

1. המפקח על היהלומים, משרד המסחר והתעשייה
2. שר המסחר והתעשייה

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק

[11.8.1997]

לפני הנשיא א' ברק והשופטים מ' חשין, ט' שטרסברג-כהן

העיסוק ביהלומים כפוף לרישוי לפי צו הפיקוח על היהלומים, יבואם ויצואם, תשל"ט-1979 (להלן – צו הפיקוח), שהותקן מכוח חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח-1957 (להלן – חוק הפיקוח). רישונו של העותר לעסוק ביהלומים הותלה לאחר שהורשע בעבירת רצח. לאחר ששוחרר ממאסרו פנה העותר למפקח על היהלומים (להלן – המפקח) וביקשו לחדש את הרישיון או להעניק לו רישיון חדש. בקשתו נדחתה. מכאן העתירה.

בית-המשפט העליון פסק:

א. אף שהעותר החזיק בעבר רישיון לסחור ביהלומים יש לראותו כמי שמבקש להעניק לו רישיון מלכתחילה. זאת משום שהחזיק ברישיון רק ארבעה חודשים קודם להתליית הרישיון, וכן משום שהתליית הרישיון נעשתה שנים רבות קודם להגשת הבקשה הנדונה (489 – דה).

ב. הסדרת העיסוק בענף היהלומים היא בגדר "פעולה חיונית" כמשמעה בחוק הפיקוח, ולפיכך יש לדחות את הטענה לעניין זה שצו הפיקוח הוצא בחריגה מסמכות (1489 – 1490).

ג. (1) השיקולים שהמפקח רשאי לשקול במסגרת החלטה על הענקת רישיון לעסוק ביהלומים רחבים הרבה יותר מהתנאים הטכניים המפורטים בסעיף 4 לצו הפיקוח (1492 – 1493 ב).

(2) אין כל פסול בכך שהמפקח, שעה שהוא מקבל החלטה בענייני רישוי, מקבל ייעוץ מאנשי מקצוע בענף היהלומים. לכן, אין כל פסול בכך שהמפקח הקים ועדה מייעצת ואיפשר לה לקבוע קריטריונים למתן רישיון (1493 – ז).

(3) קיומה של הרשעה קודמת בעבירה שיש עמה קלון הוא שיקול רלוונטי לצורך ההחלטה לגבי הענקת רישיון לעיסוק במקצוע רגיש כגון הסחר ביהלומים. מניעת כניסתו לענף היהלומים של מי שעבר עבירה שיש עמה קלון היא דרישת סף סבירה ואף מתחייבת (1494 – 1495).

(4) אפילו המפקח לא היה זכאי לקבל מידע על הרשעתו של העותר לאור סעיף 21 לחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, תשמ"א-1981, לא הוברר כיצד הגיע המידע לרשות

- המפקח. לכן, ולאור חזקת התקינות של פעולת הרשות, יש להניח כי המידע הגיע למפקח בדרך חוקית, וסביר כי הגיע מהעותר עצמו. כאשר הרשעה נודעת לבעל הסמכות מהמורשע עצמו, רשאי הוא לעשות שימוש במידע זה (494א – ב).
- ד. (1) (בעקבות בג"ץ 1452/93 [8]): מבחן האיזון הראוי בין הזכות לעיסוק לבין הערך של קידום כלכלת המדינה הוא מבחן האפשרות הסבירה לפגיעה ממשית בכלכלת המדינה (496ב – ג).
- (2) הזכות לחופש העיסוק הינה זכות יחסית ולא זכות מוחלטת ויש לאזן בינה לבין אינטרסים אחרים באופן שבנסיבות מסוימות עליה לסגת מפני אותם אינטרסים. בנסיבות דנן, האיזון שערך המפקח בין השיקולים השונים לאינטרסים הנוגעים בדבר שהביאוהו להחלטתו שלא להעניק לעותר את הרישיון המבוקש, עומד במבחן הסבירות (495 – 496א).
- ה. (1) אבי-אבות-אבותיו של חוק הפיקוח היה חוק בריטי שנתקבל ערב מלחמת העולם השנייה, ושכליתו הייתה להכין תשתית משפטית לבריטניה ולמושבות לקראת המלחמה הגדולה. אווירת החירום שאותה חקיקה נולדה בה, מרחפת על פני חוק הפיקוח ומנשבת בעוז בין הוראותיו (500 – ה).
- (2) ההסמכה הרחבה של הרשות המבצעת לחקיקת משנה, הקבועה בחוק הפיקוח, פוגעת בסמכות החקיקה של הכנסת, כפי שזו מתבקשת על-פי עקרון הפרדת הרשויות (520 – ה).
- (3) שלטון החוק דורש כי החוק – הוא ולא חקיקת משנה על-פיו; הכנסת ולא הרשות המבצעת יקבעו את ההסדרים הראשוניים. לכן, חוק הפיקוח פוגע גם בעקרון שלטון החוק המהותי. אמנם, מורכבות החיים מחייבת להשלים קיומם של הסדרים ראשוניים בחקיקת משנה, אולם הסמכויות הגורפות והסוחפות ששרי הממשלה זוכים בהן בחוק הפיקוח, הופכות את הממשלה לרשות מחוקקת ראשה בנושאי כלכלה ומשק. הפגיעה בשלטון החוק היא עמוקה ומכאיבה (504א – ג, 505ד – ה, 520 – ו).
- (4) ההוראות המעניקות סמכות גורפת לרשות מוסמכת לצוות צווים שתוכנם שקול למעשה חקיקה של מחוקק היו ראויות לעת חירום, אך לא לעתות שאינן עתות חירום (508 – 509ב).
- (5) האזהרות שהשמיע בית-המשפט במשך השנים באשר לשימוש בסמכות שמעניק חוק הפיקוח לא נשמעו, והשימוש בו לא פחת. על-כן, יהא זה ראוי כי בית-המשפט יצמצם – על דרך הפרשנות – את תחום פרישתו של חוק הפיקוח. זאת, באמצעות נקיטת דרך של פרשנות מצמצמת בכל הנוגע למונחים המופיעים בחוק הפיקוח והמגדירים את היקף סמכויות הממשלה (509ג – 511ה).
- (6) על בתי-המשפט לבחון מחדש את הפירוש שניתן בעבר להוראות חוק הפיקוח והצווים שניתנו מכוחו, ולבחון אם ניתן בהם משקל ראוי לחופש העיסוק, לאור מעמדו החוקתי החדש לאחר חקיקתו של חוק-יסוד: חופש העיסוק (519 – 520ג).
- ו. (1) ההסדר הקיים בצו הפיקוח על היהלומים פוגע קשות בעקרון שלטון החוק. לא זו בלבד שההסדרים הראשוניים בתחום העיסוק ביהלומים נקבעים, על-פי חוק הפיקוח,

בצו שמוצא על-ידי שר, ולא על-ידי הכנסת עצמה, אף השר עצמו לא הסדיר את התחום, אלא העביר את סמכותו למפקח על היהלומים (514 א – ד).

(2) עם זאת, שאלת חוקיותו של הצו לא הועמדה להכרעה בעתירה. כמו כן, אליבא דכל דעה שקולה אין העותר זכאי למבוקשו, שכן אדם שהורשע ברצח, ולאחר שרצה אך חלק קטן מעונשו, מבקש – כשנתיים לאחר ששוחרר מכלאו – כי יותן בידו רישיון לעסוק ביהלומים, לא קשה לסרב לו (514 ה – ו).

(3) (אליבא דשופט ט' שטרסברג-כהן): העובדה כי השר עצמו לא הפעיל את הסמכויות שהעניק לו חוק הפיקוח, שכשלעצמו נועד לשעת חירום, אלא הוא התקין צו, אצל את סמכויותיו למפקח, והמפקח הפעיל את הסמכויות הנאצלות על-פי קריטריונים שנקבעו על-ידי, אינה עולה בקנה אחד עם הסדרה תחיקתית ראויה של נושא כה חשוב. עם זאת, אין בקביעה זו כשלעצמה כדי להביא לכלל מסקנה כי הצו בטל או שהוצא ללא סמכות או שהמפקח הפעיל את סמכותו שלא כדין. סמכותו של השר לאצול לאחר את סמכויותיו מכוח חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים מעוגנת מפורשות בסעיף 42(א) לחוק. משפעל המפקח במסגרת סמכותו הנאצלת לעניין רישוי, אין מקום לטענה בדבר היעדר סמכות, אף אם הפעלתה פוגעת בחופש העיסוק (7490 – ז, 1496 – ז).

חקיקה ראשית שאזכרה:

– חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח-1957, סעיפים 1 (המונחים: "חוק זה", "פעולה חיונית", "שר"), 2, 3, 5, 5(א), 5(ב), 15, 38, 42, 43(א), 43, 44, 46(ב).

– פקודת הסמכויות בענין היבוא, היצוא והמכס (הגנה), 1939, סעיפים 3, 4.

– פקודת היבוא והיצוא [נוסח חדש], תשל"ט-1979.

– חוק יסוד: חופש העיסוק (מתשנ"ב).

– חוק יסוד: חופש העיסוק, סעיף 10 (מתשנ"ד).

– חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, תשמ"א-1981, סעיף 21.

– חוק רישוי עסקים, תשכ"ח-1968.

– חוק הסמכויות לשעת חירום (הגנה), 1939.

– דבר מלך במועצה על סמכויות לשעת חירום (הגנת המושבות), 1939.

– פקודת הפירושים.

– חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים (תיקון מס' 18), תש"ן-1990.

– חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשנ"ו-1996.

– חוק יסוד: חופש העיסוק (תיקון).

– חוק יסוד: הממשלה, סעיפים 41(ב), 41(ה).

– חוק יסוד: הכנסת, סעיף 1.

– פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, סעיף 7(א).

– חוק המעבר, תש"ט-1949, סעיף 1.

חקיקת משנה שאוזכרה:

- א – צו הפיקוח על יהלומים, יבואם ויצואם, תשל"ט-1979, סעיפים 1 (המונח "מפקח", 2(א), 4(ב), 4(ג), 4(ד), 9, 10, פרק שני, פרק שלישי, פרק רביעי.
- תקנות ההגנה, 1939, תקנות 1(4), 46, חלק ו.
- תקנות-שעת-חירום, תשי"ז-1956.
- תקנות-שעת-חירום (קיום האספקה והשירותים החיוניים), תשי"ז-1957.

ב

הצעות חוק שאוזכרו:

- הצעות חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ז-1956.
- הצעת חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים (תיקון מס' 18), תש"ן-1990.

ג

פסקי-דין של בית-המשפט העליון שאוזכרו:

- [1] בג"ץ 1/49 בז'רנו ואח' נ' שר-המשטרה ואח', פ"ד ב 80.
- [2] בג"ץ 337/81 מיטראני ואח' נ' שר התחבורה ואח', פ"ד לז(3) 337.
- [3] בג"ץ 333/85 אביאל ואח' נ' שר העבודה והרווחה ואח', פ"ד מה(4) 581.
- [4] בג"ץ 1935/93, בשג"צ 3661/93 מחפוד נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד מח(1) 752.
- ד [5] בג"ץ 5688/92 ש' ויכסלבאום ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מז(2) 812.
- [6] בג"ץ 436/66 בן אהרון ואח' נ' ראש המועצה המקומית פרדסיה, פ"ד כא(1) 561.
- [7] בג"ץ 1255/94 "בזק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מט(3) 661.
- ה [8] בג"ץ 1452/93 איגלו חברה קבלנית לעבודות צנרת בנין ופיתוח בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר ואח', פ"ד מז(5) 610.
- [9] בג"ץ 222/61 כמותעש חיפה נ' שר-המסחר-והתעשייה, פ"ד טז 297.
- [10] בג"ץ 300/60 גוטליב נ' שר-המסחר והתעשייה, פ"ד יד 2182.
- [11] בג"ץ 156/63 היועץ המשפטי לממשלה נ' אוסטרייכר, פ"ד יז 2088.
- ו [12] בג"ץ 266/68 עיריית פתח תקוה נ' שר החקלאות, פ"ד כב(2) 824.
- [13] בג"ץ 790/78, המ' 375/79 רוזן ואח' נ' שר המסחר והתעשייה והתיירות ואח', פ"ד לג(3) 281.
- [14] בג"ץ 256/88 מדאינווסט מרכז רפואי הרצליה בע"מ נ' מנכ"ל משרד הבריאות ואח', פ"ד מד(1) 19.
- ז [15] בג"ץ 113/52 זקס נ' שר-המסחר והתעשייה, פ"ד ו 696.
- [16] בג"ץ 344/89 ח.ס.ה. – סחר בינלאומי בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר ואח', פ"ד מד(1) 456.
- [17] בג"ץ 2313/95 קונטקט לינסן (ישראל) בע"מ נ' שר הבריאות ואח', פ"ד נ(4) 397.
- [18] בג"ץ 65/51 ז'בוטינסקי ואח' נ' נשיא מדינת ישראל, פ"ד ה 801.

פסקי-דין, כרך נא, חלק רביעי, תשנ"ז/תשנ"ח 1997 484

- [19] בג"ץ 180/52 יורשי אברהם דוד ואח' נ' שר-האוצר, פ"ד ו 908.
[20] בג"ץ 271, 269/67 חברת פאקא להשקעות בע"מ ואח' נ' שר החקלאות ואח', סביר ב 243.
[21] בג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד ואח', פ"ד מו(3) 501.
[22] בג"ץ 300/66 ורדי נ' יו"ר ועדת עררים לפי חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים ואח', פ"ד כ(4) 514.
[23] ע"פ 74/58 היועץ המשפטי נ' הורנשטיין, פ"ד יד 365.
[24] בג"ץ 3709, 2303/90 פיליפוביץ נ' רשם החברות ואח', פ"ד מו(1) 410.
[25] דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589.

א

ב

ספרים ישראליים שאוזכרו:

- [26] ב' ברכה משפט מינהלי (כרך א, תשמ"ז); (כרך ב, תשנ"ו).
[27] א' ברק פרשנות במשפט, כרך ג, פרשנות חוקתית (תשנ"ו).
[28] א' ברק פרשנות במשפט, כרך ב, פרשנות החקיקה (תשנ"ג).
[29] י' זמיר הסמכות המינהלית (כרך א, תשנ"ו); (כרך ב, תשנ"ו).
[30] א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה 5, בשיתוף ב' מדינה, כרך ב, תשנ"ז).
[31] י' דותן הנחיות מינהליות (תשנ"ו).

ג

ד

מאמרים ישראליים שאוזכרו:

- [32] י' זמיר "ראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק" משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 295.
[33] ה' קלינגהופר "על תקנות-שעת-חירום בישראל" ספר יובל לפנחס רוזן (ח' כהן עורך, תשכ"ב) 86.
[34] ה' קלינגהופר "שלטון החוק וחקיקת משנה" ה-המשפט (1957) 202, 222, 254.

ה

מקורות המשפט העברי שאוזכרו:

- [א] אבות, א, יא.
[ב] משלי, כא, כג.

ו

עתירה למתן צו-על-תנאי. העתירה נדחתה.

מנחם אברמוביץ – בשם העותר;

ז

אסנת מנדל, סגנית בכירה א וממונה על ענייני בג"צים בפרקליטות המדינה – בשם המשיבים.

פסק-דין

א

השופט ט' שטרסברג-כהן

זוהי עתירה שהוגשה נגד המפקח על היהלומים, משרד המסחר והתעשייה (להלן – המפקח) ונגד שר המסחר והתעשייה (להלן – השר).

ב

העותר מבקש רישיון לעסוק ביהלומים שהמפקח סירב לתת לו. נגד סירוב זה טוען העותר חוסר סמכות ואי־סבירות.

