

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5936/97

בפני: כבוד הנשיא א' ברק
כבוד השופטת ד' דורנר
כבוד השופטת ד' ביניש

העותרים: 1. ד"ר אורן לם
2. עמותת אמל - ארגון מאבחני לקויות-למידה
3. נירה נוי

נגד

המשיבים: 1. מר בן ציון דל, מנכ"ל משרד החינוך,
התרבות והספורט
2. שר החינוך התרבות והספורט

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

בשם העותרים: עו"ד א' גל

בשם המשיבים: עו"ד ד' בריסקמן

פסק-דין

השופטת ד' דורנר:

העובדות, ההליך והטענות

1. העותרים 1 ו-3 (להלן: העותרים) עוסקים באיבחון של ליקויי למידה אצל תלמידים. העותר 1, שהוא ד"ר לנוירופסיכולוגיה, מלמד באוניברסיטת חיפה על ליקויי למידה, איבחונם והטיפול בהם. מזה כשמונה שנים הוא בעליו של מכון איבחון העוסק, בין היתר, באיבחון ליקויי למידה. העותרת 3, העוסקת מזה כ-20 שנה בתחום החינוך המיוחד, עברה השתלמות מיוחדת מטעם משרד החינוך בתחום של ליקויי למידה, וכן התמחתה בעבודה מעשית במשך שנתיים. לאחר שעמדה במבחנים, קיבלה ממשרד החינוך רישיון, המסמך אותה לערוך

איבחונים של ליקויי למידה. העותרת 2 היא עמותה ביסוד, המבקשת לאגד מאבחינים של ליקויי למידה, וביניהם העותרים 1 ו-3.

ליקויי למידה, הכוללים קשת רחבה של קשיים בלמידה, נובעים משיבושים בתהליכים קוגניטיביים שמקורם המשוער הוא נירולוגי. הם נבדלים מקשיים בלמידה, שמקורם בהתפלגות הנורמלית באוכלוסייה של כישורים ומוטיבציות, וכן בגורמים סביבתיים.

גם סובלים מליקויי למידה שיכולתם האינטלקטואלית היא מעל לממוצע, מתקשים ברכישת מיומנויות למידה בסיסיות, כגון קריאה (דיסלקציה), כתיבה (דיסגרפיה), וחשבון. כן סובלים הם מהפרעות בפונקציות קוגניטיביות: תפישת השפה, זיכרון, ריכוז ועוד. הטיפול בליקויי למידה כולל, בין השאר, התאמת הלימודים והמבחנים לליקוי הספציפי שממנו סובלים כל תלמידה ותלמיד, בכדי לאפשר להם למצות את יכולתם ואת כישוריהם האינטלקטואליים.

הביקוש למקצוע האיבחון של ליקויי למידה גבר החל מראשית שנות ה-90, וזאת בעקבות הגברת המודעות במערכת החינוך לקשייהם של תלמידים ברמות שונות - לרבות באוניברסיטאות - הסובלים מליקויי למידה. בשנים 1992-1994 עודד משרד החינוך הכשרת מאבחינים בקורסים במכללות שנתמכו על-ידי. לבוגרי הקורסים (להלן: המאבחינים) ניתן על-ידי משרד החינוך רישיון של "מאבחינים דידקטיים". רישיון זה איפשר להם, בין השאר, לעבוד כמאבחינים של ליקויי למידה, וזאת לאחר תקופת עבודה מעשית מודרכת ועמידה בבחינות. עד לחודש ספטמבר 1996, הכיר משרד החינוך באיבחונים שנעשו על-ידי המאבחינים.

2. בחודש ספטמבר 1996 הוציא משרד החינוך חוזר בחתימת מנהלו הכללי, בן-ציון דל, שהופץ במוסדות החינוך בכל הרמות. בחוזר נקבע, כי משרד החינוך יכיר רק באבחנה של ליקויי למידה (אבחנה מבדלת) שנעשתה על-ידי פסיכולוג חינוכי מומחה (כמוגדר בתקנות הפסיכולוגים (אישור תואר מומחה), תשל"ט 1979-).

משנשללה ההכרה של מערכת החינוך באיבחניהם של המאבחינים, שוב לא היה טעם לתלמידים שנזקקו לאיבחון לבקש את שירותיהם. מספר הפונים אליהם ירד במידה ניכרת.

מספר מאבחינים שפרנסתם קופחה, וביניהם העותר 1, פנו בחודש נובמבר 1996, באמצעות בא-כוחם, למר דל, ומחו בפניו על החוזר. הם טענו, כי המאבחינים הוכשרו בעידוד משרד החינוך לעסוק באיבחון, כי

איבחון ליקויי למידה דורש הכשרה מיוחדת החסרה לפסיכולוגים חינוכיים, וכי, על-כל-פנים, אין מקום לייחד את האיבחון לפסיכולוגים חינוכיים בלבד.

בחודש ינואר 1997 מינו שר החינוך והתרבות ושר המדע ועדת מומחים בראשותה של פרופ' מלכה מרגלית, לבדיקת סוגיית מיצוי יכולתם של תלמידים הסובלים מליקויי למידה. בכתב המינוי נקבע, כי על הוועדה להגיש את המלצותיה תוך שישה חודשים, כלומר עד חודש יוני 1997.

ברם, עוד לפני כן, בתאריך 26.2.97, פירסם משרד החינוך חוזר מנכ"ל שני שבו נקבע שוב:

החל מיום פרסומו של [חוזר המנכ"ל מחודש ספטמבר 1996] יוגדרו כלקויי למידה רק מי שאובחנו ככאלה על-ידי פסיכולוג חינוכי מומחה.

מנגד, בדו"ח שהגישה הוועדה בחודש יוני 1997 (להלן: דו"ח ועדת מרגלית) חיוותה זו את דעתה, כי לאיבחון של ליקויי למידה נדרשת הכשרה אקדמית מיוחדת, שאינה ניתנת במסגרת הכשרתם הרגילה של פסיכולוגים חינוכיים. מסקנתה הייתה, כי אין לייחד את מקצוע האיבחון לפסיכולוגים חינוכיים שלא הוכשרו במיוחד לשם כך.

לפיכך המליצה הוועדה על איבחון של ליקויי למידה בידי צוות בין-מקצועי הכולל פסיכולוגים, מורים ויועצים חינוכיים, שיתמחו בכך במסגרת תוכנית אקדמית לתואר שני בליקויי למידה, ויחלקו ביניהם את עבודת האיבחון. כך, הפסיכולוג המומחה לליקויי למידה יערוך אבחנה מבודלת לצורך מתן אישור למסגרות החינוכיות, שבגידרה יבחן את הפער בין היכולת האינטלקטואלית הנמדדת במבחני האינטליגנציה לבין התיפקוד המגדיר ליקויי למידה, ואילו המורה יאבחן את מרכיבי ליקויי הלמידה לצורך בניית תוכנית דידקטית מתאימה.

המאבחים שבו ופנו למנכ"ל משרד החינוך בהסתמך על דו"ח ועדת מרגלית. משרד החינוך השיב, כי הוא סבור שבהשתלמויות הנערכות לפסיכולוגים חינוכיים במסגרת השירות הפסיכולוגי במינהל הפדגוגי במשרד החינוך (שפ"י) - בגידרן לומדים הם גם על ליקויי למידה - יש כדי להוות את ההתמחות הנדרשת על-פי דו"ח ועדת מרגלית. על-כן לא ראה משרד החינוך מקום לשנות את הנחיותיו.

