים וסטנדרטים של התנהגות	
165	II. על הטעם שבחלוקת זכויות האזרח לשלושה סוגים	
	III. סיכום הביקורת על חלוקת הזכויות לשלושה סוגים	
172	והצגת המודל האלטרנטיבי	
173	פרק ב': כנגדן הביקורת השיפוטית	
173	I. מבוא	
174	II. הביקורת השיפוטית: מעלותיה ומגרעותיה במשטר דמוקרטי	
	III. פיקוח על חקיקה עתידית: המודל האמביוולנטי	
178	של הצעת החוק	
180	IV. על הצורך בשיריון החקיקה הקיימת	
	V. סיכום ההשגות על גישת המנכחים לביקורת השיפוטית	
188	והצגת המודל האלטרנטיבי	
192	סוף דבר	
193	נספח I. הצעת חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח	
195	נספח II. פעולת המודל האלטרנטיבי בשיטת משפט זרה	

* מאמר זה הוא פרי עבודתנו המשותפת ואת האחריות לכתוב בו אנו נושאים ביחד ולחוד. עם זאת, נכתב פרק א' על-ידי ד"ר קרצ'מר ופרק ב' – על-ידי ד"ר להב.

המלך צעד בתהלוכה תחת האפיריון המפואר שנשא מעל לראשו, והמון האנשים שעמד ברחוב והסתכל בתהלוכה קרא בהתפעלות: — מה נהדרים הם בגדי המלך החדשים! מה מקסים הוא השובל! ומה מרהיבים הם הצבעים!

(חנס כריסטיאן אנדרסן, בגדי המלך החדשים)

מבוא

מגילת זכויות האדם והאזרח מהווה את גולת הכותרת של כל חוקה במשטר דמוקרטי. יותר מכל קביעה קונסטיטוציונית אחרת מסמלת מגילת זכויות האדם והאזרח את דבקו של הממשל בעקרונות של שלטון החוק ואת יחסי הכבוד ההדדי המאפיינים את הברית הנכרתת בין העם לממשל במשטר דמוקרטי.

אדריכלי החוקה¹ במדינת ישראל אף הם שותפים לדעה, שראוי למגילת זכויות האדם והאזרח שתקבל מקום של כבוד בחוקתנו. קיים קונסנסוס חברתי רחב, בדבר הצורך לעגן את זכויות האדם והאזרח במסמך חוקתי². פירוטיה של הסכמה רחבה זו מצאו ביטוי בהצעת חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח, שהונחה לפני הכנסת באוגוסט 1973³ והזוכה עתה לעיון חוזר של ועדת החוקה חוק ומשפט⁴.

- 1 לסקירה ממצה של התפתחות החוקה במדינת ישראל ראה: Klein, "A New Era in Israel's Constitutional Law", 6 (1971), *Is. L. Rev.*, 376. ראה גם: רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, מהדורה שנייה, בעמ' 274 ואילך.
- 2 בדיקה של מצעי המפלגות הפוליטיות שנתפרסמו בעתונים לפני הבחירות לכנסת השמינית מראה שארבע רשימות, וכיניהן שתי הרשימות שזכו למספר המנדטים הגדול ביותר, הבטיחו לבוחרים שיפעלו למען חוקה או חוק יסוד בענין זכויות האזרח. ראה עתון "הארץ", מיום 9.12.73 (התנועה לזכויות האזרח), מיום 21.12.73 (הליכוד), מיום 29.12.73 (הליכ"ר-רלים העצמאיים) ומיום 30.12.73 (המערך).
- 3 לדעה אחרת בענין זה ראה: לנדוי, "חוקה כחוק עליון למדינת ישראל", הפרקליט, כ"ז (1972), עמ' 30, 36-40.
- 4 ד"ח 1085 תשל"ג, 448. ראה נספח מס' I למאמר.
- 4 לאחר עיון חוזר זה תוקן הנוסח המקורי של ההצעה. מאמר זה נכתב לפני שהגיע הנוסח המתוקן לידינו ואנו מתייחסים להצעת החוק המקורית. יש אמנם כמה תיקונים חשובים

מטרתה של רשימה זו היא לבחון בחינה מדוקדקת את המודל של מגילת זכויות האדם והאזרח שאומץ על-ידי מנסחי הצעת החוק ואת התפישות המשפטיות שהביאו לאימוצו. נאמר כבר עתה שאין דעהנו נוחה למודל זה, ומתתפישת המשפטית עליה הוא מבוסס, וכי בהמשך רשימתנו נציג מודל אלטרנטיבי, שונה בצורתו ובמגמתו.

1. מרכיביה של הצעת החוק

בבואם לענן את זכויות האדם והאזרח בחוק יסוד, עמדו בפני מנסחי ההצעה שתי בעיות מרכזיות. בעיה אחת מתמקדת ביחס שבין חוקה לחוק רגיל. עגון זכויות האזרח בחוק יסוד מניח מכללל מתן עדיפות נורמטיבית לזכויות אלה על פני הסדרים הקבועים בחוק רגיל של הכנסת.⁵ אימתי יוכל המחוקק להפר, להצר או להסדיר זכות מזכויות האדם והאזרח? כדי לפתור שאלה זו הבחינו מנסחי ההצעה בין שלושה סוגים של זכויות: זכויות הזוכות לכאורה להגנה מוחלטת כד שזרעה שאין לפגוע בהן בכלל, זכויות שאין לפגוע בהן "אלא עפ"י חוק", וזכויות שאין לפגוע בהן אלא עפ"י חוק המיועד למטרה מסוימת.⁶

הבעיה השנייה שעמדה בפני המנסחים, מתמקדת בשאלת הפיקוח על יחס נורמטיבי זה: מי יקבע אימתי חורגת הוראה בחוק רגיל מן המסגרת הנורמטיבית שנקבעת בחוק היסוד? ומה דינה של הוראה בחוק רגיל הסוטה ממסגרת זו? מנסחי ההצעה קבעו, שבתי-המשפט ישמשו מנגנון מפקח על היחס בין הנורמות החוקתיות וחוקים רגילים, וכי הוראה בחוק רגיל אשר תעמוד בסתירה להוראות חוק היסוד תוכרז על-ידי בתי-המשפט כבטלה. מקובל לקרוא להליך כזה, אשר בו מעביר בתי-המשפט תחת שבט ביקורתו חוקים רגילים ואף עלול להכריז על חוק כבטל, מנגנון הביקורת השיפוטית. מנסחי ההצעה לא רצו להחיל את מנגנון הביקורת השיפוטית על כל המערכת הנורמטיבית בישראל. הם הבחינו בין דברי החקיקה הקיימים כיום, לבין דברי חקיקה עתידיים. את מנגנון הביקורת השיפוטית החילו מנסחי ההצעה על חוקים עתידיים בלבד ואילו את דברי החקיקה הקיימים שריינו בכפיה.⁷

מהתיאור שלעיל נובע ששני אלמנטים מאפיינים את המודל שאומץ על-ידי מנסחי הצעת חוק היסוד:

- (1) הבחנה בין שלושה סוגים של זכויות, שמקצתן אינן פגיעות כלל, רובן כפופות לכל חוק של הכנסת וחלקן פגיעות רק בחוקים הבאים לשרת מטרת מסוימת.

ביותר בנוסח המתוקן (למשל, סעיף 2 המתוקן), אבל נראה לנו שהתפיסה הבסיסית לא השתנתה.

5 למעמדם של חוקי יסוד בשיטתנו הבשפטית ראה: אקצין, "חוקי יסוד וחוקים משוריינים בישראל", הפרקליט, י"ז, עמ' 230; קליין, "הסמכות המכוננת במדינת ישראל", משפטים, ב, עמ' 51; רובינשטיין, ה"ש 1 לעיל, בעמ' 276 ואילך.

6 ראה: קליין, "על הצעת חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח – ההיבטים הקונסטיטוציוניים" פורמליים", משפטים, ה, עמ' 696, 700.

7 ראה סעיף 20(ב) ו-1(ג) להצעה.

מגילת זכויות האדם והאזרח בישראל: הישג קונסטיטוציוני או אחיזת עיניים?

(2) ביקורת שיפוטית מסוייגת, שתופעל רק על חוקים שייחקקו אחרי כניסת חוק היסוד לתוקפו, וגם במקרים אלה רק אם הזכות המופרת שייכת לסוג הראשון או השלישי של זכויות.

עיקר ביקורתנו כלפי הצעת החוק מכוונת נגד התפישה המשפטית המונחת ביסוד המודל המתואר לעיל. נציג את התיזה, שכל שיטה משפטית, מעצם טיבה, מורכבת מסוגים שונים של נורמות. סוגי הנורמות השונים מחולקים לכללים, סטנדרטים, עקרונות וקווי מדיניות. מגילת הזכויות קובעת עקרונות משפטיים ואילו הכללים והסטנדרטים של התנהגות מוצאים את מקומם בחקיקה הרגילה ובחקיקת המשנה. תכונתם המאפיינת של עקרונות משפטיים היא, שעקרונות שונים מתנגשים זה עם זה כך שאין אפשרות לתת לעקרונות תחולה אבסולוטית. כל שיטת משפט ערוכה לפתור התנגשויות בין עקרונות שונים ואין כל צורך לנסות לפתור התנגשויות צפויות בחוק היסוד עצמו. טענתנו היא, שהמודל של זכויות האדם והאזרח, כפי שהוא משתקף בהצעת החוק, מתעלם הן ממהותם של עקרונות משפטיים ודרך פעולתם בשיטת המשפט והן מהיחס הנכון בין מסמך חוקתי וחקיקה רגילה. התעלמות זו, היא שהולידה את שני המרכיבים של המודל עליהם בנויה הצעת החוק:

חלוקת הזכויות לשלושה סוגים: נסחי הצעת החוק לא הבינו שבשיטת משפט חיה ונושמת אין עקרונות המוחלים בצורה אבסולוטית. הם הניחו, שאם לא תסוייג הצהרה בדבר זכות זו או אחרת, יינתן לאותה זכות מעמד אבסולוטי בשיטת המשפט והיא תדחה כל אינטרס הנוגד לה. הנחה מוטעית זו, יצרה רתיעה מפני ניסוח מסמך חוקתי המכיל עקרונות כלליים והולידה מסמך המכיל עקרונות שברובם הגדול הם מסוייגים.

ביקורת שיפוטית: העובדה שחוקה כוללת עקרונות בלבד מניחה מקום נרחב בשיטת המשפט להסדרי חקיקה ספציפיים. יחס דינמי בין עקרונות החוקה והסדרי החקיקה הראשית מכתוב את התנאים להתפתחותו של מנגנון הביקורת השיפוטית ואת יחסו של בית-המשפט לחקיקה רגילה. מנסחי ההצעה לא הבינו את אופן פעולתו של בית-המשפט בהקשר זה, והניחו שביקורת שיפוטית היא הליך מכני שאחריתו ביטול חוקים חדשות לבקרים. הנחה מוטעית זו הולידה חשש מפני מנגנון הביקורת השיפוטית. הרתיעה מפני ביקורת שיפוטית מצאה ביטוי במרכיב הנוטר של המודל המופיע בהצעת החוק: צמצום הביקורת השיפוטית לגבי חקיקה עתידית (על-ידי כך שרוב הזכויות המוצעות ניתנות לפגיעה על-ידי חוק רגיל) ומתן חסינות לחקיקה הקיימת.

נתחיל את דיונונו בבירור קצר של תפקידיו של חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח. לאחר מכן נפתח את התיזה שהצגנו לעיל: נראה ששני האלמנטים עליהם מושתת המודל שאומץ בהצעת החוק מבוססים על הנחות מוטעות, ושתפישה נכונה של תפקידה של מגילת זכויות האדם והאזרח ודרך פעולתם של עקרונות זכויות האזרח בשיטת משפט מחייבת אימוץ מודל אלטרנטיבי: חוק יסוד המכיל עקרונות בלבד ומשאיר את הבעיה של איוון העקרונות לכנסת ולבתי-המשפט.

II. תפקידו של חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח בשיטת המשפט הישראלית

בטרם נבחן את הרעיונות המרכזיים הטמונים בהצעת חוק היסוד עלינו לשאול שאלה מוקדמת: לשם מה נחוץ חוק כזה? שאלה זו היא שאלת מפתח. רק אם נדע מה המטרה של חקיקת חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח נוכל לבדוק אם ההצעה הנוכחית יכולה לשרת מטרה זו.

זכויות האזרח אינן חדשות לשיטת המשפט הישראלית.⁸ הן מובטחות בהכרות העצמאות⁹ ושימשו נר לרגלי בתי-המשפט מאז קום המדינה ועד היום.¹⁰ אין גם להניח, שהכנסת בחוקה חוקים רגילים לא היתה מודעת לקיומם של עקרונות אלה בשיטתנו המשפטית או שהיתה לה כוונה לפגוע בהם בחוקים שהוקמה. יוצא, שחקיקת חוק היסוד איננה באה לתת הכרה לעקרונות של זכויות האזרח, שהרי עקרונות אלה כבר זכו להכרה זו. נראה שהעלאתם של עקרונות אלה על הכתב בחוק יסוד מיועדת לשמש מטרת אחרות.

חוק היסוד מיועד להיות חלק מחוקת המדינה ההולכת ונבנית. ככל מסמך חוקתי, מיועד חוק היסוד למלא שני תפקידים עיקריים: תפקידו הנורמטיבי הוא לקבוע את היחס בין עקרונות זכויות האדם והאזרח והוראת חוק ספציפיות; תפקידו החברתי העיקרי הוא לשמש מסמך חינוכי שישרש וימסד את ערכי היסוד הכלולים בו בקרב שכבות נרחבות של האוכלוסיה.¹¹ נדון בתפקידים אלה כסדרם.

התפקיד הנורמטיבי: מנסחי ההצעה עצמם העידו, שמגמתם היתה לנסח מסמך שיחייב הן את הממשלה והן את הרשות המחוקקת.¹²

8 ראה: שפירא וברכה, "המעמד החוקתי של זכויות הפרט", עיוני משפט, ב' עמ' 20; Shapira, "The Protection of Human Rights in Constitutional Law in Israel", in *Israeli Reports to the Ninth International Congress of Comparative Law*, 1974, Jerusalem, p. 105.

9 החלק השלישי של הכרות העצמאות אומר: "מדינת ישראל תהא מושתתת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל, תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדלי דת, גזע ומין, הבטיח חופש הדת, כצפון, לשון חינוך ותרבות...".

10 נקבע אמנם עליידי בית-המשפט העליון שאין לראות בחלק זה של הכרות העצמאות "משום חוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים, או ביטולם": בג"צ 10/48 זיו נ' גוברניק, פד"י א' 85, 89. אולם אין זאת אומרת שחלק זה של ההכרה נטול תוקף משפטי, ונעשה בו שימוש חשוב בפסיקה. ראה: בג"צ 87/53, 73/53 עמ' 23 "קול העם" נ' שר הפנים, פד"י ז' 871, 884; וראה גם: רובינשטיין, ה"ש 1 לעיל, עמ' 23 ואילך. גם בתקופת המנדט היו זכויות האדם והאזרח מעוגגות בשיטת המשפט (הגם שהופרו חדשות לבקרים עליידי הממשל המנדטורי). הן היבטחו הן בכתב המנדט והן בדבר המלך במרעצה, 1922.

11 ראה: שפירא, ה"ש 8 לעיל, והאסמכתאות המובאות שם.

12 להבחנה בין תפקידו הנורמטיבי ותפקידו החברתי של נורמות משפטיות, ראה: Raz, "On the Functions of Law", in Simpson (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence* (2nd series), p. 278.

13 ראה דבריו של ח"כ בנימין הלוי, יו"ר הוועדה לניסוח את ההצעה, בהציגו את ההצעה בפני הכנסת בדברי הכנסת, כנסת שמינית, כושב ראשון, עמ' 12 (יוני 1974).

מגילת זכויות האדם והאזרח בישראל: הישג קונסטיטוציוני או אחיזת עיניים?

הרעיון שמיסמך חוקתי כתוב יחייב את כל הרשויות במדינה הוא חיובי ורב כוחו לשמירה על איכות הדמוקרטיה בחברה.¹³ אולם על מתכנני המסמכים החוקתיים להיות ערים לגודל האחריות הנופלת עליהם: מטרתה של חוקה כתובה היא לשמש מסגרת מנחה לא רק לדור ההווה, אלא גם לדורות הבאים. עליה להיות מנוסחת כך, שכל דור ודור יוכל להתאימה להשתנות הנסיבות וצמיחת הערכים והשתנותם.¹⁴ זאת ועוד: החוקה היא מסגרת-על ואינה יכולה לבוא במקום הסדרי חקיקה ספציפיים והחלטות מדיניות שהשפעתן מיידית. אי לכך, עליה לאפשר מרווח-מחיה נאות לרשויות המדינה, המופקדות על חיי היום יום של החברה. חוקה ההופכת למיטת סדום, אינה יכולה למלא תפקיד בחברה. על החוקה הכתובה לעמוד בפני אתגר נוסף והוא, כוחה לאחד את העם מעל ומעבר להתנגשויות מפלגתיות, כיתתיות ופוליטיות. חשוב להקפיד, שהיא תהא מנוסחת כך שפלגים שונים יוכלו לראות בה כוח מאחד גם שעה שניטשת ביניהם מחלוקת חריפה וגוקבת בענייני מדיניות.¹⁵ נכון אמנם, שניתן להשיג מטרות אלה על-ידי שינוי החוקה בהליכי שינוי חוקתיים שנקבעו במיוחד לצורך זה, ואולם שינוי החוקה חדשות לבקרים מסכן את מעמדה כמסמך מכובד ויציב המאחד את העם. על החוקה להיות מוכנה לשמש מטרות אלה, בלא שיעשו בה שינויים תכופים.¹⁶ המסקנה המתבקשת היא, שכדי שמגילת הזכויות תוכל למלא את תפקידה כמסמך חוקתי במערכת המשפט, עליה להיות מנוסחת כך שיכללו בה רק עקרונות וערכי יסוד. כללים והסדרים ספציפיים הם ענין לרשות המחוקקת ולא לרשות המכוננת הקובעת את החוקה.¹⁷

13 ראה: Akzin, "The Place of the Constitution in the Modern State", 2 (1967), *Isr. L. Rev.* 1.

14 פרופ' קורטס ראה את החוקה האמריקנית כ"ראשי פרקים" כאשר "כל דור כותב לאורם את הטקסט שלו": C. P. Curtis, "A Modern Supreme Court in a Modern World", *Van. L. Rev.* 427, 428 (1951), ו-H. S. Commager ו-S. E. Morison, הפרופסורים "preference": "may" over "must": *The Growth of the American Republic*, I, 1942, New York, Oxford U. Press, p. 292. נקבעים בה על-ידי העדפה ברורה של המונח "יכול" על פני המונח "חייב": C. J. Friedrich, "The Judicial Power and Human Rights", ראה: in *The Impact of American Constitutionalism Abroad*, 1967, Boston U. Press, p. 77.

15 "...In order to last and be stable and thus affect the behavior of posterity in any degree, a constitution must make it possible for future battles to be fought out by men who, on both sides of contested issues, can in good faith profess allegiance, to the organic law and to the regime established by it...": A. M. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, 1962, Bobbs-Merrill, p. 165. וראה גם: אקצין, ה"ש 13, לעיל.

16 ראה: ביקל, שם. ביקל מדגים את ניתוחו בעזרת הקונסטיטוציה של הרפובליקה הספרדית משנת 1931, בה היו הסדרים מפורטים לגבי מעמדה של הכנסייה הקתולית. הסדרים ספציפיים אלה, שהתאימו יותר לחקיקה ראשית, התריפו את המחלוקת החברתית והפוליטית וזירזו את נפילתה של הרפובליקה: שם, בעמ' 106.

17 לענין ההבחנה בין הרשות המכוננת והרשות המחוקקת – ראה: קליין, ה"ש 5 לעיל.

התפקיד החברתי: תפקידה החברתי של מגילת הזכויות הוא לחנך את העם לדבקות בעקרונות וערכי יסוד¹⁸. תפקיד זה חשוב במיוחד בחברתנו, המהווה כור היתוך לבני תרבויות שונות ומגוונות. מגילת זכויות המנוסחת בצורה מגבילה ומסייגת, והעשירה במינוח משפטי מקצועי אינה יכולה להיות קריאה ופופולרית בקרב שכבות נרחבות של הציבור. על מנת שתמלא את תפקידה החינוכי חייבת מגילת הזכויות להיות מנוסחת בצורה כללית, ללא עומס יתר של מינוח משפטי מקצועי¹⁹.

הנחתנו הבסיסית היא, שמנסחי ההצעה התכוונו להוציא מתחת ידם מסמך שיוכל למלא ביעילות את תפקידיה של חוקה. לו נשארו נאמנים למטרה המקורית, היתה מגילת הזכויות כתובה בלשון כללית ובה עקרונות בלבד. מדוע איפוא הוציאו מגילת זכויות הרוויה בהגבלות וסייגים? כאן אנו מגיעים לתיזה המרכזית של מאמרנו: המנסחים לא היו מודעים לאופן פעולתם של עקרונות קונסטитуציוניים בשיטת המשפט. חוסר מודעות זה הוליד חששות מפני השפעתם של העקרונות על שיטת המשפט והתוצאה – עקרונות מסוייגים ומגבילים. להלן נדון באופן מפורט בדרך פעולתם של עקרונות בשיטת המשפט ולאורה ננתח את המודל שאימצו מנסחי ההצעה.

פרק א'

מעמדן הנורמטיבי של זכויות האדם והאזרח

1. למהותה של שיטת משפט: ההבחנה בין עקרונות וקוי-מדיניות משפטיים לבין כללים וסטנדרטים של התנהגות

נסיון לתת תמונה כוללת של שיטת משפט על-ידי התייחסות לכללי התנהגות בלבד נדון לכשלון. לצד כללים וסטנדרטים של התנהגות קיימים בכל שיטת משפט גם עקרונות וקוי-מדיניות המהווים חלק אינטגרלי של שיטת המשפט עצמה²⁰. לפעמים זוכים עקרונות וקוי-מדיניות אלה לביטוי חוקתי או חקיקתי; לפעמים אין הם זוכים

18 ראה: אקציו, ה"ש 13 לעיל; ביקל, ה"ש 15 לעיל; Emerson, "Toward a General Theory of the First Amendment", 72 (1963), *Yale L. J.* 877.

