

# להלום את ערכי מדינת ישראל

אמיר ויצנבליט\*

**השימוש בפסקת ההגבלה הולך וגדל עם השנים. עם זאת משמעות מבחן עיקרי בה - הדרשה להלום את ערכי מדינת ישראל עדיין לוטה בערפל. מהו אותו מבחן ומה תפקידו? כיצד התייחסה אליו הפסיקה? ולבסוף - האין הוא מיותר?**

הזכות והאמצעי שננקט (הפוגע בזכות ומגשים את התכלית). לדעת השופט ד' דורנר, גם כאן ישנו צורך להתייחס לחשיבות הזכות לפי המדרג האמריקני:

**א.** מבחן המשנה הראשון (מבחן ההתאמה) או 'מבחן הקשר הרציונאלי' מקשר בין האמצעי שננקט לבין התכלית, ודורש קשר הגיוני ביניהם, כלומר, האמצעי יכול הגיונית להגשים את התכלית אותו הוא נועד לשרת. אם הזכות הנפגעת הינה מהרמה הגבוהה ביותר, יש צורך בוודאות קרובה שהאמצעי יגשים את התכלית. אם הזכות הינה מרמות נמוכות יותר, ניתן לנקוט במבחן הסתברותי נמוך יותר.

**ב.** המבחן השני (מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה) מקשר בין האמצעי לפגיעה בזכות. האמצעי שננקט הינו חוקתי רק אם אין אמצעי אחר המגשים את התכלית, ופגיעתו בזכות קטנה יותר. גם כאן ישנה התחשבות במדרג הזכות. אם חשיבות הזכות הינה פחותה, ניתן להעדיף אמצעי שפגיעתו בזכות גדולה יותר, אם עלותו זולה יותר.

**ג.** המבחן השלישי (מידתיות במובן הצר) מקשר בין התכלית לפגיעה בזכות, ולפיו על התועלת שבהגשמת התכלית להיות גדולה מהנזק שיוצרת הפגיעה בזכות. גם במבחן זה ישנה התחשבות במשקל הזכות - ככל שהזכות חשובה יותר, כך הנזק שנוצר גדול יותר.

לסיכום, כל המבחנים לעיל הינם גמישים ומעניקים חופש פעולה, (או 'מרחב תמרון', 'מתחם חוקתי') לפיו ישנם מספר תכליות ראויות, ומספר אמצעים להגשמתן וכולם חוקתיים. רק כאשר תהיה חריגה מאותו 'מתחם', תוכרז הפעולה כבלתי חוקתית. ניתן לראות שככל שהזכות חשובה יותר, כך המבחנים נעשים נוקשים יותר, וה'מתחם' מצטמצם, ולהיפך - ככל שחשיבות הזכות הנידונה פחותה יותר, המבחנים נעשים גמישים יותר ומעניקים חופש פעולה רחב יותר לשלטון.

## "הולם את ערכי מדינת ישראל"

כשבוחנים יסוד זה שבפסקת ההגבלה, מצטיירת תמונה שונה מאז שבשאר האלמנטים. בעוד שלגבי מבחני התכלית וה'מידתיות' ישנה הסכמה באופן כללי לגבי מהותם ואופן השימוש בהם, המצב בנוגע למבחן זה שונה: אמנם ישנה הסכמה שבמונח "ערכי מדינת ישראל" ישנה הפנייה לסעיף המטרה<sup>9</sup>, כלומר מדובר בערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית<sup>10</sup> אך קיימת מחלוקת עזה בנוגע למהותם של ערכים אלו. כדוגמה למחלוקת זו, ניתן למצוא את דעת השופט (בדימוס) אלון, שלדעתו, ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית הם "הערכים של מורשת ישראל ומורשת היהדות"<sup>11</sup>. ולעומתו, הנשיא ברק, שלדעתו יש לפרש את המונח "מדינה יהודית" ברמת הפשטה כה גבוהה עד שתעלה בקנה אחד עם אופייה הדמוקרטי של המדינה<sup>12</sup>. אציין כי לדעתי, לא מדובר במחלוקת שהיא 'רק' משפטית, אלא זוהי מחלוקת חברתית-פוליטית הנוגעת לאופייה היהודי של המדינה. בעייתיות נוספת במבחן הערכים הינה, שהוא טומן בתוכו אבסורד.