3. כנגד החלטה זו הוגשה העתירה שבפנינו. העותרים ביקשו לחייב את משרד החינוך לבטל את הנחיותיו של מנכ"ל משרד החינוך. לחלופין, ביקשו הם לקבוע קריטריונים סבירים ושוויוניים, המכירים באיבחון

של ליקויי למידה בידי מי שקיבל הכשרה ספציפית לכך; ולחלופי חילופין דרשו הם, כי ייקבעו הוראות-מעבר עד להחלת ההנחיות החדשות.

העותרים טענו בעתירתם, כי העדפת הפסיכולוגים החינוכיים, שלא הוכשרו לאבחן ליקויי למידה, על-פני המאבחנים שהתמחו בתחום זה, פוגעת בחופש העיסוק של המאבחנים, ולפיכך נוגדת את הוראות חוק-יסוד: חופש העיסוק. בעניין זה העותרים טענו, כי חוזרי המנכ"ל אינם מעוגנים בחוק של הכנסת. עוד הם טענו, כי חוזרי המנכ"ל הוצאו שלא לתכלית ראויה, שכן יסודם בשיקולים זרים. העותרים הוסיפו וטענו, כי חוזרי המנכ"ל פגעו בחופש העיסוק שלהם במידה העולה על הנדרש. בהקשר זה צירפו העותרים לעתירתם חוות-דעת של פסיכולוגית אשר התמחתה בתחום ליקויי הלמידה. מחוות-דעת זו עולה, כי הכשרת פסיכולוגים אינה כוללת התמחות באיבחון של ליקויי למידה ובסובלים מליקויים כאלה, כי הכלים שבהם משתמשים הפסיכולוגים להערכת יכולת אינטלקטואלית (מבחני אינטליגנציה) אינם מתאימים להערכת יכולתם של נבדקים הסובלים מליקויי למידה, וכי תחום זה מהווה דיסציפלינה העומדת בפני עצמה והמחייבת הכשרה מקצועית ספציפית יסודית.

לבקשת העותרים הוצא צו-על-תנאי.

בתשובתם לעתירה טענו המשיבים, כי החלטת מנכ"ל משרד החינוך משקפת את עמדתם המקצועית של הגורמים המוסמכים במשרד החינוך וכי אין עילה לפסילתה. בעניין זה צירפו אף המשיבים חוות-דעת פסיכולוגית-חינוכית, שממנה עולה כי פסיכולוגים חינוכיים הם המתאימים ביותר לאיבחון של ליקויי למידה, וכי ההשתלמויות שהם מחויבים בהן מכשירות אותם לכך. עוד טענו המשיבים, כי חופש העיסוק של העותרים כלל אינו נפגע כתוצאה מחוזרי המנכ"ל, שכן אין מונעים מהם לעסוק באיבחון של ליקויי למידה, והחוזרים אינם מגבילים את פעולתם, למשל באמצעות דרישה לרישיון. כל שהוחלט עליו בגדר החוזרים הוא, כי איבחוןיהם של העותרים לא יתקבלו עוד בגידרי משרד החינוך. בכך, כך טענו המשיבים, אין כדי לפגוע בחופש העיסוק. יתרה מזאת: גם על-פי החוזרים עצמם, עדיין נותרת בידי המשיבים עבודה רבה, שכן כל תחום האיבחון הספציפי של הליקויים השונים (להבדיל מן האיבחון העקרוני של עצם קיום ליקוי למידה) והטיפול בהם עדיין נתון בידיהם. מכאן, שבהעדר פגיעה בחופש העיסוק אין גם מקום לקביעת הוראות-מעבר, אשר יאפשרו למאבחנים שעסקו בעבר באיבחון של ליקויי למידה להמשיך בעיסוקם. מכל מקום, בעניין הוראות המעבר הוסיפו המשיבים וטענו, כי אין צורך בקביעתן ביחס לעותרים, הואיל וטעמה של הוראת-מעבר הינו לאפשר לעוסקים בתחום שהעיסוק בו הוגבל בתנאים מסוימים להיערך על-מנת להתאים את עצמם לאותם תנאים. ואילו במקרה זה אין כוונה לדרוש מהעותרים לעמוד בתנאים מסוימים על-מנת שיהיו כשירים לאבחן ליקויי למידה, אלא הכוונה היא שלא

לקבל כלל את איבחונייהם במסגרת משרד החינוך. לבסוף טענו המשיבים, כי המשך פעולתם של מאבחנים שאינם פסיכולוגים יגרום נזק לתלמידים, ולכן אין לאפשר המשכו של מצב זה, אף לא לתקופת-מעבר קצרה.

4. לדעתי, דין העתירה להתקבל. זאת, לנוכח שני טעמים: ראשית, ההחלטה הנתקפת פוגעת בחופש העיסוק שלא בחוק או לפי חוק, מכוח הסמכה מפורשת בו. שנית, בהחלטה לא נקבעו הוראות-מעבר, הנדרשות בשל פגיעתה בהסתמכות וציפיה לגיטימיות של העותרים ואחרים.

לנוכח מסקנות אלה, ניתן להשאיר בצריך-עיון את השאלה, אם ההחלטה פוגעת בחופש העיסוק במידה העולה על הנדרש.

ההחלטה פוגעת בחופש העיסוק

5. כאמור, המשיבים טענו כי אין בחוזרי המנכ"ל כל פגיעה בחופש העיסוק, משום שאין הם אוסרים על העותרים או על אחרים להמשיך בעיסוקם.

אין לקבל טענה זאת.

השאלה, אם החלטה של רשות מהווה פגיעה בחופש העיסוק, צריכה להיבחן באופן מהותי ולא פורמלי. פגיעה בחופש העיסוק אינה מתרחשת רק כאשר רשות מגבילה ישירות את הזכות לעסוק בכל עבודה או משלח-יד, למשל על-ידי הטלת איסור על העיסוק או דרישת רישיון. גם שלילה בפועל של האפשרות לעסוק בעבודה או משלח-יד מסוימים מהווה פגיעה בחופש העיסוק.

כך, למשל, נקבע כי הטלת הגבלות על לימודים המכשירים לעיסוק במקצוע מסוים מהווה פגיעה בחופש העיסוק. ראו בג"ץ 6300/93 המכון להכשרת טוענות בית-דין נ' השר לענייני דתות, פ"ד מח(4) 441 (להלן: בג"ץ המכון להכשרת טוענות). גם כאשר רשות מעניקה סובסידיה רק לחלק מן העוסקים בתחום מסוים ושוללת אותה מאחרים היא פוגעת בחופש העיסוק. ראו בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441, בע' 471.

בדומה לכך, רשות עשויה לפגוע בחופש העיסוק על-ידי כך שתסכים לקבל את תוצר העיסוק מבעלי הכשרה מסוימת בלבד, וזאת אף מבלי שתטיל איסור על עצם העיסוק של בעלי הכשרה שונה. מדיניות כזאת של רשות תיחשב פגיעה בחופש העיסוק אם בפועל היא שוללת, או מגבילה באופן קשה, את אפשרות העיסוק.

