

הזכויות הבלתי-מנויות - על היקפה של המהפכה החוקתית

מאת

הלל סומר\*

לזכרו של פרופסור  
אריאל רוזן-צבי ז"ל,  
מורה, ידיד, ומורה דרך

גם אם בית המשפט עשוי לנצל את ההסדר החוקתי הקיים כמנוף כללי ולהשלים חלק מן החללים בדרך של פרשנות חוקתית רחבה, כתחליף להמשך התנופה החקיקתית של חוקי-היסוד מצד המחוקק, אין זה תחליף הולם. לא ניתן להנחיל ערכים חוקתיים ללא קונסנזוס.

(א' רוזן-צבי "מדינה יהודית ודמוקרטית",  
אבהות רוחנית, ניכור וסימביוזה - האפשר  
לרבע את המעגל?" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 479, 509).

העובדה שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוק יסוד: חופש העיסוק, יצרו "מהפכה חוקתית" כבר כמעט שאינה שנויה במחלוקת. עם זאת, היקפה של המהפכה איננו ברור: יש הסבורים כי חוקי-יסוד אלו יצרו "מגילת-זכויות" שלמה. על-פי גישה זו, גם זכויות

\* מרצה, בית-הספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. תודתי נתונה לעמיתי יורם שחר, דרור שטרום ובן-ציון להב על הערות רבות, מחכימות ומועילות לטיטה קודמת של מאמר זה. תודתי גם לחברי מערכת משפטים ובמיוחד לתמר שיינקין, על הערותיהם והצעותיהם לשיפורים ולתיקונים. האחריות לשגיאות נשארת, כמובן, עלי בלבד.

= 258 =

שלא נזכרו במפורש בחוקי-היסוד, כמו חופש הביטוי והזכות לשוויון (זכויות אלו מכונות במאמר זה "זכויות בלתי-מנויות") קיבלו עתה מעמד "חוקת-על-חוקי", והכנסת אינה יכולה לפגוע בזכויות אלו, אלא בדרכים הקבועות בחוקי-היסוד. העמדה המוצגת במאמר זה היא, כי אין מקום להרחיב את תחולת חוקי-היסוד החדשים מעבר לזכויות המנויות בהם במפורש. המאמר מציג כמה נימוקים לגישה זו, ובהם נימוקים לשוניים, נימוקים שבהיסטוריה החקיקתית, שיקולי מדיניות משפטית וחשש לעתידו של תהליך כינון החוקה במדינת ישראל. המאמר בוחן את התיזות השונות שהועלו להכללתן של הזכויות הבלתי-מנויות בגדר חוקי-היסוד ומתעמת עמן. דגש מושם על הזכות לשוויון, הזכות הבלתי-מנויה שזכתה למרב התמיכה במעמדה כזכות-על חוקתית. לאחר-מכן מיושמת התיזה אף על הזכויות הבלתי-מנויות האחרות, תוך שהן מחולקות לכאלו שאין לכלולן במסגרת חוקי-היסוד ולאילו שניתן לכלולן.

המאמר בוחן את המניעים העומדים מאחורי נטייתו של בית-המשפט העליון להכיר בזכויות הבלתי-מנויות. לבסוף מנסה המאמר לערוך מעין "מפקד" של שופטי בית המשפט העליון בנקודה זו, מתוך הנחה שהיא עשויה, בסופו של דבר, להיות מוכרעת בהרכב מורחב במיוחד של בית-המשפט העליון.

א. מבוא. ב. הרקע לקבלת חוקי-היסוד החדשים. 1. ההיסטוריה של קבלת חוקי-היסוד החדשים ותהליך ה"אטומיזציה"; 2. חוק-היסוד - תוצר של פשרה פוליטית. ג. הנפקויות של עיגון הזכויות הבלתי-מנויות כחלק מחוקי-היסוד החדשים. ד. הזכויות לשוויון וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. 1. כללי; 2. הזכות לשוויון וההיסטוריה החקיקתית של חוק יסוד: כבוד האדם; 3. הזכויות לשוויון בפסיקת בית המשפט העליון לאחר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ה. תיזות לעיגוןן של הזכויות הבלתי-מנויות כזכויות-על חוקתיות וישומן לזכות לשוויון. 1. עיגוןן של עקרון השוויון מכוח סעיף המטרה; 2. עיגוןן של עקרון השוויון כחלק מזכות-היסוד המוגנת של "כבוד האדם" - עיגוןן מלא; 3. עיגוןן של עקרון השוויון כחלק מזכות-היסוד המוגנת של "כבוד האדם" - עיגוןן חלקי לאפליה קבוצתית; 4. עיגוןן של עקרון השוויון מכוח תביעתן העצמית של זכויות-היסוד; 5. עיגוןן של עקרון השוויון מכוח פסקת עקרונות-היסוד ומכוח השוויון הקבוע במגילת העצמאות. ו. טיעון כנגד עיגון הזכויות הבלתי-מנויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו - ההיסטוריה החקיקתית. 1.

ההיסטוריה החקיקתית - ההיבט העובדתי; 2. ההיסטוריה החקיקתית - הכרה בתהליכי הפשרה והאטומיזציה; 3. ההיסטוריה החקיקתית - פרשנות תכליתית. ז. זכויות בלתי-מנויות אחרות. 1. מבוא; 2. זכויות בלתי-מנויות שאין לכלול במסגרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; 3. זכויות בלתי-מנויות שניתן לכלול במסגרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ח. מדוע נוטה בית-המשפט העליון להכיר בזכויות הבלתי-מנויות? 1. גישה של "השלמת חסר" שהרשות המכוננת איננה מזדרזת למלאו; 2. בעיות בתורת-האיזונים - זכויות-יסוד במעמד נורמטיבי שונה. ט. מפקד במקום סיכום: כיצד יכריע בית-המשפט העליון?

= 259 =

#### א. מבוא

מאז החל הדין המקיף בשאלת המהפכה החוקתית<sup>1</sup> התמקדו רוב השופטים והמלומדים שעסקו בנושא בשאלת עצם קיומה של מהפכה חוקתית, ובעיקר בשאלה האם התחוללה מהפכה כזו כתוצאה מקבלתם בכנסת של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>2</sup>, ושל חוק יסוד: חופש העיסוק<sup>3,4</sup>. רשימה זו יוצאת מנקודת-הנחה שלפיה עצם התחוללותה של המהפכה החוקתית הוכרע כבר לחיוב, בכך שנקבע, ברוב מכריע של הרכב מורחב של שופטי בית-המשפט העליון, כי בית-משפט רשאי לקבוע שחוק של הכנסת הסותר את אחד משני חוקי-היסוד החדשים ואינו עומד באחד התנאים הקבועים באותו חוק-יסוד לסטייה ממנו<sup>5</sup> - הוא חסר-תוקף<sup>6</sup>. רשימה זו עוסקת בשאלת היקפה של המהפכה

<sup>1</sup> למונח "המהפכה החוקתית" ראו: א' ברק "המהפכה החוקתית - זכויות-יסוד מוגנות" משפט וממשל א (תשנ"ב) 9 (להלן: ברק - המהפכה החוקתית); א' יורן "המהפכה החוקתית במיסיבי ישראל" משפטים כג (תשנ"ד) 55; מ' אלון "חוקי-היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם - מאין ולאן?" מחקרי משפט יב (תשנ"ו) 253, 256-257 (להלן: אלון - חוקי-היסוד); י' אדרעי "מהפכה חוקתית: האמנם?" משפט וממשל ג (תשנ"ו) 453; ק' קליין "המהפכה החוקתית השקטה" מעריב (27.3.1992); ע"א 6821/93, רע"א 3363/94, 1908 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (להלן: עניין בנק המזרחי), פסקאות 1-4 לפסק-דינו של הנשיא ברק.  
<sup>2</sup> ס"ח תשנ"ב 150 (נתקבל בכנסת ב-17 במארס 1992).  
<sup>3</sup> חוק יסוד: חופש העיסוק המקורי נתקבל ב-3 במארס 1992 ופורסם בס"ח תשנ"ב 114. חוק זה הוחלף, בחודש מארס 1994, בחוק חדש, ס"ח תשנ"ד 90. חוק יסוד: חופש העיסוק, וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יכנונו להלן יחדיו "חוקי-היסוד החדשים".  
<sup>4</sup> ראו, למשל, ברק - המהפכה החוקתית, לעיל הערה 1; עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 1, פסקי-הדין של הנשיא שמגר והנשיא ברק; וכן גישתו של השופט זמיר, שלפיה המהפכה החוקתית לא התרחשה עם חקיקת חוקי-היסוד החדשים, אלא בבג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (פסקה 1 לפסק-דינו של השופט זמיר).  
<sup>5</sup> חוקי-היסוד החדשים מכירים בכמה דרכים שבהם חוקים של הכנסת יכולים להיות בני-תוקף הגם שהם פוגעים בזכויות המוגנות שבחוקי-היסוד. ראשית, מותר לחוקק חוק הפוגע בזכויות-היסוד המוגנות ובלבד שחוק כזה הולם את ערכיה של מדינת ישראל, נועד לתכלית ראויה ופוגע בזכויות במידה שאינה עולה על הנדרש. ראו סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; וסעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק. סעיפים אלו מכונים "פסקת ההגבלה". חוק יסוד: חופש העיסוק, מתיר גם פגיעה זמנית בחופש העיסוק לתקופה שלא תעלה על ארבע שנים, בחוק שנתקבל על-ידי רוב של חברי הכנסת ונאמר בו במפורש כי הוא תקף על-אף האמור בחוק יסוד: חופש העיסוק. ראו סעיף 8 לחוק יסוד: חופש העיסוק.

= 260 =

החוקתית. השאלה העיקרית שנעסוק בה היא האם שני חוקי-היסוד החדשים יצרו "מהפכה" אך ורק לגבי זכויות-היסוד המנויות בהם במפורש, או שמא שני חוקי-יסוד אלו הם בסיס מוצק ומקור חוקתי ל"מגילת זכויות-יסוד" שלמה במדינת ישראל, המשתרעת אף על זכויות שלא נזכרו במפורש בחוקי-היסוד החדשים, כמו עקרון השוויון, חופש הביטוי וחופש הדת והמצפון, בעיקר בדרך הרחבה פרשנית של ביטויים והוראות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>7</sup>. לכאורה התשובה היתה צריכה להיות פשוטה. כל אחד מהחוקים עוסק בנושאים המפורטים בו ומסדיר אותם בלבד. חוק יסוד: חופש העיסוק, מעגן במעמד-על חוקתי את זכות-היסוד של חופש העיסוק. עד לחקיקתו של חוק-היסוד היתה זכות זו יצירת פסיקתו של בית-המשפט העליון<sup>8</sup> ועתה היא הופכת זכות חוקתית-על-חוקית<sup>9</sup>. חוק

כמו-כן, בכל אחד מחוקי-היסוד החדשים ישנה גם הוראת תשריר ("פסקת שמירת הדינים") לגבי הוראות דין שהיה קיים ערב תחילתם. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, איננו פוגע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד (סעיף 10 לחוק-היסוד); חוק יסוד: חופש העיסוק, מגן על הוראות חיקוק קיימות הסותרות אותו למשך שנתיים מיום תחילתו. תקופה זו עמדה לפוג במלאת שנתיים לחוק-היסוד החדש, ב-10 במארס 1996, אולם התקופה הוארכה למעשה עד חודש ספטמבר 1996 על-פי סעיף 38 לחוק-יסוד: הכנסת, המאריך את תוקפם של חיקוקים שתוקפם עמד לפקוע בתום כהונתה של כנסת עד תום שלושה חודשים לתקופת כהונתה של הכנסת הנכנסת. ביום 7 בנובמבר 1996 הוארך תוקפה של הוראת התשריר, כנראה באופן רטוראקטיבי, עד 10 במארס 1998: חוק יסוד: חופש העיסוק (תיקון), ס"ח תשנ"ז 4. יציין כי תקופת התשריר המקורית בת השנתיים עמדה לפקוע במקור במארס 1994, במלאת שנתיים לחוק יסוד: חופש העיסוק המקורי. כאשר

הוחלף החוק המקורי בחוק החדש במאסר 1994, נקבעה בחוק החדש תקופה נוספת של שנתיים. התקופה הכוללת מגיעה עתה אפוא לכשש שנים.

<sup>6</sup> עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 1.

<sup>7</sup> שאלה זו אינה השאלה העקרונית היחידה שנשארה פתוחה לגבי היקפה של המהפכה החוקתית. שאלה חשובה לא פחות, אשר מאמר זה לא ינסוק בה, היא השאלה, אם יש לחוקי-היסוד תחולה במשפט הפרטי, ביחסים שבין פרטים. לשאלה זו ראו: א' ברק פרשנות במשפט - כרך שלישי: פרשנות חוקתית (תשנ"ד) (להלן: ברק - פרשנות חוקתית) 649-697; וגרסה מוקדמת יותר - א' ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (י' זמיר עורך, תשנ"ג) 163; ש' שגב "על היחס שבין חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לבין תקנות סדר הדין האזרחי, ככלל, והסעדים הזמניים, בפרט" המשפט ב (תשנ"ה) 53, 57-60; פ' רדאי "הפרטת זכויות האדם" והשימוש לרעה בכוח" משפטים כג (תשנ"ד) 21. <sup>8</sup> ראו: בג"צ 1/49 בז'רנו ואח' נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80, 82-83; בג"צ 337/81 מיטרני ואח' נ' שר התחבורה ואח', פ"ד לז (3) 337, 353.

<sup>9</sup> לנפקיוות להפיכתה של זכות יצירת-פסיקה לזכות "חוקתית-על-חוקית" ראו להלן, פרק ג במאמר. אנו משתמשים בביטוי "חוקתית-על-חוקי" ובביטוי "מעמד-על חוקתי" באופן חלופי לגמרי ובלי הבדלי משמעות. בספרות מופיע גם הביטוי "על-חוקי".

= 261 =

יסוד: כבוד האדם וחירותו, מעגן במעמד-על חוקתי כמה זכויות: הזכות לחייו, לשלמות גופו ולכבודו של אדם<sup>10</sup>; הזכות לקניין<sup>11</sup>; הזכות לחירות<sup>12</sup>; חופש התנועה: הזכות לצאת מישראל וזכותו של אזרח ישראלי להיכנס לישראל<sup>13</sup>; והזכות לפרטיות ולצנעת חיים<sup>14</sup>. זכויות אלו הוכרו בעבר במשפט הישראלי מכוח פסיקתו של בית-המשפט העליון<sup>15</sup> והופכות עתה, מכוח חוקי-היסוד החדשים, לזכויות חוקתיות-על-חוקיות.

אולם במספר גובר והולך של אמרות בפסיקת בית-המשפט העליון ובספרות המשפטית<sup>16</sup> הוברר קיומה של השקפה מרחיבה, שלפיה גם זכויות רבות אשר לא בא זיכרן המפורש בחוקי-היסוד החדשים קיבלו בכל-זאת מעמד-על חוקתי מכוח חוקי-היסוד החדשים, על כל המשתמע מכך. היקף ההרחבה המוצעת בידי גישה זו רחב

<sup>10</sup> סעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, קובע, כי "אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם". סעיף 4 קובע, כי אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו.

<sup>11</sup> סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו י' וייסמן "הגנה חוקתית לקניין" הפרקליט מב (תשנ"ה) 258; בג"צ 5091/91 נוסייבה ואח' נ' שר האוצר ואח', דינים-עליון לז 67; עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 1; בג"צ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור ואח', דינים-עליון מג 620 (להלן: עניין זנדברג).

<sup>12</sup> סעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. קובע, כי "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר בהסגרה או בכל דרך אחרת". אף הזכות לחירות היא מקור להרחבה אפשרית מהותית של היקף תחולת החוק על זכויות דייוניות רבות הקשורות בהליכים פליליים, כגון הזכות לסניגור, זכות השתיקה ועוד. לדיון בנושא זה ראה להלן, פרק 2(ה) במאמר וכן פרק 3(ד) במאמר.

<sup>13</sup> סעיף 6 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו הוצל"פ (ת"א) 109781/93 דגלוטי נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, פ"מ תשנ"ד (4) 236; בש"פ 6654/93 בינקין נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 290, 293; י' זילברשץ "זכות היציאה מהמדינה" משפטים כג (תשנ"ד) 69.

<sup>14</sup> סעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. על הזכות לפרטיות ראו R. Gavison Privacy and the Limits of Law" 89 Yale L.J. (1980); וכן בג"צ 2481/93 דיין נ' וילק ואח', פ"ד מח(2) 456.

<sup>15</sup> "שני חוקי-היסוד שהוחקו בשנת 1992 לא חידשו זכויות יסוד אלא העניקו להן מעמד סטטוטורי מיוחד, מוגן ומיוחס" (דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל (טרם פורסם. ניתן ב-12.11.1995) הוצאת בית-המשפט העליון, עמ' 18 (הנשיא שמגר)). לזכויות הספציפיות לפני חוק-היסוד ראו, למשל, ע"א 786/81 עזבון שטני ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה ואח', פ"ד מ(1) 353 (הזכות לקניין); בג"צ 355/79 קטלן נ' שדות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294 (להלן: עניין קטלן) (הזכות לשלמות הגוף ולכבוד); בג"צ 111/53 קאופמן נ' שר הפנים, פ"ד ז 534, 536 (הזכות לצאת מישראל); ב"ש 16/87 דננאשילי נ' מ"י, פ"ד מא(2) 281 (הזכות לחירות ממעצר ומאסר); ד"נ 9/83 ביה"ד הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב(3) 837 (להלן: ד"נ ועקנין) (הזכות לפרטיות). לרשימה מפורטת יותר ראו מ' אלון "דרך חוק בחוקה - ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 659, 674, הערה 61. ראו גם ע' שפירא וב' ברכה "המעמד החוקתי של זכויות הפרט" עיוני משפט ב (תשל"ב) 20.

<sup>16</sup> אמרות אלו יפורטו ויידונו בהרחבה בהמשך.

= 262 =

ביותר, שכן הזכויות אשר אמרות אלו מתייחסות אליהן כוללות את חופש הביטוי<sup>17</sup>, חופש האמונה, הפולחן והדת<sup>18</sup>, חופש היצירה, חופש האספה והתהלכה, חופש ההתאגדות, הזכות לשוויון<sup>19</sup>, חופש השביתה וההשבתה<sup>20</sup>, חופש ההתקשרות וחופש החוזים<sup>21</sup>, את הזכות לקבלת מידע מידי הרשויות, כולל מידע בדבר הנחיות פנימיות של הרשויות עצמן<sup>22</sup>, זכויות הצרכן<sup>23</sup>, הזכות להורות<sup>24</sup>, זכותו של אדם לדעת מיהם הוריו<sup>25</sup>, חובתם של רופא ובית-חולים למסור לחולה מידע לגבי טיפול שקיבל ותוצאותיו<sup>26</sup>, האפשרות של עבריינים לריהביליטציה<sup>27</sup>, זכותו של בעל-דין לפנות לבית-המשפט<sup>28</sup> והזכות לסיפוק צרכים

<sup>17</sup> ראו, למשל, ע"א 105/92 ראו מהנדסים קבלנים נ' עיריית נצרת עילית ואח', פ"ד מז(5) 189, 200 (להלן: עניין ראם מהנדסים): "כיום ניתן להסיק את חופש הביטוי בהגנה הניתנת לכבוד האדם וחירותו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו". ראו גם להלן, המקורות בפרק 2ז(א).  
<sup>18</sup> ראו, למשל, ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 225: "בעבר לא היה לחופש הפולחן והדת מעמד חוקתי-על-חוקי. עם חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יש מקום לראות בו כחלק מכבוד האדם". ראו גם המקורות בפרק 2ז(ג) להלן.  
<sup>19</sup> ראו, למשל, ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 423: "מעטה מהווה השוויון עקרון על-חוקי". כן ראו דברי א' ברק "זכויות אדם מוגנות - ההיקף וההגבלות" משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 253, 261 (להלן: ברק - ההיקף וההגבלות) המובאים כטקסט להערה 41 להלן; והמקורות הנוספים בפרק 3 להלן.  
<sup>20</sup> ראו בג"צ 1074/93 היועמ"ש נ' ביה"ד הארצי לעבודה, פ"ד מט(2) 485 (להלן: עניין בזק) (השופט דב לויין בדעת יחיד. השופטים טל וחשין השאירו שאלה זו פתוחה באופן מפורש); ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 431; וכן המקורות בפרק 2ז(ו) להלן.  
<sup>21</sup> א' ברק "חוק יסוד: חופש העיסוק" משפט וממשל ב (תשנ"ד-תשנ"ה) 195, 199 (להלן: ברק - חופש העיסוק) הערה 24: "חופש זה מעוגן, לדעתי, בזכות החוקתית של כבוד האדם, המוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו". ראו גם המקורות בפרק 2ז(ה) להלן.  
<sup>22</sup> ראו להלן, ליד הערה 262 ואילך.  
<sup>23</sup> פרופ' סיני דויטש מציע הכרה מפורשת בזכויות הצרכן כזכויות חוקתיות המבוססות על כבוד האדם, אולם הוא מציע לקבוע הוראה מפורשת בעניין זה באחד מחוקי-היסוד החברתיים שטרם נחקקו. ראו ס' דויטש "השפעת חוקי-היסוד על דיני הגנת הצרכן" מחקרי משפט יב (תשנ"ו) 309.  
<sup>24</sup> ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485 (פסקה 7 לפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן).  
<sup>25</sup> ע"א 3077/90 פלונית ואח' נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578.  
<sup>26</sup> ראו רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עין כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516.  
<sup>27</sup> ראו בג"צ 1935/93, בשג"צ 3661/93 מחפוד נ' השר לענייני דתות, פ"ד מח(1) 752; מ' אלון "חוקי היסוד, עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית: סוגיות במשפט הפלילי" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 27, 59-64.  
<sup>28</sup> ראו ש' לויין "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים" הפרקליט מב (תשנ"ו) 451, 453, שם קבע השופט לויין כי זכותו של בעל-דין לפנות לבית-המשפט נכללת בזכות לקניין, והשוו בש"א

= 263 =

בסיסיים לקיום האנושי<sup>29</sup>. כמו-כן נכללה בגרסה המורחבת של המהפכה החוקתית גם סדרה ארוכה של זכויות חשובות במשפט הפלילי המהותי והדיוני, לרבות זכותו של עצור להיפגש עם עורך-דין<sup>30</sup>; זכות החקירה הנגדית לנאשמים<sup>31</sup>; כל אינם לפגוע בזכותו של אדם ללא הליך נאות; את החזקה, כי כל אדם הוא בחזקת זכאי כל עוד לא הורשע בדינו; את זכותו של נאשם שמשפטו יסתיים תוך זמן מתקבל על הדעת ולא ייגרם לו עינוי דין; את זכותו של נאשם לדעת במה הוא מואשם ומדוע עוצרים אותו; הטלת אחריות פלילית ומאסר פלילי בגין התנהגות שאין בה מחשבה פלילית והטלת אחריות פלילית על התנהגות שבעת ביצועה לא היתה כלל עבירה<sup>32</sup>. להלן נכנה את מכלול הזכויות הללו בשם "הזכויות הבלתי-מנויות"<sup>33</sup>. מרבית הזכויות הבלתי-מנויות הן מן החשובות שבזכויות-היסוד בשיטת-המשפט הישראלית, ומעמדן בוצר לאורך השנים בידי בית-המשפט העליון כזכויות יצירות-פסיקה<sup>34</sup>. אין איפוא טענה כי חוקי-היסוד החדשים יצרו את הזכויות הללו יש מאין.

-----  
4475, ע"א 6181/93, ע"א 6413/94 סלמונוב ואח' נ' שרבני ואח', פ"ד מט(3) 479, בעמ' 482, שם מציינת השופטת דורנר את הזכות לקניין רק בצד הנתבע בתביעה אזרחית ולא כחלק מזכויותיו של תובע, בהליך של איזון אינטרסים בין תובע לנתבע.

<sup>29</sup> ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 423: "ניתן להסיק מכבוד האדם את הזכות לסיפוק צרכים בסיסיים לקיום האנושי".

<sup>30</sup> בג"צ 3412/91 סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד מז(2) 843 (להלן: עניין סופיאן).

<sup>31</sup> דנ"פ 4390/91 מ"י נ' יחיא, פ"ד מז(3) 661, 694 (להלן: עניין יחיא).

<sup>32</sup> א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא (תשנ"ד) 271, 281. ראו גם א' ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני) מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 5, 12-26 (להלן: ברק - משפט פלילי); י' קרפ "החקיקה הפלילית לאור חוקי היסוד" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 275; ע' גרוס "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על-פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 155.

<sup>33</sup> דומה, כי העדפתו על-ידו של מונח זה על-פני המונח שהנשיא ברק נוקט, "זכויות ללא שם" (ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 358) מבטאת את ההבדל בהתייחסות למעמדן החוקתי של הזכויות שלא בא זיכרן במפורש בחוקי-היסוד החדשים.

<sup>34</sup> ראו, למשל, בג"צ 73/53 קול העם בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871; בג"צ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 273; פ' להב "על חופש הביטוי בפסיקת בית-המשפט העליון" משפטים ז (תשל"ז) 375 (חופש הביטוי); ד"ג 16/61 רשם החברות נ' כרדוש, פ"ד טז 1209, 1220; בג"צ 124/70 שמש נ' רשם החברות, פ"ד כה(1) 504, 509 (חופש ההתאגדות); ד"ג 10/69 בורנובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל, פ"ד כה(1) 7, 35; בג"צ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309 (הזכות לשוויון); רע"א 5248/90 אנטין ואח' נ' פרנקל, פ"ד מה(5) 139, 143; ד"ג 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב בע"מ ואח', פ"ד מג(1) 441, 470 (חופש החוזים); ע"א 451/88 פלוני נ' מ", פ"ד מד(1) 330, 337 (הזכות להורות); בג"צ 292/83 נאמני הר הבית, עמותה נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פ"ד לח(2) 449; בג"צ 650/85 התנועה ליהדות מתקדמת בישראל

= 264 =

אולם מעבר לנפקות פרשנית, מתן מעמד-על חוקתי לזכויות האמורות משמעו הגבלה חוקתית על כוחה של הכנסת לפגוע בהן בחוק שאיננו עומד בתנאי פסקת ההגבלה<sup>35</sup>. הצד האחר של אותה מטבע הוא מתן סמכות לבית-המשפט העליון לפסול חוקים של הכנסת בגין פגיעה אסורה באותן זכויות, בניגוד לגישה המסורתית שלפיה אין לבית המשפט העליון סמכות לפסול חוקים של הכנסת הפוגעים במפורש בזכויות<sup>36</sup>. בעת פרסום מאמר זה, כחמש שנים לאחר קבלת חוקי-היסוד החדשים, טרם הוכרעה השאלה המרכזית שאנו עוסקים בה, למרות חשיבותה הברורה מאליה. מאמרות-אגב מצטברות בפסיקה ומספר מועט של דיונים בספרות המשפטית ניתן כנראה להבחין כי בין שופטי בית-המשפט העליון ישנן שתי אסכולות עיקריות, ואולי אף שלישית, בשאלה האם חלים חוקי-היסוד על הזכויות הבלתי-מנויות. לפי גישה אחת, שבה תומכים ככל הנראה הנשיא ברק<sup>37</sup> והשופטים אור<sup>38</sup>,

נ' שר הדתות, פ"ד מב(3) 377, 381 (חופש האמונה, הדת והפולחן): ע"א 593/81 מפעלי רכב אשדוד בע"מ נ' ציזיק, פ"ד מא(3) 169, 190 (זכות השביתה). מרביתן של זכויות אלו נכללו גם בהצעות השונות לחקיקתה של מגילת זכויות-אדם בישראל. ראו, למשל, הצעת חוק יסוד: מגילת זכויות-היסוד של האדם, ה"ח תשמ"ג 111, סעיפים 30 (חופש האמונה והדת), 33 (הזכות לחופש הביטוי), 36 (חופש ההתאספות), 37 (חופש ההתאגדות), 44-45 (הזכות לשוויון ואיסור הפליה); א' רייכמן - יו"ר, ב' ברכה, א' רוזן-צבי, ע' שפירא הצעת חוקה למדינת ישראל סעיפים 7 (שוויון), 16 (מניעת הפללה עצמית), 22 (חופש הדת והמצפון), 24 (חופש הביטוי), 27 (חופש ההתאגדות).<sup>35</sup> ראו לעיל הערה 5. לנפקות הכללת הזכויות הבלתי-מנויות בחוקי-היסוד החדשים ראו להלן פרק ג.  
<sup>36</sup> נהוג להצביע על שתי התבטאויות בפסיקה כחריג לעיקרון ריבונות הכנסת: בבג"צ 142/89 תנועת לאו"ר - לב אחד ורוח חדשה ואח' נ' יו"ר הכנסת ואח', פ"ד מד(3) 529, השופט ברק (כתאורו אז), קובע, בעמ' 554 כי "באופן עקרוני-תורתי, קיימת אפשרות שבית-משפט בחברה דמוקרטית יצהיר על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה". ברק קובע בהמשך, כי על-פי התפישה החברתית והמשפטית המקובלת בישראל, אין בית-המשפט נוטל לעצמו סמכות לבטל חוקים, אך נראה כי הוא מותר את הפתח לביטול עתידי של חוק המתנגש בעקרונות יסוד של השיטה. בבג"צ 889/86 כהן נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מא(2) 540, הנשיא שמגר משאיר בעמ' 543 בצריך עיון את "השאלה החוקתית הרחבה, אם הביקורת השיפוטית של בית-משפט זה משתרעת גם על החקיקה הראשית של הכנסת, מעבר לביקורת בקשר להוראות החקיקות המשוריינות שבחוק היסוד". מעמדן של אמרות אלו לאחר חוקי-היסוד החדשים טרם נתברר, בין השאר מכיוון שמדובר באמרות מועטות שמשמעותן מעולם לא נתבררה לחלוטין. לכאורה דומה, כי ההיגיון שעמד מאחורי הקביעה בעניין לאו"ר שסמכות לפסילת חוקים הסותרים עקרונות-יסוד של השיטה נמצאת בידי בית-המשפט, לא חדל עם חקיקת חוקי-היסוד החדשים, המעגנים חלק מן הזכויות במפורש.  
<sup>37</sup> ראו, למשל, המקורות לעיל בהערות 19-21.  
<sup>38</sup> ראו, למשל, בבג"צ 5394/92 הופרט נ' יד ושם, רשות הזכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח(3) 353 (להלן: עניין הופרט). יצוין, עם זאת, שהשופט אור, מחלוצי הכללת הזכויות הבלתי-מנויות תחת

= 265 =

מצא<sup>39</sup> והשופט בדימוס דב לוין<sup>40</sup>, חוקי-היסוד חלים על הזכויות הבלתי-מנויות, או לפחות על חלק מהן. כהמחשה לרוחב היריעה של גישה זו ניתן להביא ציטוט ממאמר של השופט ברק שפורסם מיד לאחר קבלתם של חוקי-היסוד החדשים:

על-פי גישה פרשנית זו, המושג "כבוד האדם וחירותו" צריך לקבל את משמעותו המלאה. יש ליתן לו אותו תוכן, אשר ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית מעניקים (אובייקטיבית) למושג "כבוד האדם וחירותו". מהותו תיקבע על-פי תפיסות היסוד של "הציבור הנגזר" בישראל. על כן, יש לכלול במסגרת "כבוד האדם וחירותו" את השוויון, חופש הביטוי, חופש האמונה והדת, חופש היצירה, האסיפה וההתאגדות. כל אלה הם ביטוי לכבוד האדם וחירותו במדינה יהודית ודמוקרטית<sup>41</sup>.

הגישה האחרת, המיוצגת בידי השופטים זמיר<sup>42</sup>, חשין<sup>43</sup> וכנראה גם השופט גולדברג<sup>44</sup> לכל הפחות נמנעת בשלב זה מלקבל את הרחבת התחולה על הזכויות הבלתי-מנויות, אולם דומה כי עדיין מוקדם להיווכח אם בבוא היום שבו תידרש הכרעה ברורה לכאן או לכאן אכן יפסקו חברי קבוצה זו כי חוקי-היסוד אינם חלים על הזכויות הבלתי-מנויות. להמחשת גישה זו ניתן להביא את דבריו של השופט זמיר בעניין שדולת הנשים, שניתן לאחר כמה וכמה אמרות בפסיקה בזכות מעמד-העל החוקתי של הזכויות הבלתי-

כנפי חוק היסוד, דחה את הכללתה של הזכות לחינוך, זכות "חברתית" חשובה, בגדר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: בג"צ 7715/95, 1554 עמותת "שוחרי גיל"ת" נ' שר החינוך, התרבות והספורט, דינים-עליון מד 116.  
<sup>39</sup> בבג"צ 454/94, 453 שדולת הנשים נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501 (להלן: עניין שדולת הנשים); עע"א 4463/94, רע"ב 4409/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, דינים-עליון מד 358 (להלן: עניין גולן).  
<sup>40</sup> עניין בזק, לעיל הערה 20; בבג"צ 726/94, 878 כלל חברה לביטוח בע"מ ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד מח(5) 441.

41 ברק - ההיקף וההגבלות, לעיל הערה 19, בעמ' 261. דברים דומים כתב הנשיא ברק גם בספרו פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 421.  
42 ראו עניין שדולת הנשים, לעיל הערה 39.  
43 ראו עניין בזק, לעיל הערה 20.  
44 ראו בג"צ 7111/95 מרכז השלטון המקומי ואח' נ' כנסת ישראל ואח' (טרם פורסם. ניתן ב-6.2.1996. להלן: עניין מרכז השלטון המקומי) השופט גולדברג, בפסקה 10 לפסק-דינו, מצטרף לגישה שהובעה על-ידי השופטים זמיר וחשין: "גישה זו של שני חברי המבטאת איפוק בפיתוחה של הלכה בנושאים קונסטיטוציוניים מקובלת אף עלי". עם זאת, בדנ"א 2401/93 נחמני נ' נחמני, דינים-עליון מד 98, קובע השופט גולדברג כי האוטונומיה של הרצון הפרטי מעוגנת כיום כחלק מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, קביעה אשר כפי שנראה להלן, עשויה להוות מקור להכללת רבות מן הזכויות הבלתי-מנויות.

= 266 =

מנויות. אמנם, השופט זמיר אינו קובע במפורש כי הוא מתנגד למתן מעמד העל החוקתי ולכאורה הוא אך משאיר את השאלה פתוחה. עם זאת, מצורת הניסוח, מעמדה שהביע זמיר במאמר משפט<sup>45</sup> ומההקשר - התנגדות לדעת שופט אחר שתמך בהרחבה שתכלול את הזכויות הבלתי-מנויות - ניתן לשער כי דעתו של השופט זמיר אינה נוחה מכלילת הזכויות הבלתי-מנויות:

בפסיקה שלאחר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מפוזרות אימרות-אגב המוצאות פנים הרבה בחוק היסוד. בעיקר כך בזכות לכבוד. וכך גם בספרות המשפטית. יש המוצאים בכבוד האדם את עקרון השוויון, יש המגלים בו את חופש הביטוי, ויש התולים בו זכויות יסוד אחרות שלא בא זכרן בחוק היסוד. מי שמקבץ את האמרות האלה יכול להתרשם כי כבוד האדם הוא, כביכול, כל התורה כולה על רגל אחת, וכי ניתן לומר עליו, כמאמר הכמים, הפוך בו והפוך בו דכולא בו. ואילו אני מבקש להזהיר עצמי, בהקשר זה, מפני אמרות-אגב המוצאות דרכן בין השורות של פסקי הדין, בנושא עקרוני ויסודי כל כך, ללא דיון עמוק לגופו של עניין כחלק מתחייב של הפסק. אני סבור כי אם אין צורך בכך, ועד שיתעורר הצורך, מוטב שלא להתחייב. דיה לבעיה בשעתה. בבחינת אל תעירו ואל תעוררו עד שתחפץ... . במקרה זה, לדעתי, אין כלל צורך לומר כי עקרון השוויון הוא בגדר זכות יסוד המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כחלק מן הזכות לכבוד, וכי יש לו, לכן, מעמד על חוקי. אם כך הוא או לא, ימים יגידו<sup>46</sup>.