בעזרת מבחני פסקת ההגבלה, אנו בוחנים חוקים ופעולות הפוגעים בזכויות אדם. זכויות אלו הן כמובן חלק מערכי מדינת ישראל (ולא קשר למחלוקת הנ"ל שבסינתזה בין מדינה יהודית לדמוקרטיה). עולה כמובן השאלה, כיצד פעולה יכולה לפגוע בערך מערכי המדינה מחד, ולהלום את ערכי מדינת ישראל מאידך? זוהי כמובן סתירה. כאשר בוחנים פעולה באמצעות פסקת ההגבלה, פעולה זו מן הסתם פגעה

באחת עשרה שנים חלפו מאז כוננה הכנסת את פסקת ההגבלה בחוקי היסוד החדשים<sup>1</sup> בניגוד לקודמיהם, חוקי יסוד אלו מהווים דריסת רגל ראשונה, אך חשובה, בפרק זכויות האדם בחוקה העתידה לבוא. על-כן, אין זה מפתיע שהשימוש בחוקי-יסוד אלו הולך וגדל במהלך השנים, ותחולתם מתרחבת לתחומי משפט רבים.

מגמה זו לא פסחה גם על פסקת ההגבלה. פסקה זו, הקובעת כי פגיעה בזכות המעוגנת בחוקי-היסוד תהיה רק בחוק (או מכוח הסמכה מפורשת בו), ואף קובעת אמות מידה לחוקתיות חוק שכזה, תחולתה הורחבה לעניינים נוספים, מעבר לתפקיד לו יועדה מלכתחילה. כך למשל, השתמש בה השופט "זמיר בבחינת פגיעה בזכויות שאינן מעוגנות בחוקי-יסוד אלו"<sup>2</sup>. כך נעשה בה שימוש בבחינת פעולות מנהליות<sup>3</sup> וכך אף הרחיק לכת השופט מ' חשין ונעזר בה בבחינת חוקיות פעולותיו של גוף פרטי<sup>4</sup>. יתרה מכך, פסקת ההגבלה נקבעה באופן כללי כ"אמת המידה המקובלת כיום - בעקבות חקיקת היסוד, בעניין זכויות האדם"<sup>5</sup>.

פסקת ההגבלה, כידוע, מתירה פגיעה בזכות המעוגנת בחוקי-היסוד, רק אם היא עומדת במבחנים הבאים: הפגיעה היא בחוק (או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו) ה'הולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש<sup>6</sup>. במאמרי זה, אתמקד במבחן אחד מהמבחנים הנ"ל: "הולם את ערכי מדינת ישראל" (להלן: מבחן הערכים). אראה, כי למרות שכיום במקרים רבים נעזרים בפסקת ההגבלה, ולמרות שבשאר המבחנים המצויים בה נעשה שימוש רב, ונכתב רבות כיצד יש להיעזר בהם וכיצד ליישם, לא כך הוא המצב במבחן זה. אנסה להראות, שעקב חוסר הוודאות והטשטוש שקיים במבחן הערכים, הפסיקה כמעט שלא נעזרת בו, וכאשר כבר נעשה בו שימוש, הוא נעשה באופן מוטעה. לבסוף אעלה הצעות לפתרון המצב ואביע את השקפתי בנושא.

## פסקת ההגבלה - תזכורת

ראשית, אערוך תזכורת קצרה שתעמוד על אמות המידה המצויות בפסקת ההגבלה. כאמור, על הפגיעה בזכות לעמוד בתנאים הבאים: **"נועד לתכלית ראויה"** - לדעת הנשיא ברק<sup>7</sup> תכלית הפגיעה בזכות הינה ראויה אם היא עומדת בשני מבחני מישנה, האחד נוגע לתוכן התכלית, והשני לצורך בהגשמתה:

**א.** מבחינת תוכן התכלית, התכלית היא ראויה אם היא מהווה "מטרה חברתית הרגישה לזכויות אדם", או, "נועדה להשיג תכליות חברתיות כלליות".

