

חוקי היסוד והמהפכה החוקתית

שני חוקי היסוד החדשים מ-1992 הם חוקי היסוד הראשונים שמטרתם אינה קביעת מוסדות המדינה והיחסים ביניהם, אלא עיגון זכויות האדם בחוק. בשניהם יש הוראה משוריית, האוסרת על הכנסת לשנותם אלא בתנאים מסוימים; מכאן שבמידה והכנסת מחוקקת חוק הנוגד חוקי יסוד אלה, בסמכות בתי המשפט לבטלו.

תקיקה

1. חוק-יסוד: חופש העיסוק
2. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

חוקה היא הנורמה העליונה בשיטת המשפט. חוק רגיל יכול לפגוע בהוראות החוקה רק אם הוא מקיים את אמות המידה הקבועות בחוקה עצמה. לעתים קרובות קובעת החוקה עצמה מהי הסנקציה המשפטית המוטלת על חקיקה לא חוקתית, אך אם החוקה שותקת, הפתרון הבעיה תלוי בשיטת המשפט. החוקה נועדה להגביל את המחוקק; אין דרך ביניים - או שהחוקה עליונה ולא ניתן לשנותה או לפגוע בה באמצעים רגילים, או שהינה כחוק רגיל, אשר המחוקק יכול לשנותה כאוות נפשו.

חוקי היסוד בעניין חופש העיסוק וכבוד האדם וחירותו אינם כוללים הוראה מפורשת בדבר התרופה הניתנת כאשר חוק רגיל מנוגד להם, אך לפי המסורת המשפטית שלנו, התרופה על אי חוקתיות החוק היא בטלותו. הסמכות לקבוע את דבר אי החוקתיות נתונה לבתי המשפט. כשם שחקיקת משנה הסותרת חוק היא בטלה ובית המשפט מוסמך להצהיר על כך, כך גם חקיקה ראשית הסותרת חוק-יסוד בטלה ובית משפט מוסמך להצהיר על כך.

ביסוד הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק עומד עקרון "שלטון החוק"; כאשר בשיטת משפט נתונה מצויה חוקה, מחייב "שלטון החוק" שמירה על שלטונה של החוקה. הכנסת, תוך שימוש בסמכותה המכוננת, העניקה למדינה חוקי-יסוד. אלו הן נורמות עליונות במדרג הנורמטיבי. כדי לקיים את דברה זה של הכנסת יש לבטל דבר חקיקה רגיל הסותר חוק-יסוד, בדומה לבטלותה של תקנה הסותרת חוק. בהכרזה על בטלותו של חוק שאינו מקיים את דרישותיו של חוק היסוד, מגשים בית-המשפט את חוק היסוד. טול מהחוקה את הביקורת השיפוטית ונטלת ממנה את חיותה.

הביקורת השיפוטית של חוקתיות החוק נגזרת מעקרון הפרדת הרשויות. סמכותה של הרשות המחוקקת היא לחוקק חוקים, ולשם כך מוסמכת היא לפרש את החוקה לעצמה. אך כאשר מתעורר סכסוך בין בעלי דין, ולשם הכרעתו יש לפרש את החוקה, מוטל תפקיד הפירוש על בית-המשפט. פרשנות החוקה היא תפקידו של בית-המשפט בהפרדת הרשויות. עם מתן הפירוש החוקתי נוצר הצורך להכריע בסכסוך על-פי החוקה. הכרעה בסכסוך לפי החוקה ולא על-פי החוק גוררת אחריה, כתוצאת לוואי, את בטלות החוק.

ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק היא חלק אינטגרלי של הדמוקרטיה, שכן דמוקרטיה אינה רק שלטון הרוב, אלא גם שלטונם של ערכי היסוד וזכויות האדם כפי שנתגבשו בחוקה, מתוך איזון עדין בין שלטון הרוב לבין ערכי היסוד של החברה השולטים על הרוב. הדמוקרטיה אינה רק דמוקרטיה "פורמלית" (שעניינה תהליך הבחירה בו שולט הרוב). דמוקרטיה היא גם דמוקרטיה "מהותית" (שעניינה הגנה על זכות האדם כפרט).

כאשר הרוב שולל זכויות אדם מהמיעוט, הוא פוגע בדמוקרטיה. הדרך להתגבר על כך היא, בין השאר, בהדגשת העובדה כי כאשר השופטים מפרשים את הוראות החוקה, ומבטלים לאורן חוקים פוגעים, הם נותנים ביטוי לערכי היסוד של החברה, כפי שאלה התגבשו במהלך ההיסטוריה של אותה חברה. טול מהדמוקרטיה החוקתית את שלטון הרוב, ופגעת בעצם מהותה. טול מהדמוקרטיה החוקתית את שלטונם של ערכי היסוד ופגעת בעצם קיומה. הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק מאפשרת איזון בין ערכים אלה.

אנו כפופים לחוקה שכוננה בעבר, משום שהיא משקפת תפיסות עומק של החברה המודרנית. מי שגורס כי קיים חוסר דמוקרטיה בביקורת השיפוטית, גורס גם שיש חוסר דמוקרטיה בהגנה על זכויות האדם. אך אופייה הדמוקרטי של מדינה לא נקבע על-פי האופי הייצוגי של כל אחת מזרועותיה, אלא על-פי האופי הדמוקרטי של המשטר כולו.

כל חוקה קובעת דרכים לשנותה. ככל שדרכים אלו אינן נוקשות, הן מאפשרות לרוב של היום להגשים את שאיפותיו. דרכי השינוי נקבעות בחוקה עצמה, והן מעוצבות על-ידי הכוחות הפוליטיים. באמצעות פסקת ההתגברות נפתח פתח חוקתי לרוב הפוליטי הנוכחי פגוע בהוראות החוקה. אין בכך משום שינוי החוקה, שכן חקיקה פוגעת אינה משנה את הוראות החוקה; עם זאת, יש בכך משום יצירת מסלול חוקתי, המאפשר לרוב של היום להגשים את שאיפותיו, גם אם בכך הוא פוגע בערכים ובזכויות שהחוקה מבקשת להגן עליהם. פסקת ההתגברות מאפשרת לדמוקרטיה הפורמלית להתגבר, בתנאים מסויימים, על הדמוקרטיה המהותית, אך שימוש מוגבר באמצעי זה עשוי להביא לסיכול מפעל החוקה עצמו.

ביקורת שיפוטית מבטאת את ערכיה של החוקה. באמצעותה השופט מגשים את ערכיה של החברה בה הוא חי. דווקא משום שהשופט אינו נבחר על-ידי העם במישרין, ואינו מציג בפניו מצע פוליטי או חברתי, הוא מסוגל לתת ביטוי לתפיסות העומק של החברה, מבלי שיושפע מרוחות השעה החולפות. לשם כך עליו לפעול באובייקטיביות שיפוטית. עליו לשקף את השקפותיה של החברה, גם אם אלה אינן השקפותיו שלו.

האובייקטיביות השיפוטית מונחת ביסוד הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק. רק שופט החי יום יום את המתח שבין העקרון המופשט לבין הפעלתו בחיי המעשה כלפי בשר ודם העומד בפניו, יוכל לעמוד במשימה קשה זו. לשם כל אלה נדרשת רשות שיפוטית, עצמאית ובלתי תלויה, הצומחת מהעם, והמשקפת את הקונסנזוס החברתי הבסיסי.

