

על חוקתיות ועל סבירות: בעקבות בג"ץ 5636/01 בקמן נ' שר העבודה והרווחה¹

מיכל טמיר*

- א. מבוא
- ב. היחס בין הביקורת השיפוטית החוקתית לבין הביקורת המנהלית בישראל
 - 1. רקע
 - 2. השפעת חוקי-היסוד
 - 3. סבירות ואיזונים חוקתיים
- ג. פרשת **בקמן**
 - 1. העובדות וטענות הצדדים
 - 2. פסק הדין בעתירה
 - 3. פסק הדין בבקשה לדין נוסף
- ד. חופש העיסוק
 - 1. היקף הפרישה של חופש העיסוק
 - 1.1 הזכות להיות מועסק – התפתחות הפסיקה
 - 1.2 פרשת **לם**
 - 1.3 פרשת **בקמן**
 - 2. ההגנה על חופש העיסוק
 - 2.1 דרישת החוק
 - 2.2 דרישת המידתיות
- ה. הזכות המנהלית והזכות החוקתית
 - 1. חזקת החוקיות
 - 2. כלל הריסון
- ו. סיכום

¹ פ"ד נח(5) 890 (2004).

* דוקטור למשפטים. מרצה בכירה, מכללת שערי משפט.

אני מודה לפרופ' אריאל בנדור, ד"ר אורן גזל, ד"ר שחר ליפשיץ ופרופ' ברק מדינה שקראו טיוטות שונות של המאמר והעירו הערות מועילות.

א. מבוא

מהו היחס הראוי בין כללים חוקתיים לבין כללים מנהליים במסגרת ביקורת שיפוטית על החלטות מנהליות הפוגעות בזכויות אדם? האם אפשר להתעלם מדרישות חוקתיות בעניינים מנהליים שגרתיים שאינם מעלים שאלות פוליטיות בעלות הד תקשורת נרחב? מאמר זה יתמוך בגישה הוליסטית למשפט הציבורי, החוקתי והמנהלי, היינו כמתן משקל ראוי הן לכללים חוקתיים והן לכללים מנהליים ושמירה על יחס נאות ביניהם, בסוגיות מנהליות המעלות שאלות חוקתיות.

המשפט הציבורי עוסק בחלוקת הסמכויות בין רשויות השלטון לבין עצמן וביחסים בין השלטון לפרט.² הניסיון להבחין בין "המשפט הציבורי" לבין דיסציפלינות אחרות הקשורות אליו³ או לתחום את גבולותיו המדויקים בהתייחס לתחומי משפט אחרים,⁴ עשוי להיות בעייתי. אולם דומה כי הכללתם של המשפט החוקתי והמשפט המנהלי תחת קורת גג זו, אינה שנויה במחלוקת.⁵ המשפט החוקתי עוסק במבנה של רשויות השלטון ובערכי הדמוקרטיה, שבמרכזם זכויות האדם.⁶ המשפט המנהלי מתרכז בעיקר באחת מרשויות השלטון, הרשות המבצעת, אשר ממלאת במדינה המודרנית את התפקיד העיקרי של מתן שירותים לציבור.⁷ לפיכך, אפשר להגדיר את המשפט הציבורי ככלולתו כ"אוסף של כללים, עקרונות, חוקים, מנהגים ונוהגים, אשר מסדירים,

MARTIN LOUGHLIN, THE IDEA OF PUBLIC LAW 5, 153 (2003); ANDREW LE SUEUR, JAVAN HERBERG & ROSALIND ENGLISH, PRINCIPLES OF PUBLIC LAW 4-5 (2nd ed. 1999)

Gavin Drewry, *Bridging the Chasm: לקרבה בין המשפט הציבורי לבין מדע המדינה, ראו: Public Law and Political Science, in THE LAW, POLITICS AND THE CONSTITUTIONS ESSAYS IN HONOUR OF GEOFFREY MARSHALL 203-221 (David Butler, Vernon Bogdanor & Robert Summers eds., 1999). כן ראו אריאל בנדור "המשפט המינהלי כתורת מינהל" משפט וממשל א 145 (1992).*

לקשיים בהבחנה בין משפט פרטי לציבורי, ראו LOUGHLIN, לעיל ה"ש 2, בעמ' 2, ה"ש 5. לדיון בהכחשת ההבחנה בין משפט פרטי לציבורי, ראו: Michel Taggart, *The Peculiarities of the English': Resisting the Public/Private Law Distinction, in LAW AND ADMINISTRATION IN EUROPE - ESSAYS IN HONOUR OF CAROL HARLOW 107-121 (Paul Craig & Richard John W.F. Allison, Theoretical and Institutional Rawlings eds., 2003). כן ראו: Underpinning of a Separate Administrative Law, in THE PROVINCE OF ADMINISTRATIVE LAW 71-89 (Michael Taggart ed., 1997).*

לחלוקה המשולשת של המשפט הציבורי למשפט חוקתי, מנהלי ובינלאומי ולתובנה ההולכת וגוברת ש"שלושתם בסירה אחת", ראו: Michael Taggart, *The Tub of Public Law, in THE UNITY OF PUBLIC LAW 455 (David Dyzenhaus ed., 2004).*

ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 77 (2004). ראו גם דברי ההסבר בהקדמה למהדורה השלישית של: I LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW (3rd ed. 2000).

ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 35 (1996). להגדרת המשפט המנהלי ראו גם: WILLIAM WADE & CHRISTOPHER FORSYTH, ADMINISTRATIVE LAW 4-5 (8th ed. 2000).

מקיימים ומעצבים את פעילותו של השלטון⁸.
 אכן, לכל אחד ממרכיבי המשפט הציבורי מאפיינים ייחודיים ודגשים שונים. כך, למשל, למשפט המנהלי היבטים חלוקתיים, שעניינם הגנה על אינטרסים אישיים וקבוצתיים,⁹ ואף היבטים אזרחיים לא מבוטלים.¹⁰ לעומתו, המשפט החוקתי באופן מסורתי מתמקד בהגנה על זכויות אדם.¹¹ עם זאת, בבסיסו של המשפט הציבורי, מצוי עיקרון יסודי אשר מרחף מעל המשפט החוקתי והמנהלי ומקשר ביניהם, זהו עקרון **שלטון החוק**.¹² קשה למצוא הגדרה אחת שתופסת את מלוא מובנו של שלטון החוק, אשר כמו מושגים אחרים הפך ל"קוד" לתיאור הגינות פוליטית במדינה המודרנית, ונראה ראוי יותר להתמקד בהיבטים מסוימים שלו.¹³ ברשימה זו, כוונתי במונח שלטון החוק היא לעיקרון שמטרתו למנוע שימוש לרעה בכוח השלטוני ואשר נאכף על ידי ביקורת שיפוטית.¹⁴ הגדרה זו מניחה כי שיקול דעת הוא מאפיין הכרחי של סמכויות המנהל במדינה המודרנית,¹⁵ ולכן הפתרון אינו טמון בביטולו, אלא בשליטה עליו באמצעות מנגנונים שונים.¹⁶ בהתאם לכך, מטרתו העיקרית של המשפט הציבורי היא לשמור, באמצעות ביקורת שיפוטית, שסמכויות השלטון תופעלנה בגבולותיהן החוקיים ולמנוע שימוש לרעה בשיקול הדעת.¹⁷ "שימוש לרעה", לעניין זה, אינו דווקא

8 ראו הגדרתו של LOUGHLIN, לעיל ה"ש 2, בעמ' 155: "[A]ssemblage of rules, principles, canons, maxims, customs, usages, and manners that condition, sustain and regulate the activity of governing"

9 דפנה ברק-ארז "הוראת המשפט המינהלי: בין חוקתיות להפרטה" **עיוני משפט** כה 503, 506–510 (2001).

10 היבטים אלה באים לידי ביטוי מובהק למשל בענייני מכרזים. ראו דברי השופט חשין בע"א 6926/93 **מספנות ישראל נ' חברת החשמל לישראל**, פ"ד מח(3) 787, 749 (1994).

11 להבחנה בין ההגנה על זכויות האדם והאזרח להגנה על אינטרסים אישיים וקבוצתיים שאינם בגדר זכויות משפטיות, ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 9, בעמ' 506–507.

12 הגם שעיקרון זה משותף לכל מדינות המערב, תוכנו, כמו גם התפתחותו ההסטורית והרעיונית, שנויים במחלוקת. ראו: Richard H. Fallon Jr., *The Rule of Law as a Concept in Constitutional Discourse*, 97 COL. LAW REVIEW. 1, 1–10 (1997); Jeremy Waldron, *The Rule of Law as a Theater of Debate*, in DWORKIN AND HIS CRITICS WITH REPLIES BY DWORKIN 319 (Justine Burley ed., 2004). להבחנה בין המובן הפורמלי לבין המובן המהותי של שלטון החוק, ראו: Jeffrey Jowell, *The Rule of Law Today*, in THE CHANGING CONSTITUTION 5–25 (5th ed., Jeffrey Jowell & Dawn Oliver eds., 2004).

13 השוו: Fallon, לעיל ה"ש 12, בעמ' 56.
 14 אפשר, חלקית, להשוות מובן זה של שלטון החוק למה שפרופ' Fallon מכנה "The Legal Process Ideal Type", שכן ההתמקדות היא בקשר בין מקור הסמכות השלטונית לבין מערך הזכויות והחובות במקרה נתון, וכן בביקורת השיפוטית כאחראית על ההגינות הדיונית ועל הרציונליות של קבלת ההחלטות המינהלית. ראו שם, בעמ' 18.

15 KENNETH C. DAVIS, *DISCRETIONARY JUSTICE – A PRELIMINARY INQUIRY* 3–26 (1971)

16 למכניזם של הגבלה, הבניה וביקורת, ראו: KENNETH C. DAVIS, *DISCRETIONARY JUSTICE IN EUROPE AND AMERICA* 9–10 (1976).

17 השוו: DIANE LONGLEY & RHODA JAMES, *ADMINISTRATIVE JUSTICE: CENTRAL ISSUES IN*

תוצאה של זדון והוא יכול להיגרם מחוסר הבנה של גבולות הסמכות או פרשנות לא נכונה של החוק.¹⁸

אף שבמובן זה תפקידו של המשפט הציבורי משותף לכל מדינות המערב, הרי האופן שבו נתפסים המשפט החוקתי והמנהלי וקשרי הגומלין ביניהם הוא תלוי התפתחויות היסטוריות, תרבות משפטית ושיטה פוליטית.¹⁹ כפועל יוצא של כך, אופייה של הביקורת השיפוטית משתנה ממדינה למדינה, הגם שבכל המקרים היא נועדה לשמור על שלטון החוק.²⁰ כך, למשל, העובדה שלארצות-הברית החוקה הוותיקה בעולם ותקדים מבוסס המאפשר לבתי המשפט להעביר ביקורת חוקתית על חקיקה ועל פעילויות שלטוניות אחרות,²¹ הובילה לנטייה לגלות בכל עניין שאלה חוקתית.²² בנסיבות אלה, המשפט המנהלי משמש "כינור שני",²³ במובן זה שמאחר שכל נושא הנוגע בזכויות אדם נבחן במונחים של עקרונות קונסטיטוציוניים, תובנות מנהליות אשר ביכולתן לסייע להארת הסוגיה נזנחות ב- "rule of law cases".²⁴ התוצאה היא שהמשפט המנהלי בארצות-הברית, הגם שהנו מפותח, מוגבל להסדרת פעילותן של רשויות רגולטוריות.²⁵ בגרמניה, לעומת זאת, אף שעקרון החוקיות ועקרון שלטון החוק מעוגנים בחוקה,²⁶ הביקורת החוקתית היא רק אחת מעילות ההתערבות בשיקול הדעת המנהלי. רשויות המנהל שם כפופות בו-זמנית לכללים חוקתיים

UK AN EUROPEAN ADMINISTRATIVE LAW 169 (1999)

- 18 השוו: Jowell, לעיל ה"ש 12, בעמ' 25; Wade & Forsyth, לעיל ה"ש 7, בעמ' 5.
- 19 לקשר בין משפט ציבורי לערכים פוליטיים, ראו: Peter Cane, *Theory and Values in Public Law*, in LAW AND ADMINISTRATION IN EUROPE – ESSAYS IN HONOUR OF CAROL HARLOW 3 (Paul Craig & Richard Rawlings eds., 2003).
- 20 השוו: BERNARD SCHWARTZ AND H.W.R. WADE, LEGAL CONTROL OF GOVERNMENT – ADMINISTRATIVE LAW IN BRITAIN AND THE UNITED STATES 205 (1972).
- 21 Marbury v. Madison 5 U.S. 135 (1803). לכך שפסק הדין הפך לסמל של יכולת בתי המשפט לבקר את המחוקקת והרשות המבצעת, ראו: RICHARD H. FALLON, THE DYNAMIC CONSTITUTION 12 (2004).
- 22 ראו Schwartz & Wade, לעיל ה"ש 20, בעמ' 6: "Americans have become a people of constitutionalists, who... see constitutional questions lurking in every case"
- 23 Michael Taggart, *The Province of Administrative Law Determine?*, in THE PROVINCE OF ADMINISTRATIVE LAW 1, 18 (Michael Taggart ed., 1997).
- 24 Michal Tamir, *Public Law as a Whole and Normative Duality: Reclaiming Administrative Insights in Enforcement Review*, 12 TEXAS JOURNAL ON CIVIL LIBERTIES AND CIVIL RIGHTS 43, 55-59 (2006).
- 25 ראו: Richard A. Posner, *The Rise and Fall of Administrative Law*, 72 CHI.-KENT L. REV. 953, 958 (1996-7).
- 26 Grundgesetz [BVerfGE] art. 19(4): "Should any person's right be violated by public authority, recourse to the court shall be open to him"
- סעיף זה ראו: DAVID P. CURRIE, THE CONSTITUTION OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 162-163 (1994).

ומנהליים,²⁷ אשר לעתים יש ביניהם חפיפה או קשר.²⁸ בארץ היה זה דווקא המשפט החוקתי שהתפתח במשך תקופה ארוכה "על גבו" של המשפט המנהלי.²⁹ דוקטרינות המשפט המנהלי בארץ מבוססות וותיקות ואף מהוות בסיס שעליו פותחה תורת זכויות האדם. על רקע זה, העלאתן של חלק מזכויות האדם למעמד חוקתי, במסגרת חוקי-היסוד, מעוררת שאלות מעניינות בדבר היחס בין המשפט החוקתי למשפט המנהלי בישראל של היום.

רשימה זו אינה מתיימרת לערוך סקירה היסטורית מקיפה או בחינה משווה של הביקורת השיפוטית בעולם, אלא להצביע על חשיבות התפיסה של המשפט הציבורי, החוקתי והמנהלי כאחדות, שמטרתה, כפי שהוגדר לעיל, לשמור על שלטון החוק, במובן של מניעת שימוש לרעה בשיקול הדעת השלטוני. במסגרת זו רשויות המנהל כפופות לכל אוסף הכללים של המשפט הציבורי ולנורמות החוקתיות והמנהליות גם יחד. על הביקורת השיפוטית להקפיד אפוא מחד, על גישה הוליסטית המתייחסת לכל הנורמות החלות על הסוגיה; ומאידך, על היחס הנכון בין הנורמות החוקתיות והמנהליות ועל השפעת הקשר בין הנורמות הללו על תוכן המהות.

הנורמה העליונה בכל מדינה דמוקרטית היא החוקה.³⁰ לכל מדינה חוקה מטריאלית המעגנת את ערכי הדמוקרטיה ובמרכזם זכויות האדם.³¹ ברוב המקרים חוקה זו מעוגנת בטקסט כתוב,³² המהווה חוקה פורמלית. התפיסה המקובלת היא כי בישראל חוקי-היסוד מהווים חוקה פורמלית.³³ ההשלכה המרכזית של תפיסה זו היא יכולתו של בית המשפט להעביר ביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בחוקי-היסוד.³⁴ אך יתרה מזאת,

27 ראו: MAHENDA P. SINGH, GERMAN ADMINISTRATIVE LAW IN COMMON LAW: PERSPECTIVE 125-127 (2001).

28 הדוגמה הבולטת ביותר היא עקרון המידתיות (פרופורציונליות), אשר אין לו ביטוי מפורש בחוקה הגרמנית, אך הוכר על ידי בית המשפט כעיקרון חוקתי. ראו: DONALD P. KOMMERS, THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 46 (2nd ed. 1997).

29 ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 9, בעמ' 503.

30 ראו ברק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 77.

31 ראו: ROGER COTTERRELL, *THE SYMBOLISM OF CONSTITUTIONS: SOME ANGLO-AMERICAN COMPARISONS, in A SPECIAL RELATIONSHIP? – AMERICAN INFLUENCES ON PUBLIC LAW IN THE UK* 25 (Ian Loveland ed., 1995).

32 להבחנה בין חוקה "כתובה" ו"אינה כתובה", ראו: STANLEY DE SMITH & RODNEY BRAZIER, *CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW* 11-12 (6th ed. 1989).

"חוקה שאינה כתובה" והעדפת המינוח "העדר מסמך חוקתי אחד", ראו: A.P. LE SUEUR & J.W. HERBERG, *CONSTITUTIONAL & ADMINISTRATIVE LAW* 9-10 (1995).

33 ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** כרך א 367 (מהדורה חמישית, 1996).

34 ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: פרשת **בנק המזרחי**). למקרים בהם פסל בית-המשפט סעיפי חוק על בסיס פגיעה בזכויות יסוד משוריינות, ראו בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367 (1997); בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(5) 241 (1999); בג"ץ 1030/99 **ח"כ חיים אורון נ'**

חוקי-היסוד מעגנים את ערכי היסוד של המדינה,³⁵ אשר אמורים לשמש "מטריה נורמטיבית" הפרושה מעל למשפט כולו.³⁶ כל רשות מרשויות השלטון כפופה לחוקי-היסוד ולערכים המוגנים בהם.³⁷ על כן, זירת הגנה חשובה לא פחות מהביקורת השיפוטית על המחוקק, היא ההגנה על זכויות אל מול פעולותיה של הרשות המבצעת.³⁸ על רקע זה נראה ראוי ואף מתחייב כי ביקורת שיפוטית על פעולות מנהליות המעלות שאלות חוקתיות תתחיל בבחינה על בסיס הנורמה העליונה החלה על פעולות אלה. אכן, בית המשפט אינו מחויב לדון בכל היבטיה של פרשה מסוימת. עם זאת, כאשר מקרה מעורר בעיה חוקתית ראוי שזו לא תיזנח על ידי בית המשפט, לא כל שכן כאשר טענה חוקתית מועלית מפורשות על ידי מי מהצדדים.

לעתים תהא הבחינה החוקתית קצרה במובן זה שלא תתגלה כל בעיה חוקתית "אמיתית". זהו המצב למשל, כאשר קיים חוק של הכנסת העומד בדרישות החוקתיות ואשר מסדיר את האיזון הראוי בין הזכויות לאינטרסים המנוגדים. במצב שכזה אין צורך להידרש אל האיזונים החוקתיים, ומספיק לבחון את האופן שבו הופעל החוק.³⁹ לעומת זאת, כאשר קיימת בעייתיות ברמת התקיימותן של הדרישות החוקתיות, הכללים המנהליים, חשובים ככל שיהיו, אינם יכולים להחליף את הביקורת החוקתית. רשימה זו תנסה להדגים את הבעייתיות שעשויה להתעורר במצב של ויתור על דרישות חוקתיות במסגרת ביקורת שיפוטית על אקטים מנהליים ו"קפיצה" לביקורת מנהלית רגילה.

ההדגמה תתבצע באמצעות פרשת **בקמן**,⁴⁰ שבה נדרש בית המשפט העליון להעביר ביקורת שיפוטית על אקט מנהלי אשר פגע בחופש העיסוק. אכן, פרשה זו העוסקת במאלף כלבים אנונימי ולא באישיות ציבורית או מפורסמת, לא העלתה סוגיות פוליטיות בוערות ולא עוררה כל הד תקשורת. יתרה מזאת, היא כוללת פרטים רבים וטענות הדדיות, אשר משווים לסוגיה אופי מנהלי ואפילו אזרחי. דא עקא, שבמקרה זה

יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640 (2002); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה,

פ"ד נט(2) 481 (2005); בג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון תק-על(4) 3675 (2006).

35 ס' 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

36 לחופש העיסוק כחלק מ"המטריה הנורמטיבית", ראו בג"ץ 4000/93 קנבל נ' לשכת עו"ד, תק-על

97(3) פס' 9 לפסק דינו של הנשיא ברק (1997). לערכים שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כחלק

מ"המטריה הנורמטיבית", ראו רע"פ 2060/97 פלוגית וילנצ'יק נ' הפסיכיאטר המחוזי – תל

אביב, פ"ד נב(1) 697, 720 (1998). לערכי היסוד של המדינה כ"מטריה נורמטיבית", ראו ע"א

165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד לט(2) 75, 70 (1985); ע"ב 2/84 נימן נ' יושב-

ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 307, 225 (1985).