רשות המהוה מונופול לעניין העסקתם של בעלי מקצועות או משלחי-יד מסוימים, או שהיא צרכנית יחידה של תוצרי עבודתם, והמטילה הגבלות על העסקתם או על ההיזקקות לתוצרי עבודתם, פוגעת בכך בחופש העיסוק. המעמד המונופוליסטי הוא המאפשר לרשות לשלול את אפשרות העיסוק גם מבלי להטיל עליו איסור פורמלי. השוו ע"א 294/91 **חברה קדישא גחש"א קהילת ירושלים נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464. דברי הנשיא שמגר בע' 484. בניסבות כאלה, ההיזקקות לשירות מאת גורמים מסוימים בלבד, מקנה גם להם - בפועל, אף אם לא פורמלית - מעמד של מונופול. אף בכך יש משום פגיעה בחופש העיסוק של גורמים אחרים, שהרשות מסרבת להיזקק לשירותיהם, השוו אהרן ברק, **פרשנות במשפט** (כרך שלישי - פרשנות חוקתית, תשנ"ד), 613-614. לעומת זאת, אם הדרך לעיסוק פתוחה בפני אדם למרות סירוב הרשות לקבל את תוצרי עיסוקו, לא ייחשב הסירוב כפגיעה בחופש העיסוק.

מסקנה זאת מתבקשת מן התכליות העומדות ביסודו של חופש העיסוק. חופש העיסוק הוא ביטוי מיוחד לעיקרון הכללי של כבוד האדם וחירותו. "באמצעות העיסוק האדם מעצב את אישיותו ואת מעמדו החברתי. טול מהאדם את חופש העיסוק ונטלת ממנו צלם האדם. טול מהאדם את החופש לבחור מקצוע ונטלת ממנו את טעם החיים". ראו ברק, שם בע' 583. לחופש העיסוק גם היבט כלכלי. הוא מיועד להגן על יכולתם של בני-האדם למצוא את פרנסתם. תכליות אלה נפגעות לא רק כשהמדינה אוסרת עיסוק במקצוע או במשלח-יד מסוימים או מתנה את העיסוק בהם בקבלת רישיון. הן נפגעות גם כשהמדינה, בהיותה מונופול על העסקה במשלח-יד מסוים, נמנעת מהעסקתם של בני-אדם מסוימים או מטילה הגבלות על העסקתם.

אומנם, ככלל, חופש העיסוק אינו מטיל על המדינה ורשויותיה חובה להעסיק. חופש העיסוק הוא החופש להעסיק או שלא להעסיק. ראו אהרן ברק, "החוקה הכלכלית של ישראל", **משפט וממשל** ד (תשנ"ז-תשנ"ח) 357, בע' 369. אכן, בכל מקרה על המדינה להפעיל את כוחה כמעסיקה וכרוכשת שירותים בשוויוניות, על-יסוד שיקולים ענייניים ובסבירות. ואולם, כרגיל, בכך שהמדינה נמנעת להעסיק בני-אדם מסוימים או לרכוש מהם שירותים, או אף בכך שאין היא מוכנה לעשות שימוש בתוצרי עבודתם, אין כדי לשלול מהם את אפשרותם לעסוק במקצועם, ולכן אין בכך משום פגיעה בחופש העיסוק. המצב שונה מקום שבו למדינה מונופול על ההעסקה או על השימוש בתוצרי העיסוק, והימנעותה מלהעסיק שוללת את אפשרות העיסוק. שלילה כזו מהווה, במהותה, פגיעה בחופש העיסוק.

6. בענייננו, המדינה אינה אך נמנעת מלהעסיק את העותרים ושכמותם כמאבחנים של ליקוי למידה, אלא נמנעת מלהכיר באיבחניהם אף כששירותיהם נרכשים על-ידי אחרים.

אי-ההכרה של משרד החינוך באיבחוני העותרים חוסמת בפניהם את העיסוק כולו. הגורם היחיד הנזקק לאיבחונים, ואשר חולש בפועל על עיקרו של תחום החינוך בארץ הוא משרד החינוך. המשרד נדרש לאיבחונים כדי לקבוע מסגרות לימוד מיוחדות לתלמידים הסובלים מליקויי למידה, ובעיקר לשם קביעת הקלות בבחינות השונות ובכלל זה בבחינות-הבגרות. הנחיותיו של משרד החינוך הן שמנחות גם את האוניברסיטאות, הנדרשות אף הן לאיבחונים לצורך מתן הקלות במסגרות הלימוד ובמבחנים. מכאן, שמשמעות אי-ההכרה של משרד החינוך באיבחונים של העותרים הינה סגירת תחום עיסוק זה בפניהם, ופגיעה בחופש העיסוק שלהם. מבחינה מהותית אין הבדל של ממש בין אי-הכרה זו לבין קביעת תנאי, שלפיו יוכלו לעסוק באיבחון של ליקויי למידה רק בעלי הכשרה בפסיכולוגיה חינוכית.

7. המשיבים טענו, כאמור, כי גם לאחר הוצאתם של העותרים מתחום האיבחון עצמו תיוותר להם עדיין עבודה רבה בעיסוקים הנלווים אליו (כגון איבחון ליקויים ספציפיים ובניית תוכניות לימודים לסובלים מליקויי למידה). אך בכך אין כדי לבטל את הפגיעה בחופש העיסוק של העותרים, המתבטאת בהוצאתם מתחום העיסוק כמאבחנים. האיבחונים עצמם הם בעלי חשיבות רבה ובעלי ערך כלכלי גבוה, כיוון שהם קובעים את מסלול הטיפול כולו ובעיקר את האפשרות לתלמיד למתן הקלות במבחנים. נראה איפוא כי אין להצניע את מקומו של הליך האיבחון בכלל הטיפול בליקויי למידה.

ההחלטה כפופה לפיסקת ההגבלה

8. משנמצא כי חוזרי המנכ"ל פוגעים בחופש העיסוק של העותרים, יש לבחון אם פגיעה זו עומדת בתנאים שנקבעו בפיסקת ההגבלה שבסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, והם שהפגיעה תהיה בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו, שהיא תהלום את ערכי המדינה, תהיה לתכלית ראויה, ושמידתה לא תעלה על הנדרש. שכן, אמות-המידה שנקבעו בפיסקת ההגבלה בחוקי-היסוד חלות גם לעניין פגיעה של רשות מינהלית בזכות-יסוד של האדם. ראו בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, בע' 138; בג"ץ 5434/96 חורב ואח' נ' שר התחבורה (טרם פורסם), בסעיף 54 לפסק-הדין של הנשיא ברק.

הפגיעה לא נעשתה בחוק או לפי חוק

9. לפי סעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, פגיעה בחופש העיסוק היא כדין רק אם היא נעשתה בחוק או לפי חוק, מכוח הסמכה מפורשת בו. עיקרון זה נקלט במשפטנו עוד בתחילת ימיה של המדינה בבג"ץ 1/49 בד'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80. כעבור שנים שב ופסק כך בית-המשפט העליון, מפי הנשיא שמגר:

נקודת המוצא המקובלת בחברה חופשית, היא, כי אדם רשאי לעסוק בכל עבודה או משלח-יד, כל עוד לא נקבעו לגביהם הגבלות או איסורים, **ואילו האחרונים אין להטילם ולקיימם אלא לפי הוראתו המפורשת של החוק.**
 [בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337 (להלן: בג"ץ מיטרני), בע' 353. ההדגשה הוספה.]