חוקי היסוד החדשים אינם כוללים כל הוראה מפורשת באשר לגורלו של חוק, הפוגע בזכות אדם המוגנת על ידם, ואשר אינו מקיים את דרישות חוקי היסוד. שתיקה זו מפעילה את תפיסות היסוד של המשפט הישראלי באשר ליחס בין נורמה עליונה לבין נורמה הכפופה לה. תפיסות יסוד אלה הינן, כי יד הנורמה העליונה גוברת. בית-המשפט מוסמך להכריז על בטלותה של הנורמה הסותרת, מתוך הגשמת הדמוקרטיה והפרדת הרשויות.

הממשלה החליטה על הפרטת ייבוא הבשר, ללא מכסות וללא צורך ברשיון יבוא. הוחלט גם כי הדבר יבוצע בדרך של חקיקה, מתוך חשש כי בהיעדר חקיקה האוסרת זאת, יתאפשר לייבא בשר לא כשר בהיקף רב. לאחר מכן העבירה הכנסת חוק ברוב של חבריה, המגביל את ייבוא הבשר הלא-כשר. בחוק נקבע כי הוא תקף על אף האמור בחוק-יסוד: חופש העיסוק.

מטרתה של פסקת ההתגברות לאפשר למחוקק להגשים את יעדיו החברתיים והפוליטיים, גם אם אלה פוגעים בחופש העיסוק והפגיעה אינה מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה. עם זאת, אין לעשות שימוש בפסקת ההתגברות או בפסקת ההגבלה כדי לתת תוקף לחוק השולל או מבטל כליל את חופש העיסוק כזכות חוקתית במדינת ישראל, צעד שניתן לעשותו רק בדרך של שינוי חוק היסוד עצמו.

גם אם נניח כי קיימים עקרונות יסוד אשר חוק חורג אינו יכול לפגוע בהם, הרי אלה הם עקרונות שכל המבנה החוקתי שלנו מושתת עליהם, לרבות חוקי היסוד עצמם, ואשר הפגיעה בהם היא מהותית וקשה - אחרת תתרוקן פסקת ההתגברות מעיקר תוכנה. זה אינו המקרה שלפנינו. הפגיעה בחופש העיסוק היא מוגבלת, שהרי פתוחה בפני העותרות האפשרות לעסוק ביבוא של בשר כשר, בלא כל צורך ברשיונות יבוא. כאן גם אין הפגיעה בקניין, בחופש המצפון ובשיוויון מגיעה עד כדי פגיעה באושיות המשטר החוקתי.

הפרשנות החוקתית צריכה לשאוף לכך שההוראות השונות ישתלבו זו בזו ויקדמו את האחדות ואת ההרמוניה החוקתית, בכך שפסקת ההתגברות מצויה בחוק-יסוד: חופש העיסוק, ואינה מצויה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובכך שקיומה של פסקת ההתגברות בחוק-יסוד: חופש העיסוק - יש לה השלכות על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

יש לתת הגנה חוקתית לחוק חורג, הפוגע לא רק בחופש העיסוק אלא גם בזכויות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אם מתקיימים שלושה תנאים מצטברים אלה: ראשית, הפגיעה בזכויות האדם האחרות היא תוצאת לוואי המתבקשת מהפגיעה בחופש העיסוק; שנית, הפגיעה בזכויות האדם האחרות היא משנית; שלישית, הפגיעה בזכויות האדם האחרות, כשלעצמה, אינה בעלת עוצמה ממשית. בהתקיים שלושה תנאים אלה יש לתת לחוק החורג תוקף חוקתי מעבר לחוק-יסוד: חופש העיסוק. עם זאת, הפרשנות המוצעת שומרת על גבולותיו הראויים של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. היא נותנת ביטוי לכך שאין בו פסקת התגברות, תוך שמירה על זכויות האדם המעוגנות בו מפני פגיעה עיקרית הבאה אגב החוק החורג.

במקרה שלפנינו, מתקיימים שלושת התנאים הנדרשים למתן אפקט לפסקת ההתגברות מחוץ לגדריו של חוק-יסוד: חופש העיסוק. הפגיעות בחופש המצפון, השיוויון והקניין של העותרות הן תוצאות לוואי טבעיות מהפגיעה בחופש העיסוק שלהן. הפגיעות בזכויות האחרות הן משניות ואינן ממשיות; אשר לפגיעה האפשרית בחופש המצפון, כל מי שרוצה יכול לרכוש בישראל בשר לא כשר. אין כפיה לאכול רק בשר כשר. יתכן כי השיוויון נפגע בכך שנדרש הכשר של הרבנות ולא נדרש "הכשר" של רשות מוסלמית, אך זו בוודאי משנית לפגיעה בחופש העיסוק. אשר לפגיעה האפשרית בחופש הקניין, היא משנית לפגיעה בחופש העיסוק, וכשלעצמה אינה בעלת עוצמה ממשית. העתירה נדחת.

העותר נעצר בידי שוטר צבאי בחשד לעריקה והוחזק בכלא צבאי במשך חמישה ימים, בלי שהובא בפני שופט. מאז תוקן החוק, וכיום הוא מאפשר החוק מעצר חייל ביד שוטר צבאי ללא צו, לתקופה של עד 4 ימים.

תיקון חוק הוא דין נפרד וחדש, שהוראת שמירת הדינים בחוק היסוד אינה ישימה לגביו, הן מסיבות מעשיות של ייעול הדיון בבג"ץ, והן מסיבות עקרוניות; כאשר המחוקק חוקק את החוק המתקן, הוא היה מודע לחובה המוטלת עליו שלא לפגוע בזכות היסוד בניגוד לחוק-היסוד. אמנם יש לייחס משקל לעובדה שמדובר בחוק מיטיב, אך עובדה זו אינה מחסנת את החוק מפני ביקורת שיפוטית.

החירות האישית הינה זכות חוקתית ממדרגה הראשונה, והיא גם תנאי למימוש זכויות יסוד אחרות. משום כך שלילתה היא פגיעה קשה במיוחד, המהווה את העונש הכבד ביותר שמדינה מתוקנת מטילה על עבריינים. מעצר בידי רשות מינהלית, כגון שוטר, הוא הצורה הקשה ביותר של פגיעה בחירות האישית; מעצר כזה, להבדיל ממאסר, מוטל על ידי רשות מינהלית, על אדם שהוא עדיין בחזקת חף מפשע, ועל יסוד חשד בלבד. מבחינה עקרונית, רמת ההגנה על זכות יסוד צריכה לעמוד ביחס ישר לדרגת החשיבות של הזכות ולעוצמת הפגיעה בזכות. מכאן שהחירות האישית, בהיותה זכות חוקתית בעלת חשיבות מיוחדת, ראויה להגנה מיוחדת מפני פגיעה בדרך של מעצר בידי רשות מינהלית.

עם זאת החירות האישית, כמו כל זכות יסוד אחרת, אינה מוחלטת. ניתן להגביל אותה כדי להגן על זכויות אחרות או על אינטרס ציבורי, כפי שקובע גם חוק-היסוד; לפיכך השאלה בכל מקרה של פגיעה בחירות האישית היא, אם הפגיעה עומדת בתנאים שנקבעו בפיסקת ההגבלה. חוק היסוד גם מוסיף, מיד לאחר פיסקת ההגבלה הכללית, פיסקת הגבלה מיוחדת לכוחות הבטחון, שלא נתכוונה, היא כשלעצמה, לצמצם את זכויות היסוד של המשרתים בכוחות הבטחון, אך היא קובעת תנאים מיוחדים לפגיעה בזכויות היסוד של אלה, תנאים שהם שונים מן התנאים שנקבעו בפיסקת ההגבלה הכללית.

