טלי גוברמן

עבודה 1 בחוקתי

א. בבחינת הסעיף החדש לחוק העונשין, העוסק באיסור פרסום מודעות על טיפול רוחני או מיסטי יש ראשית לבצע בחינה חוקתית בעלת שני שלבים- האם נפגעה זכות אדם, והאם הזכות מעוגנת בחוק יסוד[[1]](#footnote-1).

הזכויות הנפגעות כתוצאה מהחוק- זכות לחופש העיסוק, כבוד, שוויון, חופש הביטוי, וכן הזכות לקניין (בהטלת הקנס) ולחירות (עונש המאסר).

טענה ראשונה היא שהחוק פוגע משמעותית בחוק יסוד: חופש העיסוק[[2]](#footnote-2). דרך הפרסום פונה ללקוחות רבים, והיא יעילה ביותר למודעות הלקוחות למטפלים כאלה ואחרים. בעצם מניעת הפרסום של מטפלים רוחניים ומיסטיים, יש פגיעה מהותית בחופש העיסוק שלהם מפני שהפרסום בדבר מתן השירותים היא הדרך המרכזית בה חושפים עצמם המטפלים אל קהל לקוחות פוטנציאלי. בשלילת אמצעי פרסום זה, יחול כרסום בנפח עבודתם שיכול להוות פגיעה ניכרת בפרנסתם, ומכאן הפגיעה בחופש העיסוק.

המבחן השני הוא האם זכות האדם הנפגעת מעוגנת בחוק יסוד[[3]](#footnote-3), לא כל פגיעה בזכויות אדם מהווה פגיעה חוקתית. רק כאשר זכות האדם הנפגעת מעוגנת בחוק יסוד, מתעוררת בעיה חוקתית.

לאחר בדיקת מבחנים אלו, יש לבחון האם הפגיעה בזכויות החוקתיות היא כדין, כלומר, האם החוק עומד בפסקת ההגבלה. פסקת ההגבלה נועדה למעשה לאפשר פגיעה בזכויות אדם, כי הן אינן מוחלטות, ובצד זכויות האדם עומדות חובות האדם כחלק מחברה. אך כל פגיעה בהן היא מוגבלת, וחייבת לעמוד במבחנים הבודקים את מטרתה, ואת האמצעים בהם היא נוקטת[[4]](#footnote-4). מבחנים אלו הם מבחנים מצטברים[[5]](#footnote-5):

1. הפגיעה נעשית בחוק- הפגיעה במקרה זה היא ע"י הוספת סעיף לחוק העונשין, מבחן זה מתקיים.
2. החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל- מחד, החוק מגלם את ערכיה של מדינת ישראל בתור מדינה דמוקרטית, שכן הוא נועד להגן על הציבור מפני ניצול כלכלי ופיסי. מאידך, ערך יסוד במדינת ישראל הוא חופש העיסוק, הוא אף מעוגן בחוק יסוד. כלומר, הגבלת חופש עיסוקם של המטפלים הרוחניים לא הולמת את ערכי המדינה.
3. תכליתו ראויה- מטרתו היא מניעת ניצול כוח המטפלים נגד אנשים תמימים. החוק בא להגן על אלו הזקוקים להגנה, תכלית זו היא ראויה. מאידך, הזכות לחופש העיסוק היא זכות בעל ערך חברתי רב, וככל שעוצמת הפגיעה בה היא מקיפה, כמו במקרה דנן, המטרה צריכה להיות חשובה ומהותית אף יותר[[6]](#footnote-6).
4. הפגיעה היא במידה שלא עולה על הנדרש- מבחני המידתיות: קשר רציונאלי בין המטרה לפגיעה- מחד מתקיים קשר כזה, שכן אם פוגעים בזכות הפרסום של המיסטיקנים לעיסוק, מקרי הניצול יפחתו בצורה משמעותית. מאידך ניתן לטעון כי עדיין מקרי ניצול יוכלו להתקיים, שכן לא מונעים לחלוטין את מקצוע הטיפול אלא רק פוגעים בזכותם לפרסום מסחרי.

