

הכנסת וחוקי-היסוד על זכויות האדם

אמנון רובינשטיין*

א. ההיסטוריה החקיקתית של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ב. מבחן חוקי-היסוד והכנסת: 1. הצעת חוק מתווכים במקרקעין, תשנ"ב-1992; 2. הצעת חוק כביש חוצה ישראל, תשנ"ד-1994; 3. הצעת חוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה), תשנ"ה-1994; 4. הצעת חוק הסדרת העיסוק בייצוא השקעות ובניהול תיקי השקעות, תשנ"ה-1995; 5. הצעת חוק בטוח רכב מנועי (הוראת שעה), תשנ"ז-1996; 6. הצעת חוק העונשין (תיקון פרסום שירותי זנות), תשנ"ז-1997; 7. תקנות הבזק (התקנה, תפעול ותחזוקה), (תיקון), תשנ"ח-1998. ג. סיכום.

מטרת מאמר זה היא לבדוק שני עניינים הנופלים בתחום העיסוק בכנסת והנוגעים לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. האחד ינסה להאיר את דרכה של הצעת החוק בכנסת; והשני יעסוק ביחסה של הכנסת לחוק זה וכן לחוקי-יסוד: חופש העיסוק, לאחר שנחקקו. מאמר זה לא יעסוק בנושא הביקורת השיפוטית על חוקי הכנסת, שהתאפשרו עקב חקיקת החוקים ושעליהם נכתב, ובוודאי עוד ייכתב, הרבה. יהיה זה אפוא מאמר בלא אסמכתאות משפטיות רגילות, וגם הערות השוליים יהיו מעטות.

א. ההיסטוריה החקיקתית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

במשך שנים רבות עסקו כנסות שונות בניסיון להעניק מעמד חוקי לזכויות האדם, אך כל הנסיונות האלה לא צלחו. בשנים הראשונות למדינה התנגדה לכך מפא"י, שהונהגה על-ידי דוד בן-גוריון, אשר ראתה בשריון כזה עניין חסר-חשיבות – בסופו של דבר באנגליה, המודל הראוי, לא היה שריון כזה – או אף מוזיק. בעיניו של דוד בן-גוריון, כל שריון חוקתי נחשב כמעצור בגלגלי המהפכה הציונית המתרחשת בתברה מתהווה. לאחר שהוסר מכשול זה, ובשנת 1977 עלה לשלטון הליכוד בראשות מנחם בגין, חובב החוקה ותומך

* פרופסור למשפטים, יושב-ראש ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת.

1. בעניין זה נכתב מאמר חלוץ מאת יהודית קרפ, "חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבק כוח", משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 323.

התורה של זכויות האדם כולן על רגל אחת ועיקר אמונה שאין לגביו פשרה. אך פיצול החוק אפשר שלא להתייחס לעיקר זה ולהסיר מכשול מקדמי מעל מסלול החקיקה – מכשול שהיה מסכל מראש – ועם זאת להשאיר דלת פתוחה להחלתו בעתיד, בין בדרך של פרשנות מרחיבה בין בדרך של חקיקה מאוחרת יותר. במאמר מוסגר צריך להבהיר כי החששות העיקריים של הגוש הדתי-חרדי מסעיף השוויון כפוגע בחוק השבות, לשוא היו. חוק השבות היה גובר על עקרון השוויון מטעמים שהוסברו גם לראשי הגוש הזה, אך הפחד היה מדריך עיקרי: פחד מאובדן הייחודיות היהודית של המדינה; פחד מביטול הפטור של בני הישיבות משירות צבאי; ואפילו פחד מביטול מעמדה של הרבנות הראשית ושל חגי ישראל כימי-מנוחה רשמיים עקב שרינו של עקרון השוויון בדרך שתאפשר ביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת. במאמר מוסגר: חשש זה – כל-יך לא ריאלי למי שבקי בדרכיהם הווהירות ובהשקפת-עולמם היהודית-ציונית של שופטי בית-המשפט העליון – הוא שהוליד לאחר זמן, בתשנ"ד, תיקון סעיף 1 בשני חוקי-היסוד והוספת עקרונות הכרות-העצמאות לסעיף המטרה הקבוע בהם. הסכמתה של המפלגה לתוספת זו, באמצעות נציגה ח"כ יצחק לוי, הטומנת בחובה את עקרונות השוויון הקבועים בחלק השלישי של ההכרזה, נתאפשרה אך ורק בשל החשש הזה. ח"כ לוי חשב כי בלי הכללת עקרונות ההכרזה הזו, המדברת במפורש על הזכות לשבות, עלול להגיע יום שבו חוק השבות עצמו ייפגע בשל עליונות העקרונות האוניברסליים של כבוד האדם וחירותו על ההעדפה הפרטיקולרית של יהודים ובני משפחותיהם בחוק השבות. בראיון לעיתון הארץ (19.6.96) יצחק לוי אף טוען, כי הוא-עצמו יום את הכללת העקרונות של מגילת-העצמאות בחוקי-היסוד:

...מפני שחשבתי שחשוב להגן על חוק השבות באיוז שהיא צורה. חששתי ואני חושש עד היום שבג"צ יכול לבטל את חוק השבות. כי חוק זה מטבעו אינו חוק שוויוני אלא חוק שיש בו אלמנטים גזעניים ויכול להיות שמישהו יטען שהוא סותר את חוקי-היסוד: כבוד האדם וחירותו. במגילת העצמאות נקבע שישאל היא מדינת היהודים, שתהיה פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות. לכן הצעתי את זה.

נחזור לכנסת ה-12 ולשנת 1991: גם חשש-שוא הוא עובדה, ובעיקר כאשר מדובר בחששם של אלה שיש להם כוח פוליטי כה רב. פיצול החוק, שאפשר לפסוח על סעיף השוויון השנוי במחלוקת, הוא שפתח ואפשר את קבלת חוקי-היסוד: כבוד האדם וחירותו – החוק שהצליח לחולל את מה שלא חוללו לפניו: לתת משמעות חוקתית לרעיון זכויות האדם, רעיון שצמח על קרקע יהודית וגבט מהרעיון היהודי הקדמון שאדם גברא בצלם. אך בכך לא היה די. ההתנגדות של המפלגות הדתיות והחרדיות – זו שטרפדה כל ניסיון בעבר לחוקק חוקי-יסוד מסוג זה – נבעה לא רק לעניין השוויון, אלא לעניין יסודי יותר:

בשריון זכויות האדם, צף מכשול חדש: הגוש הדתי, ובראשו החרדים, שהפכו מאז 1977 לשון-מאזניים הכרית בהקמת כל ממשלה, הוא שהציב וטו מוחלט על הרעיון הוותיק. כל הנסיגות הרבים שבעשו, ובהם הושקעה עבודה רבה, לא הבשילו. קץ דומה היה צפוי להצעת חוקי-היסוד שיום שר-המשפטים דאז, דן מרידור, ב-1989. שר-המשפטים נסוג מקידום הצעת החוק, בלחץ ראש-הממשלה והמפלגות הדתיות, זמן קצר לאחר הגשת הצעת החוק. לאחר הפלת ממשלת האחדות הלאומית, במאסר 1990, מפלגת העבודה, בראשותו של שמעון פרס, חתמה על הסכם קואליציוני עם אגודת ישראל, ובסעיף הראשון בהסכם זה התחייבה מפלגת העבודה שלא לקדם את הצעת החוק של שר-המשפטים. התרגיל הזה – שנודע בשמו "התרגיל המסריח" – נכשל, והוקמה בעקבותיו ממשלה חדשה בראשות הליכוד, שהיתה תלויה לחלוטין בקולות החרדים. בנסיבות אלה נראה היה, כי להצעתו של שר-המשפטים היה צפוי הסוף הידוע מראש: קבורה שקטה. הצעת חוק זו הועתקה על-ידי המחבר, עוד לפני משבר מאסר 1990, כהצעת חוק פרטית ואף עברה בקריאה טרומית ב-15.11.89 ברוב מרשים של 53 כנגד 19 חברי-כנסת. אך גם גורלה היה צפוי מראש: הסיעות הדתית והחרדיות הודיעו כי יסכלו את קבלת החוק. כיצד בכל-זאת בא לעולם חוקי-יסוד כה חשוב כמו חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו? כיצד קיבלה הכנסת, בשעת-חסד מיוחדת במינה, חוקים אלה, בשעה שכל הנסיגות הקודמים התנפצו אל סלעי ההתנגדות הפוליטית והדתית? ייאמר הדבר מראש: אלמלא פיצול הצעת החוק לארבע הצעות חוק נפרדות, היה גורלן של זכויות-יסוד משוריינות בכנסת ה-12 דומה לגורלן בכנסות הקודמות שבהן, לאחר מלל רב ודיונים ממושכים, הן הובאו לקבורה בטרם זמן.