פסקת ההגבלה הבטחונית נועדה לאפשר פגיעה בזכויות היסוד של המשרתים בכוחות הבטחון באמצעות חקיקת-משנה, וסעיף זה אינו קובע, כתנאי לפגיעה בזכות, שהחוק הפוגע יהיה "הולם את ערכיה של מדינת ישראל" וכי הוא יהיה "נועד לתכלית ראויה". עם זאת יש לומר, כפרשנות תכליתית של חוק-היסוד, כי חוק אינו יכול לפגוע בזכויות היסוד של המשרתים בכוחות הבטחון אלא אם הוא הולם את ערכיה של מדינת ישראל ונועד לתכלית ראויה.

השאלה מהי "המידה הנדרשת" של פגיעה בזכות תלויה בכל עניין; הקשר שונה המידתיות תהיה שונה. התשובה לשאלת המידתיות תלויה במידה רבה בראיות. בשלב הראשון של ההתדיינות בתחום המשפט הציבורי, מוטל על העותר הטוען נגד החוקיות של חוק, תקנה או החלטה מינהלית, הנטל לעורר ספק מהותי בחוקיות. אולם, משעורר העותר ספק כזה, שוב אין בית המשפט חייב להסתפק בראיות שהובאו בפניו על ידי העותר.

הדיון בעתירה זאת התמקד במבחן-המשנה השני: מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. אמנם, קשה להעריך את האינטרסים ציבוריים לאור מבחן זה. אך צריך לעשות מאמץ, בכל מקרה ומקרה, כדי להעריך נכונה את המשקל היחסי של זכויות אדם ושל אינטרסים ציבוריים מזה. האיזון

הראוי ביניהם הוא שקובע את המידתיות: ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר, וככל שהפגיעה בזכות קשה יותר, כך צריך אינטרס ציבורי חזק יותר כדי להצדיק את הפגיעה. פגיעה קשה בזכות חשובה, שלא נועדה אלא להגן על אינטרס ציבורי חלש, עשויה להיחשב פגיעה במידה העולה על הנדרש.

המשאבים שיידרשו לצורך קיצור תקופת המעצר, אף כי אינם מבוטלים, אינם בסדר גודל שמחוץ ליכולת הצבא. יש להעמיד את סדר הגודל של המשאבים הנדרשים כנגד סדר הגודל של הפגיעה בחירות האישית של החיילים: כ-10,000 חיילים הנעצרים מדי שנה, לרוב בגין חשד לעבירה של עריקה. ההגנה על זכויות האדם כרוכה לא פעם במחיר, ונראה כי במקרה זה המחיר הוא סביר, קל וחומר אם ישונו ההיערכות והנהלים, בכל הנוגע למעצר חיילים, באופן שיפחית מחיר זה. והרי גם הקיצור של תקופת המעצר בידי שוטר אזרחי, מתקופת של 48 שעות לתקופה של 24 שעות, חייב את המשטרה להיערכות מיוחדת שדרשה משאבים של אדם וכסף.

אמנם, בית המשפט נוהג בזהירות ואיפוק עד שהוא מצהיר על הוראת חוק כי היא בטלה. אולם במקרה זה, אפילו המשיבים אינם חולקים על כך שהחוק המתקן פוגע בחירות האישית של חיילים מעבר למידה הנדרשת. לפיכך אנו מצהירים בזה כי הוראת החוק המתקן, הקובעת תקופת מעצר מירבית של 96 שעות, סותרת את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולפיכך בטלה. ההצהרה תיכנס לתוקף בתום שישה חודשים מיום מתן פסק דין זה. העתירה מתקבלת.

חוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד : חופש העיסוק לא באו לעשות את חוקי הכנסת טרף קל לכל מי שדעתו אינה נוחה מן החוק. חוק הכנסת כבודו במקומו מונח: עדיין החוק מבטא את רצון הריבון, הוא העם, ולכן החוק הוא ההולך לפני המחנה, ובו גם בית המשפט.

אמנם, כיום הקנו חוקי-היסוד הקנו לבית המשפט סמכות לבטל חוקים. סמכות זאת חיונית בתברה נאורה, ובמיוחד כך בישראל, שבה תרבות השלטון טרם הכתה שורשים עמוקים. יש לשמור עליה היטב, כדי שניתן יהיה לעשות בה שימוש במקרה הראוי. אך דווקא בשל כך יש להיזהר מאד, שלא תהיה כעושר השמור לבעליו לרעתו.

כל אחד יודע עד כמה נשק כזה עלול להיות הרסני, אם כי לא כל אחד מבין עד היכן עלול ההרס להתפשט. מי שמופקד על נשק כזה מחוייב באיפוק מירבי. אוי לסמכות שאין עמה אחריות. צריך להיות ברור לכל בר-דעת שבית המשפט אינו אמור לעשות שימוש בסמכותו לבטל חוק, אלא במקרה בולט של פגיעה מהותית בזכויות יסוד או בערכים בסיסיים. כבוד האדם אינו צריך לדחוק את כבוד החוק; גם במדינות אחרות, בהן הסמכות לבטל חוקים קיימת ומקובלת זה מזמן, בתי המשפט גוזרים על עצמם ריסון רב עד שהם מבטלים חוק. קל וחומר כך בישראל, שעדיין לא עכלה כראוי את עצם הרעיון של ביקורת שיפוטית על חוקיות החוקים: בית המשפט מצווה על ריסון רב במיוחד בתחילת הדרך.

הערת העורך: כיום אנו נמצאים כ-15 שנה לאחר חקיקת החוק המדובר, וכנראה שזו כבר לא "תחילת הדרך".

העותרים עוסקים באיבחון של ליקויי למידה אצל תלמידים מזה מספר שנים, במסגרת המומחיות שהוסמכו אליה. עד לשנת 1996, הכיר משרד החינוך באיבחונים שנעשו על-ידי המאבחנים. באתה שנה הוציא המשרד חוזר, בו נקבע, כי יכיר רק באבחנה של ליקויי למידה שנעשתה על-ידי פסיכולוג חינוכי מומחה כמוגדר בתקנות הפסיכולוגים. משנשללה ההכרה של מערכת החינוך במאבחנים, ירד מספר הפונים אליהם במידה ניכרת.

לפי סעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, פגיעה בחופש העיסוק היא כדין רק אם היא נעשתה בחוק או לפי חוק, מכוח הסמכה מפורשת בו. גם העקרונית בדבר הפרדת הרשויות, שלטון החוק, והדמוקרטיה מורים, כי הסדרים ראשוניים ייקבעו בחוק על-ידי הרשות המחוקקת. פגיעה בזכויות האדם, אפילו היא מקדמת את ערכיה של המדינה, אפילו היא לתכלית ראויה, ואפילו היא שלא מעבר למידה הדרושה - צריכה להיקבע בחוק הקובע את ההסדרים הראשוניים, ואין להסתפק בהסמכתה הפורמלית של הרשות המבצעת למעשי חקיקה.

הדרישה כי החקיקה הראשית תקבע את ההסדרים הראשוניים וחקיקת המשנה או הוראות המינהל יעסקו אך בהסדרי הביצוע, מעוגנת בצורך להגן על חירותו של הפרט. במשטר דמוקרטי יש לא פעם צורך - למען הגשמת אינטרס הכלל - בפגיעה בזכויות הפרט, אך אפילו פגיעה זו מוצדקת עליה להיקבע בחקיקה הראשית, ולא להימסר לידי הרשות המבצעת. אומנם, ייתכן כי פגיעה בחופש העיסוק בתחיקת-משנה, ולא-כל-שכן בחוזרי מנכ"ל או בסוגים אחרים של הנחיות מינהליות, היא יעילה יותר, אך יעילות אינה דווקא יתרון מקום בו עומדת על הפרק פגיעה בזכויות-האדם.