אמצעי פוגעני פחות- ניתן היה לנקוט באמצעים אחרים כגון- הגברת המודעות בקרב הציבור, החמרת ענישה של מטפלים שנאשמו לצורך הרתעה, התייחסות רצינית לתלונות ע"י המשטרה, הנוטה להתייחס בביטול לתלונות אלו. ניתן לראות כי אמצעים אלו לא פוגעים בחופש העיסוק של המיסטיקנים בכללם, ולא בכבודם, אלא רק באלו המנצלים מטופליהם, ובכך מסייעים להשגת התכלית הראויה.

תועלת-נזק- התועלת האפשרית היא ירידה במספר המקרים של ניצול מטופלים, לעומת זאת, הנזק גובר על התועלת, מפני שלא ניתן להבחין בין המטפלים הישרים לגוזמאים, ולכן החוק פוגע בחופש העיסוק וכן בכבודם וזכותם לשוויון של כלל העוסקים בטיפולים רוחניים.

את מבחני המידתיות ניתן לבחון בדרכים שונות וכן להגיע לתוצאות שונות, קיים "מתחם מידתיות" ובמידה והפגיעה נמצאת במתחם זה, היא חוקתית[[7]](#footnote-7).

לסיכום, החוק לא עומד בפסקת ההגבלה על פי בדיקה זו, הוא לא מידתי דיה, וניתן להגיע לתכלית זו בעזרת אמצעים מידתיים יותר.

נוסף על כך, ניתן לטעון כי החוק פוגע בזכות המיסטיקנים לשוויון ולכבוד. הזכות לכבוד מעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו[[8]](#footnote-8).

נשאלת השאלה- האם הזכות לשוויון מעוגנת בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו? ניתן להיעזר בשלושה מודלים[[9]](#footnote-9) לתשובה זו: המודל המצומצם, המפרש את הפגיעות בזכות כבוד האדם כפגיעות מובהקות בכבוד בלבד, המודל הרחב, על פיו כבוד האדם מכיל בתוכו את כל זכויות האדם ומודל שלישי, בו נוקט הנשיא ברק בבג"ץ התנועה לאיכות השלטון, על פיו כבוד האדם כולל בתוכו רק את הזכויות הקשורות לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק, הוא מודל הבינים. על פי מודל זה, הזכות לשוויון, ולא רק פגיעה בשוויון שיש בה מן ההשפלה, נכללת בזכות לכבוד האדם ועל כן מעוגנת בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו [[10]](#footnote-10). שופטים שונים בעניין זה מחזיקים בגישות שונות ע"פ איזה מן המודלים יש ליישם במקרה של שוויון.

בעצם בידולם של העוסקים ברוחניות ומיסטיקה יש פגיעה קשה בכבודם. מבדלים אותם משאר קבוצות המטפלים- הרופאים, המטפלים ברפואה אלטרנטיבית, המטפלים בשיטות מזרח-רחוק וכד' ואומרים כי מעצם היותם מטפלים בשיטות מסוימות, הם לא תואמים את ערכיה של מדינת ישראל ויש להגבילם באופן מהותי. השאלה העולה האם הבחנה זו היא שוויונית- עניינית, כלומר מבחינה את השונים ומתייחסת אליהם ככאלה, או שמא היא הבחנה לא שוויונית, המתייחסת לשווים כאל שונים[[11]](#footnote-11)?

הצעת החוק, המסבירה את מטרתו, למעשה עושה הכללה של כלל המטפלים בשיטות אלה. נקבע כי רבים מהם שרלטנים המנצלים את מצוקתם של הפונים אליהם וגונבים מהם סכומי כסף רבים, ובמקרים קיצוניים לא מעטים, אף מבצעים בהם מעשי סדום. החוק פוגע בכל העוסקים במלאכה זו, באופן שיטתי שכן פרסום פוגע מהותית בעסקיהם, זאת ועוד הוא פוגע גם בכבודם, משמיץ את כולם ולא רק את אלה העוברים על החוק הפלילי, ומונע מנתח שלם באוכלוסייה לעסוק כרצונם בעיסוק שהוא חוקי, שכן המקצוע עצמו לא נאסר בחוק, וזאת על מנת למנוע אחוזים בודדים של מטפלים הנוהגים שלא כחוק. נוסף על כך, ההבחנה בין קבוצת המטפלים הרוחניים או המיסטיים לבין קבוצות מטפלים אחרות לא צודקת גם במקרה זה, שכן כל מטפל יכול לנצל את סמכותו ומעמדו על מנת לנצל את מטופליו, לכן גם כאן לא צריכה להיות הבדלה של קבוצת המיסטיקנים. המדינה למעשה גורסת כי אופי הטיפול הוא בעייתי, ומאפשר ניצול על ידי המטפל, ובכן, כזהו כל טיפול, ואין צורך לעשות הבחנה בין מטפל כזה או אחר, הבחנה המפלה את המטפלים המיסטיקנים, ופוגעת בכבודם.

