

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1715/97

בפני:

כבוד הנשיא א' ברק
כבוד המשנה לנשיא ש' לוי
כבוד השופט א' גולדברג
כבוד השופט ת' אור
כבוד השופט א' מצא
כבוד השופט מ' חשין
כבוד השופט י' זמיר
כבוד השופטת ט' שטרסברג-כהן
כבוד השופטת ד' דורנר
כבוד השופט י' טירקל
כבוד השופטת ד' ביניש

העותרים:

1. לשכת מנהלי ההשקעות בישראל
2. ספיר אשר
3. ויניש יצחק
4. בכרך יעקוב
5. מולכו מאיר ורד
6. רוקמן ירון
7. וייס מיכאל
8. זכאי אביתר
9. ויזל שלמה
10. יונס משה
11. יצחק אברהמחיו

נ ג ד

המשיבים:

1. שר האוצר
2. רשות ניירות ערך

התנגדות לצו על תנאי

תאריכי הישיבות:

כ"ה בסיון התשנ"ז (30.06.97)
י"ז בתמוז התשנ"ז (22.07.97)

בשם העותרים:

עו"ד חנן מלצר; עו"ד דניאל פדר;
עו"ד ישגב נקדימון; עו"ד נאוה אילן

בשם המשיבים:

עו"ד אסנת מנדל

פסק-דין

הנשיא א' ברק:

חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה-1995, נכנס לתוקפו בי"ד באב התשנ"ה (10.8.1995). אין הוא חוסה תחת המטריה של שמירת הדינים (סעיף 10 לחוק-יסוד: חופש העיסוק). נטען בפנינו כי מספר הוראות שבו סותרות את הוראותיו של חוק-יסוד: חופש העיסוק, ודין להתבטל. האם קיימת סתירה כנטען, ואם כן, מהן תוצאותיה - אלה השאלות הניצבות בפנינו בעתירה זו.

העובדות

1. ניהול תיקי השקעות הוא עיסוק מקובל בישראל. למעלה משמונה מאות גברים ונשים עסקו בכך לאחרונה. מנהל תיקי השקעות מבצע עיסקאותיו, לפי שיקול דעתו, בחשבונם של אחרים. הוא פועל על פי הרשאה שלקוחותיו נותנים לו. הוא קונה ומוכר ניירות ערך ונכסים פיננסיים בשמם של אותם אחרים. היקף שיקול דעתו של מנהל תיקי ההשקעות תלוי בהסכם שבינו לבין שולחו, והוא משתנה ממקרה למקרה.

2. הצורך בקיום פיקוח על סוכנים, סוחרים ויועצים בניירות ערך הורגש כבר בראשית שנות השישים. דנה בכך הוועדה להנפקת ניירות ערך ולמסחר בהם ("ועדת ידן"). ועדת ידן המליצה על התקנת תקנות שיעניקו סמכויות רישוי לרשות ניירות ערך. המלצה זו לא הוצאה מהכוח אל הפועל. ב-1978 דנה ועדת הכלכלה של הכנסת במצב הבורסה ושוק ההון. היא קבעה כי לרשות המשקיע בשוק ניירות הערך לא עומד המידע הדרוש בתחום ההנפקה, הייעוץ והמסחר. היא המליצה על רישוי יועצים להשקעות בניירות ערך. המלצה זו לא קודמה בהליכי החקיקה. הצורך בהסדרת הייעוץ להשקעות הודגש גם מספר שנים לאחר מכן, בדין וחשבון של ועדת החקירה לעניין ויסות מניות הבנקים ("ועדת בייסקי"). הוועדה המליצה, בין השאר, על חקיקת חוק שיאסור מתן יעוץ בהשקעות פיננסיות בידי מי שלא קיבל רשיון לכך. כן המליצה ועדת בייסקי לקבוע סייגים וכללים לפעולות היועצים. עוד המליצה הוועדה כי בנקים לא יעסקו במישרין או בעקיפין במסחר במניות על חשבונם הם. גם הצעה זו לא הוצאה מהכוח אל הפועל.

3. ב-1985 מינה שר המשפטים, על דעת שר האוצר, ועדה לבדיקת הסדרים תחקיטיים בתחום שוק ההון ("ועדת גבאי"). ועדת גבאי המליצה, בין השאר, על גיבוש מסגרת חקיקתית מפורטת, אשר תסדיר את

העיסוקים בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות. ביסוד המלצותיה של ועדת גבאי, עמד העיקרון כי יש לקבוע חובת רישוי לעיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות.

הליכי החקיקה

4. על בסיס המלצותיהן של ועדת גבאי וועדת בייסוקי, הוגשה לכנסת האחת-עשרה הצעת חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשמ"ח 1987- (ה"ח התשמ"ח, 1857, עמ' 27). ההצעה עברה קריאה ראשונה בלבד. הוחל עליה דין רציפות, אך היא לא נידונה בכנסת השתיים-עשרה. בכנסת השלוש-עשרה הגיש ח"כ ד. תיכון הצעת חוק פרטית המאמצת את הצעת החוק הממשלתית משנת התשמ"ח 1987-. ב-1994 פורסמה הצעת חוק ממשלתית חדשה, היא הצעת חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה 1994- (ה"ח התשנ"ה, 2320, עמ' 91). הצעה זו הועברה לטיפול של ועדת הכספים. ועדת המשנה של ועדת הכספים לשוק ההון (בראשותו של חבר הכנסת ס. שלום) בחנה ההצעה. כן נדונה ההצעה על ידי מליאת ועדת הכספים. הצעת החוק נתקבלה, בסופו של דבר, וחוק הסדרת העיסוק בייעוץ ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה 1995- (להלן: "חוק תיקי השקעות") פורסם ונכנס לתוקפו ביום 10.8.1995.

5. אף כי תחילתו של חוק תיקי השקעות ב-10.8.1995, נקבע בו כי מספר הוראות שבו, תחילתן במועד אחר. לעניין ההוראות העוסקות בחובת הרישוי ובתנאים למתן רישיון, נקבע כי תחילתן בתום שנה מיום פרסום החוק. בהגיע מועד זה, נדחה מועד כניסתן של הוראות אלה, ונקבע כי הן יכנסו לתוקף ביום כ"ג באדר ב' התשנ"ז (1.4.1997) (חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות (תיקון), התשנ"ו 1996-). בהגיע המועד החדש נדחה שוב מועד כניסתן של הוראות הרישוי לתוקף, תוך שנקבע כי תחילתן היא בכ"ו בסיון התשנ"ז (1.7.1997) (חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות (תיקון מס' 2), התשנ"ז 1997-).

6. על פי הוראות חוק תיקי השקעות הוסמך שר האוצר, בהתייעצות עם הרשות לניירות ערך (להלן: "הרשות") ובאישור ועדת הכספים של הכנסת, להתקין תקנות. תקנות אלה אמורות לעסוק, בין השאר, בבחינות המקצועיות אשר על מנהלים של תיקי השקעות לעמוד בהן (סעיף 8(א)(4)), וכן בתנאים ובסכומים לעניין מילוי חובת הביטוח המוטלת על מנהל תיקי השקעות (סעיף 8(א)(6)). כן הוסמך שר האוצר לקבוע בתקנות את שיעור ההון העצמי של חברה, המבקשת לנהל תיקי השקעות (סעיף 8(ב)(4)). טיוטה של תקנות הוכנה באפריל 1996 והועברה לוועדת הכספים של הכנסת. מידע על כך נמסר לציבור. נתקבלו תגובות מהציבור. קויימו דיונים

בוועדת המשנה לשוק ההון של ועדת הכספים. לאחר אישור התקנות בוועדת הכספים (ב9.12.96-), פורסמו תקנות הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות (בקשה לרשיון, בחינות, התמחות ואגרות), התשנ"ז1997- (להלן: "תקנות הבחינות") ותקנות הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות (הון עצמי וביטוח), התשנ"ז1997- (להלן: "תקנות הון עצמי וביטוח"). התקנות נכנסו לתוקפן ב28.1.1997-.

מהות ההסדרים בחוק תיקי השקעות

7. חוק תיקי השקעות מסדיר את העיסוק בייעוץ השקעות ואת העיסוק בניהול תיקי השקעות. ענייננו בעתירה זו בעיסוק של ניהול תיקי השקעות, ובכך נתמקד. החוק מטיל על מנהל תיקי השקעות חובות אמון (סעיף 11) וזהירות (סעיף 20). הוא מסדיר מצבים של ניגוד עניינים (סעיף 15) ומתן תמריצים למנהל תיקי השקעות (סעיף 17). הוא קובע הסדרים באשר לחובות הסודיות (סעיף 19), ובאשר לאופן ההחזקה והניהול (הנפרדים) של נכסי הלקוח ונכסי מנהל התיקים (סעיף 22), תוך הטלת איסור על שימוש בנכסי הלקוח שלא בהסכמתו (סעיף 23). חוק תיקי השקעות קובע חובת רישום של כל עיסקה (סעיף 25(א)) וחובת דיווח ללקוח (סעיף 26) ולרשות (סעיף 27). הוראות אלה נכנסו לתוקפן עם חקיקתו של חוק תיקי השקעות (ביום 10.8.1995) והן חלות, רובן ככולן, על מי שניהל תיקי השקעות גם בטרם הוחק החוק. לעניין זה נקבע כי יראו יחיד או תאגיד העוסק בניהול תיקים ביום פרסומו של החוק ועד ה30.6.1997- כאילו היה בעל רשיון לפי החוק (סעיף 47(ג)).

8. חוק תיקי השקעות קובע משטר של רישוי לעניין העיסוק בניהול תיקי השקעות. ניהול תיקים יכול שיעשה אותו יחיד ויכול שתעשה אותו חברה. הן היחיד והן החברה חייבים ברשיון. נקבע כי יחיד בעל רשיון לא יוכל לנהל תיקי השקעות אלא אם כן הוא עובד בחברה שהיא בעלת רשיון לניהול תיקי השקעות (סעיף 2(ב)). נמצא, כי הוטלה חובת התאגדות כחברה, על יחיד המבקש לנהל תיקי השקעות. לעניין חברה המבקשת רשיון כמנהלת תיקים נקבע, בין השאר, כי עליה להיות בעלת הון עצמי בסכום שאינו קטן מהסכום שנקבע בתקנות (סעיף 8(ב)(4)). סכום זה הועמד בתקנות הון עצמי וביטוח על שלוש מאות אלף שקלים חדשים. על מנהל תיקי השקעות הוטל איסור לנהל תיקי השקעות עבור בן משפחתו או עבור תאגיד שהוא או בן משפחתו הינם בעלי שליטה בו (סעיף 4(ב)). לעניין הרישוי נקבע, כי הבקשה לקבלת רשיון תוגש לרשות לניירות ערך (סעיף 5(א)). תנאי לקבל רשיון הוא, בין השאר, כי המבקש עמד בבחינות מקצועיות (סעיף 8(א)(4)). נושאיהן של הבחינות וסדריהן הוסדרו בתקנות הבחינות. משטר הרישוי האמור לא נכנס לתוקפו עם פרסומו של חוק תיקי השקעות (ביום 10.8.1995). מועד כניסתו נדחה פעמיים, והוא נכנס לתוקפו ביום 1.7.1997. חוק תיקי השקעות כולל הוראות מעבר. נקבע בהן, כי הרשות מוסמכת ליתן רשיון למי שעסק בישראל, ערב פרסומו של החוק (כלומר

ה-10.8.1995), בניהול תיקים לפחות שבע שנים, גם אם אינו ממלא אחר התנאים הקבועים בחוק (סעיף 48(1)). הרשות הוסמכה ליתן רשיון, מנימוקים מיוחדים, למי שעסק בישראל בניהול תיקים תקופה קצרה משבע שנים, וכן למי שעסק בניהול תיקים מחוץ לישראל (סעיף 48(2)).

העתירה

9. העותרת מס' 1 היא עמותה (בהליכי רישום) אליה משתייכים חברים העוסקים בניהול תיקי השקעות. העותרים האחרים (2-10) עסקו, הלכה למעשה, בניהול תיקי השקעות בטרם נכנס חוק תיקי השקעות לתוקפו. העותרים נדרשים לקבל רשיון לניהול תיקי השקעות ולקיים את דרישות חוק תיקי השקעות. טענתם הינה, כי ההסדרים הבאים בחוק תיקי השקעות, נוגדים את חוק-יסוד: חופש העיסוק; (א) חיוב מנהלי תיקים לפעול אך ורק באמצעות חברה; (ב) התניית הפעולה באמצעות חברה בקיומו של הון עצמי ניכר; (ג) הטלת איסור על מנהלי תיקי השקעות לנהל תיקי השקעות של עצמם, או של בני משפחתם; (ד) חיוב המבקשים לעסוק בניהול תיקי השקעות לעמוד בבחינות רישוי רבות וקשות, תוך שלילת האפשרות להכין עצמם כראוי לבחינות אלה; (ה) היעדר הוראות מעבר לפיהן הסדרי הרישוי ותנאיו לא יוחלו על מי שניהלו תיקי השקעות בטרם נכנס החוק לתוקפו, תוך שלילת זכותם של אלה להמשיך ולעסוק במקצועם. לטענת העותרים, הסדרים אלה אף שהם לתכלית ראויה, פוגעים הם בחופש העיסוק מעבר למידה הדרושה. העותרים מבקשים כי נצהיר על בטלותם. כן נתבקשנו לעכב בצו ביניים את תחילתו של החוק (שנקבעה, כאמור, ליום 1.7.1997) עד להכרעה סופית בעתירה.

ההליכים לפנינו

10. העתירה הוגשה ב-13.3.1997. השופטת התורנית (השופטת דורנר) ביקשה תגובת המשיבים. הבקשה לצו ביניים נדחתה. עם קבלת התגובה, הועברה העתירה להרכב של שלושה (הנשיא ברק, השופטת שטרסברג-כהן, השופטת ביניש). הרכב של שלושה הוציא (ביום 2.6.1997) צו-על-תנאי, ונתן שלושים יום לתשובה. על פי בקשתו - ובהסכמת המשיבים - הוספנו את מר אברהמחיו (גם הוא עסק בניהול תיקי השקעות טרם כניסת החוק לתוקף) כעותר נוסף (עותר מס' 11). ההרכב החליט על מחיקתן של הכנסת וועדת הכספים כמשיבות בעתירה. אכן, משהוחק החוק הוא מנתק עצמו ממחוקו. "בצאתו של חוק מביתו של מחוקק, ניתק טבורו מיצורו, חוק שיוולד אין הוא עוד ברשותו של מולידו" (השופט מ. חשין בבג"ץ 7157/95 ארד נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נ(1) 573). הטענות החוקתיות מכוונות כנגד החוק, ולא כנגד הכנסת. המחוקק אינו צד לסכסוך, בו

מתבררת שאלת חוקתיותו של חוק. על כן, אין לצרף הכנסת כצד בהליכים בהם נדונה חוקתיותו של חוק שחוקק על ידי הכנסת. כמובן, לכל דיון שכזה יש להזמין את היועץ המשפטי לממשלה.

11. ההרכב נתבקש להוציא צו ביניים, המעכב את מועד כניסתו של החוק לתוקף. לעניין זה נתקבלה ההחלטה הבאה:

"נתבקשנו ליתן צו-ביניים. בטרם נחליט בעניין, ביקשנו מבאת כוח המשיבים לברר האפשרות של פניה לכנסת להארכת מועד הכניסה לתוקף של החוק. בתוך שבועיים תימסר לנו הודעה בכתב מטעם המשיבים. על יסוד ההודעה נחליט בדבר המשך הדיון בצו הביניים".

לאחר זמן (ביום 15.6.97) קויימה תזכורת בנוכחות באי כוח הצדדים. נמסר מפי באת כוח המשיבים, הגב' מנדל, כי הממשלה לא תפנה לכנסת ביוזמת חקיקה לדחיית מועד כניסתו של החוק לתוקף. בנמקה עמדה זו ציינה הגב' מנדל, כי "נוכח מצבו של שוק ההון, לוח הזמנים הצפוף כתוצאה מהגשת העתירה בסמוך לכניסת הוראות הרישוי לתוקף וההשלכות העלולות לנבוע מפתיחת הליך חקיקה בכנסת בתקופת אי הוודאות של טרם מתן פסק דין על ידי בית המשפט הנכבד, לא יהא זה נכון ליזום הליך חקיקה לשם דחיית תחילת תוקפו של פרק הרישוי בחוק. לדעת המשיבים דחיה כאמור עלולה לגרום נזק רב לשוק ההון ולציבור המשקיעים". על יסוד הודעה זו נקבעו בהסכמה הסדרי טיעון בכתב. נקבע עוד, כי "אם לא יינתן פסק דין עד ה-1.7.97- נשמרת האפשרות כי העותרים יחזרו ויפנו בעניין צו הביניים. ההרכב שידון בעתירה - והוא עשוי להיות הרכב מורחב - עשוי לקיים דיון בעל-פה למתן הבהרות ולתשובה על שאלות. יעשה מאמץ ליתן את פסק הדין - ולו בלי הנמקה - עד ה-1.7.97-".

12. ביום 30.6.97 - יום לפני כניסתו לתוקף של ההוראות הנדונות שבחוק תיקי השקעות - קיים הרכב מורחב של בית המשפט דיון בצו הביניים. נקודת המוצא שלנו בדיון זה היתה, כי הוצאת צו ביניים לעיכוב הפעלתו של הסדר המעוגן בחוק הינה בסמכותו של בית המשפט ונתונה לשיקול דעתו. כך נוהגים בתי המשפט באנגליה, בארצות-הברית, בקנדה ובשיטות משפט נוספות (ראו Factortame Ltd. v. Secretary of State for Transport (No. 2) [1991] All E.R. 70; R.J.R. - MacDonald Inc. v. Canada (Attorney-General) [1994] 111 D.L.R. (4th) 385; Wright, Miller and Kane, Federal Practice and Procedure: Civil, sec. 2948 (2d. ed.); K.P.E. Lasok, The European Court of Justice Practice and Procedure 232 (2nd. ed., 1994)). שיקול דעת זה יש להפעיל בהזירות רבה. יש לאזן בין הנזק הבלתי הפיך לפרט אם צו העיכוב לא יינתן, לבין הנזק לפרטים אחרים, ולציבור

כולו, אם צו העיכוב יינתן. על בית המשפט להיות רגיש הן לעיכוב בהפעלתו של חוק בטרם הוכרע הדין (אם יינתן צו ביניים), והן לפגיעה הלכאורית בזכויות האדם עד להכרעת הדין (אם לא יינתן צו כאמור). בית המשפט ייטיב לעשות, אם יעשה כל מאמץ להשגת הבנה בין הצדדים בכל הנוגע להסדרי הביניים. ברוח זו, ולאחר ששמענו את טענות הצדדים, המלצנו בפני המשיבים להגיע להסדר שימנע הצורך בהכרעה בעניין צו הביניים, תוך שיתאפשר לבית המשפט לפסוק בעתירה לגופה, בלא לחץ זמן הנובע מכך שחוק תיקי השקעות נכנס לתוקפו במלוא הוראותיו למחרת היום (ה-1.7.1997). הצדדים ניהלו משא ומתן ביניהם, והגיעו להסדר הבא:

1. הרשות תעשה שימוש בסמכותה לפי סעיף 48(2) לחוק, ותעניק רשיון זמני לתקופה שתסתיים ביום 31.12.97, או עד למתן פסק הדין לפי המוקדם, למי שעסק בניהול תיקים ערב כניסתו לתוקף של החוק. הרשיון הזמני יינתן ליחיד לצורך עיסוק במסגרת חברה. בכל רשיון יצוין באלו דרישות נדרש בעל הרשיון הזמני לעמוד על מנת שבבוא העת ניתן יהא להעניק לו רשיון מנהל תיקים על פי החוק.

2. ההון העצמי של החברה יעמוד על סך של 50,000 ש"ח. סכום זה יחליף את הסכום הקבוע בתקנה 2(א) לתקנות הסדרת העיסוק ביעוץ השקעות בניהול תיקי השקעות (הון עצמי וביטוח), התשנ"ז 1997.

3. לצורך מתן זמן להתארגנות למנהלי התיקים, מודיע היועץ המשפטי לממשלה כי בתוך תקופה של ששים יום, הוא לא יאכוף את הוראות החוק שעניין ברישוי.