דווקא "סרבולה" של פעולת החקיקה הראשית, והתנאותה של קבלת חוק בהשגת רוב בקרב נבחרי העם, מהווים ערובה מוסדית מסוימת לכך שזכויות-יסוד לא ייפגעו אלא כאשר הדבר דרוש. בענייננו, אין בחוקים הרלוואנטיים כל התייחסות לעיסוק באיבחון של ליקויי למידה או לתנאים להכרה של משרד החינוך והתרבות באיבחונים אלה ואחרים. ככלל, אין לפרש חוק כפוגע או כמסמך לפגוע בחופש העיסוק, זולת אם הדבר נקבע בו במפורש. הסמכה לעניין זה משמעותה "הסמכה מפורשת" כלומר אך ורק למקרה, בו אומר המחוקק הראשי ברורות ומפורשות, כי הוא מסמך את מחוקק המשנה להתקין תקנות הקובעות איסורים או הגבלות על העיסוק במקצוע פלוני.

לא ניתן היה לשלול ממאבחנים את חופש העיסוק באיבחון של ליקויי למידה אך מכוח חוזרי מנכ"ל. פגיעה כזאת בחופש העיסוק, בנפרד מהצדקתה המהותית, טעונה קביעה בחוק, ולפחות הסמכה מפורשת בו. הצדקה מרכזית של הדרישה לכך שפגיעה בחופש העיסוק תיעשה בחוק או לפי חוק, מכוח הסמכה מפורשת בו, היא בערכי הדמוקרטיה. במדינה דמוקרטית נדרשות פגיעות בזכויות-האדם לקבל גושפנקא של נבחרי העם. ממילא, פגיעה בזכויות-האדם אך מכוח הנחיה מינהלית אינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל, שהם, כאמור בסעיף 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, ערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית.

בקשתה של העותרת לקבל תמיכה ממשרד הדתות נתקלה בסירוב, עקב כך שהיא אינה עונה לדרישה הכמותית החדשה, בנוגע למספר השיעורים ומספר המשתתפים; השאלה האם דרישה זאת פוגעת בעקרון השוויון, כפי שנקבע בסעיף 3א לחוק יסודות התקציב. לפי החוק, יש לתת תמיכה רק למוסד ארצי; השאלה מכאן מהו ארגון ארצי. לאחר השינוי בחוק התקציב, תוקנו המבחנים באופן היוצר אפשרות לארגונים אזוריים או עירוניים להתאחד כדי ליצור ארגון ארצי, שיהיה זכאי לתמיכה; אולם אין באפשרות העותרת לעשות זאת בשל הייחוד שלה כתנועה שאינה אורתודוכסית.

חוק תקציב שנתי אינו חוק רגיל; לכאורה, הוא אמור להיות תואם את חוק יסודות התקציב, בין היתר לגבי מתן תמיכות למוסדות ציבור. מטרת חוק זה הינה שכל חוק תקציב שנתי יקבע את התמיכה למוסדות ציבור באופן שוויוני, ולא לפי שיטת הכספים הייחודיים שהיתה נהוגה לפני קודם לכן. מכאן מתעוררת שאלה, מה אם חוק תקציב שנתי קובע תמיכה במוסדות ציבור, באופן שאינו מאפשר חלוקה שוויונית. אם נניח, למשל, שחוק תקציב שנתי יקבע שתינתן תמיכה רק למוסדות תרבות תורנית שיקבלו אישור ממועצת הרבנות הראשית, אז אין הבדל גדול בין שיטה כזאת לבין שיטת הכספים הייחודיים. אולם המסווה אינו צריך להסתיר מבית המשפט את הפנים; שיטת הכספים הייחודיים פסולה גם כשהיא מוסווית, במבחנים מוסווים או "תפורים" למיניהם.

אמנם, בית המשפט אינו מוסמך לפסול הוראה בחוק, אלא אם היא סותרת חוק-יסוד. אולם יתכן שחוק תקציב שנתי כפוף מבחינה מהותית לחוק יסודות התקציב. אמנם נכון שהן חוק תקציב שנתי והן הם חוקים, ולא חוק-יסוד; אולם היחס בין חוק תקציב שנתי לבין חוק יסודות התקציב שונה מן היחס בין שני חוקים רגילים. חוק תקציב שנתי, אף שהוא חוק מבחינה רשמית, אינו כזה מבחינה מהותית. חוק תקציב שנתי אינו קובע נורמה כללית. הוא נותן, בצד ההוצאות, היתר מטעם הכנסת לממשלה להוציא סכום כסף מסויים לצורך פעולה מסויימת בשנה מסויימת; חוק תקציב שנתי הוא חוק חד-שנתי; חוק תקציב שנתי מתקבל בפרוצדורה מקוצרת: הצעת התקציב השנתי אינה מופצת ברבים כתזכיר חוק על ידי משרד המשפטים, והיא אינה עוברת קריאה ראשונה מלאה, כמקובל לגבי הצעות חוק רגילות; והעיקר, חוק יסודות התקציב אמור, על פי טבעו, לחול בצורה מחייבת על חוקי התקציב השנתיים.

על יסוד כל אלה ניתן לטעון כי חוק יסודות התקציב וחוק תקציב שנתי אינם עומדים על אותה מדרגה בפירמידה של הנורמות. בתוך כל משבצת בפירמידה של הנורמות יש מדרגות. כך, למשל, בחוקי-יסוד יש הוראות רגילות ויש הוראות משורינות, ובמסגרת של תחיקת-המשנה יש תקנות (הקרויות לעתים בשם צווים) המוצאות מכוח תקנות, ולכן הן כפופות לתקנות.

אפשר שבית המשפט מוסמך לפסול הוראה בחוק תקציב שנתי אם היא סותרת הוראה בחוק יסודות התקציב. אין זה אומר, כמובן, שאין בידי המחוקק לסטות בחוק תקציב שנתי מחוק יסודות התקציב. אולם הדרך הראויה לעשות זאת היא, באמצעות תיקון של חוק יסודות התקציב את הסתירה.

הכנסת החליטה על התפזרותה בחוק, שהתקבל בהצבעת רוב חבריה. בחוק נקבע כי הבחירות לכנסת הבאה תיערכנה כעבור ארבעה חודשים לערך.

חוק-יסוד: הממשלה דורש, כי התפזרות הכנסת בתנאים מסויימים מחייב את עריכת הבחירות תוך ששים ימים מיום שנתקבל חוק התפזרות הכנסת, ולא ארבעה חודשים, אך טענה זאת אין בה ממש. העובדה שרוב חברי הכנסת תמכו בחוק התפזרות הכנסת אין פירושה הבעת אי-אמון בראש הממשלה. הבעת אי-אמון, במשמעות זו, היא הצבעה מסוג מסוים, המוסדרת באופן מפורט בתקנון הכנסת. אשר להתפזרות ראש הממשלה, זו מחייבת הגשת התפזרות לנשיא המדינה, מה שלא קרה במקרה שלפנינו.

חוק יסוד הכנסת אינו קובע כי הבחירות הבאות לכנסת ייערכו תוך ששים ימים, ואין הוא מגביל את סמכות הכנסת לקבוע מועד ארוך יותר. הדעת נותנת שאם הכנסת ביקשה, בחוק-יסוד: הממשלה, לצמצם את הסמכות שניתנה לה בסעיף 35 לחוק-יסוד: הכנסת, היא היתה אומרת זאת במפורש, ואף משתמעת מחוק זה כוונה לצמצם את הסמכות.