הרעיון שעלה בדעתי להפריד את הצעת חוקי-יסוד לארבעה חוקים נפרדים – נוסף על שני חוקי-היסוד שהתקבלו, שני חוקי-יסוד בדבר חופש הדיבור וחופש ההתאגדות עברו רק קריאה מוקדמת – נועד בראש-הבראשונה לנסות ולקעקע את ההתנגדות הדתית או לחלופין להעמיד את הקואליציה, ובראשה את הליכוד, במצב קשה מבחינה ציבורית. אך בהצעה להפרדת החוקים טמון גם רעיון נוסף: ללכת מן הקל אל הכבד – לאפשר לפחות קבלתם של חוקים המשריינים אותן זכויות שלגביהם חוות ההתנגדות היתה קטנה ביותר. היה ברור לכל הנוגעים בדבר – לשר-המשפטים, דן מרידור; ליו"ר הוועדה, ח"כ אוריאל לין; לנציג מפלגת העבודה, ח"כ דוד ליבאי – כי לא יהיה אפשר להעביר הגנה חוקתית על זכויות אדם בלי הליכה זהירה כזו. כדי להבין את ההיסטוריה החקיקתית של שני חוקי-היסוד שהתקבלו חייבים להבין עניין זה: המטרה היתה להביא לקונסנזוס רחב ככל האפשר סביב הרעיון ולהפיג ככל האפשר את החששות האמיתיים או המדומים של המפלגות הדתיות והחרדיות. הצורך הפוליטי והפסיכולוגי הזה הוא שהכתיב פיצול ההצעה המקורית לארבעה חוקים נפרדים. הוא שהכתיב גם את סדר הדיון בחוקים אלה: תחילה חוקי-יסוד: חופש העיסוק – שלגביו היו אז פחות חששות ופחדים – ורק לאחריו חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו. האחרונים בתור היו חוקי-היסוד העוסקים בחופש הביטוי ובזכות ההתאגדות – שני חוקים חשובים, הנראים שוליים.

פיצול החוק גם אפשר לפסוח על הסעיף שהיה מכשול עיקרי לכל חקיקה בנושא זה: עקרון השוויון. לי עצמי היה ויתור זה קשה מכול, שכן בעיני עיקרון זה הוא בבחינת כל

2. ראו אמנון רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית מאת אמנון רובינשטיין וברק מדינה, שוקן, תשנ"ז), 296-298.

אופיה של המדינה. צריך לזכור כי בכנסת ה-11 הושקעה עבודה רבה בניסוח חוק-יסוד על זכויות האדם, אלא שהליכוד והמפלגות הדתיות דרשו בכל תוקף שתיכלל בו הוראה מפורשת, שעל-פיה לא תיפסל אפליה כלשהי הנובעת מעובדת היותה של המדינה מדינה יהודית. רעיון זה נפל רק לאחר שהמחבר, אשר הצעתו נידונה אז בוועדת החוקה - חוק ומשפט, איים שימשיכנה חזרה. בכנסת השביעית נפלה הצעת חוק דומה, משום שנכלל בה סעיף שקבע כי הוראת השוויון אין בה "כדי לפגוע בכל הוראת חוק הנובעת ממהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית".

לכאורה אפשר היה לוותר על הגדרת אופיה של המדינה, שהרי פיצול החוק לארבעה חוקים נפרדים אפשר לכנסת לפסוח על נושא השוויון מכול-יכול. אך לא כך גרסו הנציגים הדתיים בוועדת חוקה - חוק ומשפט. לדידם, עניין הגדרת אופיה של המדינה כמדינה יהודית היה חשוב לא רק בשל הצד ההצהרתי - החשוב כשלעצמו - אלא גם בשל חששם שהענקת הזכויות והגדרתן תפגע הן באינטרסים שלהם הן במהותה ובדימויה של החברה. יתר על כן: בהצעת החוק כפי שהוגשה על-ידי המחבר לכנסת לקריאה הטרונית, שהועתקה מהצעת החוק של שר-המשפטים, שהועתקה מאמנת רומא ומהחוק הקנדי, נאמר במפורש כי יש איסור לפגוע בזכויות, "אלא בחוק ההולם מדינה דמוקרטית". ישראל הוגדרה אפוא כדמוקרטיה מבלי שיוחד לה אופי יהודי. הגוש הדתי-חרדי לא אבה להסכים לכך.

שוב: גם כאן החשש עצמו - גם אם לא היה מוצדק - הפך לעובדה. משום-כך היה ברור גם ל"יר"ד הוועדה, ח"כ אוריאל לין, גם למחבר, כי בלי הסכמה עם האגף הדתי על עניין הגדרתה של המדינה לא יצליח שום ניסיון ליילד את חוק-היסוד.

למען האמת, המדינה הוגדרה כמדינה יהודית בהכרזת-העצמאות, ומחבריה לא ראו שום סתירה בין הגדרה זו לבין מתן שוויון זכויות מלא ללא-יהודים בישראל. הגדרה זו נובתה בניסוח סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת. סעיף זה שלל השתתפותה של רשימת מועמדים בבחירות לכנסת אם מטרתה היא בין השאר "שליטת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי". ניסוח זה, שלא הוצע על-ידי הממשלה אלא נתקבל דווקא ביוזמת השמאל, התעלם לחלוטין מקיומם של האזרחים הלא-יהודים בישראל ונתקל אפוא בהתנגדות מובנת של הציבור הערבי בישראל.³ משום-כך שוכנעה ועדת החוקה - חוק

3. הצעת החוק הממשלתית נמנעה מלהזכיר את המונח "יהודי" לענין סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, ונוסחה היה כי רשימה לא תשתתף בבחירות לכנסת אם יש במטרתה לשלול את קיומה של המדינה "כאמור בהכרזה על הקמת מדינת ישראל". בעת כתיבת דברים אלה הוועדה המיוחדת של הכנסת למעמד האשה מכינה הצעת חוק שוויון זכויות האשה, תשנ"ט-1998, בנוסח דומה. הגם שאין מדובר בחוק-יסוד, נוסח סעיף 1, סעיף המטרות, בלשון זו: "חוק זה מטרתו לקבוע עקרונות להבטחת שוויון מלא בין האשה לבין האיש בחיי המדינה, בחברה, במשק ובמשפחה, ולקידום האשה בתחומים אלה, והם יקוימו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל". אם תתקבל הצעת חוק זו, יהיו אפוא שלוש קביעות שונות בהגדרת אופיה של ישראל בחוקים שונים: מדינתו של העם היהודי, מדינה יהודית ודמוקרטית ומדינה שעקרונותיה קבועים בהכרזת-העצמאות.

ומשפט, עוד לפני הדיון בחוק-היסוד, לשנות הגדרה זו בחוק המפלגות ולהמירה באחרת. ואכן, חוק המפלגות - הגם שעסק בנושא כמעט זהה לזה הנדון בסעיף 7א - בחר לקבוע כי לא תירשם מפלגה אם במטרתה ישנה בין השאר "שליטת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". חוק המפלגות נתקבל יום אחד לאחר שנתקבל חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומונחי מבטאים הלך-רוח דומה לגבי מהותה של ישראל לפשרה שהתקבלה לבסוף לגבי עניין כבוד האדם וחירותו.

בניגוד להתנגדותם לנוסח סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, היו מוכנים חברי-הכנסת הערבים לקבל את הנוסח שנתקבל בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הם תמכו בחוק-היסוד, למרות הגדרתה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. בהצבעה השנייה והשלישית הצביעו עבור החוק הח"כים האשם מחמיר ומוחמד נפאע מחד"ש, סאלח טריף מהמערך וחויטין פארס ממפ"ם. את עמדת הח"כים הערבים היטיב לבטא בקריאה הראשונה מוחמד נפאע מחד"ש: "חצי פרוסת לחם בידו של עני זה דבר נפלא".

ההגדרה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית לוותה, בעיקר באותן שנים, קונטסטיות פוליטיות. לכאורה נלקח מונח זה מעולם המונחים של השמאל ושל "שלום עכשיו": היתה זו סיסמת הקרב הנגדית לסיסמת ארץ-ישראל השלמה. מדינה שהיא גם יהודית גם דמוקרטית חייבת שיהיה בה רוב יהודי ברור ומוחלט. סיפוח, או אפילו שלטון, ישראלי על כל שטחי ארץ-ישראל המערבית משמעותו פגיעה באחד משני המרכיבים האלה - מדינה יהודית או מדינה דמוקרטית. באין-סוף של טיעונים ציבוריים הושמע עניין זה: אם נעניק אזרחות לתושבי השטחים, כמצוות הדמוקרטיה, נפגע במהותה של המדינה כיהודית; אם לא ניתן זאת - נפגע באופיה כמדינה דמוקרטית. לכאורה אפוא צריך היה השמאל לתמוך בהגדרה החדשה-ישנה - הגדרת הכרזת-העצמאות והגדרת המחנה שתמך בפשרה טריטוריאלית - ועל הימין היה להתנגד לה. אך החזית לא התייצבה כך, שכן בשמאל החילוני היה קיים גרעין קשה של התנגדות לצעם הקשירה שבין הגדרתה של המדינה כיהודית להגדרת זכויות האדם. כמרכז גם היה חשש שהמלה "יהודית", בניגוד ל"מדינתו של העם היהודי", תתפרש במובן דתי-הלכתי. צריך לזכור, כי היה זה החשש שהנחה את ח"כ אלעזר גרנות ממפ"ם להכניס לסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, את המאפיין "מדינתו של העם היהודי". גם עמדת הימין הדתי היתה חצויה בעניין ההגדרה המוצעת: מחד גיסא, המפד"ל - ובעיקר, נציגה ח"כ יצחק לוי - ראו בעצם הכנסת המונח "יהודית" הישג גדול ובלם בפני רעיון הפיכתה של ישראל ל"מדינת כל תושביה" נעדרת ויקה ליהדות ולציונות. מאידך גיסא, גם הם הבינו כי לשילוב המוצע עם המונח "דמוקרטיה" משמעות פרובלמטית ביותר מבחינתם.

במצב זה הציע המחבר לח"כ יצחק לוי עסקת-חבילה: לחוק יתוּסַף סעיף שבו ייאמר, כי מטרתו של החוק היא להגן על כבוד האדם וחירותו כדי לעגן את ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית וכי בסעיף המהותי שיאסור פגיעה בזכויות-יסוד תהיה התייחסות לסעיף זה.

