

מסמך רקע מקוצר בנושא :

חופש העיסוק

מוגש לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת

מאת :

ד"ר הלל סומר
ענת יהב
תמר ולדמן

ז' בסיוון תשס"ה
14 ביוני 2005

תוכן העניינים

3	חלק א : מבוא.....
3	1. מטרת המסמך ומבנהו
3	2. הגדרה – מהי הזכות החוקתית לחופש העיסוק ומי זכאי לה
4	3. חופש העיסוק – חופש התחרות?.....
4	חלק ב: הזכות לחופש העיסוק כזכות חוקתית במדינת ישראל.....
4	1. הזכות לחופש העיסוק כזכות הלכתית.....
5	2. הזכות לחופש העיסוק לפי חוק יסוד : חופש העיסוק
5	חלק ג: הזכות החוקתית לחופש העיסוק בהצעות חוקה בישראל.....
6	חלק ד: הזכות לחופש העיסוק במשפט המשווה ובמשפט העברי
7	חלק ה: חקיקה ישראלית בנושא חופש העיסוק.....
7	חלק ו: המשפט הישראלי לאחר חוק-יסוד : חופש העיסוק.....
7	1. כללי.....
8	2. פסיקה שפסלה סעיפי חוק עקב פגיעתם בחופש העיסוק
8	3. מהי פגיעה בחופש העיסוק?
8	4. תכלית ראויה לפגיעה בחופש העיסוק.....
9	חלק ז: שאלות ונושאים לדיון
9	1. האם יש לעגן את הזכות לחופש העיסוק בחוקה ואם כן, באיזו צורה?.....
10	2. על מי תחול הזכות?
10	3. האם הזכות תחול גם על תושב השוהה בישראל שלא כדין
11	4. האם להתייחס לשאלת התחולה במשפט הפרטי?
11	5. האם להגדיר את הזכות כזכות "חלשה" שניתן לפגוע בה בכל חוק?
12	נספח: חופש העיסוק בהצעות חוקה בישראל, במסמכים בינלאומיים ובחוקותיהן של מדינות זרות
12	1. הצעת החוקה של פרופ' אקצין (תשכ"ד-1964).....
12	2. הצעת חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח (1973) (הכנסת השביעית – ועדת משנה בראשות בנימין הלוי).....
12	3. הצעת "חוקה לישראל" (בראשות פרופ' רייכמן) (1986)
12	4. הצעת חוק יסוד: זכויות האדם משנת 1989 (הכנסת ה-12 – קבוצת חברי כנסת בראשות שולמית אלוני)
12	5. הצעת חוק יסוד: זכויות היסוד של האדם (1989) (הכנסת ה-12 – הצעת חוק ממשלתית שהוגשה כפרטית ע"י ח"כ רובינשטיין).....
12	6. הצעת פרופ' אריאל בנדור (2000)
12	7. טיוטת הצעת החוקה של המכון הישראלי לדמוקרטיה (2005).....
12	8. ההכרזה לכל באי העולם בדבר זכויות האדם (האו"ם, 1948) :.....
12	9. האמנה הבינ"ל בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (1966).....
13	10. הצ'ארטר בדבר זכויות היסוד של האיחוד האירופי (2000).....
13	11. מקסיקו (1917).....
13	12. גרמניה (1949, 1968)
13	13. הודו (1949)
14	14. הולנד (1983)
14	15. קרואטיה (1990)
14	16. מקדוניה (1991)
14	17. רוסיה (1993).....

15	18. דרום אפריקה (1996)
15	19. פולין (1997)
15	20. פינלנד (1999)

חלק א: מבוא

1. מטרת המסמך ומבנהו

מסמך זה הוכן כחומר רקע לקראת דיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט בחופש העיסוק. מסמך זה הינו תקציר של מסמך רקע רחב הרבה יותר שהוכן על ידנו (להלן: "מסמך הרקע המפורט"), והעומד לרשות חברי הוועדה. מטבע הדברים, במסמך זה הדברים מוצגים בתמציתיות רבה.

2. הגדרה – מהי הזכות החוקתית לחופש העיסוק ומי זכאי לה

"חשיבותו הרבה של חופש העיסוק נובעת מהשלכותיו הראשוניות על תחומי חיים רבים של האדם. כך מאפשר עיסוקו של אדם את המשך קיומו הפיסי, מקנה לו את מעמדו בחברה, מאפשר לו להקים ולקיים משפחה ולהקצות לעצמו את הפנאי כדי לשקוד על הגשמת סגולותיו הרוחניות. עיסוקו של אדם מאפשר לו להגשים את אישיותו ומביא לידי ביטוי את האוטונומיה של רצונו".¹

כיום, מעוגן חופש העיסוק בישראל כזכות חוקתית אשר לה מוקדש חוק יסוד מיוחד, הוא חוק-יסוד: חופש העיסוק. הזכות המהותית מעוגנת בסעיף 3 לחוק יסוד: חופש העיסוק, הקובע כי:

"כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד."

