

מי מפחד מזכויות "אבסולוטיות"? – תשובה לד"ר שילה

אין מתמאה גדולה יותר למחבר מהתייחסות ואפילו התפלמסות של הקורא עם מה שכתב, ואנו מודים לידידנו, ד"ר שילה, על שטרח להגיב על מאמרנו. הצורך בתשובה למכתבו, מספק לנו הזדמנות להבהיר אי-אלו נקודות, שכפי הנראה לא הובהרו די הצורך במאמרנו.

בטרם נפתח בתשובה לגופו של ענין, חשוב להבהיר, כי נקודות המוצא של ד"ר שילה ושלנו שונות בתכלית. גורמות משפטיות אפשר לבדוק בשתי צורות (לפחות): ניתן לבדוק אותן בצורה עניינית-טכנית, קרי – כיצד יפורשו ויוחלו במערכת משפטית נתונה, או ניתן להפעיל לגביהן גישה ערכית ולראות מה מטרותיהן של הגורמות המוצעות ובאיון מידה יש בהן הכוח לקדם מטרות אלו.

שלא כד"ר שילה, אנו נקטנו וממשיכים לנקוט עמדה ערכית כלפי הצעת חוק היסוד: זכויות האדם והאזרח. בתחילת מאמרנו בדקנו את המטרות של עיגון זכויות האדם והאזרח בחוק יסוד (קרי: בחוקת מדינת ישראל) ושאלנו אם הצעת חוק כזו תוכל לקדם מטרות אלה בצורה משמעותית. השאלה שהצגנו במאמרנו לא היתה, איפוא, איך תפורש ההצעה כשתהפוך לחוק, כי אם מה טיבו של חוק שיוכל למלא את המטרות הללו. שאלות אלה כרוכות זו בזו אך אין הן זהות. העובדה שנוכל לפרש חוק בצורה מסויימת אין פירושה, שרצוי מלכתחילה לנסח את החוק כפי שנוסח.

ציר ביקורתו של ד"ר שילה נגד מאמרנו סובב סביב החלוקה לשלושה סוגי זכויות: אבסולוטיות, אלה שניתן לפגוע בהן על-פי חוק הבא לשרת מטרה מסויימת ואלה שניתן לפגוע בהן על-פי חוק, טענתו היא כי "המחברים הציגו פירוש משלהם לנדון, כעובדה, ועל סמך דברים אלה ביקרו קשות את הצעת החוק". אנו טענו כי הסיווג המשולש בהצעת החוק עומד על כרעי תרנגולת ואינו אופרטיבי ואילו ד"ר שילה טוען נגדנו כי יש לו טעם ואף תכלית.

מסוללת הנימוקים, שהבאנו במאמרנו לתמיכה בטיעון כי משולש הזכויות אינו אופרטיבי, בחר ד"ר שילה להתרכז בנימוק אחד והוא: פעולתן של הזכויות האבסולוטיות בשיטת המשפט, אנו טענו, כי מחברי ההצעה סברו, כי לסוג זה של זכויות יהיה הסיווג בפני פגיעה. ד"ר שילה טוען כי טענו וכי לא לכך התכוונו המנסחים.

על סמך מה הגענו למסקנה, כי מנסחי ההצעה הניחו "שאם לא תסוייג הצהרה בדבר זכות זו או אחרת, יינתן לאותה זכות מעמד אבסולוטי בשיטת המשפט והיא תדחה כל אינטרס הנוגד לה"? למסקנה זו הגענו בשתי דרכים: עיון בדברי הכנסת שנגעו להצעת החוק וניתוח משפטי של סוג זה של זכויות בהקשר של שלושת סוגי הזכויות.

בדיון בכנסת, שעה שהצעת החוק עמדה לקריאה ראשונה, עמד ח"כ בנימין הלוי, שהיה יו"ר ועדת המשנה של ועדת חוקה חוק ומשפט אשר הכינה את נוסח ההצעה, על החלוקה המשולשת של זכויות ועל הזכויות האבסולוטיות ואמר:

"אחד הקשיים הגדולים... הוא לקבוע הגבולות החוקיים של כל אחת מזכויות האדם והאזרח שנקבעו בחוק יסוד זה. מבחינה זו מתחלקות הזכויות המנויות בהצעת החוק לשלושה סוגים: (א) זכויות מוחלטות שאינן ניתנות לשום הגבלה חוקית. למשל, חופש הדת... חופש המחקר והיצירה... אלה הן זכויות מוחלטות שאינן כפופות לכל הגבלה חוקית". (פרוטוקול סטינוגרפי של ישיבות הכנסת השמינית, ישיבה נ"ד) (ההדגשה שלנו).