בישיבת הוועדה מ-1 ביולי 1991 נידון עניין זה, אך עדיין נותרו חילוקי-דעות. הוועדה סיכמה על שני נוסחים שיבואו למליאה: מדינה יהודית ומדינה יהודית ודמוקרטית. הרעיון של שילוב שתי ההגדרות של המדינה באמצעות ו"ו החיבור החל להיקלט.

בישיבת הוועדה, שהתקיימה ב-15.7.91, באו לידי ביטוי בפרוטוקול הוועדה סיכומי מפתח אלה. משיבה זו בעדר ח"כ י' לוי, ויו"ר הוועדה דיווח בזו הלשון:

הבאתי את החוק הזה מחדש לדיון בוועדה על-פי בקשתו של חבר הכנסת רובינשטיין כשהבנתי שהיתה הסכמה מסוימת עם חבר הכנסת יצחק לוי. שאלתי את חבר הכנסת יצחק לוי, שלא יכול להשתתף בישיבה עכשיו. הוא אמר לי: ההגדרה של זכויות האדם וכבודו נובעת מהיות המדינה יהודית דמוקרטית, וזה לא יופיע בסעיף ההסתייגויות, אלא בראש החוק כהצהרה מנחה את כל החוק. חבר הכנסת יצחק לוי מבקש לעיין בנוסח שיגובש בוועדה. אני מעלה את זה משום שהחוק הזה הובא לכאן לדיון על פי בקשתם של שני חברי כנסת ובהסכמתם. או רציתי לדעת גם מה עמדתו של חבר הכנסת שאינו נוכח כאן, והוא כתב לי אותה.

ואני הוספתי:

הכרות העצמאות מדברת על מדינת ישראל כעל מדינה יהודית ודמוקרטית. אני מתנגד בכל תוקף לכך שקושרים את הפגיעה בזכויות באיושה נושא שכאילו הוא חל רק על חלק מהאוכלוסייה. הוא מציע שייכתב: "מטרת החוק היא להגן על כבוד האדם וחירותו כדי לעגן את ערכיה של מדינת ישראל, כמדינה יהודית ודמוקרטית, בחוקי-יסוד". זה לא הגיסוח שלו, אלה הדברים שהתלפתי אתו. נאז בסעיף 7. כתבנו: "אין פוגעים בזכויות שבחוק יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל כאמור בסעיף 1". עם זה אני יכול לחיות, אם הוא מסיר את הגרסה האחרת. אני גם יודע מה יהיו התוצאות במליאה. יש לי ניסיון מר עם זה. הדרך האלטרנטיבית היא להביא את שתי הגרסאות האלה להצבעה במליאה. אני יכול לחיות עם זה, כי זה בניגוד למה שהיה לנו בכנסות הקודמות, שרצו לכוון את העניין של יהדות המדינה בשוויון בפני החוק, שאז אני אימתי להחזיר את הצעת החוק. זה היה הדבר הכי חמור שיכול להיות. כאן הנוסח אומר בעצם שאופיה של מדינת ישראל הוא מדינה יהודית ודמוקרטית, אלה הערכים שלה, אנחנו באים להגן על זה, ואז בעצם ההגדרה הזאת תבוא בבוא היום כהקדמה לחוקה.

ח"כ שולמית אלוני הסכימה לנוסח זה: "אני מוכנה לחיות עם הגיסוח של אמנון רובינשטיין". היו"ר אוריאל לין, שניווט את הצעת החוק בשום-שכל, בתקיפות אך גם מתוך רצון להגיע לפשרה, ושבלידיו לא היה קם החוק - סיכם, כי לאחר אישור הסופי של ח"כ

לוי יועבר החוק לקריאה ראשונה. זו היתה פריצת-הדרך שאפשרה את הסרת התנגדותה של המפד"ל. לנציגה, יצחק לוי, היה תפקיד מכריע בתפנית היסטורית זו: בקריאה הראשונה הוא הודיע, כי על "סיעת המפד"ל לנסות לתמוך בחוק עד כמה שאפשר ועד כמה שניתן". במקום הכפפת השוויון לאופיה של המדינה כיהודית, אומצה כאן הגדרתה של הכרזת-העצמאות שמלכתחילה לא ראתה סתירה בין היהדות לבין המשטר הדמוקרטי ושוויון הזכויות ה"גמור" לכל אורתיה - "בלי הבדלי דת, גזע ומין".

לאחר סיכום זה עם ח"כ לוי, הובאה הצעת החוק לקריאה ראשונה ב-10 בדצמבר 1991 - יום זכויות האדם - והדיון בה נמשך ב-24 בחודש. 19 נואמים, נציגי תשע סיעות שונות, השתתפו בדיון, ולא נעלמו מדברי המשתתפים כל העניינים השנויים במחלוקת: עתיד החקיקה הדתית, ביקורת שיפוטית, הכללת הזכות לחופש תנועה, גורל חקיקה קיימת. בסופו של דבר, ברוב של 41 ח"כים כנגד 12 וגמנע אחד, הועברה ההצעה לוועדה להכנה לקריאה שנייה ושלישית. המחסום העיקרי נפרץ, אך עדיין היתה קיימת תחושה - בעיקר בקרב העיתונאים והכתבים - שגורלה של הצעת החוק יהיה כגורל קודמותיה.

ח"כ אוריאל לין ניווט את הדיונים הארוכים והקשים לקראת הקריאה השנייה. לא זכור לי חוק כלשהו שעבר מטחנה פרלמנטרית כה יסודית, כה מעמיקה - כולל חילוקי-דעות מהותיים - כפי שעבר חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הוועדה קיימה שש ישיבות ממושכות וארוכות, בדיוניה השתתפו מומחים ואנשי-ציבור ועל כל ישיבה נמסרה הודעה לעיתונות. שום דבר לא היה, וגם לא יכול היה, להישמר בסוד.

לאחר הקריאה הראשונה עשתה ועדת חוקה - נוסף על שינויי נוסח וסגנון - כמה שינויים חשובים. ראשית, היא הוסיפה להצעת החוק את ההגנה על קניינו של האדם, כאמור בסעיף 3 לחוק; ועשתה זאת עקב הצעת חוק של ח"כ חיים אורון - באותם ימים, ממפ"ם - שאף היא עברה בקריאה מוקדמת. משום-כך מופרכת לחלוטין הפרשנות הגורסת, כי תוספת זו באה בשל השקפת-עולם קפיטליסטית. ח"כ אורון הגיש את הצעתו - חוקי-יסוד: הגנה על זכות הקניין - בעיקר כתשובה ליוזמות חקיקה שנועדו לסגור דירי-חזירים ולהשמיד את החזירים בלא כל פיצוי. במהלך הדיון במליאה ציין ח"כ אורון:

אין לי שום קושי, לא בעמדותי המפלגתיות ולא בשייכותי הקיבוצית, לתמוך בעמדה הברורה של זכות האדם על נכסיו, להשתמש בהם, להפיק מהם את מה שניתן להפיק מהם, ככל שהוא עושה את זה ביושר ובהגינות ועל-פי כל כללי החוק.⁴

שתי הזכויות שנכללו בסעיף 4 להצעת החוק - זכות לנוע בארץ ולבחור מקום מגורים - הושמטו בשל התנגדות עזה של הגוש הדתי-חרדי. אך הזכות לא נכללה גם בשל תנאי הארץ ותושביה שדפוסי מגוריהם - שכונה חרדית, כפר מוסלמי, קיבוץ אידיאלוגי - מיוחדים ושונים מאלה הקיימים במדינות מערביות אחרות. גם יו"ר הוועדה שוכנע, כי עמידה על שתי הוראות אלה אינה מוצדקת וגם עלולה לטרפד את החוק.

4. ד"כ כא (תשנ"א) 2632.