לגישתו של פרופ' ברק, יש לפרש את הביטויים "עיסוק", "מקצוע" ו"משלח יד" על רקע תכליתו של חוק היסוד, ככוללת פעילות מתמשכת, העשויה להעניק בסיס לחיים.

"ביסוד התפיסה החוקתית של חופש העיסוק עומדת פעילות מתמשכת. עיסוק חד-פעמי אינו זוכה להגנה חוקתית".²

¹ אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית תשנ"ז) 1135 (להלן: "רובינשטיין").

² אהרון ברק, פרשנות במשפט (כרך ג: פרשנות חוקתית, תשנ"ד) בעמ' 595 (להלן: "ברק").

חופש העיסוק - מסמך רקע מקוצר

רק עיסוק העשוי להוות "בסיס לחיים" הוא עיסוק המוגן על ידי הזכות החוקתית. המבחן, לעניין זה, הוא אובייקטיבי. ואולם, גם עיסוק שאינו יצרני, או שאין בצידו תועלת לחברה, עשוי להיחשב עיסוק המהווה בסיס לחיים.³

חוק-יסוד: חופש העיסוק מעניק את הזכות במפורש ל"אזרח או תושב" בלבד. לאלו מוענק חופש העיסוק במלוא היקפו, על פי חוק היסוד. עם זאת, חופש העיסוק כזכות יצירת-פסיקה, שכוחה מצומצם יותר (בין היתר בכך שחוק רגיל גובר עליה) נותר כנראה בעינו לגבי מי שאינם אזרחים או תושבים. המונחים "אזרח" ו"תושב" לא הוגדרו בחוק היסוד.

כיום אין עוד ספק כי חופש העיסוק חל גם על תאגידים פרטיים.⁴ למעשה, מרבית פסקי הדין שעסקו בחופש העיסוק היו בעתירות של תאגידים.

3. חופש העיסוק – חופש התחרות?

בפסיקתו של בית המשפט העליון נקבע כי חופש העיסוק יכול להיפגע לא רק מהטלת מגבלות על עיסוקו של פלוני, אלא גם מפעולה שלטונית הפוגעת בחופש התחרות של פלוני מול מתחריו, למשל על ידי הענקת הקלות מסויימות לאלמוני, מתחרהו. כך, למשל, על ידי מתן סובסידיה ממשלתית למתחרה, כשהסובסידיה אינה ניתנת על בסיס שוויוני.

ד"ר אייל גרוס מותח ביקורת חריפה על הגישה לפיה חופש התחרות הינו חלק מחופש העיסוק. גרוס מבחין בין שני היבטים של חופש העיסוק. הראשון הינו "התפיסה האישית" כפי שהובעה בפרשת **בז'רנו**, שבה ההצדקה לזכות היא חופש המחיה והפרנסה. מנגד, קיים היבט שני והוא התפיסה התחרותית, שבה חופש העיסוק מוצדק כחלק מהבטחת התחרות החופשית, הנתפסת כערך הראוי להגנה. הזכות לפי תפיסה זו, מבטיחה עתה לא רק את הכניסה לעיסוק או למקצוע מסוים, אלא גם את החופש לפעול באותו מקצוע בלא הגבלות ובלי רגולציה כלשהי.⁵

חלק ב: הזכות לחופש העיסוק כזכות חוקתית במדינת ישראל

1. הזכות לחופש העיסוק כזכות הלכתית

"הזכות לחופש עיסוק הוכרה כזכות יסוד של האדם זמן רב לפני עיגונה בחוק יסוד".⁶ כבר בבג"צ 1/49 **בז'רנו נ' שר המשטרה** נפסק ע"י השופט שי' ז' חשין כי:

"כלל גדול הוא, כי לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח-יד, אשר יבחר לעצמו, כל זמן שההתעסקות בעבודה או

³ ברק, שם.

⁴ רובינשטיין בעמ' 1142, ברק בעמ' 601-600, גולדברג בעמ' 54-56; בג"צ 726/94 **כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר**, פ"ד מח(5) 441.

⁵ אייל גרוס, "כיצד היתה 'התחרות החופשית' לזכות חוקתית? - בנפתולי הזכות לחופש העיסוק", **עיוני משפט** כג (תש"ס) 229

⁶ רובינשטיין, בעמ' 1134.

