חוק-יסוד: חופש העיסוק

אהרן ברק*

א. הדין הקודם. ב. הדין החדש. ג. המהפיכה החוקתית ובעיותיה. ד. היקפו של חופש העיסוק. ה. החוק הפוגע בחופש העיסוק. ו. הגבלות על חופש העיסוק: פסקת ההגבלה. ז. יסודותיה של פסקת ההגבלה: 1. יסוד ראשון: הפגיעה בחופש העיסוק צריכה להיות בחוק או לפי חוק; 2. יסוד שני: החקיקה הפוגעת חייבת להלום את ערכיה של מדינת ישראל; 3. יסוד שלישי: החקיקה הפוגעת נועדה לתכלית ראויה; 4. יסוד רביעי: החקיקה פוגעת בזכויות האדם "במידה שאינה עולה על הנדרש". ח. מתחם ההגבלה. ט. מרחב התמרון החקיקתי. י. שמירת תוקף חקיקה הפוגעת בחופש העיסוק ואינה מקיימת את פסקת ההגבלה. יא. הניסיון הקנדי וחקיקה "על אף האמור בחוק-יסוד: חופש העיסוק". יב. סיכום.

א. הדין הקודם

חופש העיסוק הוכר כזכות אדם בתחילת ימיה של המדינה. עוד בשנת 1949 עמד השופט ש"ז חשין על כך כי:

> כלל גדול הוא, כי לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח-יד, אשר יבחר לעצמו, כל זמן שההתעסקות בעבודה או במשלח-היד אינה אסורה מטעם החוק... זוהי זכותם, זכות שאינה כתובה על ספר, אך נובעת מזכותו הטבעית של כל אדם לתפש מקורות מחיה ולמצוא לעצמו מלאכה המפרנסת את בעליה.[1]

---

* שופט בית-המשפט העליון. הרשימה מבוססת על דברים שנישאו ביום עיון על חוק-יסוד: חופש העיסוק מטעם המרכז הישראלי לניהול, שהתקיים ביום 26.12.93.

1. בג"צ 1/49 **בז'רנו ואח' נ' שר המשטרה ואח'**, פ"ד ב 80, 82-83.

nevo.co.il

וברוח דומה ציין הנשיא שמגר כי:

> נקודת המוצא המקובלת בחברה תופשית, היא, כי אדם רשאי לעסוק בכל עבודה או משלח-יד, כל עוד לא נקבעו לגביהם הגבלות או איסורים, ואלו האחרונים אין להטילם ולקיימם אלא לפי הוראתו המפורשת של החוק.[2]

המאפיין של מבנה משפטי זה הוא, כי המעמד של חופש העיסוק – בדומה למעמדן של זכויות האדם האחרות – הוא "הלכתי". חופש העיסוק מהווה תכלית שכל דבר חקיקה מוחוק כנועד להגשימה.[3] בית-המשפט מעמיד את המחוקק "בחזקתו שלא התכוון להגביל זכות זו ולפגוע בחירויות-יסוד".[4] מהעיקרון ההלכתי של חופש העיסוק ניתן להסיק זכויות וחירויות.[5] עם זאת, מעמדו של חופש העיסוק, כזכות הלכתית, אינו על-חוקי. חוק של הכנסת – או תקנות שהותקנו על-פיו[6] – יש בכוחם לפגוע או להגביל את חופש העיסוק. כל שנדרש הוא שההגבלה או הפגיעה ימצאו ביטוי מפורש בלשונו של החוק. אכן, המשטר המשפטי שנהג מאז קום המדינה, הכיר בכוחו של המחוקק (הכנסת) להגביל או לפגוע בחופש העיסוק. כל שנדרש מהתוק הוא להביע את דבר ההגבלה או הפגיעה בלשון מפורשת, ברורה וחד-משמעית.[7] על כך עמד השופט שמגר, בציינו:

> אין חולק על כך, כי המחוקק מוסמך להגביל את חופש העיסוק מכוח דבר חקיקה. אך בשל מהותה המתוארת של הגבלה ממין זה, כהגבלה על זכות מזכויות היסוד, יש לפרשה כלשונה ובקנה-מידה של צמצום.[8]

היותו של חופש העיסוק זכות אדם בסיסית השפיעה על-פירוש דבר החקיקה. לא היתה לחופש העיסוק השפעה על תוקפו של החוק. בדומה לכך, חקיקת משנה (תקנות) עשויה היתה להגביל את חופש העיסוק, ובלבד שההסמכה להגבלה נקבעה במפורש בחוק המסמיך ובתקנות עצמן.[9]

---

2. בג"צ 337/81 **מיטרני ואח' נ' שר התחבורה ואח'**, פ"ד לז (3) 337, 353.
3. ראו א' ברק, **פרשנות במשפט** (כרך ב, תשנ"ג-1993) 564.
4. בג"צ 252/77 **כבאג'י נ' עיריית תל-אביב-יפו ואח'**, פ"ד לב (1) 404, 415-416.
5. הדבר מחבטא, למשל, בשאלת עד כמה הגבלה על חופש העיסוק נוגדת את תקנת הציבור: ראו מ' גולדברג, "הגבלת חופש העיסוק של עובד מכוח חוזה", **מחקרי משפט** ה (תשמ"ז), 7; תרמון, "תקנת הציבור והגבלות על חופש העיסוק", **ספר יצחק כהן** (1989) 393.
6. ראו בג"צ 337/81 (לעיל, העדה 2) 352, 353, 358, 359.
7. ראו בג"צ 338/87 **מרגליות נ' שר המשפטים ואח'**, פ"ד מב (1) 112, 114-115.
8. בג"צ 75/76 **"הילרון" כע"מ נ' המועצה לייצור פירות ושיווקם (מועצת הפירות)**, פ"ד ל (3) 645, 653.
9. ראו בג"צ 337/81 (לעיל, העדה 2) 352, 358, 359.

nevo.co.il

ב. הרין החדש

בכל אלה חל שינוי יסודי מאז הוחק חוק-יסוד: חופש העיסוק ביום 12.3.1992. חוק-יסוד זה שינה את מעמדו הנורמטיבי של חופש העיסוק בישראל. הוא הפך את חופש העיסוק לזכות על-חוקית. שוב אין המחוקק הרגיל (הכנסת) יכול לפגוע או להגביל את חופש העיסוק על-ידי קביעה מפורשת, ברורה וחד-משמעית בחוק או בהסמכה שהוא מעניק למחוקק המשנה. חוק מפורש, הפוגע בחופש העיסוק, יוכל לעמוד בתוקפו ולהשיג את מטרתו, רק אם הוא מקיים את דרישותיה של "פסקת ההגבלה" הקבועה בחוק היסוד, והקובעת לאמור:

> אין מגבילים זכות זו [לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח-יד]
> אלא בחוק, לתכלית ראויה ומטעמים של טובת הכלל.[10]

בהצעת חוק-יסוד: חופש העיסוק (תיקון) שפורסמה מטעם הממשלה ב-13.12.93[11] נקבעה פסקת הגבלה בנוסח שונה, הכוללת את פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.[12] וזו לשון הפסקה המוצעת:

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

בהמשך אתייחס לפסקת הגבלה זו,[13] שעל-פיה חוק המגביל בלשון מפורשת את חופש העיסוק לא יעבור את הבחינה החוקתית אם אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל, או אם נועד לתכלית שאינה ראויה, או אם הוא פוגע בחופש העיסוק במידה העולה על הנדרש. חוק הנכשל בבחינה החוקתית הזו חוק לא חוקתי, וכל בית-משפט מוסמך להכריז על בטלותו.[14] בכך בא לידי ביטוי אופיו המרכזי והעקרוני של חופש העיסוק. כזכויות אדם יסודיות אחרות, כגון כבוד האדם וחירותו, זכות היציאה מהארץ, זכות הקניין וצנעת

10. סעיף 1 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

11. הצעת חוק-יסוד: חופש העיסוק (תיקון) (ה"ח התשנ"ד 129).

12. סעיף 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

13. ההתאמה בין פסקת ההגבלה בחוק-יסוד: חופש העיסוק ובחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נראית לי ראויה. חופש העיסוק אינו אלא ביטוי לכבוד האדם. אין כל צידוק לשוני בין פסקות ההגבלה.

14. ראו בג"צ 98/69 **ברגמן נ' שר הארצר ואח'**, פ"ד כג (1) 693; בג"צ 246/81 **אגודת דרך ארץ ואח' נ' רשות השידור ואח'**, פ"ד לה (4) 1; בג"צ 141/82 **רובינשטיין ואח' נ' יושב ראש הכנסת ואח'**, פ"ד לז (3) 141; בג"צ 142/89 **תנועת לאר"ץ – לב אחד ורוח חדשה ואח' נ' יושב ראש הכנסת ואח'**, פ"ד מד (3) 529, 551-556. ביסוד פסיקה זו מונחת ההנחה החוקתית, כי חוקי היסוד הם ביטוי לכוחה המכונן של הכנסת. הכנסת כרשות מכוננת

nevo.co.il

הפרט, המוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו[15] גם חופש העיסוק נתפס על-ידי החברה הישראלית כחופש חוקתי, שהמחוקק הרגיל אינו יכול לפגוע בו, אלא אם כן הוא מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה.