פשרה לא קלה נעשתה לגבי עניין שמירת הדינים. מלכתחילה סוכם עם הגוש הדתי-חרדי כי החוק לא יפגע בחקיקה קיימת, אך בנוסח המקורי, כפי שעבר בקריאה ראשונה, נאמר, כי למרות זאת, הוראותיו של דין שהיה קיים בערב חקיקת חוק-היסוד תפורשנה "ברוח חוק-היסוד זה". לאחר דיונים מתמשכים שבהם התנגדו נציגי המפלגות הדתיות בכל תוקף לפסקה זו, בשל חשדם הבסיסי בבית-המשפט העליון, נכנעו המפלגות הלא-דתיות, ובהן המחבר, והסכימו גם להשמטת עניין חשוב זה. הכול נעשה כדי להגיע לתמימות-דעים רחבה ככל האפשר ולא ליצור קרע עם המפד"ל, שעשתה תפנית כה חשובה בהסכמתה העקרונית לתמוך בחוק. כדי להבין ויתור זה יש לזכור, כי מלכתחילה שאפו כל המעורבים בעשיית החוק להעביר את החוק בתמיכה מרבית. הצעת החוק עברה בקריאה מוקדמת ברוב של 13 בלא מתנגדים ונמנעים – אולי משום שהמתנגדים לא סברו כי ההצעה תבשיל לחוק. בקריאה הראשונה, לאחר הפשרה שהושגה עם ח"כ לוי, אושר החוק, כאמור, ברוב מרשים: 41 הצביעו בעדו, 12 נגדו ואחד נמנע. כאשר הגיעה הצעת החוק לקריאה שנייה ושלישית ב-17 במרץ 1992, היו כבר הבחירות לכנסת ה-13 בשער; חברי-הכנסת היו עסוקים בפריימיים, ולבם של חלק מהם לא היה נתון לדקדוקי-עניו חוקתיים כמו שריון זכויות אדם בחוק-היסוד. אך להצעת החוק היה בי-שמול נוסף: יו"ר הכנסת, דב שילנסקי, קבע את סדר-היום כך שהצעת חוק הערבות, שיוזם ח"כ ש' שיטריי, הקדימה את הצעת חוק-היסוד. בפגישה שקיימתי אצל יו"ר הכנסת עם ח"כ שמעון שיטריי, ביקשתי להפוך את הסדר. סיעת העבודה, כל-כולה, קיבלה החלטה לתמוך בהצעת חוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו, לרבות סעיף השריון, והיא גויסה באורח חלקי כדי להצביע בעד הצעת החוק של שיטריי. חששתי כי אם חוק-היסוד יבוא אחרי חוק הערבות, לא יישארו כל חברי סיעת העבודה באולם. ח"כ שיטריי לא הסכים להצעת, אך הבטיח לי כי הוא ידאג אישית לכך שתביר סיעת המערך לא יגטשו את הכנסת לפני תום ההצבעה על חוק-היסוד. הסתפקתי, בסכלותי, בהבטחה זו, אך אכזבתי לא איתרה לבוא. מיד עם תום ההצבעה על חוק הערבות, נטשו את בניין הכנסת 11 מחברי העבודה. למרות תחנוני הדומעים הם סירבו להישאר למשך שעה אחת נוספת, שבה התקיימה ההצבעה. חברי-הכנסת הבאים הצביעו בעד חוק הערבות, אך נעדרו מהכנסת בעת ההתמודדות על החוק ועל שריון: שושנה ארבל, אלמולינו, אברהם בורג, מיכאל ברוזנר, אלי דיין, עבד אל-ואהב דראושה, רענן כהן, אברהם כ"ץ-עוז, חגי מרום, נאואף מסאלחה, שמעון פרס. גם ח"כ שמעון שיטריי עזב את הבניין. לרגע היה נדמה כי הצעת החוק נידונה לכישלון, שכן המתנגדים הופיעו כולם כאיש אחד. גם נמסר לנו, כי הרבנים החרדיים נתנו הוראה חריגה-משמעות לנציגיהם בכנסת להתעלם מכל מה שסוכם ולהצביע נגד החוק. חברי-הכנסת אוריאל לין ושרי-המשפטים עמדו על המשמר ומנעו היגדרות הליכוד כולו אחר התכתיב של הרבנים החרדיים.

הקריאה השנייה עברה תוך כדי קריאות-ביניים עזות – בעיקר מצד ח"כ מיכאל איתן, שזעם נגד מתן סמכות לבית-המשפט העליון לבטל את חוקי הכנסת. רוב הסעיפים עברו ברוב סביר, הגם שרק שבעה ח"כים מסיעת העבודה נשארו להצביע; חיים בר-לב, שלמה הלל, שבח וייס, עמנואל זיסמן, דוד ליבאי, סאלח טריף ועדנה סולודר.

יו"ר הוועדה, ח"כ אוריאל לין, הדגיש בישיבה מ-13.3.92, כי "החוק הזה הוכן מתוך הבנה 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".

ח"כ יצחק לוי שיבח את החוק, אך הזהיר כי יתמוך בהסתייגות שתמחק את סעיף 13 – הוא סעיף שריון החוק. עמדתו של ח"כ לוי היתה מורכבת: הוא הדף כל לחץ להצטרף למתנגדים לחוק והבין גם את משמעותו של החוק מבחינת הביקורת השיפוטית. הוא התנגד לשריון החוק, אך לא עד כדי כך שפסל בשל כך את החוק כולו. הח"כים אברהם רביץ ושמואל אלפרט הגישו הסתייגויות מהותיות, שאילו נתקבלו היו מטרפות את החוק והיו מחזירות את ההצעה לוועדה. אחת ההסתייגויות של ח"כ א' רביץ גרסה, כי בסופו של סעיף 10 יבוא: "האמור בחוק זה לא יפגע בחוקים או בתקנות הבאים לעגן את מורשת ישראל בספר החוקים או בתקנות של מדינת ישראל". הסתייגויות החרדים – שאליהם הצטרפו ח"כים ממולדת, מהתחיה ומהליכוד – נדחו על חודם של קולות ספורים. כך נדחתה הסתייגות אחת של ח"כ אלפרט ברוב של 26 נגד 23. להסתייגותו של ח"כ אברהם רביץ לביטול סעיף 13 – סעיף השריון – היה גורל שונה: מלכתחילה הכריז יו"ר הישיבה, ח"כ ח' קופמן, כי ההסתייגות נתקבלה, אך חישמהר הסתבר כי ההצבעה התקיימה בלא שיהיה סיפק בידי חברי-הכנסת לממש את זכותם. היו"ר החליט לקיים הצבעה מחודשת – לא בלי התקפה שגרתית של ח"כ צירלי ביטון שתקף את ח"כ י' שריד ואת "חבר מרעיו מהרמשים למיניהם". הסתייגותם של הח"כים רביץ ואלפרט, שביקשה לבטל את סעיף 13 על הוראתו שקבעה שריון של רוב חברי-הכנסת, לא התקבלה; שכן ההצבעה הסתיימה בתיקו של 27 נגד 27. אך אז, בפרוצדורה לא מקובלת, התיר יו"ר הישיבה לח"כ צירלי ביטון – שהיה חרור שנאה בלתי-מובנת לחוק וליוזמו – לשנות את הצבעתו בעד ההסתייגות. כך, ברוב של 27 נגד 26, נמחק סעיף השריון. כל אחד מ-11 חברי-הכנסת של מפלגת העבודה שנטשו את הבניין שעה קצרה קודם-כן יכול היה לשנות תוצאה זו.

הטענה כי חוק-היסוד נתקבל ברוב מקרי-הצבעה-חברתית, החוק הובא בהסכמת הסיעות העיקריות בכנסת ובתמיכת המפד"ל – אם כי גם רוב חבריה לא היו נוכחים בבניין וכנגד ח"כ י' לוי שתמך, הצביע ח"כ י' ביבי נגד. האופוזיציה הראשית, שתמכה בחוק, לא היתה מיוצגת באולם, ומתנגדי החוק – מיעוט קטן גם בעת הקריאה הראשונה – התגייסו במלוא כוחם. אם היה רוב מקרי בהצבעות אלה, היה זה דווקא אותו רוב מוזר שהתגבש למחיקת סעיף 13. למרות הלחץ החרדי שהופעל נגד הצבעה בעד החוק, התייצבו כמה מראשי הליכוד והצביעו עבורו: אהוד אולמרט, גרעון גדות, יגאל הורביץ, יהודה פרח, חיים קופמן, יעקב שמאי, אברהם שריר, דן תיכון – וכמובן אוריאל לין ודן מרידור.

5. עמדת החרדים היא סיפור כשלעצמו. עד ליום ההצבעה עצמו היתה עמדת אגודת ישראל ברורה: אם יוסר השריון, היא לא תצביע נגד החוק. עובדה היא כי סיעה זו, שותפה בעלת כוח מכריע בקואליציה, לא השתמשה בכוחה כדי למנוע הבאת החוק למליאה לקריאה שנייה ושלישית. בישיבות הוועדה שיבח ח"כ א' רביץ את החוק: "החוק שלפנינו הוא חוק מצויין. הוא יכול להגן על כל אחד מאתנו – על ציבור דתי, חילוני, על כולם. הוא בא להגן על הפרט" (ישיבה מ-9.3.92). ההצבעה נגד החוק, לאחר שבטל סעיף השריון ולאחר שנעשו בו כל הפשרות האחרות, באה, כאמור, עקב לחץ של רבנים חרדיים מחוץ לכנסת.

החוק שיקף קונסנסוס רחב בכנסת, שבזכותו הגיעה ההצעה אחר מסלול ארוך למדי - ארבע קריאות במליאה, שפע של דיונים בוועדה ומגעים מאחורי הקלעים. כותב יו"ר הוועדה, אוריאל לין (הארץ, 27.12.98):

הבעיה המרכזית היתה יצירת הסכמה כללית ומניעת מצב שהמפלגות הדתיות יפעילו את השפעתן לסיכול החקיקה בשלביה האחרונים. היסוד להשגת הסכמה כוללת זו הונח בעיצובו של סעיף המטרה הקובע כי ערכיה של מדינת ישראל הם שילוב של ערכי היהדות וערכי הדמוקרטיה. כשהועלתה במשך הדיונים בוועדה ההצעה של ח"כ יצחק לוי, להוסיף את ערכי היהדות לערכי הדמוקרטיה, כדי ליצור מה שקרוי היום התכלית שלובת הערכים, היא נתקבלה בהכנה. ח"כ רובינשטיין גם הסביר בעת הדיון בקריאה הראשונה של הצעת החוק, כי זכות האדם לכבודו היא זכות שהעניקה היהדות לעולם כולו. זו אותה זכות הקובעת כי "האדם נברא בצלם, אין הוא רכוש, אין הוא קניין, אין משעבדים אותו ואין הוא עבד".

חברי הוועדה היו מודעים לניגוד האפשרי שבין שני עולמות ערכים אלה, אלא שהם גם היו מודעים לזהות הרבה השוררת בין ערכי היהדות לערכי הדמוקרטיה, ובעיקר לכך שאין מדובר בעולם ערכים סטטי, אלא בעולם ערכים דינמי החולך ומתהווה, והמתחייב מהיותה של מדינת ישראל גם מדינה יהודית וגם מדינה דמוקרטית. מדינה דינמית של שתי מערכות עקרונות אלה אינה יציבה. המסתיימת כאן. וצביון: המשך עשייתה מועבר לדורות הבאים. ההגדרה הרחבה שלובת הערכים היא ציון התואי.