חופש העיסוק- מסמך רקע מקוצר

במשלח-יד, אינה אסורה מטעם החוק... [זוהי] זכות שאינה כתובה על ספר, אך נובעת מזכותו הטבעית של כל אדם לחפש מקורות מחיה ולמצוא לעצמו מלאכה המפרנסת את בעליה"

2. הזכות לחופש העיסוק לפי חוק יסוד: חופש העיסוק

חופש העיסוק עוגן בשנת תשנ"ב בחוק-יסוד משלו, הוא חוק-יסוד: חופש העיסוק. בעקבות פסיקת בג"צ בנושא יבוא בשר לא-כשר, הוחלף חוק היסוד בחוק חדש בשנת תשנ"ד. לגישת פרופ' ברק, כינונו של חוק יסוד: חופש העיסוק אין פירושו כי חופש העיסוק חדל להתקיים כזכות הלכתית "זו ממשיכה להתקיים כזכות הלכתית, ופועלה יורגש באותם תחומים שבהם ידה של הזכות העל-חוקית אינה מגעת."⁷

חלק ג: הזכות החוקתית לחופש העיסוק בהצעות חוקה בישראל

במסמך הרקע המפורט מובא לעיונכם נוסחן של הוראות בנושא חופש העיסוק בהצעות החוקה השונות שהוכנו בישראל. כללנו אחדות מן ההוראות בנספח למסך מקוצר זה. להלן, נביא את עיקרי מסקנותינו מניתוח הוראות אלו בהצעות החוקה בישראל. חופש העיסוק, במתכונתו הנוכחית, לא הופיע בהצעות החוקה הראשונות בישראל. בהצעות אלו הופיעה "זכות לעבודה" בעלת אופי של זכות חברתית, ולא הזכות הליברלית והכלכלית לחופש עיסוק.

בכל ההצעות בישראל שבהן נכלל חופש העיסוק, הוענקה הזכות ל"תושב", לעיתים תוך אזכור מפורש של האזרחים כזכאים לזכות יחד עם התושבים,⁸ ובשתי הצעות, תוך הרחבת מעגל הזכאים ל"כל אדם".⁹

בהצעות השונות הופיעו המונחים "עבודה" "עסק" "משלוח יד" ו"מקצוע" בהרכבים שונים. בחלק מהצעות החוקה נקבעה האפשרות להגביל את חופש העיסוק בחוק, מבלי לדרוש מחוק מגביל כאמור דרישות מהותיות נוספות כגון דרישות התכלית הראויה או המידתיות הקבועות כיום בחוק-יסוד: חופש העיסוק.¹⁰ בהצעות אחרות, נכללו דרישות מהותיות.¹¹

⁷ ברק, בעמ' 585.

⁸ חוק היסוד הקיים, הצעת פרופ' בנדור, הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

⁹ הצעת בינמין הלוי והצעת שולמית אלוני.

¹⁰ הצעת פרופ' אקצין; הצעת בנימין הלוי; הצעת שולמית אלוני;

¹¹ הצעת "חוקה לישראל" ("הסדרים בחוק הנחוצים לטובת הציבור"); הצעות פרופ' בנדור והמכון הישראלי לדמוקרטיה המבוססות על פסקת הגבלה כללית.

חלק ד: הזכות לחופש העיסוק במשפט המשווה ובמשפט העברי

כפי שסקרנו בהרחבה במסמך הרקע המפורט, במשפט הבינלאומי ובמשפט הזר, מעטות החוקות הכוללות את חופש העיסוק במתכונת דומה למתכונתו בישראל. בחוקות זרות רבות אין כל התייחסות ישירה לחופש העיסוק,¹² אם כי לעיתים הזכות הוכרה כנגזרת מתוך זכויות אחרות בחוקה.¹³ במסמך הרקע המפורט מובאת גם סקירה קצרה של המשפט העברי בנושא זה.

בחוקות רבות קיימת ה"זכות לעבודה", זכות בעלת אופי סוציאלי, שבמסגרתה מופיעה לעיתים, בדרך כלל באופן משני, הזכות לבחור עיסוק באופן חופשי.¹⁴ בהקשרים אלו, חופש העיסוק נועד למעשה למנוע את התחמקות המדינה ממילוי חובתה בנושא הזכות לעבודה באמצעות הפניה של דורשי העבודה לתחומים שבהם אין הם מעוניינים. בחוקות בהן חופש העיסוק נגזר מהזכות לעבודה, זוהי זכות בעלת אופי אישי, אשר נראה שאינה חלה על תאגידיים.

ברוב החוקות שנמצאו, בין אלו שכללו חופש עיסוק נפרד ובין אלו שכללו אותו כחלק מזכות לעבודה, אין הזכות חורגת מהזכות "לבחור" את העיסוק.¹⁵ רק במקרים בודדים הזכות מקיפה יותר.¹⁶ בדרום אפריקה נערכה אבחנה בטקסט החוקתי בין בחירת העיסוק, המותרת לכל, לבין ביצועו, אותו מותר להגביל בחוק.

בחוקות בהן מופיע חופש העיסוק במתכונת דומה לזו המקובלת בישראל, הוגבלה הזכות לעיתים ל"עיסוק חוקי",¹⁷ או שנקבע כי ניתן להגביל את העיסוקים בחוק (כל חוק).¹⁸ במקומות אחרים הוגבלה הזכות בצורה שונה. כך, בהודו, נקבע שמותר לממשלה להטיל מגבלות סבירות על הפעלת הזכות, ובפרט על קביעת דרישות הכשירות הנחוצות לעיסוק במקצוע מסויים.