37 ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וס' 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

38 השוו ברק-ארו, לעיל ה"ש 9, בעמ' 504.

39 כך, למשל, ההסדרים שבחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 הם אלה היוצרים את האיזונים

החוקתיים שבין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב. ראו אריאל בנדור ומיכל טמיר "קלישאות

חוקתיות – בין ביטוי ציבורי לכבוד פרטי בעקבות בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד

נג(ג) 817 "משפטים לב 623 (2002).

40 בג"ץ בקמן, לעיל ה"ש 1. בקשה לדין נוסף נדחתה. ראו דנג"צ 6774/04 בקמן נ' שר העבודה

והרווחה, תק-על(3) 1857 (2004). (הפרשה בכללותה תיקרא להלן: פרשת בקמן).

הסכים בית המשפט כי מדובר בפגיעה חוקתית, אך למרות זאת בחן את הסוגיה על בסיס עילת הסבירות המנהלית. על רקע זה, דווקא פרשה זו ראויה להדגמה, שכן היא מעוררת את השאלה אם רק מקרים "פיקנטיים" בעלי פן פוליטי-ציבורי ראויים לביקורת חוקתית, או שמא מן הראוי הוא שהמקרים המפורסמים לא יאפילו על הדיון בהחלטות מנהליות המשפיעות באופן יומיומי על האזרח הקטן.⁴¹

פרק ב' יעסוק במרכזיותו של המשפט המנהלי בישראל על רקע היעדרה של חוקה כתובה. "המהפכה החוקתית", כך ייטען, ראוי שתשפיע לא רק על ביקורת החקיקה, אלא גם על הביקורת השיפוטית על רשויות המנהל. רשויות אלה כפופות ישירות לנורמות החלות בחוקי-היסוד. לפיכך, על הביקורת השיפוטית לנקוט גישה הוליסטית הרואה את המשפט הציבורי בכללותו, חוקתי ומנהלי, גם יחד. גישה כזו לא זו בלבד שתכפיף את רשויות המנהל הן לנורמות החוקתיות והן לנורמות המנהליות, אלא שתעמוד על השינויים הנדרשים בנורמות המנהליות על רקע מעורבותן של זכויות חוקתיות.

פרק ג' יסקור את העובדות, טענות הצדדים, ופסקי הדין בעתירה ובבקשה לדיון נוסף בפרשת **באמן**. פרשה זו, הנחזית למקרה מנהלי רגיל ו"אפור", מעוררת בעיות חוקתיות שהתשובה עליהן אינה פשוטה. פרשה זו תשמש בהמשך להדגמה כיצד העובדה שבית המשפט בחר לבחון את סבירותה של ההחלטה, על פי כללי הסבירות הישנים, הובילה הן להיעדר דיון בשאלת היקף פרישתו הראוי של חופש העיסוק, והן לויתור על תנאים חוקתיים מנדטוריים ובראשם הדרישה כי הפגיעה תיעשה בחוק.

פרק ד' יראה כיצד התחושה של בית המשפט כי מדובר בהנחיות מנהליות "סבירות" הובילה להתעלמות מבעיה חוקתית מורכבת שעניינה בפגיעות חוקתיות עקיפות, ובאופן ספיציפי לאי-דיון בשאלה מה הדין כאשר החלטה שלטונית משפיעה, הלכה למעשה, על היכולת של אדם לממש את עיסוקו. יתרה מזאת, התמקדות בית המשפט ביחסיות הזכות טרם הדיון בקיומה הובילה לויתור על הדרישה החוקתית כי הסדר ראשוני ייקבע בחוק, ואף לטשטוש התוספת הייחודית שתורמת הדרישה החוקתית למידתיות. ייאמר כבר עתה כי ייתכן שהדיון החוקתי לא היה מסייע לעותר הספיציפי במובן של סעד מידי, אך היה בו לחייב שקילה של כל ההיבטים החוקתיים של הסוגיה, ולקדם טיפול מושכל יותר במקרים עתידיים, כולל הטיפול העתידי בעותר הספיציפי.

פרק ה' ידון בחשיבות העקרונית והמעשית של הניתוח החוקתי, הגם שהוא מערב, בדומה לדיון על בסיס עילת הסבירות, איזון בין ערכים מתנגשים. בין היתר, יש בדיון החוקתי להשפיע על חזקת החוקיות ועל מידת הריסון השיפוטי. התבססות על עילת הסבירות תוך התעלמות מההקשר החוקתי טומנת בחובה, מחד, סכנה של מתן מתחם סבירות רחב מדי לרשות; ומאידך, סכנה כי הדבר יפורש, גם אם בטעות, דווקא כאקטיביזם מוגזם של בית המשפט המשאיר בידי את התפקיד המרכזי של הפיקוח על הרשות המבצעת.

⁴¹ השוו ברק-ארז, לעיל ה"ש 9, בעמ' 512–513.

ב. היחס בין הביקורת השיפוטית החוקתית לבין הביקורת המנהלית בישראל

1. רקע

התפתחותו, היקפו ומידת השפעתו של המשפט המנהלי בישראל נובעים במידה רבה מהיעדר מסמך חוקתי פורמלי.⁴² במצב זה מלאכת האיזון בין הסמכויות השלטוניות לבין זכויות הפרט הושארה, כמו באנגליה, לבתי המשפט. בנוסף, ואף זאת בהתאם למסורת המנדטורית, בית המשפט העליון הוא שקיבל את הסמכות לבקר את רשויות השלטון ושימש למעשה כמקבילה למערכת הנפרדת של בתי המשפט המנהליים בקונטיננט.⁴³ עובדה זו השפיעה על היקפה של הביקורת השיפוטית, שכן בית המשפט העליון ראה את תפקידו לא רק כמכריע בסכסוכים אלא כשומר על שלטון החוק במובן רחב, אשר כולל את ערכי היסוד וההגינות המנהלית.⁴⁴

על רקע זה, המשפט המנהלי הפך כמילותיו של יצחק זמיר, להרבה יותר מאשר "רק משפט מנהלי"⁴⁵ ושימש גם כמקור שממנו נגזרו והתפתחו המשפט החוקתי וההגנה על זכויות האדם.⁴⁶ כך, למשל, עקרון **חוקיות המינהל**, שלפיו הרשות המנהלית יכולה לפעול רק בדלת אמות הסמכות שהוענקה לה בחוק,⁴⁷ שימש גם להגנה על זכויות האדם, שכן הרשות לא יכולה הייתה לפגוע בזכות אלא אם כן הוסמכה לכך מפורשות בחוק.⁴⁸ אף שאמירה מפורשת בחקיקה יכולה הייתה לפגוע בזכויות יסוד, נקט בית המשפט העליון פרשנות יצירתית, שלפיה קיימת חזקה שהכנסת התכוונה לשמור על זכויות האדם ולא לפגוע בהן.⁴⁹ באופן זה התפתחה פסיקה ענפה, אשר עוסקת

⁴² לסקירה הסטורית של הסיבות לכך, ראו: Michal Tamir, *under the topic of "Israel"*, in LEGAL SYSTEMS OF THE WORLD (Vol. II, Herbert M. Kritzer ed., 2002) 755, 757; Allen Zysblat, *The System of Government*, in PUBLIC LAW IN ISRAEL I, 1–5 (Itzhak Zamir & Allen Zysblat eds., 1996).

⁴³ Asher Maoz, *Constitutional Law*, in THE LAW OF ISRAEL: GENERAL SURVEYS 5, 26 (Itzhak Zamir & Sylviane Colombo eds., 1995).

⁴⁴ ראו, למשל, דברי השופט ברק בבג"ץ 910/86 **רסלר נ' שר הבטחון**, פ"ד מב(2) 441, 462 (1988).
⁴⁵ Itzhak Zamir, *Administrative Law*, in THE LAW OF ISRAEL: GENERAL SURVEYS 51, 52 (Itzhak Zamir & Sylviane Colombo eds., 1995).

⁴⁶ כך, למשל, חופש העיסוק הוכר לראשונה בבג"ץ 1/49 **בז'רנו נ' שר המשטרה**, פ"ד ב 80 (1949), שבו כותבי בקשות אשר הגישו בקשות לרישוי כלי רכב בשם בעלי כלי הרכב עתרו נגד האיסור שהטילה המשטרה על המשך פעולתם; חופש הביטוי הוכר לראשונה בבג"ץ 73/53 **חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים**, פ"ד ז(2) 871 (1953) שבו הוגשה עתירה נגד שר הפנים שהוציא צו מכוח פקודת העיתונות ואשר הורה על הפסקת הוצאה לאור של עיתון.

⁴⁷ ברק-ארז, לעיל ה"ש 9, בעמ' 503.

⁴⁸ ראו Zamir לעיל, ה"ש 45, בעמ' 53–54; Maoz, לעיל ה"ש 43, בעמ' 6.

⁴⁹ Allen Zysblat, *Protecting Fundamental Rights in Israel without a Written Constitution*,

באיזונים בין זכויות יסוד לבין זכויות ואינטרסים מתנגשים אחרים.⁵⁰

2. השפעת חוקי-היסוד

חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק, אשר נחקקו בשנת 1992 ומהווים חלק ממגילת זכויות האדם הישראלית, כונו "מהפכה חוקתית".⁵¹ אף ללא הבעת עמדה באשר למידת ההתאמה של הכינוי "מהפכה",⁵² הרי לאור המקום המרכזי שזכויות האדם תפסו תמיד בפסיקת בתי המשפט בישראל, המהפכה בוודאי שאינה מתייחסת להגדרתן של הזכויות המוגנות. החידוש העיקרי הוא בהטלת מגבלות על חקיקת הכנסת וכפועל יוצא של כך תמיכה בנכונות בתי המשפט להעביר ביקורת על חקיקה שאינה תואמת זכויות אלה.⁵³

אלא שביקורת שיפוטית שעניינה הגנה על זכויות היסוד של הפרט כנגד השלטון אינה מצומצמת להגנה מפני פגיעות שנעשות בחוק, והיא משתרעת אף על בחינת פעולותיה של הרשות המבצעת.⁵⁴ מעורבות הרשות המבצעת בחיי האזרחים בישראל היא רחבה במיוחד, ואף מדיניות ההפרטה הנוהגת כיום אינה שוללת את מעמדה של המדינה כגורם מרכזי בענייני חברה ומשק.⁵⁵ "מהפכת הביקורת השיפוטית" אפוא ראוי שתיתן את ביטויה גם בביקורת השיפוטית על רשויות המנהל. **ראשית**, מבחינת התכנים, חוקי-היסוד מעגנים את ערכי היסוד של המדינה, אשר אמורים לשמש "מטריה נורמטיבית" הפרושה מעל למשפט כולו. ההגנה על זכויות היסוד, אשר בעבר הייתה פועל יוצא של החלת כללי המשפט המנהלי, מבוססת כיום במישרין על ההכרה

in PUBLIC LAW IN ISRAEL 47,49–50 (Itzhak Zamir & Allen Zysblat eds., 1996)

David Kretzmer, *The New Basic Laws on Human Rights: A Mini-Revolution in Israeli Constitutional Law?* *in* PUBLIC LAW IN ISRAEL 141,143 (Itzhak Zamir & Allen Zysblat eds., 1996). 50

ראו אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות" **משפט וממשל** א 9 (1992). ראו גם: Ruth Gavison, *in a Round Table: Israeli Constitutionalism*, 6 YALE ISRAEL JOURNAL 25, 27 (2005) available at www.yaleisraeljournal.com/spr2005/roundtable.pdf 51

לתיאור המחלוקת באשר לכינוי זה, ראו אהרן ברק "המהפכה החוקתית: בת מצווה" **ספר זמיר – על משפט, ממשל וחברה** 227, 234 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005). 52

David Kretzmer, *The Supreme Court and Parliamentary Supremacy*, *in* PUBLIC LAW IN ISRAEL 303, 306–308 (Itzhak Zamir & Allen Zysblat eds., 1996); Baruch Bracha, *Constitutional Upgrading of Human Rights in Israel: The Impact on Administrative Law*, 3 UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 581, 590–591 (2001). 53

ראו ברק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 361. 54

הסיבות העיקריות לכך הן שההפרטה היא תהליך מורכב וממושך, ואין היא נוגסת אלא בשולי התפקידים והסמכויות של המדינה. בנוסף גם שירותים ומפעלים שיועברו מידי המדינה לידי גופים פרטיים אמורים להישאר כפופים להכוונה ופיקוח מצד המדינה. ראו זמיר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 34. 55

החוקתית בזכויות יסוד אלה בנורמה העליונה של המדינה.⁵⁶ על כן, ככל שמדובר בביקורת שיפוטית שעניינה הגנה על זכויות האדם מפני כוחו של השלטון, ראוי שביקורת זו תופעל על פי הנורמות שמכתיבים חוקי-היסוד, שכן "עם חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם הותוו יחסי גומלין חדשים בין הפרט לבין הפרטים האחרים, ובין הפרט לבין הכלל. נוצר איזון חדש בין הפרט לבין השלטון."⁵⁷ שנית, הדבר מתבקש מעצם הוראתם המפורשת של חוקי-היסוד אשר מכפיפים אליהם באופן ישיר את כל רשויות השלטון.⁵⁸ **שלישית**, יש בכך לקדם את האחידות והעקביות המשפטית, שכן "ראוי הוא כי ההגנה על זכויות-היסוד בישראל תיעשה על-יסוד אמות מידה דומות, בין אם הנורמה המשפטית שתוקפה נבחן היא חוק ובין אם המדובר בנורמה משפטית אחרת."⁵⁹ הדבר אף מתחייב מן ההיגיון, שכן "ההסדר הקבוע בפיסקת ההגבלה – המבחין, בין השאר, בין תכלית הפגיעה בזכות לבין מידת הפגיעה – הולם ביסודו את מכלול הנורמות המשפטיות ולא חוקים בלבד."⁶⁰ **רביעית**, זכויות האדם הן שיח.⁶¹ שיח זה כולל איזונים ובלמים בין הרשויות. ביקורת חוקתית המחייבת את הרשויות להקפיד על קיומם של כללים חוקתיים, כגון חובת קביעתם של הסדרים ראשוניים הפוגעים בזכות בחוק, יש בה להוביל לטיפול מושכל יותר בסוגיות מנהליות ולא לאץ התייחסות לכל ההיבטים החוקתיים של החלטה מנהלית מסוימת.⁶² **וחמישית**, המהפכה החוקתית משפיעה אפילו על המשפט הפרטי – תחום משפט שחוקי-היסוד אינם חלים בו ישירות – דרך מושגי שסתום המשמשים צינורות לתחולה עקיפה של זכויות.⁶³ קל וחומר ש"עילות שסתום", כגון הסבירות המנהלית, צריכות להיצבע בגוון חוקתי, כאשר מעורבת פגיעה בזכות חוקתית.⁶⁴

56 השוו ברק-ארז, לעיל ה"ש 9, בעמ' 504.

57 דברי המשנה לנשיא ברק בבש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 412 (1995).

58 ראו לעיל, ה"ש 37.

59 דברי השופט דורנר בבג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 138, 94 (1995).

60 שם.

61 ראו ברק, לעיל ה"ש 52, בעמ' 275–279.

62 השוו דברי הנשיא ברק בבג"ץ 7357/95 ברקי פטה המפריס (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 769, 787 (1996): "עם הפיכתן של זכויות האדם ההילכתיות לזכויות אדם חוקתיות נוצר שיח ציבורי חדש [...] עם השינוי עולות בעיות שטרם התעוררו בעבר. נשאלות שאלות שטרם נשאלו בעבר".

63 לתחולת זכויות האדם במשפט הפרטי ראו אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 163 (יצחק זמיר עורך, 1993). מאמר זה פורסם גם כפרק "משפט פרטי ומשפט ציבורי" בספרו של אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 649 (1994). לקשרי הגומלין בין המשפט הציבורי למשפט הפרטי, ראו גם דפנה ברק-ארז "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות גומלין" משפט וממשל ה 95 (1999); ראו גם יואב דותן "עילות תביעה ופיצויים ללא אשם" משפט וממשל ב 97, 100–102 (1994).

64 העלייה במידת ה"דווקנות" של החובות המוטלות על הרשות המנהלית, עם הגידול בעצמת הזכות או האינטרס הנדונים, הנה תופעה מוכרת במשפט המנהלי. ראו מיכל טמיר (יצחקי) "עילת חוסר הוודאות במשפט הציבורי" משפט וממשל ה 497, 548–549 (1999) והאסמכתאות המאוזרות

3. סבירות ואיזונים חוקתיים

ראוי אפוא שהביקורת השיפוטית תינקוט בגישה הוליסטית המשלבת את הנורמות החוקתיות והמנהליות החלות על הסוגיה תוך הקפדה על קשר ועל יחס ראוי ביניהם. כאשר מעורבת פגיעה בזכויות אדם יש להתחיל בבחינת הנורמות החוקתיות החלות על הסוגיה. ופרט לכך, גם העילות המנהליות הרלוונטיות יכול שתשנינה צורתן בעקבות ההשפעה החוקתית. בראש ובראשונה ייתכן שהדבר ישפיע על מתחם הסבירות הניתן לרשות המנהלית במסגרת הבחינה אם שיקול דעתה לוקה בחוסר סבירות.

רבות נכתב על חוסר סבירות כעילה לביקורת על שיקול הדעת המנהלי. עילה זו, כפי שפותחה בשנות ה-80 בפסקי דין **מרכז הקבלנים**⁶⁵ ו**דפי זהב**⁶⁶ כעילה עצמאית לבחינתו של שיקול דעת מנהלי, מעבירה כל החלטה מנהלית בכור ההיתוך של "הרשות המנהלית הסבירה" או "עובד הציבור הסביר", והשאלה היא אם הם היו עשויים לקבל את אותה החלטה באותו המצב. עם זאת, העילה מותירה לרשות חופש בחירה מסוים הפועל ב"מתחם הסבירות", שבו לא יתערב בית המשפט ולא יחליף את שיקול הדעת המנהלי בשיקול דעתו. ואולם אם הרשות המנהלית תבחר באופציה שהנה מחוץ למתחם הסבירות שקבע בית המשפט, יתערב זה ויפסול את ההחלטה. הוצי הביקורת כנגד עילה זו התרכזו בעיקר ב"רוחבה" של העילה ובחשש מפני התערבות יתר המתבטאת בוותר על "כלל הריסון", שלפיו בית המשפט לא יחליף את שיקול דעת הרשות בשיקול דעתו.⁶⁷ היו אף שקשרו בין עילה זו לבין "אקטיביזם שיפוטי", המתבטא בחידרה מוגזמת של בית המשפט אל התחום השייך לרשות המבצעת.⁶⁸ עם זאת, דווקא עילת סבירות עשויה להביא להשאתן על כנן של החלטות מנהליות, אשר פגיעתן בפרט רבה.⁶⁹ הדבר נובע מהדגש הניתן לכלל שלפיו רק חוסר סבירות קיצוני – המתבטא בסטייה מהותית היורדת לשורש העניין מסטנדרט התנהגות סביר – יוביל לפסילת אקט מנהלי.⁷⁰ דגש זה הוא פועל יוצא של רתיעתו של בית המשפט ממתן

ש.ם

65 בג"ץ 840/79 **מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לה (3) 729 (1980).

66 בג"ץ 389/80 **דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור**, פ"ד לה (1) 421 (1980).

67 ראו, למשל, משה לנדוי "על שפיטות וסבירות בדין המינהלי" **עיוני משפט** יד (1) 5, 11 (1989);

מיכל שקד "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי" **משפטים** יב 102, 104–105 (1982).

68 ראו, למשל, מנחם מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה" **תיאוריה וביקורת** 5, 25, 45 (1994). לדעה

נוגדת, שלפיה אין קשר הכרחי בין אקטיביזם שיפוטי לבין הכרה בעילת הסבירות כמכשיר

ביקורת, ראו אייל זמיר "עילת אי-הסבירות במשפט המינהלי" **משפטים** יב 291, 301 (1982).

69 ראו טמיר, לעיל ה"ש 64, בעמ' 512–513; מיכל טמיר, **אכיפה סלקטיבית** 238 (נבו, תשס"ח).

השוו גם זאב סגל "עילת העדר היחסיות (disproportionality) במשפט המינהלי" **הפרקליט** לט

507, 529 (1990); זאב סגל "סמכות ביטחונית, יחסיות מינהלית וביקורת שיפוטית" **משפט**

וממשל א 477, 482 (1993).

70 ראו למשל דברי הנשיא שמגר בבג"ץ 1/81 **שירן נ' רשות השידור**, פ"ד לה (3) 365, 382 (1981).

