

חופש העיסוק:

מתי על המדינה לקבוע בחוק
תנאי כניסה לעיסוק מקצועי?

פרופ' מרדכי קרמניצר
ד"ר עמרי בן-שחר
שחר גולדמן



המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא גוף עצמאי, המסייע לכנסת ולוועדותיה, למשרדים ולמוסדות ממשלתיים, לגופי השלטון המקומי ולמפלגות, באמצעות הגשת מחקרים והצעות לביצוע שינויים ורפורמות בדפוסי פעילותם.

בנוסף לכך מממש המכון הישראלי לדמוקרטיה את שליחותו על ידי מידע משווה בנושאי החקיקה ודרכי התפקוד של משטרים דמוקרטיים שונים. כמו כן הוא שואף להעשיר את השיח הציבורי ולעודד דרכי חשיבה חדשות על ידי ייזום דיונים בנושאים שעל סדר היום הפוליטי, החברתי והכלכלי, בהשתתפות מחוקקים, בעלי תפקידי-ביצוע ואנשי אקדמיה, ועל ידי פרסום מחקריו.

פרופסור מרדכי קרמניצר הוא מרצה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים ועמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה.

ד"ר עמרי בן-שחר הוא מרצה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב.

שחר גולדמן הוא עוזר מחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה, תלמיד תואר שני במשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים.

הדברים המתפרסמים בניירות העמדה אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.



תוכן העניינים

מבוא עמ' 5

פרק ראשון: חופש העיסוק כזכות יסוד עמ' 9

פרק שני: ניתוח כלכלי עמ' 11

פרק שלישי: חופש העיסוק במשפט משווה עמ' 25

הערות עמ' 53

ביבליוגרפיה עמ' 59

רשימת ניירות עמדה של המכון הישראלי לדמוקרטיה עמ' 63



עמוד 4 - ימני-ריק

מבוא

הסוגיה אשר נייר זה מבקש לבחון היא ההצדקה להסדרה רגולטורית של תנאי כניסה לעיסוק מקצועי – האם על המדינה לקבוע בחוק הליכי קבלת רשיון לעיסוק במקצועות שונים, ומהו המאפיין המשותף לקבוצת העיסוקים המקצועיים אשר נחוץ להסדיר את הליכי הכניסה אליהם.

כיום מוסדרים בישראל תנאי הכניסה למספר ניכר של עיסוקים. בולטים ביניהם החוקים המסדירים כניסה לעיסוק בעריכת דין, רפואה, ראיית חשבון, וייעוץ השקעות. אולם הרשימה ארוכה הרבה יותר. היא כוללת, בין היתר, מקצועות כגון סוכני מכס, שמאי מקרקעין, מתוככי מקרקעין, חוקרים פרטיים, שומרים, ואפילו רועי כבשים. במקביל מקוימים מנגנוני רישוי נוספים המוקמים על פי חוק רישוי עסקים, התשכ"ח-1968 אשר מעניקים רשיונות לתחומי עיסוק ספציפיים על פי הוראות חקיקת משנה – צווים ותקנות. בין היתר כלולים במסגרת זו תחומי העיסוק בקוסמטיקה, פדיקור ומניקור, מספרות, סאונות, מכוני עיסוי ועוד.¹ להלכה מטרת הרישוי בתחומים אלה הינה, בין היתר, למנוע סכנה לשלום הציבור ולבריאותו.² עם זאת נראה כי מגבלת רישוי המכוונת לפיקוח על ההשתלבות בעיסוק נעוצה בטעמים נוספים (שיש לעמוד על עניינותם), וכאמור נקבעת על פי הוראות חקיקת משנה בלבד. המגמה הנמשכת היא להרחיב את ההתערבות השלטונית ולקבוע קריטריונים סטטוטוריים ומנגנוני רישוי ריכוזיים גם לעיסוקים נוספים. לאחרונה קבע בית המשפט הגבוה לצדק עמדה עקרונית במספר שאלות הנוגעות לחוקתיות ההגבלה הסטטוטורית של כניסה לעיסוק מנהלי תיקי השקעות. בית המשפט דחה ברובן המכריע את טענות העותרים לפסילתו של החוק. בהמשך נתייחס לפסק הדין ולמשמעויותיו. **על רקע מגמה זו מציע המסמך הנוכחי ניתוח ביקורתי, העומד על ההצדקות להתערבות המדינה בהסדרת הכניסה לעיסוקים מקצועיים, ובמיוחד – עומד על גבולותיהן של הצדקות אלה.**

הספרות האקדמית עשירה במחקר על אפיון וגבולות התערבות המדינה בתחומי של הפרט. בהקשר זה תופס העיון בשאלות הנוגעות להסדרת פעילות כלכלית עסקית מקום מרכזי. מורכבות נושאים אלה ברורה.



לפיכך צריך להיות ברור מלכתחילה שאין בנמצא פתרון אחד, מוחלט ופשוט. מעורבות המדינה (אם בכלל) צריכה להיגזר ממורכבות זו.

נייר זה נסמך, בין היתר על גישה כלכלית, על פיה המטרה החברתית היא להביא לרווחה מרבית של הציבור. על מנת להצדיק התערבות שלטונית בהרשאת הכניסה לעיסוק, מן הראוי לאתר מהי התועלת לציבור מהגבלת הכניסה (מדוע נחוצה לציבור הגנה), ובנוסף – האם השלטון הנו הגוף היחיד או המתאים ביותר לספק את מנגנון יצירת ההגבלות ואכיפתן. בבסיס הגישה הכלכלית מונחת ההכרה, כי שווקים חופשיים מסוגלים, בתנאים אופטימליים, להביא להחלטות יעילות של הפרטים, דהיינו, לתוצאה של מקסום רווחה. הגישה הכלכלית גם מאפשרת לבחון באופן שיטתי מהן הסיבות לאי-הצלחת השוק ("כשלי השוק"), ולזהות סוגי התערבות שלטונית המבוססים על הצורך לתקן כשלי שוק.

בהקשר זה יש להדגיש כבר כאן כי במרבית המקרים די באיתות מצידו של השלטון לציבור העוסקים על חוסר שביעות הרצון הציבורית מן הסיכון המוצב לאינטרסים שונים ועל מגוון האפשרויות העומדות בידי השלטון לשינוי מצב זה. הנטייה הטבעית שלא להיכפף לנורמות סטטוטוריות מקדמת שינוי נורמטיבי עצמאי על ידי העוסקים עצמם.³ הטענה היא שהשלטון צריך להיות מודע ליכולתו להשיג שינוי נורמטיבי גם ללא שימוש באמצעי אכיפה סטטוטוריים. שימוש מושכל ונפנוף בארסנל ההתערבות החיצונית העומד לרשות המחוקק תוך איתות למעורבים בתחום עיסוק קונקרטי על ההשלכות של אי עמידה בקריטריונים הנורמטיביים הנדרשים על ידי הציבור מספיקים לעתים קרובות וחוסכים בעלויות ההתערבות השלטונית.⁴

גם בהתקיים "כשל שוק" שאינו ניתן לתיקון על ידי השוק עצמו או ששיקולים אחרים (חברתיים, מוסריים וכיו"ב) מחייבים התערבות שלטונית, יש לבחון את אופייה של זו, שוב בהתחשב בגורמים כלכליים – עלות ההתערבות מול שווי הסיכון החברתי. בהקשר זה יש לבחון גם היזקקות למערכות שלטוניות אלטרנטיביות שאינן מתנות את ההשתלבות בעיסוק כלשהו בעמידה בקריטריונים ראשוניים. מערכת של גולציה – כלומר יצירת מערכת של נורמות התנהגות מקצועית, ופיקוח ובקורת יעילים על העוסקים וכן מערכת סרטיפיקציה, כלומר הענקת גושפנקא למי שמבקש ועומד בקריטריונים מקצועיים נדרשים, מבלי להתלות את עצם הכניסה לעיסוק בכך. היתרון העיקרי הוא שמירה על



חירות העיסוק של אדם תוך שיפור הפצת המידע בדבר יכולתו המקצועית
בציבור.

הדגש המרכזי הוא במבנה המדורג שצריך לאפיין את הסדרת העיסוק
המקצועי. גם בהתקיים כשלון מערכתי המחייב התערבות חיצונית
להבטחת אינטרסים של הפרטים והציבור בכללותו, יש לשאוף ליצירת
מבנה המאפשר צמצום הסיכונים, תוך עידוד התפתחות מערכות פיקוח
וביקורת עצמאיות של השוק עצמו – ציבור הצרכנים או ציבור העוסקים
עצמו – ועל כל פנים מתוך מודעות לחסרונות ההתערבות הממשלתית.
זאת בעיקר בכל הנוגע לנטייה המוכרת בספרות להימנע משינויים לאחר
שמבנה הסדרה קונקרטי כבר התקבע ולמרות התפתחותו והתבגרותו של
תחום העיסוק הקונקרטי.



עמוד 8 - ימני-ריק

חופש העיסוק כזכות יסוד

חופש העיסוק הנו אחד מחירויות היסוד של האזרח. ג'ון סטיוארט מיל היה זה שטען כי חמש חירויות האנוש היסודיות הן: חופש המצפון, חופש המחשבה, חופש הביטוי, החופש להתאגד וכן:

"העיקרון שלנו דורש שיהא אדם חופשי בטעמו ובבחירת משלוח ידו, שתהיה לו הרשות לתכן תכנית חייו באופן המתאים לאופיו, ולעשות את הכל כאות נפשו ובלבד שיקבל על עצמו את כל העלול לצאת ממעשיו וששאר הבריות לא יפריעו בעדו, כל זמן שאינם ניזקים על ידי מעשיו..."⁵

הבסיס לחירויות היסוד, על פי מיל, הוא לאפשר לפרט להביא לידי מימוש את הפוטנציאל האנושי הטמון בו הן מבחינה אינטלקטואלית והן בדרך של יישום מעשי. מיל טוען שחברה שאיננה מגינה על חירויות היסוד, שהוא מונה, איננה מקיימת עקרונות של חופש אמיתי לחבריה.⁶ בכך הוא מדגיש את החשיבות הדומה שהוא מייחס למימוש כל אחת מהחירויות לכשעצמה וכולן יחדיו, במסגרת חברתית. מעבר לטעמים הנוספים, התוצאתיים בטיבם, להצדקת חופש העיסוק, כגון המטרה לקדם החברה מבחינה כלכלית על ידי הגברת ההתאמה בין מאווייו של הפרט לבין עיסוקו, מדגיש מיל כי חופש העיסוק הוא בראש ובראשונה ביטוי לחופש הבחירה של פרט אוטונומי.

הקהילייה הבינלאומית קיבלה את העמדה הליברלית ובמספר אמנות בינלאומיות העוסקות בזכויות האדם הציבה את חופש העיסוק בשורה אחת עם זכויות יסוד אחרות של האדם. לא למותר לציין כי ישראל אשררה אמנות אלה ומחויבת בהן במישור הבינלאומי. כך למשל ההצהרה האוניברסלית על זכויות האדם בסעיף 23(1):

Everyone has the right to work, to free choice of employment, to just and favorable conditions of work and to protection against unemployment.

האמנה הבינלאומית על זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות קובעת בסעיף 6:

"The States Parties to the present Covenant recognize the right to work, which includes the right of everyone to the opportunity to gain his living by work



which he freely chooses or accepts, and will take appropriate steps to safeguard this right."

ואולם זכותו של האדם להביא לידי מימוש את הפוטנציאל האנושי הטמון בו במסגרת משלח יד אינה בלתי מוגבלת. גם מיל, הליברל, המטיף למימוש מקסימלי של זכויות האדם לטובתו ולטובת החברה, מכיר בצורך להגביל את מימוש הזכות כאשר זו מתנגשת באינטרס של אחר ופוגעת בו:

"...התכלית היחידה שבשבילה מותר להשתמש בכוח הכפייה כלפי חבר אחד בציבור מתורבת, נגד רצונו של אותו איש, היא למנוע הזק מאחרים. בטובתו החומרית או המוסרית של אותו חבר אין למצוא טעם מספיק לכך. מבחינת היושר אין שום רשות להכריחו לעשות איזה מעשה או לחדול ממנו מפני שעל ידי כך יוטב לו, או מפני שמתוך כך יהיה מאושר יותר, או מפני שלפי דעת אחרים זהו מה שהחכמה דורשת מאיתו או אפילו מה שהיושר דורש מאיתו...על הכפייה אי אפשר ללמד זכות אלא אם כן עלול הוא אופן ההתנהגות שממנו רוצים למנעו לגרום רעה לזולתו... היחיד חייב לתת דין וחשבון לחברה על התנהגותו אך ורק כשהיא נוגעת גם לאחרים. אם היא נוגעת לו בלבד זכאי הוא לעצמאות מוחלטת."

עמדה זו קיבלה ביטוי גם במבנה החוקתי בישראל. חוקי היסוד קובעים כי חופש העיסוק – החופש לבחור עיסוק, מקצוע או משלח-יד, הנו זכות יסודית אשר רק בכפוף למבחנים קפדניים של חיוניות חברתית ניתן להגבילו. ודוק, המטרה היחידה שבשמה ראוי להגביל את חירותו של אדם לעסוק במקצוע היא הנזק שעלול להיגרם עקב כך לאינטרסים של אחר. המפתח להגבלת העיסוק עובר, אם כן, במקום היעיל ביותר לצמצום הסיכון. לצורך כך יש לברר את אופים של האינטרסים שבגינם ראוי לפעול להגבלת העיסוק ולהגדיר את האמצעי היעיל ביותר להגן עליהם. ראוי להבהיר כבר עתה כי שיקולים פטרנליסטיים אינם מצדיקים, ככלל, חקיקה המגבילה כניסה לעיסוק. נימוקים הנוצצים בליקויים ביכולת הערכה של לקוחות את איכות השירות שאין בצדם סיכון ממשי לאינטרסים חיוניים אינם ראויים להביא להגבלת הכניסה לעיסוק. מכשירים אחרים במסגרת המשפט הפרטי והפלילי יכולים לשמש תרופה ראויה במקרים כאלה. הניתוח להלן יבחן אם ועד כמה התערבות שלטונית במיון, בחינה ורישוי של עוסקים, בהקשר זה, הנה הגבלה חיונית ורצויה של חופש העיסוק.



לכאורה, ציבור לקוחות הנזקק לשירות מקצועי מסוג שהוא (ריפוי, ייעוץ פיננסי, תיווך, שרברבות, ייצוג משפטי, וכד') אינו מפיק תועלת מהגבלת הכניסה של בעלי מקצוע לענף: ככל שהכניסה חופשית יותר, יכנסו בעלי מקצוע רבים יותר, ההיצע יגדל, המחירים יירדו, וגיוון איכויות השירות ירבה. אף אם בעלי מקצוע באיכות ירודה יכנסו לענף ויציעו שירותיהם, הציבור ייחנה מכך. ובלבד שמתקיים מעבר חופשי ומלא של מידע בין אנשי המקצוע והלקוחות. הואיל ותהיה האפשרות לבחור מתוך תפריט של איכויות, כאשר המחיר המשולם משקף את איכות השירות. כך למשל, ציבור דיירי בתים הנזקק לשירותי ניקיון נהנה ככל שהיצע מנקי הדירות גדל, ובפרט כאשר היצע זה כולל מציעי שירות באיכויות שונות ובמחירים שונים. במצב עניינים כזה, הגבלת הכניסה לעיסוק המקצועי של שירות ניקיון דירות (למשל, על ידי דרישה שרק בעלי רשיון מטעם המדינה יוכלו לנקות בתים) יכולה רק לפגוע בלקוחות, על ידי העלאת המחירים והפחתת מגוון איכויות השירות.

מבחינה תיאורטית, הטיעון בעד כניסה חופשית לעיסוק אינו מאבד מכוחו גם כאשר מדובר בעיסוק מקצועי המספק שירות חיוני ומורכב, או כזה אשר חייב להתבצע באיכות גבוהה (למשל: ניתוח לב). גם כאן, למרות שהנזק משירות בלתי מקצועי ובלתי אחראי עלול להיות עצום, כניסה חופשית לעיסוק אינה **בהכרח** בלתי-רצויה. השוק החופשי מסוגל לספק מנגנון חילופי להגבלת העיסוק – מנגנון ה"מוניטין". ללקוח המבקש לרכוש שירות בעל אופי חיוני או מורכב, והיודע כי בשוק עלולים להימצא ספקי שירות באיכות ירודה, יש תמריץ חד-משמעי לברר בטרם הוא פונה לספק מסוים מהו המוניטין שלו. אם מנגנון זה הוא אפקטיבי ואמין, הרי הלקוח יכול להסתפק בבירור המוניטין של הספק ויכול להיות בטוח במידה רבה כי השירות שיקבל יעמוד בהתאמה לכך. במצב כזה, החשש כי לקוחות יפגעו באופן שיטתי בהעדר פיקוח מטעם השלטון על איכות ספקי השירות אינו חייב להתממש. נשים לב כי מנגנון המוניטין מסוגל לפעול גם כאשר איכות השירות המקצועי המוענק ללקוח אינה ניתנת לזיהוי מידי. גם כאשר ספק השירות יודע טוב יותר אם איכות השירות שסיפק הייתה גבוהה או נמוכה, או אם השירות היה נחוץ כלל, מנגנון



המוניטין מסוגל לפעול היטב ובלבד שהציבור מסוגל, לאורך זמן, לגלות את זהותם של ספקי השירות בעלי האיכות הירודה. הואיל ומוניטין נצבר על פני זמן, אזי גם אם פעולה מסוימת של ספק אינה נגלית בוודאות ועשויה להיות נסתרת, הרי בחלוף תקופת זמן מספקת – הנטייה של ספק להציע שירות טוב או רע והמוניטין שלו, יקובע. דומה הדבר להטלת מטבע. טיבה של מטבע ליפול באופן מאוזן או בלתי מאוזן על צידה האחד אינו יכול להתברר מהטלה אחת או אפילו ממספר מועט של הטלות. אולם בחלוף זמן ולאחר מספר מספיק של התנסויות, יכול המתבונן להסיק במידה מספקת של וודאות את הטייתה של המטבע.