העובדות

ג

1. ביוני 1987 ניתן לעותר רישיון לעסוק ביהלומים כיצורן, שתוקפו למשך שנה. כארבעה חודשים לאחר מכן הותלה רישיונו משנעצר כחשוד ברצח. בינואר 1990 הורשע העותר בעבירת רצח על רקע סכסוך בין סוחרים בתחנה המרכזית. נשיא המדינה קצב את עונשו והעמידו על עשר שנות מאסר ולאחר שריצה שש שנים מתוכן, שוחרר הוא ממאסרו במארס 1994. העותר ביקש לחדש לו את הרישיון או להעניק לו רישיון חדש, ובקשתו נדחתה. במכתב המפקח מיום 7.2.1995 נימק הוא את הסירוב בהרשעת העותר בעבירה שיש עמה קלון, ואילו במכתבי סגנית היועץ המשפטי של משרד המסחר והתעשייה שהופנו אל בא"כוח העותר יש התייחסות גם לנושא האיסור החל על העותר להיכנס לבנייני בורסת היהלומים, כעילה לסירוב.

ה

טענות הצדדים

2. תמצית טענות העותר היא כדלקמן:

ו

המפקח פעל בחוסר סמכות בסרבו לתת את הרישיון המבוקש לאחר שהעותר עמד בתנאים הקבועים בצו לצורך קבלתו, וטעמיו לסירוב הם בלתי ענייניים ובלתי רלוונטיים. החלטת המפקח לוקה בחוסר סבירות באשר היא פוגעת בזכות היסוד לחופש עיסוק, והפגיעה היא מטעמים בלתי ענייניים ובלתי רלוונטיים. המפקח אינו רשאי להביא בחשבון שיקוליו את עברו הפלילי של העותר ובעשותו כן שקל הוא שיקול פסול.

ז

המשיבים טוענים כי המפקח פעל מכוח סמכות שהוקנתה לו על-פי חוק; כי שיקוליו ענייניים, סבירים וראויים; כי אין בידי העותר זכות קנויה לקבלת הרישיון המבוקש; כי עברו הפלילי הוא שיקול לגיטימי שאותו רשאי ואף חייב המפקח לשקול וכי החלטתו

השופט ט' שטרסברג-כהן

פ"ד נא(4) 481

של המפקח נתקבלה בגדר סמכותו והיא עומדת במבחן החוקיות והסבירות. המשיבים מדגישים את חשיבות העיסוק ביהלומים ואת רגישותו, את נושא הביטחון האישי והמוסדי של ענף זה, את האמינות האישית הגבוהה שעליה הוא בנוי ואת מעמדה הנכבד של מדינת ישראל בענף היהלומים בעולם. חשיבותו הציבורית והכלכלית של הענף והסיכונים הכרוכים בעיסוק בו הביאו להסדרת הפעילות בו על ידי צו הפיקוח על היהלומים, יבואם ויצואם, תשל"ט-1979 (להלן – צו הפיקוח) שהוצא מכוח חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח-1957 (להלן – חוק הפיקוח), והמפקח פעל מכוח החוק ובמסגרתו.

א

ב

המסגרת הנורמטיבית

3. על-פי סעיף 5 לחוק הפיקוח, הוסמך שר להסדיר בצו שירותים בני-פיקוח, וכל שרשאי הוא להסדיר, רשאי הוא לאסור, להגביל, להתנות בתנאים לרבות תנאים לקבלת רישיון כללי ומיוחד. חוק הפיקוח מסמיכו, בין השאר, להסדיר את פעילותו ואת דרכי הנהלתו של מפעל העוסק בפעולה חיונית ולהסדיר ייצורו והפצתו של מצרך מסוים. פעולה חיונית כהגדרתה בסעיף 1 לחוק הפיקוח היא פעולה הנראית לשר כחיונית, בין השאר, להגנת ביטחון הציבור וקיום אספקה סדירה ושירותים סדירים. מכוח אלה, מצא השר להסדיר את ענף היהלומים בצו הפיקוח.

ג

ד

החוק

4. מחמת חשיבותם של הסעיפים הרלוונטיים בחוק הפיקוח ובצו הפיקוח, יובאו הם כלשונם:

ה

סעיף 3 לחוק הפיקוח קובע כי:

"לא ישתמש שר בסמכותו לפי חוק זה, אלא אם היה לו יסוד סביר להניח שהדבר דרוש לקיום פעולה חיונית, למניעת הפקעת שערים וספרות או למניעת הונאת הציבור".

ו

"פעולה חיונית" הוגדרה בסעיף 1 לחוק הפיקוח כ:

"פעולה הנראית לשר כחיונית להגנת המדינה, לבטחון הציבור, לקיום אספקה סדירה או שירותים סדירים, לקיום יציבות של מחירי מצרכים או שכר שירותים, להגדלת היצוא או להגברת הייצור...".

ז

בסעיף 5 לחוק הפיקוח נקבע כי:

- א " (א) שר רשאי להסדיר בצו –
- (1) ייצורו של מצרך מסויים, שמירתו, החסנתו, הובלתו, העברתו ממקום למקום ומיד ליד, הפצתו, מכירתו, רכישתו, צריכתו, הטיפול בו והשימוש בו, לרבות שחיטת בהמות;
 - (2) פעולתו ודרכי הנהלתו של מפעל העוסק בפעולה חיונית;
 - (3) עשייתו של שירות בר-פיקוח.
- ב) כל מה ששר רשאי להסדיר לפי סעיף זה, רשאי הוא לאסרו, להגבילו, להטיל עליו פיקוח או בקורת, להתנותו בתנאים, לרבות תנאים לקבלת רשיון, כללי או מיוחד.
- ... " (ההדגשה שלי – ט' ש' כ').

הצו

5. ברישה לצו נאמר כי הצו הוצא מכוח סעיפים 5, 15 ו-38 לחוק הפיקוח, מכוח סעיפים 3 ו-4 לפקודת הסמכויות בענין היבוא, היצוא והמכס (הגנה), 1939 (כיום פקודת היבוא והיצוא [נוסח חדש], תשל"ט-1979), ומכוח כל דין.

ט סעיף 2(א) לצו שכותרתו "חובת רשיון לעיסוק או היתר חד פעמי", קובע לאמור:

א "לא יעסוק אדם ביהלומים, לא ייצר, לא יסחור, לא ייבא ולא ייצא יהלומים, לא יחזיק בהם, לא ישתמש בהם ולא ירשה לאחר להשתמש בהם, לא יעביר את הבעלות או את החזקה בהם, ולא יקבל בשום דרך מדרכי ההעברה את הבעלות או את החזקה בהם, אלא לפי רשיון בכתב מאת המפקח ובהתאם לתנאי הרשיון או לפי היתר מיוחד בכתב וחד פעמי מאת המפקח."

י סעיף 4 לצו, שכותרתו "בקשה לרשיון", קובע לאמור:

- יא "4. (א) הבקשה לרשיון לפי סעיף 2 או בקשה לחידושו תוגש למפקח ...
- (ב) לא ינתן רשיון למבקש לעסוק ביהלומים אלא אם הוכח להנחת דעתו של המפקח שהמבקש הוא בעל ארבע שנות ותק בעיסוק ביהלומים.
 - (ג) על אף האמור בסעיף קטן (ב) רשאי המפקח לתת רשיון אף אם אין המבקש בעל ותק של ארבע שנים.
 - (ד) המפקח רשאי לדרוש ממבקש רשיון פרטים נוספים הדרושים לו בקשר לבקשה לרשיון.
 - (ה) מי שהגיש בקשה לרשיון עד ליום פרסום צו זה, יחולו עליו ההוראות הקודמות באשר לותק בעיסוק ביהלומים."

סעיפים 9 ו-10 לצו, שעניינם "סמכויות המפקח", קובעים לאמור:

א 9. המפקח רשאי לסרב לתת רשיון, לקבוע בו תנאים, להוסיף עליהם ולשנותם וכן להתלות רשיון או לבטלו.

10. המפקח רשאי לקבוע, בהוראה מיוחדת בכתב או בהוראה כללית, דרישות בנוגע למקומות המיועדים לעיסוק ביהלומים, לשמירתם או להחסנתם, ומשניתנה הוראה כאמור חייב כל אדם למלא אחריה."

ב 6. המפקח מינה ועדה מייעצת ובה חברים בין היתר סגן המפקח על היהלומים (יו"ר), מעריך יהלומים ראשי וקצין הביטחון של מכון היהלומים הישראלי, ובהתייעצות עם הוועדה שמינה, קבע המפקח קריטריונים למתן רשיון ליחיד לעסוק בייצור או בסחר ביהלומים על-פי הצו. הקריטריונים למתן רשיון כוללים, בין השאר, קריטריון הרלוונטי לענייננו, ולפיו, המועמד לקבלת רשיון "לא הורשע בעבירה שיש עמה קלון".

מתן רשיון או חידושו

ד 7. בפתח דבריי אתייחס לאופי הסירוב. הפסיקה עשתה הבחנה בין השיקולים לאי-מתן רשיון מלכתחילה לבין השיקולים לאי-חידושו, כאשר האחרונים מחמירים יותר. נדרשים טעמים חזקים יותר לאי-חידושו רשיון שכבר הוענק, מאשר לאי-הענקתו מלכתחילה. הבחנה זו אינה חשובה בעיני לענייננו, משום שכאמור, החזיק העותר ברישיון ארבעה חודשים בלבד, ומאז אין הוא מחזיק ברישיון. לפיכך, יש לראות בו כמי שמבקש להעניק לו רשיון מלכתחילה. אוסיף ואומר שגם אילו סברתי שהעותר ביקש לחדש לו רשיון שהותלה מאז 1987, הייתי נוקטת אותן אמות-מידה הננקטות לעניין הענקת הרישיון, שכן "חידוש" כזה כמוהו כהענקת מלכתחילה. על-כל-פנים, לדעתי, אין העותר עומד גם בקריטריונים הנקוטים לצורך חידוש רשיון.

ט סעיף 9 לצו הפיקוח – חריגה מסמכות

ז 8. בעתירתו מעלה בא-כוח העותר, בשפה רפה, טענה שלפיה הוצא צו הפיקוח וסעיף 9 שבו בחריגה מהסמכות המוקנית לשר בחוק הפיקוח, שכן הצו לא נועד לקדם את המטרות המנויות בסעיף 3 לחוק, מטרות, שלשם הגשמתן, הוסמך שר להוציא צו פיקוח מכוח החוק. טענה זו אינה נראית לי. על-פי סעיף 3 לחוק נדרש כי יהיה לשר "יסוד סביר להניח שהדבר דרוש לקיום פעולה חיונית". השר מצא כי הסדרת ענף היהלומים היא "פעולה חיונית", ובהתחשב בטיב הענף, בחשיבותו הכלכלית ובסיכונים

הכרוכים בעיסוק בו, נראה כי אכן היה יסוד סביר להנחה זו. על-כל-פנים לא נטען בפנינו בצורה רצינית, אחרת.

א

לאור הגדרתה של "פעולה חיונית" בסעיף 1 לחוק הפיקוח, הכוללת "פעולה הנראית לשר כחיונית... לבטחון הציבור, לקיום אספקה סדירה או שירותים סדירים, לקיום יציבות של מחירי מצרכים או שכר שירותים, להגדלת היצוא או להגברת הייצור..." הוסדר העיסוק בענף היהלומים, על-ידי השר, בצו. חשיבותו הכלכלית של ענף היהלומים למדינת ישראל, גדולה היא. הענף רכש מוניטין בין-לאומי בתחום זה והוא מהמובילים בו. הענף "מגלגל" סכומי עתק. הטובין – יהלומים – עוברים מיד ליד במהלך הייצור, העיבוד והסחר. הפיתוי לעשיית רווחים קלים, ולא בדרך המלך, רב. הענף בנוי על אמון אישי, על רמה גבוהה של הגינות ויושר. הסיכון לביטחון האישי של העוסקים בענף ושל הציבור, רב. כל אלה מצריכים הסדרת הענף בחוק כפי שנעשה בפועל מכוח חוק הפיקוח בצו הפיקוח, שבו אצל השר את סמכויותיו לעניין רישוי למפקח.

ב

ג

אצילת הסמכות

ד

9. העותר תוקף את סמכות השר לאצול את סמכותו ללא קביעת הקריטריונים להפעלת הסמכות, וטוען כי המפקח מוגבל בהפעלת סמכותו לתנאים הקבועים בסעיף 4 לצו, וכי אם מתיימר הצו להעניק למפקח סמכות להפעיל שיקול-דעת ללא מגבלת תנאי סעיף 4, הרי שהצו בטל מחמת חריגה מסמכות. טענות אלה אינן נראות לי. סמכותו של השר לאצול לאחר את סמכויותיו מכוח חוק הפיקוח מעוגנת מפורשות בסעיף 42(א) לחוק הפיקוח הקובע כי "שר רשאי לאצול לאחר מסמכויותיו לפי חוק זה, כולן או מקצתן...". סעיף 5(ב) לחוק הפיקוח קובע, כי: "כל מה ששר רשאי להסדיר לפי סעיף זה, רשאי הוא לאסרו, להגבילו, להטיל עליו פיקוח או בקורת, להתנותו בתנאים, לרבות תנאים לקבלת רשיון, כללי או מיוחד". בסעיף 9 לצו מסמיך השר את המפקח לסרב לתת רישיון, לקבוע בו תנאים, להוסיף עליהם ולשנותם וכן להתלות רישיון או לבטלו.

ה

ו

10. ככלל, היקפה של האצילה המותרת הוא זה הקבוע בחוק המסמיך. בכפוף לכך יש לאפשר לרשות לקבוע עד כמה מבקשת היא לאצול לאחר (ראה ב' ברכה חשפט מינהלי (כרך ב) [26], בעמ' 188). מבחינה זו עומדת האצילה במקרה דנן במסגרת שנתחמה לה על-ידי החוק. אלא מאי? שבמקרה הנדון מצביע בא-כוח העותר על אופייה הייחודי של הסמכות המואצלת המאפשרת פגיעה בזכות האדם לחופש עיסוק. כאשר מדובר בסמכות מואצלת המאפשרת פגיעה כזו, יש, לטענתו, לכבול את ידי הרשות הנאצלת על-ידי קריטריונים שייקבעו על-ידי הרשות המאצילה.

ז

11. מאז פסיקתו של בית-משפט זה בבג"ץ 1/49 בז'דנו ואח' נ' שר-המשטרה ואח' [1] ניתן לזכות לחופש העיסוק מעמד של זכות יסוד, והיא מוקנית לכל אדם באשר הוא, אלא אם כן נשללה היא ממנו מפורשות בחוק או מכוחו של חוק. מעמדה של הזכות לחופש עיסוק התעצם מאז, לאור חוק-יסוד: חופש העיסוק. אמנם חוק היסוד אינו חל על המקרה הנדון מפאת סעיף שמירת הדינים שבו (חוק הפיקוח וצו הפיקוח קדמו לקבלתו של חוק היסוד), אך הוא מהווה מקור הראה לפרשנות החוקים שקדמו לו ומשליך על מעמדה של הזכות לחופש עיסוק ועל חובתנו לעמוד על המשמר ולהקשות על המבקשים לפגוע בה. בעניין זה ראוי לציין, שאף בחוק-יסוד: חופש העיסוק, לאחר התיקון משנת תשנ"ד, הותרה פגיעה בחופש העיסוק גם בחקיקת משנה, מכוח "הסמכה מפורשת" בחוק (טרם הוכרע על-ידי בית-משפט זה פשר הדרישה ל"הסמכה מפורשת" לפי התיקון הנ"ל ואף אני אינני נדרשת להכריע בסוגיה זו, שכן, בעניינינו מדובר בחוק שקדם לחוק היסוד והוא שריר וקיים מכוח סעיף שמירת הדינים (א' ברק פרשנות במשפט, כרך ג, פרשנות חוקתית [27], בעמ' 501-502)). עם זאת, מקובל עליי, כי לאור מעמדה וחשיבותה של הזכות לחופש עיסוק גם קודם לחוק היסוד, יש להעדיף – במקום בו נתונה הוראה מסמיכה לפרשנויות שונות – את הפרשנות שתמזער את הפגיעה בחופש העיסוק.

