

מכתבים

על התיקונים בחוק יסוד: חופש העיסוק

אהרן ברק*

הערת המערכת: את המכתב הזה כתב המשנה לנשיא בית-המשפט העליון, אהרן ברק, אל יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. המכתב כולל הערות להצעת חוק-יסוד: חופש העיסוק (תיקון), ה"ח התשנ"ד 129. בהתחשב בהערות שנכללו במכתב הגישה הממשלה נוסח חדש של הצעת החוק: הצעת חוק-יסוד: חופש העיסוק (תיקון) (נוסח חלופי), ה"ח התשנ"ד 189. הערותיו של השופט ברק מצאו הד בגרסה החדשה של חוק-יסוד: חופש העיסוק, שהתקבלה על-ידי הכנסת ביום 9 במרץ 1994, והן מתפרסמות ככלי-עזר לפרשנות חוק-היסוד.

* * *

ירושלים, כ"ח בטבת תשנ"ד
11 בינואר 1994

ח"כ ד' צוקר הנכבד,

הנרון: הצעת חוק-יסוד: חופש העיסוק (תיקון)

בא אני להעיר הערות אחדות להצעת חוק-יסוד: חופש העיסוק (תיקון). מצמצם אני את הערותי לצד "המקצועי". אין איפוא לפרש את הערותי כנקיטת עמדה באשר לתבונתה של ההצעה, אלא באשר לדרכי החקיקה עצמן.

1. פסקת ההגבלה החדשה

א. ההצעה מוסיפה את סעיף 2א החדש, שלפיו:

אין שוללים ואין מגבילים את חופש העיסוק אלא בחוק או לפי חוק, ההולמים את ערכיה של מדינת ישראל, שנועדו לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

* שופט בית-המשפט העליון.

כאמור בדברי ההסבר, בכך נעשה ניסיון להתאים את פסקת ההגבלה של חוק-יסוד: חופש העיסוק לפסקת ההגבלה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ב. הפסקה המוצעת מתחילה בביטוי "אין שוללים ואין מגבילים", לדעתי, זה ביטוי שאינו ראוי. חוק רגיל אינו יכול לשלול או להגביל את חופש העיסוק, שלילה או הגבלה של חופש העיסוק יש לעשות רק בדרך של שינוי חוק היסוד, כלומר בחוק-יסוד שנתקבל על-ידי רוב חברי הכנסת (סעיף 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק). מטרתה של פסקת ההגבלה שונה לחלוטין. מטרתה היא לשמר את התוקף החוקתי של חוק הפוגע בזכות אדם מוגנת ושאינו משנה אותה (בין בדרך שלילה ובין בדרך הגבלה). חוק הפוגע בזכות אדם מוגנת אינו מתיימר ואינו מסוגל לשלול או להגביל את זכות האדם (כגון חופש העיסוק). כל שניתן לעשות הוא למנוע את אי חוקיותו. הדבר נעשה באמצעות פסקת ההגבלה, הסדר דומה קיים לגבי חקיקה ישנה (במסגרת ההוראות על הוראות שעה). הפסקה בדבר "הוראות שעה" (סעיף 6 לחוק-יסוד: חופש העיסוק) אינה שוללת או פוגעת בחופש העיסוק. כל שהיא קובעת הוא כי הוראות הדין הישן "יעמדו בתוקפן". אכן, הגישה הראויה מוצאת את ביטויה בפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 8). פסקה זו קובעת:

אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה, אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

הפסקה אינה מתייחסת לשלילה או הגבלה של כבוד האדם וחירותו, אלא לפגיעה בהם בלבד. אכן, יש להבחין, מבחינה חוקתית, בין שלילה או הגבלה של זכות אדם חוקתית לבין פגיעה בזכות אדם חוקתית. שלילה או הגבלה של זכות אדם חוקתית ניתן לעשות רק בדרך של שינוי הוראות חוק היסוד, כלומר בהליך הקבוע בסעיף 5 (רוב מיוחס וחוק-יסוד). פגיעה בזכות אדם חוקתית ניתן לערוך בחוק רגיל, ובלבד שהוא מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. על כן אני מציע כי פסקת ההגבלה החדשה בחוק-יסוד: חופש העיסוק תקבע בזו הלשון:

אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק...