19 ראה: ביקל, ה"ש 15 לעיל, בעמ' 105. ביקל מצוטט את גדול השופטים האמריקנים ג'והן מרשל בפסה"ד *McCulloch v. Maryland* שב אמר כי: "A constitution must not 'partake of the prolixity of a legal code' and so seem false and alien to the people, who are expected to pour into it and draw from it the sense of union and common purpose, past and future".

20 אם כי נראה שהדעה ששיטת משפט מורכבת מכללים, עקרונות (principles) וקוי מדיניות (policies) זכתה להסכמה גדולה, מהו טיבם המדויק של עקרונות וקוי מדיניות ומהו מקומם הנכון בתוך שיטה משפטית, היא שאלה השנויה היום במחלוקת ביוריסט-פרודנציה האנגלו-אמריקאית. ראה את מאמרו החשוב של Dworkin, "The Model of Rules", 35 (1967), *U. Chi. L. Rev.* 14, reprinted under the title "Is Law A System of Rules" in *Essays in Legal Philosophy*, R. Summers (ed.), 1963, Oxford, p. 25; Cf. Tapper, "A Note on Principles", 34 (1971), *M. L. R.* 628; Raz, "Legal Principles and the Limits of Law", 81 (1972) *Yale L. J.* 823 (hereinafter Raz "Legal Principles"); Coval and Smith, "Some Structural Properties of Legal Decisions" (1973) *Cam. L. J.* 81. Also see Dworkin, "Social Rules and Legal Theory",

מגילת זכויות האדם והאזרח בישראל: הישג קונסטיטוציוני או אחיזת עיניים?

לביטוי כזה.²¹ חלק מהעקרונות וקויי-המדיניות הינם בעלי חשיבות בתחום המשפט הפרטי; אחרים חשובים דווקא בתחום המשפט הציבורי. מה טיבם של עקרונות וקויי-מדיניות משפטיים? על שאלה זו עונים הרט וסקס כך:

"עקרונות וקוי מדיניות, כמו כללים וסטנדרטים מהווים הנחיות כלליות, או מרכיבים של הנחיות כאלה. אולם, שלא כמו כללים וסטנדרטים, אין העקרונות וקוי המדיניות מתייחסים למאורעות או להעדר של מאורעות שבתחום הנסיון האנושי. הם נמצאים ברמה גבוהה יותר של מופשטות וברור שמעצם טיבם הם דוחים קבלת החלטות לשלב מאוחר יותר".²²

ניתן לומר כי שני דברים מייחדים עקרונות וקויי-מדיניות ומבחינים אותם מכללים וסטנדרטים של התנהגות: אפיים ודרכי פעולתם בשיטת המשפט. באשר לאפיים: התכונה המרכזית של עקרונות וקויי-מדיניות היא דרגת כלליותם הגבוהה, לעומת דרגת הפירוט של כללי התנהגות. כפי שאומר רו: "rules prescribe relatively specific acts; principles prescribe highly unspecific actions".²³ הפועל היוצא החשוב ביותר מאפיים הכללי של עקרונות וקויי-מדיניות הוא, שלעתים קרובות מתנגשים עקרונות וקויי-מדיניות שונים ויש צורך ליישב התנגשות זו, מבלי לבטל את תוקפו של אחד מן העקרונות או קויי-המדיניות המתנגשים.²⁴ דרך יישוב ההתנגשות היא על-ידי ייחוס משקל יתר לעקרון או קוי-מדיניות אחד בנסיבות מסוימות תוך נסיון לשמור על תחום פעולתו של העקרון או קוי-המדיניות הסותר בנסיבות אחרות.²⁵ יש להדגיש, שהתנגשות זו בין עקרונות וקויי-מדיניות שונים נובעת מעצם טיבם של עקרונות וקויי-מדיניות אלה, ואין הדבר תלוי בכך אם העקרונות מנוסחים במסמך חוקתי או חקיקתי בצורה כללית ובלתי מסוייגת אם לאו. גם עקרונות המנוסחים בצורה כללית ובלתי מסוייגת עלולים להתנגש עם עקרונות או קויי-מדיניות לגיטימיים אחרים.

81 (1972), *Yale L. J.* 855; Wellington, "Common Law Rules and Constitutional Double Standards: Notes on Adjudication", 83 (1973), *Yale L. J.* 221; Erlich and Posner, "An Economic Analysis of Legal Rulemaking", 3 (1974), *J. of Legal Studies*, 257; שפירא, "לבעית 'שיקול-הדעת השיפוטי' במקרי גבול", *משפטים*, ב, עמ' 57; רו, "עקרונות משפטיים ושיקול דעת משפטי", *משפטים*, ב, עמ' 317. במאמרנו זה לא ננקוט עמדה במחלוקת זו. נקבל כבסיס לניתוח את הצגת ההבדל בין כללים וסטנדרטים של התנהגות, מצד אחד, ועקרונות וקויי-מדיניות, מצד שני, המופיעה ב-Hart and Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, Tent. ed., 1958, p. 155 et seq. באשר להבדל בין עקרונות וקויי מדיניות: עקרון הוא הצהרה של ערך העומד בפני עצמו, בעוד שקויי-מדיניות מתייחס לאיזה מטרה שרצוי להשיגה. ראה: Wellington, *op. cit.*, pp. 223-24.

21 כך, למשל, במאמרו המנחה מדגים רוגלד דוורקין את האופי של עקרונות משפטיים בעקרון שלא זכה לביטוי חוקתי או חקיקתי: העקרון שאין אדם יכול להנות מעוללתו הוא. ראה: Dworkin, "Is Law a System of Rules", *supra* n. 20.

22 ראה: הרט וסקס, ה"ש 20 לעיל, בעמ' 159.

23 ראה: Raz, "Legal Principles", p. 838.

24 ראה: Dworkin, "Is Law A System of Rules", *supra* n. 20.

25 ראה: דוורקין, שם.

ועכשיו באשר לתפקידם של עקרונות בשיטת המשפט. תפקידם העיקרי הוא להדריך גופים מקבלי החלטות: בתי המשפט, הרשות המחוקקת ורשויות מינהליות – ביצירתם ובהפעלתם של כללים וסטנדרטים של התנהגות.²⁶ לענייננו חשובות שלוש דרכים בהן ממלאים עקרונות את תפקידם זה: (1) הדרכה בפרשנות כללים; (2) בחינת תוקפם של כללים; (3) קביעת סייגים לכללים.²⁷ נעמוד בקצרה על שלוש דרכים אלה תוך הדגמה מהפסיקה הישראלית.

(1) הדרכה בפרשנות כללים: בבואן להפעיל הסדרי חקיקה חייבות רשויות שונות להתחשב בעקרונות משפטיים. לפעמים עליהן לפרש הוראת חוק מסויימת לאור עקרון משפטי מוכר. לדוגמה: סעיף 19 לפקודת העתונות מסמך את שר הפנים להפסיק הוצאת עתון אם נראה לו, שענין שנתפרסם בו עלול לסכן את שלום הציבור. הוראה זו כוללת הסדר ספציפי המתיר פעולות מסויימות ואין בהוראה עצמה זכר לעקרון של חופש הדיבור. עם זאת, כשבא בית המשפט הצליון לפרש הוראה זו קבע שיש לפרשה לאור העקרון של חופש הביטוי, שהוא עקרון ברזל בשיטתנו המשפטית למרות שלא זכה לביטוי חקיקתי.²⁸ בפרשו את הוראת סעיף 19 בהוראה המתיישבת עם עקרון חשוב זה קבע בית המשפט שהיא מסכימה את שר הפנים להפסיק הוצאת עתון רק שעה שקיימת "סכנה קרובה" שהפרסום יסכן את שלום הציבור.²⁹ עניינו הוראות שלמונח המופיע בחוק, המונח "עלול לסכן את שלום הציבור", ניתן פירוש מצמצם כדי להמתיק פגיעה בעקרון משפטי יסודי.

(2) בחינת תקפותה של חקיקה: בשיטות משפט בהן מקובלת הדוקטרינה של ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית יכול בית המשפט להחליט, שהסדר ספציפי סותר עקרון חוקתי בצורה כה חריפה, עד שאין לו קיום בתערכת המשפט. ההשקפה שנתקבלה בבתי המשפט בישראל היא, שאין להכריז על בטלותו של חוק רגיל בשל היותו עומד בסתירה בולטת לעקרון חוקתי.³⁰ אם כי יש חריג לעמדה זו לגבי אותם סעיפים בחוקי היסוד שזכו לשריון מיוחד.³¹ עם זאת מופיעים עקרונות משפטיים בשיטתנו המשפטית לבחינת תקפה של חקיקת משנה. כך, למשל, מקובלים אצלנו העקרונות שחקיקת משנה חייבת להיות סבירה³² ושאין היא יכולה להטיל הגבלות על חופש

26 ראה: ארליך ופוזנר, ה"ש 20 לעיל, בעמ' 259. וראה גם: Raz, "Legal Principles", p. 841: "On the whole there is a tendency in the law of many countries not to rely on the direct application of principles but to use them to govern the operation of rules..."

27 ראה: Raz, "Legal Principles", p. 839 ff. רז מונה חמש דרכים בהן פועלים עקרונות בשיטת משפט. לצורך ענייננו אנו מתייחסים לשלוש מחמש דרכים אלה בלבד.

28 בג"צ 87/53, 73/53 יקול העם נ' שר הפנים, ה"ש 9 לעיל.

29 שם.

30 ראה: בג"צ 188/63 אלהורי נ' שר הפנים, פד"י י"ט (1) 337, 349; בג"צ 148/73 קניאל נ' שר המשטרה, פד"י כ"ז (1) 794, 798.

31 ראה: בג"צ 98/69 ברנמן נ' שר האוצר, פד"י כ"ג (1) 693.

32 ראה: ברק, "פיקוח בתי המשפט על חקיקת משנה", הרקליים, כ"א, עמ' 463, 471.

מגילת זכויות האדם והאזרח בישראל: הישג קונסטיטוציוני או אחיזת עיניים?

הפרט מטעמי דת בלי סמכות מפורשת לכך מהמחוקק הראשי³³. תקנות העומדות בסתירה לעקרונות אלה נפסלו לא אחת על-ידי בתי-המשפט³⁴.

(3) קביעת כייגים לכללים: כאשר עומדת רשות ליישם הסדר מסוים, היא מודרכת על-ידי שורה של עקרונות המאירים את הכלל הנדון ואת הדרך הרצויה ליישומה. הארה זו, שמאירים העקרונות את הכלל הספציפי, עשויה להנחות את הרשות לבוא לכלל החלטה שאת הכלל יש לסייג, למרות שניסוחו כללי ובלתי מסויג. ניקח לדוגמה את ההסדר הספציפי המצוי בחוק הרשויות המקומיות (הסמכה מיוחדת), תשי"ז-1956, המסמך רשות מקומית לחוקק חוקי-עזר שיתירו לה להחרים בשר חזיר בתחום שיפוטתה. הסדר זה מואר על-ידי העקרון של קדושת רכוש הפרט במדינה דמוקרטית. תמציתו של עקרון זה היא, שרשות ציבורית לא תפגע ברכוש הפרט אלא באמצעות הליך שיפוטי הוגן³⁵. משמופעל העקרון בדבר קדושת רכוש הפרט על ההסדר הספציפי בדבר תפישת בשר-חזיר, יורד סייג על סמכותה של הרשות הציבורית: אין היא יכולה לחוקק חוקי עזר שיתירו החרמת בשר-חזיר בלי בירור שיפוטי³⁶.

הדיון באורח פעולתם של עקרונות בשיטת המשפט מבליט את אופיים ההנחיית והמסגרת. ראינו כי הם משמשים מסגרת מנחה לפרשנות וסיוג של חקיקה ראשית וחקיקת משנה, ולעיתים אפילו לביטול דבר חקיקה רגיל שפרץ את המסגרת המותווית על-ידי העקרונות. משום היותם מסגרת מנחה, ברור שאין בכוחם של העקרונות לבוא במקום החקיקה הרגילה אלא להנחות אותה כך שתתאם לרוחם ולכיוון שהם מבטאים. זו גם הסיבה למתן הכוח לרשות השופטת לבטל חקיקה רגילה העומדת בסתירה מובהקת לעקרון או עקרונות מסויימים. המבנה הבסיסי של המדינה או מסגרתה, נקבעים על-ידי העקרונות. חקיקה שפורצת מסגרת זו, המבטאת את מערכת הערכים היסודית של החברה, ורק חקיקה כזו, בטלה, על שום שהרגה מעבר לקונסנסוס החברתי הרחב בדבר מערכת הערכים המקובלת במדינה. עקרונות וחקיקה רגילה מעצם טיבם חיים בכפיפה אחת; העקרונות וקויי-המדיניות מנחים והחקיקה הרגילה קובעת הסדרים ספציפיים בהתחשב בהנחייה זו. גם לעקרונות וגם לכללים יש מקום נכבד בשיטת המשפט והם תלויים אלה באלה.

באיזה אור יש לראות את מגילת זכויות האדם והאזרח לאור התיזה שהצגנו זה עתה? לנו נראה כי אותן זכויות הכלולות בדרך כלל במגילות של זכויות האדם והאזרח נופלות לקטגוריה של עקרונות³⁷. זכויות האדם והאזרח מקפלות בתוכן את כל התכונות

33 ראה: רובינשטיין, ה"ש 1 לעיל, בעמ' 151-154; רובינשטיין, "שיקולים דתיים בחקיקה מקומית", הפרקליט, כ"ב, עמ' 431.

34 ראה, למשל, בג"צ 50/68 אורי זהר את אברהם דשא בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו, פד"י כ"ב (2) 293; ע"פ 217/68 יוראמקס בע"מ נ' מדינת ישראל, פד"י כ"ב (2) 343 (פסילת חקיקת משנה הפוגעת בעקרון הסבירות); בג"צ 72/55, 177/55 פריידי נ' עיריית תל-אביב-יפו, פד"י י' 734 (פסילת חקיקת משנה הפוגעת בעקרון של חופש הדת).

35 ראה: בג"צ 163/57 לובין נ' עיריית תל-אביב-יפו, פד"י י"ב 1041, 1059.

36 שם.

37 ראה: שפירא, ה"ש 8 לעיל. יש לציין שהזכות לחופש הדיבור למשל, מוזכרת הן על-ידי דוורקין והן על-ידי רו כדוגמה של עקרון משפטי. ראה: Dworkin, "Is Law A System of Rules", *supra* n. 20, p. 40; Raz, "Legal Principles", p. 836.

המאפיינות עקרונות משפטיים: הן מנוסחות בדרגת כלליות גבוהה; הן אינן מתייחסות להתרחשויות או להעדר התרחשויות של מאורע מוחשי³⁸ ותפקידן לשמש הנחיות לפרשנות, סיוג וביטול חקיקה רגילה (באותן שיטות משפט המרשות ביטול).

בישראל, מנחים העקרונות המגולמים בזכויות האדם והאזרח את הרשויות השונות מאז קום המדינה. ראינו כי זכויות האדם והאזרח משמשות נר לרגלי בית-המשפט בבואו לפרש כללים וסטנדרטים הקבועים בחיקוקים ואף לסייג כלל שנקבע בחיקוק. ואולם, גם שעה שחיקוק חרג בצורה בוטה אל מעבר למסגרת שמתווים עקרונות אלה, לא בטל אותו בית-המשפט, מפני שסבר כי כל עוד לא קיימת מגילת זכויות במסמך חוקתי, אין בידו סמכויות ביטול³⁹. עיקר החידוש בהצעת חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח הוא בהכרה שתנתן לרעיון של ביקורת שיפוטית, דהיינו הכרת סמכותם של בתי-המשפט לבטל חוקים העומדים בסתירה לכתוב בחוק היסוד⁴⁰.

כיצד פועל עקרון המופיע במגילת הזכויות, בשיטת משפט? עמדנו כבר על כך שהוא משמש מסגרת מנחה ומוחזר מקום נרחב להסדרים ספציפיים הנעשים על-ידי חקיקה רגילה. ואולם בכך לא סגי. הרעיון של עקרונות חוקתיים המשמשים כמסגרת מנחה מגלה רק את קצהו של הקרחון. המערכת המשפטית הופכת למסובכת הרבה יותר כאשר בודקים את היחס בין עקרונות שונים. אזי מתברר שלפעמים מתנגש עקרון המעוגן במגילת זכויות האזרח בעקרון או בקריטריון אחר, המוכר גם הוא בשיטת המשפט ואפילו מעוגן באותה מגילה עצמה.

מה קורה במקרה של התנגשות כזו? את התשובה ניתן ללמוד מפסק-הדין הישראלי בענין קול העם ג' שר הפנים שהוזכר לעיל⁴¹. בפסק-דין זה נדונה התנגשות בין עקרון "חופש הדיבור" וקריטריון לגיטימי העומד מאחורי חוקים רבים בכל מדינה מודרנית – צורך לשמור על שלום הציבור. האם הצורך לשמור על שלום הציבור מתיר כל הגבלה על חופש הדיבור? או שמא ניתן לומר שכדי לתת תוקף לעקרון של חופש הדיבור יש לשלול כל הוראה הפוגעת בזכותו של אדם לאמר מה שהוא רוצה, בכל זמן ומקום שירצה, אפילו דרושה הוראה כזו כדי לשמור על שלום הציבור? לא זה ולא זה. הגישה של בית-המשפט בפסק-הדין בענין קול-העם היתה, שניתן להטיל הגבלות על הזכות לדבר, ובלבד שההגבלות מתייחסות למקרים בהם ניצול הזכות יש בו סכנה קרובה של פגיעה בשלום הציבור. כך נשאר תחום רחב לפעולתו של עקרון "חופש הדיבור" מבלי שנתבטל קריטריון של הגנה על שלום הציבור.

התיוה שלנו רואה את מגילת זכויות האדם והאזרח כקבוצה של עקרונות המתווים מסגרת לשיטת המשפט. ניתן לראות את עיקריה של התיוה בשני מימדים. המימד האחד קובע את היחס בין המסגרת החוקתית של השיטה לבין תוכנה של השיטה. המסגרת של שיטת המשפט מורכבת מעקרונות וקריטריונים – שורה של הנחיות המשרטטות בקווים כלליים את ההגבלות שיש להטיל על הנורמות הרגילות: חקיקה ראשית, חקיקת משנה ופסיקה. ראינו שהיחס בין הנורמות הרגילות ועקרונות המסגרת הוא מורכב

38 ראה הציטטה מספרם של הרט וסקס המופיעה במאמר ליד ה"ש 22 לעיל.

39 ראה האסמכתאות המוזכרות בה"ש 30 לעיל.

40 סעיף 20(ב) להצעה קובע: "הוראת הוק שנתקבלה אחרי תחילתו של חוק-יסוד זה והיא סותרת הוראה שבו – בטלה".

41 ה"ש 9 לעיל.

מגילת זכויות האדם והאזרח בישראל: הישג קונסטיטוציוני או אחיזת עיניים?

ורב-גווני, במיוחד משום שעקרונות המסגרת אינם עקרונות עקביים המשתלבים זה בזה אלא דווקא מתנגשים זה בזה. עד כאן המימד הנורמטיבי. המימד השני של התיזה שהצגנו, הוא המימד האופרטיבי. שלוש הרשויות תורמות את חלקן בקביעת תוכנו של נורמות והתאמתן למסגרת העקרונות: הרשות המחוקקת על-ידי חקיקה ראשית, הרשות המבצעת על-ידי חקיקת משנה והרשות השופטת על-ידי פסיקה. מסגרת העקרונות מחייבת את כל הרשויות, אך גבולותיה האמיתיים נקבעים על-ידי מסכת יחסי-גומלין דינמית ומורכבת בין הרשויות השונות. טענתנו היא שתכנון מגילת זכויות האדם והאזרח, חייב להתחשב במימדים אלה, על מנת שתעוצב מסגרת חוקתית ראויה לשמה, ומתאימה לתפקידיה.

עד כאן נסב הדיון על מהותה של שיטת משפט ותפקידם של עקרונות בתוכה. לאורו של דיון זה, נעבור לדון במודל של זכויות האדם והאזרח אותו אימצו מנסחי ההצעה. כזכור בגוף המודל משני מרכיבים: חלוקת הזכויות לשלושה סוגים ומנגנון של ביקורת שיפוטית. נפתח בניתוח יעילותה של חלוקת הזכויות לשלושה סוגים לאור התיזה שהצגנו לעיל ולאחר מכן נדון בהיבטים הנוגעים למנגנון הביקורת השיפוטית.

II. על הטעם שבחלוקת זכויות האזרח לשלושה סוגים

מנסחי הצעת החוק מבחינים בין שלושה סוגים של זכויות: זכויות שגראה שאין לפגוע בהן בכלל, זכויות שלגביהן נאמר שאין לפגוע בהן "אלא על-פי חוק" וזכויות שלגביהן נאמר שאין לפגוע בהן אלא בחוקים הבאים לשרת מטרות מסוימות. אם מבינים אל נכון את מהותן של זכויות האדם והאזרח כעקרונות משפטיים, אין מנוס מן המסקנה, שחלוקה זו של זכויות האזרח לשלושה סוגים לא רק שאיננה נחוצה אלא שהיא עלולה להיות מזיקה. חלוקת הזכויות לשלושה סוגים מבוססת על ההנחה, שעקרונות בלתי מסוייגים יזכו בתחולה אבסולוטית – הנחה שהינה מופרכת מיסודה. כשם שהעקרונות הבלתי מסוייגים בהצעת חוק היסוד לא יזכו למעמד אבסולוטי, כך לא היו העקרונות המסוייגים זוכים למעמד כזה אילולא סוייגו בהצעה. זאת ועוד: הכפיפות המפורשת של עקרונות רבים בהצעה לחוקים רגילים מרוקנת את הרעיון העומד מאחורי מתן מעמד של חוק יסוד לעקרונות אלה מכל תוכן. רעיון זה מורה שעקרונות אלה ידריכו את כל רשויות המדינה בהפעלתם ויצירתם של הסדרים ספציפיים. כדי לתת תוכן ממשי לרעיון זה, חייב חוק היסוד לכלול עקרונות כלליים בלבד, כאשר היחס בין עקרונות אלה וההסדרים הספציפיים נקבע בצורה דינאמית בפעולותיהן היום-יומיות של כל רשויות המדינה.

נעבור עתה לניתוח החולשות שבחלוקת הזכויות לשלושה סוגים:

זכויות שאין לפגוע בהן כלל: מיעוטן של הזכויות המופיעות בהצעת החוק אינן מסוייגות כלל⁴². מן העובדה שההצעה מחלקת את הזכויות לשלוש קבוצות ניתן לכאורה ללמוד, שאם מוגבלת קבוצת זכויות אחת בהגבלות מפורשות, הרי הקבוצה הנקייה מהגבלות פטורה מכל הגבלה. כך ניתן להניח, שאותן זכויות שלא נאמר עליהן,

42 ראה סעיף 10 (חופש המחקר והיצירה) וסעיף 14 (חופש הדת).