בשנת 1994 עוגן עיקרון זה, ואף זכה לתוקף חוקתי, בסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק. עיקר טעמו של עיקרון זה הוא בכך, שנורמה הפוגעת בחופש העיסוק - וכמוה כל נורמה אחרת הפוגעת בזכות-יסוד - מהווה הסדר ראשוני. העקרונות בדבר הפרדת הרשויות, שלטון החוק, והדמוקרטיה מורים, כי הסדרים ראשוניים ייקבעו בחוק על-ידי הרשות המחוקקת. ראו בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון (טרם פורסם). כדברי הנשיא ברק, שם בסעיף 23:

הפגיעה בזכויות האדם, אפילו היא מקדמת את ערכיה של המדינה, אפילו היא לתכלית ראויה, ואפילו היא שלא מעבר למידה הדרושה - צריכה להיקבע בחוק הקובע את ההסדרים הראשוניים ואין להסתפק בהסמכתה הפורמלית של הרשות המבצעת למעשי חקיקה. הנה כי כן, הדרישה כי החקיקה הראשית תקבע את ההסדרים הראשוניים וחקיקת המשנה או הוראות המינהל יעסקו אך בהסדרי הביצוע מעוגנת בצורך להגן על חירותו של הפרט. אמת, במשטר דמוקרטי יש לא פעם צורך - למען הגשמת אינטרס הכלל - בפגיעה בזכויות הפרט. עם זאת, דרישה היא כי פגיעה זו, אפילו מוצדקת היא, תיקבע בחקיקה הראשית, ולא תימסר לידיה של הרשות המבצעת עצמה.

אומנם, ייתכן כי פגיעה בחופש העיסוק בתחיקת-משנה, ולא-כל-שכן בחוזרי מנכ"ל או בסוגים אחרים של הנחיות מינהליות, היא יעילה יותר. שכן, במרבית המקרים הליך החקיקה בכנסת הוא מורכב, ממושך, ויקר יותר מן ההליך המינהלי. אך יעילות אינה דווקא יתרון מקום בו עומדת על הפרק פגיעה בזכויות-האדם. דווקא "סרבולה" של פעולת החקיקה הראשית, והתנאתה של קבלת חוק בהשגת רוב בקרב נבחרי העם, מהווים ערובה מוסדית מסוימת לכך שזכויות-יסוד לא ייפגעו אלא כאשר הדבר דרוש.

10. בענייננו, אין בחוקים הרלוואנטיים - כגון חוק חינוך ממלכתי, תשי"ג1953-, וחוק חינוך מיוחד, תשמ"ח1988- - כל התייחסות לעיסוק באיבחון של ליקויי למידה או לתנאים להכרה של משרד החינוך והתרבות באיבחונים אלה ואחרים.

יתכן טענה, כי עניינים אלה נופלים למסגרת הוראות ההסמכה הכלליות בחוקים אלה, הקובעות את שר החינוך והתרבות כממונה על ביצועם. ראו סעיף 34 לחוק חינוך ממלכתי, תשי"ג1953-, וסעיף 23 לחוק חינוך מיוחד, התשמ"ח1988-. לפי טענה זאת, מסמיכות הוראות אלה את השר לעשות את כל הדרוש לביצוע

יעיל של החוקים ולהגשמת מטרותיהם, ודי בכך לשם הגשמתו של עקרון חוקיות המינהל. ראו אורן גזל, "פגיעה בזכויות-יסוד 'בחוק' או 'לפי חוק'", **משפט וממשל** ד (תשנ"ז-תשנ"ח) 381, בע' 384-385.

טענה זאת יש לדחות. ככלל, אין לפרש חוק כפוגע או כמסמיך לפגוע בחופש העיסוק, זולת אם הדבר

נקבע בו במפורש. עמד על כך הנשיא שמגר בבג"ץ **מיטרני** הנ"ל, בע' 359:

הסמכה לעניין זה משמעותה "הסמכה מפורשת" וכשלעצמי כוונתי בכך אך ורק למקרה, בו אומר המחוקק הראשי ברורות ומפורשות, כי הוא מסמיך את מחוקק המשנה להתקין תקנות הקובעות איסורים או הגבלות על העיסוק במקצוע פלוני. ... כאשר מדובר על נושאים, שעניינם הגבלות של חירויות היסוד, אין מחוקק המשנה מוסמך לפעול, לדעתי, בתחום האמור, אלא אם הוקנתה לו על-ידי המחוקק הראשי סמכות ברורה, גלויה ומפורשת לטפל בסוגיה האמורה בדרך ההגבלה או האיסור, לפי העניין.

זה הדין לעניין חקיקת-משנה שהתקבלה מכוח הסמכה מפורשת להתקין תקנות, וזה הדין - ואפילו

מקל-וחומר - לעניין הנחיות מינהליות כדוגמת חוזרי המנכ"ל נושא עתירה זאת, שהתיימרו להתקבל מכוח הסמכות הביצוע הכללית של החוק.

הלכה דומה חלה לעניין היקפן של סמכויות-עזר לפי סעיף 17(א) לחוק הפרשנות, תשמ"א 1981-.

ככלל, אין באמור בסעיף זה, כי "הסמכה לעשות דבר או לכפות עשייתו - משמעה גם מתן סמכויות עזר הדרושות לכך במידה המתקבלת על הדעת", כדי להוות מקור לסמכות של רשות מינהלית לפגוע בזכויות-האדם. ראו יצחק זמיר, **הסמכות המינהלית** (תשנ"ו), 253.

אומנם, קיימת גם גישה דווקנית פחות - שאף לה שורשים מסוימים בפסיקתנו - הרואה רשות

מינהלית כמוסמכת לפגוע בזכויות-יסוד אף בהעדר קביעה בלשון מפורשת של החוק, ובלבד שסמכות זאת

נדרשת להגשמתה של התכלית הפרטיקולרית של החוק. ראו בג"ץ 953/87 **פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-**

יפו, פ"ד מב(2) 309. ספק אם גישה זו תופסת לגבי פגיעה בחופש העיסוק, וזאת לנוכח הדרישה בסעיף 4

לחוק-יסוד: חופש העיסוק כי פגיעה בזכות זאת לא תיעשה אלא בחוק או לפי חוק, מכוח הסמכה **מפורשת** בו.

בין כך ובין כך, גם לפי גישה זאת חוזרי המנכ"ל נושא העתירה אינם כדין. שכן, בתכליותיהם של החוקים

הרלוואנטיים אין דבר המחייב הימנעות של משרד החינוך והתרבות מהכרה באיבחונים של ליקויי למידה שנעשו

על-ידי מאבחנים.

נמצא איפוא, כי לא ניתן היה לשלול ממאבחנים את חופש העיסוק באיבחון של ליקויי למידה אך מכוח חוזרי מנכ"ל, שהתקבלו במסגרת סמכויות הביצוע הכלליות הקבועות בחוקי החינוך. פגיעה כזאת בחופש העיסוק, בנפרד מהצדקתה המהותית, טעונה קביעה בחוק, ולפחות הסמכה מפורשת בו.