ראו גם בג"ץ 869/92 **זוילי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש עשרה**, פ"ד מו (2)

החלטות שיצטיירו כהחלפת שיקול דעת הרשות בשיקול דעתו. אלא שהמחיר הוא, כאמור, מתן "מתחם סבירות" רחב מדי.⁷¹

ברשימה זו ברצוני לעמוד על כך כי השימוש הנרחב בעילת הסבירות יכול להוביל לתופעה חמורה עוד יותר, המתבטאת בהחלפת בחינה חוקתית של החלטות מנהליות בבחינה על פי מבחן הסבירות, לעתים תוך ויתור על דרישות חוקתיות מנדטוריות, דהיינו דרישות שחוקי-היסוד מחייבים לעמוד בהן במצבים של פגיעה בזכויות מוגנות. ראשית, החלפת הבחינה החוקתית בבחינה "סבירותית" מטשטשת את ההבחנה בין פגמים מנהליים רגילים לפגמים שיש בהם פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות, ומחלישה, מניה וביה, את הזכות החוקתית. דוקטרינת הסבירות משלימה עם כלל שיוצר תוצאות סבירות ברוב המקרים ותוצאה בעייתית במקרים קיצוניים.⁷² אולם תורת זכויות האדם מטרתה להגן על המקרה הקיצון, דהיינו על הפרט שזכותו נרמסה למען האינטרס הציבורי.⁷³ שנית, ויתור על דרישות חוקתיות מנדטוריות יש בו משום פגיעה בוודאות החוקתית. שיקולי מדיניות תומכים בוודאות משפטית וביציבות ביישום הוראות ככלל,⁷⁴ ובפרט בעניינים חוקתיים העוסקים באשיות יסוד כגון זכויות אדם.⁷⁵ ושלישית, בויתור על הדרישות החוקתיות, ובראשן עקרון החוקיות, ובהחלפתן בביקורת סבירות ההחלטה המנהלית, ניתן לראות דווקא משום אקטיביזם שיפוטי המתבטא בעמדתו של בית המשפט באשר לחלוקת העבודה הראויה בינו לבין המחוקק בפיקוח על הרשות המבצעת. אכיפת הדרישות החוקתיות הייתה מעבירה את נטל הפיקוח למחוקק, אולם בחינה לפי עילת הסבירות מותירה את סמכות הביקורת בידי

692, 703–704 (1991). ואכן נכונות בית המשפט לבחון את סבירותן של פעולות המנהל, לא הובילה לביטולן של פעולות רבות. יתרה מזאת, בשני פסקי הדין המרכזיים שבהם פותח מושג הסבירות בעניין **מרכז הקבלנים ודפי זהב** (ראו לעיל ה"ש 65, 66), הגיע בית המשפט למסקנה שלא להתערב. לדיון בנקודה זו ראו דוד קרצמר "ארבעים שנה למשפט הציבורי" **משפטים** יט 551, 553 (1989).

71 ראו, למשל, בג"ץ 1101/96 **אברהם נ' מדינת ישראל** תק-על 97(2) 880 (1997). למרות הביקורת שמתח בית המשפט על הסדר בתקנות התעבורה, נפסק כי גם אם ניתן לקבוע הסדרים טובים יותר לשירותי מוניות, אין יסוד לומר כי ההסדר שנקבע בתקנות הוא בלתי סביר באורח קיצוני, עד צריך לפסול אותו.

72 כך למשל ההלכה היא כי העובדה שקיים מקרה גבול שלגביו חקיקת משנה פועלת בצורה קשה, כשלעצמה אינה מצדיקה את פסילת חקיקת המשנה מחמת חוסר סבירות. ראו בג"ץ 134/76 **שרעבי נ' המועצה הארצית של לשכת עורכי-הדין**, פ"ד (3) 493, 498–497 (1976); בג"ץ 702/81 **מינצר נ' הוועד המרכזי של לשכת עורכי הדין בישראל**, פ"ד (2) 1, 7 (1982); ע"א 492/73 **שפייר נ' המועצה להסדר הימורים בספורט**, פ"ד כט(1) 22, 26 (1974).

73 ראו דברי הנשיא שמגר בעניין **ניימן**, לעיל ה"ש 36, בעמ' 277.

74 לעניין זה ראו פסק דינו של הנשיא ברק בדנ"א 10017/02 **קרנית נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ**, פ"ד נח(5) 639 (2004).

75 חיזוק לכך ניתן לראות בדברים שנאמרו בעניין **ניימן**, לעיל ה"ש 36, בעמ' 259: "הכרעות שיפוטיות בנושאים חוקתיים בדין שיעוצבו אף במקרים קשים מכוחם של עקרונות ועל יסודם ולא על פי טעמיה ומניעיה של מדיניות, הבנויה על מה שנראה כרצוי מבחינת צורכי הרגע או רגשות הרוב". ראו גם מיכל טמיר "עלותו השקועה של התקדים" **דין ודברים** א 211, 264 (2004).

בית המשפט.

דומה כי הקרבה בין הביקורת השיפוטית על פי עילת הסבירות לביקורת השיפוטית החוקתית היא ברורה לאור "שיטת האיזון".⁷⁶ האיזון מבקש לפתור התנגשות בין ערכים נוגדים, וההכרעה נעשית בדרך של מתן משקל לערכים המתנגשים והעדפתו של הערך שידו על העליונה.⁷⁷ אכן, מאפיין זה מתקיים בשני המקרים האמורים. "משמעותה של הסבירות היא באיתור השיקולים הרלוונטיים ואיזון ביניהם על פי משקלם".⁷⁸ דהיינו, מושג הסבירות מניח מראש קיומם של כמה שיקולים ראויים, אשר משקלם היחסי נקבע על פי כוחם לקדם את המטרות העומדות ביסוד הפעולה (או ההחלטה) אשר סבירותה עומדת לבחינה.⁷⁹ גם הבחינה החוקתית היא במהותה מלאכה של איזונים. "זכויות האדם אינן מוחלטות. הן ניתנות להגבלה, אך להגבלה על זכויות האדם יש גבולות".⁸⁰ על כן נדרשים, הן "איזון פנימי" – במצבים שבהם מתנגשות זכויות אדם בינן לבין עצמן, והן "איזון חיצוני" – במקום שהתערבות שלטונית פוגעת בזכות אדם כדי להגן על צורך מדיני או אינטרס ציבורי כלשהו.⁸¹ עם זאת, למרות איזון של זכויות האדם כנגד אינטרסים המתנגשים בהן, סימן ההיכר שלהן אינו יחסיותן, אלא עליונותן. עמד על כך אריאל בנדר:

"אין חולקים על כך שזכויות-היסוד של האדם – ולפחות רובן המכריע – הן יחסיות... אלא שבשיח ובמעש הישראליים הפכה יחסיות זו של זכויות-היסוד לסימן-ההיכר שלהן. כביכול, עיקר מהותה של זכות-יסוד הוא בהיותה יחסית. ולא היא: תורת שיקול-הדעת הכללית במשפט הציבורי דורשת להתחשב בעת קבלת ההחלטה בכל השיקולים שלעניין, ובתוכם אינטרסים לגיטימיים של פרטים המושפעים מן ההחלטה, ולאזן בין השיקולים השונים אלה כנגד אלה. לשם התחשבות כזאת באינטרסים של פרטים אין נדרש סיווגם כזכויות-יסוד. סימן-ההיכר של זכויות-היסוד של האדם אינו יחסיותן ואף לא איזונן כנגד אינטרסים המתנגשים בהן, אלא עליונותן. כלומר: בדרך כלל יועדפו זכויות היסוד על-פני שיקולים מתחרים, ופגיעה בהן תותר רק במקרים יוצאים מן הכלל. עליונותן של הזכויות תתבטא

⁷⁶ על הקשר בין האיזון לסבירות, ראו ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 63, בעמ' 227–228.

⁷⁷ ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 6, בעמ' 262.

⁷⁸ שם, בעמ' 250. ראו גם בג"ץ 156/75 דקה נ' שר התחבורה, פד"י (2) 94, 105 (1976); בג"ץ

127/80 אורם נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד לה(2) 118, 121 (1980). בג"ץ 6163/92

אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229, 263–264 (1993).

⁷⁹ ראו דברי השופט ברק בבג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 513–

514 (1990). ראו גם בג"ץ 7364/03 ג'בארה נ' פורז, פ"ד נח(1) 769 (2003).

⁸⁰ ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 6, בעמ' 135. כן ראו אהרן ברק "חוק-יסוד: חופש

העיסוק" משפט וממשל ב 195, 206 (1994).

⁸¹ ראו אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" משפט וממשל א 253, 262–265 (1993).

בנכונות לשלם לשם הגשמתן מחיר של ממש של פגיעה, או סיכון של פגיעה, בערכים ובאינטרסים אחרים".⁸²

עליונות זו של זכויות האדם מחייבת כי במקרה של טענה לפגיעה חוקתית הביקורת השיפוטית תכלול מספר שלבים⁸³. בשלב ראשון, יש לקבוע את היקף הפרישה של זכות האדם, על מנת להשיב לשאלה אם אכן קיימת פגיעה בזכות המוגנת בחוק-היסוד. אם התשובה חיובית, יש לעבור לשלב השני שעניינו היקף ההגנה הניתנת לזכות נוכח הצורך להגן על אינטרסים אחרים.⁸⁴ היקף ההגנה על הזכויות המוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק (להלן: "חוק היסוד"), קבוע ב"פסקת ההגבלה"⁸⁵. דהיינו, מלאכת האיזון העקרוני נקבעת על ידי המחוקק. פסקה זו קובעת תנאים, מגבלות ונסיבות שרק בהתקיימם ניתן להגביל את זכויות האדם.⁸⁶ החלפת הביקורת השיפוטית החוקתית בביקורת שיפוטית על פי עילת הסבירות טומנת בחובה סכנה של התעלמות או ויתור על תנאים אלה.

נושא זה יודגם באמצעות פרשת בקמן. עתירה זו הופנתה נגד מדיניותו של משרד העבודה והרווחה בסיוע שהוא מעניק לעיוורים ברכישתם של כלבי נחייה ובהחזקתם. כפי שאראה, העובדה שבית המשפט בחר לבחון את סבירותה של המדיניות האמורה, הובילה הן להיעדר דיון ראוי בשאלת היקף פרישתו של חופש העיסוק גם על הזכות להיות מועסק, והן לויתור על דרישות חוקתיות מנדטוריות ובראשן הדרישה כי הפגיעה בזכות היסוד תיעשה בחוק.

ג. פרשת בקמן

1. העובדות וטענות הצדדים

נושא הסמכתם של מאלפי כלבי נחייה לעיוורים אינו מוסדר בחקיקה, אלא בהנחיות פנימיות שהוצאו על ידי המשיבים (משרד העבודה והרווחה ושר העבודה והרווחה). לפי הוראת מנכ"ל משרד העבודה והרווחה, עיוורים אשר נעזרים בכלבי נחייה, יקבלו סיוע כספי לרכישת הכלבים ולהחזקתם וכן מימון לצורך לימודם להתנייד עם הכלב. המימון

⁸² אריאל בנדור "בגנות היחסיות של זכויות-היסוד" משפט וממשל ד 343 (1998).

⁸³ להבחנה בין השלבים ראו ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 63, בעמ' 582. כן ראו ברק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 135–136; ברק, לעיל ה"ש 80, בעמ' 199; ברק, לעיל ה"ש 81, בעמ' 256.

⁸⁴ לדיון נרחב בשלבי הביקורת החוקתית ראו לאחרונה בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, תק-על (2)06, 1559, פס' 20 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006) (להלן: בג"ץ התנועה לאיכות השלטון); בג"ץ 7052/03 עדאלה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, תק-על (2)06, 1754, פס' 18 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006) (ברק במיעוט בפסק דין זה, אך לא לעניין שלבי הבחינה החוקתית) (להלן: עניין עדאלה-המרכז המשפטי).

⁸⁵ ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

⁸⁶ ברק, לעיל ה"ש 51, בעמ' 24.

משולם ישירות לבית הספר המוכר על ידי השירות לעיוור, המהווה חלק מאגף השיקום במשרד העבודה והרווחה. ההכרה בבית ספר כפופה לשני תנאים. התנאי הראשון עניינו בדרישות הכשרה (על המאלף להיות בוגר בית ספר לאילוף כלבים בחו"ל, המוכר על ידי השירות לעיוור) וניסיון (על המאלף להיות בעל שלוש שנות ניסיון לפחות). התנאי השני עניינו בתנאים הפיזיים של בית הספר (כגון חדר טיפולים, שטח לאילוף וכו'). אורי בקמן (העותר הראשון) הוא בעל בית ספר לאילוף כלבים, אשר ביקש את הכרתם של המשיבים כמאלף כלבי נחייה לעיוורים – דבר שיאפשר לו ליהנות מסבסוד בעלות אילוף הכלבים, כפי שנהנים שני בתי ספר אחרים המוכרים על ידי המשיבים. תמרה מאירוביץ (העותרת השנייה) היא עיוורת וכן חירשת-אילמת, אשר נעזרת בכלבת נחייה שאולפה על ידי העותר. היא ביקשה מימון החזקת הכלבה שלה כפי שמקבלים עיוורים הנעזרים בכלבים שאולפו על ידי מאלפים המוכרים על ידי המשיבים. העותר טען כי מדיניותם של המשיבים, אשר מסרבים להכיר בו כמאלף כלבים, פוגעת בחופש העיסוק ונגועה בשיקולים זרים, אשר מקורם בלחצים של "אגודת העיוורים הנעזרים בכלבי נחייה בישראל" ושל שני מתחריו. גם העותרת טענה כנגד מדיניותם של המשיבים, הואיל ולהשקפתה מדיניות זו מפלה אותה לרעה בהשוואה לעיוורים אחרים המקבלים סיוע חודשי מהמוסד לביטוח לאומי. העותרת הדגישה כי העותר הוא הגורם היחידי בישראל המוכן לאלף כלבי נחייה לעיוורים-חירשים.

המשיבים טענו כי מתוך כוונה להעניק שירות נאות לעיוורים הנזקקים לכלבי נחייה הם פועלים על פי התנאים המנחים שנקבעו על ידי השירות לעיוור. תנאים אלה מחייבים כי המאלף יהיה בעל הכשרה מתאימה וניסיון – ושני אלה אינם מתקיימים בעותר. לטענתם, העותר אכן נסע לארצות-הברית כדי ללמוד בבית ספר העוסק בהכשרת מאלפים, אך עזב את לימודיו בטרם סיים אותם. כמו כן, במסגרת הניסיונות לעמוד על הכשרתו נבחנה גם הטענה כי הוא מרצה בסמינר של ה- Assistance Dog Institute בקליפורניה, אך התברר כי מדובר במסגרת המכשירה מדריכים לכלבי נחייה לבעלי נכויות, מלבד עיוורון. לסיכום, עמדת המשיבים היא שאילוף כלבי נחייה דורש רמה גבוהה של מיומנות, ועל כן פיקוח מנהלי על כשירותם של המאלפים הנו תנאי סביר וחיוני להשתתפותם של המשיבים בעלות אילופם של הכלבים והחזקתם.

2. פסק הדין בעתירה

פסק הדין בעתירה לבג"ץ נכתב על ידי השופט אדמונד לוי ולדעתו הצטרפו הנשיא אהרן ברק והשופטת דורית ביניש.

השופט לוי דן בראש ובראשונה בביקורת ההחלטה על פי עילת הסבירות. הוא פתח בכך כי "מן המפורסמות הוא כי בבוא בית משפט לבקר החלטה מנהלית, אין הוא

מתיימר להחליף את שיקול דעתה של הרשות הציבורית בשיקול-הדעת שלו".⁸⁷ על כן הביקורת השיפוטית, לשיטתו, מצטמצמת לשאלה אם הסמכות הופעלה בגדר מתחם הסבירות ואם ניתן משקל ראוי לשיקולים הרלוונטיים. עוד ציין השופט לוי כי על מנת להפעיל את סמכותה, הרשות המנהלית רשאית לקבוע הנחיות ואמות מידה לדרך פעולתה. עם זאת, אין בהנחיות אלה לכבול את ידי הרשות והיא רשאית לחרוג מהכללים שקבעה, ולעתים היא אף חייבת לנהוג כך אם מתעוררות נסיבות מיוחדות אשר יצדיקו את הסטייה.

אף על פי כן נראה, כי גם לשיטת בית המשפט אין הביקורת השיפוטית מצטמצמת רק לבחינת הסבירות, שכן לפי דבריו של השופט לוי: "בצד דרישת הסבירות עומדת דרישת החוקתיות".⁸⁸ על פי דרישה זו החלטה של רשות מנהלית אשר יש בה לפגוע בזכותו של הפרט לחופש העיסוק, תיבחן על פי המבחן הקבוע בחוק היסוד, "אשר מכוחו נדרשים הכול לקיים איזון בין הזכות לחופש עיסוק, לבין אינטרסים אחרים".⁸⁹

על רקע זה נבחנו טענות העותר, ובהתאם לסדר הצגת עילות הביקורת, פתח בית המשפט בבחינת סבירותה של ההחלטה.⁹⁰ בית המשפט קבע כי מהבחינה העובדתית לא הוכח כי שיקולים זרים הנחו את המשיבים בסירובם להכיר בהכשרתו של העותר, וגם בהנחה כי מתחריו פעלו כדי למנוע את ההכרה בו, לא הוכח כי הסירוב של המשיבים נבע מלחץ זה. בית המשפט חזר על כך כי ההכרעה על כשירותו של העותר נתונה למשיבים, ובית המשפט לא יחליף את שיקול דעתם בשיקול דעתו. בהקשר זה נקבע כי דרישתם של המשיבים כי מאלפים יסיימו לימודים פורמליים בבית ספר מוכר, אינה חורגת ממתחם הסבירות, בהתחשב בצורך להתאים את אילופו של הכלב ליכולותיו של העיוור וללמד את העיוור כיצד להיעזר בכלב בדרך בטוחה ויעילה. ההערכות שהביא העותר בדבר כישוריו בתחום זה, חיוביות ככל שתהיינה, אינן שוללות את סבירות דרישתם של המשיבים כי מאלף כלבים אשר מבקש ליהנות מסבסוד באמצעות כספי הציבור יעבור הכשרה במוסד מוכר.

באשר לטענת הפגיעה בחופש העיסוק, קבע בית המשפט כי "אמנם, החלטתה של המדינה לסבסד גורם אחד בשוק בלי להעניק עזרה דומה למתחריו, פוגעת ביכולת התחרות של האחר וממילא כרוכה בה פגיעה בחופש העיסוק. אולם כנגד זכותו של הפרט לעסוק במקצועו עומדים אינטרסים אחרים, כגון הגנה על הציבור והבטחת שירות איכותי".⁹¹ יתרה מזאת, לשיטת בית המשפט, העדפת האינטרס הציבורי ראויה במיוחד מקום שבו המדינה משתפת במימון השירות, הואיל ואז קמה זכותה וחובתה לפקח על איכות השירות. במקרה זה לא נפסל העותר מלעסוק במקצוע שבו בחר, אלא

87 בג"ץ בקמן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 895.

88 ש.ם.

89 ש.ם.

90 ש.ם, בעמ' 896.

91 ש.ם, בעמ' 897.

נמנע ממנו הסבסוד הציבורי. לנוכח כל האמור נדחתה עתירתו. לעניין עתירתה של העותרת, תמרה מאירוביץ, נקבע כי אמנם מהבחינה העקרונית ייתכנו מקרים שבהם יהיה מוצדק להעניק תמיכה לעיוורים גם אם כלבם לא אולף על ידי גורם מוכר, אלא שבנסיבות העניין לא נפרשה תשתית עובדתית ומשפטית המאפשרת לעשות זאת. לפיכך, גם עתירה זו נדחתה, אם כי נשמרה זכותה של העותרת לפנות למשיבים שוב.