ג. הפסקה המוצעת קובעת כי שלילה או הגבלה של חופש העיסוק צריכה להעשות "בחוק או לפי חוק". ביטוי זה ("בחוק או לפי חוק") מעורר שלל בעיות. ניסוחו אינו ראוי. המקבילה במסמכים חוקתיים (לאומיים ובינלאומיים) הוא "Prescribed by law", אשר משמעותה הראויה בעברית היא "במשפט" או "בדין". אילו ננקט ביטוי שכזה, היתה נפתרת בעייתה של חקיקת המשנה, כמו גם בעיות קשות אחרות (כגון, הגבלה בהלכה הפסוקה או בפסיקה של בתי-דין רבניים). ייתכן שה"מיקום" הנכון לטיפול "שורש" בבעיה זו הוא עיון מחדש בפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, או אולי בשעה שכל זכויות האדם יאוחדו למסמך אחיד. אצמצם הערותי עתה אך לתוספת "לפי חוק".

מקובל ברבות מהמדינות בהם מתעוררת בעיה דומה (כדון ארצות-הברית, גרמניה, האמנה האירופאית לזכויות האדם ועוד) לקבוע כי ניתן לפגוע בזכות יסוד בחקיקת משנה וכלבד שחקיקת המשנה מבצעת הסדרים ראשוניים הקבועים בחקיקה הראשית. במדינה דמוקרטית, אין לאפשר לחקיקת משנה לקבוע הסדרים ראשוניים הפוגעים בזכות יסוד. מדינה שערכיה דמוקרטיים אינה מאפשרת למחוקק הראשי להשתחרר מתפקיד החקיקה תוך שניתנת "יד הופשית" למחוקק המשנה (לרוב, הרשות המבצעת) לפגוע בזכות אדם מוגנת ללא כל הכוונה מהמחוקק הראשי (כשם שאין לאפשר לקבוע בחוק כי הפגיעה בזכות היסוד תעשה "לפי שיקול דעתו" של פלוני בלא לקבוע אמות מידה להפעלת שיקול הדעת). ברבות מהמדינות (כגון ארצות-הברית וגרמניה) מסקנה זו מתבקשת גם מעקרון הפרדת הרשויות - המעוגן אף הוא בחוקה - לפיו אין המחוקק (אשר תפקיד החקיקה הוטל עליו בחוקה) ראשי להשתחרר מסמכותו זו.

מוכר, כמובן, הצורך המעשי בחקיקת משנה, אך נקבע כי חקיקת משנה זו צריכה אך לבצע הסדרים ראשוניים הקבועים בחוק. על כן, מוכרת החוקתיות של חקיקת משנה רק עד כמה שהיא נעשית במסגרת אמות מידה הקבועות בחקיקה הראשית (ראה למשל סעיף 180(1) לחוק היסוד הגרמני, הדורש כי התוכן, המטרה וההיקף של ההסדר חייב להקבע בחקיקה ראשית. בארצות-הברית, העדר קביעה כזו בחוק יביא לביטול החוק: void for vagueness). הנני מציע, איפוא, ליתן ביטוי לתפישה זו בחוק-היסוד, באופן שניתן יהא לפגוע בחופש העיסוק בחקיקת משנה המבצעת הסדרים ראשוניים הקבועים בחקיקה הראשית. כאמור, הדבר מקובל במשפט המשווה, והוא לא מעורר כל קושי מעשי. לדעתי, גם הניסוח המוצע ("בחוק או לפי חוק") מאפשר פרשנות שיפוטית, לפיה רק אם ההסדרים הראשוניים קבועים בחוק ההגבלה היא "לפי חוק". כאשר כל ההסדרים הראשוניים הם בחקיקת משנה, ההגבלה אינה "לפי חוק" אלא "לפי חקיקת משנה". כאמור, שאלה זו פתוחה היא, וראוי לה לרשות המכוננת לקבוע עמדה ברורה בסוגייה מרכזית זו.