שניתן לפגוע בהן בחוק, או בחוק הבא ליישב מטרה מסוימת, יזכו בהגנה מוחלטת כנגד כל אינטרס או עקרון סותר. התיזה שהצגנו לעיל בדבר תפקידם של עקרונות במערכת המשפט חושפת את חולשתה של הנחה זו. נמחיש זאת על-ידי ניתוח העקרונות בדבר חופש המחקר והיצירה וחופש הדת, המופיעים בהצעת החוק כזכויות שאין להטיל עליהן כל הגבלה כהיא.

חופש המחקר והיצירה: סעיף 10 להצעת החוק קובע: "כל אדם זכאי לחופש המחקר והיצירה המדעית, הספרותית והאמנותית". הסעיף נקי מהגבלה. לכאורה ניתן להסיק, ששיטת המשפט לא תכיר בכל הגבלה אפשרית על זכות זו. שלוש דוגמאות היפותטיות יוכיחו בעליל, שאפשרות כזו אינה מציאותית.

בדוגמא הראשונה מתוקקת עירייה חוק-עזר האוסר לצייר על המדרכות. ראובן חש דחף אמנותי לצייר דווקא על מדרכות העיר. האם התקבל טענתו, שחוק העזר בטל מכיון שהוא פוגע בעקרון של חופש היצירה? לנו נראה שלא. העקרון של חופש היצירה עלול להתנגש בעקרונות וקוי-מדיניות אחרים, כגון העקרון של קנין הפרט או הציבור וקוי-מדיניות של שמירה על נקיון העיר ושל מעבר חופשי לכל תושביה על המדרכות. חוק העזר משרת מטרת ועקרונות אלה. בבוא בית-המשפט להכריע מה משקלם היחסי של העקרונות העומדים מאחורי חוק העזר כנגד העקרון של חופש היצירה, נראה לנו שלא ימצא כל פסול בחוק העזר.

הדוגמא השנייה מציגה עימות בין העקרון של חופש היצירה לבין חוק האנטומיה והפתולוגיה, תשי"ג-1953. היוכל חוקר, במסגרת מחקר מדעי, להוציא את המוח מגופתו של כל נפטר? פעולה זו נוגדת את חוק האנטומיה, הקובע תנאים לניתוח או ביתור גוויה. מטרת החוק היא להגן על העקרון לפיו גופתו של אדם איננה רשות הכלל ואין לנתחה בניגוד לרצונו או רצון משפחתו. חוק האנטומיה מגלם איוון בין עקרון זה לעקרונות אחרים, בהם העקרון של חופש המחקר המדעי. קשה לקבל טענה שאיוון זה אינו לגיטימי או שהוא מתבטל מפני העקרון "המוהלט" של חופש המחקר.

הדוגמא האחרונה מתייחסת לסעיף 23(ג) לחוק לתיקון דיני העונשין (בטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים), תשי"ז-1957, האוסר איסוף "ידיעה סודית"⁴³. האם ניתן לאמר שסעיף זה בטל היות שהוא פוגע בחופש המחקר של אנשים העוסקים בלימודי אסטרטגיה? לנו נראה בבירור שלא. אין ספק שהצורך להגן על בטחון המדינה מתיר חקיקת הסדרים ספציפיים העלולים לפגוע בחופש המחקר האבסולוטי, וזאת למרות שלא נאמר דבר בענין זה בסעיף המגדיר את הזכות לחופש המחקר.

חופש הדת: סעיף 14 להצעת החוק קובע: "כל אדם זכאי לחופש עבודת האלוהים". אין על הזכות כל הגבלה. התקבל טענה שהקנות למניעת מפגעים (מניעת רעש), תשכ"ו-1966, האוסרות על שירה בקול רם בבנין מגורים בשעות הלילה, בטלות, על שום שהן מונעות אדם דתי מלקיים תפילה בציבור בביתו מדי יום בשעה ארבע בבוקר? או האם יסכים ביהמ"ש לבטל חוק המסדיר את תפילת יהודים ומוסלמים בהר הבית. על

43 לפי סעיף 23(ג) מוגדרת "ידיעה סודית" כ"ידיעה אשר תוכנה, מהותה, צורתה או סדרי החזר קתה מעידים עליה כי בטחון המדינה מחייב לשמרה בסוד, או ידיעה הנוגעת לסוג עניינים שהמשלה, באישור ועדת החוץ והבטחון של הכנסת, הכריזה עליהם, בצו שיפורסם ברשומות, כעניינים סודיים".

מגילת זכויות האדם והאזרח בישראל: הישג קונסטיטוציוני או אחיזת עיניים?

שום שבני דת אחת אסורים בתפילה שם בימים ושעות מסויימים? ⁴⁴ לנו נראה, שבשני המקרים יושארו ההסדרים הספיציפיים על כנם. במקרה הראשון, משום שהעקרון של חופש הדת מתנגש בדרישה הלגיטימית של אנשים למידה מינימלית של שקט העומדת מאחורי ההסדר הספיציפי. ובמקרה השני, משום שהפעלת עקרון חופש הדת לגבי קבוצה אחת מחייבת את צמצומו לגבי קבוצה אחרת.

הניתוח שלעיל מבהיר, כי אין בנמצא עקרונות מוחלטים של זכויות האזרח. גם אותם עקרונות שלא סוייגו בהצעת החוק, סופם שגם הם יסוייגו כדי לפתור את ההתנגשויות שתיווצרנה בינם לבין עקרונות וקוי-מדיניות לגיטימיים אחרים. על תופעה זו – שגם עקרונות בלתי מסוייגים בניסוחם הינם מסוייגים בפועלם – ניתן ללמוד גם מעיון בשיטות משפט אחרות. גם באותן שיטות משפט בהן נוסחו עקרונות המסוייגים בהצעת החוק שלנו – כגון העקרון של "חופש הדיבור" – בצורה כללית ובלתי מסוייגת, לא הוחלו עקרונות אלה בצורה אבסולוטית. בהתלחם הלכה למעשה מצאו בתי-המשפט את הדרכים ליישב התנגשויות בין עקרונות אלה ועקרונות וקוי-מדיניות אחרים הנחשבים גם הם לגיטימיים בחברה דמוקרטית ⁴⁵.

זכויות שאין לפגוע בהן אלא עליפי חוק: מרביתן של הזכויות המנויות בהצעת החוק שייכות לסוג זה. כך למשל, פותחת ההצעה בהצהרה חגיגית ש"האדם הוא בן חורין" וממשיכה ואומרת ש"אין מטילים עליו הגבלות או חובות אלא מכוח החוק" ⁴⁶. התוצאה היא, שאין לדעת אם האדם הוא בן חורין אם לאו, אלא אם כן יודעים אלו הגבלות וחובות מטילה עליו מערכת החקיקה הרגילה. סייג מוחלט כזה בדבר האפשרות לפגוע בזכויות האדם על-פי חוק מוצע לגבי הזכות לחירות אישית ⁴⁷, חופש התנועה ⁴⁸, חופש העיסוק ⁴⁹, חופש החוזה ⁵⁰ ומניעת הפללה עצמית ⁵¹.

הסיבה לקביעה, שזכויות אלה ניתנות להגבלה על-ידי חקיקה רגילה, נעוצה בחשש שאם לא יופיע הסייג במגילת הזכויות עצמה, תתחולל אנדרלמוסיה במערכת המשפטית. המנסחים חששו, שכל עימות בין עקרון בלתי מסוייג לבין הסדר ספיציפי המסדיר או מגביל את העקרון יסתיים בביטולו של ההסדר הספיציפי ומכאן באנדרלמוסיה בשיטת המשפט ⁵². ניסינו כבר להראות שלחשש זה אין כל יסוד. מובן מאליו שהחקיקה

44 נראה שלפי חוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967, יש סמכות לשר הדתות להוציא תקנות כאלה.

45 ראה את הנספח למאמר המתאר את דרך פעולתם של עקרונות "מוחלטים" בשיטת המשפט האמריקנית. גם בקנדה הוגדרו עקרונות זכויות האדם ללא סייגים ולא זכו לתחולה מוחלטת: ראה, למשל, *Robertson v. Queen* [1963] S.C.R. 651, בו נדחתה הטענה שחוק האוסר פתיחת בתי-עסק בימי ראשון נוגד את עקרון "חופש הדת", וראה האסמכתאות המובאות בה"ש 97, להלן.

46 סעיף 1.

47 סעיף 4.

48 סעיף 5.

49 סעיף 7.

50 סעיף 8.

51 סעיף 17.

52 ראה: קליין, ה"ש 6 לעיל.

רגילה, המונחית על-ידי העקרונות ומסדירה אותם או מאזנת ביניהם, היא מחוייבת המציאות.

עד כאן, חשפנו את העובדה, שבמידה שהסייג מבוסס על חשש ליצירת אנדרלמוסיה משפטית כתוצאה מביטול סיטוני של חוקים, הסייג הוא מיותר. אך ברור שסייג זה מעמיד בסכנה את כל הרעיון של עיגון עקרונות מסויימים בחוק יסוד. כבר אמרנו, שהמטרה של קביעת מסגרת חוקתית היא לתחום את הנורמות הרגילות שלא תפגענה בעקרונות הכלולים במסגרת, אלא אם כן תשונה המסגרת עצמה. מתן סמכות כה נדיבה למחוקק ליצור ולעצב הסדרים ספיציפיים שיעמדו בסתירה לעקרונות חוק היסוד כופר בעצם הרעיון של חוקה. תפקידה של החוקה הוא להגביל גם את המחוקק בבואו לחוקק הסדרים ספיציפיים בצורת חוקים⁵³. אם החוקה קובעת שהיא לא תגביל את המחוקק, לשם מה היא נחוצה בכלל?

יש אמנם להודות שגם עקרונות שניתן לפגוע בהם "על-פי חוק" אינם חסרי ערך: הם יכולים להיות לעזר במהלך הפרשנות של כללים, בקביעת סייגים לכללים אלה ובפסילת דברי החקיקה שאינם בבחינת "חוק". אולם, כבר הראינו לעיל שתפקידים אלה ממלאים העקרונות כבר היום בשיטהנו המשפטית⁵⁴, כך שהעלאתם על הכתב אינה מעלה ואינה מורידה. הראינו שעיקר החידוש במגילת זכויות הוא בכך, שהעקרונות המגולמים בה יאפשרו ביטול של הוראות חוק הסותרות אותם סתירה חריפה וכוללת. שכיחות הסייג בדבר אפשרות של פגיעה בעקרון "על-פי חוק" מלמדת על סירובם של מנסחי ההצעה ליצור מסגרת חוקתית מחייבת. מכאן שאין בהעלאת הזכויות, הנמנות על סוג זה, על הכתב משום הישג קונסטיטוציוני ואין מנוס מלראות בה אחיות עניינים בלבד.

זכויות שאין לפגוע בהן אלא ליצור מטרות בפויימות: בסוג שלישי זה של זכויות מדובר באותן זכויות לגביתן נאמר שאין לפגוע בהן אלא בחוק הבא למטרות מסויימות הנקובות בחוק היסוד עצמו. לדוגמא, סעיף 11 להצעת החוק קובע:

(א) כל אדם זכאי להביע דעותיו, לפרסמן, להפיצן ולהקנותן לאחרים, וכן לפרסם, להציג ולהפיץ מידע, מחקר ויצירה מדעית, ספרותית ואמנותית, והכל בעל-פה, בכתב ובכל אמצעי התקשורת.

(ב) אין מגבילים זכות מזכויות אלה אלא על פי חוק הבא להבטיח את קיום המשטר הדמוקרטי, לשמור על בטחון המדינה ושלום הציבור, לשמור על ערכי המוסר או למנוע חילול דת, לשמור על זכויות הכוללת או להבטיח הליכי משפט תקינים.

זכויות אחרות הנופלות לקטגוריה זו הן הזכות לשוויון בפני החוק⁵⁵ צנעת הפרט⁵⁶,

53 ראה את הטכסט המלווה לה"ש 14 לעיל, והאסככתאות המובאות בה"ש 14.

54 ראה: שפירא וברכה, ה"ש 8 לעיל; שפירא, ה"ש 8 לעיל; קול העם נ' שר הפנים, ה"ש 9 לעיל; פריידי נ' עיריית תל-אביב-יפו, ה"ש 34 לעיל; לובין נ' עיריית תל-אביב-יפו, ה"ש 35 לעיל.

55 סעיף 2.

56 סעיף 6.

מגילת זכויות האדם והאזרח בישראל: הישג קונסטיטוציוני או אחיזת עיניים?

חופש האסיפה⁵⁷ וחופש ההתאגדות⁵⁸. לכאורה מתיישב נוסח זה של הגבלה למטרות מסוימות עם אורח פעולתם של עקרונות בשיטת המשפט ועם הרעיון של מסגרת חוקתית. כבר הראינו לעיל, שעקרונות מעצם טיבם טעונים סיוג ואינם ניתנים להפעלה או החלה מוחלטת, בלא להתחשב בקיום עקרונות או קוי-מדיניות סותרים. לפיכך ממבט ראשון נראה שיש טעם בשיטה בה הרשות המכוננת עצמה קובעת בתוך מגילת הזכויות כיצד לאזן בין זכויות האדם והאזרח לבין עקרונות וקוי-מדיניות אחרים.

אם כי ברור ששיטה זו עדיפה מאה מונים על פני שיטה המתירה פגיעה בזכות על-פי כל חוק, נראה לנו שגם היא איננה רצויה בגלל השפעתה השלילית על איכות המסגרת החוקתית. השפעה זו באה לידי ביטוי בחמישה היבטים: סיכול תפקידו החיובי של החוק; הרפיית מעצור הרציונאליות של מקבלי-ההחלטות; החלשת המסגרת החוקתית על-ידי קביעה רחבה מדי של סייגים; צמצום מרחב הפעולה של מנגנון הביקורת השיפוטית ופגימה אסתטית. נדון בהיבטים אלה כסדרם.

(1) סיכול תפקידו החינוכי של החוק: אמרנו לעיל, שאחת ממטרותיה החשובות של מגילת הזכויות היא ליצור מסמך, שיוכל למלא תפקיד חינוכי בחברה. כדי שתוכל למלא תפקיד זה, חייבת מגילת הזכויות להיות כתובה בלשון פשוטה. עליה לכלול רק עקרונות כלליים וחשובים ולא להכנס לפרטים. על כוחו החינוכי של מסמך חוקתי עומד פרופסור אקצין:

"a formal constitution, if suitably worded, can serve as a significant educational factor... In order to serve this purpose, a constitution must not be overly long, must be written in easily comprehensible and attractive language, and must avoid technicalities."⁵⁹

נטיית המנסחים לסייג את הזכויות השונות, נוטלת מהצעת החוק את התכונה החשובה של פשטות. במתכונתו הנוכחית החוק המוצע הוא מסורבל והמינוח הטכני-מקצועי שבו, מעמיד בספק את סיכויו להיות מסמך קריא ופופולרי. יתירה מזו, לפירוט הסייגים במגילת הזכויות עצמה, עלולה להיות השפעה חינוכית שלילית ביותר. פירוט כזה עלול לתרום לעיצוב דפוסי-מחשבה דוגמטיים, הרואים את מרחב הפעולה הלגיטימי של זכויות האדם והאזרח בחברה כמרחב צר ומוגבל. דוגמא בולטת לסכנה זו ניתן למצוא בסעיף 11 להצעת החוק. כזכור, פותח הסעיף בהבטחת העקרון של חופש הביטוי ולאחר מכן מציב לו שורה של הגבלות:

"(ב) אין להגביל את חופש הביטוי אלא על-פי חוק הבא להבטיח את קיום המשטר הדמוקרטי, לשמור על בטחון המדינה ושלום הציבור, לשמור על ערכי המוסר או למנוע חילול הדת, לשמור על זכויות הוולת או להבטיח הליכי משפט תקינים".

הוראה זו מסיטה את תשומת הלב של הקורא מהזכות עצמה אל ההגבלות המוחלטות עליה. היא יוצרת את הרושם, שהמטרות המסייגות חשובות יותר מחופש הביטוי. זאת ועוד, אדם שאינו בקי ברזי הפרשנות השיפוטית, עלול להגיע למסקנה, שכל

57 סעיף 12.

58 סעיף 13.

59 אקצין, ה"ש 13 לעיל, בעמ' 13.

הוראה המיועדת על פניה לשרת אחת המטרות המנויות בסעיף 11(ב) – כשרה. לדעתנו מסקנה זו היא מוטעית: גם על קטגורית הזכויות המסוייגות יופעל המנגנון של ביקורת שיפוטית. בית-המשפט הוא שיבחן אם הוראה מגבילה, שעל פניה מיועדת למטרה מסויימת אמנם משרתת אותה ולכן מתיישבת עם רוח המגילה⁶⁰. למרות זאת, נשארת השפעתה השלילית בכוח של קטגוריה זו בעינה: היא תעודד את קו המחשבה, שהמטרות המסויימות מכשירות כל פגיעה בחופש הביטוי – קונצפציה מוטעית שאין לתת לה חיוק כלשהוא.

(2) הרפיית מעצור הרציונאליות של מקבלי-ההחלטות: אם כי ברור שאין לתפוס את העקרון של חופש הביטוי (או כל עקרון אחר) כעקרון מוחלט, יש לתכנן את מגילת הזכויות כך, ששעה שתבוא הרשות המוסמכת לקבוע כלל ספיציפי הפוגע בעקרון, היא תעשה מאמץ רציני לבחון עד כמה נחוצה הפגיעה ואם ניסוח הכלל המגביל צומצם עד למינימום ההכרחי. לדוגמא: אין שום ספק שניתן לחוקק כללים ספיציפיים הדרושים לשמירה על בטחון המדינה, אפילו אם כללים אלה פוגעים בזכות האזרח לפרסם מידע שהגיע לידיה. אולם, בבוא המחוקק לחוקק הסדרים כאלה הוא חייב לשים לנגד עיניו לא רק את המטרה של שמירה על בטחון המדינה, אלא גם את העקרון של חופש הביטוי שייפגע על-ידי הסדרים אלה.

חוק יסוד הכולל לא רק עקרונות כלליים של זכויות האזרח אלא גם סייגים כלליים לעקרונות אלה, עלול לגרוע מהתייחסותו הרצינית של המחוקק לעבודת האזרח החשובה, שיצטרך לעשות בחוקקו הסדרים ספיציפיים. המחשבה שהסדר ספיציפי בא להבטיח את בטחון המדינה, ושחוק היסוד מרשה בפורש להגביל את חופש הביטוי למטרה זו, עלולה לעודד את השימוש בסיסמאות במקום שצריך להיות שיקול רציני של העקרונות המתנגשים. לעומת זאת, העדר סייגים לא ימנע חקיקת הסדרים ספיציפיים, אבל הוא יעודד השקעת מאמץ כדי להבטיח שהפגיעה הטמונה בהסדרים אלה, אינה עולה על הפגיעה הנחוצה כדי לקדם את המדיניות העומדת מאחורי כללים אלה.

העתוי הצפוי של פגיעה בזכויות אלו הוא רלבנטי לענייננו. יש לזכור כי בדרך כלל אין לחשוש מפני הגבלה על זכויות כגון הזכות לחופש הביטוי וחופש האסיפה בזמנים כתיקונם. הנטייה להגביל זכויות אלה נוצרת בעתות משבר כאשר נושאים ספיציפיים עולים לכותרות ומעסיקים את הציבור. דווקא בזמנים אלה עלולים מונחים כגון "קיום המשטר הדמוקרטי" ו"שמירה על ערכי המוסר" להפוך לסיסמאות נבובות, המחבלות בהליך הדמוקרטי במקום להגן עליו. גם אם מקבלי ההחלטות – ובראשם חברי הגוף המחוקק – לא ייגררו לשימוש בסיסמאות, קיים עדיין חשש ששריון מונחים כאלה בחוק יסוד עצמו יעודד רגשנות ופזיזות במקום שקילה רציונאלית של המצב.

(3) החלשת המסגרת החוקתית על-ידי קביעה רחבה מדי של סייגים: חששם של מנסחי ההצעה היה, שאי-סיוג לא זו בלבד שיאפשר ביטול רבתי של חוקים קיימים, אלא גם שיסכל כל ניסיון לחוקק חוקים בעתיד. כדי לקדם פני רעה זו, הלכו וסייגו כל עקרון שנראה היה להם כי בעתיד יתעורר צורך להגבילו. התוצאה היא, שהסייגים

60 זאת הדרך בה הלך בית-המשפט הכליון בפרשת קול הקצ' נ' ישר הפנים, ה"ש 9 לעיל, ואין להניח שהוא יסטה מדרך זו אחרי קבלת חוק סוד בענין זכויות האזרח.

נוסחו בצורה כה רחבה, עד כי במקרים מסוימים נוטלים הסייגים את כל העוקץ מן הזכות עצמה.⁶¹

שיטה זו היא פרי הנסיון לבדוק מראש את אזורי ההתנגשות בין העקרונות ולפתור מראש את בעיית ההתנגשות. לדעתנו, יש בשיטה זו פגם רציני, משום הפרצות הרבות שהיא פורצת במסגרת החוקתית. פגם זה יישאר בעינו, אפילו יעשו המנסחים מאמץ לצמצם ולהצר את תחולת הסייגים. החשש קיים תמיד, כי מתוך אי-ראיית הנולד לא יילקח בחשבון מקרה שבו תהיה הצדקה להגבלת זכות מזכויות האדם והאזרח על מנת לקדם עקרון או קו-מדיניות לגיטימי אחר. ואולם, מסמך חוקתי אינו יכול להוות את העתיד בדיוק מפורט. הדרך היחידה להבטיח איזון שקול בין העקרונות השונים היא לוותר על רעיון הסייג מראש ולהשאיר מקום להתפתחותם של הסייגים מתוך בחינתם של בעיות ומקרים ספציפיים כאשר יתעוררו.⁶²

(4) צימצום מרחב הפעולה של מנגנון הביקורת השיפוטית: לקטגורית הזכויות שניתן לפגוע בהן לצורכי מטרות מסוימות פגם נוסף – היא מצמצמת במידה ניכרת את הביקורת השיפוטית על הסדרים ספציפיים. העובדה שמטרה מסוימת, הנקובה במגילת הזכויות עצמה מכשירה הגבלת הזכות, עלולה להקשות על בית-המשפט בבואו לבחון את חוקיותו של הסדר ספציפי המעיד על עצמו שנחקק לצורכי אותה מטרה מסוימת. ניתן לטעון כי מכשול זה הוכנס במודע לתוך מגילת הזכויות וזאת על מנת לבלום אקטיביזם שיפוטי. אנו נחזור לדון בנושא זה בהרחבה בפרק על הביקורת השיפוטית.