3. פסק הדין בבקשה לדיון נוסף

בעתירה לדיון נוסף טען העותר כי הקביעה שלפיה בתי ספר מסוימים לאילוף יזכו בעקיפין לתמיכה ולהעדפה ואילו בתי ספר אחרים לא יזכו לה – משמעה פגיעה בחופש העיסוק, ולפיכך היא אסורה ללא בסיס מפורש בחוק. טענה זו הועלתה כאמור בבג"ץ, והשופט לוי השיב כי האינטרס הציבורי במקרה זה גובר על אינטרס הפרט להכיר בהכשרתו המקצועית. לשיטתו של העותר, לא זו בלבד שדברים אלה מהווים הלכה חדשה, אלא שהם סותרים את הוראות חוק-היסוד וכן הלכות קודמות של בית המשפט העליון הקובעים שבלא אי-אפשר לפגוע בזכות לעסוק. טענות אלה נדחו על ידי השופט מישאל חשין. לשיטתו:

"קריאת פסק הדין מובילה למסקנה – ומסקנה חד-משמעית היא – כי בית המשפט העליון לא פסק הלכה. בוודאי שלא ביקש לפסוק הלכה. בית-המשפט הלך בדרך של הלכות מבוססות וידועות הן לענייניו של חופש העיסוק הן לעניינם של קביעת נהלים פנימיים לחלוקת כספים, ומסקנתו הייתה כי בנסיבות העניין אין מדובר בפגיעה בחופש העיסוק, שכן בקמן לא הוגבל מעסוק במקצועו אלא לא עמד בדרישות סף מסוימות – דרישות סבירות וראויות – שקבע משרד העבודה והרווחה".⁹²

עוד הדגיש השופט חשין כי המקרה אינו נופל לאותם מקרים "נדירים שבנדירים, וכי השלכותיו הרוחביות מצדיקות קיומו של דיון נוסף בעניין".⁹³

ד. חופש העיסוק

כאמור, בית המשפט בפרשת **בקמן** הסתפק בדיון קצר בחוקתיות הנחיות המשיבים, אשר הופיע "לצד" הדיון בסבירותן. השכנוע הרב של בית המשפט כי מדובר בהנחיות המצויות במתחם הסבירות, הוביל לוותר על דיון ממשי ויסודי בטענות הנוגעות

⁹² דנג"ץ **בקמן**, לעיל ה"ש 40, פס' 7 לפסק דינו של השופט חשין.

⁹³ שם, בפס' 8.

לחוקתיות ההנחיות. אמנם בית המשפט לא התעלם לחלוטין מטענות אלה, אך הוא דן בהן תוך שהוא מדלג על שלבים רבים ומגיע ישירות לשאלת האיזונים. מאחר שלשיטתו האיזון בין האינטרסים (איזון שנעשה כבר במסגרת בחינת סבירות ההנחיות) הוא ראוי, שכן האינטרס הציבורי מחייב פיקוח מנהלי על כשירותם של המאלפים – זו הייתה גם התוצאה של האיזון החוקתי.

ההתמקדות בסבירות ההנחיות הובילה אפוא לויתור הן על דיון בשאלת היקף הפרישה של חופש העיסוק והן על דיון בשאלת היקף ההגנה.

1. היקף הפרישה של חופש העיסוק

ראשית, מאחר שלא היה ספק כי הטענה לפגיעה בזכות לעיסוק המעוגנת בחוק-היסוד היא, למצער, טענה רלוונטית – ראוי היה לדון בהיקף הפרישה של זכות זו.⁹⁴ כאמור, אף שביט המשפט אינו מחויב לדון בכל היבטיה של פרשה מסוימת, הרי כאשר מקרה מעורר בעיה חוקתית ראוי שזו לא תיזנח על ידי בית המשפט, לא כל שכן כאשר טענה חוקתית מועלית מפורשות על ידי מי מהצדדים. בית המשפט הסכים אמנם עם טענתו של העותר, שלפיה סבסוד גורם אחד בשוק מהווה פגיעה ביכולת התחרות של מתחריו, ולפיכך יש בו משום פגיעה בחופש העיסוק. עם זאת, בית המשפט פטר את הטענה בכך שבמקרה זה האינטרסים הציבוריים גוברים, מה גם שמהעותר לא נמנע העיסוק במקצוע, אלא נמנע ממנו הסבסוד הציבורי בלבד. אמירות אלה – שמעליהן "מרחפת" התחושה של בית המשפט כי מדובר בהנחיות סבירות – מתעלמות לחלוטין משאלה משפטית מורכבת שעניינה בפגיעות חוקתיות עקיפות. באופן ספציפי, השאלה שעולה היא מה הדין כאשר החלטה שלטונית משפיעה, הלכה למעשה, על היכולת של אדם לממש את העיסוק ביחסיו עם זולתו? אכן, המדינה לא מנעה מהעותר לעסוק במקצועו, אך להחלטותיה הייתה השפעה בפועל על האפשרות המעשית שלו לממש את חופש העיסוק. סוגיה זו זכתה לליבון בפרשת לם,⁹⁵ אשר ממנו התעלם לחלוטין בית המשפט בפרשת בקמן. במאמר מוסגר ייאמר כי ייתכן שהתעלמות זו מהווה כשלעצמה סטייה מהלכה, אשר הצדיקה מתן דיון נוסף בפרשה.

1.1 הזכות להיות מועסק – התפתחות הפטיקה

הגישה ששלטה בעבר הייתה כי הזכות לחופש העיסוק היא זכות שלילית שמשמעה היעדר הגבלות על העיסוק.⁹⁶ דהיינו, כנגד חופש העיסוק עומד היעדר הזכות של

⁹⁴ לחשיבות קביעת היקפו של חופש העיסוק, ראו ברק **פרשנות במשפט** לעיל, ה"ש 63, בעמ' 593–594.

⁹⁵ בג"ץ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נגד (4) 673 (1999).

⁹⁶ להגנה שלילית על זכויות, ראו ברק מדינה "חובתה של המדינה לספק צרכים בסיסיים, מ'שיח של זכויות לתיאוריה של מימון ציבורי" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 131, 133 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004). לתפיסה הליברטיאנית בביקורת השיפוטית בישראל, ראו

המדינה ושל פרטים אחרים, בכפוף לאיזון הראוי בין זכויות מתנגשות, להפריע, להגביל או לשלול את העיסוק.⁹⁷ אך כנגד חופש העיסוק לא עומדת החובה להעסיק, וחופש העיסוק לא משתרע על הזכות להיות מועסק.⁹⁸ כך, למשל, בעניין **התאחדות סוכני הנסיעות**⁹⁹ הוגשה עתירה נגד משרד התחבורה על שהעניק למ.מ.ס.י. סמכות בלעדית לרכז את נושא הוצאת רישיונות הנהיגה הבינלאומיים. בית המשפט קבע כי "הוצאתם של רישיונות נהיגה בינלאומיים אינה בגדר עיסוק מקצועי או מסחרי, שהחירות הבלתי מופרעת לעסוק בו נמנית עם חירויות היסוד הטבעיות והמוכרות, אלא היא בגדר פונקציה שלטונית מובהקת. על השלטון אין מוטלת כל חובה לאפשר למאן שהוא לעסוק בכך"¹⁰⁰.

בהמשך, הפסיקה לקתה באי-בהירות מסוימת. בבג"ץ **קומפיוטסט**¹⁰¹ חברות המנהלות תחנות לבדיקת כלי רכב לשם רישוי ומנהליהן קבלו על סירוב משרד התחבורה להתיר להם לפתוח תחנות בדיקה חדשות. משרד התחבורה הסביר את עמדתו בניסיון למנוע "תחרות פרועה" בין תחנות הבדיקה השונות שעלולה לגרום לירידה ברמת הבדיקה, וכפועל יוצא של כך לסכן חיי אדם. השופט דב לוין סבר אמנם כי ניהול תחנת בדיקה לכלי רכב הוא בגדר "עיסוק", אלא שלא מתקיימת כאן פגיעה בעיסוק, שכן "באי-מתן סמכות בידי גורם פרטי לבצע פעולה בעלת אופי שלטוני מובהק אין משום פגיעה בחופש העיסוק של אותו גורם פרטי. חופש העיסוק אין פירושו הזכות להיות מועסק".¹⁰² הנשיא ברק סבר, לעומת זאת, כי אמנם אין המדינה חייבת להפריט את סמכויותיה, אך כאשר היא בוחרת לעשות כן – מוטלת עליה חובה חוקתית לעשות זאת בשוויון. מכאן שבכך שהמדינה העבירה את סמכותה השלטונית לגורמים פרטיים מסוימים ולא לחברות העותרות – היא פגעה בזכותן החוקתית.¹⁰³ עם זאת, גם הנשיא ברק סבר כי הפגיעה בחופש העיסוק הייתה כדין¹⁰⁴. השופט תיאודור

אנדרי מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל" **משפט וממשל** ד 133, 134–142 (1997).

97 ראו דברי השופטת ביניש בבג"ץ 4769/95 **מנחם נ' שר התחבורה**, פ"ד נז(1) 235, 274 (2002).

98 ראו ברק לעיל ה"ש 80, בעמ' 202; ברק **פרשנות במשפט**, לעיל ה"ש 63, בעמ' 597; יצחק אליאסוף, "חוק-יסוד: חופש העיסוק", **משפט וממשל** 173, 180 (1994); מנחם גולדברג **חופש העיסוק והגבלתו** 70–71 (1999). ראו גם דברי השופט חשין בבג"ץ 4360/94 **טאטור נ' שר המשטרה**, פ"ד נ(2) 560, 568 (1996), ודברי השופט ברק בבג"ץ 734/88 **התאחדות בעלי המלאכה, אשקלון נ' עיריית אשקלון**, פ"ד מג(3) 665, 672 (1989).

99 בג"ץ 2505/90 **התאחדות סוכני נסיעות ותיירות בישראל נ' שר התחבורה**, פ"ד מו(1) 543 (1992).

100 שם, בעמ' 550.

101 בג"ץ 1064/94 **קומפיוטסט ראשל"צ (1986) בע"מ נ' שר התחבורה**, פ"ד מט(4) 808 (1995) (להלן: עניין **קומפיוטסט**).

102 שם, בעמ' 816.

103 הנשיא ברק לא הסביר אם הפגיעה החוקתית נובעת מהפגיעה בחופש העיסוק או מהפגיעה בשוויון. מאחר שבפחת הערתו הקצרה הוא ציין את הסכמתו לכך שקיימת פגיעה בחופש העיסוק, נראה כי הכוונה לפגיעה משולבת, דהיינו הפליה בזכות לעסוק.

104 עניין **קומפיוטסט**, לעיל ה"ש 101, בעמ' 819.

אור הסכים הן עם פסק הדין של השופט ד' לויין והן עם הערתו של הנשיא ברק¹⁰⁵, כך שלא ברורה ההלכה העולה מפסק הדין.

בעניין עמותת חברות הסיעוד בישראל¹⁰⁶ הוגשה עתירה נגד מכרז פומבי שפרסם המוסד לביטוח לאומי. מטרת המכרז הייתה לבחור כ-40 נותני שירותים, אשר יהוו מאגר שישמש את הזכאים לשירותי סיעוד. העותרת – עמותת רשומה המאגדת בתוכה למעלה מ-60 תאגידים שעיסוקם במתן שירותי טיפול וסיעוד – ביקשה כי המכרז האמור יבוטל או למצער יבוטלו חלק מהתנאים הקבועים בו. בית המשפט נדרש להתייחס לטענה כי בהגבלת מספר נותני השירותים יש משום פגיעה בחופש העיסוק:

”כוונתו של המוסד לביטוח לאומי להגביל כך את מספר הזוכים במכרז, מקשה עלינו במאוד. לעניין זה נזכור, כי המוסד לביטוח לאומי הוא המעסיק הראשי במשק בנושא הסיעוד. מרבית הנזקקים לשירותי סיעוד כיום הינם זכאי המוסד לביטוח לאומי, ועל-פי הצהרת העותרת, למעלה מ-80% מתעסוקת חבריה היא בשירותי סיעוד הניתנים לזכאי המוסד לביטוח לאומי. תחום זה הפך אפוא למעין משאב-לאומי הנשלט ברובו המוחלט בידי המוסד לביטוח לאומי. פירוש הדברים הוא, שאם יימשכו הדברים וילכו כהחלטת המוסד לביטוח לאומי, עלולים מאות – ואולי אלפי אנשים – למצוא עצמם מחוץ למעגל התעסוקה... ניתן לטעון, לכאורה, כי הבטלת עוסקי סיעוד כה רבים, או חיובם לעבור ממשכן למשכן, אך משום שהמוסד לביטוח לאומי יתקשה לפקח "פיקוח יעיל ואמין על מתן השירותים" – למשל בשל מחסור במפקחים – אינה עולה בקנה אחד לא עם עקרונות-יסוד במשפט ישראל ולא עם יסודות בחוק-יסוד: חופש העיסוק" (ההדגשות שלי – מ.ט.)¹⁰⁷

עם זאת, בית המשפט דחה את העתירה מבלי לדון בסוגיית הזכות להיות מועסק לגופה, שכן לשיטתו העתירה הייתה כללית בניסוחה.¹⁰⁸ גם בספרות התגלתה מחלוקת בסוגיה. יש השמים דגש על ההיבטים החלוקתיים והחברתיים של הזכויות החוקתיות ומעדיפים תפיסה "אישית" לחופש העיסוק, שממנה מתחייבת הכרה בזכות להיות מועסק כחלק מחופש העיסוק.¹⁰⁹ לעומת זאת, יש המתנגדים באופן נחרץ לפרשנות המרחיבה את הזכות לחופש העיסוק מעבר

105 ש.ם.

106 בג"ץ 7217/95 עמותת חברות הסיעוד בישראל נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד נא(3) 561 (1997).

107 ש.ם, בעמ' 574.

108 ש.ם.

109 ראו אייל גרוס "כיצד הייתה 'התחרות החופשית' לזכות חוקתית? – בנפתולי הזכות לחופש העיסוק", עיוני משפט כג 229, 247 (2000); אייל גרוס "כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי?" צדק חלוקתי בישראל 79, 92–94 (מנחם מאוטנר עורך, 2000).

למשמעותה הבסיסית כחירות שלילית קלאסית.¹¹⁰

1.2 פרשת לם

פרשת לם¹¹¹ מהווה תפנית בגישת הפסיקה. בעניין זה סירב משרד החינוך להכיר באבחון של ליקויי למידה שנעשה על ידי מי שאינו פסיכולוג חינוכי מומחה. העותרים – אנשי חינוך שעסקו באבחון ליקויי למידה – תקפו את הנחיות משרד החינוך המעוגנות בחוזרי מנכ"ל. טענותיהם העיקריות היו שההנחיות פוגעות בחופש העיסוק ללא הסמכה בחוק ובמידה העולה על הנדרש. עוד נטען כי ההנחיות החדשות נעשו מבלי שנקבעו הסדרי מעבר ראויים עד לתחילתן. השופטת דליה דורנר הכירה בכך כי קיימות גם פגיעות עקיפות בחופש העיסוק. דהיינו, פגיעה אינה מתרחשת רק כאשר רשות מגבילה ישירות את הזכות לעסוק בכל עבודה או משלח-יד, למשל על ידי הטלת איסור על העיסוק או דרישת רישיון, אלא יכולה להיגרם גם על ידי שלילה בפועל של האפשרות לעסוק בעבודה או במשלח-יד מסוימים. מסקנה זו מתבקשת מן התכליות העומדות ביסודו של חופש העיסוק: הקניית האפשרות לבני האדם לעצב את אישיותם והגנה על יכולתם למצוא את פרנסתם. תכליות אלה נפגעות גם כשהמדינה, בהיותה מונופול על העסקה במשלח-יד מסוים, נמנעת מהעסקתם של בני-אדם מסוימים או מטילה הגבלות על העסקתם.¹¹² השופטת דורנר סיכמה בכך כי:

"אמנם, ככלל, חופש העיסוק אינו מטיל על המדינה ועל רשויותיה חובה להעסיק. חופש העיסוק הוא החופש להעסיק או שלא להעסיק... ואולם, כרגיל, בכך שהמדינה נמנעת להעסיק בני-אדם מסוימים או לרכוש מהם שירותים, או אף בכך שאין היא מוכנה לעשות שימוש בתוצרי עבודתם, אין כדי לשלול מהם את אפשרותם לעסוק במקצועם, ולכן אין בכך משום פגיעה בחופש העיסוק. המצב שונה מקום שבו למדינה מונופול על ההעסקה או על השימוש בתוצרי העיסוק, והימנעותה מלהעסיק שוללת את אפשרות העיסוק. שלילה כזו מהווה, במהותה, פגיעה בחופש העיסוק." (ההדגשות שלי – מ.ט.).¹¹³

אי-ההכרה של משרד החינוך באבחוני העותרים חסמה בפניהם את העיסוק כולו, שכן הגורם היחיד הנזקק לאבחונים ואשר חולש בפועל על עיקרו של תחום החינוך בארץ הוא משרד החינוך. קביעה זו בדבר היקף הפרישה של חופש העיסוק, הובילה לשלב השני של הבדיקה, שכן משנמצא כי חוזרי המנכ"ל פוגעים בחופש העיסוק של

¹¹⁰ ראו יואב דותן "בית המשפט העליון כמגן הזכויות החברתיות", זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 69, 101 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

¹¹¹ לעיל ה"ש 95.

¹¹² שם, בעמ' 681–682.

¹¹³ שם, בעמ' 682.

העותרים, יש לבחון אם פגיעה זו עומדת בתנאים שנקבעו בפסקת ההגבלה.¹¹⁴ מסקנתה הסופית הייתה כי ההסדרים אינם עומדים בפסקת ההגבלה, שכן הם לא נקבעו בחוק של הכנסת,¹¹⁵ וכן לא נקבעה בהם הוראת מעבר המתבקשת מהצורך להתחשב באינטרס ההסתמכות.¹¹⁶

הנשיא ברק הסכים כי ייתכנו גם פגיעות עקיפות בחופש העיסוק וכי ייתכנו מצבים שבהם **חופש העיסוק הופך להיות הזכות לעיסוק**. אכן, ברגיל חופש העיסוק הוא זכות "הגנתית" הפועלת כנגד פגיעה בה על ידי הרשות השלטונית ואין משמעו זכות "אקטיבית" לפעולה מטעם הרשות השלטונית. חופש העיסוק הוא "חירות" הוהפלדיאנית שרק עם הפרתה קמה "זכות" שכנגדה עומדת "חובה". עם זאת, נראה לו כי כאשר המדינה היא המקום היחיד לעיסוק פלוני, הרי סירוב המדינה להעסיק כמוהו כמניעת העיסוק עצמו. במצב דברים זה (להלן: "המקרה הראשון") – **שבו השלטון פועל כמונופול** – יש לתרגם את חופש העיסוק לזכות לעיסוק. נקודה זו הושארה בצריך עיון, שכן המדינה לא העסיקה את המאבחים אלא ההורים עצמם.¹¹⁷ חופש העיסוק עשוי להיפגע גם במקרה שני שבו **מוטלים תנאים (סובייקטיביים או אובייקטיביים) על הכניסה לעיסוק**. אך גם זה לא היה המקרה הנדון, שכן המאבחים של ליקויי הלמידה רשאים היו להמשיך בעיסוקם גם אם אינם פסיכולוגים חינוכיים. כל שנקבע הוא, שתוצאות אבחניהם לא תישקלנה על ידי משרד החינוך.¹¹⁸ אך מה הדין במקרה שלישי, שבו **המדינה אינה המעסיקה, אך עם זאת להחלטותיה השפעה בפועל על האפשרויות המעשיות לממש את העיסוק?** לעניין זה הכיר הנשיא ברק בכך כי חופש העיסוק נפגע גם כאשר החלטה שלטונית פוגעת בעקיפין במימוש חופש העיסוק, למשל כאשר החלטה שלטונית משפיעה על רצונם של פרטים להתקשר עם פלוני. דהיינו, חירות זו נפגעת אם הסדרים (נורמטיביים או פיזיים) מונעים מאדם – במישרין או בעקיפין – מלפעול על פי רצונו ויכולתו.¹¹⁹ זהו המקרה שנדון בלם, שכן ההגבלה נבעה מכך שפלה מהותי של עיסוקם של המאבחים – התקשרות עם הורים לאבחון ליקויי למידה של ילדיהם – ניטל מהם הלכה למעשה. לפיכך קבע ברק כי "במדינת חוק, המקיימת זכויות אדם, אין לאפשר פגיעה כזו באמצעות חוזר של מנהל כללי בלא שהדבר מעוגן בדבר חקיקה ראשי, או מכוח הסמכה מפורשת שבו".¹²⁰

השופטת ביניש נקטה את הגישה הזוהירה ביותר מבין השופטים. היא קיבלה את העמדה כי גם פגיעה עקיפה בחופש העיסוק, המתבטאת בפגיעה ביכולת לממש את חופש העיסוק, היא פגיעה שאין לאפשרה ללא עיגון בחוק או הסמכה מפורשת בו. עם

114 שם, בעמ' 683.

115 שם, בעמ' 683–685.

116 שם, בעמ' 687.

117 שם, בעמ' 691.

118 שם, בעמ' 692.

119 שם, בעמ' 693.

120 שם.