הגבלה זו על כוח החקיקה הרגיל בשמן של זכויות אדם והאינטרס הציבורי אינה נתפסת כפוגעת בדמוקרטיה. נהפוך הוא, היא ביטוי לדמוקרטיה "אמיתית" המגבילה את כוחו של הרוב ומכפיפה אותו לזכויות האדם הבסיסיות ולטובת הציבור. כך נוהגות דמוקרטיות נאורות, כגון: ארצות-הברית, קנדה, גרמניה, איטליה ויפן, הפועלות במשטר חוקתי המעניק הגנה חוקתית לזכויות אדם בסיסיות. בית-המשפט, המכריז על בטלותו של חוק רגיל הפוגע בזכות אדם מוגנת בלא לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה, אינו פועל נגד הדמוקרטיה ואינו משבש את הפרדת הרשויות. נהפוך הוא, במקרה זה בית-המשפט נותן בהכרזתו ביטוי לאופיה הדמוקרטי האמיתי של שיטת המשפט. הוא מבסיס בפסיקתו כי המחוקק הרגיל לא יתרוג מהסמכויות שהעניקה לו החוקה. בכך שומר בית-המשפט על עקרון הפרדת הרשויות[16] ועל עקרון שלטון החוק במתוקק.[17] אכן, על-פי המשטר החוקתי שלנו, שהתבסס לאחרונה עם חקיקתם של חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הריבון הוא העם.[18] באמצעות הכנסת, הרשות המכוננת, העניק העם עליונות לחוקה – אלה הם חוקי היסוד המשוריינים בשריון מהותי ("פסקת ההגבלה")[19] ושריון פורמלי (המבטיח את נוקשות החוק באמצעות דרישה לרוב מיוחס ולחקיקה באמצעות חוק-יסוד לשם שינוי חוק יסוד).[20] בחוקה פועלות שלוש רשויות שוות מעמד: הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת. תפקידה של הרשות המתוקקת לחוקק חוקים, וסמכותה מוגבלת בהוראות המשוריינות של חוקי היסוד. בית-המשפט הוא השומר של גבולות החוקה, ולשם ביצוע תפקידו זה הוא נהנה מעצמאות ומחוסר תלות ברוב המתחלף של הפוליטיקה.

"מוסמכת" להגביל את הכנסת כרשות מחוקקת ("תיאוריית שני הכובעים": ראו לעיל, בג"צ 142/89). אם הרשות המחוקקת מפירה את הציווי של הרשות המכוננת, חקיקתה אינה חוקתית, וכל בית-משפט מוסמך להכריז על בטלותה.

15. על-פי השקפתי, גם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא בעל מעמד חוקתי. הוא "משוריין" בשריון "מהותי", שלפיו חוק "רגיל" – יהא הרוב שבו נתקבל אשר יהא – אינו יכול לפגוע בזכות אדם המוגנת על-ידו, אלא אם כן נתקיימו דרישותיה של "פסקת ההגבלה" הקבועה בו (סעיף 8). חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו "משוריין" בשריון "דיוני", ועל כן ניתן לשנותו בחוק-יסוד שנתקבל ברוב רגיל. בכך מתבטא השוני בינו לבין חוק-יסוד: חופש העיסוק. את זה האחרון אין לשנות אלא בחוק-יסוד שנתקבל ברוב חברי הכנסת.

16. לעיקרון הפרדת הרשויות, ראו א' ברק, (לעיל, הערה 3) 469-470.

17. לעיקרון שלטון החוק במחוקק, ראו א' ברק (לעיל, הערה 3) 469-470.

18. על כן מוסיף הוא לומר כי הכנסת היא הריבון.

19. סעיף 1 לחוק-יסוד: חופש העיסוק וסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

20. סעיף 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

nevo.co.il

ג. המהפיכה החוקתית ובעיותיה

מאז חוקק חוק-יסוד: חופש העיסוק ואחריו חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, חל שינוי מהותי במשטר החוקתי שלנו. שינוי זה במשטר המשפטי מהווה *מהפיכה חוקתית*.[21] כזות החקיקה של הכנסת הוגבל. הכנסת שוב אינה "כל-יכולה".[22] לא כל חוק, המגביל במפורש את חופש העיסוק, עובר את הבחינה החוקתית. שוב אין החוק קובע את גבולותיו של חופש העיסוק. חופש העיסוק קובע את גבולותיו של החוק. עם זאת, חופש העיסוק אינו "מוחלט".[23] הוא חייב לסגת בפני חופשים אחרים, כגון חופש ההתקשרות.[24] תוזה עשוי להגביל את חופש העיסוק.[25] אך מעבר לכך: ניתן להגביל את חופש העיסוק על-ידי חוק ההולם את ערביה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש. נמצא כי בכל מקרה שבו נטענת הטענה שחוק רגיל אינו חוקתי, משום שהוא נוגד את הוראות חוק-יסוד: חופש העיסוק, מתבקשת בדיקה בת שני שלבים. **בשלב הראשון** יש לבחון אם החוק הרגיל פגע בחופש העיסוק. לשם כך יש לפרש את מהותו של חופש העיסוק ואת היקף התפרסותו של החוק הרגיל, תוך מתן תשובה לשאלה אם החוק הרגיל פוגע בחופש העיסוק. **בשלב השני** יש לבחון אם החוק הרגיל, אשר פגע בחופש העיסוק, נועד לתכלית ראויה, ופוגע בחופש העיסוק במידה שאינה עולה על הנדרש. אם החוק הפוגע מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה, הוא עובר את הבחינה החוקתית על אף הפגיעה בחופש העיסוק. אם החוק נכשל בבחינה החוקתית הוא יוכרז כבטל, אלא אם כן ניתן להעניק לו מעמד חוקתי מטעמים אחרים, שעליהם אעמוד בהמשך.[26] מבנה חוקתי

---

21. ראו א' ברק, "המהפיכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות", **משפט וממשל** א (תשנ"ב-תשנ"ג) 9; מ' אלון, "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו", **עיוני משפט** יז (תשנ"ג) 659.

22. למצב המשפטי שקדם לשינויים החוקתיים, ראו י' טל, "מתוקק כל יכול: האמנם?", **עיוני משפט** י' (תשמ"ד) 361; ראו גם בג"צ 142/89 (לעיל, הערה 14).

23. ראו י' אליאסוף, "חוק-יסוד: חופש העיסוק", **משפט וממשל** ב (תשנ"ד) 173; בג"צ 93/1452 **איגלו חברה קבלנית לעבודות צנרת בניין ופיתוח בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה** (טרם פורסם), דברי השופטת דורנר: "ככל זכות גם חופש העיסוק אינו מוחלט אלא יחסי, והיקפו נגזר מן האיזון בינו לבין ערכים אחרים אשר לחברה אינטרס להגן עליהם".

24. חופש זה מעוגן, לדעתי, בזכות התוקתית של כבוד האדם, המוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

25. ההתנגשות בין חופש העיסוק לבין חופש התנוזם נפתרת על-ידי "איזון פנימי" בין שני הערכים. איזון זה אינו נשלט על-ידי פסקת ההגבלה; ראו א' ברק, "זכויות אדם מוגנות: היקף וההגבלות", **משפט וממשל** א (תשנ"ב-תשנ"ג) 253, 262-265. רשימה זו אינה עוסקת בהתנגשות זו, הקשורה גם לשאלת תחולתן של זכויות היסוד התוקתיות במשפט הפרטי: ראו א' ברק, "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי", **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי** (עורך – י' זמיר, 1993) 163.

26. ראו להלן 214-216.

nevo.co.il

סבוך זה מעורר בעיות רבות וקשות. רוב הבעיות עדיין לא נדונו בבתי-המשפט. אין אני בא לקבוע הלכות, אלא להצביע על מגמות ודרכי חשיבה ולהתוות אפשרויות. יותר משבא אני לתת פתרונות, אני מבקש להציג שאלות.

ד. היקפו של חופש העיסוק

חוק-יסוד: חופש העיסוק קובע:

> כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח-יד.[27]

חופש העיסוק משמעו איפוא החופש לעסוק בכל עיסוק, בכל מקצוע ובכל משלח-יד.[28] החוק נגזר במהותו מהעיקרון החוקתי של פיתוח האישיות, המעוגן בכבוד האדם וחירותו. חופש העיסוק אינו אלא ביטוי מוחשי לכבוד האדם וחירותו. הוא מבוסס על החופש של האדם לעצב את אישיותו ואת מעמדו החברתי. טול מאדם את חופש העיסוק, ונטלת ממנו את צלם האדם ואת טעם החיים. מכאן הערך החוקתי הגבוה של חופש העיסוק, הנגזר מכבוד האדם ומהרצון לפתח את האישיות תוך קיום בכבוד. חופש זה משתרע הן על כניסה חופשית לתוך עיסוק, מקצוע או משלח-יד, והן על ביצוע חופשי של עיסוק, מקצוע או משלח-יד. הוא נתון לפרט – בין קטין ובין בגיר, בין בריא בנפשו ובין פסול דין – ולתאגיד.[29] שאלה יפה היא, אם הוא נתון למדינה או לגופים של המשפט הציבורי (עיריות, רשות הנמלים) כשהם פועלים במשפט הפרטי.

---

27. **סעיף 1 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.** הוראה דומה מצויה בסעיף 12(1) לתוק היסוד (ה-Grundgesetz) הגרמני, המהווה את חוקתה של גרמניה. וזו לשון ההוראה:

"All Germans shall have the right freely to choose their trade, occupation, or profession, their place of work and their place of training. The practice of trades, occupations, and professions may be regulated by or pursuant to law".

לניתוח ההוראה הגרמנית, ראו Maunz, During, Herzog, **Grundgesetz Kommentar**.

28. ראו א' וינוגרד, **חופש העיסוק במדינת ישראל** (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, התשמ"א); י"ה קלינגהופר, "חופש העיסוק ורישוי עסקים", **עיוני משפט** ג (תשל"ג) 582; א' רובינשטיין, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** (1991) 822.