שר המשפטים, דן מרידור, התייחס בעת הקריאה השנייה והשלישית לעניין היעדרם של חלק מחברי הכנסת, באומרו:

אני מסכים שראוי חוקים כאלה לקבל ברוב גדול של היושבים בבית ולא כאשר עשרות חברים פה הם, מה שנקרא, מקוויים זה עם זה בין שתי סיעות גדולות, שאין ביניהן, או לפחות בחלקן, ניגוד בנושא זה. וחבל שכך. אבל אנחנו עשינו כמה פעמים את המעשה הזה באין חוקי-יסוד: חקיקה, לצערנו ולבושתנו. כך גם בחוקי-יסוד: הכנסת, בסעיף 4, את עקרון השוויון שעל-פיו בית המשפט בבג"צ קבע מה שקבע - נכון חברי הכנסת איתן? - וטוב שקבע. וכך עשינו גם בסעיף אחר שקובע את חסינות חוקי-היסוד בפני תיקון תקנות שעת חירום. שם קבעו 80 חברי-כנסת. וגם לאחרונה, בחוק הפחתת הגרעין, שכתבנו שאי-אפשר יהיה לשנות

אותו אלא ב-61 חברי-כנסת, וגם לפני שבועיים בחוקי-יסוד: חופש העיסוק (והדגש הוא שלי).

ואכן, היעדרותם של חברי-הכנסת מההצבעה בקריאה השנייה והשלישית - בקיוון המדי ערב בחירות פנימיות - אינה מצביעה על התנגדות לחוק. למתנגדים לחוק היתה מוטיבציה להופיע, להתייצב ולהרים יד נגד, ואכן, זה מה שהתרחש במליאה: המתנגדים היו מגויסים במלואם; התומכים משתי המפלגות הגדולות שהצביעו בעד החוק בקריאה הראשונה, וגם בקריאה המוקדמת של הצעת החוק הפרטית שיום המחר והתקיימה בנובמבר 1989 - נעדרו בשל נסיבות האירוע.

בנסיבות אלה, הטענה כי החוק הועבר בחיפזון, בסתר וברוב מקרי היא טענה אוילית המבוססת על אנטי-עובדות. אמת הדבר: רוב אמצעי-התקשורת לא דיווחו כלל על תהליך החקיקה, והטלביזיה התעלמה מהנושא כולו. כאשר עבר החוק בקריאה שנייה ושלישית, דיווחו על כך הכתבים, אך חלק מהעורכים סבר שאין עניין בידיעה. רוב אמצעי-התקשורת כלל לא סיפרו לקוראיהם על כך שהכנסת אישרה חוקי-יסוד כה מהפכני בדבר כבוד האדם וחירותו, שעתיד - כך סברו - להיות לא רק מטבע משפטית אלא גם מטבע לשונית מוכרת. הדיונים עצמם דיווחו בהרחבה בהארץ, ובמהלך החקיקה פורסמו בעיתון זה 48 ידיעות ומאמרים שכולם עסקו בהצעת החוק. כל איש-ציבור וכל משפטן רציני ידעו, או צריכים היו לדעת, מה מתרחש בכנסת, מה גם שהחוק נידון לאחר שנתקבל כבר חוקי-יסוד: חופש העיסוק.⁶

אמת הדבר: מעולם לא קיבל פרלמנט חוקה בדרך זו - תוך כדי התנגדות ממשלה וראש-ממשלה, באמצעות הצעת חוק פרטית, באווירה של אדישות עיתונאית מזהה ולמרות התחמקותה של האופוזיציה הראשית. אך עובדות עצובות אלה - חלק מהתדרדרותה של התרבות הפוליטית בישראל - אינן משנות כהוא-זה מן העובדה שהחוק הובא למליאת הכנסת רק לאחר משא-ומתן ארוך ויסודי בין מפלגות הבית, ובעיקר בין הגוש הלא-דתי לגוש האורתודוקסי. בראש המסע למען חקיקת החוק עמדו משפטנים

6. בראיון עיתונאי (עיתון תל-אביב, 30.10.98) אמרה פרופ' רות גביון, כי "החוקה המתגבשת היא בעיקרה מפעל של גורמי אליטות ברוב היהודי החילוני שיש להם ענין בחוק זה והוא של ישראל כמדינת לאום יהודית, שיש לה זיקה תרבותית ומדינית לתרבות המערבית ולאיראליים שלה". האשמה תמורה זו - שהיא הידמות לאיראליים של התרבות המערבית הוא פשע בעידן כלכלי היוצרות - מתעלמת לחלוטין מהעובדות. פרט לעניין השריון הושגה תמימות-דעים כמעט כללית בין המרכיבים השונים של הבית, ובלי פשרה מסוג זה לא היה חוקי-היסוד בא לעולם. פרופ' גביון אומרת עוד כי אין עוד מדינה בעולם שבה קיבלו חוקה בדרך של "מתחמים" כמו אצלנו. ועוד מאשימה פרופ' גביון את "זומי החוק בכך שהעבירו את הצעתם באמצעות "פשרות בחשכת הלילה, בהצבעות של שניים מול שלושה או עשרים מול מליאה". אין שום בסיס עובדתי לסענות אלה, גם ספרה, הכתוב באותה רוח, נכתב מתוך התעלמות זו מהעובדות וההיסטוריה החקיקתית של חוקי-היסוד (המהפכה החוקתית - תיאור מציאות או נבואה המגשימה את עצמה? (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1998)).

בכירים מהמפלגות השונות: שר המשפטים, דן מרידור; פרופ' דוד ליבאי, לעתיד שר המשפטים; שבח וייס, לעתיד יו"ר הכנסת; אוריאל לין, יו"ר הוועדה, שבזמנו הועברו חוקים ששינו את פני המשפט הישראלי; עורך-הדין רובי ריבלין; ויצחק לוי, מנהיג המפד"ל, שידענותו המשפטית ורצונו הכן לחולל תפנית עזרו למחבר להגיע לשורה של פשרות פורצות-דרך.

הטענה שהכנסת לא היתה מודעת לאפשרות שמדובר בחוק-על אשר יאפשר ביקורת שיפוטית אין לה על מה להתבסס. הרי אילו לא ביקורת שיפוטית, מה היה צורך במאבק ובפשרה על נוסח החוק ועל אי-החלתו על דינים קיימים? אם לא היו הסיעות הדתיות והחרדיות מודעות לאפשרות זו, למה עמדו על כך שלקראת הקריאה השנייה והשלישית תימחק ההוראה המאפשרת לבית-משפט לפרש דין קיים על-פי עקרונותיו של חוק-היסוד? וכך אומר אוריאל לין בנושא זה (הארץ, 27.12.98).

העובדה כי הכנסת כמו ידיה העניקה לבית-המשפט העליון את כוח הביקורת השיפוטית על חוקי הכנסת מגלמת את המהפכה החוקתית. החוק אינו מנוסח בלשון הלא-מנומסת הקובעת כי בית-המשפט העליון יהיה מוסמך לבטל את חוקי הכנסת, אם הם יעמדו בסתירה לחוק-היסוד. ניסוח בוטה כזה ייתכן שהיה מכשיל את העברת החוק. החוק משתמש בלשון מאופקת וקובע, במה שקרוי סעיף ההגבלה, כי אפשר לפגוע או לצמצם זכות שלפי חוק-היסוד רק בחוק שיהלום את ערכיה של מדינת ישראל, לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש. חוק רגיל, אם הוא סותר זכות-יסוד, חייב לעמוד בשלושה מבחנים אלה; לחברי הוועדה לא היה כל ספק כי בהעדר מבחן הביקורת השיפוטית אין כל ערך לחוק-יסוד בתור שכזה ואין הוא מובדל מחוק רגיל אחר. ההגנה שהוענקה לפרט על זכויות היסוד שלו היא הגנה שניתנה לו גם מפני אפשרות של עריצות הרוב באמצעים של חקיקה רגילה.⁷

7. מאמר זה גם מסביר כמה הערות דו-משמעיות בעניין הביקורת השיפוטית, שהשמיע ח"כ לין בדיוני הכנסת. במקום אחד הוא אומר: "אין מקום בית משפט שמקבל כוח מיוחד לבטל חוקים". ואכן, חוק-היסוד לא הקים בית-משפט לחוקה, וגורל הצעת חוק-היסוד: החקיקה, שהיתה אמורה למסור סמכות זו לבית-המשפט העליון בהרכב מיוחד, טרם הובחרה. ח"כ לין אכן התנגד להקמת בית-משפט כזה. אין כל חשש שהבכיר-הכנסת לא הבינו את כוונתו של ח"כ לין: ביקורת שיפוטית - כן; בית-משפט לחוקה - לא. גם במקום אחר מתבטא ח"כ לין בצורה העלולה להתפרש כדו-משמעית: "אני מתנגד להקמת בית-משפט לחוקה, כי אני חושב שכאן אתה נותן את הכוח המפליג לקבוצה מצומצמת של שופטים, שפרשנותם תהיה זו שתקבע מחיקתם של חוקים בישראל". גם כאן הדברים מכוונים נגד הקמתו של בית-משפט לחוקה ולא נגד ביקורת שיפוטית רגילה. ההבחנה הזו ניתנת לביקורת: אם בית-

בשל ביקורת שיפוטית זו, זעק ח"כ מיכאל איתן במהלך הקריאה השנייה והשלישית והתגייסה החזית הלאומית-דתית להצביע נגד החוק ואף הצליחה לבטל את סעיף השריון בהצעת החוק. אני יכול להעיד עדות אישית: לחברי הוועדה לא היה ספק כי מדובר בחוק-על שיאפשר לבית-המשפט להעביר חקיקה עתידית של הכנסת דרך המסגרת של חוק-היסוד. לא היה ברור אז אם יתקבל חוק-היסוד: החקיקה, ובו סמכות מפורשת הנתונה לבית-המשפט העליון לשבת בבית-משפט לחוקה הרשאי לבטל חוקים, אם לאו. כוונת הרוב הגדול בכנסת היתה ברורה: למלא תוכן את החובה המוטלת על הכנסת לכונן בהדרגה חוקה ולכלול בה את הפרק החשוב ביותר: הגנה חוקתית ושיפוטית על זכויות האדם.