זאת, בלי לקבוע עמדה בנוגע לטיבה ולהיקפה של הזכות המוגנת לחופש העיסוק, היא ציינה כי לא כל מעשה מנהל שיש בו כדי להשפיע באופן כלשהו על עיסוקו של אדם הוא פגיעה בחופש העיסוק במשמעותו החוקתית. בנסיבות העניין לא היה ספק, אף לשיטתה, כי הפגיעה במאבחינים, הגם שעקיפה היא, יש בה פגיעה משמעותית בעיסוקם, פגיעה המתבטאת בהגבלת היזקקות לשירות המקצועי בתחום שהיה בידיהם עד להחלטת המנכ"ל. מטעם זה אין ההגבלה יכולה לעמוד ללא הסמכה מפורשת בחוק.¹²¹

הלכת לם לא נהפכה, והיא מאוזכרת רבות בפסיקת בית המשפט העליון.¹²² עם זאת, הפסיקה מגלה יחס לא עקבי אליה. מאזכורים מסוימים ניתן ללמוד על הרחבתה של ההלכה,¹²³ אולם לעתים היא כלל אינה מאוזכרת במקומות שנראה שראוי היה לכל הפחות לאזכרה גם אם לא ליישמה.¹²⁴

1.3 פרשת בקמן

דומה כי גם לפי גישתה המתונה של השופטת ביניש, הפגיעה בעותר – הגם שעקיפה – היא פגיעה משמעותית בעיסוקו. מדובר במצב השלישי שפירט הנשיא ברק בפרשת לם. אין זה מצב שבו המדינה היא המעסיק היחיד, שכן המדינה כלל אינה מעסיקה את מאלפי הכלבים, ולכן לא מתקיים המצב הראשון. גם המצב השני לא מתקיים, שכן על המאלפים לא מוטלים תנאים לצורך עיסוק באילוף, והם יכולים לאלף כלבים כאוות נפשם. דא עקא, שמדובר בהחלטה שלטונית המשפיעה קשות על עיסוקם של המאלפים, שכן היא משליכה על רצונה של אוכלוסיית היעד – עיוורים הנעזרים בכלבי נחייה – להתקשר עם. ההכרה ממשרד העבודה והרווחה, אשר מאפשרת השתתפות של המוסד לביטוח לאומי בהוצאות ההיעזרות של העיוור בכלב, מעודדת את

¹²¹ שם, בעמ' 694.

¹²² ראו למשל בג"ץ 3992/04 מימון-כהן נ' שר החוץ, פ"ד נט(1) 49, 69 (2004); בג"ץ 9592/02 פיצוי נמרץ, המומחים למימוש זכויות רפואיות וביטוחים נ' שר המשפטים, פ"ד נח(5) 792, 799 (2004); בג"ץ 4389/04 ארד נ' שר התחבורה, תק-על(4) 05 (2005) 645 פס' 11 לפסק-הדין של השופט חשין (2005).

¹²³ ראו למשל בג"ץ 8111/96 הסתדרות העובדים החרושה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פ"ד נח(6) 481, 541 (2004).

¹²⁴ ראו למשל ע"א 396/00 בן-דע נ' אגד אגודה שיתופית לתחבורה בע"מ, פ"ד נו(1) 851 (2001) (דחיית עתירה כנגד חובת לבוש מדים אחידים של נהגים באגד. בית המשפט ראה בכך פגיעה זניחה בזכויות אדם שאין נדרשת הוראה חוקית על מנת לקובעה ודי בקביעה בתקנון. לא הייתה התייחסות לכך שאגד היא למעשה מונופול בתחומה. עם זאת, ייתכן שפסק הדין ניתן להסבר על רקע העובדה שאגד היא אגודה שיתופית, דהיינו גוף פרטי. שאחרת, אילו היה מדובר בגוף ציבורי מובהק קשה היה ליישב את הקביעה שמדובר בפגיעה כלשהי בזכויות יסוד, עם הקביעה שאין צורך בחוק). ראו גם בג"ץ 7245/02 לילך הוצאה לאור בע"מ נ' משרד החינוך, תק-על(1) 03 (2003) 1501 (להלן: עניין לילך) (תקיפת החלטת משרד החינוך שלא לאשר את ספרה של העותרת ללימוד בבתי ספר).

ההתקשרות של העיוורים עם המאלף המוכר והופכת את ההתקשרות עם מאלף שאינו מוכר לבלתי כדאית בעליל.

מדבריו של השופט לוי בבג"ץ **בקמן** עולה כי הוא מסכים שמדובר בפגיעה בחופש העיסוק של העותר, שכן "החלטתה של המדינה לסבסד גורם אחד בשוק בלי להעניק עזרה דומה למתחריו פוגעת ביכולת התחרות של האחר, וממילא כרוכה בה פגיעה בחופש העיסוק".¹²⁵ אכן, יש הטוענים כי ביסוד הלכת **לם** עומדת למעשה ההכרה בזכות לשוויון, שממנה נובע האיסור המוטל על הרשות המנהלית להפלות.¹²⁶ ואמנם אין ספק כי במקרים מסוימים יעדיף בית המשפט לבסס הכרעה על הפליה פסולה, על פני דיון בזכות ה"בעייתית" יותר להתפרנס.¹²⁷ אלא שבמקרה זה דומה כי לא היה אפשר להימלט מהדיון בהיקף הפרישה של הזכות להתפרנס. אין חולק כי על משרד הרווחה לקיים פיקוח. יתרה מזאת, ניתן לטעון כי הימנעות מהחלת פיקוח פוגעת בחופש העיסוק של המאלפים המוסמכים. השאלה היא כיצד נקבעת ההסמכה, מכוח מה ועל ידי מי. בנוסף מתעוררות שאלות נלוות כגון: האם אפשר להשתמש בהסמכה כדי להגביל מאוד את מספר העוסקים בענף (שבזמן העתירה עמד על שני בתי ספר מוסמכים), וכן שאלות הנוגעות לקריטריונים להסמכה (כגון הבעייתיות העולה מכך שאף אחד מבתי הספר לא הכשיר כלבים לעיוורים בעלי נכויות נוספות). הפגיעה החוקתית **העיקרית**¹²⁸ במקרה זה היא אפוא פגיעה בזכות לעסוק ולא פגיעה בשוויון, ולפיכך ראוי היה שתיבחן באמות המידה שנקבעו בחוק-יסוד: חופש העיסוק.¹²⁹

פרשת **בקמן** לא עסקה בסיטואציה קלאסית של הפליה במתן סובסידיה, שכן המדינה לא סבסדה את מתחריו של העותר, אלא את רוכשי השירותים מהם. עם זאת, מעניין לציין כי באופן פרדוקסלי, דווקא נקודת מבט זו של השופט לוי – הגם שאני

¹²⁵ בג"ץ בקמן, לעיל ה"ש 1, בפס' 8 לפסק-הדין, בעמ' 897.

¹²⁶ ראו ברק מדינה "החיפוש אחר תאוריה של דיני מכרזים בישראל – ספרו של עומר דקל: מכרזים" **עלי משפט** ד 359, 370 (2005) (ביקורת ספרים).

¹²⁷ ראו למשל בג"ץ 2618/00 **חברת פארות בע"מ נ' שר הבריאות**, פ"ד נה(5) 49 (2005) (עתירה כנגד סירוב לאפשר לפרסם שירותי מילה בבת-חולים. פסק הדין התמקד בכך שאין מדובר בשוני רלוונטי בין מוהלים לרופאים. ניתן היה לבסס את ההנמקה גם על כך שבהיעדר אפשרות לפרסם במחלקות של יולדות, נפגמת האפשרות להתפרנס, שכן רק במחלקות כאלה נמצא קהל היעד).

¹²⁸ ניתן להקיש בעניין זה מהכללים שנקבעו בבג"ץ 4676/94 **מישראל בע"מ נ' כנסת ישראל**, פ"ד נ(5) 15 (1996) לעניין מצב שבו חוק הפוגע בחופש העיסוק כולל פסקת התגברות (חוק חורג), אך בה בעת אותו חוק פוגע גם בזכויות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. נקבע כי: "פרשנות ראויה צריכה להעניק הגנה חוקית לחוק חורג, הפוגע לא רק בחופש העיסוק אלא גם בזכויות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אם הפגיעה בזכויות האדם האחרות היא תוצאת לוואי המתבקשת באופן טבעי מהפגיעה בחופש העיסוק; אם הפגיעה בחופש העיסוק היא הפגיעה העיקרית ואילו הפגיעה בזכויות האדם האחרות היא משנית; ואם הפגיעה בזכויות האדם האחרות, כשלעצמה, אינה בעלת עוצמה ממשית" (שם, בעמ' 30–31).

¹²⁹ לקשיים עקרוניים נוספים בהעלאת טענות שוויון כתחליף לטיפול בממד החברתי-כלכלי של זכויות פרטיקולריות, ראו גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש" **שנתון משפט העבודה** ז 65, 145–148 (1999).

חולקת עליה – צריכה הייתה להוביל למסקנה כי מדובר בפגיעה ישירה בחופש העיסוק של העותר. הזכות לחופש העיסוק כוללת גם את שוויון ההזדמנויות. פעולה שלטונית המגנה על מתחרה מסוים שוללת תחרות חופשית מאחר שהיא פוגעת בחופש העיסוק.¹³⁰ כל זאת גם לפי ההלכה שנתגבשה עוד בטרם נחקק חוק-היסוד,¹³¹ ואשר בוודאי חלה לאחר חקיקתו:

"חופש התחרות מונח, בין היתר, בבסיס חופש העיסוק המוגן בחוק יסוד: חופש העיסוק. [...] פגיעה בחופש התחרות על-ידי התערבות שלטונית הינה פגיעה בחופש העיסוק. הענקת זכות לאחד ושלייתה מאחר פוגעת בזכות לתחרות חופשית; הטלת מגבלות על פעולתו של עוסק פלוני והסרת אותן מגבלות מעוסק אלמוני – פוגעות בזכותו של פלוני לחופש תחרות" (ההדגשות שלי – מ.ט.)¹³²

גם גישתו של השופט לוי צריכה הייתה להוביל אפוא למסקנה כי מדובר בסיטואציה ברורה של פגיעה בחופש העיסוק. דא עקא, שמיד לאחר הדברים האמורים הוסיף השופט לוי את ההסתייגות הבאה: "אולם, כנגד זכותו של הפרט לעסוק במקצועו עומדים אינטרסים אחרים, כגון הגנה על הציבור והבטחת שירות איכותיים"¹³³. ההתמקדות ביחסיות הזכות טרם דיון ממצה בקיומה החלישה את ההגנה על הזכות והובילה לדיון בסבירות ההחלטה המנהלית, משל היה מדובר בהחלטה רגילה שאין בה המוטיב של פגיעה בזכויות הפרט. הסבירות לא נצבעה בגוון חוקתי כלשהו, ומתחם הסבירות לא שינה את גודלו בעקבות הפגיעה החוקתית. זאת ועוד, ההתמקדות ביחסיות הזכות, טרם הדיון בקיומה, הובילה, כפי שיפורט להלן, לויתור על דרישות חוקתיות מנדטוריות ובראשן הדרישה כי הפגיעה תיעשה בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו.

¹³⁰ ראו נילי כהן "תחרות מסחרית וחופש עיסוק", עיוני משפט יט 353 (1995); אהרן ברק "החוקה הכלכלית של ישראל" משפט וממשל ד (1998) 357, 369.

¹³¹ ראו רע"א 371/89 ליבוביץ נ' א. את א. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309, 326–327 (1990); ע"א 4/74 ברמן נ' משרד להובלת משאות פרדס-חנה-כרכור והסביבה "עמל" בע"מ, פ"ד כט(2) 718, 722 (1975); ע"א 901/90 נחמיאס נ' קולומביה סחר ותעשייה בע"מ, פ"ד מז(1) 252, 264 (1993).

¹³² בג"ץ 4915/00 רשת חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נד(5) 451, 463–464 (2000) (להלן: עניין רשת); ראו גם בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441, 471 (1994); בג"ץ 2313/95 קונטקס לינסן (ישראל) בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד נב(4) 397, 410 (1996); ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 592 (1997); בג"ץ 1255/94 "בזק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מט(3) 661, 671 (1995); בג"ץ 1703/92 ק.א.ל קוי אויר למטען בע"מ נ' ראש-הממשלה, פ"ד נב(4) 193, 227–228 (1998). לדעה המצדדת ב"תפיסה אישית" לחופש העיסוק ומתנגדת ל"תפיסה התחרותית" העולה מפסקי הדין הנ"ל ראו גרוס לעיל, ה"ש 109.

¹³³ בג"ץ בקמן, לעיל ה"ש 1, בפסקה 8 לפסק-הדין.

2. ההגנה על חופש העיסוק

2.1 דרישת החוק

הדרישה שלפיה פגיעה בחופש העיסוק חייבת להיעשות רק על פי הוראה מפורשת של המחוקק, מבטאת את אחד העקרונות הבסיסיים של שלטון החוק הפורמלי – עקרון החוקיות.¹³⁴ דרישה זו הייתה מקובלת עוד בטרם נחקק חוק-היסוד מכוח הלכת מיטרני:¹³⁵

"נקודת המוצא, המקובלת בחברה חופשית, היא, כי אדם רשאי לעסוק בכל עבודה או משלח יד, כל עוד לא נקבעו לגביהם הגבלות או איסורים, ואילו האחרונים אין להטילים ולקיימם אלא לפי הוראתו המפורשת של החוק."¹³⁶

גישה זו מבוססת על כמה תנאים: ראשית, ההסמכה צריכה להיות בחקיקה ראשית; שנית, ההסמכה בחקיקה הראשית צריכה להיות מפורשת; ושלישית, כל הסמכה כזו תפורש בצמצום ותוך מגמה לתת לזכות האמורה קיום מרבי.¹³⁷ עיקרון זה זכה לעיגון חוקתי בסעיף 4 לחוק-היסוד, אשר לפיו פגיעה בחופש העיסוק היא כדין רק אם היא נעשתה בחוק או לפי חוק, מכוח הסמכה מפורשת בו. בפרשת לם הסבירה השופטת דורנר, כי טעמיו של העיקרון הם בכך שנורמה הפוגעת בחופש העיסוק – וכמוה כל נורמה אחרת הפוגעת בזכות-יסוד – מהווה הסדר ראשוני, אשר ראוי שייקבע בחוק על ידי הרשות המחוקקת.¹³⁸ כאמור, בעניין זה נפסלו ההנחיות שהוציא משרד החינוך משום שבחוקים הרלוונטיים לא הייתה כל נגיעה בעיסוק באבחון של ליקויי למידה או בתנאים להכרה של משרד החינוך באבחונים. בית המשפט ציין כי קיימת גישה דווקנית פחות, שלפיה תיתכן פגיעה בחופש העיסוק אף בהיעדר קביעה בלשונו המפורשת של החוק, ובלבד שהסמכות נדרשת להגשמת התכלית הפרטיקולרית של החוק המסמך.¹³⁹ אלא שגם לפי גישה זו לא היה אפשר

¹³⁴ לעקרון החוקיות כחלק מעקרון שלטון החוק במובן הפורמלי, ראו יצחק זמיר "שלטון החוק במדינת ישראל" הפרקליט – גיליון מיוחד לכבוד 25 שנים ללשכת עורכי הדין 61 (1987). וכן ראו דברי השופט ברק בבג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 621 (1986).

¹³⁵ בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337 (1983).

¹³⁶ שם, בעמ' 353.

¹³⁷ ראו אורן גזל "פגיעה בזכויות-יסוד 'בחוק' או 'לפי חוק'", משפט וממשל ד 381, 386 (1998).

¹³⁸ לכלל בדבר ההסדרים הראשוניים ראו דברי הנשיא ברק בבג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הבטחון, פ"ד נב(5) 481, 501 (1999); בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, תק-על(1) 2562 פס' 28–29 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין (2006).

¹³⁹ גישה זו מקורה בבג"ץ 1/88 פורז נ' שלמה להט, ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 326

להכיר בתקפות ההנחיות הנדונות, שכן בתכלית החוקים הרלוונטיים לא היה דבר שחייב הימנעות של משרד החינוך בהכרה באבחונים של ליקויי למידה שנעשו על ידי מאבחנים.¹⁴⁰ מקביעה זו עולה כי בית המשפט דרש כי התכלית תעלה באופן ברור מאוד מהחוק. ואכן, הפסיקה המאוחרת הסיקה, בין היתר על יסוד פרשת **לם**, כי לנוכח פסקת ההגבלה, הגישה שלפיה ניתן לפגוע בזכויות אדם גם בהיעדר קביעה מפורשת בחוק ובלבד שהסמכות נדרשת להשגת תכלית החוק, אינה חלה עוד.¹⁴¹ עיקרון זה אף עולה מפורשות מפסק דין מאוחר יותר של השופט לוי, שבו הוא מציין כי אילו העותרת לא הייתה מוותרת על טענת חוסר הסמכות – ייתכן שהיה בכך להביא לפסילת ההחלטה המנהלית.¹⁴²

מדיניות של רשות מנהלית הפוגעת בחופש העיסוק חייבת אפוא להיעשות מכוח חוק או לפי הסמכה מפורשת בחוק.¹⁴³ לא זו אף זו, על חוק זה לקבוע את ההסדרים הראשוניים¹⁴⁴ באופן ברור ככל שניתן, על מנת לקדם את הצורך בוודאות ובהגשמת ציפיות סבירות של אדם המבקש לעמוד במגבלות שהוצבו לגבי עיסוק מסוים.¹⁴⁵ יתרה מזאת, הדרישה כי הפגיעה בזכות תהיה "בחוק" משמעה כי החוק עצמו – ולא הפסיקה המפרשת אותו – יקבע את אמות המידה שבמסגרתן יופעל שיקול הדעת.¹⁴⁶

דומה כי הגישה שננקטה בפרשת **בקמן** היא גישה "הכללים הרגילים", שלפיה אין צורך למצוא הסמכה מפורשת לפגיעה בזכות יסוד. משמצאה רשות מנהלית הסמכה לבצע מעשה, די לה שתראה כי הפעלת המעשה באופן הפוגע בזכות היסוד היא סבירה. על פי גישה זו, בית המשפט אינו מדגיש את עקרונות היסוד כערכים עליונים הזכאים להתייחסות נפרדת, אלא בוחן אותם בין שאר השיקולים לבחינת סבירות פעולתה של הרשות.¹⁴⁷ נראה שלגישה זו אין עוד מקום לאחר חקיקת חוק-היסוד אשר דורש כי הפגיעה תיעשה "בחוק" או "לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו". מילים ברורות אלה

(1988). לניתוח הגישה ראו גזל, לעיל ה"ש 137, בעמ' 386–387.

¹⁴⁰ פרשת **לם**, לעיל ה"ש 95, בעמ' 685.

¹⁴¹ ראו בג"ץ 8070/98 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים**, פ"ד נח(4) 842, 850 (2004).

¹⁴² בג"ץ 5178/04 **מכללת מרכז הגליל למדע וטכנולוגיה (ע"ר) נ' משרד החינוך, התרבות והספורט**, תק-על(3)05 444, פס' 5 לפסק דינו של השופט לוי (2005).

¹⁴³ השוו דברי השופטת דורנר בבג"ץ 2921/03 **קאופמן נ' ד"ר שנון – מנהל אגף למקצועות**, תק-על(2)04 268 (2004).

¹⁴⁴ לתפיסה כי לשם הגבלת חופש העיסוק נדרשת הסמכה מפורשת בחוק, הכוללת קביעה של "ההסדרים הראשוניים" הרלוונטיים, ראו מדינה, לעיל ה"ש 126, בעמ' 368.

¹⁴⁵ ראו אליהו וינוגרד "אנשים טובים או: חופש העיסוק: עברו של מבקש רישיון ואופיו" **ספר שמגר** חלק א 309, 315 (אהרן ברק עורך, 2003); ראו גם ברק **פרשנות במשפט**, לעיל ה"ש 63, בעמ' 614.

¹⁴⁶ שם, בעמ' 502–503 ו-615; ברוך ברכה "זכויות אדם חוקתיות והמשפט המינהלי" **ספר יצחק זמיר** 161, 190 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005) והאסמכתאות המובאות שם.

¹⁴⁷ ראו גזל, לעיל ה"ש 137, בעמ' 387–389.

דורשות, לדעתי, חוק חרות לצורך פגיעה בזכות.¹⁴⁸ אכן, ישנה גם דעה הגורסת כי הדרישה האמורה היא להסמכה לביצוע המעשה, ואילו הפגיעה בזכות יכולה להילמד מתכלית החוק.¹⁴⁹ אלא שבפרשת **בקמן** אין ספק שהדרישה לא התקיימה גם לפי פרשנות מרחיבה זו, שכן כל נושא הסמכת מאלפי כלבי נחיייה אינו מוסדר בחקיקה, ולפיכך למדיניות הרשות המנהלית לא היה כל עיגון בחוק.