(5) פגיעה אסתטית: עד כאן התייחסנו להיבטים כלליים של השיטה של פירוש המטרות שלשמן מותר להגביל זכויות במסמך החוקתי עצמו. לסיום הדיון בקטגוריה זו, ראוי להבליט את הפגם האסתטי המצוי בסעיף 2 להצעת החוק. סעיף זה, המגלם את רעיון שוויון הכל בפני החוק, משתייך לקטגורית הזכויות שמוותר להגבילן למטרות מסוימות. בגירסה א' של סעיף 2(ג) מפורט חוק השבות כמטרה שלשמה מותר להפר את עקרון השוויון. טענתנו היא, שלאור התיזה בדבר תפקידם של עקרונות בשיטת המשפט, אין כל התנגשות בין חוק השבות לעקרון השוויון, והזכרתו כהגבלה יש בה טעם לפגם.

ידוע לכל כי אויבי מדינת ישראל טוענים שהיא מבוססת על גזענות והפליה, והראייה: חוק השבות. אפיון חוק השבות כחוק המגביל את עקרון השוויון בתוך מגילת הזכויות הישראלית, נראה כהודאה שחוק השבות אמנם פוגע בעקרון השוויון, ושאי-למלא הקביעה המפורשת בחוק – דינו להתבטל.⁶³ מסקנה זו איננה נכונה. כפי שהסברנו לעיל, כל עקרון משפטי עלול להתנגש עם עקרון או קו-מדיניות סותרת. תופעה זו חלה גם על עקרון השוויון. עקרון זה עלול להתנגש עם העקרון של עלייה חפשית של יהודים

61 לדיון מפורט בכל הסייגים ראה: לבנה, "הצעת חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח", משפטים, ה, עמ' 703.

62 לתוצאותיו של איזון כזה בשיטת משפט בה מנוסחות הזכויות כעקרונות מוחלטים, ראה בספח II.

63 יש לזכור, עם זאת, שלאור שריון כל החקיקה הקיימת בסעיף 20(ג) להצעה הרי גם אם חוק השבות היה פוגע בעקרון יסוד היה "ניצל".

למדינת ישראל, שהיא אחד מן העקרונות החשובים עליהם מבוססת עצמאות המדינה⁶⁴. אלמלא הוויכוחים הקיימים סביב להגדרת הרצויה של "יהודי" בחוק השבות, היינו מציעים מתן מעמד של חוק יסוד גם לחוק השבות כפתרון אידיאלי לפרובלמטיקה הנובעת מהתנגשות זו. פתרון זה היה מבטל כל צורך בהתייחסות מפורשת לחוק השבות במגילת הזכויות. אולם, נראה לנו שגם בלי חיקוקו של חוק השבות כחוק יסוד אין חשש שתקבל הטענה שהחוק מפר את רעיון השוויון ועל-כן בטל. חוק השבות דן בשאלה אחת ואחת בלבד: הזכאות של ציבור אנשים, שאינם תושבי הארץ לשבת בה ולקבל את אזרחותה. לגבי שאלה ספציפית זו, אין ספק, שמותר למחוקק לקבוע הסדרים הקובעים מי זכאי להיכנס למדינה ומי איננו זכאי לכך, בהתחשב באינטרסים שונים של המדינה והעקרונות עליהם היא מבוססת. בשאלה זו "המדובר איננו בשמירת השוויון בין אזרח לאזרח, אלא רשויות המדינה פועלות כלפי חוץ והמדינה עצמה היא העומדת כביכול מול מי שמבקש להשתקע בה לשיבת קבע"⁶⁵. אין זאת אומרת, כמובן, שכל מדיניות הגירה של המדינה היא לגיטימית ושכל הפלייה בין מהגרים בכוח מוצדקת⁶⁶. אולם, כל עוד מדיניות ההגירה של מתן זכויות יתר⁶⁷ לציבור מסויים מבוססת על עקרון, הנחשב בעיני רוב האוכלוסיה כעקרון יסוד של החברה – היותה של מדינת ישראל מדינה יהודית – נראה לנו שהלגיטימיות של מדיניות זו איננה מוטלת בספק. מסקנתנו היא, איפוא, שהסייג בגרסה א' של סעיף 2(ג) להצעה בדבר תקפו של חוק השבות איננו נחוץ כדי לשמור על תקיפותו של חוק זה. הסייג מהווה פגם אסתטי בהצעה⁶⁸.

III. סיכום הביקורת על חלוקת הזכויות לשלושה סוגים והצגת המודל האלטרנטיבי

בתחילתו של פרק זה טענו שחלוקת זכויות האזרח לשלושה סוגים מבוססת על הנחה מוטעית מעיקרה.

נחזור בקצרה על עיקרי ביקורתנו: את שלושת הסוגים של הזכויות בחנו לאור התיזה בדבר תפקידם של עקרונות חוקתיים בשיטת המשפט. טענו כי תפקידם הוא לשמש הנחיות, והנחיות בלבד, להסדרים ספציפיים שיקבעו על-ידי רשויות המדינה. סוג הזכויות הראשון, שלכאורה אינו מתיר כל פגיעה בזכויות, לא יוכל לתפקד כך במציאות, מהטעם שאין שיטת המשפט יכולה לחיות עם עקרונות מוחלטים. סוג הזכויות השני, המתיר הגבלת זכות "על-פי חוק" מרוקן מתוכן את הרעיון של מסגרת

64 החלק השלישי של הכרזת העצמאות פותח במלים אלה: "מדינת ישראל תהיה פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות ...".

65 בג"צ 209/73 עזרה נ' שר הפנים, פד"י כ"ח (1) 13.

66 בהקשר זה ברצוננו לציין שאם כי אנו מקבלים את הרעיון שעומד מאחורי הדברים מפס"ד עזרה נ' שר הפנים, שצוטטו לעיל, אין אנו כביעים בזאת את הסכמתנו לעצם ההחלטה באותו עניין.

67 אין אנו מביעים דעה בשאלה אם שלילת זכויות מציבור מסויים על סמך אותו עקרון היתה גם היא נחשבת כמוצדקת אם לאי.

68 לא דנו כאן בסייגים האחרים בסעיף 2(ג) על שתי גירסאותיו. אולם ראה להלן.

מגילת זכויות האדם והאזרח בישראל: הישג קונסטיטוציוני או אחיזת עיניים?

חוקתית מנחה של עקרונות. לסוג הזכויות השלישי, המתיר סיוג לצורך מטרות מסויי-
מות, תהיה השפעה שלילית על איכות המסגרת החוקתית ויכולתה למלא את תפקידיה
האמיתיים בחברה.

מה הצעתנו למנסחי המגילה? אנו מציעים לחזור לרעיון המקורי של כתיבת חוקה
למדינת ישראל. מעמדה זו יש לראות את שיטת המשפט כמערכת אחת, המורכבת
ממסגרת של עקרונות ומתוכן של כללים וסטנדרטים. יש לראות את העקרונות בפרו-
פורציה הנכונה – כהנחיות – שכל תפקידם להדריך את רשויות המדינה בבואן לקבוע
ולתפעל כללים והסדרים ספציפיים. המודל האלטרנטיבי שאנו מציעים ישרת את
תפקידו של מסמך חוקתי: הוא יכלול עקרונות בלבד, ללא כל סייגים או מטרות
ספציפיות. אנו מציעים מגילת זכויות שבה מופיעים כל העקרונות בטהרתם – ללא סייג
או הגבלה.

הצעתנו זו מתיישבת היטב עם המימד הנורמטיבי של התיוזה שהצגנו לעיל: היא
משקפת את היחס הנכון בין מסמך חוקתי לבין נורמות רגילות: חקיקה, חקיקת משנה
ופסיקה. אך בכך לא די. כיצד מתבטא יחס זה במציאות המשפטית? כיצד מתהווה
התוכן של אותה מסגרת? כאן אנו מגיעים למימד האופרטיבי של התיוזה שהצגנו לעיל.
בתוך המסגרת החוקתית פועלות שלוש הרשויות המרכזיות: הרשות המחוקקת,
המבצעת והשופטת. הרשות המחוקקת קובעת הסדרים ספציפיים. הרשות המבצעת,
מיישמת את הנחיותיה של הרשות המחוקקת. הרשות השופטת היא המפקחת על כך
שההסדרים הספציפיים שנקבעו על-ידי הרשויות האחרות לא יסו מן העקרונות
שנקבעו במסגרת החוקתית. לפנינו הליך של יחס-גומלין דינמיים ורב-גווניים בין
הרשויות השונות, כשכולן כפופות למסגרת חוקתית. תוכנה של שיטת המשפט נקבע,
איפוא, במהלך ההפרייה ההדדית שבין הרשויות השונות. כאן אנו מגיעים לאלמנט השני
במודל המופיע בהצעת החוק: הביקורת השיפוטית. באיו מידה משפיע בית-המשפט
על היחס שבין עקרונות חוקתיים לנורמות רגילות? על שאלה זו ננסה להשיב במהלך
הדיון במנגנון הביקורת השיפוטית כפי שהוא מופיע בהצעת החוק.

פרק ב'

מנגנון הביקורת השיפוטית

1. מבוא

כיצד פועלים העקרונות החוקתיים בשיטת המשפט הלכה למעשה? המחוקק ומחוקק-
המשנה מעצבים הסדרים ספציפיים לפתרון בעיות היום-יום של החברה. בהליך עיצוב
זה, הם מונחים על-ידי העקרונות החוקתיים, כפי שהם מבינים אותם. מה קורה כאשר
סובר אדם, שהסדר ספציפי, סותר עקרון חוקתי מסויים? במקרה זה קיימת מחלוקת
בדבר גבולותיו של העקרון והיחס בינו לבין ההסדר הספציפי. המוסד הפותר מחלוקות
מעין אילו הוא בית-המשפט. מנגנון הביקורת השיפוטית, משמעו מתן כוח לבית-
המשפט לבדוק את מידת התאמתם של הסדרים ספציפיים לעקרונות החוקתיים. אם
מגיע בית-המשפט למסקנה, שהסדר מסוים חורג מעבר למסגרת המותרת על-ידי

העקרונות החוקתיים, מתירה לו הדוקטרינה של הביקורת השיפוטית להכריז על בטלותו של אותו הסדר.

מנוסח הצעת החוק ברור, שמנסחי ההצעה התלבטו קצות בדבר מקומו של מנגנון הביקורת השיפוטית בישראל. הם רצו בקיומו בשיטתנו אך חששו מהתוצאות האפשריות של פעולתו. לבטים אלה הילידו את הפשרה המופיעה בסעיף 20 לחוק. סעיף 20(א) קובע כלל פרשנות, המורה לבתי המשפט להעדיף תמיד פרשנות שהיא לטובת זכויות האזרח ולא נגדן. סעיפים 20(ב) ו-20(ג) מציגים את מנגנון הביקורת השיפוטית עליו הסכימו המנסחים: סעיף 20(ב) קובע, שתופעל ביקורת שיפוטית מסויגת על חקיקה עתידית. סעיף 20(ג) קובע, שלא תופעל כל ביקורת שיפוטית על חקיקה קיימת.

חשיבות רבה נודעת למנגנון הביקורת השיפוטית. הביקורת השיפוטית עושה את כפיפותו של המחוקק לעקרונות חוקתיים כפיפות ריאלית. בכך היא מגבילה את מרחב פעולתו של המחוקק הראשי ונותנת סמכויות רבות עצמה בידי הרשות השופטת. למערכת כזו יש השלכות על איכותו של ההליך הדמוקרטי ועל היכולת ליישם ביעילות קווי מדיניות. על מנת להבין את מבנה הביקורת השיפוטית כפי שבנו אותו המנסחים, ועל מנת לרדת לעומקה של הביקורת על מבנה זה, ראינו לנכון להציג בפני הקורא את המרכיבים היסודיים של מנגנון הביקורת השיפוטית. לאחר מכן נסקור את עמדתה של הצעת החוק כלפי ביקורת שיפוטית על חקיקה עתידית, נבחן את חשיבותה של מנסחי ההצעה ונבדוק את הצורך בשיריון החקיקה הקיימת מפני ביקורת שיפוטית. לבסוף, נציג בפני הקורא את המודל האלטרנטיבי להפעלת ביקורת שיפוטית בישראל. מפאת חשיבותו של מנגנון הביקורת השיפוטית, אנו סבורים שיש לבחון את הסוגיות שלפנינו במירב הזהירות. זו הסיבה לאיזכור של הדיון. יש לזכור שתוכנו של סעיף 20 יחתוך את גורלה של מגילת הזכויות לדורות, ואין מנוס מהתייחסות אליו במלוא כובד הראש והקפדנות.

II. הביקורת השיפוטית: מעלותיה ומגרעותיה במשטר דמוקרטי

עיקר המחלוקת בנושא הביקורת השיפוטית מתחולל סביב התאמתה להליך הדמוקרטי, דהיינו, סביב הפרובלמטיקה שבכך, שחוקים שמחוקקים נציגי העם עלולים להתבטל על-ידי בית משפט שכל חבריו ממונים בגובה.

בספרו *The Least Dangerous Branch*⁶⁹, הנחשב למחקר הקלאסי בנושא הביקורת השיפוטית בארה"ב, סוקר פרופסור אלכסנדר ביקל את מעלותיו ומגרעותיו של מנגנון הביקורת השיפוטית. הוא רואה שלוש היבטים שליליים של הכנסת מנגנון הביקורת השיפוטית לדמוקרטיה:

— ביקורת שיפוטית גוגדת את התפיסה הדמוקרטית. בבואו להכריע שחוק מסוים גוגד את העקרונות החוקתיים ולפיכך בטל, מבטל בית המשפט את רצונה של הסמכות המחוקקת בפני רצונה של הסמכות המבוננת. דא עקא, שבדמוקרטיה ייצוגית משקפים החוק או הפעולה המינהלית את רצונו של העם בהווה. הביקורת השיפוטית פועלת

69 ה"ש 15 לעיל.

מגילת זכויות האדם והאזרח בישראל: הישג קונסטיטוציוני או אחיזת עיניים?

בשם רצון ערטילאי כנגד רצונו של הרוב הנוכחי ובכך היא אנטי־יצוגית ואנטי־רובית.⁷⁰

— לטווח ארוך עלולה הביקורת השיפוטית להחליש את ההליך הדמוקרטי. ברעיון הביקורת השיפוטית יש משום הבעת אי־אמון בכשרו של המחוקק לקבוע קוי מדיניות לגיטימיים. לפי טענה זו, גורם קיומה של הביקורת השיפוטית לכך, שאנשים בוחרים בנציגיהם לרשות המחוקקת בפוזיות, בידעם שקיים מנגנון שיתקן את טעויותיה של רשות זו. כיון שקיים מנגנון חיצוני למוסד המחוקק, המתקן את שגיאותיו, מתקיים הנסיון הפוליטי, הערך החינוכי והאתגר של הבחורים. שוב אין הם נאלצים לפתור בעיות פוליטיות באופן עצמאי, באמצעות הקלפי. בנוסף לכך, טוענים המבקרים, גורם מנגנון הביקורת השיפוטית לכך, שעל הרשות המחוקקת פועלים פחות מעצורים מאשר בשיטה בה אין מנגנון הביקורת השיפוטית קיים. לדעת אלה, פועל הפרלמנט האנגלי בצורה יותר מאוזנת ומצפונית מאשר הקונגרס האמריקני בשל העובדה, שעליו לרסן את עצמו, בעוד שהקונגרס האמריקני יכול להעביר את ההכרעה לבית־המשפט העליון הפדרלי.⁷¹

— מנגנון הביקורת השיפוטית לא הוכיח את עצמו בעיתות משבר. ההיסטוריה מראה שבעיתות מבחן, שעה שהיתה חריגה מן העקרונות החוקתיים, לא פעל מנגנון הביקורת השיפוטית להגנה על ערכי היסוד. רק נאמנותם של העם ושל מקבלי ההחלטות בחברה לערכים אלה עשויה לשמור עליהם.⁷²

כנגד ביקורת זו, השוללת את מנגנון הביקורת השיפוטית, מעמיד פרופסור ביקל גימוקים כבדי משקל להצדקת מנגנון זה:

— מבין שלוש הרשויות, בית־המשפט הוא המתאים ביותר להקפדה על שמירתם של העקרונות וערכי היסוד הלאומיים. פרופסור ביקל מנתח את אופיין של החלטות מדיניות ורואה בהן שני היבטים: (1) השפעות מיידיות ומעשיות, שלהשגתן התכוונו מקבלי ההחלטות (ההיבט התועלתני). (2) השפעות ארוכות טווח על מערכת הערכים הבסיסית, שייתכן שלא חוו אותן או לא העריכו את משקלן (ההיבט הערכי). חלק ממהותו של עקרון שלטון החוק הוא, שהחלטות מדיניות, בנוסף לערכן התועלתני, תתייבנה גם עם מערכת הערכים הלאומית. המוסד המתאים ביותר למנוע הפרת מערכת הערכים הלאומית בשם התועלתנות הוא בית־המשפט. זאת בשל חוסר התלות שלו בנסיבות המשתנות של החיים הפוליטיים, בשל הכשרתם המקצועית של השופטים, הפנאי היחסי המצוי בידם לשקול השלכות עקרוניות של קוי־מדיניות ובשל גטייתם למחקר מדעי.⁷³

— לבית־המשפט השפעה חינוכית שאין למחוקק. פסקי־הדין שלהם, יותר מכל פעולה אחרת של הממשל, מבהירים ומשרישים את מערכת הערכים הלאומית בציבור.⁷⁴

— מנגנון הביקורת השיפוטית מספק לא רק ביקורת על החקיקה הראשית, אלא גם לגיטימציה שלה. בכוחו של בית־המשפט גם להעניק תוקף להחלטות של מדיניות

70 שם, בעמ' 16–20.

71 שם, בעמ' 21–22.

72 שם, בעמ' 23.

73 שם, בעמ' 25–26.

74 שם, בעמ' 26.

ובכך להמתיק את רוע הגזירה שחשות הקבוצות המקופחות ולחזק את הקונסנסוס הלאומי.⁷⁵

הציר סביבו מתמקדת ההגנה על הביקורת השיפוטית, והמכריע את הכף לטובתה גלום בעצם מושג הדמוקרטיה. דמוקרטיה אין פירושה רק שלטון הרוב. היא מניחה גם הגבלה על שלטון הרוב, שלא יחרוג מעקרונות וערכי יסוד. הדיון בנושא הביקורת השיפוטית, מבליט את מקומה החשוב בשמירה על המסגרת החוקתית של משטר דמוקרטי.⁷⁶ אך הדיון גם מנחה אותנו אל מסקנה עמוקה יותר: עצם קיומה של הביקורת השיפוטית, ה-*raison d'être* שלה, מבוסס על היותה השומר היעיל ביותר של החוקה. תפקידה הוא להגן על מערכת העקרונות, לא לפקח על היעילות והתבונה שבהסדר ספציפי זה או אחר.

קיומו של מנגנון הביקורת השיפוטית חשוב במיוחד בנושא ההגנה על זכויות האדם והאזרח. ק.ג. פרידריך, שערך מחקר המשווה את מעמדן של זכויות האדם והאזרח בעולם המערבי, הגיע למסקנה כי יותר מבכל מדינה אחרת נשמרו זכויות האדם והאזרח בארצות-הברית, וזאת משום העובדה, ששם הונהג מלכתחילה המנגנון של ביקורת שיפוטית. פרידריך מציין עובדה חשובה: עד מלחמת העולם השנייה התנגדו מדינות אירופה לפעולת הביקורת השיפוטית בשיטותיהן המשפטיות, וזאת משום היותה סותרת את רעיון הדמוקרטיה הייצוגית. רק לאחר הכניעה הבוטה בזכויות האדם במחצית הראשונה של המאה ה-20, הגיעו גם מדינות אלה למסקנה שאין טעם למגילת זכויות ללא מנגנון של ביקורת שיפוטית.⁷⁷

החיוב שבמנגנון הביקורת השיפוטית ותרומתו לשמירת הדמוקרטיה, עדיין אין בו כדי להרגיע את אלה החוששים מפני שינוי מאזן הכוחות בחברה. חשש זה, יסודו בתחושת, שבית-המשפט ינסה להעצים את כוחו ויעביר תחת שבט ביקורתו גם את יעילותם ותבונתם של החוקים הרגילים ולא רק את כפיפותם למסגרת החוקתית. אנו טוענים, שהערובה לכך שמאזן הכוחות בחברה לא ישתנה בעזרת מנגנון הביקורת השיפוטית, מעוגנת בעצם טבעו של בית-המשפט כמוסד שיפוטי. בדיקת המאפיינים של בית-המשפט כמוסד מקבל החלטות בחברה מראה, שהוא

75 שם, בעמ' 29.

76 ראה: R. A. Dahl, *A Preface to Democratic Theory*, 1967, U. of Chicago Press; וכן: J. H. Choper, "The Supreme Court and the Political Branches: Democratic Theory and Practice", 122 (1974), *U. Penn L. R.* 810, 811-817.

77 ה"ש 14, לעיל, עמ' 78, 79: "...the United States has from the beginning been insistent that a declaration of human rights is not worth the paper it is written on unless it is accompanied by suitable provisions for their enforcement. The grandiloquent declarations of the French revolutionaries went by the board precisely because they were just declarations. The same may be said of the bills contained in the Soviet Union's constitutions. The Americans by contrast from the beginning, even in their state constitutions, were deeply concerned with how to make any such rights 'stick', whereas Europeans have, until very recently, been reluctant to recognize that there is a problem involved which cannot be solved by reference to a representative assembly, as the British tradition had it. The solution which the Americans suggested for this crucial problem is 'judicial review'." (our emphasis)

מגילת זכויות האדם והאזרח בישראל: הישג קונסטיטוציוני או אחיזת עניינים?

