

טו) תרופות חוקתיות

כאשר בית המשפט מחליט שהוראת חוק אינה חוקתית, כלומר נוגדת את חוקי היסוד, עומדות לפניו מספר אפשרויות: לבטל את אותה הוראה, לפרשה באופן מצמצם, או להקצות לכנסת זמן כדי לתקנה.



מסקנתנו, כי הוראות המעבר בחוק תיקי השקעות, ככל שהדבר נוגע לחובת הבחינות, אינן מידתיות. תוצאה הטבעית הינה בשינוי הוראות המעבר הקבועות בחוק. שינוי מעין זה הוא מסמכותו של המחוקק. בית המשפט אינו יכול להוסיף להוראות המעבר טקסט הקובע את היקף הבחינות, ואת האפשרות להמשיך בעיסוק בתקופת הבחינות. אמנם, בית המשפט רשאי לערוך ניתוח בגוף החוק, ולהפריד בין החלק התקף לבין החלק הבטל, אך הוא יעשה כן רק אם החלקים השונים ניתנים להפרדה, מה שאינו המקרה שלפנינו.

אין אפשרות ליתן "מנימוקים מיוחדים" רשיון לכלל העוסקים הישנים, או לפטור אותם מהבחינות כולן או חלקן; פטור כללי שכזה סותר את המבנה הבסיסי של הוראות המעבר, וחורג מגדרי הסמכות ליתן רשיון "מנימוקים מיוחדים". תיקון המצב צריך לבוא מהמחוקק עצמו, אשר יקבע הוראות מעבר מידתיות. כל עוד לא תתוקן המידתיות על ידי הוראות מעבר חדשות מתבקשת הצהרה כי הוראות המעבר שבחוק תיקי ההשקעות - בכל הנוגע לחובת הבחינות של מנהלים של תיקי ההשקעות - הן בטלות.

לעניין השפעת ביטולן של הוראות המעבר, בכל הנוגע לבחינות, על חובתם של העוסקים הישנים לעמוד בבחינות כתנאי לקבלת רשיון, החוק מטיל על כל אדם המבקש לעסוק בניהול תיקי השקעות את החובה לעמוד בבחינות מקצועיות. תחולתה של חובה זו - כמו של שאר הוראות חוק תיקי השקעות - היא אקטיבית (מיידית). המידתיות של הסדר זה, בכל הנוגע לעוסק הישן, אמורה היתה להיקבע בהוראות המעבר. הוראות המעבר לא עמדו במשימתן, ובטלותן היא תוצאתה של קביעתנו, כי ההסדרים שנקבעו בהן לעניין הבחינות אינם מידתיים. ביטולן של הוראות המעבר בכל הנוגע לבחינות גורר אחריו את ביטול הסדר הבחינות כפי שנקבע בסעיפים 812 - לחוק תיקי השקעות, ככל שהוא נוגע לעוסקים הישנים.

כל עוד הכנסת לא תחוקק הוראות מעבר חדשות ומידתיות, אין לדרוש מעוסקים ישנים עמידה בבחינות (למעט הבחינה באתיקה מקצועית). המידתיות אינה דורשת העמדת כל העוסקים הישנים במדרגה של היעדר תחולה של חובת הבחינות עליהם. ניתן להבחין בין עוסקים ישנים שונים, תוך קביעת משטר בחינות מידתי. שלילה מלאה של חובת הבחינות מכל העוסקים הישנים הוא מצב משפטי חדש שמן הראוי הוא כי המחוקק יתן עליו את הדעת. לשם כך דרושה, כמובן, שהות אשר תאפשר לכנסת לשקול את האפשרויות העומדות לרשותה, בלא שתצטרך לעשות כן על רקע חקיקה שאינה כוללת הוראות בדבר חובת הבחינות.

ביטול חובת הבחינות לעוסקים ישנים יוצר "חלל חקיקתי" המעורר בעיות לא פשוטות. כל אלה מצדיקים הכרה בתקופת ביניים, אשר בה יעמדו הוראות המעבר - ועימן ההוראות בדבר חובת הבחינות - בתוקף, כדי שהכנסת תוכל לגבש את עמדתה תוך זמן סביר. בצד ההצהרה כי הוראות המעבר בכל הנוגע לבחינות בטלות נוסף ונקבע כי כניסתן לתוקף של הצהרותינו אלה תושעה עד ליום 31.12.1997, דהיינו בעוד כשלושה חודשים. השעיה זו תאפשר לכנסת לקבוע את עמדתה באשר להוראות המעבר בכל הנוגע לבחינות, והיא עולה בקנה אחד עם הסדר הביניים אליו הגיעו הצדדים בפנינו, לפיו ניתנו רשיונות עיסוק זמניים לכל העוסקים הישנים.