הלימה של ערכי המדינה, תכלית ראויה, ופגיעה במידה שאינה עולה על הנדרש

11. כאמור, הצדקה מרכזית של הדרישה לכך שפגיעה בחופש העיסוק תיעשה בחוק או לפי חוק, מכוח הסמכה מפורשת בו, היא בערכי הדמוקרטיה. במדינה דמוקרטית נדרשות פגיעות בזכויות-האדם לקבל גושפנקא של נבחרי העם. ממילא, פגיעה בזכויות-האדם אך מכוח הנחיה מינהלית אינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל, שהם, כאמור בסעיף 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, ערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית.

12. לעומת זאת, התכלית של ההחלטה נושא העתירה היא, כשלעצמה, תכלית ראויה. תכלית זו היא להבטיח כי איבחון של ליקויי למידה ייעשה כהלכה, על-ידי בעלי-מקצוע מתאימים. איבחון שגוי עלול לפגוע במאובחנים, ואף לגרום שיבושים במערכת החינוך. ראוי לעשות למניעתם של איבחונים שגויים כאלה ולמניעת ההתחשבות בהם. הכנסת, אם תידרש לחקיקת חוק בעניין, בוודאי תהיה רשאית להציב לנגד עיניה, בין השאר, תכלית זאת. כך, למשל, לא ניתן יהיה לחלוק על הלגיטימיות של חוק שיאסור על אנשים שלא הוכשרו לכך לעסוק באיבחון של ליקויי למידה.

13. לשאלה אם ההחלטה נושא העתירה פוגעת בחופש העיסוק במידה העולה על הנדרש יש פנים לכאן ולכאן.

מצד אחד, על רק קיומו של מיתחם מידתיות - שלענין פגיעה בחופש העיסוק הוא רחב יחסית - הנטייה היא שלא להתערב בהערכתן של הרשויות המוסמכות בדבר ההכשרה המקצועית הנדרשת למקצוע או משלח-יד, גם אם בעניין קיימות דעות לכאן ולכאן. ראו דבריי בבג"ץ 1715/97 **לשכת מנכ"ל השקעות בישראל נ' שר האוצר** (טרם פורסם) (להלן: **בג"ץ לשכת מנכ"ל השקעות**), בסעיפים 4-8; ובבג"ץ 450/97 **תנופה שירותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה** (טרם פורסם). זאת במיוחד מקום שבו סוברות הרשויות, כי עיסוק של כאלה שלא זכו להכשרה ספציפית עלול להסב נזקים.

מצד שני, כדי לפגוע בחופש העיסוק בדרך-כלל אין די בכך שהכשרה זו או אחרת אינה אידיאלית. הלוא המשיבים עצמם - מתוך אילוצים מעשיים - לא אימצו את חוות-הדעת המקצועית של ועדת מרגלית, שלפיה ההכשרה האידיאלית לעיסוק הנדון היא לימודי פסיכולוגיה חינוכית בתוספת התמחות בתחום של ליקויי

למידה במסגרת תוכנית אקדמית לתואר שני. המשיבים הסתפקו בכך שהאיבחונים ייעשו על-ידי פסיכולוגים חינוכיים, גם כאלה שלא עברו התמחות כאמור. המשיבים עצמם אינם מבקשים לאסור על מאבחנים שאינם פסיכולוגים חינוכיים לעסוק באיבחון של ליקויי למידה. הדבר מעורר ספק אם אכן סוברים המשיבים - כפי שהם טוענים - כי איבחונים הנעשים על-ידי מאבחנים שאינם פסיכולוגים חינוכיים עלולים להזיק. כאמור, המאבחנים הוכשרו והתמחו בפיקוחו ואף בעידודו של משרד החינוך והתרבות, ואף בכך יש כדי לעורר ספק אם קיימת הצדקה - ואפילו במסגרת מיתחם רחב יחסית של מידתיות - לפגיעה בחופש העיסוק שלהם.

על-כל-פנים, יהיה הדבר כאשר יהיה, לנוכח ביטול ההחלטה מפאת אי-עיוגונה בחוק, אין אנו נדרשים להכריע בכך בהליך זה. הכנסת, אם הסוגייה תובא בפניה, בוודאי תבחן את חוות-הדעת של המומחים השונים, תיתן את דעתה לשיקולים לכאן ולכאן, ותפעל לקביעתו של הסדר שלא יפגע בחופש העיסוק במידה העולה על הנדרש.

ההחלטה פסולה משום שלא נקבעו בה הוראות-מעבר

14. ההחלטה נושא העתירה פסולה גם משום שתחילתה היא מיידית, ולא נקבעו בה כל הוראות-מעבר.

קביעתן של הוראות-מעבר מתבקשת מן הצורך להתחשב באינטרס ההסתמכות, שהוא אינטרס לגיטימי של הפרט, שההגנה עליו עומדת ביסודם של מספר דינים מתחומי המשפט החוקתי והמינהלי. ראו דפנה ברק-ארז, "הגנת ההסתמכות במשפט המינהלי", **משפטים** כז (תשנ"ו) 17. חובתן של רשויות שלטוניות להתחשב בהסתמכות, ובמידת-מה גם בציפייה, ולקבוע הוראות-מעבר מקום שבו הוראות אלה דרושות באופן סביר להגנה עליהן, מעוגנת בין השאר בדיני ההגנות, ההשתק, הסבירות, והמידתיות. ראו בג"ץ 2832/96 **בנאי נ' המועצה הארצית של לשכת עורכי-הדין**, פ"ד נ(2) 582 (להלן: בג"ץ **בנאי**), בע' 594. מקום בו פוגעת נורמה שלטונית בחופש העיסוק (או באחת הזכויות הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו), ישנן משמעות וחשיבות מיוחדות לעיגונה של החובה לקבוע הוראות-מעבר לתחילתה בדרישת המידתיות. עמד על כך השופט זמיר בבג"ץ **בנאי הנ"ל**, שבו נתקבלה עתירה כנגד החלטה שפגעה בחופש העיסוק בלא הוראות-מעבר, בצינון בע' 603:

התחולה המיידית [של ההחלטה], בהתחשב בצורך ובתוצאה הצפויה, מהווה פגיעה במידה שמעבר לנדרש. במיוחד כך משום שמדובר בפגיעה בחופש העיסוק, שחוק-יסוד: חופש העיסוק מצווה (בסעיף 4) שלא לפגוע בו אלא, בין היתר, במידה שאינה עולה על הנדרש.

החובה להימנע מפגיעה בחופש העיסוק בלא לקבוע הוראות-מעבר ראויות היא איפוא חובה חוקתית. גם הכנסת עצמה כפופה לה בחוקקה חוקים. ואכן, במקרה הראשון - והיחיד, לפי שעה - שבו קבע בית-משפט זה כי הסדר שנקבע בחוק הוא פסול בשל הפרה של חוק-יסוד: חופש העיסוק, הטעם לפסילה היה כי הוראות-המעבר שנקבעו בחוק שנדון לא היו מספקות, ופגעו בחופש העיסוק במידה שעלתה על הנדרש. ראו בג"ץ **לשכת מנהלי השקעות הנ"ל**.