ב. מבחן חוקי-היסוד והכנסת

קבלת חוקי-היסוד - כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק - לוותה ויכוח על סמכותו של בית-המשפט להעביר תחת שבט-ביקורתו החוקתי את חוקי הכנסת הסותרים חוקים אלה.⁸ לעומת זאת, במערכת הייעוץ המשפטי - וחשוב מכך: במערכת הייעוץ המשפטי של הכנסת - התקיימה, ומתקיימת, משעה שנתקבלו שני החוקים, מערכת נפרדת של בדיקת חוקתיותם של הצעות חוק. עבודה זו, הנסמכת מעין הציבור והדיווח העיתונאי, חשובה לא פחות מהביקורת השיפוטית ורחבה ממנה בהיקפה ובהשלכותיה הממשיות.

על מנגנון הבדיקה הקיים בכנסת וההצדקה לקיומו אפשר ללמוד ממכתבה מ-5.10.94 של אנה שניידר, היועצת המשפטית של ועדת הכספים, המופנה אל המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, שלמה גוברמן, מ-5.10.94. עו"ד שניידר טוענת, כי בעיית ההתאמה

משפט לחוקה פסול, מדוע נתיר ביקורת שיפוטית רגילה שתיתכן בכל ערכאה שיפוטית? אך עמדתו של יו"ר הוועדה בעניין הביקורת השיפוטית היתה ידועה וברורה לכל: הוא התנגד להוראה מפורשת בחוק המתירה ביטול חוקי הכנסת, אך תמך בביקורת שיפוטית "רגילה". כך, למשל, ישיבת ועדת חוקה-חוק ומשפט מ-5.2.92, שעסקה בעיקר בנושא חופש התנועה והמגורים, התנהלה כולה סביב השאלה, כיצד יפרש בית-המשפט העליון הוראות אלה והאם יחיל אותן על חילוני המבקש לרכוש דירה בשכונה חרדית? או האם יבטל בית-המשפט בשל הוראות אלה איסור תחבורה בשבת בשכונות אלה? אני טענתי כי אין שחר לחשש זה, אך יו"ר הוועדה, אוריאל לין, הגיב ואמר: "אבל יכול להיות שבית-המשפט העליון יתן פרשנות כזאת לסעיף הזה". וזו רק דוגמא אחת מני רבות.

8. השופט מישאל חשין, בבג"ץ 3267/97 רובינשטיין ואח' נ' שר הבטחון (טרם פורסם) מרחיק לכת מעמדת הנשיא, השופט אהרון ברק, בנושא גיוס תלמידי הישיבות. הנשיא ברק, שביטא את השקפת הרוב בדבר סמכותו של בית-המשפט לבדוק חוקים לפי חוקי-היסוד, מסתפק בהעברת הנושא של גיוס תלמידי הישיבות להכרעת הכנסת. השופט חשין אינו שולל אפשרות, כי לבית-המשפט תהיה קנויה סמכות לפסול גם חוק של הכנסת שיסדיר עניין זה: "יימצא מי שיאמרו - ולא נפרט - כי אף חוק הכנסת אין די בו. ויהיו מי שיוסיפו ויאמרו, כי גם חוקי-יסוד לא יסכנו. גם לכוחה של הכנסת הושמו גבולות" (שם, סעיף 15 לפסק-הדין של השופט חשין). השופט טובה שטרסברג-כהן הסכימה לדבריו אלה של השופט חשין.

בכל הנוגע להצעות חוק פרטיות, נוהגים היועצים המשפטיים של הכנסת לחוות את דעתם בנושא של התנגשות אפשרית עם חוקי-היסוד. נביא כאן כמה דוגמאות להמחשת עניין זה:

1. הצעת חוק מתווכים במקרקעין, תשנ"ב-1992

חוות-הדעת של היועץ המשפטי של ועדת חוקה-חוק ומשפט, שלמה שהם, בחנה האם סיווג העוסקים והגבלת דרך העיסוק בתיווך במקרקעין, כפי שהוצעה בהצעת חוק, פוגעת בזכות-היסוד של חופש העיסוק. גם כאן, כמו חוות-הדעת של עו"ד שניידר, קובעת חוות-הדעת כי יש לבחון האם יש צורך בשינויים בהצעת החוק המצוייה בפני הוועדה - על יסוד המצב החוקי הקיים.

חוות-הדעת בחנה את המצב המשפטי במדינות אחרות, כולל מדינות שבהן זכויות האדם מוגנות בחוקה כתובה, והסיקה כי למרות ההגנה על חופש העיסוק באותן מדינות (גרמניה, הודו, דנמרק, הולנד, מקסיקו, איטליה ודרום-אפריקה), מחייבת המציאות גם להגן על הציבור באמצעות חקיקה ראויה בתחום התיווך במקרקעין, כולל הטלת חובת רישוי.

עיקר המחלוקת מתמצית בשאלת הטלתה של חובת הרישוי, שכן התניית האישור לעסוק בתיווך - גיל, בחינות ונתונים נוספים התלויים באישיותו של האדם - מטילה הגבלות על עצם הכניסה למקצוע. עם זאת, ההגנה על הציבור הבא במגע עם המתווכים היא ערך העולה בקנה אחד עם ערכי מדינת ישראל ועם ההגבלות האמורות בחוק-היסוד. באשר להטלת המגבלות המנויות בהצעת החוק, קובעת חוות-הדעת כי אין בה משום שרירות או פגיעה בלתי-הוגנת וכי קיים קשר רציונלי בין הטלת החובה לבין הסדרת העיסוק במקצוע. עיון בהתניות המוטלות על-ידי החוק מביא למסקנה הברורה, כי קיים קשר רציונלי בין קביעתן ובין הצורך להסדיר את נושא העיסוק בתיווך במקרקעין. שלמה שהם קובע, כי אכן "חקיקה הסותרת חוקי-יסוד פגיעה רעה. אך הימנעות מחקיקה המחויבת להגן על זכויותיהם של פרטים בחברה - פגיעה רבה עשרות מונים. שהרי, אם

החקיקה המוצעת ובשאלת חוקפה של החקיקה המוצעת לאורם של חוקי יסוד. חוות הדעת תתייחס בעיקר לשאלה האם הצעת החקיקה עולה בקנה אחד עם חוקי יסוד רלבנטיים ועם העקרונות הגלומים בהוראותיהם השונות. זאת, גם תוך ליבון פרטני של המצב המשפטי לגבי נקודות המגע האפשריות בין ההוראות שבחקיקה המוצעת לבין ההוראות שבחוקי היסוד.

ואכן, בהצעות חוק המוגשות מטעם הממשלה ישנה התייחסות מפורשת לעניין התנגשות אפשרית עם שני חוקי-היסוד, כך, למשל, בהצעת חוק שמאי מקרקעין, תשנ"ח-1997, נאמר בדברי ההסבר כי "ייתור המקצוע נקבע בשים לב לדרישות חוק יסוד: חופש העיסוק". בהצעת חוק הסדרת פרסומת של בעלי מקצוע (תיקוני חקיקה), תשנ"ח-1998, מוסברת הצעת החוק עצמה ברצון להתאים את הדין לעקרונות חוקי-היסוד: חופש העיסוק, שכן "ההגבלות הקיימות פוגעות בחופש העיסוק".

בין יוזמות חקיקה של הכנסת לחוקי-היסוד צריכה להישקל בכל שלבי החקיקה. לדברי עו"ד שניידר, גם אם הכנסת אישרה הצעת חוק כלשהי בקריאה ראשונה, לוועדה מוועדותיה, אין זה פוסט את הוועדה, בעת דיוניה ושיקוליה לגבי מכלול ההצעה, מן ההתייחסות לשאלה "בדבר נחיצותה ובדבר עמידתה של הצעת החוק בכל תנאי חוקי-היסוד". לגרסתה של עו"ד שניידר, הביסוס המשפטי לכך הוא הרישא לסעיף 119 לתקנון הכנסת, שעל-פיו רשאית הוועדה להציע תיקונים בהצעת חוק, "ככל שיראה לה".