יש להודות שהטיעון הכלכלי מקבל, כהנחות יסוד, שילוב של מעבר מידע אופטימלי במערכת ויכולת של מבקשי השירות לנתח את המידע, כלומר לעמוד על הכישורים המקצועיים של נותן השירות המקצועי ואת האמינות והאפקטיביות של המנגנון. הטיעון אינו לוקח בחשבון גם את השפעת גודלה של החברה וההתפתחות החברתית והכלכלית שלה (כך במידה רבה החברה הישראלית שהינה מערכת כלכלית מצומצמת למדי לעניין התפתחות ארגונים כלכליים ואיננה עומדת דווקא בין החברות המפותחות מבחינת בגרות צרכנית). בנסיבות מסוימות הנחות אלה הופכות מרחיקות לכת. לא קשה להעלות על הדעת סיטואציות בהן למרות קיומו של תמריץ ברור לבחון את מקצועיותו של הספק (למשל – בעל גידול במוח הנזקק לשירותו של נירורכיורג) הרי שאילוצים שונים אינם מאפשרים לקיים הליך ברור מקיף. הטעמים לכך מגוונים וכוללים, בין היתר, נסיבות אישיות – למשל קשיים כלכליים שאינם מאפשרים לקיים הליך ברור איכותי או כושר שיפוט לקוי שמקשה על ניתוח המידע והסקת מסקנות בקשר למקצועיותו של הספק, ובעיקר נסיבות כלליות, עקרוניות – לעתים גם בהתקיים יכולת שיפוט טובה, אין בידיו של הדיוט, חסר ידע מינימלי בתחום הרלבנטי, להעריך את מקצועיותו של נותן השירות (כך למשל – כלל לא ברור שהכלים המצויים בידיו של אדם ממוצע לבחון את יכולתו המקצועית של עורך דין, יכולים לספק תשובה טובה בכל הנסיבות). במצב כזה הסיכון הפוטנציאלי לפגיעה באינטרסים של הלקוח עלול להיות עצום אם מדובר למשל בהערכת כישוריו של הרופא המנתח. ליקוי ביכולת ההערכה המקצועית עלול להוביל גם לפגיעה מסוג אחר: ניגוד אינטרסים בין בעל המקצוע והלקוח על רקע חוסר הידע המקצועי. ניתן להעלות על הדעת שבעל מידע אקסלוסיבי, ישאף להגדיל את רווחיו על ידי ניצול חוסר הידע של הלקוח ונטייה לחוות דעת שתומכות בביצוע פעולות שלקוח בעל ידע היה נמנע מהן. הסיכוי לכך גובר דווקא בהתעורר



צורך חד פעמי, שאינו מתבסס על קשר עסקי קבוע ומתמשך, וכאשר אין היכרות בין הלקוח ונותן השירות. במידה והלקוח לא יגלה גם בדיעבד את חוסר האמינות המקצועית, האפשרות להשתמש במסלול תביעה אזרחית או פלילית (במקרים קיצוניים) אינה קיימת. לכך, יש להוסיף את הבעייתיות הטבועה במערכת המשפטית בשל קשיי הוכחה ורתיעה של הציבור מלהיכנס למסלול יקר ומסורבל זה.

בנוסף, כאשר סוג השירות או התנאים האובייקטיביים בהם פועל השוק חוסמים מעבר מידע בין לקוחות, היכולת של לקוחות פוטנציאליים להתגונן מפני ספקי שירות לא רצויים נחלשת. למשל, כאשר השירות הניתן ללקוח הוא דיסקרטי, והלקוח אינו נחפז לחשוף את עצם היזקקותו לשירות (ייעוץ בפשיטת רגל, טיפול הפריה) או את כשלון ספק השירות (טיפול קוסמטי, השקעה פיננסית), הספקים מתקשים ליצור מוניטין מוכר, טוב או רע, וציבור הלקוחות מתקשה בברירת ספקי. במקרים כאלה אין כלל בטחון שניתן לסמוך על מנגנון מוניטין כלשהו. למעשה נראה שלמרות נטייתן של גישות מסורתיות בניתוח הכלכלי להניח מעבר מידע אופטימלי בין כל הצדדים במערכת, הרי שבפועל מתגלה בכך קושי.⁸ עם זאת נשאלת השאלה מהו המנגנון היעיל והראוי ביותר להתמודד עם ליקויי מעבר האינפורמציה.

גם במקרה בו מנגנון המוניטין יכול לפעול באופן יעיל, ומאפשר לפרטים להישמר מפני ספקי שירות בלתי-מקצועיים, נותרת למנגנון אדמיניסטרטיבי המסדיר את הכניסה לענף האחריות על הערך החברתי העיקרי, כלומר, הפחתת נזקי אי-המקצועיות **בשלב המוקדם**, עד אשר המוניטין של ספק השירות נצבר. במקרה כזה, מנגנון הרשאה אדמיניסטרטיבי אשר מסוגל לזהות באופן מוצלח את הליקוי בהכשרת הרופא ולאותת לציבור באופן יעיל על כך יוכל לחסוך את עלות המשגים שהרופא צפוי לעשות עד אשר הלקוחות הפוטנציאליים ילמדו להישמר ממנו.

כשל שוק נוסף נובע מהעדר מנגנון הגנה לאינטרסים החורגים מתחום עניינו של מזמין השירות הישיר. בהקשרים מסוימים יש לפעולה המקצועית השלכות גם על מי שאינם צדדים לעסקה. תכנון או בנייה לקויים עלולים לגרום לכך שמרפסת בדירה ששופצה והורחבה תסכן את הדיירים האחרים בבניין שלא היו מעורבים בהזמנה, או פנייה לרופא בלתי מקצועי עלולה להביא לכך שטעות בדיאגנוזה הרפואית תוביל להתפתחות מגיפה. במקרים קיצוניים ייתכן שהאינטרס של מזמין



השירות המקצועי הוא דווקא להביא לפגיעה בגורם חיצוני לעסקה – למשל עיוות דיווח למס הכנסה על ידי רואה חשבון או ייצוג משפטי בדרך שתביא לפגיעה באינטרס של צד ג', יהא זה גורם פרטי או המדינה. דווקא כאן חשוב לציין שסוגי מקצועות מסוימים, כמו רואי חשבון ועורכי דין חייבים בחובות נאמנות לציבור מתוקף תפקידם, גם אם אלה מתנגשים עם האינטרסים של הלקוח. למרות קיומם של מסלולים ידועים במשפט הפרטי והפלילי ובדין המשמעתי, למדינה יש עניין לגיטימי לוודא **מראש** את יכולתם לעמוד בסטנדרטים כאלה כדי לצמצם את הסיכון לאינטרסים חברתיים שונים.

מאיך גיסא חשוב להדגיש כי לא ברור שדווקא מנגנון כניסה אדמיניסטרטיבי נותן תשובה יעילה וראויה (מבחינת המידתיות שבה) לקשיים שהוצגו, הנובעים בעיקרם מליקויים במעבר המידע לציבור הלקוחות. הניתוח הכלכלי המנחה הקמתו של מנגנון כניסה אדמיניסטרטיבי, צריך להוביל למסקנה שיש להגביל את היקף המנגנון לכל היותר לאותם מקצועות אשר בהם העלות החברתית של המשגים היא גבוהה דייה. כלומר, הואיל ומנגנון אדמיניסטרטיבי הוא יקר ובלתי מושלם (כפי שיורחב בהמשך), עלותו האדמיניסטרטיבית חייבת להיות נמוכה מהעלות החברתית של הנזקים שהוא מונע (בהינתן שלצדו עובד ממילא מנגנון של מוניטין שבהקשרים מקצועיים מסוימים הנו מספק בהחלט בהשוואה לסיכון לגרימת נזק). יש להדגיש כי הניתוח הכלכלי מביא למסקנה כי התועלת של מנגנון הגבלת כניסה אדמיניסטרטיבי היא מוגבלת. גם כאשר המנגנון פועל באופן מושלם ומסנן היטב את המועמדים לכניסה למקצוע, הוא מוסיף לציבור מידע וחוסך נזקים של שירות לקוי רק במקרים בהם אין לציבור יכולת להישמר מהתקשרות עם ספקי שירות בלתי רצויים, או במקום בו יש להגן על אינטרסים שאינם בהכרח אלה של הלקוח. בין חולשותיו ניתן לציין כי המנגנון יכול לציין את רמתו המקצועית של מועמד בנקודת זמן קונקרטית, בתחילת הקריירה המקצועית. לא ברורה יכולת הניבוי שלו לגבי העתיד, ולפיכך אין בכך כדי לגבור על קשיי מעבר המידע שעלולים להיווצר במהלך השירות המקצועי. הליקוי הבסיסי הטבוע במנגנון מסוג זה נעוץ בהיותו כללי ובלתי מסוגל לקבוע רמה מקצועית קונקרטית במסגרת תת התחום המקצועי בו עוסק בעל המקצוע (כך, הנויורוכירורג, למשל). מציאות החיים הדינמית המתפתחת במהירות מחייבת מגזרים רחבים של עוסקים בתחומים שונים להתעדכן ולהשתלם בתחומי המקצוע על מנת לספק שירות יעיל ואיכותי יותר. רישוי מקצועי אינו מסוגל לוודא, לאורך זמן, את



מקצועיותו של בעל העיסוק. מאידך, כפי שיורחב בהמשך, הגבלת הכניסה לעיסוק במקום הדגשת מעבר יעיל של מידע על רמה מקצועית לציבור מונעת ממנו את החירות הפוזיטיבית לבחור את בעל המקצוע המוכשר פחות ובתמורה לשלם פחות עבור השירות. היא מייקרת את העלות החברתית של השירות המקצועי ומתיישבת עם אינטרסים צרים של "גילדה."

מנגנון רישוי אדמיניסטרטיבי מול מנגנוני רישוי פרטיים

המנגנון הדצנטרליסטי של מוניטין עשוי לפעול על מנת לסנן כניסה של בעלי מקצוע לענף, או לסייע ללקוחות פוטנציאליים באיתור ספקי השירות הרצויים להם. ייתכן, עם זאת, כי מנגנון המוניטין אינו פועל באופן מספק, באשר סוגים שונים של מידע חיוני אינם מתגלים באופן שיטתי, או כאשר מעבר המידע הוא יקר. גם אם מתבררת הנחיצות של מנגנון סינון והגבלת כניסה למקצוע המתנהל באופן ריכוזי, נשאלת השאלה האם נחוץ כי המדינה תפעיל את המנגנון מכוח דבר חקיקה סטטוטורי, או האם בהעדר סמכות רישוי אדמיניסטרטיבית – יספק השוק תחליפים פרטיים לא פחות טובים.

כאשר איכות ספקי השירות אינה הומוגנית, ואינה ידועה לציבור – האינפורמציה אינה מלאה – מצויים ספקי השירות בעלי האיכות הגבוהה בבעיה: הם השקיעו יותר בשיפור ההון האנושי שלהם והכשרתם המקצועית, הם מעניקים שירות באיכות גבוהה יותר, אך אינם יכולים לגבות מחיר מתאים מהצרכן, הואיל ולצרכן אין מידע על עובדות אלה. למשל, אם שרברב משקיע בצידוד ובהכשרה לשימוש בצידוד אשר לא רק פותח סתימות, אלא גם מונע סתימות לתקופה ארוכה בעתיד, הוא יוכל לגבות מחיר הולם עבור השירות המיוחד רק אם הלקוח מסוגל לוודא כי אכן קיבל שירות איכותי. אם הלקוח אינו מסוגל לוודא בכל מקרה מהי איכות השירות של השרברב, ואם מנגנון המוניטין אינו פועל באופן מושלם (שתי הנחות הנחוצות כדי להצדיק מנגנון מתערב מכל סוג שהוא), השרברב לא יוכל לגבות מחיר ההולם את השירות האיכותי, ועל כן יימנע מלכתחילה בהשקעה בשיפור איכות השירות וההון האנושי. התוצאה מכך היא כי בשוק יוצעו שירותים רק מאיכות מינימאלית ופוטנציאל הרווחה הניתן להפקה לא ימומש.⁹



כדי לפתור את בעייתם ולהפיק את פוטנציאל הרווח הגלום בשירותים איכותיים יותר, יכולים ספקי השירות לפתח מנגנון זיהוי פרטי, אשר יאותת לציבור מידע בדבר איכות השירות המסופק. למשל, ספקי שירות מסוים שרברבים, למשל – יכולים להתאחד בארגון אשר יסנן וימין את חבריו לפי איכות השירות שהם מעניקים. רק ספקי שירות באיכות סף העומדת מעל סף גבוה, נתון, יוכלו להתקבל לארגון. כך ידעו הלקוחות כי עצם ההשתייכות של מעניק השירות לארגון מבטיחה איכות גבוהה. הארגון מתגבר על בעיית המידע הבלתי סימטרי ומשמש, למעשה, כסוכן מידע של הציבור. לספקים יש תמריץ להתאחד במסגרתו, כדי לשדר מידע אשר מחזק את מעמדם בשוק; לארגון יש תמריץ לקבל רק ספקים העומדים בקריטריונים של האיכות אשר הוא קבע לעצמו, כדי שהציבור יסמוך על התווית שהארגון מעניק וייתן בו אמון (שהרי האמון המוניטין – הוא הנכס היחיד שיש לארגון ואשר בלעדיו לא ימושך הארגון הצטרפות של ספקים); ולציבור יש תמריץ לסמוך על התווית של הארגון כתווית איכותית, שכן הארגון משדר אינפורמציה מהימנה. משמע, בעיית האינפורמציה הלא-מלאה יכולה, באופן פוטנציאלי, להיפתר, באמצעות מנגנוני פיזור מידע פרטיים. במילים אחרות, כאשר מנגנון המוניטין הדצנטרליסטי משותק, מכל סיבה שהיא, אפשר כי תחתיו יקום מנגנון מוניטין ריכוזי, אשר מסופק על ידי השוק הפרטי, והמונע על ידי האינטרס המשותף של קבוצת ספקים איכותיים ליצור לעצמם מוניטין הולם.

עקרונית, אין חשש כי ארגון פרטי של ספקי שירות איכותיים יסרב לקבל לתוכו מצטרפים חדשים לשוק, משיקולים קרטליסטיים. שהרי נכסו היחיד של הארגון הוא אמינותו, המסר שהוא משדר לפיו כל חבריו עומדים בסטנדרט גבוה ומי שאינו חבר בו אינו עומד בסטנדרט. אם הארגון לא יקבל מועמדים מתאימים כדי לשמר את כוח השוק של חבריו, יוכלו מועמדים מתאימים שכאלה להקים ארגון מתחרה, אשר ירכוש מוניטין בצורה דומה, ויזיק למוניטין של הארגון הראשון. תחרות שכזו, המתאפשרת כאשר אין למדינה מונופול על רישוי וזיהוי ספקי שירות, מבטיחה כי שיקולי "גילדה" לא יגברו. דוגמאות להתמוטטותם של ארגונים פרטיים אשר שקלו שיקולי "גילדה" וחסמו כניסה של אנשי מקצוע חדשים רק כדי להקטין התחרות הן רבות: אוניברסיטאות שירדו מגדולתן, ארגוני רופאים ובתי חולים אשר לא התירו לרופאים בני מיעוטים להצטרף, ועוד.



נמצא, כי בהעדר מנגנון רישוי או סינון סטטוטורי, יכול "השוק" לספק מנגנון כזה ובלבד שמדובר במערכת כלכלית מפותחת ורחבה דיה. אדרבא, התארגנות פרטית של בעלי המקצוע יכולה להיות עדיפה על רישוי סטטוטורי. בידי בעלי המקצוע קיים הידע הטוב ביותר לערוך סינון מדויק: הם אלה המבינים מה הן התכונות המבדילות בין בעל מקצוע טוב, בינוני או גרוע. יתרה מכך, למנגנון רישוי פרטי יש **התמריץ** לסנן באופן מושלם, תמריץ חזק יותר מאשר למנגנון רישוי אדמיניסטרטיבי. סינון בלתי-מושלם על ידי הארגון הפרטי יגרור קריסתו: אם הוא יקבל חברים שאינם עומדים בסטנדרט שהארגון קבע לו, מוניטין הארגון ייפגע ועימו כל חבריו; אם הוא לא יקבל חברים העומדים בסטנדרט, אלה יקימו ארגון מתחרה אשר, שוב, יפגע במוניטין של הארגון הראשון כתווית אקסקלוסיבית.

דוגמא בולטת לפעילות היעילה של ארגוני סינון פרטיים הם בתי חולים ואוניברסיטאות. מוסדות אלה מסננים את נותני השירות אשר הם מעסיקים או מסמיכים והציבור יודע מהי הרמה של בעלי מקצוע המוסמכים על ידיהם. למשל, כאשר מוסד אקדמי מעניק תואר לתלמידיו, הוא במקרים רבים מעניק להם זכות כניסה למקצוע (למשל: תואר בארכיטקטורה הוא כל אשר פרט נדרש על מנת לקבל תעסוקה כארכיטקט). המוסד מכשיר, בוחן, ולבסוף מעניק את תווית ההשתייכות לתלמידיו. מוסדות אקדמיים מסננים עבור השוק את איכות בעלי המקצוע, ומקפידים להעניק את תווית ההשתייכות רק למי שעבר את מסלול הסינון הקפדני שהם מפעילים. ואכן, אנו רואים כי השוק משתמש בגושפנקא שמעניק המוסד האקדמי כאינדיקציה לאיכות "חבריו"-בוגריו. בדומה, בתי חולים מסננים את הרופאים ובעלי המקצוע המועסקים על ידיהם באמצעים החורגים מאמצעי הסינון של המדינה, המעניקה רשיונות לרופאים. הציבור משייך שם של בית חולים עם איכות מסויימת של הרפואה בו, ולבית החולים יש תמריץ לשמור על הסטנדרט המקצועי של "מוסמכיו". דוגמא בולטת נוספת היא ארגוני הסמכה ליועצי השקעות הקיימים בארה"ב (ראו ניתוח להלן).