כבול בהגבלות פנימיות וטבעיות, המבטיחות את מקומו כפעיל רק בשולי ההליך הפוליטי ומונעות ממנו להשתוות בכוחו למקבלי החלטות פוליטיות מובהקים, כמו הרשות המבצעת והרשות המחוקקת:

— בית-המשפט הוא מוסד פסיבי. אין הוא יכול לזוּם מדיניות ועליו להמתין עד שתגיע אליו עתירה מתאימה על מנת שיוכל לנקוט עמדה בענין מסויים.
— בית-המשפט מוגבל לפרשנות טכסטית משפטית ולעובדות המקרה בו הוא דן.
— בית-המשפט מסוייג במערכת כללים מורכבת, הפועלת לסינון וגיפוי תביעות סרק, ולמניעת ביטול פזיז של חוקים. בארה"ב, שם פועל מנגנון הביקורת השיפוטית כבר קרוב ל-200 שנה, פתח בית-המשפט עצמו מערכת כללים המבטיחה שהאמצעי של ביטול חוקים יופעל במירב הזהירות, ורק כשכלו כל הקיצין ואין כל אפשרות ליישב בין החוק לבין המסגרת החוקתית.⁷⁸ יתירה מזו, גם כשבית-משפט בארה"ב קובע בטלותו של חוק, אין הוא קובע בפסקנות שלא ניתן לחוקק הסדר חקיקה לגיטימי הדומה להסדר שבוטל, אלא שההסדר הספיציפי חייב להיות מנוסח בצורה מצמצמת כך שלא תפגענה זכויות האדם והאזרח שלא לצורך.⁷⁹

שלוש מגבלות אלו, המבטיחות יחס של כבוד מצד בתי-המשפט אל הרשויות האחרות, מאפיינות גם את בית-המשפט הישראלי. במיוחד חשובה מערכת הכללים המונעת שימוש פזיז באמצעי של ביטול חוקים. מערכת כזו קיימת גם בישראל, לענין

78. לסקירה משווה ראה: K. C. Wheare, *Modern Constitutions*, 1966, Oxford U. Press, pp. 100-121. וכן ראה: "טלמון, 'טהרת הדמוקרטיה וזכויות השלטון', בספרו אחדות ויחוד, תשכ"ה, הוצאת שוקן, עמ' 59-80.
79. להלן סקירה קצרה של חלק מעקרונות המפתח לפיהם פועלת הביקורת השיפוטית בארה"ב:
א. קיימת חוקה כבדת משקל שכל חוק הוא קונסטיטוציונאלי, דהיינו שאינו סותר את החוקה. *Alaska Packers Ass. v. Industrial Acci. Com.*, 294 U.S. 532, 79 L. ed. 635. ed. 1044; *Davies Warehouse Co. v. Bowles*, 321 U.S. 144, 88 L. ed. 635.
ב. בתי-המשפט לעולם לא יכריזו שחוק בטל אלא אם כן בטלותו ברורה מעבר לספק סביר. *Fairbank v. United States*, 181 U.S. 283, 45 L. ed. 862; *Fubank v. Richmond*, 226 U.S. 137, 57 L. ed. 156.
ג. בכל מקרה בו מפעיל בית-המשפט את כוחו לבטל חוק, עליו להיות משוכנע שאין כל דרך ליישב בין החוק לבין החוקה. *Nashville v. Cooper*, 6 Wall (U.S.) 247, 18 L. ed. 851; *State ex rel v. Johnson v. Goodgame*, 91 Fla 871, 108 So 836.
ד. בית-המשפט לא יעביר תחת שבט ביקורתו את הקונסטיטוציונאליות של חוק, אלא אם כן אין כל דרך אחרת לפסוק דין. *Peters v. Hobby*, 349 U.S. 331, 99 L. ed. 1129; *NAACP v. Alabama*, 357 U.S. 449, 2 L. ed. 2d. 1488.
ה. מקום שעומדת בפני בתי-המשפט הברירה להכריע בענין מטעמים קונסטיטוציוניים או להכריע בו מטעמים אחרים, יוקק בית-המשפט לטעמים האחרים. *Communist Party of the United States v. Subversive Activities Control Board*, 351 U.S. 115, 100 L. ed. 1003; *Vitarelli v. Seaton*, 359 U.S. 535, 3 L. ed. 2d. 1012.
ו. בנסחו כלל קונסטיטוציוני יקפיד בית-המשפט שלא לחרוג מעובדות הענין, שבמסגרתו מנוסח הכלל. *United States v. Raines*, 362 U.S. 17, 4 L. ed. 2d. 524; *Goldblatt v. Hempstead*, 369 U.S. 590, 8 L. ed. 2d. 130.

הביקורת השיפוטית על חקיקת משנה⁸⁰. עד עתה פעלה המערכת כהלכה ולא העיבה על פעולתה התקינה והשוטפת של הרשות הביצועית. אם תתקבל ביקורת שיפוטית לגבי חוקים, סביר להניח, כי בית-המשפט הישראלי יפעיל את הכלים המצויים כבר בידו, ישאיל או יפתח בעצמו כללים נוספים שירסנו את הליך הביקורת השיפוטית וימנעו פלישה של הרשות השופטת אל תחום הרשות המחוקקת.

הדיון לעיל חושף את שני הצירים המרכזיים סביבם בנוי מנגנון הביקורת השיפוטית: (א) יעודו האחד והיחיד של מנגנון זה הוא לשמור שכללים וסטנדרטים לא יפרצו אל מעבר למסגרת המתווים להם העקרונות. (ב) כדי שימלא תפקידו בנאמנות, ובלא לחבל בהליך הדמוקרטי, בנוי מנגנון זה משורה של מעצורים פנימיים המבטיחים שביטול בפועל של חוקים ייעשה רק לעיתים נדירות. שני צירים אלה מאפיינים את המימד האופרטיבי של התיזה שהצגנו בפרק הראשון, בדבר ההבחנה בין עקרונות וקווים-מדיניות מחד וכללים וסטנדרטים מאידך גיסא⁸¹. מצוידים במידע זה על אופן פעולתה של הביקורת השיפוטית, נעבור לבחון את המודל המסתקף בהצעת החוק.

III. פיקוח על חקיקה עתידית: המודל האמביוולנטי של הצעת החוק

סעיף 20(ב) להצעת החוק קובע:

"הוראת חוק שנתקבלה אחר תהילתו של חוק יסוד זה והיא סותרת הוראה שבו – בטלה".

לכאורה יש כאן הכרה במנגנון הביקורת השיפוטית. ואולם, קיימות ראיות רבות לביסוס השערה, שאין לבם של המנסחים שלם עם הרעיון של ביקורת שיפוטית על תקפם של חוקים וכי אין הם ישיים להעניק לה דריסת רגל של ממש במבנה הקונסטיטוציוני ההולך ומוקם בישראל. השערה זו מתבססת על העובדות הבאות:

— הצעת חוק זכויות האדם והאזרח אינה מסוריינת. סעיף 20(ב) מאפשר ביטול חקיקה הסותרת את חוק היסוד המוצע, אך אינו מונע שינוי חוק היסוד עצמו ברוב רגיל, כדבר שבשיגרה ולא כמעשה של שינוי קונסטיטוציוני שהוא מטבעו נדיר ואינו נעשה בחופזה⁸².

— מחצית מן הזכויות המנויות בהצעת החוק פטורות מביקורת שיפוטית. מבין 19 הזכויות המעוגנות בחוק כפופות 10 להגבלות "על-פי חוק"⁸³. חוקים הסותרים זכויות אלה חסינים בפני התקפה על חוקיותם.

— ביקורת שיפוטית מוגבלת תחול על קטגורית הזכויות המסוייגות בסיוג סלקטיבי⁸⁴. כפי שכבר הבהרנו במהלך הדיון על שלושת סוגי הזכויות, מצלם חלק גדול של הסייגים

80 ראה: ה' קלינגהופר, "שלטון החוק וחקיקת משנה", הרי"המשפט, א, עמ' 202; א' ברק, "פיקוח בתי-המשפט על חקיקת משנה", ה"ש 33 לעיל, וכן ראה לאחרונה: ע"א 492/73 שפייר נ' המעצה להסדר הימורים בספורט, פד"י כ"ט (1) 22, 26.

81 ראה: עמ' 160–161 לעיל.

82 ראה ביקורת על-ידי פרופ' קליין, "על הצעת חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח – ההיבטים הקונסטיטוציוניים – פורמליים", ה"ש 6 לעיל, בעמ' 697.

83 סעיפים 1, 3, 4, 5(א), 6, 7, 8, 9, 16, 17.

84 סעיפים 2, 11, 12, 13, 18.

מגילת זכויות האדם והאזרח בישראל: הישג קונסטיטוציוני או אחיזת עיניים?

את המצב המשפטי הנוהג, המחוקק אסף את טיפוסי המקרים בהם ניתן היום להגביל זכות מוזכרת האזרח וחוקק אותם בלבד של הגבלות לגיטימיות בתצעת החוק⁸⁵. התוצאה היא, שהחקיקה הקיימת זוכה לשיריון כפול: היא עצמה נשארת כתוקף מכוח סעיף 20(ג); במידה שיבטל אותה המחוקק, עדיין יוכל לחוקק הסדר דומה שיכנס תחת כנפיו של הסיוג הלגיטימי, ובכך יהיה חסין בפני ביקורת שיפוטית. ניתן להסביר שיטה זו לאור שמרנותם של המנסחים, המבקשים להנציח את המצב הנוהג. אך אין ספק, שסייגים אלה מודרכים גם על-ידי החשש פן יבוטלו על-ידי בית-המשפט אם יחוקקו בעתיד.

— עצם שיריון החקיקה הקיימת מלמד על אי-האמון שרווחים המנסחים למנגנון הביקורת השיפוטית.

לחששו המשווער של המחוקק מפני הביקורת השיפוטית שותפת גם הממשלה. בתזכיר הצעת חוק חקיקה*, שהוגש על-ידי שר המשפטים ב-1 בספטמבר 1974⁸⁶, מגובש נסיון להצר ולמנוע ככל האפשר ביקורת שיפוטית על החקיקה הראשית. סעיף 12(א) לתזכיר קובע:

"אין עוררין על תקפו של חוק אלא בטענה שלא נתקבל ברוב הדרוש, ולא יעורר על תקפו של חוק אלא מי שנפגע על ידו".

סעיף זה מגביל את העילה להפעלת ביקורת שיפוטית על תקפם של חוקים. לכאורה, מתיישב הסעיף עם הרעיון של מסגרת חוקתית. חוקה שלא ניתן לשנותה הופכת למיטת סדום שאין החברה יכולה לעמוד בה, וסופה שתכרע תחת לחץ הנסיבות המשתנות. אך שינויים של עקרונות חוקתיים אינו דבר של מה בכך, ואסור שידמה להליך חקיקה רגיל. שינוי העקרונות החוקתיים, צריך שיעשה באמצעות מנגנון מיוחד, שיבטיח כי יש לשינוי תמיכה חברתית רחבה וכי אין בו משום כניעה ליצרים נלהבים, לחצים מפלגתיים או שיקולי תועלתיות קצרי טווח. מנגנון השינוי שמאמץ תזכיר הצעת חוק חקיקה, הוא שינוי באישור רוב חברי המליאה, דהיינו רוב של 61 חברי הכנסת (רוב קואליציוני). רוב כזה מעצם טיבו איננו מתאים להליכים החגיגיים של שינוי חוקה. העובדה שהתזכיר מאמץ אותו מצביעה על מגמה לחסום את האפשרות של ביקורת מהותית על תוכנה של החקיקה הראשית⁸⁷.

בנוסף לכך, מעמיד סעיף 12 לתזכיר סייג פרוצדורלי מצומצם יותר: "לא יעורר על תקפו של חוק אלא מי שנפגע על ידו". הסעיף מתנה בתנאי מצומצם ביותר את זכות העמידה בעתירה על תקפו של חוק. אין ספק שדרישה מעין זו, אם תתקבל על-ידי הכנסת, תצמצם בצורה משמעותית את כמות העתירות בנושא המשפט הקונסטיטוציוני⁸⁸.

85 ראה לדוגמא סעיף 9 ובמיוחד הסיפא לסעיף זה ודברי ח"כ בנימין הלוי לענין זה, ה"ש 12 לעיל, עמ' 47-48.

86 תזכיר הצעת חוק יסוד: חקיקה, מתאריך 1 בספטמבר 1974, מוגש על-ידי שר המשפטים.

87 ראה סעיף 4(ב), ש"פ. וכן קליין, "רוב מיוחד ושינוי במשפט", הפרקליט, כ"ח, עמ' 563, במיוחד עמ' 569-574.

88 לחשיבותה של זכות העמידה במשפט הקונסטיטוציוני ראה: Bickel, ה"ש 15 לעיל, בעמ' 113-127.

* מאמר זה נכתב בטרם הוגשה לכנסת הצעת חוק יסוד: החקיקה.

מהגיתות שלעיל עולה, שאם תקבל הכנסת את הצעת חוק יסוד: חקיקה כפי שהיא מוצעת על-ידי הממשלה, ובד בבד תקבל גם את הצעת חוק זכויות האדם והאזרח במתכונתה הנוכחית⁸⁸, תתמעט חשיבותו של מנגנון הביקורת השיפוטית בשיטתנו המשפטית.

אין ספק שההכרעה בנושא זה נתונה בידי הכנסת בסמכותה כרשות מכוננת. ואולם, חובה על הכנסת להחליט לכאן או לכאן: אם אין ברצונה לוותר על כוחה אל תשלה אותנו במנגנון של ביקורת שיפוטית שרובו חסר שיניים.

החשש מפני התערבות יתר של בית-המשפט בהליך החקיקה הרגיל שונה באופיו. לחשש זה יש יסוד רק אם אמנם ניתן לצפות ממנגנון של ביקורת שיפוטית שפועל בצורה מכנית ומכריז על בטלות חוקים כדבר שבשיגרה. דיונו בדינמיקה של הביקורת השיפוטית והתיזה בדבר ההבחנה בין עקרונות וקווי-מדיניות לבין הסדרי חקיקה ספציפיים, מפריכים חשש זה מכל וכל.

בטרם נציג את המודל האלטרנטיבי ואת אופן פעולתו הצפוי בשיטת המשפט הישראלי, לית, נבחן את הסיבות לשיריון החקיקה הקיימת מפני ביקורת שיפוטית.

IV. על הצורך בשיריון החקיקה הקיימת

סעיף 20(ג) להצעת החוק קובע:

”חוק יסוד זה אינו גורע מתקפו של כל חוק שנחקל לפני תחילתו”.

במתכונת זו מכשירה ההצעה את מערכת החקיקה הקיימת, גם אם קיימות בה נורמות הסותרות את העקרונות המעוגנים במגילת הזכויות.

גישה מקיאבליסטית לסעיף 20(ג) היתה רואה כאן נסיון שקוף לשמור על התפוח בשלמותו ואף לנגוס בו; לחדש את חלון הראווה שיהיה מודרני ונוצץ ובחנות פנימה להמשיך בשגרה של ימים ימימה. אנו דוחים גישה זו. נקבל את מניעי המנסחים לשיריון החקיקה הקיימת כמניעים כנים שאין בהם לא מקיאבליזם ולא רציונאליזציה בלתי מודעת של רצון להנציח את הקיים.

לטענת המנסחים יש לשריין את החקיקה הקיימת משני טעמים: ראשית, עד עתה לא היתה הכנסת מודעת לכפיפותה לעקרונות המגולמים במגילת הזכויות ואין זה הוגן להעמידה לפתע בפני מצב בו חוקיה בטלים באשר לא חזו את הנולד ואינם תואמים למסמך החוקתי. הטענה השנייה כבדה יותר: היא מתייחסת לחשש שאם לא תשוררין המערכת הקיימת תתחולל התמוטטות של המערכת המשפטית בישראל.

הטענה הראשונה משוללת יסוד. כבר עמדנו בהרחבה על העובדה שכל מערכת משפטית מורכבת מעקרונות, בין שהם מיפיעים שחור על גבי לבן במסמכים חוקתיים ובין שלא. כמו-כן הדגמנו את קיומם ואורח פעולתם של עקרונות הנוגעים לזכויות האזרח בשיטת המשפט שלנו⁸⁹. זאת ועוד, כל המדפדף בכרך הראשון של דברי מועצת המדינה בשנת הולדתה של מדינת ישראל, יכול לעמוד על מודעותם של חברי המועצה לזכויות האדם והאזרח⁹⁰. מכאן, שעקרונות אלה מאירים את דרכנו

89 ראה דברי ח"כ בנימין הלוי, ה"ש 12 לעיל, בעמ' 16-17.

90 ראה לעיל, עמ' 162-165.

91 ראה פרוטוקול הדיונים של דברי מועצת המדינה הזמנית, כרך א', תש"ח.

מגילת זכויות האדם והאזרח בישראל: הישג קונסטיטוציוני או אחיזת עיניים?

מיום שהגענו לעצמאות מדינית וממילא היתה הכנסת מודעת להם שעה שחוקקה את חוקיה.

כאמור, הטענה השנייה המתבססת על חשש מפני התמוטטות המערכת המשפטית בישראל, כבדה הרבה יותר מהראשונה. ככל הנראה חשש זה הוא שהטת את הכף לטובת שיריון החקיקה הקיימת. להלן נראה שאין לחשש זה על מה שיסמוך. מפאת מורכבותה של הטענה ומורכבותה של ההפרכה, נחלק את דיוננו לשלושה שלבים: הביסוס העיוני של טענה זו, הלכה שנלמד מתופעות דומות בעבר ותפישת אופיו של ההליך השיפוטי.

א. הביסוס העיוני: מיקומה הכרונולוגי של חוקה במערכת נורמטיבית: בבסיסו של החשש מפני התמוטטות המערכת המשפטית, מונחת התחושה בדבר הייחוד שבעיצוב החוקה הישראלית: מגילת הזכויות לא באה לעולם עם הקמתה של המדינה, אלא לאחר 27 שנות קיום, שבמרוצתן צמחה מערכת משפטית מקורית. תחושת ה"ייחוד" גובעת מן התפישה הפופולרית, שחוקות – כמו תעודות לידה – באות עם ההכרזה על עצמאות ולא שנות דור אחריה. לאור תפישה זו מחייבת העובדה, שאצלנו איחורה מגילת הזכויות לבוא, גישה מיוחדת, שתגונן על המערכת הנורמטיבית הקיימת.

חלקה של טענה זו כרוך בטענה, שבעבר לא היתה הכנסת מודעת לעקרונות המעוררים במגילת הזכויות וכבר הפרכנו אותה לעיל. חלקה האחר של הטענה נעוץ בתפישה מסולפת של מיקומה הכרונולוגי של חוקה במערכת נורמטיבית. התפישה הפופולרית, שחוקה כמות כתעודת לידה, מובילה לעיוות המציאות המשפטית. חוקה לעולם אינה נולדת בוואקום נורמטיבי. עצם קיומה של חברה מחייב קיום מערכת נורמטיבית פעילה בטרם נזרק המסמך החוקתי לחלל האוויר. מערכת זו, מעצם טיבה אינה ניתנת להרס טוטאלי על-ידי אקט חד-פעמי של חקיקת חוקה. נכון, אמנם, שהחוקה מבטלת את אותן נורמות שמעצם טיבן סותרות את הרעיונות הגלומים בחוקה, אך חלקה הארי של המערכת הנורמטיבית הקודמת ממשיך להתקיים ומשתנה אט אט על מנת שיותאם להנחיות שקובעת המסגרת החוקתית⁹². מכאן, שאין כל ייחוד במצב הישראלי, וממילא אין כל צורך בפתרון מיוחד שישריין את המערכת הקיימת מפני מגילת הזכויות.

ב. הלכה שנלמד מתופעות דומות בעבר: שיטה חשובה לבדיקת חששותיהם של המנסחים מפני התמוטטות מערכת המשפט היא לימוד לקח העבר. ניתן להצביע על שני מקרים שבהם נחקקו הסדרים שלכאורה היה בהם כדי לשבש את תקינות ההליך השיפוטי ובכל זאת לא התחוללה הקטסטרופה אותה חזו המנסחים.

במציאות הישראלית נתעוררה הסכנה של ביטול סיווגי של חוקים עם קום המדינה. הכרזת העצמאות ניתקה את הרציפות הקונסטיטוציונית של המשטר המנדטורי וקבעה למדינה החדשה מערכת ערכים השונה בתכלית מהמערכת המנדטורית⁹³. סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, 1948⁹⁴, קבע כי "המשפט שהיה קיים בארץ ישראל ביום ה' באייר תש"ח יעמוד בתוקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה לפקודה זו או

92 הדוגמה הנצחת להליך זה היא חוקת ארה"ב. קיומה של חוקת ארה"ב מזה 200 שנה אינו צריך להעיב על העובדה, שעוד קודם לחקיקת החוקה פעלה בארה"ב שיטת משפט מפותחת ושיטה זו לא שוריינה על-ידי החוקה.

93 רובינשטיין, ה"ש 1 לעיל, עמ' 33–34.

94 ע"ר מס' 2, י"ב באייר תש"ח – 21.5.1948. וראה גם דברי נשיא בית-המשפט העליון,

לחוקים האחרים שיינתנו על-ידי מועצת המדינה הזמנית, או על פיה, ובשינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה". הסעיף יוצר פשרה בין הרצון לשמור על יציבות משפטית על-ידי כך שתמשיך לחול המערכת המשפטית המנדטורית, לבין הדחייה הערכית של חוקים "שאינם מתיישבים עם הקמת המדינה ורשויותיה". האפשרות לבטל חוקים שאינם מתיישבים עם הקמת המדינה ורשויותיה, עשויה היתה לגרור לחץ ציבורי כבד על בתי-המשפט לבטל את קבוצת החוקים האנטי-דמוקרטיים ששימשה לדיכוי הישוב העברי בעשור האחרון לקיום המנדט.⁹⁵

ידוע כי עם קום המדינה, אכן נעשו נסיונות להביא לביטול חוקים מנדטוריים בנימוק שלא נקלטו על-ידי סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט.⁹⁶ עם זאת, ברור גם ללא מחקר אמפירי מדויק, שכמות התביעות שהוגשו לבתי-המשפט בנושא זה לא איימה על פעולתם התקינה של בתי-המשפט.

נסיון דומה, בו נכנס לתוקף הסדר שלכאורה יכול היה לשבש את תקינות ההליך השיפוטי התרחש בקנדה. שם נחקק חוק זכויות האדם ב-1960. החוק לא גרם לשיבוש משמעותי במהלך השיפוטי ואף לא לביטול סיווגי של חוקים.⁹⁷

ג. איפיו של ההליך השיפוטי: החיזוק כפני התמוטטות המערכת המשפטית מבוסס על התחזית הבאה:

— בהעדר שיריון מפורש של החקיקה הקיימת יוצפו בתי-המשפט בתביעות לביטול חקיקה קודמת. הצפה זו תיצור לחץ כבד מניכר על בתי-המשפט ותשבש את עבודתם התקינה.

— כתוצאה מהבירור השיפוטי יעתרו בתי-המשפט לתביעות ויכריזו על חוקים רבים כבטלים.