אחדות מן החוקות הזרות מעניקות את חופש העיסוק לאזרחים¹⁹ ואחרות מעניקות אותו לכל אדם.²⁰ מספר חוקות מכילות הוראות הקובעות שוויון בנגישות למשרות.²¹ למסמך זה צורף נספח ובו לקט מהנוסחים במסמכים הבינלאומיים והזרים בנושא חופש העיסוק. כמו-כן, בחלק "שאלות לדיון" בוצע "מיפוי" של השאלות לדיון בהתאם לאיזכוריהן במסמכים השונים.

¹² למשל, חוקת ארה"ב, הצ'ארטר הקנדי, חוקת צרפת.

¹³ למשל בארה"ב.

¹⁴ למשל: ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם; האמנה בדבר זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות; הצ'ארטר החברתי האירופי; חוקת בלגיה; חוקת הולנד; חוקת מקדוניה; חוקת פולין

¹⁵ למשל: ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם; האמנה בדבר זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות; הצ'ארטר החברתי האירופי; חוקת בלגיה; חוקת הולנד; חוקת קרואטיה; חוקת מקדוניה; חוקת רוסיה; חוקת דרום אפריקה; חוקת לטביה

¹⁶ בגרמניה, בהודו ובפולין, הזכות היא לעסוק בעיסוק.

¹⁷ חוקת מקסיקו.

¹⁸ למשל בדרום אפריקה.

¹⁹ חוק היסוד הגרמני; חוקת הודו; חוקת הולנד; חוקת דרום-אפריקה.

²⁰ חוקת מקסיקו; חוקת בלגיה; חוקת קרואטיה; חוקת רוסיה; חוקת פולין; חוקת לטביה; חוקת פינלנד.

²¹ למשל חוקת קרואטיה; חוקת מקדוניה.

חלק ה: חקיקה ישראלית בנושא חופש העיסוק

החקיקה הישראלית זרועה כולה בחוקים המגבילים, ברמות ובדרכים שונות, את חופש העיסוק. חקיקה זו חשופה, מאז פקיעת פסקת שמירת הדינים בשנת 2002, לביקורת חוקתית אל מול חוק היסוד.

במסמך הרקע המפורט מובאת רשימה ארוכה של חוקים אלו, מחולקים לפי סיווג שהוצע בידי ד"ר אליהו וינוגרד:

ד"ר וינוגרד הציע לחלק את החיקוקים הפוגעים בחופש העיסוק הראשונה, **חיקוקים המסדירים עיסוק לצורך הגנה על טובת הציבור**. רובם של חיקוקים אלה בחקיקה ראשית, ומיעוטם בחקיקת משנה. נמנות עם קבוצה זו הוראות המסדירות את עיסוקם של בעלי מקצועות חופשיים, כמו רופאים, עורכי דין, רואי חשבון, מהנדסים ופסיכולוגים; הקבוצה השנייה כוללת **חוקים המסדירים תחום מסוים, ובין היתר מטילים הגבלות על העיסוק**. כך, למשל, הגנה על בריאות הציבור, בטיחות בעבודה, בנקאות וכדומה; הקבוצה השלישית עניינה **חוקים כלכליים, שמטרתם העיקרית הגשמת מדיניות כלכלית ומיסוי**; ובקטגוריה הרביעית **חוקי המונופולין, המעניקים לגורם מסוים בלעדיות בעיסוק בתחום מסוים, כמו שירותי בזק, מסילות ברזל, חשמל ומים**²². (ההדגשה אינה במקור)

חלק ו: המשפט הישראלי לאחר חוק-יסוד: חופש העיסוק

1. כללי

חוק-יסוד: חופש העיסוק העלה את חופש העיסוק למעמד חוקתי-על-חוקי. בסמוך לאחר כינונו של החוק, התגלע משבר קואליציוני בשל השפעתו הצפויה של חוק היסוד על ההסדרים שהגבילו יבוא בשר לא-כשר למדינה. משום כך, הוחלף חוק-היסוד בשנת תשנ"ד בחוק-יסוד חדש ונעשו בו מספר שינויים, אותם מכנה פרופ' ברק "התפתחות פוסט-מהפכנית: מהפכת-נגד"²³. השינוי המשמעותי ביותר הוא הוספתו של סעיף 8 לחוק היסוד, הקובע כי ניתן לפגוע בחופש העיסוק גם שלא בהתאם לתנאיה של פסקת ההגבלה, ובלבד שהחוק התקבל בקולותיהם של רוב חברי הכנסת ונאמר בו במפורש, כי החוק יהא תקף "על אף האמור בחוק

²² אליהו וינוגרד, **חופש העיסוק במדינת ישראל** (חיבור לקבלת התואר ד"ר למשפטים, תשמ"א) 84, מצוטט ברובינשטיין, בעמ' 1143.