מאיך גיסא, כאמור, יש להתחשב בעובדה שהקמת מנגנון רישוי סטטוטורי, מתיישבת עם שיקולים קרטליסטיים של ארגונים מקצועיים. למעשה הספרות מראה שבמרבית המקרים עומדים ארגונים אלה מאחורי החלטות סטטוטוריות ליצירת מנגנוני רישוי.¹⁰ זאת משום שהתמריץ של ארגונים להסדרה גבוה מהתמריץ של כלל הציבור (כיוון שהוא מתרכז



בקבוצה מצומצמת יותר ובעלת רווח כלכלי ישיר). מחקרים מציינים כי אינדיקציה טובה לכך היא הענקת הפטור במסגרת חקיקה מגבילת עיסוק לעוסקים ותיקים מן הצורך לעמוד בדרישות הקריטריונים המקצועיים – (grandfather clause)¹¹. האינטרס המובהק של הציבור הוא לחייב את כלל העוסקים לעמוד בקריטריונים מקצועיים בעוד ששיקולי מקסום הרווחים של העוסקים הוותיקים ממריצים אותם לשאוף לפטור את עצמם מהוצאות אלה, שבהכרח מייקרות את עלות הכניסה לעיסוק (על ידי חובת עמידה בקריטריונים מקצועיים – השכלה והשתלמות מקצועית, עמידה בבחינות, תקופות התמחות ותשלומים מיוחדים). מאידך שואפים הוותיקים, על ידי הצגת חקיקה מגבילת כניסה, להרוויח מן הצמצום ההכרחי במספר העוסקים הפוטנציאלי מן העלייה בהוצאות ההשתלבות בו והיוקרה המקצועית המובילים לעלייה הכרחית במחירי השירות המקצועי. השימוש במנגנון רישוי סטטוטורי הנו עדיף מנקודת מבטם של העוסקים הוותיקים, משום שהוא מבטל כל אפשרות לתחרות מצידם של אלה שאינם עומדים בקריטריונים המקצועיים, או שאין באפשרותם לעמוד בהוצאות הכרוכות בכך. זו גם הסיבה שכמעט ולא ידועים מקרים של ביטול מנגנוני רישוי סטטוטריים, גם לאחר שהתקבעו נורמות התנהגות מקצועית והתפתח מנגנון מוניטין מבוסס, למרות האטרקטיביות הכלכלית שבביטול לציבור הלקוחות.¹² השיקול הכלכלי מראה כי הסרת המגבלה הסטטוטורית מביאה לעלייה במספר העוסקים ולירידה בהכנסותיהם. ההשלכות הנובעות מכך על העוסקים הוותיקים ברורות, ומכאן התוצאה – של התנגדותם האפקטיבית לביטול מנגנון רישוי קיים.

הבעיה העיקרית העומדת בפני פעולה יעילה של ארגונים פרטיים המעניקים "רשיונות" היא היכולת של ארגונים המאגדים בעלי מקצוע באיכות נמוכה להתחזות כבעלי איכות גבוהה יותר. למשל, ארגון חדש יכול לבחור שם הדומה לשם של ארגון ותיק ובעל מוניטין איכותי, או לשכור קבוצה קטנה של מומחים איכותיים ולהסתיר מאחוריה קבוצה גדולה של בעלי מקצוע ברמה נמוכה יותר. כך מסכל הארגון את היכולת של הציבור להסתמך על ה-brand name. אולם אין להפריז בעוצמתה של בעיה זו. כל מוצר צריכה הנושא שם כפוף לסכנה שמתחרים זריזים ינסו לאמץ שם דומה ולהוליד שולל את הציבור. מה יבטיח לנו כי תרופה חיונית ופופולרית אשר אנו רוכשים בבית המרקחת היא אכן המוצר המקורי ואינה העתק מתחזה ובלתי מושלם אשר מתחרה בלתי הגון



מציג? על פי רוב, הציבור מצליח להתגבר על ניסיונות הטעיה אלה, וקיימים כלים משפטיים שאינם מצריכים מנגנון רישוי בכניסה לעיסוק היכולים להתמודד עם בעיות אלה. כך למשל, הציבור יודע להפריד בין נעל איכותית לחיקוי, בין מוסך רכב מקצועי למוסך בלתי מקצועי, בין אוניברסיטה למכללה. במקרים בהם החיקוי הוא כה קרוב עד כי הציבור עשוי להיות מולך שולל, דיני המרמה וההגנה על קניין רוחני – ולא חקיקת רישוי – יכולים ונוהגים להתמודד עם הבעיה. ולבסוף, גם אם קיים חשש כי ארגון מתחרה יטעה את הציבור (זאת מבלי לבצע עוולת מרמה), הרי נחוצה התערבות שלטונית במתן רשיונות לארגונים, לא לפרטים. במקרה כזה המדינה מעסיקה ארגונים פרטיים כ"קבלני רישוי" או קבלני רישום והענקת "גושפנקא" מקצועית, כפי שנראה בהמשך.

מנגנוני גילוי נאות כאמצעי איתות מידע

כאמור, הליקוי העיקרי עליו מנסים המנגנונים השונים להתגבר הוא הקושי לוודא מעבר יעיל של אינפורמציה מבעלי המקצוע ללקוחות. על מנת לסייע לכך, במערכת שאיננה יכולה להסתמך על מנגנוני מוניטין פרטיים למיניהם, יש לפתח אמצעים שונים שיתרמו להפצה יעילה של מידע אודות הרמה המקצועית של העוסקים. מנגנוני גילוי מפחיתים את העלות החברתית של הסדרת העיסוק משום שאינם מגבילים את הכניסה, מגבירים את הגיוון ואת אפשרויות הבחירה של הלקוח בתוך ריבוי של יכולות מקצועיות שונות של נותני השירות השונים, ועל ידי כך מונעים עליית מחירי השירות המקצועי (גם אם המנגנון האמון על העברת המידע לציבור איננו "זול" יותר ממנגנון הרישוי הסטטוטורי). מנגנוני הגילוי וההערכה (עצם כינונם ואופן עיצובם) צריכים לשקף את רמתו של הסיכון הפוטנציאלי לאינטרסים של הלקוח כתוצאה מהזמנת השירות.¹³ אין דין שווה לעניין זה לגר רהיטים, נהג מונית, עורך דין ורופא. יש לקבוע את אופיו של המנגנון על פי חומרתו של הסיכון והאינטרסים שעלולים להיפגע כתוצאה מהתממשותו, ולאור ההשלכות הנובעות מכך על הגבלת חירויות יסוד של ציבור הלקוחות וציבור העוסקים הפוטנציאליים.

מנגנון גילוי ראשוני יכול להתבסס על עיקרון של דיווחיות (accountability), המחייב בראש ובראשונה את בעל המקצוע לדווח על רמתו המקצועית ועל הישגיו המקצועיים ללקוחות בדרך ברורה ופשוטה.



לצורך כך ניתן לקבוע מגוון קריטריונים רלבנטיים להערכת הרמה המקצועית הקונקרטית של העוסק בביצוע הפעילות הספציפית שבה השתלב, כגון השכלתו המקצועית, שנות הניסיון, דיווח מהימן על הישגים וכישלונות בביצוע הפעילות המקצועית ואולי גם על עבר פלילי רלוונטי. ניתן לדרוש כי יתקיים דיווח תקופתי שוטף לרשות מרכזית שתהיה אמונה על מתן פומביות באופן שיקל על הציבור לבחון את המידע ולהעריך אותו. בנוסף, ניתן לדרוש מבעל המקצוע לפרסם את הדיווח או חלקים מרכזיים שלו במקום העיסוק עצמו על מנת שכל אדם יוכל להתרשם ממנו קודם להחלטה על הזמנת השירות. על מנת לוודא שהגילוי הוא אמנם נאות, ניתן לפתח מנגנון פיקוח מרכזי בעל סמכויות יעילות לחקירה וחיפוש שיוכל לקיים ביקורות פתע וזימון המדווח לבידוק הדיווח שהוגש. במידה שיתגלו פערים בין המידע המדווח והמצב האובייקטיבי ניתן לנקוט צעדים משמעותיים או פליליים כלפי המדווח ובכללם גירוש מן העיסוק (כפי שנראה בהמשך גם בהעדר רישוי מוקדם, ניתן לאסור על מי שאינו עומד בקריטריונים שנקבעו מלהמשיך ולעסוק במקצועו לתקופה או לצמיתות). במקביל, ראוי לפתח קוד משמעותי ואתיקה מקצועית לתחום העיסוק הספציפי במידה שיש אפשרות מעשית לכך, כמו גם מערכת אכיפה יעילה שתדאג לפרסום תוצאות ההליכים לרווחתו של ציבור הלקוחות.

במקרים מתאימים יכולה המדינה להקים מנגנון רישום והענקת גושפנקא לבעלי מקצוע שעומדים בקריטריונים מקצועיים שנקבעו על ידי גורמים מקצועיים מתוך תחום העיסוק עצמו בהתייעצות עם גורמים ממלכתיים. ההליכים לקבלת "תו התקן" יכולים לקיים פרוצדורה דומה למנגנון הרישוי הרגיל. כלומר, עמידה על השכלה נאותה, רמה אישית, התמחות מתאימה וניסיון מספק בתחום המקצועי. עם זאת אין למנוע ממי שאיננו עומד בקריטריונים אלה או שאינו מעוניין ברישום להשתלב בעיסוק ובלבד שיהיה ברור לציבור הלקוחות כיצד להבחין בין אלה לאלה. גם כאן יש מקום לקיים פיקוח וביקורת כדי למנוע רמאות והטעייה בקשר לקיומו של הרישום המקצועי. גם כאן ראוי לפתח קוד משמעותי ומנגנוני אכיפה יעילים שבסמכותם לבטל רישום ואף לאסור על המשך העיסוק במקצוע (במקביל לאפשרויות ענישה נוספות). תחשיבים מראים כי העלות הכוללת של רישוי מקצועי גבוהה יותר מעלותה של מערכת סרטיפיקציה. יחד עם זאת, הסיכוי להחצין את עלויות הרישוי על הלקוח פוחתת במערכת כלכלית המבוססת על סרטיפיקציה, בשל חופש הבחירה של הלקוח הפוטנציאלי בין סוגים שונים של נותני שירות.¹⁴



עם זאת חשוב להדגיש כי בסוגי המקצועות בהם יש חשש לפגיעה באינטרס של צד ג' (שאיננו הלקוח) כתוצאה מכוונת או רשלנית מהשירות המקצועי, יש חשש שפתרונות הגילוי הנאות אינם מספקים תשובה הולמת. הלקוח עלול לבחור דווקא בנותן השירות הלקוי הזול יותר ובכך להגביר את הסיכון לזולת. במידה שמדובר בחשש לפגיעה משמעותית באינטרס חשוב של אחר, יש לבחון פתרונות קפדניים יותר תוך שאיפה להגביל אותם לסיטואציות הבעייתיות, כלומר ליחד עיסוק בתחומים ספציפיים לבעלי רישוי בלבד. שאלת קיומו של החשש והיקפו יכולות בהחלט להיגזר גם מן ההתפתחות החברתית והכלכלית בנקודת הזמן הנוכחית בישראל, לרבות המציאות של עלייה לארץ; ותוך בדיקה מחודשת של התנאים כעבור זמן על ידי המחוקק שמא השתנו הנסיבות.

במציאות, ניתן לזהות מספר מקצועות אשר באופן מסורתי זכו בישראל (ובארצות נוספות) להסדרה שלטונית. שתי דוגמאות בולטות הן עורכי דין ורופאים. האם מקצועות אלה מעלים שיקולים ייחודיים המצדיקים מסקנה של רישוי ממלכתי?

1. עורכי דין

השיקול המרכזי להצדקת ההתערבות המסיבית של השלטון בהליכי רישוי וסינון מועמדים לעיסוק בעריכת דין (התערבות הכוללת חוק רב-סעיפים וקרוב ל-100!) (תיקונים לו), הוא כי העוסקים הנם שליחי המדינה ובתי המשפט, המבצעים פונקציה ציבורית ושלטונית חיונית. כשם ששוטרים, תובעים ושופטים – צלעות אחרות של גוף אכיפת החוק במדינה – מקבלים הרשאה מטעם המדינה, כך גם עורכי דין.

במישור הסמלי יש לשיקול זה משקל. אולם במישור המעשי משקלו פחות. אם המטרה של הרישוי והסינון היא להבטיח כי רק פרטים שעברו הכשרה מספקת בלימודי המקצוע, אשר אומנו והוכיחו בקיאות בדין, יוכלו לעסוק בעריכת דין, הרי אין הכרח כי המדינה תספק את הקריטריונים והפרוצדורה לקבלת רשיון ותבטיח מונופול לארגון הקם מכוח החוק. סביר להניח כי אילו המדינה לא הייתה מתערבת ברישוי עורכי דין (למשל – מבטלת את חוק לשכת עורכי הדין), התארגנויות פרטיות של עורכי דין היו נוצרות במקומה, כפי שמוכיחה הפרקטיקה של התמקצעות בתתי תחומים ואיתות המידע לציבור, גם בתוך מקצועות מוסדרים.



יתרה מכך, בשוק השירותים המשפטיים פועל, על פי רוב, מנגנון המוניטין כאמצעי סינון ובקרה טוב. על פי רוב, עורך דין משיג לקוחותיו באמצעות המוניטין שלו ולא דרך "דפי זהב". המוניטין נרכש באמצעות מידת שביעות הרצון של לקוחות קודמים, אחוז הזכייה במשפטים וטיב הייעוץ שניתן. לא כל שכן, משרדי עורכי הדין הם באופן מעשי "מיני-מנגנונים" פרטיים של סינון האיכות של עורכי דין, והציבור יודע מהו המוניטין של כל "ארגון" שכזה. גם אם היה מותר בחוק לכל אדם להציע שירות משפטי, יש סבירות רבה כי אלה אשר אינם מוכשרים לכך ייפלטו על ידי השוק. הם יתקשו הן במציאת מקום עבודה, והן במשיכת לקוחות. עם זאת יש להתחשב ברגישות הנובעת מהפוטנציאל הממשי להתנגשות בין האינטרסים של הלקוח ושל הציבור. המדינה מצידה מבקשת לוודא שעורך הדין שיעמוד מול דילמה כזו יידע להגן בראש ובראשונה על האינטרס הציבורי. בהקשר זה כלל לא ברור שדווקא מנגנון רישוי סטטוטורי מהווה פתרון יעיל ונאות לכך. ייתכן שדווקא מנגנון משמעותי נמרץ ויעיל בעל סמכויות הרתעה (כדוגמת פסילה מוחלטת מעיסוק במקצוע) יכול להוות פתרון.

2. רופאים

הטוען הסטנדרטי בדבר הצורך בהתערבות שלטונית ברישוי רופאים גורס כי חשוב להגן על הציבור מפני ספקי שירות רפואי מאיכות גרועה, בשל הנזק העצום העשוי להיגרם ללקוח ה"ניסיוני" – זה אשר רוכש את השירות בשלב המוקדם, בטרם מתברר המוניטין השלילי של הרופא.

טיעון זה מעיד, אמנם, על חוסר האפשרות להישען רק על מנגנון המוניטין ועל הצורך במנגנון רישוי, אולם אין הוא מרמז כי דווקא השלטון צריך לספק את הקריטריונים וההוצאה לפועל של הליך הרישוי. אדרבא, ארגוני רפואה פרטיים יכולים לבצע את המיון באופן טוב לא פחות, אם לא יותר. ראשית, דווקא בהקשר של שירות רפואי יש לציבור צורך קריטי לדעת לא רק אם הרופא עבר הכשרת סף כלשהי, אלא מהי התמחותו, עד כמה הוא מעודכן בפרוצדורות רפואיות חדשות, כיצד הוא מדורג בין בעלי התמחות דומה, ואם יש לו עבר בעייתי. יש לשאול האם מנגנון סטטוטורי יכול לנפק מידע כזה ביעילות. רישוי רופאים אינו מבחין באופן דק מספיק בין בעלי התמחויות שונות, מה גם שרופאים רוכשים חלק ניכר מהתמחותם לאחר שהם מקבלים את הרשיון לעיסוק. אם המדינה תנסה



למין סוגי רשיונות על פי תוכן ההתמחות, הרי בכל תחום קיימות תת-התמחויות, אסכולות ומסורות, ביניהן אין למדינה אפשרות להפריד. השוק הפרטי, באמצעות ארגוני רופאים וקופות חולים, יכול לספק מידע דיפרנציאלי ולעיתים אף עושה זאת כיום, לצד ההתערבות השלטונית. תופעה מוכרת היא ארגוני רופאים המתאגדים לפי התמחויות, או קופות חולים העוסקות בבעיות רפואיות מוגדרות. השתייכות לארגונים אלה משמשת כיום בעיקר אינדיקציה להתמחות של הרופא, אולם במערכת בה אין השלטון מתערב ברישוי רופאים, ההשתייכות יכולה לשמש גם כאינדיקציה לאיכותו של הרופא. ארגונים כאלה יכולים לפעול הן בפונקציה של מיון ו"רישוי" בלבד, והן בפונקציה מצטברת של מיון רופאים ואספקת שירותים רפואיים ללקוחות. דוגמא לכך הוא בית-החולים: הוא ממין רופאים לפי איכותם, ולאחר מכן דואג להם לתעסוקה.