לסיכום, המדינה בעצם קביעת החוק, מזלזלת בעיסוקם של המטפלים, מכלילה את כולם לאותה קטגוריה, מבדילה אותם מן המטפלים האחרים, ובכך פוגעת בזכותם לכבוד ולשוויון.

מנגד ניתן לטעון כי על סמך המודל המצמצם לא הייתה פגיעה בשוויון שכן ההבחנה היא לא כלפי האנשים עצמם אלא הבחנה עניינית, כלפי העיסוק הבעייתי. אולם גם אם מסתכלים על המודל המצמצם, יש פגיעה חמורה בכבודם של המיסטיקנים שכן מכלילים אותם בצורה משפילה.

הטענה לפגיעה בחופש הביטוי היא בעייתית יותר. ניתן לטעון כי חופש הביטוי נפגע, שכן נאסר פרסום ידיעות על טיפולים רוחניים. נקבע בבג"ץ המפקד הלאומי בע"מ[[12]](#footnote-12) כי זכות זו מעוגנת בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. מנגד, ניתן לטעון כי בפסק דין זה דובר על חופש הביטוי הפוליטי ולא המסחרי, שהוא זה שהוגבל בענייננו.

פסקת ההגבלה בחוקי היסוד חופש העיסוק וכבוד האדם וחירותו זהה ולכן הבדיקה של התכלית והמידתיות נכונה לשני העקרונות, ואין צורך לבחון שנית את מבחני המידתיות[[13]](#footnote-13).

ב. במקרה בו החוק לא עומד בפסקת ההגבלה, ניתן לפנות לפסקת ההתגברות[[14]](#footnote-14) להמשך הבחינה החוקתית. בפסקה נאמר כי חוק הפוגע בחופש העיסוק יהיה תקף אף אם אינו בהתאם לפסקת ההגבלה, אם הוא עומד בשני תנאים מצטברים:

\* החוק נתקבל ברוב חברי כנסת (מעל לשישים חברי כנסת)- אמנם החוק עבר רק בקריאה שלישית ברוב חברי כנסת, אך לפי פרופ' אהרון ברק די בכך[[15]](#footnote-15). על כן החוק עומד בתנאי זה של פסקת התגברות.

\* נאמר בחוק מפורשות שהוא תקף על אף האמור בחוק יסוד- בהנחה שאכן מתווסף לחוק סעיף כזה, הרי שהוא עומד גם בתנאי זה.

על פניו לפי ניתוח זה, החוק עומד בפסקת ההתגברות, ולכן הוא תקף. אולם, הנשיא ברק בבג"ץ התנועה לאיכות השלטון דן בפסילת חוק חרף עמידתו בפסקת ההתגברות[[16]](#footnote-16). ברק קובע כי פסילה זו תתקיים רק במקרים אשר שוללים את אופייה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. לעניות דעתי, במקרה דנן פגיעה חמורה שכזו לא מתרחשת אולם החוק לא פוגע רק בזכות לחופש העיסוק, אלא קיימות פגיעות בזכויות המשתמעות מחוק יסוד כבא וחירותו[[17]](#footnote-17). לכן, דרך חוק יסוד כבוד האדם וחירותו ניתן לתקוף את חוקיות החוק שכן מדובר בפגיעה בזכויות (הזכות לכבוד ולשוויון) שהן בסיסה ועליהן מושתת חברה דמוקרטית[[18]](#footnote-18). במקרים אלו אין אפשרות ל"עקיפת" פסקת ההגבלה. במידה והעתירה תהיה מבוססת גם על חוק יסוד כבוד האדם וחירותו ניתן להניח שביהמ"ש יפסוק לביטולו.