12. תנאי מוקדם לאפשרות לפגוע בחופש העיסוק הוא קיום הוראה מתאימה לעשות כן, בדבר חקיקה מפורש (ראה: בג"ץ 337/81 מיטראני ואח' נ' שר התחבורה ואח' [2], בעמ' 753; בג"ץ 333/85 אביאל ואח' נ' שר העבודה והרווחה ואח' [3], וראה א' ברק פרשנות במשפט, כרך ב, פרשנות החקיקה [28], בעמ' 559). תנאי כזה הוא תנאי בלתי אין וכאשר הוא מתקיים, עדיין צריכה הפעלת הסמכות להיעשות על-פי נורמות וכללי מינהל תקין. כך לגבי חוקים שקדמו לחוק-יסוד: חופש העיסוק, כך לגבי חוקים שבאו אחריו שאם פוגעים הם בחופש העיסוק עליהם לעמוד בתנאי פיסקת ההגבלה.

כל משטר רישוי, והכנסת ענף היהלומים למשטר רישוי בכלל זה, מגביל במידה זו או אחרת את חופש העיסוק, ואף-על-פי-כן, אין איש מעלה את הטענה כי יש להימנע מכל משטר רישוי. גם העותר אינו מלין על הכנסת ענף היהלומים למשטר רישוי. טענתו היא, כי לא המפקח הוא זה המוסמך לשלול רישיון או לסרב לתתו, אלא השר הוא המוסמך לעשות זאת בעצמו. טענה זו אינה מקובלת עליי. כאשר המחוקק העניק באופן מפורש סמכות לשר, להסדיר ענף כשהיה לו יסוד סביר להניח שהדבר דרוש לקיום פעולה חיונית, הרי אף שיכול שהפעלתה תגרום לפגיעה בחופש העיסוק, אין לגרוס כי הפגיעה נעשית ללא סמכות, הוא הדין באצילת סמכויות. משהסמיך החוק את השר

השופט ט' שטרסברג-כהן

פ"ד נא(4) 481

לאצול סמכויותיו, והשר האציל באופן ספציפי את הסמכות לעניין רישוי, ומשפועל הנאצל במסגרת סמכותו הנאצלת, אין מקום לטענה בדבר היעדר סמכות, אף אם הפעלתה פוגעת בחופש העיסוק. עם זאת ראוי להדגיש שלא די בכך שמוענקת סמכות מכוח חוק, אלא על בעל הסמכות להפעילה בהתאם לנומרות של סדרי מינהל תקין תוך הפעלת שיקול-הדעת באופן ראוי בביצוע תפקיד מינהלי (על כך להלן). במקרה הנדון התכוון המחוקק בחוק הפיקוח, ואחריו השר בצו הפיקוח, להסדיר את ענף היהלומים באמצעות רישוי, תוך מודעות לכך שהסדרה כזו עלולה לפגוע בחופש העיסוק. הדבר נובע מעצם הסמכות המוקנית בחוק עצמו ובצו. פרשנות זו של החוק ושל הצו שקדמו לחוק היסוד מתיישבת עם לשונם הברורה של החוק ושל הצו, ומה שחשוב יותר, עם תכליתם, שהיא, ליצור משטר רישוי בעיסוקים שאופיים הרגיש לצד חשיבותם לכלכלה ולמשק, מחייבים זאת.

13. אינני סבורה אפוא, שהאצלת הסמכות על-ידי השר למפקח נעשתה בחוסר סמכות ושהפעלתו של המפקח את סמכותו הנאצלת הייתה מחוסרת סמכות. על האצלה גורפת ועל השלכותיה אומר פרופ' י' זמיר בספרו הסמכות המינהלית (כרך א) [29], בעמ' 237:

”כאשר בית המשפט ידרש לפרשנות של סמכות גורפת, ודאי יהיה ער וחרד לזכויות האדם וערכי יסוד אחרים, לפחות כמו בפרשנות של הסמכה פרטנית. יתכן אפילו שבית המשפט יקפיד במיוחד למנוע שימוש בסמכות גורפת באופן שיפגע בזכויות האדם: שהרי בסמכות פרטנית יש לא פעם יסוד להנחה כי המחוקק נתן דעתו ורשותו לפגיעה כזאת; ואילו בסמכות גורפת היסוד להנחה כזאת רופף יותר. עם זאת, אין לשלול את האפשרות שהסמכה גורפת תתפרש, לפי מהות הרשות או לפי מהות הסמכות, גם כהיתר לפגוע בזכויות האדם” (ההדגשה שלי – ט' ש' כ').

יפים בעיני דברים אלה באופן כללי, קל וחומר שיפים הם לענייננו, שבו אין הסמכה גורפת, אלא הסמכה מיוחדת לעניין הרישוי.

היחס בין סעיף 9 לבין סעיף 4 לצו

14. טוען העותר כי בבוא המפקח לשקול הענקת רישיון על-פי סעיף 9 לצו, מוגבל הוא בשיקוליו לשיקולים המנויים בסעיף 4 לצו בלבד. טענה זו אינה מקובלת עליי. הסמכות המוקנית בסעיף 9 רחבה במידה ניכרת מהדרישות הספציפיות המנויות בסעיף 4, המונה כמה פרטים טכניים, שעל המבקש רישיון למלא אותם, ובמיוחד כאלה המתיחסים לוותק הדרוש לצורך קבלת רישיון. הוראה זו הינה לקונית, טכנית ואינה

השופט ט' שטרסברג-כהן

פ"ד נא(4) 481

ממזה את השיקולים שהמפקח רשאי ואף חייב לשקול ואת הנושאים שעליהם חייב הוא לתת את הדעת כאשר עומד הוא בפני החלטה אם להעניק רישיון או להימנע מעשות כן. אין ספק בעיניי, שכל אותן כשירויות אישיות, ובהן אישיותו של מבקש הרישיון והתאמתו לעסוק בענף היהלומים, ובמיוחד עברו הפלילי, צריכים להיות מובאים בחשבון על-ידי המפקח, במסגרת חובתו לדאוג לתקינות הפעילות בענף ולביטחון העוסקים בו, ולמען המטרות הקבועות בחוק הפיקוח. במסגרת סמכותו של המפקח, רשאי הוא, ואף חייב, לתת את דעתו לכל שיקול ענייני הרלוונטי לתחום שאותו בסמכותו להסדיר. אין הוא מוגבל לאותם פרטים טכניים המנויים בסעיף 4 שאינם בגדר שיקולים מהותיים ובוודאי אינם ממצים.

א

ב

בהפעילו את שיקול-דעתו – הן מכוח חובתו של מי שמוענקת לו הסמכות להפעיל שיקול-דעת, והן מכוח הסמכות המיוחדת שהוענקה לו בצו – על המפקח לפעול בסבירות תוך שקילת השיקולים הענייניים בלבד ותוך עריכת איזון נכון ביניהם.

ג

שיקולי המפקח

15. כאמור, במכתבו מיום 7.2.1995 מנמק המפקח את סירובו להעניק לעותר רישיון בכך שהעותר הורשע בעבירה שיש עמה קלון. זהו הנימוק היחיד הנובע מהחלטת המפקח נושא העתירה (אם כי אין לדחות גם את הנימוק המופיע בהתכתבות מאוחרת יותר, ולפיו אין הנהלת בורסת היהלומים מתירה לעותר להיכנס לבנייני הבורסה). האם שיקול זה הוא שיקול ראוי וסביר והאם נערך איזון נכון בין השיקולים הרלוונטיים המעומתים זה כנגד זה?

ד

ה

בטרם אדון בטענותיו של העותר לגופו של השיקול שבעטיו החליט המפקח שלא להעניק לו רישיון, אתייחס לשתי טענות מקדמיות שהעלה העותר ושלדבריו מלמדות על פסלות השיקול:

א. המפקח לא היה רשאי להקים ועדה מייעצת ולאפשר לה לקבוע קריטריונים למתן רישיון, ובהם הקריטריון של הרשעה בעבירה שיש עמה קלון. אין לקבל טענה זו. המפקח נעזר בוועדה, שעם חבריה נמנים, כאמור, מעריך יהלומים ראשי, קצין הביטחון של מכון היהלומים הישראלי וסגן המפקח על היהלומים. בעוד המפקח הוא זה ששקל את השיקולים וקיבל את ההחלטה, ובכך הפעיל את סמכותו בעצמו, השכיל הוא לקבל ייעוץ מאנשי המקצוע בענף שאותו הוסמך להסדיר. הוועדה המייעצת מורכבת מאנשים המיטיבים להכיר את ענף היהלומים והידע שבאמתחתם מביטיח הארת הנושא מכל זוויותיו באופן שבסופו של דבר תתקבל החלטה של המפקח שתהיה מושכלת, שקולה ועניינית. לא זו בלבד שאין בכך דופי אלא יש לראות בכך יוזמה ברוכה.

ו

ז

פ"ד נא(4) 481 השופט ט' שטרסברג-כהן

ב. טוען העותר – בשפה רפה – כי השימוש במידע בדבר הרשעתו הוא פסול, משום שלמפקח אין גישה כחוק למרשם הפלילי ומידע זה לא היה אמור להיות לנגד עיניו. אכן, סעיף 21 לחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, תשמ"א-1981 קובע, כי "בעל סמכות ... לא יביא בחשבון מידע שאינו זכאי לקבלו לפי חוק זה". לא שוכנעתי כי המפקח לא היה זכאי לקבל את המידע "לפי חוק זה" אולם גם אם לא היה זכאי לכך, לא הוברר כיצד הגיע המידע לרשות המפקח. לאור חזקת התקינות של פעולת הרשות, עלינו להניח כי המידע הגיע למפקח בדרך חוקית וסביר להניח כי הגיע אליו מן העותר עצמו שלא טען כי אין הדבר כך. כאשר הרשעה נודעת לבעל הסמכות מהמורשע עצמו, רשאי הוא לעשות שימוש במידע זה (בג"ץ 1935/93, בשג"צ 3661/93 מחפוד נ' השר לענייני דתות ואח' [4]. לעניין חזקת התקינות ראה י' זמיר "ראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק" [32], בעמ' 297-307).

16. לגופו של עניין, טוען העותר, שעובדת הרשעתו בעבירה שיש עמה קלון איננה שיקול ענייני לצורך הענקת רישיון לעסוק ביהלומים, ועל-כן היה המפקח מנוע מלשקולו. טענה זו אינה מקובלת עליי. הרשעה קודמת בעבירה שיש עמה קלון, של מי שמבקש לעסוק בענף היהלומים, היא בעלת רלוונטיות ממדרגה ראשונה לצורך השיקול אם להעניק רישיון כזה, אם לאו. המבחן לבדיקת עניינותו של השיקול האמור הוא, היותו "בהתאם לכוונת החוק או, נוסח אחר, תכלית החוק" (י' זמיר הסמכות המינהלית (כרך ב) [29], בעמ' 748). לצורך בדיקת היותו של שיקול מינהלי לגיטימי, על השיקול להתיישב עם מטרתו הפרטיקולרית של הצו מעניק הסמכות ועם עקרונות היסוד של השיטה (בג"ץ 5688/92 ש' ויכסלבאום ואח' נ' שר הביטחון ואח' [5], בעמ' 824). השיקול הנדון עומד במבחן זה.

17. זאת ועוד: בבואנו לבחון אם שיקולו של המפקח ענייני הוא לאור תכליתו של צו הפיקוח, עלינו להיות ערים לאופיו הייחודי של העיסוק בענף היהלומים. עלינו להביא בחשבון את חשיבות העיסוק ביהלומים ואת רגישותו, את נושא הביטחון האישי והמוסרי של ענף זה ואת האמינות האישית הגבוהה שעליה הוא בנוי. כמו כן עלינו להתחשב בהיקפו של ענף זה ובחשיבותו למשק הישראלי. ישראל היא אחת מארבעת מרכזי ייצור היהלומים הגדולים בעולם. בזכות המוניטין הרב שנודע למרכז היהלומים בישראל, ניצבת היא במקום נכבד בשוק העולמי ומתאפשר ייצור וייצוא של יהלומים המיובאים כחומר גלם וליטושם נעשה בארץ. הסדרים חקיקתיים שונים של העיסוק ביהלומים מלמדים על חשיבותו של הענף ועל רגישותו. עסק של עיבוד יהלומים וליטושם טוען רישוי לפי חוק רישוי עסקים, תשכ"ח-1968. שר המשטרה קבע "תנאים מוקדמים לפי סעיף 7 לחוק רישוי עסקים תשכ"ח-1968 לעסק... יהלומים או אבני חן – מפעל לליטושם או לעיבודם". תנאים אלה כוללים התייחסות לעברו הפלילי של אדם, ודורשים קבלת אישור המשטרה לצורך העסקתו של כל אדם בעסק כאמור. דרישות אלה באות מטעמי ביטחון העוסקים בענף ומטעמי ביטחון הציבור.

השופט ט' שטרסברג-כהן

פ"ד נא(4) 481

18. מניעת כניסתו לענף היהלומים של מי שעבר עבירה שיש עמה קלון היא דרישת סף סבירה ואף מתחייבת. לא זו אף זו: במקרה דנן מדובר במי שהורשע ברצח שבוצע על רקע סכסוך מסחרי. עבירת הרצח היא מן החמורות שבעבירות, אם לא החמורה שבהן. היא מעידה במידה רבה על אופיו של מבצעה, על מערכת ערכיו, על דרך תגובותיו, על מידת שליטתו הלקויה במעשיו, על תגובותיו הבלתי מבוקרות במצבי לחץ, על כושר שיפוט לקוי ועל כושר איפוק פגום. וכבר נאמר כי "הקלון האמור כאן הוא פגם מוסרי (moral turpitude בלע"ז) המעיד על בעליו שאין הוא ראוי לבוא בקהל ישרים..." (בג"ץ 436/66 בן אהרון ואח' נ' ראש המועצה המקומית פרדסיה [6], בעמ' 564). ואכן, אין זה בלתי סביר מצד המפקח לחשוש שכניסתם של אנשים המפירים נורמות מוסריות, ערכיות וחוקיות אל ענף היהלומים, עלולה לפגוע פגיעה חמורה בענף ובעוסקים בו. לכך יש להוסיף את מראית פני הדברים בעיני העוסקים האחרים בענף בארץ והבאים עמו בקשרים בחו"ל, אם יתברר שמתקבלים לתוכו כאלה שהורשעו בעבירות חמורות. הטענה שרצח איננו ממין העבירות הרלוונטיות לשקול שלילת רישיון לעיסוק בענף, מוטב שלא נטענה, משנטענה.

א

ב

ג

19. למעלה מן הדרוש אציין לעניין שיקולי המפקח בהפעלת סמכותו כי אלה היו – לדעתי – עומדים גם במבחן חוק-יסוד: חופש העיסוק. אומר על כך א' רובינשטיין בספרו המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל [30], בעמ' 1147:

ד

"...קביעה של תנאים מוקדמים לעיסוק במקצוע, אף שיש בה פגיעה בחופש העיסוק, תיחשב לחוקתית – בתנאי, כמובן, שהמדובר בתנאים שהם ממין העניין, ואשר עומדים בשלושת מבחני-המשנה של 'המידה הדרושה' שנמנו לעיל. התנאים המקובלים בהקשר זה הם: עברו הפלילי של המועמד, אופיו כאדם הגון וישר, היותו אזרח או תושב המדינה, גילו, השכלתו, התמחות וידע מקצועי".

ה

טבירות האיזון בין השיקולים

20. טוען בא-כוח העותר, שאף אם הרשעת העותר הינה שיקול ענייני שיש לשקלו, הרי שבאיזון הכולל, בינה לבין זכותו של העותר לחופש עיסוק, גוברת הזכות לחופש עיסוק. סבורתני כי אף טענה זו דינה להידחות.

ו

הזכות לחופש עיסוק הינה זכות יחסית, ולא זכות מוחלטת, ויש לאזן בינה לבין אינטרסים אחרים באופן שבנסיבות מסוימות עליה לסגת מפני אותם אינטרסים (ראה בג"ץ 1255/94 "בזק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שרת התקשורת [7], בעמ' 682).

