חופש העיסוק – בין רטוריקה למציאות

מנחם גולדברג, חופש העיסוק והגבלתו (סדן, 1999)

שולמית אלמוג*

נקודת־פתיחה מתבקשת לדיון בחופש העיסוק היא מעמדו ההצהרתי האיתן, שכוגן עוד בשנות הבראשית של המשפט הישראלי, באחר מפסקי־הדין החשובים הראשונים של בית־המשפט העליון, בג"ץ בדרנו, הוכרז, כי "כלל גדול הוא, כי לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח־יד אשר יבחר לעצמו, כל זמן שהתעסקות בעבודה או במשלח־יד אינה אסורה ממעם החוק".[1] כידוע, פסק־דין זה הפך לאחד ממקורות ההתייחסות והציטוט המפורסמים והמרכזיים ביותר במשפטנו,[2] ועל העיקרון הכללי שהוכרז בו חזר בית־המשפט פעמים רבות במהלך השנים.[3]

כמה עשרות שנים לאחר־מכן, ב-1992, הפך חופש העיסוק לנושאו של אחד משני חוקי־יסוד בעלי חשיבות ראשונית, שביקשו להעניק לזכויות האדם היסודיות את המעמד התוקתי הראוי להן. חוק־יסוד: חופש העיסוק,[4] אף הגדיל לעשות מאחיו־תאומו, חוק־

---

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

1. בג"ץ 1/49 בדרנו ואח' נ' שר המשטרה ואח', פ"ד ב 80, עמ' 82 (להלן: בג"ץ בדרנו).
2. בג"ץ בדרנו הוא מהמצוטטים ביותר גם בשנות התשעים. ראו זאב סגל, "בג"ץ במירקם התברה הישראלית – לאחר חמישים שנה", משפט וממשל ה (תש"ס) 235, עמ' 241, הערה 13. סגל מפנה בהקשר זה ליורם שחר, רון חריס ומירון גרוס, "נוהגי ההסתמכות של בית־המשפט העליון – ניתוחים כמותיים", משפטים כו (תשנ"ו-תשנ"ז) 119; וכן "אנטומיה של שיח ומחלוקת בבית־המשפט העליון – ניתוחים כמותיים", עיוני משפט כ (תשנ"ו-תשנ"ז) 749.
3. דוגמאות לאזכורים כאלה מפורטות במנחם גולדברג, חופש העיסוק והגבלתו (סדן, 1999), 22.
4. ס"ח תשנ"ד 90.

nevo.co.il

יסוד: כבוד האדם וחירותו, בהעניקו לחופש העיסוק את סעיף השריון "המקיף ביותר בחקיקתנו".[5]

זכות ראשונים הוענקה לחופש העיסוק בהקשר נוסף. ההחלטה היחידה עד כה, שבה ביטל בית־המשפט העליון חלק מדבר־חקיקה של הכנסת בשל היותו מנוגד לחוק־יסוד, נוגעת לחופש העיסוק. בשנת 1997, בבג"ץ לשכת מנהלי ההשקעות, פסק בג"ץ, כי הוראה שחייבה מנהלי תיקי־השקעות שלא צברו ותק של שבע שנים לעבור בחינות כדי להמשיך בעיסוקם, היא הוראה שאינה עומדת בדרישות פסקת ההגבלה שבחוק־יסוד: חופש העיסוק.[6]

על־פני הדברים יוחד לחופש העיסוק מעמד איתן הנשמר ברציפות לאורך כל שנותיו של משפט המדינה, ולפחות לכאורה "זכות היסוד של חופש העיסוק עומדת איפוא בראש הפירמידה של עקרונות היסוד במערכת משפטנו"[7] – כמאמר השופט מנחם אלון, המקדים לדברים התייחסות למעמדו המשוריין של חוק־היסוד (ומצמיד אליהם תהייה שתאוזכר בהמשך).

אולם כאשר מבקשים להרחיק מבט מעבר להצהרות ההתחלתיות, מתחוור כי הרטוריקה הכללית של הגנה על חופש העיסוק, נוסח בג"ץ בזירנר, או סעיף 3 לחוק־יסוד: חופש העיסוק, היא בבחינת מסגרת ניסוחית חסרה, המטשטשת גם את הפרקטיקה הנוגעת לחופש העיסוק גם את קיומן של שאלות עקרוניות, פוליטיות, רעיוניות וערכיות הנקשרות בו – שאלות שאין בעניינן הסכמה או תמימות־דעים.