הצדדים לא הגיעו לידי הסדר באשר לאיסור החל על בעל רשיון לרכוש ניירות ערך עבור עצמו, ולעניין האיסור החל על יחיד המנהל תיקי השקעות שלא לנהל תיקי השקעות עבור בן משפחה. לעניין זה החלטנו, כי נחה דעתנו שעל רקע ההסדר אליו הגיעו הצדדים, אין מקום ליתן צו ביניים בעניין זה. רשמנו לפנינו הודעת המשיבים, לפיה במהלך התקופה של הרשיונות הזמניים יוכל מנהל תיקים לבצע הצלבה עם מנהל תיקים אחר, בכל הנוגע לתיקים שלו ושל קרובי משפחתו (כהגדרתם בחוק תיקי השקעות).

13. לאחר כשלושה שבועות (ביום 22.7.97) - ובעקבות הסיכומים בכתב שנתקבלו מבאי כוח הצדדים - שמענו טיעונים משלימים בעל-פה לגופה של העתירה. טיעונים אלה התרכזו בחוקתיותם של האמצעים שנקטו בחוק תיקי השקעות. הצדדים לא היו חלוקים בעמדותיהם באשר לשאלה, אם חוק תיקי השקעות פוגע בחופש העיסוק. מקובל היה על כל הצדדים - ומקובל הוא עלינו - כי חוק תיקי השקעות פוגע בחופש העיסוק. פגיעה זו, כשלעצמה, לא הופכת את חוק תיקי השקעות לבלתי חוקתי. פגיעה בעיסוק עשויה להיות מוצדקת, אם היא מקיימת את הדרישות הקבועות לכך בחוק-יסוד: חופש העיסוק. נפנה, איפוא, לחוק היסוד ולדרישות הקבועות בו.

המסגרת הנורמטיבית

14. חוק-יסוד: חופש העיסוק מעניק הגנה חוקתית לחופש העיסוק (ראו א. רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל 1134 (כרך ב', מהדורה חמישית, 1996)). אף בעבר - מאז פרשת בז'רנו (בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב' 80) - הוכר חופש העיסוק כזכות אדם יסודית. עמד על כך השופט ש.ז. חשין בציינו:

"כלל גדול הוא, כי לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח-יד אשר יבחר לעצמו בכל זמן שההתעסקות בעבודה זו או במשלח-היד אינה אסורה מטעם החוק" (שם, בעמ' 82).

עם זאת, יכול היה בעבר חוק של הכנסת - יהיו המטרות אשר להגשמתן נועד והאמצעים שבהם נקט אשר יהיו - לפגוע בחופש העיסוק, ובלבד שהפגיעה בוטאה בו באופן מפורש, ברור וחד-משמעי (ראו בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337, 353). עתה, מאז חקיקתו של חוק-יסוד: חופש העיסוק, צומצם כוחה של הכנסת לפגוע בחופש העיסוק (ראו בג"ץ 1452/93 איגלו חברה קבלנית לעבודות צנרת בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד מז(5) 610; בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441; בג"ץ 1255/94 "בזק" החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מט(3) 661, 679; בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94, 124). פגיעה זו אפשרית היא רק בדרך של שינוי חוק היסוד עצמו (סעיף 7 לחוק היסוד), בחקיקתו של חוק חורג (סעיף 8 לחוק היסוד), או בחקיקתו של חוק רגיל, המקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה (סעיף 4 לחוק היסוד). הנה כי כן, לחופש העיסוק מוענקת בישראל הגנה חוקתית-על-חוקית (ראו בג"ץ 4746/92 אגרו אקספורט לטד נ' שר החקלאות, פ"ד מח(5) 243; ע"א 239/92 "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' משיח, פ"ד מח(2) 66; ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221). חוק "רגיל" של הכנסת (שאינו חוק יסוד ואינו חוק חורג - ובשני אלה אין לנו עניין בעתירה זו) יכול לפגוע בחופש העיסוק רק אם תנאיה של פסקת ההגבלה מתקיימים בו.

15. חופש העיסוק כזכות חוקתית נגזר מהאוטונומיה של הרצון הפרטי. הוא ביטוי להגדרתו העצמית של האדם. באמצעות חופש העיסוק מעצב האדם את אישיותו ואת מעמדו ותורם למירקם החברתי. כך על-פי ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. כך על-פי ערכיה כמדינה יהודית. המלאכה מייחדת את האדם ומהווה ביטוי לצלם אלוהים שבו (ראו משנת ר' אליעזר פ"ב). חופש העיסוק - כזכויות אדם אחרות - אינו זכות מוחלטת. הוא מעניק לאדם זכות יחסית (ראו בג"ץ 1683/93 יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מז(4) 702; ע"א 239/92 הנ"ל). יש לאזן בינה לבין זכויות האדם האחרות; יש לאזן בינה לבין שיקולים ראויים

של טובת הציבור. האיזון עם טובת הציבור מעוגן בפסקת ההגבלה (סעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק) הקובעת:

"אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

היקפו הראוי של האיזון הוא העומד לבחינתנו בעתירה זו. ענייננו בשאלה, מהן ההגבלות שניתן להטיל על חופש העיסוק למען שמירה על צרכי הכלל. אכן, חופש העיסוק אינו החופש של האדם על אי בודד. זהו החופש של האדם כחלק מהחברה. מתחייב איזון בין זכות האדם לחופש עיסוק לבין אינטרס הכלל. פסקת ההגבלה משקפת איזון זה. היא נקודת האחיזה עליה מונח האיזון החוקתי בין הפרט לכלל, בין היחיד לחברה. היא משקפת את התפיסה, כי בצד זכויות אדם קיימות גם חובות אדם. אכן, פסקת ההגבלה משקפת פשרה בין כוח המדינה לבין זכות האדם. היא פרי ההכרה כי יש לקיים חופש עיסוק ולשמור על טובת הכלל גם יחד. הזכות וההגבלה עליה יונקים ממקורות משותפים.

16. פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: חופש העיסוק (סעיף 4) מתנה את תוקפה של פגיעה בחופש העיסוק בקיומם המצטבר של ארבעת התנאים הבאים: הפגיעה בחופש העיסוק נעשית בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת שבו; החוק הפוגע הולם את ערכיה של מדינת ישראל; החוק הפוגע נועד לתכלית ראויה; הפגיעה בחופש העיסוק אינה במידה העולה על הנדרש. קיומם של שלושת התנאים הראשונים אינו שנוי במחלוקת בעתירה שלפנינו. נתמקד, איפוא, בתנאי הרביעי, שעניינו הדרישה, כי הפגיעה בחופש העיסוק לא תהא במידה העולה על הנדרש.

17. על פי פסקת ההגבלה, חוק הפוגע בחופש העיסוק הוא חוקתי רק אם פגיעתו בחופש העיסוק היא במידה שאינה עולה על הנדרש. זהו "מבחן המינון". מינון הפגיעה צריך שיהא כך שלא יעלה על הנדרש" (השופט גולדברג בע"א 6821/93 הנ"ל, בעמ' 576). זוהי הדרישה של מידתיות (proportionality) (ראו בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 435; בג"ץ 3477/95 בן-עטיה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1, 11; בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94, 138). דרישת המידתיות מתמקדת באמצעים שנבחרו על ידי המחוקק. על פיה לא די בכך שתכליתו של החוק ראויה היא. נדרש כי האמצעים שנבחרו להגשמת התכלית הראויה הם מידתיים (ראו D. Currie, The Constitution of the Federal Republic of Germany 309 (1994); P. Hogg, Constitutional Law of Canada 875 (3rd ed., 1992)). הפסיקה הישראלית - בעקבות המשפט המשווה - חילקה את

מבחן המידתיות לשלושה מבחני משנה. אלה מהווים קונקרטיזציה של עיקרון המידתיות הכללי (ראו בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה (טרם פורסם)). שלושת מבחני המשנה הם: מבחן האמצעי המתאים והרציונלי; מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; מבחן האמצעי המידתי (במובן הצר) (ראו בג"ץ 4330/93 פריד גאנם נ' לשכת עורכי הדין (טרם פורסם); בג"ץ 5503/94 סגל נ' יושב-ראש הכנסת (טרם פורסם), וכן זמיר, "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה", משפט וממשל ב' 109 (התשנ"ד)). החלוקה למבחני משנה נועדה לסייע בגיבוש אמות המידה העקרוניות בקביעת מידתיותה של החקיקה. היא נועדה לכונן את החשיבה החוקתית, אך לא להקפיאה.

18. מבחן המשנה הראשון, הוא מבחן ההתאמה או הקשר הרציונלי. אמצעי חקיקתי, הפוגע בזכות אדם חוקתית - ובעניינו, הפוגע בחופש העיסוק - הוא ראוי אם הוא מתאים להשגת המטרה. נדרש קשר של התאמה בין המטרה לאמצעי. האמצעי החקיקתי צריך להוביל, באופן רציונלי, להגשמתה של המטרה החקיקתית (ראו: בג"ץ 3477/95 הנ"ל, בעמ' 12; ע"א 6821/93 הנ"ל, בעמ' 436); מבחן המשנה השני, הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. האמצעי החקיקתי הפוגע בזכות אדם חוקתית - ולעניינו הפוגע בחופש העיסוק - הוא ראוי רק אם לא ניתן להשיג את המטרה החקיקתית על ידי אמצעי אחר, אשר פגיעתו בזכות האדם תהא קטנה יותר (ראו בג"ץ 3477/95 הנ"ל, בעמ' 12; ע"א 6821/93 הנ"ל, בעמ' 436). האמצעי החקיקתי משול לסולם, עליו מטפס המחוקק להשגת התכלית החקיקתית. על המחוקק לעצור באותו שלב משלבי הסולם, שבאמצעותו מושגת התכלית החקיקתית, ואשר פגיעתו בזכות האדם היא הפחותה. "על המחוקק להתחיל ב'מדרגה' הפוגעת פחות, ולעלות אט אט בגרם המדרגות, עד שהוא מגיע לאותה מדרגה אשר במסגרתה התכלית הראויה מושגת בלא לפגוע מעבר לדרוש בזכות האדם" (ע"א 6821/93 הנ"ל, בעמ' 444). "אם בנסיבות העניין התנאי המתון, הגורם פחות נזק, אינו מספיק כדי להשיג את המטרה, תוכל הרשות לקבוע תנאי מכביד יותר, ככל הנדרש להשגת המטרה" (זמיר, שם, עמ' 131). מבחן המשנה השלישי, הוא מבחן האמצעי המידתי (במובן הצר). האמצעי הנבחר - אפילו מתאים הוא (רציונלית) להשגת המטרה, ואפילו אין אמצעי מתון ממנו - צריך לקיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח ממנו לבין היקף פגיעתו בזכות אדם חוקתית (שם, שם). זהו מבחן הבוחן את התוצאה של החקיקה, והאפקט שיש לה על זכות האדם החוקתית. אם השימוש באמצעי החקיקתי גורם לפגיעה חמורה בזכות האדם, ואילו התועלת הצפויה ממנו לציבור היא מזערית, כי אז אפשר שהחקיקה חורגת מהמידה הדרושה (במובנה הצר).

19. דרישת המידתיות מציבה מבחן גמיש. לא פעם ניתן להצביע על מספר פתרונות, המקיימים את דרישותיו. במצב דברים זה על השופט להכיר בחוקתיותו של החוק. אכן, נקודת המוצא העקרונית הינה, כי תפקיד החקיקה הוטל על המחוקק. הוא נציגו הנאמן של הריבון - העם. האחריות הלאומית לחקיקת חוקים

אשר יגשימו תכלית ראויה באמצעים מידתיים מוטלת, על פי עיקרון הפרדת הרשויות, על המחוקק. בידיו הכלים לאיתור התכלית הראויה ולבחירת האמצעי המידתי. בית המשפט לא בא להחליף את שיקוליו של המחוקק בשיקוליו שלו. בית המשפט אינו נכנס לנעליו של המחוקק. הוא אינו שואל את עצמו מהם האמצעים שהוא היה בוחר אילו היה חבר בגוף המחוקק. בית המשפט מפעיל ביקורת שיפוטית. הוא בוחן את חוקיות החוק, לא את תבונתו. השאלה אינה אם החוק טוב, יעיל, מוצדק. השאלה הינה אם הוא חוקתי. מחוקק "סוציאליסטי" ומחוקק "קפיטליסטי" עשויים לחוקק חוקים שונים ומנוגדים, אשר כולם ימלאו את דרישותיה של פסקת ההגבלה. אכן, חוקי היסוד אינם תכנית לפעולה מדינית קונקרטי. הלאמה והפרטה עשויים להתקיים במסגרתם. כלכלת שוק או ניהול מרכז של הכלכלה עשויים למצוא בה מרחבי מחייה, ובלבד שהפעילות המשקית - הפוגעת בזכויות אדם - תקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. על כן, במקום בו קיים מיתחם של אמצעים, יש להכיר בכוח התימרון ובמרחב שיקול הדעת של המחוקק (ראו ע"א 6821/93 הנ"ל, בעמ' 438; בג"ץ 3477/95 הנ"ל, בעמ' 13). קביעת המדיניות החברתית נתונה למחוקק, והגשמתה נתונה לממשלה, להם ניתן מרחב של תימרון חקיקתי. היטיב להביע זאת השופט א. גולדברג, בציינו:

"ההרמוניה בין הרשויות מחייבת... הצבת 'קו אדום' בין הפעלת סמכות הביקורת המסורה לבית המשפט על מעשה חקיקה לבין מעורבות בחקיקה. על בית המשפט להיזהר מטשטוש הגבולות ומגלישה לעבר סמכות לא לו. עליו לזכור כי בידו מסור הפיקוח המשפטי בלבד, אם החוק הוא חוקתי, ובהפעילו סמכות זו אין הוא משמש תחליף לרשות המחוקקת. אין בית המשפט ממיר את שיקוליו של המחוקק בשיקול דעתו שלו. חופש הבחירה בין אמצעים חילופיים, שכולם באים לאזן בין התכלית הראויה והפגיעה בזכות, מסור למחוקק ולא לבית המשפט. המחוקק הוא שמוסמך לבחור, מבין האמצעים האפשריים, את האמצעי הנראה לו מתאים להגשמת תכליתו הראויה של החוק" (ע"א 6821/93 הנ"ל, בעמ' 574).

אכן, הכרזה על בטלותו של חוק או חלק ממנו היא עניין רציני. לא על נקלה יעשה כן השופט. לא הרי הכרזה על בטלותה של חקיקת משנה בהיותה סותרת הוראותיו של חוק, כהרי הכרזה על בטלותה של חקיקה ראשית בהיותה סותרת חוק-יסוד. בבטלו חקיקת משנה, נתן השופט ביטוי לרצון המחוקק. בבטלו חקיקה ראשית, השופט מסכל את רצון המחוקק. הצידוק לכך הוא בכפיפותו של המחוקק להוראות חוקתיות-על-חוקיות, שהוא עצמו קבען (ראו ברק, "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק", משפט וממשל ג 403 (התשנ"ו)). עם זאת, נדרשת לכך זהירות שיפוטית רבה. בצדק ציין השופט זמיר, כי:

"המסר העיקרי הוא, לדעתי, שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק לא באו לעשות את חוקי הכנסת טרף קל לכל מי שדעתו אינה נוחה מן החוק. חוק הכנסת כבודו במקומו מונח: עדיין החוק מבטא את רצון הריבון, הוא העם, ולכן החוק הוא ההולך לפני המחנה, ובו גם

בית המשפט... כיום הלכה היא שחוקי-היסוד היקנו לבית המשפט סמכות לבטל חוקים. סמכות זאת היא, לדעתי, חיונית בחברה נאורה, ובמיוחד כך בישראל, שבה תרבות השלטון טרם הכתה שורשים עמוקים. יש לשמור עליה היטב, כדי שניתן יהיה לעשות בה שימוש במקרה הראוי, אך דווקא בשל כך יש להיזהר מאוד, שלא תהיה כעושר השמור לבעליו לרעתו" (בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת פ"ד נ (3) 485, 496).

אכן, טענה בדבר אי חוקתיותו של חוק "נבחנת בזהירות ותוך ריסון" (הנשיא שמגר בע"א 6821/93 הנ"ל, בעמ' 349; ראו גם בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 67). היא מחייבת איפוק שיפוטי ניכר. באומרנו, איפוא, כי המידתיות מחייבת בחירה באמצעי שפגיעתו היא הפחותה, אנו נפנים לצורך לבחור באמצעי שפגיעתו פחותה מבין מספר אמצעים אשר כולם משיגים את תכלית החקיקה. כאשר אין להשיג את התכלית הראויה, אלא באמצעי שפגיעתו קשה יותר, אין מנוס מבחירה זו. נדרשת איפוא פעולה של התאמה בין המטרות לאמצעים. בהתאמה זו יש להכיר במרחב התימרון (ה-margin or power of appreciation) של המחוקק או "במרחב ההתחשבות" הנתון לו, המאפשר לו להפעיל את שיקול דעתו בבחירת התכלית (הראויה) והאמצעים (הפוגעים במידה שאינה עולה על הנדרש) המצויים על גבול מרחב התימרון. אכן, יש לנקוט בגישה גמישה המכירה בקשיי הבחירה של המחוקק, בהשפעת בחירתו על הציבור, וביתרון המוסדי של המחוקק. עמד על כך בית המשפט העליון של קנדה, מפי השופט לה-פורה בצינו:

"In assessing proportionality and particularly the issue whether there has been a minimal impairment to a constitutionally guaranteed right, it must be remembered that we are concerned here with measures that attempt to strike a balance between the claims of legitimate but competing social values. In the case of broadly based social measures like these, where government seeks to mediate between competing groups, it is by no means easy to determine with precision where the balance is to be struck... The approach taken to these cases has been marked by considerable flexibility having regard to the difficulty of the choice, their impact on different sectors of society of the legislature in assessing these matters... the question is whether the government has a reasonable basis for concluding that it impaired the relevant right as little as possible given the government's pressing and substantial objectives" (McKinney v. University of Guelph [1990] 3 S.C.R. 229, 285).

אכן, החובה לבחור באמצעי שפגיעתו פחותה, אינה שקולה כנגד החובה לבחור באמצעי שבאופן מוחלט הוא הפוגעני פחות. תמיד יש לאזן בין תכלית למטרה; תמיד יש להתחשב באופציות הפתוחות. כותב השופט למר (Lamer) מבית המשפט העליון של קנדה:

"Parliament may not have chosen the absolutely least intrusive means of meeting its objective, but it has chosen from a range of means which impairs 11(d) as little as is reasonably possible. Within this range of means it is virtually impossible to know, let alone be sure, which means violate Charter rights the least" (R. v. Chaulk [1990] 3 S.C.R. 1303, 1343).

הוא הדין במבחן המשנה השלישי, שעניינו המידתיות במובן הצר. במסגרתו של מבחן זה מתבקש איזון בין טובת הכלל וטובת הפרט, בין נזק לכלל לנזק לפרט. איזון זה אינו פשוט כלל ועיקר. טובת הכלל מתחשבת גם באינטרס של הפרט. קיימת לרוב יותר מאפשרות אחת של איזון ראוי. אף כאן יש להכיר במרחב התחשבות ותימרון של המחוקק.

20. כך בדרך כלל. כך במיוחד כאשר החקיקה הנבחנת היא חקיקה כלכלית-משקית. דווקא בתחומי המשק והכלכלה יתכנו לעתים קרובות מספר דרכי פעולה; קיימות מספר אופציות הפתוחות בפני רשויות השלטון; ההחלטה מבוססת על הערכה אשר טמון בה יסוד רב של אי וודאות. לעתים קרובות חסרים הכלים והמכשירים "לעמוד על הדקויות וההבדלים במידתיות שבין האפשרויות השונות" (השופט גולדברג בע"א 6821/93 הנ"ל, בעמ' 575). לרוב מאופיינים האמצעים החקיקתיים בקיום מגוון של פעולות, ובתמהיל של אמצעים, אשר האפקט הכולל שלהם צריך להיבדק ולהיבחן. כל אלה מובילים למסקנה, כי בית המשפט לא יהפוך עצמו לרשות-על כלכלית הבוחנת את צדקתן של האופציות המשקיות שנבחרו. בית המשפט ימלא את תפקידו הקלאסי בביקורת שיפוטית על הפעילות השלטונית. עמד על כך הנשיא שמגר, בציינו:

"אל לבית המשפט ליטול לעצמו תפקיד כללי של מעצב מחדש של התכליות ושל המדיניות הכלכלית או הפיסקאלית, לפי העניין. דבר זה אינו מוצדק במערכת יחסים חוקתית בריאה בין הרשויות. המחוקק קובע את המדיניות ומתווה על פיה את התכלית ואמצעיה" (ע"א 6821/93 הנ"ל, בעמ' 348).