עו"ד שניידר מסכמת את המציאות הקיימת בכנסת באומרה, כי נושא היחס בין הצעות חוק לבין חוקי-היסוד מתעורר בדיונים של "כל ועדה מוועדות הכנסת עקב המהפכה הקונסטיטוציונית שבחקיקת חוקי-היסוד החדשים". על צמדה זו לא קם מערער או חולק. על-כן נקודת-ההנחה היא, כי להבדיל משאלת הביקורת השיפוטית, על הרשות המחוקקת לבחון את מידת ההתאמה האמורה, נוהג זה של בדיקת החוקתיות של הצעות חוק הוא כה נפוץ עד שהפך להיות חלק ממוסד מתהליך החקיקה בכנסת. עם זאת, לא קיבלה ועדת הכנסת - בעיקר עקב התנגדויות היועצים המשפטיים שלה - את הצעותיהם של חברי-הכנסת חגי מרום, יו"ר הוועדה, ושל ח"כ ידי צוקר, לתקן את תקנון הכנסת, כך שתידרש התאמתה של כל הצעת חוק לחוקי-היסוד. נושא זה נידון בישיבה של ועדת הכנסת מ-18.7.95 וכן בישיבה משותפת של ועדת החוקה ווועדת הכנסת מ-28.3.95. בסופו של דבר נדחתה יוזמה זו. מעניינת העובדה, כי בין נימוקי המתנגדים להצעה בלט עניין אחד - הרצון לייתר עניין זה לבתי-המשפט. כך כותב יו"ר הכנסת, שבה וייס, במכתבו מ-27.12.94 ליו"ר ועדת הכנסת: "דווקא על הרקע המיוחד של תרבותנו הפוליטית... חיוני להשאיר בידי בית-המשפט את מלאכת פרשנות החוקים. לא כל שכן כאשר מדובר בחוקי-יסוד המהווים יחד את חוקת המדינה. כל צמצום במרחב הפרשנות של בית-המשפט, בשאלות חוקתיות, מפר את האיזון בין שלוש הזרועות ומצר את כוחה הייחודי של מערכת המשפט".

9. בייעוץ המשפטי של הממשלה היו חילוקי-דעות בעניין זה. המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, יהודית קרפ, תמכה בתיקון תקנון הכנסת כדי שכל יוזמת חקיקה תעבור את מבחן התאמתה לחוקי-היסוד. במכתביה ליועץ המשפטי לממשלה מ-2.12.94 ומ-26.12.94 היא קובעת: "חובת כיבוד חוקי-היסוד מוטלת בהליכי החקיקה בראש-דבר ראשונה על הכנסת". לעומתה, שלמה גוברמן, במכתבו ליועץ המשפטי לממשלה מ-10.11.94 ומ-19.12.94 מצייין, כי אין נוהג דומה בפרלמנטים אחרים שבהם קיימים חוקה או חוקי-יסוד וכי יש להשאיר את מלאכת הפרשנות לבית-המשפט.

לעומת זאת, היועץ המשפטי לממשלה, יוסף חריש, הוציא ב-21 ביולי 1993 הנחיה הקובעת מפורשות:

כאשר מובאת הצעת חקיקה מטעם הממשלה לדיון בפני הממשלה או בפני ועדת השרים, תצורף לאותה הצעה חוות דעת של היועץ המשפטי של המשרד שמטעמו הוגשה הצעת החקיקה, בדבר הטעמים המצדיקים והמצריכים את

תיכשל הרשות המחוקקת בחקיקה הסותרת חוקי-יסוד - עדיין ימצא בית המשפט שיתקן זאת. לא כך כאשר יוצר חלל של חקיקה חסרה בתחומים פרוצים - חלל זה לא יוכל בית המשפט למלא. עקב כך קיבלה הכנסת את הצעת החוק.

2. הצעת חוק כביש חוצה ישראל, תשנ"ד-1994

הוראה בסעיף 1(4) להצעת החוק מאפשרת תפיסת חוקה במקרקעין בלא צו של בית-משפט. בכך, בניגוד לדין הכללי, מועבר נטל ההוכחה בדבר תקינות ההפקעה ותפיסת החוקה מהמדינה לבעל-הקרקע. לפי חוות-הדעת המשפטית של עו"ד שניידר שהוגחה בפני חברי ועדת-הכספים, בהצעה המוצעת יש משום פגיעה באחת מזכויות-היסוד המוגנות על-ידי חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו - זכות והקניין - במידה העולה על הנדרש. יו"ר ועדת הכספים, ח"כ גדליה גל, בהציגו את החוק בפני מליאת הכנסת לקראת הקריאה השנייה והשלישית מודה, כי "ועדת הכספים התלבטה רבות והקדישה דיונים רבים לחוק זה". ח"כ גל מאשר גם, כי הוועדה בתנה את "...התאמתו של החוק לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וזאת לנוכח העובדה שהחוק בא להבטיח לחברה, חברת כביש חוצה ישראל, בתנאים מסויימים תפיסה קלה יחסית של הקרקע ללא צו של בית-משפט והפרדת הדיון בשאלת הפיצויים מעצם תפיסת הקרקע והתחלת העבודה בה".¹⁰ ואכן, ועדת הכספים הכניסה כמה שינויים בהצעת החוק במהלך הדיונים בין הקריאה הראשונה ועד לאישור הסופי של החוק: בעניין הפיצויים הוחלט שלא לקצר לשלושים יום את התקופה למסירת החוקה בקרקע, אלא להשאירה 60 יום, כפי שהיה הדין לפני הצעת החוק. לעניין הקריטריונים לקביעת סכומי הפיצויים הובהר במפורש, שיחולו כל הכללים לפי פקודת הקרקעות וכל דיני ההפקעה האחרים. בכך נתקבל על-ידי הכנסת העיקרון, שלפיו ייקבע שווי הקרקע לפי הסכום שהיה מתקבל אילו לא בוצעה ההפקעה ואילו זו נמכרה בשוק התופשי בין מוכר מרצון לקונה מרצון.

3. הצעת חוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה), תשנ"ה-1994

חוות-הדעת עוסקת בסעיף 9 בחוק, הדין בהארכת תוקפו של חוק יציבות מחירים במצרכים ושירותים, תשמ"ה-1985.

חוות-הדעת שהוגשה לחברי ועדת הכספים על-ידי אנה שניידר בדקה האם בהגבלות ובפיקוח על מחירים המופעלים על-ידי כל שר בתחום סמכותו, יחד עם שר-האוצר, מכוח סמכותם לפי חוק יציבות המחירים, יש משום פגיעה בחופש העיסוק של מוכרי מצרכים ושירותים? כן בדקה חוות-הדעת, האם חוק המאריך את תוקפו של חוק קודם נכלל גם הוא במסגרת שמירת הדינים הקבועה בסעיף 10 לחוקי-יסוד: חופש העיסוק, אף אם יש בו פגיעה בחופש העיסוק? או שמא יש להעביר גם את החוק המאריך ב"מסגרת" של חוק-היסוד ולבדוק לגביו את תחולתה של "פסקת ההגבלה"? ניתוח שאלות משפטיות אלו הולך למסקנה, כי אין מניעה חוקתית לחוקק את סעיף 9 להצעת חוק ההסדרים, והאיל ואין הוא סותר את הוראות חוקי-יסוד: חופש העיסוק.

4. הצעת חוק הסדרת העיסוק בייצור השקעות ובניהול תיקי השקעות, תשנ"ה-1995 מטרתה של הצעת החוק היתה להסדיר את העיסוק בייצור השקעות ובניהול תיקים נוכח ההתפתחות בשוק ההון ועל סמך ההמלצות של ועדת בייסקי לעניין ויסות מניות הבנקים. הנחת-היסוד של מנסחי ההצעה היתה, כי מידת הסיכון הכרוכה בעיסוק בשוק ההון מחייבת ומצדיקה דרישה בחוק להכשרה ולמומחיות מיוחדת, כפי שנדרש מעורכי-דין, מרופאים, מרואי-חשבון או מיועצי-מס.

חוות-הדעת של היועצת המשפטית לוועדת הכספים, עו"ד אנה שניידר, קבעה כי למרות הפגיעה בחופש העיסוק, אפשר לראות את תכליתה של הצעת החוק כתכלית ראויה ולהמשיך בהליכי החקיקה. עם זאת, הסתייגה עו"ד שניידר מכמה הסדרים בהצעת החוק בטענה שיש בהם פגיעה בחופש העיסוק במידה העולה על הנדרש.

ראשית - טענה עו"ד שניידר - סעיף 2(ב) לחוק המגביל את העיסוק בניהול תיקים לחברות בלבד פוגע בחופש העיסוק במידה העולה על הנדרש. עו"ד שניידר גרסה, כי יש לאפשר גם ליחידים לעסוק בניהול תיקים ובלבד שקיבלו רשיון כדין לפעול כמנהלי תיקים. כמובן טענה עו"ד שניידר בחוות-הדעת כי הוראת סעיף 8(ב), הדורשת הון עצמי מוערי מבעלי רשיון שהם חברה, והכול נוסף על דרישת הביטוח - יש בה כדי לפגוע בחופש העיסוק במידה העולה על הנדרש: הון עצמי גבוה מדי יצור מחסומי כניסה לתחום ניירות-הערך, ינציח את מבנה השוק הקיים שבו שולטים תאגידי הבנקים וימנע מאנשים הגונים ומוכשרים שאינם אמידים דיים לפתוח עסק עצמאי של ניהול תיקים. טענה נוספת שהועלתה היתה כי אם יכול רופא, מהנדס, יועץ מס, סוכן-ביטוח, רואה-חשבון או עו"ד לעסוק במקצועו בלא דרישת הון עצמי ובלא ביטוח, לבטח אפשר להסתפק בדרישה מיועץ השקעות לביטוח שיכסה את האחריות בנויקין.

לבסוף דנה עו"ד שניידר בסעיף 48 לחוק, הדין בהוראות המעבר לגבי קבלת רשיונות על-ידי מי שעסק במקצוע ביום כניסתו של החוק לתוקף. עו"ד שניידר השוותה עם הסעיף המקביל לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, סעיף 85, ומצאה כי מבטחים וסוכני-ביטוח שפעלו לפני תחילתו של החוק זכאים לרשיון, בעוד שיועץ השקעות קיים - "עוסק ישן" - חייב ברשיון מטעם הרשות לניירות-ערך.