ברמה המעשית והתכליתית יש מארג עצום של הסדרים חקיקתיים ופסיקתיים, הקובע את משמעותו האמיתית של חופש העיסוק. המארג הזה חושף פער גדול בין מצמדו ההצהרתי, או הרטורי, של חופש העיסוק ובין מצב הדברים הנוהג. בפועל דומה, כי ענייננו העיקרי של המשפט הוא הגבלת העיסוק בדרכים ובאמצעים שונים ולא הגנה על חופש העיסוק.

ברמה התיאורטית ישנן השקפות שונות באשר לצידוקי הגבלת העיסוק ולשאלות אחרות הנקשרות בהסדרת העיסוק, כגון את האינטרסים של מי מקדמת התערבות שלטונית מסיבית בהסדרת העיסוק ובקביעת קריטריונים סטטוטוריים ומנגנוני רישוי ופיקוח לצורך עיסוק? האם התערבות כזו, ברמה הקיימת, מחויבת המציאות או רצויה?[8]

---

5. גולדברג (לעיל, הערה 3), 104.
6. בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד נא (4) 367 (להלן: בג"ץ מנהלי ההשקעות).
7. מנחם אלון, "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו", עיוני משפט יז (תשנ"ג) 659, עמ' 662.
8. לפירוט גישות אפשריות שונות בהקשר זה ראו מרדכי קרמניצר, עמרי בן־שחר ושחר גולדמן, חופש העיסוק: מתי על המדינה לקבוע בחוק תנאי כניסה לעיסוק מקצועי? (המכון הישראלי לדמוקרטיה, תשנ"ח).

nevo.co.il

האם חופש העיסוק הוא זכות שלעובדים עניין מרכזי בהגנה עליה, או שבמצב הדברים הקיים משרתת הזכות בעיקר אינטרסים כלכליים "קפיטליסטיים", כמו עיגון "חופש העיסוק" של תאגידים?[9] את מי שירתה ההגנה שפרס בית־המשפט העליון על חופש העיסוק בבג"ץ מנהלי ההשקעות, והאם היה מקום לעשות שימוש בעקרון חופש העיסוק באותו עניין לשם פסילת הוראות החוק?[10] האם חופש העיסוק ראוי בכלל למעמד ההצהרתי הנישא אליו קודם במשפטנו?[11]

כך, בניגוד אולי למצופה, מסתבר כי המעמד הרטורי במקרה זה אינו משקף תמימות־דעים לא באשר למשמעותו התיאורטית של חופש העיסוק, לא באשר לגבולותיו ואפילו לא באשר למיקומו במסגרת זכויות אדם אחרות. משמרחיקים את הטבט מהאמירה השיפוטית והחקיקתית הכללית, מתחוור כי "חופש העיסוק" אינו עשוי לייצג תפיסה ברורה, החוסה בבטתה תחת כנפיו של קונסנסוס חד־משמעי.

מעבר לכך יצרה אף המציאות הפוליטית פער ההולך וגדל בינה ובין הרטוריקה. כשם שהוכיחו פסקי־הדין בפרשת מיטראל,[12] לחופש העיסוק ה"תמים" עשויות להיקשר פרשיות העומדות בעין הסערה והמייצגות את המחלוקות הקשות ביותר המפלגות את

---

9. שאלה כזו מציג אנדרי מרמור, המשיב:

> את העובדים, המובטלים, העניים והנחשלים בחברה הישראלית לא מעניינת הזכות לבחירה ב"עיסוק, מקצוע או כל משלח יד", אלא הזכות לעבודה ולשכר הוגן. הזכות לחופש העיסוק היא זכות קפיטליסטית מובהקת, שאפילו בטדינות קפיטליסטיות מסורתיות אינה ווכה בדרך־כלל למעמד חוקתי נשגב (ההדגשה במקור - ש"א).

