

### טו) חופש העיסוק

האוטונומיה של הפרט, שהינה תנאי ראשוני להשגת מטרותיו בחברה, מורכבת ממספר יסודות: הקניין, הפרטיות והחירות, שהינם יסודות שהם במידה רבה חופפים ומשלימים זה את זה.<sup>1</sup> מקורו של הקניין בעבודתם של הפרטים, במסגרות פרטיות או ציבוריות; הקניין מבטיח חירות כלכלית אבל הינו בעת והעונה אחת נגזר ממנה, כלומר משולב בחופש העיסוק. מובן גם שזכויות אלה אינן מוחלטות ויש לאזן ביניהן, בעיקר באמצעות פסקת ההגבלה שבחוקי היסוד.

### חקיקה

חוק יסוד : חופש העיסוק

---

<sup>1</sup> *Griswold v. Connecticut*, [381 U.S. 479 \(1965\)](#)

העותרים הם כותבי בקשות מוסמכים. עבודתם כוללת לא רק כתיבת בקשות ומילוי טפסים בשביל לקוחותיהם, בעלי-מכוניות, אלא גם חלק ניכר מן הפעולות האמורות בקבלת רשיונות נהגים ממחלקת התנועה. בתחילת מאי 1948, נאסרה על העותרים הכניסה למשרדי התנועה, והפקיד הממונה על כך הודיעם, כי הם אסורים בהמשכת עבודתם להבא. כנגד החלטה זו הוגשה העתירה..

כאשר אדם מבקש מאת בית-המשפט צו המטיל על פקיד ציבורי לעשות פעולה מסויימת על המבקש להראות, כי קיים חוק המחייב את הפקיד הציבורי לעשות את אשר נדרש לעשותו. במקום שאדם מבקש לא עשיית פעולה מסויימת, אלא הימנעות מעשות פעולה הפוגעת במבקש, עליו להראות כי זכות קנויה לו לעשות את אשר הוא מבקש לעשות, ועל הפקיד הציבורי להוכיח כי יש צידוק לאיסור אשר הוא אוסר.

לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח-יד, אשר יבחר לעצמו, כל זמן שההתעסקות בעבודה או במשלח-יד אינה אסורה מטעם החוק. זכותם אינה כתובה על ספר, אך נובעת מזכותו הטבעית של כל אדם לחפש מקורות מחיה ולמצוא לעצמו מלאכה המפרנסת את בעליה.

ומהי החובה המוטלת על המשיבים כלפי העותרים? זוהי החובה הציבורית המוטלת על פקידים וגופים ציבוריים, והנובעת מעצם תפקידם, לא להפריע לפרט מההתעסקות במלאכתו, מקום שמלאכה זו אינה אסורה מטעם החוק. אין משרד התנועה מוסד פרטי, אשר בעליו - ברצותם מרשים את הכניסה אליו וברצותם אוסרים. זוהי מחלקה ציבורית אשר דלתותיה מחוייבות להיות פתוחות לכל דורשיה. לא היינו מוצאים פגם בהחלטותיהם של המשיבים, אילו היה החוק דורש את הופעתם האישית של בעלי-המכוניות, אולם הדבר אינו כן.

אין אנו רואים צידוק לאיסור שהוטל על העותרים ; אין יורדין לחייו של אדם ואין מקפחין פרנסתו על יסוד שמועות פורחות בלבד. אם אמנם קיימת שחיתות במנגנון הפקידותי, השכל מחייב, כי הטיהור ייעשה במנגנון הזה עצמו ; אין המשיבים מוסמכים להפסיק את עבודתם של העותרים

בדרך אדמיניסטרטיבית, ונוסף על כך גם ללא כל חקירה ודרישה.

האיסור שאסרו המשיבים על העותרים אין לראותו כפעולה משטרתית רגילה, אלא כמעשה אשר יש בו משום קיפוח אחת מזכויות היסוד של אזרח, וכי בהעדר סמכות מפורשת או מכללא בחוק אין לו, לאיסור, צידוק כלשהו, אם אמנם אין דרך אחרת לתיקון המצב, אלא הדרך שבה אמרו המשיבים ללכת, על המחוקק להגיד דברו. לאור כל הנ"ל הוחלט לעשות את הצו החלטי.

**הערת העורך :** כבר פסק הדין הראשון שניתן בבג"ץ נראה כמתקדם וליברלי למדי, אפילו שנושא חופש העיסוק של אנשים, המיצגים את האזרח בפני הרשויות בלי שפעולתם מוסדרת בחוק ("מאכערים" בשפת העם).

מנהל תיקי השקעות קונה ומוכר ניירות ערך ונכסים פיננסיים בשמם של לקוחותיו, לפי הרשאה שאלה נתנו לו. ב-1995 חוקקה הכנסת חוק לפיקוח על פעולותיהם, הקובע כי יחיד או חברה העוסקים בניהול תיקים חייבים ברשיון, וכי הרשות לניירות ערך מוסמכת ליתן רשיון למי שעסק בישראל או מחוצה לה, ערב פרסומו של החוק, בניהול תיקים לפחות שבע שנים, גם אם אינו ממלא אחר התנאים הקבועים בחוק.

חוק-יסוד: חופש העיסוק מעניק, יותר מבעבר, הגנה חוקתית לחופש העיסוק. פגיעה בעיקרון זה אפשרית רק בדרך של שינוי חוק היסוד עצמו, בחקיקתו של חוק חורג, או בחקיקתו של חוק רגיל, המקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. חופש העיסוק כזכות חוקתית נגזר מהאוטונומיה של הרצון הפרטי, ומהווה ביטוי להגדרתו העצמית של האדם. כך על-פי ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית ויהודית. אך חופש העיסוק אינו מחלט, ויש לאזן בינו לבין זכויות האדם האחרות ושיקולים ראויים של טובת הציבור, ככתוב בחוק.

פסקת ההגבלה מתנה את תוקפה של פגיעה בחופש העיסוק בקיומם המצטבר של ארבעת התנאים הבאים: הפגיעה נעשית בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת שבו; החוק הפוגע הולם את ערכיה של מדינת ישראל; החוק הפוגע נועד לתכלית ראויה; הפגיעה בחופש העיסוק אינה במידה העולה על הנדרש. המחלוקת בענייננו הוא בתנאי הרביעי, שעניינו הדרישה, כי הפגיעה בחופש העיסוק לא תהא במידה העולה על הנדרש. זוהי הדרישה של מידתיות (proportionality). דרישת המידתיות מתמקדת באמצעים שנבחרו על ידי המחוקק. דרישה זו מחולקת לשלושה מבחני משנה, שהם מבחן האמצעי המתאים והרציונלי; מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; ומבחן האמצעי המידתי (במובן הצר). מתקיים לרוב "מרחב הגבלה", אשר במסגרתו קיימות אפשרויות שונות של השגת התכלית באמצעים שונים, אשר כולם מידתיים. כאשר המחוקק פוגע בזכות אדם המעוגנת בחוקי היסוד, והפגיעה היא מעבר למידה הדרושה, אין מנוס מנקיטת עמדה שיפוטית ברורה.

מנהל תיקים בלתי מיומן עשוי להסב ללקוחותיו נזק רב, ולנצל לרעה את ההרשאה שהוענקה לו. תכליתו של החוק להביא לידי כך שהשירות של ניהול תיקי השקעות יינתן על ידי גורם כשיר ובעל השכלה ורמה מקצועית נאותה. הוראותיו של חוק תיקי השקעות באשר לחובת ההתאגדות, ההון העצמי, איסור הפעולה העצמית והבחינות עומדות במבחן המידתיות.

אחד התנאים לרשיון הוא עמידה בבחינות. הרשות מוסמכת ליתן רשיון למי שעסק בישראל, ערב פרסומו של חוק תיקי השקעות, לפחות שבע שנים בניהול תיקים, אף אם אינו ממלא אחר התנאים למתן רשיון מנהל תיקים. כן הוסמכה הרשות ליתן רשיון, מנימוקים מיוחדים, למי שעסק בישראל בניהול תיקים תקופה קצרה משבע שנים. החלת החוק על מי שעוסקים בו בהווה, שעסקו במקצוע גם בעבר, אינה החלה רטרואקטיבית של החוק. עם זאת, החלה זו של החוק פוגעת בחופש העיסוק של אלה שעסקו במקצוע בעבר. לעתים הדבר מהווה גם פגיעה בזכות הקניין שלהם, פגיעה צריכה לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה.

הפגיעה בחופש העיסוק של אלה שעסקו במקצוע בעבר צריכה להיות שלא מעבר למידה הדרושה. מטרתן של הוראות המעבר היא למנוע תחולה אקטיבית (מיידית) של החוק החדש על מי שעסקו במקצוע בעבר. השאלה הינה, אם הוראות המעבר בחוק הן מיידיות.

מבחן המשנה הראשון הוא מבחן ההתאמה או הקשר הרציונלי. הוראות המעבר צריכות להתאים להגשמת המטרה המונחת ביסוד החקיקה. בהקשר זה יש להתחשב בנסיון בעיסוק בתיקי השקעות אשר עוסק ישן צובר בשנות עבודתו.

מבחן המשנה השני הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. יש לקבוע את הוראות המעבר באופן שפגיעתן בחופש העיסוק של העוסקים הישנים תהא מתונה ככל האפשר. היעדר התחולה יכול שיתבסס על הוראה הקובעת כי עוסקים אלה אינם זקוקים כלל לרשיון, ויכול או שיתן להם פטור מהבחינה. המדרגה הבאה בסולם האמצעים קובעת כי עוסק ישן יחוייב לעמוד בבחינות, אך הוא יוכל לעשות כן במקביל לעיסוק, ויהא עליו להשלים הבחינות בתוך תקופה מסויימת, תוך שמשך כל אותה תקופה, יוכל הוא להמשיך בעיסוקו ללא רשיון או ברשיון זמני. המדרגה הגבוהה ביותר קובעת תחולה מלאה של הסדר הרישוי החדש על העוסק הישן.

מבחן המשנה השלישי לעיקרון המידתיות הוא מבחן האמצעי המידתי (במובן הצר). מבחן זה קובע, כי חייב להתקיים יחס ראוי בין התועלת הצומחת מדבר החקיקה החדש לבין מידת פגיעתו בחופש העיסוק.

אמצעי חקיקתי - גם אם הוא רציונלי ומתון - עשוי להיות בלתי חוקתי אם החסרונות הנגרמים לפרט בעקבותיו עולים במשקלם על היתרונות הצומחים ממנו לחברה. החלה של חקיקה חדשה הפוגעת בחופש העיסוק על עוסק ישן תהא מעבר למידה הדרושה, אם הנזק שייגרם לעוסק זה הוא כה חריף, עד כי אין להצדיקו בצורך להגשים את התכלית הראויה המונחת ביסוד ההסדר החדש.

הוראות מעבר הקובעות את תחולתו של משטר רישוי חדש המוטל על עוסק ישן, הן מידתיות לגבי העוסקים הישנים, אם הן מתחשבות באופן הולם במעמדו של העוסק הישן, בנסיון שהצטבר אצלו, כולם או מקצתם; אם הן בוחרות במדרגת התחולה שפגיעתה בעוסק הישן היא פחותה בהתחשב בתכלית החוק; ואם התועלת לכלל הצומחת מהן עולה על הנזק הנגרם לעוסקים הישנים.

הוראות המעבר הקבועות בחוק תיקי השקעות עד כמה שהן נוגעות לחובת הבחינות, אינן עולות בקנה אחד עם דרישות המידתיות. החוק פוטר מחובת הבחינות (למעט הבחינה באתיקה מקצועית) עוסקים ישנים, אשר עסקו בניהול תיקים לפחות שבע שנים. הסדר זה אינו מידתי כלפי עוסקים ישנים, אשר עסקו בניהול תיקים תקופה ארוכה, הנופלת משבע שנים.

עוסקים אלה צברו נסיון רב בניהול תיקי השקעות, אשר מן הראוי הוא להתחשב בו כתחליף לבחינות (כולן או מקצתן). הם השקיעו שנים רבות מחייהם בביסוס עיסוקם. אינטרס ההסתמכות שלהם הוא כבד. הנזק שייגרם להם, אם לא יעמדו בבחינות, עולה על התועלת לחברה מהעמדתם בחובת כל הבחינות. דין מי שעסק בניהול תיקים פחות משבע שנים כדין עוסק חדש, פרט לכך שהרשות הוסמכה לתת לו רשיון "מנימוקים מיוחדים". הסדר זה אינו מידתי כלפי העוסקים הותיקים. אשר לאלה שעסקו בניהול תיקים תקופה קצרה (כגון לא יותר משנתיים-שלוש) - מן הראוי הוא, על פי עיקרון המידתיות, ליתן ביטוי לנסיון המעשי שלהם, ולאיינטרס ההסתמכות אשר הם פיתחו במשך השנים, כגון מתן רשיון שמניאו פטור מחלק מהבחינות. העתירה מתקבלת.