אכן, מתקיים לרוב "מרחב הגבלה", אשר במסגרתו קיימות אפשרויות שונות של השגת התכלית באמצעים שונים, אשר כולם מידתיים. כוח הבחירה לכל אופציה בתוך המרחב נתון למחוקק. בית המשפט יגלה איפוק

שיפוטי, ולא יחליף את שיקול דעת המחוקק בשיקול דעתו של השופט. עם זאת, איפוק שיפוטי אינו שקול כנגד קיפאון שיפוטי. ריסון שיפוטי אסור לו שיביא לשיתוק שיפוטי. כאשר המחוקק פוגע בזכות אדם המעוגנת בחוקי היסוד, והפגיעה היא מעבר למידה הדרושה, אין מנוס מנקיטת עמדה שיפוטית ברורה. כשם שאיננו חופשיים לבטל חוק אך משום שלא היינו מחוקקים אותו אילו היינו חברי הגוף המחוקק, כן איננו בני חורין להימנע מביטול חוק אך משום שהמחוקק ראה לנכון לחוקק אותו. עלינו השופטים הוטל התפקיד החוקתי של שמירת אמות המידה לחוקתיות החוק הקבועות בחוקי היסוד ומניעת חריגה מגבולותיהן. על רקע זה נפנה עתה לטענות שהועלו בעתירה כנגד חוקתיותן של ההוראות הספציפיות בחוק תיקי השקעות.

המטרות של חוק תיקי השקעות

21. ביסוד העתירה שלפנינו, מונח מכלול טענות הקשורות לאמצעים בהם בחר המחוקק להגשמת מטרותיו. אין העתירה תוקפת את חוקתיותה של המטרה עצמה. בחינתה של מטרה זו חשובה היא, שכן חוקתיותם של האמצעים נקבעת מתוך התייחסות למידת הגשמתה של המטרה. התכלית המונחת ביסוד חוק תיקי השקעות היתה להסדיר את העיסוק בניהול תיקים (ובייעוץ השקעות - עניין שאינו עומד בפנינו). הצורך להסדיר תחום זה בא בשל ההתפתחות הרבה שחלה בשנים האחרונות בשוק ההון בישראל. התפתחות זו הביאה בעקבותיה לריבוי אפשרויות ההשקעה הפתוחות בפני המשקיעים ולהתעניינותם הגוברת בתחום זה. נוצר מצב, בו ציבור המשקיעים נזקק יותר ויותר להדרכה ויעוץ, תוך העברת הניהול של תיקי ההשקעות למומחה לדבר. היעדר הסדר יצר מציאות, בה גורמים שאינם עונים לדרישות מינימליות של התאמה וכשירות פעלו בתחום ניהול תיקי ההשקעות. היעדר מערכת רישוי הביא לידי כך, כי גם אם מנהל תיקי השקעות נכשל בתפקידו, הוא יכול להמשיך בו ללא הפרעה. מנהל תיקים בלתי מיומן עשוי להסב ללקוחותיו נזק רב. הוא עלול לאיין את השקעותיו של הלקוח. הוא עלול - באותם מקרים בהם הוא רשאי ללוות כסף מבנק בשם הלקוח (ראה סעיף 13(ג)(2) לחוק תיקי השקעות) - לגרום ללקוח לחוב כסף לבנק. הוא עלול לנצל לרעה את ההרשאה שהוענקה לו. מטרת החוק להבטיח, שהשירות של ניהול תיקי השקעות יהיה מהימן ומכוון להיטיב עם הלקוח. תכליתו של החוק להביא לידי כך שהשירות של ניהול תיקי השקעות יינתן על ידי גורם כשיר ובעל השכלה ורמה מקצועית נאותה. החקיקה נועדה להגן גם, בין היתר, על ציבור של משקיעים "לא מתחכמים" השמים מבטחם במנהלי תיקים. ההגנה על האינטרס של המשקיעים נועדה אף להגביר את השתתפותם בשוק ההון, אשר גודלו וחוסנו הינם אינטרס כלכלי של המדינה (ראו דברי ההסבר להצעת חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשמ"ח-1987 (ה"ח התשמ"ח, 1857, עמ' 28; ראו דברי סגן שר האוצר בקריאה ראשונה של הצעת החוק: ד"כ 109-111 (תשמ"ח), 764, וכן דברי ההסבר להצעת חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ד-1994 (ה"ח התשנ"ד, 2268, עמ' 422) ודברי ההסבר להצעת חוק הסדרת

העיסוק ביעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה-1994 (ה"ח התשנ"ה, 2320, עמ' 92)). תכלית זו - כך הסכימו הצדדים וכך גם מקובל עלינו - ראויה היא. נוצר צורך חברתי מהותי להכניס שינוי במצב שהיה קיים בטרם הוחק החוק. השינוי נועד להשיג את המטרות החברתיות עליהן עמדנו. על רקע זה נעבור עתה לאמצעים השונים שנקבעו בחוק תיקי השקעות, ואשר לדעת העותרים אינם מקיימים את דרישות המידתיות.

חיוב מנהלי תיקים לפעול אך ורק באמצעות חברות

22. הטענה הראשונה של העותרים מכוונת כנגד חובת ההתאגדות כחברה, המוטלת על מנהל תיקי השקעות. חובה זו מעוגנת בסעיף 2(ב) לחוק תיקי השקעות, הקובע:

"לא יעסוק אדם בניהול תיקי השקעות אלא אם כן הוא בעל רשיון מנהל תיקים, ואם הוא יחיד - הוא בעל רשיון ועובד בחברה שהיא בעלת רשיון מנהל תיקי השקעות".

הטעם המונח ביסוד דרישה זו, כפי שהוצג בפני הכנסת ובפנינו, הוא משולש. ראשית, בקרה, פיקוח ושקיפות. חברה חייבת לערוך דו"חות כספיים מבוקרים בידי רואי חשבון, המשקפים את מצבה הכספי בהתאם לעקרונות חשבונאים מקובלים. חברה, המנהלת תיקי השקעות, חייבת להגיש לרשות אחת לשנה אישור רואה חשבון לעניין קיום דרישות ההון העצמי. לא כן יחיד, שמצבו הכספי אינו משתקף במסמך הערוך לפי כללים מוגדרים. השקיפות מהווה כלי חשוב ללקוח, לרשות לניירות ערך וכן לחברי אורגנים בחברה (כגון דירקטוריון), שכן השקיפות מצביעה על מעמדה ויכולתה של החברה. זאת ועוד: ההתאגדות מאפשרת פיקוח על שמירת ההון המינימלי שנקבע; היא מעניקה קיום מתמשך לחברה, בלא שפטירת היחיד או הסתלקותו תשפיע על פעולת החברה עצמה. שנית, יש עניין בהגבלת פעילותו של מנהל תיקי השקעות בשוק ההון לתחום זה בלבד. פעילות נוספת בשוק ההון עשויה ליצור ניגוד עניינים בין עיסוקו של מנהל התיקים בפעילותו כמנהל תיקים לבין עיסוקים אחרים שלו בשוק ההון. הגבלה כזו אפשרית כאשר מנהלת תיקי השקעות היא חברה (ראו סעיף 8(ב)(1) לחוק תיקי השקעות). הגבלה על פעילותו של יחיד (להבדיל מחברה) מעוררת בעיות חוקתיות קשות לגביו וכן בעיות מעשיות קשות לגבי הפיקוח על פעילותו. שלישית, חברה יכולה להבטיח את האינטרסים של לקוחותיה באמצעות ביטוח מפני מעילה באמון של עובדיה. דרישה כזו הוטלה על חברה על פי תקנה 3(ג) לתקנות בעניין הון עצמי וביטוח. לעומת זאת, קיימים קשיים משפטיים ניכרים לביטוח יחיד כנגד מעילה שלו עצמו.

23. לטענת העותרים, חובת ההתאגדות המוטלת על מנהלים של תיקי השקעות פוגעת בחופש העיסוק מעבר למידה הדרושה. לטענתו של מר מלצר, שטען לעותרים, לא נדרש כלל, לשם השגת מטרותיו של חוק

תיקי השקעות, כי העיסוק יעשה באמצעות חברה. זאת ועוד: חובת הדיווח המוטלת על החברה לא תספק כל מידע ללקוח ולרשות, שהרי חובת הדיווח עניינה כספיה של החברה, ולא כספי הלקוחות, בהם פועל מנהל התיקים כשלוח בלבד. לטענת העותרים, ניתן להבטיח הגשמת מטרות החוק בהטלת חובת דיווח על מנהלי התיקים הפועלים כיחידים, בלא להתנות זאת בהתאגדותם כחברה. כמו כן, מנהל יחיד של תיקי השקעות יוכל לבטח עצמו כנגד מעילה של עובדיו.

24. אכן, הוראת חוק תיקי השקעות, לפיה יחיד המבקש לפעול כמנהל תיקי השקעות חייב לעבוד בחברה, פוגעת בחופש העיסוק של מנהל תיקי השקעות. היא מחייבת אותו להתקשר עם חברה או להקים בעצמו חברה משלו. זאת ועוד: דרישת החוק בעניין הפעולה באמצעות חברה פוגעת גם בחופש ההתאגדות של מנהל תיקי השקעות. חופש זה אינו רק החופש להתאגד אלא גם החופש שלא להתאגד. חופש זה נשלל מיחיד המבקש לעסוק בניהול תיקי השקעות. השאלה הניצבת בפנינו הינה, אם פגיעה זו בחופש העיסוק מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה: האם דרישת ההתאגדות פוגעת בחופש העיסוק במידה העולה על הנדרש? לדעתנו, התשובה היא בשלילה. נראה לנו כי האמצעי בו נקט המחוקק - עיסוק במסגרת חברה - הוא אמצעי הפוגע בחופש העיסוק במידה שאינה עולה על הנדרש. מקובל עלינו כי ניתן היה לקבוע משטר נורמטיבי שונה, המסדיר את העיסוק בניהול תיקי השקעות בלא חובת התאגדות. אך השאלה הניצבת בפנינו אינה אם קיימת חלופה שונה. השאלה אף איננה אם היינו בוחרים בחלופה השונה, אילו היינו חברים ברשות המחוקקת. השאלה הינה אם החלופה שהמחוקק בחר בה, פוגעת בחופש העיסוק (וההתאגדות) מעבר למידה הדרושה. על כך תשובתנו הינה בשלילה. לדעתנו, חובת ההתאגדות שהוטלה על כל עוסק מקיימת את הדרישות של שלושת מבחני המשנה של עיקרון המידתיות.

25. מבחן המשנה הראשון של המידתיות הוא מבחן ההתאמה או הקשר הרציונלי. נחה דעתנו כי קיים קשר של התאמה בין השגתן של התכליות המונחות ביסוד חוק תיקי השקעות לבין הטלת החובה לפעול בגדריה של חברה. על ידי הטלת חובה זו מפנה חוק תיקי השקעות למערכת ידועה וממוסדת של דיני חברות. בכך מבטיחים הגשמת המטרות המונחות ביסוד חוק תיקי השקעות אשר עניינן הוא הבטחת פיקוח, דיווח ושקיפות. בכך מבטיחים גם את הגבלת החברה לעיסוק בתחום תיקי השקעות, ובכך מגינים על האינטרסים של ציבור המשקיעים. דרישת ההתאגדות מאפשרת קיום "נמשך" של החברה, בלא שהתחלפות הפועלים במסגרתה מטעמים שונים, כגון מוות, מחלה או פשיטת רגל תשפיע על קיומה, ובכך הם שומרים על האינטרסים של הלקוחות. אכן, מקובל הוא להגן על האינטרסים של משקיעים בשוק ההון בעזרת האמצעי של חובת ההתאגדות. כך, למשל, קרן להשקעות משותפות בנאמנות חייבת לפעול כחברה (ראו סעיף 4 לחוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד-1994). הוא הדין בקופת גמל (ראו סעיף 47 לפקודת מס הכנסה [נוסח

חדש], ותקנה 7 לתקנות מס הכנסה (כללים לאישור ולניהול קופת גמל), התשכ"ד-1964). בדומה, המבקש לפעול כ"חלפן" חייב לפעול כחברה שנרשמה בישראל (ראו בג"ץ 5491/95 בינו לבל נ' המפקח על מטבע חוץ (טרם פורסם)). לבסוף, חובת ההתאגדות מאפשרת הצבת הדרישה בעניין הון עצמי מינימלי. אמצעי זה, נחוץ הוא להגנה על האינטרס של הלקוחות של מנהלי תיקי השקעות.

26. מבחן המשנה השני של המידתיות, הוא המבחן של האמצעי שפגיעתו פחותה. נראה לנו, כי בהטלת החובה לפעול בגדריה של חברה, נקט המחוקק באמצעי שפגיעתו בחופש העיסוק היא פחותה. מן המפורסמות היא, כי הטלתה של חובת התאגדות אינה מטילה, על פי המצב החוקי הקיים בישראל, נטל כבד על המתאגד. דרישות ההתאגדות בפקודת החברות [נוסח חדש] אינן מכבידות. אדם יכול להתאגד בישראל בקלות יחסית. אכן, מבין למעלה משמונה מאות מבקשי רשיונות לניהול תיקי השקעות, רק שמונה מבקשי רשיונות אינם עובדים במסגרתה של חברה. שאלנו את עצמנו, מהם האמצעים שניתן היה לנקוט בהם להשגת המטרות המונחות ביסוד חוק תיקי השקעות, ושפגיעתם בחופש העיסוק היא פחותה. לכאורה ניתן היה להטיל חובות של דיווח ושקיפות במישרין על היחיד. נחה דעתנו, כי בכך לא ניתן היה להשיג את התכלית המונחת ביסוד החוק. מצבו הכספי של יחיד, אינו משתקף במסמך הערוך לפי כללים מוגדרים. בהיעדר כללים כאלה אין אפשרות לקבל את בקרת האיכות של חוות דעת רואה החשבון, שהיא חשובה להבטחת תקינותם של הדו"חות. זאת ועוד: הטלת חובות אלה היתה מותרת פרופוזה את בעיית כושרו של היחיד לפעול בתחומים נוספים של שוק ההון, מחוץ לניהול תיקי השקעות; הטלת חובות אלה - לא היה בכוחה לפתור את בעיית "ההמשכיות", אשר רק פעילות באמצעות תאגיד מבטיחה אותה; ונראה כי הטלת חובות על היחיד לא היה בכוחה להבטיח ביטוח בפני מעילה של היחיד עצמו. השגתן של המטרות החברתיות, המונחות ביסוד החוק, מצדיקה נקיטה במגוון של אמצעים, אשר נובעים מהמעמד של התאגיד, וזאת, בלא שעל ידי כך משתחרר היחיד מהחובות שהחוק מטיל עליו (ראו סעיף 21 לחוק תיקי השקעות). אכן, חוק תיקי השקעות מבטיח כי מי שיעסוק בשם חברה בניהול תיקים הם עובדי החברה שהם בעלי רשיון מנהל תיקים (סעיף 8(ב)(2) לחוק תיקי השקעות). האחריות של החברה באה בנוסף לאחריות היחיד ולא תחתיה (ראה גם סעיפים 30, 39 ו-40 לחוק תיקי השקעות).

27. מבחן המשנה השלישי של המידתיות הוא מבחן המידתיות (במובן הצר). על פיו נדרש יחס ראוי בין התועלת הצומחת מהאמצעי הננקט לבין פגיעתו בזכות האדם החוקתית. נראה לנו כי יחס ראוי זה אינו מופר בעניין שלפנינו. התקלה שהחוק בא למנוע אותה היא חשובה. קיים צורך חברתי מהותי להבטיח פיקוח על הסחר בניירות ערך באמצעות מנהלים של תיקי השקעות. הבטחתו של צורך זה מביאה להטלת החובה לפעול במסגרת חברה. חובה זו אכן פוגעת בחופש העיסוק, אך בהתחשב בקלות הרבה בה ניתן להתאגד בישראל,

אין הפגיעה מפירה את האיזון הראוי בין התועלת הצומחת מהאמצעי החקיקתי לבין הפגיעה בזכות האדם החוקתית.

חייב החברה בהון עצמי

28. הטענה השניה של העותרת עניינה ההוראה בחוק תיקי השקעות בדבר ההון המינימלי העצמי של החברה, אשר במסגרתה חייב מנהל תיקי השקעות לפעול. כפי שראינו, תיקי השקעות צריכים להתנהל במסגרתה של חברה (סעיף 2(ב)). חוק תיקי השקעות מוסיף וקובע (סעיף 8(ב)(4)):

"הרשות תעניק רשיון מנהל תיקים למבקש שהיא חברה, אם ראתה שנתקיימו לגביה אלה:

...

(4) לחברה הון עצמי בסכום שאינו קטן מהסכום שנקבע בתקנות".

חוק תיקי השקעות מפנה, לעניין הגדרתו של "הון עצמי", אל הגדרת דיבור זה בחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 (להלן: "חוק ניירות ערך"). לפי הגדרה זו הון עצמי הוא "הון, קרנות ועודפים, לפי העקרונות החשבונאיים המקובלים וכללי הדיווח המקובלים" (סעיף 1). הון עצמי הוא, איפוא, יתרת הנכסים על פני ההתחייבויות של החברה. תקנות הון עצמי וביטוח קובעות, כי סכום ההון העצמי לא יפחת משלוש מאות אלף שקלים חדשים. וזו לשון התקנה (תקנה 2):

"(א) הון עצמי של ... מנהל תיקים שהוא חברה לא יפחת מסכום של שלוש מאות אלף שקלים חדשים.

(ב) פחת ההון העצמי לפי תקנת משנה (א) במשך שלושים ימים רצופים, יוגדל ההון העצמי עד כדי הסכום הקבוע בתוך שלושים ימים נוספים".

חוק תיקי השקעות קובע עוד, כי בנוסף לחובת ההון העצמי יש להבטיח, כי לחברה המנהלת תיקי השקעות יהיה "ביטוח, ערבות בנקאית, פקדון או ניירות ערך בסכומים, בשיעורים ובתנאים שנקבעו בתקנות" (סעיף 8(ב)(5)). תקנות הון עצמי וביטוח מטילות על חברה לערוך ביטוח לכיסוי מעילה באמון של עובדיה כלפי לקוחותיה (תקנה 3(ג)). כן קובעות התקנות כי מנהל תיקים (יחיד או חברה) חייב בביטוח לכיסוי חבותו בשל

מעשה או מחדל רשלני כלפי הלקוח (תקנה 3(א)). ביטוח זה "לא יפחת, בכל עת, מחמישה אחוזים משווי הנכסים הכולל, או מחמש מאות אלף שקלים חדשים, לפי הגבוה" (תקנה 4(ב)). לעניין מנהל תיקים שהוא חברה נקבע, כי הביטוח שהוא ירכוש "לא יפחת, בכל עת, משלוש מאות אלף שקלים חדשים או מחמישה אחוזים משווי הנכסים הכולל, לפי הגבוה" (תקנה 4(ג)). התקנות מוסיפות וקובעות כי מנהל תיקי השקעות שהוא חברה רשאי להמיר את הביטוח בפקדון באגרות חוב או בערבות בנקאית (תקנה 6). התקנות ממשיכות וקובעות את התנאים למימוש הערבות הבנקאית ואת הדו"חות שיש להגיש בעניין זה לרשות.