מפסק-הדין בעניין אליס מילר<sup>47</sup>, אשר יידון להלן<sup>48</sup>, ניתן להסיק, כי השופט דורנר אף היא מסתייגת מהכללת הגורפת של הזכויות הבלתי-מנויות. אולם עמדתה של השופטת דורנר, שהובעה לאחרונה בעניין גולן<sup>49</sup> גם ביחס לחופש הביטוי, שונה מעט. ההתבטאויות בפסיקה ובספרות המשפטית המרחיבות את תחולתם של חוקי-היסוד החדשים על הזכויות הבלתי-מנויות אין אחידות. הן שונות זו מזו הן בהיקף הזכויות

45 במאמר שפרסם בשנת תשנ"ב כתב פרופ' זמיר (אז דיקאן הפקולטה למשפטים בחיפה), כי "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מגן גם על זכות הקניין ועל זכויות-יסוד נוספות. אולם עדיין נותרו זכויות-יסוד חשובות שלא עוגנו בחוק-יסוד, ובראשן חופש הביטוי" (י' זמיר "הסמכות המנהלית" משפט וממשל א (תשנ"ב) 81, 82 בהערה 4 (להלן: זמיר)).  
46 עניין שדולת הנשים, לעיל הערה 39, בעמ' 536.  
47 בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מט(4) 94 (להלן: עניין אליס מילר).  
48 ראו להלן, פרק ד3.  
49 לעיל הערה 39.

= 267 =

הבלתי-מנויות שהן מבקשות להכניס תחת כנפי חוקי-היסוד החדשים הן בדרכים הפרשניות הננקטות או המוצעות כדי להרחיב את תחולתם. עמדתנו, אשר תוצג בהרחבה בהמשך המאמר, היא כי אין מקום להרחיב את תחולת חוקי-היסוד החדשים מעבר לזכויות-היסוד הנקובות בהם במפורש, מתוך מגוון נימוקים ושיקולים, וביניהם ההיסטוריה החקיקתית, שיקולים לשוניים, המדיניות המשפטית הראויה ועתידו של תהליך כינון החוקה במדינת ישראל. לאחר הצגה קצרה של הרקע לקבלת חוקי-היסוד החדשים והפסיקה שבעקבותיהם נבחן מקרוב את התיזות השונות שמכוחן יש המבקשים לקבוע, כי חוקי-היסוד החדשים כוללים את הזכויות הבלתי-מנויות. נישם תיזות שונות אלו לגבי עקרון השוויון, מהחשובות שבזכויות הבלתי-מנויות, ונצביע על הסיכונים הכרוכים בגישה המרחיבה. לאחר-מכן נדון ביישומם של העקרונות לשאר הזכויות הבלתי-מנויות, ננסה להציע הסברים לתהליך הרחבת התחולה של חוקי-היסוד ונבקש להציע כיצד עשוי - לדעתנו - בית-המשפט העליון, בהרכב מורחב, להכריע בסוגייה זו.

## ב. הרקע לקבלת חוקי-היסוד החדשים

שני מאפיינים היסטוריים של חוקי-היסוד החדשים רלבנטיים לדיוננו. ראשית, תהליך ה"אטומיזציה" של זכויות האדם. שנית, היות חוקי-היסוד החדשים, ובפרט חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לא רק תוצאה של פשרה פוליטית, אלא אף פרי עיצובה של אותה פשרה. נדון בעניינים אלו כסדרם.

### 1. ההיסטוריה של קבלת חוקי-היסוד החדשים ותהליך ה"אטומיזציה"<sup>50</sup>

עם הקמת המדינה היתה כוונת האבות המייסדים לכוון חוקה לישראל תוך זמן קצר. כוונה זו אף עוגנה בהכרזה על הקמת מדינת ישראל<sup>51</sup>. אולם במציאות הפוליטית של ראשית המדינה לא עלה בידי מנהיגיה להביא לכינון חוקה, והתהליך הסתיים בהחלטה, שנתקבלה ביום 13 ביוני 1950 ("החלטת הררי") לכוון את החוקה "פרקים-פרקים, באופן שכל אחד מהם יהווה חוק-יסודי בפני עצמו"<sup>52</sup>. עד לקבלת חוקי-היסוד החדשים

---

<sup>50</sup> רקע זה מובא בראשי פרקים בלבד. המעוניינים ביתר פירוט מופנים אל המקורות המצוטטים בהערות של תת-פרק זה.  
<sup>51</sup> ע"ר תש"ח 1.  
<sup>52</sup> ד"כ 5 (תש"י) 1743. לתיאור התפתחות חוקי-היסוד ראו א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהד' רביעית מורחבת, תשנ"א כרך א) 447 ואילך (להלן: רובינשטיין); עניין בנק

= 268 =

התמקדו כל חוקי-היסוד בכינון רשויותיה ומוסדותיה של המדינה ועקרונות פעולתם. חוקי-היסוד לא עסקו כלל בזכויות אדם<sup>53</sup>, הגם שהצעות בדבר פרק על זכויות אדם נכללו כבר בהצעות שהונחו בפני ועדת-החוקה של מועצת-המדינה הזמנית, הצעה מקיפה ראשונה בנושא זה הונחה על שולחן הכנסת כבר בשנת 1964, ומאז ועד שנות התשעים הונחו כמה הצעות שהליכי החקיקה שלהן מעולם לא נסתיימו<sup>54</sup>. לידתם של חוקי-היסוד החדשים, במהדורה הנוכחית, בהצעת חוק יסוד: זכויות האדם, שהגיש בשנת 1990 שר-המשפטים דאז, דן מרידור, לממשלה, אולם הממשלה לא קיבלה אותה<sup>55</sup>. חבר-הכנסת אמנון רובינשטיין מעיד על עצמו, כי צפה מראש את המכשולים הצפויים להצעת החוק בממשלה ולפיכך הגיש את הצעת שר-המשפטים, מלה במלה, כהצעת חוק פרטית, הגם שלא הזדהה הזדהות מלאה עמה<sup>56</sup>. ההצעה הועברה לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, אולם הליכי קבלתה מעולם לא

---

המזרחי, לעיל הערה 1, פסק-דינו של השופט ברק, פסקאות 23-10; י' ה' קלינגהופר "הקמת מדינת ישראל - סקירה היסטורית-חוקתית" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (י' זמיר עורך, תשנ"ג), 53.  
<sup>53</sup> חוקי-היסוד עסקו בכנסת, בממשלה, בנשיא המדינה, במערכת-השפיטה, במשק המדינה, במבקר המדינה, במקרקעי ישראל, בצבא ובירושלים כבירת ישראל. חריג מסוים ניתן לראות בהוראות יחידות של חוקי-היסוד, אשר נבעו כנראה מתוך הכרה בזכויות-יסוד. הדבר נכון, למשל, לגבי עקרונות השוויון שנקבעו בחוק יסוד: הכנסת, ס"ח תשי"ח 69, המעגן את הזכות החוקתית לבחור ולהיבחר בסעיפים 4 ו-6 ואף מקנה מעמד משוריין לסעיף 4 לחוק. זכויות האדם שימשו גם בסיס אפשרי להוראות אחרות בחוקי-היסוד: הוראת סעיף 1 לחוק יסוד: משק המדינה, ס"ח תשל"ה 206, כי מסים יוטלו רק בחוק או על-פיו; הוראת סעיף 4 לחוק יסוד: הצבא, ס"ח תשל"ו 154, כי החובה לשרת בצבא והגיוס לצבא יהיו כפי שנקבע בחוק או מכוחו; והוראת סעיף 3 לחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל, ס"ח תש"ם 186, המבטיחה את חופש הגישה של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם ומגנה מפני פגיעה ברגשותיהם.  
יצוין, כי אף בארצות-הברית הוסדרו מוסדות המדינה לפני זכויות האדם: חוקת ארצות-הברית, שעסקה במבנה הממשל, אושרה בשנת 1787, ואילו "מגילת-הזכויות" (Bill Of Rights) אושרה רק בשנת 1791. לרקע ההיסטורי ולאוסף של המסמכים החוקתיים הראשוניים בארצות-הברית ראו א' גוטפלד תחילתה של אומה: יישום הרעיון החוקתי בארצות-הברית 1776-1800 (תשמ"ט).

<sup>54</sup> עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 1, פסק-דינו של הנשיא ברק, פסקה 24. ראו תיאור מפורט של התפתחות (או, ליתר דיוק, אי-התפתחות) החקיקה בתחום זה בפסקאות 28-24 לפסק-דינו.  
<sup>55</sup> ראה מאמרו של השר מרידור, הקובע כי הממשלה לא קיבלה את ההצעה "מסיבות בלתי ענייניות": ד' מרידור "עיקרים בהצעת חוק-יסוד - החקיקה" משפט וממשל א (תשנ"ג) 387.  
<sup>56</sup> רובינשטיין, לעיל הערה 51, כרך ב, בעמ' 706-707. ראו גם דברי ההסבר להצעות החוק הפרטיות, ד"כ תש"ן 443 (הצעת חוק יסוד: זכויות-היסוד של האדם: "נוסח זה הוא העתק מילולי של הצעתו של שר המשפטים, כפי שפורסמה בציבור. חקיקת חוק זה מתעכבת במשך שנים רבות מפאת מחלוקת קואליציונית"); ד"כ תשנ"א 3365 (הצעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו).

= 269 =

הושלמו<sup>57</sup>. לפיכך נקט חבר-הכנסת רובינשטיין, שהוא גם פרופסור למשפט חוקתי, גישה חדשה, שזכתה לכינויים "אטומיזציה" או "פירוק לגורמים". בשלהי הכנסת השתים-עשרה של ח"כ רובינשטיין מתוך הצעת חוק-יסוד: זכויות האדם,

כמה זכויות, סיווג חלק מהן לקבוצות והגיש כל זכות או קבוצת-זכויות כהצעת חוק-יסוד נפרדת. ואכן, חוק יסוד: חופש העיסוק, וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהיו חלק מתהליך האוטומיזציה, סיימו את כל הליכי החקיקה בימיה האחרונים של הכנסת השתיים-עשרה. בכנסת השלוש-עשרה הונחו הצעות חוקי-יסוד נוספים בשיטת ה"אוטומיזציה": הצעת חוק יסוד: זכויות במשפט<sup>58</sup>; הצעת חוק יסוד: חופש הביטוי וההתאגדות<sup>59</sup>; והצעת חוק יסוד: זכויות חברתיות<sup>60</sup>, אולם הכנסת השלוש-עשרה לא השלימה את חקיקתן<sup>61</sup>.

ח"כ רובינשטיין העיד על עצמו, כי איננו מאושר מן הטכניקה של "פירוק לגורמים", אולם ההסכמים הקואליציוניים בין המפלגות הגדולות מנעו את קבלת חוק יסוד: זכויות האדם בשלמותו, ולדבריו, "מוטב לקבל הצעת חוק המשריינת את זכויות האדם למקוטעין מאשר לוותר על השיריון הזה כולו"<sup>62</sup>. מן ההצעה המקורית של ח"כ רובינשטיין (ושל משרד-המשפטים, שאותה אימץ) נפלו מסיבות פוליטיות - השוויון, חופש הדת, חופש התנועה - אשר כולן נכללות כיום, על-פי הגישה המרחיבה, בגדר הזכויות הבלתי-מנויות שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>63</sup>.

<sup>57</sup> "חוק יסוד: זכויות האדם... מצא לו קבורה לא מכובדת בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת עקב הסכמים קואליציוניים של שני צידי הבית, של הליכוד ושל המערך, ומאז ועד היום לא קיימה ועדת החוקה, חוק ומשפט אף לא דיון אחד בהצעת חוק זו" (ד"כ תשנ"ב 1235 [ח"כ רובינשטיין]).

<sup>58</sup> ה"ח תשנ"ד 99; וכן 335.

<sup>59</sup> ה"ח תשנ"ד 101; וכן 336.

<sup>60</sup> ה"ח תשנ"ד 337.

<sup>61</sup> הצעות חוק-היסוד בדבר זכויות במשפט ובדבר חופש הביטוי וההתאגדות נפלו בכנסת בקריאה ראשונה והוגשו מחדש על-ידי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, כשאליהן מתוספת הצעת חוק יסוד: זכויות חברתיות. הכנסת ה-13 לא קיבלה אף אחת מהצעות אלו ובעת מסירת מאמר זה לדפוס אין הכנסת ה-14 עומדת לקבל איזו מהן. ראו גם דברי ח"כ רובינשטיין בכנסת ד"כ תשנ"ב 1235.

<sup>62</sup> ד"כ תשנ"ב 1235.

<sup>63</sup> לניתוח מפורט של תהליך ה"אוטומיזציה" ולביקורת עליו ראו 'קרפ', "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

- ביוגרפיה של מאבקי כח" משפט וממשל א (תשנ"ג) 323, 340-338 (להלן: קרפ - ביוגרפיה של מאבקי כח). נראה, כי הגב' קרפ אף טבעה את המונח "אוטומיזציה". בעמ' 339 בהערה 61 מציינת קרפ גם זכויות נוספות שנשמטו, ובהן חזקת הזכאות בפלילים, שאף היא נכללת בזכויות הבלתי-מנויות. ראו להלן פרק 3(ד).

= 270 =

## 2. חוק-היסוד - תוצר של פשרה פוליטית

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, היה תולדה של פשרה פוליטית, ופשרה זו ניכרת היטב בעיצובו ובתכנון<sup>64</sup>. ח"כ אוריאל לין, יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת עמד על כך, בהביאו את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לקריאה שנייה ושלישית בכנסת:

החוק הזה הוכן בהבנה שעלינו ליצור הסכמה רחבה של כל סיעות הבית. היינו מודעים לכך, שאין אנו יכולים להעביר חוק-יסוד, שמעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אם לא נגיע להסכמה רחבה של כל סיעות הבית... והיו פה ויתורים מפליגים לעומת כל חוקה שמקובלת בעולם, כי רצינו להגיע לאותה הסכמה כללית שאכן הגענו אליה<sup>65</sup>.

למעשה, אחת הסיבות העיקריות לתהליך ה"אוטומיזציה" של זכויות האדם היתה התקווה לזכות לקונסנזוס - או לפחות לרוב ניכר - לגבי אותם חלקים שיעברו בכנסת. העיד על כך ח"כ רובינשטיין:

הצעות חוק-יסוד אלה שאני מביא בפני הכנסת נועדו לעקוף את המכשלה הגדולה שמנעה קבלת חוק יסוד: זכויות האדם... מוטב מערכת

<sup>64</sup> ראו קרפ - ביוגרפיה של מאבקי כח, שם, בעמ' 328-326, 344-333.

<sup>65</sup> ד"כ תשנ"ב 3782-3783 (ח"כ אוריאל לין). המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, יהודית קרפ, הביעה ספק אם ניתן לראות בחוק משום "הסכמה רחבה" בשל מיעוט המשתתפים בהצעה, והרוב המצומצם בו התקבל החוק בקריאה השלישית (32 בעד, 21 נגד ונמנע אחד). לדעתנו, במציאות הפוליטית הישראלית אין לייחס חשיבות רבה מדי למיעוט המשתתפים בהצבעה: 54 חברי-כנסת הם מספר גבוה-יחסית של משתתפים בהצבעה בכנסת, מלבד בנושאים שבהם חלוקה הכנסת לאורך הקווים של קואליציה ואופוזיציה, שאז מתקיים לעתים "גיוס כללי". לגבי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, השאירה הממשלה חופש הצבעה לחבריה ולחברי הקואליציה. ראו הודעת שר-המשפטים, ד"כ תש"ן 405. לדעתנו, את הרוב של 32 מול 21 ניתן במציאות הישראלית להגדיר כרוב של ממש, אולם נכון הוא שאין הוא מבטא קונסנזוס. כן ראו את דברי ח"כ מיכאל איתן שהתנגד לקביעה כי החוק מובא מתוך הסכמה רחבה (ד"כ תשנ"ב 3782 ואילך). לשם השוואה: חוק יסוד: חופש העיסוק המקורי (מתשנ"ב) נתקבל בקריאה שלישית ברוב של 23 וללא מתנגדים ונמנעים (ד"כ תשנ"ב 3393). כן ראו דברי השופט מ' חשין לעניין זה בעניין בנק המזרחי, לעיל הערה 1, פסקה 65 לפסק-דינו, שם ציין כי רוב מוחלט של חברי הכנסת (66 חברים) נעדרו מן הדיון על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.



של חוקי-יסוד נפרדים, שלגביהם, כך אני מאמין, יש הסכמה בבית מאשר העדר כל שריון של זכויות האדם בישראל.<sup>66</sup>

בצדק העירה יהודית קרפ, כי "פשרה פוליטית זו לא היתה פשרה מתודית או טקטית בלבד. היא ביטאה פשרה שבמהות... תהליך האוטומיזציה יועד ונוצל לניטרול ההצעה ממרכיביה הבעייתיים"<sup>67</sup>. מרכיב מהותי בפשרה האמורה היה הוויתור של מציעי חוק-היסוד על עקרון השוויון, על חופש האמונה והדת ועל חופש התנועה בתוך המדינה<sup>68</sup>, שכולן נכללו במפורש בהצעות הקודמות לחוקי-יסוד בעניין זכויות האדם, כדי להשיג את הסכמת המפלגות הדתיות להעברת שאר חלקי חוק-היסוד בכנסת כחלק מן הפשרה. לדברים אלו נייחס משמעות בבואנו לדון אם ניתן וראוי לקבוע כי זכויות-יסוד אלו, שהושמטו מן החוק כמפורש כחלק מהפשרה הפוליטית, בכל-זאת זכו לעיגון חוקתי בחוק-היסוד.

### ג. הנפקויות של עיגון הזכויות הבלתי-מנויות כחלק מחוקי-היסוד החדשים

שתי נפקויות עיקריות לשאלה אם הועלו הזכויות הבלתי-מנויות למעמד-על חוקתי מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. נפקות ראשונה תהיה לגבי חוק חדש, שנתקבל

<sup>66</sup> ד"כ תשנ"ב 2595 (דיון בקריאה ראשונה בהצעת חוק יסוד: חופש העיסוק). ח"כ רובינשטיין הבהיר, כי חוק זה הוא "אחד בסדרה של ארבעה חוקים, שכולם נועדו לשריין את זכויות-היסוד של האדם" והכללים את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; חוק-יסוד: חופש ההפגנה; וחוק יסוד: חופש הביטוי (ד"כ תשנ"ב 2596). ראו גם ד"כ תשנ"ב 2599, דברי ח"כ חגי מירום: "אין ספק שהמחשבה שהעלה ח"כ רובינשטיין, שלפיה באין חוקה יש מקום לנסות לחוקק פרק-פרק של חוק-יסוד, לפחות בנושאים שאנחנו יכולים להסכים עליהם ולמצוא לגביהם חזית רחבה של תומכים בתוך הכנסת, היא מחשבה נכונה". כן ראו דברי שר המשפטים דן מרידור: "מטעמים לא ענייניים ולא צודקים נתעכבה, לצערי, הצעת החוק ההיא, וחבר-הכנסת רובינשטיין יבורך על כך שבחר להציע פרקים מתוכה כחוקי-יסוד נפרדים, שכל אחד מהם דן בזכות יסוד אחרת" (ד"כ תשנ"ב 3390). כמה חברי-כנסת נוספים תמכו בטכניקה זו ובירכו את ח"כ רובינשטיין עליה.

<sup>67</sup> קרפ - ביוגרפיה של מאבקי כח, לעיל הערה 63, בעמ' 340.  
<sup>68</sup> חופש התנועה הפנימי הוסר כדי להבהיר שאין בחוק היסוד כדי לבטל את ההסדרים בדבר סגירת רחובות מסוימים בשכונות דתיות בשבתות ובמועדים. ראו קרפ - ביוגרפיה של מאבקי כח, לעיל הערה 63, בעמ' 340, הערה 66, והאסמכתאות המצוטטות שם.

לאחר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>69</sup>, הסותר בצורה מפורשת ובלתי-ניתנת ליישוב זכות בלתי-מנויה (למשל: את עקרון השוויון) ואף אינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה של חוק-היסוד. עד לחקיקתם של חוקי-היסוד החדשים כמעט שלא היה ספק כי חוק כזה גובר על עקרון השוויון וכי בית-המשפט העליון, גם אם תוך ביקורת, יאשר את תוקפו של החוק בהתאם לעקרון ריבונות הכנסת<sup>70</sup>. אולם לפי קביעת בית-המשפט העליון בעניין בנק המזרחי, שלפיה הוא מוסמך להכריז על חוקים של הכנסת הסותרים את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואשר אינם עומדים בתנאי פסקת ההגבלה כנטולי-תוקף - תקום סמכותו של בית-המשפט להכריז כך גם על חוק הפוגע בעקרון השוויון, אם אכן ייקבע כי השוויון הוא חלק מהזכויות המוגנות בידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

הנפקות השנייה עוסקת בפרשנות נורמות משפטיות וניתן לחלק אותה לשניים: ראשית, העיקרון הפרשני שנהג גם קודם לחקיקתו של חוק-היסוד<sup>71</sup>, ולפיו הועמדו חוקים בחקיקתם הפרשנית כי אין הם סותרים את זכויות-היסוד יצירות הפסיקה של בית המשפט העליון - כלומר: הועדפה פרשנות המקיימת את זכויות-היסוד - עיקרון זה מתחזק גם לגבי הזכויות הבלתי-מנויות<sup>72</sup>. שנית, כאשר השופטים מאזנים בין אינטרסים מתחרים שונים, ייתכן יתרון לאותן זכויות שזכו לעיגון "חוקתי-על-חוקי". תהליך האיזון עשוי להתנהל תוך מתן "משקל גדול יותר לזכויות הנצורות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מאשר המשקל שניתן להן בעבר. באיזון בין האינטרסים המגולמים בזכויות אלו לבין אינטרסים אחרים, שאינם מגולמים בזכויות חוקתיות, התחזק מעמדן

<sup>69</sup> חוקים מלפני תחילתו של חוק-היסוד מוגנים בעזרת הוראת שמירת הדינים, סעיף 10 לחוק-היסוד, שעל-פיה "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד". ראו ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 564-560. עיקרון זה יושם בכמה פסקי-דין שבהם נטענו טענות מכוח חוק-היסוד כנגד חוקים שהתקבלו לפני תחילתו. ראו, למשל רע"א 3577/93 הפניקס הישראלי נ' מוריאו פ"ד (מח) 70. ראו גם עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 1, שבו נידון חוק אשר נחקק לאחר כניסתו לתוקף של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והמתקן חוק הפוגע בקניין שנתקבל קודם לחוק-היסוד. להוראת שמירת הדינים ראו גם לעיל הערה 5.

<sup>70</sup> המלה "כמעט" נוספה עקב פסקי-הדין לאו"ר וכהן, שבהם הועלתה האפשרות העקרונית של פסילת חוק של הכנסת הסותרת עקרונות-יסוד של השיטה. ראו לעיל הערה 36.

<sup>71</sup> ליישומו של הכלל הפרשני לפני חקיקתם של חוקי-היסוד החדשים ראו, למשל, בג"צ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד יח(1) 598, 611; בג"צ 953/87, 1/88 פורז נ' מועצת עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 329; בג"צ 507/81 אבו-חצירא נ' היועמ"ש, פ"ד לה(4) 561, 585; בג"צ 252/77 בבאג'ני נ' עיריית תל-אביב-יפו ואח', פ"ד לב(1) 404, 415-416; בג"צ 413/73 ביקל נ' שר החקלאות ואח', פ"ד כח(2) 827, 832.  
<sup>72</sup> ראו עניין אליס מילר, לעיל הערה 47, עמ' 12, פסקה 14 לפסק-דינו של השופט מצא. אולם ראו גם פסק-דינו של השופט זמיר בעניין שדולת הנשים, לעיל הערה 39, בעמ' 535, שאינו מייחס חשיבות יתירה לשוני הפרשני (הדברים מובאים בטקסט שלאחר הערה 109 להלן).

= 273 =

של האינטרסים הראשונים <sup>73</sup>. הכרה בזכויות הבלתי-מנויות משמעה חיזוקן בהליכים של איזון אינטרסים. מבין שתי הנפקויות העיקריות <sup>74</sup>, הראשונה (העוסקת בפסלות חוקים) משמעותית יותר לאין-ערור מן האחרת, העוסקת בפרשנות. אשר לפרשנות ולהליך איזון האינטרסים, האמת ניתנת להיאמר כי שופטי בית-המשפט העליון חופשיים למדי בפרשנות, בזיהוי אינטרסים ובמיוחד במתן המשקל הראוי לכל אחד מן האינטרסים המתנגשים. ואף-על-פי-כן ייתכן, שישנה משמעות בתהליך האיזון לכך שאינטרס אחד יהיה בגדר זכות-יסוד "חוקתית-על-חוקית", ואילו זכות אחרת תהיה זכות-יסוד "סתם". לדעתנו, ייתכן כי דווקא כניסתו של גורם "המדרג הנורמטיבי" למערכת-האיזונים שעל בית-המשפט להפעיל במקרה של איזון אינטרסים היתה אחת הסיבות לגישה המרחיבה את המעמד החוקתי-על-חוקי למכלול זכויות האדם, כולל הזכויות הבלתי-מנויות, ובכך עוד נשוב לדון <sup>75</sup>.  
אולם הסמכות לפסילת חוקים של הכנסת, סמכות קונטרוברסלית כשלעצמה, היא מצומצמת למדי <sup>76</sup>, ובהרחבת רשימת העילות כך שתחול גם על פגיעה במכלול הזכויות הבלתי-מנויות ישנה הגדלה ניכרת של מרחב הסמכות של בית-המשפט העליון (ובמקביל, צמצום לריבונותה של הכנסת) כמה וכמה מונים.  
יש לציין, כי שתי הנפקויות הן תוצאה של אותה עמדה משפטית: אם הזכויות הבלתי-מנויות נכללות בחוקי-היסוד החדשים, יש מקום לשתי הנפקויות כאחת. אם הזכויות הבלתי-מנויות אינן מועלות למעמד-על חוקתי בידי חוקי-היסוד החדשים, אין מקום לאף אחת משתי הנפקויות.

<sup>73</sup> עניין הופרט, לעיל הערה 38, בעמ' 363, שם נאמר גם: "פרשנות נורמות משפטיות, ובכללן כמובן החקיקה, תיעשה לאור העלתו של עקרון השוויון במדרגה נורמטיבית והפיכתו לעיקרון בעל מעמד חוקתי, על-חוקי". ראו גם ע"א 1188/92 הוועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים ג' ברעלי, פ"ד מט(1) 463, 483; בש"פ 6654/93 בינקין נ' מ"י, פ"ד מח(1) 290, 293; בר"ע 7208/93 וייסגלס נ' וייסגלס, פ"ד מח(4) 529, 537.  
<sup>74</sup> נפקות נוספת היא החובה המוטלת על רשויות השלטון לכבד "את הזכויות שלפי חוק זה" (סעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). טיבה של נפקות זו טרם נתלבן די צורכו.  
<sup>75</sup> ראו להלן, פרק ח.  
<sup>76</sup> עניין מרכז השלטון המקומי, לעיל הערה 44. שם עמד בית-המשפט העליון על ריבוי העתירות ועל הגישה כי חוק ייפסל רק כמוצא אחרון.

= 274 =

#### חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הזכות לשוויון I

1. כללי

התיזות השונות לטענה כי הזכויות הבלתי-מנויות מעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, יומחשו, בפרק הבא בעזרת אחת החשובות מבין הזכויות הבלתי-מנויות - הזכות לשוויון.  
הזכות לשוויון נבחרה ליישום מכמה סיבות. ראשית, כפי שיובהר להלן <sup>77</sup>, דווקא לגבי הזכות לשוויון ברור באופן חד-משמעי מן ההיסטוריה החקיקתית <sup>78</sup> כי כוונת מציעי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו היתה לוותר על עיגונה בחוק. שנית, נראה כי מבין הזכויות הבלתי-מנויות, הזכות לשוויון היא זו שזכתה למירב ההתבטאויות בפסיקה שלפיהן אמנם זכתה למעמד-על חוקתי מאז חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ושלישית, בספרות המשפטית, ובמיוחד במאמרה של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, יהודית קרפ <sup>79</sup>, הוצעו דרכים שונות לעגן בהן את השוויון כחלק מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו - דרכים אשר יידונו להלן.  
אין חולק על חשיבותה, ותקפה <sup>80</sup> ומרכזיותה של הזכות לשוויון כזכות יצירת פסיקה במשפט הישראלי, כמו גם בשיטות משפט אחרות <sup>81</sup>. על חשיבותו של השוויון נאמרו ההתבטאויות רבות: "הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" - קבע השופט

<sup>77</sup> ראו להלן פרק ד2.

<sup>78</sup> המונח "היסטוריה כינונית" לא קנה לו שביטה במקומו, ועל-כן ייעשה שימוש במונח "היסטוריה חקיקתית" אף לגבי חוקי-יסוד, יצירי סמכותה המכוננת של הכנסת. יתר על כן: אם נכונה עמדתו של הנשיא שמגר בעניין בנק המזרחי (לעיל הערה 1), שלפיה מקור הסמכות לחוקי-היסוד איננו רציפות הסמכות המכוננת אלא עקרון ריבונות הכנסת - השימוש בביטוי זה הולם.

<sup>79</sup> קרפ - ביוגרפיה של מאבקי כח, לעיל הערה 63.  
<sup>80</sup> הזכות לשוויון נזכרת כבר בהכרזה על הקמת מדינת ישראל ("הכרזת העצמאות"): "מדינת ישראל תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין" (ע"ר תש"ח 1).  
<sup>81</sup> ראו, למשל, סעיף 3 לחוק-היסוד הגרמני (מובא אצל ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 809); סעיפים 1 ו-7 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, 1948 (מובא בזכויות האדם והאזרח בישראל - מקראה (בעריכת ר' גבזון וח' שניידר, תש"ן, כרך א) 72 (להלן: זכויות אזרח - מקראה). ראו גם פ' רדאי "על השוויון" משפטים כד (תשנ"ד) 241; י' ספיר "יישום עקרון השוויון בפסיקת בית-המשפט הגבוה לצדק" הפרקליט לו (תשמ"ו) 143; רובינשטיין (בעמ' 305-290). וראו מקורות רבים נוספים על השוויון בכרך ג של זכויות אזרח - מקראה, לעיל.

= 275 =

לנדוי בעניין ברגמן<sup>82</sup> "הוא ממהותה ומאופיה של מדינת ישראל" - אמר השופט אלון בעניין בן שלום<sup>83</sup>. [כלל אי-האפליה] "הוא עקרון יסודי חוקתי, השלוב ושזור בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי-נפרד מהן" - קבע השופט שמגר (כתוארו אז) בעניין בורקאן<sup>84</sup>. "השוויון הוא מרכיב מרכזי בהסכמה החברתית עליה מושתתת החברה" קבע השופט ברק (כתוארו אז) בעניין פור<sup>85</sup>.

## 2. הזכות לשוויון וההיסטוריה החקיקתית של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

הזכות לשוויון נכללה במרבית הצעות החוקה וההצעות לחוק-יסוד, לרבות זו שממנה צמח לבסוף חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אולם מציעי חוק-היסוד נאלצו לוותר על הכללת עקרון השוויון בחוק בשל התנגדות המפלגות הדתיות<sup>86</sup>. קרפ, במאמרה המאלף על חוק-היסוד, משתמשת במונחים מתחום המלחמה: "החזית הקונקרטית ביותר, בה ניטשו הקרבות המרים ביותר, היתה סביב נוסחת סעיף השוויון<sup>87</sup>".  
כאמור, ההתנגדות העיקרית, שהובילה בסופו של דבר להשמטתו של השוויון מן החוק, באה מצדן של המפלגות הדתיות. בספרות המשפטית מצאנו שתי סיבות להתנגדות המפלגות הדתיות לעקרון השוויון: יש המציינים את חשש המפלגות הדתיות מפגיעה באי-השוויון הנהוג ביהדות בין גברים לנשים בעניינים מסוימים של המעמד האישי<sup>88</sup>. אחרים מציינים את החשש מפני פסילתם של חוק השבות וחוקים אחרים "הנובעים ממהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית" לפי עקרון השוויון<sup>89</sup>.  
עיון בפסקי-הדין שניתנו בשנים האחרונות בנושא השוויון מעלה, כי החזית שבין המימסד הדתי לבין תחולה מלאה של השוויון רחבה למעשה הרבה יותר. רבות מבין

<sup>82</sup> עניין ברגמן נ' שר האוצר, לעיל הערה 4, בעמ' 698.  
<sup>83</sup> ע"ב 2/88 בן-שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-12, פ"ד מג(4) 221, 272.  
<sup>84</sup> בג"צ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2) 800, 806.  
<sup>85</sup> בג"צ 953/87 פורז נ' ראש עיריית ת"א-יפו, פ"ד מב(2) 309; ראו גם בג"צ 721/94 אל על נ' דנילוביץ ואח', פ"ד מח(5) 749, 761-759 (להלן: עניין דנילוביץ).  
<sup>86</sup> ראו קרפ - ביוגרפיה של מאבקי כח, לעיל הערה 63, בעמ' 336-338; אוריאל לין "תשתית לחוקה כתובה בישראל" המשפט א (תשנ"ג) 81, 86-87; ק' קליין "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו - הערכה נורמטיבית ראשונה" המשפט א (תשנ"ג) 123, 124.  
<sup>87</sup> קרפ - ביוגרפיה של מאבקי כח, לעיל הערה 63, בעמ' 336.  
<sup>88</sup> ראו, רדאי, לעיל הערה 81, בעמ' 254; כ' שלו "צדק במשפחה והעיקרון של שוויון המינים: על רקע הצעת חוק יסוד: זכויות האדם" המשפט ב (תשנ"ה) 21; ד"כ תשנ"ב 1236 (דברי ח"כ א' רובינשטיין); ד"כ תשנ"ב 2598 (דברי ח"כ שולמית אלוני).  
<sup>89</sup> קרפ - ביוגרפיה של מאבקי כח, לעיל הערה 63, בעמ' 336.

= 276 =

הסוגיות הקונטרוברסליות ביותר בתחום השוויון המגיעות להכרעה שיפוטית נוגעות, לפחות בעקיפין, לציבור הדתי, והעמדות המסורתיות של המימסד הדתי נוגדות בדרך כלל את הענקת השוויון. בין אלו ניתן למנות עתירות בגין אפליית נשים במועצות הדתיות ובגופים הבוחרים של רבני ערים<sup>90</sup>, דרישה להעניק לבני-זוג הומוסקסואלים זכויות שוות לאלו של בני-זוג הטרוסקסואלים<sup>91</sup>, עתירות כנגד זכויות-יתר הניתנות לשיבות ולתלמידיהן<sup>92</sup> ועתירות הטוענות לאפליה של חילוניים, קונסרבטיבים ורפורמים לעומת הזרם האורתודוקסי (למשל: בתחום הגיור או הכשרות)<sup>93</sup>.  
יזמם הצעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, נאלצו אפוא לוותר על הכללת סעיף בדבר שוויון בחוק-היסוד, כדי לאפשר את מעבר המהיר של שאר סעיפיו. כבר בדיון בקריאה ראשונה בהצעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, טענו כמה חברי-כנסת כנגד העובדה שאין בחוק-היסוד סעיף שוויון<sup>94</sup>, ומציע הצעת חוק-היסוד, ח"כ אמנון רובינשטיין, אף אמר, כי

אין כאן סעיף שוויון כללי, נכון, מכיוון שסעיף השוויון הכללי הזה היה אבן הנגף, המכשלה שבגללה אי אפשר היה לקבל את הצעת החוק הכוללנית<sup>95</sup>.

היעדרו של סעיף שוויון צוין גם בהסתייגות בעת הדיון בקריאה שנייה ושלישית<sup>96</sup>.