לדעתנו מתעלמת תחזית זו מאופיו של ההליך השיפוטי ומאופן ההפעלה של הבירור השיפוטי. גידון במרכיבית כסדרם.

ההסתברות של הפעלת לחץ כבד מניכר על בתי-המשפט. בהעדר סינון של מערכת החקיקה הקיימת על-ידי הכנסת עצמה, הוטל הנאכקה על בתי-המשפט. בשיטת המשפט שלנו לא יפעילו בתי-המשפט את סמכותם לברר אם חוק מסוים עומד בסתירה לעקרונות של מגילת הזכויות מיזמתם, אלא ימתינו ליוזמה מבחוץ, שתעלה תביעה

השופט זמורה בבג"צ 65/51 ז'בוטינסקי נ' וייצבו, פד"י ה' 803, 808–809, שם הוא מדגיש את ההבדל בין התפישה הדמוקרטית הבריטית לבין התפישה הישראלית.

95 ראה, למשל, דבר המלך במועצה על ארץ ישראל (הגנה), 1937, ע"ר, 675, 1937, תוס' 2, (ע) 227, (א) 267; תקנות ההגנה (שעת הירום), 1945, ע"ר, 1442, תוס' 2, (ע) 855, (א) 1055. לענין התנגדות הממסד המשפטי העברי למערכת חוקים זו ראה: הפרקלים, ג (1946), 58–62. מן הראוי להדגיש שקבוצת חוקים זו היא אותה קבוצת חוקים שלביטולם (כך יש להניח) חוששים גם כנסחי הצעת החוק.

96 בג"צ 5/48 ליון נ' גוברניק, פד"י א' 58; בג"צ 7/48 אלכרבוטלי נ' שר הבטחון, פד"י א' 97; בג"צ 10/48 זיו נ' גוברניק, פד"י א' 85.

97 ראה: Cavalluzzo, "Judicial Review and The Bill of Rights: Drybones and its Aftermath", 9 (1971), *Osgoode Hall L.J.*, 511; Tarnopolsky, "The Canadian Bill of Rights from Diefenbaker to Drybones", 17 (1971), *McGill L.J.* 437. Also see *Robertson v. Queen* [1963] S.C.R. 651; *Regina v. Drybones* [1970] S.C.R. 232; *A.G. v. Lavell* (1974) 38 D.L.R. 3d. 481.

מגילת זכויות האדם והאזרח בישראל: הישג קונסטיטוציוני או אחיזת עיניים?

בפניהם. מבחינה מעשית ניתן לטער שהמנסחים חווים גל ראשון של הצפה, שתוצאותיו תעודדנה יומה נוספת וגלים נוספים של תביעות. סביר לראות את הגל הראשון של לחץ לביטול חוקים כגל נסיוני בלבד. קשה להניח שהגל הראשון יהא כה חזק בעוצמתו עד שישתק את פעולת בתי-המשפט. סביר יותר להניח, שחלקים גרתיים של האוכלוסיה וקבוצה גדולה של עורכי-דין, ימתינו לתוצאות הגל הראשון כדי לשקול פנייה לבתי-המשפט. לפיכך, התשובה לשאלה אם אמנם עלול הלחץ על בתי-המשפט למוטט את המנגנון השיפוטי, תלויה בהערכת ההליך השיפוטי ותוצאותיו.

מהלך ותוצאות ההליך השיפוטי: לנו נראה, שאין לחשוש מכך שבתי-המשפט לא יוכלו להתמודד עם גל של תביעות לביטול חקיקה קיימת לאור חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח. ראשית, ההליך השיפוטי בנוי כך, שיגן על בתי-המשפט מפני תביעות סרק. בידי בתי-המשפט נמצאים כללי דיון מתוחכמים: הכללים לפיהם נוטל בית-המשפט סמכות, הדרישה שתקום עילת תביעה, ההקפדה על זכות העמידה והרתיעה מפני עניינים שאינם שפיטים⁹⁸. כל אלה משמשים מחסומים משמעותיים בפני התדיינות שאין בה ממש.

יתירה מזו, בתי-המשפט נוהגים לפתח כללי פרשנות העוזרים להם להתמודד עם צרכי השעה. מכאן, שגם אם ייעתרו למספר תביעות ויבטלו חקיקה קיימת, אין לצפות שיתמדו בביטול נוכח הצפה. על נטייתו הבריאה של בית-המשפט להגנה עצמית ניתן ללמוד מעמדתו של בית-המשפט העליון הישראלי כלפי סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט⁹⁹. לכאורה, מאפשר הסעיף לבית-המשפט לבטל דברי חקיקה מנדטוריים העומדים בסתירה ל"שינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה"; ואמנם, עם קום המדינה רווחה בחוגי המשפטנים הדעה כי "בית המשפט העליון מוסמך לפסוק שחוקים ידועים פקע תקפם מפני שהם אינם הולמים את רוח הזמן החדש"¹⁰⁰. אך באותה עת דחה בית-המשפט גישה זו, ופה אחד אימץ גישה של התאפקות שיפוטית מירבית שבלמה את רוב הנסיונות לבטל חקיקה מנדטורית באמצעות בתי-המשפט¹⁰¹. רק לאחר 20 שנה, בהלכת חוגים לאומיים ג' שר המשטרה התחיל סחף של הדוקטרינה

98 ראה: א' ויתקון, פוליטיקה ומשפט, תשכ"ה, הוצאת האוניברסיטה העברית, עמ' 5-11.

99 לעיל, עמ' 181-182.

100 ליון ג' גוברניק, ה"ש 96 לעיל, עמ' 66.

101 גישה זו נקבעה בפסק-הדין ליון ג' גוברניק, שם, שהיה כפסקי-הדין הראשונים שניתנו על-ידי בית-המשפט (פסה"ד ניתן ב-19.10.48), כשלושה חודשים לאחר שנקבע הרכב בית-המשפט העליון על-ידי מועצת המדינה הזמנית). בדחותו את הפרשנות האקטיבית לסעיף 11 אמר השופט זמורה:

"לאור הסענה הזאת [של פסלות חוקים לאור סעיף 11] יצטרך בית משפט זה קודם כל לקבוע שהתהווה שינוי מתוך הקמת המדינה, מהו השינוי ולשקול אם שינוי זה מצריך ביטול חוק מסוים; וכל זה יצטרך בית המשפט לעשות בצורת פסק דין המכריז כי החוק אינו עוד בר תוקף. זהו בדיוק תפקיד המחוקק, ואין להניח בשום אופן שהמחוקק הישראלי בהזכירו את המלים 'ובשינויים וכו'' נתכוון להעביר חלק מתפקידו לבתי-המשפט — הכוונה במלים 'ובשינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה' היא לשינויים טכניים כאלה אשר בלעדיהם אי אפשר להפעיל את החוק אחרי הקמת המדינה ורשויותיה החדשות. במלה 'שינויים' נתכוון המחוקק לשינויים הנובעים מאלהם מהקמת המדינה ורשויותיה ואינם מצריכים שיקול דעת מיוחד...". בעמ' 69.

הדווקנית¹⁰². תופעה זו מראה בבירור, ישעיה שבית-המשפט ראה (בצדק או שלא בצדק) לגדל עיניו משא שאין כתפיו מסוגלות להרימו, ידע כיצד להפעיל את כלי הפרשנות שברשותו על מנת להתגונן בפניו. אין כל סיבה לשער שלא יעשה כן בעתיד אם יראה עצמו עומד בפני תופעה דומה¹⁰³.

מאפיינים אלה של התנהגות בתי-המשפט די בהם כדי להדוף הצפה רבתי של בתי-המשפט. אך קיים גורם חשוב מהם, המפריך ככל וכל את החשש מפני התמוטטות המערכת המשפטית, והוא אופייה של הביקורת השיפוטית. ביטול סיווגי של חוקים לא יתרחש מהטעם, שביקורת שיפוטית אינה הליך מכני המטאטא חוקים ללא הבחנה, אלא הליך מורכב ומתוחכם שרק לעיתים נדירות מסתיים בהכרזה על בטלותו של חוק¹⁰⁴. להלן ננסה לבחון את מערכת החקיקה הקיימת ולאחר את סוגי החוקים העשויים לעמוד בפני ביטול, וזאת לאור ידיעתנו את טיבו ואופיו של מנגנון הביקורת השיפוטית.

בדיקה מדוקדקת של הוראות החוק הקיימות בנושא זכויות האזרח מראה¹⁰⁵ שברובן הגדול הן באות ליישב בין העקרונות השונים. נכון הדבר, שביטולם של הסדרים מסוג זה עלול לגרור התמוטטות של מערכת המשפט כולה. אך אין כל צל של ספק ששום מכניזם של ביקורת שיפוטית ולו האקטיבית ביותר לא יגיע למסקנה אבסורדית זו. חוקים כמו חוק הבחירות (דרכי תעמולה), תשי"ט-1959, חוק חינוך ממלכתי, תשי"ג-1953, חוק בתי המשפט, תשי"ז-1957, חוק יסוד: הכנסת ואחרים¹⁰⁶ אפילו יותקפו כסותרים את הצעת החוק, לא יבוטלו על-ידי בית-המשפט, מהטעם הפשוט, שהם באים לקבוע הסדרים בהם חייב להיות איוון עדין בין עקרונות וקוי-מדיניות שונים. בדיקה של חוקים אלה מראה בעליל, שהאיוון שנעשה הוא מאופק ושקול. אין בסיס להניח שיש סכנה ממשית שיבוטלו אם תותר ביקורת שיפוטית על החקיקה הקיימת. חשש כזה, מלמד על מידה של חוסר אבון בלגיטימיות של החקיקה הישראלית

102 בג"צ 222/68, פד"י כ"ד (2) 141. פסקי-הדין לא הפך את הלכת ליון נ' גוברניק על פיה, אך 3 שופטים מתוך 5 (זילברג, ויתקון ואגרנט) דחו את הגישה הדווקנית האומרת שכוונת סעיף 11 הינה לשינויים טכניים בלבד. ראה גם: Klein, "The Temple Mount Case", Is. L. Rev. 257 (1971), 6; וכן: מעוז, "בין גשר אלנבי לכותל המערבי", עיוני משפט, ג (1973), עמ' 200, ראה גם להלן, עמ' 190.

103 גישה של אקטיביזם שיפוטי תלויה בהקשר החברתי והפוליטי של החברה בה פועל בית-המשפט. הפרשנות הדווקנית שימשה מחסום חשוב ב-1948. היא נתנה למבנה הקונסטיטוצינאלי העדין וההתחלתי מרווח זמן להתפתחות איטית וטבעית. היא מנעה עימותים ומשברים קונסטיטוציוניים, שהיו עלולים לפרוץ בשל ביטול חקיקה מנדטורית בשלבים המוקדמים של גיבוש המסגרות הפוליטיות ב-1948. 20 שנה לאחר מכן כשהמבנה הקונסטיטוציוני כבר התייצב והבטחון העצמי הלאומי עמד בשיאו היתה הרחבת הפרשנות של סעיף 11 יותר מתאימה ופחות מאיימת.

104 ראה לעיל עמ' 177-178 ובמיוחד ה"ש 79-80.

105 פירוט ההוראות הרלבנטיות נמצא בקיבוץ: על דרך זכויות האדם והאזרח (מחקר משווה, הווען על-ידי הכנסת), חוקר ראשי פרופ' קליין, תשל"ב-1972.

106 ס"ח 284 תשי"ט, 138; ס"ח 131 תשי"ג, 137; ס"ח 233 תשי"ז, 148; ס"ח 244 תשי"ח, 69, לחוקים אחרים ראה ה"ש 105 לעיל.

מגילת זכויות האדם והאזרח בישראל: הישג קונסטיטוציוני או אחיזת עיניים?

ופקפוק מסויים באחריותה של הרשות השופטת בישראל. לנו נראה, שאין מקום לחוסר אמון ופקפוק אלה.

עיון במחקרו של פרופסור קליין בנושא הצעת החוק, שהוגש לכנסת בשנת תשל"ב¹⁰⁷ מראה, שניתן לאתר שלושה טיפוסים חוקים, שתקפותם עשויה לעמוד בסימן שאלה לאור העקרונות המגולמים בהצעת החוק:

- (1) חוקים המעניקים שיקול דעת בלתי מוגבל לרשויות מינהליות.
- (2) חוקים שניתן לראות בהם פגיעה בעקרון השוויון (סעיף 2 לה"ח).
- (3) תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.

לנו נראה, שהחקיקה הנופלת לטיפוס הראשון או השני אינה בעייתית עד כדי כך, שמוצדק הצורך בשיריון החקיקה הקיימת או אפילו בשיריון סלקטיבי של חוקים פרוכ-למטיים בלבד.

חקיקה מן הטיפוס הראשון, המעניקה שיקול דעת בלתי מוגבל לרשות מינהלית¹⁰⁸, אינה עומדת בפני סכנת ביטול. אם תותקף בבית-המשפט, סביר להניח שבית-המשפט יפרשה באופן שתתיישב עם הוראותיו של חוק היסוד. פרשנות כזו תצמצם את היקף שיקול הדעת כך שיוגבל למרכיבים ענייניים ולמטרות לגיטימיות¹⁰⁹.

חקיקה מן הטיפוס השני, שניתן לראות בה הפרה של עקרון השוויון, אף היא אינה ראויה לפעולה כה מרחיקת לכת כמו שיריון החקיקה הקיימת. העקרון של איסור הפליה מטעמי דת גזע ומין נתקבל על החברה הישראלית, מיום שנכתה למסגרות פוליטיות עצמאיות. רוב החוקים הישראליים אוסרים על הפליה מעין זו¹¹⁰. נכון שישנם חוקים המעניקים פריבילגיות לקבוצות מסוימות משיקולים שאינם ענייניים, ויתכן שבית-המשפט יגיע למסקנה שאינם לגיטימיים.

הנושא של שוויון האשה הוא הבעייתי ביותר במגזר זה. בעבר היתה מורשת התפיסה "שהאשה באשר היא אשה" שונה מן הגבר ולפיכך זקוקה להגנות חקיקתיות מרחיקות לכת על מנת לאפשר לה להתמודד עם הגבר במערכות החיים.

שינוי תפישות לגבי מהותו של שוויון המינים שהתפתח בעשור האחרון רואה מערכת הגנה זו כפוגעת בשוויון ולא כמקדמת אותו או מגנה עליו. התנועה לשתתפות האשה רואה בכל חיקוק הנותן גושפנקא לחלוקה המסורתית של תפקידי המינים במשפחה, חיקוק המפלה את האשה לרעה, באשר הוא מונע ממנה פריצת המחסומים שמטילים עליה הדפוסים המסורתיים¹¹¹. לא כל הנשים שותפות לשינוי תפיסה זו. ישנן רבות המרוצות ממצב זה ואינן רואות בו כל הפליה.

בדיקת תקפותם של החוקים המגנים על "האשה באשר היא אשה" לאור עקרון

107 ה"ש 105, לעיל.

108 ראה, למשל, פקודת המכס [נוסח חדש], דמ"י ג"ח 3 חשי"ז, 39, סעיפים 40-42; פקודת סרטי הראינוע, הא"י, כרך א', (ע) 128, (א) 135; פקודת המשטרה [נוסח חדש], דמ"י ג"ח, 17 תשל"א, 390, סעיפים 85 ו-87.

109 כפי שנעשה למשל בבג"צ קול העם נ' שר הפנים, ה"ש 9 לעיל, וכן בבג"צ 241/60 כרדוש ג' רשם החברות, פד"י ט"ז 1151.

110 ראה, למשל, חוק שירות התעסוקה, חשי"ט-1959, ס"ח 270, 32, סעיף 42. Leo Kanowitz, *Women and the Law*, 1969, U. of New Mexico Press; 111

השוויון המגולם בסעיף 2 (בהנחה שסעיף 20(ג) לא יחוקק) מחייבת התחשבות בגורמים הבאים:

(א) בנושאים חברתיים שבהם נטויה מחלוקת חריפה, כמו בנושא ההיקף הרצוי של שוויון האשה בישראל קשה לצפות שבית-המשפט יהא החלוץ ההולך לפני המחנה. בית-המשפט לא יישם תפישות "רדיקליות" של שוויון האשה בטרם תתמסדנה בחברה הישראלית. סעיף שוויון "נקי" וחזק סייגים, מאפשר שינוי עתידי של המערכת המשפטית, בעת שתפישת השוויון המודרנית התקבל על שכבות נרחבות של הציבור הישראלי.

(ב) התנועה לשוויון האשה אינה מבקשת שוויון אבסולוטי או שרירותי. מגמתה לבטל את השיקול של מין במערכת השיקולים שמפעילות הרשויות בהליך קבלת ההחלטות שלהן, מהטעם ששיקול זה אינו ענייני. אם יתקבל קריטריון זה, יעמיד בסכנה את אותם חוקים, שיש הרואים בהם הצנקה פריבילגיה לנשים ויש הרואים בהם הפליה לרעה של האשה. דוגמה לחוק כזה הוא חוק עבודת נשים¹¹². החוק אוסר על נשים לעבוד עבודת לילה אלא באישור שר העבודה. דעתנו היא שאפילו יחליט בית-המשפט שחוק זה בטל¹¹³, אין לצפות שקבוצת הנשים יעזו כה גינתה מאיסור זה תפגע. ביטול חוק משום היותו סותר את החוקה אינו חייב להעשות בצורה, שתפגע באלה שבעבר נהנו ממנו. בשיטת המשפט ידועה הטכניקה המבטלת חוקים רק לגבי העתיד ולא לגבי מה שכבר נעשה בעבר¹¹⁴ וניתן יהיה ליישם טכניקה זו לגבי קבוצת חוקים אלה. פתרון זה עשוי לפתור את בעייתם של איתם חוקים המקנים כיום פריבילגיות לקבוצות מסוימות או לאנשים מסויימים. הפתרון מאפשר מעבר מסודר ואיטי מתפישת שוויון אחת לשנייה גם ללא סעיף 20(ג). הוא מבטיח את יציבות המערכת המשפטית, בלי הזקקות לפתרונות מרחיקי לכת כמו שריון כל החקיקה הקיימת.

הקבוצה הבעייתית ביותר במגזר שוויון האשה היא קבוצת חוקי האישות, הקובעים את תחולת הדין הדתי בענייני נישואין וגירושין בישראל¹¹⁵. ייתכן מאוד, שיש בחוקים אלה משום הפרת עקרון השוויון כפי שהוא ניכר בתרבות המערבית. חוקים אלה מהווים חלק בלתי נפרד מהקונפליקט שביחסים בין הדת למדינה בישראל מאז קום המדינה. משום איכותו הפוליטית המובהקת של קונפליקט זה, ספק אם ניתן יהיה לפתרו באמצעות בתי-המשפט. לפיכך, ספק אם יסכים בית-המשפט העליון להכניס צווארו בעובי הקורה ולפסוק שחוקים אלה בטלים. דעתנו היא שבית-המשפט העליון לא יסתכן בקביעה כזו, שדינה יצירת משבר פוליטי חמור. סביר יותר שישתמש

Brown, Emerson, Falk & Freedman, "The Equal Rights Amendment: A Constitutional Basis for Equal Rights for Women", 80 (1971), *Yale L. J.* 871;

J. O. Johnstone, "Sex Discrimination and the Supreme Court — 1971-1974", 49 (1974), *N. Y. U. L. R.* 617.

112 פ"ח 160 חש"ד, 154, סעיפים 2-5.

113 בשל היותו מפלה בין גבר לאשה מטעמי מין בלבד.

San Antonio v. San Antonio pub. Serv. Co., 255 U.S. 547, 65 L. ed. 777; 114 *Barker Asphalt Paving Co. v. Jurgens*, 170 Cal 273, 149 P. 560; *Williams v.*

United States, 401 U.S. 646 (1971).

115 ראה, למשל, חוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, פ"ח 134, 165. במאמר זה איננו נכנסים לדקויות שבהיקף תחולת חוקי האישות.

מגילת זכויות האדם והאזרח בישראל: הישג קונסטיטוציוני או אחיזת עיניים?

בטכניקה דיונית על מנת להתחמק מהכרעה. אולם, אם תחשש לקיומם של חוקי האישות הוא שיחרוץ את גורלו של חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח, מוטב למנסחים שידאגו לשריינם ברוב מיוחס, רוב שיבהיר את חשיבותם בתרבותנו המשפטית והפוליטית, וכך יסלקו את המכשול העומד בפני חקיקת חוק היסוד.

טיפוס החוקים השלישי והאחרון שתקפותו עומדת בסימן שאלה הוא תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. כאן בולטת העובדה שהחקיקה אשר לביטולה חוששים היא חקיקה מגדטורית, שבמקורה באה לשרת את צרכיו של שלטון קולוניאלי, המשולל כל תפיסה דמוקרטית. הסיבה לחשש מפני ביטול היא מצב החירום בו ירויה ישראל, אולם, מצב זה אינו מחייב השארת החקיקה הדרכונית בתוקפה. ממילא אין הממשל הישראלי מחיל אותה חקיקה מגדטורית כלשונת. התפיסה הדמוקרטית של הממשל נתנה אותותיה במיתון וסיוג וולונטרי של ההסדרים המגדטוריים¹¹⁶. אם כך הדבר, מדוע לא נאחו באפשרויות הניתנות לנו כאן, ונתכנן חקיקת חירום ישראלית מקורית, שתאפשר הגנה על האינטרסים החיוניים של מדינת ישראל ותפגע בצורה מינימלית בזכויות האזרח?

לישראל נסיון עשיר בהפעלת חקיקת חירום. בעזרת נסיון זה ניתן לעמוד על הדינ-מיקה של הגבלת הזכויות וליצור הסדר חקיקתי, שיענה על הדרישות הבטחוניות עם שיגן במידת האפשר על זכויות האזרח. הטענה שלא רצוי לחוקק חקיקת חירום ישראלית אינה עומדת במבחן המציאות. כיון שהמציאות שלנו היא כזו, שאנו נדונים לחיות במצב חירום בלי ששינוי ריאלי נראה באופק, מוטב לנו לבנות מסגרת חוקתית שאנו יכולים לעמוד בה ולא מגדל שן, שאין אנו יכולים להכנס לתוכו. תכנון כזה דורש אומץ לב אורחי ומאמץ אינטלקטואלי ניכר אך פירותיו כדאיים: הוא יגרום לכך שבשראל תופעל החוקה הלאומית ולא תשמש כמעטה קוסמטי בלבד שאין עמו ממש.