העותרות פועלות בענף הביטוח. בשנים האחרונות ביקשה כל אחת מהן להרחיב את תחומי פעילותה וזאת באמצעות פעילות בתחום הביטוח הפנסיוני. חברת כלל פעלה למען עריכת מסמכי ההתאגדות של הקרן תוך שהיא מתאימה אותם לתנאים הנדרשים בחוק ובתקנות, תוך כדי מגעים שוטפים עם המשיבים ובעיקר עם הממונה על אגף שוק ההון במשרד האוצר. לאחר פתרון חילוקי הדעות ביקש הממונה באופן מפתיע, את ביצוען של התאמות נוספות אשר לא נזכרו כלל במכתביו הקודמים, וגם אז נענתה העותרת לדרישותיו. חלפו חודשיים ימים בלי שניתן האישור המבוקש וללא הסבר. למסכת דומה של סירובים ודחיות "זכתה" גם חברת מגדל, שבקושי קיבלה תשובה לפניותיה.

בשנת 1991, בעקבות פסיקת בג"ץ, נאלצו המשיבים ליתן לקרן "עתידי" אישור באותם התנאים שנקבעו בעת אישור הקרנות הקיימות, כולל הזכות להשקיע גם באג"ח מיועדות. אז חזרה חברת מגדל ופנתה אל המשיבים בבקשה לאישור קרן פנסיה, אך תגובת משרד האוצר היתה דחיה נוספת, ואז הגישה את עתירתה. לאחר הגשת עתירה זו, וכפי הנראה בשל הגשתה, הודיע משרד האוצר לחברת מגדל כי הוא ישקול את הרחבת פעילותה כולל הקצאת אג"ח מיועדות, וביקש ממנה להמציא תקנות מתוקנות של הקרן לשם בדיקתן. על סמך הצהרה זו הסכימה מגדל לבטל את עתירתה, וחזרה ופנתה בבקשה לקבלת האישור. אולם, במקום לדון באופן ענייני בבקשת העותרת, כפי שהבטיח, בא משרד האוצר והעלה דרישות חדשות.

ביום 15.12.93 הודיע משרד האוצר לחברת מגדל כי שוב אין לו כל הסתייגות מבקשתה. בעקבות זאת, המציאה חברת מגדל למשרד האוצר את נוסח התקנות הסופי, אולם גם עתה לא אושרה הבקשה. זמן קצר לאחר מכן הגישה הממשלה הצעת חוק קרנות פנסיה, על פיה בתקופה של כשנה לא תהיה קרן פנסיה חדשה זכאית להשקיע את כספי עמיתיה באג"ח מיועדות. זמן קצר לאחר הגשת העתירות קיבלה הכנסת את הצעת החוק. חוק זה בא לתת למעשה עיגון חקיקתי לאותה הנחיה מינהלית אשר נפסלה במפורש על ידי בית משפט זה בענין "עתידי" בהיותה נגועה באפליה פסולה. החוק נועד לאפשר לוועדה ציבורית שמינתה הממשלה לגבש מדיניות בעניין פתרון בעית הגרעון האקטוארי של הקרנות ההסתדרותיות ולמנוע, בתקופה זו "נהירה המונית" של מצטרפים חדשים לקרנות המאוזנות אקטוארית.

הרשויות המוסמכות נקטו סחבת לגבי העותרות עד לסירוב לבקשתן, בשלב בו נראה כי מולאו ע"י העותרות כל דרישות הרשויות. ברמה הבסיסית, בעניין תקינות מעשיהם של המשיבים על פי המשפט המינהלי, יש לקבוע כי דין העתירות להתקבל, וכי החלטות המשיבים אינן עומדות בפני הביקורת. עמדת המשיבים פוגעת בחופש העיסוק של העותרות וביכולתן להתמודד מתוך תחרות חופשית ובתנאים שווים עם אחרים.

אך הדרך לא דרך בה טופלה בקשת העותרות, נבעה מהמציאות בדבר מצבן הקשה של קרנות הפנסיה הקיימות שחלק מהן עמדו בפני התמוטטות על אף היותן "מסובסדות" ע"י אגרות חב ממשלתיות שהבטיחו תשואה קבועה ויציבה בשעור גבוה מהמקובל. כל עוד לא התגבשה המדיניות, בקשו הרשויות לשמור על המצב הקיים, לא להרחיב את מעגל קרנות הפנסיה ובודאי לא כאלה המסובסדות באמצעות אגרות החוב המיועדות.

משבא פסק הדין בעניין "עתידיתי", חיפשו הרשויות דרך לריסון ריבוי הקרנות הנהנות מאגרות חוב מיועדות, כל עוד לא גובשה מדיניות פנסיונית חדשה. לשם כך נחקק החוק. כל עוד לא גובשו המלצות, לא ניתן להפסיק את הנפקת אגרות החוב המיועדות לקרנות הקיימות, שכן הפסקה כזו תגרור מיידית גרעון אקטוארי עצום, וייגרם זעזוע בשוק ההון ופגיעה בציבור. יש בחוק סעיף שמירת זכויות של קרנות קיימות. החוק עומד בקריטריונים של סעיף הגבלה של חוק היסוד, וכן במבחן התכלית הראויה ומבחן של היות האמצעים שלא למעלה מן הנדרש. ראוי לציין כי אין החוק מונע הקמת קרנות פנסיה אלא רכישת אגרות חוב מיועדות על ידן; השיקולים הענייניים לסירוב למתן היתר, שונים ופחות חמורים מאלו הבאים לבטל היתר קיים, וזאת, נוכח השוני בין השניים במישור אינטרס ההסתמכות.

קיים אינטרס ציבורי ממדרגה ראשונה במערך פנסיוני איתן ויציב שיבטיח תשתית כלכלית לעת פרישה מהעבודה. הצרת הזכות להקים קרנות פנסיה הזכאית לרכוש אגרות חוב מיועדות במהלך תקופת הדמדומים של טרום המדיניות החדשה עולה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי. משקל מיוחד ניתן במסקנה זו לזמניותו של מעשה החקיקה; על תקופת הביניים להיות קצרה כמתחייב מיעודה. במקרה זה מתמצית הפגיעה בהטלת מגבלות על דרך הביצוע של העיסוק ולא על עצם הכניסה לעיסוק. גם החשש הממשי מפני זעזועים בשוק ההון והמטרה למנוע זעזועים אלה הם תכלית ראויה.

ניתן להעזר בשלושה מבחני משנה המקובלים לעניין מידתיות. האמצעי שננקט על ידי החוק אינו עולה על הנדרש. פסק הזמן שנקבע לגיבוש המדיניות החדשה שבמהלכו לא תהיינה קרנות חדשות זכאיות לרכוש אגרות חוב מיועדות, מצטרף לנימוקים האחרים שהופכים את האמצעי לכזה שאינו עולה על הנדרש להשגת התכלית שבעטיה נגרמת הפגיעה.

אשר לאמצעים האחרים ושניתן לנקוט בהם כדי לרסן מעבר כספים מקופות גמל לקרנות פנסיה, אלה עלולים ליצור קשיים במישור חופש העיסוק וחופש הקניין, ואין בהם כדי להוות אמצעי פוגע פחות מפגיעתו של החוק אלא שגם אילו ניתן לראות בהם אמצעים פוגעים פחות לצורך התכלית של מניעת זעזוע בשוק ההון, לא ניתן לראות בהם אמצעים המתאימים להגשמת המטרה של גיבוש מדיניות חדשה בתחום הפנסיוני והקפאת מצב זמנית במהלכה לא "תסובסדנה" קרנות חדשות. העתירה נדחית בהחלטת רוב, ללא צו להוצאות.

**הערת העורך:** גם אם פסק הדין נכון לגופו, בייחוד לאור הזהירות שבה נוקט בג"ץ כאשר הוא מגיע להתערבות בהחלטות הכנסת, הרי שעדין קיימת לעותרות האפשרות לפנות לערכאה אזרחית רגילה ולתבוע פיצוי על הנזק שנגרם להן. בייחוד מקוממת התנהגותם של הפקידים במשרד האוצר אשר גם אם קיבלו הוראה מהשר לנהוג כפי שנהגו, הרי נשתנו יד למעשה לא הגון ואולי אף לא חוקי, המהווה לכאורה עבירת משמעת מצד עובדי ציבור. מן הראוי גם שהיועמ"ש יוציא הנחייה האוסרת על עובדי ציבור למלא הוראה של נקיטת סחבת מכוונת כלפי אזרחים.

העותרת פנתה למשיב בבקשה לקבל היתר להעסקת עובדים יהודים בימי חג ושבת, אך בקשתה נדחתה.

חופש העיסוק, ככל זכות אדם אחרת, אינו מוחלט. יש לאזן בינו לבין שיקולים ראויים של טובת הציבור. הבחינה החוקתית נעשית בשלושה שלבים: הראשון בוחן אם חוק פוגע בחופש העיסוק, כפי שזה הוגדר בחוק-הסוד. בהתקיים פגיעה, עוברת הבחינה החוקתית לשלב הבא, הבוחן אם הפגיעה בחופש העיסוק מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה. אם דרישותיה של פסקת ההגבלה אינן מתקיימות, יש לעבור לשלב הבא, הבוחן את הסעד החוקתי.

חופש העיסוק הוא החופש של הפרט לעסוק (או שלא לעסוק) במשלח-יד או במקצוע ככל הנראה לו כראוי. כל הסדר חקיקתי המגביל זכות זו פוגע בחופש העיסוק, כולל הוראה הדורשת היתר לניהול עסק, בקשר למקום העיסוק או למהותו; חופש העיסוק משתרע גם על חופש התחרות ושוויון ההזדמנות. מכאן שהוראותיו של חוק שעות עבודה ומנוחה האוסרות על עבודה במנוחה השבועית, פוגעות בחופש העיסוק. ההגבלה על העיסוק היא במישור הזמן. מכאן שגם אין צורך לבחון את פגיעתו של חוק שעות עבודה ומנוחה בזכויות אדם נוספות, כגון הזכות לחופש הדת וחופש מדת.

ניתן להגביל את זכויות האדם בהתאם לפסקת ההגבלה, הקובעת כי ניתן לפגוע בחופש העיסוק, והפגיעה תהא חוקתית, בתנאים הבאים: (א) הפגיעה היא בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בחוק; (ב) החוק הפוגע בחופש העיסוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל; (ג) החוק הפוגע הוא לתכלית ראויה; (ד) פגיעתו של החוק בחופש העיסוק היא במידה שאינה עולה על הנדרש.

לעניין הדרישה הראשונה, אין מחלוקת כי חוק שעות עבודה ומנוחה הוא חוק. הדרישה השניה היא כי החוק הפוגע הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. המישור היהודי מבוסס על שני היבטים: ההיבט ציוני וההיבט מורשתי-הלכתי. הדמוקרטיה מבוססת הן על ריבונות העם והן על שלטונם של ערכים המאפיינים את הדמוקרטיה. יש להביא להשלמה והרמוניה בין ערכים אלה.

ביסוד האיסור על העבדה ועבודה במנוחה השבועית, עמד הצורך החברתי-סוציאלי להעניק שעות מנוחה שבועית לעובד, תוך קביעת יום מנוחה אחיד אשר יאפשר למשפחה כולה להיות יחד ביום המנוחה. קביעתו זו הולמת את ערכיה של מדינת ישראל. המנוחה השבועית היא שבת ליהודים, ויום ראשון או ששי למי שאינם יהודים. זאת הן לעניין הנימוק החברתי והן לעניין הנימוק הדתי-לאומי. איסורים אלה גם הולמים את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, המבקשת להבטיח את מנוחתו של העובד, ואת הקשר המשפחתי אשר מתקיים אם לכל בני המשפחה ייקבע יום מנוחה אחיד, ומתחשבת ברגשות הדת באופן שיום המנוחה ייקבע על בסיס דתי ולאומי.