2. סעיף 5(ב) החדש

סעיף זה מאמץ את רעיון ה-override הקנדי, במישור "המקצועי" הערתי היא זו: ההצעה קובעת כי:

לא תהא הוראה בחוק סותרת חוק-יסוד זה אלא אם כן...

נדמה לי שבכך לא ניתן ביטוי נכון לרעיון ה-override. רעיון זה אינו מבוסס על מתן תוקף חוקתי לחוק הסותר את חוק-היסוד. מתן תוקף כאמור עשוי להתפרש כשינוי חוק-היסוד. שינוי כזה ניתן לעשות רק בחוק-יסוד וברוב מיוחס. אכן, הרעיון של ה-override אינו מבוסס על סתירה לחוק-היסוד אלא על שמירת התוקף של חוק הפוגע שלא כדין בזכות אדם מוגנת. אין להפוך את ה-override כמכשיר לסתירה (ולשינוי) של חוק-היסוד. הניסוח החוקתי הקנדי הוא מדויק. נאמר בו, כי הוראת חוק שנחקקה על אף האמור בחוק היסוד:

Shall operate notwithstanding...

המבנה הנורמטיבי הוא איפוא זה שחוק היסוד נשאר בתוקפו. חוק היסוד לא נסתר. כל שה-override מאפשר הוא תוקף נורמטיבי (כלומר, מניעה של הכרות בטלות) להוראת חוק הפוגעת – בלא לקיים את הוראותיה של פסקת ההגבלה – בזכות אדם מוגנת. מבחינה זו דומה חוק שחוקתיותו נשמרת על-ידי ה-override לחוק שחוקתיותו נשמרת על-ידי פסקת ההגבלה או על-ידי ההוראה בדבר שמירת הדינים. בכל המצבים הללו הניסוח הראוי אינו שחוק הסותר את חוק היסוד תקף, אלא שהפגיעה בזכות יסוד מוגנת משוריינת בפני תקיפה חוקתית. הנני מציע איפוא כי סעיף 5(ב) ינוסח מחדש ברוח הערתי זו.

3. סעיף 5א החדש

הוראה זו קובעת הסדר נורמטיבי לעניין חוק לא חוקתי. נקבע בה כי מועד הבטלות יחול – לגבי מי שלא היה צד להליך – במועד שלאחר מתן פסק הדין, כפי שקבע בית-המשפט. מבקש אני להעיר הערות אלה:

א. ניסוחה של ההוראה רחב מדי. על-פי הנוסח המוצע קביעתו של בית-המשפט שלום, למשל, שהחוק בטל, תהא אופרטיבית לגבי מי שלא היו צד להליך. לדעתי, החלטה על בטלות חוק הנעשית על-ידי כל בית-משפט או בית-דין – למעט בית-המשפט העליון – פועלת אך ורק בין הצדדים. רק החלטתו של בית-המשפט העליון – כחלק מעקרונות התקדים המחייב – פועלת כלפי הכול. על כן, בעיית התחולה בזמן כלפי מי שאינו צד להליך מתעוררת רק לעניין בית-המשפט העליון. לגבי צד לדיון – הקביעה צריכה לפעול תמיד כלפיו.