עינינו הרואות, שפירושו למהותן של זכויות אלה מעוגן איתן ב"כוונת המחוקק" כפי שבאה לביטוי בדיון בכנסת.

כאמור, פרשנותנו לתחולת הזכויות האבסולוטיות נשאה לא רק מעדותם של המנסחים עצמם, אלא מניתוח משפטי של הרעיון של סיווג זכויות לשלושה סוגים. אנו טוענים, שלאור העובדה כי קיימים שלושה סוגים של זכויות, אין מנוס מן המסקנה שיש הבדל בין ההגנה הניתנת לכל סוג וסוג. אם מנסחי ההצעה יצרו סוג של זכויות אשר אליו צמודה רשימת מטרות שלמען קידומן מותר להגביל סוג זכויות זה, הרי ניתן ללמוד שסוג נוסף ואחר של זכויות, אשר בצמוד אליו לא מופיעה כל רשימה של הגבלות לגיטימיות, אינו מוגבל. במלים אחרות, מן העובדה שהמנסחים טרחו ליצור שלושה סוגי זכויות, ושניים מן הסוגים הללו טרחו להגביל, ניתן להבין כי התכוונו לכך שהסוג השלישי אשר לא הוגבל יהיה חסין בפני הגבלה. ניסינו להראות, שההנחה, המבוססת כאמור על השוואה בין שלושת הסוגים, כי קיים סוג של זכויות שאינן ניתנות להגבלה, מוטעית וכי גם בזכויות המנוסחות בצורה מוחלטת ניתן לפגוע למטרות ספיציפיות.

לאור ניתוח זה שלנו, לא היה מנוס מן השאלה, מדוע היה צורך בקביעה מפורשת שניתן לפגוע בזכויות מסויימות למטרות מסויימות אם ניתן לפגוע גם בזכויות הנקיות מהגבלות כלשהן.

ד"ר שילה יוצא נגד טענתנו שהנחת מנסחי ההצעה היתה שלא ניתן לפגוע בזכויות האבסולוטיות. הוא סבור, שמנסחי ההצעה היו ערים לאפשרות של פגיעה בזכויות אבסולוטיות ומנסה להסביר מדוע לא סוייגו זכויות אלה. הדבר המענין ביותר בהסברו של ד"ר שילה הוא, שהוא מעמיד זה כנגד זה את סוג הזכויות האבסולוטיות וסוג הזכויות שניתן לפגוע בהן "עפ"י חוק", והוא מתעלם מסוג הזכויות האמצעי: אותן זכויות, כמו חופש הביטוי וצנעת הפרט, שניתן לפגוע בהן בחוק הבא לשרת מטרה מסויימת. אלמלא קיום סוג אמצעי זה של זכויות, היה הסברו של ד"ר שילה להבדל בין הזכויות האבסולוטיות והזכויות שניתן לפגוע בהן על-פי חוק, מתקבל על הדעת. אך סוג זה של זכויות קיים בהצעה, ומי שמנסה להסביר את ההבדל בין הזכויות השונות חייב להסביר את ההבדל בין הזכויות האבסולוטיות לבין סוג זה של זכויות, שניתן לפגוע בהן למטרות חיצוניות המפורשות בהצעה. ד"ר שילה נמנע מלתת הסבר כזה. במקום הסבר כזה, מציע ד"ר שילה מבחן שיוורה לנו אם חוק הפוגע בזכות אבסולוטית הוא תקף אם לאו. מבחן זה הוא המבחן של מטרות ההגבלה. אם מטרת החוק המגביל איננה לפגוע בזכות באשר היא, אלא מטרה חיצונית, החוק יהיה תקף, למרות שהוא פוגע בזכות אבסולוטית. השאלה שיש לשאול את ד"ר שילה היא, אם לדעתו יינתן תוקף לחוק הבא לשרת מטרה כלשהי, או שמא מוגבלות מטרות אלה. שהרי אם תרצה לומר, שניתן לפגוע בזכויות האבסולוטיות

ל כל מטרה חיצונית, יוצא שההגנה הניתנת לזכויות האבסולוטיות נופלת מן ההגנה שניתנת לזכויות שגיתן לפגוע בהן רק למטרות המפורשות בחוק. מסקנה זו תעמוד בסתירה לדעתו של ד"ר שילה, שמנסחי ההצעה רצו לתת הגנה מיוחדת לזכויות האבסולוטיות שהן "בעלות חשיבות יסודית". לעומת זאת, אם תרצה לומר שגם המטרות שלמענן ניתן לפגוע בזכויות האבסולוטיות מוגבלות, יש להסביר מהן מטרות אלה, ואיך הן נבדלות מן המטרות המפורשות כמטרות חיצוניות שלמענן מותר לפגוע בזכויות מסוימות. אין הסבר כזה בפיו של ד"ר שילה.