ז

השופט ט' שטרסברג-כהן

פ"ד נא(4) 481

אכן, אל מול הרשעתו של העותר ברצח, וההשפעות שיש לכך על נגישותו לעסוק בענף היהלומים, ניצבת זכותו של העותר לחופש עיסוק, שעל מעמדה וחשיבותה – במיוחד לאור חוק היסוד – הרחבנו לעיל, תוך הצבעה על יחסיותה. לאחר בחינה זהירה של האיזון שערך המפקח בין הזכות לחופש עיסוק לבין הבטחת תקינות העיסוק בענף היהלומים, הגעתי למסקנה, כי האיזון שערך המפקח בין השיקולים השונים לאינטרסים הנוגעים בדבר שהביאוהו להחלטתו שלא להעניק לעותר את הרישיון המבוקש, עומד במבחן הסבירות. בעניין זה, מבקשת אני לאמץ מבחן שנקבע בפסיקתו של בית-משפט זה, לאיזון הראוי במקרים, כגון זה שבפנינו:

”...כאשר הרציונל העומד בבסיס חופש העיסוק הוא, בעיקרו, עניינו של אדם להתפרנס, לעומתו עומד הערך של קידום כלכלת המדינה, מן הראוי להחיל את מבחן האפשרות הסבירה לפגיעה ממשית בכלכלת המדינה” (בג"ץ 1452/93 איגלו חברה קבלנית לעבודות צנרת בנין ופיתוח בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר ואח' [8], בעמ' 617 וראה גם ברק בספרו הנ"ל (כרך ג) [27], בעמ' 582-583).

למעלה מן הדרוש אוסיף, כי אילו הייתי אמורה לבחון את עמידותה של ההחלטה במבחן פיסקת ההגבלה של חוק היסוד ולא רק בהשראתו, הייתי מוצאת שאי-הענקת הרישיון היא לתכלית ראויה ואינה עולה על הנדרש.

21. עיינתי בפסק-דינו של חברי השופט חשין ובעיקרון מסכימה אני לאמור בו והוא הדין בהערותיו של חברי הנשיא ברק, שאליהן אני מצטרפת, ומוצאת אני להוסיף ולהעיר כדלקמן:

הסמכויות שהוענקו לשר בחוק הפיקוח שהוא חוק לשעת חירום, רחבות הן בהיקפן ובתחומי התפרסותן. הן משתרעות על פני נושאים ותחומים שאין בהכרח קשר בינם לבין מצב חירום, ומאפייני החירום שבהם מתמצים בעובדה שהמדינה נמצאת תחת הכרזת חירום מאז 1948. על כך התריע בית-משפט זה בפסיקתו לא אחת, בהזיהרו מפני שימוש-יתר בסמכויות שהוקנו בחוק הפיקוח ובקוראו לרשויות לשקול אמצעים לתיקון המצב. בענייננו, לא הפעיל השר עצמו את הסמכויות שהעניק לו חוק הפיקוח שכשלעצמו נועד לשעת חירום, אלא הוא התקין צו, אצל את סמכויותיו למפקח, והמפקח הפעיל את הסמכויות הנאצלות על-פי קריטריונים שנקבעו על-ידיו. מצב זה אינו עולה בקנה אחד עם הסדרה תחיקתית ראויה של נושא חשוב כפי הנושא שלפנינו. אלא שאין בכך כדי להביאני לכלל מסקנה כי הצו בטל או שהוצא ללא סמכות או שהמפקח הפעיל את סמכותו שלא כדין, והכול כאמור בחוות-דעתי זו.

22. לאור כל האמור לעיל, מציעה אני לדחות את העתירה ולחייב את העותר לשלם למשיבים הוצאות בסך 10,000 ש"ח.

השופט מ' חשין

א

אני מסכים לפסק-דינה של חברתי השופטת שטרסברג-כהן, וביקשתי להוסיף הארות מספר לענייניו של חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים (להלן נכנה חוק זה – החוק או חוק הפיקוח).

ב

2. העותר תוקף בעתירתו הוראות אחדות שבצו הפיקוח על יהלומים, יבואם ויצואם (להלן נכנה אותו – צו היהלומים). כן תוקף הוא את שיקול-דעתו של המפקח, הרשות המוסמכת שלפי צו היהלומים. לכאורה, עניינינו בעוד עתירה-של-שיגרה, עתירה שעניינה שלילת זכותו של אדם לעסוק במקצוע שאיווה לו. לכאורה כך; לאמיתם של דברים לא כך.

ג

טעם הדבר הוא, שצו היהלומים ראה אור כבנו של חוק הפיקוח, והוא בצדם של עשרות-עשרות בנים ובנות שילד חוק הפיקוח מיום שראה אור ועד הנה. חוק הפיקוח משמש חוק עיקרי בנושאי משק, כלכלה ועיסוק – בצדם של חוקים המסדירים נושאי משק וכלכלה ספציפיים, כל אחד מהם לעצמו – ומכאן החשיבות הרבה לתהייה על עיקריו. עיקרי החוק שולטים בכל אחד ואחד מן הצווים הרבים שניתנו על-פי הסמכויות האמורות בו, והם צווים האמורים להסדיר נושאי משק וכלכלה שונים ורבים בישראל.

ד

כך באשר לאותם צווים וכך באשר לצו היהלומים.

ה

למקורו של חוק הפיקוח

ו

3. בראשית היה החוק הבריטי הקרוי חוק הסמכויות לשעת חירום (הגנה), 1939 : Emergency Powers (Defence) Act, 1939. חוק זה חוקק בווסטמינסטר ביום 24 בחודש אוגוסט 1939, יום לאחר שגרמניה וברית-המועצות חתמו ביניהן על הסכם אי-התקפה (הסכם מולוטוב-ריבנטרופ). בעקבות חוק זה ראה אור דבר מלך במועצה על סמכויות לשעת חירום (הגנת המושבות), 1939 : Emergency Powers (Colonial Defence) Order in Council, 1939 (להלן נכנה אותו – דבר המלך). מכוח סמכות שניתנה לו בדבר המלך ובחוק הבריטי, התקין הנציב העליון דאז, סיר הרולד אלפרד מקמייקל, את תקנות ההגנה, 1939 : Defence Regulations, 1939 (להלן נכנה אותן – תקנות ההגנה). החוק הבריטי, דבר המלך ותקנות ההגנה פורסמו בצוותא-חדא בנוסח האנגלי בע"ר 1939, תוס' 2, בעמ' 649, 656 ו-659, כסדרם. הפרסום היה ביום 26 בחודש אוגוסט 1939, 8 ימים לפני יום 3 בספטמבר 1939; ביום זה, כידוע, הכריזו בריטניה וצרפת מלחמה על גרמניה הנאצית, היא המלחמה שנודעה לימים כמלחמת העולם השנייה.

ז

אמרנו כל דברים אלה שאמרנו, ולא בכדי.

א 4. תקנות ההגנה, למותר לומר, לא היו כשאר תקנות שבעולם. את כוחן שאבו תקנות אלו מדבר המלך במישרין, וכוחן היה, למעשה, כוח של פקודה. אין פלא בדבר אפוא, שתקנה 1(4) לתקנות ההגנה קבעה כי פקודת הפירושים תחול על התקנות כשם שהיא חלה על פקודות.

ב 5. תקנות ההגנה – כמוהן כחוק הבריטי וכדבר המלך – אמורות היו להכין את ארץ-ישראל לקראת המלחמה. למטרה ולתכלית אלו העניקו התקנות סמכויות-חירום לשלטון ולמינהל הבריטי בארץ, כראוי לשעת-חירום-של-אמת. ענייננו עתה הוא בחלקו של תקנות ההגנה, וכותרתו: "תפישתו והחרמתו של רכוש ושל השימוש בו, הפיקוח עליהם והטיפול בהם". מן העניין לעיין בתקנה 46 לתקנות ההגנה, למצער בחלקה, שכן גם לאחר ששבקה חיים-לכל-חי שבנו ופגשנו בה, הגם שבלבוש שונה במקצת. וזה היה דברו של הנציב העליון בתקנה 46 לתקנות ההגנה (בתרגום הרשמי):

ט "פיקוח 46. (1) יכולה רשות מוסמכת, במידה שהיא רואה צורך כללי על תעשייה בכך לטובת עניני ההגנה או הנהלת המלחמה בכושר פעולה, או לשם קיום אספקות ושירותים שהם הכרחיים לחיי הצבור, לקבוע בצו הוראות: (א) המסדירות או אוסרות את ייצורם, טיפולם, שמירתם החסנתם, תנועתם, הובלתם, הפצתם, מכירתם, קנייתם, שימושם או צריכתם של דברים מכל מין שהם והמסדירות, ביחוד, את המחירים שבהם ימכרו דברים אלה; (ב) להסדרתו או הנהלתו של כל מפעל העוסק בעבודה הכרחית, וביחוד לפיקוח על התשלומים שיטילו בעלי המפעל בעד כל עבודה הנעשית על ידם; (ג) הדורשות מאנשים המנהלים כל עסק או מסחר המפורטים בצו או מכל אנשים העובדים באותו עסק או מסחר להראות לאותה רשות או לאדם שיפורט לתכלית זו כל ספרים, חשבונות או מסמכים אחרים המתיחסים לאותו עסק או מסחר...;

(ד) הוראות לעניני-לוי וענינים משלימים אשר לדעת הרשות המוסמכת נחוץ לצרכי הצו לקבוע הוראות ביחס אליהם, ובעיקר הוראות בענין הכניסה והבקורת בבנינים שהצו דן בהם ע"י אנשים המורשים לכך מטעם הרשות המוסמכת, לשם הבטחת מילוי הצו;

וצו עפ"י תקנה זו יכול לאסור עשייתו של כל דבר שהוסדר בצו, מלבד אם יש רשות לכך עפ"י רשיון שניתן ע"י הרשות המוסמכת או ע"י האדם שיפורט בצו, ויכול הצו להנתן באופן שיחול אם על מפעלים בדרך כלל או על כל אדם מסויים או מפעל מסויים או על סוג מסויים של אנשים או מפעלים, ובאופן שיחול אם על כל המפעל או על חלק הימנו ובאופן שיהא לו תוקף אם בכל הארץ כולה או בחלק מסויים הימנה.

...

(3) יכולה רשות מוסמכת, אם נראה לה הדבר נחוץ לטובת עניני הבטחון הציבורי, ההגנה או הנהלת המלחמה, בכושר פעולה, או לשם קיום אספקות ושירותים שהם הכרחיים לחיי הציבור, לנהל כל מפעל קיים, כולו או מקצתו, או להרשות אדם לנהל את המפעל כולו או מקצתו, בהתאם להוראות מטעם אותה רשות מוסמכת, ובמשך אותו הזמן שבו מתנהל מפעל, כולו או מקצתו, בתוקף פסקא זו, ע"י רשות מוסמכת או ע"י אדם שהורשה כנ"ל...".

6. מלחמת העולם נסתיימה, כידוע לכול, בשנת 1945. לא כן תקנות ההגנה. אלו שרדו מן המלחמה והמשיכו לשרור בארץ-ישראל, ולאחריה בישראל, עוד שנים רבות.

7. מלחמת סיני פרצה ביום 29 באוקטובר 1956, וביום 31 באוקטובר הותקנו תקנות-שעת-חירום, תשי"ז-1956. תקנות אלו ביטלו את תקנות ההגנה, ובאו תחתיהן. כדרך של תקנות-שעת-חירום, פקעו אלו לאחר שלושה חודשים, ותחתיהן באו תקנות-שעת-חירום (קיום האספקה והשירותים החיוניים), תשי"ז-1957 (לעניינו של קומפלקס

תקנות אלו ראו מאמרו החשוב של פרופסור ה' קלינגהופר "על תקנות-שעת-חירום בישראל" ספר יובל לפנחס רוזן [33], בעמ' 102 ואילך). תקנות אלו האחרונות הוארכו מעת לעת בחוקי הכנסת עד בואו של חוק הפיקוח.

א

8. תחילתו של חוק הפיקוח הייתה ביום 31 בדצמבר 1957. בסעיף 44 בו ביטל החוק חקיקת-חירום למיניה ובראשה את תקנות-שעת-חירום (קיום האספקה והשירותים החיוניים), כפי שהוארכו בחוקי הכנסת מעת לעת. הקורא את חוק הפיקוח ילמד בנקל לדעת, כי לאמיתם של דברים לא נתכוון המחוקק לחדש חידושים מרחיקי-לכת: תכליתו של חוק הפיקוח הייתה לבוא תחת חקיקת החירום שקדמה לו, ובאותם תחומי פרישה ומתכונת, פחות-אוי-ותר. וכלשון דברי ההסבר להצעת חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ז-1956 (בעמ' 54):

ב

ג

"החוק המוצע המיועד לבוא במקום חקיקים אלה [חקיקת החירום למיניה – מ' ח' אינו בא לשנות בהם שינויים עקרוניים. הוא שומר לו הסמכויות הנתונות לפיהם בשינויים ובתיאומים...".

ד

9. מה היה לנו שהארכנו לדבר והיינו לטורח על הקורא הנאמן? עשינו כל זאת כדי שנדע וניודע כי אבי-אבות-אבותיו של חוק הפיקוח – ובאותה מתכונת – היה חוק בריטי שנתקבל ערב מלחמת העולם השנייה (כפי שנודעה לימים), חוק שתכליתו הייתה להכין תשתית משפטית לבריטניה ולמושבות – לרבות לארץ-ישראל המנדטורית – לקראת המלחמה הגדולה. אווירת החירום שהחוק הבריטי – ובעקבותיו דבר המלך ותקנות ההגנה – נולדו בה, מרחפת על פני חוק הפיקוח ומנשבת בעוז בין הוראותיו.

ה

למעלה מחמישים שנה עברו מאז תמה מלחמת העולם השנייה, ונורמות-של-מלחמה חיות עמנו במשפט ישראל כמו לא אירע דבר.

ו

לתשתיתו ולעיקריו של חוק הפיקוח, ולמקצת הסמכויות בו

10. ולחוק הפיקוח לגופו. כבר בתחילתו מכריז חוק הפיקוח על זהותו: מי-הוא ולשם מה הוא בא. וכלשונו של סעיף 2 לחוק:

ז

"תחולת 2. חוק זה לא יחול אלא בתקופה שקיים במדינה מצב של חירום בתוקף אכרזה לפי סעיף 9(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948".

הכרזת-חירום נעשתה, כידוע, מיד בסמוך לאחר הכרזת העצמאות (ביום 19 במאי 1948: ע"ר תש"ח, בעמ' 6). אכן, זו רוח אבותיו של חוק הפיקוח, זו רוחו של חוק הפיקוח, ורוח-של-חירום היא (שאלה: וכי בשעה שאינה שעת-חירום אין כל צורך בהסדרים שהחוק נתכוון להנהיג? תמיהה). זו התשתית שעליה בנוי כל החוק כולו, ועל התשתית נבנים עיקריו: אותם עיקרים האמורים לחלחל בכל שורות החוק ובכל אשר נעשה מכוחו. ואלה הם העיקרים: ראשית לכול, מדובר בתכליותיו הספציפיות של החוק, והן "היסוד לשימוש בסמכות" כלשון הכותרת לסעיף 3 לחוק:

א

3. לא ישתמש שר בסמכותו לפי חוק זה, אלא אם היה לו לשימוש בסמכות יסוד סביר להניח שהדבר דרוש לקיום פעולה חיונית, למניעת הפקעת שיערים וספרות או למניעת הונאת הציבור".

ב

צירוף התיבות "פעולה חיונית" זוכה להגדרת-מהות משלו, בסעיף 1 לחוק:

ג

"פעולה חיונית" – פעולה הנראית לשר כחיונית להגנת המדינה, לבטחון הציבור, לקיום אספקה סדירה או שירותים סדירים, לקיום יציבות של מחירי מצרכים או שכר שירותים, להגדלת היצוא או להגברת הייצור, לקליטת עולים, או לשיקום חיילים משוחררים או נכי מלחמה";

ד

עד כאן – התשתית, ועמה העיקרים.