התוצאות הן ארבע: ראשית, הוראות המעבר שבסעיף 48 לחוק תיקי השקעות בכל הנוגע לחובת הבחינות אינן מידתיות, ועל כן בטלות. הצהרת הבטלות תיכנס לתוקפה ביום 1.1.1998; שנית, כל עוד לא יוחקו הוראות מעבר מידתיות, תגרום התחולה האקטיבית של חוק תיקי השקעות, ללא הוראות מעבר מידתיות, חובת בחינות בלתי מידתית על העוסקים הישנים. חובת בחינות זו - כתנאי למתן רשיון למנהל תיקים - אינה חוקתית ועל כן בטלה. גם הצהרה זאת תיכנס לתוקפה רק ביום 1.1.1998; שלישית, הכנסת מוסמכת כמובן לקבוע הסדר מידתי חדש להוראות המעבר, ובכך להציל את הוראות המעבר בכל הנוגע לחובת הבחינות - מבטלות; רביעית, כאשר הכנסת תקבע הסדר חדש להוראות מעבר, הוא ייכנס לתוקף במקום סעיף 48 לחוק תיקי השקעות. אם ההסדר ייקבע על ידי הכנסת לפני ה-1.1.1998, לא ייוצר חלל בתחולת החוק מבחינת הזמן וההיקף. ובינתיים, עד יום ה-1.1.1998 יכולים כל העוסקים הישנים להמשיך בעיסוקם מכוח הרשיונות הזמניים שניתנו להם לפי הסדר הביניים.

גם אם יימצא שסעיף 1 לחוק הצינון שבמחלוקת אכן לוקה בפגמים מהותיים, המסקנה שתתחייב מכך אינה שהסעיף בטל אלא רק שבמועד קבלתו על-ידי הכנסת לא היה לו תוקף. הטענה כי הסעיף בטל, סומכת על עקרון הבטלות המוחלטת, הגורס כי חריגה מסמכות גוררת בטלות "אוטומטית" של הנורמה ה"חורגת". אלא שראוי לפעול לפי עקרון הבטלות היחסית. עקרון זה מהווה מודל עדיף וראוי גם לבחינתה של חקיקה, שבדיעבד נמצא לגביה כי במועד קבלתה עמדה בסתירה להוראתו של חוק יסוד.

בנסיבותיו המיוחדות של ענייננו אכן היה בתיקון מס' 33 לחוק-יסוד : הכנסת כדי להביא לתיקון הפגמים שדבקו בחקיקתו של סעיף 1 לחוק הצינון. בהתנהלות הליכי החקיקה נפלה אמנם תקלה : בעוד שמן הדין היה לאשר את תיקון מס' 33 לפני אישורו, או בעת ובעונה אחת עם אישורו, של חוק הצינון, קיבלה הכנסת את חוק הצינון שבוע ימים קודם לקבלתו של תיקון מס' 33. הפגמים בהם לקתה חקיקת סעיף 1 לחוק הצינון לא הביאו לבטלותו של הסעיף, וכל שניתן להסיק מקיומם הוא שבמועד קבלתו על-ידי הכנסת לא היה לסעיף תוקף. אין זה אומר כי בכוח חוק-יסוד לתקן בדיעבד פגם חוקתי שנפל בחוק רגיל, שנחקק קודם לחקיקתו של חוק היסוד. אך בנסיבותיה המיוחדות של פרשתנו יש לקבוע כי תיקון מס' 33 לחוק היסוד אמנם ריפא את הפגמים בהם לקתה חקיקתו של חוק הצינון.

עקרון הבטלות היחסית מאפשר לבית המשפט להגיע להכרעה מידתית ומאוזנת בדבר תקפותו של סעיף 1 לחוק הצינון. אף שבמועד קבלתו סתר הסעיף את הוראת סעיף 6 לחוק-יסוד : הכנסת - ואפשר שסתר גם את הוראת סעיף 4 לחוק היסוד - הרי משתוקן חוק היסוד נירפא הפגם בו לקה חוק הצינון.

העותר נעצר בידי שוטר צבאי בחשד לעריקה והוחזק בכלא צבאי במשך חמישה ימים, בלי שהובא בפני שופט. מאז תוקן החוק, וכיום הוא מאפשר החוק מעצר חייל ביד שוטר צבאי ללא צו, לתקופה של עד 4 ימים.

תיקון חוק הוא דין נפרד וחדש, שהוראת שמירת הדינים בחוק היסוד אינה ישימה לגביו, הן מסיבות מעשיות ליעול הדיון בבג"ץ, והן מסיבות עקרוניות; כאשר המחוקק חוקק את החוק המתקן, הוא היה מודע לחובה המוטלת עליו שלא לפגוע בזכות היסוד בניגוד לחוק-היסוד. אמנם יש לייחס משקל לעובדה שמדובר בחוק מיטיב, אך עובדה זו אינה מחסנת את החוק מפני ביקורת שיפוטית.