מסקנות הניתוח הכלכלי

המסקנה האופרטיבית העולה מהניתוח להלן היא כי התערבות שלטונית ברישוי ובהגבלת עיסוק מקצועי אינה מקדמת בהכרח את רווחתו של הציבור. עולה מכך כי אין מקום לחקיקת חוקים אשר יקבעו סטנדרטים לכניסה למקצועות אשר בעבר היו פתוחים לכל, כמו: שמאי רכב או שמאי מקרקעין, מתווכי נדל"ן, שדכנים, יועצים למיניהם, וכד'. עוד עולה מהניתוח כי תפיסות מושרשות, הרואות באור חיובי התערבות שלטונית ברישוי מקצועות כמו רופאים, עורכי דין, רואי חשבון, מנהלי תיקי השקעות, סוכני ביטוח ועוד, אינן משרתות בהכרח את טובת הלקוחות ופועלות, במקרים רבים, דווקא להגדלת הרווחיות ולמימוש אינטרסים אנטי-תחרותיים של העוסקים בענפים אלה. השיקול הכלכלי, השם את רווחת הציבור כקריטריון נורמטיבי יחידי, אינו מצדיק התערבות שלטונית מסיבית בהליכי מיון וסינון בעלי מקצוע בכניסתם לענף. יצוין, עם זאת, כי במדינה הנמצאת בתהליך שינוי דמוגרפי אינטנסיבי, הקולטת תושבים מתרבויות ומסביבות אחרות, ייתכן כי יש הצדקה, בתקופת ביניים, להתערב באמצעות השלטון ולהסדיר האספקה של שירותים חיוניים שיש בהם סיכון ממשי לאינטרסים חיוניים של הלקוח או של אחר, כגון רפואה. כאשר האזרחים החדשים אינם מכירים את מנגנוני הסינון המקומיים,



נחוץ להבטיח מעבר אגרסיבי יותר של מידע. מנגנוני רישוי, רישום או הגבלה ספציפית של תחומים בתוך העיסוק עשויים, לתקופת ביניים, לספק מעבר מידע כזה. מידת ההתערבות הראויה של המדינה צריכה להיקבע גם לאור חשיבותה של חירות העיסוק של האדם, וכאמור – תוך בחינה מחודשת של המצב חברתי ושינויים המתחוללים בו.



חופש העיסוק במשפט משווה

מדינות אחדות, לא רבות, מתיחסות לחופש העיסוק כזכות יסודית במסגרת חוקותיהן. על פי רוב מקובל שבצידה של הזכות מפורטת נוסחת איזון המיועדת להגביל את מוחלטות הזכות. כך למשל קובעת החוקה ההולנדית מ-1983 בסעיף 19(3):

"The right of every Dutchman to freely choose work is recognized, save for limitations by or pursuant to a law."

סעיף 4 לחוקה המכסיקנית קובע:

"No person can be prevented from engaging in the profession, industrial or commercial pursuit, or occupation of his choice, provided it be lawful. The exercise of his liberty shall only be forbidden by judicial order issued in the manner provided by law, when the rights of society are violated. No one may be deprived of the fruits of his labor except by judicial decision. The law shall determine in each state the professions which may be exercised with a degree, and set forth the requirements for obtaining it and the authorities empowered to issue it."

מאידך גיסא, ישנן מדינות רבות שלא קבעו את חופש העיסוק במסגרת חוקתית כלשהי.¹⁵ למרות זאת גם במדינות אלה יש התמודדות (אם כי לא תמיד ישירה) בשאלת החירות לבחור עיסוק ובשאלת הרגולציה. בהקשר זה לא ניתן להתעלם מן ההתפתחויות בתחום רישוי עיסוקים בארה"ב שהנה מדינה מובילה הן בהגבלת כניסה לעיסוק והן בכתיבה אקדמית ביקורתית בתחום זה.

ארה"ב

ארה"ב היא דוגמא מובהקת למדינה בעלת חוקה הנעדרת סעיף הגנה קונקרטי על חופש העיסוק. למרות הדימוי הקפיטליסטי זהו, אולי, אחד ההסברים האפשריים לריבוי מדהים ממש של חקיקה המגבילה כניסה



לעיסוק, הנחקקת ברובה על ידי המדינות. למשל, ה-California Business and Professions Code, החוק המסדיר את מרבית הפעילות המקצועית והעסקית במדינת קליפורניה, נושא כשלושים אלף סעיפים העוסקים בחלקם הגדול בסמכויות רישוי, תנאי כניסה לעיסוק ואיסור פעילות מקצועית על מי שאינם בעלי רישון. החוק נוגע, בין היתר, בבעלי מקצועות רפואיים ופרה-רפואיים – החל ברופאים, רופאי שיניים, פסיכולוגים, אחיות, עבור באופטיקאים, כירורפרטים ועוסקים באקופנקטורה (דיקור מחטים סיני) וכלה ביועצים לחיי נישואין. החוק מסדיר פעילותם של עורכי דין, חשבונאים אך גם פרסומאים, ספרנים, מנעולנים וספרי שיער. חוק דומה במהותו הוא ה-New York State Education Act שמסדיר על ידי חקיקה המגבילה כניסה רשימה ארוכה של עיסוקים שהאקזוטיים בהם כוללים מעסים, מעצבי פנים ומאמני אתלטיקה קלה. בכל המקרים קובעת החקיקה הקמת מנגנון אדמיניסטרטיבי שתפקידו לקבוע את ההסדרים ויישום הקריטריונים לעמידה בתנאי העיסוק כפי שנקבעו בחקיקה. בכל הנוגע למתווך מקרקעין למשל, קובע סעיף 10130 לחוק כי:

"It is unlawful for any person to engage in the business, act in the capacity of, advertise or assume to act as a real estate broker of a real estate salesman, within this state without first obtaining a real estate license from the department.

The commissioner may prefer a complaint for violations of this section before any court of competent jurisdiction, and the commissioner and his counsel, deputies or assistants may assist in presenting the law or facts at the trial..."

עשרות סעיפים נוספים דנים במגוון רחב של פעילויות בתחום תיווך המקרקעין, המותרות לבעלי רישוי כדין מטעם רשות מוסמכת של המדינה בלבד וכן קוד התנהגות מקצועי ואתי אליו כפופים בעלי הרשיונות. ראוי לציין כי למרות הפירוט הרב של החקיקה, לא נמצאו, למשל, הוראות העוסקות בחובות גילוי של המתווך ללקוחו.

בכל הקשור ליכאות לגשת לבחינת רישוי לתיווך מקרקעין, הרי שזו מחייבת לימודים במוסד מוכר ועמידה בדרישות קוריקולום מפורט המופיע בחוק, התמחות של שנתיים לפחות בתחום זה, תעודת יושר, ידיעת השפה האנגלית (קריאה, כתיבה ודיבור), השכלה עסקית נאותה הקשורה לביצוע עסקות מקרקעין והכרת הקוד האתי של המקצוע. המפקח על



מתווכי המקרקעין, מצידו, הנו בעל סמכויות רחבות. בנוסף לסמכויות הרישוי עצמן, הוא מוסמך להיכנס למשרדי תיווך, לבצע בדיקות מיוזמתו או על פי תלונות, לחקור עדים, להשעות רשיונות באופן זמני וכן, בכפוף להליך משמעותי נאות, להעניש עבריינים עד כדי ביטול הרשיון לצמיתות. במקביל לכך יש לו סמכות לדאוג להגשת כתבי אישום במקרים מתאימים לבתי המשפט הרלבנטיים.

למרות הגיוון והפירוט העצומים בתחומי הסדרה ובמנגנוניהם, כמו גם הפופולריות של מנגנוני רישוי, אצל המחוקקים האמריקאים, תופעה זו ותיקה פחות מכפי שנראה. למעשה, תחילתו של מנגנון רישוי סטטוטורי המגביל עיסוק לבעלי רשיון מטעם המדינה בלבד הוא בן כמאה שנים בלבד. השינויים בתרבות הפוליטית בארה"ב באמצע המאה הקודמת תירגמו חששות טבעיים מפני ההתפתחות הטכנולוגית והתעשייתית והשפעתה על יכולתם של הדיוטות להעריך את המידע המקצועי, להתפתחות חקיקתית. החשש מפני אי יכולתם של הבריות ליטול אחריות על החלטות הכרוכות, למשל, בקבלת טיפול רפואי מקצועי הוביל את המחוקקים לפתח מנגנון רישוי שבמסגרתו המדינה נטלה על עצמה את האחריות לקבוע מראש ולוודא את רמתו המקצועית של המבקש לעסוק ברפואה ולשחרר מחובה זו את התושבים. בהתירה לבעלי רשיונות בלבד לעסוק במקצוע הרפואה הניחה המדינה כי ניתן יהיה לצמצם את מספר העוסקים ולקיים רק את מי שמסוגל לעבור סף מקצועי ספציפי.¹⁶

ניסיונות רבים להעמיד את חקיקה של המדינות השונות במבחן חוקתי נכשלו. למשל, בפסק דין משנת 1889 דחה בית המשפט העליון הפדרלי תביעה לבטל את מנגנון הרישוי לרופאים המגביל את העיסוק לבעלי רישוי בלבד מן הטעם שהוא מנוגד לתיקון ה-14 לחוקה — No person shall be... deprived of life, liberty or **property** without due process of law... בית המשפט קבע כי:

"It is undoubtedly the right of every citizen of the United States to follow any lawful calling, business, or profession he may choose, subject only to such restrictions as are imposed upon all persons of like age, sex and condition... The power of the state to provide for the general welfare of its people authorizes it to prescribe all such regulations as in its judgment will secure or tend to secure them against the consequences of ignorance and incapacity, as well as of deception and fraud..."¹⁷



למרות עמדתו ההסטורית של בית המשפט העליון הפדרלי ושל המחוקקים בכל המדינות ובקונגרס, העמדה המובהקת כיום בכתיבה האקדמית – המשפטית והכלכלית – היא שהמדינה, איננה האורגן היעיל ואף לא הראוי לפקח על הכניסה לתחומי עיסוק שונים ולהגבילה.¹⁸ הביקורת העיקרית מתמקדת על עמדה, לפיה המטרה היחידה למעורבות בקשרים המקצועיים בין עוסק ולקוח היא שיפור מעבר המידע הרלבנטי ללקוח על מנת לאפשר לו לבסס הכרעה בעניין ההתקשרות המקצועית. הטענה המרכזית בהקשר זה היא שמנגנוני כניסה אינם מתגברים על כשל המידע, אפילו כאשר מדובר במקצועות מורכבים כדוגמת המקצועות הרפואיים.¹⁹ הגבלת הכניסה לעיסוק וצמצום בעלי המקצוע מיטיבה בהכרח עם העוסקים בפועל, משפרת את כוח המיקוח שלהם מול הלקוחות, אך איננה מסוגלת לוודא רמה מקצועית נאותה, בעיקר לא במקצועות המתפתחים המחייבים הכשרה מקצועית ולמידה קבועה גם אחרי קבלת הרישוי. בפועל פועלת בשוק המקצועי, גם זה המוסדר על ידי המדינה, מערכת של סרטיפיקציה, כלומר בעלי המקצוע שואפים להגביר את יכולתם ולאותת את המידע לציבור, לא בגלל הרישוי המקצועי אלא בגלל תנאי השוק המחייבים זאת. הציבור מצידו אינו יכול להסתפק ברשיון הרופא ובפועל, גם חלקים מפותחים פחות בציבור, מסתמכים על תיעוד מקצועי שמספקות פירמות בעלות שם ומוניטין – פקולטות אוניברסיטאיות, מכונים מקצועיים וכיו"ב.²⁰ המציאות מלמדת כי לציבור כיום, בניגוד אולי לעבר, יש אפשרות לנתח את המידע הרלבנטי ולקבל אחריות על החלטות מסוג זה. בהקשר זה יש להתחשב בתפוצה גדלה והולכת של ארגוני צרכנים המעניקים מידע ומקנים תמיכה לציבור באפיון המידע שיש לדרוש מבעלי המקצוע. ספרות מדעית פופולרית, עוסקת בתחומים שונים ומאפשרת לציבור לצבור ידע רלבנטי והכשרה להתמודד עם הכרעות קונקרטיות. הטענה הרווחת בארה"ב היא שבמציאות כזו אין צורך להגן ברישוי על מי שדואג ממילא להגן על עצמו.

קנדה

גם בקנדה הן החוקה והן הצירטר לזכויות וחופשים אינם כוללים סעיף ספציפי לעניין חירות העיסוק. נראה שגם בית המשפט העליון בקנדה טרם התמודד, באופן ישיר, עם השאלה האם ועד כמה מגינה חקיקת



היסוד על החופש לבחור עיסוק. עם זאת ניתן לאתר התייחסות לעניין זה בפסק הדין של בית המשפט העליון של British Columbia בעניין *Wilson v. Medical Services Commission of British Columbia*. נידונה שם השאלה מהו המעמד של סירוב המשיבה להעניק לתובע, רופא מוסמך, רשיון לעבוד בתחום המדינה או לחילופין הניסיון להתנות את הענקת הרשיון בהגבלת הרופא לאזור עבודה מסוים.

בית המשפט פסק כי הסירוב נוגד את סעיף 7 לצירטר שקובע:

"Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice."

לדעתו של בית המשפט נוגדת ההחלטה את הצירטר משום שזו פגעה בזכות:

"...to pursue a livelihood or profession (a matter concerning ones dignity and sense of self-worth)."

החירות לעסוק במקצוע אינה זכות כלכלית בלבד, קובע בית המשפט. היא זכות אישית. עם זאת נספק כי ה-"Right to work" איננה זכות מוחלטת:

"In our view, the phrase "right to work" was used ...to describe the right not to be regulated. It had little to do with the important personal right of otherwise qualified professional people to have an opportunity to attempt to build a practice in their province and in their chosen communities... such right may be overridden by important societal concerns which satisfy the requirements of sec. 1 of the charter."

הזכות לעבוד היא, אם כן, זכות יסוד ורק מטעמים חשובים של אינטרס הציבור ניתן להגבילה. לעומתה, **הזכות לבחור עסוק מקצועי ספציפי** חלשה יותר וקביעת קריטריונים מקצועיים לעיסוק מהווים התניה לגיטימית וסבירה ובנסיבות העניין הנה אפשרית ואיננה מנוגדת לצירטר הקנדי:

"...legitimate and reasonable regulations of various professions such as regulation of such matters as standards of omission, mandatory insurance for protection of the public, and standards of practice and behavior ..."



בית המשפט קובע למעשה כי הסדרה פנימית של עיסוק כלומר לא מניעת כניסה אלא התערבות המדינה בדרך של קביעת חובות מקצועיים החלים על העוסקים במקצועות השונים היא הדרך לפקח על רמת התנהגות מקצועית נאותה של העוסקים.

גרמניה – חופש העיסוק כחופש חוקתי

החוקה הגרמנית מכירה בחופש העיסוק במסגרת חירויות הפרט במדינה ומציינת זאת בסעיף מפורש.

הקיבוע המרכזי של חירויות האדם נמצא בסעיף 12(1) – חירות היסוד של כל אדם להביא את אישיותו לידי התפתחות ככל שאינה פוגעת בזכויות האחר:

"Everyone shall have the right to the free development of his personality insofar as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the moral code."

החירות למשלח יד מופיעה בסעיף 12 שמסדיר גם את פיסקת ההגבלה הפנימית ולפיה רגולציה של העיסוק יכולה להיעשות בחוק או על פיו:

1. All Germans shall have the right freely to choose their trade, occupation, their place of work and their place of training. The practice of trades, occupation and professions may be regulated by or pursuant to a law.
2. No specific occupation may be imposed on any person except within the framework of a traditional compulsory public service that applies generally and equally to all.
3. forced labor may be imposed only on persons deprived of their liberty by court sentence.

פסק הדין המנחה בעניין רגולציה של כניסה לעיסוק, הוא פסק הדין בעניין בית המרקחת²¹ שניתן ב-1958 ודן בשאלה האם יש לפסול חוק במדינת בוואריה שסעיף 13(1) שבו קבע כי רשיון לפתיחת בית מרקחת יינתן רק אם יוכח שאין בכך לגרום נזק כלכלי לבתי מרקחת אחרים ושלפתחת בית מרקחת נוסף באותה סביבה יש הצדקה כלכלית.



בית המשפט פירש את תחולתו של חופש העיסוק בסעיף 12 לאור סעיף (1)2 לחוקה, וקבע כי חירות העיסוק היא החירות להביא לידי ביטוי ומיצוי את אישיותו של אדם. לפיכך הגבלה על חופש הבחירה בעיסוק וההשתלבות בו, צריך שתהיה מינימלית ככל שניתן; רק מקום בו המחוקק קבע כי יש חובה להגן על אינטרס ציבורי ניתן להגביל את חופש הבחירה בעיסוק במידה שלא ניתן להשיג את אותה תוצאה בדרך פחות פוגענית לחירות.

הודגש כי המונח 'אינטרס ציבורי' שבגינו ניתן להגביל החירות לבחור מקצוע חייב להיות אינטרס בעל חשיבות רבה במיוחד וניתן להפעילו רק כאשר אין אפשרות להגן עליו בכל דרך אחרת:

"...[1] If the legislature conditions the right to take up an occupational activity on fulfillment of certain requirements, thus impinging on the choice of an occupation, then regulations for the public good are legitimate only when such action is absolutely necessary to protect particularly important community interest; in all such cases the restrictive measures selected must entail the least possible interference."²²

בית המשפט קבע כי התניית בחירה בעיסוק מסוים בקנייה של גוף הידע הרלבנטי לאותו עיסוק לגיטימית, משום שיש עיסוקים רבים שמחייבים השכלה ומיומנויות מיוחדות שבלעדיהן עלולה להיגרם סכנה לאינטרסים ציבוריים. אלה הם הקריטריונים "הסובייקטיביים" להגבלה. בית המשפט קבע כי הגבלות מסוג זה הנן סבירות הן מכיוון שהן עומדות במסגרת ההגנה על אינטרס הציבור והן מכיוון שהן ידועות למועמד זמן רב מראש. על כל פנים, קריטריונים המכונים על ידי בית המשפט "אובייקטיביים", כלומר שאינם נובעים מן הצורך להבטיח שבעל העיסוק יהיה בעל רמה מקצועית נאותה, אינם לגיטימיים אלא:

"When they are needed for the prevention of demonstrable or highly probable dangers to community interests of overriding importance..."

בנסיבות העניין קבע בית המשפט לחוקה כי הגבלת מתן רשיון לפתיחת בית מרקחת מטעמים כלכליים אינה עומדת בתנאים אלה ולפיכך ביטל את הסעיף הספציפי.