על תשתית זו ועל עיקרים אלה נבנות הסמכויות הספציפיות שאותן מעניק חוק הפיקוח. עיקר ענייננו הוא בהוראת סעיף 5 לחוק הקובעת, וזו לשונה:

ה

5. פיקוח כללי על מצרכים ושירותים (א) שר רשאי להסדיר בצו – (1) ייצורו של מצרך מסויים, שמירתו, החסנתו, הובלתו, העברתו ממקום למקום ומיד ליד, הפצתו, מכירתו, רכישתו, צריכתו, הטיפול בו והשימוש בו, לרבות שחיטת בהמות; (2) פעולתו ודרכי הנהלתו של מפעל העוסק בפעולה חיונית; (3) עשייתו של שירות בר-פיקוח. (ב) כל מה ששר רשאי להסדיר לפי סעיף זה, רשאי הוא לאסרו, להגבילו, להטיל עליו פיקוח או בקורת, להתנותו בתנאים, לרבות תנאים לקבלת רשיון, כללי או מיוחד.

ו

ז

- (ג) שר רשאי לקבוע, בצו, הוראות בדבר –
- א (1) הטלת חובה על אדם העוסק בייצורם או במסחרם של מצרכים או בעשיית שירותים – לנהל פנקסים, חשבונות, רשימות או תעודות אחרות...
- (2) הטלת חובה על אדם למכור, או להוציא מרשותו בדרך אחרת, מצרך בר־פיקוח...
- ב (3) סגירתו של מפעל המתנהל ללא רשיון, אם דרוש רשיון להנהלתו לפי חוק זה...
- ...
- ג (ד) (1) צו לפי סעיף זה יכול להיות כללי, או לאדם מסויים או לסוג של בני אדם, או למפעל מסויים או לסוג של מפעלים או לחלק של מפעל או של מפעלים.
- (2) צו כללי זה לפי סעיף זה יכול להיות מוגבל לחלק משטח המדינה.
- ד (3) בצו כללי ובצו לסוג של בני אדם רשאי שר להודות כי הוראות הצו, כולן או מקצתן, לא יחולו על מי שפורש בצו; פטור כאמור יכול להיות לאדם או לסוג של בני אדם."

- ה 11. אין צורך בניתוח מעמיק. מבט מרפרף על פני סעיף 5 לחוק הפיקוח ילמדנו, כי המחוקק אמר להפקיד בידיהם של שרי הממשלה (אלה מן השרים שהממשלה העבירה להם סמכות לבצע את החוק, כהוראת סעיף 1 ב), סמכויות כול-כוללות לעניין הסדרתם של מצרכים ושירותים, ובכל פאה של חיי המצרכים והשירותים. צרף לסמכויות רחבות־פרישה אלו את תשתית החוק (לאמור: קיומו בשעת חירום) ואת עיקריו ("היסוד לשימוש בסמכות" ו"פעולה חיונית"), וידעת כי שרים המחזיקים בסמכות על־פי החוק הינם (כמעט) כול־יכולים בשררה על חיי המשק והכלכלה בישראל. כך אמנם תוארה סמכות השרים בפסיקה, בייחוד בשל הגדרתו הרחבה של צירוף התיבות "פעולה חיונית". ראו, למשל: בג"ץ 222/61 כמורתעש חיפה נ' שר-המסחר-והתעשייה [9], בעמ' 300; בג"ץ 300/60 גוטליב נ' שר המסחר-והתעשייה [10], בעמ' 2184; בג"ץ 156/63 היועץ המשפטי לממשלה נ' אוסטרייכר (פרשת אוסטרייכר [11]); בג"ץ 266/68 עיריית פתח תקוה נ' שר החקלאות (פרשת עיריית פתח תקוה [12]), בעמ' 830, 832; בג"ץ 790/78, המ' 357/79 רוזן ואח' נ' שר המסחר והתעשייה והתיירות ואח' (פרשת רוזן [13]), בעמ' 291.

12. וכמו אין די בסמכויות מעמיקות וכול-מקיפות אלו ששרי הממשלה זכו בהן, בא סעיף 46(ב) לחוק והורנו כי צווים הניתנים על-פי חוק הפיקוח עדיפים על חוק של הכנסת. וכלשון סעיף 46(ב) במקורו:

א

"תוקף 46. (א) ...

החוק (ב) כל מקום שהוראה בחוק זה סותרת הוראת כל חוק

אחר, ההוראה שבחוק זה – עדיפה; אך אין הוראת

סעיף זה באה לפגוע –

ב

(1) בהוראת סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט,

תש"ח-1948;

(2) בהוראת סעיף 11 לחוק העונשין;

(3) בכל הוראה מהוראותיו של חוק שירות בטחון,

ג

תש"ט-1949."

סעיף 46(ב) מדבר ב"חוק זה", והגדרתו של "חוק זה" בסעיף 1 לחוק הפיקוח היא:

"חוק זה – לרבות התקנות שהותקנו והצווים שניתנו על פיו."

ד

לשון אחר: כל חקיקת-משנה שלפי חוק הפיקוח עדיפה על חוק הכנסת. אם סברנו עד כה שחוק הפיקוח מעניק סמכות לחוקק חקיקת-משנה בסמכויות רחבות עד-למאוד (חקיקת-משנה *praeter legem*), עתה ידענו שהסמכות היא לחוקק חקיקת-משנה הסותרת חוקים של הכנסת (חקיקת-משנה *contra legem*).

ה

הוראת סעיף 46(ב) לחוק הפיקוח עמדה לדיון בבג"ץ 256/88 מדאינווטט מרכז רפואי הרצליה בע"מ נ' מנכ"ל משרד הבריאות ואח' (פרשת מדאינווטט [14]), בעמ' 42 ואילך, 50-51, ונתגלעו חילוקי-דעות בין השופטים (הנשיא שמגר והשופט אור): האם בכוחו של צו הניתן מכוח חוק הפיקוח לגבור על חוק כנסת שנחקק לאחריו, אם לאו? ראשון אומר הן ואחרון אומר לאו. ואולם, הכול הסכימו כי כוחו של צו עמו לגבור על חוק הכנסת שנחקק לפניו. בעקבות הביקורת החריפה שמתח בית-המשפט על הוראת סעיף 46(ב), חוקקה הכנסת תיקון לחוק הפיקוח, ומאז התיקון סר כוחם של צווים ותקנות לגבור על חוק הכנסת. ראו חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים (תיקון מס' 18), תש"ן-1990, והצעת חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים (תיקון מס' 18), תש"ן-1990. דרך אגב: הוראות התגברות מעין-זו שהייתה בסעיף 46(ב) כנוסחו המקורי, הייתה בכל חקיקת החירום מאז תקנות-שעת-חירום לשנת תשי"ז.

ו

ז

- א 13. חוק הפיקוח הינו – בחלקים ניכרים בו, אם לא כולו – חוק-מסגרת: חוק שנועד, בעיקרו, להעניק לשרים סמכויות לקביעת הסדרים באותה שדה רחבת-ידיים שהחוק מתפרש עליה. צמצום היקף חלוקתה של הוראת סעיף 46(ב) לחוק לא פגע בסמכויות שהחוק מעניק בהוראותיו השונות לשרי הממשלה, והן סמכויות רחבות-מכלל-רחבות לחקיקת-משנה ולקביעתם של "הסדרים ראשוניים" בצווים ובתקנות.
- ב 14. הענקת סמכויות זו טופחת בחוזקה על פניו של עקרון שלטון החוק. עקרון שלטון החוק במובנו המהותי מורנו, כי "הסדרים ראשוניים" חייבים למצוא את מקומם בחוק הכנסת, וכי תקנות לא נועדו, בעיקרן, אלא לביצועם של חוקים בלבד. זה עמוד-האש, זה עמוד-הענן, המורים אותנו הדרך לילה ויום – ובעקבותיהם נלך. עמד על כך מורנו פרופסור ה' קלינגהופר בסדרת מאמריו על "שלטון החוק וחקיקת משנה" [34]. וכך אמר פרופסור קלינגהופר (בעמ' 203):

"שילוב זה של גורמים ליברליים ודמוקרטיים, המאפיין את שלטון החוק, מוליך לדרישה העיקרית של שלטון החוק, והיא, שכבילת המינהל ע"י החוק תהא אינטנסיבית במידה רבה ביותר. המחוקק צריך לקבוע בעצמו, ככל האפשר, את הקווים אשר לפיהם תהא הרשות המינהלית מוסמכת להתערב בחופש הפרט, כי הרי אם הוא מניח לה להתוות אותם קווים במקומו, הריהו מרפה ומפחית ע"י כך את השפעת הפרט, שעל ידו הוא נבחר, על התווייתם. האינטנסיביות של קביעת הפעולות המינהליות ע"י החוק היא, איפוא, האספקט החשוב ביותר של שלטון החוק.

לפיכך, יש להבחין בין המושג העיוני של חוקיות המינהל, המסתפק בכבילה פורמלית בלבד של המינהל ע"י החוק, לבין מושג הליגאליות הספציפית, הדרושה להגשמת שלטון החוק, מושג שמשמעותו כבילה מכסימלית של המינהל ע"י החוק. וכבילה מכסימלית פירושה שכל אקט מינהלי, בין אם הוא דבר חקיקת משנה ובין אם הוא אקט אינדיבידואלי, צריך להיקבע, מבחינת תכנון על כל חלקיו העיקריים, ע"י נורמה שצורתה צורה של חוק. במובן זה אפשר לומר כי במדינה בה שורר שלטון החוק, הסמכות לקביעת הסדרים ראשוניים (פרימאריים) מסורה למחוקק, בעוד שאורגני המינהל רשאים לקבוע הסדרים משניים (סקונדאריים) בלבד, במסגרת החוק.

מן האמור יוצא כי שלטון החוק אף אינו מרשה למחוקק לוותר לטובת המינהל על סמכותו לקבוע הסדרים ראשוניים, דהיינו, להעביר אליו סמכות זו. כל מסירה של הסמכות האמורה לרשות מינהלית מנוגדת לשלטון החוק. מקום בו שורר שלטון החוק, אין המחוקק חפשי לבחור בין שתי הדרכים, דהיינו לכבול בעצמו את המינהל ע"י חקיקת הסדרים ראשוניים, או להסמיך את המינהל לעשות תחתיו מלאכה תחקיקתית זו; אלא שומה עליו לקבוע הסדרים אלה בכבודו ובעצמו. עקרון שלטון החוק דורש כי כל פעולה מינהלית תהא מושרשת, בכל אשר לתכונותיה העיקריות והחשובות, בהסדרים ראשוניים שנקבעו בחוק פורמלי, וכי קביעת אותם הסדרים תהא בסמכותו היחודית של המחוקק ולא תועבר אל שלטונות מינהליים. לשון אחרת: שלטון החוק אינו מתיישב עם שיטה תחקיקתית של הסמכת המינהל בדרך של דלגציות 'פורמליות' גרידא. על מנת שדלגציה של המינהל לא תפגע בשלטון החוק, צריך שהיא תהיה 'מטריאלית', כלומר, מוגבלת להסדרים משניים, מאחר שהמחוקק קבע את ההסדרים הראשוניים הנוגעים לענין".

א

ב

ג

מורכבות החיים חייבה אותנו להשלים עם קיומם של הסדרים ראשוניים בחקיקת-מישנה אף-היא, והדברים ידועים. ראו והשוו: ברכה משפט מינהלי (כרך א) [26], בעמ' 81 ואילך; י' דותן הנחיות מינהליות [31], בעמ' 311 ואילך; בג"ץ 337/81 הנ"ל [2], בעמ' 357-358; בג"ץ 113/52 זקס נ' שר-המסחר והתעשייה [15], בעמ' 702 (מפי השופט אולשן). ואולם, קשה להימנע ממסקנה כי הסמכויות הגורפות והסוחפות ששרי הממשלה זוכים בהן בחוק הפיקוח, הופכות את הממשלה – למעשה אם לא להלכה – לרשות מחוקקת ראשה בנושאי כלכלה ומשק. הפגיעה בעקרון שלטון החוק היא עמוקה ומכאיבה, ולא ייפלא כי בתי-המשפט עמדו על התופעה לא אחת וביקרו אותה קשות. כך, למשל, אמר מ"מ הנשיא השופט אגרנט, בפרשת אוטטרייכר [11], בעמ' 2096:

ד

ה

"...מוטב שהשר, בעל הסמכות, ישקול בכובד ראש אם המצב... מחייב באמת את השימוש בה במקרה קונקרטי זה או אחר... רצוי הדבר שאותם הענינים, אשר תובעים הסדרים ללא זיקה כלשהי לסכנות הנובעות ממצב חירום, יוסדרו על-פי החקיקה הרגילה של הכנסת, שאיננה מיועדת לשעת חירום דוקא, אף אם לגבי ענין זה או אחר, ייווכח המחוקק הריבון לדעת, שהדרך הטובה ביותר לעשות כן היא להעביר לרשות המבצעת את הכוח לחוקק חקיקת-משנה, והוא יקבע איפוא פתרון כזה בחוקו. הנה, אלה הם הענינים אשר אליהם מכוונת הערתי, כי מוטב הוא, שהשרים יחסכו

ו

ז

בשימוש לגביהם בסמכויות הרחבות והדרסטיות, שהוענקו להם בחוק הפיקוח...".

א

כן אמרו השופטים זוסמן וויתקון בפרשת עירית פתח תקוה [12], בעמ' 830-831:

ב

"אכן ענין אחד עורר בלבנו דאגה והיסוס. הסמכויות הרחבות שניתנו לשרים בחוק הנ"ל לא ניתנו להם אלא לשעת חירום בלבד, כאמור בסעיף 2 לחוק הנ"ל. האכרזה האמורה בסעיף 2 הנ"ל עדיין לא בוטלה, ולכן תחולת החוק לא פסקה... בענין דנא נעשה הסדר דרסטי המיועד לשנות פני ענף כלכלי שלם. עבודות הכנה נמשכו שנים רבות, אך לא שמענו מפי סגן פרקליט המדינה, מה מנע את המשיב מלהביא את הענין בפני הכנסת כדי שימצא בה הסדר תחיקתי כראוי. אזהרה שהשמענו ב"ע 9/156/63, הנ"ל, מפני הסכנה של פגיעה בעקרון של שלטון החוק, לא הועילה. חקיקת-משנה בענין עקרוני ורב חשיבות, מכוח חוק הסמכה, עלולה להביא עלינו משטר דמוקרטי-פורמלי גרידא. משטר דמוקרטי-פרלמנטרי אמיתי מחייב שחקיקה תיעשה בבית-המחוקקים. ואולם כל עוד לא חרג שר מגדר חוק ההסמכה, בית-משפט זה לא יתערב בדבר. בזה תמה בדיקתו המשפטית של דבר חקיקת-משנה. ואילו המדיניות של שימוש בסמכות חקיקת-משנה היא ענין לבקורת פרלמנטרית".

ד

חריף יותר היה השופט ח' כהן (שם, בעמ' 832-833):

ה

"ישנם דברים אשר מטבעם ענין הם למעשה מינהל והסדר (ריגולציה) – בין אם הם ראויים למה שקרוי בחוק 'צו אישי', ובין אם הם ראויים למה שקרוי בחוק 'צו כללי'. כאלה היו הדברים אשר נזדמן לנו עד כה לטפל בהם עקב שימוש בסמכויות על-פי החוק... סימנם של הדברים הללו אינו (או אינו רק) שלא היו 'בעלי חשיבות עקרונית', אלא שהיו סידוריים (רגולטיביים); ואם היה בהם כדי להבטיח או לשפר אספקת מצרכים חיוניים בצורה זו או אחרת, על-כל-פנים לא היה בהם כדי לשנות סדרי בראשית ולהנהיג רפורמה שלמה בממד ארצי גדול וחשוב של מסחר או תעשייה. רפורמה שכזאת, אשר נועדה להוציא את העיסוק, או העיסוק העצמאי בענף כאמור, מידי אלה שעסקו בו עד כה, או לחייבם בהתארגנות חדשה אם ירצו להמשיך ולעסוק בו – חורגת מגדר המינהל וההסדר, אשר צווים אישיים או כלליים במתכונתם לפי החוק יפים להם.