הדרישה השלישית בפסקת ההגבלה הינה כי הפגיעה בחופש העיסוק צריכה להיעשות בחוק "שנועד לתכלית ראויה". תכלית היא ראויה אם היא מבקשת לאזן בין האינטרסים של הכלל לבין הפגיעה בפרט, ומהווה מטרה חברתית הרגישה לזכויות האדם, או אם

היא נועדה להשיג תכליות חברתיות. כמו כן יש לבדוק את מידת הצורך בהגשמת התכלית.

קביעת שעות מנוחה אחידות לכל המשק הוא אינטרס חברתי-לאומי. הוא מאפשר מיצוי המנוחה, ושילובה ברווחת העותר ומשפחתו. אמנם, קביעת שעות מנוחה אחידות בשבת (לגבי יהודים) יש פגיעה בחופש העיסוק של המעביד והעובד. עם זאת, פגיעה זו משרתת תכלית חברתית חשובה, והיא "תכלית ראויה" לעניין פסקת ההגבלה.

התנאי הרביעי לחוקתיותו של חוק הפוגע בחופש העיסוק הינו כי הפגיעה היא "במידה שאינה עולה על הנדרש". זוהי דרישה של מידתיות. קיומה של המידתיות מותנה בקיומם של שלושה מבחני משנה: מבחנה המשנה הראשון הוא מבחן ההתאמה; מבחן זה דורש כי יהא קשר של התאמה בין התכלית הראויה (המטרה) לבין ההסדרים שנקבעו בחוק להגשמתה (באמצעים). מבחן המשנה השני הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה או מבחן הצורך; על פיו האמצעי שנבחר על ידי החוק צריך לפגוע בזכות האדם, במידה הקטנה ביותר. מבחן המשנה השלישי קובע כי האמצעי שהחוק נוקט, והפוגע בזכות האדם, חייב לקיים יחס ראוי בין האמצעי למטרה; זהו מבחן המידתיות "במובן הצר". במסגרת מבחן משנה זה נשקלת התועלת שתצמח לציבור מן החקיקה הנדונה לעומת הפגיעה בזכותו החוקתית של הפרט כתוצאה מהפעלת האמצעי שנבחר.

ההוראות של חוק שעות עבודה ומנוחה עומדות במבחני המידתיות. מבחן המשנה הראשון מתקיים. קיים קשר של התאמה בין השגתן של התכליות המונחות ביסוד חוק שעות עבודה ומנוחה לבין קביעת האיסור על העבדת עובד ביום המנוחה השבועית. מבחן המשנה השני (מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה) מתקיים גם הוא במקרה שלפנינו. בחירה בשעות מנוחה ניידות לא היתה מגשימה את תכלית החוק. הבחירה של המחוקק ביום שבת (ליהודים) וביום ראשון וששי (למי שאינם יהודים) תואמת את דרישות המידתיות. כן יש להתחשב בעניינים שהחוק מעניק בהם שיקול דעת לשר העבודה ולרשויות המקומיות ליתן היתרים המאפשרים עבודה בשעות המנוחה בענפים שונים. גם מבחן המשנה השלישי מתקיים בענייננו. החוק מגשים אינטרס חברתי חשוב, תוך שהפגיעה בחופש העיסוק היא מוגבלת. פגיעה זו – שעיקרה איסור עבודה בשבת – חלה בנקודת המוצא באופן שוויוני על כל בעלי העסקים, וממילא אין בה על פניו כדי להקנות יתרון תחרותי בלתי הוגן למתחרה זה או אחר. העתירה נדחית.



העותרות הן חברות קבלניות להעסקת כוח אדם. ב-1996 חוקק חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, שקבע כי אין לעסוק כקבלן כוח אדם אלא ברשיון מאת שר העבודה. כן נקבע, כאחד התנאים למתן רשיון, כי המבקש רשיון ימציא "ערבות בנקאית" או "ערובה מתאימה אחרת". כנגד תנאים אלה כוונה העתירה.

בשלב הראשון נבחנה השאלה אם החיקוק פוגע בהסדר המעוגן בחוק יסוד. בחינה זו מתחלקת לשני שלבי משנה. שלב המשנה הראשון, עניינו פירוש ההוראה החוקתית; השלב השני בוחן אם הפגיעה בהסדר החוקתי נעשתה על פי ההוראות החוקתיות עצמן. הבחינה הינה אם הפגיעה בזכות האדם עולה בקנה אחד עם פסקת ההגבלה שבחוקי היסוד. זכויות האדם אינן מוחלטות; ניתן לפגוע בהן כדי לקדם יעדים לאומיים. ראוי לפגוע בהן כדי לקיים מסגרת חברתית השומרת על זכויות האדם.

השלב השלישי הוא השלב התרופתי. ניתנת תשובה לשאלה מה תוקפו של החיקוק הלא-חוקתי? מה דינן של פעולות (אזרחיות ופליליות) שנעשו מכוחו? באלו נסיבות ובאלו תנאים ישהה בית המשפט את הכרזתו כי החיקוק בטל. אי החוקתיות של חיקוק אינה עניין מופשט המונח בחללה של השיטה. זהו עניין קונקרטי המחייב הכרעה שיפוטית. חוק קבלני כוח אדם פוגע בחופש העיסוק, ומטיל חובת רישוי. עיסוק שהיה "חופשי" מכל חובת רישוי הפך למקצוע שהכניסה אליו "מוסדרת". מעבר זה פוגע בחופש העיסוק.

האם הפגיעה בחופש העיסוק היא כדי? בחינתה מחייבת בדיקתה של פסקת ההגבלה ואת המציאות של יחסי העבודה שנוצרו עם פעולתם של קבלני כוח אדם. ביסוד תופעה זו עומד מיקור החוץ (ה- outsourcing) של כוח העבודה על ידי מסירת עבודות לקבלני כוח אדם. קבלן כוח האדם נתפס כמעביד השולח את עובדיו אל מי שנזקק להם. הנזקק לשירותי העובד הופך להיות "משתמש"; ההנחה הינה כי בין המשתמש לבין מי שמועסק אצלו באמצעות קבלני כוח אדם לא מתקיימים יחסי עובד-מעביד. מבחינתו של המשתמש יש בכך יתרונות מספר; מבחינתם של העובדים חלה הרעה מוחשית.

חוקתיותה של חקיקה הפוגעת בזכות אדם חוקתית מותנית, בין השאר, בכך, שהפגיעה בזכות החוקתית "אינה עולה על הנדרש". זהו מבחן של מידתיות (proportionality). על פיו, האמצעי שנבחר על ידי המחוקק, צריך שיהא מתאים להשגת התכלית; שפגיעתו בזכות החוקתית תהא הפחותה; ושיתקיים יחס ראוי בין התועלת הצומחת מהגשמת התכלית לבין הנזק הנגרם בשל פגיעה בזכות החוקתית. מעביד רגיל צריך לדאוג למקום עבודה ולאמצעי יצור, ואילו קבלן כוח אדם זקוק לשולחן וכסא. "כרית הבטחון" שיש לו להבטחת זכויות העובדים היא מינימלית; אין לו מבנים ואין לו מכוונות מהם ניתן לפרוע החוב לעובדים. הוא מנייד עובדים ממקום למקום מבלי שאלה מתקשרים אליו; היום הוא קיים, מחר הוא איננו.

האמצעי שנקבע על ידי חוק קבלני כוח אדם - ערובה (בנקאית או ערובה מתאימה אחרת) - הוא אמצעי מידתי. קיים קשר רציונלי בין הטלת הערובה לבין השגת התכלית הראויה. על ידי הטלת חובת ערובה מבטיח החוק הגנה על זכויות העובדים כדי הערובה; אמצעי זה פגיעתו בחופש העיסוק של קבלני כוח האדם היא הפחותה. העתירה נדחתה.

טוני טועמה עבד אצל טכנו גומי בע"מ. בין השאר בא במגע עם לקוחות, קיבל מהם הזמנות והוביל אליהם סחורה. הוא היה מודע לסוג הסחורה, כמותה ומחירה. בכך היתה לו גישה חופשית לסודותיה העסקיים של טכנו גומי. מאוחר יותר התפטר טוני מעבודתו אצל טכנו גומי, ועבר לעבוד אצל יבין פלסט בע"מ. בעת היותו עובד של טכנו גומי לא חתם טוני על כל מסמך באשר לשמירת סודותיה המקצועיים. עם תחילת העסקתו של טוני, נפתחה אצל יבין מחלקה למוצרי גומי. טוני סייע בהקמת המחלקה. הטעם המכריע להעסקתו של טוני אצל יבין היה נעוץ בכך שטוני הכיר את סודותיה העסקיים של טכנו גומי. במסגרת עבודתו החדשה התקשר טוני עם ספקים של טכנו גומי, הודיע להם על השינוי במקום עבודתו, ועם לק מהם ניהל משא ומתן לרכישת מוצרים וקבלת הנחות. הוא גם פנה לשני לקוחות של טכנו גומי והציע להם לקנות את המוצרים מיבין במחיר זול יותר.

טכנו גומי פנתה לבית הדין האזורי לעבודה וביקשה צו מניעה נגד יבין וטוני, לפיו לא יועסק טוני אצל יבין. כן נתבקש צו המונע מטוני מלמסור ליבין מידע שהוא סוד מקצועי או מסחרי או מלהשתמש במידע המצוי כבר בידו. בית הדין האזורי הוציא צו מניעה קבוע האוסר על טוני לגלות לכל גורם את סודותיה של טכנו גומי. כן נאסר עליו לעבוד אצל יבין או בכל עסק מתחרה אחר של טכנו גומי למשך שלוש שנים. כן נאסר על יבין לעשות שימוש בסודות שטוני סיפק להם. על יבין נאסר לבוא במגע עם כמה ספקי ולקוחות טכנו גומי בקשר עם מוצריה למשך שנתיים. כל הצדדים ערערו לבית הדין הארצי לעבודה. בית הדין הארצי החליט לדחות את כל הערעורים, פרט לכך שתקופת ההגבלה המוטלת על טוני תעמוד על שנתיים בלבד. יבין ומנהלה יעקב יבין עתרו לבית-משפט זה.

המשפט מספק אמצעים להגנת הסוד המסחרי. בין השאר, מוטלת על עובד החובה לשמור על סודות עסקיים של המעביד, לא לנצלם לצרכיו הוא או לצרכי זולתו ולא לגלותם אלא ברשות המעביד. חובה זו מוטלת על העובד במשך קיומם של יחסי העבודה ואף לאחר סיומם, והיא באה לסיומה רק כאשר הסוד העסקי חדל להיות סוד שלא מיוזמת העובד. קיומה של חובה זו אינו מותנה בקיום הוראה מפורשת בחוזה העבודה. כאשר העובד מפר את חובת הסודיות, הוא עשוי להתחייב בפיצויים ( בגין הפרת חוזה) ובהשבה (בגין התעשרות שלא כדין). כמו כן עשוי בית-המשפט, על-פי הסמכות הנתונה לו בחוק החוזים (תרופות בגין הפרת חוזה), ליתן צו עשה או צו לא-תעשה, אם הצו נחוץ כדי למנוע גילוי של הסוד המסחרי. צד שלישי הגורם להפרת חובת הסודיות של עובד עשוי להתחייב בפיצויים. כמו כן מוסמך בית-המשפט לצוות על הצד השלישי להמנע מגרימת הפרתו של חוזה.

חופש העיסוק כולל בחובו את החופש של העובד להתקשר עם מי שליבו חפץ, לרבות מעביד חדש עמו הוא קשר קשר להעביר סודות מקצועיים. עם זאת, כנגד חופש העיסוק עומדים ערכים אחרים, אשר גם עליהם מבקש המשפט להגן. ביטוי לעימות זה מצוי בהוראת סעיף 1 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, לפיה ניתן להגביל את חופש העיסוק "בחוק, לתכלית ראויה ומטעמים של טובת הכלל". כנגד חופש העיסוק של העובד ושל המעביד החדש עומדים אינטרסים ראויים להגנה של המעביד המקורי, ובהם קניינו (סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). כן יש להתחשב בחופש ההתקשרות של המעביד המקורי, ובאינטרס הציבורי.

בעיינו, בית הדין הארצי אימץ את עקרון תום הלב כמכשיר המשפטי העיקרי לפתרון הבעיה המשפטית שהועמדה בפניו, באופן שאינו מצדיק את התערבותו. יצוין כי המקרה שלפנינו הוא קיצוני בעובדותיו. המעביד החדש התקשר עם העובד משום שביקש לדעת את הסודות המקצועיים של המעביד המקורי, ובעבודתו החדשה עשה העובד שימוש בידע הסודי. כל אלה יוצרים פגיעה קשה בזכויותיו של המעביד המקורי, ומזכים אותו בסעדים עליהם עמדו בתי הדין לעבודה. העתירה נדחית.