בריטניה – רישוי, רישום והגבלה ספציפית

הגישה המקובלת בבריטניה היא הסדרת העיסוק באמצעות מנגנונים סטטוטוריים שונים. עם זאת, רק במספר מועט יחסית של דברי חקיקה, מצוי איסור מוחלט, המונע את העיסוק במקצוע בהעדר רישוי מטעם המדינה. כך, קובע החוק איסור לעסוק ברפואת שיניים, ברפואה וטרנירית או במקצוע האחות בהעדר רישוי על פי הקריטריונים המקצועיים שנקבעו שם. לעומת זאת, החקיקה הדנה באופטיקאים איננה כוללת איסור גורף על כל אדם שאינו בעל רישיון לעסוק במקצוע זה, אלא קובעת פעולות קונקרטיות (בדיקת ראייה והתאמת עדשות מגע) שאותן רשאי לבצע אופטיקאי מדופלם ומורשה בלבד (סעיפים 24-26 ל-1989 Opticians Act). בסעיף 20-22 ל-1974 Solicitors Act יש הגבלה מצומצמת למדי (בהשוואה לחוק הישראלי) לגבי הפעילויות השמורות לסוליסטר בלבד – ייצוג בפני בתי משפט ספציפיים, עריכת צוואות, וחוזי מקרקעין והעברת בעלות בנכסים בעלי ערך כספי גבוה. כל אדם שעוסק בפעילות מקצועית השמורה לסוליסטר עובר עבירה פלילית – שעונש מאסר של שנתיים בצידה. אך מאידך כל אדם רשאי לעסוק בייעוץ משפטי ובייצוג בתחומים שאינם מוגבלים (והם רחבים למדי) ובלבד שלא יציג עצמו כסוליסטר.

מפתיעה לא פחות היא העובדה שהחוקים הדנים ברישוי רופאים (כאמור – למעט רופאי שיניים), רואי חשבון, סוכני ביטוח וארכיטקטים קובעים רשות רישום מנהלית וקריטריונים מקצועיים אולם אינם קובעים כל איסור על עיסוק במקצועות אלה על מי שאינו רשום וממילא אינו עומד בקריטריונים. ה-1977 Insurance Brokers (Registration) Act משנת 1977, למשל, מורה על הקמת ועדה מקצועית שבסמכותה להעניק אישורים למוסדות לימוד להקנות השכלה מתאימה ולפקח על תכנית הלימודים, לקבוע את התנאים המינימליים לעיסוק במקצוע, את אופי הבחינות וניהול ספר הרישום של בעלי המקצוע, וכן לקבוע קוד התנהגות משמעותי ונורמות התנהגות מקצועיות. החוק מורה על הקמת מוסד לביצוע חקירות ובית דין משמעותי שבין סמכויותיו גם ביטול הרישום המקצועי. כל דברי החקיקה קובעים כעבירה עיסוק במקצוע תוך התחזות לבעל רישום מקצועי מטעם המדינה. ההנחה המסתתרת מאחורי סוג זה של חקיקה היא שאיתות מידע נאות ללקוח על רמתו המקצועית של בעל המקצוע צריכה להספיק על מנת להנחות את הלקוח בהחלטה אם לקבל את



השירות מבעל מקצוע רשום אם לאו, ואין צורך בהגבלת כניסה לעיסוק מעבר לכך. מתברר שבפועל הופך הרישום לרישוי. הפרקטיקה מלמדת שדווקא בתחומי העיסוק בעלי סיכון גבוה לאינטרסים חיוניים – פונה הלקוח הפוטנציאלי לבעל המקצוע בעל הגושפנקה. התמריץ הוא, אם כן, של בעלי המקצוע עצמם לעמוד בדרישות המקצועיות ולהרשם.²³

מסגרת שונה של אכיפת סטנדרט מקצועי מופיעה בחוק העוסק בהסדרת מקצוע מתווכי מקרקעין בבריטניה. החוק איננו מגביל כל אדם מלעסוק במקצוע זה והמדינה אינה מקיימת פונקציה המעניקה גושפנקה מקצועית. עם זאת, נקבעו נורמות התנהגות וחובות נאמנות של בעל המקצוע לאינטרסים של הלקוח. החוק מסמיך את המפקח על המסחר ההוגן ונציגיו לערוך ביקורות אצל מתווכי מקרקעין או לפעול על פי תלונות של לקוחות. בין יתר סמכויות הענישה הנתונות למפקח שמורה גם הסמכות בסעיף 3 ל-Estate Agents Act, 1979 לאסור על מתווך שאינו עומד בקריטריונים של עיסוק מקצועי – כלומר הורשע בעבירה של מעילה, חוסר הגינות או אלימות (אפילו לא בקשר לעיסוקו המקצועי), עבר על נורמות ההתנהגות המקצועית הכלולות בחוק, פעל מתוך יחס מפלה או באופן המנוגד לאופיו של המקצוע (הגדרות רחבות וכלליות למדי) – מלהמשיך ולשמש כמתווך או לאסור עליו עיסוק בתחומים ספציפיים. צורה זו של רישוי שלילי נהגת בבריטניה מאז 1979. היא יצרה מנגנון איזון בין חירותו של כל אדם לתווך בעסקאות מקרקעין לבין הגנה על האינטרסים הכלכליים של הלקוחות הפוטנציאליים, והיא מבוססת, בין השאר, על הסמכות להטיל איסור עיסוק מוחלט על מי שבפועל אינו עומד בקריטריונים המקצועיים. בדרך זו מאפשרת המדינה את התפתחותו של מנגנון מוניטין דצנטרליסטי או כזה המבוסס על התארגנויות פרטיות, תוך שמירה על סמכותה להתערב במקרים הראויים ולמנוע פעילות מקצועית ממי שאינו עומד בסטנדרטים של יושר ויושרה מקצועיים או אישיים.

ישראל

מעמדו של חופש העיסוק כזכות יסודית במשפט הישראלי נקבעה בתחילת דרכה של המדינה ממש. עשרות שנים לפני שהתקבלה חקיקת היסוד קבע בית המשפט העליון עמדה ברורה בנושא זה. בבג"צ 1/49 בז'רנו נ. שר המשטרה,²⁴ המצוטט כאחד "מאבני הפינה של מערכת



ההגנה על זכויות הפרט", קבע בית המשפט מפיו של השופט ש"ז חשין: "כלל גדול הוא כי לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח יד, אשר יבחר לעצמו כל זמן שההתעסקות בעבודה או במשלח יד אינה אסורה מטעם החוק." [ה]זכות... אינה כתובה עלי ספר אך נובעת מזכותו הטבעית של כל אדם לחפש מקורות מחיה ולמצוא לעצמו מלאכה המפרנסת את בעליה..."²⁵. בתיבה אחת נקבעו הן רוחבה ועצמתה של זכות היסוד לבחירה חופשית של העיסוק והן האפשרות להגבילה בהתקיים תנאים מסוימים. **אכן גם היום מוסכם בקהילייה המשפטית כי על פי הלכת בז'רנו, תוכנו של חופש העיסוק כולל "את זכותו של כל אדם לעסוק בעבודה או במשלח יד, לחפש מקורות מחיה ולמצוא לעצמו פרנסה."** [הדגשה שלנו].²⁶ על הלכת בז'רנו חזר בית המשפט העליון בהסכמה בהזדמנויות רבות.²⁷

ניתוח מפורט ומקיף של המעמד היסודי של חופש העיסוק במשפט ושל מגבלות הכוח להגבלתו נערך על ידי בית המשפט העליון בתחילת שנות השמונים, עדיין טרם התערבות של מכונן החוקה. השופט (לימים הנשיא) שמגר אזכר כי **"...נקודת המוצא המקובלת בחברה חופשית, היא כי אדם רשאי לעסוק בכל עבודה או משלח יד על עוד לא נקבעו לגביהם הגבלות או איסורים..."**²⁸ [הדגשה שלנו]. ראוי לציין כי למרות שבית המשפט לא בחן מחדש את אפיונו של חופש העיסוק ואת תחומי הפעילות הכלולים בו והמוגנים על ידו, הוא בחר לכלול בחובו של החופש את הזכות לעסוק בכל עבודה.

הנשיא (לימים) שמגר הזכיר את ההשפעה ההדדית של המשפט והחברה ודיבר על החשיבות החברתית שבהענקת מעמד של בכירות לזכות ועל המשמעות החברתית של אופי השינוי. **"המעמד, המוענק בתוך מסגרת מדינית או חברתית נתונה לזכות מזכויות הפרט היסודיות, משקף את תפיסותיה של המסגרת האמורה וקובע את דמותה..."**²⁹ נקודת המוצא החוקתית-עיונית, על פי בית המשפט, (כל זכות יסוד שרירה וקיימת בכל היקפה כל עוד לא הוגבלה על פי חוק), איננה מצביעה רק על הלבוש הפורמלי של דרכי ההגבלה האפשריות של הזכות, אלא בראש ובראשונה מהווה ביטוי למעמד הבכורה המשפטי של זכות היסוד, אשר בעטיו מותנית כל הגבלה שלה בביצוע של פעולה משפטית קודמת. לצורך כך, קובע בית המשפט, יש להבטיח כי הנושא ייבחן כיאות מבחינה מהותית. הגבלה של הזכות אינה צריכה להיות מונהגת אלא אחרי עיון ודיון זהירים משום שהקיצוץ בהיקפה של זכות עלול להוליך, כפועל יוצא,



לעיוות אופיו של המשטר החברתי או המדיני. נקבע כי ההגנה הנאותה על מעמדה של חירות פלונית אינה מושגת אך ורק בהצהרה על קיומה, אלא שעיצובה של הזכות והמגבלות המשפטיות הנכפות עליה צריכות להיות תוצר של דיאלוג רגיש בין המשפט לתחומים אחרים, חברתיים, ומוסריים. בית המשפט רומז, כי התוצאה של דיאלוג כזה בהחלט יכולה ואף ראוי שתביא במקרים מתאימים להכרעה, כי אין מקום להתערבותם של המחוקק ובית המשפט משום ששכרן של הגבלות על זכויות יסוד, ובפרט על חופש העיסוק עלולות להוליך לעיוות אופייה של החברה בישראל. המסקנה המתבקשת מעמדתו של בית המשפט העליון היא כי המשפט, כאמצעי שמעצם טבעו הוא בלתי רגיש לנסיבות ספציפיות, איננו מכשיר ראוי ואפקטיבי להתערבות בחירויות האדם והאזרח בכלל, ובפרט בחופש העיסוק, אלא במקרים בהם אמצעים חברתיים אחרים (המתקבלים מתוך הסכמה חברתית להלכה או למעשה) נכשלים בהסדרת החירות באופן שלא תפגע באינטרסים של אחר.

לאור תאור זה של ההתפתחות השיפוטית המעניקה מקום מרכזי והיקף מהותי רחב לחופש העיסוק, יש לבחון את הרטוריקה של בית המשפט מאז חקיקת היסוד. כידוע, קובעים חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק במקובץ את העקרונות הבאים:

- א. אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם;³⁰
- ב. אין פוגעים בקניינו של אדם;³¹
- ג. כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו;³²
- ד. כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד.³³

לכאורה, יש כאן עיגון ראשון הן מבחינת התקפות המשפטית הפורמלית של עקרונות חופש העיסוק והן באשר למידת השתרעותם המטריאלית של העקרונות. כך, זכאותו של כל אדם להגנה על כבודו ועל קניינו וזכאותם של כל תושב ואזרח לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד. מובן, שאין מדובר בזכויות מוחלטות ופיסקת ההגבלה הטמונה בשני חוקי היסוד קובעת את האופן והמידה בה ניתן, למצער, לפגוע בזכויות אדם אלה.³⁴

גם אם מאז הלכת בז'רנו לא נערך דיון ממצה בשאלת איפיונו המהותי של חופש העיסוק, הרי שגם לאחר כינון חקיקת היסוד המשיך בית המשפט העליון לנהוג על פי המסורת שהונחלה בידי ראשוניו. כך, למשל



קבע בית המשפט מפי השופטת דורנר כי **"חופש העיסוק הוא אחד מזכויות היסוד שעליהן מושתת משטרנו הדמוקרטי...זוהי זכות מסוג חירות, דהיינו אי הגבלה של האפשרות להתפרנס מכל מקצוע שיבחר לו האזרח..."**³⁵ [הדגשה שלנו], והשופטת בוחרת לצטט בהסכמה את עמדת בית המשפט בהלכת בז'רנו. גם השופט ד. לויין נוקט באותה דרך בציינו כי חופש העיסוק **"זוהי הזכות שעניינה חירות האדם, דהיינו, בחירתו החופשית של העיסוק ומקור הפרנסה – בכל מקצוע או מלאכה שיבחר לו האזרח כראות עיניו..."** [הדגשה שלנו].³⁶ השופט אף מצטט מדבריו של השופט בך טרם חקיקת היסוד:

"הנכון הוא שחופש העיסוק במקצוע לפי בחירתו של כל אזרח הינו אחת מהזכויות הבסיסיות במשטר דמוקרטי..."³⁷ [הדגשה שלנו].

הסדרה סטטוטורית של כניסה לעיסוק בפסיקת בית המשפט העליון

בבג"צ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל ואח' נ. שר האוצר ואח' (טרם פורסם),³⁸ בית המשפט העליון מפי הנשיא ברק ובהסכמה שבשתיקה של עשרת חברי ההרכב (למעט השופטת דורנר, שהסכימה אך בחרה להוסיף משלה, ועוד נעמוד, בקצרה על דבריה), התמודד לראשונה מאז חקיקת חוק יסוד: חופש העיסוק עם שאלת חוקתיות הסדרתו בחקיקה ראשית של תחום עיסוק מקצועי בדרך של קביעת מגבלות מהותיות על אפשרות העיסוק וההשתלבות בו. אין ספק כי לפנינו פסק דין תקדימי לפחות בכל האמור בניצול ראשון מסוגו בפסיקה הישראלית של הכוח לבטל חקיקה ראשית הנוגדת חקיקת יסוד שהעניק לעצמו בית המשפט העליון במסגרת הביקורת השיפוטית.³⁹ בית המשפט אמנם ביטל את סעיף 48 לחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות התשנ"ה-1995. עם זאת לעניות דעתנו, החמיץ בית המשפט העליון הזדמנות פז לנקוט עמדה עקרונית ברורה במספר נושאים שחשיבותם למשפט החוקתי ולמשפט זכויות האדם והאזרח היא ראשונה במעלה. כך, בכל הקשור לאפיון עקרוני וכללי של הנזקים לאינטרסים שונים כתוצאה ממימוש בלתי מוגבל של חופש העיסוק – סיכון לחיים, לפגיעה גופנית, לפגיעה ממונית וכיו"ב. אך בעיקר: אמות המידה לאופיו של הנזק המצדיק התערבות של המדינה והגבלת חירות הפעולה של



הפרטים על מנת לצמצם את הסיכון להתרחשותו. כך, לעניין דירוג של צעדים להגבלת חופש העיסוק המתחשבים באופן פרופורציונלי באופיו של הנזק לאינטרס של אחר (אדם שלישי, המדינה) ולסיכוי התממשות הסיכון בהעדר הגבלת החירות (במיוחד במערכת שיפוטית הדוגלת במדרג של צעדים על מנת להתאים את הפגיעה בחירות לסיכון האפשרי).

החוק נכנס לתוקפו בעיצומה של שנת 1995 בעקבות המלצותיהן של מספר ועדות בהן מקצועיות וממלכתיות שעסקו בבדיקת תחום עיסוק כבר מראשית שנות השישים. לאחר משבר מניות הבורסה בעקבות פרשת ויסות המניות על ידי מספר בנקים חשובים, מונתה ועדת החקירה הממלכתית לעניין ויסות מניות הבנקים בראשותו של שופט בית המשפט העליון משה בייסקי אשר המליצה, בין היתר, על חקיקת חוק שיאסור מתן ייעוץ השקעות פיננסיות בידי מי שלא קיבל רשיון לכך. בנוסף, המליצה הוועדה לקבוע סייגים וכללים לפעילות היועצים וכן המליצה שבנקים לא יעסקו במישרין ובעקיפין במסחר במניות. מסקנותיה אמנם לא יושמו אולם בעקבותיה הוקמה ועדה מקצועית לבדיקת הסדרים תחיקתיים בתחום שוק ההון שהמליצה אף היא על הסדרת חקיקתית של תחום העיסוק בייעוץ השקעות. נמצא כי בישראל עוסקים למעלה משמונה מאות בני אדם בניהול תיקי השקעות, דהיינו ביצוע עסקאות קנייה ומכירה של ניירות ערך ונכסים פיננסיים אחרים בחשבוניותיהם של לקוחות על פי שיקול דעתו של המורשה ולאור הרשאתם מראש. עד כניסת סעיפי המעבר לתוקף היה העיסוק בלתי מוגבל.

בית המשפט מודע, כמובן, למקומה המרכזי של חירות העיסוק במכלול זכויות היסוד של האדם. הנשיא ברק מדגיש כי:

*"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 למרקם החברתי. כך על פי ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית וכך על פי ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית."*⁴⁰

הנשיא מזכיר אמנם את יחודו של חופש העיסוק – בראש ובראשונה, כאופן הביטוי הפיזי (להבדיל מאופנים אחרים, חשובים לא פחות) – לאישיותו של האדם, משמש מפתח להענקת עצמאות ואוטונומיה במסגרת משלח יד למימוש העצמי. לא כל שכן, כמקור תעסוקה ופרנסה המהווים יסוד חשוב בשמירה על כבודו של אדם כיצור חופשי.