ז

אם צמצום מספרם של בתי-המטבחיים לשבעה, וסגירת כל יתר בתי-המטבחיים הקיימים במדינה זה עידן ועידנים, היא אמנם פעולה חיונית לקיום אספקה סדירה של בשר – ובכך, כאמור, אין אני מטיל כל ספק – כי אז הדרך הנכונה ללכת בה היא דרך החקיקה הראשית. לקיום פעולה חיונית זו אין מקום לא בצו אישי ולא בצו כללי על-פי החוק. הדבר יש לו השלכות רבות יתר-על-המידה, על יחסי עבודה, ועל זכויות מוקנות וחזקות מושרשות, ועל סמכויות מקבילות ומתחרות לפי חוקים שונים, ועל אינטרסים מוניציפליים ואחרים, וכל כיוצא באלה ענינים החורגים כולם ממסגרת השימוש בסמכויות השר על-פי החוק. לא בכדי קובע החוק שלא די לשימוש בסמכות כאמור, בכך שהשר יראה את הפעולה שלמען קיומה הוא משתמש בה, כחיונית. בנוסף על כך דורש החוק שיהא קיים תחילה יסוד 'סביר' להנחתו שלמען קיום אותה פעולה יש צורך ומקום להשתמש דוקא בסמכות זו. הסבירות שביסוד זה, סבירות היא מבחינת טיב הסמכות, וטיב השימוש בה, בהתחשב עם טיב הפעולה שיש לקיימה. יש פעולות שמטיבן ומטבען יאה להן השימוש בסמכות ועשיית צו אישי או כללי על-פי החוק; ויש פעולות שמטיבן ומטבען דורשות הן חקיקה ראשית, ולגביהן השימוש בסמכויות אלה לא יאה 'סביר'."

א

ב

ג

ד

אמר השופט ברק בפרשת רוזן [13], בעמ' 293:

"...במספר הזדמנויות העיר בית-משפט זה, כי הסמכויות הניתנות לשרים על-פי חוק הפיקוח הן נרחבות מדי ואין הן עולות בקנה אחד עם עקרון שלטון החוק במשמעותו המהותית... אין לנו אלא לחזור ולהצביע על מצב דברים זה שאינו מניח את הדעת. מן הראוי הוא כי האחראים לכך ישקלו אמצעים שונים לתיקון האמור, לרבות אפשרות של ביקורת פרלמנטרית על השימוש שנעשה בסמכויות על-פי חוק הפיקוח."

ה

ו

והוסיף הנשיא שמגר בבג"ץ 344/89 ח.ס.ה. – סחר בינלאומי בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר ואח' (פרשת ח.ס.ה. [16]), בעמ' 464:

"...בית-משפט זה [הביע – מ' ח'] פעמים מספר את דאגתו מן הנטייה של הרשות המבצעת להרחיב את השימוש במטרות שבחוק הפיקוח, באופן שיש בו כדי להביא להפעלת הוראותיו של חוק הפיקוח – ללא הגבלה ותיחום – לגבי נושא כלכלי כלשהו שמבקשים להסדירו. הוצבע על כך כי

ז

א מחובת הרשות לתת את הדעת לשאלה, אם אכן מדובר על נושא בעל חיוניות, מרכזיות או חשיבות, אשר מן הראוי לטפל בו בדרך של חקיקה הנושאת עימה תואר של פעולה חיונית וסממן של שעת חירום. חובה זו נלמדת מן התכלית החקיקתית המשתמעת מהצגת נושאי הפעולה החיונית, כמובא בהגדרתו של המונח האמור ומן האמור בסעיף 2 לחוק הפיקוח.

ב

ועוד (בעמ' 466-465):

ג "התכלית החקיקתית מן הראוי שתכתיב את התחומים המותרים אשר לגביהם מותר ליישם את הסמכויות שהוקנו בחוק. קיום האספקה הסדירה, נושא הכלול... בין המטרות המובאות בהגדרה של 'פעולה חיונית', איננו מתייחס לכל טובין שניתן להעלות על הדעת. כמוזכר כבר, הנושא, אשר אותו מבקשים להסדיר לפי הוראותיו של החוק האמור, צריך להיות בעל מהות המשקפת במידה סבירה את שם התואר 'חיוני', המשולב במונח 'פעולה חיונית'. עליו להיות בעל זיקה הגיונית לצרכים המיוחדים אשר היו מונחים ביסודה של הגבלת תחולתו של החוק לשעת החירום. כאשר המדובר, למשל, על מצרכי מזון, על חומרי גלם הדרושים להפעלת הייצור או לקיום היצוא או על כלים או מכשירים החיוניים לחיי היום-יום (כלי-רכב, מוסכים, מכוונות לסוגיהן) או בטובין כיוצא באלה, יש מובן ומשמעות ליישום הוראותיו של החוק. לגבי הסדרת מטרות כאלה, אכן יש סבירות לכאורית ביישום הוראותיו של חוק הפיקוח. מאידך גיסא, אין להבין מדוע ייחשב הנושא של יבוא מכשירי וידיאו כנושא הראוי והמתאים להסדרים הנשענים על חוק הפיקוח. הספק מתחדד כאשר נוכחים לדעת כי ההסדר נושא עתירה זו, שהונהג לפי חוק הפיקוח, איננו מתמצה בקביעת כללים הבאים להבטיח זכויות מהותיות של הצרכן (ערביות, אחריות לאיכות ולחלפים וכדומה), אלא הוא גם מבקש להכתיב מראש את הזהות של מקור הרכישה תוך פגיעה בכללי התחרות החופשית, נושא שעוד נשוב אליו."

ד

ראו עוד, לאחרונה, דברי השופט גולדברג בבג"ץ 2313/95 קונטקט לינסן (ישראל) בע"מ נ' שר הבריאות ואח' [17], בעמ' 405-403.

ה

15. אכן, אין מנוס ממסקנה, כי מסגרתו של חוק הפיקוח פוגעת קשות בעקרון שלטון החוק במובנו המהותי. אמת נכון הדבר: בשעת-חירום-של-אמת לא ניזהר בקלה כבחמורה, ונהיה נכונים לוותר על מקצת זכויותיו של הפרט למען המאמץ של הכלל.

הוראות תקנה 46 לתקנות ההגנה (ראו לעיל, פסקה 5) העניקו, אמנם, סמכות גורפת לרשות מוסמכת לצוות צווים שתוכנם שקול למעשה-חקיקה של מחוקק, אך הוראות אלו היו ראויות לשעתן ולמקומן. כך היה בשעת התקנתן של תקנות ההגנה, 1939, ועל עת אשר כזו ייאמר: "כל קורבן – יירצה, כל מתת – נאמנה, אין בודקים בשעת הסכנה". כך הוא לעת חירום. לא כך הוא לעתות שאינן עתות-חירום.

א

16. תקנה 46 לתקנות ההגנה הייתה סבתא-רבתא של סעיף 5 לחוק הפיקוח; נשווה לשון ללשון וידענו. אלא שהשאלה היא, האם הוראות סעיף 5 ראויות הן – אף-הן – לשעתן ולמקומן? ההלכה סברה שלא כך הוא, וקראנו דבריהם של ראשונים ושל אחרונים. ואם לעת מלחמת סיני – בסוף חודש אוקטובר 1956 – היה הצדק לתקנות-שעת-חירום שהותקנו, ספק בעינינו אם בימינו אלה יש הצדק לאותה אצילה גורפת של סמכויות כמותווה בחוק הפיקוח.

ב

ג

17. פסק-הדין בפרשת אוסטרייכר [11] ניתן ביום 1 באוקטובר 1963. באותו עניין השמיע מ"מ הנשיא, השופט אגרנט בקשה ואזהרה כי "מוטב הוא, שהשרים יחסכו בשימוש... בסמכויות הרחבות והדרסטייות, שהוענקו להם בחוק הפיקוח..." (שם, בעמ' 2096). כך היה לפני כשלושים וארבע שנים, ומאז לא חסכו בתי-המשפט דברי אזהרה ועצה באשר לשימוש בסמכות שמעניק חוק הפיקוח. כך היה בפרשת עיריית פתח תקוה [12] (ביום 8 בדצמבר 1968), כך היה בפרשת רוזן [13] (ביום 21 ביוני 1979), כך היה בפרשת ח.ס.ה. [16] (ביום 30 בינואר 1990), וכך היה בעניינים אחרים אף-הם. למרות כל דברי-כיבושין שהושמעו, דומני שלא אטעה אם אומר כי השימוש בכלי של חוק הפיקוח לא פחת. דברי השופטים נישאו ברוח, והרוח הלכה מאיתנו. אמת נכון הדבר: נושא הפיקוח על מחיריהם של מצרכים ושירותים הוצא ממסגרתו של חוק הפיקוח, והועבר – כיאה לו – לגדריו של חוק מיוחד, הלא הוא חוק הפיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, תשנ"ו-1996. ואולם דומני שלא אטעה אם אומר, כי הוצאת נושא המחירים ממסגרתו של חוק הפיקוח, לא נעשתה מעשה-חושב ועל-פי תכנון-מראש, אלא עקב תכנית החירום המיוחדת לייצוב המשק שעליה החליטה הממשלה בשנת 1985. לא שמענו על תכנון כולל ל"אזורוחו" של חוק הפיקוח – תוך שילובו בעקרונות שלטון החוק המקובלים עלינו בנושאי כלכלה ומשק – והחוק נשאר כשהיה. קולו של בית-המשפט היה כקול קורא במדבר ואין שומע לו: לא להרקתו של הפיקוח מכלי-של-חירום לכלי-שלי-יומיום ולא להוספת אמצעי ביקורת פרלמנטריים על השימוש בסמכות שלפי חוק הפיקוח (כהצעת השופט ברק בפרשת רוזן [13]). אפשר כי תחול תזווה לקראת יום 10 במארס 1998, הוא יום תחילת תוקפו (לעת הזו) של סעיף 10 (רישה) לחוק-יסוד: חופש העיסוק (כפי שתוקן ביום 7 בנובמבר 1996, בחוק-יסוד: חופש העיסוק (תיקון) לשנת תשנ"ז). מאותו יום ולעתיד-לבוא, יעברו חוקים שלעבר – ובהם חוק

ד

ה

ו

ז

הפיקוח – כבני-מרון תחת שבט ביקורתו של חוק-יסוד: חופש העיסוק, למען נדע מי יחיה ומי ימות, מי יתקיים ומי ייבטל. אפשר כי לקראת אותו יום ייעשו מעשים וחוק הפיקוח יהפוך אזרח מן-השורה. ואפשר לא ייעשו מעשים וחוק הפיקוח לא יהפוך אזרח מן-השורה.

18. כשאני לעצמי, דומני שיהא זה ראוי כי נעשה – על דרך הפרשנות – לצמצום תחום פרישתו של חוק הפיקוח, ויהא זה נכון אם נזריק אל-תוכו, ככל הניתן, עקרונות-יסוד המקובלים עלינו במשפט. כל דין ישראל טובל בעקרונות אלה, וראוי חוק הפיקוח כי יטבול בהם אף-הוא. טיבו של חוק הוא, שלשונו היא לשון נורמטיבית, ויוצר הוא כלים הנמלאים תוכן כזרימת החיים מעת-לעת. החוק נדמה לקנקן, ותוכו של חוק – כתוכו של קנקן – יכול שישתנה מעת לעת. החיים אתמול אינם כחיים היום, והחיים של-היום אינם כחיים שיהיו מחר. ראו והשוו: בג"ץ 65/51 ז'בוטינסקי ואח' נ' נשיא מדינת ישראל [18], בעמ' 811 (מפי הנשיא זמורה); בג"ץ 180/52 יורשי אבראהים דור ואח' נ' שר-האוצר [19], בעמ' 910 (מפי השופט ש' ד' חשין). על דרך זו נאמר, שדומה כי לא יהא זה נכון ולא יהא זה ראוי אם נפרש את מילות חוק הפיקוח כהיום הזה, כפי שניתן וראוי היה לפרש את תקנות ההגנה לעת מלחמת העולם השנייה.

19. בפרשת אוסטרייכר [11], כפי שראינו, השיא מ"מ הנשיא, השופט אגרנט עצה לשרים בעלי-סמכות, כי יעשו שימוש זהיר בסמכויותיהם שלפי חוק הפיקוח. דברי מ"מ הנשיא השופט אגרנט היו בחינת עצה טובה קא-משמע-לך. דומה כי לימינו אלה יש לעטוף עצה טובה זו, סביב-סביב, בעטיפה נורמטיבית-אופרטיבית, ולתרגמה לכללי פירוש מצמצם לסמכות. נאמר אפוא, כי תידרש זיקת-סבירות ישירה בין הצו שבו מדובר לבין שעת החירום, לאמור: נבקש למצוא קשר בין תוכנו של הצו שבו מדובר לבין שעת החירום. בדרך זו הלך הנשיא שמגר בפרשת ח.ס.ה. [16], בקובעו כך (בעמ' 465):

"הנושא, אשר אותו מבקשים להסדיר לפי הוראותיו של החוק האמור [חוק הפיקוח – מ' ח'], צריך להיות בעל מהות המשקפת במידה סבירה את שם התואר 'חיוני', המשולב במונח 'פעולה חיונית'. עליו להיות בעל זיקה הגיונית לצרכים המיוחדים אשר היו מונחים ביסודה של הגבלת תחולתו של החוק לשעת החירום".

בהמשך לכך, יש וראוי להדגיש-ביתר את המושג של "יסוד סביר" ("יסוד סביר להניח שהדבר דרוש") בקביעת סמכותו של השר המותחמת בסעיף 3 לחוק הפיקוח. הנה-כ-כ-כן, סעיף 3 לחוק הפיקוח קובע, כלשון כותרתו, את "היסוד לשימוש בסמכות", ולפיו "לא ישתמש שר בסמכותו לפי חוק זה, אלא אם היה לו יסוד סביר להניח שהדבר

דרוש לקיום פעולה חיונית וכו'". המושג "יסוד סביר" מביא אל הזירה מדר אובייקטיבי לבחינת סמכותו של השר, ועל דרך זה עושה החוק את בית-המשפט שותף לבחינת היקף סמכותו של השר. אמנם כן הוא: צו כי יותן לפי סמכות בחוק הפיקוח, ייהנה הצו – ככל מעשה ממשל ומינהל – מחזקת התקינות והחוקיות. ואולם הנטל יהא על הממשל, להסביר ולהצדיק קיומו של אותו "יסוד סביר". כך יהא באשר לעצם הצורך "להסדיר בצו" עניינו של מצרך פלוני או של שירות פלמוני, וכך יהא באשר לכל הוראה והוראה שבאותו צו. לא די יהא בקיומו של "יסוד סביר להניח" כי הסדר לפי חוק הפיקוח – לעניינו של מצרך או של שירות – דרוש לקיום פעולה חיונית. על הממשל יוטל הנטל להצביע על "יסוד סביר" העשוי לתמוך בכל הוראה והוראה בהסדר שנקבע.

א

ב

באותו עניין עצמו, ראוי כי נשקול פירוש מצמצם לביטוי "דרוש לקיום פעולה חיונית" על שני חלקיו. ראשית, באשר למושג "דרוש". המושג "דרוש" הינו רב-משמעי בהקשרו, ויש יסוד לסברת-פרשנות כי ראוי לפרשו בצמצום, להיותו קרוב (אם גם לא זהה) לסיבה המכרעת. "דרוש לקיום פעולה חיונית", קרי קרוב להניח כי בלעדיו לא תתקיים פעולה חיונית, או למצער, ייפגע באורח ממשי מהלכה התקין של פעולה חיונית. הוא הדין באשר למושג "חיונית" בהגדרת "פעולה חיונית". בבג"ץ 269/67, 271 חברת פאקא להשקעות בע"מ ואח' נ' שר החקלאות ואח' [20], דיבר השופט מ' כהן במושג ה"חיונית" שב"פעולה חיונית", וכה היו דבריו:

ג

ד

"לכאורה נראה כי פעולה יכול ותיקרא 'חיונית' למטרה פלונית אם בלעדיה עלולה המטרה להיכשל ולהסכל. 'חיוני' הוא, פשוטו כמשמעו, דבר שהחיים תלויים בו".