זאת ועוד, הרציונלים אשר דרישת החוק נועדה לקדם, אכן נפגעו במקרה דנן. בבג"ץ **לם** עמדה השופטת דורנר על כך שיתכן כי פגיעה בחופש העיסוק בחקיקת משנה או אפילו בחוזרי מנכ"ל או בהנחיות מנהליות אחרות – היא יעילה יותר משום שהליך החקיקה בכנסת הוא מורכב יותר מההליך המנהלי. אך יעילות אינה דווקא יתרון מקום שבו עומדת על הפרק פגיעה בזכויות האדם, ודווקא "סרבולה" של פעולת החקיקה הראשית מהווה ערובה מוסדית מסוימת לכך שזכויות יסוד לא ייפגעו אלא כאשר הדבר דרוש.¹⁵⁰ אכן, בפרשת **בקמן** עמידה על הדרישה כי ההסמכה לפגיעה תיעשה בחוק, ייתכן שלא הייתה מסייעת לעותר באופן מידי. עם זאת, חוק הקובע את ההסדרים הראשוניים היה מחייב דיון מושכל ועמידה על כל ההיבטים החוקתיים והמנהליים של הסוגיה. כך, למשל, מעובדות המקרה עולה תמונה, שלפיה קיימים רק שני בתי ספר לאילוף כלבים המוכרים על ידי המשיבים וכי אף אחד מהם אינו מתמחה באילוף כלבים לבעלי נכויות נוספות מלבד עיוורון. תמונה זו מעוררת שאלה חוקתית בדבר היכולת להשתמש במשטר רישוי לצורך הגבלת מספר העוסקים בענף כמעט עד כדי מונופול – דבר הדורש הצדקה משמעותית על פי הפסיקה הנוהגת.¹⁵¹ בנוסף, יש לשער כי קביעת ההסדרים הראשוניים בחוק הייתה מקדמת גם בחינה מנהלית מושכלת יותר של הקריטריונים, תוך עמידה למשל על הצורך בהסמכת מאלף המתמחה גם בנכויות אחרות, או לפחות יצירת מסלול חריג לסיוע לעיוורים הרוצים להיעזר במאלף כזה.¹⁵²

¹⁴⁸ השוו חיים ה' כהן, **המשפט** (מהדורה שנייה, מוסד ביאליק, תשנ"ב), בעמ' 136: "רק החוק החרות – הוא המשפט המחייב – יכול לשמש ערובה לחירות, או לפחות למה שנשאר מן החירות החיצונית לאחר שהמשפט הציב את גבולותיה". ראו גם עמדתו של גולדברג, לעיל ה"ש 98, בעמ' 75.

¹⁴⁹ ראו דעתו של גזל, לעיל ה"ש 137, בעמ' 423.

¹⁵⁰ פרשת **לם**, לעיל ה"ש 95, בעמ' 684–685.

¹⁵¹ בעבר שלטה הגישה כי יצירת מונופול דה פקטו דורשת הסמכה בחוק. ראו, למשל, בג"ץ 413/73 **ביקל נ' שר החקלאות**, פ"ד כח(2) 827, 831–832 (1974). כיום יש צורך בהצדקה, כגון אינטרס כלכלי או חברתי חשוב. ראו, למשל, עניין **מנחם**, לעיל ה"ש 97, בעמ' 266.

¹⁵² בית המשפט ציין כי "ניתן למשל להעלות על הדעת מצבים בהם אי-התמיכה תוליך להיעדר יכולת כלכלית של העיוור להשתמש בכלבו ולפגיעה משמעותית באיכות חייו של העיוור הנזקק לו, כמו כן יש לתת מענה למקרים שבהם יתברר כי אין ביכולתם של מוסדות אילוף מוכרים לספק לאותו עיוור את הכלב הדרוש לו. אלה הם מקרים בהם התכלית הסוציאלית צריכה לקבל עדיפות על פני התכלית לעודד קבלת כלבים מגורמים מוכרים. עוד ייתכן שיהיה צורך להבחין בין מי שכבר משתמש בכלב נחיייה זמן רב ובאופן מוצלח לבין מי שמשתמש בכלב הנחיייה זמן קצר בלבד". ראו בג"ץ **בקמן** לעיל ה"ש 1, בעמ' 899–900. עם זאת, בית המשפט סבר כי אין בידיו לדון

יצוין כי אף אם קיימת למשרד העבודה והרווחה הסמכה תקציבית בחוק התקציב לממן את הסיוע לעיוורים – אין בכך כדי להוות הסמכה מספקת. במקרה זה הסמכה תקציבית היא בבחינת תנאי הכרחי אך לא מספיק, אשר דורש גם הסמכה מאטרילית. אכן, ישנם מצבים שבהם כאשר כל מהות הפעולה היא הרשאה להוציא כספים, אזי ההסמכה התקציבית מספקת¹⁵³ והיא כפופה לסעיף 3א לחוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985¹⁵⁴ בדבר החובה לקבוע אמות מידה שוויוניות.¹⁵⁵ אלא שבמקרה זה הפגיעה העיקרית¹⁵⁶ היא פגיעה בחופש העיסוק, ולפיכך יש צורך בהסמכה מאטרילית בחוק רגיל וחוק התקציב אינו עונה על דרישה זו.¹⁵⁷

2.2 דרישת המידתיות

דרישה חוקתית נוספת אשר "נמלה" בתוך דרישת הסבירות היא המידתיות, אשר נחשבת כיום לאחד מהכלים העיקריים לביקורת שיפוטית על רשויות המנהל בהיותה אמצעי יעיל למניעת שימוש לרעה בכוח.¹⁵⁸ המידתיות התפתחה בארץ כעילה מנהלית ושודרגה אף לתנאי חוקתי בהיותה חלק מפסקת ההגבלה.¹⁵⁹ חוק-היסוד קובע כי הפגיעה בחופש העיסוק צריכה להיעשות "לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש".¹⁶⁰ החובה לפעול באופן מידתי התפרשה כעוסקת ביחס בין התכלית לבין האמצעים הננקטים להגשמתה: לא די שהתכלית "ראויה" גם האמצעים צריכים להיות ראויים, ואמצעי ראוי הוא אמצעי מידתי.¹⁶¹ על כן עניינה של בדיקה זו, בין היתר, בבחינת החלופות להשגת התכלית. לאחר שהוכשרה התכלית, יש לבחון במסגרת

בסוגיה זו הואיל ובנסיונות עניין זה לא נפרשה לפניו תשתית עובדתית ומשפטית מספקת. ספק אם תשתית זו קיימת לנוכח העובדה כי לא נטען שהמשיבים הביאו שיקולים אלה בחשבון כאשר קבעו את הקריטריונים למתן הכרה. שיקולים אלה היו חייבים להיות מובאים בחשבון אילו החוק היה מנחה את המשיבים, למשל, בנוגע לתקנות שעליהם להתקין ובאשר לשיקולים הצריכים להיות מובאים בחשבון במסגרת תקנות אלה.

¹⁵³ ראו בג"ץ 381/91 גרוס נ' משרד החינוך והתרבות, פ"ד מו(1) 53, 57 (1991).

¹⁵⁴ ס' 3א(ד) לחוק יסודות התקציב קובע כי: "הסכום שנקבע בסעיף תקציב לסוג של מוסדות ציבורי חולק בין מוסדות ציבור הנמנים עם אותו סוג לפי מבחנים שוויוניים".

¹⁵⁵ ראו בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337, 359 (1999).

¹⁵⁶ ראו לעיל דיון בה"ש 128 והטקסט שלידה.

¹⁵⁷ ראו עניין התנועה המסורתית, לעיל ה"ש 155, בעמ' 357.

¹⁵⁸ ראו: Itzhak Zamir, *Unreasonableness, Balance of Interests and Propojue hxus jupa*

.vghxue, in PUBLIC LAW IN ISRAEL 327, 333 (Itzhak Zamir & Allen Zysblat eds., 1996)

¹⁵⁹ למידתיות כעילה מינהלית וכתנאי חוקתי, ראו דליה דורנר "מידתיות" ספר ברנזון כרך שני בני

סברה 281 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000); ברכה, לעיל ה"ש 146, בעמ' 217–219.

¹⁶⁰ ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

¹⁶¹ לדיון נרחב ראו לאחרונה בג"ץ התנועה לאיכות השלטון לעיל ה"ש 84, פס' 57 לפסק דינו של

הנשיא ברק; עניין עדאלה-המרכז המשפטי, לעיל ה"ש 84, בפס' 64 לפסק דינו של הנשיא ברק

(שהיה במיעוט אך לא לעניין נקודה זו).

דרישת המידתיות שלושה מבחני משנה:¹⁶²

1. מבחן ההתאמה – דורש קשר רציונלי בין הפעולה להשגת תכליתה;
2. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה – מורה כי מבין האמצעים החלופיים העשויים לקדם את הגשמת התכלית יש לנקוט אמצעי שמידת פגיעתו בזכות או באינטרס המוגנים היא הפחותה;
3. מבחן המידתיות במובן הצר – דורש יחס סביר בין הפגיעה בפרט לבין היתרון החברתי הצומח ממנה;

עיון במרכיבי עילת המידתיות מגלה כי על בית המשפט לברר אם התשתית העובדתית שהציב לעצמו בעל הסמכות, ואשר לפיה בחר בדרך פעולה מסוימת – מבוססת על הערכה סבירה; ואם, בהינתן התשתית העובדתית הסבירה – ההחלטה שהתקבלה היא זו הראויה. ניתן אפוא לטעון לכאורה כי בסופו של דבר עניינה של המידתיות הוא בסבירות ההחלטה, ויתרה מזאת היא לוקה באותה בעייתיות של עילת הסבירות שכן מימוש "מבחן המידתיות במובן הצר" מחייב הערכה ערכית לגבי החשיבות היחסית של ערכים נוגדים, אשר יכולה לערב גם החלה של סדר העדיפויות הערכי-סובייקטיבי של השופטים.¹⁶³

עם זאת, יש חשיבות רבה בעמידה על הדרישה החוקתית למידתיות, ואין להחליפה בבחינה מנהלית גרידא של סבירות. ראשית, המידתיות מוסיפה על דרישת הסבירות. במסגרת עילת הסבירות בית המשפט מאזן בין השיקולים השונים, על מנת לבדוק אם האיזון שעשה המנהל נותר בגדר מתחם הסבירות. המידתיות, לעומת זאת, מניחה איזון ראוי בין השיקולים, אך ממשיכה ובוחנת אם האמצעי שננקט להגשמת אותו איזון הוא האמצעי הראוי.¹⁶⁴ מכאן שאף שניתן להעלות על הדעת פעולה סבירה אך בלתי מידתית, לא תיתכן, באופן מעשי, פעולה הפוגעת בזכות באופן מידתי אך בלתי סביר. אכן, הדבר אפשרי באופן תאורטי, אם הפעולה נותנת משקל רב מדי לזכויות האדם על חשבון אינטרסים ציבוריים אחרים. עם זאת, במצב כזה לא תידרש בדיקה על פי פסקת ההגבלה, אשר נוגעת למצבים שבהם נטען לפגיעה בלתי חוקתית בזכות. מצב שבו נטען לחוסר סבירות בשל מתן משקל גדול מדי לאינטרס ציבורי, ייבחן על פי מבחני הסבירות הרגילים. במסגרת זו יינתן מתחם סבירות גדול במיוחד לרשות, שכן קשה להלום מקרים שבהם נכונות של רשות ציבורית להעדיף זכויות פרטיות על פני אינטרסים ציבוריים שבאחריותה ובתחום מומחיותה תהיה בלתי סבירה במידה

¹⁶² ראו, למשל, בג"ץ 5667/91 ג'בארין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, מו(1) 858, 860 (1992); בג"ץ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון, פ"ד מח(1) 217, 219 (1993); בג"ץ 987/94 ירונוט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 435, 412 (1994); בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 53–54 (1997); בג"ץ 4542/02 עמותת קו לעובד נ' ממשלת ישראל, תק-על(1) 06, 4336, פס' 47–57 לפסק דינו של השופט לוי (2006); בג"ץ התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 84, בפס' 58–60 לפסק דינו של הנשיא ברק.

¹⁶³ ראו משה כהן-אליה "הפרדת רשויות ומידתיות" משפט וממשל ט 297, 304 (2006).

¹⁶⁴ בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1, 15–16 (1996).

קיצונית.¹⁶⁵

שנית, הסבירות הולמת איזון בין אינטרסים שונים – גם אם אינם עולים בגדר זכויות יסוד – שכן עניינה באיתור השיקולים הרלוונטיים ואיזון ביניהם על פי משקלם.¹⁶⁶ לעומת זאת, המידתיות – הבוחנת את יחסיות הפגיעה בזכות לטובת אינטרס – תואמת באופן אינהרנטי מצבים של פגיעה בזכות חוקתית. כך לגבי עילת המידתיות המנהלית, אשר עיקר ההיזקקות לה היה במצבים שבהם זכויות אדם נפגעו על ידי החלטה של רשות מנהלית האמורה להשיג מטרה לגיטימית שלשמה ניתנה הסמכות;¹⁶⁷ ובוודאי שכן לגבי העילה החוקתית, אשר מהווה חלק מפסקת ההגבלה הבוחנת את חוקתיות הפגיעה בזכות החוקתית.¹⁶⁸ לא זו אף זו, יש הטוענים כי זו הדרישה החשובה מבין ארבעת יסודות פסקת ההגבלה, שכן היא מטילה על הרשויות את הנטל המשמעותי ביותר בכך שהיא יורדת לפרטי ההסדרים, לרבות חלופות פוטנציאליות להגשמתן.¹⁶⁹ ההתמקדות של בית המשפט בפרשת **בקמן** בדרישת הסבירות טשטש אפוא את הייחודיות שבהלכה החוקתית בדבר דרישת המידתיות. בית המשפט הסתפק בבחינת השאלה אם הפעולה המנהלית סבירה, והתעלם, למשל, משאלת החלופות להגשמתה.

שלישית, ישנו הבדל בין מתחם המידתיות למתחם הסבירות. אכן, אמת המידה של המידתיות, כמו זו של הסבירות, אף היא אינה מדויקת. כפי שבית המשפט מעניק לרשות המנהלית "מתחם סבירות" קיים גם "מתחם הגבלה", דהיינו מרחב תמרון מסוים שבמסגרתו לא יתערב בית המשפט.¹⁷⁰ מתחם זה כולל בתוכו מטרות ראויות

¹⁶⁵ ראו בנדור וטמיר, לעיל, ה"ש 39, בעמ' 649–650; אריאל בנדור "אוורית-צבא בביקורת שיפוטית – בין שפיטות לפופולריות – בעקבות בג"ץ 3959/99 התנועה למען איכות השלטון נ' הוועדה לעיון בעונש" **פלילים** ט 413, 435 (2000).

¹⁶⁶ ראו לעיל, ה"ש 78 והטקסט שלידה.

¹⁶⁷ ראו ברכה, לעיל ה"ש 146, בעמ' 217. עם זאת, המחבר מציין כי נעשה שימוש בעקרון המידתיות גם בתחומים אחרים. כך, למשל, נבחנה מידתיות השימוש בתקנות שעת חירום במקום שימוש בכוח החקיקה הרגיל של הכנסת. ראו בג"ץ 2994/90 **פורז נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מד(3) 317 (1990).

¹⁶⁸ שדרוגה של העילה המנהלית לעילה החוקתית הוביל אף לעמידה דווקנית יותר על תנאיה. כך, למשל, בית המשפט הוסיף יסוד נורמטיבי גם למבחן המשנה הראשון, מבחן הקשר הרציונלי, בקבעו כי אין זה מבחן של קשר סיבתי טכני גרידא בין אמצעי לתכלית. ראו בג"ץ 9593/04 **מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**, תק-על 2006(2) 4362, פס' 25 לפסק דינו של השופט בניש (2006).

¹⁶⁹ ראו דורנר לעיל, ה"ש 159, בעמ' 282.

¹⁷⁰ ראו ברק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 373; ברק **פרשנות במשפט**, לעיל ה"ש 63, בעמ' 624–625; פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 34, בעמ' 437–438; עניין **מנחם**, לעיל ה"ש 97, בעמ' 280; בג"ץ **התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה"ש 84, פס' 61 לפסק דינו של השופט ברק. לרעיון של "margin" או "latitude" שמאפשר לרשות המנהלית חופש בחירה מסוים, ראו גם: Michael Fordham & Thomas de la Mare, *Identifying the Principle of Proportionality*, in UNDERSTANDING HUMAN RIGHTS PRINCIPLES 27, 28 (Jeffrey Jowell QC & Jonathan Cooper eds., 2001)

ואמצעים ראויים, שניתן לשזרם זה בזה, תוך יצירת מנגנון של אפשרויות חוקתיות להגבלה כדין של חופש העיסוק.¹⁷¹ לפיכך, מבחני המשנה של המידתיות אינם מוחלטים או דווקניים. לרשויות יש שיקול דעת ביישומם, ודי כי הפגיעה בזכות תימצא במסגרת "מתחם המידתיות" כדי שהנורמה תעמוד בדרישת המידתיות.¹⁷² כך, למשל, אילו מבחן המשנה בדבר בחירת האמצעי הפוגע בזכות במידה המזערית האפשרית היה מתפרש כפשוטו, הרי על הרשויות הייתה מוטלת חובה דווקנית לפעול לצורך הגשמת התכלית שביסוד פעולתן באופן הפוגע במידה הפחותה ביותר בזכות המוגנת. ואכן, על פי "תורת המדרגות" שפותחה במשפט הגרמני, על הרשות לפעול באופן שבו האמצעי שתבחר לצורך הגשמת התכלית שביסוד פעולתה יהיה בדרגה הנמוכה ביותר בסולם האמצעים האפשריים להגשמת אותה תכלית.¹⁷³ אלא שעילת המידתיות, אשר נקלטה במשפט הישראלי בעקבות המשפט הגרמני, פותחה על ידי בית המשפט העליון באופן עצמאי, וקיים שוני בינה לבין מקבילתה הגרמנית.¹⁷⁴ שוני זה מתבטא, כאמור, במרחב תמרון מסוים. מקום שבו קיימות אפשרויות סבירות אחדות המגשימות ביסודן את מבחן המידתיות, תוכל הרשות לבחור מביניהן בלי שבית המשפט יכפה עליה אפשרות זו או אחרת.¹⁷⁵

רוחבו של מתחם המידתיות ומידת הדווקנות שבה מוחלים מבחני המשנה מושפעים ממהותן של הזכויות העומדות על הפרק.¹⁷⁶ כך, למשל, בפסיקה ובספרות הובעה הדעה כי כאשר למבחן בדבר בחירת האמצעי הפוגע בזכות במידה המועטה הנדרשת, תושפע בחירת האמצעי מן הזכות הנפגעת. כשמדובר בזכות יסוד חשובה במיוחד יוקפד יותר על בחירת אמצעי הפוגע בה במידה המיזערית, וזאת גם אם מדובר באמצעי שעלותו ניכרת. ואולם הדין עשוי להיות שונה מקום שבו עומדת על הפרק זכות שחשיבותה פחותה, שלשם שמירתה לא תידרש המדינה לנקוט אמצעים העלולים לגרום להכבדה מיוחדת.¹⁷⁷ השאלה העקרונית בדבר מדרוג זכויות האדם בישראל הושארה אמנם בעבר

¹⁷¹ ראו ברק **שופט בחברה דמוקרטית**, לעיל ה"ש 80, בעמ' 212–213.

¹⁷² ראו דברי השופט דורנר בבג"ץ 450/97 **תנופה שירותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה**, פ"ד נב(2) 433, 451–453 (1998). ראו גם דברי הנשיא ברק בעניין **בן-עטייה**, לעיל ה"ש 164, בעמ' 13–14.

¹⁷³ לעילת המידתיות בדין הגרמני ראו KÖMMERS, לעיל ה"ש 28, בעמ' 46; SINGH, לעיל ה"ש 27, בעמ' 160–167. ראו גם הסיכום אצל ברק **פרשנות במשפט**, לעיל ה"ש 63, בעמ' 539–541.

¹⁷⁴ ראו גם יצחק זמיר "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה" **משפט וממשל ב** 109, 130–133 (1994).

¹⁷⁵ דורנר, לעיל ה"ש 159, בעמ' 291; בג"ץ 5578/02 **מנור נ' שר האוצר**, פ"ד נט(1) 729, 741 (2004).

¹⁷⁶ ראו ברק **שופט בחברה דמוקרטית**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 372–373. ראו גם עמדתו של כהן-אליה, לעיל ה"ש 163. כהן-אליה מציע גישה הקשרית להחלת דרישת המידתיות, אשר לפיה: (א) כל הגבלה על זכות חוקתית צריכה לעמוד בתנאים של המידתיות במובן הפורמלי; (ב) רק פגיעות משמעותיות בזכויות יסודיות צריכות לעמוד בדרישות המידתיות במובן המהותי.

¹⁷⁷ ראו דורנר, לעיל ה"ש 159, בעמ' 288–291. כן ראו דברי השופט דורנר בעניין **לשכת מנהלי ההשקעות**, לעיל ה"ש 34, בעמ' 420–422; בג"ץ 1452/93 **איגלו חברה קבלנית לעבודות צנרת בניין ופיתוח בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר**, פ"ד מז(5) 610, 617–618 (1993).