ב. לגוף העניין, אין לקבוע שתחולת הבטלות היא תמיד פרוספקטיבית. יש לאפשר גמישות, תוך מתן אפשרות לקבוע תחולה רטרואקטיבית (כלומר, למפרע, מיום חקיקת החוק, או מיום חקיקתו של חוק-היסוד, או מועד כלשהו בעבר); אקטיבית (כלומר מיום הקביעה) או פרוספקטיבית (מועד כלשהו בעתיד). טול המקרה שבו סובר בית-המשפט כי חוק פוגע בחופש העיסוק מעבר למידה הראויה, בכך שהוא קובע – בנוסף לפיקוח מינהלי על עיסוק – גם אחריות פלילית. בית-המשפט "מפריד" (severance) בין החלק הלא חוקתי לבין החלק החוקתי, וקובע כי ההסדר של האחריות הפלילית (להבדיל מהסדרי הפיקוח המינהליים) הוא לא חוקתי. לדעתי, יש צידוק מלא כי ביטול האחריות הפלילית יפעל רטרואקטיבית. אם אנשים יושבים במאסר או שילמו קנס, אין כל צידוק שימשיכו לשבת או לשאת במעמסה הכספית עד עבור המועד העתידי שיקבע בית-המשפט במצוות התיקון המוצע. מבין אני את הצורך העומד ביסוד ההוראה המוצעת. צורך זה נובע מהרצון למנוע "חלל" משפטי. הדרך להסדיר צורך זה אינה בקביעת הוראה נוקשה, אלא במתן גמישות לבית-המשפט. כך, למשל, בקנדה – שבה אין כל הוראה בעניין זה – בית-המשפט נוהג להשעות את מועד הכניסה לתוקף של הכרות הבטלות. אין הוא חייב לעשות זאת בכל המקרים.

בגרמניה נוהג בית-המשפט החוקתי להצהיר לעתים כי חוק נוגד חוקה, מבלי להכריז על בטלותו. בכך הוא מעניק זמן למחוקק לפעול לשינוי המצב. באוסטריה קובעת החוקה (סעיף 140) כי חוק לא חוקתי אינו בטל (void) אלא נפסד (voidable) ובית-המשפט

המכריז על בטלותו, קובע את תוצאות הבטלות (העשויות לחול גם למפרע). לדעתי, רצוי להימנע מקביעות נוקשות. עקרונית, ייתכן שחוק לא חוקתי יתבטל (למפרע) לצרכים מסוימים (כגון אחריות פלילית) אך יעניק זכויות לצרכים אחרים (כגון, מס ששולם לא יוחזר). יש מקום להחיל כאן את תורת הבטלות היהסית, שלפיה הצהרת הבטלות היא אקט שיפוטי, אשר תוצאותיו מתחשבות בנסיבות של זמן, מקום וצדדים. פעולה משפטית (כגון חוק) שבטלותה היא יהסית, עשויה להיות בעל תוצאות בעניינים מסוימים, ונעדרת תוצאות בעניינים אחרים. אין לנקוט גישה של "הכל או לא כלום". לשם כך יש להעניק חופש לבית-המשפט לעצב את תוצאות אי-החוקיות. אם ניתן להסתפק באמצעי שהוא פחות מבטלות גמורה ומלאה, יש תמיד להעדיף הסדר זה, המשמר ככל האפשר את פעולת המחוקק. על כן, נראה לי כי רצוי לקבוע הוראה כללית, שלפיה משקבע בית-המשפט כי חוק אינו מתיישב עם הוראות חוק-היסוד, הוא רשאי לקבוע את תוצאות אי-ההתיישבות (אשר יחולו [לעניין כל בית-משפט] בין הצדדים ולעניין בית-המשפט העליון – כלפי הכול). בהקשר זה רצוי להוסיף הוראה – הקיימת בצ'רטר הקנדי – שלפיה רשאי בית-המשפט להעניק תרופה שתיראה לו צודקת בנסיבות העניין. דבר זה יפתח פתח לפיתוח תורה של תרופות חוקתיות (כפי שהדבר נעשה, למשל, בארצות-הברית במסגרת ה-Bivens Actions [על שם פסק-הדין בפרשת Bivens v. Six Unknown Agents of Federal Bureau of Narcotics, 403 U.S. (1971) 388; כאן הוכרה תביעה לפיצויים נגד פקידים פדרליים, שנכנסו לדירה בלא צו חיפוש ובלא שהיה טעם סביר ליתן צו חיפוש. תביעת הפיצויים נגורה במישרין מהוראות החוקה]).

4. תחולת התיקון

סעיף 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק (תיקון) קובע כי:

תחילתו של חוק-יסוד זה ביום תחילתו של חוק-יסוד: חופש העיסוק.