**ב.** מבחינת הצורך בהגשמת התכלית, מאזכר ברק את הגישה האמריקנית המבחינה בין שלוש רמות של זכויות. אם הזכות הנפגעת הינה ברמה הגבוהה ביותר (כגון חופש הביטוי, חופש התנועה), אז על-מנת שהתכלית תהיה ראויה, עליה להגשים מטרה חיונית או צורך חברתי לוחץ. אם הזכות הנפגעת הינה ברמה הבינונית (למשל הפלייה על בסיס גיל), אז על התכלית להוות מטרה חברתית חשובה. לבסוף, אם הזכות הנפגעת הינה מהרמה הנמוכה ביותר (למשל - זכויות כלכליות), על התכלית להוות מטרה סבירה.

**"במידה שאינה עולה על הנדרש"** - גם בנוגע לאמת מידה זו ניתן למצוא פסיקה ענפה<sup>8</sup>. כיום מקובלת הגישה המחלקת את אמת-מידה זו לשלושה מבחני משנה. לדעתי, שלוש מבחני המשנה מאזנים בין שלושה אלמנטים: הפגיעה בזכות, התכלית (הראויה) שלשמה נפגעת



אולם, ראינו כי החריגה מהאמצעים האפשריים 'מטופלת' כבר בגדר 'מרחב התמרון'. האם קביעתו של שמגר היא, כי בכל פעם שחוק אינו חורג ממרחב התמרון הוא הולם את ערכי מדינת ישראל? לדעתנו, גם פרשנות זו הינה תמוהה, שכן אז מבחן זה הינו מיותר, ושוב הוא 'נבלע' במבחנים האחרים.

השופט ד' לוי, באותה פרשה, קובע כי חוק שבא "לשרת מטרות שרירותיות מצד השלטון כנגד אזרחיה (של המדינה)"<sup>22</sup> אינו הולם את ערכי מדינת ישראל. בדומה לדעת שמגר, גם כאן ישנו בלבול בין מבחן זה למבחן התכלית. חוק הבא לשרת מטרות שרירותיות של השלטון, הרי שתכליתו אינה ראויה, ואז בלאו הכי אינו חוקתי. לכן, שוב הגענו לתוצאה שהמבחן מיותר.

ראינו, אם-כן, שבפרשת בנק המזרחי חל בלבול בין מבחן הערכים לבין מבחן התכלית. נראה כי ראשית תופעה זו הינה במאמרו המפורסם של פרופ' ברק על המהפכה החוקתית, וכך הוא כותב: "כשלעצמי, נראה לי כי השניים (מבחן התכלית והערכים - א.ו.) קשורים זה בזה. כאשר חוק נועד לתכלית שאינה הולמת את ערכי מדינת ישראל, קשה לחלום כי ניתן יהיה לקבוע שהוא נועד לתכלית ראויה. כיצד ניתן לראות תכלית כ'ראויה' אם היא אינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל? יש להניח כי עניין זה יובהר במשך השנים בפסיקתו של בית המשפט העליון"<sup>23</sup>. האמנם הבהיר זאת בית המשפט העליון? בפרשת צמח, למשל, דבק בג"ץ בגישתו של ברק, ט' פל בשני המבחנים יחדיו, וקבע שכיוון שהחוק מגן על שלום הציבור, לא אז בלבד שתכליתו ראויה, אלא הוא גם הולם את ערכי מדינת ישראל<sup>24</sup>. גם בפרשת סילגדו<sup>25</sup> הדנה בחוקתיות הוראה מחוק העונשין, נאמר בחטף כי תכלית החוק ראויה, וכי הינה הולמת את ערכי מדינת ישראל. האם הבהיר בית המשפט מדוע אוחדו שני המבחנים? האם הבהיר מדוע כל חוק שתכליתו ראויה, הולם את ערכי מדינת ישראל, כך שמבחן זה נעשה מיותר? בית המשפט אינו מנמק תופעה זו.