29. התכלית המונחת ביסוד הדרישה להון עצמי היא ההגנה על הלקוח. מטרתה להבטיח "כרית בטחון" ללקוחות של חברה המנהלת תיקי השקעות. ההון העצמי מצביע על כושר הפרעון של החברה המנהלת תיקי השקעות. הוא מהווה אות לרצינותם של הפועלים בשם החברה, המשקיעים משל עצמם כבסיס לפעילותם באמצעות חברה לניהול תיקים של הזולת. בצד הדרישה להון עצמי באה דרישת הביטוח, אשר נועדה להוות תוספת משלימה.

30. עמדת העותרים הינה, כי דרישת ההון העצמי פוגעת באופן לא מידתי בחופש העיסוק שלהם. לטענתו של מר מלצר, יש בדרישה זו כדי להביא לכך, שרבים המבקשים לעסוק בניהול תיקי השקעות יימנעו מלעשות כן, שכן ידם אינה משגת את ההון העצמי. דרישה זו היא לטענתם בלתי סבירה. גובה הסכום נקבע ללא תחשיב הגיוני. לדעת העותרים ניתן להסתפק בדרישת הביטוח. התוספת בעניין ההון העצמי היא מעבר למידה הדרושה. היא גורמת נזק שאינו עומד בכל יחס לערך המוסף שלה מבחינת טובת הלקוחות.

31. נקודת המוצא הינה, כי הטלת החיוב על חברה לקיים הון עצמי פוגעת בחופש העיסוק של החברה ושל היחידים החייבים לפעול במסגרתה של חברה. חוקתיותה של פגיעה זו מותנית בין היתר בכך שהיא לא מעבר למידה הדרושה. לעניין תנאי זה, ניצבות בפנינו שתי שאלות: האחת, האם עצם הצגת הדרישה בדבר הון עצמי - יהא שיעורו אשר יהא - פוגעת בחופש העיסוק של מנהלי תיקי השקעות מעבר למידה הדרושה; השנייה, האם סכום ההון העצמי שנקבע - שלוש מאות אלף שקלים חדשים - פוגע בחופש העיסוק של מנהל תיקים שהוא חברה במידה העולה על הנדרש. נבחן כל אחת מהשאלות האלה בנפרד.

32. האם התנאי בדבר הון עצמי פוגע בחופש העיסוק מעבר לנדרש? לדעתנו, התשובה היא בשלילה. דרישת ההון העצמי קשורה באופן רציונלי להשגת התכלית המונחת ביסוד החוק. אכן, קיומו של הון עצמי מינימלי - קיום הנמשך במשך כל תקופת פעילותה של החברה המנהלת תיקי השקעות - מבטיח את כושר הפרעון של החברה ומהווה "כרית בטחון" ללקוחותיה. אמת הדבר, לא תמיד דרישה של הון מינימלי היא יעילה

(ראה א. פרוקצ'יה, דיני חברות חדשים בישראל 135 (1989)). עם זאת, קיים בוודאי קשר רציונלי בין הבטחת קיומו של הון עצמי - כפי שחוק תיקי השקעות מבקש להבטיח - לבין הגנה על לקוחותיו של מנהל תיקי ההשקעות. מתקיים, איפוא, תנאי המשנה הראשון במבחן המידתיות, שעניינו התאמה בין המטרה (הראויה) לבין האמצעי (הננקט להגשמתה). גדר הספיקות הוא לעניין תנאי המשנה השני. תנאי זה דורש, כי המחוקק ינקוט באמצעי המאפשר השגת התכלית בדרך של פגיעה פחותה בחופש העיסוק. לכאורה, נראה כי אמצעי כזה קיים והוא בהטלת חובת ביטוח על מנהל תיקי ההשקעות. האם אין לומר כי ניתן להסתפק בדרישה מתונה יותר מזו של ההון העצמי, ואשר תטיל על חברה חובת ביטוח, אשר תבוא במקום ההון העצמי (ולא בנוסף לו)? שאלה זו נדונה בהרחבה בוועדת המשנה של ועדת הכספים לשוק ההון. כן נדונה שאלה זו במליאת ועדת הכספים. בטיעונים של הצדדים בפנינו, עוררנו שאלה זו. נמסר לנו, כי ביטול הדרישה בדבר ההון העצמי יחייב הגדלה משמעותית של חובת הביטוח ועל כן גם של פרמיית הביטוח. מבחינה זאת, אין לקבוע מראש שתהא הקלה כספית משמעותית עם מנהלי תיקי השקעות. זאת ועוד: נטען בפנינו, כי דרישת ההון העצמי מצביעה על האיתנות הפיננסית של מנהל תיקי השקעות, ומעמידה אותו בפני סיכון אישי, העשוי לעודד אותו לפעילות ראויה. כל אלה לא יושגו על ידי הביטוח. כן הודגש בפנינו, כי מצבים מספר - כגון מעילה של מנהל תיקי השקעות בכספי הלקוחות - לא יכוסו על ידי ביטוח, והדרך להתמודד עימם היא בהבטחת הון עצמי מינימלי.

33. נראה לנו כי הן האמצעי בו בחר המחוקק - הון עצמי מינימלי בתוספת חובת ביטוח - והן האמצעי החלופי - חובת ביטוח רחבה יותר תוך ויתור על דרישת ההון העצמי - מצויים בגדר האמצעים המקיימים את דרישות המידתיות. כמו כן, לא שוכנענו, כי בויתור על הדרישה בדבר הון עצמי והסתפקות בביטוח נרחב יותר, תהא הפגיעה במנהל תיקים קטנה יותר מההסדר של החוק הדרוש "תערובת" של הון עצמי וביטוח עצמי. במצב דברים זה, ההכרעה בין האמצעים השונים צריכה להישאר בידי המחוקק. זהו חלק ממרחב התמרון החקיקתי הנתון לו. אכן, דרישה זו בדבר הון עצמי מקובלת היא בשוק ההון. היא נדרשת ממנהל קרן נאמנות ומנאמן לקרן נאמנות, מחתם ומחבר בורסה, וכן מחלפן כספים. אכן, דרישה בדבר הון עצמי מהווה "קריטריון מקובל בדין לבחינת יציבותם ומצבם הפיננסי של גופים שונים" (השופט אור בע"א 4275/94 הבורסה לניירות ערך בתל-אביב בע"מ נ' א.ת. ניהול מאגר הספרות התורנית בע"מ (טרם פורסם)). הננו סבורים כי קריטריון זה עובר את הבחינה החוקתית בהקשר של חוק תיקי השקעות.

34. האם הסכום שנקבע להון העצמי - שלוש מאות אלף שקלים חדשים - הוא מעבר למידה הדרושה? כזכור, שיעורו של ההון העצמי נקבע בתקנות הון עצמי וביטוח. תחילה סברה הרשות כי הסכום צריך להיות גבוה בהרבה. לאחר שנשמעו הערותיהם של חברי ועדת הכספים, הועמד הסכום על שלוש מאות אלף שקלים חדשים. זוהי חקיקת משנה, אשר ניתנה לה הסמכה מפורשת (כנדרש בסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק)

בחקיקה הראשית. האם חקיקת משנה זו אינה מעבר למידה הדרושה? נמסר לנו מפי באת כוח המשיבים, הגב' מנדל, כי סכום זה נמוך בהשוואה לסכום ההון העצמי הנדרש מפעילים אחרים בשוקי ההון והכספים. כך למשל, ההון העצמי הנדרש ממנהל קרן נאמנות ומנאמן לקרן נאמנות הוא חמש מאות אלף שקלים חדשים לכל אחד מהם; מחתם נדרשים מליון ומאתיים אלף שקלים חדשים; מחבר בורסה מליון ושמונה מאות אלף שקלים חדשים; מחלפן כספים ששה מליון שקלים חדשים. מודעים אנו לשוני בין פעילותו של מנהל תיקי השקעות לבין פעילותם של פעילים אחרים בשוק ההון. אף שסכום ההון העצמי אינו נמוך איננו יכולים לקבוע שהוא מעבר למידה הדרושה. כפי שצינו, ההון העצמי אינו עומד בפני עצמו, ויש לבחון אותו על רקע הדרישה המתוספת של הביטוח (אותה ניתן להמיר בתנאים מסויימים בערבות בנקאית). נחה דעתנו כי בין דרישת ההון העצמי לבין דרישת הביטוח יש יחס של כלים שלובים. הקטנה בהון העצמי עשויה לגרור אחריה הגדלה בחובת הביטוח, אשר סופה הטלת נטל כספי כולל, העלול להיות נטל כבד יותר על מנהל תיקי השקעות. זאת ועוד: דרישת ההון העצמי מוטלת על חברה. נמצא, כי אם ידו של יחיד אינה משגת להקים חברה בעלת ההון העצמי הנדרש, עומדת עדיין בפניו האפשרות לייסד עם מנהל תיקים אחר חברה כאמור, או להצטרף לחברה כזו. בנסיבות אלה, הננו סבורים כי גם עניין זה - כמו דרישת ההון העצמי עצמה - הוא בגדר "מתחם ההגבלה", או "מתחם ההתחשבות". אל לו לבית המשפט להחליף את שיקול דעתה של הרשות השלטונית בשיקול דעתו שלו. הרשות השלטונית רשאית היתה לקבוע "תערובת" שונה של הון עצמי או ביטוח, וכן רשאית היתה לקבוע דרישות שונות של הון עצמי על פי היקף התיקים, או מגוון אמצעים אחרים. משנבחרה השיטה הנוהגת, הבחירה היא בגדר האופציות החוקיות, בהן לא מתערב בית המשפט.

פעילות אסורה על בעל רשיון

35. הטענה השלישית של העותרים נוגעת לאיסורים המוטלים על מנהל תיקי השקעות. הטענה אינה מכוונת כלפי כל האיסורים כולם. היא מתמקדת בשני איסורים המוטלים על מנהל תיקי השקעות. האחד, עניינו איסור להחזיק או לרכוש ניירות ערך עבור עצמו; האחר, עניינו איסור על ניהול תיקי השקעות עבור בן משפחה (נכנה את שניהם "איסור פעולה עצמית"). וזו לשון האיסורים (סעיף 4 לחוק תיקי השקעות):

"(א) יחיד בעל רשיון לא יחזיק ולא ירכוש ניירות ערך עבור עצמו.

(ב) יחיד מנהל תיקי השקעות לא ינהל תיקי השקעות עבור בן משפחתו או עבור תאגיד שהוא או בן משפחתו הינם בעלי שליטה בו.

(ג) האיסור לפי סעיפים קטנים (א) או (ב) לא יחול ביחס לאלה:

(1) ניירות ערך המונפקים על ידי המדינה;

(2) ניירות ערך שהנפיק התאגיד שבו עובד בעל הרשיון או שבו הוא נושא משרה;

(3) יחידות של קרן פתוחה;

(4) פקדונות לסוגיהם במטבע ישראלי או במטבע חוץ, השקעות בקופות גמל או בתכניות חסכון;

(5) ניירות ערך שנרכשו בידי נאמן בנאמנות עיוורת, והמוחזקים עבור יחיד בעל רשיון בידי נאמן כאמור".

"בן משפחה" לעניין זה הוא "בן זוג וכן אח, הורה, הורה ההורה, צאצא או צאצא של בן הזוג, או בן זוגו של כל אחד מאלה" (ראו סעיף 1 לחוק תיקי השקעות, המפנה להגדרת "בן משפחה" בסעיף 1 לחוק ניירות ערך).

36. מטרתן של ההוראות בדבר איסור פעולה עצמית, היא להגן על הלקוחות בדרך של הטלת מניעה מראש על מנהל תיקי השקעות מלעמוד במצב של ניגוד עניינים בין חובת הנאמנות כלפי לקוחותיו לבין האינטרס שלו לקידום ענייניו (ראו דברי ההסבר להצעת חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה-1994 (ה"ח 2320, התשנ"ה, עמ' 95). המטרה הינה למנוע מצב בו יעדיף מנהל תיקי השקעות את האינטרס האישי שלו, או של בני משפחתו, על פני האינטרס של הלקוחות עבורם מנהל הוא תיקי השקעות. נמסר לנו, כי בעיתיות זו אינה בעלת אופי עיוני בלבד, וכי היו לה ביטויים מעשיים בשוק ההון. גם בפסיקה ניתן למצוא דוגמאות לכך (ראו ע"פ 5052/95 ואקניו נ' מדינת ישראל פ"ד נ (2) 642). אכן, עניין לנו בניגוד עניינים מובנה וחרף, בו מנהל תיקי השקעות עלול לעשות פעולות בניירות הערך של לקוחות כדי להשפיע על הכדאיות של פעילות בניירות ערך של עצמו ושל בני משפחתו. דבר זה עלול לפגוע בלקוחות. דבר זה עלול להוות תמריץ למניפולציות בשערי ניירות הערך, הפוגעות ביציבות וביעילות של שוק ההון, ובאמון הציבור בו. האיסורים על פעולה עצמית שבחוק תיקי השקעות באו למנוע מצב זה.

37. העותרים טוענים כי איסור הפעולה העצמית פוגע בחופש העיסוק שלהם - ובחופש הקניין שלהם - מעבר למידה הראויה. מר מלצר טען בפנינו, כי איסור הפעולה העצמית עלול למנוע אפשרות העיסוק במקצוע ממנהלי תיקי השקעות, הנמצאים בראשית דרכם, אשר עיקר לקוחותיהם בתחילת פעולתם המקצועית בא מחוג המשפחה. לטענת העותרים, ניתן להגשים את התכלית המונחת ביסוד איסור הפעולה העצמית על ידי שימוש באמצעי הפוגע פחות בחופש העיסוק (והקניין). ניתן לקבוע כי השקעותיהם הפרטיות של מנהלי התיקים ושל בני משפחתם יתנהלו במסגרת חשבונות מיוחדים בעלי "שקיפות" מלאה. במסגרת זו תיערך הבחנה בין חשבונה הכללי של החברה בה עובד מנהל התיקים לבין חשבונות הפרטי וחשבונם של בני משפחתו. על ידי כך תינתן לרשות ניירות ערך אפשרות פיקוח מלאה על כל התנועות המתבצעות בחשבונות אלה.

38. לדעתנו, ההוראות בעניין איסור הפעולה העצמית פוגעות בחופש העיסוק במידה שאינה עולה על הנדרש. מבחן המשנה הראשון למידתיות, שעניינו הקשר הרציונלי (קשר ההתאמה) מתקיים באיסורים אלה. איסור על הימצאות במצב המאפשר ניגוד עניינים, מגן על הלקוחות ושומר על האינטרסים שלהם. הקושי המתעורר הוא לעניין מבחן המשנה השני למידתיות, שעניינו החובה לנקוט באמצעי המגשים את התכלית ואשר פוגע בחופש העיסוק במידה פחותה. נחה דעתנו בעניין זה, כי הצעתם של העותרים בדבר הפרדה בין החשבונות של כלל הלקוחות לבין החשבון האישי של מנהל תיקי השקעות ובני משפחתו, וכן הפיקוח על חשבונם האישי של מנהלי התיקים, אינם אמצעים מספיקים להבטחת הגשמתה של התכלית הראויה. ניגוד העניינים האפשרי מעמיד בפני מנהל תיקי השקעות פיתוי ניכר ויומיומי. זהו פיתוי המובנה בעצם העיסוק. כנגד פיתוי מובנה זה מותר למחוקק להטיל איסור מראש על פעולה, ולא להסתפק במסירת מידע המאפשר גילוי בדיעבד. איסור דומה מוטל על עובדי משרד האוצר המטפלים בניירות ערך; על חברי רשות ניירות ערך ועובדיה (סעיף 5 לחוק ניירות ערך); על חברי הדירקטוריון של הבורסה ועובדי הבורסה (סעיף 45(ג) לחוק ניירות ערך); על חברי ועדת השקעות של מבטח, ועובדים מסויימים (ראו תקנות הפיקוח על עסקי ביטוח (דרכי השקעות ההון, הקרנות וההתחייבויות של מבטח), התשמ"ז 1986-). זאת ועוד: פיקוח יעיל להגשמת הצעת העותרים יחייב לא רק "שקיפות" של חשבון מנהל התיקים, אלא גם "שקיפות" של חשבונות כלל הלקוחות, שכן פעילות מנהל התיקים צריכה להיבחן בהשוואה לפעילות בתיקי הלקוחות. אמצעי פיקוח אלה עלולים לפגוע בלקוחות כולם, ועשויים לעורר השאלה אם הפגיעה בהם אינה מעבר למידה הדרושה. לבסוף, האמצעי שבו נקט המחוקק, הפוגע בחופש העיסוק של מנהל תיקי השקעות, אינו גורם להם פגיעה בשעור העולה על התועלת הצפויה מאמצעי זה. מעידה על כך רשימת הפטורים מהאיסור, מכוחם רשאי מנהל תיקי השקעות לרכוש ניירות ערך עבור עצמו או עבור בני משפחתו.

בחינות הרישוי

39. הטענה הרביעית של העותרים לעניין חוקתיותו של חוק תיקי השקעות, עניינה תוכנו של הבחינות בהן חייבים מנהלים של תיקי השקעות לעמוד. טענה זו כללית היא, והיא מתייחסת למועמדים שלא עסקו, בטרם נכנס החוק לתוקפו, בניהול תיקי השקעות. אשר למנהלי תיקי השקעות שעסקו במקצוע זה עובר לחקיקת חוק תיקי השקעות, יידון עניינם בנפרד, במסגרת הדיון בהוראות המעבר. כפי שראינו, אחד מהתנאים למתן רשיון לניהול תיקי השקעות, הוא שמנהל התיקים "עמד בבחינות מקצועיות שנושאיין וסדריהן נקבעו בתקנות" (סעיף 8(א)(4)). כן נקבע בחוק תיקי השקעות, כי "שר האוצר, על פי הצעת הרשות או בהתייעצות עימה ובאישור ועדת הכספים של הכנסת, רשאי לקבוע מקרים שבהם יהיה מבקש פטור מחובת... בחינות, כולן

או חלקן" (סעיף 8(ה)). בעקבות הוראה זו הותקנו תקנות הבחינות. הוקדש בהן פרק מיוחד לבחינות. נקבע בו, כי "הבחינות למנהל תיקים יהיו בנושאים המפורטים בתוספת הראשונה והשניה" (תקנה 7(ב)). בתוספת הראשונה נקבע, כי הבחינות יהיו בדיני ניירות ערך ואתיקה מקצועית, חשבונאות, סטטיסטיקה ומימון, כלכלה וניתוח ניירות ערך ומכשירים פיננסיים. בתוספת השניה נקבע, כי תהא בחינה בניהול תיקים, שתכלול הערכת ביצועי תיקי השקעות וניהול סיכונים בתיק ההשקעות. כן נקבעה הוראה באשר לפטור מבחינות (תקנה 14), על פיה ניתן פטור מחלק מהבחינות לבעלי השכלה מתאימה (כגון עורכי דין ורואי חשבון).

40. בא כוח העותרים, מר מלצר, העלה בפנינו מספר ניכר של טענות באשר לבחינות. חלקן עסק במועד הקצר שעמד לרשות הנבחנים ממועד פרסום תקנות הבחינות ועד לבחינות בפועל. בעקבות ההסדר שבין הצדדים לעניין צו הביניים ובעקבות עמדתנו לעניין הוראות המעבר, שוב אין צורך לבחון טענות אלה. נותרו בעינן טענות העותרים, לפיהן החומר הנדרש לבחינות הוא בהיקף רב ובמגוון בלתי סביר של נושאים ותחומים. נטען כי הבחינות הן בשבעה נושאים שונים, אשר חלקם נלמד באוניברסיטאות לאורך שנות לימודים ארוכות. לטענת העותרים, ספק רב אם מכלול זה של ידע אכן נדרש לפעילותם של מנהלי התיקים, כאשר למיטב ידיעת העותרים, לא נקבע תוכן של הבחינות בעקבות בדיקה עניינית מקדמית של היקף הידע הנדרש לשם העיסוק האמור. כן מלינים העותרים, כי תקנות הבחינות אינן כוללות אמות מידה לעניין רמת הידע הנדרשת, ומידת ההתעמקות הצריכה לכל נושא ונושא. לטענת העותרים יש לכלול ברשימת הנושאים לבחינות רק כאלה הנוגעים במישרין לעבודתם של מנהלי התיקים ושידע מעמיק בהם נדרש לעבודתם היומיומית.