90 ראו, למשל, בג"צ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221; בג"צ 953/87, פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309.  
91 למשל, עניין דנילוביץ, לעיל הערה 85.  
92 ראו, למשל, בג"צ 200/83 וותאד ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד לח(3) 113. לאלה יש להוסיף את סדרת העתירות בנושא גיוס בחורי-ישיבה לצה"ל: בג"צ 40/70 בקר נ' שר הבטחון, פ"ד כד(1) 238; בג"צ 179/82 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד לו(4) 421; ד"נ 2/82 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד לו(1) 708; בג"צ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד מב(2) 441. ראו גם רובינשטיין, כרך א, בעמ' 313-319.  
93 ראו, למשל, בג"צ 397/88 עמותת "מנוחה נכונה" נ' השר לענייני דתות (דינים-עליון כה 199; בג"צ 1031/93 פסרו (גולדשטיין) ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד מט(4) 661 - להלן: עניין פסרו); בג"צ 6111/94 הוועד לשומרי מסורת ואח' נ' מועצת הרבנות הראשית ואח', פ"ד מט(5) 94.  
94 ד"כ תשנ"ב 1241 (ח"כ שולמית אלוני), 1244 (ח"כ משה שחל).  
95 ד"כ תשנ"ב 1532. עם זאת יצוין, כי חבר-הכנסת רובינשטיין אמר גם, כי "ההצעה הזאת, בתוכה, טומנת בחובה את רעיון השוויון בכל מה שנוגע לכבוד האדם וחירותו", שם. הכללת רעיון השוויון כחלק מכבוד האדם וחירותו תידון להלן.  
96 "אני הייתי רוצה לראות בחוק הזה הכרזה האומרת שכל בני-האדם שווים, שיש שוויון בפני החוק... כל בני האדם הם בני-חורין ושווים" (ד"כ תשנ"ב 3786, ח"כ מרדכי יירשובסקי).

= 277 =

ניתן אפוא לסכם נקודה זו בדבריה של קרפ, כי היעדרו של סעיף השוויון אינו בשגגת שכחה וכי ההסכמה הפוליטית - פרי הפשרה שהולידה את החוק - היתה לחוקקו בלי שיקלול סעיף בדבר הזכות לשוויון<sup>97</sup>. לגבי עקרון השוויון, ניתן לומר בבירור כי ההיסטוריה החקיקתית מצביעה במפורש - ולא רק בדרך של שתיקה שפרשנותה משתמעת לשתים פנים - על "כוונת המחוקק" שלא לכלול אותו בחוק היסוד.

3. הזכות לשוויון בפסיקת בית-המשפט העליון לאחר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

דווקא בשל הדברים הללו בולטת העובדה כי מכל הזכויות הבלתי-מנויות, הזכות לשוויון היא הזכות שזכתה לתמיכה הרחבה ביותר בספרות המשפטית ובפסיקה בהכללתה כזכות חוקתית-על-חוקית מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. תחילת הדברים כנראה בשני מאמרים שפורסמו באפריל 1993, כשנה לאחר קבלתם של חוקי-היסוד, בכתב-העת משפט וממשל. במאמרו של השופט ברק<sup>98</sup> הובעה העמדה, כי בביטוי "כבוד האדם וחירותו" מגולמות רבות מבין הזכויות הבלתי-מנויות, לרבות עקרון השוויון<sup>99</sup>. מאמרה של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, יהודית קרפ<sup>100</sup>, שפורסם באותה חוברת, הציע כמה תיזות אפשריות לעיגון של עקרון השוויון כזכות בעלת מעמד נורמטיבי חוקתי-על-חוקי בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, למרות ההיסטוריה החקיקתית הברורה והשמטת השוויון מנוסחו המפורש של החוק. פסק-הדין הופרט נ' "יד ושם"<sup>101</sup>, שניתן במאי 1994 (כשנתיים לאחר שנתקבלו חוקי-היסוד החדשים בכנסת), היה כנראה הראשון שבו נקבע בפסק-דין של בית המשפט העליון כי עקרון השוויון מגיע לדרגה של זכות-על חוקתית. בעניין הופרט קובע השופט אור, תוך שהוא מפנה לשני המאמרים הנזכרים לעיל:

היום ניתן לעגן את עקרון השוויון בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.  
עיגון כזה משמעותו העלאת עקרון השוויון למדרגה נורמטיבית חוקתית, על-חוקית<sup>102</sup>.

97 קרפ - ביוגרפיה של מאבקי כח, לעיל הערה 63, בעמ' 346.  
98 ברק - ההיקף וההגבלות, לעיל הערה 19.  
99 ראו הציטוט בטקסט לעיל ליד הערה 41.  
100 קרפ - ביוגרפיה של מאבקי כח, לעיל הערה 63.  
101 עניין הופרט, לעיל הערה 38 (עתיירה כנגד הקמת מפעל-הנצחה בידי "יד ושם" תמורת תשלום).  
102 שם, בעמ' 362.

= 278 =

יצוין, כי בעניין הופרט למעשה לא נזקק השופט אור לקביעה כי לעקרון השוויון מעמד על חוקתי לצורך ההכרעה בפסק-דינו, הן משום שהוא מגיע למסקנה כי השוויון הוא יסוד מוסד בחוק הספציפי שעמד באותו עניין לפירוש חוק זכרון השואה והגבורה - יד ושם, תשי"ג - 1953<sup>103</sup>, הן מפני שהוא קובע כי, בניסיון קובע, "עקרון השוויון נשמר ושאינו יסוד לטענת האפליה"<sup>104</sup>. עם זאת, בפסיקה מאוחרת יותר, מחדד השופט אור עצמו את פסק-דינו בעניין הופרט כמעגן את עקרון השוויון בחוק-היסוד ואף מבהיר (דבר שלא עשה בעניין הופרט) מכוח איזו תיזה הגיע למסקנה זו:

...לאור מעמדה העל-חוקי של זכות הקניין, כמוה כשאר זכויות שקנו להן מעמד חוקתי...  
(ראה והשווה... ובג"צ 5394/92 הופרט נ' "יד ושם" רשות הזכרון לשואה ולגבורה בו נידון

עיקרון השוויון, המעוגן בסעיף 2 של חוק היסוד שעניינו 'כבודו של אדם באשר הוא אדם' (105) (ההדגשה הוספה - ה' 0').

עיגונו של השוויון כחלק מחוק-היסוד הוזכר שוב בפסק-הדין בעניין שדולת הנשים<sup>106</sup>, שניתן בנובמבר 1994. הפעם מדובר בהרבה יותר מאמרת-אגב מקרית, ולראשונה מתגלעת מחלוקת מפורשת בין שתי האסכולות בבית-המשפט העליון לגבי מעמדה הנורמטיבי של הזכות לשוויון. הגישה המרחיבה מיוצגת בידי השופט מצא, אשר, הגם שהוא מצוין, בראשית הדברים, כי

ככלל לא נראה מעולם צורך לעגן את עקרון השוויון בחקיקה;... ואף עיגונו האפשרי בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כחלק מן הערך של כבוד האדם, אינו מפורש אלא מסתבר<sup>107</sup>.

קובע בהמשך הדברים מפורשות, כי

עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הועלה עקרון השוויון 'למדרגה נורמטיבית חוקתית, על-חוקית' כביטוי של השופט אור בבג"צ... הופרט נ' "יד ושם"<sup>108</sup>.

ס"ח 144. ראו עמ' 365-363 לפסק-הדין.

שם, בעמ' 367.

עניין נוסייבה, לעיל הערה 11. לדין בתזזה זו ראו פרק 2 למאמר.

עניין שדולת הנשים, לעיל הערה 39.

שם, בעמ' 522.

שם, בעמ' 526.

= 279 =

הגישה האחרת יוצגה בידי השופט זמיר, אשר אף כי הסכים לפסק-דינו של השופט מצא ככל שאר העניינים, טרח לכתוב חוות-דעת נפרדת רק לעניין מעמד-העל החוקתי של עקרון השוויון. אמנם, זמיר מסכים כי יש לפרש חוקים כמחילים את עקרון השוויון, בשל אזכור ההכרזה על הקמת המדינה בפסקת "עקרונות היסוד"<sup>109</sup>, ומשום שבהכרזה נזכר עקרון השוויון אולם - לדבריו - "זוהי רק הצהרה נאה, שבפועל אינה מחדשת דבר, שהרי כך נהגנו מאז ומתמיד". כלומר: השופט זמיר איננו מייחס ככל הנראה חשיבות מעשית רבה ל"משנה-התוקף" שמקבל העיקרון הפרשני של העמדת חוקים בחזקתם שנועדו לקיים את זכויות-היסוד, שהרי העיקרון עצמו היה קיים גם לפני חוק היסוד. תחת זאת ממקד השופט זמיר את הדיון בנפקות העיקרית של הקביעה כי השוויון מעוגן כזכות-על חוקתית וכי האפשרות לקבוע כי חקיקה ראשית של הכנסת העומדת בסתירה לעקרון השוויון היא נטולת תוקף:

חברי, השופט מצא, אומר יותר מזה. הוא אומר, אף כי לא בלשון החלטית, כי עקרון השוויון נכלל בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו "כחלק מן הערך של כבוד האדם", שהוא זכות מן הזכויות המעוגנות בחוק-יסוד זה, ולפיכך הועלה עקרון זה, באמצעות חוק היסוד, "למדרגה נורמטיבית חוקתית, על-חוקית". ...אלה הם דברים מרחיקי-לכת. וכי מה משמעות הדבר שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו העלה את עקרון השוויון למדרגה על-חוקית? כאמור אין לכך משמעות מעשית בכל הנוגע לפרשנות חוק או ליישום חוק, שכן כך הוא הדין אף לפני חוק היסוד ומחוצה לו. אמור מעתה, יש לכך משמעות מעשית אחת בלבד: שמעתה עקרון השוויון יכול לשמש את בית-המשפט עילה לפסול חוק חדש שאינו מתיישב עם עקרון השוויון. ושאלה היא אם אמנם זו כוונת החוק<sup>110</sup>.

השופט השלישי בהרכב, השופט קדמי, כלל לא דן בסוגייה. בעניין דנילוביץ', שאף הוא ניתן בנובמבר 1994, סוקר השופט ברק את התפתחותו של עקרון השוויון כעיקרון הלכתי פרי "המשפט המקובל נוסח ישראל" ובדין הישראלי החקוק, וקובע:

לשיאה הגיעה התפתחות זו עם חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם

סעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כפי שתוקן בידי חוק יסוד: חופש העיסוק.

עניין שדולת הנשים, לעיל הערה 39, עמ' 535. להמשך דבריו של זמיר בעניין זה ראו טקסט לעיל ליד הערה 46.

= 280 =

וחירותו, אשר עיגן את השוויון כזכות חוקתית-על-חוקית בגדריו של כבוד האדם<sup>111</sup>.

השופט ברק מסתמך אפוא על התיזה של היות השוויון חלק מ"כבוד האדם"<sup>112</sup>:

כבוד האדם מחייב שוויון בפני החוק. כבוד האדם מניח כי כל אדם הוא יצור חופשי, המהווה מטרה בפני עצמו. תפישה זו מחייבת שוויון בין בני אדם. אין להכיר במושג של כבוד האדם, מבלי לגזור מכך, כמסקנה הכרחית, את השוויון בין בני אדם<sup>113</sup>.

בעניין אליס מילר קובע השופט מצא כמעט כדבר שבשגרה, כי לעקרון השוויון מעמד על חוקתי:

אף ביתר שאת מתחייבת גישה זו מן ההכרה, שעם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו התעלה מעמדו הנורמאטיווי של עקרון השוויון... והוא הפך "לעיקרון בעל מעמד חוקתי על-חוקי" כביטוי של השופט אור בבג"צ 5394/92 הופרט נ' י"ד ושם<sup>114</sup>.

השופט דורנר נדרשה אף היא למעמדו החוקתי של עקרון השוויון ומציעה את שנראה כגישת-ביניים בעניין זה. נקודת-המוצא של השופט דורנר היא ההיסטוריה החקיקתית הברורה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלפיה הושמט עניין השוויון במתכוון<sup>115</sup> והמביא אותה לקביעה הבאה:

על רקע זה ספק בעיני אם ניתן - ועל-כל-פנים, אם ראוי - לקבוע על דרך פרשנות כי תכליתו של חוק-היסוד הינה לספק הגנה חוקתית לעקרון השוויון הכללי. כוונתו הברורה של המחוקק, כעולה מעבודות ההכנה, היתה דווקא שלא לעגן בחוק-היסוד עיקרון כללי זה... ולכאורה אין

-----  
<sup>111</sup> עניין דנילוביץ, לעיל הערה 85, עמ' 760. השופט ברק מצטט בהמשך את דברי השופט אור בעניין הופרט, לעיל הערה 38. השופטים קדמי ודורנר לא התייחסו לסוגייה: השופט קדמי, משום שסבר כי אין בנסיבות העניין כל פגיעה בשוויון; ואילו השופט דורנר סברה שיש בעניין זה פגיעה בשוויון, אולם היא משתיתה את פסק-דינה על עיגונו של עקרון השוויון בחקיקת העבודה הישראלית.  
<sup>112</sup> לתיזה זו ראו להלן פרק 2.

<sup>113</sup> א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא (תשנ"ד) 271, 278-279. השו (לפני חוק-היסוד) בג"צ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 332.  
<sup>114</sup> עניין אליס מילר, לעיל הערה 47.  
<sup>115</sup> ראו לעיל פרק 2 למאמר זה.

= 281 =

לפרש את חוק היסוד באופן המנוגד לתכליתו העולה מעבודות ההכנה<sup>116</sup>.

אולם תוך הפעלת ניתוח שונה במקצת קובעת השופט דורנר, כי מקרים של אפליה על בסיס קבוצתי (למשל: אפליית נשים על בסיס מינון, אפליית גזע מסוים) הם פגיעה ב"כבוד האדם" כזכות חוקתית מוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לדעת השופט דורנר, בהשפלה על בסיס קבוצתי טמונה השפלה, שהיא פגיעה בכבוד במובנו המצומצם<sup>117</sup>.

ה. תיזות לעיגונו של הזכויות הבלתי-מנויות כזכויות-על חוקתיות ויישומן לזכות לשוויון

1. עיגונו של עקרון השוויון מכוח סעיף המטרה

(א) התיזה

סעיף 1א לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, קובע:

חוק-יסוד זה מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית<sup>118</sup>.

יהודית קרפ סבורה כי ניתן למצוא בסעיף המטרה עיגון נורמטיבי למעמדו החוקתי של עקרון השוויון<sup>119</sup>. לגישה, כבוד האדם וחירותו אינם אלא אמצעי להשגת תכלית רחבה יותר - עיגון ערכי המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית, "כלל ערכיה כולם". לפי תיזה זו, מסעיף המטרה "משתמע, שמאז חקיקתו אכן מעוגנים ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית בחוק יסוד, עם כל המשתמע מכך בהיבט המעמד הנורמטיבי ובהיבט הכפיפות לכללים, הקבועים לעניין זה, בחוק היסוד עצמו<sup>120</sup>.

אין חולק, כי השוויון הוא מערכי-היסוד של מדינת ישראל הדמוקרטית, ועל-כן אם אמנם קיבל מכלול ערכי-יסוד אלו עיגון נורמטיבי חוקתי-על-חוקי, יהיה לשוויון מעמד ראוי ביניהם (לאחר שייבחן גם באספקלריא של ערכי המדינה היהודית). לא למותר

-----  
<sup>116</sup> עניין אליס מילר, לעיל הערה 47, עמ' 50, פסקה 4 לפסק-דינה של השופט דורנר.

<sup>117</sup> לתיזה זו ראו להלן פרק 3 למאמר זה.  
<sup>118</sup> על פסקת המטרה ראו ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 309-354. סעיף דומה, המתייחס בהתאמה לחופש העיסוק, מצוי בסעיף 2 לחוק יסוד: חופש העיסוק.  
<sup>119</sup> קרפ - ביוגרפיה של מאבקי כח, לעיל הערה 63, בעמ' 347-351.  
<sup>120</sup> קרפ - ביוגרפיה של מאבקי כח, לעיל הערה 63, בעמ' 347.

= 282 =

לציין, כי תיזה זו, המיושמת בידי קרפ רק לעניין השוויון, יש בה שער רחב דיו להכניס את מכלול הזכויות הבלתי-מנויות, או לפחות את מרביתן, בתור "ערכי-יסוד" של מדינת ישראל. אכן, הרשימות שנערכו בספרות המשפטית של ערכים אלו מרשימות בהיקפן<sup>121</sup>.

(ב) ביקורת על התיזה  
לדעתנו, אין לעגן את הזכויות הבלתי-מנויות, כולל עקרון השוויון, כחלק מערכה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית בפסקת המטרה, בשל הטעמים הבאים: ראשית, פסקת המטרה לא נועדה לקבוע נורמות משפטיות, בכלל, ולא נועדה לעגן את מכלול הערכים של "מדינה יהודית ודמוקרטית" כזכויות-על חוקתיות, בפרט. שנית, ישנה בעיה מהותית בהחלת ערך השוויון במובן הרחב (והראוי) שבו הוא מתפרש בשנים האחרונות בידי בית-המשפט העליון כחלק מ"ערכה של מדינת ישראל" כמדינה יהודית.

(1) פסקת המטרה לא נועדה לקבוע נורמות משפטיות השימוש בחקיקה הישראלית ב"סעיפי מטרה" אינו תדיר, אך הוא נעשה בכמה הזדמנויות אחרות<sup>122</sup>. אין כל תקדים לכך שסעיף מטרה כזה משמש מקור עצמאי לנורמות משפטיות, שלא לדבר על נורמות-על, ויהיה זה מוזר לראות דווקא סעיף כזה כמקור שמכוחו תונהג מגילת-הזכויות המלאה של האדם במדינת ישראל. נראה אפוא, כי יש לראות בסעיף המטרה לא הרבה יותר מכותרת, או "שם ארוך" של חוק, כפי שנהוג, למשל, באנגליה ובארצות-הברית, וכי יש לעשות שימוש בסעיף זה רק

-----  
<sup>121</sup> ראו, למשל, ח' כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית - עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט - ספר הניבל (תשנ"ד) 9 (להלן: ח' כהן); א' ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז) 98-99.  
<sup>122</sup> נוסף על חוקי-היסוד החדשים ניתן לציין את סעיף 1 לחוק החוזים האחידים, תשמ"ג - 1983, הקובע בסעיף 1 שלו כי "חוק זה מטרתו להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים"; את חוקי העידוד במסים: חוק לעידוד השקעות הון, תשי"ט - 1959, ס"ח 234; חוק לעידוד השקעות הון בחקלאות, התשמ"א - 1980, ס"ח 56; חוק לעידוד מחקר ופיתוח בתעשייה, התשמ"ד - 1984, ס"ח 100; את חוק מקורות אנרגיה, תש"ן - 1989, ס"ח 28; את חוק יישום חוזה השלום בין מדינת ישראל לבין הממלכה הירדנית ההאשמית, התשנ"ה - 1995; ואת סדרת החוקים ליישום ההסכמים בין ישראל לאש"ף, הקובעים כי מטרתם ליישם הסכמים אלו: חוק יישום ההסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו (סמכויות שיפוט והוראות אחרות (תיקוני חקיקה), התשנ"ה - 1994, ס"ח 58; חוק יישום ההסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו (הסדרים כלכליים והוראות שונות (תיקוני חקיקה), התשנ"ה - 1994, ס"ח 66; חוק יישום ההסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו (הגבלת פעולות), התשנ"ה - 1994, ס"ח 85.

= 283 =

לפרשנות, ורק אם הוראה מההוראות המהותיות של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, תימצא סתומה או דו-משמעית, אף זאת כנהוג בארצות שהנהיגו "שם ארוך"<sup>123</sup>.  
ניתן לחוק קביעה זו בתהיות נוספות: לו היה סעיף המטרה מקור לכל זכויות-היסוד, מה טעם ראתה הכנסת לשוב ולפרט רק חלק מן הזכויות הללו בסעיפים האופרטיביים של חוק-היסוד? ואם אכן די בסעיף זה כדי לעגן את כל זכויות-היסוד, מדוע נאלץ המחוקק לקבוע את הסעיף פעמיים - פעם בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ופעם בחוק יסוד: חופש העיסוק? עיון בהיסטוריה של חוק-היסוד מלמד, כי סעיף המטרה נכלל בחוק כרכיב מיוחד במבנה שלו. יוזם החוק, ח"כ רובינשטיין, הסביר בעת הדיון בכנסת בקריאה ראשונה, כי החוק עוצב לפי הפורמולה של האמנה האירופאית לזכויות האדם:

דהיינו שקודם כל נקבעים האיסורים המגנים על כבוד האדם ועל חירותו... ואז, לאחר-מכן, בא ההיתר הכללי לחקיקה. וההיתר הכללי לחקיקה אצלנו מורכב בעצם משני סעיפים:  
סעיף 7 [כיום סעיף 8 - ה' ס'] קובע "אין פוגעים בזכויות שבחוק יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל... וסעיף 1 מגדיר את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"<sup>124</sup>.

כלומר: סעיף 1 הוא סעיף המשמש מקור פרשני להוראות פסקת ההגבלה, שעל-פיהן ניתן לפגוע בזכויות-היסוד שבשני החוקים: "כבר נתבשרנו בסעיף 1 שהערכים של מדינת ישראל הם ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית; והמחוקק הניח בצדק שדבר זה עוד יהא זכור לנו לכשנגיע לסעיף 8"<sup>125</sup>.  
העובדה כי ערכיה של מדינת ישראל אינם הופכים לבעלי מעמד-על חוקתי מכוח פסקת המטרה מסתברת אף מנוסח

סעיפים 8, 10 ו-11 לחוק-היסוד, העוסקים בפגיעה, בהגבלה או בכיבוד (בהתאמה) של "זכויות שלפי חוק-יסוד זה".  
"זכויות" נאמר, ולא "ערכים". לו קיבלו ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית עיגון חוקתי מלא,

-----  
<sup>123</sup> ח' כהן, לעיל הערה 121, בעמ' 13. יציין, כי כך נקבע לאחרונה בבית-המשפט העליון גם ביחס לפסקאות מבוא בחיקוקים מנדטוריים כי "אין לראות בהם את מיצוי תכלית החיקוק ואין בכוחם לגרוע מהוראות הפקודה עצמה". ראו עניין פסרו, לעיל הערה 93. דעה זו הובעה גם לגבי סעיף המטרה בחוק החוזים האחידים. ראו ו' לוסטוויז וט' שפניץ חוזים אחידים (תשנ"ד) 15-18.  
<sup>124</sup> ד"כ תשנ"ב 1236.  
<sup>125</sup> ח' כהן, לעיל הערה 121, בעמ' 9.

= 284 =

היו הסעיפים האופרטיביים אוסרים פגיעה בערכי מדינת ישראל שנזכרו בסעיף 1; ולא היא: ערכים אלו הם רכיב חיוני כדי שיתקיים הכוח לפגוע בזכויות המהותיות<sup>126</sup>.  
נציין, כי אף הנשיא ברק קבע כי "יהא זה מרחיק לכת לגרוס, כי בהקשר זה הוענק מעמד על-חוקי לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"<sup>127</sup>.  
ייתכן, כי הקשר בין פסקת ההגבלה ובין פסקת המטרה מעניק מעמד כלשהו לשוויון וליתר ערכיה של מדינת ישראל. על-פי עמדה זו, שנתמכה לאחרונה על-ידי פרופסור זמיר<sup>128</sup>, יהפוך השוויון לערך מוגן במסגרת בחינתו של חוק הפוגע בזכות מנויה. כלומר: חוק הפוגע, למשל, בזכות לקניין חייב, כדי שיהיה תקף לפי פסקת המטרה, להלום את ערכיה של מדינת ישראל ובהם הערך בדבר שוויון, ומכאן שפגיעה בקניין חייבת להיות שוויונית. לעומת זאת, חוק הפוגע בזכות שאיננה מנויה, כגון חוק הפוגע בחופש הביטוי, לא יגיע לבחינה על-פי פסקת ההגבלה וממילא לא יבחן על-פי ערכיה של מדינת ישראל שבפסקת המטרה. אולם המרחק רב בין עמדה זו לבין קביעה כי עקרון השוויון כשלעצמו מעוגן עתה כזכות חוקתית-על-חוקית.

(2) השוויון וערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית  
כבר היזקקות ל"ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית" ככלי פרשנות גורמת למחלוקת חריפה הנובעת מהפערים שבין ערכי הדמוקרטיה לערכי היהדות<sup>129</sup>. אמנם, היהדות תומכת בערך האבסטרקטי של שוויון ובאחדות מנגזרותיו, אולם כפי שפורט לעיל, במוקד ההכרעות המשפטיות הנוכחיות בעניין שוויון עומדים נושאים אשר למימסד הדתי טענות לגביהם, המסתמכות על ערכי היהדות<sup>130</sup>. עיגונו החוקתי של עקרון

-----  
<sup>126</sup> בדומה, טענות ההגנה בחלק הכללי של חוק העונשין או ההגנות של פקודת הנזיקין, אינן "זכויות עצמאיות" בעלות מעמד, אלא רכיב חיוני באפשרות להתנהג בהתנהגות אסורה לכאורה. "הגנה עצמית" או "צורך" אינם ערכים מוגנים בעלי מעמד, והשימוש היחיד בהם הוא למניעת הרשעה בגין פגיעה בערך אחר, שנקבע באמצעות סעיף עבירה ספציפי.  
<sup>127</sup> ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 326.  
<sup>128</sup> י' זמיר הסמכות המנהלית (תשנ"ו), כרך א' 114.  
<sup>129</sup> לתיאור המחלוקת מנקודת-ראותו של הנשיא ברק ראו ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 328-347. לגישתו של השופט אלון ראו מ' אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 659; אלון - חוק-היסוד, לעיל הערה 1, והאסמכתאות הרבות המוזכרות במקורות אלו. ראו גם את עמדתו של הנשיא שמגר בע"ב 1/88 ניימן נ' ועדת הבחירות לכנסת השתיים עשרה, פ"ד מב(4) 177, 189. אמנם, הדברים נאמרו לפני קבלת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אולם בעניין בנק המזרחי, לעיל הערה 1, שעסק במישרין בחוק-היסוד החדש, שב הנשיא שמגר ומפנה אליהם בהקשר של חוק-היסוד. ראו פסקה 51 לפסק-דינו. ראו גם סדרת המאמרים בעניין זה שפורסמו בעיוני משפט יט (תשנ"ה).  
<sup>130</sup> לעיל, ליד הערה 90 ואילך.

= 285 =

השוויון, אם וכאשר יבוא על בסיס ההסכמה הרחבה הראויה למסמך חוקתי, יחייב מלאכת-מחשבת של פישור בין הערכים השונים. איננו סבורים כי זו היתה הכוונה בחוק יסוד, וכך גם עולה מן ההיסטוריה החקיקתית<sup>131</sup>, קביעה כי עקרון השוויון מעוגן מכוח פסקת המטרה, בהיותו חלק מערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית, תציב את עקרון השוויון במרכזה של המחלוקת בדבר "מדינה יהודית ודמוקרטית" ותספק טיעונים של ממש, שיתבססו על היהדות, למתנגדי השוויון או היבטים חשובים שלו. לדעתנו, מצב זה איננו רצוי.  
לדעתנו, לא ניתן אפוא לקבוע כי השוויון - וזכויות בלתי-מנויות אחרות - מעוגנות כיום במעמד-על חוקתי מכוח פסקת המטרה.

2. עיגונו של עקרון השוויון כחלק מזכות-היסוד המוגנת של  
"כבוד האדם" - עיגון מלא

(א) התיזה



על-פי טיעון זה, הביטוי "כבוד האדם" מכיל את עקרון השוויון, מכיוון שכבוד האדם פירושו, על-פי המקורות הדתיים, היבראו של האדם - כל אדם - בצלם אלוהים, או לחלופין, על-פי תיאוריות ליברליות, מכיוון שכבוד האדם כולל את הזכות להביא להגשמתו האישית של האדם<sup>132</sup>. ההכרה ב"אוטונומיה של הרצון הפרטי" כחלק מהזכות המוגנת של כבוד האדם היא מקור ליעגון של זכויות בלתי-מנויות רבות במסגרת "כבוד האדם".  
פרשנותו של המונח "כבוד האדם", כפי שהוא מופיע בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, עומדת במרכז טיעון זה, הרציני ביותר בדבר הכללת הזכויות הבלתי-מנויות, אשר שימש כבר פעמים אחדות לקביעה בבית-המשפט העליון כי עקרון השוויון עוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>133</sup>. המונח "כבוד האדם" הוא מונח "עמום", מורכב ורב-פירושים, כפי שכותבת יהודית קרפ:

131 ראו לעיל פרק ד2 ולהלן פרק ו.

132 קרפ - ביוגרפיה של מאבקי כח, לעיל הערה 63, בעמ' 352-351. לעקרון האוטונומיה האישית ראו ס' דוידוב-מוטולה "פסק-דין פמיניסטי? היבט נוסף על פרשת נחמני" עיוני משפט כ (תשנ"ו) 221, 220-221; הנשיא ברק בג"צ 4330/93, 196/94 גאנב, ע"ד ואח' נ' לשכת עורכי הדין ואח' דינים עליון מד 434, פסקה 14.

133 דברי השופט אור בעניין הופרט, לעיל הערה 38, כפי שפורשו על-ידיו בעניין נוסייבה, לעיל הערה 11; דברי השופט ברק בעניין דנילוביץ', לעיל הערה 85.

= 286 =

כבוד האדם, כפי שפורש בפסיקה עד כה, קשור לתחומים שונים ודבוק בהקשרים אנושיים שונים. זהו מושג מורכב מבחינת מהותו ותכניו והוא עמוס משמעויות, בין כשהוא לעצמו ובין כשהוא בהקשריו<sup>134</sup>.

עמימותו של המונח - וליתר דיוק: פרשנותו מרחיבה שלו<sup>135</sup> - היא המקור העיקרי לגישה כי הזכויות הבלתי-מנויות כלולות בכבוד האדם, וזכות על-כן למעמד החוקתי-על-חוקי הניתן לכבוד האדם, זכות המנויה במפורש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בלשונו של הנשיא ברק, כבוד האדם הוא "זכות מסגרת" אשר ניתן לגזור ממנה זכויות אחרות, מהן זכויות מסגרת, אף הן, כגון השוויון; ומהן זכויות פרטיקולריות, כגון חופש הביטוי, ההפגנה והאסיפה וחופש המצפון והדת<sup>136</sup>. עמד על כך אף הנשיא שמגר:

כבוד האדם משתקף, בין היתר, ביכולתו של יצור אנוש בתור שכזה לגבש אישיותו באופן חופשי, כרצונו, לבטא את שאיפותיו ולבחור בדרכים להגשמתם, לבחור בחירויותיו הרצוניות שלא להיות משועבד לכפיה שרירותית, לזכות ליחס הוגן מצד כל רשות ומצד כל פרט אחר, ליהנות מן השוויון אשר בין בני אנוש, לזכות לתשומת הלב הראויה של החברה בה הוא חי, להשיג דעת או לסרב לדעת, כרצונו<sup>137</sup>.

134 י' קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" משפטים כה (תשנ"ה) 129, 132 (להלן: קרפ - כבוד האדם).

135 "קביעה שיפוטית לפיה ניתן לגזור מזכות המסגרת בדבר כבוד האדם את הזכויות הפרטיקולריות (ללא שם) בדבר חופש הביטוי, האמונה, הדת והשוויון, היא קביעה שיפוטית פרשנית. בית-המשפט לא קבע קיומו של חסר בדיבור 'כבוד האדם' ולא עסק בפעילות שיפוטית של השלמת חסר. הוא פירש את הדיבור 'כבוד האדם' על רקע תכליתי" (ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 138).

136 ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 361-357.

137 ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני ואח', פ"ד מח(3) 837, ראו גם H. Cohen "On the Meaning of Human Dignity" 13 Israel Yearbook on Human Rights (1983) 226; וכן ח' כהן, לעיל הערה 121, בעמ' 32, שם תמך השופט בדימוס כהן, במאמר שפרסם לפני פסקי-הדין שהציעו להרחיב את תחולת המונח "כבוד האדם" שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בפרשנות של המונח הכוללת, נוסף על שמו הטוב של האדם (honour), גם את עקרון השוויון: "ההגנה על כבוד האדם אינה רק באיסור לשון הרע, כי אם גם בהבטחת שוויונו בהזדמנויות ובסיכויים, ובמניעת הפליה כלשהי מחמת מין, דת, גזע, לשון, דעה, השתייכות פוליטית או חברתית, ייחוס משפחתי, מקור אתני, רכוש או השכלה".

= 287 =

גם קבלתה של תיזה זו עשויה להביא אפוא לתוצאות מרחיקות-לכת הרבה יותר מאשר עיגון השוויון, שכן ניתן להחילה על מגוון רחב של זכויות בלתי-מנויות, בעיקר מכוח עקרון האוטונומיה הפרטית של הרצון<sup>138</sup>.

(ב) ביקורת על התיזה - כללי

139 את הביקורת העיקרית על התיזה ניתן לסכם כך: הביטוי "כבוד האדם" בסעיפים האופרטיביים צריך להתפרש בפירוש צר<sup>139</sup>, הכולל אך את הפגיעות "הקלסיות" בכבוד, כגון השפלה ופגיעה בגוף ובנפש. פירוש זה עדיף מן הבחינה הלשונית, תואם את פרשנות הזכות של "כבוד האדם" שקדמה לחוק-היסוד ותואם שיקולים פרשניים הנעוצים בהיסטוריה של חוק-היסוד

בכנסת. ייתכן כי הביטוי "כבוד האדם וחירותו" בשם חוק-היסוד ובפסקת המטרה רחב באורח ניכר מ"כבוד האדם" שבסעיפים האופרטיביים של החוק, אולם הביטוי הרלבנטי לצורך עיגון של הזכויות הבלתי מנויות הוא "כבוד האדם" שבסעיפים האופרטיביים.

(ג) "כבוד האדם" בסעיפים האופרטיביים של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>140</sup>. סעיף 1א ("פסקת המטרה") קובע, כי המונח "כבוד" מופיע בחוק-היסוד שלוש פעמים נוסף על אזכורו בשם החוק<sup>140</sup>. סעיף 2 קובע, כי "אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם מטרות של חוק-היסוד היא "להגן על כבוד האדם וחירותו..." סעיף 4 קובע, כי "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו"<sup>142</sup>. בסעיף 1 ("פסקת עקרונות היסוד") שהוסף לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, עם החלפת חוק יסוד: חופש העיסוק<sup>143</sup>, לא נזכר הכבוד, ובמקומו נאמר כי זכויות-היסוד של האדם בישראל מושתתות "על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין". כפי שידון להלן, ייתכן לפרש את הביטוי "כבוד האדם וחירותו" בשם החוק ובפסקת המטרה פירוש רחב יותר מ"כבוד האדם" שבסעיפים האופרטיביים. ואולם, המונח

-----  
<sup>138</sup> בכמה פסקי-דין נקבע, כי האוטונומיה האישית מעוגנת בחוק-היסוד. ראו, למשל, ע"א 1233/94 ד"ר דבורה כהן נ' היועמ"ש, דינים-עליון מב 264, וכן פסקי-הדין העוסקים בחופש ההתקשרות, להלן פרק 2(ה).  
<sup>139</sup> המונח "צר" הוא יחסי בהחלט בהקשר זה.  
<sup>140</sup> ראו קרפ - כבוד האדם, לעיל הערה 133, בעמ' 133-134.  
<sup>141</sup> כותרת-השוליים של הסעיף היא "שמירה על החיים, הגוף והכבוד".  
<sup>142</sup> כותרת-השוליים של הסעיף היא "הגנה על החיים, הגוף והכבוד". למשמעותו של סעיף 4 ראו א' ברק "כבוד האדם זכות חוקתית" הפרקליט מא (תשנ"ד) 271, 272.  
<sup>143</sup> ס"ח תשנ"ד 90.