שימוש מוזר יותר במבחן הערכים נעשה בפרשת סנש<sup>26</sup> שם, השתמש הנשיא ברק בפסקת ההגבלה כדי לבחון את חוקיות החלטת רשות השידור לשדר תכנית שנטען כי היא מכפישה את שמה הטוב של חנה סנש. נאמן לשיטת האיזון המסורתית בכל הנוגע לחופש הביטוי, קובע ברק שיש להגביל זכות זו רק אם ישנה וודאות קרובה לפגיעה ממשית באינטרס הנגדי (הוא אינטרס הציבור לשמה הטוב של חנה סנש). אולם כאן נתקל ברק בבעיה - כיצד יתיישב האיזון המסורתי, המקובל החל משנות ה-50 (מפרשת קול העם<sup>27</sup> המפורסמת), עם האיזון החדש של שנות ה-90. קרי - פסקת ההגבלה? לברק פתרון מקורי: "הפגיעה (בחופש הביטוי - א.ו.) תהא תואמת את ערכיה של מדינת ישראל, רק אם ההסתברות להתרחשותה היא קרובה לוודאי, ורק אם הפגיעה באינטרס הציבורי היא קשה, רצינית וחמורה". במילים אחרות, ברק 'כופה' את המבחן ההסתברותי המסורתי על מבחן הערכים, ועתה עומדות לפנינו שתי שאלות מהותיות: ראשית, כיצד הגיע ברק למסקנה המפתיעה שמבחן הערכים כולל בתוכו מבחן הסתברות? ברק אינו מנמק זאת בפסק הדין; ושנית, הקישור בין האמצעי (הפוגע בזכות) לבין השמירה על אינטרס הציבור (כלומר התכלית) נעשה כבר במסגרת מבחני המידתיות. מדוע לא להיעזר בהם ולהתקשקש על הפירוש המוזר של מבחן הערכים?

שימוש דומה במבחן הערכים נעשה בפרשת חורב לעיל הערה 3. שם, נבחנה חוקיות סגירת כביש בר-אילן בשבת, כלומר, פגיעה בחופש התנועה לשם שמירה על רגשות הציבור הדתי. במסגרת מבחן הערכים, קובע ברק שניתן לפגוע בחופש התנועה, רק אם הפגיעה ברגשות הציבור הינה מעבר לרמת הסיבולת, שהינה וודאות קרובה לפגיעה "קשה רצינית וחמורה" ברגשות הציבור.<sup>28</sup> שוב אנו רואים כי ברק כולל במבחן הערכים מבחן הסתברותי, ושוב עולות אותן התמיהות שהעלנו בפרשת סנש.

לסיכום, ניתן להבחין בשלוש מגמות בכל הנוגע ליישום מבחן הערכים

בזכות, בערך מערכי המדינה (שאחרת שאלת חוקתיותה לא הייתה עולה מלכתחילה), ולכן אינה יכולה להלוך ערכים אלו לעולם. הפתרון לאבסורד הנ"ל הוא פרשנות מתאימה למבחן הערכים. היה מצופה מבית-המשפט לקבוע קריטריונים, ליתן הסברים כיצד יש להשתמש במבחן וליישמו. אולם, בעוד שלגבי שאר המבחנים ישנה פסיקה ענפה, הנעזרת במשפט משווה, וקובעת מבחני משנה כיצד ליישמו, לא כך הוא המצב לגבי המבחן הנדון. ישנה מעין 'התעלמות' פרשנית בכל הנוגע למבחן, והדבר נובע, לדעתנו, משתי הבעיות שהוצגו לעיל - המחלוקת הרגישה לגבי מהות המושג "מדינה יהודית ודמוקרטית", והאבסורד הטמון במבחן.

## יישום המבחן בפסיקה

היעדר הפרשנות והבעייתיות שבמבחן הערכים מובילים לתוצאה ברורה - ברוב פסקי הדין המרכזיים בהם נעשה שימוש בפסקת ההגבלה, ישנה התעלמות מוחלטת מהמבחן.

בפרשת לשכת מנהלי ההשקעות, הועלתה שאלת חוקתיותו של חוק המסדיר את רישוי מקצוע ניהול תיקי השקעות<sup>13</sup>. הייתה זו הפעם הראשונה בה בוטלו סעיפי חוק עקב אי עמידה בתנאי פסקת ההגבלה. בפסק הדין ישנה התעלמות מהקריטריון של "הולם את ערכי מדינת ישראל", והדיון כולו נסב על מבחן המידתיות.