ראו אנדרי מרמור, "ביקורת שיפוטית בישראל", משפט וממשל ד (תשנ"ז-תשנ"ח) 133, עמ' 140. לשאלת תחולתו של עקרון חופש העיסוק על פעולת תאגידים ראו יצחק אליאסוף, "חוק־יסוד: חופש העיסוק", משפט וממשל ב (תשנ"ד-תשנ"ה) 173, עמ' 177-178.

10. לדיון בשאלה זו ראו מרמור (לעיל, הערה 9); עלי זלצברגר ואלכסנדר (סנדי) קדר, "המהפכה השקטה – עוד על הביקורת השיפוטית לפי תוקי־ויטוד החדשים", משפט וממשל ד (תשנ"ז-תשנ"ח), 489; וכן סגל (לעיל, הערה 2), 277-278.

11. כך שואל השופט מנחם אלון: "ומקום יש לו לבעל הדין לטעון ולתמוה אם אומנם ראויה היא זכות חופש העיסוק דווקא להיות מלכת הזכויות, ראשונה בין הראשונים" (לעיל, הערה 7), 662; והשופט מנחם גולדברג מציין, כי הפסיקה שהאדירה את מעמד חופש העיסוק זכתה לביקורת מחוגים שונים, שישגם בהם הסבורים כי חופש העיסוק הוא זכות בעלת מעמד שולי (גולדברג (לעיל, הערה 3), 13).

12. בג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות ואח', פ"ד מז (5) 485; בג"ץ 4676/94 מיטראל בע"מ ואח' נ' כנסת ישראל ואח', פ"ד נ (5) 15.

החברה הישראלית. מי שחשב כי מעטים הקשרים בין חופש העיסוק ובין "מדינה יהודית ודמוקרטית", טעה.[13]

מצב דברים מורכב זה משתקף היטב בספרו של מנחם גולדברג, חופש העיסוק והגבלתו. הספר הזה משרת מטרה כפולה: מחד גיסא, והוא היבור מאיר־עיניים ומלומד, המפרט מכלול שלם של סוגיות לא־פשוטות הקשורות בחופש העיסוק ובהתנגשויות בינו ובין זכויות ואינטרסים אחרים, באופן בהיר ומדויק, הלוכד גם את תמצית העניין גם את הגורמים העיקריים הנקשרים אליו. הספר, הכולל מפתחות מצוינים (ותצוין גם ההקפדה על הצד הגרפי והאסתטי), הוא בבחינת כלי שלו ותשיבות רבה לציבור רחב בעל עניין בהקשרים שונים של חופש העיסוק והגבלתו. במקביל לפן המעשי שלו מציע לנו הספר ייצוג מעניין של המציאות הדיאלקטית הקשורה בחופש העיסוק, על דבדיה השונים. רמז למציאות זו מצוי כבר בבחירה הלשונית הבאה לידי ביטוי בכותרת, שבה ניתנו לחופש ולהגבלתו משקל שווה.

הספר פותח בארבע מובאות שמטרתן המוצהרת היא להמחיש "כיצד נשיאי בית המשפט העליון לדורותיהם, התייחסו לחופש העיסוק טרם חקיקתו של חוק היסוד ולאחר מכן",[14] כהמשך ישיר עוסק הפרק הראשון, "חופש העיסוק כזכות יסוד", במסגרת ה"הכרותית" המקיפה את חופש העיסוק. אמנם, הפרק הזה מאזכר גם את הגבלתה של הזכות, אולם עיקרו הוא פידוט האמצעים השונים שבסיועם כונן מעמדו ההצהרתי הרם של חופש העיסוק. בפרקים הבאים מועמת ההגיגיות העולה מהפתיחה. המחבר כמו מפשיל שרוולים, ובאורח הדרגתי ויסודי הוא חושף את רשת ההגבלות הצפופה האופפת את חופש העיסוק מכל עבר, גם היום, שנים לא־מעטות לאחר חקיקת חוק־היסוד שאמור היה להוביל לעבר בחינתה הביקורתית של רשת ההגבלות הקיימת ואריגת רשת חדשה, מרווחת יותר.[15]

ההגבלות על חופש העיסוק נבחנות בספר בקפידה דייקנית, תוך חלוקתן לכמה קטיגוריות. תחילה נידונות הגבלות "ספציפיות", כגון הגבלת העיסוק מחמת גיל, מצב בריאות וטעמי בטיחות. בין ההגבלות הספציפיות המוזרות־משהו, שהמחבר משייכן לתחום המשפט המינהלי, מצויה הוראה המייחדת את עיסוק המיילדות לנשים בלבד,[16]