**הערת העורך:** ונניח לרגע שלא היו נותנים צו מניעה. הרי אין בכך שום נזק אלא יישום ש להתחרות החופשית. אם לקחו את סודותיך דרך עובד, גייס חזרה עובדים מהצד השני. מה גם שפסק דין כזה מגן יותר מגדי על המעסיקים כקבוצה מאשר על העובדים כקבוצה.

העותרת היא חברה פרטית העוסקת בין השאר בייבוא בשר. כמו חברות אחרות קבלה בעבר פעמים רבות, והדברים אף הגיעו להתדיינות משפטית בפני בית משפט זה, על כך שאין מתירים לה לייבא בשר. לפני כשנה החליטה הממשלה להעביר את הייבוא לידיים פרטיות, אולם להסדיר את הנושא בחקיקה ראשית. לאחר ובעקבות לחצים של גורמים דתיים שונים, החליטה הממשלה לסגת מהחלטתה הקודמת. מכאן העתירה.

על כל רשות מינהלית לפעול ולהפעיל סמכותה בהתאם לדין הקיים, ואין היא רשאית שלא לעשות כן בגלל אפשרות שחקיקה עתידית תשנה את התמונה. רשות שנתונה בידה סמכות לשקול ולהחליט, הופקדה בידה לא רק זכות להפעיל את הסמכות אלא גם החובה לשקול את הפעלתה ולהפעילה כשמוצדק הדבר. בבוא בית המשפט לבחון את חוקיות החלטת הרשות, הוא יתחשב גם במעמדה של הרשות השלטונית ובהיקף סמכויותיה.

מחלוקות בענייני דת ואמונה, מעצם טיבן, קשות הן. הרעיון בדבר חופש הדת מצד אחד וחופש המצפון, הכולל גם את החופש מדת, מצד שני, מתבטאים באימרה: איש באמונתו יחיה. אין רשות מינהלית רשאית לקבוע הגבלות או איסורים על חופש הדת, או על החופש מדת של אזרחי המדינה, אלא אם הוסמכה לכך בחוק. המדובר באפשרות פגיעה בזכויות הנמנות על מגילת זכויות היסוד החשובות והרגישות ביותר, הזכויות לחופש הדת והמצפון, ולכן מן הראוי שהמחוקק הוא שיכריע לגביהן.

שיקולים דתיים בדבר כשרות המזון המיובא אינם נימנים על השיקולים שהרשות המוסמכת רשאית לשקול; בעת קביעת מדיניות אין מניעה שהרשות המוסמכת תשקול שיקולים כלליים, אפילו הם אינם מיוחדים לנושא הנידון, אך יש בהם להיטיב עם הציבור בכללו, או עם חלק גדול שלו, לרבות שיקולים הבאים למנוע פגיעה ברגשות דתיים, כאשר מצד אחד, הפגיעה ברגשות אלו ברורה ומוכחת, וכאשר, מנגד, לא צפוי נזק משמעותי. אולם לא זה המקרה בענייננו. לבני הציבור הדתי ולכל המעוניין בשמירה על כשרות מובטח המשך יבוא בשר כשר. דאגתם של אלה הטוענים כי הם נפגעים מיבוא בשר שאינו כשר מתבטאת בכך שאחרים, אשר אינם מקפידים על כשרות, המעוניינים לאכול בשר אף אם אינו כשר, לא יעשו זאת.

המתח בין חופש הדת לבין חופש המצפון, שאחד מהיבטיו הוא גם החופש מדת, שני עקרונות המצויינים במגילת העצמאות כרעיונות עליהן מושתתת מדינת ישראל, הוא מתח טבוע, בלתי נמנע. בשיווי המשקל יש לזכור היטב כי עצם העובדה שציבור אחד מחזיק בדעות ובאמונות שונות ומתנהג אחרת, גם אם יש בכך פגיעה ברגשות ציבור אחר, אינה מצדיקה למנוע מהציבור הראשון להמשיך לחשוב, להאמין ולהתנהג בהתאם לאותן דעות, אמונות ומנהגים שונים מזה של הציבור האחד.

מדינה אשר לצד חופש הדת והפולחן קיים בה גם חופש המצפון, אינה יכולה למנוע מפלוני לאכול בשר לא כשר רק משום שבעצם הידיעה על כך תהא פגיעה רגשית באלמוני, המעוניין שתשמר הכשרות על ידי כל יהודי. התחשבות ברגשות אלמוני במקרה כזה על חשבון פלוני, משמעותה היא אי שיוויון: אלמוני, שומר הכשרות, ימשיך באורחות חייו, שהוא מאמין בנכונותם, בעוד פלוני יאלץ לחיות שלא על פי אמונתו, או על פי אי-אמונתו, קרי לסבול כפיה דתית.

יצויין כי אין כיום כל איסור על שיווק בשר שאינו כשר בגבולות המדינה, ובשר כזה אמנם מצוי בשפע. על רקע זה מתבקשת השאלה על שום מה, דווקא לעניין יבוא בשר קפוא, נדרשת הקפדה על כשרות. התמונה המצטיירת היא, כי השיקול המרכזי שביסוד החלטת הממשלה היה פוליטי-קואליציוני, כלומר כדי לרצות שותף קואליציוני, אשר העמיד את הדרישה בדבר יבוא בשר כשר בלבד כתנאי להמשך השותפות הקואליציונית.

הסכם בין מפלגות, בין אם הוא נעשה במסגרת קואליציונית ובין אם במסגרת אחרת, בודאי אינו פסול כשלעצמו. אולם במקרה שלפנינו, הממשלה החליטה לא להפעיל את סמכותה השלטונית, ולא לעשות את אותו הדבר המתבקש, אף לדעת הממשלה עצמה, רק בשל אותה מחויבות כלפי תנועת ש"ס. אם התחייבות בהסכם קואליציוני, או תניה הכלולה בו, אינם עולים בקנה אחד עם השיקולים הלגיטימיים במסגרת הפעלת הסמכות, על בעל הסמכות להתעלם מהם בבואו להפעיל את סמכותו. אם לא נאמר כן, משמעות הדבר תהא, שהרשות רשאית לפעול באופן בלתי חוקי ובלבד שהתחייבה לפעול כך בהסכם. בית המשפט לא יתן לכך את ידו.

ה"סטטוס קוו" עד כה היה שיבוא הבשר מבוצע על ידי משרד התעשייה והמסחר משיקולים כלכליים. תוצאת לוואי של מונופול המדינה, היתה שהיבוא כולו היה של בשר כשר. ואולם, מעולם לא הוחלט שהיבוא צריך להיות של בשר כשר בלבד. ה"סטטוס קוו" היה, איפוא, "סטטוס קוו" של יבוא על ידי המדינה ולא של יבוא בשר כשר בלבד.

העולה מכל האמור לעיל הוא, שהחלטת הממשלה אינה יכולה לעמוד. ההחלטה באה לעכב את ביצוע הפרטת יבוא הבשר על אף שהפרטה כזו ראויה ורצויה היא, גם לדעת הממשלה. העיכוב בביצועה של הפרטה יסודו בהבנה של הממשלה שאם ייובא בשר על ידי גורמים פרטיים, לא ניתן יהיה למנוע יבוא בשר שאינו כשר, ובשל החשש לפגיעה ברגשות דתיים כתוצאה מכך. עוד עמדה מאחורי העיכוב האמור התחייבות קואליציונית כלפי אחת מהסיעות השותפות בקואליציה. שני שיקולים אלה אינם שיקולים לגיטימיים ואינם עומדים במבחן הביקורת השיפוטית, ועל כן החלטת הממשלה הנשענת עליהם אינה תופסת. העתירה מתקבלת.

העותרת, העוסקת בייבוא, ביקשה לייבא מרוסיה מסמרים, חוט שזור וברזל לבניין. בקשתה לרשיון יבוא נדחתה. כנגד דחייה זו הוגשה העתירה שלפנינו.

הרשות המוסמכת כללה את רוסיה בין המדינות שהייבוא מהן טעון רישיון במסגרת סמכותה החוקית. גישת הרשות המוסמכת, המתנה יבוא חופשי בעריכת הסכם סחר, מגשימה את תכלית צו היבוא החופשי, שהיא התניית פתיחת שערי הייבוא בהדדיות. האיסור שהוטל על יבוא מרוסיה ללא רשיון הוא איפוא כדין. אולחם בכך לא תמה הבדיקה.

חופש העיסוק הוא אחד מזכויות היסוד שעליהן מושתת משטרנו הדמוקרטי. הוא היווה חלק מהמשפט בישראל גם לפני חקיקת חוק חופש העיסוק. זוהי זכות מסוג חירות, דהיינו: אי-הגבלה של האפשרות להתפרנס מכל מקצוע שיבחר לו אזרח. ככל זכות גם חופש העיסוק אינו מוחלט אלא יחסי, והיקפו נגזר מן האיזון בינו לבין ערכים רלוונטיים אחרים אשר לחברה אינטרס להגן עליהם. כיום שוב לא ניתן "בחוק רגיל", ואף בחוק-יסוד שלא התקבל ברוב מיוחס, לפגוע בחופש העיסוק, אלא אם הפגיעה היא "לתכלית ראויה ומטעמים של טובת הכלל". יש גם לפרש חיקוקים הנוגעים לחופש העיסוק על-יסוד ההנחה כי תכלית החיקוק היא לקיים את חופש העיסוק ולא לפגוע בו. השאלה בדבר תוקפו - או אי תוקפו - של החיקוק מתעוררת רק במקרים בהם נקבעה בחיקוק, בלשון מפורשת שאינה משתמעת לשתי פנים, הוראה המגבילה את חופש העיסוק.

בענייננו, צו הייבוא החופשי, ההודעה שניתנה על-פיו לגבי רוסיה וההחלטה שניתנה בעניינה של העותרת עומדים בדרישותיו המהותיות של חוק חופש העיסוק. עם הערכים שבעבורם מותר, על-פי חוק חופש העיסוק, לשלול את הזכות לרישיון, נמנית גם תקנת הציבור. זהו מושג רחב, שהגדרתו תלויה בהקשר הדברים. בהקשר שלפנינו נכלל בו גם קידום כלכלת המדינה, ובתוכה גם סחר החוץ. המבחן הרלוואנטי נקבע על-סמך משקלם של הערכים המתחרים, שהוא פועל יוצא מן הרציונלים שביסודם.

הרציונלים העומדים בבסיס חופש העיסוק הם עניינו של האדם להתפרנס, ולהגשים את כשרונותיו, אישיותו ומאווייו. העיסוק שבוחר האדם לפרנסתו מאפשר את קיומו הפיזי, הוא מקנה לו מעמד וקובע את איכות חייו. חופש העיסוק נמנה עם זכויות האזרח המשתלבות למבנה חוקתי ומבטיחות את חירותו, ופגיעה בו משליכה על המכלול כולו. לעתים עומדים מאחורי חופש העיסוק גם רציונלים חברתיים כלליים, כגון כאשר העיסוק הוא בתחום הביטוי: התקשורת, התרבות או האומנות.

כאשר הרציונל העומד בבסיס ההגנה על חופש העיסוק הוא, בעיקרו, עניינו של האדם להתפרנס, ולעומתו עומד הערך של קידום כלכלת המדינה, מן הראוי להחיל את מבחן האפשרות הסבירה לפגיעה ממשית בכלכלת המדינה. לעומת-זאת, כאשר ביסוד ההגנה על חופש העיסוק עומדים גם רציונלים אחרים, ובמיוחד ערכים בעלי חשיבות מיוחדת מבחינת המדינה והחברה, ייקבע היקף חופש העיסוק על-פי מבחן "מתמיר" יותר, כגון מבחן הוודאות הקרובה לסכנה חמורה. על-כן, אפשר כי כאשר הערכים הרלוונטיים המתמודדים יהיו קידום כלכלת המדינה מחד-גיסא וחופש העיסוק במקצוע "תקשורתי" מאידך-גיסא, ייערך האיזון על-יסוד מבחן הוודאות הקרובה לסכנה חמורה.