= 288 =

הרלבנטי לבדיקת השאלה אם עוגנו הזכויות הבלתי-מנויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הוא "כבוד האדם" שבסעיפים 2 ו-4, ומונח זה צריך להתפרש באופן "צר".  
המונח "כבוד האדם" זכה לדין נרחב בפסיקה ובידי מלומדים, הן לפני חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הן לאחריו, והדין הכולל בו חורג מתחומי מאמר זה<sup>144</sup>. לצורך השאלה, האם כלולות הזכויות הבלתי-מנויות כחלק מהזכויות המוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ענייננו הוא אך בפרשנותו של המונח "כבוד האדם" בהקשר של חוק-היסוד, בכלל, ובסעיפים האופרטיביים שלו, בפרט.  
לדעתנו, הפירוש של המונח "כבוד האדם" בסעיפים האופרטיביים הוא הפירוש המכונה בפי הנשיא ברק "המודל המצמצם" והואה את המונח "כבוד" ככולל אך את הפגיעות "המובהקות והקלסיות בכבוד ובחירות והקשורות לאנושיות של האדם, כגון פגיעות גופניות ונפשיות, השפלה, השמצה ויוצא בהן פגיעות המצויות ב'גרעין' ההגנה על 'כבוד' האדם ועל 'חירותו'<sup>145</sup>. פרשנות זו כוללת איסור עינויים וענישה

-----  
<sup>144</sup> ראו, למשל, ע"א 294/91 חברא קדישא גחש"א נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464; דנג"צ 3299/93 ויכסלבאום ואח' נ' שר הבטחון ואח', פ"ד מט(2) 195; ע"א 506/88 יעל שפר, קטינה, נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87; עניין קטלן, לעיל הערה 15; בש"פ 2145/92 מ"י נ' גואטה, מו(5) 704; Cohen H., לעיל הערה 137; ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, עמ' 317-322, 404-411, ר' גבזון "הזכות לכבוד לשם טוב ולפרטיות" בתוך: ט' בן גל, ד' אלכסנדר, א' בנדור וש' רבין (עורכים) זכויות האדם והאזרח בישראל - מקראה (1992, כרך ג) 263; י' קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" משפטים כה (תשנ"ה) 129; נחום רקובר ההגנה על כבוד האדם (סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי, תשל"ח); מ' אלון "כבוד האדם וחירותו במורשת ישראל" פרסומי בית הנשיא; על השימוש במונחים "פתוחים" בטקסטים חוקתיים, ראו ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 125-127.  
<sup>145</sup> ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 413. ראו גם שם, בעמ' 317. הנשיא ברק מביא שני פירושים נוספים, "המודל הרחב", שלפיו

"כבוד האדם וחירותו" הוא הבסיס לכל זכויות האדם (האזרחיות, הפוליטיות, החברתיות והכלכליות) כולן. על-פי תפיסה זו, כל זכויות האדם מבוססות על הכבוד והחירות ונגזרות מהכבוד ומהחירות. על כן, מעמד-על-חוקי לכבוד האדם וחירותו בחוק היסוד, מעניק מעמד על חוקתי לכל זכויות האדם הנגזרות ממינוח זה והקשורות בו, במישרין או בעקיפין (ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 414).

בין נימוקי המודל הרחב מונה הנשיא ברק גישה מרחיבה העולה מפסקת עקרונות-היסוד (סעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו) ומפסקת המטרה (סעיף 1א לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו), את הטיעון - שנדון לעיל - שלפיו מעיגונם של ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ניתן לגזור את מכלול זכויות האדם וכן את דחיית הטעם של ההיסטוריה החקיקתית, בשל היות החוק תוצאה של מאבקיו כוח וכניעות הדדיות ובשל התפישה שאין ליתן משקל נכבד לכוונת האבות המייסדים בפרשנות חוקתית (ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 415). טיעון ההיסטוריה החקיקתית יידון בהרחבה להלן בפרק ו.

= 289 =

אכזרית, את ההגנה מפגיעה בשם הטוב, חדירה לגופו של אדם ללא הסכמתו וכבוד המת<sup>146</sup>.  
פרשנות זו נשענת על מספר נימוקים עיקריים: ראשית, זהו הפירוש הלשוני הטבעי של מבנה המשפט בסעיפים  
האופרטיביים של חוק-היסוד; שנית, פירוש זה עולה בקנה אחד עם ההיסטוריה והכוונה החקיקתית, ובעיקר עם הכרה  
בהיות החוק תולדת פשרה

-----  
המודל השלישי, שהנשיא ברק תומך בו, הוא "מודל הביניים". על-פי מודל זה,  
"כבודו" של האדם ו"חירותו" משתרע על כל אותן זכויות אדם אשר על-פי תפיסתו של  
הציבור הנאור בישראל קשורות לכבוד האדם ולחירותו בקשר ענייני הדוק, ואשר בלעדיהן  
אין משמעות להגנה על כבוד האדם וחירותו. אלה כוללות בעיקר את השוויון, את הכשרות  
המשפטית (האוטונומיה של הרצון הפרטי) ואת חופש הדיבור, התנועה, הדת, המצפון,  
המדע וההתאגדות (ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 416).  
ביסוד מודל-הביניים עומדת התפישה, כי יש לפרש את המושגים "כבודו" של אדם ו"חירותו" כמשמעות מושג זה בפסקת  
המטרה, כלומר: על כל אותן זכויות "שביסודן עומדים האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה, והכרה באדם כמטרה  
ולא כאמצעי" (ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 416). ברק קובע, כי יש להוציא "מסיבות טכניות גרידא" אותן  
זכויות ספציפיות הזכות להוראות מיוחדות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובחוק יסוד: חופש העיסוק.  
הנשיא ברק תומך במודל הביניים. ברק רואה את המודל  
כמתחשב בשיטת החקיקה שהכנסת (כרשות מכוננת) בחרה בה מבלי שהוא נותן משקל  
מכריע לכוונת הסובייקטיביות - אשר כשלעצמן אינן נקיות מספיקות - של חברי הכנסת  
הבודדים. הוא מעוגן היטב בלשונו של חוק היסוד, תוך שהוא נותן ביטוי נאמן ללשונו  
("כבוד האדם וחירותו") ולתכליתו. אכן הוא משקף כראוי את שיטת הפרשנות התכליתית  
(ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 419).

תמיכתו של הנשיא ברק במודל-הביניים נעשית תוך מודעות, כי הוא אינו מעוגן במלואו בהיסטוריה החקיקתית (כמודל  
המצמצם) או בערכיה הכלליים של מדינת ישראל (כמודל הרחב) ותוך מודעות כי אין הוא מצליח אפוא לשמור על בית-  
המשפט במלואו מפני טיעונים של פגיעה בלגיטימיות השפיטה וכי הוא משאיר מרחב עמום.  
בפועל, הזכויות שברק מוכן להשאיר מחוץ לתחום הכבוד (תוך צמצום "המודל הרחב" ל"מודל הביניים" הן אלו המכוננות  
"הזכויות החברתיות", כגון הזכות לחינוך, להשכלה, לבריאות ולרווחה חברתית (ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7,  
בעמ' 419). זכויות אלו הן הפחות קונטרוברסליות. בצדק העיר פרופ' ברכה, כי "תגבורה של רשימת הזכויות בעלות השם,  
המפורטות במפורש בחוק-היסוד, ברשימה המקבילה של חסרות השם [הזכויות הבלתי-מנויות - ה' ס' שאליהן מגיע ברק  
באמצעות מודל הביניים, מקרבת אותו קרבה רבה למגילת הזכויות ה"קלסיות" המוכרות בשיטות חוקתיות שונות ושאר  
הוצעה, ולא התקבלה, בישראל" (ב' ברכה "פרשנות חוקתית" משפט וממשל ג (תשנ"ה) 339, 347, בהערה 47). ראו גם  
קפ - כבוד האדם, לעיל הערה 134, בעמ' 136, המתייחסת ל"מעגל הפנימי, הצר, הוא מעגל המשמעות המיידית,  
הטבעית והפשוטה של המילה כבוד, והיא היפוכם של החילול, הביזיון, הבושה והמבוכה, הפוגעים בצלם האדם".  
<sup>146</sup> השוו קרפ, שם, בעמ' 137-139.

= 290 =

וחלק מתהליך האוטומיצייה; שלישית, פירוש זה יעמיד את הזכות לכבוד, כזכות עצמאית, על בסיס דומה לזה שהיה לה  
כזכות יצירת פסיקה לפני חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מכיוון שעניין ההיסטוריה החקיקתית נידון במאמר בהרחבה, נדון  
עתה בטעם הלשוני ובהקבלה לזכות יצירת הפסיקה.

הטעם הראשוני לפירוש המונח "כבוד" בסעיפים האופרטיביים בפירוש הקלסי שלו הוא הפירוש הלשוני הטבעי. הסעיפים  
האופרטיביים קובעים, כי "אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם" (סעיף 2) וכי "כל אדם זכאי להגנה  
על חייו, על גופו ועל כבודו" (סעיף 4). על-פי גישה זו, מתפרש המונח "כבוד" מתוך זיקה וקשר למונחים האחרים הנזכרים  
בסעיפים האופרטיביים, היינו: פגיעות בנפש ובגוף<sup>147</sup>.

לו היה הכבוד זכות מסגרת, הכוללת את כל הזכויות הבלתי-מנויות אשר מנסים לקרוא לתוכה, כלום לא היה מקום לקבוע  
את הזכות לכבוד בסעיף אופרטיבי נפרד או לפחות ראשונה בסעיף שבו נקבעה? והרי הזכות לחיים ודאי נגזרת מהזכות  
לכבוד במובנה הרחב, וכמוה גם הזכות לשלמות הגוף. ואם כך הוא, מדוע זה ראתה הרשות המכוננת למנות בנפרד, ועוד  
לפני הזכות לכבוד? הפירוש הטבעי והנכון של הסעיפים האופרטיביים הוא, כי הכבוד אינו "זכות-על" אלא זכות משלימה  
לזכויות האחרות המנויות באותו הסעיף, הזכות לחיים ולשלמות הגוף. עמדה זו עולה בקנה אחד עם הפירוש ה"קלסי",  
ה"צר" של כבוד האדם.

הפירוש הצר מאפשר את פירושה של הזכות לכבוד, כעת זכות בעלת מעמד חוקתי-על-חוקי, באופן זהה, מבחינה מהותית,  
לפירושה של הזכות לזכות לכבוד כפי שגובשה כזכות יצירת פסיקה<sup>148</sup>. כבוד האדם יתפרש כמו המשמעות שהיתה שמורה  
לו לפני חוק-היסוד, כפי שזכויות אחרות (חופש העיסוק, הזכות לקניין וכדומה) יתפרשו כעוסקות באותה המאטריה<sup>149</sup>, שבה  
עסקה אותה הזכות לפני חוק-היסוד.

(ד) "כבוד האדם וחירותו" מול "כבוד האדם"

שאלה היא, האם הביטוי "כבוד האדם וחירותו" המופיע בשם החוק ובפסקת המטרה זהה לביטוי "כבוד האדם" בסעיפים  
האופרטיביים של חוק-היסוד - סעיפים 2 ו-4. בהחלט ייתכן לטעון בהקשר זה, כי המונח "כבוד האדם וחירותו" שבפסקת  
המטרה רחב מצירוף המונחים "כבוד האדם" שבסעיפים 2 ו-4 ו"חירות" שבסעיף 5. חיים כהן

147 ראו ח' כהן, לעיל הערה 121, בעמ' 32: "הכבוד האמור בסעיפים 2 ו-4 הוא ממין יתר הפרטים המנויים בהם, שהם חייו וגופו של אדם".  
148 ראו, למשל, עניין קטלן, לעיל הערה 15; ד"נ ועקנין, לעיל הערה 15 (חדירה לגוף); ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840 (להלן: עניין אבנרי נ' שפירא) (הזכות לשם טוב כחלק מכבוד האדם).  
149 העיסוק באותה מאטריה אין פירושו שאין כל שינוי לגבי הזכות, כקבוע בחוקי-היסוד החדשים.

= 291 =

כתב, כי "אולי ניתן לראות את הכבוד שבכותרת חוק-היסוד ובסעיף 1 כביטוי האנגלי 'dignity', שמשמעותו תהיה פירוש רחב יחסית של המונח, ואילו בסעיפים האופרטיביים כבוד 'honour',<sup>150</sup> הדברים בולטים במיוחד לפי הפירוש המצומצם-יחסית למונח "חירות" העולה מסעיף 5 לחוק-היסוד<sup>151</sup>.  
ייתכן כי אי-אבחון מספיק של המונח "כבוד האדם וחירותו" מהמונחים "כבוד האדם" ו"חירות" בסעיפים האופרטיביים גרם לחלק מאמרות-האגב בפסיקה ומהעמדות בספרות המשפטית בדבר הזכויות הבלתי-מנויות: אמרות אלו התייחסו לביטוי "כבוד האדם וחירותו". בחלק מכתביו של הנשיא ברק אף ניתן להצביע על תמיכה ברעיון, כי פירוש המונחים איננו זהה. בספרו פרשנות חוקתית ממוקד חלק-הארי של הניתוח בביטוי המלא "כבוד האדם וחירותו". במאמר קודם נאמרו דברים מפורשים יותר:

יש להזהר מהרחבת יתר של 'כבוד האדם'. "כבוד האדם" אינו כל הטוב והיפה שבחיים...  
כבוד האדם אינו כלל זכויות האדם. עלינו להבחין בין כבוד האדם וחירותו כמטרה כוללת של חוק היסוד, לבין כבוד האדם כזכות חוקתית, אשר יחד עם החיים והגוף, מוגנים בפני פגיעה בהם. כבוד האדם כזכות חוקתית לא נועדה לייתר את שאר הזכויות החוקתיות. לא כל זכות אדם, המוכרת בחוקות על דבר זכויות אדם, כלולה בכבוד האדם<sup>152</sup>.

בהקשר זה חשוב לציין גם, כי "פריצת-הדרך" באשר להכללתן של הזכויות הבלתי מנויות נעשתה הן בספרות המשפטית הן בפסיקה, תוך פרשנות המונח "כבוד האדם וחירותו" ולא תוך פרשנות המונח "כבוד האדם".  
באפריל 1993 פרסם השופט ברק מאמר ובו תחילתה של ההרחבה לעבר הזכויות הבלתי-מנויות<sup>153</sup>. אולם במאמר זה מתמקד ברק בפרשנות המונח הכולל "כבוד האדם וחירותו", המצוי בפסקת המטרה<sup>154</sup>, ולא במונח "כבוד האדם", המצוי בסעיפים האופרטיביים של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. פסקה ממאמר זה היא שצוטטה בידי השופט אור בעניין הופרט - פסק-הדין הראשון שבו ננקטה פרשנות מרחיבה המכלילה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, גם את עקרון השוויון<sup>155</sup>. כאמור, פסקה זו התייחסה

150 ח' כהן, לעיל הערה 121, בעמ' 32. עם זאת, השופט כהן מציע כי הכבוד בסעיפים האופרטיביים צריך להתפרש בפרשנות נדיבה, הכוללת למצער את הזכות לשוויון.  
151 ראו הדין להלן, פסקה ה לפרק זה.  
152 א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא (תשנ"ד) 271, 285 (ההדגשה הוספה - ה' ס').  
153 ברק - ההיקף וההגבלות. על-פי הנאמר בו, המאמר הוא עיבוד של הרצאה שניתנה בדצמבר 1992.  
154 סעיף 1א לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.  
155 ראו לעיל, ליד הערה 102.

= 292 =

למונח המלא "כבוד האדם וחירותו", ולא לביטוי "כבוד האדם" בסעיפים האופרטיביים. רק לאחר-מכן, בעניין נוסיה קבע השופט אור, כי בעניין הופרט התכוון לעיגון עקרון השוויון כחלק מ"כבוד האדם" שבסעיף 2 לחוק.

(ה) חירות כמקור לזכויות הבלתי-מנויות?  
כפי שיפורט להלן, ראייתו של עקרון האוטונומיה של הרצון הפרטי כחלק מ"כבוד האדם" משמשת עתה בסיס רעיוני עיקרי למרבית ההרחבות על זכויות בלתי-מנויות<sup>156</sup>. אולם עיון באותו מאמר שפורסם בידי פרופ' ברק בתחילת הדרך, מעלה כי ככל שהביטוי "כבוד האדם וחירותו" פורק למרכיביו בידי ברק, קבע הוא אז כי האוטונומיה של הרצון הפרטי נובעת דווקא ממרכיב "חירות" ולא ממרכיב "כבוד האדם".

מבחינה לשונית 'כבוד האדם וחירותו' מתפרס על תחום נרחב של פעולות. כל פעולה הפוגעת בחייו, בגופו או בשמו הטוב של אדם פוגעת ב"כבוד האדם", וכל פעולה השוללת את חופש הרצון פוגעת ב"חירות"<sup>157</sup>.

דומה כי בדברים אלו יש חיזוק לעמדתנו, כי דווקא הפירוש ה"צר" של המונח "כבוד האדם" עולה בקנה אחד עם הפרשנות הלשונית הטבעית של מונח זה.

לכאורה ניתן היה אפוא לטעון לעיגון של הזכויות הבלתי-מנויות אף מכוח הזכות המפורשת של "חירות" המעוגנת בסעיף 5 לחוק-היסוד. לו נתקבלה פרשנות שעל-פיה כל פגיעה באוטונומיה של הרצון הפרטי היא פגיעה ב"חירות", היה כל חוק

משום פגיעה כזו - כפי שציין, בהקשר של הצ'רטר הקנדי, פרופסור שארפ (Sharpe):

violation If liberty means nothing more specific than a right to be unconstrained by law then all laws would constitute a prima facie charter would and all laws would have to be justified pursuant to the stringent test of s. 1. This would impose an impossible burden on the courts and

-----  
<sup>156</sup> ראו להלן, פרק 2(ג) ופרק 1ז למאמר.  
<sup>157</sup> ברק - ההיקף וההגבלות, לעיל הערה 62, בעמ' 259. במאמר מאוחר יותר מוצא פרופ' ברק כי הקונסטיטוציונליזציה של המשפט הפיליילי מעוגנת "נמעט בכל אחד מסעיפיו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", לרבות אלו העוסקים ב"כבוד", וב"חירות". ראו ברק - משפט פיליילי, לעיל הערה 32.

= 293 =

represent a massive reallocation of power away from the legislature.<sup>158</sup>

אולם עיון בסעיף 5 האמור יגלה, כי מלאכתו של הפרשן הרוצה להביא לפירוש מרחיב את המונח "חירות" שבסעיף האופרטיבי קשה הרבה יותר מהמבקש להרחיב את המונח "כבוד האדם". ההבדל העיקרי נובע מכך ש"כבוד האדם" מוגן בצורה מלאה, בסעיפים 2 ו-4 לחוק-היסוד, אשר אינם מפרטים את הדרכים שבהן אין פוגעים בכבודו של אדם (בסעיף 2) או מהו הכבוד שכל אדם זכאי להגנה עליו (בסעיף 4). לעומת זאת, הסעיף האופרטיבי העוסק בחירות, מצומצם הרבה יותר:

אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת.<sup>159</sup>

סעיף זה מוגבל לכאורה למונח הלשוני המצומצם של "חירות", העוסק בחירות פיזית, ולא בחירות במונח הרחב, הכוללת את היות האדם חופשי לעשות כרצונו בכל תחום והמתבטאת בעקרון האוטונומיה של הרצון הפרטי.<sup>160</sup> לא נאמר בסעיף "אין מגבילים את חירותו של אדם" או "כל אדם זכאי להגנה על חירותו", שאז היה המונח חירות ניתן לפירוש מרחיב, הכולל את האוטונומיה של הרצון הפרטי.<sup>161</sup> המונח "חירות" בסעיף

-----  
<sup>158</sup> R. Sharpe "The Impact of a Bill of Rights on the Role of the Judiciary" בתוך: קובץ מאמרי כנס ישראל קנדה - לקראת חקיקת יסוד בזכויות האדם (20-23 בדצמבר 1992) 17.

<sup>159</sup> סעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.  
<sup>160</sup> ראו קרפ - כבוד האדם, לעיל הערה 134, בעמ' 140-142.  
<sup>161</sup> אמנם, בסיפא של סעיף 5 נאמר "או בכל דרך אחרת", וניתן לפיכך לטעון פרשנות מרחיבה של המונח "חירות"; אולם אנו סבורים כי יש לפרש את הביטוי "או בכל דרך אחרת" כמחיל אך את מין העניינים המנויים לפניו (מאסר, מעצר והסגרה). זהו הכלל הפרשני של "הכלל מעין הפרט": "כאשר מונים במסמך מספר פרטים ואחרי זה בא מושג יותר כולל בו נכללים גם הפרטים שקדמו לו, אזי יש לצמצם את פירוש המושג הכולל לעניינים שהם מעין אותם הפרטים" (ע"א 429/54 אריה חברה לביטוח בע"מ נ' עצמון מחסני ערובה בע"מ, פ"ד י 231, 233). עמדתו של פרופ' ברק מסתייגת משימוש מופרז במידה פרשנית זו, המכונה בלטינית *eiusdem generis*. ברק רואה במידה זו אך "היסק הגיוני באשר לשימוש בשפה", העשוי להועיל לפרשן בשלבים הלשוניים של מעשה הפרשנות, אך "כמובן, אין להופכה קרדום לגיבוש המשמעות המשפטית של לשון החוק. זו נקבעת על-פי תכלית החוק, ולעניין קביעתה של תכלית זו, ערכה של המידה בדבר 'הכלל מעין הפרט' מוגבל" (א' ברק פרשנות במשפט - פרשנות החקיקה, כרך ב (תשנ"ג) 127-128).

בישראל נתקל כלל הפרשנות של "הפרט מעין הכלל" במחסום נוסף בדמותו של סעיף 7 לחוק הפרשנות, שעל-פיו "המילים 'או' 'אחר' או ביטוי דומה להן - להבדיל מן המפורט שלפניהן הן באות ולא להקיש, זולת אם יש עמן המילים 'דומה' או 'כיוצא בזה' או ביטוי אחר שמשמעו היקש". פרופ' ברק מותח ביקורת על הסעיף: "כשלעצמי, לא ברור לי מה ראה המחוקק ליצור חזקה הנוגדת

= 294 =

האופרטיבי של חוק-היסוד איננו מסייע אפוא להכללת זכויות בלתי-מנויות, למעט אלו הקשורות במישרין בהגבלת החירות הפיזית. הגם שהגדרה זו רחבה דיה כדי להכניס זכויות דיוניות הקשורות בסדר-הדין הפיליילי,<sup>162</sup> ואולי גם את המשפט הפיליילי המהותי שהעוברים עליו עשויים לאבד את חירותם במאסר, אין היא יכולה להכיל הכול, ובוודאי לא את כל חירויות-היסוד של האדם. יתר על כן: לדעתנו, הפירוש הצר המתחייב למונח "חירות" מקרין אף על הפירוש הצר שבו יש לפרש את המונח המקביל, "כבוד האדם", בסעיפים האופרטיביים של חוק-היסוד. זאת מכיוון שהמונחים "כבוד" ו"חירות" הם מונחים מקבילים בשם החוק ובפסקת המטרה וקשה להניח שהאחד התכוון לזכות פרטיקולרית (כמו זכויות פרטיקולריות אחרות שנמנו בחוק, אך לא בשמו ובפסקת המטרה), והאחר - לזכות-מסגרת חובקת-עולם.

(ו) "כבוד האדם" בסעיפים האופרטיביים - סיכום-ביניים  
לדעתנו, הביטוי "כבוד האדם" צריך להתפרש בפירושו "צר" הכולל את משמעותו הלשונית הטבעית והעולה בקנה אחד עם הפסיקה לגבי הזכות לכבוד (כזכות עצמאית) שלפני חוק-היסוד. ייתכן בהחלט, כי הביטוי "כבוד האדם וחירותו" בשם החוק ובפסקת המטרה רחב יותר מן הביטוי "כבוד האדם" בסעיפים האופרטיביים, ואולם, אף אם כך הוא, אין פסקת המטרה משמשת מקור נורמטיבי לזכויות, אלא ככלי פרשני בלבד, ולכן, אין נובעת ממנה הכרה במעמד-על חוקתי לזכויות הבלתי-מנויות.  
כפי שנראה להלן<sup>163</sup>, תוצאה זו תואמת את הפרשנות העולה מן ההיסטוריה החקיקתית, בראש-ובראשונה את ההכרה בתהליכי האוטומיזציה והפשרה שעמדו בבסיסו של החוק ובתוצאות הפרשניות הנובעות מהכרה זו.

-----  
לרוב את ההיגיון הבריא". ברק גם סבור כי ניתן להסתייע בכלל הפרשני לא כעניין שבחזקת הדין "אלא כעניין שבהיגיון בלבד" (א' ברק, שם, בעמ' 129). במקום אחר קבע פרופ' ברק, כי "חוק הפרשנות, בתור שכזה איננו חל, על חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם" וזאת מכיוון ש"חוקי-היסוד הם בעלי מעמד נורמטיבי על-חוקי ואין זה ראוי כי הם יכפפו להגדרות המצויות בחקיקה רגילה" (ברק)  
- פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 293). עם זאת, ברק קובע כי ניתן להסתייע בחוק הפרשנות בפירושו חוקי-היסוד החדשים, גם אם אין הוא חל אוטומטית.  
<sup>162</sup> ראו עניין סופיאן, לעיל הערה 30, בעמ' 847 (זכותו של עצור להיפגש עם עורך-דין היא זכות-יסוד הנגזרת מזכותו של האדם לחירות אישית); עניין יחיא, לעיל הערה 31 (הזכות לחקירה נגדית בידי נאשם); בג"צ 7357/95, 1479/96 ברק; פטה המפרים (ישראל) בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל (דינים עליון מג' 567 (חיובו של נאשם להיות נוכח במשפטו פוגע בזכות לחירות המעוגנת בסעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו)). ראו גם פרק 3(ד) להלן, העוסק בזכויות הקשורות במשפט הפלילי.  
<sup>163</sup> ראו להלן פרק ו.

= 295 =

(ז) "כבוד האדם" ותקנות שעת-חירום - הערה לחוק יסוד: הממשלה החדש  
סמוך לקבלתם של חוקי-היסוד החדשים נתקבל גם חוק יסוד: הממשלה החדש<sup>164</sup> ובו גם הסדר חדש לתקנות שעת-חירום במדינה<sup>165</sup>. סעיף 50(ד) לחוק יסוד: הממשלה, קובע כך:

אין בכוחן של תקנות שעת-חירום למנוע פניה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע, או להתיר פגיעה בכבוד האדם.

בשל סמיכות הזמנים הרבה שבחקיקתם של חוק יסוד: הממשלה, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועקב היותם של שני חוקי-היסוד פרקים בחוקתה העתידית של המדינה, סביר להניח כי המונח "כבוד האדם" צריך להתפרש בהם באופן דומה<sup>166</sup>. אם אכן יתפרש "כבוד האדם" בפירושו הרחב, הכולל את מגילת-הזכויות השלמה, נותר כר-פעולה מצומצם ביותר לתקנות שעת-חירום, בשל האיסור הבלתי-מסויג בחוק יסוד: הממשלה, על פגיעה בכבוד האדם באמצעות תקנות שעת-חירום. מכל-מקום, בעת פרשנותו של "כבוד האדם" בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, יש להביא בחשבון גם תוצאות אפשריות לגבי תקנות שעת-חירום מכוח חוק יסוד: הממשלה.  
עוד נציין, כי בעיית ההרמוניה שבין שני חוקי-היסוד האמורים רחבה יותר מאשר לגבי פרשנות המונח "כבוד האדם". בעיקר אנו צופים שיש ביישוב הסתירה-לכאורה שבין סעיף 50(ד) לחוק יסוד: הממשלה, שצוטט לעיל, והאוסר לחלוטין פגיעה בכבוד האדם באמצעות תקנות שעת-חירום, ובין סעיף 12 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המתיר לכאורה התקנת תקנות שעת-חירום השוללות או המגבילות זכויות לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לרבות כבוד האדם. דיון מלא בתוצאות הסתירה האמורה חורג מגדרו של מאמר זה<sup>167</sup>.

-----  
<sup>164</sup> ס"ח תשנ"ג 214.

<sup>165</sup> סעיפים 49-50 לחוק יסוד: הממשלה.

<sup>166</sup> לעניין סעיף 50(ד) פרופסור ברק מעיר בספרו, כי "שאלה יפה היא, מה היקפו של "כבוד האדם"

לעניין סעיף זה" (ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 389).

<sup>167</sup> לא ניתן ליישב את הסתירה בטענה שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו איננו חל אלא על מצב-חירום שהוכרז לפי ההסדר הישן בפקודת סדרי השלטון והמשפט ואיננו חל על מצב-חירום לפי חוק יסוד: הממשלה, וזאת לאור סעיף 64(ג) לחוק יסוד: הממשלה, שבו נקבע כי "כל חיקוק שמדובר בו במצב חירום שהוכרז לסי סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח - 1948, יראו כאילו מדובר במצב חירום שהוכרז על-פי סעיף 49(א) לחוק-יסוד זה". קשה להחיל כאן את העיקרון הפרשני שלפיו חוק מאוחר עדיף על חוק מוקדם, מכיוון ששני חוקי-היסוד התקבלו בהפרש של יום אחר (חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, התקבל ב- 17 במארס 1992, ואילו חוק יסוד: הממשלה, התקבל ב- 18 במארס 1992). קשה גם לראות איזה מבין שני החוקים עשוי להיחשב "ספציפי" יותר בהקשר זה.

= 296 =

3. עיגונו של עקרון השוויון כחלק מזכות-היסוד המוגנת של

## "כבוד האדם" - עיגון חלקי לאפליה קבוצתית

(א) התיזה

בעניין אליס מילר הגיעה השופטת דורנר למסקנה כי לפי ההיסטוריה החקיקתית, עקרון השוויון הכללי איננו מעוגן כעיקרון כללי בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>168</sup>. אולם השופטת דורנר מגיעה בכל-זאת למסקנה, כי הפגיעה בשוויון מהסוג שנדון בפסק-הדין (אפליית נשים על-ידי אי-שיבוצן לקורס-טיס בצה"ל) היא פגיעה ב"כבוד האדם" כזכות-יסוד מוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עמדתה זו של השופטת דורנר מתבססת על צירופן של שתי קביעות שלה: ראשית, כי פרשנותה הסבירה של הזכות המוגנת של "כבוד האדם" בחוק-היסוד משתרעת על השפלה, כלומר: השפלה היא פגיעה בכבוד, וממילא פגיעה בזכות מוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>169</sup>; ושנית, כי היסוד המרכזי באפליה לרעה על רקע קבוצתי (למשל: אפליה על רקע גזע או על רקע מין) הוא השפלה של הקורבן, וממילא פגיעה בכבוד ובזכות-היסוד המנויה של כבוד האדם:

דעתי היא איפוא כי חוק היסוד מגן מפני פגיעה בעקרון השוויון כאשר הפגיעה גורמת להשפלה, כלומר לפגיעה בכבוד האדם באשר הוא אדם. וכך הוא כאשר אישה מופלית לרעה בשל מינה<sup>170</sup>.

דומה אפוא כי השופטת דורנר שוללת עקרונית את הכללתו של עקרון השוויון כשלעצמו (per se) כחלק מכבוד האדם בסעיפים האופרטיביים של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עמדה דומה הובעה גם על-ידי השופט זמיר בעניין מרכז השלטון המקומי<sup>171</sup>. אולם לדעתה, סדרת המצבים של אפליה קבוצתית פוגעת בכבוד האדם כזכות-על חוקתית לא באמצעות "תיווכו" של עקרון השוויון אלא במישרין: אפליה קבוצתית היא פגיעה כשלעצמה בכבוד האדם, ובמקביל היא גם סדרה רחבה של

<sup>168</sup> לציטוט דבריה של השופטת דורנר לעניין זה ראו לעיל ליד הערה 116. להיסטוריה חקיקתית של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ראו לעיל פרק ד2.

<sup>169</sup> אליס מילר, לעיל הערה 47, בעמ' 50-51, פסקה 4 לפסק-הדין.

<sup>170</sup> שם, בעמ' 52, פסקה 4 לפסק-הדין.

<sup>171</sup> לעיל הערה 44. השופט זמיר מדגים זאת בעזרת חוק המטיל שיעורים שונים של ארנונה על בעלי דירות לפי מבחן פסול: יתכן שיש בכך פגיעה בשוויון, אך האם פגיעה כזאת מגיעה כדי פגיעה בכבוד? אכן, אפשר לפרש את לשון החוק בהרחבה, אך אין לשלול מלשון החוק כל משמעות. כבוד, רחב ככל שיהיה, איננו כל-בו. יש לתת לכבוד פירוש שישמור על קשר עם המובן הלשוני, הוא המובן המקובל, של כבוד (עמ' 12, פסקה 3 לפסק-הדין).

= 297 =

קטיגוריות של פגיעה בעקרון השוויון. אפליה קבוצתית תהיה אפוא פגיעה בשתי זכויות-יסוד: הזכות לשוויון, שהיא זכות יצירת-פסיקה; והזכות העל-חוקית לכבוד, המעוגנת כיום בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, על כל המשתמע מכך.

(ב) ניתוח התיזה

לדעתנו, ניתן אכן לקבוע כי מקרים רבים המסווגים כפגיעה בעקרון השוויון יהיו אף בגדר פגיעה בכבוד האדם. אולם דומה, כי אין בכך ליצור הרחבה של תחולת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, על הזכויות הבלתי-מנויות, אלא התייחסות נכונה לפעולה הפוגעת בשתי זכויות-יסוד: פעולה כזו צריכה לעמוד בתנאים החוקתיים המגבילים את הפגיעה בכל אחת מזכויות-היסוד הנפגעות.

אמנם, "התנהגות אנושית נתונה עשויה להיות כפופה למספר זכויות אדם חוקתיות"<sup>172</sup> - כותב הנשיא ברק - וממשיך:

אכן, תפיסת היסוד צריכה להיות, כי התנהגות פלוגנית עשויה להיות "מכוסה" על-ידי יותר מזכות אדם אחת. מצב דברים שבו כמה זכויות אדם חלות בעניין נתון היא טבעית וראויה. היא משקפת את מורכבות הקיום האנושי ואת רב-גוניות הפעילות האנושית<sup>173</sup>.

מהי התוצאה כאשר זכות קשורה לשתי חירויות? הגבלות על פרסומת מסחרית, למשל, יכולות להוות פגיעה הן בחופש הביטוי הן בחופש העיסוק. במקרה כזה מבהיר הנשיא ברק, כי ההגבלה על פרסומת מסחרית חייבת "לעבור בבחינה חוקתית של עקרון חופש העיסוק ושל עקרון חופש הביטוי גם יחד"<sup>174</sup>. כך יהיה גם באותם מצבים שיש בהם הן פגיעה בעקרון השוויון (דבר אשר יש לו כמובן השלכות, אך לא כאלו הנובעות מפגיעה בזכות-יסוד חוקתית משוריית בחוק יסוד) והן פגיעה ב"כבוד האדם" - פגיעה בזכות-יסוד חוקתית משוריית על כל המשתמע מכך. לדעתנו עמדתה של השופטת דורנר מוצדקת אפוא בנקודה זו. מובן, כי ניתוח זה איננו בלעדי לעקרון השוויון; גם כאשר זכות בלתי-מנויה אחרת מופרת תוך כדי השפלה או פגיעה אחרת בכבוד, תהיה הפרה זו מנוגדת לחוק יסוד: כבוד האדם

<sup>172</sup> ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 388. <sup>173</sup> ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 390. מביא את הדוגמא הבאה: "הוראה הפוגעת ביכולת ניהול העסק עשויה לפגוע ביותר מזכות אדם אחת. היא עשויה לפגוע, למשל, 173 ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 390.

= 298 =

וחירותו; אך זאת לא מכוח הפגיעה בזכות הבלתי-מנויה, אלא מכוח הפגיעה הסימולטנית בכבוד האדם, במובן הצר. שאלה אחרת היא, אם אמנם "קו-הגבול" בעניין זה צריך לעבור בין אפליה קבוצתית (שלדעת השופט דורנר, היא השפלה ועל-כן פגיעה בכבוד per se) ובין אפליה על בסיס אישי. אם מקבלים הבחנה זו, קשה להתעלם מכך שמרבית פסקי-הדין הבולטים בתחום השוויון הם בתחום האפליה הקבוצתית<sup>175</sup>, ועל-כן בפועל מרבית ענייני השוויון המגיעים לבתי-המשפט יכללו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ניתן לטעון, כי במקרים מסוימים אפליה על בסיס אישי עשויה להיחשב משפילה לפחות כמו אפליה על בסיס קבוצתי, ועל-כן ודאי פוגעת בכבוד האדם. כשלעצמנו, איננו בטוחים כי מן הכמות באפליה ניתן תמיד לגזור את האיכות.