"בצריך עיון".¹⁷⁸ עם זאת, הקו המנחה את הפסיקה כיום הוא כי לעניין ההגנה על זכויות האדם בפני פגיעה בדין, לא כל הזכויות הן בעלות מעמד שווה, ומידת חשיבות האינטרס הנדרש על מנת להצדיק פגיעה עשויה להשתנות לפי מהותה של הזכות הנפגעת.¹⁷⁹ לעניין זה אין ספק שלמדרוג הזכויות האמריקני השפעה ניכרת.¹⁸⁰ ישנה הכרה בכך כי התערבות בית המשפט בהגנה על זכויות "כלכליות" או "חברתיות" כרוכה בעלויות תקציביות משמעותיות והערכות בדבר סדרי עדיפויות, ועל כן היא בעייתית יותר מהתערבות בית המשפט בהגנה על זכויות אזרחיות.¹⁸¹ בהתאם לכך, כאשר הרציונל העומד ביסוד חופש העיסוק הוא הזכות הכלכלית של האדם להתפרנס גרידא, מתחם המידתיות הניתן לרשות רחב במיוחד.¹⁸²

אפשר להתווכח כמובן עם ההלכה המקנה מתחם מידתיות רחב לרשות לבחירה באמצעי הפוגע, כאשר הפגיעה היא בזכותו של האדם להתפרנס.¹⁸³ אך בכל מקרה, רוחבו של מתחם המידתיות כאשר מדובר בזכות כלכלית גרידא אינו צריך להביא לווייתור מוחלט על דרישת המידתיות החוקתית והחלפתו בבחינה של סבירות. הדיון במידתיות נעשה לאחר שבית המשפט קובע כי מדובר בפגיעה בזכות חוקתית. על כן רוחב המתחם, כמו גם מידת הדווקנות שבעמידה על דרישות המשנה של המידתיות, מושפעים מעצמת הזכות הנפגעת. הדיון החוקתי בעצמתה של הזכות לעומת

¹⁷⁸ ראו דברי הנשיא ברק בעניין **חורב**, לעיל ה"ש 162, בעמ' 62. ראו גם ברק **פרשנות במשפט**. לעיל ה"ש 63, בעמ' 522.

¹⁷⁹ ראו בג"ץ **התנועה לאיכות השלטון בישראל**, לעיל ה"ש 84, פס' 53 לפסק דינו של הנשיא ברק והאסמכתאות המובאות שם.

¹⁸⁰ במשפט האמריקני ישנה הבחנה בסיסית בין בחינה רגילה לבין בחינה קפידה. במקרים שבהם נטענת פגיעה בזכות ממדרג נמוך, כגון זכות כלכלית או פגיעה בשוויון שלא בשל סוג "חשוד", בוחן בית המשפט את קיומו של הקשר הרציונלי בין האינטרס הלגיטימי לבין האמצעי הפוגע (rational basis review). בחינה זו מהווה פרדיגמה לריסון שיפוטי. ראו למשל: *FCC v. Beach* (1993), 508 U.S. 307, 313–314. לעומת זאת, כאשר מדובר בפגיעה בזכויות במדרג גבוה (fundamental interests) או בפגיעה בשוויון של קבוצה "חשודה" כמו גזע, מופעלת בחינה קפידה (strict scrutiny), שלפיה יש צורך שהאמצעי הננקט יהיה הכרחי לקידום אינטרס מכריע של המדינה (necessary to promote a compelling state interest). ראו: NORMAN REDLICH, JOHN ATTANASIO & JOEL K. GOLDSTEIN, *UNDERSTANDING* *Randel Kennedy, Race, Crime*. CONSTITUTIONAL LAW, 378–379 (3rd ed. 2005). כן ראו: *and the Law* 147 (1998).

¹⁸¹ להבדלים בין זכויות "חברתיות" לבין זכויות "אזרחיות" ולשאלה אם ההבדלים הללו מצדיקים הגנה חוקתית מופחתת לזכויות ה"חברתיות", ראו גיא דוידוב "הזכות לעבוד כזכות קהילתית ואישית והפוטנציאל החוקתי שלה" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 533, 555–564 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004); רות גביון "על היחסים בין זכויות אזרחיות-פוליטיות ובין זכויות חברתיות-כלכליות" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 25, 40–50 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004); מונדלק, לעיל ה"ש 129, בעמ' 91–104.

¹⁸² ראו דברי השופט דורנר בעניין **לשכת מנהלי ההשקעות**, לעיל ה"ש 34, בעמ' 423. השוו ברק, לעיל ה"ש 130, בעמ' 379; דברי השופט ביניש בעניין **מנחם**, לעיל ה"ש 97, בעמ' 258.

¹⁸³ השוו גרוס, לעיל ה"ש 109, בעיקר בעמ' 253–258.

האינטרסים העומדים על הפרק, הוא אפוא אינהרנטי ואינו יכול להתחלף במתן מתחם סבירות "רגיל", כפי שנעשה בפרשת **בקמן**.

ולבסוף, על פי גישה מסוימת קיימת גם עדיפות **רביעית** של דרישת המידתיות על דרישת הסבירות. יש הטוענים כי עקרון המידתיות תואם באופן הטוב ביותר את חלוקת התפקידים שבין המחוקק לבתי המשפט במדינות דמוקרטיות, משום שביישום דרישה זו יש משום המרת שאלות ערכיות (שבהן מתפקידו של המחוקק להכריע) לשאלות עובדתיות (שבהן מתפקידם של בתי המשפט להכריע).¹⁸⁴ על פי גישה זו, בתי המשפט ביישמו את דרישת המידתיות, בוחנים עובדתית עד כמה האינטרסים של הצדדים נפגעים ומיישמים על כך את כלל המידתיות, באמצעות רציונליזציה שיש בה משום החלת נורמה ולא משום הערכה סובייקטיבית של המחוקק, פרשנות או עריכת מאזני עלות תועלת.¹⁸⁵ אם ניצמד לגישה זו, שאינה חסינה מביקורת,¹⁸⁶ הרי בהחלת דרישת המידתיות יש בראש ובראשונה שמירה על התפיסה הדמוקרטית הבסיסית של הפרדת הרשויות, ואילו יישום של דרישת הסבירות, יש בו משום החלפת שיקול הדעת של הרשויות בשיקול דעתו של בית המשפט.¹⁸⁷ אכן, בפרשת **בקמן** נמנע בית המשפט מהחלפת שיקול הדעת של הרשויות בשיקול דעתו, אך ניתן לטעון שבכך הוא מנע מהמחוקק לבחון את שיקול הדעת האמור, ולמעשה אישר את שיקול דעת הרשות משום שזה תאם את שיקול דעתו.

ה. הזכות המנהלית והזכות החוקתית

טשטוש התחומים שבין הסבירות לחוקתיות גורם להחלשת הזכות החוקתית בשל הדמייתה לזכות המנהלית. הדבר בא לביטוי הן בצורך של העותר להפריך את חזקת החוקיות, העומדת ברגיל לרשויות מנהליות, והן בריסון השיפוטי, אשר בית המשפט נוקט בהעבירו ביקורת שיפוטית על רשויות אלה. ואכן, בית המשפט בפרשת **בקמן** שם את הדגש על שני עקרונות אלה בהטעימו כי:

"מן המפורסמות הוא כי בבוא בית משפט לבקר החלטה מנהלית אין הוא מתיימר להחליף את שיקול-דעתה של הרשות הציבורית בשיקול-דעתו שלו. הסמכות לקבוע באילו תנאים יסופקו שירותים לעיוורים

184 ראו: DAVID M. BEATTY, THE ULTIMATE RULE OF LAW 159–188 (2004).

185 ראו שם, בעיקר בעמ' 169–171.

186 Richard A. Posner, *Constitutional Law from a Pragmatic Perspective*, 55 U. TORONTO L. J. 299 (2005).

187 על פי עקרון הפרדת הרשויות לכל אחת משלוש הרשויות – המחוקקת, המבצעת והשופטת – תפקידים קונסטיטוציוניים מוגדרים, ואל לה לאחת להתערב בביצוע הפונקציות של האחרת או להפריע לה בעבודתה. ראו: A.S. GOLDSTEIN, THE PASSIVE JUDICIARY 53 (1981). ראו גם את דברי המשנה לנשיא חשין, לעיל ה"ש 138.

ניתנה למשיבים, וביקורתנו מצטמצמת איפוא לשאלה אם סמכות זו הופעלה בגדרו של מתחם הסבירות, ואם ניתן משקל ראוי לשיקולים הרלוונטיים.¹⁸⁸

ואולם ההצדקות לחזקת החוקיות כמו גם לריסון השיפוטי מאבדות את מרבית כוחן כאשר הוכחה פגיעה בזכויות יסוד.

1. חזקת החוקיות

כלל הוא שמעמידים כל פעולה מנהלית בחזקה שנעשתה כדין: חזקה זו – המכונה "חזקת החוקיות", "חזקת הכשרות" או "חזקת התקינות" – פירושה שהטוען שפעולה פלונית נעשתה שלא כדין – עליו הראיה.¹⁸⁹ חזקת החוקיות מגנה על ההחלטה המנהלית במונח זה שבהליכים בפני בית המשפט הגבוה לצדק צריך אדם להוכיח, לכאורה, כי נפל פגם משפטי בהחלטה המנהלית כדי שבית המשפט יוציא צו על תנאי ויחייב את הרשות להשיב לעתירה. רק אם ניתן צו על תנאי, חייבת הרשות לפרוש את הטעמים התומכים בהחלטתה, ובית המשפט בודק את הטעמים האלה כדי לפסוק אם נפל פגם בהחלטה.¹⁹⁰

חזקת החוקיות יוצרת נטל כבד על העותר בבג"ץ כנגד תוקף פעולה מנהלית, שכן הוא נמצא בעמדה של נחיתות בולטת. המידע מצוי בידי הרשות, והביסוס העובדתי של טענותיו תלוי במידה רבה ביכולתו לחשוף את מניעי הרשות. לכך מצטרפות המגבלות הראייתיות שמטיל אופיו של הדיון בבג"ץ, אשר מבוסס על תצהירים בלבד ואינו מאפשר חקירת עדים.¹⁹¹ התוצאה היא שחזקת החוקיות פועלת מעבר לכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה". כלל זה עשוי להכשיל כל תביעה לגוף העניין, אך חזקת החוקיות בעתירות המוגשות לבג"ץ עשויה להכשיל את עצם הדיון גופו, שכן אם העותר לא התגבר עליה – כלל לא ניתן לו היתר להתדיין עם הרשות.¹⁹² לאור זאת, על חזקת החוקיות – שטעמיה היסטוריים ונעוצים בפררוגטיבה של הכתר האנגלי – הועברה לא פעם ביקורת, בין היתר בשל התוצאה של החלשת הזכות המנהלית.¹⁹³

¹⁸⁸ בג"ץ בקמן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 895.

¹⁸⁹ ראו יצחק זמיר "ראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק" משפט וממשל א 295, 297 (1993); רע"פ 1088/86 מחמוד נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה הגליל המזרחי, פ"ד מד(2) 417, 419 (1990); בג"ץ 139/79 אריש נ' שר הפנים והמטרה, פ"ד לג(2) 378 (1979).

¹⁹⁰ ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 7, כרך ב, בעמ' 900, 920.

¹⁹¹ לדיון ראו ZAMIR, לעיל ה"ש 45, בעמ' 79–80; זמיר, לעיל ה"ש 189, בעמ' 295–297. לקושי בהפרכת החזקה ראו גם דברי השופט יצחק זמיר בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש-עיריית באר-שבע, פ"ד נג(3) 289 (2000).

¹⁹² ראו זמיר, לעיל ה"ש 189, בעמ' 297–302.

¹⁹³ שם, בעמ' 300; ZAMIR, לעיל ה"ש 45, בעמ' 80. וראו דברי השופט ברק, בק"ק שר לשיקול דעתו של בג"ץ לדחות עתירה בלא לדון בה לגופו של עניין, בבג"ץ 170/87 אסולין נ' ראש עיריית קרית גת, פ"ד מב(1) 678, 692 (1988): "חולשה זו של הזכות המינהלית אינה רצויה כלל [...] יש

אכן, עצמתה של חזקת החוקיות משתנה על פי הנסיבות השונות ועל פי מהותם של הפגמים הנטענים.¹⁹⁴ כך, למשל, חזקה זו חלה ביתר שאת כאשר מעוררת חוקיות חקיקת משנה,¹⁹⁵ ומאידך היא חלשה במצבים שבהם הטענה היא למינויים פוליטיים.¹⁹⁶ בהתייחס לפגיעה בזכויות יסוד, נקבע גם בפסיקה שדנה במצבים שבהם לא הייתה תחולה ישירה לחוק-יסוד,¹⁹⁷ כי הצבעה על פגיעה בזכות יסוד מחלישה עד מאוד את חזקת החוקיות, ומעלימה אותה לחלוטין כאשר הפרטים הם בדיעת הרשות.¹⁹⁸ הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר חלים חוקי-היסוד באופן ישיר, דהיינו במצבים שבהם יש לבחון את התקיימות תנאי פסקת ההגבלה, כגון במקרים שבהם קיימת פגיעה בחופש העיסוק.¹⁹⁹ אכן, הטוען לפגיעה בחופש העיסוק – עליו נטל ההוכחה לפי הכלל הרגיל של המוציא מחברו עליו הראיה. אך משהוכחה הפגיעה – עובר הנטל אל הטוען לחוקתיות הפגיעה. הגישה המקובלת היא כי הטוען לקיום תנאיה של פסקת ההגבלה – הנטל עליו.²⁰⁰ אמנם בפרשת **בנק המזרחי**²⁰¹ הובעו דעות שונות בסוגיית הנטל להוכחת תנאיה של פסקת ההגבלה ובהיעדר צורך להכריע הושארה הסוגיה בצריך עיון,²⁰² אך שופטים רבים בפסק דין זה ובפסיקה המאוחרת נטו לדעה כי נטל ההוכחה להתקיימות תנאי פסקת ההגבלה מוטל על המדינה.²⁰³ לאחרונה חזר הנשיא ברק על עמדתו לפי נטל השכנוע בשלב השני מוטל על מי שטוען לחוקתיות הפגיעה, דהיינו

לשאוף לכך שהזכות המהותית במשפט המינהלי תעמוד איתן על רגליה היא". ראו גם בג"ץ 2285/93 נחום נ' ראש עיריית פתח תקווה, פ"ד מה(5) 630, 641 (1994); בג"ץ 2148/94 גלברט נ' כבוד נשיא בית המשפט העליון ויושב-ראש ועדת החקירה לבדיקת אירועי הטבח בחברון, פ"ד מה(3) 604, 573 (1994).

194 ראו ע"א 6066/97 עיריית תל-אביב-יפו נ' אבן אור פסגת רוממה בע"מ, פ"ד נד(3) 749, 755–756 (2000).

195 ראו בג"ץ 98/54 לזרוביץ נ' המפקח על המזונות, פ"ד י(1) 40, 48 (1956); בג"ץ 4769/90 זידאן נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מז(2) 147, 172 (1993); ע"א 184/80 אייגלר נ' המגן חברה לביטוח בע"מ, פ"ד לה(3) 518, 523 (1981). ראו גם אהרן ברק "פיקוח בתי המשפט על חקיקת המשנה" הפרקליט כא 463 (1965).

196 ראו בג"ץ 4566/90 דקל נ' שר האוצר, פ"ד מה(1) 28 (1990), ובעקבותיו מאמרו של יצחק זמיר "מינויים פוליטיים בביקורת שיפוטית" משפטים כא 145 (1991). כן ראו בג"ץ 4733/94 נאות נ' מועצת עיריית חיפה, פ"ד מט(5) 111 (1996).

197 זהו המצב כאשר מדובר בחוק המשוריין לפי ס' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. במצב כזה חוק-היסוד משפיע רק על דרך פרשנות אך אינו חל באופן ישיר.

198 בג"ץ 4146/95 עזבון דנקר נ' מנהל רשות העתיקות, פ"ד נב(4) 774, 793 (1998).

199 גם כאשר הפגיעה נעשית על ידי חוק שקדם לחוק-היסוד, שכן חוקים שקדמו לחוק-היסוד כבר אינם משוריינים. ראו ס' 10 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

200 ראו ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 63, בעמ' 477, 594 ו-608. לעיל ה"ש 34.

202 ראו סיכום הדעות על ידי השופט מצא, שם, בעמ' 577–579.

203 ראו הסקירה המובאת בבג"ץ התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 84, פס' 21 לפסק דינו של הנשיא ברק.

הרשות המנהלית.²⁰⁴ עם זאת, בלא להכריע בדבר, ננקטה הגישה שהביע השופט יצחק זמיר בפרשת **צמח**,²⁰⁵ ולפיה השאלה על מי מוטל נטל השכנוע תלויה במשקל היחסי הניתן לשיקולים של שלטון החוק, חזקת החוקתיות של החוק, חשיבות הזכות הנפגעת, עצמת הפגיעה בזכות ואינטרסים ציבוריים אחרים.²⁰⁶

ניתן אפוא לסכם ולומר כי הזכות החוקתית חזקה מהזכות המנהלית. אמנם קיימת גם "חזקת חוקתיות", אך חזקה זו מופרכת פעמים רבות מעצם הוכחת הפגיעה החוקתית. הוכחה כזו עשויה להעביר את הנטל אל הרשות להוכיח את חוקתיות הפגיעה. גם חוקתיות זו תיבחן בקפידה, שכן כפי שטוען בצדק פרופ' ברוך ברכה, גם כאשר יש הסמכה לפגיעה חוקתית, חייבת הרשות לשקול את הפעלתה כך שלא תהיה פגיעה בזכות, או שהפגיעה תהא מינימלית.²⁰⁷ לפיכך, טשטוש התחומים וההתייחסות אל הזכות החוקתית כמנהלית, מקשה על העותר אשר עומד תחת נטל הפרכת חזקת החוקיות, אף שהוכיח לכאורה פגיעה בזכות חוקתית.

בפרשת **בקמן**, אף על פי שבית המשפט קיבל את טענתו של העותר כי מדובר בפגיעה בחופש העיסוק, הוא הטיל עליו את מלוא נטל הפרכת חזקת החוקיות, תוך שהוא מציין כי לא הוכח שהלחצים שהפעילו מתחריו של העותר השפיעו על המשיבים וכי למרות התעודות שהציג בדבר כישוריו הרי ש"ההכרעה בכשרותו של העותר ניתנת למשיבים ולא לבית משפט זה".²⁰⁸ למצער ניתן לומר כי העובדה שמדובר בפגיעה חוקתית, שנעשתה ללא הסמכה חוקית, צריכה הייתה להחליש את חזקת החוקיות במובן של דרישה שהרשות תציג תשתית ראייתית מוצקה מהרגיל לצורך הגנה על החלטתה הפוגעת בזכות המוגנת.²⁰⁹

2. כלל הריסון

הביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות מאופיינת בריסון שיפוטי,²¹⁰ שלפיו בית המשפט אינו מחליף את שיקול דעת הרשות בשיקול דעתו.²¹¹ כאמור, שיקול דעת הוא מאפיין הכרחי של סמכויות המנהל במדינה המודרנית.²¹² הקניית שיקול דעת לרשות משמעה שלמרות הכללים החלים על פעולותיה, עדיין נותר לה מרחב של החלטה וכוו

204 שם, פס' 22 לפסק דינו של הנשיא ברק.

205 עניין **צמח**, לעיל ה"ש 34.

206 שם, בעמ' 268.

207 ברכה, לעיל ה"ש 146, בעמ' 213.

208 בג"ץ **בקמן**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 896.

209 השוו ברכה, לעיל ה"ש 146, בעמ' 201.

210 ראו דברי השופט ריבלין בבג"ץ 1993/03 **התנועה למען איכות השלטון נ' ראש הממשלה**, פ"ד נז(6) 817, 836 (2003).

211 ראו דברי השופט ברק בעניין **דפי זהב בע"מ**, לעיל ה"ש 66, בעמ' 445.

212 ראו לעיל ה"ש 15 והטקסט שלידה.