1. [בג"צ 8276/05 **עדאלה – המרכז הערבי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון**](http://hl2.biu.ac.il/upload/121107/Media/פסיקה/עדאלה%20%2005.doc) (טרם   
    פורסם, ניתן בתאריך 12.12.2006), פסקה 21 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) א' ברק (להלן- בג"צ עדאלה) [↑](#footnote-ref-1)
2. חוק יסוד: חופש העיסוק, [ס"ח תשנ"ד](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-1454.pdf) 1994 עמ' 90 (להלן- חו"י חו"הע) [↑](#footnote-ref-2)
3. בג"צ עדאלה, פסקה 21 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) א' ברק [↑](#footnote-ref-3)
4. בג"צ עדאלה, פסקה 26 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) א' ברק [↑](#footnote-ref-4)
5. [ע"פ 4424/98 **סילגדו נ' מדינת ישראל**](http://hl2.biu.ac.il/upload/121107/media/פסיקה/סילגדו%2098.doc), פ"ד נו(5) 529, פסקה 13 לפסק דינו של הנשיא א' ברק [↑](#footnote-ref-5)
6. [בג"צ 10203/03 **"המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה**](http://hl2.biu.ac.il/upload/121107/media/פסיקה/המפקד%20הלאומיי%20(2).doc) (טרם פורסם, ניתן בתאריך 20.8.2008), פסקה 12 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש (להלן- בג"צ המפקד הלאומי בע"מ) [↑](#footnote-ref-6)
7. [בג"צ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר**](http://hl2.biu.ac.il/upload/121107/media/%D7%A4%D7%A1%D7%99%D7%A7%D7%94/%D7%94%D7%9E%D7%A8%D7%9B%D7%96%20%D7%94%D7%90%D7%A7%D7%93%D7%9E%D7%99%2005.doc) (טרם פורסם, ניתן בתאריך 19.11.2009), פסקה 46 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש [↑](#footnote-ref-7)
8. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 1992, עמ' 150 (להלן- חו"י כב"א וחירותו) [↑](#footnote-ref-8)
9. [בג"צ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**](http://hl2.biu.ac.il/upload/121107/media/%D7%A4%D7%A1%D7%99%D7%A7%D7%94/%D7%94%D7%AA%D7%A0%D7%95%D7%A2%D7%94%20%D7%9C%D7%90%D7%99%D7%9B%D7%95%D7%AA%20%D7%94%D7%A9%D7%9C%D7%98%D7%95%D7%9F%20%D7%91%D7%99%D7%A9%D7%A8%D7%90%D7%9C%2002.doc) (טרם פורסם 11.05.2006), פסקה 33 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (להלן- בג"צ התנועה לאיכות השלטון) [↑](#footnote-ref-9)
10. בג"צ התנועה לאיכות השלטון, פסקה 40 לפסק דינו של הנשיא א' ברק [↑](#footnote-ref-10)
11. [בג"צ 4124/00 **יקותיאלי ז"ל נ' השר לענייני דתות**](http://hl2.biu.ac.il/upload/121107/media/%D7%A4%D7%A1%D7%99%D7%A7%D7%94/%D7%99%D7%A7%D7%95%D7%AA%D7%99%D7%90%D7%9C%D7%99%2000.doc) (טרם פורסם 14.06.2010), פסקה 35 לפסק דינה של הנשיאה ביניש [↑](#footnote-ref-11)
12. בג"צ המפקד הלאומי בע"מ, פסקה 26 לפסק דינה של השופטת נאור [↑](#footnote-ref-12)
13. בג"צ המפקד הלאומי בע"מ, פסקה 8 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש [↑](#footnote-ref-13)
14. סעיף 8 לחוק יסוד: חופש העיסוק [↑](#footnote-ref-14)
15. אהרן ברק **פרשנות במשפט- תורת הפרשנות הכללית** כרך שלישי עמ' 264 הערה 34, (1992) [↑](#footnote-ref-15)
16. בג"צ התנועה לאיכות השלטון, פסקה 74 לפסק דינו של הנשיא א' ברק [↑](#footnote-ref-16)
17. בג"צ התנועה לאיכות השלטון, פסקה 73 לפסק דינו של הנשיא א' ברק [↑](#footnote-ref-17)
18. ראה להלן הערה 16 [↑](#footnote-ref-18)