²³ ברק, בעמ' 580.

חופש העיסוק - מסמך רקע מקוצר

היסוד" ("פסקת ההתגברות). נקבע עם זאת, כי תוקפו של חוק שכזה יפקע בתום ארבע שנים מיום תחילתו, אם לא נקבע בו מועד מוקדם יותר שבו יפקע. בהוראותיו המהותיות, קובע חוק היסוד, בנוסחו זה, כדלהלן:

3. חופש העיסוק
כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד.
4. פגיעה בחופש העיסוק
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.
5. תחולה
כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את חופש העיסוק של כל אזרח או תושב.
8. תוקפו של חוק חורג

(א) הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק תהיה תקפה אף כשאינה בהתאם לסעיף 4, אם נכללה בחוק שנתקבל ברוב של חברי הכנסת ונאמר בו במפורש, שהוא תקף על אף האמור בחוק-יסוד זה; תוקפו של חוק כאמור יפקע בתום ארבע שנים מיום תחילתו, זולת אם נקבע בו מועד מוקדם יותר.
(ב) . . .

בניגוד לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, פסקת שמירת הדינים שנכללה בחוק יסוד: חופש העיסוק נועדה מלכתחילה להיות זמנית, ולאפשר רק תקופת ביניים, שאמורה היתה להימשך כשנתיים, ובסופו של דבר נמשכה עשר שנים.

2. פסיקה שפסלה סעיפי חוק עקב פגיעתם בחופש העיסוק

חוק-יסוד: חופש העיסוק הינו חוק היסוד העיקרי שבגיניו נפסלו עד היום סעיפים בחוקים של הכנסת.

עד היום פסל בית המשפט העליון שני חוקים או חלקי חוקים של הכנסת עקב פגיעתם בחופש העיסוק, ובית המשפט השלום בתל אביב הוסיף פסילה של סעיף נוסף. סקירה של פסקי דין אלו מצויה במסמך הרקע המפורט.

3. מהי פגיעה בחופש העיסוק?

על פי הפסיקה, חופש העיסוק כולל הן היכולת לבחור בעיסוק, והן את היכולת לפעול בעיסוק זה באופן שבו בוחר העוסק, מכל אספקט שהוא. לפיכך, כל מגבלה על האופן שבו העוסק מעוניין לפעול מהווה פגיעה בחופש העיסוק שיש לבחון אם עומדת היא בתנאי פסקת ההגבלה.

4. תכלית ראויה לפגיעה בחופש העיסוק

פגיעה בחופש העיסוק הנעשית במסגרת פסקת ההגבלה (סעיף 4 לחוק-היסוד) צריכה להיות "לתכלית ראויה".

חופש העיסוק - מסמך רקע מקוצר

"האינטרסים המוגנים השונים, בגינם ניתן להגביל את חופש העיסוק, הינם מגוונים. בהם: הגנה על בטחון המדינה, הגנה על שלום הציבור ובריאותו (לרבות בטיחות בעבודה ושמירה על איכות הסביבה), הגנה על המוסר הציבורי, הצורך לאפשר אספקה של מוצר או שירות חיוני, הגנה על אינטרס הציבור בקבלת שירות הולם מבעל מקצוע וקידומה של כלכלת המדינה. בדומה להגנה המוענקת לזכויות יסוד אחרות, גם ביחס לחופש העיסוק נראה, כי מבחן ההסתברות צריך להיקבע בהתאם לאינטרסים המתנגשים עמו".²⁴

במסמך הרקע המפורט מובאת סקירה של הפסיקה בנושא זה, ושל התכליות השונות ששימשו להגבלתו של חופש העיסוק כדין.

חלק ז: שאלות ונושאים לדיון

1. האם יש לעגן את הזכות לחופש העיסוק בחוקה ואם כן, באיזו

צורה?

חופש העיסוק כזכות כלכלית ליברלית המעגן בתוכו את חופש התחרות הוא זכות המשקפת תפיסת עולם. במשפט הבינלאומי ובמשפט הזר, מעטות החוקות הכוללות את חופש העיסוק במתכונת דומה למתכונתו בישראל. בחוקות זרות רבות אין כל התייחסות ישירה לחופש העיסוק,²⁵

בחוקות רבות קיימת ה"זכות לעבודה", זכות בעלת אופי סוציאלי, שבמסגרתה מופיעה לעיתים, בדרך כלל באופן משני, הזכות לבחור עיסוק באופן חופשי.²⁶ כך היה גם בהצעות החוקה הראשונות בישראל, שם לא הופיעה אלא הזכות לעבודה, ללא חופש עיסוק.