כאמור, בית המשפט העליון היה מן הראשונים להכיר בחשיבותו של חופש העיסוק ובמעמדו המשפטי: כבר שם נקבע כי יש לפרש את הוראות חוק המגבילות את חופש העיסוק " על דרך הצמצום."⁴¹ ברבות השנים הצטרף מכונן החוקה לעמדתו של בית המשפט והצהיר על מעמדו היסודי של חופש העיסוק במסגרת חקיקת היסוד של ישראל. עם זאת ברור לכל כי אין מדובר בזכות אבסולוטית וכי ניתן להגבילה – "...בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו."⁴²

בעניין 'מנהלי ההשקעות' מסכים בית המשפט כי פסקת ההגבלה נועדה בראש ובראשונה לאזן בין זכות הפרט וטובת הציבור ומכריז על כוונתו לבחון את היקף המגבלות שניתן להטיל על חופש העיסוק למען שמירה על צורכי הכלל:

"אכן חופש העיסוק אינו החופש של אדם על אי בודד. זהו החופש של האדם כחלק מהחברה. מתחייב איזון בין זכות האדם לחופש העיסוק לבין אינטרס הכלל. פיסקת 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 פיסקת 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 יונקים ממקורות משותפים."⁴³

בית המשפט קובע כי המבחן שעל פיו נבחן החוק המגביל את זכות יסוד מבוסס על דרישת המידתיות, המתפתחות בשנים האחרונות בפסיקה הישראלית והמשווה. בחינה זו מתמקדת באמצעים שנבחרו על ידי המחוקק להגבלת הזכות, בדרך של שלוש בדיקות משנה:

1. **מבחן הרלבנטיות** – האם האמצעי המגביל הנו בעל קשר של התאמה, כלומר מוביל להגשמת המטרה החקיקתית – כלומר הגנה על האינטרס הנוגד את מימוש זכות היסוד.
2. **מבחן הפגיעה המינימלית** – האם יש אמצעי שפגיעתו במימוש זכות היסוד קטנה יותר תוך שמירה על יעילות דומה בהגנה על האינטרס הנוגד.
3. **מבחן תועלת** – בחינת תוצאת החקיקה, שנועד לבחון אם מתקיים יחס ראוי בין התועלת הצומחת מההגבלה והפגיעה במימוש הזכות. בית המשפט מבהיר כי אם השימוש באמצעי החקיקתי גורם לפגיעה



חמורה בזכות האדם ואילו התועלת הצפויה ממנו לאחר היא מזערית, כי אז אפשר שהחקיקה חורגת מהמידה הדרושה.

לאור מבחנים אלה ניגש בית המשפט לבחון את חוקיותו של החוק, לא לפני שהוא מדגיש את עמדתו (האפולוגטית במידה רבה) על הריסון הרב שיש לנקוט בבחינת חקיקה העומדת בניגוד לחקיקת יסוד ועל מגבלות השפיטות המוטלות על השופט, שאל לו לבחון שאלות לא משפטיות של אידיאולוגיה ופוליטיקה:

”בית המשפט מפעיל ביקורת שיפוטית. הוא בוחן את חוקתיות 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.”

הנשיא ברק קובע כי ההתפתחות הרבה בשוק ההון, בעיקר בשנים האחרונות, שהביאה עימה התעניינות גוברת והולכת באפשרויות השקעה חדשות, גרמה לגידול בביקוש להדרכה וייעוץ מקצועיים וכן ניהול תיקי השקעות פרטיים על ידי מומחה מקצועי. בהעדר סימוכין ותייעוד עובדתי עלינו לקבל את קביעת בית המשפט כי במציאות הקיימת, גורמים שאינם עונים על דרישות מינימליות של התאמה וכשירות לתפקידם פועלים בתחום זה בהעדר יכולת התגוננות אפקטיבית מפניהם. הסיכון הנובע מכישלון השקעה עלול להיות עצום. הנשיא מציין שכתוצאה מפעילות בלתי מיומנת עלולות כל השקעותיו של הלקוח לרדת לטמיון, וחמור יותר – כספים שנלקחו כהלוואה לצורך השקעה עלולים לסבך את הלקוח ולא את מנהל ההשקעות שלו בחובות נוספים. מנהל זדוני במיוחד עלול לנצל לרעה את ההרשאה שניתנה לו על ידי הלקוח, אומר בית המשפט ואינו מפרט.

קביעה נוספת ובלתי מנומקת של בית המשפט היא שרק על ידי יצירת מערכת רישוי מקצועי ניתן להתגבר על הסיכון לציבור ועל המציאות הבלתי נסבלת שבה מנהל השקעות שנכשל בתפקידו יכול להמשיך בו ללא הפרעה. מטרת החוק, כך על פי בית המשפט, היא לגרום לכך שהשירות של ניהול תיקי השקעות יינתן על ידי גורם בעל כישורים ומיומנות מקצועית נאותה. אין להתעלם, בין היתר, מצרכיהם של משקיעים “בלתי מתוחכמים” כלשונו של בית המשפט, הסומכים על מנהל ההשקעות בהעדר יכולת פיקוח ובקורת ראויות. עם זאת הנשיא ברק



מוסיף ומציין מטרה נוספת, מקרו-כלכלית ביסודה, של המרצת ההשתתפות בשוק ההון כאמצעי ישיר לתמיכה בכלכלת המדינה. בית המשפט נסמך, אם כן, על הצדקות פטרנליסטיות להגנה על אינטרסים של הפרטים והצדקות יעילות של קידום המערכת הכלכלית הלאומית.

מכאן עובר הנשיא לבחינת החקיקה המגבילה את העיסוק בניהול תיקי השקעות. הוא נוקט במתודה דומה לבחינת ההגבלות שעניינן הטלת חובה על מנהלי תיקים לפעול באמצעות חברות בלבד, הטלת חובה על החברה להחזיק בהון עצמי בערך גבוה יחסית, ואיסורים שונים המוטלים על מנהל ההשקעות (בעיקר איסור על ניהול השקעות עצמיות או למען קרוב משפחה – למניעת העדפת אינטרסים אישיים על פני לקוחות אחרים). בית המשפט מגיע למסקנה מבלי להרחיב דווקא בעניין כה יסודי, כי למרות שברור שבכל הצעדים שצוינו (ונוספים שבית המשפט לא התייחס אליהם) יש הגבלה על חופש העיסוק, אין הגבלה זו עולה על המידה הדרושה על פי הוראות חוק היסוד.

עמדת בית המשפט לגבי רישוי מקצועי

באותה הדרך בה נבחנו ההגבלות שצוינו, בוחן בית המשפט את המגבלות המחייבות עמידה בבחינות מקצועיות כתנאי לכניסה לעיסוק ומציין ביושב כי:

“נחה דעתנו כי בנסיבות העיסוק שלפנינו – מתוך הצורך לשמור על עניינם של המשקיעים ועל תקינותו של שוק ההון – צודק הוא להתנות את עצם הכניסה לעיסוק בהצלחה בבחינות המתקיימות לעניין זה.”⁴⁴

גם כאן קובע בית המשפט כי אין בפגיעה הא-פריורית בחופש העיסוק כדי לעבור מעבר לסף המידה הדרושה. הנקודה היחידה בה מוכנים השופטים להתערב נעוצה דווקא בהוראה העוסקת בחיובם של מנהלי תיקי השקעות וותיקים לעמוד בבחינות תיאורטיות, כתנאי להמשך העיסוק. סעיף 48 לחוק קבע כי במועד הקובע הוא 1 ביולי, 1997 העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות מוגבל אך ורק למי קיבל רשיון כחוק מידי הרשות לניירות ערך. עם זאת, מעניק הסעיף פטור למי שעסק בפועל בתחום עיסוק זה לפחות שבע שנים. בעל ותק כזה יוכל לזכות ברשיון גם אם לא עמד בקריטריונים שנקבעו בחוק. בנוסף, יוכל לקבל



רשיון מנימוקים מיוחדים גם מי שהינו בעל וותק הפחות משבע שנים ואשר לא עמד בקריטריונים. לעניין זה נטען בעתירה שיש להתיר לכל ותיקי המקצוע להמשיך בעיסוקם בלא צורך לעמוד במגבלות החקיקה כתנאי להמשיך בעיסוק או לחילופין לקבוע פרק זמן קצר בהרבה המעניק פטור לקבלת רשיון ולחילופי חילופין לקבוע תקופת מעבר ארוכה לעמידה בקריטריונים.

הנשיא ברק מקבל כאן את עמדת העותרים ופוסל את סעיף החוק בנימוק שהוראת המעבר חורגת מעבר למידה הדרושה להגנה מפני פגיעה אפשרית באינטרסים ציבוריים. הטעם לכך הוא שהחוק איננו מתחשב בניסיון המקצועי כנתון להקטנת הסיכון ואינו נוקט מדרג כלשהו שיביא בחשבון את הוותק כך שינתן ביטוי הולם בהפחתת נטל הבחינות ככל שעולה הניסיון המקצועי.⁴⁵ **בכך, כאמור, קבע בית המשפט העליון בישראל תקדים היסטורי ממש של פסילת חקיקה ראשית מטעמים חוקתיים.**

הערכה

לאחרונה הובעה עמדה ביקורתית כלפי פסק הדין. לדעתם של זלצברגר וקדר⁴⁶ הרציונל ביסודה של הגבלת הכניסה לעיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקים, מוצדקת מטעמים צרכניים וחברתיים, משום שחוק זה **"...בא להגן על צרכנים החסרים את הידע המקצועי ואת יכולת המיקוח והפיקוח שיאפשרו להם לשמור על האינטרסים שלהם באמצעות הסדרים חוזיים בלבד..."**⁴⁷ המחברים מוסיפים וקובעים כי **"ניתן להצדיק את החקיקה גם במסגרת עקרונות התיאוריה הכלכלית והשוק החופשי, שכן מדובר בענף בו אין תחרות משוכללת, בעיקר בגלל בעיות של מחסור באינפורמציה ועל כן מוצדקת מעורבות ממשלתית בשוק."**⁴⁸ בנוסף הם רומזים כי ייתכן וחקיקה המגבילה כניסה לעיסוק כלל אינה פוגעת בחופש העיסוק.⁴⁹ לאור עמדתם זו מסיקים המחברים כי שגה בית המשפט בכך שניאות להתערב ולבטל את סעיף המעבר בחוק. יתר על כן, הם טוענים כי **"ייתכן אפילו, כי מבחינה זו היה מקום לחייב את כלל העוסקים בתחום לעבור את בחינות הרישוי"**⁵⁰.



אכן, החוק להסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות נושא בחובו הוראות לא מעטות הנוגעות לצמצם הסיכון הישיר לאינטרסים כלכליים של פרטים המעוניינים בשירות מקצועי זה. החוק קובע תקופת התמחות והתנסות, חובות אמון וחובות זהירות של העוסקים בתחום, בין היתר חובת הסכמים בכתב בין הלקוח ונותן השירות, חובות גילוי נאות, איסורי ניגוד עניינים ואיסורי העדפה ומתן תמריצים. כמו כן, חובות רישום ודיווח מיוחדת ללקוח ולרשות המוטלות על העוסקים. החוק מנסח עבירות פליליות ומתקין מנגנון שיפוט משמעותי-אתי על פגיעה בהוראות המשמעת של החוק. מדובר במנגנון מפורט ומורכב שנועד בראש ובראשונה להגביר את המקצועיות וכן את השקיפות והדיווח ביחס ללקוח ולרשות לניירות ערך שמונתה בחוק לפקח על פעולת מנהלי ההשקעות; ובנוסף – למסד אמצעי אכיפה ושיפוט כדי למצות את הדין ולהיפרע מהעבריינים. בניגוד לעמדתם של זלצברגר וקדר, יש לדעתנו בהוראות אלה כדי לפגוע בחופש העיסוק של מנהלי ההשקעות והיועצים. כך עולה מן הצידוקים הרחבים העומדים ביסודו של חופש העיסוק עליהם עמדנו. עם זאת, חשוב להדגיש את מרכיב המידתיות שבפגיעה בזכויות היסוד לעניין דירוג של צעדים להגבלת חופש העיסוק המתחשבים באופן פרופורציונלי בזכויות היסוד לעניין דירוג של צעדים להגבלת חופש העיסוק המתחשבים באופן פרופורציונלי? באופיו של הנזק. כך, הוראות חוק אלה מאופיינות בהיבט מרכזי אחד – מגבלות על הפעילות המקצועית **בתוך מסגרת** העיסוק, אשר **אינן** פוגעות בחירותו של אדם להשתלב בו. כאמור, אין ספק שגם אלה פוגעות בחופש העיסוק אולם פגיעתן נמוכה לאין שיעור מאשר הוראות הרישוי המתנות את עצם ההשתלבות במקצוע בעמידה בקריטריונים מוקדמים.

זלצברגר וקדר מבקשים להצדיק את קיומו של החוק בנימוקים צרכניים הנעוצים בכשלי מעבר חופשי של אינפורמציה בשוק. ברור, למשל, שהסיכון לעצם חייו של אדם או לשלמות גופו כתוצאה מטיפול רפואי בלתי מקצועי מחייב מנגנון שיבטיח מעבר מידע אופטימלי ללקוח הפוטנציאלי לגבי מקצועיותו של הרופא המטפל. האם סיכון לאינטרסים כלכליים, מרכזיים ככל שיהיו, עומד ברמה זהה ראינו כי החוק בבריטניה איננו מגביל את עצם הכניסה לעיסוק של סוכני ביטוח שאף הם אמונים על אינטרסים כלכליים ראשוניים במעלה של הלקוחות ששמים בסוכנים את מבטחם, ולעתים אף את עתידם הכלכלי. החוק שם הסתפק בפיתוח מערכת רישום וסרטיפיקציה על ידי רשות מקצועית. זו מורכבת בעיקר



מאנשי מקצוע בתחום. בין סמכויותיה לקבוע את הנורמות המקצועיות שעמידה בהן מבטיחה רישום בפנקס הסוכנים וזכות להחזיק בתעודה רשמית המעידה על כך. כאמור, אין חובה להירשם בפנקס כדי לעסוק במקצוע אולם העמדה המקובלת היא כי ציבור הלקוחות מסוגל להיעזר במידע הזה על מנת להעריך את כישוריו המקצועיים של נותן השירות.

בארה"ב מסדירים ה-1940 Investment Advisors Act וה-1996 National Securities Markets Improvement Act שהנם חוקים פדרליים, את העיסוק ביעוץ השקעות. החקיקה אינה מגבילת כניסה לעיסוק, אלא קובעת מנגנון סרטיפיקציה לרישום ותיעוד לאור עמידה בקריטריונים מקצועיים, קובעת סוגי פעילות ספציפית המוגבלת ליועצי השקעות מורשים בלבד, חובות אמון וחובות מקצועיות אחרות. יצוין כי החקיקה איננה מכסה תחומים מקצועיים קרובים כמו יעוץ בתכנון השקעות (Financial Planning) שאיננו מוסדר בחקיקה כלל. עם זאת מציאות חיים מלמדת כי הדרישה להתמקצעות ולחילופי מידע מקצועי בין בעל המקצוע ללקוח הפוטנציאלי הובילו להתפתחות מנגנונים פרטיים המקיימים פעילות ענפה להכשרת יועצי השקעות, הסמכתם והענקת תעודות מתאימות. ארגונים כדוגמת:

NAPFA – The National Association of Personal Financial Advisors

CFC – Certified Financial Planner

IAFP – International Association for Financial Planning

הם ארגונים פרטיים שזכו בהכרה ציבורית רחבה ונחשבים בני סמכה בהכשרה מקצועית של יועצי ההשקעות. למרות שהמדינה איננה מעורבת במנגנון זה והחקיקה הפדרלית והמדינתית איננה מגבילה מראש את העיסוק, בפועל יודעים המעוניינים להשתלב ולהצליח בעיסוק כי כדאי להתקבל לאחד הארגונים המעניקים הסמכה מקצועית. ארגונים אלה מקיימים מערכת הכשרה מקצועית שבסופה בחינת הסמכה המחייבת רמה מקצועית, תקופת התמחות וידיעת קוד אתיקה וחובות מקצוע המנוסחים על ידי המנגנון הפרטי. ארגונים אלה אינם מסתפקים בהכשרת בעלי מקצוע בלבד והם עוסקים גם בהענקת מידע רלבנטי לציבור הלקוחות המעוניין. העניין הציבורי במידע אודות בעל המקצוע, מוביל את הארגונים להפנות את תשומת לבם של הלקוחות לנקודות מפתח (בעיקר גילוי נאות של יכולת מקצועית וכלכלית של העוסק) שעל הלקוח לבחון לפני התקשרות עם בעל המקצוע.⁵¹ במקביל, מקיים כל מנגנון מאגרי מידע מקצועי המתעדכנים על ידי בעלי המקצוע עצמם, ובהם יכול כל לקוח



לקבל מידע רלבנטי על כישוריו, יכולתו המקצועית, הישגיו המקצועיים של העוסק וכל מידע אחר בעל חשיבות.

למרות ראשוניותו של פסק הדין בעניין מנהלי ההשקעות נמנע בית המשפט העליון מלקבוע אמות מידה כלליות וסטנדרטים לחקיקה העוסקת בהצבת מגבלות על חופש העיסוק. במקום לפרוש מערכת נורמטיבית, המבוססת על פרשנות הוראות חוק היסוד, שתסייע לרשויות בשיקול הדעת עובר להתמודדות עם התנגשויות אינטרסים אפשריות, בחר בית המשפט להצטמצם לבדיקה חוקתית בדיעבד. יש לזכור כי קיימת אבחנה קריטית בין קביעת קריטריונים מנחים מלכתחילה לבין ביקורת בדיעבד; קריטריונים מלכתחילה צריכים להיות מקפידים הרבה יותר, ובעיקר בפרשנות חוקי היסוד. בית המשפט הוא האורגן האמון על כך, ובהינתן ההזדמנות עליו לקבוע מהי המשמעות המשפטית של הנחיות הוראות היסוד ומהן המשמעויות האופרטיביות הנגזרות מהן לצורך יישום שיקול הדעת של המחוקק ושל הרשות. כך, היה מקום לעמוד על האפיון השונה בין הגבלת הפעילות בתוך העיסוק לבין עצם הכניסה לעיסוק, והיה מקום להגיע למסקנה שיש מקום להגביל את ההשתלבות בעיסוק רק במידה והצעדים שננקטו לצמצום הסיכון על ידי שיפור יכולת הביקורת והמעקב אינם מספיקים. בית המשפט בחר שלא לנקוט בדרך זו. במקום לציין (ולו גם כדי לפסול) את האפשרויות החלופיות להקטנת הסיכון לאינטרסים כאמצעים אלטרנטיביים שמידת פגיעתם פחותה, כפי שקיימים במשפט הזר, סמך בית המשפט ידיו על נורמה מחמירה, לפיה תנאי מוקדם לעיסוק בניהול תיק השקעות, מעבר לעמידה בבחינות שונות הוא, בין היתר גיל 21, תושבות או אזרחות ישראלית והעדר הרשעות קודמות וכן שיקול דעת עצמאי לרשות שלא להעניק את הרשיון גם למי שעומד בכל הקריטריונים מנימוקיה.