בפרשת צמח<sup>14</sup> בוטלו סעיפי חוק הנוגעים למשך זמן המעצר של חייל צה"ל<sup>15</sup>. זו הפעם השנייה בה בוטלה הוראת חוק הסותרת את פסקת ההגבלה. בפרשה זו, ישנה אמנם התייחסות לשאלה האם החוק הולם את ערכי מדינת ישראל, אך התייחסות זו היא קצרה (ואעמוד עליה בהמשך), ושוב עיקר הדיון נסב על שאלת המידתיות<sup>16</sup>. הפעם השלישית והאחרונה (בינתיים) בה בוטל חוק עקב כך שסתר את פסקת ההגבלה, הייתה בפרשת אורון<sup>17</sup> בה ביטל בג"ץ את הוראת החוק המעניקה רשיון וזכיון לפעולותיו הפיראטיות של ערוץ 7. שוב, באופן לא מפתיע, לא היה שימוש במבחן הנדון, והדיון כולו נסב על מבחני התכלית והמידתיות. בפרשה זו ישנה התעלמות מוחלטת מהשאלה האם החוק הולם את ערכי מדינת ישראל.

אציין כי גם בפסקי דין מרכזיים פחות, בהם נידונה חוקתיות של פעולה מסוימת לפי פסקת ההגבלה, ישנה התעלמות או התייחסות קצרה לשאלה האם הפעולה הולמת את ערכי מדינת ישראל, וכפוף, עיקר הדיון נסב על מבחני התכלית והמידתיות הברורים יותר<sup>18</sup>. לעומת פסקי דין אלו, ישנם פסקי דין נדירים, בהם בכל זאת ישנה התייחסות למבחן הנדון, תוך יישומו במקרה הספציפי. אולם, כפי שאראה בהמשך, יישום זה הינו מוטעה.

בפרשת בנק המזרחי, נידונה חוקתיותו של "חוק ההסדרים" לפיו יימחקו חלק מחובותיהם של ישובים חקלאיים. ביישמו את מבחני פסקת ההגבלה, קובע הנשיא (בדימוס) שמגר כי החוק הולם את ערכי מדינת ישראל, כיוון שיש בו "השתקפות של ערכי חברה המאמינה באחריותה של המדינה לגורל אזרחיה, המטפחת את התחושה שאזרחי המדינה ערבים זה לזה"<sup>19</sup>. לדעתנו, דבריו של שמגר מעט תמוהים. נזכור, כי תוכן התכלית הינו ראוי אם התכלית מהווה "מטרה חברתית הרגישה לאזכויות אדם", או, "נועדה להשיג תכליות חברתיות כלליות"<sup>20</sup>. לדעתנו, כאשר בחוק 'משתקפים' ערכי החברה (כדברי הנשיא בדימוס שמגר), כמובן שתוכן תכלית החוק הינו ראוי (שכן קשה, לדעתנו, לחשוב על תכלית כזו, בה 'משתקפים' ערכי החברה, אך היא אינה 'רגישה לאזכויות אדם', או אינה 'נועדה להשיג מטרה חברתית'). כלומר, כשחוק הולם את ערכי מדינת ישראל, תוכן תכליתו הינו ראוי. במילים אחרות, לפי פרשנותו של שמגר, מבחן הערכים מיותר, והוא 'נבלע' בתוך מבחן התכלית הראויה.

שמגר מוסיף ואומר שרק חוק "החורג לחלוטין ממערכת החלופות החוקיות וקרי, האמצעים - א.ו., יידחה מפני שיחסר בו אופיו ההולם"<sup>21</sup>.



בפסיקה. האחת, בלבול ואיחוד מבחן הערכים ומבחן התכלית. השנייה, יישום מבחן הערכים ככולל בתוכו מבחן הסתברותי. שתי המגמות יוצרות בעיות ותמיהות רבות- האם הסביר בית המשפט מדוע נקט בפרשנות זו של מבחן הערכים, פרשנות ההופכת את מבחן הערכים למיותר? האם הסביר מדוע ישנה חוסר אחידות ביישום המבחן? לכן, אין זה מפתיע שבית המשפט נוקט במגמה השלישית והנפוצה יותר - התעלמות מוחלטת ממבחן הערכים, והתמקדות במבחני התכלית והמידתיות הברורים יותר.