ראוי לציין שלצד הסדר חירום ישראלי מקורי, קיים סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט¹¹⁷. אם נקלע למצב חירום אשר בו תיוקק הממשלה לאמצעים דרסטיים יותר להגנה על בטחון המדינה, היא תוכל להפעילם דרך סעיף 9. לפיכך רצוי לדחות את קבלתו של חוק היסוד עד לניסוח חקיקת חירום חדשה, שתבטל את החקיקה המגדטורית הקיימת, ותכנס לתוקף עם כניסתו לתוקף של החוק המוצע.

דיונונו לעיל התרכז בטיעון שסעיף 20(ג) אינו נחוץ להבטחת יציבותה של המערכת המשפטית. אך אין לסיים את הדיון בסעיף 20(ג) בלי להדגיש שבנוסף להיותו מיותר, מתנגש סעיף זה עם הרעיונות של מסגרת חוקתית וקביעת זכויות האדם והאזרח בחוק יסוד. מטרתם של חוקי יסוד, כמטרתה של חוקה, היא שיהיו מסגרת נורמטיבית המחייבת את המחוקק. מעצם הכללתו של החוק המוצע במסגרת חוקי יסוד ומהעובדה שסעיף 20(ב) קובע במפורש, שחקיקה עתידית שתעמוד בסתירה להוראות החוק המוצע

116 ראה, למשל, ההסדרים שקבע צה"ל בענין הפעלת המעצרים המינהליים, רובינשטיין, ה"ש 1 לעיל, עמ' 213-219.

117 ה"ש 94 לעיל. הסעיף מאפשר לשרי הממשלה לחוקק תקנות לשעת חירום בקשת רחבה ביותר של תחומים כל עוד קיים מצב חירום בישראל. הצעת החוק במתכונתה הנוכחית אינה משריינת את חוקי היסוד בפני חקיקה מכוח סעיף 9.

תהא בטלה יש להסיק, שהכוונה היא ליצור מסגרת קונסטיטוציונית מחייבת בנושא זכויות האזרח. עקרון הכבילה לעתיד, לצד שיריון למפרע של חקיקה קיימת, מרוקן את המסגרת החוקתית מתוכן בכך, שאינו מבטיח כפיפות של המערכת כולה לעקרונות היסודי. יתירה מזאת, שיריון החקיקה הקיימת עלול לגרום נזק ציבורי גדול: העובדה, שזכויות מוגנות רק בפני חקיקה שטרם באה לעולם ולא בפני חקיקה בפועל, עלולה להביא להזדלזלות מערכת המשפט בעיני הציבור ואפילו למשבר אמינות ביחס לכנות מאמציה של הכנסת להגן על זכויות האזרח.

זאת ועוד: מבחינה רעיונית תמוהה ההשקפה הטמונה בסעיפים 20(ב) ו-21(ג): חברה שהשתחררה מעולו של שלטון זר ויצרה לעצמה מוסדות עצמאיים, מעגנת את הסדריו של השלטון הזר ופותחת מקום לביקורת על הסדרים של מוסדותיה העצמאיים. פקודת השלטון המנדטורי איננה ניתנת לביקורת בעוד יחזק של הכנסת כפוף לביקורת. ניתן להצדיק הסדר הפוך, אך אין שום אפשרות להצדיק הסדר זה.

הדיון שלעיל מראה בבירור, שהנהגתם של המנסחים כי אם לא תשוריין החקיקה הקיימת תכרע המערכת המשפטית תחתיה, מוטעית, הן מן הבחינה העיונית והן מן הבחינה המעשית. אולם, אפילו נשאר חשש מה בלב המנסחים, והם מבקשים להקדים תרופה למכה, עדיין יש צורך להתאים את התרופה לכך שתורפא את המחלה ולא תגרום למות החולה. סעיף 20(ג) במתכונתו הנוכחית נרוקן את הרעיון של חוק יסודי: זכויות האדם והאזרח מכל תוכן. להלן נציג פתרון תואם יותר, במסגרת הדיון במודל האלטרנטיבי.

v. סיכום ההשגות על גישת המנסחים לביקורת השיפוטית והצגת המודל האלטרנטיבי

בפרק זה דנו במימד האופרטיבי של החיזוי המבחינה בין עקרונות, קוי מדיניות, כללים וסטנדרטים בשיטת המשפט. הראינו כיצד מופעלים העקרונות הלכה למעשה בשיטת המשפט אגב הצבעה על תפקידו המיוחד והמורכב של בית-המשפט כשומר על עקרונות אלה. לב לבנה של ביקורתנו כלפי המנסחים בנושא זה הוא, שלא עמדו על טיבה של הביקורת השיפוטית בשיטת המשפט. הם ראו את הביקורת השיפוטית כהליך מכני ואוטומטי. לפיכך חששו ממנה הן לגבי הקיים והן לגבי העתיד. אנו הראינו בבירור שמנגנון הביקורת השיפוטית אינו מכני ומעצם טיבו אינו יכול להיות מכני ושעל כן נועדה הפשרה שבסעיפים 20(ב) ו-20(ג) לקדם פני רעה שאינה קיימת בעולמנו.

המודל האלטרנטיבי שאנו מציגים הוא חקיקת חוק יסודי שכולו עקרונות בלבד. לגבי מנגנון הביקורת השיפוטית בידינו שתי הצעות חילופיות: הכרה במנגנון פעיל ויעיל של ביקורת שיפוטית, החל הן על החקיקה הקיימת והן על חקיקה עתידית; או לחילופין, ביקורת שיפוטית נקייה מהגבלות על חקיקה עתידית והסדר מיוחד לגבי החקיקה הקיימת, שאינו עולה כדי שיריון ושיבטיח התאמה איטית אך אחראית ומצפונית של החקיקה הקיימת לזכויות האדם והאזרח.

נפתח בהצגת החלופה השנייה: ההסדר האלטרנטיבי לשיריון כל מערכת החקיקה הקיימת. את החלופה הראשונה אין צורך להציג, אך כיון שאנו תומכים במנגנון של ביקורת שיפוטית נקי מסייגים, ננסה לצפות בקצרה את תכונותיה של הביקורת השי-

מגילת זכויות האדם והאזרח בישראל: הישג קונסטיטוציוני או אחיזת עיניים?

פוטיט בישראל, לאור הנתונים הקיימים בידינו לגבי אורח פעולתו של בית-המשפט ב-27 השנים האחרונות.

הסדר אלטרנטיבי לשירותן החקיקה הקיימת

גם אם רוצה המחוקק הישראלי לשמור על יציבות המערכת הקיימת, אין כל סיבה שיוקם לסעיף כולל וגורף כסעיף 20(ג). את בעיית המעבר למסגרת הקונסטיטוציונית הרצויה, ניתן לפתור על-ידי שתי דרכים:

(1) בדיקה מדוקדקת של המערכת הקיימת ואיתור החוקים, שתקפותם הקונסטיטוציונית עומדת בספק. את אלה תשקול הכנסת לגופם: תשריין חלק, תבטל חלק ותשנה את אלה, שלדעתה זקוקים לשינוי כך שיתיישבו עם החוק החדש. פתרון זה מחייב עבודת הכנה מאומצת, אך מעלתו בכך שיבטיח הומוגניות של שיטת המשפט הישראלית.

(2) יצירת מנגנון בקרה משולב המורכב מבית-המשפט העליון והרשות המחוקקת. פתרון זה קל יותר, שכן אינו מחייב בדיקה כוללת של המערכת הגורמטיבית הקיימת. במקום סעיף 20(ג) יוכנס סעיף הקובע את ההסדר הבא: בכל מקרה בו יגיע בית-המשפט העליון למסקנה, שאין כל אפשרות ליישב בין חוק היסוד לבין חוק קודם, יפנה את חוות דעתו למליאת הכנסת. המליאת בית-המשפט העליון תחשב כקריאה ראשונה של חוק המבטל או ממחן את החוק המותקף. המליאה תחליט תוך תקופה הקבועה בחוק אם לבטל את ההסדר החקיקתי המותקף, למחנן כך שיתיישב עם החוק או להשאירו בתוקף.

מעלתו של הסדר זה היא בכך, שהוא מאפשר ביקורת הרשות המחוקקת על הליך ביטול חוקים, עם שאינו מטיל עומס יתר על עבודת המליאה. ההסדר מבטיח התערבות מהירה של הכנסת בניגוד למצב הקיים עתה, בו עשוי בית-המשפט העליון להתירע על הצורך בשינוי, בלי שהכנסת מזדרזת לפעול. הסדר זה עדיף על ההסדר של שיריון מוחלט או שיריון סלקטיבי. הוא דוחה הכרעה עד שתועלה תביעה בפני ערכאות השיפוט המקובלות ותנתן החלטה על-ידי בית-המשפט העליון, שהחוק המותקף אמנם סותר את חוק היסוד.

ההסדר מאפשר שינוי איטי ומסודר של המערכת המשפטית הקיימת, שינוי המותאם לשינוי העמדות הערכיות בחברה, ומבטיח יציבות שיטת המשפט בד בבד עם כפיפות לעקרונות החוקתיים.

המאפיינים הצפויים של מנגנון הביקורת השיפוטית בישראל

מקובל להבחין בין ביקורת שיפוטית אקטיביסטית לבין ביקורת שיפוטית מאופקת. הבחנה זו גסה מדי ומסוכנת בשל ההכללה שבה. אך עם זאת, היא מציגה את שני הקטבים של הביקורת השיפוטית: ביקורת שיש בה מעורבות גבוהה של בית-המשפט (אקטיביסטית) וביקורת שבה נמנע בית-המשפט ככל האפשר מלהעביר חוק רגיל תחת שבת ביקורתו (מאופקת).

ההיסטוריה של בית-המשפט העליון מאז קום המדינה ועד היום מלמדת, שגישתו לענין הביקורת השיפוטית היא גישה מאופקת ומתונה ביותר. נדגים זאת בעזרת שתי דוגמאות.

ידועה לכל המחלוקת בנושא מעמדו של חוקי היסוד. יש סוברים שכל חוק של הכנסת יכול לשנותם; יש סוברים שרק סעיפים משוריינים של חוקי היסוד חסינים בפני חוק רגיל ויש סוברים שחוק יסוד ניתן לשינוי רק על-ידי חוק יסוד אחר.¹¹⁹ בהלכת ברנמן נ' שר האוצר, הועמדה לדיון שאלת תוקפו של חוק רגיל העומד בסתירה לסעיף משוריין בחוק יסוד הכנסת.¹²⁰ גישה אקטיביסטית, היתה דוחפת את בית-המשפט לדיון בשאלת מעמדו של חוק יסוד, בין שהוא משוריין ובין שאינו משוריין ואף לאמץ את הגישה שחוק יסוד ניתן לשינוי רק על-ידי חוק יסוד אחר. בית-המשפט לא אימץ גישה זו ובחר להתרכז בהיבטים הפורמליים של הסוגיה. הוא קבע, שאין להפעיל את החוק הרגיל מאחר שלא עבר ברוב הדרוש. היוק לגישתו הסמכותית והמאופקת של בית-המשפט נמצא גם בהלכת קניאל.¹²¹ שם עמד החוק הרגיל בדרישות של רוב מיוחד, אך לא ציין במפורש שהוא בא לשנות חוק יסוד. הטענה, שחריגה מחוק יסוד אינה יכולה להעשות במסתמע היא טענה חריפה והשלכותיה על המשפט הקונסטיטוציוני מרחיקות לכת.¹²² בית-המשפט דחה טענה זו ובחר בדרך, שהרחיבה את סמכות המחוקק וצמצמה את סמכויותיו של.

הדוגמא השניה לביקורת שיפוטית כאופקת ומאוזנת במשפט הישראלי היא גישת בית-המשפט לסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט. כבר עמדנו על כך, שהסעיף פותח פתח לביטול חקיקה מנדטורית על-ידי בית-המשפט. לו רווחה בקרב שופטי בית המשפט העליון הנטייה האקטיביסטית, היו נאחזים בסעיף זה על מנת לבטל דברי חקיקה מנדטוריים שהתאמתם ליכולת הישראלית מפקפקת ביותר. לאחרונה, בפסק-הדין בענין חוגים לאומיים¹²³ ניתן היה לבחון מקרוב את עמדת השופטים לנושא זה. מבין חמישה שופטים, צידד רק אחד בביקורת שיפוטית אקטיביסטית.¹²⁴ שניים דחו את הרעיון של ביקורת שיפוטית¹²⁵ ואילו שניים נקטו בדוקטרינה של ביקורת שיפוטית מתונה ומאוזנת.¹²⁶ אם יעוגן מוסד הביקורת השיפוטית בחוק יסוד: זכויות האדם והאזרח, יש להניח, שאותם שופטים ידדו את רעיון הביקורת השיפוטית יצטרפו אף

118 לדיון מפורט ראה: Klein, "A New Era", ה"ש 1 לעיל, והמאמרים המצוטטים שם.

119 בג"צ 98/69, פד"י כ"ג (1) 693.

120 בג"צ 148/73, פד"י כ"ז (1) 794.

121 ראה: קליין, ה"ש 87 לעיל.

122 ה"ש 102 לעיל. בענין זה נטען שדבר המלך במועצה על פלשתינה (א"י) (מקומות קדושים), 1924, בטל, באשר לא נקלט על-ידי סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט. כאן יכול היה בית-המשפט להכריז על החוק כבטל, משום שלא עמד בתנאי סעיף 11.

123 השופט זילברג, בעמ' 158.

"לבי לבי עם אותם המכסימליסטים' ההזויים בעצמאותנו הלאומית: גאולה נכספת... ואם זו היא מהות העצמאות, הלא אפשר, בסרינציפ, לבדוק את הדיוק של כל חוק מנדטורי ולראות, אם הוא הילם את הרוח הכפופעת בחוקי מדינתנו, העצמאית, החפשית".

124 השופטים קיסטר וברנזון. מפי השופט ברנזון בעמ' 173: "הלכה פסוקה היא שעד כה לא הוטל ספק בנכונותה כי הדיבור 'בשינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה...' עניינו בשינויים טכניים גרידא. לא לשינויים מהותיים במשפט נתכוון המחוקק שלא כל שכן לביטול חוקים". ראה גם דברי השופט קיסטר בעמ' 187.

125 השופטים ויתקון ואגרנט. אומר השופט אגרנט: "מסתייג אני... מהאימרה הנוספת שנאמרה שם (בהלכת לידן נ' גופרניק) כי שינויים

מגילת זכויות האדם והאזרח בישראל: הישג קונסטיטוציוני או אחיזה עיניים?

הם למחנה המתונים¹²⁶. גישתם תהא גישה של ביקורת שיפוטית מאופקת, הגעשית בכובד ראש ותוך התחשבות מירבית ברצונו של המחוקק¹²⁷.

אין להכחיש, שהגישה לביקורת שיפוטית תלויה בהרכב האישי של שופטי בית-המשפט העליון ועשויה להשתנות עם השתנותו של הרכב זה. אולם, ראוי לזכור כי השופטים מתמנים בהליך, שבו משתתפים גם נציגי הכנסת וגם נציגי הממשלה. בהליך זה ניתן לעמוד על הפילוסופיה של המועמדים ולתמוך באלה, שגישתם לנושא הביקורת השיפוטית תהיה מתונה¹²⁸.

תמיכתנו במנגנון של ביקורת שיפוטית מאוזנת בישראל מתבססת גם על מערכת היחסים שכבר קיימת בין המחוקק לבין בתי-המשפט. לא אחת מעביר המחוקק לבית-המשפט העליון הכרעות מדיניות כבדות משקל שמטעמים השמורים עמו אינו רוצה להתערב בהן. גישה זו מראה שלמרות החשש מפני ביקורת שיפוטית מאפשר המחוקק לבתי-המשפט להכריע בשאלות מדיניות מקיפות¹²⁹. אם ממילא זו המציאות הישראלית, אין כל סיבה שלא תינתן לה גושפנקא גם בשדה הביקורת השיפוטית.

ראוי להדגיש, כי הביקורת השיפוטית מיועדת בעיקרה נגד הממשלה, לא נגד המחוקק¹³⁰. לעיתים נדירות מעביר המחוקק חוק הפוגע בזכות האזרח. בדרך כלל הממשלה, ובעיקר מנגנון הביורוקרטיה הממשלתי הם הפוגעים בכוח בזכויות האזרח. ביקורת שיפוטית כנגד הגופים המינהליים קיימת ופועלת כהלכה בישראל. מבחינה

כאלה צריכים להיות שינויים 'טכניים' בלבד; אך עצם גישת הפרשנות, המחייבת שהשינוי לא יצטרך שיקול דעת מיוחד, כדי שבית המשפט יסיק כי חוק המגדט הנדון אין לו עוד תוקף במדינה – גישה זו היא ביטודה מוצדקת; שאם לא כן, יהיה פירוש הדבר, להעניק לבית המשפט תפקיד השייך למחוקק, אשר הוא המוסמך בדרך כלל להכריז על ביטולו של חוק הכנסת. לשון אחר, שומה עליו, על בית המשפט, לנקוט זהירות יתרה בטרם יחליט שחוק המגדט בטל מכללא עקב שינוי שנבע מהקמת המדינה ורשויותיה; לשם כך דרוש כי הנגוד בין השניים יהיה כה בולט עד שלא יהיה מנוס מהמסקנה, שבמדינת ישראל איבד אותו חוק את זכות קיומו" בעמ' 209 (ההדגשה שלנו).

אך שים-לב ששני השופטים חלוקים בתוצאות התחולה של קריטריון זה. לדעת השופט אגרנט, הניגוד בין דבר המלך במועצה, 1924, לבין השינויים הנובעים מהקמת המדינה ורשויותיה, איננו כה בולט, שיצדיק ביטול חוק, שם, עמ' 209–210. לדעת השופט ויתקון, יש כאן שלילה כוללת וגורפת של סמכויות בתי-המשפט, ש"אינה הולמת מדינה המושתתת על שלטון החוק", שם, בעמ' 162.

126 מן הראוי להזכיר שבעדותם לפני ועדת חוקה, חוק ומשפט, צידדו רוב שופטי בית-המשפט העליון בקיומו של מנגנון ביקורת שיפוטית בנושא של זכויות האזרח: דברי ח"כ בנימין הלוי, ה"ש 12 לעיל, עמ' 21–26.

127 הגישה המאופקת לתפקידו של בית-המשפט העליון במערך החוקתי ניכרת גם בקביעה שהכרזת העצמאות אינה מחייבת כנורמה עליונה. ראה פסקי-הדין המצוטטים בה"ש 96 לעיל.

128 חוק השופטים, תשי"ג–1953, ס"ח 132, 149, סעיפים 5–7. ואולם ראוי להוסיף ששופט עשוי לשנות את גישתו לנושא הביקורת השיפוטית ולהפתיע את אלה שתמכו במועמדותו.

129 ראה: ויתקון, פוליטיקה ומשפט, ה"ש 98 לעיל, בעמ' 70–71. וכן: זוסמן, "בתי המשפט והרשות המחוקקת", משפטים, ג, עמ' 213, 222.

130 ק. ג. פרידריך, ה"ש 14 לעיל, בעמ' 93 וכן: C. L. Black, *Structure and Relationship in Constitutional Law*, 1969, Louisiana State U. Press, pp. 89–92.

מעשית, איפוא, לא יהיה החידוש שבהכנסת ביקורת שיפוטית מהפכני. עיקר עבודתו של בית-המשפט תמשיך להתרכז בהגנה על הפרט מפני חריגות מסמכות ופעולות בלתי חוקיות של המנגנון המינהלי.

אין לסיים פרק זה בלי לחזור ולצאת מן הכסגרת המשפטית ולראות את הבעיה מן הפרספקטיבה של יחסי הכוחות הפוליטיים במדינה. הדיון שלעיל, מבהיר ומבליט את חשיבותה של הביקורת השיפוטית בשיטת משפט קונסטיטוציונית. אך הוא מדגיש גם, את המרות שמקבל עליו המחוקק להשמיע לעקרונות החוקתיים. מכאן, שאדריכלי מגילת הזכויות וחברי הכנסת אשר יביאו לתת לתת תוקף של מסמך חוקתי, חייבים להישיר מצפונם אל הבעיה המרכזית: האם הם מוכנים להכפיף עצמם למסגרת חוקתית מחייבת? רק אם התשובה היא חיובית, יהיה טעם בהכנסת מנגנון הביקורת השיפוטית לישראל.

סוף דבר

בגדי המלך החדשים, מספר לנו הנס כריסטיאן אנדרסן, לא היו ולא נבראו. המלך צעד בתהלוכה ערום כביום היוולדו. כאן נפרדת דרכנו בדרכו של אנדרסן. המלך נשוא מאמרנו איננו ערום רק הבד ממנו עשוי לבושו איננו נהדר, הדוגמא איננה מפליאה והצבעים אינם מרהיבים. לא בגדים היאם למלכות לובש המלך.

נספח I

חוק-יסוד: זכויות האדם והאזרח

1. האדם הוא בן-חורין. אין מטילים עליו הגבלות או חובות אלא מכוח החוק. חירות האדם
שלשון החוק
2. (א) הכל שווים לפני החוק.
(ב) אין מפלים בין אדם לאדם מטעמי גזע, מין, לאום, עדה, ארץ מוצא, דת, השקפה, מעמד חברתי, השתייכות ארגונית או פוליטית. שוויון לפני החוק
ואיסור הפלייה
- (ג) גירסה א: אין באמור בסעיף קטן (ב) כדי לפגוע בחוק השבות או בחוק האזרחות, בכל הוראת חוק המתנה זכויות או חובות או כשירות לתפקידים ציבוריים באזרחות ישראל-לית, או בכל הוראת חוק המגינה על אשה באשר היא אשה.
גירסה ב: אין באמור בסעיף קטן (ב) כדי לפגוע בכל הוראת חוק המייחדת זכויות או חובות או כשירות לתפקידים ציבוריים לאזרחי המדינה, או בכל הוראת חוק הנובעת ממהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית.
3. כל אדם זכאי להגנה כדין על חייו, גופו, נפשו, כבודו ושמו הטוב. הגנה על חיי אדם
וכבודו
4. (א) כל אדם זכאי לחירות אישית; אין שוללים ואין מגבילים זכות זו במאסר, במעצר, בהגליה, בגירוש, בהסגרה או בכל דרך אחרת, אלא על-פי חוק ובהליכים הקבועים בחוק.
(ב) אדם הקובל על מעשה השולל או מגביל את חירותו האישית, שלא על פי החלטת בית משפט מוסמך, זכאי לפנות לבית המשפט להכרעה תכופה בדבר חוקיות המעשה. אין מוציאים אדם אל מחוץ לתחום שיפוט המדינה, שלא על פי החלטת בית משפט מוסמך, לפני שהיתה לו הזדמנות לפנות לבית משפט להכרעה בדבר חוקיות המעשה. חירות אישית
5. (א) כל אדם זכאי לנוע בארץ, לקבוע בה את מקום מגוריו ולצאת ממנה; אין מגבילים זכות זאת אלא על פי חוק.
(ב) כל אזרח הנמצא מחוץ לישראל זכאי להיכנס אליה. חופש התנועה
6. (א) כל אדם זכאי להגנה כדין על רשות היחיד וצנעת הפרט.
(ב) אין נכנסים ללא רשות לביתו של אדם, ואין עורכים חיפוש בביתו, בכליו ועל גופו, אלא מכוח חוק ובהתאם להליכים הקבועים בו.
(ג) אין פוגעים בצנעת חייו הפרטיים והמשפחתיים של אדם ובסוד שיחו, כתביו, מכתביו ותקשורתו, אלא באחד מאלה: רשות היחיד
וצנעת הפרט

- (1) בהרשאתו הקודמת של בית משפט מכוח חוק;
 (2) מכוח הוראת חוק המיועדת לשמירה על בטחון המדינה;
 והכל בהתאם להליכים הקבועים בחוק.

