**עבודה 1- משפט חוקתי**

**עוזרת הוראה: שרית רייך**

**מס' מילים: 1500**

בבואנו לבדוק את הטענה שהחוק שנחקק (להלן: החוק המתקן) , פוגע בחוקי יסוד (להלן: ח"י) נעשה זאת בשני שלבים.

הנשיא ברק והשופטת שטרסברג-כהן חלוקים לגבי הדרך שבה יש לבחון טענה זו.

השופטת שטרסברג-כהן[[1]](#footnote-1) טוענת שיש לבצע בדיקה בשני שלבים-

ב**שלב הראשון** נבדוק האם זכות האדם המעוגנת בח"י אכן נפגעה ע"י החוק העומד לבדיקה חוקתית.

רק במידה והמסקנה היא שאכן כך, נעבור ל**שלב השני** בו נבדוק אם דבר החקיקה הפוגע מקיים את דרישות פסקת ההגבלה שבח"י.

לעומתה, הנשיא ברק[[2]](#footnote-2) טוען שישנם מקרים בהם ניתן לדלג על השלב הראשון אם ההכרעה בו אינה פשוטה ואינה נחוצה, שהרי ניתן לדחות את הטענה החוקתית בשל אי קיומו של השלב השני (פסקת ההגבלה).

ע"פ שיטה זו, במקרה דנן, העותרים יוכלו לטעון כי החוק פוגע בח"י: חופש העיסוק[[3]](#footnote-3), הזכות לקניין[[4]](#footnote-4), הזכות לחירות[[5]](#footnote-5), הזכות לשם טוב[[6]](#footnote-6), חופש הביטוי[[7]](#footnote-7) והזכות לשוויון[[8]](#footnote-8).

הפגיעה ב**זכות לקניין[[9]](#footnote-9)** מתבטאת באיסור פרסום המיסטיקאים באמצעי התקשורת- כמות הפונים אליהם תפחת ותיגרם להם פגיעה כלכלית.

בנוסף, עצם הטלת הקנס על המפרסמים מהווה פגיעה בקניין.

מנגד ניתן לטעון שהפגיעה בקניין מוצדקת שהרי המיסטיקאים הם רמאים שמנצלים את הבעיות והלחצים של הנזקקים לעזרה, ובתמורה לשירותים שקריים גובים סכומים גבוהים, לעיתים תוך ביצוע עבירות פליליות.

הפגיעה ב**זכות לחירות[[10]](#footnote-10)** מתבטאת בהטלת עונש מאסר למפרסם ידיעה על מיסטיקאים.

מנגד ניתן לטעון כי ההצדקה לשלילת חירותו של אדם, נעוצה בכך ששלילת החירות מביאה להגשמת אינטרס ציבורי חיוני- הגנה על הביטחון האישי והסדר הציבורי[[11]](#footnote-11).

במקרה דנן, ניתן לטעון שהמיסטיקאים פוגעים באינטרס הציבורי- מנצלים את בעיות הציבור ע"מ להתפרנס, כל זאת בטענות שקריות ולעיתים תוך ביצוע עבירות פליליות.

הפגיעה ב**זכות לשם טוב[[12]](#footnote-12)** מתבטאת בתוכן דברי ההסבר לחוק המכפישים את שמם של המיסטיקאים ומציגים אותם כרמאים, נצלנים ומבצעי עבירות פליליות.

הפגיעה ב**חופש הביטוי[[13]](#footnote-13)** מתבטאת באיסור על המיסטיקאים לפרסם מודעות.

מנגד, המיסטיקאים מפרסמים מידע שקרי, זאת ע"מ לנצל את מצוקתם של הנקלעים לבעיות ולחצים.

פגיעה ב**זכות לשוויון[[14]](#footnote-14)** הפליה בין המיסטיקאים לבעלי מקצוע אחרים בכך שנאסר על המיסטיקאים לפרסם מודעות.

פגיעה ב**ח"י: חופש העיסוק[[15]](#footnote-15)** נעשית בשני כוונים-

* פגיעה ישירה בחופש העיסוק של המפרסמים שנאסר עליהם לפרסם מודעות של מיסטיקאים, דבר המצמצם את היקף עבודתם.
* פגיעה עקיפה בחופש העיסוק של המיסטיקאים. האיסור לפרסם עצמם מצמצם את כמות הפונים אליהם, ובכך היקף עבודתם יצטמצם.

בהקשר זה ניתן לטעון כי פגיעה בזכות לא צריכה להיות בהכרח ישירה אלא יכולה להיעשות גם בעקיפין, וכי השאלה אם חוק מסוים פוגע בזכות צריכה להיבחן באופן מהותי ולא פורמלי[[16]](#footnote-16).