29. וזו הדין בגרמניה. לדעתי, גם תאגיד יכול שיהיה "אזרח או תושב". יהא מקום, כמובן, להרים את מסך ההתאגדות. הגדרת הדיבור "תושב" בחוקים שונים אינה חלה על עניין הבנת הדיבור "תושב" בחוק היסוד. חקיקה רגילה אינה יכולה להגדיר מושג הקבוע בחוקה. הדיבור "תושב" בחוק היסוד יתפרש על רקע תכליתו של חוק היסוד. תכלית זו תגובש על רקע **התרבות המשפטית** שלנו, המבוססת, בין השאר, על מכלול הוראות השיטה, לרבות ההגדרות השונות בחוקים השונים, לדיבור "תושב".

nevo.co.il

חוק היסוד אינו מגדיר מהם עיסוק, מקצוע ומשלח-יד. בית-המשפט יצטרך – כחלק בלתי נפרד של פעילותו הפרשנית[30] – לתת מובן למושגים פתוחים אלה. מובנם ייקבע על-פי התכלית המונחת ביסוד חוק היסוד.[31] על-פי התיקון המוצע בחוק היסוד תכלית זו היא להגן על חופש העיסוק, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. ודוק: מטרתו של חוק היסוד היא להגן על חופש העיסוק. הגנה זו נועדה לעגן בחוק היסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אשר שורשיה ומסורתה נעוצים בהלכה העברית ובמורשת ישראל, אשר ההיסטוריה היהודית היא ההיסטוריה שלה, ואשר הציונות היא התגלמותה הלאומית. ערכית של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית הם ערכיה כמדינה שמהותה מבוססת על שלטון הרוב ועל זכויות האדם, ואשר שלטון החוק והפרדת רשויות השפיטה ועצמאותן הם חלק בלתי נפרד מתפיסת עולמה.

על-פי אמות-מידה אלה אני מציע למחשבה את ההגדרה הבאה של עיסוק:[32] ניתן לראות בעיסוק, מקצוע או משלח-יד, פעילות מתמשכת העשויה לשמש בסיס לחיים. פעילות היא מתמשכת, אם אינה חד-פעמית או ארעית. לא נדרשת תדירות גבוהה, ואף לא נדרשת המשכיות בחיים שלמים. הפסקות אינן פוגמות בהמשכיות. פעילות משמשת בסיס לחיים אם היא מתאימה, בשיקול אובייקטיבי, לשמש בסיס לחיים. לא נדרשת לשם כך תכלית כלכלית, ואף לא נדרש שהדבר יביא תועלת חברתית. לא נדרש גם שיהא זה הבסיס היחיד או העיקרי לחיים. ואת ועוד: לא נדרש כתנאי להתגבשותו של חופש העיסוק, שהעיסוק יהיה חוקי.[33]

הפיכתו של עיסוק ללא-חוקי מגבילה את העיסוק, ועל כן צריכה חוקתיותה של הוראה כזו להיקבע על-פי פסקת ההגבלה. החוקיות של עיסוק אינה יכולה להוות יסוד המכריב את חופש העיסוק עצמו. המחוקק הרגיל אינו יכול לקבוע בדבר חקיקה רגיל את מהותו של חופש העיסוק, אם כי הוא יכול להגביל אותו. היקפו של חופש העיסוק נקבע מתוך פרשנותו הוא על רקע המבנה החוקתי הכללי. על כן ניתן לומר כי משחקי מזל הם עיסוק, שהגבלתו צריכה להיבחן במסגרת פסקת ההגבלה. עם זאת, פעילות אסורה באופן מסורתי עשויה להשפיע על מהותה של הפעולה כעיסוק, כמקצוע או כמשלח-יד. פעילות שכל כולה נזק לחברה, כגון גניבה, אינה יכולה לטעון להגנה של חופש העיסוק. כמו כן נראה לי, כי מהותה של פעילות כעיסוק אינה קשורה בערכה החברתי (אסטרולוגיה

30. לפרשנות התוקתית, ראו א' ברק, "פרשנותם של חוקי-היסוד", **משפטים** כב (תשנ"ב) 31.

31. הגדרות שונות שניתנו בחקיקה ובספרות לדיבור "עסק" או "לעסוק", אין בכוחן לקבוע את היקף פרישתו של הדיבור החוקתי "עסק".

32. הגדרה דומה אומצה גם בגרמניה: ראו מאונץ, דוריג והרצוג (לעיל, הערה 27) 35.

33. בכך מתבלט שינוי במצב המשפטי לעומת זה ששרר בעבר. בפרשת **בז'רנו** (לעיל, הערה 1) 82 מציין השופט ש"ז חשין כי חופש העיסוק עומד לאדם "כל זמן שההתעסקות בעבודה או במשלח-יד איננה אסורה בחוק". אי החוקיות שוללת את חופש העיסוק. על-פי ההסדר החדש, חופש העיסוק עשוי לשלול את אי החוקיות.

nevo.co.il

ופירוש חלומות, למשל, נופלים בגדר חופש העיסוק). חופש העיסוק משתרע הן על המקצוע החופשי והן על מקצועות שאינם נחשבים לחופשיים. הוא כולל בחובו עיסוקים טיפוסיים ומקובלים, ועיסוקים אזוטריים ותדשניים. חופש העיסוק כולל בחובו את החופש ליצור עיסוק חדש שטרם התמסד בחברה שלנו, או להרחיב את היקף פריסתו של עיסוק מסורתי. הדימויים המסורתיים של מקצוע אינם קובעים את היקפו. מקצוע מסורתי עשוי לשנות את אופיו. חופש העיסוק תואם קדמה והתפתחות בתחום העיסוק.

חופש העיסוק הוא חופש חוקתי. כנגדו עומד העדר הזכות של המדינה ושל פרטים אחרים, בכפוף לאיזון הראוי בין זכויות מתנגשות, להפריע, להגביל או לשלול את העיסוק. כנגד חופש העיסוק לא עומדת החובה להעסיק. אין לאדם זכות חוקתית להיות שוטר. חופש העיסוק אינו משתרע על החופש להיות מועסק. הזכות לעבודה אינה נגזרת מחופש העיסוק, אם כי הזכות לקיום בסיסי בכבוד עשויה להיגזר מכבוד האדם וחירותו. על כן אין זכות חוקתית – בגדר חופש העיסוק – להמשיך במקום עבודה קיים. קביעות בעבודה אינה נגזרת מהעיקרון של חופש העיסוק, אלא מהעיקרון של חופש החוזים, המעוגן בכבוד האדם וחירותו. העיקרון של חופש העיסוק מצדיק את החופש של עובד ומעביד לסיים יחסי עבודה. הגבלה בחוק על חופש זה צריכה לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה, או לבסס עצמה על איזון ראוי בין חופש העיסוק לחופש ההתקשרות. על כן חוק המטיל חובה להעסיק נכים פוגע בחופש העיסוק, והוא חייב למצוא את צידוקו – אם הוא מבקש לעבור את הבחינה החוקתית – בפסקת ההגבלה. בדומה לכך, חוק המחייב לקבל עובדים דרך שירות תעסוקה, פוגע בחופש העיסוק, וכדי לעבור את הבחינה החוקתית צריך לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. לעומת זאת, נראה כי מכיוון שחופש העיסוק ניתן לכל אזרח ותושב, התחרות התופשית מונחת ביסודו של חופש העיסוק. אם המדינה מתערבת בתחרות התופשית, היא פוגעת בחופש העיסוק, ועליה להצדיק התערבות זו במסגרת פסקת ההגבלה.

ה. החוק הפוגע בחופש העיסוק

עד כה עמדתי על היקפו של חופש העיסוק. בעיה חוקתית מתעוררת רק אם חוק רגיל שולל או פוגע בחופש העיסוק. רק במצב דברים זה יש לעבור לשלב הבחינה השני, ולבדוק אם החקיקה הפוגעת מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה. מתי נראה חוק כשולל או כמגביל את חופש העיסוק? כל הוראת חוק המצמצמת את החופש החוקתי הנגזר מהגדרתו של חופש העיסוק, היא הוראה המגבילה את חופש העיסוק.[34] על כן כל הסדר המטיל הגבלות על עצם הבחירה או הכניסה לעיסוק, מקצוע או משלח-יד, מהווה הסדר המגביל את חופש העיסוק. כך, למשל, תנאים מוקדמים סובייקטיביים לכניסה למקצוע – התלויים באישיותו של הפרט – כגון גיל, בחינות או הכשרה מקצועית, מהווים הגבלה על חופש העיסוק.

34. D. Commerce, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany (1989) 277.

nevo.co.il

הוא הדין בתנאים מוקדמים אובייקטיביים לכניסה לעיסוק, כגון צמצום מספר הנכנסים לעיסוק או למקצוע על-פי התנאים השוררים בעיסוק או במקצוע. מונופול פוגע בחופש העיסוק של כל אלה המבקשים להיכנס לתחום העיסוק ונתקלים בסירוב. בדומה לכך, כל הסדר המטיל הגבלות על חופש המימוש או הביצוע של עיסוק, מקצוע או משלח-יד, מהווה הסדר המגביל את חופש העיסוק. כך, למשל, הגבלות או פיקות על מחירים, על כמויות ייצור או על שיווק, או על משכורות הן הגבלות על ביצוע העיסוק, המקצוע או משלח-היד. הוא הדין באשר להגבלות על שעות עבודה ותנאי העסקה, וכן הגבלות הנובעות משיקולים משטרתיים, בריאותיים או אחרים. כל הגבלה על התחרות בביצוע המקצוע היא הגבלה על חופש העיסוק. הגבלות אלה יעמדו בבחינה החוקתית רק אם יקיימו את תנאיה של פסקת ההגבלה. אכן, כל משטר של רישוי יש בו פגיעה בחופש העיסוק, שלשם הצדקתה יש לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה.

הפגיעה בחופש העיסוק יכולה להיות ישירה או עקיפה. על כן, אמצעים כלכליים הנקטים על-ידי המדינה והמשפיעים על התחרות במשק, עשויים להיחשב כהגבלה על חופש העיסוק, אשר חוקתיותה צריכה להיקבע על-פי פסקת ההגבלה. כך, למשל, מתן סובסידיה לסוג פעילות אחת עשוי להיחשב כפגיעה בסוג פעילות אחרת. בכך נפגע שוויון התחרות הטבוע בחופש העיסוק. כן גם מסים – ישירים או עקיפים – עשויים להגביל את חופש הכניסה או הביצוע של עיסוק, מקצוע או משלח-יד. חוקתיותם צריכה לעבור את המסננת של פסקת ההגבלה.