ברוב החוקות שנמצאו, בין אלו שכללו חופש עיסוק נפרד ובין אלו שכללו אותו כחלק מזכות לעבודה, אין הזכות חורגת מהזכות "לבחור" את העיסוק.²⁷ רק במקרים בודדים הזכות מקיפה יותר.²⁸ בדרום אפריקה נערכה אבחנה בטקסט החוקתי בין בחירת העיסוק, המותרת לכאורה באופן מוחלט, לבין ביצועו, אותו מותר להגביל בחוק. תפיסתו של חופש העיסוק כחופש התחרות, ותפיסתו כאילו כל הגבלה על אופן ביצוע העיסוק פוגעת בחופש העיסוק, הינה תפיסה הרחבה בהרבה מהמקובל בעולם.

²⁴ רובינשטיין, בעמ' 1145, ראו גם ברק, בעמ' 620.

²⁵ למשל, חוקת ארה"ב, הצ'ארטר הקנדי, חוקת צרפת.

²⁶ למשל: ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם; האמנה בדבר זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות; הצ'ארטר החברתי האירופי; חוקת בלגיה; חוקת הולנד; חוקת מקדוניה; חוקת פולין

²⁷ למשל: ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם; האמנה בדבר זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות; הצ'ארטר החברתי האירופי; חוקת בלגיה; חוקת הולנד; חוקת קרואטיה; חוקת מקדוניה; חוקת רוסיה; חוקת דרום אפריקה; חוקת לטביה

²⁸ בגרמניה, בהודו ובפולין, הזכות היא לעסוק בעיסוק.

חופש העיסוק- מסמך רקע מקוצר

בהצעות השונות הופיעו המונחים "עבודה" "עסק" "משלוח יד" ו"מקצוע" בהרכבים שונים. מספר חוקות מכילות הוראות הקובעות שוויון בנגישות למשרות²⁹

2. על מי תחול הזכות?

אחדות מן החוקות הזרות מעניקות את חופש העיסוק לאזרחים³⁰ ואחרות מעניקות אותו לכל אדם.³¹ לא מצאנו תימוכין במשפט הזר למצב בישראל, לפיו מוענק חופש העיסוק החוקתי גם לתושבים.

האפשרויות העומדות בפני הוועדה הן:

- לקבוע כי הזכות תחול על כל אדם;
- לקבוע כי הזכות תחול על אזרחים בלבד;
- לשמור על הסטטוס-קוו, ולקבוע כי הזכות תחול על תושבים ואזרחים כאחד; הרחבת היריעה לתושבים תחייב דיון בשאלה מיהו תושב (ראו להלן).

יתכן שראוי גם, בהקשר זה, לדון בשאלת תחולתו של חופש העיסוק על תאגידים.

3. האם הזכות תחול גם על תושב השוהה בישראל שלא כדין

כמפורט לעיל, המונח "תושב" לא הוגדר לצורך הזכאות ליהנות מחופש העיסוק. אם הוועדה תחליט כי הזכות החוקתית (להבדיל מהזכות ההלכתית) תחול אף על תושבים, מתעוררת השאלה אם גם מי ששוהה בישראל תקופה ממושכת באופן בלתי חוקי עשוי להיחשב כ"תושב" לעניין זה. מן המשפט המשווה עולה כי מקובל לציין בנוגע לזכויות אשר מסויגות לתושבים או שוהים כי התושבות או השהייה צריכות להיות כדין.

אולם בספרו **פרשנות חוקתית** קובע פרופ' ברק כי אין להתנות את הזכאות לזכות בשהייה חוקית של האדם בישראל. לדבריו, "גם מי ששהה בישראל שלא כדין תקופה ארוכה ורואה בה את ביתו, נהנה מחופש העיסוק שהיא מעמידה לרשות תושביה".³²

עמדות שונות הובעו על ידי פרופ' רובינשטיין וברק מדינה, ועל ידי השופט גולדברג.³³

האפשרויות העומדות בנושא זה בפני הוועדה הן:

- לקבוע כי הזכות החוקתית לחופש עיסוק אינה חלה על תושבים, אלא על אזרחים בלבד;

²⁹ למשל חוקת קרואטיה; חוקת מקדוניה.

³⁰ חוק היסוד הגרמני; חוקת הודו; חוקת הולנד; חוקת דרום-אפריקה.

³¹ חוקת מקסיקו; חוקת בלגיה; חוקת קרואטיה; חוקת רוסיה; חוקת פולין; חוקת לטביה; חוקת פינלנד.

³² ברק, בעמ' 599.

³³ רובינשטיין, בעמ' 1141; גולדברג, בעמ' 52.

חופש העיסוק - מסמך רקע מקוצר

- לקבוע כי הזכות החוקתית לחופש העיסוק חלה גם על תושבים, אולם רק על תושבים השוהים בישראל כדין;
- לקבוע כי הזכות חלה גם על תושבים, ולהשאיר את שאלת התחולה על תושבים בלתי-חוקיים לפסיקה.

4. האם להתייחס לשאלת התחולה במשפט הפרטי?