לבחור את הפתרון הנראה לה מבין פתרונות חלופיים אפשריים.²¹³ על כן נקודת המוצא היא שבית המשפט נוקט ריסון שיפוטי, והוא לא יתערב בשיקול הדעת של הרשות רק משום שהיה בוחר בפתרון אחר.²¹⁴ עם זאת, לחוקי-היסוד צריכה להיות השפעה על שיקול הדעת המנהלי, ככל שזה נוגע לסמכות שבאמצעותה ניתן לפגוע בזכויות המוגנות.²¹⁵ דהיינו, לא זו בלבד שחוקי-היסוד משפיעים על כוחו של המחוקק להעניק שיקול דעת גורף ללא קביעת ההסדרים הראשוניים,²¹⁶ אלא שבהפעלת סמכותה חייבת הרשות להתחשב בזכויות המוגנות.²¹⁷ כפועל יוצא של כך, גם מאפיין הריסון השיפוטי נחלש כאשר מעל הביקורת השיפוטית מרחף הענן החוקתי. כפי שציין הנשיא ברק בבג"ץ **לשכת מנהלי ההשקעות**, "ריסון שיפוטי אסור לו שיביא לשיתוק שיפוטי".²¹⁸ על כן, כאשר "הפגיעה היא מעבר למידה הדרושה, אין מנוס מנקיטת עמדה שיפוטית ברורה".²¹⁹

השוני במידת הריסון השיפוטי כאשר מעורבות זכויות חוקתיות אינו תופעה חדשה לשיטת המשפט שלנו. כך, למשל, ביטוי בולט לכך היה תמיד בביקורת השיפוטית במסגרת טענות לפגיעה בשוויון. בהקשר זה קיים הבדל בין השוויון החוקתי למנהלי.²²⁰ השוויון החוקתי עניינו בעיקרון האוסר על ההפליה הקבוצתית (כגון האפליה מטעמי דת, מין או גזע),²²¹ ואילו השוויון המנהלי עניינו בכלל המחייב כל רשות מנהלית שלא לנהוג בדרך מפלה בין שני פרטים שאין ביניהם הבחנה רלוונטית.²²² כאשר עסקינן בשוויון המנהלי, על מנת שעותר יצליח בטענה כי הופלה לרעה עליו להראות כי קיים קריטריון מסוים, אשר הוא נופל לגדרו, ולמרות זאת מופלה לעומת אחרים. טענה להתערבות בקריטריון עצמו בדרך כלל לא תצלח, שכן

213 להגדרה ה"שליטת" לשיקול הדעת, ראו יואב דותן "החובה לקבוע כללים מינהליים" **משפטים** כג 437, 439, ה"ש 3 (1994). ראו גם: Robert E. Goodin, *Welfare, Rights and Discretion*, 6 (1986); RONALD DWORIN, *TAKING RIGHTS OXFORD J. LEGAL STUD.* 232, 233 (1986); SERIOUSLY 31 (1978).

214 ראו, למשל, ד"ר 16/61 **רשם החברות נ' כרוזש**, פ"ד טז(2) 1209, 1215 (1962).

215 ברכה, לעיל ה"ש 146, בעמ' 213.

216 ראו לעיל ה"ש 138 והטקסט שלידה.

217 ברכה, לעיל ה"ש 146, בעמ' 213.

218 לעיל ה"ש 177.

219 לעיל ה"ש 33, בעמ' 389.

220 להבחנה הבסיסית ראו מיכל טמיר (יצחקי) "הזכות לשוויון של הומוסקסואלים ולסביות", **הפרקליט** מה 94, 109–111 (2000); אריאל בנדור "שוויון ושיקול דעת שלטוני – על שוויון חוקתי ושוויון מינהלי" **ספר שמגר** חלק א 287, 293–299 (אהרן ברק עורך, 2003) והשוו יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" **משפט וממשל** ה 165, 205–208 (1999).

221 להפליה קבוצתית, ראו פרנסס רדאי "הפרטת זכויות האדם" והשימוש לרעה בכוח "משפטים כג 21, 34 (1994). לעקרן השוויון כערך יסוד בשיטתנו, ראו בג"ץ 953/87 **פורז נ' ראש עיריית תל-אביב**, פ"ד מב(2) 309 (1988).

222 לחובת השוויון ואיסור ההפליה כחלק מחובות הרשות המנהלית, ראו בג"ץ 688/81 **מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות**, פ"ד לו(4) 85, 91 (1982).

בית המשפט לא יתערב בקריטריון אלא לכל היותר יבחן את סבירותו,²²³ ולא יחליף את שיקול דעת הרשות בשיקול דעתו.²²⁴ לעומת זאת, כאשר מדובר בטענה לפגיעה בשוויון החוקתי-קבוצתי, בית המשפט לא יחיל את כלל הריסון, ויבחן *de novo* את הקריטריון.²²⁵ ואמנם, במקרים מסוימים שבהם הקריטריון יצר הבחנה על בסיס מין או לאום, התייחס בית המשפט לעצם ההבחנה כהפליה ולא הסתפק בהצבעה על שונות ולוונטית, אלא דרש הצדקה חזקה ביותר להבחנה ועמידה בדרישות פסקת ההגבלה.²²⁶

אכן, ויתור מוחלט על כלל הריסון השיפוטי אינו רצוי, בשל מגבלות הנובעות באורח אינהרנטי מאופי פעילותו של בית המשפט: בית המשפט פסיבי מטבעו ועוסק רק במה שמובא לפניו ביזמתו של בעל הדין; אין לו כלי חקירה כדי לרדת לעומקה של מחלוקת ציבורית, והוא תלוי בחומר החקירה שהפרקליטים בוחרים להביא בפניו.²²⁷ זאת ועוד, השופטים אינם בעלי המקצועיות והמשאבים הנדרשים לחישוב העלויות והתועלות החברתיות של כל הכרעה מנהלית, והם מתבוננים על שאלות של מדיניות חברתית מזווית ראייה של ביקורת שיפוטית. הכרעה מנהלית, לעומת זאת, דורשת הבנת ההשלכות של יישום יחיד של כלל על עולם שלם של יישומים אפשריים.²²⁸ בסופו של יום, אין ספק כי הכרעות מדיניות פוליטית צריכות להיקבע על ידי הרשות המנהלית.²²⁹ דא עקא, שנימוקים אלה מאבדים, לפחות חלקית, מכוחם כאשר עסקינן בפגיעה בזכויות אדם. כאן על בית המשפט לנקוט הרבה פחות ריסון שיפוטי ולשאת את דגל זכויות האדם.

²²³ ראו למשל, בג"ץ 720/82 אליצור איגוד ספורטיבי דתי נ' עיריית נהריה, פ"ד לז(3) 17 (1983) (פסילת קריטריונים לחלוקת שעות מסלול בברכה עירונית, לא משום שבית המשפט מצא לנכון להתערב בשיקול דעת העירייה, אלא בשל חוסר סבירותם של הקריטריונים אשר קבעו את חלוקת השעות בין האגודות).

²²⁴ ראו, למשל בג"ץ 678/88 כפר ורדים נ' שר האוצר, פ"ד מג(2) 501 (1989) (קבלת עתירה של היישוב כפר ורדים להיכלל ברשימת היישובים שבתוספת לתקנות מס הכנסה (הנחות ממס בישובי גבול הצפון), התשמ"ח-1985. העתירה התקבלה לא משום שבית המשפט היה נכון להתערב בקריטריונים, אלא משום שהיישוב הראה שאין מקום להבחין בינו לבין רשימת היישובים שבתוספת).

²²⁵ ראו טמיר, לעיל ה"ש 220, בעמ' 110.

²²⁶ ראו למשל דברי השופטת דורנר בעניין מילר, לעיל ה"ש 59, בעמ' 135; בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 276 (2000); בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני ערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, תק-על 1(06) 2562, פס' 20 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006).

²²⁷ ראו משה לנדוי "כוחו של בית-המשפט ומגבלותיו" משפטים י 196, 198 (1980); דותן, לעיל ה"ש 213, בעמ' 466; טמיר, לעיל ה"ש 64, בעמ' 525.

²²⁸ ראו: DONALD L. HOROWITZ, THE COURTS AND SOCIAL POLICY 26 (1977); Colins S. Diver, *The Optimal Precision of Administrative Rules*, 93 YALE. L. J. 65, 108 (1983)

²²⁹ השוו: Richard B. Stewart, "The Reformation of American Administrative Law", 88 HARV. L. REV. 1669, 1700 (1975)

עניין זה מחזיר אותנו אל ההבדל בין מתחם הסבירות למתחם המידתיות. כאשר מדובר בעניין מנהלי גרידא, הריסון השיפוטי מתבטא, כאמור, בכך שבית המשפט נותן מתחם סבירות רחב לרשות ומתערב רק במקרים של חוסר סבירות קיצוני. לעומת זאת, כאשר מדובר בפגיעה בזכות יסוד מוגנת, הריסון השיפוטי לא צריך למנוע מבית המשפט את בחינת התקיימותם של תנאי פסקת ההגבלה. אכן, עצמתה של הזכות הנפגעת ושל שאר האינטרסים הנדונים יבואו לביטוי במסגרת מתחם המידתיות. כאן, בהתאם לדין הנוהג, ינתן מתחם רחב יותר לרשות כאשר מדובר בפגיעה בזכות כלכלית גרידא. דא עקא, שגם מתחם זה אינו בלתי מוגבל. בית המשפט רשאי ואף חייב להתערב כאשר מוכח, למשל, שהרשות כלל לא שקלה חלופות אחרות אשר יבאו לפגיעה קטנה יותר בזכות. אכן, לעתים הדבר כרוך במחיר ביטולן או החלפתן של החלטות מנהליות, אשר המסקנה היא כי הן אינן חוקתיות.

בפרשת **בקמן** בית המשפט יצא, **ראשית**, מנקודת מוצא של ריסון שיפוטי רגיל, בהדגישו כי ביקורתו מצטמצמת לשאלה אם סמכות המשיבים הופעלה בגדרו של מתחם הסבירות ואם ניתן משקל ראוי לשיקולים הרלוונטיים. העובדה כי מדובר בפגיעה בחופש העיסוק לא זו בלבד שלא שינתה את מהותה של הביקורת השיפוטית, אלא שאף לא השפיעה על רוחבו של מתחם הסבירות. ביקורת שיפוטית חוקתית צריכה הייתה לעמוד על תנאי פסקת ההגבלה. במסגרת זו בראש ובראשונה היה צורך לדרוש הסמכה חוקית לפגיעה. גם בהנחה שהייתה הסמכה כזו, היה צורך בבחינת שאר תנאי פסקת ההגבלה. אכן, ייתכן שבשל מהותה של הזכות מתחם המידתיות במקרה זה הוא רחב, אך בוודאי אין זה מייתר את בחינת השאלה אם הרשות שקלה חלופות כלשהן. **שנית**, בית המשפט הדגיש כי "רשאית רשות מנהלית לקבוע הנחיות לדרך פעולתה, וכן אמות מידה על פיהן יינתנו שירותיה"²³⁰. אלא שכאשר מדובר בפגיעה בזכות יסוד, ראוי שבית המשפט יבחן גם את הקריטריונים עצמם. כך, למשל, במקרה זה ראוי היה לתת את הדעת לשאלה אם הגיוני שהקריטריונים אינם יוצרים לפחות חריג כלשהו לאנשים בעלי כמה מוגבלויות, ואם אפשר להשתמש בקריטריונים לצורך צמצום מספר העוסקים בענף כמעט עד כדי יצירת מונופול.

הדגש המופרז שניתן בפרשת **בקמן** לריסון השיפוטי ולא-ההתערבות בשיקול דעת הרשות המוסמכת אינו חד-פעמי,²³¹ וניתן לזהותו גם כאשר מדובר בפגיעות חוקתיות ישירות בחופש העיסוק, כגון על דרך של הגבלת יבוא. כך, למשל, בעתירה שהעמידה במבחן את החלטת שר הבריאות שלא להתיר לעותר לייבא ממצרים דגים חיים אלא רק

²³⁰ בג"ץ **בקמן**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 895.

²³¹ ראו למשל עניין **לילך**, לעיל ה"ש 124. שם הוגשה עתירה נגד החלטת משרד החינוך שלא לאשר את ספרה של העותרת ללימוד בבתי ספר. וכך כתבה השופטת שטרסברג-כהן: "אין אנו מחליפים את שיקול דעתה של הרשות המופקדת על הנושא בשיקול דעתנו. הרשות פעלה על פי כללים וקריטריונים מקובלים ובסיוע מומחים. כל עוד פעלה הרשות באופן סביר, תעמוד החלטתה על כנה".

דגים "מצוננים",²³² אף שבית המשפט עמד על הפגיעה בחופש העיסוק של העותר הוא סיכם בדברים הבאים:

אין מקום להתערבותנו בשיקול דעת הגורמים המוסמכים בנושא הנדון. קביעת המדיניות בנושא היתרי היבוא ותנאיהם מבחינת תנאי התברואה של הציבור והשמירה על תקינות תיפקודו של הענף הנוגע בדבר נתונה לרשויות המוסמכות. כבר נפסק לא אחת כי בית משפט זה לא ישים עצמו בנעליה של הרשות המוסמכת ולא יקבע את המדיניות במקומה. ביקורתנו מוגבלת לבחינת ההחלטה המנהלית על פי אמות המידה המוטות לכך במשפט הציבורי, ובהן בחינת סבירות שיקול הדעת המקצועי שננקט.

לא מצאנו כי תנאי היבוא לדגים ממצרים אשר בהם הותנה היתר היבוא שניתן לעותר חורגים ממתחם הסבירות, ולא כל שכן שאין בהם חריגה קיצונית משיקול הדעת הסביר.²³³

כפי שכבר ציינתי, ההתבססות על עילת הסבירות אינה חייבת לבטא ריסון שיפוטי וייתכן שהיא מבטאת לעתים דווקא אקטיביזם שיפוטי, המתבטא בעמדתו של בית המשפט באשר לחלוקת העבודה הראויה בינו לבין המחוקק בפיקוח על הרשות המבצעת. דהיינו, בית המשפט אינו מעוניין להעביר את נטל הפיקוח למחוקק, ולפיכך נמנע מלאכוף את הדרישה להסמכה בחוק. הדבר מתבטא במגמה של ויתור על אכיפת עקרון החוקיות והחלפתו בביקורת של בית המשפט על סבירותה של ההחלטה המנהלית.²³⁴ כך או כך, יש להימנע מהחלפת דרישת החוקיות בדרישת הסבירות. במצבים שבהם קיימת פגיעה בזכות המעוגנת בחוק-יסוד, עקרון החוקיות אינו בגדר עיקרון כללי, חשוב ככל שיהיה, אלא דרישה חוקתית שאינה ניתנת לויתור.²³⁵ בעוד פסילה על בסיס עילת חוסר סבירות היא נדירה ודורשת סטייה קיצונית מהחלטה

²³² בג"ץ 3644/05 דידי נ' שר הבריאות, תק"ע על 2005(2) 769 (2005).

²³³ שם, בפס' 8 לפסק דינה של השופטת פרוקציה.

²³⁴ ראו, למשל, בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25, 56-58 (2002) (בית המשפט קבע כי למועצת מקרקעי ישראל סמכות לקבוע הסדרים ראשוניים ובכך העביר למעשה את הפיקוח על החלטות מנהל מקרקעי ישראל לידי בית המשפט באמצעות ביקורת שיפוטית בעילת הסבירות). ראו גם בג"ץ 635/95 מוניות הדרים שרות רחובות וחברת מוניות הנמרים בע"מ נ' המפקח הארצי על התעבורה, פ"ד נא(5) 723 (1997) (נקבע כי בשוקלו בקשה למתן רישיון שירות, מוסמך המפקח להביא בחשבון שיקולים שאינם נזכרים בתקנה ובלבד שאותם שיקולים נדרשים מן הנושא העומד לדיון. שיקול דעתו של המפקח נפסל לגופו של עניין בשל חוסר סבירות).

²³⁵ לפסק דין המבטא עמידה על דרישת החוקיות בקשר של פגיעה בזכויות יסוד, ראו בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח נ' השר לבטחון פנים, פ"ד נח(2) 746 (2004). (בדעת רוב נקבע כי מאחר שהזכות להיפגש עם עורך דין היא חלק מזכות היסוד להליך נאות, פגיעה בה חייבת להיעשות בחקיקה ראשית ואין די בהסמכה הכללית שבפקודת בתי הסוהר).

סבירה, הדרישה להסמכה חוקית היא דרישה ברורה וחד-משמעית. על כן, גם אם ויתור על דרישת ההסמכה החוקית אינו מבטא ריסון שיפוטי, אלא דווקא אקטיביזם שיפוטי המותיר את הביקורת בידי בית המשפט, יש בו כדי לטשטש את ההבדל המתבקש בביקורת השיפוטית על פגיעה בזכות חוקתית לעומת זכות מנהלית, ולהחליש מניה וביה את הזכות החוקתית.

1. סיכום

המשפט החוקתי והמשפט המנהלי, על מאפייניהם השונים, חוסים תחת קורת גג אחת של המשפט הציבורי. המשפט הציבורי כולל אוסף של כללים ועקרונות המסדירים את הפעילות השלטונית, כשמעליהם מרחפת המטרה של הגנה על שלטון החוק ומניעת שימוש לרעה בכוח. על רקע מטרה משותפת זו, חשובה הגישה ההוליסטית שאינה נותנת דגש לנורמות חוקתיות בלבד או לנורמות מנהליות בלבד, אלא בוחנת כל סוגיה בכללותה על כל הנורמות החלות עליה לפי המדרג הנורמטיבי. במסגרת זו, כאשר פעולה שלטונית פוגעת בזכויות אדם, לא זו בלבד שהנורמות החוקתיות חלות עליה, אלא שגם הנורמות המנהליות ראוי שתצבענה בגוון חוקתי ותושפענה באופנים שונים מההקשר החוקתי. כך, למשל, מתחם הסבירות המסורתי – שברגיל הנו רחב במיוחד ומאפשר כל פעולה שאינה חסרת סבירות באופן קיצוני – ראוי שיצומצם במצבים של פגיעה חוקתית.

פרשת **בקמן** מהווה דוגמה למקרה שבו השימוש בעילת הסבירות – על האיזונים שהיא מکتובה ומתחם הסבירות שהיא מקנה לרשות – החליף בחינה חוקתית של החלטות מנהליות. תופעה זו היא בעייתית מאוד. אף על פי שגם זכויות חוקתיות אינן מוחלטות ויש לאזן בינן לבין אינטרסים אחרים, לקביעה כי זכות יסוד נפגעה חשיבות רבה ברמה העקרונית והמעשית.

ברמה העקרונית, יש בכך הכרה בנכונות לשלם מחיר של פגיעה בערכים ובאינטרסים אחרים המתנגשים עם הזכות, על מנת להגשים את הזכות.²³⁶ זאת ועוד, יש בכך לחייב ראייה כוללת של מכלול ההיבטים הכרוכים בפגיעה בזכות ועמידה על הבחנות בין פגיעות ישירות לפגיעות עקיפות, בין זכויות שליליות לחיוביות והשלכות מערכתיות של הפגיעה בפרט. כך, למשל, פגיעה בחופש העיסוק של עותר ספציפי, גם אם נראית באופן לכאורי סבירה, יכולה להצביע על שימוש בכוח הרישוי לשם יצירת מונופול, סוגיה שכשלעצמה מחייבת בחינה.

ברמה המעשית, הכרה בפגיעה בזכות יסוד מוגנת, יש בה לחייב את בית המשפט

²³⁶ לעמדה קיצונית עוד יותר ראו אריאל בנדור "סדר-דין פלילי ודיני ראיות: התפתחויות בזכויות-היסוד של האדם במשפט הפלילי הדיוני", **ספר השנה של המשפט בישראל – תשנ"ו** 481, 485–486 (אריאל רוזן-צבי עורך, 1997). לדעת המחבר, פגיעה בזכות יסוד אפשרית, אם בכלל, רק כאשר עצמת הפגיעה של הגשמת זכות-היסוד בערך או באינטרס המנוגדים הנה חמורה במיוחד וההסתברות להתרחשותה ניכרת.

לבחון את התקיימות תנאי פסקת ההגבלה.²³⁷ תנאי מרכזי בהקשר זה הוא הדרישה כי הפגיעה תיעשה בחוק הקובע את ההסדרים הראשוניים. הגישה שלפיה משמצאה רשות מנהלית הסמכה לבצע מעשה, די לה שתראה כי הפעלת המעשה באופן הפוגע בזכות היסוד היא סבירה – אין לה עוד מקום בעידן החוקתי. זאת ועוד, למרות קיומו של "מתחם מידתיות" בדומה ל"מתחם הסבירות" הניתן לרשות, חשוב שיסוד המידתיות שיש בו להוסיף על דרישת הסבירות – ייבדק במצבים שבהם החלטות מנהליות פוגעות בזכויות יסוד.

טשטוש התחומים שבין הסבירות לחוקתיות גורם להחלשת הזכות החוקתית בשל הדמייתה לזכות המנהלית, שכן על העותר להפריך את חזקת החוקיות העומדת לרשות מנהליות, ובית המשפט נוקט ריסון שיפוטי בהעבירו ביקורת שיפוטית. ההצדקות לחזקת החוקיות כמו גם לריסון השיפוטי מאבדות את מרבית כוחן כאשר הוכחה פגיעה בזכויות יסוד.

²³⁷ יש הרואים בכך טעם מרכזי להכרה בהיקף רחב של זכויות. ראו ברק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 136.