15. בעניין זה טענו המשיבים כי ביחס לעותרים כלל אין נדרשות הוראות-מעבר, הואיל ואין כוונה להתנות את עיסוקם כמאבחנים בתנאים, שהעותרים יידרשו להיערך לקראתם, אלא לשלול כליל את יכולתם לעסוק בתחום זה בגידרי משרד החינוך.

דין טענה זאת להידחות.

הוראות-מעבר, המסדירות כניסתו לתוקף של הסדר נורמטיבי חדש, עשויות לנבוע מטעמים שונים ולהתבטא בהסדרים שונים, הכל לפי נסיבותיו של כל הסדר והסדר. ראו בג"ץ **בנאי הנ"ל**, בע' 594. כך גם לגבי הוראות מעבר להסדר המגביל את העיסוק בתחום עיסוק מסוים.

אכן, יש והוראות מעבר מיועדות לאפשר לעוסקים בתחום העיסוק תקופת הסתגלות והתארגנות בכדי לעמוד בדרישות שנקבעו בהסדר הנורמטיבי החדש. לשם כך ייקבע, בדרך-כלל, כי ההסדר החדש לא ייכנס לתוקפו אלא כעבור פרק-זמן מסוים, או כי ההסדר החדש יוחל על אלו העוסקים כבר בתחום העיסוק רק לאחר חלוף תקופה שבה יוכלו להיערך להסדר החדש. ראו, למשל, חוק המתווכים במקרקעין, תשנ"ו 1996- (להלן: חוק המתווכים), שבו נקבע בסעיף 20(א):

... אזרח או תושב ישראל שערב קבלתו של חוק זה עסק בתיווך במקרקעין, רשאי להמשיך ולעסוק בתיווך במקרקעין - גם ללא רשיון - במשך שנתיים מיום קבלתו של חוק זה.

כן ראו סעיף 21 לחוק זה, שבו נקבע:

תחולתו של חוק זה בתום ששה חודשים מיום פרסומו.

אך יש והוראות-מעבר מיועדות להוציא כליל אנשים מסוימים מתחולת הוראות ההסדר הנורמטיבי החדש או מחלקן, ולא רק לאפשר לאותם אנשים תקופת הסתגלות להסדר החדש. הוראות מסוג זה מוחלות בדרך-כלל על אנשים שעסקו בתחום העיסוק במשך שנים רבות וצברו ניסיון כה רב, עד שאין צורך בהחלה של תנאי הכשירות החדשים לגביהם או שהדבר לא יהיה מוצדק. כך, למשל, כאשר נשללו תחומי העיסוק שהותרו בעבר לכותבי-בקשות מאלו מהם שלא היו בעלי רשיון לעריכת-דין, נקבעה הוראת-מעבר, שלפיה מי שעסק ככותב בקשות באופן רצוף מלפני שנת 1949 ועד לקבלת חוק לשכת עורכי הדין בשנת 1961, הורשה להמשיך ולעשות כן באישור שר-המשפטים, וזאת אף ללא רשיון לעריכת-דין. ראו סעיף 112 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א 1961-. בדומה לכך, גם כאשר נחסם העיסוק ברפואת-שיניים בפני מי שאינו בעל תואר אקדמי ברפואת-שיניים, נקבעה הוראת-מעבר, שלפיה הותר, בין השאר, למי שהיה בן 35 שנים ומעלה ועסק בריפוי שיניים כפרנסתו העיקרית במשך 15 שנים ומעלה, להוסיף ולעסוק בריפוי-שיניים גם ללא הכשרה אקדמית. ראו סעיף 1 לחוק לתיקון פקודת רופאי השיניים, תשי"א 1951-.

כך נקבע גם בסעיף 20(ב) לחוק המתווכים הנ"ל:

מי שגילו מעל 60 שנים או שהינו בעל השכלה אקדמית מלאה והוכיח, להנחת דעתו של הרשם, כי עסק בתיווך במקרקעין בשלוש השנים שקדמו לתחילתו של חוק זה, רשאי הרשם לפטור אותו מן הבחינה.

הוראות-מעבר, הפוטרות כליל אנשים מתחולת הסדר נורמטיבי חדש המסדיר תחום עיסוק מסוים, מוחלות לעתים גם על אנשים שהסתמכו על תנאי הכשירות הקודמים של תחום העיסוק והכשירו עצמם על-פיהם, לעיתים תוך הקדשת משאבים רבים לשם כך. כך, למשל, נקבע בסעיף 7 לחוק לתיקון פקודת רופאי השיניים (מס' 2), תשנ"ב-1992, כי הוראות הפקודה הקודמות לעניין בחינות מקצוע ומתן רשיון "יוסיפו לחול על מי שביום תחילתו של חוק זה לומד בקורס לריפוי שיניים". כך גם קבע בית-משפט זה בבג"ץ **המכון להכשרת טוענות הנ"ל**, כי תנאים חדשים להכרה במוסד להכשרת טוענות רבניות, המוחלים ללא הוראת-מעבר כלשהי על מי שנמצא כבר בעיצומם של הלימודים, הינם בלתי-סבירים. בדומה, נקבע על-ידי בית-המשפט כי שינויים בכללי ההכרה בציוני-מגן שניתנו בקורס הכנה להתמחות לרפואה לא יחולו על מי שהשתתפו כבר בקורס ההכנה. ראו דברי השופטת שטרסברג-כהן בבג"ץ 5096,4539,3987,3930/94 **נביל ואח' נ' שר הבריאות ואח' (טרם פורסם)**, בסעיף 19:

הרצון לשמור על רמה מקצועית נאותה שבעטיו שוקדים כל המומחים המופקדים על הנושא ועל קביעת הקריטריונים להצלחה בבחינות, זוכה לכל ההבנה וההסכמה. אולם, אין בכל אלה כדי לפטור את הרשויות מלנקוט בצעדים המתאימים והראויים כדי שלא לפגוע בזכויות הפרט ולא לצמצם ולהגביל את אפשרויותיהם מבלי ליידע אותם על כך מראש בצורה הולמת.

במקרה אחר, שבו דן בית-משפט זה בסוגיית החלתם המיידית של שינויים בתנאי בחינות ההסמכה

של עורכי-דין, נקבע:

בנסיבות המקרה, המטרה של שמירה על רמת המקצוע לא הצדיקה את האמצעי של תחולה מיידית... התחולה המיידית, בהתחשב בצורך ובתוצאה הצפויה, מהווה פגיעה במידה שמעבר לנדרש.
[בג"ץ **בנאי הנ"ל**, בע' 603.]

לא זו אף זאת: לעיתים, אף כאשר אין אפשרות להתיר לעוסקים שאינם עומדים בתנאים החדשים להמשיך באופן קבוע בעיסוקם, הרי שיש לקבוע להם תקופת הסתגלות, כדי לאפשר להם להיערך לשינויים או למצוא לעצמם מקור פרנסה חדש.

16. ואולם, מן התשובה לעתירה עולה כי שאלת הוראות-המעבר כלל לא נשקלה על-ידי המשיבים. הימנעות זו מהווה, כשלעצמה, טעם מספיק לפסילת ההחלטה על יסוד העילה של אי-התחשבות בשיקולים רלוואנטיים. ראו דנג"צ 3299/93 **ויכסלבאום נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(2) 195.