41. נקודת המוצא הינה כי חיוב לעמוד בבחינות, כתנאי לכניסה לעיסוק או מקצוע, פוגע בחופש העיסוק. פגיעה זו היא כדן אם היא מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה. מקובל הוא על כל הצדדים שבפנינו - וזו גם גישתנו שלנו - כי החיוב בבחינות כלשהן למבקשים חדשים הרוצים לעסוק בניהול תיקי השקעות כתנאי מוקדם לתחילת העיסוק אינו לכשעצמו פגיעה מעבר למידה הדרושה. אכן, אפשרות פוגעת פחות היא זו המסתפקת בהתמחות בלבד, או באפשרות להתחיל לעבוד, ולגשת לבחינות תוך כדי עבודה כמנהל תיקי השקעות. נחה דעתנו כי בנסיבות העיסוק שלפנינו - מתוך צורך לשמור על עניינם של המשקיעים ועל תקינותו של שוק ההון - מוצדק הוא להתנות את עצם הכניסה למקצוע בהצלחה בבחינות המתקיימות לעניין זה. אכן, הטענה שבפנינו אינה מכוונת כנגד תוקפה של הוראת החוק הדורשת בחינות, אלא כנגד תוקפן של התקנות הקובעות את היקף החומר הנדרש לבחינות. בהמשך נדון בעניין הבחינות בהקשר של אלה שכבר עסקו בניהול תיקי השקעות עובר לחקיקת החוק. עתה אנו דנים בשאלת הבחינות לעניין עוסקים חדשים.

42. בדברי התשובה צויין, כי לא נדרשת השכלה אקדמית מתאימה כתנאי לקבלת רשיון. כל שנדרש הוא התמצאות במספר נושאים, הקשורים בהכרת שוק ההון הישראלי ובהכרת ניירות הערך של החברות הנסחרות בו. במסגרת זו נבדקת מידת ההיכרות של הנבחנים עם המידע הזמין בשוק ההון בשני ערוצים עיקריים: נתונים חשבונאיים ונתוני מסחר. לשם הפקת תועלת מערוצים אלו על הנבחנים להוכיח ידע במושגים סטטיסטיים והסתברותיים, להבין מודלים מימוניים להערכת שווי ניירות הערך ולהכיר תהליכים כלכליים ברמת השוק וברמת הפירמה. בהמשך התשובה ניתן פירוט רב של הדרישות בכל אחד מהנושאים בהם נערכת הבחינה.

43. בטיעונים בעל-פה נמסרו לנו נתונים על הבחינות שנערכו עד כה. עד ליום 21.7.97 ניגשו לבחינות שלוש מאות ושלושה עשר (313) מבקשים, אשר להם ותק של יותר משבע שנים. הם ניגשו לבחינה באתיקה מקצועית. שלוש מאות וארבעה (304) - שהם תשעים ושבעה אחוזים (97%) - עברו הבחינה בהצלחה. מבין מי שעסקו בניהול תיקי השקעות פחות משבע שנים, ניגשו לבחינות באתיקה מקצועית ארבע מאות ושלושה (403), ומהם עברו את הבחינות שלוש מאות שמונים ושלושה (383); לבחינה בחשבונאות ניגשו שלושים ושלושה (33) ועברו עשרים ושלושה (23); לבחינה בסטטיסטיקה ומימון ניגשו שלושים ושבעה (37) ועברו עשרים וששה (26); לבחינה בכלכלה ניגשו עשרים (20) ועברו חמישה עשר (15); לבחינה בניית ניירות ערך ומכשירים פיננסיים ניגשו לבחינה מאה ושלושה עשר (113) ועברו אותה מאה וארבעה (104); בניהול תיקים ניגשו לבחינה מאה ארבעים ושניים (142) נבחנים, ועמדו בה מאה ושניים עשרה (112). לטענת המשיבים, נתונים עובדתיים אלה מלמדים, כי אימת הבחינה אינה כצקתה.

44. עיינו בנושאי הבחינות, ובהיקף הידע המצופה. נחה דעתנו, כי הם אינם פוגעים בחופש העיסוק מעבר למידה הדרושה. אמת, הנושאים הם מקיפים, והידע הנדרש הוא רחב. עם זאת, שוכנענו, כי לעת הזאת - שהוא תחילתו של ההסדר החדש, ובטרם הצטבר נסיון מספיק - דרישות אלה אינן מוגזמות בהתחשב במהות העיסוק של ניהול תיקי השקעות ובאחריות הכבדה המוטלת על העוסקים במקצוע זה. אכן, אילו נשאל מנהל תיקי השקעות סביר מהם הנושאים שעליו לדעת על מנת שיוכל לנהל את עסקו באופן אחראי ומהימן, היה הוא בוודאי מצביע על הנושאים השונים הנדרשים בבחינות. יתכן כמובן שבעניין זה או אחר ניתן לדרוש פחות או יותר. עניין זה מצוי במרחב התמרון של מחוקק המשנה, ואינו מצדיק התערבות שיפוטית. במשך הזמן יילמד הלקח מהבחינות שנערכו בעבר, וייעשו בעתיד ההתאמות הנדרשות, באופן שהבחינות ישיגו את מטרותן. מטרה זו אינה להקשות על הכניסה למקצוע; מטרה זו אינה להקטין את מספר הנכנסים למקצוע; מטרה זו היא להבטיח כי הנכנסים למקצוע, יהא מספרם אשר יהא, יהיו כשירים ומסוגלים להגשים את עיסוקם על פי אמות מידה ראויות (השווה בג"ץ 571/89 מוסקוביץ נ' מועצת השמאים, פ"ד מא(2) 236).

הפליה לעומת מנהל תיקים שהוא בנק

45. בא כוח העותרים טען בפנינו כי חוק תיקי השקעות מפלה יחיד מנהל תיקי השקעות לעומת בנק מנהל תיקי השקעות. לעניין חובת ההתאגדות נטען, כי בעוד שיחיד חייב להתאגד, הרי הבנק הוא ממילא כבר מאוגד. באשר להון העצמי נטען, כי בעוד שליחיד שיעור ההון העצמי הנדרש הוא מכביד, הרי לבנק הוא פעוט ביותר. באשר לאיסור על פעולה עצמית נטען, כי בעוד שעל יחיד נאסרה הפעולה העצמית, הרי על בנק יכל לפעול לעצמו. לבסוף, נטען כי ההסדרים המעשיים שנעשו, לעניין עריכתן של הבחינות, הקלו עם אותם מנהלי התיקים שפעלו במסגרת בנקים, שכן הבנקים הקלו על עובדיהם ואיפשרו להם להתכונן כראוי לבחינות. לדעתנו, אין בטענות אלה כדי לשנות ממסקנותינו. אין בהן, כשלעצמן, כדי להשפיע על מידתיותו של ההסדר שנקבע למנהל תיקים שהוא יחיד, ואין בהן כדי להניח תשתית ראויה לטענת הפליה בין מנהל תיקים יחיד לבין מנהל תיקים שהוא בנק. שאלה אחרת היא, אם ראוי הוא - לאור המלצותיה של ועדת בייסקי - כי בנקים יעסקו בניהול תיקי השקעות. שאלה זו לא עמדה לבחינה בפנינו, ואין אנו נוקטים בה כל עמדה.

סיכום ביניים

46. הגענו, איפוא, למסקנה כי הוראותיו של חוק תיקי השקעות באשר לחובת ההתאגדות, ההון העצמי, איסור הפעולה העצמית והבחינות עומדות במבחן המידתיות. הן פוגעות, אמנם, בחופש העיסוק, אך פגיעתן מקיימת את התנאים הנדרשים בפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: חופש העיסוק. לעניין זה ברצוננו להוסיף שתי הערות. ההערה הראשונה הינה, כי בצד הבחינה האינדיבידואלית של כל הוראה פוגעת, יש מקום לבחינה מצטברת של מכלול ההוראות. השאלה הינה אם התמהיל הכולל של ההסדר החקיקתי הוא מידתי. כל הסדר אינדיבידואלי יכול שיהא מידתי. אך הצטברותם הכוללת עשויה שלא להיות מידתית. נחה דעתנו, כי לא רק שכל אמצעי שנבחן על ידנו בנפרד הוא מידתי, אלא שגם המכלול אינו פוגע בחופש העיסוק במידה העולה על הנדרש.

47. ההערה השנייה עניינה במשפט השוואתי. באי כוח הצדדים הציגו בפנינו, פתרונות שניתנו להסדר ניהול תיקי השקעות במדינות שונות (ארצות הברית, גרמניה, אנגליה, צרפת). אנו עצמנו בדקנו במקורות נוספים (כגון קנדה). בסופו של דבר, אין בחומר זה כדי לסייע לנו - לא לכאן ולא לכאן. הטעם לכך אינו בחוסר חשיבותו של המשפט החוקתי המשווה. למשפט זה חשיבות רבה בפרשנות החוקתית. עד כמה שההסדרים בשתי שיטות מבוססים על הנחות בסיסיות משותפות, יש תועלת רבה בהשראה השוואתית. היא ממריצה את המחשבה החוקתית ומעניקה לה אופקים חדשים. היא מצביעה על הפוטנציאל הטמון בטקסט; היא משליכה

אור על ההסדרים המקובלים במדינות אחרות. היא מהווה ראי המאפשר לנו לראות עצמנו באופן בהיר יותר ועמוק יותר. אכן, המשפט ההשוואתי מעניק בטחון לשופט, כי הפירוש שהוא נותן לטקסט מקובל ופועל יפה במקומות אחרים. עם זאת, השראה פרשנית אסור לה שתהפך מקור לחיקוי ולהתבטלות. ההכרעה הסופית היא לעולם "מקומית". זאת ועוד: מן הראוי להיות מודעים למגבלותיו של המשפט המשווה. המשפט משקף את החברה, והחברה שלנו שונה מחברות אחרות. המשקל ששיטת משפט נותנת לשיקולים שונים משקף את תרבותה, את ההיסטוריה שלה ואת מכלול ערכיה, ואלה שונים משיטה לשיטה. הסדרים פרטניים משקפים לעתים מאבקי כוח מקומיים, ורצון לפתור בעיות שהן מקומיות. זאת אף זאת: משפט משווה אין עניינו השוואה של הוראות משפט גרידא. השוואה שכזו היא נטולת חשיבות. משפט משווה מפרה אם בוחנים תחום נרחב, על רקע הנחות היסוד המשותפות. בעניין שלפנינו, השוואה עם מדינות אחרות באשר להסדר ניהול תיקי ההשקעות אינה מובילה למסקנות חד-משמעיות. אכן, מורכבותו של ההסדר בכל מדינה ומדינה, הקשיים והכשלים אותם בא הוא לפתור, ושונותן של מערכות שוק ההון והכלכלה בכל אחת מן המדינות - כל אלה מקשים על שימוש מושכל במשפט המשווה. קושי אחר לעניין זה נובע מן המחלוקת שנפלה בין הצדדים לעניין מקבילתו הפונקציונלית של הנהלת תיקי השקעות, בייחוד בהתייחס להסדר הנוהג בארה"ב. בעוד שבא כוח העותרים טען, בחו"ד שהוגשה לנו, כי ההסדר המקביל למנהלי תיקים בארה"ב הוא זה הנוהג לעניין "Advisers", טענו המשיבים כי ההסדר המקביל הוא זה הנוהג בארה"ב לעניין "Brokers - Dealers". הנפקות למחלוקת זו היא העובדה, כי עיקר החובות, לרבות חובת קיומו של הון עצמי, חובת רישום ובחינה, ביטוח, אגרות רישום ופיקוח מוגבר - חלות על "Brokers - Dealers", ולא על "Advisers". מחלוקת זו, אין בה אלא כדי להצביע על הקושי עליו עמדנו לעיל בעניין ההשוואה להסדר עיסוק זה במדינות הים. אכן, לא מצאנו בשיטת משפט זרה הסדר הזהה בכל מאפייניו להסדר הנוהג בישראל. בה בעת, לא מצאנו זהות כאמור בין שיטות המשפט וההסדרים שנבחנו, לבין עצמן. למרות אי זהות זו, ניתן להצביע על מספר מאפיינים משותפים. כך, ברוב המדינות שנסקרו (גרמניה, צרפת, אנגליה, קנדה וארה"ב), ניתן למצוא דרישה לקיומו של הון מינימלי. שיעורו של הון זה משתנה ממדינה למדינה. לא בכלן ישנה חובת ביטוח (אנגליה). ברוב המדינות נוהג הסדר של רישוי ורישום מנהלי תיקים (קנדה, ארה"ב, צרפת, אנגליה), אך לא בכלן ישנה חובת בחינות (אנגליה). ברוב המדינות ניתן למצוא הוראות אתיקה, שעניין איסורים הבאים למנוע ניגוד ענינים, בין היתר על ידי איסור ביצוע עסקאות בחשבוננו הפרטי של מנהל התיקים, כאשר עסקה כזו יכולה לפגוע בעניינו של הלקוח (אנגליה), ארה"ב). לא נמצאה מקבילה מלאה לחובת ההתאגדות למעט חובת ההתאגדות החלקית הקיימת בצרפת. גם הפיקוח על מנהלי התיקים אינו אחיד. העולה מן המקובץ הוא, כי הגם שלא ניתן להסיק מסקנות חד משמעיות לעניין התאמתו של המשפט המשווה לעניינו, ניתן לראות, כי הסדרת עיסוקם של מנהלי תיקי ההשקעות נהוגה בכל המדינות שנסקרו, וכי האמצעים שנקטו במסגרת הסדרת עיסוקם, היו מיין האמצעים אותם מצאנו בחוק ההשקעות דנן, לרבות דרישת ההון העצמי, חובת הבחינות והרישום, חובת ההתאגדות, ואיסור המסחר

העצמי. כל מדינה בחרה בתמהיל משלה, התואם את צרכיה הכלכליים ותרבותה המשפטית. מכאן גם מסקנתנו כי הוראותיו של חוק תיקי ההשקעות, והתמהיל שנבחר על ידי המחוקק הישראלי - מידתי הוא.

הוראות המעבר

48. טענתם האחרונה של העותרים מכוונת כנגד הוראות המעבר שבחוק תיקי השקעות. על פי הקבוע בחוק, כל מי שמבקש לעסוק בניהול תיקי השקעות - בין שעסק בכך בעבר ובין שלא עסק בכך בעבר - חייב לקבל רשיון מהרשות לניירות ערך. חובת הרישוי - שמועד תחילתה נדחה מדי פעם - נקבעה ליום 1.7.1997. ממועד זה חל איסור על עיסוק כמנהל תיקי השקעות אלא אם כן העוסק קיבל רשיון מהרשות. אחד התנאים לרשיון הוא עמידה בבחינות. נקבע, כי הרשות מוסמכת ליתן רשיון למי שעסק בישראל, ערב פרסומו של חוק תיקי השקעות (כלומר ה-10.8.1995), לפחות שבע שנים בניהול תיקים, אף אם אינו ממלא אחר התנאים למתן רשיון מנהל תיקים. כן הוסמכה הרשות ליתן רשיון, מנימוקים מיוחדים, למי שעסק בישראל בניהול תיקים תקופה קצרה משבע שנים. וזו לשון הוראת החוק (סעיף 48):

"הרשות מוסמכת לתת רשיון -

(1) למי שעסק בישראל, ערב פרסומו של חוק זה, בניהול תיקים או בייעוץ השקעות לפחות שבע שנים, גם אם אינו ממלא אחר תנאי מן התנאים שבסעיף 7 או 8;

(2) מנימוקים מיוחדים, למי שעסק בישראל בניהול תיקים או בייעוץ השקעות תקופה קצרה משבע שנים, וכן למי שעסק בניהול תיקים או בייעוץ השקעות מחוץ לישראל".

התנאים למתן רשיון מנהל תיקים קבועים בסעיף 8(א) לחוק. ואלה התנאים:

"(1) מלאו לו עשרים ואחת שנים;

(2) הוא אזרח או תושב ישראל;

(3) לא הורשע בעבירה;

(4) עמד בבחינות מקצועיות שנושאייהן וסדריהן נקבעו בתקנות;

(5) עסק כיועץ השקעות בהיותו בעל רשיון יועץ במשך שלוש שנים או השלים התמחות במשך תקופה ולפי סדרים שנקבעו בתקנות;

(6) עמד בתנאים ובסכומים שנקבעו בתקנות לעניין ביטוח".

סעיף 8(ה) לחוק תיקי השקעות מסמיך את שר האוצר להתקין תקנות הקובעות פטור מחובת הבחינות. שר האוצר עשה שימוש בסמכותו זו בתקנות הבחינות וקבע (בתקנה 30(2) לתקנות הבחינות), כי מי שערב פרסומו של חוק תיקי השקעות עסק בניהול תיקי השקעות שבע שנים לפחות מתוך עשר השנים שקדמו ליום 31.1.1997, יהא פטור מהבחינות הקבועות בתוספת הראשונה והשניה למעט מחלק הבחינה ב"דיני ניירות ערך ואתיקה מקצועית" המתייחס לאתיקה מקצועית. השאלה הינה, אם הוראות המעבר לעניין מי שעסקו בניהול תיקי השקעות בטרם הוטלה חובת הרישוי, הן מיידיות.

49. טענתם של העותרים הינה כי הוראות המעבר פוגעות בחופש העיסוק מעבר למידה הדרושה. עיקר טיעוני העותרים התמקדו בפטור מחובת הבחינות (למעט הפטור מהבחינה באתיקה מקצועית). מר מלצר, בא כוח העותרים, העלה בפנינו שלוש טענות חלופיות: האחת, כי יש להתיר לכל מי שעסק בניהול תיקים בטרם נכנס משטר הרישוי לתוקפו (להלן - "עוסק ישן" או "דור המדבר") להמשיך ולעסוק במקצועו ללא צורך לעמוד בבחינות; השניה, כי פרק הזמן של שבע שנים, המקנה פטור מחובת הבחינות, הוא ארוך מדי ולכן יש להקטין באופן משמעותי את התקופה; השלישית, כי יש לקבוע כי מי שעסק במקצוע בטרם הוטל משטר הרישוי, יוכל להמשיך בו תקופה מסויימת, תוך שייבחן במשך תקופה זו. לטענת העותרים, תקופת שבע השנים שנקבעה בחוק תיקי השקעות היא שרירותית. אין קשר רציונלי בינה לבין תכלית החוק; היא אינה בוחרת באמצעי מתון. זאת ועוד: הנזק למנהלי תיקים מנוסים ומיומנים, אשר עסקו במקצועם במשך שנים, אך לא השלימו את פרק הזמן הארוך של שבע שנים, עולה בהרבה על התועלת העשויה לצמוח לכלל מהגשמת הוראות החוק.

50. בתצהיר התשובה הוקדשו להוראות המעבר שורות בודדות. נאמר בו כי על פי הוראות המעבר, ניתן לרשות שיקול דעת לפטור מקיום התנאים הנדרשים לקבלת רשיון את מי שעסק בניהול תיקי השקעות תקופה קצרה משבע שנים. שיקול דעת זה יופעל באורח ענייני וסביר ובהתאם לכללי המשפט המינהלי. בכך יינתן פתרון לאותם מקרים חריגים המצדיקים מציאת פתרון מיוחד. במסגרת הטיעון בעל-פה נמסרו לנו נתונים (מעודכנים ליום 21.7.1997) על מבקשי רשיונות לניהול תיקי השקעות.

51. הוראות המעבר שבחוק תיקי השקעות מעוררות שאלות הקשורות ליחס שבין המשפט לזמן. זהו תחום נרחב ומעניין, אשר נחקר עד כה אך מעט. לעניין היחס בין חוק חדש לזמן, מן הראוי להבחין בין שאלות הקשורות למועד התוקף של החוק לבין שאלות הקשורות למועד התחולה של החוק. מועד התוקף עוסק בשאלה מתי נכנס החוק לתוקפו ("מועד התחילה") - ביום פרסומו, במועד שקדם לכך או במועד מאוחר מכך - ומתי מגיע תוקפו לידי סיום. מועד התחולה עוסק בשאלה על אלו פעולות מבחינת הזמן חל החוק: על פעולות שפעולתן נסתיימה בעבר (תחולה רטרואקטיבית); על המצב הקיים (תחולה אקטיבית או מיידית); על פעולות

שייעשו בעתיד (תחולה פרוספקטיבית) (ראו: Driedger, On The Construction of Statutes 486 (3rd ed., 1994)). כמובן, לעתים הוראת חוק - כגון חוק הקובע שתחילתו שנה לפני פרסומו - מסדירה הן שאלות של תחילת תוקף והן שאלות של תחולה. לעתים נזקק חוק להוראות תחילה כאשר הוא מבקש לפתור בעיות תחולה. אך לרוב ניתן להבחין בין שאלות של תחילה (וסיום) לבין שאלות של תחולה (והיקף).