השופט דורנר מביאה כמה דוגמאות מן הפסיקה למקרים שבהם - לדבריה - פגיעה בשוויון לא עלתה כדי השפלה, ולכן כדי פגיעה בכבוד. עיון בפסקי-דין אלו מלמד, כי אלו הם פסקי-הדין שדנו בפגיעה בעקרון שוויון הבחירות הקבוע בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, ופסקי-דין נוסף שעסק בשוויון בקבלת מעמד של "מוסד ציבורי" לצורכי מס-הכנסה<sup>176</sup>. הצד השווה בכל פסקי-הדין הללו הוא כי הגוף שטען לאפליה היה תאגיד, אישיות משפטית מלאכותית ולא אדם בשר-ודם, והגם שהדבר לא נאמר במפורש, ייתכן שהיתה זו חלק מהסיבה שבמקרים אלו לא ראתה השופטת דורנר "השפלה" שהיא פגיעה בכבוד האדם. קשה, אם כי אולי לא בלתי-אפשרי, לדמיין "השפלה" של תאגיד וספק אם יש לו "כבוד" במובן הרגיל של מונח זה<sup>177</sup>. השאלה אם חוקי-היסוד החדשים חלים על תאגידים טרם הוכרעה בצורה מפורשת, אולם בכמה מקרים נשמעו עתירות, בעיקר בתחום חופש העיסוק שהעותרים בהם היו תאגידים<sup>178</sup>, ועל-כן דומה שזכותם של תאגידים ליהנות מזכויות-היסוד בחוקי-היסוד

175 הקטיגוריות העיקריות ששימשו בסיס לפסקי-דין בעניין הזכות לשוויון בשנים האחרונות היו נשים מול גברים, ערבים מול יהודים, ריפורמים וקונסרבטיבים מול אורתודוקסים.

176 השופט דורנר מביאה את פסקי-הדין האלה: בג"צ 637/89 חוקה למדינת ישראל נ' שר האוצר ואח', פ"ד מו(1) 191; עניין ברגמן נ' שר האוצר, לעיל הערה 4; בג"צ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1; בג"צ 141/82 רובינשטיין נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לז(3) 141; בג"צ 142/89 תנועת לאו"ר נ' יו"ר הכנסת ואח', פ"ד מד(3) 529.

177 השוו חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה - 1965, ס"ח 464, תשכ"ה, עמ' 240, שלפי סעיף 1 שבו הוא מגן אף על תאגידים. 178 ראו למשל: בג"צ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מז(5) 485; בג"צ 1452/93 איגלו חברה קבלנית בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מז(5) 610; בג"צ 4746/92, 3385/93, 4534/93 G.P.S. Agro Exports Ltd. ואח' נ' שר החקלאות ואח' נ' שר החקלאות ואח', פ"ד מח(5) 243; בג"צ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ ואח' נ' שר התקשורת ואח', פ"ד מח(5) 434; בג"צ 726/94, 878 כלל חברה לביטוח בע"מ ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד מח(5) 441.

= 299 =

החדשים קיבלה לפחות הכרה דה-פקטו. אף מרבית המלומדים סברו כי חוקי-היסוד החדשים חלים על תאגידים<sup>179</sup>. והנה דומה, כי עמדתה של השופטת דורנר עשויה להוליך לכך שעקרון השוויון יקבל מעמד-על חוקתי לגבי יחידים וקבוצות של יחידים, אך לא לגבי מרבית התאגידים<sup>180</sup>; שהרי קשה להניח כי עתירה של חברה פרטית, למשל, הטוענת כי היא מופלית לעומת חברה ציבורית יתייחס, אף אם מדובר באפליה "קבוצתית" כ"השפלה" - תנאי מוקדם לכניסה לגדר "פגיעה בכבוד". חודשים אחדים לאחר פסקי-הדין בעניין אליס מילר נזדמן לנשיא בית-המשפט העליון אהרן ברק לפסוק בעניין שכרוכים בו עקרון השוויון והגבלה על מפלגה. אמנם הנשיא ברק לא עסק במישרין בדבריה של השופטת דורנר, אולם הוא כתב דברים אשר ייתכן שיש בהם כדי להשליך על הצעתה:

כאשר לאדם אחד ניתנת האפשרות לפעול יחד עם אחרים בגדרה של מפלגה ואילו מאחר נמנעת אפשרות זו, נפגע השוויון בין השניים... על כן, אם מקבוצת אנשים אחת נמנעת האפשרות להירשם כמפלגה ואילו מקבוצה אחרת אפשרות זו אינה נמנעת, נפגע עקרון השוויון. פגיעה זו קשה היא במיוחד, שכן "אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות... היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם" (בג"צ 953/87 הנ"ל, בעמ' 332)<sup>181</sup>

מדבריו של הנשיא ברק ניתן אולי להסיק, כי הגבלה על מפלגה יוצרת פגיעה בשוויון ברמה האינדיבידואלית של חבריה וכי פגיעה זו היא "בזהותו העצמית של האדם" - מונח שהדרך ממנו אל המונח "כבוד האדם" איננה רחוקה. אם אמנם כך הוא, אין משמעות פרקטית נרחבת לעמדתה של השופטת דורנר כעמדה נפרדת, המעניקה רק לחלקים מהזכות לשוויון מעמד-על חוקתי.

גישה זו אינה "מעגנת" את עקרון השוויון כחלק מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אלא היא אך מכירה בכך שמצבים מסוימים שהם פגיעה בשוויון עשויים גם להיות



179 ראו, למשל, יודן, לעיל הערה 1, בעמ' 66-68; י' אליאסוף "חוק יסוד: חופש העיסוק" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 173, 177-178; ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 600; מ' גולדברג "חופש העיסוק - מזכות יסוד לחוק-יסוד" הפרקליט מא (תשנ"ד) 291, 333.  
180 אנו נוקטים לשון "מרבית התאגידים", מכיוון שייטכנו תאגידים המאגדים קבוצת-יחידים בעלי מונה משותף (נשים, למשל) שאפלייתם לרעה בשל הרכב היחידים בהם עשויה להיות השפלה, ועל-כן - פגיעה בכבוד.  
181 רע"א 7793/95, 7504 יאסין נ' רשם המפלגות ואח'; רוכלי נ' רשם המפלגות ואח' (דינים-עליון מג 910 (להלן: עניין יאסין), עמ' 13, פסקה 13 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

= 300 =

במקביל פגיעה בכבוד האדם. אין בתיזה זו גם שימוש לצורך הכללת זכויות בלתי מנויות אחרות, אלא-אם-כן ניתן להראות כי פגיעה בהן פירושה השפלה<sup>182</sup>.

4. עיגונו של עקרון השוויון מכוח תביעתן העצמית של זכויות-היסוד

(א) התיזה

על-פי טיעונה השלישי של גב' קרפ, את עקרון השוויון ניתן לראות כחלק בלתי-נפרד מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, משום טמיעתו בכל זכות הנזכרת בחוק-היסוד ומשום המשקל המצטבר של נוכחות זו. כלומר: אין אדם מוגן בכל אחת מהזכויות הניתנות לו במפורש בחוק (שלמות הגוף, חיים, כבוד, קניין, צנעת הפרט, חירות אישית), אלא אם הגנה זו ניתנת לו על בסיס של שוויון<sup>183</sup>.

(ב) ניתוח התיזה

ככל שטיעון זה משמעו כי את הזכויות המנויות בחוק-היסוד החדשים יש לקיים בדרך של שוויון, הדברים נכונים. אכן, את חופש העיסוק ואת הזכות לקניין, דרך משל, יש לקיים תוך שוויון<sup>184</sup>. אולם אין בקביעה זו כל חידוש לגבי המצב שנהג לפני חוקי היסוד החדשים, שהרי ההלכה היתה כבר אז, כי במידת האפשר יש לפרש כל חוק כבא להגשים את זכויות-היסוד, כולל הזכות לשוויון. מכוח תיזה זו אין עיגון מלא לעקרון השוויון ולזכויות בלתי-מנויות אחרות, אלא רק קביעה כי גם הוראות חוקי-היסוד החדשים, כמו כל חוק אחר, תתפרשנה כבאות להגשים זכויות-יסוד יצירות פסיקה ולא לפגוע בהן<sup>185</sup>. כמו-כן, וכפי שצוין לעיל<sup>186</sup>, חוק הפוגע בזכות מן הזכויות המנויות בחוק-היסוד החדשים חייב, על-פי תנאי פסקת ההגבלה, להלום את "ערכיה של מדינת ישראל", אשר ניתן לכלול בהם את עקרון השוויון. אולם אין בכך כדי להעניק מעמד על-חוקי עצמאי לעקרון השוויון ולשאר הזכויות הבלתי-מנויות.

182 ראו למשל פסק דין של השופט דורנר בעניין גולן, לעיל הערה 39 (השפלה וחופש הביטוי).  
183 קרפ - ביוגרפיה של מאבקי כח, לעיל הערה 63, בעמ' 352-353.  
184 השוו עניין אליס מילר, לעיל הערה 47, פסקה 4 לפסק-דינה של השופטת דורנר, המגיעה למסקנה זו דרך עקרון השוויון שבהכרזת העצמאות (להלן).  
185 ראו המקורות בהערה 71 לעיל; הדיון בנפקות הפרשנית של הכללת הזכויות הבלתי-מנויות בפרק ג למאמר, לעיל; ודברי השופט זמיר בהקשר זה, לעיל, ליד הערה 110.  
186 ראו לעיל, ליד הערה 128.

= 301 =

5. עיגונו של עקרון השוויון מכוח פסקת עקרונות-היסוד ומכוח השוויון הקבוע במגילת-העצמאות

(א) התיזה

בעת החלפת חוק יסוד: חופש העיסוק, בחוק החדש בשנת 1994 שולב בשני חוקי היסוד החדשים סעיף פותח זהה בזו הלשון:

זכויות-היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל<sup>187</sup>.

בעניין כלל<sup>188</sup> קבע השופט דב לין, כי חוקי-היסוד הפכו את מגילת-העצמאות למקור עצמאי לזכויות אדם, ומכיוון שעקרון השוויון מעוגן, לפחות בחלקו, במגילת-העצמאות<sup>189</sup> - יש בכך עיגון חוקתי לשוויון בגדר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>190</sup>. תיזה זו מוצגת בידי הנשיא ברק כאחת משתי האפשרויות לפירוש פסקת עקרונות היסוד והיא מכונה על-ידו "המודל העצמאי"<sup>191</sup>. לפי גישה זו, ניתן לגבש מפסקת עקרונות-היסוד זכויות אדם שאינן מוכרות בחלקים האחרים של חוקי-היסוד:

על פי מודל זה פסקת עקרונות-יסוד מעניקה לעקרונות-היסוד המרכיבים אותה - ערך האדם, קדושת חייו, היותו בן-חורין, עקרונותיה של הכרזת העצמאות - מעמד חוקתי-על-

בעניין עמותת שוחרי גיל"ת מציין השופט אור את דבריו של השופט לוין שהובאו לעיל בעניין מעמדה של הכרזת העצמאות, תוך שהוא מציין כי הדברים נאמרו רק בידי השופט לוין בעניין כלל, וגם זאת - אגב-אורחא. השופט אור משאיר את הסוגיה בצריך-עיון.

<sup>187</sup> סעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; וסעיף 1 לחוק יסוד: חופש העיסוק ("פסקת עקרונות היסוד"). להיסטוריה של פסקת עקרונות-היסוד ראו ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 299-301; קרפ - כבוד האדם, לעיל הערה 134, בעמ' 151-152.  
<sup>188</sup> בג"צ 726/94, 878 כלל חברה לביטוח בע"מ ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד מח(5) 441.  
<sup>189</sup> לגבי זכות-היסוד לכבוד האדם הנשיא שמגר כותב כי "היא עלתה ממגילת העצמאות שקבעה כי המדינה תהיה מושתתת על יסודות החירות והצדק... ותקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור" (מ' שמגר "כבוד האדם וזכויות" משפט וממשל ג (תשנ"ה) 33, 39).  
<sup>190</sup> עניין כלל חברה לביטוח, לעיל הערה 188, בעמ' 461.  
<sup>191</sup> ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 303.  
<sup>192</sup> ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, שם.

= 302 =

(ב) ניתוח התיזה  
עד לחוקי-היסוד החדשים היתה הגישה העקרונית לגבי הכרזת העצמאות, כי על-אף שהיא בגדר "חזון העם" ו"האני מאמין" שלו, ניתן להשתמש בה לצורכי פרשנות בלבד, אך לא בתור מסמך חוקתי עליון שניתן באמצעותו לבטל חוקים<sup>193</sup>. לדעתנו, לפסקת עקרונות-היסוד נועד תפקיד פרשני מהותי, אך לא יותר מכך. יפים לעניין זה חלק ניכר מן הדברים שנאמרו לעיל לעניין עיגון עקרון השוויון מכוח פסקת המטרה<sup>194</sup>. הפרשנים אינם נחשבים במשמעות שיש להעניק לפסקת עקרונות-היסוד, ובפרט לא ברור היחס שבינה לבין פסקת המטרה. מכל-מקום, מהרקע לחקיקתה לא עולה כוונה "מהפכנית" של יצירת מאגר או מקור נוסף של זכויות חוקתיות<sup>195</sup>.  
ניתן לטעון, כי פסקת עקרונות-היסוד מעגנת כעיקרון חוקתי את ההלכה יצירת הפסיקה שלפיה הכרזת העצמאות מהווה מקור פרשני ומעניקה מעמד נורמטיבי גבוה לכלל פרשני זה. מעבר לכך יש לקביעה זו גם קשר לטיעון בדבר עיגון השוויון מכוח תביעתן העצמית של זכויות-היסוד<sup>196</sup>, מכיוון שהתוצאה בשני המקרים היא חיזוק העיקרון שלפיו כל דבר חקיקה, כולל זכויות-היסוד, יפורשו באופן התואם את הכרזת העצמאות והעקרונות הקבועים בה.  
עם זאת חשוב להדגיש, כי השוויון הקבוע במגילת-העצמאות מוגבל משתי בחינות נוספות: ראשית, השוויון בהכרזת העצמאות עוסק בשלוש קטיגוריות ספציפיות: דת, גזע ומין, ואילו חלק מטענות האפליה המביאות להליכים משפטיים בגין פגיעה בשוויון מתייחסות לקטיגוריות אפליה אחרות, כגון אפליה על בסיס נטייה מינית<sup>197</sup> או גיל. ניסיון לעגן את עקרון השוויון הכללי מכוח הכרזת העצמאות עשוי אפוא לתרום למצבים שנדונו בעניין אליס מילר ובעניין שדולת הנשים, אך צריך היה לצעוד כברת דרך נוספת (אולי ב"פירוש תכליתי" עדכני של הכרזת העצמאות עצמה) כדי להשתמש בה למצבים חשובים אחרים הנידונים במסגרת עקרון השוויון, כגון עניין דנילוביץ.  
שנית, השוויון בהכרזת העצמאות הובטח לגבי "הזכויות המדיניות והחברתיות". כפי שהעיר בית-המשפט העליון עוד בשנותיה הראשונות של המדינה, לא כל טענה של

<sup>193</sup> ראו, למשל, בג"צ 10/48 זיו נ' גוברניק, פ"ד א 85, 89; בג"צ 7/48 אלכרבוטלי נ' שר הבטחון, פ"ד ב 5, 13; ע"פ 112/50 יוסיפוף נ' היועמ"ש, פ"ד ה 481, 487; עניין פורז, בעמ' 332 (מעמד השוויון בשיטתנו המשפטית נגזר ממגילת-העצמאות); רובינשטיין, לעיל הערה 52, כרך א, 45-55.  
<sup>194</sup> ראו פסקה 1 לפרק זה.  
<sup>195</sup> ראו ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, 302-303; וקרפ - כבוד האדם, לעיל הערה 134.  
<sup>196</sup> לעיל פסקה 4 לפרק זה.  
<sup>197</sup> ראו עניין דנילוביץ, לעיל הערה 85.

= 303 =

פגיעה בשוויון נכללת בגדר הזכויות האמורות שרק נזכרו בהכרזה<sup>198</sup>. גם מטעם זה לא יניב השימוש בהכרזת העצמאות "כיסוי" חוקתי מלא של עקרון השוויון.

- ההיסטוריה החקיקתית-חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. טיעון כנגד עיגון הזכויות הבלתי-מנויות ב

1. ההיסטוריה החקיקתית - ההיבט העובדתי

כפי שפורט בהרחבה לעיל<sup>199</sup>, היעדרו של סעיף השוויון מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אינו מקרי ואינו תוצאה של שכחה או השמטה, אלא פרי הפשרה הפוליטית שקיבל על עצמו במודע מציע החוק, ח"כ אמנון רובינשטיין.

אף אלו מבין המלומדים התומכים בעיגונו של השוויון לתחומי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מודים כי

'נוסחת האטומיזציה' של הזכויות, ההצהרות הכלליות בדבר הפשרה וההסכמה, שאליהן הגיעו בעלי המחלוקת, לחוקק בו רק אותן זכויות שאינן שנויות במחלוקת, הצהרות הביקורת של חברי-הכנסת על אי הכללתו של סעיף שוויון מפורש והעובדה שהשוויון אכן לא פורט בין הזכויות המוגנות - מובילים, במידה רבה של שכנוע, למסקנה ש"הכונה המקורית" של המחוקק היתה שלא לכלול את הזכות לשוויון בין הזכויות המעוגנות בחוק היסוד<sup>200</sup>.

עם זאת ראוי לציין, כי בשפה רפה למדי מושמע גם טיעון שלפיו ייתכן כי לא ניתן לקבוע את "כוונת המחוקק" בדרך-כלל<sup>201</sup> או בהקשר לעיגון עקרון השוויון בפרט;

198 ראו ע"פ 5/51 שטיינברג ג' היועמ"ש, פ"ד ה' 1061, 1068.

199 פרק 2ד למאמר.

200 קרפ - ביוגרפיה של מאבקי כח, לעיל הערה 63, בעמ' 357. גם הנשיא ברק מסכים כי פירוש מצומצם של המונח "כבוד האדם" תואם את ההסטוריה החקיקתית, ראו לעיל הערה 145.

201 זהו טיעון עקרוני, שלפיו לא ניתן לברר את כוונתה של הכנסת הן מכיוון שלא ניתן לאתר כוונה של החבר היחיד בגוף המחוקק, הן משום העדר "כוונה קבוצתית" של הגוף המחוקק והן בשל הטענה כי כוונת חברי הגוף המחוקק איננה בהכרח "כוונת המחוקק". ראו ברק פרשנות במשפט - פרשנות החקיקה, כרך ב, לעיל הערה 161, בעמ' 242-236. טיעונים אלו משמשים חלק מן הטענה הכללית, כי אין לייחס חשיבות רבה להיסטוריה חקיקתית בכלל. על השימוש בהיסטוריה חקיקתית לפירוש דברי חקיקה ראה ח' כהן "חומר הכנה" ספר אורי ידן (תש"ן, כרך ב) 96; א' מרמור "כוונת המחוקק וסמכות החוק" עיוני משפט טז (תשנ"א) 593; בג"צ 4031/94 ארגון בצדק נ' ראש ממשלת ישראל

= 304 =

והושמע אף טיעון שלפיו ניתן ללמוד מהפעילות בכנסת כי זו סברה דווקא שעקרון השוויון מעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>202</sup>. זהו טיעון עובדתי, ואיננו סבורים כי יש לייחד לו דיון נוסף בשל הדברים שהובאו עד כה לגבי ההיסטוריה החקיקתית של עקרון השוויון וכן בשל העובדה שגם תומכי עיגון השוויון מסכימים כי ההיסטוריה החקיקתית נוטה באופן ממשי לעמדה המוצגת על-ידנו. יפים לעניין זה דבריו של פרופסור לבונטין, בהקשר הכללי של כוונת המחוקק: "קשיי הוידוא אכן רבים הם, אך אין להיסחף להפלגה בהדגשתם. ברוב המקרים ברור, לפחות במה לא רצה המחוקק"<sup>203</sup>. נראה, כי מההיסטוריה החקיקתית של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ברור לפחות כי המחוקק לא רצה לכלול את עקרון השוויון הכללי כחלק מחוק-היסוד.

2. ההיסטוריה החקיקתית - הכרה בתהליכי הפשרה והאטומיזציה

מרכיב חשוב בהיסטוריה החקיקתית הם שני המאפיינים העיקריים שליוו את כינון החוק והם הליכי הפשרה והאטומיזציה<sup>204</sup>. בפרק ב של המאמר דנו בהרחבה על תהליכים אלו. בפסקאות הבאות נעסוק במשמעותם של מאפיינים אלו לגבי הפירוש הראוי לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולשאלת הזכויות הבלתי-מנויות.

ואח', פ"ד מח(5) 1 (להלן: עניין ארגון בצדק) ואסמכתאות נוספות שם. הסקירה המקיפה ביותר מובאת אצל ברק, פרשנות במשפט - פרשנות החקיקה, כרך ב, לעיל הערה 161, בעמ' 400-351. כן ראו הדיון להלן בפרק 3, לעניין השימוש בהיסטוריה החקיקתית תוך פירוש חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, באמצעות תורת הפרשנות התכליתית.<sup>202</sup> רעיון זה הובע על-ידי יהודית קרפ, ראו קרפ - ביוגרפיה של מאבקי כח, לעיל הערה 63, בעמ' 357, ולפיו ייתכן שהיתה טקטיקה של "אחד בפה ואחד בלב". גישה זו גורסת כי התומכים בחוק תמכו בו משום ההנחה שהחלל בעניין סעיף השוויון יתמלא בידי בית-המשפט בדרך של פרשנות או יצירה שיפוטית, והמתנגדים התנגדו מחשש שערך השוויון, שהתנגדו לו, אכן כלול בחוק. לפי תיזה זו, הכוונה המשותפת תהיה כי הכנסת סברה שעקרון השוויון אכן מעוגן בחוק-היסוד.<sup>203</sup> א' לבונטין "פרשנות - אקלימים וסינתזה" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (י' זמיר עורך, תשנ"ג) 269, 278 (ההדגשה הוספה - ה' ס'). הדברים צוטטו בהסכמה בידי הנשיא שמגר בעניין בנק המזרחי, לעיל הערה 1, בפסקה 38 לפסק-דינו.

204 מאפיין הפשרה ותהליך האטומיזציה אינם לגמרי נפרדים זה מזה, שהרי האטומיזציה היא חלק מן הפשרה (במובן זה שחוקי-היסוד המגיעים להצבעה הם אותם "אטומים" שלגביהם הושגה פשרה לפחות בין רוב חברי-הכנסת. ראו גם דברי ח"כ רובינשטיין לעיל ליד הערה 66. עם זאת, יש לכל אחד מתהליכים אלו השלכות שונות מעט על הפרשנות העולה מן ההיסטוריה החקיקתית.

= 305 =

(א) תהליך הפשרה - יתרונות ותוצאות פרשניות  
תהליך הפשרה מאפשר ליצור בסיס הסכמה רחב-יחסית<sup>205</sup> לגבי אותם חוקי-יסוד המתקבלים בעקבותיו. על ערכו של

הקונצוזוס, בהקשר של משפט חוקתי, כתב השופט ברק:

משפט חוקתי חייב להתבסס - והלכה למעשה, אכן מתבסס - על הסכמה לאומית. הוא משקף קונצוזוס חברתי מקורי, שעמד ביסוד יצירת המשפט החוקתי, וקונצוזוס חברתי נמשך, העומד ביסוד המשך הלגיטימיות והקיום של המשפט החוקתי.<sup>206</sup>

וכתב פרופסור אריאל רזן-צבי:

פשרה מונעת קרע ושומרת מפני פריצת חזית אידיאולוגית. זהו ללא ספק היסוד המוסד של חוקי-היסוד. תכלית זו מחייבת אותנו... ההתחשבות בפשרה נושאת עימה בראש ובראשונה חובה פרשנית במסגרת ההיזקקות לתהליך החקיקה. אולם היא משלבת גם תבונה חוקתית, שיש בה גם אסטרטגיה וגם טקטיקה.<sup>207</sup>

הדרישה לקונצוזוס, או לפחות להסכמה רחבה, מקבלת - לדעתנו - משנה-תוקף במציאות הישראלית שבה קבלת החוקה נעשית בהליך הרגיל של הכנסת, ואף בלא דרישה לרוב מיוחד בקבלת החוקה. בקשר בין הצורך בקונצוזוס ובין הליכי קבלת החוקה עסק גם פרופסור בנימין אקצין:

חוקה כזו צריכה לאחד את האומה במידת האפשר, ואסור שתשמש גורם מפלג. משום כך מקובל בעולם - ומציע גם אנוכי - שלא תיכנס החוקה לתוקפה אלא ברוב מיוחד של המוסד הנבחר, ושלא ייכנסו לתוקפם תיקונים לחוקה אלא ברוב מיוחד. תנאי זה משמעותו שלא תתקבל חוקה ולא יתקבלו תיקונים לחוקה, אם מיעוט גדול למדי מתנגד לתוכנם.<sup>208</sup>...

<sup>205</sup> ראו נתוני ההצבעה לחוקי-היסוד החדשים לעיל בהערה 65.

<sup>206</sup> ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 67.

<sup>207</sup> א' רזן-צבי "מדינה יהודית ודמוקרטית" - אבהות רוחנית, ניכור וסימביוזה - האפשר לרבע את המעגל? "עיוני משפט יט

(תשנ"ה) 479, 508.

<sup>208</sup> ב' אקצין "הצעת חוקה למדינת ישראל" סוגיות במשפט ובמדינאות (תשכ"ו) 158, 162.

= 306 =

קבלת חוקי-היסוד בישראל, על הסעיפים המשוריינים בהם, נעשית ברוב רגיל, שפעמים רבות הוא נמוך מן הרוב הנדרש לביטול אותם סעיפים.<sup>209</sup> הרצון לכונן חוקה יציבה - ובעיקר משוריינת מפני שינוי, כך שלא תשתנה תדיר משיקולים קואליציוניים אלו או אחרים - יזכה להצלחה רבה יותר אם יתבסס על פשרה.

התוצאה הפרשנית המתחייבת מהכרה בתהליך הפשרה היא מתן משנה-תוקף לתכלית החקיקתית הסובייקטיבית של מכונני חוקי-היסוד, בפרט כאשר יש מתחם של אפשרויות פרשניות. אחת ההתעלמויות החמורות ביותר מבחינה פרשנית היא הכרה בזכויות שהפשרה היתה החלטה מפורשת שלא לכלולן במסגרת חוק-היסוד.<sup>210</sup> לדעתנו במסגרת זו אין להכיר בעקרון השוויון, בחופש התנועה הפנימי, בחופש הדת, האמונה והמצפון ובחופש הביטוי כחלק מחוק יסודי: כבוד האדם וחירותו. זכויות-יסוד אלו היו סלע-מחלוקת עקרוני ומהותי, שטרם הבשיל לכדי פשרה ספציפית לגבי כל אחת מהן. פרשנות שיפוטית הכוללת אותם, למרות הכוונה הברורה של "המתפשרים", היא סטירת-לחי לתהליך הפשרה, אשר יש בה להעמיד בספק את היכולת לקיימו בהמשך.

(ב) תהליך האטומיזציה - יתרונות ותוצאות פרשניות

כמפורט לעיל<sup>211</sup>, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוק יסוד: חופש העיסוק, לא נועדו להיות חוקים ממצים בתחום זכויות האדם, אלא "סעיפים בפרק העוסק בזכויות הפרט בחוקתה העתידה של המדינה"<sup>212</sup>. אמנם, תהליך האטומיזציה החל בשל חוסר-ברירה<sup>213</sup>, אבל משהוחל בו, קשה להתעלם מכך שיש לו גם יתרונות.

יתרון בולט הוא, שכל זכות וזכות עשויה לקבל תשומת-לב של הרשות המכוננת יותר מאשר היתה מקבלת במסגרת דיון יחיד על חוק זכויות-אדם כולל. אף במסגרת תהליך האטומיזציה, שבו נידונו שני חוקי-היסוד החדשים אחד לאחד, נשמעו תלונות

<sup>209</sup> ראו ד"ר תשנ"ב 3789, שם מנה שר-המשפטים שורה של "סעיפי שריון" שתקבלו בכנסת ברוב קטן בהרבה מהרוב הנדרש לשנותם.

<sup>210</sup> בניגוד לעמדתה של קרפ אנו סבורים, כי הפשרה הפוליטית לא כללה קביעה שבית-המשפט העליון לא יוכל להכריז על חוקים הסותרים את חוק-היסוד כנטולי-תוקף, וזאת לפי הוראת סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ("פסקת ההגבלה"), והתקדימים שהתייחסו לסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, שאף בו לא נקבעה הוראה מפורשת המעניקה סמכות לבית-המשפט העליון. ראו הדעה הנוגדת, קרפ

- ביוגרפיה של מאבקי כח, לעיל הערה 63, בעמ' 340.

<sup>211</sup> ראו לעיל פרק ב' למאמר.

<sup>212</sup> א' מעוז "משפט חוקתי" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב-תשנ"ג (תשנ"ד) 143, 145.

<sup>213</sup> ראו לעיל ליד הערה 62.

על הדיון החפוז שבו הוקדשו לכל נואם לא יותר משלוש (!) דקות<sup>214</sup> ונעשו טעויות מהותיות בעיצוב החוקים<sup>215</sup>. מרבית הזכויות הן מורכבות; היקף ההגנה החוקתית הראויה להן נתון לגישות שונות, וראוי כי הרשות המכוננת תקדיש מחשבה ותכריע ביניהן. טול, לדוגמה, את חופש הביטוי. בספרו פרשנות חוקתית הנשיא ברק ממחיש את נושא היקף הגנתה של זכות באמצעות הדוגמה של חופש הביטוי שהוא רואה בו חלק מ"כבוד האדם וחירותו". אולם לצורך ההדגמה נזקק ברק לטקסט שהוצע על-ידי משרד-המשפטים באשר לחופש הביטוי, תוך שהוא קובע כי "קביעת היקף הפריסה של הזכות תתמקד בלשונה של ההוראה ובתכליתה" וכי השופט צריך לקבוע, כשלב ראשון, את מתחם האפשרויות הלשוניות<sup>216</sup>. אכן, מלאכתו של הפרשן, גם זה הדוגל בפרשנות תכליתית, מתחילה בטקסט הכתוב, ובבדיקה אם הרשות המכוננת נתנה את דעתה על סוגיות מסוימות.

נשוב לדוגמת חופש הביטוי: שאלת השתרעותה של הזכות לחופש הביטוי היא שאלה נכבדה, המעוררת שאלות שונות, וביניהן השופט ברק מונה את שאלת השתרעות חופש הביטוי על חופש הביטוי המסחרי, על ביטוי גזעני ואף על רצח פוליטי הנעשה מתוך מחאה. שאלות מורכבות וחשובות אלו ראוי להן שהרשות המכוננת תיזכר לכל אחת מהן ברצינות וביסודיות, תוך שהיא מכריעה לפחות במרביתן, גם אם אינה מכריעה בכל סוגייה אפשרית ותוך שהיא משאירה עבור בית-המשפט את "מיתחם האפשרויות הלשוניות" לצורך ההכרעות הנותרות.

דוגמה נוספת לעניין זה ניתן למצוא בחופש העיסוק, המעוגן, בגלל תהליך האוטומיזציה, בחוק-יסוד משלו. השופט ברק קובע כי במהותו נגזר חופש העיסוק מהאוטונומיה של הרצון הפרטי, ועל-כן "חופש העיסוק אינו אלא ביטוי מוחשי לכבוד האדם וחירותו"<sup>217</sup>. התוצאה היא, כי אלמלא עוגן חופש העיסוק בחוק נפרד, האסכולה הדוגלת בהרחבת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, על הזכויות הבלתי-מנויות היתה ודאי גורסת כי אף חופש העיסוק נגזר מכבוד אדם וחירותו<sup>218</sup>. והנה, לגבי חופש העיסוק ניתן

<sup>214</sup> ראו ד"ר תשנ"ב 1237 (יו"ר הישיבה, ח"כ גדות, הקצה בדיון בחוק-היסוד שלוש דקות בלבד לכל נואם, למרות מחאות אחדים מחברי הבית כי המדובר בחוק-יסוד, ונדרש זמן רב יותר). ראו גם את ביקורתו של א' בנדור "פגמים בחקיקת חוק-היסוד" משפט וממשל ב (תשנ"ה) 443 על "הקלות הבלתי-נסבלת של חקיקת חוק-היסוד" - כלשונו.

<sup>215</sup> כוונתנו בעיקר לצורך להחליף את חוק יסוד: חופש העיסוק, במלאת שנתיים לקבלתו.

<sup>216</sup> ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 375-374.

<sup>217</sup> ברק - חופש העיסוק, לעיל הערה 21, בעמ' 200: ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 582-583.

<sup>218</sup> כיום, כאשר חוק יסוד: חופש העיסוק, מעוגן בחוק עצמאי משלו, אין חולק כי שאלות הנוגעות לחופש העיסוק צריכות להידון במסגרת חוק יסוד: חופש העיסוק, שהוא ספציפי, ולא במסגרת חוק

לכנסת (כרשות מכוננת) להביע את עמדתה והיא בחרה לעשות כמה שינויים מהותיים מהעמדות הכלליות שנקבעו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לגבי כבוד האדם<sup>219</sup>.

ראשית, חופש העיסוק הקבוע בחוק יסוד: חופש העיסוק, חל על "אזרח או תושב", בעוד שהזכות לכבוד ניתנה ל"כל אדם". חוק של הכנסת שנתקבל לאחר תום תוקפן של הוראות שמירת הדינים בשני חוקי-היסוד החדשים<sup>220</sup> והפוגע בחופש העיסוק של אזרח ותושב זר שלא לתכלית ראויה או במידה העולה על הנדרש, לא ייפסל מכיוון שחוק היסוד אינו מגן אלא על אזרחים ותושבים<sup>221</sup>. מאידך, לו נידונה הזכות לחופש העיסוק במסגרת הכוללת של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, היה החוק פסול בשל אי-עמידתו בפסקת ההגבלה של חוק זה. אין אנו טוענים כי תוצאה מסוימת עדיפה על חברתה: עמדתנו היא, כי הרשות המכוננת היא שצריכה לקבל הכרעות מסוג זה מתוך שיקול דעת (משפטי, ציבורי וגם פוליטי) ביחס להבדלים שבין זכות לזכות, ולשנות, אם תמצא לנכון, מהיקף ההגנה הניתן להן.

שנית, הכנסת ראשית לחוק חוק רגיל, הפוגע בחופש העיסוק פגיעה שאיננה לתכלית ראויה או שהיא במידה העולה על הנדרש, בתנאי שיתקבל ברוב של חברי הכנסת ושייאמר בו כי הוא תקף על-אף האמור בחוק יסוד: חופש העיסוק. חוק כזה יהיה תקף למשך תקופה של עד ארבע שנים, לפי "פסקת ההתגברות" הכלולה בחוק יסוד: חופש העיסוק<sup>222</sup>. אף בעניין זה איננו מביעים את דעתנו בדבר רציונותה של פסקת ההתגברות, אלא אך טוענים כי ראוי שהרשות המכוננת תחליט בנפרד לגבי כל זכות יסוד אם יש צורך לאפשר לרשות המחוקקת לעשות כן. לגבי חופש העיסוק, שנדון במסגרת תהליך האוטומיזציה, נתקבלה החלטה לעשות כן כחלק מהליך הפשרה<sup>223</sup>.

יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהוא חוק כללי. "הרשות המכוננת ראשית להקדיש לזכויות אדם מסוימות הוראות מיוחדות. בעשותה כן, היא מוציאה זכויות אדם אלה - בהסדרן הקונקרטי, אך לא במהותן העניינית - מתחום פרישתם של כבוד האדם וחירותו" (ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 414). ראו גם א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא (תשנ"ד) 271, 283-284.

<sup>219</sup> השוו: ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 389 (בהקשר אחר).

<sup>220</sup> כלומר: חוק שנחקק לאחר תחולתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולאחר תום תוקפה של הוראת סעיף 10 לחוק

יסוד: חופש העיסוק. להוראות שמירת הדינים ראו לעיל הערה 5.

<sup>221</sup> חופש העיסוק, יציר פסיקת בית-המשפט העליון, גם בהנחה שהוא מוסיף לחול לצד חופש העיסוק שמכוח חוק-היסוד

(ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 356-355, 585, 598), לא יגרום לפסילת החוק בשל עקרון ריבונות הכנסת.<sup>222</sup> סעיף 8 לחוק יסוד: חופש העיסוק.  
<sup>223</sup> פסקת ההתגברות מאפשרת את קיומה של הפשרה בכך שהיא מאפשרת קיומו של עיקרון רחב, למרות העובדה שבסיטואציות מסוימות תהיה אפשרות לסטות מהעיקרון. האלטרנטיבה - למשל: במקרה של חוק יסוד: חופש העיסוק - היתה ודאי ביטולו של החוק בלחץ המפלגות הדתיות.