ה

ואולם אפילו לא נרחיק לכת כפירושו של השופט מ' כהן, ניתן וראוי למלא תוכן-של-ממש את מושג ה"חיונית", להיותו קרוב לדבר שהחיים תלויים בו. פירושו של המושג כך יקרו לשעת חירום שהוא אמור לשמש בה מדר לסמכות.

ו

לעניינו של צו היהלומים

20. בדברינו למעלה עמדנו על מאפיינים בלתי ראויים המוכּנים בחוק הפיקוח. נעבור עתה ונדון בצו היהלומים – הצו נושא הדין שלפנינו – וביחסים בין צו זה לבין חוק הפיקוח.

ז

21. צו היהלומים נעשה מכוח הסמכויות האמורות בסעיפים 5, 15 ו-38 לחוק הפיקוח, וסעיפים 3 ו-41 לפקודת הסמכויות בענין היבוא, היצוא והמכס (הגנה) (כיום):

פקודת היבוא והיצוא [נוסח חדש]]. מבין כל סמכויות אלו כולן, עיקר לענייננו הן הסמכויות המנויות בסעיף 5 לחוק הפיקוח, ובאלו נסיף ונעיין בהמשך דברינו.

א

22. צו היהלומים ניתן לחלקו לשלושה חלקים עיקריים, ואלה הם: נושא הפיקוח על היהלומים והענקת רישיונות (פרק שני לצו); ייבוא וייצוא של יהלומים והחזקתם (פרק שלישי לצו); והוראות כלליות (פרק רביעי לצו). ענייננו-שלנו הוא בחלק הראשון – בנושא הרישוי – ובו נמשיך ונעסיק את עצמנו.

ב

23. שלוש הן הוראות עיקריות בצו היהלומים בנושא של רישוי, ואלו באות בסעיפים 2(א), 4 ו-9 לצו. וזה הוא דברן של הוראות אלו:

ג

"חובת רשיון 2. (א) לא יעסוק אדם ביהלומים, לא ייצר, לא יסחור, לא לעיסוק או היתר חד פעמי ייבא ולא ייצא יהלומים, לא יחזיק בהם, לא ישתמש בהם ולא ירשה לאחר להשתמש בהם, לא יעביר את הבעלות או את החזקה בהם, ולא יקבל בשום דרך מדרכי ההעברה את הבעלות או את החזקה בהם, אלא לפי רשיון בכתב מאת המפקח ובהתאם לתנאי הרשיון או לפי היתר מיוחד בכתב וחד פעמי מאת המפקח."

ד

"בקשה לרשיון 4. (א) הבקשה לרשיון לפי סעיף 2 או בקשה לחידושו תוגש למפקח..."

ה

(ב) לא ינתן רשיון למבקש לעסוק ביהלומים אלא אם הוכח להנחת דעתו של המפקח שהמבקש הוא בעל ארבע שנות ותק בעיסוק ביהלומים.
(ג) על אף האמור בסעיף קטן (ב) רשאי המפקח לתת רשיון אף אם אין המבקש בעל ותק של ארבע שנים.

ו

(ד) המפקח רשאי לדרוש ממבקש רשיון פרטים נוספים הדרושים לו בקשר לבקשה לרשיון.
(ה) מי שהגיש בקשה לרשיון עד ליום פרסום צו זה, יחולו עליו ההוראות הקודמות באשר לותק בעיסוק ביהלומים."

ז

9. "סמכויות המפקח המפקח רשאי לסרב לתת רשיון, לקבוע בו תנאים, להוסיף עליהם ולשנותם וכן להתלות רשיון או לבטלו."

אלה הם עיקרי הדברים: ראשית חכמה, הצו אוסר על עיסוק ביהלומים – עיסוק במובנו הרחב – אלא לפי רישיון בכתב (או היתר מיוחד) מאת המפקח.

א

ה"מפקח" הוא (כהוראת סעיף 1 לצו): "המפקח על היהלומים, לרבות סגן המפקח על היהלומים, שמינה שר התעשייה והמסחר". ה"מפקח" הוא אפוא עובד מדינה, פקיד שהשר מינה אותו להיותו מפקח.

ב

האיסור הגורף הוא תחילה, אך ניתן לצאת ממנו על דרך קבלתו של רישיון לעיסוק ביהלומים. בנושא הרישיון והתנאים המוקדמים שעל מבקש למלא, מקמץ צו היהלומים במילים. כל שנאמר בו הוא, כי לא יינתן רישיון אלא אם המבקש הוא בעל ארבע שנות ותק בעיסוק ביהלומים (סעיף 4(ב)); אלא שמיד בסמוך (בסעיף 4(ג)), מתעשת הצו ומורה אותנו כי חרף האמור, רשאי המפקח לתת רישיון "אף אם אין המבקש בעל ותק של ארבע שנים". כן רשאי המפקח לדרוש ממבקש רישיון פרטים נוספים "הדרושים לו בקשר לבקשה לרישיון" (סעיף 4(ד)). סתם הצו ולא פירש אלו הם הפרטים העשויים להיות "דרושים לו", למפקח.

ג

עיקר יימצא בסעיף 9 לצו, ולפיו רשאי המפקח "לסרב לתת רישיון, לקבוע בו תנאים, להוסיף עליהם ולשנותם וכן להתלות רישיון או לבטלו". נאמן למימרת חכמים "חכמים היזהרו בדבריכם" (אבות, א, יא [א]) – ואולי למימרת חכמים: "שִׁמְרֵנוּ פִּי וּלְשׁוֹנוֹ שִׁמְרֵנוּ מִצְרוֹת נַפְשׁוֹ" (משלי, כא, כג [ב]) – אין הצו מואיל לפרט מה ינחה את המפקח בהחליטו כך או אחרת.

ד

24. קיצור הדברים הוא אפוא זה: אין אדם רשאי לעסוק ביהלומים אלא אם מחזיק הוא ברישיון. ורישיון, נותן אותו – לפי שיקול-דעתו – עובד מדינה שנתמנה להיותו בעל-סמכות. עד כאן – ולא עוד. אין בצו היהלומים כל מורה-דרך כיצד ישקול בעל-הסמכות בדעתו: אימתי ייתן רישיון ואימתי יסרב; אלו תנאים רשאי הוא לְסַפֵּחַ לרישיון; ובאלו נסיבות יתלה רישיון או יבטלו. הצו – כחזותו על פניו – מינה את המפקח להיותו רשות חסרת כל מגבלות לעניין הוצאתם של רישיונות לעיסוק ביהלומים. לשון אחר: הדין המהותי של רישוי עיסוק ביהלומים – המפקח הוא שיקבע אותו על-פי שיקול-דעתו. המפקח כמו נתמנה להיותו מחוקק ראשי – בעל סמכות הקובע נורמות-מהות בתחום זה של רישוי עיסוק ביהלומים. אכן כן: המפקח חייב להפעיל את שיקול-דעתו על-פי מטרותיו של חוק הפיקוח, אותו חוק שהוליד את הצו שיצר את המפקח. ואולם בידענו כי מטרות החוק פורשות עצמן מאופק-אל-אופק – ראינו ולמדנו זאת מקרוב – נוסף ונדע כי סמכותו של המפקח הינה סמכות רחבה-מכל-רחבה, סמכות שכמעט אין חלות עליה כל מגבלות שהן.

ה

ו

ז

25. הכול יסכימו, דומה, כי מצב דברים זה אינו ראוי ואינו רצוי. כניסוחו עתה, פוגע צו היהלומים אנושות בעיקרים של שלטון החוק במובנו המהותי. צא וראה: עקרון שלטון החוק במובנו המהותי מורנו כי "הסדרים ראשוניים" ייקבעו ככל הניתן בחקיקה ראשית, וכי חקיקת-משנה – כתקנות וצווים מכוח חוק – תשמש אך כוח-עזר לביצועו של חוק הכנסת. מחוקק חוק הפיקוח התעלם מעיקרון זה מכול וכול, ובהתירו לשריר-ממשלה לקבוע הסדרים ראשוניים בצווים, כרסם החוק עמוקות בעיקרון זה של שלטון החוק.

א

ב

חוק הפיקוח לא נוצר יש מאין. עמדנו על הטעמים ההיסטוריים שהיו ביסוד חקיקתו, וחיווינו דעתנו כי אין בהם בטעמים אלה כדי לשמש "צידוק הדין" כהיום הזה. והנה זה נתגלתה לנגד עינינו מחילה נוספת, מחילה-תחת-למחילה. לא זו בלבד שהמחוקק הראשי לא קבע הסדרים ראשוניים בגופו-של-חוק, אלא שהשר – מצווה צו היהלומים – אף-הוא לא הטריח עצמו לקבוע הסדרים-מהות בגופו של הצו, לא הסדרים-מהות ראשוניים ולא כל הסדרים-מהות שהם. השר בפשטות העביר את סמכותו למפקח, עשה את המפקח "מלך רישוי העיסוק ביהלומים"; "מלך" – כמשמעותו של מלך בימים-עברו. על-פי המפקח יקום דבר ועל-פיו יפול דבר. המגבלות היחידות המוטלות על המפקח – אם ניתן בכלל לכנותן מגבלות-של-אמת – הן אותן מגבלות שמטיל חוק הפיקוח על השר בהוציאו צווים על-פי סמכותו.

ג

ד

26. מצאנו אפוא פגיעה – ופגיעה קשה היא – בעקרון שלטון החוק. ואולם בכך לא סגי. השאלה הנשאלת היא, האם חרף כל זאת ניתן לראות את הצו כצו שהוצא בסמכות – במובנו הפורמאלי של מושג הסמכות? שאלה זו אינה צורכת הכרעה מיידית בענייננו, ומשני טעמים עיקריים אלה: ראשית לכול, בכתב-העתירה לא תקף העותר את חוקיותו של הצו, באשר הוא, מהטעמים שאנו עומדים עליהם ובמתכונת זו שהצבנו. מטבע הדברים לא השיבה המדינה מלחמה שעה, וממילא לא נוצרה בקעת מריבה לצחצוח-חרבות. וכך, משלא ניתנה למדינה הזדמנות להתגונן, לא יהיה זה ראוי כי נכריע בסוגיה זו. שנית, אליבא דכל דעה שקולה אין העותר זכאי למבוקשו. אדם שהורשע ברצח, ולאחר שרָצָה אך חלק קטן מעונשו, מבקש הוא – כשנתיים לאחר ששוחרר מכלאו – כי יותן בידו רישיון לעיסוק ביהלומים, לא נתקשה לסרב לו.

ה

ו

שאלת חוקיותו של צו היהלומים אינה עומדת אפוא לדיון לפנינו. על-אף זאת, ואף שהשאלה אינה צורכת הכרעה מיידית, ביקשנו להרהר בסברה כי צו היהלומים כניסוחו עתה עומד על כרעיים רזות וחלשות. נדבר ונסביר את הדברים בראשי-פרקים.

ז

27. ראשית לכול: ענייננו הוא בסעיף 5 לחוק הפיקוח, וסמכותו של השר הקבועה בפסקה (א) לסעיף 5 היא "להסדיר בצו" נושאי כלכלה ומשק אלה ואחרים. מוסיפה וקובעת פסקה (ב) לסעיף 5, כי כל שרשאי השר "להסדיר", רשאי הוא "לאסור, להגבילו, להטיל עליו פיקוח או בקורת, להתנותו בתנאים, לרבות תנאים לקבלת רשיון, כללי או מיוחד". אשר לאיסור, להגבלה, להטלת הפיקוח וכו' – כל אותן סמכויות המנויות בסעיף 5(ב) לחוק הפיקוח – נסכים כולנו כי השר פעל, לכאורה, בגדרי סמכותו שעה שאסר בצו היהלומים עיסוק ביהלומים והתנה עיסוק בקבלת רישיון. ואולם, האם פעל השר בגדרי סמכותו – הסמכות "להסדיר" – שעה שהעניק למפקח שיקול-דעת שאינו מסויג בכל סייג שהוא? שעה שלא קבע כל הסדרי-מהות בצו, הסדרי-מהות שיש בהם כדי להגביל את המפקח בשיקול-דעתו? לעניין זה נאמר – בלא שנקבע מסמרות בדבר – כי יש יסוד לסברה שהשר לא פעל כמצוות המחוקק. המחוקק הסמיך את השר "להסדיר בצו" נושאים אלה ואחרים, וסמכות זו של "להסדיר בצו" (to regulate) פירושה הוא, כפשוטה, לקבוע בצו גופו הסדרים וסדרים בנושא הנתון ל"הסדר". לשון אחר: החוק הסמיך את השר לקבוע הסדרים ראשוניים בצו שיוציא על-פי סמכותו, אך לא הסמיכו להעביר את סמכותו על-החלק למפקח שהוא עצמו יצרו בצו. אכן, השר רשאי היה לכונן רשות מפקחת לביצועו של צו היהלומים. וכלשונו של סעיף 43 לחוק הפיקוח:

"רשויות מבצעות 43. שר רשאי, בצו שניתן לפי חוק זה, למנות רשות מבצעת לביצוע הצו; והרשות המבצעת רשאית לתת כל הוראות שלדעתה יש בהן צורך לביצוע הצו."

ואולם, כינונה של "רשות מבצעת" והסמכתה לפעול "לביצוע הצו", פירושה הוא, כי הצו – הוא-עצמו, בגופו – קובע הסדרי-מהות, וכי אותה "רשות מבצעת" ממונה על ביצועם של אותם הסדרים. וגם אם אמרנו כי בשעת-חירום-של-אמת אפשר ייווצר צורך לפעול מיידית ולצוות צו בדמותו כצלמו של צו היהלומים, לא כן הוא בענייננו.

28. יתר-על-כן: מסתבר כי המפקח על היהלומים מינה ועדה מייעצת בהרכב יהלומן המשמש סגן המפקח על היהלומים, מעריך יהלומים ראשי וקצין הביטחון של מכון היהלומים הישראלי. המפקח נועץ בחברי אותה ועדה – כך הוא מודיענו – ויחדיו קבעו כל אלה "קריטריונים" להענקת רישיון עיסוק ביהלומים על-פי הצו. המפקח אף מוסיף ומודיענו, את תוכנם של אותם קריטריונים למתן רישיון ליחיד לייצור יהלומים או לסחר בהם. ואלה הם הקריטריונים:

- א 1" בעל נסיון מוכח של 4 שנות עבודה בענף היהלומים, מהן 12 חדשי עבודה סמוך למועד הגשת הבקשה לרשיון.
2. מוכר ומומלץ ע"י 2 יהלומנים לפחות (יהלומן לענין זה – בעל רשיון בר תוקף או חבר בורסת היהלומים הישראלית או חבר בבורסת היהלומים בחו"ל בשלוש השנים האחרונות);
- ב 3. לא הורשע בעבירה שיש עימה קלון;
4. בעל יכולת כספית מוכחת של \$50,000 לפחות הניתנת לשימוש במסגרת העיסוק ביהלומים (כגון: יתרת זכות בחשבונות עו"ש מט"ח/כתב אשראי בנקים וכד' זמינים לשימוש; רכוש/מקרקעין נכסי דלא נידי וכד' לא יוכרו לצורך זה).
- ג 5. המבקש רשיון יצרן יידרש להמציא אישורים כי לרשותו יעמוד מפעל המתאים לדרישות ייצור היהלומים, רשיון עסק מטעם הרשות המקומית בה ממוקם המפעל.
6. הועדה ראינה את המבקש והתרשמה כי הינו מהימן, בעל ידע ביהלומים והתארגן כראוי לעיסוק ביהלומים".

ט בלא שנביע דעתנו על הקריטריונים לגופם, נשבח את המפקח על עצם קביעתם של קריטריונים. לא שמענו, אמנם, כיצד הביא המפקח אותם קריטריונים לידיעת הרבים – אם אמנם הֵבִיֵאם לידיעת הרבים – חרף הנחיה שהונחו בעלי-סמכות בנושא פרסומן של הנחיות פנימיות (ראו והשוו בג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד [21], בייחוד בעמ' 513).