13. ראו, למשל, את דבריו של ת"כ אברהם רבין בהקשר זה: "קח, למשל, חוק יסוד תמים מאוד כמו חוק יסוד חופש העיסוק. מה יותר בשר מן החוק הזה ... אף אחד מאתנו, כולל יומי החוק, לא העלה ברעתו שהחוק הזה ינוצל בסופו של דבר כדי להכשיר יבוא של בשר טרף לישראל" (יאיר שלג, "חוקה: למה החרדים מפחדים ממנה. ולא רק הם", הארץ (26.5.1999) בב).
14. גולדברג (לעיל, הערה 3), 13.
15. כידוע, הוארך סעיף שימור הדין שבחוק־היסוד עד מארס 2002 (חוק־יסוד: חופש העיסוק (תיקון מס' 2), ס"ח תשנ"ח 178).
16. סעיף 4 לפקודת המילדות, תא"י כרך ב, (ע) 903, (א) 931.

הוראה המונעת מרווקים כהונה כדיינים,[17] הוראה האוסרת על נערים לעסוק ברוכלות באולם־ריקודים[18] ועוד כהנה וכהנה הגבלות, שטעמן לעתים פטרנליסטי, לעתים אנכרוניסטי ולעתים עמום. לאחר־מכן מספל המחבר בהגבלות "חיקוקיות" על חופש העיסוק, הנובעות מהקיקת מיסוי, עבודה וקניין רוחני. אחר־כך נידונות הגבלות חוזיות מסוגים שונים. הגם שלא כל ההגבלות, אלא רק העיקריות שבהן, נמנות בחיבור,[19] עשויים המעיינים ברשימת התוראות המגבילות להגיע אל המסקנה כי המונח "חופש העיסוק" כשם כללי לאפיון התופעה, שעניינה הסדרת עיסוקיו של אדם, הוא מטעה וכי העיקרון שממנו נובעים הדברים הוא "הגבלת העיסוק". בפועל, חלקו השני של הספר כמו מפרק את האמירה העולה מתוך חלקו הראשון ומעמיד אותנו על הפער בין ההכרזות התר־משמעיות בדבר ההכרה בחופש־העיסוק וחשיבותו ובין חיי היומיום השותקים את ההצהרות.

הספר – כהצהרת מחברו בדברי המבוא – נוגע "רק במעט"[20] בשאלות תיאורטיות שעניינן חופש העיסוק, ושם לו למטרה לעסוק בעיקרו ב"היבט המעשי של הזכות",[21] יש להצטער על כך, שכן יש לשער כי השופט גולדברג, שכיהן כידוע כנשיא בית־הדין לעבודה – הערכאה השיפוטית הנקשרת אולי יותר מכל ערכאה אחרת אל חופש העיסוק – גיבש לעצמו תובנות ועמדות הנוגעות לרבות מהמחלוקות התיאורטיות הקשורות בחופש העיסוק. קהל הקוראים יוצא נפסד מההימנעות ה"תיאורטית" שגזר המחבר על עצמו. עם זאת, העיסוק ה"מעשי" המפורט והיסודי משליך בהכרח אור מסוים גם על שאלות תיאורטיות.

חופש עיסוקם של עובדים זרים והתופש להעסיקם,[22] מעמדם של תושבי השטחים שאינם אזרחי ישראל לעניין חוק־היסוד,[23] הגבלת חופש העיסוק בימי מנוחה[24] ואילוצים קואליציוניים שהיו להם השלכות על יישום עקרון חופש העיסוק[25] – הם בין הסוגיות שבאשר אליהן מוצעות לנו אמירות ענייניות קצרות, המתייחסות אך ליישומיו הספציפיים של הדין ול"היבט המעשי". אלא שעצם מציאותן של האמירות הענייניות־מעשיות הללו בתוך הטקסט מכוון את קוראיו, בין אם חפץ בכך המחבר בין אם לאו, לעבר הקשרים רחבים יותר הנעדרים מן הכתוב. הן מכוונות אותם – גם אם הדבר