מנגד, החוק אמנם פוגע בחופש העיסוק אך הגבלה זו היא למטרה ראויה- הגנת הציבור, שכן המיסטיקאים משקרים ומנצלים את בעיות הציבור.

כעת נבדוק האם הזכויות הנפגעות מעוגנות בח"י.

חופש העיסוק אכן מעוגן בח"י: חופש העיסוק[[17]](#footnote-17), כך גם הזכות לקניין[[18]](#footnote-18) והזכות לחירות[[19]](#footnote-19) מעוגנות בח"י: כבוד האדם וחירותו[[20]](#footnote-20) (להלן: כבה"א).

אם כך, עלינו לבדוק האם חופש הביטוי, הזכות לשם טוב והזכות לשוויון מעוגנות בח"י: כבה"א.

לצורך בחינה זו נתאר את שלושת המודלים של הזכות לכבוד כפי שמציג אותם ברק-[[21]](#footnote-21)

* המודל המצמצם- כבה"א משתרע רק על הפגיעות המובהקות בכבוד הקשורות לאנושיותו של האדם. (פגיעות גופניות, נפשיות, השפלה...).
* המודל הרחב- כבה"א הוא הבסיס לכל זכויות האדם וכולן כלולות בו.
* מודל הביניים- כבה"א אינו מוגבל רק לפגיעות בגרעין כבה"א, הוא גם אינו משתרע על כל זכויות האדם שניתן לגזור ממנו. כבה"א כולל רק את הזכויות הקשורות לכבה"א בקשר ענייני הדוק.

המודל שאומץ בפסיקת ביהמ"ש העליון הוא מודל הביניים[[22]](#footnote-22).

ניתן לטעון כי הזכויות הנפגעות קשורות קשר הדוק לכבה"א, באשר לפגיעה בשם טוב ובזכות לשוויון- פגיעה בשמו הטוב של אדם ופגיעה בזכותו לשוויון הן פגיעות בכבוד, אדם רוצה להרגיש שווה בין שווים[[23]](#footnote-23).

באשר לחופש הביטוי, זוהי זכותו של כל אדם לבטא עצמו בכל דרך, לפי ברק "האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו בחברה" והרי דרכו של אדם לממש זאת, היא ע"י חופש הביטוי[[24]](#footnote-24).

מנגד, יש צורך לבחון האם בפגיעה זו יש משום השפלת כבודו של אדם[[25]](#footnote-25) , בענייננו פגיעה בחופש הביטוי בדרך של איסור פרסום מודעות אינה כרוכה בהשפלה ולכן אינה נכנסת תחת ההגדרה של הזכות לכבוד.

כך גם פגיעה בשוויון- לא כל פגיעה בשוויון עולה לכדי השפלה, ולכן לא כל פגיעה בשוויון פוגעת בזכות לכבוד, ובמקרה דנן הפגיעה בשוויון אינה מגיעה לכדי השפלה.

בעניין זה יש לציין- כשמדובר בפגיעה פוטנציאלית בזכויות אדם אין זה מצדיק התערבות שיפוטית לביטול החקיקה.[[26]](#footnote-26)

בהנחה שאכן נפגעו זכויות המעוגנות בח"י, נעבור לשלב השני בבחינת טענה חוקתית, לפיו יש לבדוק האם דבר החקיקה הפוגע עומד בדרישות פסקת ההגבלה המפורטת בח"י[[27]](#footnote-27).

תנאי פסקת ההגבלה[[28]](#footnote-28) הם תנאים מצטברים ודי בכך שאחד מהם לא מתקיים כדי שהחוק יחשב לבלתי-חוקי.

**תנאי ראשון** -עלינו לבדוק האם הפגיעה היא בחוק, או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו.

במקרה דנן, החוק המתקן התקבל בכנסת.

**תנאי שני**-החוק חייב להלום את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. במקרה דנן, ניתן לטעון כי פגיעה בזכויות האדם אינה הולמת את ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית דמוקרטית.

מנגד, ניתן לטעון שהחוק המתקן בא להגן על אזרחי מדינת ישראל מפגיעה נפשית ופיזית.

**תנאי שלישי**- האם החוק נועד לתכלית ראויה.

במקרה דנן, גם אם תכלית החוק ראויה, הרי שהיא אינה מגלה די רגישות לזכויות האדם.

מנגד, המטרה להגן על אזרחי המדינה מפגיעה נפשית, פיזית, ניצול מיני וכספי, היא מטרה חברתית ראויה ביותר לחקיקה, והרי אין ספק שתכלית זו עולה בקנה אחד עם ערכי מדינת ישראל.