מאידך, בית המשפט אינו מביע כל עמדה באשר לפטור מרישוי כתנאי לעיסוק הניתן בסעיף 3 לחוק למגזרים אחדים ובהם רואי חשבון, עורכי דין ויועצי מס. לאור הנמקתו של בית המשפט באשר לסיכון הממשי לעתידם הכלכלי של המבקשים להשקיע מפעולה בלתי מקצועית של הנהלת תיקי השקעות ויעוץ בהם, לא ברור כיצד מניח בית המשפט, בלא בחינה, את מקצועיותם של אותם מגזרים. באותו אופן היה על בית המשפט להרחיב ולנמק את ההכרעה הבעייתית שלו לגבי לגיטימיות ההיזקקות לאינטרסים עקיפים בכלל, ובפרט כאלה שאינם מתבטאים דווקא בהגנה מפני נזק אלא בשיקולי יעילות (כמו אינטרס המדינה לקדם



את פעילות הכלכלית הכללית), כראויים לשמש כהצדקה להגבלת זכות יסוד.

בהעדר ממצאים עובדתיים בקשר למידת הסיכון שמציבים מנהלי השקעות בלתי מיומנים ובהעדר הצבת מסגרת נורמטיבית באשר להיות הסיכון לאינטרסים כלכליים ישירים (תוך התחשבות באפשרויות משפטיות חלופיות העומדות במקרי רשלנות מקצועית) בעיקר כאשר מדובר באינטרסים ממוניים הפיכים טעם מצדיק להגבלת חופש העיסוק – מתגלה קושי ניכר לקבל את הכרעת בית המשפט.

התוצאה היא תחושה בציבור ואצל רשויות השלטון שדרך המלך הראויה היא התנאת עיסוקים שונים ברישוי מקצועי. בית המשפט, כמי שאמון על ההגנה על זכויות האדם והאזרח, צריך לתת את דעתו על הקושי הזה. אמירת האגב של השופטת דורנר לפיה **"הרציונל העומד ביסוד חופש העיסוק של העותרים הוא עניינם האישי במשלח ידם. הרציונל הזה חשוב אך אין מדובר בזכות-על"**,⁵² איננה תורמת למעמדו היסודי של חופש העיסוק נוכח ההצדקות העומדות בבסיסו במסגרת הערכת מקומו הראוי באיזון אפשרי מול אינטרסים נוגדים. יש לברך על כן את יוזמת החקיקה הפרטית של ח"כ אברהם רביץ המציע לתקן את חוק הסדרת העיסוק ביעוץ השקעות כך שניתן יהיה לעסוק במקצוע זה גם ללא רשיון, ובלבד שהעוסק הצהיר בכתב בפני לקוחו שאין בידיו רשיון והלקוח אישר את ההתקשרות בתנאים אלה. למרות שההצעה איננה נקיה מפגמים שאין זה המקום לעמוד עליהם הרי שחשוב להדגיש את חשיבות הטעם לתיקון כפי שמופיע בדברי ההסבר להצעת החוק:

"כיצד ייתכן כי במדינה הפועלת ברוח חוק יסוד חופש העיסוק וחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, לא יתאפשר לאדם בגיר לקבל ייעוץ או הצעה עסקית מכל אדם ואף לשלם לו מרצונו עבור שירות זה... ובתנאי שהיעוץ הודיעו בגילוי את העובדה... שאין לו רשיון..."⁵³

מתכונת לבדיקה

בשיטות המשפט שנסקרו לעיל, כפי שגם עולה מהמצב המשפטי הפוזיטיבי בישראל, ניתן להגביל את חופש הכניסה לעיסוק אם יש צורך



להגן על אינטרס ציבורי אחר, בעל חשיבות רבה במיוחד, העלול לעמוד בסכנה אם תותר כניסה חופשית. דהיינו, יש לבחון את היקפו של הסיכון הקונקרטי העולה מכל עיסוק ועיסוק, לזהות את עוצמת הנזק הפוטנציאלי וכן מידת הסתברות להתממשותו; ובנוסף לכך לברר כי הדרך היעילה ביותר לסילוק הסיכון היא באמצעות התערבות ישירה של השלטון ברישוי העוסקים. הן עצם ההתערבות, והן עוצמתה, חייבים להיבחן באופן פרטיקולרי, בהקשר הרלוונטי לעיסוק. למשל, ההשכלה המקדמית שיש לדרוש מן העוסקים, תכני בחינת הכניסה, אופי הגוף הסטטוטורי המוסמך לפעול לרישוי, משך ההתמחות המוקדמת הנחוצה, וכיו"ב: אלה אינם יכולים להיקבע באופן כללי אלא חייבים להיקבע בהקשר הספציפי. כן צריכה להיבחן האפשרות של ניסיון מעשי כאלטרנטיבה הולמת ומספיקה להשכלה או להכשרה.

הנתיחה הכלכלי שהוצע לעיל צריך לחזק את הנטייה המצמצמת בהתערבות שלטונית. הנתיחה מבסס את הטענה כי השלטון אינו ממלא פונקציה חיונית, הואיל ובתנאים רבים השוק התחרותי יכול למלא פונקציה דומה של העברת מידע לציבור על איכות ספקי השירות. גם אם הנתיחה הוא פשטני בהנחותיו, וההנחות אינן מתקיימות במלואן במציאות הישראלית, מן הראוי שלממצאיו תהיה השפעה על היקף ההתערבות של המחוקק ועל אופייה. דהיינו, על המחוקק לזהות באופן קונקרטי מהן הסכנות לציבור מכניסה חופשית לעיסוק, סכנות אשר השוק אינו מסוגל לעקר. על המחוקק להתאים את הפתרון הסטטוטורי לבעיה הקונקרטית, ובפרט לזהות אם ניתן להגן על ציבור הלקוחות בדרכים פחות נוקשות מאשר חובת רשיון. התערבות המחוקק נחוצה, אפוא, בראש ובראשונה כדי לאפשר לארגונים פרטיים ליצור מערכת סינון ומיון אמינה כתחליף לרישוי, ואולי אף לדרבן תחרות בין ארגונים שכאלה.

כאמור, על פי הנתיחה הכלכלי המחוקק חייב לזהות היטב מהו האינטרס עליו נחוץ להגן. בהקשר זה, ניתן ללמוד מן המשפט המשווה. נראה כי בהתקיים חשש לפגיעה משמעותית או קשה באינטרס חיוני של גורם שלישי, או פגיעה באינטרס ישיר של הלקוח, יש אפשרות להתמודד עימו באחת משתי אלטרנטיבות כפי שמוצע למשל, במשפט הגרמני, וכפי שמיושם הלכה למעשה במשפט הבריטי. האחת, בדיקת אפשרות לאפיון מפורט של הסיטואציות הקונקרטיות בהן יש חשש להתממשות הנזק והגבלה של אלה בלבד, בדרך של פיקוח ובקורת חיזוניים על ביצוע פעולות או שלילת הסמכות לפעול בדרך מסוימת שעלולה להביא לגרימת



נזק לאינטרס של אחר. בדרך זו נשמר עקרון היסוד לפיו, ככלל, אין לפגוע בחירותו של אדם להשתלב בעיסוק תוך הסדרה של הפעילות במסגרת העיסוק.

במידה שאין אפשרות לאפיין את הסיטואציות הטיפוסיות שבהן מתהווה סיכון – ראוי לשקול התניית הכניסה לעיסוק בעמידה בקריטריונים ספציפיים שיבטיחו רמה מקצועית נאותה וצמצום החשש לפגיעה משמעותית או קשה באינטרסים חיוניים של אחר. כך, מלמדת אותנו הגישה הבריטית, כי על פי רוב אין להתייחס לסיכון שאינו סיכון לגוף ולחיים כסיכון שמצדיק הגבלה סטטוטורית של כניסה לעיסוק. אדרבא, בבריטניה אפילו הכניסה לעיסוק הרפואי איננה מוגבלת על פי החוק לבעלי רשיון, אולם המציאות מלמדת כי הציבור ערני דיו כדי לוודא את רמתו המקצועית של הרופא גם בהעדר חובת רישוי. עם זאת, יש לשקול בחיוב רישוי שלילי או רישום והענקת גושפנקה מקצועית לבעלי מקצוע בתחומים שיש בהם סיכון לרכוש, על מנת שבעלי עניין בשירות כזה יוכלו אמנם לוודא את הרמה המקצועית, אך ללא הגבלה בלתי הכרחית על חירות העיסוק של אדם. לפני שמחליטים על רישוי חובה, יש לבחון אם אין די באמצעים הללו (שהם פוגעניים פחות) כדי להשיג מטרה חקיקתית ראויה.

גם במידה שנקבע כי בהקשר לתחום עיסוק ספציפי יש לקבוע קריטריוני-סף להתניית ההשתלבות בעיסוק יש מקום לשקול מבנה מדורג ופרופורציוני בהתאם למקובל במשפט הגרמני, שם נקבע כי תמיד יש לאמץ את המנגנון שמשיג את המטרה המבוקשת תוך פגיעה מינימלית ככל שניתן בחופש העיסוק. כפי שהראנו במשפט האנגלי מיושמת גישה זו הלכה למעשה על ידי אפיון מוקדם של הסיכון הפוטנציאלי מעיסוק בלתי מקצועי והגבלה פרופורציונלית על פי מדרג מתאים.

בהקשר זה יש מקום לבחון מהו סוג התנאים שיש להציב בפניו של מועמד להשתלב בתחום עיסוק כלומר, האם ניתן להשיג את המטרה, דהיינו, הקטנת הסיכון לגרימת נזק, בעמידה בקריטריונים של השכלה מקצועית (להלן קריטריונים מקצועיים), קריטריונים לבחינת ראווית אישית של מועמד (קריטריונים לא מקצועיים) או שני הסוגים כאחד.

בארה"ב למשל, מקובלת העמדה כי לעניין עיסוק בתחומים המחייבים אמינות ציבורית סביר להתלות מתן רשיונות לא רק בקריטריונים מקצועיים אלא גם בעמידה בתנאים שמציב אינטרס הציבור.⁵⁴ שם נקבע



כי מתן רשיון למתווך מקרקעין מחייב לבדוק את העבר הפלילי של המועמד ולוודא שאין בו אינדיקציות לביצוע עבירות הונאה או עבירות אחרות שעלולות להצביע על סיכון לאינטרס הציבור. בכל מקרה אין לקבל החלטה בעניין רלוונטיות העבר הפלילי למתן הרשיון ללא מתן זכות השימוע וללא הנמקה מבוססת ותמיד על סמך בחינת כל מקרה לגופו:

*"Generally, prior to denying an application for license the licensing agency is required to provide an opportunity for a hearing. Any denial of a license must have rational support in the facts before the agency; it may not be an arbitrary decision."*⁵⁵

הסדר דומה קיים בקנדה. גם המשפט האנגלי קובע תנאים נוספים שאינם מקצועיים גרידא למועמד לעיסוק בתחומים מסוימים; למשל המועמד לא יתקבל כבר לשלב הלימודים לקראת השכלה כ-Barrister או Solicitor אם נמצא שפשט את הרגל בנסיבות שעלולות להשפיע על תפקודו המקצועי, או שהורשע בעבירה פלילית שלדעת ועדה מקצועית הופכת אותו לבלתי ראוי לשמש בתפקיד.⁵⁶ גם כאן יש להדגיש שהחלטה איננה שרירותית וכל מקרה נבחן לגופו בהתחשב בכך שכאמור העיסוק עצמו איננו מוגבל לרוב לבעלי רישוי בלבד.⁵⁷ בתחומי עיסוק אחרים לא נמצאה התניה מסוג זה. לא ברור מהי יעילותה של התניה זו, כלומר עד כמה מבטיחה ההתניה בדבר עבר פלילי נקי את העתיד לבוא. בהחלט ייתכן שעברו הנקי של אדם מעיד רק שטרם נקרתה בפניו הזדמנות קורצת, והתנייה כזו אף עשויה ליצור רושם מוטעה כאילו מי שזכה ברשיון הוא בעל יושרה (אינטגריטי). עם זאת ההתניה עשויה להביא לסינון של גורמים שעברם עשוי להעיד על עתידם ובלבד שאכן מתקיים קשר רציונלי בין העבר לבין תחזית על התנהגות עתידית. ככל שמדובר בהתנהגות אחת בלבד וככל שחלף זמן ניכר מאז, הערך המנבא ביחס לעתיד מתמעט מאד. בנוסף יש, כמובן, לבחון היטב את הרלוונטיות של התניית העבר הפלילי הנקי לתחום העיסוק הספציפי. ככלל, לא ראוי לדחוק, גם בעל עבר פלילי מאפשרות לשקם עצמו על ידי פנייה לעיסוק מקצועי אלא אם יש בכך כדי לאותת על התקיימות חשש ממשי לפגיעה באינטרסים. בהקשר זה, ניתן לקבוע כי המצב בישראל אינו ברור, בלשון המעטה. עיון בלתי ממצה בחוקי עיסוק שונים מראה שהקריטריון להתניית עיסוק בנורמות לא מקצועיות, כדוגמת עבר נקי, אינו אחיד, כך, מתנה החוק מתן רשיון לוותרנר בעבר פלילי נקי מעבירה שיש בה משום קלון.⁵⁸ לעומת זאת רשיון חוקר פרטי, שאין ספק בקיום אינטרס ציבורי



להיותו בעל יושרה, אינו מותנה כלל בעברו של המועמד אך מחייב לוודא שהמועמד סיים שתיים עשרה כיתות.⁵⁹ לא די לו ליחיד המעוניין להירשם כסוכן מכס בכך שלא הורשע בעבירה שיש בה קלון, משום שהוא שלא יירשם ככזה גם אם נפסל לשירות המדינה לפי פסק דין סופי של בית דין מוסמך.⁶⁰ לעומת כל אלה, דווקא חוק הנוטריונים מקנה סמכות לועדת הרשיונות לתת רשיון לאדם גם אם הורשע בעבירה פלילית שיש בה קלון ובלבד שעברו עשר שנים מיום שגמר לרצות את עונשו.⁶¹

חוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996

העיסוק בתיווך מקרקעין טומן בחובו נגיעה באינטרסים כלכליים, על פי רוב בעלי חשיבות רבה ללקוח. טיפול בנכס מקרקעין של לקוח לקראת העברת זכויות בו, איתור בעלי עניין ברכישת זכויות בנכס, ייצוגו בהליכים הקשורים במשא ומתן עם אחרים לקראת השלמת העסקה – כל אלה מחייבים ידע, ניסיון מקצועי ורמה אישית שיבטיחו כי ייעשה כל מאמץ שהאינטרסים החשובים ללקוח לא ייפגעו בעטיו של המתווך, איש אמונו בנכס. במדינות מתועשות מהווים נכסי דלא נידי אמצעי כלכלי ורכושי ראשון במעלה להבטחת חירותו הכלכלית של אדם, והמציאות מלמדת כי עסקאות מקרקעין מסוגים שונים (מכירה, השכרה, החכרה וכיו"ב) הן עניין של יום ביומו. למותר לציין כי חופש הקניין, שהוכר גם במשפט הישראלי, כזכות יסוד מוגנת על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נועד להבטיח, בין היתר, כי יוכרו וישמרו זכויותיו של אדם בנכסיו הקנייניים. המדיניות החברתית הנהוגה בישראל כבר מראשיתה גורסת כי יש לשאוף לכך שכל אדם יגיע מהר, ככל שניתן, לבעלות בנכס מקרקעין. ההתפתחות המואצת בשנים האחרונות בתחום הבנייה בצירוף מדיניות זו מגבירה את הצורך להיזקק לשירותיהם של מתווכי מקרקעין. ערכם הגבוה יחסית של נכסי מקרקעין בישראל והמציאות שהוזכרה מגבירים את האטרקטיוויות להשתלב בתחום עיסוק זה.

הדעת נותנת כי ראוי שיהיו בידי הלקוח כלים יעילים לוודא את רמתו המקצועית של המתווך קודם להתקשרות עסקית, לבקר את פעולת המתווך ולפקח עליה תוך הענקת כלים נאותים לאכיפה. המטרה העיקרית היא אם כן מעבר חופשי של מידע מבעלי המקצוע אל הלקוחות. הצורך להשיג מטרה זו הוביל את המחוקק הבריטי לחוקק את



ה-Estate Agents Act משנת 1979 שכבר הוזכר. כפי שצוין, למרות חשיבותם של האינטרסים הרכושיים שקשורים במקצוע תווך המקרקעין בחר המחוקק הבריטי שלא להגביל את הכניסה לעיסוק, ועל כן כל אדם רשאי לעסוק בתחום זה (למעט פושטי רגל). כזכור, אמנם מדובר באינטרסים רכושיים של הלקוח, אולם עם כל חשיבותם של אלה, אין כל מקום להשוואה בינה לבין אינטרסים לחיים או לגוף (שחשיבותם צומחת, בין היתר מהעובדה שהפגיעה בהם מובילה לתוצאה בלתי הפיכה והעדר יכולת אמיתית לפצות על הנזק). בנוסף, הסיכון לאינטרסים של צד ג', גם אם קיימים בנסיבות מסוימות (למשל מתווך היודע כי הנכס שהוא עוסק במכירתו צפוי לעיקול או להריסה) הם מן הסוג שאותו צד ג' הוא בעל תמריץ גבוה לאתרו, ועל-כן ממילא הוא שפועל לצמצומו. החוק אף איננו מיסד מנגנון רישום והענקת תיעוד רשמי באשר לרמה המקצועית של העוסק. עם זאת בחר המחוקק הבריטי לקבוע חובות התנהגות מקצועית, חובות אמון וחובות גילוי מפורטות למדי בין המתווך ללקוחו. סעיפים 12-17 מגדירים את חובות האמון של המתווך ללקוח ולרכושו ואת התנאים הסולבנטיים שבהם צריך המתווך לעמוד קודם להתקשרות העסקית. סעיפים 18-27 מפרטים את חובות הגילוי וההתנהגות בין המתווך ללקוחו. בין היתר מחייב החוק את המתווך, לדווח ללקוח קודם להתקשרות העסקית ביניהם, על רשימה של עניינים הרלבנטיים לכישוריו של המתווך, ליכולתו הכלכלית לעמוד בהתחייבויותיו, כיצד הוא מתכוון למלא את הוראות הלקוח וכיו"ב. החוק ממשיך ומונה את סמכויות הפיקוח והביקורת של הרשות על אופן ביצוע העיסוק, ובהן סמכויות דיווח נרחבות, הענקת כוח לרשות להיכנס ולערוך ביקורת במקום העיסוק של המתווך, קוד התנהגות מקצועי ואתי שפגיעה בו (וכפי שכבר צוין, גם הרשעה בעבירות שאינן קשורות בעיסוק המקצועי אך יש להן השלכה עליו) יכולה להביא לשלילת האפשרות מן העבריין להמשיך בעיסוקו לצמיתות.