17. תקנה 1 לתקנות הדיינים (תנאי הסמכה וסדרית), תשט"ו-1955, ק"ת 1273.
18. תקנות עבודת הנוער (עבודות אסורות ועבודות מוגבלות), תשנ"ו-1995, ק"ת 243.
19. גולדברג (לעיל, הערה 3), 125.
20. שם, 13.
21. שם, 14.
22. שם, 134.
23. שם, 53.
24. שם, 167.
25. שם, 109.

nevo.co.il

נעשה מכוח היעדר האמירה, העשוי להיות לפרקים עז יותר מכוחה של האמירה המפורשת – לעבר אותו רובד סוער, בלתי־פתור, בלתי־מוסדר או מוסדר שלא כיאות, ה"מציץ" מעבר להכרזה החגיגית בדבר חופש העיסוק, זהו הרובד שבו "זכויות האדם" מצטמצמות בהיקפן והופכות לזכויותיו הבלעדיות של "אזרח או תושב של המדינה",[26] שהוא אותו רובד שבו נחשף כשלונה של רטוריקה תגיגית לכונן מציאות התואמת אותה.[27]

26. סעיף 3 לחוק־יסוד: חופש העיסוק.

27. בשולי הדברים ראוי להוסיף, כי לאחר צאתו לאור של חופש העיסוק והגבלתו, נתקבל חוק עוולות מסחריות, תשנ"ט-1999, ס"ח 146, המגדיר "סוד מסחרי" (בסעיף 6), גם אם נקודת־המוצא של החוק היא כי המעביד הוא הבעלים של הסוד המסחרי – הרי שהסייגים החשובים המצויים בו (סעיף 7) מאפשרים לעובדים, במקרים מסוימים, לגבור על נקודת־המוצא הזו. למשל: כאשר הידע הגלום בסוד המסחרי הגיע אליהם במהלך עבודתם והפך לחלק מכישוריהם המקצועיים והכלליים. מקרה כזה נידון בע"ע 164/99 פרומר ואח' – רדגארד בע"מ (טרם פורסם, ניתן ב-4.6.99), שבו עסק בית־הדין הארצי לעבודה בשאלת הגבלה עתידית של עיסוק למשך עשרים־ושניים חודשים, שלה הסכים מהנדס תוכנה בחברת הייטק, המהגרם עבר לעבוד בחברה מתחרה, ומעסיקתו הקודמת ביקשה לאכוף את ההגבלה המוסכמת. הגם שבעבר נפסק לא־אחת כי הגבלות דומות הן בגדר הסבירות, פסק בית־הדין (בדעת רוב), בעקבות ניתוח הוראות חוק עוולות מסחריות וייחודו של תחום הייטק, לבטל את תוקפו של הצו הזמני שהגביל את עיסוקו של המהגדס.

גם בשני מקרים אחרים שנידונו לאחרונה בפני בית־המשפט העליון עמד חופש העיסוק במרכז. בבג"ץ 450/97 תנופה שרותי כוח אדם ואחזקות בע"מ ואח' נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב (2) 433 (אשר נידון בחופש העיסוק והגבלתו) דחה בג"ץ את טענתן של חברות כוח־אדם, שעל־פיה פוגע חוק העסקת עובדים על־ידי קבלני כוח־אדם, תשנ"ו-1996, שלא כדין בחופש העיסוק שלהן. לעומת זאת, בבג"ץ 5936/97 ד"ר לם ואח' נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט ואח' (טרם פורסם, ניתן ב-2.9.99) קיבל בג"ץ את טענתם של מאבחני ליקויי־למידה, כי חופש העיסוק שלהם נשלל שלא כדין עקב הנחיות מינהליות שהוציא מנכ"ל משרד־החינוך. אפשר שפסקי־הדין הללו, שבהם הערכאות השיפוטיות, בבואן לעסוק בשאלות של חופש עיסוק, גילו רגישות לנסיבות המיוחדות המאפיינות את שוק העבודה ויחסי־העבודה, יחד עם הסייגים המצויים בסעיף 7 לחוק עוולות מסחריות, תשנ"ט-1999 – יש בהם כדי לרמז על שינויי מגמה המסתמנים באשר למעמדו של חופש העיסוק וטיב ההגנה שתינתן בעניינו.

nevo.co.il