שאלה חשובה היא, על מי מוטל הנטל להוכיח קיומה של פגיעה בחופש העיסוק? הדעה המקובלת היא, כי הנטל בעניין זה מוטל על הטוען לקיומה של הפגיעה. על כן, אזרח או תושב הטוען כי חוק פגע בחופש העיסוק המוענק לו – עליו הנטל להוכיח את התרחשותה של פגיעה זו.[35] כמובן, בפרשנות של דבר חקיקה יפעל הפרשן על בסיס התזקה – ההנחה כי החוק לא נועד לפגוע בחופש העיסוק. עם זאת, חזקה פרשנית זו עשויה להיסתר על-ידי לשון החוק או תכליותיו האחרות. במצב דברים זה אין לו לפרשן מנוס מהקביעה הפרשנית כי דבר החקיקה פוגע בחופש העיסוק. על בסיס קביעה זו, יש לעבור לשלב הבדיקה השני, שלב זה עניינו השאלה אם הפגיעה היא כדין, כלומר, אם היא מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה.

ו. הגבלות על חופש העיסוק: פסקת ההגבלה

חופש העיסוק מעניק הגנה חוקתית מקיפה לפעילותו של אדם בעיסוק, מקצוע או במשלח-יד. יש להניח כי בתי-המשפט יעניקו לחירות זו משמעות רחבה. לא נובע מכאן, שכל ההגבלות על חופש העיסוק הן לא חוקתיות וכל חוק הפוגע בחופש העיסוק הוא בטל. תוק-יסוד: חופש העיסוק הוא ביטוי לחוקה מאוזנת, המכירה בזכויות אדם מזה ובהגבלות עליהן מזה. חוקה אינה מרשם להתאבדות. וכויות אדם אינן במה לכיליון לאומי.[36] חוקה

35. ראו P.W. Hogg, Constitutional Law of Canada, (3rd. ed., Toronto 1992) 857.

36. ראו א' ברק (לעיל, הערה 3) 692-693.

nevo.co.il

וזכויות אדם הן פרי פשרה לאומית וקונסנסוס חברתי רחב. על כן, בצד ההכרה בחופש העיסוק כבזכות חוקתית מוגנת, מכיר חוק היסוד בכוחו של המחוקק הרגיל (הכנסת) להגביל את חופש העיסוק. הגבלה זו מעוגנת ב"פסקת ההגבלה", העומדת ביסוד חוקי היסוד החדשים. פסקת ההגבלה, כפי שמוצע לתקנה בעקבות פסקת ההגבלה הקיימת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, קובעת:

> 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.[37]

לפסקת ההגבלה תפקיד כפול: **מחד גיסא**, היא מכוונת כלפי המחוקק ומצביעה על מגבלותיו. המחוקק אינו כל יכול. אין המחוקק רשאי להגביל או לשלול את חופש העיסוק ככל שיחפוץ. חוק ובו לשון מפורשת הפוגעת בחופש העיסוק אינו מספיק כדי לגרום לפגיעה בחופש העיסוק. החוק צריך לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. **מאידך גיסא**, היא מכוונת כלפי האדם הנהנה מחופש העיסוק, ומצביעה על מגבלותיה של הזכות. חופש העיסוק אינו מוחלט. ניתן להגבילו בתנאים הקבועים בפסקת ההגבלה.

פסקת ההגבלה היא מרכזית בחוק היסוד. היא מנוסחת בהכללות מלכותיות. היא מעניקה חופש פרשני נרחב לשופט, שיצטרך לקבוע אם דברי חקיקה הפוגעים בחופש העיסוק "הולמים את ערכיה של מדינת ישראל, שנועדו לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש". במתן מזגן לפסקת ההגבלה צריך המשפט לשקף את אופיה הכפול והמורכב של פסקת ההגבלה. היא קובעת, בעת ובעונה אחת, את כוחו של חופש העיסוק ואת מגבלותיו. היא מגן וחרב גם יחד. פסקת ההגבלה צריכה להתפרש על-פי תכליתה. תכלית זו קבועה, בראש ובראשונה, בחוק-יסוד: חופש העיסוק עצמו, הקובע (על-פי המוצע בתיקון) כי:

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

מטרה זו, העומדת ביסוד חופש העיסוק עצמו, עומדת גם ביסוד ההגבלה על חופש העיסוק. אכן, פסקת ההגבלה היא חלק בלתי נפרד של חוק היסוד, וצריכה להתפרש כחלק ממנו. הן ההגנה על חופש העיסוק ("אין שוללים ואין מגבילים את חופש העיסוק.") והן הפגיעה המותרת בחופש העיסוק ("בחוק או לפי חוק, ההולמים את ערכיה של מדינת ישראל, שנועדו לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש.") נשלטים על-ידי תכלית משותפת:[38] להגן על חופש העיסוק, כדי לעגן בחוק היסוד את ערכיה של מדינת

37. סעיף 1 להצעת חוק-יסוד: חופש העיסוק (תיקון). ראו לעיל, הערה 11.

38. השוו Weinrib, "The Supreme Court of Canada and Section 1 of the Charter", 10 Sup. Ct. L. Rev. (1988) 469; וראו גם McLachlin, "The Charter: A New Role of

nevo.co.il

ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. נמצא כי ההגבלה על חופש העיסוק אפשרית רק אם נועדה, במובנה הרחב, להגן על חופש העיסוק. אכן, פסקת ההגבלה נותנת ביטוי לאופי החברתי של חופש העיסוק. חופש זה אינו משקף את הפרט כאי בודד. אין הוא עוסק בפרט ביחסיו עם עצמו ואין הוא מניח שאדם חי במנותק מאחרים. חופש העיסוק – כמו שאר החופשים והזכויות – משקיף על הפרט כעל חלק מהחברה. הוא עוסק בפרט ביחסיו עם זולתו. הוא מניח שיש קשרים בין פרטים. הפרט הוא יצור חברתי. החברה שבה הוא חי צריכה להנשים יעדים לאומיים. היא מבוססת על קיומו של שלטון. פסקת ההגבלה יוצאת מנקודת המוצא כי כוח השלטון הנתון למדינה הוא חיוני לקיומה ולקיום זכויות האדם עצמן. לפיכך פסקת ההגבלה משקפת פשרה בין כוח המדינה לבין זכות הפרט. היא פרי ההכרה כי יש לקיים זכויות אדם בסיסיות, כגון חופש העיסוק, ולשמור על המסגרת המדינתית גם יחד. פסקת ההגבלה מאפשרת פגיעה בזכויות האדם על מנת לקיים מסגרת חברתית, השומרת על זכויות האדם. היא מכירה באפשרות להגביל את זכויות האדם כדי לקדם מטרות לאומיות, אשר יגנו על זכויות האדם.

חוק היסוד אינו קובע מהן מטרות לאומיות אלה. הוא ניטרלי כלפיהן ואינו מבטא, על כן, תיאוריה כלכלית, פילוסופית או חברתית מיוחדת.[39] חוק היסוד אינו מאמץ את התיאוריות הכלכליות של מילטון פרידמן,[40] אך גם אינו דוחה אותן. הוא משאיר למחוקק הרגיל את עיצוב המטרות הלאומיות. עם זאת, בעיצוב מטרות אלה, יש לצאת מתוך

---

the Judiciary", 29 Alb. L. Rev. (1991) 540; La Forest, "The Balancing of Interests Under the Charter", 2 N.J.C.L. (1992) 133.

39. השוו בג"צ 5688/92 **ויכסלבאום ואח' נ' שר הביטחון ואח'** (טרם פורסם), דברי השופט ברק: "כבוד האדם הוא עקרון מורכב. בגיבושו יש להתרחק מהנסיון לאמץ השקפות מוטריות של פלוני או תפישות פילוסופיות של אלמוני. אין להפוך את כבוד האדם למושג קנטיאני ואין לראות בו ביטוי לתפישות אלו או אחרות של המשפט הטבעי. תוכנו של 'כבוד האדם' ייקבע על-פי ההשקפות של הציבור הנאור בישראל על רקע תכליתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו". דברים אלה יפים, בשינויים המחויבים, בעניין חוק-יסוד: חופש העיסוק.

40. דברים אלה הם פרפרזה על דבריו של השופט הולמס (Holmes) בפרשת **Lochner** v. **New York**, 198 U.S. (1905) 545, 546-547: "The 14th Amendment does not enact Mr. Herbert Spencers Social Statics... a Constitution is not intended to embody a particular enconomic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the state or of *laissez faire*. It is made for people of fundamentally differing views, and the accident of our finding certain opinions natural and familiar, or noval and even shocking, ought not to conclude our judgment upon the question whether statutes embodying them conflict with the Constitution of the United States".

nevo.co.il

נקודת מוצא של מדינה יהודית ודמוקרטית, המגינה על זכויות אדם בכלל ועל חופש עיסוק בפרט.

פסקת ההגבלה היא ביטוי לרעיון הבסיסי כי הגנה על זכויות האדם מחייבת שמירה על מסגרת חברתית מדינתית, המבוססת על הכרה עמוקה של הצורך לשמור על זכויות האדם. נמצא, כי חופש העיסוק וההגבלה עליו יונקים מאותו מקור ומשקפים אותם ערכים.[41] חופש העיסוק אינו בלתי מוגבל. הוא ניתן להגבלה, אך גם להגבלה זו יש גבולות: הצורך "להגן על כבוד האדם וחירותו".

ז. יסודותיה של פסקת ההגבלה

פסקת ההגבלה מורכבת מארבעה יסודות:[42]

א. הפגיעה בחופש העיסוק צריכה להיות "בחוק או לפי חוק";

ב. החקיקה הפוגעת חייבת להלום את ערכיה של מדינת ישראל;

ג. החקיקה הפוגעת נועדה לתכלית ראויה;

ד. החקיקה פוגעת בזכויות האדם "במידה שאינה עולה על הנדרש".