מכל מקום, ברור שבהעדרן המוחלט של הוראות-מעבר מחוזרי המנכ"ל נושא העתירה עולה פגיעתם בחופש העיסוק של העותרים על המידה הדרושה. לא שוכנעתי כי האיזון בין הפגיעה בזכויות העותרים לבין הצורך בהסדרת תחום האיבחון מחייב את החלת ההסדר הנורמטיבי החדש באופן מיידי. כאמור, העותרים עוסקים מזה שנים באיבחון, ולא הובא נימוק משכנע כי מתחייבת הפסקה מיידיית של האיבחונים הנעשים על-ידיהם. לטענתם של המשיבים, לפיה אין לאפשר מעתה לעותרים להמשיך באיבחון בשל הנזק העלול להיגרם לתלמידים שיאובחנו באופן שהמשיבים סבורים כי אינו מקצועי, אין יסוד. כאמור, מדובר באנשים שהוכשרו לאיבחון על-ידי משרד החינוך עצמו ועסקו בכך במשך שנים. לא הובאה כל ראייה לכך שהאיבחונים שנעשו על-ידיהם עד כה גרמו לנזק כלשהו. כאמור, נראה כי המשיבים עצמם אינם מייחסים לטענת הנזק משקל רב, שכן הם לא ביקשו לאסור על המאבחים להמשיך בעיסוקם. יתרה מזאת, אף אם קיים חשש כלשהו לנזק, הרי שמעצם טיבן מאזנות הוראות-המעבר בין הנזק הפוטנציאלי לבין שיקולים אחרים העומדים על הפרק, וזאת אף בגידרם של תחומי עיסוק שפוטנציאל הנזק הגלום בהם רב בהרבה מזה שבמקרה שלפנינו. ראו, למשל, הוראות המעבר בנוגע לרפואה, רפואת-שיניים ועריכת-דין שפורטו לעיל.

11. אשר-על-כן אני מציעה לקבל את העתירה ולקבוע את בטלותם של חוזרי המנכ"ל נושא העתירה.

המשיבים ישלמו לעותרים הוצאות משפט בסך כולל של 30,000 ש"ח.

שׁוֹפֵט

הנשיא א' ברק:

מסכים אני לפסק דינה של חברתי, השופטת ד' דורנר. מבקש אני להעיר מספר הערות על היקפו של

חופש העיסוק.

1. שאלת המפתח בעתירה שלפנינו הינה זו: האם ההוראה בחוזר של המנהל הכללי של משרד החינוך, לפיה משרד החינוך יכיר רק באבחנה של ליקויי למידה הנעשית על ידי פסיכולוג חינוכי מומחה, פוגעת בחופש העיסוק של העוסקים באיבחון ליקויי למידה? אם התשובה על שאלה זו היא בחיוב, אז תעמוד ההוראה בעינה רק אם היא מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה (סעיף 4 שבחוק-יסוד: חופש העיסוק) ואת מבחניו של המשפט המינהלי. אם התשובה על שאלה זו היא בשלילה, כי אז הוראת המנכ"ל אינה מעוררת שאלה חוקתית. עם זאת, עליה לקיים את מבחניו של המשפט המינהלי. שתי הבדיקות הללו (המשפט החוקתי והמשפט המינהלי) חופפות זו את זו במידה רבה. בוודאי כך לענין הוראה מינהלית שאינה חלק מדבר חקיקה ראשי. כזה הוא המקרה שלפנינו. הן המבחנים החוקתיים (פסקת ההגבלה) והן המבחנים של המשפט המינהלי, מחייבים כי פגיעה בחופש העיסוק הנעשית על ידי נורמה שאינה חלק מחקיקה ראשית, תעשה מכוח הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית. כך קובעת פסקת ההגבלה עצמה ("מכוח הסמכה מפורשת בו": סעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק); כך קובעים העקרונות הכלליים של המשפט המינהלי (ראו בג"ץ 337/81 מיטריני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337, 358, הקובע כי פגיעה בחופש העיסוק אפשרית רק במקרה "בו אומר המחוקק הראשי ברורות ומפורשות, כי הוא מסמיך את מחוקק המשנה להתקין תקנות הקובעות איסורים או הגבלות על העיסוק במקצוע פלוני" (מ"מ הנשיא, השופט שמגר)).

2. האם פוגעת ההוראה בחוזר המנהל הכללי בחופש העיסוק של העוסקים באיבחון ליקויי למידה? לכאורה התשובה היא בשלילה. הטעמים לכך הם שניים: ראשית, חופש העיסוק אינו הזכות להיות מועסק. מאבחון ליקויי למידה אינו רשאי לבוא בדרישה כי מערכת החינוך תעסיק מאבחנים של ליקויי למידה. ייתכן כמובן, כי עקרונות כלליים של משפט מינהלי - כגון, מבחנים של סבירות - יחייבו העסקה של מאבחני למידה. עם זאת, חובת העסקה שכזו לא תוכל להגזר מהזכות של המאבחנים לחופש העיסוק. אכן, חופש העיסוק הוא החופש של הפרט לעסוק (או לא לעסוק) במשלח יד הנראה לו ראוי. הוא במהותו זכות "הגנתית", הפועלת כרגיל, כנגד פגיעה בה על ידי הרשות השלטונית. חופש העיסוק אינו מעניק, כרגיל, זכות "אקטיבית" לפעולה מטעם הרשות השלטונית. (להבחנה זו, ראו א' ברק, פרשנות במשפט 597 (כרך שלישי, 1994)). זכות "אקטיבית" שכזו יכולה, עם זאת, לצמוח מחירויות אחרות הנתונות לפרט, כגון כבוד האדם ("כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו": סעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). אכן, חופש העיסוק הוא "חירות" הוהפלדיאנית שרק עם הפרתה קמה "זכות" שכנגדה עומדת "חובה" (ראו בג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה, פ"ד מז(5) 485, 514; בג"ץ 1452/93 איגלו חברה קבלנית לעבודות נ' שר המסחר והתעשייה,

פ"ד מז(5) 610, 614). עם זאת נראה כי יתכנו מצבים בהם חופש העיסוק הופך להיות הזכות לעיסוק. זאת, למשל, כאשר המדינה היא המקום היחיד לעיסוק פלוני. במקרה זה, סירוב המדינה להעסיק כמוהו כמניעת העיסוק עצמו. במצב דברים זה - בהם השלטון פועל כמונופול - יש לתרגם את חופש העיסוק לזכות לעיסוק. משאיר אני עניין זה בצריך עיון, שכן המדינה (משרד החינוך) אינו מעסיק את העוסקים באיבחון קשיי למידה. אלה מועסקים על ידי ההורים עצמם.