בענייננו, ההגבלה שבצו היבוא החופשי אינה פסולה כשלעצמה. הרציונל העומד ביסוד חופש העיסוק של העותרת בייבוא מסמרים מרוסיה הוא עניינם של חבריה למצוא את פרנסתם. על-כן מותר למנוע מן העותרת לייבא את המסמרים לישראל, אם מתקיימת רמת הסתברות בדרגה של אפשרות סבירה לכך שהתרת הייבוא האמור תגרום לפגיעה ממשית בכלכלת ישראל, ובענייננו - בסחר-החוץ שלה.

המדיניות הנקוטה כיום היא להתיר יבוא לישראל ממדינות הפותחות את שעריהן לייצוא מישראל בתנאים זהים. יחסי המסחר עם רוסיה נתונים בתקופת מעבר. מתנהל עימה משא-ומתן לכריתת הסכם-סחר. קיימת אפשרות סבירה כי פתיחת שערי היבוא בעיצומו של המשא-ומתן תביא לפגיעה של ממש בסיכוי להשיג הסכם-סחר נאות עם רוסיה, על בסיס של הדדיות, הסכם שחשיבותו לכלכלת ישראל היא ניכרת. העתירה נדחית.

הממשלה החליטה על הפרטת ייבוא הבשר, ללא מכסות וללא צורך ברשיון יבוא. הוחלט גם כי הדבר יבוצע בדרך של חקיקה, מתוך חשש כי בהיעדר חקיקה האוסרת זאת, יתאפשר לייבא בשר לא כשר בהיקף רב. לאחר מכן העבירה הכנסת חוק ברוב של חבריה, המגביל את ייבוא הבשר הלא-כשר. בחוק נקבע כי הוא תקף על אף האמור בחוק-יסוד: חופש העיסוק. העתירה הוגשה כנגד חוק זה.

מטרתה של פסקת ההתגברות לאפשר למחוקק להגשים את יעדיו החברתיים והפוליטיים, גם אם אלה פוגעים בחופש העיסוק והפגיעה אינה מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה. עם זאת, אין לעשות שימוש בפסקת ההתגברות או בפסקת ההגבלה כדי לתת תוקף לחוק השולל או מבטל כליל את חופש העיסוק כזכות חוקתית במדינת ישראל, צעד שניתן לעשותו רק בדרך של שינוי חוק היסוד עצמו.

גם אם נניח כי קיימים עקרונות יסוד אשר חוק חורג אינו יכול לפגוע בהם, הרי אלה הם עקרונות שכל המבנה החוקתי שלנו מושתת עליהם, לרבות חוקי היסוד עצמם, ואשר הפגיעה בהם היא מהותית וקשה - אחרת תתרוקן פסקת ההתגברות מעיקר תוכנה. זה אינו המקרה שלפנינו. הפגיעה בחופש העיסוק היא מוגבלת, שהרי פתוחה בפני העותרות האפשרות לעסוק ביבוא של בשר כשר, בלא כל צורך ברשיונות יבוא. כאן גם אין הפגיעה בקניין, בחופש המצפון ובשיוויון מגיעה עד כדי פגיעה באושיות המשטר החוקתי.

הפרשנות החוקתית צריכה לשאוף לכך שההוראות השונות ישתלבו זו בזו ויקדמו את האחדות ואת ההרמוניה החוקתית, בכך שפסקת ההתגברות מצויה בחוק-יסוד: חופש העיסוק, ואינה מצויה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובכך שקיומה של פסקת ההתגברות בחוק-יסוד: חופש העיסוק - יש לה השלכות על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

יש לתת הגנה חוקתית לחוק חורג, הפוגע לא רק בחופש העיסוק אלא גם בזכויות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אם מתקיימים שלושה תנאים מצטברים אלה: ראשית, הפגיעה בזכויות האדם האחרות היא תוצאת לוואי המתבקשת מהפגיעה בחופש העיסוק; שנית, הפגיעה בזכויות האדם האחרות היא משנית; שלישית, הפגיעה בזכויות האדם האחרות, כשלעצמה, אינה בעלת עוצמה ממשית. בהתקיים שלושה תנאים אלה יש לתת לחוק החורג תוקף חוקתי מעבר לחוק-יסוד: חופש העיסוק. עם זאת, הפרשנות המוצעת שומרת על גבולותיו הראויים של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. היא נותנת ביטוי לכך שאין בו פסקת התגברות, תוך שמירה על זכויות האדם המעוגנות בו מפני פגיעה עיקרית הבאה אגב החוק החורג.

במקרה שלפנינו, מתקיימים שלושת התנאים הנדרשים למתן אפקט לפסקת ההתגברות מחוץ לגדריו של חוק-יסוד: חופש העיסוק. הפגיעות בחופש המצפון, השיוויון והקניין של העותרות הן תוצאות לוואי טבעיות מהפגיעה בחופש העיסוק שלהן. הפגיעות בזכויות האחרות הן משניות ואינן ממשיות; אשר לפגיעה האפשרית בחופש המצפון, כל מי שרוצה יכול לרכוש בישראל בשר לא כשר. אין כפיה לאכול רק בשר כשר. יתכן כי השיוויון נפגע בכך שנדרש הכשר של הרבנות ולא נדרש "הכשר" של רשות מוסלמית, אך זו בוודאי משנית לפגיעה בחופש העיסוק. אשר לפגיעה האפשרית בחופש הקניין, היא משנית לפגיעה בחופש העיסוק, וכשלעצמה אינה בעלת עוצמה ממשית. העתירה נדחת.



המערערת 1 פיתחה מערכות עצמאיות לעיבוד תמלילים באמצעות מחשב, והעבירה למערערת 2 את הזכות להפצה בלעדית של המערכות בישראל. המשיב היה עובד של המערערת, וחתם על התחייבות שלא להתחרות במערערת בכל הקשור בשיווק ותיקון של מערכות לאנר, וכן על התחייבות לשמור בסודיות מוחלטת מידע שעשוי להגיע לידיו במסגרת העסקתו. מגדר ההתחייבות הוצא מידע שהיה למשיב לפני תחילת העסקתו ושהיה ידוע לציבור. שתי ההתחייבויות לא גודרו בזמן. בתום עשרים ושמונה חדשי עבודה פוטר המשיב ופתח עסק של מתן שרות למערכות מחשב. בנוסף לכך פנה במישרין - תוך שימוש ברשימת הלקוחות של המערערת שהיתה בידו - ללקוחות של המערערת. לאחר מכן נכרת הסכם בין המשיב לבין הרשות לאמצעי לחימה (רפא"ל), לפיו יעניק המשיב שירותי לאנר לרפא"ל.

על רקע אירועים אלה פנו המערערות לבית המשפט המחוזי, ובו תבעו את המשיב ורפא"ל עקב הפרת התחייבות המשיב. ניתן בבית המשפט המחוזי צו מניעה זמני על פיו נאסר על המשיב לעסוק, במישרין או בעקיפין, במכירה או במתן שרות למעבדי לאנר עד חלוף שמונה עשר חדשים מיום פיטוריו. הצו לא הוחל על ההתקשרות עם רפא"ל. כמו כן חייב בית המשפט המחוזי את המשיב לפצות את המערערת בסכום של עשרים וחמישה אלף דולר ארה"ב, וכן חייב את מדינת ישראל (שבמסגרתה פעלה רפא"ל) לשלם למערערת את שוויים של פרטי חומרה ותוכנה מסויימים, שנמסרו לרפא"ל על ידי המערערת, ונותרו ברשותה. כנגד פסק-דין זה הוגשו הערעור והערעור שכנגד בפנינו.

ראשית יצויין כי טענות הצדדים בקשות מאתנו להתערב בממצאיה העובדתיים של הערכאה הראשונה. זאת לא נעשה. פסיקתו של בית המשפט המחוזי מתבססת על ממצאים שנקבעו על יסוד עדויות וחוות דעות מקצועיות, המעוגנים יפה בחומר הראיות. השאלות הניצבות בפנינו הן שתיים: האחת הינה, אם ההתחייבות של המשיב שלא להתחרות עם המערערת הינה כדין; השנייה הינה אם כדין נפסק כי המשיב אינו אחראי בגין השימוש שעשה ברשימת הלקוחות, שכן שימוש זה לא הניב התקשרות עם הלקוחות בתוך התקופה של שמונה עשר חדשים.

זכויות האדם, המעוגנות בחוקי היסוד, מהוות מקור מרכזי ממנו נשאבים הנתונים הערכיים המגבשים את "תקנת הציבור". אמנם, זכויות האדם שבחוקי היסוד אינן מעניקות, כשלעצמן ובמישרין, זכויות לפרט כנגד פרט. עם זאת, זכויות היסוד קובעות מערכת ערכים ותפיסות יסוד אשר במסגרתם פועל ומתפתח המשפט. לעניי זה, העיקרון הראשון שיש לקחתו בחשבון הוא חופש החושים. מעקרון זה נגזרת התפיסה, כי חושים יש לקיים: החוזה הוא ה"חוק" שהצדדים קבעו ביניהם, ואותו עליהם לקיים. אינטרס שני שיש להתחשב בו הוא הגנה על המעביד מפני תחרות של העובד בכלל, ובפני שימוש במידע שרכש אצל המערערת, בפרט. זהו אינטרס כי תינתן הגנה למעביד על השקעותיו. לעניין אינטרס העובד, יש להתחשב כעיקרון ראשון בחופש העיסוק. זהו עיקרון חוקתי, בהיותו מעוגן בחוק-יסוד: חופש העיסוק. אינטרס שני שיש להתחשב בו הוא העובד עצמו. עבודתו היא רכוש, והיא הבסיס לסיפוקו ולהגשמת עצמו. בעיקר כך, בתחום העבודה עתירת הידע. לציבור כולו אינטרס בהתפתחותם לטובת החברה. יש גם לזכור כי בהתקשרות החוזית, המעביד והעובד אינם במעמד שווה. למעביד נתונה בדרך כלל עמדת מיקוח חזקה יותר.

תקנת הציבור היא תוצאת האיזון בין הערכים, העקרונות והאינטרסים המתנגשים. אמת המידה לאיזון בין השיקולים המתחרים היא זו של הסבירות. יש לקיים את התחייבותו של העובד שלא להתחרות במעביד, אולם התחייבות זו תופסת רק במקום שהיא מגינה על אינטרס לגיטימי של המעביד. בנסיבות העניין שלפנינו, רשימת הלקוחות של המערערת מגבשת "אינטרס לגיטימי" המאפשר הגבלת חופש העיסוק של המשיב. בהקשר זה יש לבחון את היקפה של ההגבלה מבחינת הזמן, המקום וסוג הפעילות. תניות המגבילות את חופש העיסוק מעבר לאינטרסים הלגיטימיים של הצדדים נוגדות את "תקנת הציבור", ועל כן הן בטלות.

המשיב לא הפר את חובתו שלא לעשות שימוש ברשימת הלקוחות של המערער. גם הוכח כי המשיב פנה לרפא"ל ביוזמתו וממילא אין לראות בהתקשרות העסקית, בינה לבינו, תוצאה של השימוש ברשימת לקוחותיה של המערערת. כאשר ביקשה המערערת להגן על עצמה מפני פגיעה בקנייניה, היא עשתה כן במסגרת התחייבות נוספת עליה חתם המשיב, ובה "התחייבות לשמירת סודיות". התחייבותו של המשיב שלא להתחרות במערערת - וזו ההתחייבות היחידה שהופרה על ידו - אינה מגינה על "אינטרס לגיטימי" של המערערת. היא נוגדת את "תקנת הציבור", ועל כן יש להכריז על בטלותה.

לעניין ההתחייבות הנוספת שנטל על עצמו לשמור בסודיות כל מידע שעשוי להגיע לידי במסגרת העסקתו, יש לדחות את ערעורה של המערערת, ולו מן הטעם כי לא הוכח קשר סיבתי בין הפרת ההתחייבות לבין נזקה. גם בעשותו שימוש ברשימת הלקוחות הפר המשיב את התחייבותו, הרי הפרה זו לא גרמה למערערת כל נזק, שכן לא הוכח כי במסגרת שמונה עשר החדשים לגדרם הוגבלה ההתחייבות, שוכללו התקשרויות בין המשיב לבין אותם לקוחות. הערעור נדחה. הערעור שכנגד מתקבל ברובו.

העותר הוא עורך דין שעתר לבית משפט זה ובפיו טענות כנגד חוקיותם של סעיפים שונים בחוק לשכת עורכי הדין. טענתו היא כי מכוחם של סעיפים אלה אין אדם יכול להיות עורך דין אלא אם כן הוא חבר בלשכה ומשלם דמי חבר, הוראות הפוגעות בחופש העיסוק של העותר כעורך דין, וכי פגיעה זו אינה מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה.