החירות האישית הינה זכות חוקתית ממדרגה הראשונה, והיא גם תנאי למימוש זכויות יסוד אחרות. משום כך שלילתה היא פגיעה קשה במיוחד, המהווה את העונש הכבד ביותר שמדינה מתוקנת מטילה על עבריינים. מעצר בידי רשות מינהלית, כגון שוטר, הוא הצורה הקשה ביותר של פגיעה בחירות האישית; מעצר כזה, להבדיל ממאסר, מוטל על ידי רשות מינהלית, על אדם שהוא עדיין בחזקת חף מפשע, ועל יסוד חשד בלבד. מבחינה עקרונית, רמת ההגנה על זכות יסוד צריכה לעמוד ביחס ישר לדרגת החשיבות של הזכות ולעוצמת הפגיעה בזכות. מכאן שהחירות האישית, בהיותה זכות חוקתית בעלת חשיבות מיוחדת, ראויה להגנה מיוחדת מפני פגיעה בדרך של מעצר בידי רשות מינהלית.

עם זאת החירות האישית, כמו כל זכות יסוד אחרת, אינה מוחלטת. ניתן להגביל אותה כדי להגן על זכויות אחרות או על אינטרס ציבורי, כפי שקובע גם חוק-היסוד; לפיכך השאלה בכל מקרה של פגיעה בחירות האישית היא, אם הפגיעה עומדת בתנאים שנקבעו בפיסקת ההגבלה. חוק היסוד גם מוסיף, מיד לאחר פיסקת ההגבלה הכללית, פיסקת הגבלה מיוחדת לכוחות הבטחון, שלא נתכוונה, היא כשלעצמה, לצמצם את זכויות היסוד של המשרתים בכוחות הבטחון, אך היא קובעת תנאים מיוחדים לפגיעה בזכויות היסוד של אלה, תנאים שהם שונים מן התנאים שנקבעו בפיסקת ההגבלה הכללית.

פסקת ההגבלה הבטחונית נועדה לאפשר פגיעה בזכויות היסוד של המשרתים בכוחות הבטחון באמצעות חקיקת-משנה, וסעיף זה אינו קובע, כתנאי לפגיעה בזכות, שהחוק הפוגע יהיה "הולם את ערכיה של מדינת ישראל" וכי הוא יהיה "נועד לתכלית ראויה". עם זאת יש לומר, כפרשנות תכליתית של חוק-היסוד, כי חוק אינו יכול לפגוע בזכויות היסוד של המשרתים בכוחות הבטחון אלא אם הוא הולם את ערכיה של מדינת ישראל ונועד לתכלית ראויה.

השאלה מהי "המידה הנדרשת" של פגיעה בזכות תלויה בכל עניין; הקשר שונה המידתיות תהיה שונה. התשובה לשאלת המידתיות תלויה במידה רבה בראיות. בשלב הראשון של ההתדיינות בתחום המשפט הציבורי, מוטל על העותר הטוען נגד החוקיות של חוק, תקנה או החלטה מינהלית, הנטל לעורר ספק מהותי בחוקיות. אולם, משעורר העותר ספק כזה, שוב אין בית המשפט חייב להסתפק בראיות שהובאו בפניו על ידי העותר.

הדיון בעתירה זאת התמקד במבחן-המשנה השני: מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. אמנם, קשה להעריך את האינטרסים ציבוריים לאור מבחן זה. אך צריך לעשות מאמץ, בכל מקרה ומקרה, כדי

להעריך נכונה את המשקל היחסי של זכויות אדם מזה ושל אינטרסים ציבוריים מזה. האיזון הראוי ביניהם הוא שקובע את המידתיות: ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר, וככל שהפגיעה בזכות קשה יותר, כך צריך אינטרס ציבורי חזק יותר כדי להצדיק את הפגיעה. פגיעה קשה בזכות חשובה, שלא נועדה אלא להגן על אינטרס ציבורי חלש, עשויה להיחשב פגיעה במידה העולה על הנדרש.

המשאבים שיידרשו לצורך קיצור תקופת המעצר, אף כי אינם מבוטלים, אינם בסדר גודל שמחוץ ליכולת הצבא. יש להעמיד את סדר הגודל של המשאבים הנדרשים כנגד סדר הגודל של הפגיעה בחירות האישית של החיילים: כ-10,000 חיילים הנעצרים מדי שנה, לרוב בגין חשד לעבירה של עריקה. ההגנה על זכויות האדם כרוכה לא פעם במחיר, ונראה כי במקרה זה המחיר הוא סביר, קל וחומר אם ישונו ההיערכות והנהלים, בכל הנוגע למעצר חיילים, באופן שיפחית מחיר זה. והרי גם הקיצור של תקופת המעצר בידי שוטר אזרחי, מתקופת של 48 שעות לתקופה של 24 שעות, חייב את המשטרה להיערכות מיוחדת שדרשה משאבים של אדם וכסף.

אמנם, בית המשפט נוהג בזהירות ואיפוק עד שהוא מצהיר על הוראת חוק כי היא בטלה. אולם במקרה זה, אפילו המשיבים אינם חולקים על כך שהחוק המתקן פוגע בחירות האישית של חיילים מעבר למידה הנדרשת. לפיכך אנו מצהירים בזה כי הוראת החוק המתקן, הקובעת תקופת מעצר מירבית של 96 שעות, סותרת את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולפיכך בטלה. ההצהרה תיכנס לתוקף בתום שישה חודשים מיום מתן פסק דין זה. העתירה מתקבלת.