= 309 =

ההבדלים הללו בין חוק יסוד: חופש העיסוק, ובין חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, יוצרים אבסורד מסוים בשל התיזה שהזכויות הבלתי-מנויות מעוגנות בחוק-היסוד. כל זכות בלתי-מנויה הנגזרת מכבוד האדם, אפילו אם אינה נמנית עם "השורה הראשונה" של זכויות-היסוד (למשל: חופש החוזים)<sup>224</sup> תהיה מוגנת יותר מחופש העיסוק - זכות שהוקדש לה חוק-יסוד מלא ומפורש, שנתקבל (בגרסתו השנייה) מתוך הסכמה רחבה בתום תהליך הפשרה. כאמור, ההגנה על חופש העיסוק נתונה לכל אזרח או תושב, ואילו הגנת חופש החוזים תהיה נתונה לכל אדם. ואף חשוב מכך: בחופש העיסוק ניתן לפגוע בחוק זמני שאינו למטרה ראויה או שאינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל או שהפגיעה היא במידה העולה על הנדרש, מכוח פסקת "על-אף האמור"; בחופש החוזים, אם אמנם הוא חלק מ"כבוד האדם" שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לא ניתן לפגוע בחוק כזה. לדעתנו, יש בכך אבסורד שיש למונעו על-ידי בחירת הפרשנות אשר לפיה אין הזכויות הבלתי-מנויות נכללות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

יימצא ודאי מי שיטען, כי עדיף היה להגן על כל הזכויות בגדר "כבוד האדם", מכיוון שכבוד האדם הוא מן הזכויות המוגנות ביותר במשפטנו החוקתי הפוזיטיבי, עקב ההגנה הכפולה בסעיפים 2 ו-4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בשל היעדר האפשרות להתגבר על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, באמצעות חוק לפי פסקת התגברות, ובשל ההגנה הרחבה ל"אדם", כולל מי שאינו אזרח או תושב. ואולם, דומה כי עמדה זו איננה מביאה בחשבון כי לו נדרשה הכנסת, כרשות מכוונת, להציב את מכלול הזכויות על בסיס אחיד, יש להניח כי בשל חילוקי-הדעות הרבים בסיס זה היה דווקא בסיס צר. הנחתנו היא, כי היקף ההגנה על זכויות היה נפגע עקב החיפוש אחר המכנה המשותף הצר ביותר. יצוין, כי הנשיא ברק רואה את העדר הבסיס האחיד לכל הזכויות כאנומליה. בעניין בנק המזרחי מצביע הנשיא ברק על כך, שהזכויות המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, נהנות מהגנה מקיפה יותר מאשר חופש העיסוק, ככל שהדבר נוגע לפגיעה בהן בחקיקה רגילה, ומביע תקווה כי האנומליה תבוא על תיקונה בחוק יסוד: החקיקה, "אשר יעמיד את כל חוקי-היסוד וההסדרים המעוגנים בהם, בדרישות זהות באשר לשינוי או פגיעה"<sup>225</sup>. אנו סבורים, בכל הכבוד, שאנומליה זו היא פרוגרסיבה של הרשות המכוונת, הראשית לקבוע הגנה עדיפה לזכות-יסוד אחת, ולא לאחרת. שופטי בית-המשפט העליון, ובראשם הנשיא ברק, מודעים כמובן היטב לכך, שהזכויות הבלתי-מנויות הן נשוא הליכי חקיקה נפרדים.<sup>226</sup> אולם הנשיא ברק גורס, כי

<sup>224</sup> ראו להלן פרק 2ז(ה).

<sup>225</sup> עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 1, פסק-דינו של הנשיא ברק, פסקה 73.

<sup>226</sup> ראו ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 42.

= 310 =

אין להסיק מתהליך האוטומיזציה ומקיומן של הצעות חוק-היסוד הנפרדות, שכבוד האדם אינו כולל את הזכויות הבלתי-מנויות:

עם חקיקתן של זכויות אלה, הן יעמדו כזכויות פרטיקולריות על רגליהן הן. כל עוד הן לא הוחקו, הן מוגנות במסגרת עקרון כבוד האדם. התהליך של הפיצול הנגרם בשל נוחות חקיקתית אינו יכול להכתיב חשיבה חוקתית. תהליך ה"אטומיזציה" של חקיקת זכויות האדם - כלומר, פירוק חוקת זכויות האזרח למספר חוקי-יסוד - אינו מצביע על מחשבה סובייקטיבית של יוצרי החוקה לצמצום עקרון כבוד האדם. גם אילו חשבו כך, לא היה עלינו, כפרשני החוקה, לראות בכך חזות הכל. תכנם של מושגים חוקתיים צריך להיקבע על-פי תפישותיה של החברה בעת מתן הפירוש, ולא על-פי אופקיהם השונים של חברי הגוף המכונן בעת חקיקת הטקסט.<sup>227</sup>

יצוין כי במאמר מוקדם יותר, ממש סמוך לכינונם של חוקי-היסוד<sup>228</sup>, נקט השופט ברק גישה שהיתה בה השלמה עם תהליך הכינון ההדרגתי. ברק מצוין, כי "חוקי-היסוד שנתקבלו אינם משתרעים על מלוא העניינים החייבים הסדר בחקיקה הנוגעת לזכויות אדם" ומפנה "למלוא פריסת העניינים הדורשים הסדר" אל הצעות החוק הכוללות למגילת זכויות של האדם משנת תשמ"ג ומשנת תשנ"א<sup>229</sup>. והוא מוסיף:

אכן, כשם שהחלטת הררי - לפיה "החוקה תהיה בנויה פרקים-פרקים" - גרמה לחקיקת החוקה כולה שלבים שלבים, כן נהיה עדים עתה לחקיקה בשלבים בתחום זכויות האדם. מי שרעיון זכויות האדם החקוקות ("הכתובות עלי ספר") יקר לו, ייצר על תופעה זו. עם זאת, עדיפה חקיקה "פרקים-פרקים" על פני אי-חקיקה. נראה לי, כי בכך החל תהליך שלא ניתן יהיה לעצור אותו, ושסופו מגילה חקוקה וכוללת של זכויות אדם בעלת מעמד חוקתי

עם כל הכבוד אנו סבורים כי עמדתו הראשונית של הנשיא ברק היתה ראויה יותר וכי על בית-המשפט לתמוך, ובוודאי להעניק תוקף מלא, לתהליך האטומיזציה.

-----  
<sup>227</sup> א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא (תשנ"ד) 271, 282-283.  
<sup>228</sup> המאמר פורסם בחודש אוגוסט 1992 והוא מתבסס על הרצאה שנישאה בחודש מאי 1992, חודשיים בלבד לאחר קבלת חוקי-היסוד החדשים.  
<sup>229</sup> א' ברק "המהפכה החוקתית - זכויות-יסוד מוגנות" משפט וממשל א (תשנ"ב) 9, 13.  
<sup>230</sup> א' ברק שם בעמ' 14.

= 311 =

שתי תוצאות פרשניות נובעות מההכרה בתהליך האטומיזציה. ראשית, זה עיקר, בית-המשפט צריך להימנע מלכלול במסגרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אותן זכויות-יסוד שהן נושא הליכים אחרים, מקבילים, במסגרת תהליך האטומיזציה. במסגרת זו ניתן לכלול לכל הפחות את חופש הביטוי ואת חופש ההתאגדות<sup>231</sup> וכן חלק מן הזכויות הפרוצדורליות הפליליות<sup>232</sup>. שנית, ההכרעה אם זכות-יסוד מסוימת היא חלק מ"כבוד האדם" צריכה, לדעתנו, להיות מושפעת מן השאלה אם מדובר בזכות שמקובל לראותה כזכות-יסוד "עצמאית". אם נהוג לראות את הזכות כעצמאית, ניטה שלא לסווגה כחלק מכבוד האדם, מתוך הנחה שתשמש נושא לפרקים עתידיים של תהליך הכינון בדרך של אטומיזציה. אמרות-האגב המרחיבות של שופטי בית-המשפט העליון הציעו לכלול כמה זכויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>233</sup> - זכויות שמעמדן כזכויות נפרדות ועצמאיות כל-כך מושרש, עד שאין לכלולן בתוך המונח "כבוד האדם", גם אם ניתן להצביע על זיקה מסוימת שלהן אל כבוד האדם. במסגרת זו ניתן למנות את השוויון, את חופש הביטוי, חופש ההתאגדות, חופש האמונה וחופש הדת והמצפון. כדי לסווג את הזכויות ה"עצמאיות", שאותן אין - לדעתנו - לכלול במסגרת המונח "כבוד האדם", ניתן להסתייע ברשימות של זכויות אדם במסמכים חוקתיים מקומיים<sup>234</sup>, זרים ובינלאומיים<sup>235</sup>. אין כמובן אחידות בין מסמכים אלו, אולם לגבי הזכויות הבלתי-מנויות העיקריות שזכו לאמרות-אגב המכניסות אותן לגדר חוקי-היסוד החדשים, יש בהן שתימצאנה כמעט בכל רשימה כזכויות עצמאיות, כגון חופש הביטוי,

-----  
<sup>231</sup> ראו הצעת חוק יסוד: חופש הביטוי וההתאגדות, ה"ח תשנ"ד 101.  
<sup>232</sup> ראו הצעת חוק יסוד: זכויות במשפט, ה"ח תשנ"ד 99,  
<sup>233</sup> לסקירת זכויות אלו ראו להלן פרק ז.  
<sup>234</sup> למשל: הצעת חוק יסוד: מגילת זכויות-היסוד של האדם, ה"ח תשמ"ג 111; הצעת "חוקה לישראל" בראשות פרופ' א' רייכמן, לעיל הערה 34; הצעת פרופ' אקצין, לעיל הערה 208; י' ה' קלינגהופר "מגילת זכויות האדם - הקפאון בחקיקה", ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (י' זמיר עורך, תשנ"ג) 137, 139-140.  
<sup>235</sup> ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, 1948 (מובא אצל ר' גביון וח' שנידור עורכים, זכויות האדם והאזרח בישראל - מקראה ולהלן: זכויות אזרח - מקראה) כרך א 72; האמנה האירופאית בדבר זכויות אדם (מובא אצל ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 823); מגילת זכויות האדם של ארצות-הברית (מובא אצל ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 805); הצהרת זכויות האדם והאזרח בצרפת, 1789 (מובא בזכויות אזרח - מקראה, לעיל, כרך א 65); הצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחירויות (מובא אצל ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 799); חוק היסוד הגרמני (מובא אצל ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 809).

= 312 =

חופש הדת והמצפון, שוויון ואיסור אפליה. אמנם, זכות עצמאית יכול שתיכלל גם בזכות כללית יותר, אולם לגבי אותן זכויות המופיעות ברובן המכריע של הרשימות יש במנהג המקובל למנותן בנפרד לפחות ערך פרשני.

(ג) הסכנות בהתעלמותה של הרשות השופטת מתהליכי הפשרה והאטומיזציה לדעתנו, אם יבחר בית-המשפט העליון להתעלם מן הפשרה החוקתית ומתהליך האטומיזציה, צפויות שלוש תוצאות שליליות: ראשית, יש לצפות לפגיעה - ואולי אף לסיים - של חקיקת חוקי-יסוד בדבר זכויות אדם נוספות. שנית, יש סיכון של ממש כי חוקי-היסוד הקיימים, ובפרט חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, יבוטלו כליל או יצומצמו לבלי הכר. ושלישית, צפויה פגיעה של ממש בכוחו של בית-המשפט העליון והוא עלול לאבד את הלגיטימציה שלו בעיני חלק מהציבור. החשש מפגיעה בכינון החלקים הבאים של מגילת זכויות האדם נובע מעמדתן של המפלגות הדתיות<sup>236</sup>, הרואות את עצמן "מרומות" בכך שהפרשנות הניתנת על-ידי בית המשפט העליון למסמך יציר הפשרה שונה לגמרי מן הפשרה שהסכימו לה. אמנם, הפרשנות המרחיבה ניתנה לחוק מרכזי - חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אבל יש לצפות ל"אפקט מקפיא" (effect freezing), מצב שבו המפלגות הדתיות יסרבו לתת את ידן אף לחוקי-יסוד שאין בהם כל פגיעה בעמדותיהן הפוליטיות. אכן, אפקט הקפאה גרם לכך שהסיעות הדתיות מנעו בשלהי הכנסת השלוש-עשרה את השלמת כינונם של חוקי-יסוד חשובים,

אפילו לאחר שנתקבלו בהם פשרות לשביעות-רצונם<sup>237</sup>.

חשש מידי וחמור אף יותר הוא, כי פרשנות החורגת באופן בוטה מן הפשרה שהביאה לחקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, עלולה להביא לשינוי בצורה המגבילה מאוד את זכויות האדם או אף לביטולו המוחלט. בהקשר זה יש להביא בחשבון שני אלמנטים - האחד משפטי והאחר עובדתי:

-----  
<sup>236</sup> על ההיסטוריה של הנסיגות לכוון מגילת זכויות אדם ישראלית, ובפרט על התנגדות המפלגות הדתיות, ראו רובינשטיין, לעיל הערה 52, כרך ב' 704-707; קרפ - ביוגרפיה של מאבקי כח, לעיל הערה 63, עמ' 333, בהערה 35.  
<sup>237</sup> ראו ג' אלון "המפלגות הדתיות הסירו את התנגדותן לחקיקת חוקי-היסוד בעניין זכויות האדם" הארץ (22.3.1996), עמ' 6א. בין הפשרות שנתקבלו: השמטת חופש הביטוי, חופש היצירה המדעית, חופש הדעה, החופש לפרסם דעות ומידע ברבים בכל דרך, הזכויות החברתיות והקמת בית-משפט לחוקה בתוך בית-המשפט העליון. למרות פשרות ניכרות ביותר אלו, שעליהן נמתחה ביקורת חריפה (ראו י' יובל "זכויות אדם בחסר" ידיעות אחרונות [1.4.1996], מוסף 24 שעות, עמ' 5; ר' גביזון "מה בוער למחוקק" ידיעות אחרונות [1.4.1996], מוסף 24 שעות, עמ' 5; ז' סגל "חופש הביטוי ימתין עד שיבוא אליהו" הארץ [3.4.1996], עמ' 6) חזרו בהן המפלגות הדתיות מהסכמתן לפשרה, וראש-הממשלה, שמעון פרס, מנע, לבקשתן, את העברת חוק היסוד הכולל בכנסת השלוש-עשרה.

= 313 =

ראשית, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ניתן לשינוי באמצעות חוק-יסוד שיתקבל ברוב רגיל; שהרי סעיף הנוקשות שהיה בהצעת החוק, שעל-פיו "אין לשנות חוק-יסוד זה אלא בחוק-יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת" נדחה בקריאה השנייה בכנסת<sup>238</sup>.

שנית, החשש מפני שינוי החוק או ביטולו בעקבות פרשנות הסותרת את הפשרה אינו חשש בעלמא. בעת הדיון בכנסת, הביעו המפלגות הדתיות חשש מפורש "שמא לימים או לדורות ייתנו שופטים בישראל פירושים מפליגים לחירות המובאת בהצעת חוק זו, ואשר מחולליה אף לא חלמו על כך"<sup>239</sup>. תומכי החוק הבטיחו למתנגדים, כי אם יתאמתו חששותיהם מפרשנות מרחיבה כזו, יתקנו את החוק כך שיתאם לפשרה הפוליטית. יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת אמר בעניין זה דברים מפורשים:

ואני אומר לחברי הבית: בואו נעשה את הניסיון. הכוח לא הועבר למערכת בתי המשפט. הכוח נשאר בבית הזה. ואם חלילה יסתבר מהניסיון עם החוק הזה שאנחנו טעינו והפרשנות הניתנת לחוק אינה על-פי כוונתו האמיתית של המחוקק, יש בידי הכנסת לשנות את החוק<sup>240</sup>.

ההבטחה לתיקון החוק במקרה של פרשנות שיפוטית סותרת ניתנה גם על-ידי פרופ' רובינשטיין, יוזם החוק<sup>241</sup>. התעלמות פרשנית מן הפשרה עלולה להביא גם לפגיעה במעמדה של הרשות השופטת. הנשיא ברק היטיב לתאר טיעון זה, הגם שאין הוא רואה אותו כמכריע:

-----  
<sup>238</sup> "חוק-יסוד כבוד האדם וחירותו אינו משוריין בשריון 'דיוני', ועל כן ניתן לשנותו בחוק-יסוד שנתקבל ברוב רגיל. בכך מתבטא השוני בינו לבין חוק יסוד: חופש העיסוק. את זה האחרון אין לשנות אלא בחוק-יסוד שנתקבל ברוב חברי הכנסת". ברק - חופש העיסוק, לעיל הערה 21, בעמ' 198. ראו גם קרפ - ביוגרפיה של מאבקי כח, לעיל הערה 63, בעמ' 361-370; השאלה העיקרית שהטרידה את קרפ, האם היעדר סעיף השריון הפורמלי פוגע במעמדו החוקתי-על-חוקי של החוק ובממכות בית המשפט לפסול חוק הסותר אותו, קיבלה ביניים תשובה ברורה בעניין בנק המזרחי, לעיל הערה 1. בכנסת השלוש-עשרה הוגשה הצעת חוק פרטית של חברי-הכנסת בני בגין ודן מרידור להוסיף את הוראת הנוקשות לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ("ח"ח תשנ"ג 287), אולם הצעה זו לא נתקבלה במהלך כהונתה של הכנסת השלוש-עשרה. על הגישות השונות לשאלה המשפטית בדבר שינוי של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בשל היעדר סעיף הנוקשות ראו קרפ, לעיל בעמ' 378; ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 284-266, 451; מ' אלון "דרך חוק בחוקה - ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 659, 662.  
<sup>239</sup> ד"כ תשנ"ב 3786 (דברי ח"כ אברהם רביץ).  
<sup>240</sup> ד"כ תשנ"ב 3788 (ח"כ אוריאל לין).  
<sup>241</sup> ראו ד"כ תשנ"ב 1236 (ח"כ אמנון רובינשטיין). ראו גם ד"כ תשנ"ב 1239 (ח"כ יאיר צבן).

= 314 =

הכרעה שיפוטית בבעיות אלה תפגע בלגיטימיות השיפוטית: היא תשאיר בעיות אלה כ"פצע פתוח", אשר יעורר ויכוחים חוזרים ונשנים כאשר ללגיטימיות של המעשה השיפוטית. היא תהווה "בכיה לדורות" ותפגע במעמד השפיטה, אשר תואשם ב"חטיפת זכויות האדם" וב"גרילה שיפוטית"<sup>242</sup>.

לדעתנו, הפגיעה במעמדה של הרשות השופטת עלולה לבוא הן בכנסת, כרשות מחוקקת ומכוננת, הן בקרב חלקים מסוימים של הציבור.



יש להניח כי המפלגות הדתיות בכנסת, הנפגעות מהתעלמות בית-המשפט העליון מן הפשרה, יפעלו לצמצום סמכויותיו החוקתיות של בית-המשפט העליון, ובוודאי לא יסכימו להרחיב<sup>243</sup>. המפלגות הדתיות תמצאנה בני-ברית בין המתנגדים לאקטיביזם השיפוטי. כאשר הכריז בית-המשפט העליון, בעניין בנק המזרחי, כי נתונה לו הסמכות להכריז על חוקים כנטולי-תוקף, היו בין חברי-הכנסת שסברו כי יש בכך פגיעה קשה במעמדו הריבוני של המחוקק. אולם הדיון התנהל בהנחה שהסמכות שבית-המשפט העליון הכריז עליה נוגעת רק לחוקים הסותרים את הזכויות המנויות. אם ייפכו הקולות בבית-המשפט העליון הסבורים כי חוקי-היסוד החדשים העניקו מעמד-על חוקתי לכלל זכויות-היסוד להלכה המחייבת, יש לצפות לוויכוח נוקב הרבה יותר, ולהערכתנו - גם לתיקון מתאים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אשר למצער יבהיר, כי הזכויות הבלתי מנויות אינן כלולות בו, וייתכנו גם תסריטים גרועים יותר. במקביל עלול בית-המשפט העליון לאבד מן הלגיטימציה שלו בעיני חלק ניכר מן הציבור. אכן, לאחרונה היינו עדים לאמירות בזרם גובר והולך מצד המחנה הדתי והחרדי שלפיהן בית-המשפט העליון פועל באופן פוליטי לטובת אינטרסים של חלק מהעם ואף לתביעה לשנות את הרכבו של בית-המשפט העליון כך שישקף בהרכבו את החלוקה הפוליטית הישראלית. למותר לציין את הסכנה בגישה כזו.

### 3. ההיסטוריה החוקתית - פרשנות תכליתית

שני טיעונים עומדים במרכז הגישה הפרשנית המבקשת להעניק משקל מועט או אפסי ל"כוונת המחוקק" כפי שהיא משתקפת לגבי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואשר, כאמור, תוצאותיה הפרשניות מאפשרות להכיר בזכויות הבלתי-מנויות. הטיעון הראשון, שבו דנו כבר לעיל<sup>244</sup>, הוא כי לא ניתן לברר את "כוונת המכונן", בכלל, או באופן ספציפי לגבי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

<sup>242</sup> ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 414.  
<sup>243</sup> למשל בדרך של קבלת הצעת חוק יסוד: החקיקה, ה"ח תשנ"ג 91.  
<sup>244</sup> פרק 10.

= 315 =

הטיעון השני הינו משפטי, ועל-פי, בפרשנות, ובפרט בפרשנות חוקתית, אין להעניק משקל נכבד לכוונתו הסובייקטיבית של המכונן<sup>245</sup>. בארצות-הברית נטוש בעוז ויכוח לגבי השאלה, האם יש להתחשב בכוונת יוצרי הטקסט החוקתי<sup>246</sup>. אולם אף העמדה שאין לייחס משקל של ממש לכוונת "האבות המייסדים" ("founding fathers" - כפי שהם נקראים בארצות-הברית) קלה לאבחון בהקשר של חוקי-היסוד החדשים בישראל. אחד הטיעונים שהשופת ברק מגדיר כ"רציני" בטיעונים נגד ההתחשבות בכוונת יוצרי החוקה הוא זה, שלפיו מרחק הזמן מונע בחינה היסטורית<sup>247</sup>. לדעתנו, טיעון זה מאבד את עוצמתו כשהמדובר בפרשנות הניתנת שנים ספורות לאחר כינון חוקי-היסוד החדשים והעומדת בסתירה כה בולטת לכוונת הכנסת כעולה מן ההיסטוריה החוקתית. בהקשר זה ראוי לציין, כי מרחק הזמן, המשמש עילה להפחתת משקל ההיסטוריה החוקתית, משקף לא רק מעבר של זמן, כשלעצמו, אלא גם תמורות של ממש בחברה, הגורמות את הצורך להתעלם מהכוונה המקורית של המכוננים, בין השאר מכיוון שאלו כנראה לא העלו כלל על דעתם אותן תמורות. במאתיים השנים שחלפו מאז כינון מגילת זכויות-האדם האמריקנית יצאו העבדים לחופשי, והציבור האפרו-אמריקני זכה בזכויות אזרח מלאות, אם למנות רק חלק קטן מן התמורות. במצב של שינוי כה דרמטי יש מקום לטיעון, שלפיו לא יכלו "האבות המייסדים" לצפות מציאות זו, ועל-כן כוונת המכוננים המקוריים מאבדת מעוצמתה. מנגד, בין כינון חוקי-היסוד החדשים ב-1992 ובין ימים אלו לא חלו תמורות כה מרחיקות-לכת בחברה הישראלית אשר יש בהן כדי להצדיק התעלמות מוחלטת, למשל מהעובדה שעקרון השוויון הושאר במכוון ובמפורש מחוץ לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עמדה זו עולה אף מדבריה של השופטת דורנר:

כידוע, חוק יש לפרש על-פי תכליתו, ובקביעת התכלית נתון - בהעדר תפניות מדיניות, חברתיות או משפטיות ממועד החקיקה ועד מועד מתן הפירוש - משקל נכבד לכוונתם של חברי הכנסת<sup>248</sup>.

אכן, הטענה איננה מושמעת - וראוי לה שלא תושמע - כי מעת כינונם של חוקי-היסוד ועד היום חלו תפניות של ממש בתחומים דלעיל. עדיין אין כאן "מסע אל העבר"

<sup>245</sup> ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 415-416. ראו גם עמדתו של ברק לפרשנות על-פי תכלית חוקתית סובייקטיבית ותכלית חוקתית אובייקטיבית, שם, בעמ' 189-149.  
<sup>246</sup> לסקירת הוויכוח במשפט האמריקני ראו ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 159-149 והמקורות המצוטטים שם, בעיקר בהערות 2-7.  
<sup>247</sup> ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 157-156.  
<sup>248</sup> עניין יאסין, פסקה 3 לפסק-דינה של השופטת דורנר (ההדגשה הוספה - ה' ס').

= 316 =

- כמונחו של הנשיא ברק - שבסופו "על השופט לחזור ממסע העבר ההיסטורי ולפרש את החוק על-פי צורכי ההווה"<sup>249</sup>. גם הטיעון הממשי האחר כנגד השימוש בכוונה סובייקטיבית<sup>250</sup> - הטיעון שלפיו אין אפשרות לזהות כוונה סובייקטיבית - אינו נראה ישים בהקשר של זכויות האדם הבלתי-מנויות וחוקי-היסוד החדשים<sup>251</sup>. לפיכך נראה לנו כי הפרשנות הראויה של המונח "כבוד האדם" בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ראוי לה שלא תשלב בביטוי זה תכנים אשר ההיסטוריה החוקתית מצביעה בבירור על אי-הכללתם המכוונת בביטוי. על-פי ברק, האלטרנטיבה היא

תכנם של מושגים חוקתיים צריך להיקבע על-פי תפישותיה של החברה בעת מתן הפירוש, ולא על-פי אופקיהם השונים של חברי הגוף המכונן בעת חקיקת הטקסט<sup>252</sup>.

נעיר, כי איננו בטוחים שהאלטרנטיבה המוצעת בידי פרופ' ברק לגבי האפשרות לזהות את תפישותיה של "החברה" בישראל אכן ראויה. ואף אם ניתן לזהות את תפישותיה של החברה הישראלית, אין אנו משוכנעים כי תפישות אלו כוללות כיום את כל הטוב שעלי הגישה המרחיבה כוללים בתוך הזכויות הבלתי-מנויות. ככל שמיוחס משקל נמוך יותר לכוונה הסובייקטיבית של הכנסת בכינון חוקי היסוד, גוברת הנטייה להרחיב את תחום השתרעותו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, על הזכויות הבלתי-מנויות. עמד על כך הנשיא ברק:

המשקל הנמוך (יחסית) אשר הפרשנות התכליתית מעניקה לכוונתם (הסובייקטיבית) של "האבות המייסדים" משפיע במישרין על פתרון שאלות פרשניות קשות, כגון היקף פריסתו של 'כבוד האדם' על הזכות לשוויון, לחופש ביטוי, ולשאר זכויות אדם קלאסיות<sup>253</sup>.

לדעתנו, בשל הזמן הקצר שחלף מאז פעולתם של "האבות המייסדים" של חוקי-היסוד החדשים ובשל העובדה שלא חל כל שינוי קיצוני בנסיבות, יש להעניק לכוונתם

-----  
249 א' ברק פרשנות במשפט - פרשנות החקיקה (תשנ"ג, כרך ב) 271.  
250 ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 154-156: לטיעונים נוספים כנגד השימוש בכוונה סובייקטיבית ראו שם, בעמ' 157-159.  
251 ראו הערה 201-203 לעיל והטקסט לידו. כוונתנו ליישום הקונקרטי של טיעון זה לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, להבדיל מהטיעון הכללי שלפיו לעולם לא ניתן לזהות את כוונת המחוקק.  
252 א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא (תשנ"ד) 271, 282-283.  
253 ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 404.

= 317 =

הסובייקטיבית משקל של ממש, ואף מכריע, והתוצאה תהיה צמצום היקף פריסתו של "כבוד האדם" על הזכות לשוויון ועל שאר זכויות האדם. לבסוף נציין, כי אף הנשיא בדימוס, מאיר שמגר, הדגיש, דווקא לגבי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, את החשיבות המיוחדת של ההיסטוריה החוקתית ושל כוונת המחוקק שניתן ללמוד "מתולדותיה ומגלגוליה של הצעת החוק, מן הדיון בכנסת, מן השינויים שעבר חוק-היסוד בשעת הקריאה השנייה והשלישית בכנסת ומתולדותיו של החוק לאחר צאתו לאוויר העולם"<sup>254</sup>. בפרשה אחרת<sup>255</sup> הדגיש הנשיא שמגר את חשיבות הצירוף של הפרשנות הלשונית והתכלית הסובייקטיבית, הנובעת מההיסטוריה החוקתית. ואכן, לענייננו הן הפרשנות הלשונית הטבעית של החוק ובמיוחד של הביטוי "כבוד האדם"<sup>256</sup> והן ההיסטוריה החוקתית<sup>257</sup> מוליכות שתייהן למסקנה, כי השוויון ושאר הזכויות הבלתי-מנויות אינן חלק מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ז. זכויות בלתי-מנויות אחרות

1. מבוא

עיקר הניתוח דלעיל התייחס לעקרון השוויון, כדוגמא לזכויות הבלתי-מנויות. עם זאת ציינו כי דברים רבים שנאמרו לגבי עקרון השוויון, הן בתמיכה להכללתו בחוק-היסוד והן בהתנגדות להכללה כזו ישימים לזכויות בלתי-מנויות אחרות. פרק זה מביא, שלא באופן המתיימר להיות ממצה, הערות לגבי אחדות מבין הזכויות הבלתי-מנויות, תוך יישום העקרונות הפרשניים שהוצעו על-ידנו, המתבססים על המשמעות הלשונית הצרה של המונח "כבוד האדם" ועל התחשבות בתהליכי הפשרה והאטומיזציה.

באופן כללי ניתן לומר, כי התיזות לעיגונו של השוויון כחלק מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר נידונו לעיל<sup>258</sup>, מאפשרות לכלול רבות מזכויות-היסוד במסגרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לגבי כל הזכויות ניתן לטעון כי הן חלק מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. לגבי רבות מהזכויות ניתן לטעון כי הן נגזרות מהאוטונומיה של הרצון הפרטי, וחלקן כולו, לפחות במרומז, במגילת-העצמאות.

-----  
254 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 1, פסקה 38 לפסק-דין של הנשיא שמגר, המוסיף כי הדברים אינם מכוונים דווקא לפרשנות המילולית של מושג זה או אחר אלא לתפישה הכוללת.

<sup>255</sup> עניין ארגון בצדק, לעיל הערה 201.  
<sup>256</sup> ראו טקסט לעיל, ליד הערה 147.  
<sup>257</sup> לעיל פרק 2 ופרק 1.  
<sup>258</sup> פרק ה למאמר.

= 318 =

דיונו יתחלק לשניים: ראשית, נציג זכויות שאין לכלול, לדעתנו, כבעלות מעמד-על חוקתי כחלק מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. שנית, נציג זכויות שניתן לדעתנו לכלול במסגרת הזכות לכבוד או הזכות לחירות שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

2. זכויות בלתי-מנויות שאין לכלול במסגרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

(א) חופש הביטוי

חופש הביטוי הוא אחת הזכויות המרכזיות והחשובות ביותר בין זכויות-היסוד של האדם. מעמדו של חופש הביטוי זכות-יסוד יצירת-פסיקה בוצר במשך שנים רבות<sup>259</sup>, והמשפט הישראלי פיתח בארבעים השנה האחרונות "מערכת מסועפת של איזונים בין חופש הביטוי לבין הערכים והעקרונות עימם הוא מתנגש... בית-המשפט פיתח אמות מידה הקובעות את מידת ההגנה על חופש הביטוי, על-פי החשיבות החברתית היחסית של הערכים והעקרונות אשר חופש הביטוי מתנגש איתם"<sup>260</sup>. מתן מעמד חוקתי-על-חוקי לחופש הביטוי הוא רב-משמעות גם מכיוון שמן הזכות הבסיסית של חופש הביטוי נגזרות זכויות-יסוד נוספות אשר תזכינה גם הן, כמסתבר, למעמד חוקתי-על-חוקי. חופש הביטוי כולל בין השאר גם את חופש האסיפה, התהלוכה וההפגנה<sup>261</sup>, את הזכות לקבלת מידע מידי הרשויות<sup>262</sup>, כולל מידע בדבר הנחיות פנימיות<sup>263</sup>, ואת החסיון העיתונאי<sup>264</sup>.

<sup>259</sup> ראו המקורות לעיל בהערה 34; וכן בג"צ 680/88 שניצר ואח' נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617; בג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421; בג"צ 953/89 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים ואח', פ"ד מה(4) 683; בג"צ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1.  
<sup>260</sup> א' ברק "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה" משפטים כז (תשנ"ז) 223, 224 (דברי נשיא בית-המשפט העליון אהרן ברק בהרצאה באוניברסיטת תל-אביב ביום עיון להופעת ספרו של פרופ' זאב סגל חופש העיתונות בין מיתוס למציאות, ב-13 במאי 1996, להלן: ברק הרצאה).  
<sup>261</sup> לזכות ההפגנה והתהלוכה ניתנו כמה הסברים, והיותו חלק מחופש הביטוי הוא אחד מהם. ראו בג"צ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי, פ"ד לח(2) 393, 398. בעת הדיון בכנסת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, צוין כמפורש כי חופש ההפגנה אינו נכלל בו (ד"כ תשנ"ב 1246 [ח"כ מיכאל בר-זוהר]).  
<sup>262</sup> ז' סגל "זכות האזרח לקבל מידע בעניינים ציבוריים" עיוני משפט י (תשמ"ה) 625; בג"צ 1601/90 שליט נ' פרס, פ"ד מד(3) 353, 365.  
<sup>263</sup> ראו ב' ברכה משפט מנהלי (תשנ"ו), כרך ב) 268, הערה 231.  
<sup>264</sup> "זכותו של העיתונאי לחסיון מפני החובה לגילוי מקורות המידע שלו יונקת מעקרון חופש הביטוי ומהווה לכן נדבך חשוב במערכת הזכויות והחירויות עליהן מושתת משטרנו הדמוקרטי" (ב"ש 368/96, 298 ציטרין ואח' נ' ביה"ד המשמעת ואח', פ"ד מא(2) 337, 357).

= 319 =

בפסיקה ובספרות המשפטית ישנם חילוקי-דעות לגבי השאלה, אם חופש הביטוי נכלל במסגרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בספרו פרשנות חוקתית פרופ' ברק מביע תמיכה בהכללתו של חופש הביטוי כחלק מכבוד האדם וחירותו, על בסיס אחד מהטיעונים החשובים העומדים בבסיס חופש הביטוי - עקרון הגשמת ה"אני", המכונה גם "טיעון ההגשמה העצמית". לדברי פרופ' ברק, הזכות לחופש הביטוי נגזרת מהחופש של כל אדם "לפתח את אישיותו, להביע את עצמו ולגבש את השקפת עולמו... כבודו של אדם וחירותו נפגעים אם לא ניתן לו להביע את אשר על ליבו"<sup>265</sup>. גם פרופ' סגל סבור, כי יש לכלול את חופש הביטוי בגדר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בשל "ייחודו, ואף בלי לכלול בחוק-היסוד את כלל הזכויות הבלתי-מנויות"<sup>266</sup>. לעומת זאת, במאמר שפרסם פרופ' יצחק זמיר, בטרם מונה לבית-המשפט העליון, ציין פרופ' זמיר את חופש הביטוי כזכות-היסוד החשובה ביותר שלא עוגנה בחוק-יסוד<sup>267</sup>. ביטוי לעמדתו זו של זמיר ניתן גם להסיק מפסק-דין בעניין פרופורציה מרכז רפואי<sup>268</sup>. בפסיקה מצויות כמה התבטאויות לפיהן חופש הביטוי הוא חלק מכבוד האדם שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כך בעניין ראם מהנדסים<sup>269</sup> ואף בעניין דיין נ' <sup>265</sup>

<sup>265</sup> ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 427-428. בספרות המשפטית טיעון ההגשמה העצמית הוא רק אחת הרצינויות, לא דווקא הראשונה שבהן, להצדקת חופש הביטוי. לצידוקי חופש הביטוי ראו מ' קרמניצר "חופש הביטוי" זכויות האדם בישראל (1988) 48. עם זאת, לפי הגישה הרואה בנגזרות של עקרון אוטונומיית הרצון זכויות חוקתיות במסגרת "כבוד האדם", אין חשיבות לעובדה שמימוש אוטונומיית הרצון משרת גם אינטרסים חברתיים אחרים, מה גם שחלקם של טיעונים אלו קשורים קשר הדוק עם הדמוקרטיה, דבר העולה בקנה אחד עם סעיף המטרה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

<sup>266</sup> ז' סגל חופש העיתונות בין מיתוס למציאות (תשנ"ו) 28-29.