מאז כינונו של חוק-יסוד: חופש העיסוק, זכות זו הינה זכות חוקתית המוקנית לכל אזרח ותושב, העומדת במדרג הנורמטיבי מעל לחקיקה הרגילה. ניתן לצמצם את היקפה על ידי חוק יסוד אחר, או על ידי חוק רגיל, ובלבד שחוק זה – או אף חקיקת משנה מכוח הסמכה מפורשת בו – מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. על רקע מסגרת נורמטיבית זו נערכת בחינה חוקתית בת שלושה שלבים. בשלב הראשון נבדקת השאלה אם החוק אכן פוגע בזכות אדם מוגנת. בשלב השני נידונה השאלה אם החוק הפוגע מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. בשלב השלישי נבחן הסעד החוקתי לו זכאי העותר במקרה הספציפי.

כדי לקיים בדיקה שיפוטית של חוקתיות החוק, על הפגיעה להיות ממשית. כך גם במקרה שלפנינו. חופש העיסוק של העותר נפגע בצורה משמעותית כאשר מחייבים אותו להיות חבר בלשכה, ולשלם לה דמי חבר, בלא הסכמתו. מכאן שיש לעבור לשלב השני, ולבודק אם הפגיעה מקיימת את תנאי פסקת ההגבלה.

עשויים להתקיים מודלים שונים בהם ניתן לנקוט במטרה לפקח ולבקר את השירותים הניתנים על ידי עורכי הדין. הבחירה בין המודלים נתונה בידי הרשות המחוקקת. עם זאת, על חופש הבחירה של המחוקק מוטלות מגבלות חוקתיות, הקבועות בפסקת ההגבלה. החוק הפוגע בזכות החוקתית צריך להלוט את ערכיה של מדינת ישראל; עליו להיות לתכלית ראויה; פגיעתו בזכות החוקתית אינה צריכה לעלות על הנדרש.

חוק הלשכה הינו בוודאי "חוק" כמשמעות דיבור זה בפסקת ההגבלה. לשם כך יש לבחון את התכלית המונחת ביסוד ההסדר שהמחוקק קבע. תכלית זו הינה להבטיח רמה נאותה של שירותי עריכת דין לציבור ושמירה על טוהר המקצוע. שירותי משפט נוגעים לעניינים הרגישים ביותר של האדם, חירותו ויחסיו עם זולתו. חוק, הקובע פיקוח ובקרה על אופן הגשתם של שירותי המשפט, והנועד להבטיח כי רק אנשים הראויים לכך יוכלו לתת שירותים חשובים אלה, הינו חוק ההולם את ערכיה של ישראל והנועד לתכלית ראויה.

לעניין המידתיות, תנאי זה נועד להבטיח כי האמצעים אשר החוק נוקט בהם, והפוגעים בחופש העיסוק, מגשימים באופן מידתי את התכלית הראויה המונחת ביסוד החוק. בעניין זה קיימים שלושה מבחני משנה: קיום קשר רציונלי בין האמצעי שנקבע בחוק לבין התכלית אותה בא האמצעי להגשים; אפשרות הגשמת תכלית החוק על ידי אמצעי אחר, אשר פגיעתו בזכות האדם היא קטנה יותר; שקילת התועלת שתצמח לציבור לעומת הנזק שייגרם לפרט כתוצאה מהפעלתו של האמצעי.

מבחן "ההתאמה" מתקיים בפרשה שלפנינו. קיים קשר רציונלי בין הקמתו של גוף סטטוטורי אשר מפעיל ביקורת ופיקוח על מקצוע עריכת הדין, לבין חברותם של עורכי הדין בגוף זה. אמנם, קיימים בעניין זה מודלים שונים המקיימים את דרישת ההתאמה בין מטרה לאמצעי, אולם הבחירה בין אלה נעשית במסגרת מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. לעניין מבחן זה, ניתן היה

למסור את סמכויות ההסדרה לידי רשות מרשויות השלטון, כפי שהיה הדבר בטרם הוחק חוק הלשכה. כן ניתן לחלק את סמכויות ההסדר בין מספר גורמים, באופן שכל גורם יהא אחראי לגזרה המיוחדת לו; מבין המודלים בחר המחוקק במודל של הסדרה עצמית, במסגרתו על עורכי הדין להיות חברים בלשכה. בכך הודגשו האופי הפנימי והקולגיאלי של הלשכה ומאפייניו הפרופסיונליים של תחום העיסוק. בכך גם ניתנה האפשרות לעורכי הדין ליטול חלק פעיל, אם רצונם בכך, בעיצוב מדיניותה של הלשכה. לשם מילוי תנאי זה של חברות, הועמדו דרישות מינימום, תוך ששיקול הדעת של הלשכה שלא לקבל חבר לשורותיה הוא מצומצם ביותר, הוא כפוף לכללים של המשפט המינהלי, והוא נתון לביקורת שיפוטית. דרישת החברות כשלעצמה אינה פוגעת בחופש העיסוק יותר מאשר דרכים אחרות העומדות לרשות המחוקק להפעיל פיקוח בלא חברות.

האם מתקיים מבחן המידתיות במובנו הצר, כלומר יחס נאות בין מידת התועלת הצפויה לצמוח לציבור מהפעלתו של האמצעי החקיקתי לבין מידת הנזק הנגרמת בעטיו לחופש העיסוק? גם מבחן משנה שלישי זה מתקיים בענייננו. חיוב החברות מקנה ללשכה את הסמכות הנחוצה לה לשם הסדרת תחום עריכת הדין. אל מול תועלת זו ניצבת הפגיעה בחופש העיסוק שמקורה בחיוב החברות. פגיעה זו מצומצמת בהיקפה, הן משום שהיא אינה מוסיפה על תנאי הכשירות המקדמיים והן משום הפיקוח ההדוק המבטיח אי-ניצולה לרעה. התועלת החברתית עולה על הנזק האישי.

מכאן שהוראות חוק הלשכה, המחייבות עורך דין להיות חבר בלשכה כתנאי לעיסוקם בעריכת דין, פוגעות אמנם בחופש העיסוק אך פגיעה זו היא כדון, שכן היא ממלאת את הוראותיה של פסקת ההגבלה. נותרה הטענה, כי ניתן לשנות את המודל באמצעות קיום מספר לשכות; הטענה הינה כי חוק הלשכה יוצר שלא כדון מונופול. אולם פגיעתו של זה מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה. התכלית המונחת ביסוד ההסדר המונופוליסטי שאינו למטרת רווח היא ראויה, שכן היא משחררת את הלשכה מלחצים כלכליים ואחרים העשויים לפגוע ביכולתה להסדיר כיאות את המקצוע. העתירה נדחית.

**הערת העורך:** צר לי, אך אינני יכול להסכים עם קביעת בית המשפט, במובן זה שנראה לי כי מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה אינו מתקיים. כל גוף מונופוליסטי נוטה, מעצם טיבו וטבעו, להיות בזבזני ומשחת, והמקרה של לשכת עורכי הדין יוכיח. לא לחינם ביקר בית המשפט העליון פעמים רבות הן את הדרך שבה מתנהלת הלשכה בכלל, והן את הדרך שבה מתנהלים העניינים בבתי הדין המשמעתיים של הלשכה בפרט, אשר לעומת בתי המשפט הרגילים – וגם לעומת בתי הדין המשמעתיים של שירות המדינה – הם נראים כמתאימים יותר לשיטת המשפט של מדינות טוטליטאריות. יצוין כי מבין מספר פסקי דין ישראלים המזכירים את פס"ד האמריקאי היודע לשימצה בעניין LOCHNER<sup>2</sup>, זהו היחיד המזכיר אותו באופן חיובי.

---

Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905),<sup>2</sup>

העותרים עוסקים באיבחון של ליקויי למידה אצל תלמידים מזה מספר שנים, במסגרת המומחיות שהוסמכו אליה. עד לשנת 1996, הכיר משרד החינוך באיבחונים שנעשו על-ידי המאבחנים. באתה שנה הוציא המשרד חוזר, בו נקבע, כי יכיר רק באבחנה של ליקויי למידה שנעשתה על-ידי פסיכולוג חינוכי מומחה כמוגדר בתקנות הפסיכולוגים. משנשללה ההכרה של מערכת החינוך במאבחנים, ירד מספר הפונים אליהם במידה ניכרת.

לפי סעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, פגיעה בחופש העיסוק היא כדין רק אם היא נעשתה בחוק או לפי חוק, מכוח הסמכה מפורשת בו. גם העקרונית בדבר הפרדת הרשויות, שלטון החוק, והדמוקרטיה מורים, כי הסדרים ראשוניים ייקבעו בחוק על-ידי הרשות המחוקקת. פגיעה בזכויות האדם, אפילו היא מקדמת את ערכיה של המדינה, אפילו היא לתכלית ראויה, ואפילו היא שלא מעבר למידה הדרושה - צריכה להיקבע בחוק הקובע את ההסדרים הראשוניים, ואין להסתפק בהסמכתה הפורמלית של הרשות המבצעת למעשי חקיקה.

הדרישה כי החקיקה הראשית תקבע את ההסדרים הראשוניים וחקיקת המשנה או הוראות המינהל יעסקו אך בהסדרי הביצוע, מעוגנת בצורך להגן על חירותו של הפרט. במשטר דמוקרטי יש לא פעם צורך - למען הגשמת אינטרס הכלל - בפגיעה בזכויות הפרט, אך אפילו פגיעה זו מוצדקת עליה להיקבע בחקיקה הראשית, ולא להימסר לידי הרשות המבצעת. אומנם, ייתכן כי פגיעה בחופש העיסוק בתחיקת-משנה, ולא-כל-שכן בחוזרי מנכ"ל או בסוגים אחרים של הנחיות מינהליות, היא יעילה יותר, אך יעילות אינה דווקא יתרון מקום בו עומדת על הפרק פגיעה בזכויות-האדם.

דווקא "סרבולה" של פעולת החקיקה הראשית, והתנאותה של קבלת חוק בהשגת רוב בקרב נבחרי העם, מהווים ערובה מוסדית מסוימת לכך שזכויות-יסוד לא ייפגעו אלא כאשר הדבר דרוש. בענייננו, אין בחוקים הרלוואנטיים כל התייחסות לעיסוק באיבחון של ליקויי למידה או לתנאים להכרה של משרד החינוך והתרבות באיבחונים אלה ואחרים. ככלל, אין לפרש חוק כפוגע או כמסמך לפגוע בחופש העיסוק, זולת אם הדבר נקבע בו במפורש. הסמכה לעניין זה משמעותה "הסמכה מפורשת" כלומר אך ורק למקרה, בו אומר המחוקק הראשי ברורות ומפורשות, כי הוא מסמך את מחוקק המשנה להתקין תקנות הקובעות איסורים או הגבלות על העיסוק במקצוע פלוני.

לא ניתן היה לשלול ממאבחנים את חופש העיסוק באיבחון של ליקויי למידה אך מכוח חוזרי מנכ"ל. פגיעה כזאת בחופש העיסוק, בנפרד מהצדקתה המהותית, טעונה קביעה בחוק, ולפחות הסמכה מפורשת בו. הצדקה מרכזית של הדרישה לכך שפגיעה בחופש העיסוק תיעשה בחוק או לפי חוק, מכוח הסמכה מפורשת בו, היא בערכי הדמוקרטיה. במדינה דמוקרטית נדרשות פגיעות בזכויות-האדם לקבל גושפנקא של נבחרי העם. ממילא, פגיעה בזכויות-האדם אך מכוח הנחיה מינהלית אינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל, שהם, כאמור בסעיף 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, ערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית.

במסגרת תיקון חקיקה שהועבר בכנסת, ניתן זיכיון להפעלת תחנת רדיו למי שהפעיל תחנה כזו במשך חמש שנים רצופות, אשר שידוריה נקלטו במרבית שטחי המדינה. כנגד תיקון זה הוגשה העתירה.