יתר על כן, אם מקבלים את ההצעה השניה, לפיה ניתן לפגוע בזכויות אבסולוטיות כדי לשרת מטרות מוגבלות בלבד, נראה לנו שמקבלים את כל התיזה של מאמרנו, והיא: שלא היה כל צורך להגביל את הזכויות בהצעה, שהרי ממילא יפעלו זכויות אלה כעקרונות משפטיים הניתנים מעצם טיבם להגבלות מסוימות.

נקודה נוספת הטעונה התייחסות, מפאת חשיבותה, נוגעת למהות המבחן המוצע ע"י ד"ר שילה. ד"ר שילה מציע, שבבואנו לבחון אם חוק המגביל זכות אבסולוטית הוא כשר, נשאל את עצמנו אם המטרה "חיצונית" לזכות או באה לפגוע בזכות עצמה. מבחן זה, ככל מבחן אחר הבודק כשרותם של חוקים לאור נורמה חוקתית, מייצג תפישה מסוימת של איזון אינטרסים: איזון בין העקרון החוקתי לבין אינטרסים חברתיים אחרים. דומה שהאיזון הנראה מתאים לד"ר שילה הוא איזון בין זכויות היסוד של האדם והאזרח לבין כל קריטיצינות שהוא, כגון שמירת השקט או שמירת הנקיון בערים, כך שתמיד תידחה זכות היסוד בפני קריטיצינות, והגבלתה של הראשונה תיחשב לגיטימית. כמה דוגמאות יבהירו לאלו תוצאות עלול איזון כזה לגרום.

במכתבו ד"ר שילה איננו מתייחס לדעתנו, שהוראת חוק האוסרת "איסוף ידיעות סודיות" לא תיפסל למרות שהיא פוגעת בעקרון חופש המחקר, ואנו מניחים ששתיקתו מראה שהוא מקבל את דעתנו בענין זה. קריטיצינות העומד מאחורי הוראת חוק זו הוא שמירה על בטחון המדינה. אך הבה נניח שהמחוקק מחליט לאסור איסוף ידיעות אחרות שאין בינן לבין בטחון המדינה ולא כלום, וכל זאת, כדי לקדם מטרה הנחשבת כמטרה לגיטימית וחשובה. למשל, כדי לעודד אינטגרציה בבתי-ספר מעבירה הכנסת חוק האוסר איסוף אינפורמציה, שתראה מהי השתייכותם העדתית של תושבים באזורים שונים ושל ילדים הרשומים בבתי-ספר. האם גם חוק כזה יהיה תקף? נראה שתשובתו של ד"ר שילה תהיה חיובית. המטרה של החוק איננה פגיעה בחופש המחקר (אם כי זאת תוצאה הכרחית של החוק) אלא קידום רעיון האינטגרציה. ודוגמא נוספת: במטרה להגן על אוצרות הטבע של המדינה ההולכים ונשחטים, מעבירה הכנסת חוק האוסר על אדם לכרות ענף או כל חלק אחר של עץ, אלא אם הדבר דרוש לשמירה על העץ עצמו. כמובן, חוק זה אוסר גם כריתת לולבים, דבר העלול לפגוע בחופש עבודת האלהים של יהודים. אך דבר זה לא יפריע לד"ר שילה. המטרה של החוק איננה קשורה כלל וכלל בפגיעה ב"חופש הדת" ולכן החוק יזכה להכשרו.