חוק-היסוד המתקן קובע איפוא תחולה רטרואקטיבית של התיקון ליום 12.3.1992. לדעתי, זו תוצאה בלתי ראויה, וזאת מהטעמים הבאים:

1. אין מחוקקים חוקה למפרע. אין מחוקקים חוק-יסוד רטרואקטיבי. זהו "שיעור רע" למחוקק הרגיל. כשלעצמי, יש לי אף ספקות אם הרשות המכוננת מוסמכת לכך.
2. אין כל צידוק ענייני לחקיקה רטרואקטיבית. בוודאי אין כל צידוק ליתן לחוק המתקן תוקף שלפני עבור מועד השנתיים לשמירת הדין הישן (סעיף 6 לחוק-היסוד המקורי). סעיף 6 לחוק המקורי קובע כי:

הוראות חיקוק שהיו בתוקף ערב תחילתו של חוק-יסוד זה, והן עומדות בסתירה להוראותיו יעמדו בתקפן עד תום שנתיים מיום תחילתו של חוק-יסוד זה.

מה טעם יש לתת לתיקון תוקף למפרע, לפני מועד חלוף השנתיים? זאת ועוד, נניח כי התיקון יתקבל זמן ניכר לאחר חלוף מועד השנתיים לשמירת הדין הישן. בתקופה זו ייתכן ויינתנו פסקי־דין שהצהירו על בטלות דברי חקיקה הפוגעים שלא כדין בחופש העיסוק. בני הציבור – בין אלה שהיו צד לאותם משפטים ובין שלא היו צד להם – נהגו לפי ההלכה החדשה. נוצרו ציפיות חדשות. כל אלה ייפגעו (למפרע) עם התיקון החדש. מה צידוק יש לכך?

5. פסקת המטרה

א. ההצעה מבקשת להוסיף לחוק-יסוד: חופש העיסוק פסקת מטרה, אשר זו לשונה:

חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על חופש העיסוק כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

בדברי ההסבר נאמר כי בכך מבקשים להתאים את מבנהו של חוק-יסוד: חופש העיסוק למבנה חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. פסקת המטרה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובעת:

חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

ב. לדעתי, יש מקום לשקול את האפשרות לקבוע פסקת מטרה זהה בכל חוקי-היסוד העוסקים בזכויות האדם. על-פי גישה זו תיווסף לחוק-יסוד: חופש העיסוק פסקת מטרה הקובעת כי:

חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו (ולא על חופש העיסוק), כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

בכך יינתן ביטוי למרכזיותו של הערך בדבר כבוד האדם וחירותו. בכך יודגש כי כל זכויות האדם – בין אלה שנקבעו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובין אלה שייקבעו בחוקי-היסוד החדשים – גובעות מכבוד האדם ומחירותו. בכך גם תימנע התוצאה הבלתי ראויה, שלפיה חופש העיסוק או הזכויות הגוספות שייקבעו בחוקי-היסוד הנוספים בדבר זכויות האדם עומדים ברמה נורמטיבית שווה לכבוד האדם וחירותו. אך טבעי הוא, שעם איחוד כל חוקי-היסוד בדבר זכויות אדם למסמך אחד יהא מקום רק לפסקת מטרה אחת. פסקה זו תהא בוודאי זו הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ניתן להגשים זאת כבר עתה, מבלי שיהא צורך לבטל את פסקות המטרה הספציפיות. בכך יובלטו האחדות החוקתית, הצורך להשיג הרמוניה בין כל חוקי-היסוד העוסקים בזכויות אדם, והמעמד

משפט וממשל ב תשנ"ה

על התיקונים בחוק־יסוד: חופש העיסוק

העליון של כבוד האדם וחירותו כמסד לכל זכויות האדם. אכן, ההשקפה החוקתית המקובלת היא כי זכויות האדם הספציפיות (לרבות חופש העיסוק) נגזרות - במשרין או בעקיפין - מהעיקרון החוקתי של כבוד האדם. יפה יהא, אם יינתן לכך ביטוי בחוק־היסוד השונים העוסקים בזכויות האדם. מכתב מקביל הנני כותב גם לפרופ' ד' ליבאי, שר המשפטים.

בכבוד רב,

אהרן ברק