52. הוראות מעבר שבחוק מיועדות בדרך כלל להסדיר בעיות הקשורות למועד התחולה של החוק. הן באות להסדיר, בין השאר, את תחולת החוק על פעולות שהחלו לפני תחילת החוק ונמשכות לאחר תחילתו. בענייננו, באו הוראות המעבר להסדיר את תחולתו של חוק תיקי השקעות על עוסק ישן המבקש להמשיך בעיסוקו לאחר תחילתו. אם לא תהא בחוק הוראת מעבר, הוא יתפרש בדרך כלל כחל על כל המצבים הקיימים ביום תחילתו (תחולה אקטיבית או מיידית) (ראו א. ברק, פרשנות במשפט 617 (כרך שני, 1993)).

53. הנה כי כן, חוק חדש הקובע תנאים לעיסוק, מקצוע או משלח יד (נכנה את כולם עיסוק או מקצוע), חל בדרך כלל על כל מי שמבקש לעסוק באותו עיסוק, בין אם הוא עסק בו בעבר ובין אם לאו. זוהי תחולה אקטיבית או מיידית של החוק (השווה ע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 765). החלת החוק על מי שעוסקים בו בהווה, שעסקו במקצוע גם בעבר, אינה החלה רטרואקטיבית של החוק. עם זאת, החלה זו של החוק פוגעת בחופש העיסוק של אלה שעסקו במקצוע בעבר. לעתים הדבר מהווה גם פגיעה בזכות הקניין שלהם (ראו פרשת Van Marte v. The Netherlands 8 EHRR (1986)). זאת פגיעה לא רק בציפיה אלא גם בזכות, היא הזכות לחופש העיסוק (ולעתים, הקניין). בספרות החוקתית הגרמנית מכנים זאת כחקיקה המאופיינת ב"רטרואקטיביות מדומה" (ראו Bverf. GE 75, 246, 279). פגיעה שכזו צריכה לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. הפגיעה בחופש העיסוק של אלה שעסקו במקצוע בעבר צריכה להיות שלא מעבר למידה הדרושה (ראו בג"ץ 2832/96 בנאי נ' המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין פ"ד נ(2) 582). אכן, מטרתן של הוראות המעבר היא למנוע תחולה אקטיבית (מיידית) של החוק החדש על מי שעסקו במקצוע בעבר. השאלה הניצבת בפנינו הינה, אם הוראות המעבר בחוק תיקי השקעות הן מידתיות. חוקיותה של הוראת מעבר נבחנה בעבר בפסיקתו של בית המשפט העליון לעניין תוקפה של חקיקת משנה. (ראו: י. זמיר, הסמכות המינהלית, 959 (כרך ב, 1996)). לעתים נפסק כי היעדרה של הוראת מעבר מביא לפסילתה של חקיקת משנה (ראו ע"פ 104/72 ראב נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(2) 412, 418; בג"ץ 6300/93 המכון להכשרת טוענות בית דין נ' השר לעניני דתות פ"ד מה(3) 441, 457). לעתים נפסק כי היעדרה של הוראת מעבר אין בו כדי לפסול את חקיקת המשנה (ראו בג"ץ 398/82 ה.ש.י. - המגדר תעשיות פלדה בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד לז(1) 44, 50). בעתירה שלפנינו מתעוררת שאלת חוקיותה של הוראת מעבר שבחוק הכנסת. שאלה זו חדשה היא עמנו. היא מחייבת, מטבע הדברים, זהירות מרובה.

54. העתירה שלפנינו אינה מחייבת בחינת עמידתן של הוראות המעבר בכל תנאיה של פסקת ההגבלה. כפי שראינו, הטענות שבעתירה מתרכזות בתנאי המידתיות, ובהם בלבד. זאת ועוד: בעתירה שלפנינו אין העותרים טוענים כי חוק תיקי השקעות כולו אינו צריך לחול על מי שעסק בניהול תיקי השקעות לפני שהוראות החוק נכנסו לתוקפן (עוסק ישן). כך, למשל, הם לא תקפו כלל חלק ניכר מן ההוראות בחוק, כגון ההוראות בדבר חובות האמון והזהירות, ולא ביקשו כי נקבע, שהוראות אלה אינן חלות על מי שעסק בעבר בניהול תיקי השקעות. אמת, הם טענו כנגד ארבע הוראות בחוק - חובת ההתאגדות, חובת ההון העצמי, האיסור על פעולה עצמית ותוכנן של הבחינות. היתה זו טענה כנגד המידתיות של הוראות אלה לעניין מנהלי תיקי השקעות חדשים וישנים כאחד, ללא הבחנה ביניהם. כמובן, יכלו העותרים להמשיך ולטעון, כי מן הראוי, במסגרת הוראות המעבר, שלא להחיל את חובת ההתאגדות, חובת ההון העצמי והאיסור על פעולה עצמית על עוסק ישן. עיון מדוקדק בטענותיהם מצביע על כך, כי טענה מעין זו לא נטענה על ידם. אכן, את טיעוניהם לעניין הוראות המעבר כיוונו העותרים כנגד החלת התנאים למתן רשיון מנהל תיקים (הקבועים בסעיף 8 לחוק) על עוסק ישן, ואף בגדרם של אלה עיקר הטענות כווננו לעניין התנאים בדבר הבחינות. לפיכך נתרכז, אף אנו, אך בשאלת הבחינות.

55. שאלת המפתח הינה, מהן אמות המידה הקובעות את כללי המידתיות לעניין הוראות המעבר? התשובה היא, כי אלו הן אמות המידה הרגילות, המשקפות את מבחן המידתיות. ודוק: קביעה לעניין העוסקים החדשים - כלומר, העוסקים שלא פעלו בתחום תיקי השקעות בטרם נכנסה חובת הרישוי לתוקפה (ביום 1.7.1997) - כי חוק תיקי השקעות עומד במבחן המידתיות, אינה מובילה למסקנה כי מבחן המידתיות מתקיים ממילא גם לעניין העוסקים הישנים - כלומר, העוסקים שפעלו בתחום תיקי השקעות לפני שחובת הרישוי נכנסה לתוקפה. אכן, הסדר נורמטיבי עשוי להיות מידתי לעניין עוסקים חדשים ובלתי מידתי לעניין עוסקים ישנים. הוראות המעבר עומדות על רגליהן-הן, ומידתיותן צריכה להיקבע על פי הכללים הרגילים. נפנה איפוא להפעלתם של כללי המידתיות לעניין הוראות המעבר החלות על עוסקים ישנים.

56. מבחן המשנה הראשון של המידתיות הוא מבחן ההתאמה או הקשר הרציונלי. הוראות המעבר צריכות להתאים להגשמת המטרה המונחת ביסוד החקיקה. בהקשר זה יש להתחשב בניסיון בעיסוק בתיקי השקעות אשר עוסק ישן צובר בשנות עבודתו. ניסיון זה עשוי להשפיע על הרציונליות של התפיסה, כי לענין הבחינות, דין עוסק ישן כדין עוסק חדש. התנסות בעבודה מעשית יכולה להביא לכך, כי על-פי מבחן ההתאמה יהיה מקום להכיר בשנות ותק כתחליף (מלא או חלקי) לבחינה; כי ניתן יהיה לאפשר המשך העיסוק במקביל לעמידה בבחינות; כי תוכן הבחינות של העוסק הישן יהא שונה מזה של העוסק החדש. לעניין זה, עשוי להיות

מקום להבחנות בין עוסקים ישנים שונים, לפי שנות הותק או לפי נתון אחר, הן לעניין השחרור מהבחינות, כולן או חלקן, והן לעניין תוכן הבחינות.

57. מבחן המשנה השני לעיקרון המידתיות, הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. יש לקבוע את הוראות המעבר באופן שפגיעתן בחופש העיסוק של העוסקים הישנים תהא מתונה ככל האפשר. יש לבחור באותה "מדרגה" בסולם הפגיעות, אשר מגשימה את התכלית הראויה, תוך שפגיעתה בחופש העיסוק היא קטנה מהפגיעה שתתקבל אם החוק יבחר במדרגה גבוהה יותר. לענייננו, המדרגה הנמוכה ביותר היא זו הקובעת כי החוק החדש לא יחול על מי שפעל בעיסוק בטרם הוסדר (מדרגה של היעדר תחולה). היעדר התחולה יכול להיות כללי או מוגבל. היעדר התחולה הוא כללי, כאשר כל הוראותיו של החוק החדש אינן חלות על מי שעסק בעבר בעיסוק המוסדר. היעדר התחולה הוא מוגבל, כאשר הוא חל רק על חלק מההוראות של החוק החדש, ואילו שאר הוראותיו מוחלות גם על מי שעסק באותו עיסוק בעבר. היעדר התחולה (הכללי או המוגבל) יכול שיתבסס על הוראה הקובעת כי עוסקים אלה אינם זקוקים כלל לרשיון, ויכול שהטכניקה תהיה זו שהם זקוקים לרשיון, אך שהחוק או הרשות, מכוח הסמכה בחוק, יעניקו להם פטור מהבחינה. המדרגה הבאה בסולם האמצעים קובעת כי עוסק ישן יחוייב לעמוד בבחינות, אך הוא יוכל לעשות כן במקביל לעיסוק (המדרגה של התחולה המקבילה). יהא עליו, איפוא, להשלים הבחינות בתוך תקופה מסויימת שנקבעה בחוק או על פיו, תוך שמשך כל אותה תקופה, יוכל הוא להמשיך בעיסוקו ללא רשיון או ברשיון זמני. החקיקה הישראלית נהגה בדרך זו לא פעם, בהוראות מעבר הקבועות בחוקים השונים. לעתים נקבעה בחוק תקופה קבועה להמשך העיסוק (ראו חוק שמאי מקרקעין, התשכ"ב-1962 (סעיף 21)). לעתים נקבעה התקופה על ידי הרשות המבצעת מכוח הסמכה שבחוק (ראו חוק רישום קבלנים לעבודות הנדסה בנאיות, התשכ"ט-1969 (סעיף 18); חוק לתיקון פקודת רופאי השיניים, התשמ"ו-1986 (סעיף 3); חוק הפסיכולוגים, התשל"ז-1977 (סעיף 56 (ב)); חוק שירותי הובלה, התשנ"ז-1997 (סעיף 28(א)). דוגמא יפה לעניין מדרגת התחולה המקבילה מצויה בחוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996, הקובע (בסעיף 20(א)):

"על אף האמור בסעיף 2, אזרח או תושב שערב קבלתו של חוק זה עסק בתיווך במקרקעין, רשאי להמשיך ולעסוק בתיווך במקרקעין - גם ללא רשיון - במשך שנתיים נוספות מיום קבלתו של חוק זה."

המדרגה הגבוהה ביותר קובעת תחולה מלאה של הסדר הרישוי החדש על העוסק הישן (המדרגה של תחולה מלאה). על פיה, דינו של עוסק ישן כדין עוסק חדש. שניהם חייבים לעמוד מראש בבחינה בטרם יוכלו להתחיל בעיסוק. למותר לציין, כי שלוש המדרגות עליהן עמדנו אינן ממצות את מלוא האפשרויות. זאת ועוד: כל מדרגה

עשויה להתחלק למדרגות משנה. כך, למשל, מדרגת התחולה המקבילה כוללת מיגוון של אפשרויות, ובהן הסדרים לפיהם עוסק ישן יחוייב לעמוד רק בחלק מן הבחינות, או בבחינות על חלק מן החומר, בהשוואה לעוסק חדש. זאת ועוד: לעתים תידרוש המידתיות שילובן של מספר מדרגות.

58. מבחן המשנה השלישי לעיקרון המידתיות הוא מבחן האמצעי המידתי (במובן הצר). מבחן זה קובע, כי חייב להתקיים יחס ראוי בין התועלת הצומחת מדבר החקיקה החדש לבין מידת פגיעתו בחופש העיסוק. מבחן זה בודק את האיזון הראוי בין התועלת לציבור מהגשמת התכלית לבין הנזק הנגרם לפרט מכך. עמד על כך השופט זמיר, בציינו:

"בנסיבות מסוימות אין הצדקה לתחולה מיידית של החלטה מינהלית. יש לכך טעמים שונים, לפי הנסיבות של כל החלטה. אפשר שתחולה מיידית של החלטה תגרור פגיעה קשה באדם מסויים או בקבוצה מסויימת, מעבר לנדרש ולמוצדק על פי שקלול של טובת הציבור לעומת טובת הפרט. לעתים הפגיעה של תחולה מיידית עשויה להיות קשה כמעט כמו הפגיעה של תחולה למפרע..." (בג"ץ 2832/96 הנ"ל בעמ' 594).

לעומת זאת, אם התועלת הנגרמת לציבור בהחלה אקטיבית (מיידית) של החקיקה החדשה עולה על הנזק הנגרם לפרט ממנה, יהא זה מידתי לקבוע כי מי שפעל בעיסוק בעבר יהא נתון למשטר הרישוי החדש בדומה לעוסק חדש. עמד על כך מ"מ הנשיא, השופט שמגר, בציינו:

"מקובל עלינו, שבכל מקרה, בו מונהג שינוי בחקיקה, מן הראוי לתת את הדעת למצב הקיים ערב תחילתו של החיקוק כדי למנוע פגיעה בלתי נחוצה ובלתי מוצדקת באלה שנהגו לפני תחילתו של החיקוק בדרך שהיתה אז מותרת, ואשר צריכים עתה להתאים את עצמם להסדרים החוקיים החדשים. אך יש נסיבות, בהן מן הנמנע לקבוע תקופת מעבר, יהיה זה בשל אופיו הפיסקאלי החיוני של השינוי, המחייב הסדרים מעתה ואילך שאינם ניתנים עוד לדחייה, או יהיה זה בשל החשש לנזק מהותי" (בג"ץ 396/82 ה.ש.י. - המגדר פלדה בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד לז(1) 44, 50).

נמצא, כי אמצעי חקיקתי - גם אם הוא רציונלי ומתון - עשוי להיות בלתי-חוקתי אם החסרונות הנגרמים לפרט בעקבותיו עולים במשקלם על היתרונות הצומחים ממנו לחברה (ראו M.P. Singh, German (1985) Administrative Law 90; זמיר "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה", משפט וממשל ב 109, 131 (התשנ"ד)). החלה של חקיקה חדשה הפוגעת בחופש העיסוק על עוסק

ישן תהא איפוא מעבר למידה הדרושה, אם הנזק שייגרם לעוסק זה הוא כה חריף, עד כי אין להצדיקו בצורך להגשים את התכלית הראויה המונחת ביסוד ההסדר החדש.

59. סיכומו של דבר: הוראות מעבר הקובעות את תחולתו של משטר רישוי חדש המוטל על עוסק ישן, הן מידתיות לגבי העוסקים הישנים, אם הן מתחשבות באופן הולם במעמדו של העוסק הישן, בניסיון שהצטבר אצלו בניהול ובהשפעתו על הצורך להחיל עליו את כללי הרישוי החלים על העוסק החדש, כולם או מקצתם; אם הן בוחרות במדרגת התחולה שפגיעתה בעוסק הישן היא פחותה בהתחשב בתכלית החוק; ואם התועלת לכלל הצומחת מהן עולה על הנזק הנגרם לעוסקים הישנים. על רקע אמות מידה אלה, נעבור עתה לבחינתן של הוראות המעבר שבחוק תיקי השקעות. נבחן תחילה את הוראות המעבר ונבדוק, לאחר מכן, עד כמה הן מקיימות את דרישת המידתיות.

הוראות המעבר בחוק תיקי השקעות

60. הוראות המעבר בחוק תיקי השקעות מעוגנות בסעיף 48 לחוק תיקי ההשקעות. הוראה זו קובעת בזו הלשון:

"הוראות מעבר 48. הרשות מוסמכת לתת רשיון -

(1) למי שעסק בישראל, ערב פרסומו של חוק זה, בניהול תיקים או בייעוץ השקעות לפחות שבע שנים, גם אם אינו ממלא אחר תנאי מן התנאים שבסעיפים 7 או 8;

(2) מנימוקים מיוחדים, למי שעסק בישראל בניהול תיקים או בייעוץ השקעות תקופה קצרה משבע שנים, וכן למי שעסק בניהול תיקים או בייעוץ השקעות מחוץ לישראל".

לכך יש להוסיף את הוראות סעיף 30(2) לתקנות הבחינות - שהותקנה מכוח הוראת סעיף 8(ה) לחוק תיקי השקעות - הקובעת פטור מחובת הבחינות (למעט הבחינות באתיקה מקצועית) למי שעסק בניהול תיקי השקעות. שבע שנים לפחות מתוך עשר השנים שקדמו ל-31.1.1997.

61. נראה לנו, כי הוראות המעבר הקבועות בסעיף 48 לחוק תיקי השקעות עד כמה שהן נוגעות לחובת הבחינות, אינן עולות בקנה אחד עם דרישות המידתיות. ראשית, סעיף 48(1) לחוק תיקי השקעות - ותקנה 30(2) לתקנות הבחינות בעקבותיו - פוטרים מחובת הבחינות (למעט הבחינה באתיקה מקצועית) עוסקים ישנים, אשר עסקו בניהול תיקים לפחות שבע שנים. הסדר זה אינו מידתי כלפי עוסקים ישנים, אשר עסקו בניהול תיקים תקופה ארוכה, הנופלת משבע שנים, כגון מי שעסקו בכך חמש או שש שנים. נכנה אותם עוסקים "ישנים-ותיקים", להבדיל מעוסקים "ישנים-טרניים", אשר עסקו בניהול תיקים לפני כניסת הסדר הרישוי לתוקפו תקופה קצרה יחסית (כגון עד שנתיים-שלוש). העוסקים הישנים-ותיקים צברו נסיון רב בניהול תיקי השקעות, אשר מן הראוי הוא - על פי דרישות המידתיות - להתחשב בו כתחליף לבחינות (כולן או מקצתן). אכן, בהתחשב בנסיבונם, ניתן להפחית מחובת הבחינה של העוסקים הישנים-ותיקים - או אף לבטלה כליל - בלא לפגוע באופן מהותי בתכלית החוק. הנסיון המקצועי של עוסקים אלה יכול לבוא, בעיסוק של ניהול תיקים - שאין טענה לגביו כי הוא עיסוק הדורש הכשרה אקדמית - במקום בחינות, לפחות באופן חלקי. זאת ועוד: עוסקים ישנים-ותיקים השקיעו שנים רבות מחייהם בביסוס עיסוקם. אינטרס ההסתמכות שלהם הוא כבד. הנזק שייגרם להם, אם לא יעמדו בבחינות, עולה על התועלת לחברה מהעמדתם בחובת הבחינות. כל אלה מצדיקים, לענין העוסקים הישנים-ותיקים, שחרור מחובת הבחינות - בין שחרור מלא (כפי שנעשה בתקנה 30(2) לתקנות הבחינות לגבי מי שעסק שבע שנים) ובין שחרור חלקי (תוך יצירת מדרג של שחרור מבחינות לפי שנות העיסוק, ואולי גם לפי נתונים אחרים).