### פתרון ראשון - מבחן הערכים כתוצאה

בהנחה שכוונת הכנסת לא הייתה ליצור הוראה דקלרטיבית גרידא, יש למצוא, אם-כן, פרשנות מתאימה למבחן הערכים, כזו שתסביר את מהותו וייעודו. פתרון ראשון הינו להתייחס אל המבחן לא כמבחן העומד בפני עצמו, אלא כתוצאה של שאר המבחנים. במילים אחרות, אם פעולה הינה לתכלית ראויה ופוגעת בזכות במידה שאינה עולה על הנדרש, המסקנה הינה שהיא הולמת את ערכי מדינת ישראל (כלומר, חוקתית). נתייחס לפסקת ההגבלה כאילו כתוב בה שאין פוגעים בזכויות שונות "א.א. בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, כלומר, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש". אכן, בפתרון זה מספר חסרונות: ראשית, הוא מתרחק מלשונו של חוק היסוד; ושנית, אין הוא יוצק תוכן ממשי למבחן, אלא מדובר ב'טכניקה' להצליח להתחמק ממנו. אולם, יש בו יתרון בולט - הפסיקה הרי בלאו הכי מתחמקת מיישום מבחן הערכים, ויש בפתרון זה ליתן לכך נימוק משכנע.

### פתרון שני - מבחן הערכים ככלי עזר פרשני

בתחילת המאמר בדקנו מהי הפרשנות שנתן בית המשפט העליון למבחן התכלית בפנייתו למשפט האמריקני. ראינו, שבהפעלת מבחן התכלית, יש לשאול מספר שאלות: הראשונה, מהי הזכות הנפגעת; השנייה, מהי 'חשיבות' הזכות; והשלישית, כיצד יותאם מבחן התכלית לזכות הנידונה ולחשיבותה. כך משתנה מבחן התכלית לפי הזכות שעומדת על הפרק.

לדעתי, ניתן להגיע לאותה מסקנה בדבר פרשנותו של מבחן התכלית ללא פנייה למשפט האמריקני. ראשית, על מבחן התכלית להיות מותאם לזכות הנפגעת. שנית, זכות זו היא, כמובן, ערך מערכי מדינת ישראל. מכאן נובע, כי באמרנו שעל מבחן התכלית להיות מותאם לזכות הנפגעת, הרי שאמרנו כי עליו להלוך את ערכי מדינת ישראל. הנה כי כן, מסקנתו של הנשיא ברק בדבר פרשנות מבחן התכלית נובעת מנייתוח פסקת ההגבלה עצמה, ללא פנייה לשיטות משפט זרות. כלומר, מבחן הערכים 'מופעל' על מבחן התכלית. על מבחן התכלית להלוך את ערכי מדינת ישראל, כלומר להשתנות באופן ההולם את הזכות הנפגעת.

באופן דומה ניתן לפרש גם את מבחן המידתיות: ראינו, כי גם שלוש מבחני המידתיות הינם גמישים, ומותאמים לחשיבות הזכות הנפגעת. נזכור, כי זכות זו היא ערך מערכי מדינת ישראל. לפיכך, ובדומה למבחן התכלית, על מבחני המידתיות להתאים לזכות זו, או, במילים אחרות, להלוך את ערכי מדינת ישראל.

לסיכום, לפי פתרון זה, מבחן הערכים אינו עומד בפני עצמו, אלא הוא כלי עזר לפרשנות מבחני התכלית והמידתיות. על מבחנים אלה להלוך את ערכי מדינת ישראל, הווה אומר, להשתנות בהתאם לזכות הנפגעת.

בפתרון זה חסרון הדומה לזה שבפתרון הראשון - שוב אנו מתרחקים מפרשנות מילולית דווקנית של פסקת ההגבלה. לפי פסקת ההגבלה, על החוק, ולא על מבחני התכלית והמידתיות, להלוך את ערכי מדינת

ישראל. אך מנגד לחסרון זה, עומדים מספר יתרונות משמעותיים. ראשית, אנו יוצקים תוכן ממשי ושימושי למבחן הערכים. הוא שיקבע מה חשיבות הזכות הנפגעת, הוא שיקבע כיצד יותאמו לזכות זו מבחני התכלית והמידתיות, ועל ידי כך הוא שיקבע את היקף 'מרחב התמרון'. שנית, הצעה זו מעניקה פתרון לבעיה הפרשנית מתוך שיטת המשפט עצמה (ואף מאותו הסעיף). לכן היא עדיפה, לדעתי, על פרשנות המחפשת פתרונות בשיטות משפט זרות, בייחוד בפרשנות חוקי היסוד, המהווים את אבני הבניין של שיטתנו המשפטית.