אמנם, ועדת הכספים דחתה את השגותיה אלה של עו"ד אנה שניידר, אך דווקא הסתייגותה מהוראות המעבר של סעיף 48 לחוק הולידה את פסק-הדין התקדימי והמפורסם בבג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל ואח' נ' שר האוצר ואח',¹¹ שבו ביטל בית-המשפט העליון בפעם הראשונה סעיף של חוק בשל היותו סותר את חוקי-יסוד: חופש העיסוק.

בית-המשפט העליון קבע, שיש בהוראות המעבר שבסעיף 48 לחוק, ככל שהדבר נוגע לחובת הבחינות לגבי "העוסקים הישנים", פגיעה בחופש העיסוק במידה העולה על הנדרש. משום-כך ביטל בית-המשפט סעיף זה מן הטעם של חוסר-מידתיות.

פגיעה סבירה במידה שאינה עולה על הנדרש כדי להגן על זכותם של ציבורים מסוימים ושל קטינים שלא להיות חשופים למידע זה ולאופן בו הוא מוצג בציבור.¹¹ באשר לחופש העיסוק של המפרסמים נקבע, כי היקף הפגיעה מצומצם ביותר, משום שגם לאחר הצעת החוק העיתון יהיה רשאי לפרסם שירותים אלה לא בגוף העיתון אלא בדפים נפרדים.

חוות-הדעת קובעת, כי רק אם מציע הצעת החוק יבקש להגביל את הפצת דברי הרפוס הנפרדים באופן שלא יוכלו להיות מופצים יחד עם העיתון, צריך יהיה לשקול מחדש האם ישנה פגיעה בחופש העיסוק. לדעתו של מר שהם, סביר להניח שפגיעה מסוג זה תיראה כאילו נעשתה במידה העולה על הנדרש. אשר לחופש העיסוק של העוסקים במתן שירותים-מין עולה השאלה, האם חוקיות העיסוק הוא תנאי להגנה שחוק-יסודי: חופש העיסוק, מעניק להקשר זה? קובעת חוות-הדעת, כי "אף אם סעיף 204 לחוק העונשין - האוסר על החזקת מקום לשם זנות - קדם לחוק-יסודי: חופש העיסוק, הרי פרשנותו תהא ברוח הוראות חוק-היסוד ועל יסוד המציאות שנוצרה, ומאחר ואי-חוקיות העיסוק אל מול הגנת העיסוק איננה חד-ערכית, יש לבחון את תחולת חוק-היסוד באורח עצמאי". טענה זו נתמכת בדברי נשיא בית-המשפט העליון, אהרון ברק: "חוק הקובע כי עיסוק הוא מעשה פלילי, פוגע בחופש העיסוק וחוקיותו תיקבע על-פי התאמתו לתנאי של פסקת ההגבלה. נמצא, כי החוקיות של עיסוק אינה יכולה להיות יסוד המרכיב את חופש העיסוק עצמו".¹² לסיכום קובעת חוות-הדעת, כי הצעת החוק עומדת במבחן המגבלות של חוק-יסודי: חופש העיסוק.

7. תקנות הבזק (התקנה, תפעול ותחזוקה), (תיקון), תשנ"ח-1998
במקרה זה ביקשה שרת-התקשורת לסגור את שירות 057 לגנישות כללית ולהעמידן אך ורק למנויים החפצים בכך. בשל העובדה כי במסגרת שירותי המידע של 057 מוצעים גם שירותים-מין אסורים. בדינוי ועדת הכלכלה מ-5.1.99 הועלתה הטענה כי תקנות אלה אינן עולות בקנה אחד על-ידי חוק-יסודי: חופש העיסוק, משום שאפשר לטפל בנושא שירותים-המין על-ידי פיקוח מתאים. משום-כך לא אישרה הוועדה את התקנות המוצעות וביקשה לקבל חוות-הדעת משפטית בנושא התאמת התקנות לחוק-היסוד.

ג. סיכום

בדיקת עבודתה של הכנסת, גם לפני חקיקתם של שני חוקי-היסוד: חופש העיסוק, וכבוד האדם וחירותו, מגלה באיוו מידה הפכו להיות שני חוקים אלה מבטאים באמנים של הלך-הרוח הדומיננטי בבית-הגבתיים הישראלי. בניגוד מוחלט לרושם העלול להיווצר מכתבתם של פרשנים ומשפטנים, מאמר זה מצביע על שתי עובדות מהותיות: ראשית, חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, היא מעשה של פשרה בין מרכיבים שונים בכנסת - פשרה

5. הצעת חוק בטוח רכב מנועי (הוראת שעה), תשנ"ז-1996

הצעת החוק הציעה להוסיף על תנאי ההרשאה של "מבטח", כמשמעותו בפקודת בטוח רכב מנועי (נוסח חדש), תש"ל-1970, שני תנאים, שבהיעדרם אפשר יהיה להפקיע את הרשאית לבטח. הדרישה הראשונה היתה, שהמבטח יהיה צד להסכמים בין האיגוד לביטוח נפגעי רכב בע"מ ("אבנר") ובין כל המבטחים; הדרישה השנייה היתה, שהמבטח יהיה צד להסכמים בין המאגר הישראלי לביטוחי רכב ("פול") ובין כל המבטחים.

משעה שנחקק חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, נוצר חוסר-ודאות באשר לעלותו ולשיעורי הפרמיות שיש לגבות על-פיו, והתעוררו הרצון והצורך ליצור כיסוי ביטוחי יציב יותר. משום-כך התאגדו חברות-הביטוח והתקשרו בהסכם להקמה משותפת של חברת הביטוח "אבנר". עם זאת, לא הוטלה חובה בדין להנפיק תעודות-ביטוח רק דרך תאגיד זה. חוות-הדעת של שלמה שהם קובעת כי הצעת החוק יוצרת "מגבלות חוקיות". לדידו, הפגיעות בזכויות-היסוד ספק אם אפשר לראותן כנעשות לתכלית ראויה. שלמה שהם טוען, כי "מדובר בטיפול נמרץ לזמן קצר ביותר עד לפתרון עומק, וטיפול קצר מועד זה ספק אם הולם את ערכי המדינה". כמו-כן טוען היועץ המשפטי של ועדת חוקה-חוק ומשפט, כי ההוראות אינן עומדות במבחן המידתיות הנדרשת בחוק: "מדוע לא ניתן לפתור את בעיית הזמינות והאפליה העומדים עלינו כחבר המתהפכת, תוך מחצית מן הפגיעה בחופש העיסוק, קרי - תוך חקיקה המתגה את הסכם ה'פול' כחלק מתנאי הרשיון, אך משחררת את החברות מעולה של 'אבנר'?" משום-כך - מסכם שהם - חקיקה זו, מבלי שתציג חלופות ראיות, היא פגיעה בזכות-יסוד במידה העולה על הנדרש.

שלמה שהם קובע, כי זכות סיום ההסכם היא קניינו של אדם ותיפגע על-ידי החקיקה. גם אם יש ממש בטענות הממשלה בדבר החשש מפני ערעור שוק ביטוח-החובה, זמינות הפוליסות ויציבות מעין אפליה בין מבטחים, עדיין אפשר להשיג תוצאה זו בדרך של פגיעה פחותה יותר ולהסתפק בחקיקת ה"פול" כפי שהיא מוצעת בהצעת החוק. על יסוד חוות-הדעת של שלמה שהם הוחלט לדחות את ההצעה עד שיוצגו חלופות אפשריות, כך שבשנת 2000 יבוטל באופן מוחלט הסדר "אבנר".

6. הצעת חוק העונשין (תיקון פרסום שירותים זנות), תשנ"ז-1997

הצעת החוק עניינה הצפת העיתונות בפרסומים של שירותים-מין לסוגיהם. לטענת המציע, ח"כ חנן פורת, הפרסומים בוטים, פרובוקטיביים, מגריי-צרים ופוגעים ברגשות הציבור. לדבריו, מתחכים ופסיכולוגים סבורים, כי "החשיפה הפרועה והמעוותת" פוגעת בקטינים ומעוותת את חינוכם המיני. חוות-הדעת של שלמה שהם מסכימה עם טענתו של מציע הצעת החוק וקובעת, כי אין פגיעה במידה העולה על הנדרש בחוק-יסוד: חופש העיסוק, ובחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

מסקנה זו נובעת מן העובדה שאין הצעת החוק באה למנוע כליל את פרסום המודעות בתחום שירותים-המין, אלא רק מבקשת להפריד דבר דפוס שכזה מן העיתון. בנסיבות אלו נראית הפגיעה בחירות הביטוי מצומצמת ונקודתית ואפשר לראות בה פגיעה סבירה במידה שאינה עולה על הנדרש. שלמה שהם קובע, כי "מגבלה זו, על אף היותה הכבדה על מערכות העיתונות, עדיין מצוייה בגדר פסקת ההגבלה של שני חוקי-היסוד, בהיותה

12. אהרון ברק, פרשנות במשפט (כרך שלישי: פרשנות חוקתית, נבו, תשנ"ד), 596.

שלוותה דיונים ארוכים ויסודיים ואשר ביטאה רצון נחוש של רוב-רובה של הכנסת לשריין את זכויות האדם במסגרת פרקיה של החוקה. שנית, כי הכנסת עצמה מתייחסת בכבוד לפרקי חוקה אלה ונמנעת מחקיקה הסותרת אותם.