כמשאב ציבורי מוגבל, נדרשת הקצאה של תדרי השידור. לפי בדיקת מומחים, נראה שניתן יהיה להקצות תדרים לכל היותר לשלוש רשתות רדיו ארציות, ולמספר מוגבל של תחנות רדיו אזוריות נוספות, מלבד ההתחייבות להקצות תדרים לשימוש הרשות הפלסטינית. הזיכיון לשדר שידורים לציבור מעניק לבעליו כלי רב עוצמה, המאפשר נגישות לקהלים רחבים, ולכן נדרשת התערבות ממשלתית על מנת להבטיח כי האינטרס הציבורי יישמר. בהקשר זה קובע חוק הרשות השנייה, כי זיכיון לשידורים יינתן על פי מכרז פומבי שתפרסם הרשות; הפעלת תחנות רדיו ללא זיכיון הנה עבירה פלילית.

התיקון פוגע בחופש העיסוק המעוגן בחוק יסוד: חופש העיסוק, ופגיעה זו אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. עיקרון בסיסי בזכות לחופש עיסוק הוא חופש התחרות, כולל השוויון בין מתחרים; התערבות שלטונית המעניקה לאחד את אשר אינו מוענק לאחר, מפריעה לתחרות החופשית באופן הפוגע ממשית בחופש העיסוק. לחופש התחרות יש חשיבות הן בהיבט הציבורי והן בהיבט האישי: מבחינת ההיבט הציבורי, התכלית היא הגברת היעילות במשק. בהיבט האישי תכליתו הינה לאפשר לפרט למצוא את מחייתו ולעצב את אישיותו.

התיקון פוגע בחופש התחרות של כלל המתחרים הפוטנציאלים על השימוש במשאב התדרים לשידורי רדיו, בכך שהוא מעניק זיכיון לגוף משדר העומד בתנאי התיקון, ללא מכרז וללא קריטריון חלוקה שוויוני אחר כלשהו. מלשון התיקון עולים שני תנאים בסיסיים שנדרשים על מנת לקבל זכיון: אורך תקופת הפעלת תחנת שידור ופריסת השידורים; מכאן, שאמות מידה אלה מתייחסות לתחנות רדיו ששידרו באופן לא חוקי. לאור לשון התיקון ופרוטוקול הכנסת, נראה שהוא נועד בראש ובראשונה להכשיר את ערוץ 7 דווקא - תכלית הנותנת זכיון לתחנות רדיו אשר פעלו שלא כדין, שאינה ראויה ומהווה פגיעה קשה בשלטון החוק. התכלית האפשרית השנייה היא מתן ייצוג תקשורתי פלורליסטי. אבל גם אם תכלית התיקון היא ראויה, עדיין האמצעים להגשמתה הם בלתי מידתיים. מבחן המידתיות עניינו באמצעים להשגת המטרה - זו אינה מקדשת את כל האמצעים. לכן יש לבחון האם הפגיעה בחופש העיסוק היא מידתית, לפי מבחן ההתאמה הרציונלית בין האמצעי למטרה; מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; ומבחן התועלת לעומת הנזק.

לעניין התאמה בין המטרה לאמצעי, התיקון לא מותאם למטרה של ייצוג תקשורתי פלורליסטי; העדרו של מנגנון לקביעת סדר עדיפויות בין הצרכים התקשורתיים של מגזרים שונים, עלול להביא לתוצאה שאינה תואמת את התכלית; למעשה, בולט דווקא העדר התאמה כלשהי. אמת המידה של קיום שידורים במשך חמש שנים, כלל אינה מכוונת לאתר קבוצות אוכלוסיה בעלות צרכים מיוחדים וקביעת סדרי עדיפויות ביניהן. נכון שאין לשלול לחלוטין קיומו של מתאם גס בין אורך תקופת השידור של תחנות בלתי מורשות, לבין קהל יעד הסובל ביותר מחוסר ייצוג תקשורתי חוקי, אך אין כל ערובה אמיתית לקיום מתאם זה.

לעניין האמצעי שפגיעתו פחותה, השאלה היא אם לא ניתן היה להשיג את מטרת התיקון תוך פגיעה פחותה בזכות לחופש עיסוק. נראה שהתשובה שלילית; התיקון אינו כולל חובת מכרז או כל אמצעי אחר האמור לספק הזדמנות שווה למתחרים פוטנציאליים. יתכן כי גם גופים אחרים מאותה אוכלוסיית יעד, פרט לערוץ 7, אשר אינם עומדים בתנאי התיקון, מייצגים נאמנה את אוכלוסיית היעד.

לפי מבחון התועלת מול הנזק, יש לבדוק האם התועלת בהכשרת ערוץ 7 עולה על מידת הנזק הנגרמת בשל הפגיעה בזכות לחופש העיסוק. גם במבחן זה לא עומד התיקון. הנזק שנגרם מהתיקון למתחרים פוטנציאליים על שידור ערוצי רדיו ארציים ייעודיים הוא רב; למעשה, כניסתם לתחום זה נחסמת. לסיכום, הענקת הזיכיון והרשיון לנהל תחנת רדיו בהסתמך על הקריטריון היחיד של הפעלת תחנות רדיו ללא זיכיון כדון, מהווה פגיעה קשה בשלטון החוק, ולעומת זאת התועלת שמפיק הציבור מהענקת רשיון לעומדים בתנאי התיקון מוטלת בספק. העתירה מתקבלת.

**הערת העורך:** פסק הדין נראה כבלתי-מבוסס מבחינה עובדתית, פוגע בשוויון ומפלה בין עותרים שונים – במלים אחרות, לא עומד באותם מבחני סבירות ומידתיות שבית המשפט עצמו דורש מרשויות שלטון אחרות.

במישור העובדתי, חוות הדעת של אותם "מומחים" המצוטטים בספק הדין נראית כמופרכת למדי. אם אכן יש כל-כך מעט תדרים, איך זה שיש עשרות לתחנות פיראטיות המחזיקות מעמד מבחינה טכנית וכלכלית?

מבחינה היסטורית, יש טוענים כי כאשר החלו שידורי רדיו בארה"ב בראשית המאה ה-20, היה נהוג שמי ששידר באופן קבוע בתדר מסויים, הפך לבעל התדר לפחות בעיני תחנות אחרות, שנמנעו מלחזור לתחום; ואילו רק בתקופה מאוחרת יותר החליטו הרשויות שם "לעשות סדר" (אולי מיותר לגמרי), ולהקצות את התדרים<sup>3</sup>. יש אחרים הטוענים כי הקצאת התדרים היתה נחוצה כבר אז מכיוון ששידורי תחנות שונות התנגשו על אותו תדר<sup>4</sup>. על כל פנים, חלוקת התדרים במדינת ישראל נעשת בצורה שהיא כמעט הגרועה ביותר האפשרית.

באמצע המאה ה-20 חולקו התדרים בעולם בין המדינות השונות, אבל לא לפי חלקן באוכלוסיית העולם אלא לפי "צורך", כלומר לפי מידת הפיתוח הכלכלי באותו זמן, במלים אחרות – באופן שהיפלה לרעה את המדינות הפחות מפותחות. כיום גם אין זה נכון שהתדרים מוגבלים במידה העולה מפסק הדין, מכיוון שקיימות טכנולוגיות מתקדמות לשידורי רדיו וטלוויזיה (שידורים דיגיטליים, כבלים, לוויין, אינטרנט), המאפשרות כל אחת מאות ערוצים בכל מדינה ואף יותר. אי-אכיפת החוק לגביהם במשך שנים יצרה אצל מנהלי ערוץ 7 ציפייה מסויימת, וגם רוב הקהל הפוטנציאלי תמך בהמשך השידורים, אפילו כערוץ יחיד במגזר זה, ואין צורך להפעיל לגבי ציבור זה גישה פטרנליסטית; למעשה, גישה זו מופעלת מול האזרחים כולם, שהרי קביעת סדרי עדיפויות בין ציבורים שונים היא אפלייה מאין כמוה.

חלוקת התדרים במדינת ישראל נעשת ב"מכרז" שבו מחולקים מספר תדרים, תוך התחשבות במחיר שמציע כל זכיין ובתוכן השידורים שהוא מציע. אפשר להשוות מדיניות בלתי-סבירה זו

<sup>3</sup> Rothbard, Murray **For a New Liberty: The Libertarian Manifesto** Collier Books, 1973, pp 101-103  
<http://www.mises.org/rothbard/newliberty.asp>

<sup>4</sup> <http://eh.net/encyclopedia/article/scott.radio.industry.history>

לחלוקת קרקע: נניח שיש במדינה אדמות שניתן, מסיבות שונות, להשתמש בהן רק למטרה אחת, כמו מרעה. ונניח שמדובר בכמות כזו של אדמת מרעה, שלא כולה תנוצל גם אם תינתן בחינם, מכיוון שכוחות השוק יגבילו את כדאיות השימוש בה; אולם הממשלה מחכירה רק חלק מהאדמות האלה, גובה עבורן מחיר גבוה ודורשת מהמשתמשים כל-מיני קריטריונים לגבי העסק שהם מנהלים. אין במדיניות כזאת כל הגיון או סבירות, ממש כפי שאין בחוקים הקובעים את חלוקת התדרים, כמו חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו.



סעיף 14 לפקודת התעבורה מתנה קבלת רשיון להפעלת מונית בתשלום אגרה בשיעור של 185,000 ש"ח. העתירה מוגשת כנגד חוקתיותו של סעיף זה.

חופש העיסוק הוא זכות יסוד, שכיום ניתן לו מעמד חוקתי בחוק יסוד. זכות זו נובעת מזכותו של אדם למצוא לעצמו מקורות מחייה ופרנסה, לשם קיומו הפיזי בכבוד. כן נובע הוא מזכותו של אדם לאוטונומיה אישית, לפיתוח האישיות ולהגשמה עצמית של מאווי וכישוריו, באמצעות בחירת המקצוע בו יעסוק והגשמתו. מכאן שיש לפרש כל הגבלה על זכות יסוד - ובכלל זה חופש העיסוק - בצמצום ובאופן שיש בו כדי לשמור על הזכות ולא לסייגה מעבר למתחייב מדבר המחוקק ומתכלית החקיקה. אולם יש שנדרש לאזן בין חופש העיסוק לבין זכויות אחרות ושיקולים ראויים של טובת הציבור. נוסחת האיזון קבועה בפיסקת ההגבלה שבסעיף 4 לחוק היסוד, אשר זו לשונו: אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו. יש לקבוע את רמת ההגנה על הזכות החוקתית על פי מכלול פרמטרים נוספים, ובהם: התחום בו עוסקת החקיקה הפוגעת, הטעמים שבבסיס הזכות המוגנת וחשיבותה החברתית היחסית, מהות הפגיעה בזכות ועוצמתה במקרה הקונקרטי, נסיבות הפגיעה והקשרה, וכן מהות הזכויות או האינטרסים המתחרים.

על בית-המשפט לבחון את החיקוק שנטען כי פוגע הוא, וכן האם נכלל העיסוק הנפגע בזכות החוקתית המוגנת. חקיקה הנדונה פוגעת באופן מימוש עיסוקם של העותרים כנהגי מונית. מכאן שאין לפגוע בעותרים אלא אם יוכח צורך חברתי מהותי או מטרה חברתית חשובה לשם הצדקת הפגיעה. הפגיעה בחופש העיסוק נעשתה בחוק, וכי החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; השאלה הטעונה הכרעה היא האם הפגיעה היא לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

יצוין כי לא במהרה יתערב בית-המשפט ויבטל הוראת-חוק שיצאה מבית המחוקקים. במיוחד כך הדבר כאשר עניינה של החקיקה העומדת לביקורת חוקתית הוא בתחומי משק וכלכלה בהם כרוכים היבטים חברתיים וכלכליים רחבי-היקף. בכך ישמור בית-המשפט על האיזון העדין שבין שלטון הרוב ועקרון הפרדת הרשויות, לבין הגנה על ערכי יסוד ועל זכויות האדם. תכלית לחוק היא ראויה אם נועדה להגן על זכויות אדם, לרבות על-ידי קביעת איזון סביר והוגן בין זכויות של פרטים בעלי אינטרסים מנוגדים, באופן המוביל לפשרה סבירה בתחום הענקת הזכויות האופטימליות לכל פרט ופרט, או אם היא משרתת מטרות ציבוריות חשובות למדינה ולחברה. לעניין זה יש להתמקד בתכלית האובייקטיבית של החוק.