אחד ההבדלים בין עריכת בחירות עקב התפזרות הכנסת מכוח חוק יסוד הכנסת, לבין עריכת בחירות עקב התפזרות בשל הבעת אי-אמון או בשל אי-קבלת חוק תקציב במועד שנקבע, הוא שבמקרה הראשון הכנסת מתפזרת מכוח חוק, ואילו במקרה השני הכנסת מתפזרת עקב החלטה או עקב מחדל. כאשר הכנסת מתפזרת מכוח חוק, יש טעם לאפשר לכנסת מתחם רחב יותר של זמן, אף מעבר לששים ימים, לעריכת הבחירות.

בעיקרון יעדיף בית המשפט פירוש המבטא דו-קיום בין חוקים, על פני פירוש המבטלם, באופן מלא או חלקי; במקרה האחרון נדרשת בדרך כלל אמירה ברורה של החוק, בין אם מדובר בחוקים רגילים או בחוקי-היסוד. לכן, בהעדר אמירה ברורה, אין לייחס לחוק-יסוד: הממשלה כוונה לבטל או להגביל את שיקול הדעת של הכנסת בקביעת מועד הבחירות.

אמנם, אין להתעלם מן הבעיה המיוחדת המעיבה על התפקוד של הכנסת ושל הממשלה בתקופה שלפני בחירות, אך בעיה זאת אינה מיוחדת לבחירות מכוח חוק התפזרות הכנסת, והיא קיימת גם כאשר הבחירות נערכות במועדן. מן ראוי לתת את הדעת לבעיה זאת ולמצוא לה פתרונות, באמצעות חוקים, תקנות או הוראות מינהל, לפי העניין והצורך.

מובן שסמכות הכנסת לקבוע את מועד הבחירות לכנסת הבאה, לפי סעיף 35 לחוק-יסוד: הכנסת, אף היא, ככל סמכות, אינה בלתי-מוגבלת. מכל מקום, על פי החוק כיום, אין יסוד לומר כי הכנסת אינה מוסמכת לקבוע בחוק התפזרות הכנסת כי הבחירות לכנסת הבאה ייערכו כארבעה חודשים לאחר שהתקבל חוק כזה.

בית המשפט מוסמך לבטל חוק הנוגד את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו או את חוק-יסוד: חופש העיסוק. אך עדיין לא נפסק כי בית המשפט מוסמך לבטל חוק הנוגד את חוק-יסוד: הממשלה. גם בהנחה שבית המשפט מוסמך לעשות זאת, ברור כי בית המשפט ינהג תמיד מידה רבה של איפוק וריסון כשהוא מתבקש לבטל חוק, והוא לא יבטל חוק אלא במקרה של ניגוד ברור ובוטה לחוק-היסוד. במקרה שלפנינו, העותר מבקש שבית המשפט יבטל חוק שעל פני הדברים אינו סותר כלל את חוק-היסוד, וזאת על פי פרשנות דחוקה ומפוקפקת. העתירה נדחית.

עניינה של העתירה בפתרון בעיית השפכים הזורמים בנחל חברון, ואשר ממררים את חייהם של תושבי הפזורה הבדואית "אום בטיין". בגדר העתירה התבקש, בין היתר, צו ביניים שיורה לרשויות המדינה להתקין לאלתר גשרונים לחציית הנחל.

בסמכותנו להורות על מתן צו הביניים הדחוף המבוקש, אף בהנחה שדיני התכנון והבנייה אינם מאפשרים זאת. סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה קובע, כי בית המשפט העליון ישב גם כבית משפט גבוה לצדק; בשבתו כאמור ידון בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר.

מעמדה הנורמטיבי של הוראה זו הוא מעמד חוקתי על-חוקי. עניינה איננו רק בדיני הסמכות הדיונית אלא גם בדיני הסעד המהותי. אין כל הגבלה על הסעדים שבית-משפט זה יכול להושיט לאזרח הנפגע על-ידי מעשה או מחדל של רשות ממלכתית או ציבורית. כל תרופה וכל סעד אשר יישרו בעיני בית-משפט זה והנראים לו כדרושים לעשיית צדק הם בהישג ידו.

אמנם, ככלל, יירתע בית המשפט הגבוה לצדק מלהעניק, מכוחו של סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה, סעד אשר אינו עולה בקנה אחד עם דבר חקיקה אחר, אף אם מעמדו הנורמטיבי נמוך יותר. ואולם, בנסיבות חריגות ויוצאות דופן, כאשר המקרה "זועק לשמיים" ואין דרך חוקית אחרת להושיט בו "סעד למען הצדק", לא מן הנמנע כי בית המשפט יזקק לסמכות "בלתי קונוונציונאלית" זו.

במקרה שלפנינו, מדובר במצב "קפקאיי" ממש, אשר אמנם זועק לשמיים. ילדים רכים בשנים נדרשים לסכן את חייהם על מנת להגיע לבית הספר הממלכתי, שהוקם בקרבת בתיהם על-ידי מדינת ישראל, או לחילופין להימנע מלהגיע לבית הספר בימי הגשמים. המדינה אינה מתכחשת לחובתה להקים במקום גשרון לחציית הנחל, אשר ימנע את הסכנה; ואולם, לטענתה, ידיה כבולות על-ידי הדין, אשר יאפשר לה לעשות כן רק בעוד מספר חודשים.

אין זה מתקבל על הדעת, כי דיני התכנון והבנייה התכוונו למנוע הצלת חיים בדרך של הקמת מבנה זמני לשעת חירום. ואולם, אף אם נניח כי זו אכן הייתה כוונתם, אין בכוחם לגבור על הוראתו החוקתית העל-חוקית של סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה. לא כל שכן בענייננו, כאשר המניעה החוקית הנטענת ליתן היתר בנייה לגשרון קבועה בהוראות דין מדרגה נורמטיבית נמוכה של חקיקת-משנה בלבד, ולא בדבר החקיקה הראשית הרלוונטי.

אשר על כן, ובנסיבותיו החריגות של המקרה, החלטנו להורות למדינה בצו ביניים, להקים בזמן הקצר ביותר האפשרי גשרון במתכונת יבילה מעל נחל חברון, אשר יאפשר לילדי פזורת אום בטיין חצייה בטוחה של הנחל בדרכם לבית הספר. העתירה מתקבלת.

העותרים הם אזרחית ישראלית ותושב האיזור, שנישאו ולהם שני ילדים. הם פנו בבקשה למשיב כי תוענק לעותר אזרחות ישראלית, אולם הבקשה נדחתה.

לפי חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, הוא בית המשפט המחוזי היושב בבית משפט לעניינים מינהליים ידון בעתירות מינהליות, בין השאר בענייני החלטה של רשות בענייני אשרות כניסה ורשיונות ישיבה ועבודה, לרבות ענייני הרחקה, משמורת ושחרור בערובה, לפי חוק הכניסה לישראל.

במישור הפרוצדורלי, השאלה האם כנגד החלטת שר הפנים לסרב בקשה להתאזרחות יש לפנות לבית המשפט לעניינים מינהליים או לבית המשפט הגבוה לצדק. נקודת המוצא העקרונית הינה, כי הסמכות לדון בעתירות כנגד מי שממלאים "תפקידים ציבוריים על פי דין" נתונה לבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק. זוהי סמכות המעוגנת בחוק-יסוד: השפיטה. לאור מקורה העליון, אין דבר חקיקה רגיל - בין אם נחקק לפני כינונו של חוק היסוד ובין אם הוחק לאחר מכן - יכול לשנות מהוראות חוק היסוד. על כן, דבר חקיקה המעניק לבית משפט אחר סמכות בעניינים שבית המשפט הגבוה לצדק הוסמך לדון בהם בחוק היסוד אינו יכול לשנות את סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק.