7. כל אדם זכאי לעסוק בכל עבודה, עסק, מקצוע ומשלח-יד; אין מגבילים זכות זאת אלא על פי חוק. חופש העיסוק
8. כל אדם זכאי להתקשר בתנאים ולרכוש נכסים; אין מגבילים זכות זו אלא על פי חוק. חופש החוזה
9. כל אדם זכאי להגנה כדין על קניינו; אין מפקיעים נכס ואין מוציאים אותו מרשות בעליו או מחזיקו ואין מטילים הגבלה על השליטה או השימוש בו אלא לשם טובת הכלל, לפי חוק, בהליכי כים שנקבעו בחוק ותמורת פיצוי נאות, זולת אם שלל או הגביל החוק את הפיצוי. הגנה על הקניין
10. כל אדם זכאי לחופש המחקר והיצירה המדעית, הספרותית והאמנותית. חופש המחקר והיצירה
11. (א) כל אדם זכאי להביע דעותיו, לפרסמן, להפיצן ולהקנותן לאחרים, וכן לפרסם, להציג ולהפיץ מידע, מחקר ויצירה מדעית, ספרותית ואמנותית, והכל בעל-פה, בכתב ובכל אמצעי התקשורת.
 (ב) אין מגבילים זכות מכוונות אלה אלא על פי חוק הבא להבטיח את קיום המשטר הדמוקרטי, לשמור על בטחון המדינה ושלוש הציבור, לשמור על ערכי המוסר או למנוע חילול דת, לשמור על זכויות הוויל או להבטיח הליכי משפט תקינים. חופש הביטוי
12. (א) הכל זכאים לקיים אסיפות, תהלוכות והפגנות בדרכי שלום למטרות חוקיות.
 (ב) אין מגבילים זכות זאת אלא על פי חוק הבא לקיים את שלום הציבור או למנוע הפרת הסדר הציבורי. חופש האספה
13. (א) הכל זכאים להתאגד להשגת מטרות חוקיות באמצעים חוקיים, לרבות התאגדות באיגודים מקצועיים להגנת ענייניהם הכלכליים והסוציאליים וקידומם.
 (ב) אין מגבילים זכות זאת אלא על פי חוק הבא להגן על בטחון המדינה או על קיום המשטר הדמוקרטי או על זכויות הוויל. חופש ההתאגדות
14. כל אדם זכאי לחופש עבודת האלוהים. חופש הדת
15. כל אדם זכאי לשנות לערכאות שיפוטיות למימוש זכויותיו ולהגנה עליהן. זכות השניה לערכאות

- | | |
|---|-------------------|
| 16. כל אדם הוא בחזקת זכאי כל עוד לא הוכחה אשמתו כדין. | חוקת זכאי |
| 17. אין מחייבים אדם להפליל את עצמו אלא מכוח החוק. | בניקת הפללה עצמית |
| 18. (א) אין מביאים אדם בפלילים בשל מעשה או מחדל שלא היו עבירה על פי חוק שעמד בתקפו בשעת עשייתו ואין גוזרים עליו עונש כבד משהיה קבוע בחוק, ואם בוטל החוק או שונה לקולא – על פי החוק העומד בתקפו בשעת גזר הדין.
(ב) הוראה זו לא תחול על חוק הבא לעשות דין בנאצים ובעוזריהם או להעניש על פשעים נגד האנושות, פשעים נגד העם היהודי, פשעי מלחמה, הפשע השמדת עם, או פשעים לפי עקרונות המשפט המקובלים על משפחת עמי התרבות. | אין מפלילים לכפר |
| 19. אין מפעילים סמכות חוקית הנוגעת בזכויותיו של אדם אלא בהליך הוגן, ללא משוא פנים וללא שיקולים שאינם לעניין. | הפעלת סמכות חוקית |
| 20. (א) כל חוק הגיתן לפירושים שונים, הפירוש שיש בו יותר כדי לקיים את זכויות האדם ופחות כדי להגבילן או להתיר הגבלתן – עדיף.
(ב) הוראת חוק שנתקבלה אחרי תחילתו של חוק-יסוד זה והיא סותרת הוראה שבו – בטלה.
(ג) חוק-יסוד זה אינו גורע מתקפו של חוק שנתקבל לפני תחילתו. | פרשנות וחוקים |

נספח II

פעולת המודל האלטרנטיבי בשיטת משפט זרה

המודל האלטרנטיבי שהצענו לעיל מורכב מחוק יסוד שכולו עקרונות בלבד ומהכרה במנגנון של ביקורת שיפוטית שאינה מסוייגת. להלן נראה כיצד פועל מודל כזה בשיטת משפט אחרת.

: למטרת דיוגנו בחרנו במתכוון בשיטת המשפט האמריקנית, וזאת משלושה טעמים:
(א) בחוקה האמריקנית נקבעו זכויות האזרח בצורת עקרונות כלליים בלתי מסוייגים.
(ב) כבר קרוב למאתיים שנה שהחוקה פועלת כמסגרת גורמטיבית מחייבת בארצות-הברית. כוחם של בתי-המשפט האמריקנים לבטל חוק הסותר את החוקה הוכר כבר בשלבים המוקדמים של עיצוב האומה האמריקנית. כתוצאה מכך הצטבר חומר רב ועשיר בתחום של זכויות האזרח והתאמת חקיקה ראשית לעקרונות חוקתיים. (ג) בעיני רבים נחשבת השיטה האמריקנית כשיטה בה נתפסו עקרונות החוקה בצורה קיצונית. המשפטן הישראלי עשוי להסתייג מהתוצאות אליהם הגיע בית-המשפט האמריקני, שעה שהחיל את עקרונות החוקה. ואולם, דווקא משום כך ניתן ללמוד על ענייננו. אנו איננו באים להצביע על תוצאות רצויות או להמליץ על אמוץ פתרונות אמריקניים. מטרתנו היא

לבדוק אם הליך איזון האינטרסים הוא מחוייב המציאות, גם בשיטה בה מנוסחים העקרונות בצורה מוחלטת.

בדיקה מדוקדקת של הפסיקה האמריקנית מראה בעליל, שבית-המשפט העליון היה והינו תמיד ער לעובדה שאין לתפוס את עקרונות החוקה כעקרונות מוחלטים. משום רוחב היריעה לא נסקור את מלוא היקף יישומם של כל עקרונות היסוד בנושא זכויות האזרח ונסתפק בשלוש דוגמאות: הזכות לחופש הביטוי; החופש להפגין ולהתקהל ועקרון השוויון או איסור ההפליה.

(א) חופש הביטוי

העקרון של חופש הביטוי מעוגן בתיקון הראשון להוקת ארה"ב: "הקונגרס לא יחוקק כל חוק... המפר את חופש הדיבור, או את חופש העיתונות...".

לכאורה, נראה נוסח התיקון כאוסר בצורה ברורה וחד-משמעית לחוקק כל חוק שיש בו משום התנגשות עם העקרון של חופש הביטוי. בית-המשפט העליון הפדרלי לא קיבל פירוש פשטני זה.

לא אחת נדונה בבית-משפט העליון של ארצות-הברית השאלה, אם חוק שחוקק על-ידי הקונגרס או אחת מהמדינות והמטיל הגבלות על זכותו של האזרח להתבטא בחופשיות, בזמן ובמקום הרצויים לו, סותר את התיקון הראשון. בשימו את הדגש על פרשנות לשון התיקון פיתח בית-המשפט מבחנים הקובעים מתי ייחשב חוק כזה ככשר ולגיטימי. שני המבחנים העיקריים המקובלים היום בנושא זה הם:

"מבחן הסכנה הברורה והמיידית" (וגלגולו במבחן "הוודאות הקרובה") ומבחן איזון האינטרסים.¹

לפי מבחן הסכנה הברורה והמיידית, ינתן חוקף לחוק המגביל את חופש הביטוי, אם החוק מיועד להגן על מטרה לגיטימית, ונסיבות הביטוי וטבעו יוצרים סכנה ברורה ומיידית שייגרם הנזק אותו מיועד החוק למנוע.²

1 בנוסף לשני מבחנים אלה ידועים עוד 3 מבחנים לקביעת הדינמיקה של ההגבלה על חופש הביטוי: מבחן הנטייה הרעה, המבחן דאבסולוטי ומבחן הביטוי / פעולה. מבחן הנטייה הרעה קובע שמותר לאסור כל ביטוי שיש בו נטייה רעה, או שהמחוקק יכול היה באופן סביר לקבוע שיש לו נטייה לגרום נזק חברתי. מבחן זה נדחה באורח חד-משמעי בפסק-הדין *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951). המבחן האבסולוטי גורס שיש לפרש את הקונסטיטוציה פירוש מילולי ודווקא, אולם אין הוא מגניח קיום של חופש ביטוי בלתי מוגבל, שכן עדיין יש צורך לפרש את המונחים "מפר" ו"ביטוי". עם זאת תחולתו של המבחן רחבה ביותר. המבחן לא זכה מעולם לתמיכה של רוב דברי ביהמ"ש העליון. מבחן הביטוי/פעולה קובע שיש להתיר כל תופעה הכוללת רק "ביטוי" יניתן להגביל רק פעולות. המבחן פותח ע"י פרופ' אמרסון אך טרם נתקבל על-ידי בית-המשפט. לסקירה של המבחנים ראה: Emerson, *Toward a General Theory of the First Amendment*, 1963, Vintage Books, pp. 48-58.

2 *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, 52 (1919). מבחן הוודאות הקרובה שמט את הדרישה שהסכנה תהיה ברורה ומיידית, והעמיד תחתיו את הגוססה שיש להתחשב ב"חומרת הנזק, כפוף להסתברות הנמוכה שיתרחש": "The gravity of the evil discounted by its improbability", *Dennis v. United States*, שם.

מגילת זכויות האדם והאזרח בישראל: הישג קונסטיטוציוני או אחיזת עיניים?

לפי "מבחן איזון האינטרסים" על בית-המשפט לאזן את האינטרס הפרטי והחברתי עליו מבוסס העקרון של חופש הביטוי, כנגד האינטרס החברתי שלהגנתו דרשה ההגבלה על חופש הביטוי.³

להלן נביא מספר פסקי-דין מנחים, בהם התמודד בית-המשפט העליון של ארה"ב עם ההתנגשות בין עקרון חופש הביטוי ועקרון או קו מדיניות אחר.

(1) *Brandenburg v. Ohio*⁴: במקרה זה הותקף חוק הסינדיקליזם של מדינת אוהיו, שאסר על הטפה לנקיטת פעולות פליליות כאמצעי להגשמת רפורמה כלכלית או פוליטית. לשאלה העקרונית, אם איסור על הטפה לשימוש בכוח והפרת החוק נוגד את עקרון חופש הביטוי, נתן בית-המשפט תשובה שלילית. חוק המטיל איסור כזה ייחשב כלגיטימי בתנאי שהוא מבוסס על שני יסודות:

(א) ההטפה מכוונת להסתה או גרימה של פעולה בלתי חוקית.

(ב) ההטפה עלולה אמנם להסית או לגרום לפעולה בלתי חוקית.

היות שחוק זה לא העמיד את שני היסודות האלה כדרישה לקיום העבירה הפלילית, פסל אותו בית-המשפט.

(2) *Roth v. United States*⁵: בפסק-דין זה נדונה השאלה אם פרסומי תועבה מוגנים על-ידי העקרון של חופש הביטוי. בית-המשפט שקל את העקרון של חופש הביטוי כנגד האינטרסים החברתיים, שבגינם אוסרים על הפצת חומר תועבה, וקבע שני כללים המסדירים את היחס ביניהם:

(א) התיקון הראשון לחוקה אינו מכוון להגן על ביטוי שהוא חומר תועבה;

(ב) המבחן לפיו יוכרע אם הפרסום נופל למסגרת "ביטוי" או למסגרת תועבה היא:

אם הרעיון המרכזי של הפרסום, כשהוא נקרא בשלמותו, מעורר תאווה בשרים גסה אצל האדם הממוצע בהפעילו סטנדרטים בני זמנו.

(3) *Red Lion Broadcasting Co. v. F.C.C.*⁶: הרשות הממשלתית לפיקוח על תחנות רדיו וטלביזיה קבעה, שכל תחנת שידור חייבת לתת כיסוי מתאים לנושאים ציבוריים. כיסוי זה חייב להיות הוגן מבחינה זו, שישקף בדייקנות את מגוון הדעות הקיים לגבי סוגיות נשוא השידור. על יסוד מדיניות זו קבעה הרשות שני כללים: (א) אם במסגרת השידור נערכת התקפה אישית על אדם המעורב בסוגיה ציבורית, חייבת תחנת השידור לתת למותקף הזדמנות להשיב על ההתקפה.

(ב) תחנת שידור, התומכת במועמד מסוים במערכת בחירות פוליטית, חייבת לאפשר למועמדים אחרים להציג את עמדתם.

בענין זה נטען שההנחיות של הרשות, המרכיבות את מה שנקרא "דוקטרינת ההגינות", בטלות, בשל היותן סותרות את העקרון של חופש הביטוי. בית-המשפט העליון הפדרלי דחה טענה זו, וקבע כי העקרון של חופש הביטוי אינו עומד

3 המבחן נקבע לראשונה בהלכת *American Communications Assn. v. Douds*, 339 U.S. 382 (1950), ומאו נעשה בו שימוש רחב.

4 395 U.S. 444, 447 (1969).

5 354 U.S. 476 (1957), צוטט בהסכמה ב-*Miller v. California*, 93 S.Ct (1973), שם נקבע כי "סטנדרטים בני זמנו" עשויים להיות גם סטנדרטים מקומיים ולא דווקא לאומיים.

6 395 U.S. 367, 389 (1969), צוטט בהסכמה ב-*Columbia Broadcasting System v. Democratic National Committee*, 93 S.Ct 2080 (1973).

בסתירה לכלל, שעל תחנת שידור לחלק את זמן השידור שלה עם אחרים. כמו כן נקבע שהעקרון החוקתי אינו מונע הטלת חובת נאמנות על תחנת השידור לשקף את קשת הדעות בנושא מסוים ולא להסתפק בכיסוי דעה אחת בלבד.

(4) *New York Times Co. v. United States*: בפסק-דין זה, הידוע כפסק-הדין בענין מסמכי הפנטגון, ביקשה הרשות המבצעת למנוע פרסום מחקר של משרד ההגנה בנושא: "ההיסטוריה של הליך קבלת ההחלטות של ארה"ב בנושא המדיניות בוייטנאם". הפגם המרכזי בטיעונה של הרשות המבצעת היה, כי לא ניתנה לה שום סמכות מפורשת בחוק להפעיל צנזורה על פרסומי העתונות.

ברוב של ששה נגד שלושה החליט בית-המשפט כי לא היתה לרשות המבצעת סמכות למנוע את הפרסום. אולם, בית-המשפט לא קבע שלעולם לא תוכל הרשות המבצעת למנוע פרסום. מגיעה כזו (צנזורה) תיתכן אם הממשלה תוכיח כי יש בפרסום כדי להזיק לבטחון המדינה. הראיות בענין מסמכי הפנטגון, לא יכנעו את בית-המשפט שהפרסום אמנם עלול היה לסכן את בטחון המדינה.

(ב) הזכות להפגין ולהתקהל

הזכות להפגין ולהתקהל מעוגנת בתיקון הראשון לחוקת ארה"ב:

"Congress shall make no law abridging the right of the people peaceably to assemble together and to petition the Government for a redress of grievances."

גם כאן לא ראה בית-המשפט את העקרון כמוחלט. בית-המשפט קבע, שבבואו לאזן את הזכות להפגין ולהתקהל כנגד אינטרסים אחרים יעניק את מלוא ההתחשבות לעובדה שמדובר בתקשורת, המהווה אבן פינה לכל מיטת דמוקרטי. עם זאת נקבע שלא כל הגבלה על חופש זה פסולה. הכלל המנחה סוכם לאחרונה מפי השופט ט. מרשל בפסק-הדין *Grayned v. Rockford*⁸. שם הותקף הוק-עזר, שאסר על גרימת רעש בשטח הצמוד לשטח בית-ספר שעה שמתקיימים בו לימודים, אם רעש זה מפריע או עלול להפריע למהלך התקין של הלימודים. בית-המשפט דחה את הטענה שהוק-עזר זה סותר את התיקון הראשון. מתוך ניתוח החוק הגיע בית-המשפט למסקנה שהחוק כשר באשר הוא מנוסח בצימצום, מונחיו אינם מעורפלים יתר על המידה, וכולו מיועד להגן על האינטרס החיוני שבשמירה על מהלך לימודים תקין. הכלל המנחה בסוגיה נוסח כדלקמן: לממשלה אין הכוח להתערב למניעת השמעת רעיונות במקומות ציבוריים, ואולם יש בידה סמכות להסדיר את החופש להפגין ולהתקהל בצורה סבירה ועל מנת לקדם אינטרסים חברתיים חשובים. מכוח סמכות זו יכולה הממשלה להסדיר באופן סביר את הזמן, המקום וצורת ההתנהגות של אלה המשתמשים בזכותם לחופש האסיפה.

7 403 U.S. 713 (1971).

8 33 L. ed. 2d. 222 (1972).

מגילת זכויות האדם והאזרח בישראל: הישג קונסטיטוציוני או אחיזת עיניים?

(ג) הזכות לשוויון בפני החוק

הבטחת השוויון ואיסור ההפליה קבועים בתיקון החמישי ובתיקון הארבעה-עשר לחוקת ארצות-הברית.

התיקון החמישי קובע:

"No person shall... be deprived of life, liberty, or property, without due process of law..."

התיקון הארבעה-עשר קובע:

"No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property without due process of law, nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws..."⁹

למרות כלליות הניסוח של התיקונים החמישי והארבעה-עשר, קבע בית-המשפט העליון שכוונתם אינה לשוויון אבסולוטי של בני האדם לפני החוק. הכלל המנחה הוא שחוק המבחין בין סוגים של בני-אדם יבוטל רק אם אין כל בסיס להצדקת האבחנה.¹⁰ לאחרונה התחיל בית-המשפט העליון להקפיד יותר בנושא השוויון. החוקה בדבר חוקתיות של כל אקט חקיקתי נשארה בעינה אך פותחו מבחנים שהרחיבו את הפיקוח השיפוטי על חקיקה גזענית, והציבו קשיים רבים יותר בפני הסדרי חקיקה כאלה. אחד ממבחנים אלה הוא מבחן ה"אינטרס המהותי והבסיסי".

מבחן זה מורה שחקיקה הנוגעת לזכות מהותית ובסיסית, לא יעניק טיפול שונה לסוגי אנשים שונים differential classification אלא אם תוכיח הממשלה במפורש שיש לה סיבות משכנעות ביותר לטיפול מעין זה.¹¹

מבחן אחר שפותח לצורך הרחבת תחולתו של עקרון השוויון הוא מבחן ה"הבחנה החשודה" suspect classification. המבחן קובע שעל חקיקה המבחינה בין אנשים על יסוד גזעני רובץ נטל כבד של הוכחת הצידוק לה. ההבחנה תוכר כלגיטימית וחוקתית רק אם היא "נחוצה ביותר" ולא רק קשורה באופן הגיוני ליישום המדיניות בה היא עוסקת.¹²

איסור ההפליה המעוגן בחוקה מעורר שאלה חשובות: מה יהא על הסדרים המפלים? 9 העקרון של שוויון בפני החוק מבוסס לא רק על הסיפא של תיקון מס' 14 האוסר על

המדינות השונות להפלות, אלא גם על התיקון החמישי החל על הרשויות הפדרליות (כולל הקונגרס). אמנם האיסור על אפליה איננו מופיע בצורה מפורשת בתיקון זה, אולם בתי-המשפט פירשו את התיקון הזה ככולל איסור אפליה. ראה, למשל, *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 141 (1973).

McDonald v. Board of Election Commissioners, 394 U.S. 802, 809 (1969); 10 *Schilb v. Kuebel*, 404 U.S. 357 (1971).

Shapiro v. Thompson, 394 U.S. 618 (1969); *Kramer v. Union Free School District*, 395 U.S. 621, 626 (1969); *McLaughlin v. Florida*, 379 U.S. 184, 196 (1965).

12 בעזרת מבחן זה בוטלה לאחרונה חקיקה המפלה בין אזרחי המדינות השונות לבין תושבים זרים המתגוררים בהן לצורך הזכויות לקבלת סעד מן המדינה.

ל טובה קבוצה מסוימת שעד עתה היתה מקופחת בחברה (למשל טעונייטיפוח) ? למרות שתפיסה אבסולוטית של רעיון השוויון היתה רואה גם בהפליה מסוג זה פגיעה בעקרון השוויון, מקובל לראות אותה כמתייטבת עם העקרון החוקתי ולא כסותרת אותו. ראוי לציין, שבית-המשפט העליון גרע כהכרעה בענין זה והעדיף עד כה להכאיר סוגיה רגישה זו בידי הקונגרס והרשות המבצעת.¹³ נסיון משפטי זה מראה בבירור כי עקרון כללי ובלתי מסוייג המופיע בחוקה אינו מבטל מכנית חוקים המסדירים פעילות מוגנת. ברור שבית-המשפט ער לצורך ליישב בין העקרון החוקתי לבין אינטרסים היוניים אחרים ומתווה דרכים לפיהן ניתן לעשות זאת.

13 לסקירה בנושא זה ראה: Emerson, Haber & Dorsen, *Political and Civil Rights in the United States*, 1967, Little-Brown, pp. 1637-1642, 1536-1537. וכן ראה: De Funis v. Odegaard, 416 U.S. 312 (1974).