3. שנית, חופש העיסוק נפגע אם נקבעים תנאים (סובייקטיביים או אובייקטיביים) לכניסה לעיסוק, מקצוע או משלח יד או תנאים הקובעים את חופש המימוש של העיסוק, המקצוע או משלח היד. כך, למשל, אם המנהל הכללי היה קובע כי איבחון קשיי למידה יכול להעשות רק על ידי פסיכולוג חינוכי מומחה, היה נפגע בכך בוודאי חופש העיסוק של מאבחני הלמידה (שאינם גם פסיכולוגים חינוכיים). זה אינו המקרה שלפנינו. חוזר המנהל הכללי אינו קובע דרישות לעיסוק באיבחון בקשיי למידה. המאבחנים של קשיי למידה רשאים להמשיך בעיסוקם גם אם אינם פסיכולוגיים חינוכיים. כל שנקבע הוא, שתוצאות איבחוניהם לא תשקלנה על ידי משרד החינוך.

4. אך מה הדין אם ההחלטה השלטונית משפיעה, הלכה למעשה, על היכולת של אדם לממש את העיסוק ביחסיו עם זולתו? כפי שראינו מקרה קיצוני הוא זה בו המדינה היא מונופוליסטית בסוג זה של עיסוק. אך מה הדין אם המדינה אינה המעסיקה. אך עם זאת, להחלטות שלה השפעה בפועל על האפשרויות המעשיות לממש את חופש העיסוק? נראה לי כי עקרונית, חופש העיסוק נפגע לא רק בפגיעה ישירה (כגון איסור על אדם לשמש כעורך דין או רופא בלא לקיים נתונים מסויימים) אלא גם בפגיעה עקיפה. חופש העיסוק נפגע כאשר החלטה שלטונית פוגעת בעקיפין במימוש חופש העיסוק הלכה למעשה. הפגיעה העקיפה בחופש העיסוק של פלוני עשויה להתבטא בכך, שההחלטה השלטונית תשפיע על רצונם של פרטים להתקשר עם פלוני. כך, למשל, חופש העיסוק של אדם נפגע אם הממשלה מעניקה סובסידיה למתחרה לו (ראו בג"ץ 1703/92 ק.א.ל. נ' ראש הממשלה (טרם פורסם)). החלטה הפוגעת בחופש התחרות פוגעת בחופש העיסוק (ראו בג"ץ 878/94 כלל בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441,471). ודוק: מטרת ההחלטה לא היתה לפגוע בחופש העיסוק. מטרת ההחלטה היא שונה (כגון, צמצום התחרות בתחום פלוני או מתן סובסידות לתחום אלמוני). עם זאת, האפקט על ההחלטה עשוי להיות כזה שהוא פוגע בחופש העיסוק. אכן, חופש העיסוק הוא החירות של הפרט להגשים את אישיותו ולתרום את תרומתו לחברה על ידי השקעת מאמציו בעיסוק, במלאכה או במשלח יד. חירות זו נפגעת אם הסדרים (נורמטיביים או פיזיים) מונעים ממנו - במישרין או בעקיפין - מלפעול על פי רצונו ויכולתו.

5. חוזר המנהל הכללי אינו מגביל את חופש העיסוק של המאבחים ליקויי למידה במישרין. עם זאת, חוזר המנהל הכללי מגביל את חופש העיסוק של המאבחים ליקויי למידה בעקיפין. ההגבלה נובעת מתוך כך שפלח מהותי של עיסוקם - התקשרות עם הורים לאיבחון ליקויי למידה של ילדיהם - ניטל מהם הלכה למעשה. במדינת חוק, המקיימת זכויות אדם, אין לאפשר פגיעה כזו באמצעות חוזר של מנהל כללי בלא שהדבר מעוגן בדבר חקיקה ראשי, או מכוח הסמכה מפורשת שבו. כפי שהראתה חברתי, השופטת דורנר, הסמכה כזו אינה מצויה. מכאן שאין מנוס מלקבוע כי הוראת המנהל הכללי אינה כדין ובטלה. ודוק: אילו היה בנמצא דבר חקיקה המסמיך פגיעה בחופש העיסוק, היה מקום לבחון אם הפגיעה הינה לתכלית ראויה והאם היא מוצדקת. בחינות אלה לא נערכו על ידינו, שכן חוזר המנהל הכללי לא עבר את השלב של פגיעה בחופש העיסוק בחוק או מכוח הסמכה מפורשת שבו.

מטעמים אלה מצטרף אני לחוות דעתה של חברתי, השופטת דורנר.

ה נ ש י א

השופטת ד' ביניש:

מסכימה אני עם פסק דינה של חברתי השופטת דורנר, ואף עם הערותיו של הנשיא לעניין היקפו של חופש העיסוק.

אוסף רק, כי לדעתי, ספק אם ניתן לקבוע כי חוזר המנכ"ל חוסם בפני העותרים את העיסוק באיבחון ליקויי למידה כולו.

מוכנה אני להניח, כי נותר בידי המאבחים של קשיי למידה תחום עיסוק נכבד גם לאחר חוזר המנכ"ל, אך אין בכך כדי להכריע את הכף בשאלה אם נפגע חופש העיסוק שלהם שלא כדין.

מקובלת עלי הערתו של הנשיא, כי גם פגיעה עקיפה בחופש העיסוק, המתבטאת בפגיעה ביכולת לממש את חופש העיסוק, היא פגיעה שאין לאפשר ללא עיגון בחוק או הסמכה מפורשת בו.

עם זאת, מבלי לקבוע עמדה ביחס לטיבה ולהיקפה של הזכות המוגנת לחופש העיסוק, ניתן לומר כי לא כל מעשה מנהל שיש בו כדי להשפיע באופן כלשהו על עיסוקו של אדם הוא פגיעה בחופש העיסוק במשמעותו החוקתית.

בנסיבות העתירה כפי שנפרשו בפנינו, שוכנעתי כי הפגיעה במאבחים, הגם שעקיפה היא, יש בה פגיעה משמעותית בעיסוקם, פגיעה המתבטאת בהגבלת היזקקות לשירות המקצועי בתחום שהיה בידיהם עד להחלטת המנכ"ל. מטעם זה אין ההגבלה יכולה לעמוד ללא הסמכה מפורשת בחוק.

מכל מקום אוסף, כי גם אם הפגיעה אינה נוגעת לחסימת עצם העיסוק במקצוע, או אף לאפשרות מימוש המקצוע, הרי דין החוזר להפסל מן הטעם הנוסף שהביאה חברתי בפסק דינה.

מעשה מנהל שיש בו כדי להשפיע על עיסוקם של אלה שרכשו לעצמם מעמד מקצועי והיתה להם ציפיה המבוססת על מצג או התנהגות של הרשות המנהלית כי מעמדם זה יישמר, חייב להביא בחשבון את ההסתמכות והציפיה הלגיטימית של הנפגעים מהמעשה המנהלי.

העדרה של הוראת המעבר המתייחסת להמשך עבודתם של אותם מאבחנים שעסקו באיבחון קשיי למידה לצרכי ההכרה של משרד החינוך בטרם נכנס החוזר לתוקף, אינה עומדת במבחני הסבירות וההגינות המחייבים כל רשות מנהלית.

אשר על כן, אף אני סבורה כי יש לקבל את העתירה.

שׁוֹפֵט ת

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ד' דורנר.

ניתן היום, כ"א באלול התשנ"ט (2.9.99).

שׁוֹפֵט ת

שׁוֹפֵט ת

ה נ ש י א

העתק מתאים למקור
שמריהו כהן - מזכיר ראשי
L08.97059360