ולבסוף לדוגמה הפיקנטית של ד"ר שילה הנוגעת למחקר דוגמת מחקרם של ג'ונסון ומסטרס. הבה נניח, שהכנסת מחליטה להעביר חוק האוסר על נוכחות אדם שלישי שעה שזוג מקיים יחסי מין. המטרה של החוק היא "שמירה על ערכי מוסר". ואולם חוק זה פוגע בחופש המחקר של מדעניו של ד"ר שילה, המעוניין בבדיקת תגובות שונות

של אנשים בשעת קיום יחסי מין. ד"ר שילה ייאלץ להודות שחוק זה הוא שריר ותקף מכיון שמטרתו איננה פגיעה בחופש המחקר. אנו הוזרים ושואלים מה, אם כן, לדעת ד"ר שילה, ההבדל בין חופש המחקר, שניתן לפגוע בו כדי לשמור ערכי מוסר, למרות שלא נאמר כן בהצעה, וחופש הביטוי שלגביו אומרת ההצעה במפורש שניתן לפגוע בו כדי לשמור על ערכי המוסר?

לקראת סיום מכתבו מנסה ד"ר שילה לתרץ את חלוקת הזכויות לשלושה סוגים. הוא אומר:

"יש זכויות — מועטות אמנם — שהמחוקק רואה אותן כבעלי חשיבות כה יסודית שאין להגבילן באשר הן. נשים לב לכך, ששתינתן, 'עבודת האלוהים' והמחקר והיצירה המדעית הספרותית והאמנותית הם יסודות נפשיים חוקים הדוחפים בן-אדם — באשר הוא אדם — ושהביטוי הדתי או היצירתי ביסודו עניין פרטי ביותר בינו לבין קונו או בינו לבין עצמו. מציעי החוק אינם רואים את יתר הזכויות כיסודיות עד כדי כך שאין לפגוע בהן באשר הן".

ניסינו להראות לעיל, שאם מאמצים את המבחן של ד"ר שילה, כלל לא ברור שהזכויות שלהן "חשיבות יסודית" וזכות להגנה העולה על ההגנה הניתנת לזכויות מסוייגות כגון הזכות לחופש הביטוי. בנוסף לכך, אם אמנם נכונה הנתתו של ד"ר שילה, שהזכויות האבסולוטיות נתקפו כשהן נקיות מהגבלה משום שהן משקפות "עניין פרטי ביותר (בין האדם) לבין קונו או בינו לבין עצמו", כיצד הוא מסביר את העובדה שדווקא הזכות לפרטיות, שהיא לכאורה דוגמא מובהקת לקטגוריה זו, הוגבלה בהצעת החוק? ולבסוף הערה הנוגעת לזכויות, שניתן לפגוע בהן "על פי חוק". טענו במאמרנו, שהתפקיד של מגילת זכויות הוא להגן על זכויות האזרח כנגד כל רשויות המדינה, כולל הרשות המחוקקת. לדעתנו דבר זה חשוב במיוחד במשטר בו יש לרשות המבצעת שליטה למעשה ברשות המחוקקת. לגבי כל אותן זכויות שלפי ההצעה ניתן לפגוע בהן "על פי חוק" לא תוכל ההצעה למלא את תפקידה כמסמך חוקתי. ד"ר שילה, הנוהר מקביעה ערכית, אינו רואה בכך כל פסול. הוא טוען, שנסחי ההצעה הבינו בדיוק מה שהם עושים ורצו לגבש הצעה, שתהיה במידה רבה ריקה מתוכן. אנו, לעומת ד"ר שילה, נוקטים בעמדה ערכית מפורשת ורואים בכך פסול גדול. זאת ועוד: אנו משוכנעים שגם אלה שנסחו את הצעת החוק, לא רצו בכך. נראה לנו, שניסוח הצעה ריקה מתוכן לא נבע מרצון לתת למדינה חוקה שלא תוכל למלא את תפקידיה, כי אם מחששות בלתי מבוססים לדרך פעולתם של עקרוגות כלליים בשיטת המשפט. ד"ר שילה חושב כנראה אחרת והוא יוצא "להגן על נסחי ההצעה". איננו בטוחים שנסחי ההצעה זקוקים לסניגורים המראים כי תבונתם רבה, וכוונתם פסולה.

ד"ר פ' להב וד"ר ד' קרצ'מר

MISHPATIM appears with the generous help of the following:

the Endowment fund in memory of the great lawyer

Prof. Hans Kelsen

the Endowment fund in memory of the distinguished teacher of the
Faculty of Law, Hebrew University of Jerusalem,

Dr. Avraham Rosenthal

MISHPATIM gratefully acknowledges the financial assistance of the
following institutions: The Faculty of Law, Hebrew University of
Jerusalem; The Ministry of Justice of Israel; The Israel Bar
Association.

Alpha Press, Jerusalem