ככלל, פתיחה של ענף מישקי לתחרות חופשית שאינה פוגעת שלא כדין בערכים מוגנים אחרים, מהווה תכלית חקיקתית ראויה. בענייננו, אספקת תחבורה ציבורית יעילה במחיר הולם, ודאגה לעומס התנועה ולרמת הרעש והזיהום בדרכים, מהווים תכלית חקיקתית ראויה. המחלוקת הינה בין פתיחה זהירה של ענף המוניות לתחרות תוך המשך הפיקוח על מספר המוניות. יצוין כי בית-משפט אינו בוחן את תבונת המדיניות שהרשות בחרה לאמץ במסגרת סמכותה, אלא בוחן אם נפל פגם משפטי בהפעלת שיקול-דעתה בעת קביעת המדיניות או יישומה.

נראה כי התכלית שביסוד החקיקה האמורה ראויה. אל מול מצוקתם של נהגי המוניות השכירים המעוניינים להפעיל מונית בעצמם, עומדת מצוקתו של מי שנזקק לסבסוד התחבורה הציבורית באוטובוסים וכן מי שתלוי בתחבורת האוטובוסים במקומות מרוחקים או בשעות דלילות בתחבורה. לפיכך, אין פסול בכך שהרשויות מבכרות להנהיג את השינויים בענף המוניות באופן מבוקר והדרגתי. המדיניות גם נתמכת בחוות-דעת מקצועיות של שתי ועדות ציבוריות שבחנו את הנושא. יצויין כי במחלוקת בין העמדות המקצועיות הסותרות, יש ליתן משקל מיוחד לעמדה המקצועית של הרשות אשר מופקדת על הנושא.

התכלית הנדונה של סעיף 14 לפקודה - איזון בין צרכים של קבוצות שונות בענף המוניות - ראויה היא. לגבי חלק מבעלי "המספרים הירוקים", מהווה הרשיון להפעלת מונית אפיק השקעה כלכלית, נוכח העדר זיקה הכרחית בין בעלות ב"מספר ירוק" לבין נהיגה במונית. בהתחשב בכך, פתיחה מיידית של הענף לתחרות מלאה באופן שיוביל לירידה חדה בערכו הכלכלי של "המספר הירוק" בשוק החופשי, עלולה לפגוע פגיעה אנושה בן לילה בפרנסתם של רבים מבעלי "המספרים הירוקים", בלא שתהא בידם שהות מספקת להיערך למצב החדש. אין לצפות מן הרשויות להתעלם מחשש זה ולעצום עיניהן אל מול מציאות קיימת, שהיה להן חלק ביצירתה. קביעת איזון סביר והוגן בין פרטים בעלי זכויות ואינטרסים מנוגדים, מהווה תכלית חקיקתית ראויה, שכן יש בה לאפשר חיים בצוותא במסגרת חברתית המכבדת זכויות אדם.

לעניין המידתיות, על המחוקק לבחור באמצעי הפוגע בזכות החוקתית במידה שאינה עולה על הנדרש לשם השגת תכלית החוק, למרות שאין כוונתה כי על המחוקק להיצמד תמיד לדרגה הנמוכה ביותר שבתחתית הסולם. קיים "מרחב תימרון חוקתי" המכונה גם "מיתחם המידתיות" של המחוקק או מתקין התקנות. נראה כי האגרה בסעיף 14 מקיימת את המבחן שעניינו התאמת האמצעי לתכלית, בהיותה אמצעי מתאים להשגת תכליותיו. האגרה מונעת כניסה גורפת של עוסקים חדשים לענף מפעילי המוניות בן-לילה. בכך נותנת האגרה מענה לחשש מפני הגדלה בלתי סבירה של עומס התנועה וזיהום האוויר בכבישים. כמו-כן, נמנעת פגיעה אנושה בערך הרשיונות של בעלי "מספרים הירוקים" ובשיעור הסובסידיות המשתלמות לחברות האוטובוסים. מאידך, סעיף 14 קובע מנגנון להפחתה מבוקרת בשיעור "האגרה הרגילה". בהתחשב בכך שבעל "מספר ירוק" מקבל לידי נכס בעל ערך כלכלי נכבד, מהווה היא אמצעי מתאים ורציונאלי למימוש תכליות החוק. קביעת שיעור האגרה המדויק שנדרש על-מנת לממש את תכליות החוק, היא מלאכה מורכבת ומסובכת. לאחר שבחנו את העניין, באנו למסקנה כי שיעור האגרה הקבוע בסעיף 14 לפקודה הינו מידתי. סעיף 14 לפקודה יוצר מכאניזם של בלמים ואיזונים, שנועד להפחית את מידת הפגיעה בחופש העיסוק של נהגי מוניות שכירים המבקשים להיכנס לענף מפעילי המוניות. העתירה נדחית.

העתירה הוגשה כנגד מדיניות "כבילת" עובדים זרים למעסיקיהם הישראלים, מדיניות האוסרת על העובדים לעבור לעבוד אצל מעסיק ישראלי אחר.

אמנם, רשאי אמנם עובד זר לעבור למעסיק אחר, אולם מעבר זה כרוך בתנאים רבים. מלבד העובדה שהסדר המעבר לא פורסם ואינו מיושם בפועל, ההסדר גם לא ערוך להתמודד עם תופעת "ניודם" של עובדים זרים בידי מעסיקיהם וחברות כוח-אדם, שמשמעותה הפיכת העובד לשוהה שלא כדין שלא מרצונו ושלא בידיעתו. יצוין כי הגעתם לישראל של עובדים ממדינות זרות מתאפשרת לכתחילה לאחר שאלה משלמים סכומי-כסף גבוהים למתווכים וסוכנויות כוח-אדם. השכר המשתלם לעובדים זרים הנו, על-פי רוב, נמוך, תכופות אף משכר-המינימום. אף תנאי העבודה והמחיייה המוצעים לעובדים זרים - ירודים, ונמצא כי רבים מהם מתגוררים בצפיפות רבה ובתנאי-דיור קשים.

שאלת פגיעתו של הסדר הכבילה למעסיק בזכויותיו של העובד לכבוד ולחירות אינה יכולה להיבחן בחלל ריק. עליה להביא בחשבון את פערי-הכוחות האדירים שבין העובד הזר לבין המדינה הקולטת אותו - בתנאיה - לשוק-העבודה שלה, ולבין סוכנויות התיווך וחברות כוח-האדם הפועלות בגדרי שוק-עבודה זה. על רקע מציאות זו, ניתן לומר כי הסדר הכבילה למעסיק פוגע בזכויות-היסוד של העובדים הזרים. הוא פוגע בזכות הטבעה לחירות. הוא פוגע בחופש הפעולה של האדם. הוא מאיין את האוטונומיה של הרצון החופשי. הוא רומס את הזכות היסודית להשתחרר מחוזה-עבודה. הוא שולל כוח-מיקוח כלכלי בסיסי מצד חלש ממילא ליחסי-העבודה. בעשותו את כל אלו, פוגע הסדר הכבילה למעסיק בכבודו ובחירותו של האדם במובנם היסודי ביותר.

על-פי הסדר הכבילה למעסיק, רישיון הישיבה שניתן בידי העובד הזר המגיע לישראל מותנה בעבודה עבור מעביד מסוים ששמו נקוב ברישיון הישיבה. הפסקת העבודה עבור מעסיק זה - ויהא הטעם לכך אשר יהא - פירושה פקיעת רישיון הישיבה בישראל. נוכח הממון והמאמץ שמשקיע העובד הזר ב"רכישת" האפשרות לעבוד בישראל לתקופה קצובה, ברי כי זיקה זו שבין תוקף רישיון הישיבה לבין עבודה עבור מעסיק יחיד פוגעת פגיעה קשה באוטונומיית רצונו. היא מחלישה - אפשר מאינת כליל - את כוח המיקוח הנתון לו. היא מותירה בפניו בחירת אין-ברירה שבין המשך עבודה מאונס, בשירותו של מעסיק שאפשר כי פוגע בזכויותיו, מלין את שכרו ומתעמר בו לבין התפטרות - בחירה שפירושה אבדן רישיון הישיבה בישראל. בכך מצמצם הסדר הכבילה למעסיק את חופש הפעולה הנתון לעובד לכדי בחירה יחידה בין אלטרנטיבה רעה לרעה-יותר.

הסדר הכבילה למעסיק כרוך בין אקט התפטרות - פעולה לגיטימית וזכות-יסוד הנתונה לכל עובד - לבין סנקציה חמורה. לכך לא תוכל להימצא הצדקה. הטלת סנקציה בדמות אבדן רישיון הישיבה בישראל על אדם המבקש לסיים יחסי-עבודה משולה לאיונה האפקטיבי של החירות להתפטר. באופן זה לא אך הזכות לחירות נמצאת חסרה, אלא נוצר משטר משפטי ייחודי שהנו זר על-פי טבעו לעקרונותיו היסודיים של משפט העבודה, לערכו המוסרי של חוזה העבודה, ולתכליתו הבסיסית של חוזה העבודה בהבטחת קיומו הכלכלי של העובד, כבודו וחירותו. בכך ניתן בידי

מעסיקו של העובד הזר כלי-אכיפה בלתי-מוכר במשפטנו - שדחה מעליו את הרעיון בדבר אכיפת חוזה-עבודה.

בקשה להחלפת מעסיק כורכת עצמה, על-פי הנוהל החדש, באבדן רישיון העבודה בישראל לתקופה בלתי-ידועה: בתקופת-הביניים שבין סיום העבודה אצל המעסיק המקורי ומעבר למעסיק החדש, יקבל העובד רישיון ישיבה זמני שאינו מאפשר עבודה כדין. מבנה נורמטיבי מעין זה אינו מתיישב עם מעמדן החוקתי של הזכות לחירות ולכבוד אנושי.

כל הפגיעות הרעות שפוגע הסדר הכבילה למעסיק בזכויות-יסוד, מבססות עצמן על אותה סמכות שקנה לו שר הפנים על-פי חוק הכניסה לישראל, סמכות שנועדה, על-פי תכליתה, להיות מופעלת במקרים קונקרטיים, ולא לשמש מנוף לקביעת הסדרים כלליים. רוחב שיקול-הדעת - דווקא הוא - מחייב זהירות ושימת-לב מיוחדות בהפעלתו; נפקדותם מן החוק המסמיך של קריטריונים ואמות-מידה להפעלת הסמכות השלטונית, מחייב הקפדה מיוחדת בעקרונות הכלליים הגודרים והמצמצמים את סמכות-הפעולה המנהלית.

האמצעי שנבחר בידי המשיבים - התניית רישיון הישיבה שניתן ביד העובד הזר בעבודה עבור מעסיק יחיד - אינו מקיים קשר רציונאלי לתכלית בדבר פיקוח על שהייתם והעסקתם של עובדים

זרים בישראל. פגיעתו של אמצעי זה בפרט אינה במידה המועטה ביותר. היא אף אינה מקיימת יחס פרופורציונאלי לתועלת הצומחת ממנה; מהנתונים לא נראה כי מספר העובדים הזרים בהיתר הולך וקטן בעוד שמספר העובדים הזרים שלא בהיתר גדל. אף שהמדיניות הנקוטה בידי המשיבים נוהגת מזה מספר שנים, ולמעשה למן המועד בו הוחלט להתיר את העסקתם של עובדים זרים בישראל, כלל לא הוכח כי היא מאפשרת קיומו של פיקוח נאות על שהייתם והעסקתם של עובדים זרים בישראל – היא תכליתה המרכזית. ההיפך הוא הנכון: במהלכן של שנים אלה, מספרם של העובדים השוהים בישראל שלא כדין תפח בהתמדה. מהנתונים שנאספו בידי המשיבים-עצמם עולה כי המדיניות הנקוטה בידיהם לא זו בלבד שאינה מקדמת את התכלית שלשמה נועדה, אלא חותרת תחתיה. מעמדן של הזכויות ועוצמת הפגיעה בהן מחייבים בחירה באמצעי חלופי, שפגיעתו פחותה, ושעודו נאמן לתכלית אותה מבקשים המשיבים לקדם.

המדינה רשאית להחליט מי ייכנס בשעריה ובאלו תנאים. אלא שאין בכך משום מתן הרשאה בלתי-מסויגת לפגוע בזכויות. העובד הזר אינו נכנס בשערי המדינה ומשיל מעליו את אנושיותו וזכויותיו היסודיות. בודאי כך הוא מקום שנעשה הדבר באותו אופן גורף ובלתי-מידתי כבענייננו. המסקנה הינה כי הסדר הכבילה למעסיק - הסדר שביטויו בהתניית רישיון הישיבה שניתן בידי העובד הזר בעבודה עבור מעסיק יחיד - אינו עומד במבחן המידתיות. העתירה מתקבלת.