כל אחד מיסודות אלה מעורר בעיות רבות. לפתרונן נוכל להיעזר בניסיונן של מדינות אחרות, כגון קנדה, ארצות-הברית וגרמניה, ובניסיונה של הקהילה הבין-לאומית ובעיקר הקהילה האירופית, הפועלת במסגרת האמנה האירופית לזכויות האדם. "הנטל" להוכיח קיומם של יסודות אלה מונח על שכם הטוען לחוקתיות הפגיעה בחופש העיסוק.[43] לכן, לאחר שהאזרח או התושב הוכיח (והנטל עליו) כי חופש העיסוק שלו נפגע, מועבר על שכם המדינה הנטל להוכיח כי יסודותיה של פסקת ההגבלה קיימו. בגיבוש התפיסה החוקתית לעניין יסודות אלה תידרשנה "נוסחות איזון" שיפוטיות, המשקפות את מערכת השיקולים שיש להביאם בחשבון. מן הראוי שאיזונים אלה יהיו בעלי אופי עקרוני ולא אד-הוק. בכך תיקבע אמת-מידה רציונלית, המשקפת תפיסה "הנושאת בתוכה קו מנחה ערכי", המתרחק מ"אמת מידה פסרגליסטית מקרית, אשר איש לא יוכל להעריך מראש כיוונה וסיבתה".[44] אעמוד בקצרה על כל אחד מיסודות אלה.

---

41. ראו דברי השופט דיקסון (Dickson C.J.) בפרשת R. v. Oakes (1986) S.C.R. 103, 136: "The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the charter and the ultimate standard against which a limil on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified".

42. ראו א' ברק (לעיל, הערה 21) 26.

43. ראו הוג (לעיל, הערה 35) 857.

44. ראו ד"נ 9/77 **חברת החשמל לישראל בע"מ ואח' נ' הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ ואח'**, פ"ד לב (3) 337, 361 (השופט שמגר).

nevo.co.il

1. יסוד ראשון: הפגיעה בחופש העיסוק צריכה להיות בחוק או לפי חוק

התפיסה המקובלת בכל העולם המערבי היא כי ביסוד דרישה זו עומד עקרון שלטון החוק. הגבלה על חופש העיסוק חייבת לענן עצמה בדבר חקיקה. הנחיות פנימיות, שאינן מעוגנות בחוק, אין בכוחן להגביל את חופש העיסוק. כללי אתיקה, שאינם מעוגנים בחוק, אינם יכולים להגביל את חופש העיסוק. עם זאת, אין דרישה זו מוגבלת אך לשלטון חוק פורמלי. מקובל לדרוש בכל שיטות המשפט שהבעיה התעוררה בהן, כי החוק יהא כללי, פומבי, ידוע ומפורסם.[45] שאלה יפה היא אם אין גם לדרוש כי ההסדרים הראשוניים הקובעים את אובייקט ההגבלה, מהותה, ועיקרי הוראותיה, יקבעו בחקיקה ראשית. חקיקת המשנה, שאף היא מוסמכת להגביל את חופש העיסוק, צריכה לעסוק אך בהסדרים משניים, בעלי אופי של ביצוע,[46] על-פי גישה זו חקיקה ראשית, המסמיכה את מחוקק המשנה להגביל את חופש העיסוק – בלא לקבוע את ההסדרים הבסיסיים של ההגבלה – אינה מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה.[47] בדומה לכך, תוק הקובע כי הגבלה על חופש העיסוק תיעשה לפי שיקול דעתו של פלוני (שר, ראש עיר) אינה מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה.[48]

2. יסוד שני: החקיקה הפוגעת חייבת להלום את ערכיה של מדינת ישראל

חוק הפוגע בחופש העיסוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל, רק אם הוא הולם את ערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית, המעוגנים בעצם ההגנה על חופש העיסוק. על בית-

---

45. ראו Garibaldi, "General Limitations on Human Rights: The Principle of Legality", 17 Harv. Int. L.J. (1976) 503; **The Sunday Times v. United Kingdom** 2 E.H.R.R (1979) 245; **Silver v. United Kingdom** 5 E.H.R.R. (1983) 347.

46. להבחנה בין הסדרים ראשיים לבין הסדרים משניים, בעניין חקיקת המשנה, ראו י"ה קלינגהופר, "שלטון החוק וחקיקת משנה", **הד המשפט** (תשי"ו) 202.

47. לעניין זה אין חשיבות לשאלה, אם חוק היסוד קובע שההגבלה היא "בחוק" או שהוא קובע שההגבלה היא "בחוק או לפי חוק". בשני המצבים, החוק חייב לקבוע הסדרים ראשיים, וחקיקת המשנה יכולה לקבוע רק הסדרי ביצוע. למסקנה זו הגיעו בגרמניה. סעיף 12(1) לחוק היסוד הגרמני קבע במקורו כי ההגבלה על חופש העיסוק יכולה להיות "בחוק". הדעה המקובלת היתה, כי ניתן להגביל את חופש העיסוק גם בחקיקת משנה, ובלבד שזו מבוצעת הסדרים ראשיים הקבועים בחוק. ב-1968 תוקן חוק היסוד ונקבע כי ההגבלה על חופש העיסוק יכולה להיעשות בחוק או על-פיו. הדעה הרווחת היא, כי התיקון נועד להסרת ספק, וכי גם לאחר התיקון אין חקיקת משנה יכולה לקבוע הסדרים ראשיים בעניין הגבלת חופש העיסוק. חקיקה ראשית אשר תסמיך מחוקק משנה לקבוע הסדרים ראשיים, תתרוג מהמסגרת הקבועה בפסקת ההגבלה. השוו גם סעיף 80(1) לחוק היסוד הגרמני, וכן B. Schwartz, **Administrative Law**, (3rd ed., Boston 1991) 45.

48. ראו פרשת סילבר (לעיל, הערה 45) 372 וכן **Re Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors**, 147 D.L.R. (3d) (1983) 58; **Malone v. United Kingdom** 7 E.H.R.R. (1984) 14, 41.

המשפט יהיה לקבוע ערכים אלה ואת האיזון הראוי ביניהם, אם הם נוגדים זה את זה. יש לשאוף, ככל האפשר, להשלמה ולהרמוניה בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית לבין ערכיה כמדינה דמוקרטית. על הפרשן לחפש את המאחד והמשותף, ולא את המפריד והמבדיל. יש לשאוף למכנה משותף ולסינתזה.[49] עליו לבחור מתוך ערכיה המגוונים של מדינת ישראל כמדינה יהודית, את הערכים התואמים את ערכיה כמדינה דמוקרטית; ועליו לבחור מתוך מגוון ערכיה כמדינה דמוקרטית, את הערכים התואמים את ערכיה כמדינה יהודית.

אכן, אין אחידות בערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, ואין אחידות בערכיה כמדינה דמוקרטית. יש לבחור מתוך העושר הערכי את המשותף והמאחד. לשם כך יהיה צורך, במקרים רבים, לבחור ברמת הפשטה גבוהה של ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. ככל שההפשטה תהיה גבוהה יותר ואוניברסלית יותר, כן ייקל למצוא את המשותף והמאחד,[50] הפרשן יצליח במאמציו, ואתרות ערכים תימצא. כאשר הניסיון נכשל, וערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית אינם ניתנים ליישוב עם ערכיה כמדינה דמוקרטית, אין מנוס מהכרעה. הכרעה זו צריכה להיעשות, לדעתי, על-פי תפיסותיו של הציבור הנאור בישראל. זהו מבחן אובייקטיבי, המפנה את השופט אל מכלול הערכים המעצבים את דמותו של הישראלי המודרני.[51]

3. יסוד שלישי: החקיקה הפוגעת נועדה לתכלית ראויה

פסקת ההגבלה קובעת כי פגיעה בחופש העיסוק היא כזו, רק אם החקיקה הפוגעת נחקקה "לתכלית ראויה". לא כל תכלית הנתפסת על-ידי המחוקק כראויה – ואשר הצדיקה לדעתו את חקיקת החוק – היא תכלית ראויה גם על-פי חוק היסוד. היות התכלית ראויה לא נקבעת על-פי מחשבתו הסובייקטיבית (כלומר כוונתו) של המחוקק, אלא על-פי פירושו האובייקטיבי של חוק היסוד שנועד להגן על חופש העיסוק.

על-פי גישה זו נראה כי תכלית היא ראויה, אם נועדה להגשים זכויות אדם או מטרות חברתיות חשובות לקיומה של המסגרת החברתית המבקשת לקיים את חופש העיסוק. רק חקיקה שנועדה להגשים יעדים חברתיים חשובים, אשר הגשמתם עולה בקנה אחד עם אופיה של החברה כחברה המגינה על זכויות אדם, היא חקיקה שנועדה לתכלית ראויה. בעניין זה יש מקום לשקול, אם לא צריך להבחין בין חקיקה הפוגעת בחופש העיסוק בכך שהיא מגבילה את הכניסה לעיסוק, מקצוע או משלח-יד, לבין חקיקה הפוגעת בחופש העיסוק בכך שהיא מטילה הגבלות על ביצוע המקצוע. החקיקה מהסוג הראשון מחמירה עם

---

49. ראו מ' אלון (לעיל, הערה 21).

50. ראו א' ברק (לעיל, הערה 21) 31.