פועלו של דבר חקיקה זה הינו, אך זה שהוא יוצר סעד חלופי, מידתי, אשר בית המשפט העליון מתחשב בו בטרם יפעיל את סמכותו שלו. עם זאת, קיום סעד חלופי גורם לכך, כי במרבית העניינים הנתונים לסמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק הוא מפנה את הצדדים לבתי הדין האחרים. רק במקרים חריגים הוא דן באותם עניינים בעצמו. הוא הדין בסמכותו של בית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט מינהלי. סמכות זו אינה באה במקום סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק, אלא כסעד חלופי מידתי לצידה. אמת, סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה קובע, אמנם, כי בית המשפט העליון ישב כבית משפט גבוה לצדק בעניינים שאינם בסמכותו של בית משפט או בית דין אחר. כן קובע סעיף 16 לחוק יסוד: השפיטה כי הסמכויות של בתי משפט מחוזיים, שלום ואחרים יהיו לפי חוק. אולם, אין לראות בהוראות אלו כמאפשרות שינוי בחוק רגיל של סמכויות בית המשפט הגבוה לצדק כפי שאלו נקבעו בסעיף 15(ד) לחוק יסוד: השפיטה.

העתירה מופנית כנגד תקנה 29(ב) לתקנות בתי הסוהר, לפיה באם התעורר חשד ממשי כי פגישת אסיר עם עורך דין, תאפשר ביצוע עבירה המסכנת את שלומו של אדם או את ביטחונו או את שלום הציבור או את ביטחון המדינה, רשאי הנציב או מנהל בית סוהר להורות על מניעת הפגישה או הפסקתה.

זכותו של אדם, ואסיר בכלל זה, להיות מיוצג בידי עורך דין על פי בחירתו ולשם כך להיוועץ עימו בתנאי חסיון. מתן שירות מקצועי נהנה מחסיון עורך דין לקוח. ואולם, למרבה הצער, ישנם מקרים מועטים, בהם ישנו ניצול לרעה של מעמדם של עורכי דין ושל החסיון ליחסי עורך דין לקוח, כך שהחסיון מאפשר ביצוען של עבירות. התקנה החדשה אינה פוגעת בחסיון השיחות, ואינה מאפשרת בשום מקרה האזנה לשיחת לקוח - עורך דין, אלא עוסקת במניעת פגישה שיש לגביה חשד ממשי שנועדה לאפשר עבירה פלילית. בעניין זה, כמו בכל החלטה של רשויות בתי הסוהר, הפוסק האחרון איננו הנציב או מנהל בית הסוהר אלא בית המשפט. וזכותו של האסיר היא להביא את ההחלטה לביקורת שיפוטית;

להבדיל, למשל, מהאזנת סתר או האזנה גלויה לשיחה עם עורך דין, מניעת הפגישה בנסיבות הקבועות בתקנה איננה יוצרת נזק בלתי-הפיך. בדומה, התקנה גופה אכן אינה קובעת חובת שימוע טרם מתן ההחלטה. ואולם חובת השימוע קיימת אף היא מכח הדין. שאלה אחרת היא שאלת המבחן שיפעיל הנציב או המנהל בבואו לאסור על הפגישה. "חשד ממשי" מהו? נראה כי משקלן של הראיות המינהליות המעוררות את החשד צריך להיות משקל כבד במיוחד וזאת בשם לב לטיב הזכות הנפגעת לכאורה. התקנה לא הסמיכה את הנציב או המנהל לאסור פגישה בשל חשד ממשי שהפגישה תאפשר ביצועה של כל עבירה שהיא, אלא רק בעבירה המסכנת את שלומו של אדם או בטחונו, או שלום הציבור, או בטחון המדינה. במובן זה התקנה עומדת במבחן המידתיות.

פרק ו' לפקודת בתי הסוהר מסדיר (באופן לא ממצה) את הקשר בין אסיר לבין העולם החיצון. לגבי אסירים בטחוניים אישר בית המשפט הסדר שבהוראות נציבות בתי הסוהר המאפשר, כעיקרון, הגבלות שיחות טלפון. המחוקק הראשי הסמיך את מחוקק המשנה לדאוג לענייני הסדר והבטחון בבתי הסוהר. אין לשכוח כי בבתי הסוהר, מעצם טבעם, ישנו ריכוז של עבריינים מהם נשקפת סכנה לציבור.

ההבחנה בין הסדר ראשוני למשני אינה חדה. מהות ההסדר, השלכותיו החברתיות, מידת פגיעתו בחירות הפרט - כל אלה משפיעים על היקפו של ההסדר הראשוני ומידת הפירוט הנדרשת ממנו; קשה גם במשטר דמוקרטי מודרני לקיים את תורת ההסדרים הראשוניים במלוא היקפה. במקרים מיוחדים וקיצוניים אפשר שהכלל הבסיסי יגבר על שיקולי יעילות וראוי יהיה לבטל הסדרים משניים, מן הטעם שאין להם יסוד בהסדרים הראשוניים - במקרים קיצוניים נפסלו הסדרים משניים תוך קביעה שהעניין ראוי לחקיקה ראשית.

המקרה שלפנינו איננו נופל בין אותם מקרים בהם ההסדר חייב להימצא בחוק דווקא אף שהוא יכול, כמובן, להימצא בו. התקנה איננה באה להגביל מתן שירות משפטי לאסיר. היא באה להגביל שימוש לרעה במשרתו של עורך דין כך שהפגישה עמו תאפשר ביצועה של עבירה. הסדר בעניין זה איננו הסדר ראשוני. הוא אינו חייב להימצא דווקא בחוק. העתירה נדחת.

נישואיהם של המשיבה ושל המשיב, מו"ל העיתון "ידיעות אחרונות" - אשר להם ארבעה ילדים - עלו על שרטון, והם מנהלים הליכים משפטיים שונים. הדיון בבתי-המשפט לענייני משפחה התנהל בדלתיים סגורות. המערער מבקש לפרסם כתבת-תחקיר אודות המשיב, ובכלל זה להתייחס להליכים המתנהלים בינו לבין אשתו.

חוק בתי המשפט אוסר על קיום דיון בדלתיים פתוחות בבית-משפט לענייני משפחה, אם פתיחת הדלתות לא הותרה על-ידי בית-המשפט. אולם על סעיף זה חולש עקרון פומביות הדיון, שהוא בעל מעמד חוקתי בהיותו מעוגן בסעיף 3 לחוק-יסוד: השפיטה. ברירת מחדל הקבועה בחוק - ולא-כל-שכן בחוק-יסוד - אינה פוגעת כשלעצמה במעמדן של זכויות יסוד.

אמנם, פומביות הדיון פוגעת ממהותה בפרטיות המתדיינים ולעתים קרובות בפרטיות העדים. אך ככלל, הזכות לפרטיות - הגם שגם היא זכות יסוד - נסוגה מפני עקרון הפומביות. כמו עקרון הפומביות קבועה גם הזכות לפרטיות בחוק-יסוד. סעיף 3 לחוק-יסוד: השפיטה מהווה הוראה מיוחדת הגוברת על סעיף 7(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. מובן שלפי סעיף 3 לחוק-יסוד: השפיטה, עקרון פומביות הדיון אינו מוחלט, וניתן לפגוע בו לפי חוק "רגיל". אך חוק הקובע הסדרים לעניין פומביות הדיון כפוף לחוק-יסוד: השפיטה, המסדיר סוגייה מיוחדת זאת. הערער מתקבל.