<sup>267</sup> זמיר, לעיל הערה 45.

<sup>268</sup> רע"א 1383/95, 1367, ע"פ 2350/95 פרופורציה מרכז רפואי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 28. בעניין פרופורציה מסביר השופט זמיר, כי הגבלות שבחוק על פרסומת מסחרית עשויות להיות חסרות-תוקף אם הן נוגדות עקרונות של חופש הביטוי או חופש העיסוק הקבועים בחוקה, ומזכיר פסיקה קנדית שפסלה איסורי פרסומת המוגדים לחופש הביטוי; ואילו בבואו לדון במצב בישראל, דן השופט זמיר בחופש העיסוק בלבד ומאשר את החיקוק האוסר פרסומת (פקודת הרופאים) בשל הוראת שמירת הינים בחוק יסוד: חופש העיסוק. התיזה שלפיה ייתכן כי חופש הביטוי הוא חלק מ חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, איננה נזכרת כלל בפסק-הדין.

<sup>269</sup> ראו הציטוט לעיל בהערה 17.

= 320 =

וילק<sup>270</sup>. בעניין שמאי נ' הרשות השנייה מיישם השופט ברק בפועל את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על חופש הביטוי, כחלק עיקרי של פסק-הדין:

על כן עלינו להניח כי כל חוק, לרבות חוק הרשות השנייה, נועד להגשים את עקרון היסוד של חופש הביטוי ולכבדו. אם חוק הרשות השנייה פוגע בחופש הביטוי, עלינו להניח כי הוא עושה כן "לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש". זוהי אמת המידה שבה נבחנת חוקתיותו של חוק "חדש" (כלומר, חוק שחוקק לאחר היכנסו לתוקף של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו); ראה סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). זוהי אמת המידה הפרשנית שעל פיה מתפרש מובנו של כל חוק "ישן", כגון חוק הרשות השנייה (ראה סעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו...). פירוש, שלפיו האיסור של תשדיר הפרסומת... פוגע בחופש הביטוי, בלא להגשים כל תכלית ראויה<sup>271</sup>.

מנגד, מאז כינון חוקי-היסוד ניתנו כמה פסקי-דין בנושא חופש הביטוי, בהם עקרוניים מאוד, שבהם לא התייחסו השופטים כלל לשינוי הנורמטיבי האפשרי שחל במעמדה של הזכות לחופש הביטוי, אף על-פי שניתן היה לצפות כי יעשו כן. בעניין קידום נ' רשות השידור<sup>272</sup> השופטים דורנר וחשין דנים ארוכות במעמדה של הזכות לחופש הביטוי, ללא כל אזכור לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>273</sup>. גם השופט שמגר מאריך בדבריו על מעמדה של הזכות לחופש הביטוי בעניין ד"ר שלמה כהן נ' לשכת עורכי הדין<sup>274</sup> בלי לקבוע את מעמדה החוקתי-על-חוק<sup>275</sup>. בשני פסקי-הדין הללו נאמר על חופש הביטוי,

לעיל הערה 14, בעמ' 468: "נראה כי כיום ניתן לגזור זכות זו [זכות ההפגנה והאסיפה - ה' ס'] מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המעמיד על בסיס חוקתי חוקק את זכותו של אדם לכבוד ולחירות. החופש להתבטא - במלים בלבד או במעשים מבטאים - הוא ביטוי מובהק לכבוד האדם ולחירותו".

<sup>271</sup> בג"צ 7012/93 ח"כ שמאי ואח' נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו ואח', פ"ד מח(3) 25, 38. פסק-הדין ניתן בהסכמת השופטים קדמי וטל. השיקול דלעיל צוין על-ידי השופט ברק כשיקול העיקרי באחת משתי השאלות המשפטיות שעמדה להכרעה.

<sup>272</sup> עניין קידום יזמות ומו"לות, לעיל הערה 259.

<sup>273</sup> שם, בעמ' 9-11 (השופט דורנר) ו-25 (השופט חשין). פסק-הדין ניתן בינואר 1994.

<sup>274</sup> בג"צ 6218/93 ד"ר שלמה כהן נ' לשכת עורכי הדין פ"ד מט(2) 529. ראו גם בג"צ 5807/93, 5771 ציטרין ואח' נ' שר המשפטים, פ"ד מח(1) 661, 673 (זכות הציבור לדעת כנגדת מרכזית וחשובה של חופש הביטוי); ע"פ (ת"א) 546/92 דורון נ' טריינין-גורן, פ"מ תשנ"ד (1) 441 (דיון באיזון האינטרסים שבין חופש הביטוי לזכות לשם טוב, תוך אזכור הזכות לכבוד בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ללא כל התייחסות לטיעון שחופש הביטוי הוא חלק מכבוד האדם וחירותו).

<sup>275</sup> ראו גם מ' שמגר "כבוד האדם ואלימות" משפט וממשל ג (תשנ"ה) 33, 40 (במסגרת דיון בנושא כבוד האדם ומשמעותו, התייחסות לחופש הביטוי כזכות נפרדת מכבוד האדם, העומדת לצדה).

= 321 =

כי הוא "ניצב בראש החירויות עליהן מושתת משטרנו הדמוקרטי", כך שוודאי היה ראוי לציין את מקורו הנורמטיבי החדש, לו תמכו בו השופטים. אכן, בעניין שלמה כהן מציינת השופטת שטרסברג-כהן, כי בשאלה אם כלול חופש הביטוי בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, "אין תמימות דעים"<sup>276</sup>.

לאחרונה עסק הנישאי ברק בעניין זה בהרצאה באוניברסיטת תל-אביב במאי 1996:

עד לעת האחרונה התפתח חופש הביטוי בישראל בעיקרו מתוך פרשנות חקיקה אשר הגבילה אותו... לאחרונה חל מפנה. זוהי "המהפכה החוקתית". הכנסת כוננה את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק היסוד הוא חלק מחוקתה של המדינה. הוא הופך את זכויות האדם המוזכרות בו לזכויות חוקתיות-על-חוקיות. הוא מעניק מקום מרכזי לכבוד האדם. אין בו איזכור מפורש לחופש הביטוי. עם זאת, ניתן לומר - והשאלה היא פתוחה וטרם הוכרעה - כי חופש הביטוי מהווה חלק מכבוד האדם... ניתן לומר כי כבוד האדם משמעותו הכרה באדם כיצור חופשי... כבוד האדם הוא האוטונומיה של הרצון הפרטי,

חופש הבחירה וגיבוש השקפת העולם. כבוד האדם רואה באדם מטרה ולא אמצעי. ניתן לטעון - וכאמור, השאלה טרם הוכרעה - כי מתפיסה זו של כבוד האדם מתבקשת המסקנה כי חופש הביטוי הוא חלק מכבוד האדם<sup>277</sup>.

סמוך להשלמת כתיבתו של מאמר זה נתגלעה לראשונה מחלוקת מפורשת בבית המשפט העליון בשאלה האם נכלל חופש הביטוי בגדר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הדבר היה בעניין גולן נ' שירות בתי הסוהר<sup>278</sup> בו עסק בית-המשפט העליון בבקשתו של אסיר לכתוב טור בעיתון. השופט מצא, עקבי לפי גישתו לגבי הזכות לשוויון, קובע נחרצות:

אמנם חוק יסוד כבוד האדם וחירותו אינו נוקב בשמו של חופש הביטוי ואינו מגדירו, בלשון מפורשת, כזכות יסוד, אך אין בכך כלום: אף ללא הוראה מפורשת, כלול חופש הביטוי בכבוד האדם, כמשמעו בסעיפים 2

-----  
<sup>276</sup> עניין שלמה כהן, לעיל הערה 274. ראו גם דברי השופט מלץ ברע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני, פ"ד מח(1) 251, 265, הקובע: "עיון חלקי קיבלו עקרונות היסוד בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מקום חשוב שמור בין עקרונות אלה לחופש הביטוי". אולם ספק אם השופט מלץ אכן התכוון כי הזכות לחופש הביטוי קיבלה מעמד-על חוקתי, בשל דבריו בהמשך פסק-הדין כי חופש הביטוי יסוג בפני החוק החרות וללא כל התייחסות ל"פסקת ההגבלה" (שם, בעמ' 266).  
<sup>277</sup> ברק - הרצאה, לעיל הערה 260, בעמ' 5 (ההדגשות הוספו).  
<sup>278</sup> לעיל הערה 39.

= 322 =

ו-4 לחוק היסוד. שכן מהו כבוד האדם ללא החירות היסודית הנתונה לאדם, לשמוע את דברי זולתו ולהשמיע את דבריו שלו; לפתח את אישיותו, לגבש את השקפת עולמו ולהגשים את עצמו<sup>279</sup>!?

השופט חשין, אף הוא עקבי בהתנגדותו הזהירה להכללת הזכויות הבלתי-מנויות כל עוד לא נדרש הדבר לגופה של הכרעה שיפוטית, קובע כי פרשנותו של השופט מצא אפשרית, אך הוא נמנע במפורש מלהסכים עם השופט מצא בנקודה זו, ומשאירה למעשה בצריך עיון<sup>280</sup>. השופטת השלישית בהרכב, השופטת דורנר, קובעת מפורשות, תוך הסתמכות על ההיסטוריה החקיקתית ועל תהליך האוטומיזציה כי חופש הביטוי, כשלעצמו, אינו חלק מן הזכות לכבוד. ואולם, בדומה לעמדתה לגבי עקרון השוויון, מציינת השופטת דורנר כי פגיעה בחופש הביטוי המהווה גם השפלה תהווה פגיעה בכבוד האדם. אליבא דשופטת דורנר, סתימת פה של אסיר על-ידי סוהריו משום היותו אסיר פוגעת בכבודו<sup>281</sup>. בעניין גולן סירבו, איפוא, שניים מתוך שלושת השופטים לקבוע כי חופש הביטוי מהווה חלק מהזכות לכבוד חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ואולם, יש לציין כי קביעה זו נובעת מהרכב השופטים שנזדמן לו לדיון זה. הרכב אחר, בעל אהדה רבה יותר לנושא הזכויות הבלתי-מנויות, בהחלט עשוי להגיע לתוצאה שונה. על-פי העקרונות הפרשניים שהוצגו במאמר זה, אין חופש הביטוי נכלל במסגרת כבוד האדם שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. חופש הביטוי אינו חלק מ"כבוד האדם" במובן הצר, על-אף שאחד מצידוקיו הוא "הגשמת האני". בתהליך האוטומיזציה שיוך חופש הביטוי ל"אטום" אחר ונפרד: במקביל להצעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הוגשה גם הצעת חוק יסוד: חופש הביטוי וההתאגדות, אשר טרם נתקבלה בכנסת. הכרה בתהליך האוטומיזציה מחייבת אפוא שלא לכלול את חופש הביטוי בתוך "כבוד האדם". חופש הביטוי הוא גם אחד מסלעי המחלוקת העיקריים עם המפלגות הדתיות והוא נמנה עם אותן זכויות-יסוד שטרם הושלם לגביהן תהליך של פשרה, ולפיכך - לדעתנו - אין מקום לכפות "העלאה בדרגה" נורמטיבית של חופש הביטוי בטרם הושלם תהליך הפשרה.

(ב) חופש התנועה בתוך המדינה  
סעיף 6 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, קובע, כזכות-על חוקתית מפורשת, הן את חופש התנועה של כל אדם החוצה מישראל והן את חופש התנועה של כל אזרח ישראלי

-----  
<sup>279</sup> פסקה 14 לפסק דינו של השופט מצא.  
<sup>280</sup> פסקה 21 לפסק דינו של השופט חשין.  
<sup>281</sup> פסקאות 7-9 לפסק דינה של השופטת דורנר.

= 323 =

מחוץ-לארץ לתוך ישראל. עם זאת, אין בחוק-היסוד הכרה במלוא היקפה של הזכות לחופש תנועה, ובמיוחד אין הכרה בחופש התנועה בתוך גבולות המדינה, הגם שההצעה המקורית כללה - בסעיף אחד - את חופש התנועה בתוך המדינה ואת חופש התנועה מן המדינה החוצה ובחזרה<sup>282</sup>. חופש התנועה הפנימי הוסר מן הנוסח הסופי עקב התנגדות מפלגות חרדיות שחששו כי הוא ישמש לביטול הסטטוס-קוו בדבר סגירת רחובות מסוימים לתחבורה בשבת<sup>283</sup>. פרופ' ברק סבור, כי חופש התנועה - בתוך המדינה ומחוצה לה - נגזר מ"האוטונומיה של הרצון האישי, חופש פיתוח

האישיות וההכרה בחופש הבחירה של הפרט<sup>284</sup>. לפיכך, לגישתו, צריך הביטוי "כבוד האדם" לכלול עקרונות את חופש התנועה על כל היבטיו. אולם בשל הכללת חופש התנועה ה"חיצוני" (מהמדינה ואליה) כזכות מפורשת, ההוראה הספציפית בדבר יציאה מן הארץ וכניסה אליה תהיה בגדר "דין מיוחד", אשר פועלים לפיו. כלומר: חופש התנועה הפנימי בתוך הארץ יהיה זכות יסוד חוקתית מכוח היותו חלק מ"כבוד האדם" המוגן בסעיפים 2 ו-4 לחוק-היסוד, ואילו חופש היציאה מישראל הוא זכות-יסוד ספציפית הקבועה בסעיף 6 לחוק-היסוד<sup>285</sup>.

דומה כי גישה זו מביאה לאבסורד מסוים. בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, "כבוד האדם" (הכולל - לפי גישתו של השופט ברק - את חופש התנועה הפנימי בישראל) הוא זכות המוגנת יותר מאשר "חופש היציאה מישראל". הסיבה לכך היא, כי בעוד שתי הזכויות הן "זכויות לאי-פגיעה", חירויות שמולן עומד היעדר הזכות של הזולת לפגוע בהן<sup>286</sup>, הרי שכבוד האדם מקנה גם זכות פוזיטיבית, חובת פעולה המוטלת על השלטון להגן בין השאר על כבודו של אדם<sup>287</sup>. בכך נבדלות הזכויות לחיים, שלמות הגוף וכבוד משאר הזכויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: שלוש זכויות אלו מופיעות בשני סעיפים אופרטיביים של חוק-היסוד, סעיפים 2 ו-4, והחוק מקנה להן מעמד מיוחד<sup>288</sup>. התוצאה היא, כי אותו חלק של חופש התנועה אשר עמד בפני הרשות המכוננת והיא

-----  
<sup>282</sup> לדיון בקריאה שנייה הוגשה הסתייגות של חברי-הכנסת שחל וירשובסקי, שלפיה יתוסף חופש התנועה הפנימי: "כל אדם הנמצא בישראל כדין חופשי לנוע בארץ כרצונו". ראו ד"כ תשנ"ב 3923.  
<sup>283</sup> ראו ד"כ תשנ"ב 1238 (ח"כ יצחק לוי), 1239 (ח"כ יאיר צבן).  
<sup>284</sup> ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 428.  
<sup>285</sup> א, ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא (תשנ"ד) 271, 283-284.  
<sup>286</sup> ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 361-362. כבוד האדם הוא זכות כזו עקב הוראת סעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כי "אין פוגעים" בו; ואילו חופש היציאה מהמדינה הוא זכות כזו עקב הוראת סעיף 6 כי "כל אדם חופשי לצאת מישראל".  
<sup>287</sup> סעיף 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.  
<sup>288</sup> זו גם עמדתו של הנשיא ברק. ראו ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 365.

= 324 =

החליטה שלא לכוון אותו, דווקא הוא מקבל מעמד חוקתי מוגן יותר (במסגרת כבוד האדם) מן החלק שהחליטה הרשות המכוננת לכלול במפורש במסגרת חוק-היסוד. לדעתנו, תוצאה זו ממחישה את הצורך שלא להרחיב את המונח "כבוד האדם" מעבר לפירוש השוני הרגיל, הצר-יחסית שלו, בהקשר לחופש התנועה הפנימי.

ההכרה בתהליך הפשרה מחייבת אף היא שלא להכיר בחופש התנועה הפנימי כחלק מהערך של "כבוד האדם" בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מרכיב מהותי בפשרה שאפשרה את קבלת חוק-היסוד היה ויתורם של מציעי החוק על הסדרת נושא חופש התנועה הפנימי, בשל חששותיהן של המפלגות הדתיות להתיר תחבורה בשכונות דתיות בשבתות ובחגי ישראל. עיגון חופש התנועה "בדלת האחורית" יהיה הפרה בוטה של עקרון הפשרה, ולדעתנו אינו רצוי.

(ג) חופש הדת, המצפון והאמונה  
עמדתו של פרופ' ברק היא כי פרשנות המונח "כבוד האדם" על רקע תכליתו הכללית מחייבת לקבוע כי חופש הדת, המצפון והאמונה הם חלק מכבוד האדם:

בכך מתגשמת הגישה החוקתית, כי כבוד האדם מושתת על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין. ההכרה על הקמת מדינת ישראל - אשר זכויות האדם בישראל מן הראוי שיכבדו ברוחה - קובעת כי מדינת ישראל "תבטיח חופש דת, מצפון...". גישתנו נגזרת גם מפסקת המטרה. על-ידי הכרה בחופש הדת, הפולחן, המצפון והאמונה כחלק מכבוד האדם אנו מעגנים בחוק היסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית<sup>289</sup>.

אולם בשני פסקי-דין שבהם ניתנה לנשיא ברק הזדמנות לקבוע את מעמדו העל-חוקי של חופש הדת והמצפון כחלק מכבוד האדם שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הוא נמנע מלעשות זאת במפורש והסתפק באמירה "חלבית" הרבה יותר:

חופש זה מעוגן בחלקו בסימן 83 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922, הוא יונק חיותו מהכרזת העצמאות. הוא נגזר מאופיה הדמוקרטי של המדינה... הוא מתבקש ממקומו המרכזי של כבוד האדם וחירותו במשפטנו (ראה חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). חופש הפולחן הדתי

-----  
<sup>289</sup> ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 430.

= 325 =

מהווה את תכליתו הכללית של כל דבר חקיקה. כל חוק יפורש באופן

המגשים את חופש האמונה, הפולחן והדת<sup>290</sup>.

בפסקי-דין של שופטים אחרים בעניין חופש הדת והמצפון, ובהם פסקים עקרוניים שניתנו לאחר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לא הועלתה כלל שאלת מעמדו החוקתי של חופש הדת והמצפון מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>291</sup>. יתר על כן: בשניים מפסקי-הדין הנשיא שמגר סוקר את מקורותיה הנורמטיביים של הזכות ומצביע על מקורות אחרים. בעניין הופמן, שמגר מצביע על דברי חקיקה אחרים - חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל<sup>292</sup> וחוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז - 1967<sup>293</sup> כחוקים אשר נתנו "ביטוי, בחוק החרות, לקביעותיה של מגילת העצמאות, המצהירה שמדינת ישראל תבטיח חופש דת ומצפון ותשמור על המקומות הקדושים לכל הדתות"<sup>294</sup>. בעניין פלוני נ' פלוני, שניתן בחודש פברואר 1995 (כלומר: לאחר הגל הראשון של פסקי-דין בנושא הזכויות הבלתי-מנויות), עמד הנשיא שמגר על מעמדו של חופש הדת והמצפון כאחד מ"עקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית" ואף ציין, כי "עיקרון זה נקבע במגילת העצמאות ובפסיקתו הענפה של בית-משפט זה"<sup>295</sup>. הנשיא שמגר לא הזכיר כלל את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כמקור לחופש הדת והמצפון, וגם שאר השופטים בהרכב, בהם שניים שתמכו (בפסיקה שקדמה לעניין פלוני) בגישה המרחיבה הכוללת את עקרון השוויון כחלק מכבוד האדם, לא עשו זאת<sup>296</sup>. ניתן אפוא לסכם ולומר, ששאלה זו טרם הוכרעה בפסיקה. כמו לגבי חופש הביטוי, עמדתנו היא כי על-פי העקרונות הפרשניים שהוצגו במאמר זה, אין לכלול את חופש הדת, האמונה והמצפון במסגרת כבוד האדם שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מכיוון שכל המאפיינים הפרשניים שהצענו מצביעים נגד הכללתה של זכות-יסוד זו. חופש האמונה והדת אינו חלק מ"כבוד האדם" במובן הצר, אלא

<sup>290</sup> בג"צ 3261/93 מנינג נ' שר הפנים, פ"ד מז(3) 282, 286. הדברים צוטטו על-ידי הנשיא ברק גם בבג"צ 4298/93 מונה ג' בארין נ' שר החינוך ואח', פ"ד מח(5) 199, 203.  
<sup>291</sup> בג"צ 257/89, 2410/90 הופמן ואח' נ' הממונה על הכותל המערבי ואח', פ"ד מח(2) 265 (להלן: עניין הופמן). כך גם בעניין פסרו, לעיל הערה 93, שניתן בשלהי 1995.  
<sup>292</sup> ס"ח תש"ם 186.  
<sup>293</sup> ס"ח 75.  
<sup>294</sup> עניין הופמן, לעיל הערה 291, בעמ' 353.  
<sup>295</sup> ע"א 2266/93 פלוני, קטין ואח' נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, 233.  
<sup>296</sup> השופטים האחרים בהרכב היו השופטים אור, מצא, זמיר ושטרסברג-כהן. השופטים אור ומצא תמכו בגישה הכוללת את עקרון השוויון בפסיקה שקדמה לעניין פלוני, שם: השופט אור בעניין הופרט, לעיל הערה 38, אשר ניתן באפריל 1994; והשופט מצא בעניין שדולת הנשים, לעיל הערה 39, אשר ניתן בנובמבר 1994.

= 326 =

במצבים שבהם הפגיעה בחופש זה לובשת צורה של השפלה, שאז היא - גם ובנפרד - פגיעה בכבוד האדם כזכות עצמאית<sup>297</sup>. חופש האמונה, הדת והמצפון הוא זכות שמעמדה כזכות עצמאית ונפרדת אינו שנוי במחלוקת. החשוב מכול: במציאות הישראלית המורכבת מתחייב דיון מעמיק בטרם תושג הפשרה שתאפשר את כינונה של חירות זו בהתאם לפשרה אשר תושג. תחום כה רגיש זה אין ראוי ממנו - לדעתנו - להתאפקות שיפוטית עד אשר תושג הפשרה הראויה. אין זאת אומרת, כמובן, כי בית המשפט העליון לא יוכל להוסיף ולמלא את התפקיד החשוב שהוא ממלא גם כיום בהגנה על חופש האמונה, הדת והמצפון. הכרה בתהליכי האטומיזציה והפשרה מחייבת אפוא שלא לכלול את חופש האמונה, הדת והמצפון בתוך "כבוד האדם".

(ד) חופש ההתאגדות

זכות ההתאגדות הוכרה כזכות-יסוד יצירת-פסיקה בסדרה ארוכה של פסקי-דין ואף נאמר עליה, כי היא "תנאי שאין בלעדיו לקיומה של הדמוקרטיה"<sup>298</sup>. פרופ' ברק כותב:

לדעתי, חופש ההתאגדות הוא עתה בעל מעמד נורמטיבי חוקתי-על חוקי. מעמד זה ניתן לו משום שהוא נגזר כיום - כזכות פרטיקולרית ללא שם - מכבוד האדם. בכך ניתן ביטוי לפסקת עקרונות היסוד ולפסקת המטרה. אכן, אם לדיבור 'כבוד האדם' יש ליתן מובן המושתת על ההכרה בערך האדם, ובהיותו בן-חורין, ואם בכך ניתן עיגון לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, הרי מתבקשת המסקנה כי כבוד האדם הוא גם חופש הרצון של אדם להתאגד. חופש זה משתרע על ההתאגדות בתאגיד... הוא כולל בחובו את זכותם של עובדים ומעבידים "להתארגן", כלומר להקים ארגון עובדים ומעבידים<sup>299</sup>.

אף בעניין חופש ההתאגדות ניתן להצביע על פסקי-דין, בהם אחד של השופט ברק, שניתנו לאחר כניסת חוקי-היסוד לתוקפם, העוסקים בזכות-יסוד זו באריכות, ואשר נמנעו מלפסוק כי היום מעוגנת הזכות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>300</sup>.

<sup>297</sup> דוגמה להשפלה יכול, למשל, להיות אילוץ של אדם לעבור על מצוות דתו, כמו אילוץ יהודי לאכול חזיר או להשתחוות

לפסל או לצלב.

<sup>298</sup> ע"א 1282/93 רשמת העמותות נ' כהנא, פ"ד מז(4) 100, 106.

<sup>299</sup> ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 431.

<sup>300</sup> ראו ע"א 4531/91 נאסר נ' רשמת העמותות, פ"ד מח(3) 294 (הנשיא שמגר); עניין יאסין, לעיל הערה 181, שם מתאר הנשיא ברק את הזכות החוקתית לחופש ההתאגדות כפי שנוצרה בפסיקה בלא אזכור לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (פסקה 10 לפסק-דינו).

= 327 =

חופש ההתאגדות לא עמד במרכזו של מאבק פוליטי, אולם במסגרת תהליך האטומיזציה הוגשה הצעת חוק נפרדת המסדירה אותו<sup>301</sup>, וזו טרם נתקבלה בכנסת. לדעתנו, הכרה בתהליך האטומיזציה מחייבת אפוא שלא לכלול את חופש ההתאגדות במסגרת הזכות הכללית של "כבוד האדם".

(ה) חופש ההתקשרות החוזית ועקרון חופש החוזים  
חופש ההתקשרות החוזית ועקרון חופש החוזים אינם נמנים בדרך-כלל בשורה הראשונה של זכויות-היסוד החוקתיות הקלאסיות. אולם בפסיקה ובספרות על הזכויות הבלתי-מנויות צבר חופש ההתקשרות החוזית מעמד של זכות בלתי-מנויה, עקב היותו תולדה ישירה של האוטונומיה של הרצון הפרטי, המשמשת גשר בין המונח "כבוד האדם" ובין הזכויות הבלתי-מנויות<sup>302</sup>. מכיוון שהאוטונומיה של הרצון הפרטי הוכרה כחלק מכבוד האדם וכבסיס העיוני להכללת מגוון זכויות אדם במונח "כבוד האדם", זכתה הזכות לחופש ההתקשרות לריבוי אמרות בדבר מעמדה כזכות חוקתית-על-חוקית. פרופ' ברק הבהיר עמדה זו במאמרו:

כבוד האדם הוא חופש הרצון של האדם. זהו חופש הבחירה הניתן לו לפתח את אישיותו, ולקבוע את גורלו. הפרט מהווה ישות רוחנית הנהנית מהחופש לפתח את עצמה. מאן התפיסה, כי ביסוד כבוד האדם מונחת האוטונומיה של הרצון הפרטי<sup>303</sup>.

בין מכלול זכויות-היסוד שיש להתחשב בהן מצויות גם זכויות-היסוד של כבוד האדם ופיתוח אישיותו. האוטונומיה של הרצון כלולה במסגרת זו. מהן נגזר עקרון חופש ההתקשרות ועקרון חופש החוזים<sup>304</sup>.

עמדה דומה הביע הנשיא ברק גם בפסק-הדין בעניין יבין-פלסט, שהיה כנראה פסק-הדין הראשון שבו הרכיב בית-המשפט העליון את תחולת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, על

<sup>301</sup> ראו לעיל הערה 58.

<sup>302</sup> ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 426.

<sup>303</sup> א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא (תשנ"ד) 271, 279; ראו גם א' ברק "חוק יסוד: חופש העיסוק", משפט וממשל ב (תשנ"ד-תשנ"ה) 195, 199, בהערה 24: "חופש זה מעוגן, לדעתי, בזכות החוקתית של כבוד האדם, המוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו"; וכן שם, בעמ' 202: "קביעות בעבודה איננה נגזרת מהעיקרון של חופש העיסוק, אלא מהעיקרון של חופש החוזים, המעוגן בכבוד האדם וחירותו". ראו גם ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 69, 426.

<sup>304</sup> א' ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (י' זמיר עורך, תשנ"ג) 163, 198.

= 328 =

איזו מבין הזכויות הבלתי-מנויות<sup>305</sup>. לדברים הסכים גם השופט דב לויין בעניין אגד נ' משיח:

ההתקשרות החוזית יש בה ביטוי לאוטונומיה של הרצון הפרטי, ואשר על כן מעוגנת היא כיום בעקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>306</sup>.

פרופסור גברילאלה שלו כתבה בשנת 1995, כי "חופש ההתקשרות - מהווה 'זכות יסוד חוקתית' על אף שעד כה אין הוא מופיע במפורש בחוקה המתהווה של מדינת ישראל"<sup>307</sup>. נראה אפוא, כי לפחות בעת ההיא לא סברה פרופ' שלו שחופש ההתקשרות עוגן כזכות-על חוקתית כחלק מהמונח "כבוד האדם" והחלתו על האוטונומיה של הפרט המתבטאת בחופש ההתקשרות.

חופש החוזים לא עמד במרכזו של הדין הציבורי בדבר מגילת זכויות האדם הישראלית. לא הוצעה לגביו הצעת חוק-יסוד נפרדת במסגרת תהליך האטומיזציה והוא לא עורר חילוקי-דעות מרים המחייבים תהליך של פשרה. עם זאת לדעתנו, המשמעות של חופש החוזים כה רחוקה מהמשמעות הטבעית של המונח "כבוד", עד שאין כל היגיון בהרחבתו של המונח "כבוד האדם" על חופש החוזים.

(ו) חופש השביתה

פיתוח נוסף של עקרון האוטונומיה של הרצון הפרטי הוא הכרה בחופש השביתה ובחופש ההשבחה כזכויות חוקתיות-על-חוקיות. בספרו, פרופ' ברק קובע: "נראה לי כי יש מקום לטענה כי אכן מכבוד האדם נגזר חופש השביתה של העובד וחופש ההשבחה של המעביד. בכך באה לידי ביטוי האוטונומיה של הרצון הפרטי שלהם"<sup>308</sup>. הדברים זכו גם לתמיכת השופט דב לויין בעניין בזק<sup>309</sup>, אולם שאר שופטי ההרכב השאירו את השאלה בצריך עיון.



לעומת זאת, מן הראוי לציין כי בעת הדיון בכנסת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, צוין במפורש כי זכות השביתה אינה נכללת בו<sup>310</sup>. זו היתה גם הבנתה של פרופ' רות בן-

-----  
<sup>305</sup> בג"צ 1683/93 יבין פלסט נ' ביה"ד הארצי לעבודה, פ"ד מז(4) 702. פסק-הדין ניתן ב-31.8.1993 (להלן: עניין יבין-פלסט).  
<sup>306</sup> ע"א 239/92 "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' משיח ואח', פ"ד מח(2) 66, 72.  
פסק-הדין, בהסכמת השופטים מצא וטל, ניתן במארס 1994.  
<sup>307</sup> ג' שלו דיני חוזים (מהדורה שנייה, תשנ"ה) 26.  
<sup>308</sup> ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 431.  
<sup>309</sup> לעיל הערה 20.  
<sup>310</sup> ד"כ תשנ"ב 1246 (ח"כ מיכאל בר זוהר).

= 329 =

ישראל, במאמר שפרסמה מיד לאחר קבלת חוקי-היסוד החדשים<sup>311</sup> ולפני מתן פסק הדין בעניין בזק. הדברים שנאמרו לעיל לגבי חופש החוזים יפים אף כאן: מבחינה פרשנית הכרה בחופש השביתה איננה פוגעת בהכרה בתהליכי האוטומיזציה והפשרה. אולם, כאמור, היא עומדת בניגוד לעולה מן הדיון בכנסת, ואף לגבי זכות זו דומה כי היא חוקה מרחק רב מפירוש הטבעי של המונח "כבוד האדם".

### 3. זכויות בלתי-מנויות שניתן לכלול כמסגרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

(א) הזכות לשם טוב  
כבודו של אדם ושמו הטוב שלובים זה בזה. עוד לפני חקיקת חוקי-היסוד החדשים נקבע, כי האינטרס לשם טוב כולל בתוכו את האינטרס לכבוד האישי<sup>312</sup>. בספרו הנשיא ברק קובע, כי פגיעה בשם הטוב פוגעת בכבוד האדם של הנפגע<sup>313</sup> וכי כבוד האדם כולל אפוא את ההגנה על שמו הטוב של אדם.  
פירוש המונח "כבוד האדם" ככולל את הזכות לשם טוב עולה בקנה אחד עם פירושה של זכות זו לפני חוק-היסוד ומשתלב בפירוש הטבעי של מונח זה. לדעתנו, ניתן אפוא לכלול במסגרת "כבוד האדם" את הזכות לשם טוב.

(ב) הזכות לסיפוק צרכים בסיסיים לקיום האנושי  
לדעת הנשיא ברק, ניתן להסיק את הזכות לסיפוק צרכים בסיסיים מכבוד האדם<sup>314</sup>. עמדה זו זכתה להסכמת הנשיא שמגר, שאף החיל נורמה זו ביחסים שבין פרטים וקבע כי הפקרת בן-זוג בידי בן-זוגו למחסור ולרעב היא פגיעה בכבוד האדם לפי החוק<sup>315</sup>.

-----  
<sup>311</sup> ראו ר' בן-ישראל "דיני עבודה" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב-תשנ"ג (א' רוזן-צבי עורך, תשנ"ד) 433. פרופ' בן-ישראל מותחת במאמר ביקורת על מה שהיא רואה כ"הפרת האיזון העדין של מערכת יחסי העבודה" (שם, בעמ' 444) בעקבות הקניית "מעמד חוקתי של זכויות-יסוד לפררוגטיבות של המעביד... מבלי שהוקנה במקביל מעמד חוקתי לזכויות-היסוד של העובדים" (שם, שם). בין הזכויות שפרופ' בן-ישראל מציינת כחסרות מצויות הזכות לחופש ההתאגדות, לחופש השביתה והזכות להתקיים בכבוד אנושי, הנמצאות כולן בין הזכויות הבלתי-מנויות שלגביהן יש הרוצים להחיל את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וכן חלק מהזכויות החברתיות (הזכות לבריאות, לחינוך ולהשכלה), שאינן נמנות עם הזכויות הבלתי-מנויות.

<sup>312</sup> ראו עניין אבנרי נ' שפירא, לעיל הערה 148.  
<sup>313</sup> ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 427.  
<sup>314</sup> ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 422-423.  
<sup>315</sup> ע"א 7038/93 סולומון נ' סולומון, דינים-עליון מ 925.

= 330 =

פירוש זה של "כבוד האדם" נראה קשור במשמעות הטבעית של המונח, וניתן אפוא לכלול זכות זו במסגרת "כבוד האדם" שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

(ג) הזכות להורות והזכות לילד לדעת מי הוריו  
בעניין נחמני נ' נחמני קבעה השופטת שטרסברג-כהן, תוך אזכור בנשימה אחת של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ושל "חופש הפיתוח של אישיותו" של אדם, כי הזכות להורות - היא "האוטונומיה להקמת משפחה, לתכנון משפחה ולהולדת ילדים" נגזרת - "מהזכות להגשמה עצמית, לחירות ולכבוד"<sup>316</sup>. הנשיא ברק והשופט גולדברג הצטרפו לעמדה זו בדיון הנוסף בעניין נחמני נ' נחמני<sup>317</sup>.

בעניין אחר קבע השופט חשין, אשר דן בתביעה לחייב אדם לעבור בדיקת רקמות שתוכיח את אבהותו, כי כבוד האדם כולל את זכותו של אדם לדעת מי הוריו, כחלק מזהותו העצמית<sup>318</sup>.

אין בהיסטוריה החקיקתית או בהליכי האוטומיזציה והפשרה דבר שימנע הכרה בזכויות אלו כחלק מכבוד האדם בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הקשר בין הזכויות הנדונות למשמעות הרגילה של המונח "כבוד" איננו טבעי לחלוטין, אולם הוא נראה קרוב דיו, והפרשנות של השופטים חשין ושטרסברג-כהן בוודאי נמצאת במתחם האפשרויות הפרשניות הלגיטימיות.