51. בע"א 506/88 **שפר נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם) המשנה לנשיא, השופט אלון מתח ביקורת על ההיזקקות למבחן הציבור הנאור. אין בידי לקבל דברי ביקורת אלה. השימוש באמת-המידה של הציבור הנאור תיעשה רק לאחר שמוצו כל האפשרויות למציאת סינתזה בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית לבין ערכיה כמדינה דמוקרטית.

nevo.co.il

חופש העיסוק, שכן היא מונעת את העיסוק עצמו ממי שלא מקיים את הדרישות. בארצות אחדות נקבע כי במצב דברים זה נדרשת מטרה חיונית או צורך חברתי לוחץ או עניין חברתי מהותי. על כן, חקיקה המגבילה כניסה למקצוע כדי למנוע בו תחרות, אינה לתכלית ראויה. מטעם זה נפסל בגרמניה חוק שקבע כי אין לפתוח עסק, כגון בית-מרקחת, אם יש כבר באיזור כמה עוסקים. נפסק כי הגנה על עסקים אלה אינה תכלית ראויה המצדיקה איסור כניסה לעיסוק, מקצוע או משלח-יד. אין היא מגינה על מטרה חיונית, או צורך חברתי לוחץ, או עניין חברתי מהותי.[52] לעומת זאת, נפסק בגרמניה כי הגנה על תחבורה ציבורית מפני תחרות של מסיעים פרטיים היא לתכלית ראויה, שכן שמירה וקיום של תחבורה ציבורית היא מטרה חיונית.[53]

חקיקה מהסוג השני מניחה את האפשרות לפעול בעיסוק, מקצוע או משלח-יד, ומבקשת אך להגביל את דרכי הגשמת חופש העיסוק. כאן נדרשת רמה נמוכה יותר של עניין חברתי, ודי בשיקולים רגילים של טובת הציבור. כך, למשל, קיום תעבורה סדירה, מצב תברואתי ראוי, הגנת הצרכן וכיוצא בהם שיקולים של טובת הציבור, מהווים בוודאי תכלית ראויה להגבלת הביצוע של עיסוק, מקצוע או משלח-יד. בהקשר זה מקובלת ההשקפה כי נוחות מנהלית או חיסכון כספי, כשהם לעצמם, אינם מהווים תכלית ראויה.[54] אין לפגוע בחופש העיסוק רק משום שקיומו של חופש העיסוק הוא עסק יקר. חברה המעניקה הגנה חוקתית לחופש העיסוק צריכה להיות מוכנה לשלם עבורו. הגנה על חופש העיסוק – כמו גם על זכויות אדם אחרות – עולה כסף, וחברה המכבדת זכויות אדם צריכה להיות מוכנה לשאת במעמסה הכספית.

התכלית הראויה משקפת ערכים ואינטרסים חברתיים חיוניים או חשובים, המצדיקים הגבלה על חופש העיסוק. ההנחה העובדתית היא, כי אם לא יוגבל חופש העיסוק תהיה פגיעה בערכים חברתיים אלה. כך, למשל, מניחים כי אם לא יוטלו מגבלות על חופש העיסוק של מסיעים פרטיים, ייפגע האינטרס הציבורי החיוני בקיומה של תחבורה ציבורית קבועה ויעילה. לרוב אין לדעת מראש כי הימנעות מנקיטת אמצעים מגבילים תגרור אחריה בהכרח פגיעה באינטרס חברתי חיוני או חשוב. על רקע זה מתעוררות שתי שאלות: האחת, מהי ההסתברות הנדרשת כדי להצדיק נקיטת אמצעים המגבילים את חופש העיסוק, על מנת להגן או להגשים את הערכים או האינטרס הראויים להגנה? האם די בכך כי קיימת אפשרות, ולו קלושה, שאם לא יוגבל חופש העיסוק של המסיע הפרטי תיפגע התחבורה הציבורית? או שמא נדרש כי האפשרות להתרחשות הסיכון היא ברמת הסתברות גבוהה יותר, ואם כן – מהי? השנייה, מהי מידת הפגיעה באינטרס החברתי הראוי המצדיקה הגבלה על חופש העיסוק? האם די בפגיעה קלה או שמא נדרשת פגיעה חמורה יותר, ואם כן – מהי מידת החומרה?

---

52. **פרשת בית-המרקחת** ((7 B Verf. GE 377 (1958)).

53. ראו מאונץ, דורינג והרצוג (לעיל, הערה 27) 180.

54. ראו **Singh v. Minister of Employment and Innigration** [1985] 1 S.C.R. 177, 218; **R. v. LEE** [1989] 2 S.C.R. 1384, 1390.

nevo.co.il

שאלת הקשר ההסתברותי בין הסיכון הנשקף לערך החברתי המוגן לבין התממשותו אינה פשוטה כלל ועיקר.[55] נראה לי, כי יש להימנע מניסיון לקבוע אמת-מידה אחת ויחידה שתשמש "נוסחת הסתברות" בכל הנסיבות. כך, למשל, במשפט התוקתי הגרמני נדרשת רמת הסתברות של ודאות קרובה לפגיעה בחופש העיסוק, הנגרמת על-ידי תנאים אובייקטיביים המגבילים את הכניסה לעיסוק, מקצוע או משלח-יד. לעומת זאת, נדרשת רמת הסתברות של אפשרות סבירה לפגיעה בחופש העיסוק, הנגרמת בשל תנאים סובייקטיביים המגבילים את חופש העיסוק.[56]

לדעתי, נוסחת האיזון ההסתברותית צריכה להיקבע על-פי מהותם של הערכים והאינטרסים הראויים, אשר לשם הגשמתם מבקשים להגביל את חופש העיסוק. לא הרי נוסחת האיזון כאשר הערך המתנגש מהיוה, הוא עצמו, זכות אדם מוגנת (כגון הגבלה על חופש העיסוק כדי להגן על כבוד האדם) כהרי נוסחה זו כאשר הערך המוגן הוא ערך חברתי כללי (כגון, צורכי התחבורה). כמובן, בשל מעמדו החוקתי של חופש העיסוק אין להקל במבחן ההסתברותי. על כן, כאשר הערך המוגן אינו נגזר במישרין מזכות אדם מוגנת, אלא מהאינטרס הציבורי הכללי – שנועד מצידו להגשים זכויות אדם – אין להסתפק במבחן הנופל מהאפשרות הסבירה או הממשית, תוך "שהבחירה" תהיה בינו לבין מבחן הוודאות הקרובה.

השאלה ברבר מידת הנזק הנגרם לערך החברתי הראוי המצדיק נקיטת אמצעים מגבילים, אף היא אינה פשוטה. אף כאן, כמו בעניין הקשר ההסתברותי, יש להימנע מאמות-מידה נוקשות. יש לשאוף לנוסחות איזון המשקפות את מהותם של הערכים המתנגשים. לא הרי מידת הנזק המצדיקה פגיעה בחופש העיסוק, הנדרשת כדי להגן על זכות אדם אחרת, כהרי מידת הנזק המצדיקה פגיעה בחופש העיסוק לשם הגנה על אינטרס ציבורי כללי. אכן, כאשר ההגבלה על חופש העיסוק באה בשל פגיעה בזכות אדם אחרת, יש לשאוף להתאמה בין מידת הפגיעה בין שתי הזכויות. יידרש איזון אופקי,[57] המתחשב בנתונים של מקום, זמן ואמצעים. כאשר ההגבלה על חופש העיסוק באה בשל פגיעה באינטרס הציבורי הכללי, אין להסתפק בנזק קל. יש לדרוש סיכון להתרחשותו של נזק כבד או ממשי לאינטרס הציבורי הכללי על מנת להצדיק פגיעה בחופש העיסוק.

4. יסוד רביעי: החקיקה פוגעת בזכויות האדם "במידה שאינה עולה על הנדרש"

היסוד הרביעי והאחרון של פסקת ההגבלה הוא, שהפגיעה בחופש העיסוק תהיה "במידה שאינה עולה על הנדרש". זהו יסוד מרכזי של פסקת ההגבלה, ואני מניח כי בעתיד יהפוך ללב ליבה. עיקר ההגנה על חופש העיסוק בפני התערבות חקיקתית יימצא בדרישה זו. על-פיה לא די בכך שחקיקה הפוגעת בחופש העיסוק נחקקה לתכלית ראויה. נדרש שהאמצעים החקיקתיים יהיו ראויים, כלומר, לא מעבר לנדרש. פגיעה חקיקתית בחופש העיסוק אפשרית רק אם הפגיעה נדרשת, חיונית או מתבקשת להשגת התכלית

55. ראו בג"צ 1452/93 (לעיל, הערה 23).

56. ראו מאונץ, דורינג וזרצוג (לעיל, הערה 27) 166.

57. למהותו של האיזון האופקי, ראו א' ברק (לעיל, הערה 3) 688.

nevo.co.il

הראויה. בכך אימץ חוק היסוד מבחן של יחסיות או מידתיות (Proportionality).[58] פגיעה בחופש העיסוק הנעשית לתכלית ראויה תעבור את הבחינה החוקתית, רק אם היא נוקטת אמצעים המקיימים את המידה הדרושה. מהי מידה דרושה, ומתי החקיקה פוגעת בחופש העיסוק "במידה שאינה עולה על הנדרש"? שאלה זו אינה מיוחדת לנו. היא התעוררה בכל המדינות, שבהן יש הגנה חוקתית על זכויות אדם. יש לגביה פסיקה עניפה בארצות-הברית,[59] קנדה[60] וגרמניה.[61] היא פותחה באופן מקיף על-ידי בית-המשפט האירופי לזכויות האדם המגשים את האמנה האירופית לזכויות האדם, שמרבית מדינות אירופה שותפות לה.[62] היא נדונה בהרחבה בבית-המשפט של השוק האירופי המשותף,[63] המגשים את אמנת השוק המשותף. זהו איפוא נושא עשיר, שהניב ספרות עניפה,[64] אשר ניתן להיעזר בה תוך שמירת עצמאותנו וייחודנו. על-פי הגישות המקובלות בעולם המערבי יש לקיים שלושה מבחני משנה, כדי להגשים את הדרישה של מידה ראויה.

מבחן המשנה הראשון: האמצעי צריך להיות רציונלי. מבחן זה קובע כי הפגיעה בחופש העיסוק היא במידה העולה על הנדרש, אם האמצעי שבו בחר המחוקק אינו מתאים להשגת המטרה. נדרש קשר של התאמה בין האמצעי למטרה. אסור לאמצעי להיות שרירותי, לא הוגן או לא הגיוני. צריך להתקיים קשר רציונלי בין האמצעי למטרה. כך, למשל, חוק בגרמניה דרש כי, לשם קבלת רשיון לעסוק בציד, יש לעבור בחינה בשימוש

58. על עקרון היחסיות, ראו ו' סגל, "צילת העדר היחסיות (Disproportionality) במשפט המינהלי", **הפרקליט** לט (תשנ"א) 507; על עקרון היחסיות במשפט המינהלי הגרמני ראו י' זמיר, "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה", **משפט וממשל** ב (תשנ"ד) 109; ראו גם M.P. Singh, **German Administrative Law** 677 (1985) 88; J. Schwarze, **European Administrative Law** (1992).