העותרת היא רשימת מועמדים המשתתפת בבחירות לכנסת השש-עשרה. יושב-ראש ועדת הבחירות פסל תשדיר בחירות מטעמה, במסגרת שידור תעמולת הבחירות ברדיו את הזמיר (ג'ינגל) בשפה הערבית, המתנגן על רקע מנגינת 'התקווה': "בילאדי בילאדי מדינתי מדינתי פלשתין פלשתין, ערפאת סלאח א-דין, מברוכ יא שהיד מזל טוב יא קדוש, פתח אש"ף חיזבאללא, יפו עכו רמלה ולוד, החוצה היהודים". כן ביקשה לאשר תשדיר בו התנגן הזמיר כאשר בחמש השניות הראשונות של התשדיר נראה דגל ישראל מתנופף מעל בנין הכנסת, כאשר הדגל הופך בהדרגה מדגל ישראל לדגל פלשתין.

אין כל טעם סביר להבחנה בין מתן סמכות ליושב-ראש ועדת הבחירות באשר לאישור שידורי תעמולת בחירות בטלוויזיה ושלילתה של סמכות זו בכל הנוגע לרדיו. אם אין היקש מתאים, יש לפנות לעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל. בענייננו היקש מצוי בחוק דרכי תעמולה. נמצא, כי גם לעניין שידורי תעמולת בחירות ברדיו תופסת ההוראה לפיה לא תשודר תעמולת בחירות שהופקה על ידי המפלגות או רשימת המועמדים אלא אם כן בא עליה אישורו של יושב-ראש ועדת הבחירות. הוא מוסמך, איפוא, לאסור שידורים של תעמולת בחירות גם ברדיו.

יושב-ראש ועדת הבחירות הוסמך לאשר את שידורי תעמולת הבחירות (ברדיו ובטלוויזיה). שיקול דעת זה מופעל להגשמת מטרותיו של חוק דרכי תעמולה. הן כוללות מטבע הדברים, את אותן המטרות הקשורות לעצם הסדרת הבחירות והעומדות בבסיסו של חוק הבחירות וחוק התעמולה. במסגרת העתירה שלפנינו, עלינו להתחשב בשתי מטרות נוגדות: האחת, הגשמתו של חופש הביטוי; האחרת, הגשמתו של שלום הציבור.

תשדיריה של העותרת אכן לוקים בחוסר "טעם טוב". אילו זאת אכן הייתה מגרעתם היחידה, כי אז היינו מקבלים את קבלת העתירה; שהלוא נקודת המוצא היא, שלכל רשימת-מועמדים נתונה הזכות לבטא את מסריה התעמולתיים באמצעי הביטוי והסגנון המקובלים עליה. אלא שלא אלה הם פני הדברים.

התערבותו של יושב ראש ועדת הבחירות בתוכנם של תשדירי התעמולה, המופקים על-ידי רשימות המועמדים והמוגשים לאישורו, עשויה להיות מוצדקת רק בהתקיים חשש ממשי לפגיעה בערך מוגן נגדי. ואולם בהכרעת השאלה, אם בנסיבותיו של מקרה נתון מתקיים חשש לפגיעה כזאת, נתון ליושב ראש ועדת הבחירות שיקול-דעת רחב. המסגרת הנורמטיבית שבגדרה עליו לבחון את השאלה, אם לאשר תשדיר שהוגש לו, דומה, אמנם, בעיקרה לנוסחת האיזון המקובלת שעל-פיה מכריע בית המשפט בניגוד שבין חופש הביטוי לבין אינטרסים וערכים נגדיים. אך הפעלתה על-ידי טעונה התחשבות בשיקולים נוספים המתחייבים מהכפפת כל שידורי התעמולה לאישורו המוקדם.

רשאי יושב ראש ועדת הבחירות לפסול תשדיר תעמולה הכולל דברי הסתה לגזענות, או תמיכה בתפיסה השוללת את קיומה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, גם בהיעדר הסתברות כלשהי ששידורו יפגע בערכים שסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת נועד להגן עליהם. יושב ראש ועדת הבחירות רשאי היה, בגדר שיקול הדעת הרחב הנתון לו, להחליט כאשר החליט. העתירה נדחת.

הערת העורך: פסק-הדין הנו בעייתי במובן זה שנותן ליו"ר ועדת הבחירות המרכזית סמכויות שלא הוקנו לו בחוק, להגביל את חופש הדיבור והעיתונות, במידה החורגת ממבחן ה"ודאות הקרובה"; ושלא כפס"ד ירדור, אין מדובר כאן בסכנה-לכאורה של עצם הריסת המשטר מבפנים, אלא בפגיעה ברגשות בלבד.

אמנם, כפי שנאמר בפסק-הדין, בעבר נאסר השימוש במסגרת תשדירי התעמולה בחיילי צה"ל, בילדים ובבני המשפחות השכולות, אבל אין זה אותו מקרה מכיוון שאלה לא נתנו את הסכמתם; לעומת זאת, כ-20 שנה לפני פסק הדין הותר לשידור תשדיר של תנועת "כך" שבו הקרנו שמותיהם של נפגעי פעולות טרור על רקע טפטוף דם, והרי גם זה תשדיר הלוקה בחוסר "טעם טוב".

המערער כיהן כרמטכ"ל, ועם סיום תפקידו באוגוסט 2002 יצא לחופשת פרישה, אולם זמן קצר לאחר מכן ביקש להפסיק את חופשתו ולשחררו, בו ביום, משירותו בצה"ל. בקשתו נענתה, אולם הוסכם שמועד שחרורו ייקבע **למפרע** מסוף חודש יולי 2002. מאוחר יותר החליטה הכנסת כי הבחירות הקרובות ייערכו ביום 28.1.2003. המערער נבחר כמועמד ברשימת הליכוד, אולם ועדת הבחירות המרכזית קבעה, כי הוא אינו כשיר להציג את מועמדותו, מאחר ומאז חדל לכהן ועד ליום שנועד לקיום הבחירות לא תימלא תקופה בת שישה חודשים, שהיא תקופת ה"צינון" הקבועה לקצין בדרגתו בחוק הבחירות לכנסת.

הזכות להתמודד בבחירות היא זכות יסוד מדינית, אשר בה באים לידי ביטוי רעיון השוויון, חירות הביטוי וחופש ההתאגדות, ומכאן כי זכות זו היא מן הסימנים המובהקים של חברה דמוקרטית; אך כנגד שיקול זה ניצב הצורך להבטיח את אופיין הבלתי-תלוי של מערכות השירות הציבורי, והוראות חוק-יסוד: הכנסת וחוק הבחירות, שהטילו מגבלות מסוימות על זכות ההתמודדות בבחירות של נושאי המשרה ובעלי התפקידים שפורטו בהן, נועדו להבטיח את הגשמתו של האינטרס הנגדי האמור.

שמירת האופי הבלתי-תלוי של השירות הציבורי מהווה תכלית חשובה, שהגשמתה מותנית בהטלת מגבלות על זכותם של נושאי משרה בשירות הציבור להתמודד בבחירות לכנסת. בחוק הבחירות הבחין המחוקק בין בעלי תפקידים בשירות הציבור, שהגבלת זכותם להציג מועמדות בבחירות עומדת בעינה רק כל עוד הם מחזיקים במשרתם, לבין בעלי תפקידים שהגבלת זכות זו מוסיפה לחול עליהם גם במשך פרק זמן נתון לאחר שחדלו להחזיק בתפקיד; מכלל האחרונים, החמיר המחוקק במיוחד עם מי שכיהנו בתפקידים בכירים במערכות הביטחון, שרק קומץ בכירים במסגרת חויבו בתקופת צינון בת שישה חודשים מיום פרישתם; ורק הם אינם זכאים לקיצור תקופת הצינון לקראת עריכתן של בחירות מוקדמות.