בעזרתו של מנגנון זה מתקיים מעקב צמוד על הפעילות המקצועית בתחום תיווך המקרקעין ללא צורך להגביל מראש השתלבותו של אדם במקצוע. הישג נוסף הוא שמירה על האינטרסים הכלכליים של הלקוחות שיקויים גיוון מקצועי רב ככל שניתן ותימנע התפתחות מאפייני קרטליזציה בשוק המתווכים. הדעת נותנת כי במערכת כלכלית מפותחת יכולים להתפתח במקביל לחקיקה מסוג כזה או כתחליף לה, מנגנוני מוניטין פרטיים של ארגוני מתווכים שיפתחו קוד התנהגות מקצועי



ויקבעו סטנדרטים להענקת גושפנקא משל עצמם לציון הרמה המקצועית. המציאות בבריטניה מוכיחה כי ארגוני תיווך כאלה אמנם מתפתחים וצוברים קרדיט מן הציבור על פעילותם.

המחוקק הישראלי בחר בדרך שונה, קיצונית הרבה יותר. סעיף 2 (א) לחוק קובע חובת רישוי כתנאי הכרחי לכניסה לעיסוק. התנאים לקבלת רשיון מנויים בסעיף 5 וכוללים אזרחות או תושבות, גיל מינימום (שמונה עשרה), יכולת כלכלית מינימלית (פושטי רגל אינם רשאים לעסוק בתחום), עבר פלילי נקי בשנים האחרונות עובר לבקשת הרשיון והצלחה בבחינות. סעיף 6 קובע כי הסמכות לקביעת נושאי הבחינה מוטלת על שר המשפטים בהתייעצות עם הרשם שימונה והועדה המייעצת המורכבת לפחות, ממתווך מקרקעין, נציג צרכנים ועורך דין. למותר לציין כי יכולתו המקצועית של השר לקבוע את נושאי בחינת רישוי המתווכים, איננה ברורה. מתוך עשרים סעיפי החוק עוסקים שבעה בהוראות שונות הקשורות בבחינה (בין היתר, כצפוי, סעיף המשחרר מתווכים וותיקים מחובת הבחינה). סעיף מיוחד עוסק באגרות מקצועיות שונות המשולמות לאוצר המדינה. בהקשר זה ראוי להזכיר כי לא ברור מהי מטרתן של האגרות הדו-שנתיות (בערך של יותר מאלף שקלים לחידוש הרשיון)⁶² המגולגלות מן הסתם, בסופו של דבר על הלקוח. חובות ההתנהגות והאמון הכלולות החקיקה זו הן כלליות ביותר וכוללות חובת הגינות וזהירות בסעיף 8, גילוי עניין אישי שיש למתווך במקרקעין או בעסקה ללקוחו בסעיף 10 וחובת סודיות בסעיף 11. למרות הכללתה של סנקציה עונשית – שנת מאסר או קנס נראה כי בפועל אין לצפות לאכיפה אינטנסיבית. מאידך גיסא, נוכח כלליותן של הנורמות החקוקות, וויתור על קביעת קוד אתיקה מפורט וספציפי ומנגנון אכיפה יעיל ותכליתי, בין בחוק ובין בתקנות שהוצאו מכוחו, מתחזקת התחושה כי שיפור רמתו המקצועית והאתית של נותן השירות, מתווך המקרקעין לא עמדה בראש מעיניהם של המחוקקים.

חוק המתווכים במתכונתו הנוכחית עולה בקנה אחד עם האינטרסים הצרים של המתווכים הותיקים (בעיקר בעלי השכלה אקדמית או בני ששים ומעלה) שעסקו במשך שלוש שנים בתיווך מקרקעין. אלה משוחררים לפי אישורו של הרשם מן הצורך לעמוד בבחינה מקצועית ועל ידי כך פתוחה בפניהם הדרך לקבלת הרשיון. כפי שהראינו, הניתוח הכלכלי מורה כי הירידה במספר העוסקים תביא בהכרח לפגיעה באינטרסים הכלכליים של הלקוחות, בחירות העיסוק של המבקשים לעסוק בתיווך



מקרקעין ובגיוון המקצועי של השוק. הגבלה סטטוטורית מצמצמת את האפשרות להתפתחות מנגנוני מוניטין פרטיים ואינה מבטיחה כי העיסוק בפועל יהפוך מקצועי יותר לרווחתו של הלקוח. התוצאה המסתברת מאופן ההתערבות החקיקתי בישראל, אשר בא לידי ביטוי גם בחוק זה, הוא הצבת מכשול בפני סיכוי התפתחות מנגנוני הסדרה מקצועיים פרטיים, גם במצבים המתאימים לכך. גם הכרעה לטובת התערבותה של המדינה בחופש העיסוק של המתווך יכולה הייתה להיות מצומצמת ולהימנע מהגבלת עצם הכניסה לעיסוק, תוך קביעת נורמות מקצועיות ברורות ומפורטות של דיווחיות ושקיפות ומנגנון יעיל לפיקוח על ביצועם. כאמור, המנגנון שהתקבל לבסוף איננו עונה לתנאים אלה ועל כן נראה כי יקשה להגן על חקיקה זו במסגרת הביקורת החוקתית.



הערות

1. רשימה ארוכה למדי של תחומי עיסוק מחויבי רישוי מצויה בצו רישוי עסקים (עסקים טעוני רישוי), התשנ"ה-1995.
2. ראו הוראות סעיף 1, חוק רישוי עסקים, התשכ"ח-1968.
3. Scholtz, John T. "Voluntary compliance and regulatory policy," **Law and Policy** 6 (1984), pp. 385-404.
4. Braithwaite, John, **To Punish or Persuade: Enforcement of Coal Mine Safety**. Albany: State University of New York Press, 1985.
5. ג'ון סטיוארט מיל, **על החירות**, (1858), ירושלים, מאגנס, 1967.
6. "כל חברה שאין חבריה נהנים בדרך כלל מן החירויות הללו אינה בת חורין, ויהא המשטר הקיים בה מה שיהיה; ואין חברה בעלת חופש גמור אלא זו בה קיימות הזכויות האלה בהחלט ובלי שום הגבלה," שם, 26.
7. ג'והן ס. מיל, **על החירות**, 20.
8. H. Beales, R. Craswell & S. Salop, "The Efficient Regulation of Consumer Information," **Journal of Law and Economics**, 24 (1981), 491.
9. תופעה זו היא מקרה פרטי של כשל שוק הידוע בספרות הכלכלית בשם Adverse Selection. ראו למשל – Pyndick and Rubinfeld, **Intermediate Microeconomics**.
10. W. D. White, "Dynamic Elements of Regulation : The Case of Occupational Licensure," **Research in Law and Economics**, 1 (1979), 15-24.
11. T. G. Moore, "The Purpose of Licensing," **Journal of Law & Economics**, 4 (1961) 93.
12. White, 27.



13. Ian Ayres and John Braithwait, **Responsive Regulation – Transcending the Deregulation Debate**, Oxford: Oxford University Press (1992), 4-5.
14. T. G. Moore, "The Purpose of Licensing," **Journal of Law and Economics**, 4 (1961) 93, 104
15. בצרפת למשל מופיעה הזכות לעבוד במסגרת ההקדמה לחוקה משנת 1946 שנמצאת עדיין בתוקף אולם מעמדה החוקתי מוטל בספק. סעיף 5 להקדמה קובע:
"Everyone has the duty to work and the right to obtain a job. No one may be harmed in his work or employment on account of his origins, opinions or beliefs."
נראה כי לא נעשה שימוש משפטי משמעותי בסעיף זה ולא נמצא לו אזכור לעניין בחינה משפטית של הגבלות כניסה למקצוע בצרפת. על כך ראו: John Bell, **French Constitutional Law**, (1992) 158.
16. P. Starr, **The Social Transformation of American Medicine: The Rise of a Sovereign Profession** (1982), 141.
17. **Dent v. State of West Virginia** 129 U.S. 114, 121.
18. המקור הקלסי לצמצום מעורבות המדינה ברגולציה מקצועית הוא מובן מילטון פרידמן. ראו: M. Friedman, **Capitalism and Freedom**, Chicago: University of Chicago Press, 1962.
19. C. H. Baron, "Licensure of Health Care Professionals: The Consumer's Case for Abolition," **Am. J. L. and Med.** 9 (1983) 335.
20. *ibid.* at 341.
21. Pharmacy Case (1958), 7 **BVerfGE** 377.
22. ראו תרגום לאנגלית ב: Donald P. Kommers, **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**, 288 (1989).
23. A. I. Ogus, **Regulation – Legal Form and Economic Theory**, Oxford (1994), 221.



24. פ"ד, ב, 80.
25. שם, 83.
26. זוהי למשל עמדתו של פרופ' א. ברק. השוו: א. ברק **פרשנות במשפט** (כרך ג': פרשנות חוקתית, התשנ"ד), 573-574 (להלן: פרשנות במשפט); ראו גם א. רובינשטיין וב. מדינה, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל**, מהדורה 5, שוקן (1996) 1135-1134.
27. ראו למשל בג"צ 125/57 **אוניות מיכל ומשא בע"מ** נ. **שר האוצר פ"ד** יא 1490; בג"צ 200/57 **ברנשטיין** נ. **המועצה המקומית בית שמש**, פ"ד יב 264; בג"צ 144/58 **ביגון** נ. **עיריית לוד**, פ"ד יג 334; בג"צ 311/60 **מילר** נ. **שר התחבורה**, פ"ד טו 1989; בג"צ 144/72 **ליפבסקי-חליפי** נ. **שר הפנים**, פ"ד כז 1 719; בג"צ 230/73 **ש.מ.צ.** נ. **ראש עיריית ירושלים**, פ"ד כח 2, 113; בג"צ 237/81 **דעבול** נ. **עיריית פתח תקווה**, פ"ד לו 3, 365; בג"צ 75/76 **הילרון בע"מ** נ. **מועצה ליצור פירות ושיווקם**, פ"ד ל 3 645; בג"צ 252/77 **בבאגני** נ. **עיריית ת-א יפו**, פ"ד לב 1 404; בג"צ 382/83 **מרימי** נ. **ראש עיריית רמ"ג**, פ"ד לח 1 545.
28. בג"צ 337/81 **שלמה מיטרני ואח'** נ. **שר התחבורה**, פ"ד, לז, 337, 334.
29. שם, 346.
30. סעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.
31. סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.
32. סעיף 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.
33. סעיף 3 לחוק יסוד: חופש העיסוק.
34. סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו." סעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק קובע הוראה דומה בלשונה.



35. בג"צ 1452/94 איגלו חברה קבלנית נ. שר המסחר והתעשייה פ"ד מז 5, 614 סעיף 6 לפסק דינה של השופטת.
36. בג"צ 726,878/94 כלל חברת ביטוח בע"מ נ. שר האוצר, פ"ד מ"ח 5, 460, סעיף 20 לפסק דינו של השופט.
37. בג"צ 338/87 מרגליות נ. שר המשפטים פ"ד מב 1, 112, 114.
38. להלן – פסק הדין.
39. לעניין זה ראו ע"א 6821/93, רע"א, 1908,3363/94 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ. מגדל כפר שיתופי ואח', פ"ד מט 4, 221.
40. פסקה 15 לפסק הדין.
41. ראו בג"ץ 1/49 בז'רנו נ. שר המשטרה, פ"ד ב 80.
42. סעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק.
43. פסקה 15 לפסק הדין.
44. פסקה 41 לפסק הדין.
45. פסקה 58 לפסק הדין.
46. עלי זלצברגר ואלכסנדר (סנדי) קידר, "המהפכה השקטה – עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי היסוד החדשים", משפט וממשל, כרך ד', התשנ"ח-1998, 489.
47. שם, 507.
48. שם, שם.
49. "ניתן לתמוה על הקלות היחסית שבה הוסכם, כי החוק הוא פגיעה בחופש העיסוק וכי השאלה היא רק האם הוא עומד בתנאי פיסקת ההגבלה... ניתן לטעון שיש מקום לדיון גם בשאלה המקדמית של היקף חופש העיסוק והאם כל מקרה של התניית עיסוק ברשיון שקבלתו כרוכה במילוי תנאים מהותיים היא פגיעה בו, שחוקיותותה צריכה להיבחן באמות מידה של פיסקת ההגבלה." שם, 507-508.
50. שם, 507.



51. הארגונים מעניקים לכל המעוניין ריכוז מפורט של שאלות ודרישות גילוי שמן הראוי להפנות לבעל המקצוע קודם להחלטה להתקשר עמו. למשל:
IAFP, Financial Planner Interview – How to choose a financial Planner Tough Questions to ask.
NAPFA, Disclosure Form Instructions.
52. פסקה 9 לחוות דעתה של השופטת.
53. הצעת חוק של חבר הכנסת אברהם רביץ פ/1544 – הסדרת העיסוק ביעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות (תיקון עיסוק ללא רשיון), התשנ"ז-1997.
54. A. R. Gaudio, **Real Estate Brokerage Law** (in West's Handbook Series), 53 (1987).
55. שם, 58.
56. Reg 4 (a), Consolidated Regulations of the four inns of court (1988).
57. Hallsbury Laws of England, vol. 3(1), 291.
58. סעיף 5 (א)4, חוק הרופאים הווטרinariים, התשנ"א-1991.
59. סעיף 4, חוק חוקרים פרטיים ושירותי שמירה, התשל"ב-1972.
60. סעיף 4(ד), חוק סוכני המכס, התשכ"ה-1964.
61. סעיף 2(ב), חוק הנוטריונים, התשל"ו-1976.
62. תקנה 12 לתקנות המתווכים במקרקעין התשנ"ז-1997.



עמוד 58 - ימני-ריק

ביבליוגרפיה

- ברק, אהרון (תשנ"ד), **פרשנות במשפט**, כרך ג': פרשנות חוקתית. גביוון, רות, **המהפכה החוקתית: תיאור מציאות או נבואה המגשימה את עצמה?** נייר עמדה של המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים, 1998.
- זלצברגר עלי ואלכסנדר (סנדי) קידר, "המהפכה השקטה – עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי היסוד החדשים," **משפט וממשל**, כרך ד', התשנ"ח-1998.
- מיל, ג'ון ס. (1967), **על החירות**, ירושלים: הוצאת הספרים על שם י"ל מאגנס.
- רובינשטיין, אמנון וב. מדינה, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל**, שוקן, מהדורה 5, 1996.
- Ayres, Ian and John Braithwaite (1992), **Responsive Regulation – Transcending the Deregulation Debate**, Oxford: Oxford University Press.
- Bardach, Eugene and Robert A. Kagan (1982), **Going By the Book: The Problem of regulatory Unreasonableness**, Philadelphia: Temple University Press.
- Baron, H., (1983), "Licensure of Health Care Professionals: The consumer's Case for Abolition," **American Journal of Law and Medicine**, 9, p. 335.
- Beales, J.H., R.Craswell and S. Salop (1981), **The Efficient Regulation of Consumer Information**.
- Bell, John (1962), **French Constitutional Law**, Oxford: Clarendon Press.
- Bowles, Samuel and Herbert Gintis (1986), **Democracy and Capitalism**, New York: Basic Books.



Boyer, Barry (1990), "The federal trade commission and consumer protection," in Keith Hawkings and John Thomas (eds.), **Making Regulatory Policy**, Pittsburgh: University of Pittsburgh Press

Braithwaite, John (1982), "Enforced Self-Regulation: A new strategy for corporate crime control," **Michigan Law Review**, 80, pp. 1466-1507.

Braithwaite, John (1985), **To Punish or Persuade: Enforcement of Coal Mine Safty**, Albany: State University of New York Press.

Button, K., (1992), "The Effects of Regulatory Reform on the Architectural Profession in the United Kingdom," **International Review of Law and Economics**, p.95.

Dingwall, R. (1987), "A Respectable Profession? – Sociological and Economic Perspective On the Regulation of Professional Services", 7, p. 51.

Friedman, M.(1962), **Capitalism and freedom**, Chicago: University of Chicago Press.

Fulda, C.H. (1979), "Controls of Entry into Business and Professions - A Comparative Analysis," **Texas International Law Journal**, 8, p.109.

Gaudio, R.(1987), **Real Estate Brokerage Law** (in West's Handbook Series), 53.

Grabosky, Peter (1991), **Professional advisers and white collar illegality: Towards explaining and executing professional failure**, Canberra: Australian Institute of Criminology.

Kommers, Donald P. (1989), **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**, Duke University Press.

Moore, T. G. (1961), "The Purpose of Licensing," **Journal of Law and Economics**, 4, p. 93.

Ogus, A.I. (1994), **Regulation – Legal Form and Economic Theory**, Oxford: Clarendon Press.

Petit, Philip and John Braithwaite (1990), **Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice**. Oxford: Oxford University Press.

Rees, Joseph (1988), **Reforming the Workplace: A Study of Self-regulation in Occupational Safety**, Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

Scholtz, John T. (1984), "Voluntary compliance and regulatory policy," **Law and Policy**, 6, pp. 385-404.

Scholtz, John T. (1984), "Deterrence, cooperation and the ecology of regulation enforcement," **Law and Society Review** , 18, pp.179-224.

Scholtz, John T.(1991), "Cooperative regulatory enforcement and the policies of administrative effectiveness," **American Political Science Review**, 85, pp. 115-136.

Starr, P. (1982), **The Social Transformation of American Medicine: The Rise of a Sovereign Profession**, New York: Basic Books.

W. D. White (1979), "Dynamic Elements of Regulation : The Case of Occupational Licensure," **Research in Law and Economics**, 1, pp.15, 24.