59. ראו **Widmar v. Vincent**, 454 U.S. (1981) 263; **Craig v. Boren**, 429 U.S. (1976) 190; R.W. Bennett, " Mere Rationality in Constitutional Law: Judicial Review and Democratic Theory", 67 **Calif. L.Rev.** (1979) 1049.

60. ראו הוג (לעיל, הערה 35) 875.

61. ראו סינג (לעיל, הערה 58), 88; ראו גם Currie, "Lochner Abroad: Substantive Due Process and Equal Protection in the Federal Republic of Germany", **Sup. Ct. Rev.** (1989) 333.

62. ראו שוורצה (לעיל, הערה 58), 705.

63. ראו שוורצה (לעיל, הערה 58), 864-708.

64. ראו הוג (לעיל, הערה 35) 878 וכן Yourow, **The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence** (1993); Macdonald, "The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", in **International Law and the Time of its Codification, Essays in Honour of Roberto Ago** (1987) 187.

nevo.co.il

בנשק. התובע עסק בציד עופות באמצעות עיט. הוא לא השתמש כלל בנשק המבריח את העופות. נפסק כי דרישת הבחינה אינה רציונלית לגביו. בעניין אחר קבע החוק כי כדי להיות כשיר להתחיל בעיסוק של עריכת דין, יש להיות לפחות בן שלושים. נפסק כי דרישה זו אינה רציונלית. אין קשר של התאמה בין המטרה (הגנה על הציבור והבטחת שירות עריכת דין ראוי) לבין האמצעי (קביעת גיל כה גבוה לכניסה למקצוע). באחד מפסקי-הדין נקבע כי העמדה של דרישת ידע במסחר והשכלה בתורת המסחר, כתנאי לעיסוק בסתר קמעונאי, אינה תוקפית. אין קשר רציונלי בין התכלית הראויה לבין האמצעי הנבקר.

מבחן המשנה השני: האמצעי הפוגע במידה הפחותה. מבחן המשנה השני קובע, כי הפגיעה בחופש העיסוק היא במידה העולה על הנדרש אם האמצעי שבו בחר המחוקק מתאים אמנם להשגת המטרה, אך ניתן להשיגה על-ידי אמצעים אחרים, מתאימים גם הם, שפגיעתם בחופש העיסוק קטנה יותר. כך, למשל, אם ניתן להשיג תכלית ראויה, כגון הבטחת בריאות הציבור, הפוגעת בחופש העיסוק בשתי דרכים: האחת, בדרך של הטלת איסור על פעילות מסוימת, והשנייה, בדרך של התרתה תוך קביעת דרישות של טימון המוצר, יש לנהוג בדרך הפוגעת במידה הפחותה.

בכלל, יש לבחור באמצעי הפוגע פחות, ורק אם לא ניתן להשיג באמצעותו את התכלית הראויה, יש לעבור לאמצעי בעל דרגת פגיעה חמורה יותר. על כן, אם ניתן להגן על אינטרס ציבורי בדרך של איסור כניסה למקצוע או בדרך של פיקוח על המקצוע, יש לנקוט אמצעי פיקוח ולא איסור. במסגרת הפיקוח יש לבחון תחילה פיקוח מינהלי, ורק אם פיקוח זה אינו משפיע, לעבור למסגרת הקשה יותר של פיקוח באמצעות המשפט הפלילי. המעבר מהדרגה הקלה (או הנמוכה) יותר לדרגה הקשה (או הגבוהה) יותר מחייב שכנוע – המבוסס על תשתית עובדתית – כי קיים סיכון – ברמה גבוהה של ודאות – כי אין להגן על התכלית הראויה באמצעות הדרגה הקלה (או הנמוכה) ונדרש מעבר לדרגה הקשה (או הגבוהה) יותר.

מבחן המשנה השלישי: מבחן האמצעי היחסי. מבחן המשנה השלישי קובע, כי פגיעה בחופש העיסוק אינה במידה שאינה עולה על הנדרש אם הפגיעה בחופש העיסוק היא חריפה במיוחד, וניתן להשיג את עיקרי התכלית הראויה – גם אם לא את מלואה – על-ידי אמצעים אשר פגיעתם בחופש העיסוק היא באופן משמעותי פחותה. אם ניתן להימנע באופן משמעותי מחריפות הפגיעה על-ידי וויתור לא משמעותי בהשגת התכלית הראויה, יש לעשות כן. נדרש איזון בין הפגיעה בחופש העיסוק לבין היתרון החברתי הצומח מהפגיעה.

ח. מתחם ההגבלה

פסקת ההגבלה היא מכשיר איזון בין חופש העיסוק לאינטרס הציבורי. אמת-המידה הקבועה בפסקת ההגבלה אינה מדויקת. לשונה של הפסקה עמומה, ופרשנותה התכליתית לא תוביל תמיד לפתרון אחד ויחיד. לעתים קיימות כמה דרכים תוקפיות להגבלתו של חופש העיסוק. לעתים מתקיים מתחם נורמטיבי, הכולל בתוכו מטרות ראויות ואמצעים

nevo.co.il

ראויים, שניתן לשורם זה בזה, תוך יצירת מגוון של אפשרויות חוקתיות להגבלה כדין של חופש העיסוק. זהו "מתחם ההגבלה" המלווה את חופש העיסוק. מתחם זה מגביל את המחוקק ואת חופש העיסוק גם יחד.

כל אפשרות להגבלת חופש העיסוק, המצויה מחוץ למתחם ההגבלה, היא אסורה. המחוקק מוגבל להגבלות המצויות בתוך מתחם ההגבלה. כל אפשרות להגבלת חופש העיסוק, המצויה בתוך מתחם ההגבלה, היא חוקתית ומוכרת. בכך מתבלטת "חלוקת העבודה" בין שופט למחוקק. גבולותיו של מתחם ההגבלה נקבעים על-ידי הרשות השופטת. זוהי פעילות שיפוטית פרשנית רגילה, הנותנת תוכן לתוך היסוד. לקבוע מובנו של טקסט, לרבות הטקסט החוקתי, הוא תפקיד שיפוטי מובהק. לעומת זאת, את הבחירה בין האפשרויות הלגיטימיות המצויות בתוך המתחם קובע המחוקק. עקרון הפרדת הרשויות מעניק את תפקיד החקיקה לרשות המחוקקת. הבחירה בין קווי מדיניות שונים, המקיימים כולם את דרישותיה של פסקת ההגבלה, היא בידי המחוקק ורק הוא מוסמך לעצב את ההגבלה הראויה של חופש העיסוק. זוהי פרוגוסטיבה של הערכה הנתונה למחוקק, הרשאי לתת ביטוי להשקפותיו על ההסדר הרצוי מבלי להיות כבול בתפיסות חברתיות כופות, המוכתבות על-ידי תוק היסוד. בתוך מתחם ההגבלה, יש למחוקק הרגיל חופש של עיצוב ההסדר החוקי כרצונו.

ט. מרחב התמרון החקיקתי

מעבר לכך, הקו המפריד בין מתחם ההגבלה לבין המצוי מחוצה לו אינו מדויק. לא פעם קשה לקבוע אם לא היה ניתן לנקוט אמצעים אחרים מאלה שנקט המחוקק, באופן שהפגיעה בזכות האדם תהיה פחותה מזו שקבע. שופט בעל דמיון עשוי לעתים להעלות על דעתו הסדר חקיקתי הפוגע במידה פחותה בחופש העיסוק, בהשוואה להסדר שקבע המחוקק. עקב חוסר הבהירות של מצבי הגבול נשאלת השאלה: עד כמה צריך השופט להתחשב בבחירתו של המחוקק? אם השופט סבור כי הבחירה של המחוקק חורגת ממתחם ההגבלה עליו לתת להשקפתו זו ביטוי. אך מה הדין אם השופט גורס כי הבחירה היא גבולית?

במצב דברים זה התפתחה בכמה שיטות משפט ההשקפה, שלפיה יש להעניק למחוקק "מתחם של התחשבות" (Margin or Power of Appreciation) או "מרחב של שיקול דעת" או "מרחב סביר של תמרון". שיטות משפט אלו הדגישו את חשיבותה של הגישה הגמישה, המכירה בקשיי הבחירה של המחוקק, בהשפעת בחירתו על המגזרים השונים של החברה וביתרון המוסדי של המחוקק בהערכתם של נתונים אלה. ודוק, לא די שהמחוקק סבור כי האמצעים שבהם הוא נוקט הם במסגרת מתחם ההגבלה. מרחב התמרון ניתן למחוקק הרגיל כאחד מבין האמצעים המגבילים את חופש העיסוק על-פי דרישותיה של פסקת ההגבלה. מרחב התמרון קיים רק לעניין הבחירה בין האפשרויות החוקתיות המגבילות את חופש העיסוק במידה הפחותה ביותר. מרחב ההגבלה אינו מרחב של אי איכפתיות. מרחב התמרון החקיקתי אינו מרחב של חופש לפגוע בזכויות אדם מוגנות כרצון המחוקק.

nevo.co.il

י. שמירת תוקף חקיקה הפוגעת בחופש העיסוק ואינה מקיימת את פסקת ההגבלה

מה דינו של חוק, הפוגע בחופש העיסוק ואינו מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה? התשובה היא, שחוק כזה אינו חוקתי וכל בית-משפט מוסמך להכריז על בטלותו. הכרזת הבטלות של כל בית-משפט, חוץ מבית-המשפט העליון, פועלת רק בין הצדדים למשפט. כאשר ההכרזה באה בפי בית-המשפט העליון, התוק מוכרז כבטל בלפי הכול. הניתן להציל מכלית חוק כזה?

חוק-יסוד: חופש העיסוק קבע, בנוסחו המקורי, שני עוגני הצלה. ראשית, נקבע כי "הוראות חיקוק שהיו בתוקף ערב תחילתו של חוק-יסוד זה, והן עומדות בסתירה להוראותיו, יעמדו בתוקפן עד תום שנתיים מיום תחילתו של חוק-יסוד זה".[65] בכך נשמר תוקפה של חקיקה נוגדת עד ליום 12.3.94. מכוח עוגן הצלה זה נשמר כוחה של כל החקיקה העניפה שהוחקה בתקופת המנדט ומאז קום המדינה, והפוגעת בחופש העיסוק מבלי לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. עוגן הצלה זה עומד לסיים את תפקידו בעוד כשלושה חודשים. מה יקרה אז?