62. הסוגייה השניה בה אין ההסדר של הוראות המעבר בחוק תיקי השקעות, בכל הנוגע לחובת הבחינות, עולה בקנה אחד עם עקרון המידתיות קשורה להוראת סעיף 48(2) לחוק תיקי השקעות. הוראה זו עוסקת בעוסקים ישנים-ותיקים, אשר עסקו בניהול תיקים תקופה קצרה משבע שנים. על פי הוראת סעיף 48(2) לחוק תיקי השקעות, דין עוסק ישן-ותיק שעסק בניהול תיקים פחות משבע שנים כדין עוסק חדש, פרט לכך שהרשות הוסמכה לתת לעוסק הישן-ותיק רשיון "מנימוקים מיוחדים". העוסק הישן-ותיק והעוסק החדש עומדים באותה מדרגה, היא המדרגה של התחולה המלאה. הסדר זה אינו מידתי כלפי העוסקים הישנים-ותיקים. עוסקים ישנים-ותיקים ראויים לקבל פטור מבחינות, אם לא פטור מלא (כמו עוסקים בעלי ותק של שבע שנים ומעלה), אזי פטור רחב שיקרב אותם באופן ממשי למצב של אלה שעסקו בעבר בניהול תיקי השקעות לפחות שבע שנים (במסגרת סעיף 48(1)). פטור כזה יעמיד אותם במדרגה של היעדר תחולה (מלא או חלקי). אשר לטרניים שבהם (עוסקים ישנים-טרניים) - כלומר, אלה שעסקו בניהול תיקים תקופה קצרה (כגון לא יותר משנתיים-שלוש) - מן הראוי הוא, על פי עיקרון המידתיות, ליתן ביטוי לנסיבונם המעשי שלהם, ולאינטרס ההסתמכות אשר הם פיתחו במשך השנים. הביטוי העיקרי לכך הוא בקביעה, כי עוסקים ישנים-טרניים יוכלו לקבל רשיון זמני (או פטור מרשיון) לתקופה מסויימת - כגון לשנתיים - אשר במהלכה יוכלו, מחד גיסא, להמשיך

בעיסוק, ומאידך גיסא, להכין עצמם ולעמוד בבחינות. זוהי המדרגה של התחולה המקבילה. ניתן גם לחשוב על מדרגת ביניים לעוסקים אלה, לפיה יחוייבו להיבחן רק בחלק מהבחינות ורק על חלק מהחומר. יתכן גם שילוב בין שתי המדרגות. שילוב כזה עשוי להשיג את האיזון הראוי בין הנזק שייגרם לעוסקים אלה מהטלת חובת הבחינות עליהם, לבין התועלת לחברה מהעמדתם בחובת הבחינות.

63. הנה כי כן, נקודת החיתוך של הוראות המעבר (סעיף 48) בחוק תיקי השקעות לעניין חובת הבחינות, המבחינה בין מי שעסק בעבר לפחות שבע שנים בניהול תיקי השקעות לבין מי שעסק בעבר תקופה קצרה משבע שנים, אינה מידתית. אין היא מתחשבת דיה בנסיון החיים ובאינטרס ההסתמכות של העוסקים הישנים. אין היא מאזנת כראוי בין הנזק לפרט לבין התועלת לכלל. כמובן, בכל הוראות מעבר יש הכרח לקבוע נקודת חיתוך מבחינת הזמן. בכל קביעת זמן יש מן השרירות. מכאן לא נובע שכל הבחנה הקשורה בזמן היא שרירותית. אף שקו הגבול בין יום ולילה הוא שרירותי משהו, וקיים פרק זמן של דמדומים, כולנו נדע להבחין בין יום ולילה בלא שהבחנה זו תהא שרירותית (השווה ע"א 674/85 "אליהו" חברה לביטוח בע"מ נ' ז'ק, פ"ד מג(1) 356, 361). יתכן שניתן היה לקבוע נקודת חיתוך חדה בין עוסקים ישנים, הפטורים באופן מלא מחובת הבחינות (להוציא בחינה באתיקה מקצועית), לבין עוסקים ישנים החייבים בבחינות. בדרך זאת ניתן היה לקבוע כי נקודת החיתוך תהיה, למשל, ארבע שנים או חמש שנים או תקופה דומה אחרת, אך לא שבע שנים. נקודת חיתוך של שבע שנים מצויה מעבר למידתיות. ייתכן שניתן גם ללכת בדרך אחרת, כלומר, להימנע מנקודת חיתוך חדה בין פטור מלא מן הבחינות לבין חיוב מלא בבחינות, ובמקום זאת לאמץ דרך הדרגתית של פטור חלקי מן הבחינות לפי הוותק בעיסוק או לפריסת הבחינות על פני תקופה שתקבע. לפי דרך זאת, מי שיש לו ותק של שבע שנים לפחות יהיה פטור מכל הבחינות (להוציא בחינה באתיקה מקצועית); מי שיש לו ותק, למשל, של ארבע או חמש שנים, יהיה לו פטור רחב מן הבחינות, כך שמצבו יהיה קרוב למצבו של מי שיש לו ותק של שבע שנים; ומי שיש לו ותק קטן יותר, יהיה לו פטור מוגבל יותר, הכל כפי שנובע מתוך התחשבות בנסיון שנצבר מן העיסוק במקצוע. וניתן גם, כמובן, לשלב בין דרכים אלה או אף להתוות דרך אחרת. אכן, קיים "מתחם של עיסוק", אשר במסגרתו כל קביעה היא מידתית. הקביעה של נקודת החיתוך בגדרי "מתחם העיסוק" הוא מתפקידה של הרשות המחוקקת. בחירתה של נקודת האיזון הראויה מסורה למחוקק, ובלבד שהוא פועל על פי כללי המידתיות. בית המשפט אינו צריך לשאול עצמו, מהי נקודת החיתוך שהוא היה קובע אילו פעל כמחוקק. בית המשפט צריך לשאול עצמו אם נקודת החיתוך שנקבעה על ידי המחוקק היא מידתית.

64. עמדנו על כך כי הוראות המעבר הכלולות בסעיף 48 לחוק תיקי השקעות אינן מידתיות בכל הנוגע לחובת הבחינות. מגבילים אנו העדר מידתיות זו אך לעניין הבחינות, שכן לא נטען בפנינו כלל כי חוסר המידתיות של הוראות המעבר חל לעניין כל התנאים הנדרשים בסעיף 8 לחוק תיקי השקעות. אכן, גישתנו

השיפוטית הינה שלא להכריע בשאלת תוקפו של חוק אלא אם כן הדבר חיוני לצורך ההכרעה בעניין (ראה דברי הנשיא שמגר בע"א 6821/93 הנ"ל, בעמ' 350). שאלת תוקפן של הוראות המעבר הכלולות בסעיף 48 לחוק תיקי השקעות, ככל שהן נוגעות לתנאים למתן רשיון מנהל תיקים, מעבר לתנאי בדבר חובת הבחינות, לא התעוררה כלל בפנינו, ואין היא חיונית להכרעתנו. נוכל, איפוא, להשאיר בצריך עיון.

הסעד

65. מהי התוצאה המתבקשת ממסקנתנו, כי הוראות המעבר בחוק תיקי השקעות, ככל שהדבר נוגע לחובת הבחינות, אינן מידתיות? התוצאה הטבעית הינה בשינוי הוראות המעבר, הקבועות בסעיף 48 לחוק תיקי השקעות. שינוי זה יקבע הסדרים חדשים לעניין הבחינות, שיהא על עוסקים ישנים לעמוד בהם - או להיות פטורים מהם - לרבות שיטה של מעבר הדרגתי בין העוסקים הישנים לפי הוותק או לפי נתונים אחרים. שינוי מעין זה בהוראות המעבר הוא מסמכותו של המחוקק. בית המשפט אינו יכול לבוא תחתיו. בית המשפט אינו יכול להחליף את קו החיתוך של שבע השנים בקו חיתוך אחר או לקבוע הסדרים אחרים; בית המשפט אינו יכול להוסיף להוראות המעבר טקסט הקובע את היקף הבחינות, ואת האפשרות להמשיך בעיסוק בתקופת הבחינות. תפקידו של בית המשפט לפרש את החוק ולקבוע את חוקיותו. בית המשפט רשאי לערוך ניתוח בגוף החוק, ולהפריד - על פי עיקרון "העיפרון הכחול" - בין החלק התקף לבין החלק הבטל. הוא יעשה כן רק אם החלקים השונים ניתנים להפרדה (עיקרון ה-severability או ה-separability), וזאת אם החלק התקף עומד על רגליו הוא וממשיך להגשים את התכלית החקיקתית, ולו באופן חלקי (ראו א. ברק, פרשנות במשפט 735 (כרך שלישי, 1994)). מבנהו של סעיף 48 לחוק תיקי השקעות וההבחנות שהוא עומד עליהן בדבר מנהלים של תיקי השקעות מונע פעולת הפרדה שיפוטית. עניין לנו, איפוא, בהסדר בדבר חובת הבחינות הלוקה בפגמים "גנטיים" ש"ניתוח" שיפוטי אינו יכול להצילם.

66. שאלנו עצמנו, אם לא ניתן "להבריא" את הוראות המעבר הבלתי-חוקתיות על ידי שימוש הרשות בסמכות הנתונה לה בסעיף 48(2) לחוק תיקי השקעות, לתת רשיון "מנימוקים מיוחדים" למי שעסק בישראל בניהול תיקים תקופה קצרה משבע שנים. נחה דעתנו כי לא יהא בכך כדי להבריא את הוראות המעבר. אכן, החלוקה הבסיסית והחדה בין עוסקים-ישנים שניהלו בעבר תיקי השקעות לפחות שבע שנים לבין עוסקים-ישנים שניהלו תיקי השקעות פחות משבע שנים, ועימו ההסדר לגבי עוסקים-ישנים שעסקו בניהול תיקי השקעות פחות משבע שנים, אינם חוקתיים, והשימוש בסמכות הנתונה לרשות בסעיף 48(2) לחוק תיקי השקעות לא תוכל לרפא אי-חוקתיות זו. סמכות הרשות ליתן רשיון "מנימוקים מיוחדים" למי שעסקו בעבר בניהול תיקי השקעות תקופה קצרה משבע שנים, חייבת להתממש בגדרי ההבחנות שהוראות המעבר קבעו. אין היא יכולה לשלול את

שהחוק עצמו קבע, ואין היא יכולה לתקן את שהחוק פגם. אין אפשרות ליתן "מנימוקים מיוחדים" רשיון לכלל העוסקים הישנים, או לפטור אותם מהבחינות כולן או חלקן; אין אפשרות "מנימוקים מיוחדים" לתת רשיון זמני לעוסקים הישנים-טריים, תוך קביעה שהבחינות תקויימנה במקביל לעיסוק, ובתוך מועד סביר. פטור כללי שכזה סותר את המבנה הבסיסי של הוראות המעבר, וחורג מגדרי הסמכות ליתן רשיון "מנימוקים מיוחדים", שמטבע הדברים מיועדת בעיקר למצבים אינדיבידואליים.

67. הנה כי כן, מסקנתנו הינה כי הוראות המעבר הקבועות בסעיף 48 לחוק תיקי השקעות, ככל שהן נוגעות לחובת הבחינות, אינן מידתיות. תיקון המצב צריך לבוא מהמחוקק עצמו, אשר יקבע הוראות מעבר מידתיות. כל עוד לא תתוקן המידתיות על ידי הוראות מעבר חדשות מתבקשת הצהרה כי הוראות המעבר שבחוק תיקי השקעות - בכל הנוגע לחובת הבחינות של מנהלים של תיקי השקעות - הן בטלות. בספרות ההשוואתית קיימות דיעות שונות באשר למהותה של בטלות זו ובאשר להשפעתה על פעולות שנעשו לפני הכרזת הבטלות (ראה א. ברק פרשנות במשפט 720 (כרך שלישי, 1995)). נוכל להשאיר שאלות אלה בצריך עיון, שכן אין הן מתעוררות בעתירה שלפנינו. כן מבקשים אנו להשאיר בצריך עיון את השאלה, אם ניתן לקבוע הסדר חדש ומידתי בעניין הבחינות של העוסקים הישנים באמצעות תקנות חדשות שיתקנו על פי סעיפים 8(ד) ו-8(ה) לחוק תיקי השקעות. התשובה על שאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר. היא לא התעוררה בפנינו, ולא שמענו לגביה טיעונים. נשאירה, איפוא, בצריך עיון.

68. מהי השפעת ביטולן של הוראות המעבר, בכל הנוגע לבחינות, על חובתם של העוסקים הישנים לעמוד בבחינות כתנאי לקבלת רשיון? כפי שראינו, חוק תיקי השקעות מטיל על כל אדם המבקש לעסוק בניהול תיקי השקעות את החובה לעמוד בבחינות מקצועיות (סעיף 8). תחולתה של חובה זו - כמו של שאר הוראות חוק תיקי השקעות - היא אקטיבית (מיידית). חובת הבחינות, כתנאי לרישוי, מוטל איפוא החל ב-1.7.1997 על כל מי שמבקש לעסוק בניהול תיקי השקעות, בין אם הוא עוסק חדש ובין אם הוא עוסק ישן. המידתיות של הסדר זה, בכל הנוגע לעוסק הישן, אמורה היתה להיקבע בהוראות המעבר. כפי שקבענו, הוראות המעבר לא עמדו במשימתן, ובטלותן היא תוצאתה של קביעתנו, כי ההסדרים שנקבעו בהן לעניין הבחינות אינם מידתיים. הנה כי כן, הסדר הבחינות המוטלות על העוסקים הישנים - בין עוסקים טריים ובין עוסקים ותיקים - כתנאי לקבלת רשיון על ידם, אינו מידתי, ועל כן בטל. ביטולן של הוראות המעבר בכל הנוגע לבחינות גורר אחריו את ביטול הסדר הבחינות כפי שנקבע בסעיפים 2 ו-8 לחוק תיקי השקעות, ככל שהוא נוגע לעוסקים הישנים. נמצא, כי כל עוד לא ייקבע הסדר מידתי באשר לחובת הבחינות של העוסקים הישנים (טריים וותיקים כאחד), לא ניתן לדרוש מהם עמידה בבחינות כתנאי למתן רשיון מנהל תיקים. תוצאה זו אינה חלה על הבחינות באתיקה מקצועית, אשר הכל בפנינו הסכימו כי הן מידתיות, וחוקתיותן לא עמדה לדין בעתירה זו.

השעיה זמנית

69. מסקנתנו הינה, איפוא, כי כל עוד הכנסת לא תחוקק הוראות מעבר חדשות ומידתיות, אין לדרוש מעוסקים ישנים, כתנאי למתן רשיון עוסק, עמידה בבחינות (למעט הבחינה באתיקה מקצועית). תוצאה זו משנה את ההסדר הקיים באופן מהותי. כפי שראינו, המידתיות אינה דורשת העמדת כל העוסקים הישנים במדרגה של היעדר תחולה של חובת הבחינות עליהם. ניתן להבחין בין עוסקים ישנים שונים, תוך קביעת משטר בחינות מידתי. שלילה מלאה של חובת הבחינות מכל העוסקים הישנים הוא מצב משפטי חדש שמן הראוי הוא כי המחוקק יתן עליו את הדעת. לשם כך דרושה, כמובן, שהות אשר תאפשר לכנסת לשקול את האפשרויות העומדות לרשותה, בלא שתצטרך לעשות כן על רקע חקיקה שאינה כוללת הוראות בדבר חובת הבחינות. אכן, ביטול חובת הבחינות לעוסקים ישנים יוצר "חלל חקיקתי" המעורר בעיות לא פשוטות. כל אלה מצדיקים הכרה בתקופת ביניים, אשר בה יעמדו הוראות המעבר - ועימן ההוראות בדבר חובת הבחינות - בתוקף, כדי שהכנסת תוכל לגבש את עמדתה תוך זמן סביר. כיצד ניתן להבטיח תקופת ביניים זו? התשובה הינה כי בצד ההצהרה כי הוראות המעבר בכל הנוגע לבחינות בטלות - אשר בעקבותיה תבוא ההצהרה על ביטול חובת הבחינות לעוסקים הישנים (למעט הבחינה באתיקה מקצועית) - נוסף ונקבע כי כניסתן לתוקף של הצהרותינו אלה תושעה עד ליום 31.12.1997 (ועד בכלל). נמצא, כי עד ל-31.12.1997 (ועד בכלל) הוראות המעבר ממשיכות לעמוד בתוקפן וחובת הבחינות של העוסקים הישנים ממשיכה אף היא לעמוד בתוקף, כפוף כמובן, להסדר הביניים אליו הגיעו הצדדים. השעיה זו תאפשר לכנסת לקבוע את עמדתה באשר להוראות המעבר בכל הנוגע לבחינות. השעיה זו עולה בקנה אחד עם הסדר הביניים אליו הגיעו הצדדים בפנינו, לפיו ניתנו רשיונות עיסוק זמניים לכל העוסקים הישנים. תוקפם של רשיונות אלה יפוג ב-31.12.1997. סמכותנו להשעות את מועד כניסתה לתוקף של הצהרת בטלות מבוססת היטב. אכן, לא פעם השעינו בעבר את מועד כניסתה לתוקף של הצהרה בדבר בטלותה של חקיקת משנה החורגת מסמכות (ראו בג"ץ 2294/90 פורז נ' ממשלת ישראל, פ"ד מד(3) 317, 328; בג"ץ 2913/93 עיריית קרית-גת נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(5) 832). סמכות דומה נתונה, במשפט המשווה, לבית משפט המצהיר על בטלותה של חקיקה ראשית (ראו א. ברק, פרשנות במשפט, 741 (כרך שלישי, 1994)). כך, למשל, מקובל הוא בקנדה כי לבית המשפט נתונה הסמכות להשעות זמנית (temporary suspension) מועד כניסתה לתוקף של הצהרת בטלות של חוק הפרלמנט כדי למנוע "חלל חקיקתי", או נזק לציבור. עמד על כך הנשיא למר (Lamer C.J.) בצינו:

"A Court may strike down legislation or a legislative provision but suspend the effect of that declaration until Parliament... has had an opportunity to fill the

void. This approach is clearly appropriate where striking down of a provision poses a potential danger to the public... or otherwise threatens the rule of law." (Schachter v. Canada, 93 D.L.R. (4th) 1, 93 (1992)).

דין דומה חל בישראל. למותר לציין, כי בית המשפט יעשה שימוש בסמכות ההשעיה הנתונה לו רק במקרים מיוחדים המצדיקים זאת. המקרה שלפנינו נופל לקטיגוריה זו.

70. מהן איפוא התוצאות אליהן הגענו? התוצאות הן ארבע: ראשית, הוראות המעבר שבסעיף 48 לחוק תיקי השקעות בכל הנוגע לחובת הבחינות אינן מידתיות, ועל כן בטלות. הצהרת הבטלות תיכנס לתוקפה ביום 1.1.1998; שנית, כל עוד לא יוחקו הוראות מעבר מידתיות, תגרום התחולה האקטיבית של חוק תיקי השקעות, ללא הוראות מעבר מידתיות, חובת בחינות בלתי מידתית על העוסקים הישנים. חובת בחינות זו - כתנאי למתן רשיון למנהל תיקים - אינה חוקתית ועל כן בטלה. גם הצהרה זאת תיכנס לתוקפה רק ביום 1.1.1998; שלישית, הכנסת מוסמכת כמובן לקבוע הסדר מידתי חדש להוראות המעבר, ובכך להציל את הוראות המעבר בכל הנוגע לחובת הבחינות - מבטלות; רביעית, כאשר הכנסת תקבע הסדר חדש להוראות מעבר, הוא ייכנס לתוקף במקום סעיף 48 לחוק תיקי השקעות. אם ההסדר ייקבע על ידי הכנסת לפני 1.1.1998, לא ייווצר חלל בתחולת החוק מבחינת הזמן וההיקף. ובינתיים, עד יום 1.1.1998 - יכולים כל העוסקים הישנים להמשיך בעיסוקם מכוח הרשיונות הזמניים שניתנו להם לפי הסדר הביניים. נוסף ונציין, כי אם לא יהא סיפק בידי הכנסת להשלים החקיקה עד ליום 31.12.1997 ניתן יהא לפנות אלינו בבקשה להארכת מועד ההשעיה והסדר הביניים אליו הגיעו הצדדים.

סוף דבר

71. התוצאה היא, איפוא, כי העתירה נדחית בכל הנוגע לראש הראשון והשני שלה. העתירה מתקבלת באשר לראש השלישי, במובן זה שאנו מצהירים כי הוראות המעבר הקבועות בסעיף 48 לחוק תיקי השקעות, ככל שהן נוגעות לבחינות, אינן מידתיות ועל כן בטלות. כתוצאה מכך מתבטלת חובת הבחינות של העוסקים הישנים (למעט הבחינה באתיקה מקצועית). הצהרת בטלות זו מושעת והיא תיכנס לתוקפה רק ביום 1.1.1998. אם הכנסת תחוקק עד אז הוראות מעבר מידתיות חדשות. בה בעת, לעניין התקופה שעד ליום 1.1.1988, יחול הסדר הביניים שהוסכם עליו, ואשר לפיו העוסקים הישנים מחזיקים ברשיון עד ליום 1.1.1998.