**תנאי רביעי**- מידתיות. גם אם הוחלט שהתכלית ראויה, יש להגשימה באמצעים ראויים.

לשם בחינת המידתיות, מקובל לחלק את מבחן המידתיות לשלושה מבחני משנה כפי שמביא אותם ברק[[29]](#footnote-29):

**מבחן האמצעי המתאים והרציונלי להשגת המטרה החקיקתית-** האמצעי מותאם להשגת המטרה. במקרה דנן, ניתן לטעון שהחוק המתקן הוא אמצעי מתאים להשגת המטרה, שכן הוא יסייע בהשגתה- איסור הפרסום יביא להפחתת מודעות הציבור לטיפולים הללו, ובכך להפחתת הפגיעה.

מנגד, ניתן לטעון שהחוק לא יסייע בהשגת המטרה שכן המיסטיקאים יכולים לפנות לציבור בדרכים שונות שאינן פרסום.

**מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה-** האמצעי שבזכותו מושגת התכלית החקיקתית ואשר פגיעתו בזכות האדם היא הפחותה.

במקרה דנן, החוק הפוגע איננו האמצעי שפוגע במידה הפחותה ביותר, שכן ניתן לנקוט באמצעים אחרים אשר יבטיחו את הגברת המודעות לנושא מבלי לפגוע בזכויות ובח"י.

**מבחן האמצעי המידתי**- היחס הראוי בין התועלת הצומחת מהשגת התכלית הראויה לבין היקף הפגיעה בזכות החוקתית.

בענייננו ניתן לטעון שהתועלת עולה על הפגיעה בזכות החוקתית, שכן יש בה בכדי להגן על רוב הציבור, וכשיש להכריע בין הגנה על רוב הציבור לעומת הגבלת חופש העיסוק של חלק קטן מהציבור יש להעדיף את טובת הרוב.

מנגד, ישנו חוסר וודאות לגבי התועלת שתצמח מהחוק, שבוודאי פוגע בזכויות אדם ובח"י.

שלושת המבחנים אינם מובילים תמיד לפתרון אחד. יש "מתחם מידתיות" ודי כי הפגיעה תימצא במסגרת מתחם זה.

טענה נוספת שניתן לטעון- חוק העונשין המקורי נחקק בשנת 1977, לפני ח"י: כבה"א.

סעיף 10 לח"י: כבה"א[[30]](#footnote-30) אומר שח"י לא יכול לפגוע בחוק שנחקק לפניו.

אם כך יש לבדוק האם החוק המתקן נחשב לחלק מהחוק המקורי.

השופט זמיר[[31]](#footnote-31) טוען שיש ליחס חשיבות לחוק מתקן מיטיב, אך בכל מקרה יש לבחון אותו מול ח"י.

השופט קדמי[[32]](#footnote-32) טוען שאין לבחון חוק מתקן מיטיב לאור ח"י אלא להתייחס אליו כחלק מהחוק המקורי, ע"מ לעודד חקיקה מתקנת מיטיבה.

ניתן לטעון שהחוק המתקן מחמיר עם המיסטיקאים-

* מלבד החוק המקורי האוסר עליהם לעסוק בתחום, החוק המתקן מוסיף איסור פרסום מודעות מטעמם.
* בחוק המקורי, העונש המוטל הוא שנתיים מאסר לעומת החוק המתקן בו העונש הוא שלוש שנות מאסר וקנס כספי גבוה.

מנגד, ניתן לומר שהחוק מיטיב מכיוון שהוא מגן על אינטרס הציבור. איסור פרסום יביא לירידת המודעות בציבור לטיפולים ובכך לצמצום הנפגעים.

הקביעה שהחוק מיטיב אינה נכונה בהכרח, יתכן ויש כאן "פגיעה על פגיעה", השופט ריבלין[[33]](#footnote-33) התייחס לעניין זה באומרו שכאשר קיימת פגיעה בזכויות אין זה אומר שניתן ביתר קלות להוסיף פגיעה, האיזון בין זכויות האדם לזכויות ואינטרסים אחרים הוא איזון עדין ורגיש.

ובענייננו, אין זה אומר שכיוון שהחוק המקורי פוגע בזכויות, ניתן לקבל את החוק המתקן שגם פוגע בזכויות.

לעניות דעתי, ביהמ"ש יקבע כי אכן קיימת פגיעה בח"י ובזכויות אדם המעוגנות בח"י, ובשל כך צפוי להחליט שהחוק איננו תקף.

באשר לצליחת החוק את פסקת ההגבלה, אני מטילה ספק מאחר ויתכנו דרכים חלופיות להשגת המטרה באופן שאינו פוגע בזכויות אדם. ועל כן אני סבורה שדין החוק להתבטל.

ח"י: חופש העיסוק[[34]](#footnote-34) כולל בחובו "פסקת התגברות"- "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו"

בהנחה שהכנסת חוקקה את החוק המתקן בהתאם לדרישות פסקת ההתגברות, ניתן לטעון כי אמנם החוק עומד בפסקת ההתגברות, אך אין לעשות בה שימוש כדי לתת תוקף לחוק השולל או מבטל את חופש העיסוק כזכות חוקתית בישראל. שלילה כזו תעשה רק בדרך של שינוי ח"י עצמו[[35]](#footnote-35).