הכלל הוא, כי שונות רלוואנטית בין הגורמים המשווים עשויה להצדיק הבחנה ביניהם. הבחנה כזאת אינה סותרת את הדרישה לשוויון מהותי בין הגורמים. בכך טמון שורש ההבדל בין הפליה פסולה לבין הבחנה מותרת; ובלבד שעצם ומידת ההבחנה בין הגורמים המשווים אכן דרושות ומוצדקות להשגת המטרה שלמה מיושמת ההבחנה. בהסדר הצינון המחמיר, שחוק הבחירות החיל על הבכירים ביותר במערכות הביטחון, אין משום פגיעה בשוויון, וגם ההסדר האמור פוגע בשוויון, אין יסוד לומר שפגיעתו חורגת מגדרו של חוק-יסוד: הכנסת.

ניתן להעמיד זאת במבחנו המשולש של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - ערכי מדינת ישראל, קיומה של תכלית ראויה ומידתיות. חוק יסוד: הכנסת אמנם איננו כולל פסקת הגבלה, אך בית המשפט רשאי להחיל, בדרך שיפוטית, את מבחניה המוכרים; משהפך לאחד מעקרונות היסוד של שיטתנו החוקתית רשאי בית-המשפט להפעילו גם בהיעדרה של פסקת הגבלה בחוק היסוד שלאורו נבחן החוק העומד לביקורתו. הסדר צינון מחמיר לבכירים ביותר במערכות הביטחון הולמת את ערכיה הדמוקרטיים של המדינה ואינה סותרת את ערכיה היהודיים. כן עומדת היא במבחן התכלית הראויה. ככל ששמירת האופי הבלתי-תלוי של מערכות השירות הציבורי היא חשובה, הרי שלשמירת האופי הבלתי-תלוי של הפיקוד הבכיר במערכות הביטחוניות השונות נודעת חשיבות מיוחדת ומודגשת.

התמודדותו בבחירות של מי אשר רק לפני חודשים מעטים לבש מדי-צבא ונשא דרגת רב-אלוף או אלוף, או כיהן בדרגה מקבילה באחת מזרועות הביטחון האחרות, טומנת חשש שמא החלטות שקיבל זה לא כבר, במסגרת תפקידו הצבאי או הביטחוני, הושפעו מהשקפותיו הפוליטיות, שעם צירופו לרשימת מועמדים לקראת הבחירות ניתן להן פומבי. לא פחות חשובה מראית העין הכרוכה בהצגת מועמדות לחברות בכנסת של מי שהיה, זה לא כבר, בעל סמכויות רחבות באחת ממערכות הביטחון של המדינה. קביעתה של תקופת צינון בת שישה חודשים משקפת מינון שהמחוקק העריכו כמשך הזמן הנדרש להשגת התכלית האמורה; אין כל יסוד לומר כי התקופה שנקבעה חורגת ממיתחם המידתיות.

הוראת המחוקק, שלפיה יש למנות את תקופת הצינון של קצינים מיום שחרורם מן השירות, ולא מן המועד בו סיימו למלא את תפקידם הפעיל האחרון, מתיישבת היטב עם הרציונל שביסוד חיובם בתקופת צינון. קצין בחופשה הוא קצין בשירות-קבע לכל דבר; לא רק מן הבחינה הפורמאלית, אלא גם לאור חובות ואיסורים מהותיים המוטלים עליו ואף מבחינת האופן שבו הוא נתפס בעיני הציבור. מועד שחרורו של המערער מן השירות חל ביום 11.8.2002, שכן רק במועד זה חדל המערער להיות קצין-צבא בשירות-קבע בדרגת רב-אלוף. הערעור נדחה.

העותרת התלוונה כנגד המשיב בגין הטרדה מינית, ביצוע מעשים מגונים ואינוס. לאחר בדיקה הומלץ להעמיד את המשיב לדין משמעת. בית הדין החליט כי לנוכח מצב בריאותו של המשיב, שעלול להיחשף בדיונים, ולאור הפגיעה בפרטיותו הדיון יתנהל בדלתיים סגורות, וכי גם העותרת ובא כוחה לא יהיו נוכחים.

פומביות הדיון היא עקרון יסוד של כל משטר דמוקרטי. עקרון זה קשור בזכות הגישה לבית המשפט. חרף הקשיים המעשיים העשויים להתעורר, הכלל הוא פומביות, והחריג הוא היעדר פומביות. בית הדין המשמעותי קבע כי לחוק זכויות נפגעי עבירה יש השלכה על הדיונים המשמעותיים. יחד עם זאת, החליט לסגור את הדלתות בפני העותרת, זאת לאור הצורך לשמור על פרטיותו של המשיב, ולאור הרצון למנוע מהעותרת לרכוש יתרונות דיוניים בהליך האזרחי שהיא מתנהלת כנגד המשיב. לאור האמור לעיל החלטה זו של בית הדין אינה יכולה לעמוד. אם פגיעה בפרטיות הנאשם תאפשר סגירת דלתות בית המשפט, מה יישאר מעקרון הפומביות? אם ההשפעה על משפט אפשרי אחר תאפשר סגירת הדלתות, מה נותר מעקרון הפומביות?

לנוכחותה של המתלוננת יכול שיהיה מחיר מבחינתו של המשיב. אך זהו המחיר הטמון בעיקרון פומביות הדיון, ובהבטחת זכותה של המתלוננת להיות נוכחת בהליכים המתנהלים כנגד מושא התלונה. אין בכך כדי למנוע מבית הדין לסגור הדלתיים גם בפני העותרת והמלווה אותה, מטעמים מיוחדים בישיבה כזו או אחרת.

היקף הזכות נקבע על פי פירוש לשונה על פי תכליתה. מידת ההגנה עליה נקבעת לרוב על ידי החקיקה הרגילה. מידת ההגנה נקבעת בדבר חקיקה שצריך לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. דבר חקיקה זה אינו משנה את גבולותיהם של הזכות, האינטרס והערך החוקתי. לכך אין הוא מוסמך. עם זאת, דבר החקיקה "פוגע" בזכות החוקתית, ופגיעתו היא חוקתית, שכן היא חוסה בצילה של פסקת ההגבלה. יהיו מצבים שקביעת גבולות כזו תהא הכרחית. אלה הם מצבים בהם הזכות הנטענת מעוגנת בנורמה חוקתית, בלא שמידת ההגנה עליה נקבעה בדבר חקיקה. לא כן במקום שהיקף ההגנה על הזכות, הערך או האינטרס החוקתיים, מעוגן בדבר חקיקה רגיל. במצב דברים זה - המאפיין כרגיל את פעולתו של השלטון החייב לעגן עצמו בדבר חקיקה - ניתן להימנע מקביעת גבולות ברמה חוקתית, ויש לשאוף להעברת מרכז הכובד לפרשנותה של החקיקה הרגילה.

במקרה שלפנינו, לא נדרשת כלל הכרעה ברמה חוקתית בהתנגשות בין הזכות לפרטיות לבין עקרון הפומביות. אין צורך, איפוא, לקבוע את היקפן של הזכויות, הערכים והאינטרסים המצויים ברמה החוקתית. במישור החוקתי מוכרת הן הפומביות והן הפרטיות, בלא שנצטרך לקבוע את גבולותיהן. מידת ההגנה הניתנת לפומביות ולפרטיות קבועה בחקיקה הרגילה. העתירה מתקבלת.