ניתן לחשוב על עוגן הצלה שני, המצוי בחוק-יסוד: חופש העיסוק. חוק יסוד זה קובע כי "אין לשנות חוק-יסוד זה אלא בחוק-יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת".[66] על-פי עוגן הצלה זה, משנים את חוק היסוד עצמו תוך שנותנים תוקף חוקתי לחוק הרגיל הפוגע שלא כדין בחופש העיסוק. לשם כך צריך לקיים שני תנאים מצטברים: השינוי עצמו בחוק היסוד צריך ללבוש לבוש של חוק יסוד, והרוב המקבל צריך להיות מיוחד ("רוב של חברי הכנסת"), כלומר 61 חברי כנסת או יותר צריכים להצביע בעד השינוי. אמצעי זה הוא קיצוני ביותר: כדי לשמור על חוקתיותו של חוק משנים את החוקה עצמה. עם ריבוי החוקים הפוגעים עשויים להתרבות שינויי החוקה. זהו בוודאי מצב חוקתי בלתי רצוי. הניתן איפוא להציל מכליה חוקתית חוק רגיל – הפוגע בחופש העיסוק ושאינו מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה – בלא לתקן את החוקה עצמה? ברוב רובן של שיטות המשפט, שבעיה זו מתעוררת בהן, התשובה היא בשלילה. זהו תפקידה של החוקה – אצלנו, תוקי היסוד המשוריינים – להגביל את המחוקק הרגיל, על מנת לשמר ולקיים ערכי יסוד נעלים, הנתפסים על-ידי החברה כעומדים מעל לכוח החקיקה. חוק רגיל, שאינו מקיים את דרישות החוקה מתבטל, ולמחוקק הרגיל לא נותר אלא לחוקק חוק חדש, אשר יקיים את דרישות החוקה. זאת היא המשמעות של משטר חוקתי.

יא. הניסיון הקנדי וחקיקה "על אף האמור בחוק-יסוד: חופש העיסוק"

והנה נמצא בקנדה עוגן הצלה נוסף, שיש בו כדי להעניק תוקף חוקתי לחוק רגיל הפוגע בזכות אדם מוגנת בלא לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה הקנדית. ההצלה

65. סעיף 6 לחוק היסוד המקורי.

66. סעיף 5 לחוק יסוד: חופש העיסוק.

nevo.co.il

מכונה ה-"Override", והיא קבועה בצ'רטר הקנדי על דבר זכויות וחופשים,[67] על-פי הוראה זו רשאי המחוקק הרגיל לחוקק חוק, שנאמר בו במפורש כי הוא נחקק "על אף האמור בסעיף פלוני בצ'רטר" (Notwithstanding clause). כאשר חוק כולל לשון זו, הוא יעמוד בתוקפו כאילו אותו סעיף פלוני בצ'רטר אינו קיים. חוק הכולל הצהרה כזו עומד בתוקפו חמש שנים. כעבור חמש השנים תוקפו פג, אלא אם כן המחוקק חוקק אותו מחדש.

הוראה זו נועדה לאפשר מפלס מהוראות החוקה. עם זאת, המפלס הוא בעל אופי זמני. החוק עולה כל פעם מחדש על סדר היום הלאומי. ה-Override נתקבל בקנדה ב-1982 כפשרה פוליטית בין השלטון המרכזי לבין הפרובינציות. בקנדה נעשה בו שימוש על-ידי הפרובינציה של Saskatchewan, אשר הכניסה הוראה זו בחוק אחד בלבד ולא חזרה על כך. שימוש נוסף נעשה ב-Override בקוויבק, על רקע בעיותיה המיוחדות. השלטון הפדרלי והפרובינציות האחרות לא עשו בו כל שימוש.

ממשלת ישראל אימצה רעיון זה. בחוק – יסוד: תופש העיסוק (תיקון), מוצע להוסיף לחוק היסוד הוראה בזו הלשון:[68]

> לא תהיה הוראה בחוק טותרת חוק-יסוד זה אלא אם כן היא בחוק שנתקבל ברוב של חברי הכנסת ונאמר בו במפורש שתוקפו הוא על אף האמור בחוק-יסוד זה; תוקפו של חוק כאמור יפקע שישה חודשים לאחר הבחירות לכנסת שתכהן אחרי זו שתוקקה אותו, זולת אם נקבע בו מועד מוקדם יותר.[69]

---

67. סעיף 33 לצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחופשים:

"(1) Parliamnet or the legislaure of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or section 7 to 15 of this Charter.

(2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.

(3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration

(4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).

(5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4)."

68. סעיף 2 להצעת חוק-יסוד: תופש העיסוק (תיקון), (לעיל, הערה 11) המבקש להוסיף את סעיף 5(ב) לחוק המקורי.

69. ראו א' ברק (לעיל, הערה 42).

nevo.co.il

על-פי הוראה זו, אם תתקבל, רשאית הכנסת להוסיף בחוק הוראה כי הוא "על אף האמור בחוק-יסוד: חופש העיסוק". חוק הכולל הוראה זו יעמוד בתוקפו למרות הפגיעה שהוא פוגע בחופש העיסוק ולמרות העובדה שאינו מקיים את פסקת ההגבלה. שלא כמו בקנדה, בארץ נדרש לשם קבלת חוק כזה רוב מיוחס ("רוב של חברי הכנסת"), והחוק יעמוד בתוקפו עד שישה חודשים לאחר הבחירות לכנסת שתכהן אחרי הכנסת שחוקקה אותו. אין ספק כי ה-Override הישראלי מחליש את ההגנה החוקתית על חופש העיסוק. עם זאת, אין בו חזרה למצב המשפטי שקדם לחקיקתו של חוק-יסוד: חופש העיסוק. חופש העיסוק ממשיך לקבל הגנה חוקתית.

חוק שאין בו הוראה כי הוא נחקק "על אף האמור" בחוק-יסוד: חופש העיסוק, והפוגע בחופש העיסוק יוכרז כבטל אם אינו מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. כל החקיקה שלנו, שחוקקה לפני מועד כניסתו לתוקף של חוק-יסוד: חופש העיסוק, אין בה הוראה שנחקקה "על אף האמור" בחוק היסוד, ועל כן כולה כפופה לבחינה החוקתית שעמדתי עליה. חקיקה חדשה שלא תכלול הוראה כזו, תהיה כפופה גם היא לביקורת זו. ואת ועוד: חקיקה חדשה שתכיל הוראה כי היא נחקקת "על אף האמור בחוק-יסוד: חופש העיסוק" היא בעלת אופי זמני בלבד. כמובן, אם המחוקק שלנו ירבה לעשות שימוש בנוסחה זו, הוא עשוי על-ידי כך להפחית מכוחו של חוק היסוד. הנה כי כן, העוצמה החוקתית של חופש העיסוק תהיה תלויה, במידה רבה, בחוש האיפוק העצמי של המחוקק הישראלי. השאלה היא, האם הכנסת תגלה רגישות לחופש העיסוק ותעשה שימוש ב-Override רק במקרים מיוחדים, או שמא תיפתח הרלת לשימוש מסיבי במכשיר זה? התשובה על שאלה זו טמונה, כמובן, בחיק העתיד.

יב. סיכום

במרס 1992 התרחשה מהפכה חוקתית בכל הנוגע לזכויות אדם. עם חקיקתם של חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הועלו זכויות האדם למעמד חוקתי – על חוקי. בכך התרחשה קונסטיטוציונליזציה של המשפט הישראלי,[70] זכויות האדם שוב אינן נגזרות מההלכות השיפוטיות המפרשות סמכויות שלטוניות. ההלכות השיפוטיות המפרשות סמכויות שלטוניות נגזרות עתה מזכויות האדם. חקיקה הפוגעת בזכויות אדם מוגנות תוכל לעמוד בתוקפה רק אם היא מקיימת את פסקת ההגבלה. חקיקה שאינה מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה – ושלא נחקקה "על אף האמור בחוק היסוד" – תוכרז כבטלה.

70. כל ענפי המשפט הישראלי יצטרכו, כמובן, לשנות את הסדריהם באופן שיתאימו להוראות התוקתיות הקבועות בחוק-יסוד: חופש העיסוק. חקיקה חדשה צריכה להתאים עצמה להוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. יש מקום לערוך הבחנה מדוקדקת בכל אחד מענפי המשפט, על מנת לעמוד על השינויים אשר יחולו בו בעקבות הקונסטיטוציונליזציה של המשפט הישראלי. להשפעת ההוראות החוקתיות על המשפט הפלילי, ראו: Kremnitzer, "Constitutional Principles and Criminal Law", 27 **Isr. L. Rev.** (1993) 84.

nevo.co.il

שינוי מהותי זה בתרבות המשפטית שלנו וברטוריקה המשפטית שלנו טרם נתפס על-ידי מרבית החברה הישראלית. המהפכה החוקתית עברה בשקט, כמעט בהיחבא. אך עתה, אט אט, מתחילים חוגים הולכים וגדלים להבין, כי חל שינוי בסיסי במשטר החוקתי בישראל בכל הנוגע לזכויות אדם. חל שינוי בסיסי במעמדו של חופש העיסוק. הכנסת – כרשות מכוננת – עשתה את שלה. עתה תלוי הכול בבתי-המשפט מזה ובמחוקק הרגיל מזה. אני מקווה, כי בתי-המשפט והמחוקק הרגיל יעמדו – כל אחד בהתאם לאמות-המידה החלות עליו – באתגר הגדול שהוצב בפניהם. נצטרף למספר ההולך וגדל של מדינות דמוקרטיות נאורות שאינן רואות כל סתירה בין זכויות אדם לבין אינטרס הציבור, והמקיימות משטר חוקתי המגן על זכויות אדם, תוך הכרה באינטרס הציבורי לקיים חברה השומרת על זכויות אדם.

nevo.co.il