בנוסף ניתן לטעון, שפסקת ההתגברות עומדת רק לגבי ח"י: חופש העיסוק, כיוון שבח"י: כבה"א אין פסקת התגברות והרי שגם הוא נפגע ע"י החוק המתקן.

מנגד, ע"פ פס"ד מיטראל,[[36]](#footnote-36) במידה וחוק פוגע עומד בפסקת ההתגברות שבח"י: חופש העיסוק אך עדיין פוגע בזכויות שבח"י: כבה"א בו אין פסקת התגברות, החוק לא יבוטל אם יתקיימו שלושה תנאים מצטברים:

1. הפגיעה בזכויות האדם האחרות היא תוצאת לוואי המתבקשת באופן טבעי מהפגיעה בחופש העיסוק.
2. הפגיעה בחופש העיסוק היא הפגיעה העיקרית, והפגיעה בזכויות האדם האחרות משנית.
3. הפגיעה בזכויות האדם האחרות אינה בעלת עוצמה ממשית.

במקרה דנן ניתן לומר שאין שלושת התנאים מתקבלים.

אמנם הפגיעה העיקרית היא בחופש העיסוק אך הפגיעה בזכויות האחרות אינה משנית.

לעניות דעתי, ביהמ"ש יקבע כי קיימת פגיעה בזכויות אדם המעוגנות בח"י, ישנו צורך באיזון בין הזכויות לאינטרסים השונים, איזון שלא מתקיים בענייננו, על כן לדעתי דין החוק להתבטל.

1. ע"פ 4424/98 **סילגדו נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(5) 529, 546 (2002). [↑](#footnote-ref-1)
2. שם, בעמוד 553. [↑](#footnote-ref-2)
3. חוק יסוד: חופש העיסוק. [↑](#footnote-ref-3)
4. סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. [↑](#footnote-ref-4)
5. סעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. [↑](#footnote-ref-5)
6. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. [↑](#footnote-ref-6)
7. שם. [↑](#footnote-ref-7)
8. שם. [↑](#footnote-ref-8)
9. סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. [↑](#footnote-ref-9)
10. סעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. [↑](#footnote-ref-10)
11. בג"צ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר**, סעיפים 21,23 (טרם פורסם, 19.11.2009). [↑](#footnote-ref-11)
12. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. [↑](#footnote-ref-12)
13. שם. [↑](#footnote-ref-13)
14. שם. [↑](#footnote-ref-14)
15. חוק יסוד: חופש העיסוק. [↑](#footnote-ref-15)
16. בג"צ 2605/05 **לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט,** פ"ד נג(4) 673, 681 (1999). [↑](#footnote-ref-16)
17. חוק יסוד: חופש העיסוק. [↑](#footnote-ref-17)
18. סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. [↑](#footnote-ref-18)
19. סעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. [↑](#footnote-ref-19)
20. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. [↑](#footnote-ref-20)
21. בג"צ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת,** סעיף 33 (טרם פורסם, 11.05.2006). [↑](#footnote-ref-21)
22. בג"צ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר,** סעיף 34 (טרם פורסם, 19.11.2009). [↑](#footnote-ref-22)
23. בג"צ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, סעיף 40 (טרם פורסם, 11.05.2006). [↑](#footnote-ref-23)
24. שם, סעיף 35. [↑](#footnote-ref-24)
25. שם, סעיף 36. [↑](#footnote-ref-25)
26. בג"צ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר**, סעיף 67 (טרם פורסם, 19.11.2009). [↑](#footnote-ref-26)
27. סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק. [↑](#footnote-ref-27)
28. ע"פ 4424/98 **סילגדו נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(5) 529, 541-544 (2002). [↑](#footnote-ref-28)
29. שם, בעמוד 543-544. [↑](#footnote-ref-29)
30. סעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. [↑](#footnote-ref-30)
31. בג"צ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(5) 241, 259-260 (1999). [↑](#footnote-ref-31)
32. שם, עמודים 289-290. [↑](#footnote-ref-32)
33. בש"פ 8823/07 **פלוני נ' מדינת ישראל,**  סעיף 21 (טרם פורסם, 11.02.2010). [↑](#footnote-ref-33)
34. סעיף 8(א) לחוק יסוד: חופש העיסוק. [↑](#footnote-ref-34)
35. בג"צ 4676/94 **מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל,** פ"ד נ(5) 15, 25-26 (1996). [↑](#footnote-ref-35)
36. שם, בעמודים 28-29. [↑](#footnote-ref-36)