המשיבים ישאו בהוצאות העותרים בסכום כולל של 50,000 ש"ח.

ה נ ש י א

המשנה לנשיא ש' לזין:

אני מסכים.

המשנה לנשיא

השופט א' גולדברג:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ת' אור:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' מצא:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט מ' חשין:

אני מסכים לפסק דינו של חברי, הנשיא ברק, ואין לי מה להוסיף.

שופט

השופט י' זמיר:

אני מסכים.

שופט

השופטת ט' שטרסברג-כהן:

אני מסכימה.

שופטת

השופט י' טירקל:

אני מסכים.

שופט

השופטת ד' ביניש:

אני מסכימה.

שופטת

השופטת ד' דורנר:

1. חוקי-יסוד מתקבלים על-ידי הכנסת בהיותה האסיפה המכוננת של מדינת ישראל. ראו דברי הנשיא

ברק בע"א 6821/93, רע"א 1908,3363/94 בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח' נ' מגדל כפר שיתופי ואח',

פ"ד מט (4) 221 (להלן: ע"א **בנק המזרחי**), בע' 368-390; קלוד קליין, "הרשות המכוננת בישראל", **משפטים** ב (תש"ל) 51. דרגתם הנורמטיבית של חוקי-יסוד עולה על זו של חוקים, שאותם הכנסת מקבלת בהיותה הרשות המחוקקת של המדינה. הכנסת אינה רשאית לחוקק אלא חוקים ההולמים את הוראות חוקי-היסוד. לכן, בהתקיים סתירה בין הוראת חוק-יסוד לבין הוראת חוק ומן הנמנע לקיים את שתי ההוראות גם יחד, תועדף ההוראה שבחוק-היסוד, העולה בדרגתה הנורמטיבית על הוראת החוק.

עם זאת, כלל יסוד בפרשנות הוא הכלל המבקש ליישב, ככל שהדבר ניתן באופן סביר, בין נורמות משפטיות שונות. ראו, למשל, בג"צ 174/85 **חסן נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה ושומרון**, פ"ד לט(3) 245, בע' 248. מטרתו של כלל זה היא לתת תוקף לרצון המוסדות המוסמכים לקבל נורמות משפטיות, ולמנוע את התוצאה הבעייתית של התעלמות מנורמה שהתקבלה על-ידי מוסד מוסמך או של קביעת בטלותה. עיקרון כללי זה חל ביתר שאת מקום שבו הנורמות הנדונות הן חוק-יסוד וחוק. לכך שני טעמים עיקריים. **ראשית**, חוקים מתקבלים על-ידי הכנסת, הנבחרת על-ידי העם ומהווה "בית-הנבחרים של המדינה" (סעיף 1 לחוק-יסוד: הכנסת), והם מבטאים את רצונם של רוב האזרחים. ביטול רצון הרוב או התעלמות ממנו אינם עניין-של-מה-בכך. עמד על כך השופט זמיר, בציינו כי "חוק הכנסת כבודו במקומו מונח: עדיין החוק מבטא את רצון הריבון, הוא העם" (בג"צ 7111, 8195/95 **מרכז השלטון המקומי ואח' נ' הכנסת ואח'**, פ"ד נ(3) 485, בע' 496). יש לנקוט כללי פרשנות אשר יבטיחו, ככל שהדבר ניתן באופן סביר, כי רצון העם, כפי שבא לידי ביטוי בחוקים שקיבלו נבחריו, לא יסוכל. **שנית**, חוקי-יסוד וחוקים מתקבלים על-ידי אותו גוף - הכנסת. יש להניח כי קיימת התאמה בין הנורמות השונות שהכנסת מקבלת, ולפרשן, ככל שהדבר ניתן באופן סביר, לאור הנחה זאת.

2. בענייננו עומדות, מן הצד האחד, ההוראות שבסעיפים 3 ו-4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק (להלן: חוק-היסוד). נקבע בהן כי כל אזרח או תושב של המדינה חופשי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח-יד, וכי אין לפגוע בחופש זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של המדינה, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו. מן הצד השני עומדת שורה של הוראות שבחוק הסדרת העיסוק ביעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, תשנ"ה-1995 (להלן: החוק), הקובעות משטר של רישוי לעניין העיסוק בניהול תיקי השקעות. טענת העותרים היא כי קיימת סתירה בין הוראות חוק אלה לבין הסעיפים האמורים שבחוק-היסוד. לנוכח סתירה זו, כך נטען, לא ניתן לקיים את חוק-היסוד ואת החוק גם יחד, ולכן יש מקום לקיים את חוק-היסוד, שדרגתו הנורמטיבית עליונה, ולשלול תוקף מהוראות החוק.

3. לגבי אחדות מהוראות החוק שנתקפו על-ידי העותרים טענו המשיבים כי אין הן סותרות את חוק-היסוד משום שאין הן פוגעות בחופש העיסוק. דינה של טענה זאת להידחות, מן הטעמים שאותם ציין חברי,

הנשיא ברק. פגיעתן של ההוראות האמורות בחופש העיסוק היא ברורה, ואין אפשרות סבירה לפרש את חוק-היסוד באופן שעל-פיו הוא אינו משתרע על פגיעה זאת.

עם זאת, יש להיזהר מפירוש גורף וכל-כולל של חופש העיסוק המוגן בחוק-היסוד. כך, למשל, נפסק כי חופש העיסוק אינו מקנה לאדם זכות כי אחר, לרבות גוף שלטוני, יעסיק אותו בשירותו. ראו, למשל, בג"צ 4360/94 טאטור נ' שר המשטרה ואח', פ"ד נ(2) 560, בע' 568. אכן, פירוש מרחיב יתר-על-על-המידה של הזכויות הקבועות בחוקי-היסוד אינו ראוי. כדברי השופט זמיר בע"א **בנק המזרחי** הנ"ל בע' 471, בהתייחסו לזכות הקניין הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: "ככל שיורחב ההיקף של הקניין כזכות חוקתית כך, יש לחשוש, תיחלש עוצמת ההגנה על זכות זאת. ועל כך ניתן לומר: תפסת מרובה לא תפסת."

4. אך בעצם הפגיעה שפוגעות הוראות החוק בחופש העיסוק אין משום סתירה להוראות חוק-היסוד. שכן, חוק-היסוד מאפשר לפגוע בחופש העיסוק, ובלבד שהפגיעה תקייה את התנאים הקבועים בארבעת היסודות המוזכרים בסעיף 4 לחוק-היסוד ("פיסקת ההגבלה").

מבין יסודות אלה חלוקים הצדדים בענייננו רק בשאלת התקיימותו של היסוד המתנה פגיעה בחופש העיסוק בכך שהפגיעה תהיה "במידה שאינה עולה על הנדרש". זוהי דרישת המידתיות. עמידתה של פגיעה בחופש העיסוק בדרישה זאת נבחנת תוך הסתייעות בשלושת מבחני-המשנה שעליהם עמד הנשיא: התאמת האמצעי הפוגע בזכות לתכליתו, בחירת האמצעי הפוגע בזכות במידה שאינה עולה על המידה הנדרשת לצורך השגת התכלית, והסבירות שבפגיעה בזכות לצורך השגת תכליתה של הפגיעה.

באשר למבחני-משנה אלה יש להטעים כי אף אחד מהם אינו בעל אופי מוחלט או דווקני. **ראשית**, בדרך-כלל, לרשות המחוקקת יש שיקול-דעת ביישומם. כלומר, די בכך שההשקפה כי האמצעי שנבחר מתאים לתכליתו, או כי הוא פוגע בזכות במידה המיזערית הנדרשת להשגת התכלית, או שהפגיעה בזכות לצורך השגת התכלית היא סבירה, היא השקפה אפשרית - המצויה, לפי המינוח הנוהג במשפט המינהלי, במסגרת "מיתחם הסבירות" - כדי שהחוק יראה כעומד בדרישת המידתיות. **שנית**, באשר למבחן-המשנה הראשון לא נדרשת ודאות מוחלטת כי האמצעי ישיג את מטרתו. די במידת הסתברות רצינית להשגת התכלית על-ידי האמצעי הפוגע בזכות. מידת ההסתברות הנדרשת תיקבע בהתאם לחשיבות היחסית של הזכות הנפגעת ושל תכלית הפגיעה. **שלישית**, באשר למבחן-המשנה השני לא נדרש כי הכנסת תבחר, בכל תנאי ובכל מחיר, באמצעי המאפשר את השגת התכלית מבלי לפגוע כלל בזכות או באמצעי הפוגע בזכות במידה המינימלית אפשרית. המשאבים הציבוריים הם, מטבע הדברים, מוגבלים. למרות חשיבותן הבלתי-מעוררת של זכויות הפרט לא

ניתן, ולא ראוי, לתת להגשמתן עדיפות מוחלטת על-פני כל המטרות הציבוריות האחרות. כך, למשל, הגם שדומה כי ניתן היה להבטיח בכל מקרה כי חשודים לא יסכנו את שלום הציבור באמצעות "מעצר- בית" שיובטח על-ידי כוחות משטרה, הרי שלעיתים אין מנוס מהשגת אותה מטרה על-ידי האמצעי הזול יותר של מעצר החשוד בבית-מעצר, למרות שאמצעי זה פוגע בזכויות החשוד יותר ממעצר-בית מאובטח. זאת ועוד: יש דרגות שונות של הגשמת תכלית. לעיתים, נקיטת אמצעי הפוגע בזכות מעט יותר מאמצעי חלופי עשויה להביא לעלייה ניכרת של מידת ההגשמה של התכלית. די איפוא בכך שהכנסת תיתן משקל סביר, בהתחשב במכלול נסיבות העניין, לשיקול של מיזעור הפגיעה בזכות.

5. לדעתי, מן הראוי כי כל שלושת מבחני-המשנה האמורים יופעלו ויושמו בהתחשב במהותה של הזכות שהפגיעה בה עומדת על הפרק.

כך הוא הדין במדינות אחרות:

בארצות-הברית פותחו בפסיקה רמות בדיקה שונות לבחינת חוקתיותם של חוקים הפוגעים בזכויות אדם. רמות בדיקה אלה מבוססות על מידת החשיבות של הערכים והאינטרסים העומדים ביסודה של כל זכות וזכות. בתחתית סולם הזכויות עומדות זכויות כלכליות. פגיעה בזכויות מסוג זה תימצא מוצדקת אם היא דרושה באופן סביר להגשמת אינטרס ציבורי לגיטימי. ראו, למשל, **Railway Express Agency v. New York**, 336 U.S. 106 (1949). בראש הסולם מצויות זכויות-על, בעלות מעמד מיוחד, כגון הזכות להשתתף בבחירות, חופש הביטוי וחופש התנועה. הפגיעה בזכויות אלה מותרת רק לשם הגשמת אינטרס ציבורי חיוני, שלא ניתן להגשימו באמצעים אחרים. ראו, למשל, **Shapiro v. Thomson**, 394 U.S. 618 (1969).

בגרמניה נבחן בכל מקרה ומקרה אם הערכים והאינטרסים שנפגעו במקרה הספציפי מצדיקים את הפגיעה בזכות. כך, למשל, בעניין **Numerus Clausus I Case**, (1972) 33 BVerfGE 303, נקבע כי קביעת מכסה לתלמידי רפואה, שתכליתה חיסכון כספי, עשויה להיות חוקתית למרות פגיעתה בחופש העיסוק. בכל זאת פסל בית-המשפט שני חוקים שקבעו מכסה כזאת, משום שאותם חוקים פגעו, בין השאר, בעקרון השוויון.

6. גם בישראל, כאשר עומדת על הפרק פגיעה בזכות על-ידי רשות מינהלית, נעשה שימוש בנוסחות איזון המבוססות על מהותה של הזכות הנדונה, משקלה הסגולי והטעמים העומדים ביסודה, מזה, ומידת החשיבות של האינטרס המתנגש בזכות, מזה. ראו, למשל, בג"ץ 399/85 **כהנא ואח' נ' הוועד המנהל של**

רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, בע' 284. לפי גישה זו הובחן, בין השאר, בין היקף ההגנה הניתנת לחופש הביטוי הפוליטי לבין חופש הביטוי המסחרי, וזאת על-יסוד מידת החשיבות של הטעמים שביסוד זכויות אלה. ראו, למשל, דברי הנשיא שמגר בבג"ץ 6218/93 **כהן נ' לשכת עורכי הדין**, פ"ד מט(2) 529, בע' 551, ודברים שכתבתי בבג"ץ 606/93 **קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור ואח'**, פ"ד מח(2) 1, בע' 13.

מידת החשיבות המיוחסת לזכות במסגרת האיזון ואמות-המידה שעל-פיהן תיבחן החוקיות של הפגיעה עשויות להשתנות ממקרה למקרה בהתאם לערכים ולאינטרסים הנפגעים במקרה הספציפי. כך, למשל, לא הרי גרימת נזק לפרט בלבד, כגרימת נזק לפרטים רבים ואף לציבור בכללותו. עמדתי על כך באחת הפרשות:

נראה לי כי כאשר הראציונאל העומד בבסיס ההגנה על חופש העיסוק הוא, בעיקרו, עניינו של האדם להתפרנס ולעומתו עומד הערך של קידום כלכלת המדינה, מן הראוי להחיל את מבחן האפשרות הסבירה לפגיעה ממשית בכלכלת המדינה... לעומת זאת, כאשר ביסוד ההגנה על חופש העיסוק עומדים גם ראציונאליים אחרים, ובמיוחד ערכים בעלי חשיבות מיוחדת מבחינת המדינה והחברה, ייקבע היקף חופש העיסוק על-פי מבחן "מחמיר" יותר, כגון מבחן הוודאות הקרובה לסכנה חמורה... זה המבחן הקבוע, בדרך כלל, לצורך איזון בין חופש הביטוי לבין הסדר הציבורי, שלום הציבור או בטחון המדינה... מבחן זה נקבע בהתחשב באינטרסים החברתיים המיוחדים העומדים במקרים רבים ביסוד חופש הביטוי, וביניהם חיוניותו מבחינת קיום ההליך הדמוקרטי. על-כן, אפשר כי כאשר הערכים המתמודדים יהיו קידום כלכלת המדינה מחד גיסא וחופש העיסוק במקצוע "תקשורתי" מאידך גיסא, ייערך האיזון על יסוד מבחן הוודאות הקרובה לסכנה חמורה.

[בג"צ 1452/93 איגלו חברה קבלנית לעבודות צנרת בנין ופיתוח בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר ואח', פ"ד מז(5) 610, בע' 617-618.]

7. גישה זו מן הראוי לאמץ, בשינויים המחויבים, גם במסגרת בחינת המידתיות של פגיעת חוק בזכות הקבועה בחוק-יסוד.

ראשית, בחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם מעוגנות זכויות בעלות מידות חשיבות שונות. כך, למשל, אין דינה של הזכות לחירות ממעצר לפי סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הנתונה למי שאשמתו לא הוכחה והוא בחזקת חף מפשע, כדינה של הזכות לחירות ממאסר לפי אותו סעיף, שעניינה במי שאשמתו הוכחה. ואילו משקלה של הזכות הכללית והמעורפלת הקבועה בסעיף זה לאי-פגיעה בחירות "בכל דרך אחרת" תלוי במהות הפגיעה שבה מדובר. הגישה מספקת מסגרת להבחנה המתחייבת בין הזכויות השונות.

שנית, הגישה מעניקה הכוונה פרשנית בהפעלתה של דרישת המידתיות על שלושת מבחני-המשנה שלאורם היא מוחלת. הדיבור "פגיעה במידה שאינה עולה על הנדרש" הוא מופשט ועמום. גם למבחני-המשנה אופי כללי. הגישה המפנה את תשומת-הלב למהות הזכות הנדונה ולטעמים שביסודה, ועימה שורת ההלכות הפסוקות שפיתחו ויישמו אותה, עשויה לתרום לוודאות המשפטית הן במסגרת הליכי החקיקה (והלוא חוקי-היסוד, במידה רבה, מופנים לרשות המחוקקת עצמה) והן במסגרת בחינת חוקתיותם של חוקים.

שלישית, מן הראוי לבחון את תוקפן של מכלול הנורמות המשפטיות על-יסוד אמות-מידה דומות. השימוש בגישה האמורה גם בהקשר של בחינת חוקתיותם של חוקים תורם להרמוניה בהגנה הניתנת לזכויות האדם בישראל בהקשרים שונים. ראו דברי השופט זמיר בע"א **בנק המזרחי** הנ"ל בעמ' 470, והשוו לדברים שכתבתי בבג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(4) 94, בע' 138.

8. גישה זו חלה בעניינם של כל שלושת מבחני-המשנה.

באשר למבחן בדבר התאמת האמצעי לתכלית, מידת הוודאות שתידרש להתאמת האמצעי וליעילותו מושפעת ממידת החשיבות של הזכות והטעמים שביסודה. כשמדובר בזכות כבדת-משקל, עשויה להידרש "ודאות קרובה", ואולי אף כמעט מוחלטת, לכך שהאמצעי הפוגע בה יגשים ביעילות ובאופן מושלם את תכליתו. לעומת זאת, כשמדובר בזכות קלת-משקל יותר, ייתכן כי ניתן יהיה להסתפק ב"אפשרות סבירה" לקידומה של התכלית.

באשר למבחן בדבר בחירת האמצעי הפוגע בזכות במידה המועטה הנדרשת, שכאמור אינו מבחן מוחלט, 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. הדין עשוי להיות שונה מקום שבו עומדת על הפרק זכות שחשיבותה פחותה, שלשם שמירתה לא תידרש המדינה לנקוט באמצעים העלולים לגרום להכבדה מיוחדת.

באשר למבחן שבמסגרתו נערך איזון בין התועלת שבתכלית לבין הנזק שבאמצעי להשגתה, הוא יופעל - כמקובל בפסיקה שבה דנתי לעיל, העוסקת בהחלטות של רשויות מינהליות - בהתחשב במהות הזכות שעל הפרק, הטעמים שביסודה והערכים והאינטרסים הנפגעים במקרה הספציפי.

9. בענייננו, הראציונאל העומד ביסוד חופש העיסוק של העותרים הוא עניינם האישי במשלח-ידם. ראציונאל זה הוא חשוב, אך אין המדובר בזכות-על. בנסיבות אלה מקובלת עלי דעתו של חברי, הנשיא ברק, כי הוראות החוק שנתקפו, להוציא הוראות המעבר, עומדות בדרישת המידתיות. זאת למרות שיעילותן של אחדות מן ההוראות, כגון ההוראה המחייבת כי העיסוק יתקיים במסגרת חברה, להשגת תכליתן, אינה ודאית, ולמרות שאפשר להעלות על הדעת אמצעים חלופיים, הפוגעים פחות בחופש העיסוק מן האמצעים שנקטו.

התוצאה הייתה עשויה להיות שונה אילו הוראות דומות, כגון ההוראה המתנה את מימוש הזכות בהחזקת הון עצמי בשיעור ניכר, שמטרתה הבטחת כספי המשקיעים בנכסים פיננסיים, היו מוחלות באשר לזכויות-יסוד כבוד האדם במשמעותו הבסיסית.

לעומת זאת, משקלו של הטעם שביסוד הוראת המעבר המחילה את חובת העמידה בבחינות רישוי על עוסקים ותיקים, שהוא הרצון לבחון את ידיעותיהם המקצועיות ולהעמיקן, אינו מצדיק את הפגיעה הקשה שהוראה זו גורמת לחופש העיסוק שלהם.

אשר-על-כן, ולאור טעמים נוספים אלה, אני מסכימה לפסק-דינו של חברי, הנשיא ברק, ולתוצאה שאליה הגיע.

שׁוֹפֵט

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא.

ניתן היום, כ"ב באלול התשנ"ז (24.9.97).

ה נ ש י א המשנה לנשיא שׁוֹפֵט שׁוֹפֵט

שופט שופט שופט שופט

שופט שופט שופט

העתק מתאים למקור
שמריהו כהן - מזכיר ראשי
/דד/A15.97017150