חופש העיסוק הוא זכות שחלחלה באופן משמעותי אל תוך המשפט הפרטי, בדמות התערבות הפסיקה בתניות אי-תחרות שהתנו מעבידים. האפשרויות העומדות בפני הוועדה הן:

- לקבוע כי חופש העיסוק חל רק במישור הפרט מול השלטון;
- לקבוע כי חופש העיסוק חל גם ביחסים שבין פרטים;
- להשאיר סוגיה זו להתפתחות שיפוטית;

5. האם להגדיר את הזכות כזכות "חלשה" שניתן לפגוע בה בכל חוק?

חוק-יסוד: חופש העיסוק כפוף כיום לפסקת הגבלה זהה לזו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עם זאת, מן הראוי לציין שהן בהצעות החוקה בישראל והן במשפט המשווה יש אסמכתאות המצביעות על כי זכות זו "חלשה יותר" במובן זה שניתן להגבילה על ידי חקיקה רגילה, בלא שהחקיקה תידרש לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה.

כך, בחלק מהצעות החוקה נקבעה האפשרות להגביל את חופש העיסוק בחוק, מבלי לדרוש מחוק מגביל כאמור דרישות מהותיות נוספות כגון דרישות התכלית הראויה או המידתיות הקבועות כיום בחוק-יסוד: חופש העיסוק.³⁴ בהצעות אחרות, נכללו דרישות מהותיות.³⁵

גם בעולם, בחוקות בהן מופיע חופש העיסוק במתכונת דומה לזו המקובלת בישראל, הוגבלה הזכות לעיתים ל"עיסוק חוקי",³⁶ או שנקבע כי ניתן להגביל את העיסוקים בחוק (כל חוק).³⁷ במקומות אחרים הוגבלה הזכות בצורה שונה. כך, בהודו, נקבע שמותר לממשלה להטיל מגבלות סבירות על הפעלת הזכות, ובפרט על קביעת דרישות הכשירות הנחוצות לעיסוק במקצוע מסויים. האפשרויות העומדות בפני הוועדה הן:

- לקבוע כי ניתן לפגוע בחופש העיסוק באמצעות פסקת ההגבלה הרגילה (או פסקת ההגבלה ופסקת ההתגברות הכללית);
- לקבוע כי ניתן לפגוע בחופש העיסוק בכל חוק;
- לקבוע פסקת הגבלה ייחודית לזכות זו, חלשה מפסקת ההגבלה הרגילה.

³⁴ הצעת פרופ' אקצין; הצעת בנימין הלוי; הצעת שולמית אלוני;

³⁵ הצעת "חוקה לישראל" ("הסדרים בחוק הנחוצים לטובת הציבור"); הצעות פרופ' בנדור והמכון הישראלי לדמוקרטיה המבוססות על פסקת הגבלה כללית.

³⁶ חוקת מקסיקו.

³⁷ למשל בדרום אפריקה.

**נספח: חופש העיסוק בהצעות חוקה בישראל, במסמכים בינלאומיים
ובחוקותיהן של מדינות זרות**

1. הצעת החוקה של פרופ' אקצין (תשכ"ד-1964)

סעיף 27: כל תושב המדינה רשאי לעסוק בכל עבודה, עסק ומשלוח-יד במידה שאין עיסוק זה מסויג, מותנה בתנאים מוקדמים, או מוגבל, על-פי חוק.

2. הצעת חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח (1973) (הכנסת השביעית – ועדת משנה בראשות בנימין הלוי)

סעיף 7: כל אדם זכאי לעסוק בכל עבודה, עסק, מקצוע ומשלח-יד; אין מגבילים זכות זו אלא בחוק.

3. הצעת "חוקה לישראל" (בראשות פרופ' רייכמן) (1986)

סעיף 28: כל תושב זכאי לעסוק בכל עבודה, עסק, מקצוע ומשלח יד, בכפוף להסדרים בחוק הנחוצים לטובת הציבור.

4. הצעת חוק יסוד: זכויות האדם משנת 1989 (הכנסת ה-12 – קבוצת חברי כנסת בראשות שולמית אלוני)

סעיף 27: כל אדם זכאי לעסוק בכל עבודה, עסק, מקצוע ומשלוח-יד, אין שוללים ואין מגבילים זכות זו אלא בחוק או על-פיו.

5. הצעת חוק יסוד: זכויות היסוד של האדם (1989) (הכנסת ה-12 – הצעת חוק ממשלתית שהוגשה כפרטית ע"י ח"כ רובינשטיין)

סעיף 12: לכל תושב החופש לעסוק בכל עבודה ובכל משלח יד.

6. הצעת פרופ' אריאל בנדור (2000)

סעיף 93: כל אזרח או תושב במדינה, זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח-יד.

7. טיוטת הצעת החוקה של המכון הישראלי לדמוקרטיה (2005)

סעיף 16: כל אזרח או תושב של המדינה, זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח-יד.