### סיכום

תחולת חוקי היסוד בכלל ופסקת ההגבלה בפרט הינה רחבה ומגוונת, וניתן רק לצפות כי עוד תוסיף ותגדל בעתיד. ראינו, כי בניגוד לשאר מבחני פסקת ההגבלה, מבחן הערכים הינו מבחן בעייתי ולא ברור. כמו כן, כתוצאה מכך, נוטה בית המשפט להתעלם ממנו, או להיעזר בו בצורה תמוהה ולא אחידה. לדעתי, מדובר בסוגייה פרשנית מרכזית בחשיבותה, שכן חוקי היסוד החדשים מהווים אבן פינה של פרק זכויות האדם בחוקה העתידה לבוא. נותר רק לקוות שבית המשפט ייתן את דעתו על כך בהמשך הדרך.

1. פסקאות ההגבלה, כפי שהן מנוסחות כיום, נחקקו ב-94' (ראה - ס' 8 בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וס' 4 בחוק יסוד: חופש העיסוק, ס"ח תשנ"ד 90). פסקאות ההגבלה המקוריות שנחקקו ב-29' היו בעלות נוסח שונה (ראה ס"ח תשנ"ב 150, 114).
2. בג"צ 3434/96 הופנונג נ' יו"ר הכנסת, פ"ד (3) 57.
3. הש' דורנר, בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד (4) 94; הנשיא ברק, בג"צ 5016/96 חורב ו-3 אח' נ' המפקח על התעבורה, פ"ד (4) 1 (להלן: פרשת חורב).
4. רע"א 1684/96 עמותת 'תנו לחיות לחיות' נ' מפעלי נופש חמת גדר בע"מ, נא"מ (3) 832.
5. הנשיא ברק, פרשת חורב, בע' 41.
6. ראה לעיל, הערה 1.
7. שם, בע' 53-52; ע"א 6821/93 בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד (4) 221, 435-434 (להלן: פרשת בנק המזרחי).
8. בג"צ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד (4) 367, 385-384, 418 (להלן: פרשת לשכת מנהלי ההשקעות).
9. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס' 1א; חוק יסוד: חופש העיסוק, ס' 2.
10. למשל, פרשת בנק המזרחי, בע' 337.
11. מ' אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט יז (תשנ"ב) תשנ"ג (ג') 669.
12. א' ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א (תשנ"ב) 30.
13. חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה-1995, ס"ח 416.
14. בג"צ 59/5506 שגיא צמח נ' שר הבטחון, פ"ד (5) 142 (להלן: פרשת צמח).
15. חוק השיפוט הצבאי, תשס"ו-1995, ס"ח 171, ס' 237א, 234.
16. פרשת צמח, בע' 265.
17. בג"צ 1030/99 ח"כ אורון ואחרים נ' יו"ר הכנסת ואח', (טרם פורסם).
18. ראו למשל: בג"צ 5503/94 סגל נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד (נאו) 529; 19. בג"צ 4915/00 רשת חברת תקשורת והפקות נ' ממשלת ישראל, פ"ד (5) 20, 451. רע"פ 1057/99 יוחיב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד (נג) 21; 365. בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד (4) 94.
22. פרשת בנק המזרחי, בע' 337.
23. לעיל, הטקסט שאחרי אזכור ה"ש 7.
24. שם, בע' 342.
25. שם, בע' 460 (התוספת בסוגריים שלי - א.ו.).
26. ברק, לעיל הערה 12, בע' 28.
27. הש' זמיר, פרשת צמח, בע' 265.
28. ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל (טרם פורסם).
29. בג"צ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד (נג) 817.
30. בג"צ 53/73 "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד (ז) 871.
31. לעיל הערה 3.
32. שם, בע' 127-132.