(ד) זכויות דינויות ומהותיות במשפט הפלילי  
כפי שפורט לעיל<sup>319</sup>, יש הרואים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מקור לזכויות דינויות במשפט הפלילי ואף לדרישה כי המשפט הפלילי כולו יעמוד לביקורת חוקתית. בסימפוזיון שנערך בנושא זה באוניברסיטת בר-אילן היו רוב הדוברים בדעה כי לחוקי היסוד החדשים השפעה מרחיקת-לכת על המשפט הפלילי המהותי והדיוני<sup>320</sup>.  
הנשיא ברק ממקד את הסקתן של זכויות אלו מהמונח של "כבוד האדם".

<sup>316</sup> ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט' (1) 485, 499.

<sup>317</sup> דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, דינים-עליון מד 98.

<sup>318</sup> ע"א 3077/90 פלונית ואח' נ' פלוני, תקדין-עליון 95 (2) 1665, 1673.

<sup>319</sup> ראו לעיל ליד הערה 32.

<sup>320</sup> מרבית ההרצאות בסימפוזיון פורסמו בכרך י"ג של כתב העת מחקרי משפט. ראו גם י' קרפ "המשפט הפלילי - יאנוס של זכויות האדם - קונסטיטוציונליזציה לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב (תשנ"ה) 64; י' שחר "סדר דין פלילי" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב-תשנ"ג (תשנ"ד) 375;  
M. Kremnitzer "Constitutional Principles and Criminal Law" 27 Israel L. Rev. (1993) 84

= 331 =

מכבודו של אדם ניתן להסיק את זכותו לעורך-דין ואת זכותו למשפט הוגן ולמינעת עינוי דין. כן ניתן להסיק מכבוד האדם מספר זכויות אסיר ועציר... בדומה, זכות השתיקה היא חלק מכבודו של האדם... דומה שגם הזכות נגד הפללה עצמית היא זכות אדם הנגזרת מכבודו כאדם<sup>321</sup>.

ברק קובע גם, כי צורות חקירה שונות פוגעות בכבוד האדם: חיפוש, גזירת שיער לצורך מסדר זיהוי, חקירה "לא-אנושית", שימוש בזריקות, בהפנוזה, בפולגרף, בשוק חשמלי וכפייה לתת טביעות-אצבעות<sup>322</sup>. לעומת זאת, השופט אלון גוזר זכויות אלו דווקא מן הזכות לחירות, המוגנת בסעיף 5 לחוק-היסוד. כך קבע השופט אלון, כי נושא מעצרו של אדם לפני משפט הוא נושא מהותי מתחום חירות האדם<sup>323</sup> וכן כי חזקת החפות מפשע מעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כחלק מן הזכות לחירות<sup>324</sup>.

חלק מן העניינים דלעיל אכן קשורים מהותית בפירוש הטבעי של "כבוד האדם"<sup>325</sup>. העניינים האחרים יכול שישמשו ביטוי לזכות לחירות שבחוק-היסוד. אכן, חירות זו אין ליטול אותה אלא בתנאים הקבועים ב"פסקת ההגבלה" ועל-כן ניתן לטעון כי חיקוקים שתוצאתם הגבלת החירות (למשל: כל מרכיב בהליך הפלילי שתוצאתו האפשרית היא מאסר) חייבים לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה.

עם זאת, ההכרה בתהליך האוטומיזציה עשויה להביא לתוצאה הפוכה: חלק מן הזכויות הדינויות הללו נכללו במפורש בהצעת חוק יסוד: זכויות במשפט<sup>326</sup>, שוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ראתה בה "המשך למאמץ שהחל בכנסת השנים-עשרה שחוקקה את חוק יסוד: חופש העיסוק וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", ו"נדברך נוסף" בהגנת זכויות האדם<sup>327</sup>, ואשר נפלה בכנסת בקריאה ראשונה ולא אושרה גם לאחר שהונחה שנית על שולחן הכנסת, במאסר 1994. הכרה בתהליך האוטומיזציה תראה בזכויות אלו זכויות נפרדות, אשר יש להמתין עד אשר הרשות המכוננת תשלים את כינון ולא לכוללן בתוך "כבוד האדם".

<sup>321</sup> ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 433-431. עם זאת ברק קובע, כי אין זה נוגד את כבוד האדם להסיק משתיקתו מסקנות לרעתו (שם, בעמ' 433).

<sup>322</sup> ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 433.

<sup>323</sup> כ"ש"פ 2169/92 סויסה נ' מ"י, פ"ד מו' (3) 338 (להלן: עניין סויסה).

<sup>324</sup> שם.

<sup>325</sup> כוונתנו בעיקר לשיטות-החקירה שנזכרו לעיל.

<sup>326</sup> ה"ח תשנ"ד 99. בין הזכויות שנכללו בהצעה הנ"ל חזקת החפות מפשע (סעיף 4), הזכות להתייעצות עם עורך-דין (סעיף 5(3)) והזכות למשפט הוגן (סעיף 7).

<sup>327</sup> דברי ההסבר, שם. ראו את דעתו הנוגדת של ע' גרוס, לעיל הערה 32, בעמ' 156.

= 332 =

ח. מדוע נוטה בית-המשפט העליון להכיר בזכויות הבלתי-מנויות?

מה מביא את שופטי בית-המשפט העליון להרחיב את תחולת חוק-היסוד על הזכויות הבלתי-מנויות? לדעתנו, ניתן להצביע

על שתי סיבות אפשריות: ראשית, התחושה כי אין לצפות בזמן הקרוב להשלמת החקיקה בתחום זכויות האדם ויתכן שבית-המשפט העליון רואה את תפקידו בהשלמת החסר. שנית, דומה כי המצב שבו לחלק מזכויות היסוד מעמד נורמטיבי עליון על-פני זכויות אחרות אינו נוח לבית-המשפט.

1. גישה של "השלמת חסר" שהרשות המכוננת איננה מזדרזת למלאו

ייתכן כי בית-המשפט העליון מגיב בדרך של הכרה בזכויות הבלתי-מנויות על הקיפאון היחסי שחל בתחום כינון מגילת זכויות-היסוד של האדם מאז חקיקת חוקי-היסוד החדשים, לפני למעלה מארבע שנים. חיזוק מסוים לטיעון זה ניתן למצוא בכך, שתהליך ההכרה בזכויות הבלתי-מנויות לא אירע מיד עם חקיקת חוקי-היסוד החדשים. פסק הדין בעניין הופרט, הראשון שבו צויינה הזכות לשוויון כזכות בלתי-מנויה, ניתן רק במאי 1994, לאחר שחלפו שנתיים מחקיקת חוקי-היסוד החדשים, ללא כל חקיקה חדשה בתחום. כפי שצוין לעיל, אף עמדתו של השופט ברק היתה, מיד לאחר קבלת חוקי-היסוד, עמדה של השלמה עם הדרגתיותו של התהליך החוקתי<sup>328</sup>.

עם תחילת פעולתה של הכנסת הארבע-עשרה, אין התבטאויות מפלגות הקואליציה נראות מבשרות טובות בתחום זה ויש חשש כי אזהרת מאמר זה בדבר תגובה אפשרית של המפלגות הדתיות על סטייה מן הפשרה עלולות להתממש בקרוב. פרופ' יורם שחר עמד, מיד לאחר כינון חוקי-היסוד החדשים, על הקשר שבין הקפאת התהליך והפרשנות המרחיבה, ודומה כי הוא חזה את הנולד:

ניתן לצפות שכל עוד תימשך הקפאתם של יתר חלקי הפרק על זכויות הפרט, ימצאו בעלי תיקון שונים בחוק היסוד הנוכחי הרבה יותר מאשר הוא אומר על פניו. גם המנסחים של מגילת זכויות הפרט בחוקת ארצות הברית כתבו מעט והחסירו הרבה, מתוך הנחה שהדורות הבאים ישלימו את החסר. גם שם חלפה שעת-החסד מהר, ולא נוספו זכויות חדשות כתובות, אלא טיפין טיפין, בשוליהם של מאבקים אלימים, ובתי המשפט חילצו במשך מאתיים שנה אוצרות בלומים מתוך אותן מילים סתומות בודדות אשר נכתבו בפרץ היצירה הקצר בשלהי המאה השמונה עשרה.

-----  
<sup>328</sup> ראו לעיל ליד הערה 228.

= 333 =

אם היה ניתן להפיק עולם ומלואו מתוך מילים כמו "הליך הוגן" ו"הגנה שווה של החוקים", ואם היה ניתן להפיק בארצות-הברית אור נגוהות ממיני הילות שראו דורות של פרשנים סביב אותן מילים, בוודאי לא יקשה על הדורות הבאים לעשות כן בישראל באמצעות ה"כבוד" וה"חירות" שבמרכזו של חוק היסוד הנוכחי<sup>329</sup>.

למרות הפיתוי להשתמש במודל האמריקני להצדקת השיטה שבה מונחים כלליים, כמו "הליך הוגן" (due process) ו"הגנה שווה" (equal protection) משמשים מקור להענקת מעמד-על חוקתי לזכויות בלתי-מנויות, יש לזכור את ההבדל המהותי בין המצב בישראל לזה שבארצות-הברית: בארצות-הברית כוננה מגילת-הזכויות מלכתחילה כיחידה שלמה ונצבר ניסיון של כמאתיים שנה, שבמהלכן הוכנסו במגילת-הזכויות תיקונים ספורים בלבד; ואילו בישראל מכלול חוקי-היסוד מצטבר לאטו על-פי "החלטת הררי"<sup>330</sup>, ואף בתחום זכויות-היסוד מהווים חוקי-היסוד החדשים אך חלק ממגילת זכויות הפרט: במקרים מסוימים נמצאים החלקים האחרים בהליכי חקיקה מתקדמים<sup>331</sup> ובמקרים אחרים דחה המחוקק, לעתים במפורש, הצעות להעניק מעמד-על חוקתי לזכויות מסוימות<sup>332</sup>. מבחינה עיונית בנסיבות אלו קשה יותר להצדיק את הפרשנות המרחיבה למונחים הכלליים דוגמת "כבוד האדם" בישראל.

-----  
<sup>329</sup> י' שחר "סדר דין פלילי" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב-תשנ"ג (תשנ"ד) 375, 393. בהקשר זה של ראיית הנולד מן הראוי לציין גם את פרופ' קרצמר, שכתב עוד בשנת 1992:

assembly, [T]his still leaves basic civil rights uncovered by the two basic laws. The most obvious of these are equality, freedom of expression, freedom of concepts freedom of association and freedom of religion and conscience. It remains to right to equality be seen whether the Supreme Court will be prepared to extend vague Rights - A Mini-Revolution such as human dignity in order to protect rights, such as the Law?" 26 Isr. L Rev. ( 1992) 238, 246). (D. Kretzmer "The New Basic Laws on Human in Israeli Constitutional

<sup>330</sup> ראו לעיל ליד הערה 52.

<sup>331</sup> הצעת חוק יסוד: זכויות חברתיות, עמדה להיות מובאת לקריאה שנייה ושלישית בשלהי כהונתה של הכנסת השלוש-עשרה, אולם מפלגת-העבודה מנעה את השלמת הליכי החקיקה בשל התנגדותן של המפלגות הדתיות והבחירות המתקרבות.

<sup>332</sup> הצעת חוק יסוד: זכויות במשפט (ה"ח תשנ"ד 99) והצעת חוק יסוד: חופש הביטוי וההתאגדות (ה"ח תשנ"ד 101), נפלו בכנסת השלוש-עשרה בקריאה ראשונה, אם כי הוצעו בינתיים מחדש. הצעות רחבות למגילת-זכויות, דוגמת הצעת חוק

יסוד: זכויות-היסוד של האדם פרי יצירת משרד-המשפטים אף הן לא אושרו בכנסת.

= 334 =

ראוי לציין, כי ייתכן שדווקא הפעולה הפרשנית של חלק משופטי בית-המשפט העליון תגרום להקפאת התהליך, בשל חששן של המפלגות הדתיות מתוצאות פרשניות של חוקי-יסוד עתידיים<sup>333</sup>. ייתכן אפוא, כי הנבואה בדבר הקפאתם של חוקים חדשים בתחום זכויות-היסוד תהפוך במידה רבה לנבואה שתגשים את עצמה. יתר על כן: ייתכן שבמקרה זה נוצר מעין "מעגל-קסמים": בית-המשפט מפרש חוקי-יסוד בפרשנות מרחיבה, הגורמת לכנסת להימנע מחקיקת חוקי-יסוד חדשים - דבר הגורם לבית המשפט להוסיף ולמלא את החללים באמצעות פרשנות מרחיבה, וחוזר חלילה. קשה לחלוק על ההתפתחות ההיסטורית, שלפיה תחום זכויות האזרח בישראל מתפתח בצורה רציפה מאז קום המדינה לטובת הכרה גוברת בזכויות, ששיאה בחוקי היסוד החדשים. לדעתנו, מוטב להניח לתהליך ההוסיף ולהתנהל בקצב הטבעי שלו מאשר להסתכן בתשומת-לב העלולה לגרום להחזרת הגלגל אחורנית.

2. בעיות בתורת-האיזונים - זכויות-יסוד במעמד נורמטיבי שונה

עד לכינון חוקי-היסוד החדשים עמדו כל זכויות-היסוד על מדרג נורמטיבי-פורמלי שווה: כולן היו "זכויות-יסוד" שאינן כתובות עלי ספר" - כביטוי של השופט לנדוי<sup>334</sup>. בית-המשפט העליון סירב להכיר בעליונותה האוטומטית של זכות אחת - חופש הביטוי - על הזכויות האחרות<sup>335</sup>. תחת זאת במקרה של התנגשות בין זכויות נעשה איזון אינטרסים, כאשר השופטים הם הקובעים את המשקל הראוי שיש להעניק לכל זכות במערכת-נסיבות ספציפית או עקרונית בהתנגשות שבין זכויות-יסוד מסוימות לבין עצמן וביניהן ובין אינטרס הציבור<sup>336</sup>.

עם כינונם של חוקי-היסוד החדשים, השאלה אם נותרו כל זכויות-היסוד על מדרג נורמטיבי אחד מושפעת במישורן מתוצאת דיוננו לגבי הזכויות הבלתי-מנויות: אם הזכויות הבלתי-מנויות אינן מכוסות בידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כי אז יש היום שתי רמות נורמטיביות של זכויות-יסוד: אלו המעוגנות בחוקי-יסוד משוריינים, בעלות מעמד חוקתי-על-חוקי, כגון הזכות לקניין, חופש העיסוק, חופש התנועה מהמדינה ואליה והזכות לחיים, לשלמות הגוף ולכבוד; והזכויות שטרם עוגנו, כמו חופש הביטוי, עקרון השוויון וחופש הדת והמצפון אשר נותרו זכויות-יסוד "שאינן כתובות עלי ספר".

<sup>333</sup> ראו לעיל, ליד הערה 237.

<sup>334</sup> בג"צ 243/62 אולפני הסרטה בישראל נ' לוי גרי, פ"ד טז 2407.

<sup>335</sup> ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' עתון הארץ בע"מ, פ"ד לב(3) 337 (להלן: עניין חברת החשמל - הארץ).  
<sup>336</sup> "איזון עקרוני" ראו דין נ' וילק, לעיל הערה 14, והמקורות שם.

= 335 =

מנגד, גישה הכוללת את הזכויות הבלתי-מנויות כחלק מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מביאה כמעט את כל זכויות-היסוד<sup>337</sup> חזרה אל מדרג נורמטיבי זהה.

הגם שהדבר לא נאמר במפורש בפסיקה, דומה כי שופטי בית-המשפט העליון מוצאים קושי מסוים בכך שזכויות-היסוד אינן עומדות כרגע על מדרג נורמטיבי אחד. בעבר הודגש על-ידי השופט ברק, כי הקביעה שאין להעניק לחופש הביטוי מעמד-על נכונה גם מהבחינה הפורמלית, לאמור:

הן הזכות לשם הטוב והן הזכות לחפש הביטוי אינן מעוגנות במסמך חוקתי עליון, אלא שואבות הן את כוחן מעקרונות יסוד חוקתיים המעוגנים בהלכה הפסוקה<sup>338</sup>.

במצב של חוסר-עליונות פורמלית של חלק מהזכויות, מרחב התמרון של השופט, המכריע בעניין האיזונים, הוא הגדול ביותר. מנגד, קביעה כי לחלק מן הזכויות מעמד נורמטיבי עליון על-פני האחרות עלולה לצמצם את מרחב התמרון של שיקול-הדעת השיפוטי. הנשיא ברק מסביר, כי במצב של שוויון נורמטיבי בין הערכים המתנגשים מתקיים "איזון אופקי", שבו שני הערכים הם שווים מעמד, ולעומת זאת, ב"איזון אנכי" ידו של ערך אחד על העליונה<sup>339</sup>.

אי-הנוחות מהעליונות הפורמלית של חלק מהזכויות גוברת כאשר עליונות זו נוצרת רק כתוצאה מתהליך האוטומיזציה. לו נחקק חוק-יסוד כולל בדבר זכויות האדם, היו כל זכויות-היסוד מועלות במדרג הנורמות בו-זמנית ונשארות ברמה זהה. תהליך האוטומיזציה משבש את שוויון זכויות-היסוד בכך שחלקן "משוריינות", במובן זה שאין לפגוע בהן, אף לצורך איזון אינטרסים, אלא בדרכים ובמגבלות הקבועות בחוקי-היסוד החדשים. אולם אלו מבין הזכויות שהועלו במדרג הנורמות אינן דווקא החשובות יותר, אלא אלו שלגביהן הסתיים בהצלחה תהליך הפשרה הפוליטית.

ניתן להמחיש נקודה זו בעזרת פסקי-דין שניתנו לפני חוקי-היסוד החדשים ואחריהם. בעניין אבנרי נ' שפירא<sup>340</sup> נדון איזון האינטרסים שבין חופש הביטוי של עיתונאי ובין הזכות לשם טוב של מושא כתיבתו. בפתח הדיון, ובטרם שיקול-דעת שיפוטי לגבי האיזון הראוי, מציין השופט ברק - כפי שהובא לעיל - כי פורמלית לשתי הזכויות מעמד נורמטיבי שווה. בהנחה שהזכות לשם טוב כלולה בזכות לכבוד

<sup>337</sup> למעט "הזכויות החברתיות", שאינן נכללות בו על-פי מודל-הביניים של הנשיא ברק. ראו לעיל הערה 145.

<sup>338</sup> עניין אבנרי נ' שפירא, לעיל הערה 148, בעמ' 860.

339 ראו ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, עמ' 226-220.  
340 ראו לעיל הערה 148.

= 336 =

שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אף אם אין הזכויות הבלתי-מנויות כלולות בחוק<sup>341</sup>, ובהעדר הכרה בזכויות הבלתי-מנויות התוצאה כיום במישור הפורמלי שונה: הזכות לשם טוב קיבלה מעמד-על חוקתי, ואילו חופש הביטוי נותר בשלב זה זכות יצירת פסיקה. יתר על כן: בזכות לשם טוב אין לפגוע אלא בדרכים הקבועות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. האם הדבר היה משפיע על האיזון בעניין הדומה לזה של אבנרי נ' שפירא? מאמרת-אגב של השופט ברק בעניין גנימאת<sup>342</sup> דומה שהתשובה חיובית. בעניין דיין נ' וילק<sup>343</sup> ובעניין עם כלביא<sup>344</sup> נדונה הזכות להפגין ליד ביתו הפרטי של איש-ציבור. איזון האינטרסים כאן הוא בין זכותו של המפגין לחופש ההפגנה (כחלק מחופש הביטוי<sup>345</sup>) ובין הזכות של איש-הציבור ושל שכניו לזכות הקניין ולפרטיות. המשנה לנשיא ברק (כתוארו אז) קובע, כי האיזון בין זכויות המפגין לחופש ההפגנה והזכות של ראש-הממשלה ושכניו לפרטיות ולקניין איננו איזון בין "זכות-על" לזכות סתם וכי "איזון זה נעשה בין זכויות אדם שוות מעמד. זהו איזון אופקי..."<sup>346</sup> אולם הזכות לפרטיות והזכות לקניין הן היום זכויות-על חוקתיות מפורשות מכוח סעיפים 3 ו-7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כדי להוסיף ולבצע איזון אופקי רצוי לו לפרשן שחופש הביטוי יובא אל אותו מדרג נורמטיבי עליו, ותוצאה זו ניתן להשיג אך בעזרת עיגון הזכויות הבלתי-מנויות<sup>347</sup>. בעיות דומות עשויות להתרחש גם באיזונים אחרים שבין זכויות-יסוד, כגון האיזון לגבי חוזים המגבילים (מכוח חופש החוזים, זכות בלתי מנויה) את חופש העיסוק המוגן בחוק יסוד: חופש העיסוק<sup>348</sup>.

341 ראו לעיל פרק 3ז(א).

342 בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, פסקה 16: "המעמד החדש של הזכות לשם טוב (חלק מהזכות לכבוד האדם) עשוי להצדיק עיון מחדש בהפעלת שיקול דעת שיפוטי במתן צווי מניעה (זמניים) כנגד פרסומים שיש בהם, לפי הטענה, לשון הרע" (תוך הפנייה לפסק-הדין אבנרי נ' שפירא, לעיל הערה 148).

343 ראו לעיל הערה 14.

344 בג"צ 6658/93 עם כלביא ואח' נ' מפקד משטרת ירושלים, פ"ד מח(4) 793.

345 ראו לעיל הערה 261.

346 שם, בעמ' 797.

347 מעניינת העובדה שדווקא חופש הביטוי, אשר נאבק בשלב מסוים על הבכורה שבין זכויות-היסוד (ראו עניין חברת החשמל - הארץ, לעיל הערה 335) נאלץ כעת להיאבק על מקומו בתוך השורה הראשונה של הזכויות, מכיוון שזכויות אחרות הקדימו אותו בתהליך האטומיזציה.

348 לאיזון שעשו בתי-המשפט בין חופש החוזים ולחופש העיסוק לפני כינון חוקי-היסוד החדשים ראו מ' גולדברג "חופש העיסוק: מזכות יסוד לחוק-יסוד" הפרקליט מא (תשנ"ד) 291, 310-309 והאסמכתאות הנוספות שם. לפסק-דין שבו מאוזנות הזכויות לאחר חוק-היסוד ראו עניין יבין-פלסט, לעיל הערה 305, העוסק בתקופת-צינון המוטלת על עובד שבדין סודות עסקיים, תוך איזון של חופש העיסוק של העובד מול "חופש הקניין, חופש ההתקשרות (כחלק מכבוד האדם וחירותו)..."

= 337 =

הגם שלכאורה הבעיה זמנית, עד להשלמת כינונה של מגילת זכויות-יסוד שלמה איש אינו יודע כמה זמן ימשך מצב זמני זה, והדבר מפריע בינתיים לאותם איזונים עקרוניים שהשופטים מבקשים לעורכם בין זכויות. ייתכן כי אחד הפתרונות שננקטו בידי השופטים לבעיה זו היה בהרחבת המונח "כבוד האדם", כך שניתן יהיה להוסיף ולעשות איזונים בין זכויות כאשר כולן ניצבות על בסיס שווה.

עם זאת ייתכן, כי בעניין זה יש פתרון טוב לא פחות. כך, למשל, בעניין דיין נ' וילק, השופט שלמה לויין אומר:

מוכן אני להניח, מבלי לפסוק, שאין הדין כופה עלינו העדפה של זכות יסוד פלונית על פני רעותה אך בשל אי-איזורה המפורש של זו ואיזורה של זו בחוק היסוד<sup>349</sup>.

השופט שלמה לויין אינו מנמק עמדה זו, שיש בה פתרון לבעיה שהוצגה. נימוק לאותו עניין ניתן בידי השופט מ' חשין בעניין היועמ"ש נ' מרום<sup>350</sup>, שבו נזקק השופט חשין לאזן בין עקרון פומביות הדיון (שאינו מעוגן כזכות-על חוקתית משוריינת, אף שהוא קבוע בחוק-יסוד<sup>351</sup>) ובין הזכות לפרטיות, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עמדתו של חשין מתבססת על כך, שאת זכויות-היסוד המנויות ניתן להגביל בהגבלות העומדות בתנאי פסקת ההגבלה. השופט חשין מבצע את האיזון - גם אם יש לכאורה הבדל נורמטיבי בין שתי הזכויות - במסגרתה של פסקת ההגבלה, ובמסגרתה של בדיקה, האם הזכות הבלתי-מנויה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. בפועל אין אפוא כל הבדל בין מרחב-האיזון של השופט בדרך זו ובין מרחב-התמרון שלו בביצוע "איזון אופקי" כאשר שתי הזכויות שוות מעמד נורמטיבי. בעיית השוני במדרג הנורמות ניתנת אפוא לפתרון גם בלי הכרה בזכויות הבלתי מנויות, על החסרונות של הכרה כזו.

ט. מפקד במקום סיכום: כיצד יכריע בית-המשפט העליון?

התיזה העיקרית המוצגת במאמר זה היא, כי תהליך הרחבת תחולתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כך שיחול על

349 לעיל הערה 270. ראו גם בש"פ 1986/94 מדינת ישראל נ' עמר, פ"ד מח(3) 133, 142.  
 350 ע"א 5185/93 היועמ"ש נ' מרום, פ"ד מט(1) 318 (אמנם השופט חשין היה במיעוט לגבי תוצאת פסק-הדין, אולם  
 בנקודה זו הסכימו עמו גם שאר שופטי-ההרכב, השופטים גולדברג ושטרסברג-כהן).  
 351 סעיף 3 לחוק יסוד: השפיטה (ס"ח תשמ"ד 78).

= 338 =

לאחר קבלת חוקי-היסוד, השאלה טרם הוכרעה במפורש בבית-המשפט העליון, הגם שאמרות לגביה נאמרו בכתיסר  
 מקרים.  
 בשל הצטברות אמרות-האגב, קיומן של שתי העמדות השונות בבית-המשפט העליון<sup>352</sup> ומרכזיותה של הסוגייה, ניתן לנחש  
 כי לא ירחק היום, ובבית-המשפט העליון יתכנס הרכב מורחב, כפי המסורת המתחילה להתגבש בשנים האחרונות בעניינים  
 עקרוניים<sup>353</sup> להכרעה בסוגייה. לא למותר אפוא לספור את השופטים בבית-המשפט העליון הדוגלים בגישה האחת או  
 ברעותה.  
 "ספירת ראשים" זו נתקלת בכמה קשיים של ממש. ראשית, לא כל הפסיקה של בית המשפט העליון עומדת לרשותנו, אלא  
 רק מה שפורסם בכרכי פסקי-הדין או במאגרים הממוחשבים דינים, פדאור ותקדין. ייתכן אפוא, כי פסקי-דין חשובים בסוגייה  
 זו נעלמו מעינינו. שנית, לא כל שופטי בית-המשפט העליון התבטאו בסוגייה זו, ואלו שהתבטאו, לא תמיד עשו זאת בפה  
 מלא ובצורה מכרעת לגבי עמדתם. לרוב ההתבטאות היא לגבי זכות בלתי-מנויה ספציפית, ולא תמיד ניתן להסיק במידה  
 רבה של ודאות מה תהיה עמדתם באשר לזכויות בלתי-מנויות אחרות.  
 בעיה מיוחדת נובעת מספירת עמדותיהם של שופטים המסתפקים בציון "אני מסכים" לאחר פסק-דין ארוך של עמיתם. האם  
 ניתן לראות "הסכמה" זו כתומכת בכל העמדות של בעל הפסק העיקרי? בתחילה סברנו שאולי כך, אולם לפחות במקרה  
 אחד מצינו, כי שופט שהסכים "הסכמה שותקת" בפסק-דין אחד נטה לכיוון ההפוך לכשהתבטא ביתר-אריכות: פסק-הדין  
 הופרט, הראשון שבו הוכר מעמדו של עקרון השוויון כזכות-על חוקתית<sup>354</sup>, ניתן בהסכמת השופטים ברק וחשין. אולם בשל  
 עמדתו המפורטת יותר של השופט חשין בעניין בזק<sup>355</sup>, שם הוא תומך במפורש בגישת השופט זמיר בעניין שדולת הנשים  
<sup>356</sup>, ברור כי אין לייחס להסכמתו הסתמית בעניין הופרט גם הסכמה ספציפית לגבי קביעת מעמד-העל החוקתי של עקרון  
 השוויון.  
 לפי כל האמור לעיל, יש להתייחס ל"מפקד השופטים" בזירות רבה ולא לראותו אלא כמשקף מגמות. בהחלט ייתכן, ואפילו  
 צפוי, כי מי מבין השופטים לא יסכים עם מיקומו ברשימה דלהלן, המשקפת אך את נקודת-ראותו של המחבר על בסיס  
 הנתונים החלקיים שלפניו בעת חיבור מאמר זה.

352 ראו לעיל פרק א.  
 353 למשל: עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 1; עניין גנימאת, לעיל הערה 15; עניין זנדברג, לעיל הערה 11, והדיון הנוסף  
 בעניין נחמני נ' נחמני, לעיל הערה 44.  
 354 ראו לעיל ליד הערה 102.  
 355 לעיל הערה 20.  
 356 ראו לעיל ליד הערה 46.

= 339 =

במחנה התומכים בהרחבה (לפחות חלקית) של תחולת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, על הזכויות הבלתי-מנויות ניתן ככל  
 הנראה למנות את הנשיא ברק<sup>357</sup> ואת השופטים אור<sup>358</sup> ומצא<sup>359</sup>. ייתכן שגם את השופטים ש' לוי<sup>360</sup> ושטרסברג-כהן<sup>361</sup>.  
 בין השופטים שכנראה אינם ששים, בשלב זה, למתן המעמד החוקתי-על-חוקי לכלל הזכויות הבלתי-מנויות על בסיס חוק  
 יסוד: כבוד האדם וחירותו, ניתן למנות את השופטים זמיר<sup>362</sup>, חשין<sup>363</sup>, גולדברג<sup>364</sup> ואולי גם את השופט דורנר<sup>365</sup>. לפי  
 החומר שבפנינו, שאר השופטים טרם התבטאו בדרך המאפשרת לשייך אותם בבירור לעמדה האחת או לזו האחרת. דומה  
 אפוא, כי בשלב זה הכוחות שקולים למדי.

357 עמדותיו של הנשיא ברק בעניין הזכויות הבלתי-מנויות פורטו בהרחבה במאמר זה.  
 358 ראו פסקי-הדין לעיל בהערות 38 ו-105.  
 359 ראו, למשל, לעיל הערה 39.  
 360 ראו ש' לוי "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים" הפרקליט מב (תשנ"ו) 451, 453: "כפי שכבר הסביר  
 פרופסור ברק אין באי-אזכורה של זכות מסוימת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כדי להצביע על העדר קיומה של זכות  
 יסוד, אם קיימים תימוכין למעמדה בחוק היסוד", ובעמוד 455 מציין השופט ש' לוי, כי הוא מעדיף פירוש "רחב" לתחולת  
 החוק.  
 361 ראו עניין ד"ר דבורה כהן, לעיל הערה 138, בעמ' 217, שם קובעת השופטת שטרסברג-כהן, שהאוטונומיה האישית  
 מעוגנת בחוק-היסוד. בשל היותה של האוטונומיה האישית מקור לזכויות בלתי-מנויות רבות, דומה כי עמדתה של השופטת  
 היא בעד הכללת זכויות בלתי-מנויות. גם בעניין כלל חברה לביטוח, לעיל הערה 40, בעמ' 483 מציינת השופטת שטרסברג-

כהן, כי אינה רואה להוסיף דבר לסקירתו של ד' לוי (אשר קבע עיגון של זכויות בלתי-מנויות באותו עניין) בדבר "מעמדן הרם והנישא של זכויות-היסוד של האזרח במדינת ישראל". לעומת זאת, בעניין ד"ר שלמה כהן, לעיל הערה 274, היא אומרת כי המחלוקת בנושא זה לא הוכרעה, מבלי להביע את דעתה.<sup>362</sup> ראו, למשל, הערה 42 לעיל ולידה, וכן עניין מרכז השלטון המקומי, לעיל הערה 44. השופט זמיר שב ודן בסוגיה זו בספרו הסמכות המנהלית, לעיל הערה 128, שיצא לאור סמוך לרדת מאמר זה לדפוס. בספר זה זמיר עוסק בעניין הזכויות הבלתי-מנויות במלים "שאלה נכבדה הממתינה להכרעה של בית המשפט" (עמ' 113). במקום אחר מביע זמיר את דעתו, כי עדיף לכלול את ערך השוויון כחלק מ"ערכיה של מדינת ישראל", שהם רכיב בפיסקת ההגבלה, ולא כחלק מן הזכות לכבוד. משמעותה של דרך זו נדונה לעיל, במסגרת הדיון בעיגון מכוח פסקת המטרה (לעיל פרק ה1) וכן בפרק על עיגון השוויון מכוח תביעתן העצמית של זכויות-היסוד (לעיל פרק ה4). כפי שהוסבר שם, אין בכך משום הכללה של הזכויות הבלתי-מנויות, אלא רק משום מגבלה על דרכי הפגיעה בזכויות המנויות, כגון הזכות לקניין.<sup>363</sup> ראו לעיל ליד הערה 43 וההפניה שם.<sup>364</sup> ראו לעיל הערה 44.<sup>365</sup> ראו לעיל פרק ה(3)(א).

= 340 =

מעניינת עמדת פרקליטות-המדינה בהקשר זה. הגם שאין בידינו עמדה כללית של פרקליטות-המדינה, ניתן ללמוד מן ההודעה שנמסרה לביית-המשפט הגבוה לצדק מטעם פרקליטות-המדינה בעניין מרכז השלטון המקומי<sup>366</sup>. בהודעה האמורה נסקרות עמדות השופטים כפי שהובעו בפרשת הופרט, דנילוביץ', שדולת הנשים, בזק ואליס מילר שהובאו לעיל. בתום הסקירה דומה כי פרקליטות המדינה תומכת בעמדתה של השופטת דורנר, שלפיה אין בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, עיגון כוללני של עקרון השוויון. הגם שיש אשר פגיעה בשוויון תהיה גם פגיעה בכבוד האדם, אם יש בה אף השפלה:

הנה כי כן, גם אם נצא מן ההנחה כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מעגן גם את הזכות החוקתית לשוויון, אין המדובר בשוויון המנותק ממהותו של כבוד האדם. רק פגיעה בשוויון העולה כדי פגיעה בכבוד האדם, גוררת ביקורת חוקתית לפי אמות המידה הקפדניות של פסקת ההגבלה (המופיעה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו)<sup>367</sup>.

את עמדתנו ניתן לסכם בפרפר זה על דבריו של הנשיא ברק, שלפיהם "עלינו לפרש את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על-פי תכליתו. תכלית זו היתה להגן על זכויות האדם הקבועות בו"<sup>368</sup>. אנו סבורים, כי גם ההיפך הוא הנכון: תכליתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לא היתה להגן על זכויות האדם שאינן קבועות בו. יצוין, כי מרבית "האבות המייסדים" בישראל עודם חברים בכנסת, היא הרשות המכוננת, ויש ביכולתם לבטל את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, או לעקר אותו מתוכן, כמעט בהינף-יד. אם יקרה כדבר הזה, עקב התעלמות מכוונתה הסובייקטיבית של הכנסת והרחבת התחולה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הרבה מעבר לכוונת הכנסת, יהיה זה מקרה שעליו ראוי לומר: "כוננת מרובה - לא כוננת"<sup>369</sup>. מדינת ישראל הסתדרה היטב עשרות שנים עם זכויות-יסוד יצירות בית-המשפט העליון. זכינו שחלק מזכויות אלו עוגנו עתה כזכויות-על חוקתיות. ניתן ורצוי, לדעתנו, להמתין לחוקי-היסוד שיסדירו את שאר הזכויות, ולא לסכן את עצירת התהליך החוקתי, ואולי אף ביטול המהפכה בידי הכנסת.

<sup>366</sup> עניין מרכז השלטון המקומי, לעיל הערה 44.  
<sup>367</sup> הודעת פרקליטות-המדינה מ-2 בינואר 1996, סעיף 18. ההודעה חתומה בידי אסנת מנדל, ממונה על ענייני הבג"צים בפרקליטות-המדינה.  
<sup>368</sup> ברק - פרשנות חוקתית, לעיל הערה 7, בעמ' 273.  
<sup>369</sup> השוו דברי השופט זמיר בעניין בנק המזרחי, לעיל הערה 1, פסקה 4 לפסק-דינו לגבי הרחבה של הזכות לקניין, שהיא זכות המנויה במפורש בחוק: "ככל שירחב ההיקף של הקניין כזכות חוקתית כך, יש לחשוש, תיחלש עוצמת ההגנה על זכות זאת. ועל כך ניתן לומר: תפסת מרובה לא תפסת".