8. ההכרזה לכל באי העולם בדבר זכויות האדם (האו"ם, 1948):

Article 23

1. Everyone has the right to work, to free choice of employment, to just and favourable conditions of work and to protection against unemployment.

9. האמנה הבינ"ל בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (1966)

Article 6

1. The States Parties to the present Covenant recognize the right to work, which includes the right of everyone to the opportunity to gain his living by work which he freely chooses or accepts, and will take appropriate steps to safeguard this right.

10. הצ'ארטר בדבר זכויות היסוד של האיחוד האירופי (2000)

Article II-15 Freedom to choose an occupation and right to engage in work

Everyone has the right to engage in work and to pursue a freely chosen or accepted occupation.

Every citizen of the Union has the freedom to seek employment, to work, to exercise the right of establishment and to provide services in any Member State.

11. מקסיקו (1917)

Article 4. No person can be prevented from engaging in the profession, industrial or commercial pursuit, or occupation of his choice, provided it is lawful. The exercise of this liberty shall only be forbidden by judicial order when the rights of third parties are infringed, or by administrative order, issued in the manner provided by law, when the rights of society are violated. No one may be deprived of the fruits of his labor except by judicial decision.

The law in each state shall determine the professions which may be practiced only with a degree, and set forth the requirements for obtaining it and the authorities empowered to issue it.

12. גרמניה (1949, 1968)

12. (1) All Germans have the right to freely choose their occupation, their place of work, and their place of study or training. The practice of an occupation can be regulated by or pursuant to a statute.

13. הודו (1949)

Article 19 Protection of certain rights regarding freedom of speech, etc.

(1) All citizens shall have the right -

(f) to practice any profession, or to carry on any occupation, trade or business.

(6) Nothing in sub-clause (g) of the said clause shall affect the operation of any existing law in so far as it imposes, or prevent the State from making any law imposing, in the interests of the general public, reasonable restrictions on the exercise of the right conferred by the said sub-clause, and, in particular, nothing in the said sub-clause shall affect the operation of any existing law in so far as it relates to, or prevent the State from making any law relating to, -

- (i) the professional or technical qualifications necessary for practicing any profession or carrying on any occupation, trade or business, or
- (ii) the carrying on by the State, or by a corporation owned or controlled by the State, of any trade, business, industry or service, whether to the exclusion, complete or partial, of citizens or otherwise.

14. הולנד (1983)

Article 19 [Work]

- (1) It shall be the concern of the authorities to promote the provision of sufficient employment.
- (2) Rules concerning the legal status and protection of working persons and concerning co-determination shall be laid down by Act of Parliament.
- (3) The right of every Dutch national to a free choice of work shall be recognized, without prejudice to the restrictions laid down by or pursuant to Act of Parliament.

15. קרואטיה (1990)

Article 54

- (1) Everyone shall have the right to work and enjoy the freedom of work.
- (2) Everyone shall be free to choose his vocation and occupation, and all jobs and duties shall be accessible to everyone under the same conditions.

16. מקדוניה (1991)

Article 32

- Everyone has the right to work, to free choice of employment, protection at work and material assistance during temporary unemployment.
Every job is open to all under equal conditions.
Every employee has a right to appropriate remuneration.
Every employee has the right to paid daily, weekly and annual leave.
Employees cannot waive this right.
The exercise of the rights of employees and their position are regulated by law and collective agreements.

17. רוסיה (1993)

Article 34

- 1. Everyone shall have the right to a free use of his abilities and property for entrepreneurial and economic activities not prohibited by law.
- 2. The economic activity aimed at monopolization and unfair competition shall not be allowed.

Article 37

- 1. Labour is free. Everyone shall have the right to freely use his labour capabilities, to choose the type of activity and profession.
- 2. Forced labour shall be banned.
- 3. Everyone shall have the right to labour conditions meeting the safety and hygienic requirements, for labour remuneration without any discrimination whatsoever and not lower than minimum wages and

salaries established by the federal law, as well as the right to protection against unemployment.

4. Recognition shall be given to the right to individual and collective labour disputes with the use of methods of their adjustment fixed by the federal law, including the right to strike.

5. Everyone shall have the right to rest and license. Those working by labour contracts shall be guaranteed the fixed duration of the working time, days off and holidays, and the annual paid leave established by the federal law.

18. דרום אפריקה (1996)

Article 22.

Every citizen has the right to choose their trade, occupation or profession freely. The practice of a trade, occupation or profession may be regulated by law.

19. פולין (1997)

Article 65

(1) Everyone shall have the freedom to choose and to pursue his occupation and to choose his place of work. Exceptions shall be specified by statute.

20. פינלנד (1999)

Article 18

Everyone has the right, as provided by an Act, to earn his or her livelihood by the employment, occupation or commercial activity of his or her choice. The public authorities shall take responsibility for the protection of the labour force. (...)