ה על-אף זאת, יפה עשה המפקח בעצם קביעתם של הקריטריונים. ואולם מה למדנו מכאן? כי עובד מדינה אמר לעשות את שהכנסת והשר המוסמך לא עשו: לקבוע "קריטריונים" – קרי: "לחוקק" – בנושא של רישוי עיסוק ביהלומים. לא ידענו מניין קנה השר סמכות להסמיך את המפקח "לחוקק", והרי הסמכות ניתנה דווקא לו: לו – ולא לזולתו.

ז 29. מורה אותנו סעיף 42 לחוק הפיקוח, וזו לשונו:

"אצילת סמכויות 42. (א) שר רשאי לאצול לאחר מסמכויותיו לפי חוק זה, כולן או מקצתן, פרט לסמכות להתקין תקנות והסמכות לתת צווים בני-פעל תחיקתי או צו לפי פיסקה (3) לסעיף 5(ג).

ט (ב) על אף האמור בסעיף קטן (א), רשאי שר לאצול לאחר את סמכותו לתת צווים הקובעים את מנות המצרכים שיימכרו לצרכן.

(ג) הודעה על אצילת סמכויות תפורסם ברשומות".

הערה: הוראה דומה לזו תמצא לנו בסעיף 41(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, ולפיה:

א "סמכות הנתונה לאחד השרים על פי חוק או שהועברה לו על פי סעיף 39(ב), למעט סמכות להתקין תקנות, רשאי השר לאצול, כולה, מקצתה, או בסייגים, לעובד ציבור".

בהמשך לכך נזכור את הוראת סעיף 41(ה) לחוק-יסוד: הממשלה, ולפיה:

ב "הוראות סעיף זה יחולו אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק המקנה את הסמכות או מטיל את החובה".

ג יטען הטוען: על-פי הוראת סעיף 42(א) לחוק הפיקוח, רשאי שר לאצול מסמכויותיו לאחר, פרט לסמכות לקבוע נורמות בנות-פועל-תחיקתי. והנה, בענייננו לא אצל השר למפקח סמכות לצוות צווים בני-פועל תחיקתי. השר הוא שציווה את צו היהלומים; הצו הוא הנורמה בת-הפועל התחיקתי וכל שעשה השר לא היה אלא להסמין את המפקח לבצע את צו היהלומים. ואם אצל השר למפקח סמכות לביצועו של הצו, רשאי ומוסמך היה לעשות כן כדבר סעיף 42(א) לחוק הפיקוח (ובנוסף לו, סעיף 43 לחוק הפיקוח, שלפיו רשאי שר "בצו שניתן לפי חוק זה, למנות רשות מבצעת לביצוע הצו...").

ד 30. טענה זו אינה טענת-קש, ועם זאת נתקשה לקבלה. ניתן להביא טעמים אחדים להפרכתה, ואולם אנו נספק עצמנו בטיעון-שכנגד אחד בלבד. הטיעון הוא זה – עמדנו עליו למעלה – כי פירוש הדיבור "להסדיר" הוא: לקבוע הסדרים ראשוניים בני-פועל תחיקתי; כי בהעניקו סמכות לשרי ממשלה "להסדיר" נושא מסוים בצו, נתכוון החוק שהשר – הוא בכבודו ובעצמו – יקבע הסדרים ראשוניים בצו שיצווה וכי השר שציווה את צו היהלומים לא מילא מצווה זו. על-פי הלוך מחשבה זה, נושא אצילת סמכויות אינו מתעורר כלל. מדברים אנו בחובה שהוטלה על השר במסגרת סמכותו לצוות צווים בני-פועל תחיקתי. המחוקק הורה את השר כיצד יצווה צווים בני-פועל תחיקתי ואיזה תוכן ייצוק אל-תוכם, ואת כוחו לצוות צווים בני-פועל תחיקתי ממילא אין השר מוסמך לאצול לאחרים. משידענו כך, שאלת האצילה אינה עולה כלל על סדר היום.

ה ואולם, אפילו אמרנו אחרת, דומני כי ניתן ללמוד כוונה אחרת בנושא סמכותו של השר "להסדיר", לאמור: כי את סמכותו "להסדיר" אין השר מוסמך לאצול לזולתו. לעניין זה נזכור את דבריו של מ"מ הנשיא, השופט אגרנט בפרשת אוסטרייכר [11]. בהסבירו לנו על-שום-מה ולמה הוקנו סמכויות ההסדר לשרים דווקא, אמר מ"מ הנשיא אגרנט, וזו לשונו (בעמ' 2093-2094):

א "הכנסת ראתה הכרח – נוכח העובדה של קיום מצב חירום במדינה – להקים מנגנון חקיקה, שיהיה בו כדי להבטיח שהעניינים החיוניים, בהם עוסק החוק, יוסדרו, במידת האפשר, בדרך שתהא גם יעילה, גם מהירה; מכאן, שהעניק לשרים את הסמכות לחוקק חקיקת משנה בשטח הנדון, שהיא בעלת היקף רחב למדי – סמכות אשר לא מן המוצדק היה – כך צריכה להיות הנחתנו – להוציאה מידי המחוקק הריבון בתקופה של שלום. העובדה, כי הכנסת העניקה את סמכות החקיקה הנ"ל דוקא בידי השרים – להבדיל מהפקידים – אות היא, שהיתה ערה להיקפה הרחב של הסמכות, אלא שמצאה את הצידוק לכך בצורך להקים – ושוב, בהתחשב במטרות החיוניות אשר למדינה ענין בהן במצב של חירום – מנגנון חקיקה, שיהיה עשוי לשרת אותן מטרות בדרך המתאימה ביותר לתנאי המצב הזה" (ההדגשה שלי – מ' ח').

ב

ג

יתר-על-כן: כפי שראינו למעלה (בפיסקה 12), קבע חוק הפיקוח במקורו – בסעיף 46(ב) בו – כי צו שהוצא על-פי החוק והוא סותר הוראת כל חוק אחר – הוראת הצו עדיפה ומכריעה את הכף. צו עדיף על חוק הכנסת. המושג "צו" הוא רחב ביותר, וכולל הוא, להלכה ולמעשה, כל החלטה הניתנת מכוחו של חוק הפיקוח, לרבות החלטות שנותן המפקח. ראו בג"ץ 300/66 ורדי נ' יור ועדת עררים לפי חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים ואח' [22], בעמ' 517-518, 518-520. אם אמרנו אפוא, כי מוסמך הוא השר לצוות צו שלפיו המפקח – הוא לבדו, בלא שהוטלו עליו כל מגבלות שהן – יחליט ויקבע בהסדרי רישיון עיסוק ביהלומים, כמו הוספנו ואמרנו כי חוק הפיקוח הסמיך את שרי המשלה להסמיך פקידי מדינה לצוות צווים הסותרים חוק של הכנסת. מסקנה זו אינה מתקבלת על דעתנו. לא השלמנו עם הוראת סעיף 46(ב) במקורה, הוראה שלפיה צו של שר יכול שיגבר על חוק של הכנסת. בית-המשפט אמר את דברו צלול וברור בפרשת מדאינווסט [14], והמחוקק תיקן את המעוות. האם נוסף עתה ונפרש את חוק הכנסת (באורח רטרופקטיבי) כך שאף צו של פקידי מדינה יכול היה שיגבר על חוק הכנסת? נקרא שוב דברים שהבאנו אך זה עתה מחוות-דעתו של מ"ח הנשיא אגרנט בפרשת אוסטרייכר [11], ונבין את עוצמת האבסורד. הנה לפנינו ראייה נוספת – ראייה כמעט-מכרעת – כי שומה עלינו לפרש את הוראת סעיף 5(א) לחוק הפיקוח כמסמיכה שרי המשלה לקבוע הסדרים ראשוניים בצווים שיצוו, ובד-בבד אין היא מסמיכה אותם לאצול מסמכותם לרשויות מוסמכות שהם עצמם מכוונים בצווים שהם מצווים.

ד

ה

ו

ז

ח

ט

מסקנה-לכאורה זו מוצאת לה עזר-כנגדה בעקרונות הכלליים של שלטון החוק, אותם עקרונות שעליהם הרחבנו את הדיבור בראשית חוות-דעתנו. בייחוד נדגיש ונזכיר

השופט מ' חשין, הנשיא א' ברק

פ"ד נא(4) 481

את מוטת-כנפיו הרחבה של חוק הפיקוח, שאומר הוא להשתלט על כל חיי הכלכלה והמשק בישראל. וגם אם אמרנו כי בחוק אחר – חוק-קצרי-יריעה – ניתן לפרש את לשונו בנדיבות-של-הרחבה, לא-כן הוא בחוק הפיקוח. ראו עוד והשוו: ע"פ 74/58 היועץ המשפטי נ' הורנשטיין [23]; בג"ץ 2303/90, 3709 פיליפוביץ נ' רשם החברות ואח' [24], בעמ' 420 ואילך.

א

31. דבר אחרון: ראינו את הקריטריונים שקבע המפקח לעניין רישוי עיסוק ביהלומים. קריטריונים אלה הם בחינת "הנחיות פנימיות", וידענו מכבר כי הנחיות פנימיות אינן תקנות וצווים בני-פועל תחיקתי (ראו והשוו דותן בספרו הנ"ל [31], בעמ' 39 ואילך). מכאן מסקנה, לכאורה, כי בצוותו את הצו שציווה לא עבר השר על לאו של איסור אצילת סמכות לעשייתם של צווים בני-פועל תחיקתי. ואולם לא זו בלבד שנתקשה לעתים למצוא צידוק להלכה המבחינה בין הנחיות פנימיות לבין תקנות (שם [31], בעמ' 47 ואילך), אלא שלענייננו-שלנו מתקשים אנו להשתחרר מרושם כי סיווג הקריטריונים כהנחיות פנימיות – להבדילן מנורמות בנות-פועל תחיקתי – יש בו כדי לחתור תחת ההוראה האוסרת אצילה של הסמכות לקביעתן של נורמות בנות-פועל תחיקתי. גם אם מבחינה פורמאלית אין אותן הנחיות פנימיות בחינת צווים בני-פועל תחיקתי, הנה מבחינה מהותית נועדו הן לבוא תחת הסדרים נורמטיביים שהשר אמור היה לקבוע בצו גופו. עצם קביעתם של הקריטריונים – קביעה ראויה לעצמה – דומה-עד-זהה לציוויים של צווים בני-פועל תחיקתי. נלמד מכאן, כי סיווגם של הקריטריונים כהנחיות פנימיות גרידא – להבדילן מצווים בני-פועל תחיקתי – לא יציל את צו היהלומים מהפחת. ואולם, כאמור, לא באנו לקבוע מסמרות ולנטוע עצמנו בדברינו. אין זו אלא אזהרה לימים יבואו.

ב

ג

ד

ה

32. כאמור בראש דבריי, אני מסכים כי יש לדחות את העתירה.

הנשיא א' ברק

ו

מסכים אני לפסק-דינה של חברתי השופטת שטרסברג-כהן, ולפסק-דינו של חברי השופט חשין. הסכמתי זו נשענת על בסיס צר שבמסגרתו עניין חוקיותו של צו הפיקוח על יהלומים, יבואם ויצואם, תשל"ט-1979 לא עמדה לדיון בפנינו. ברצוני להוסיף שני אלה:

ז

1. עם חקיקתו של חוק-יסוד: חופש העיסוק חל שינוי מהותי בכוחה של חקיקה רגילה להסדיר עיסוק או מקצוע. שינוי זה צופה פני עתיד ועבר גם יחד. אשר לעתיד, כל חקיקה חדשה חייבת להתאים עצמה לדרישות חוק היסוד. אשר לעבר, אף שכוחה של

החקיקה הישנה נשמר (סעיף 10 לחוק-יסוד: חופש העיסוק (החדש)), הרי מובנה מושפע מההסדר החוקתי החדש. סעיף 10 לחוק היסוד קובע במפורש – וכך היינו נוהגים גם בלא הוראה מפורשת: ראה דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל [25] – כי "פירושן של ההוראות האמורות ייעשה בכוח הוראות חוק-יסוד זה". מכוחם של אלה, על בתי-המשפט לבחון מחדש הפירוש שניתן בעבר להוראות חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים (להלן – חוק הפיקוח) ולצווים שניתנו מכוחו, ולבחון אם ניתן בהם משקל ראוי לחופש העיסוק, לאור מעמדו החוקתי החדש. גישתו הפרשנית של חברי השופט חשין, לעניין זה, נראית לי, והיא מהווה, על-פי השקפתי שלי, ביטוי לשינוי הנורמטיבי אשר התרחש עם חקיקתם של חוקי היסוד החדשים בדבר זכויות האדם. אכן, אני עצמי פסקתי בפסק-הדין בבג"ץ 790/78, הנ"ל 357/79 [13]. מוכן אני ומזומן עתה לעיין בפסיקתי זו מחדש, שמא אין בה ביטוי ראוי בעוצמתו למשקל החוקתי הכבד של חופש העיסוק, כפי שהוא מתייצב בפנינו עתה, עם חקיקתם של חוקי היסוד. מבקש אני, כמובן, להשאיר בצריך עיון את התוכן הנורמטיבי המדויק שניתן בעתיד להכללות העמומות של חוק הפיקוח, כגון הדיבור "פעולה חיונית".

2. חוק הפיקוח מעניק סמכויות חקיקה רחבות לרשות המבצעת. בכך פוגע חוק הפיקוח הן בעקרון הפרדת הרשויות והן בעקרון שלטון החוק. בעקרון הפרדת הרשויות כיצד? על-פי עקרון הפרדת הרשויות, הכנסת היא הרשות המחוקקת (ראה סעיף 1 לחוק-יסוד: הכנסת; סעיף 7(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, וסעיף 1 לחוק המעבר, תש"ט-1949). מתבקש מכך כי ההסדרים הראשוניים של מותר ואסור ייקבעו בחוקי הכנסת. ההסמכה הרחבה של הרשות המבצעת לחקיקת משנה, הקבועה בחוק הפיקוח, פוגעת בסמכות החקיקה של הכנסת, כפי שזו מתבקשת על-פי עקרון הפרדת הרשויות. זוהי חקיקה סתומה (vague) – שכן אין היא קובעת את ההסדרים הראשוניים – הפוגעת בעקרון הפרדת הרשויות. בעקרון שלטון החוק כיצד? שלטון החוק המהותי דורש, כי חקיקה תהא כללית, פומבית, ידועה ומפורסמת; שהחוק יהא ברור וודאי וניתן להבנה באופן שבני הציבור יוכלו לנהל על-פיו את ענייניהם. שלטון החוק דורש כי החוק – הוא ולא חקיקת משנה על-פיו; הכנסת ולא הרשות המבצעת – יקבעו את ההסדרים הראשוניים. מן הראוי הוא אפוא, שהכנסת תעיין מחדש בחוק הפיקוח ובצווים שנעשו מכוחו. כך הציע בית-משפט זה לא פעם בעבר. כך ראוי גם כיום.

3. צורך זה לעיין בחוק הפיקוח הופך אקטואלי לאור הוראת חוק-יסוד: חופש העיסוק באשר לשמירת הדין הישן. הוראה זו קובעת (סעיף 10), כי:

"הוראת חיקוק שאלמלא חוק-יסוד זה או חוק-היסוד שמוטל כאמור בסעיף 9, היו תקפות ערב תחילתו של חוק-יסוד זה יעמדו בתוקפן עד תום ארבע שנים מיום תחילתו של חוק-יסוד זה..."

א

יום תחילתו של חוק-יסוד: חופש העיסוק (החדש) הוא 10.3.1994. נמצא כי במאוס 1998 תפקע המטריה הנורמטיבית שמעניק חוק היסוד לחקיקה הישנה, ותוקפה ייבחן לאור הוראות חוק-יסוד: חופש העיסוק. הזמן העומד לבדיקת הדין הישן, והתאמתו למבנה החוקתי החדש, אינו רב. ראוי הוא לנצלו במלוא המרץ. עדיף הוא שהכנסת עצמה תסרוק את הוראות הדין הישן, ותתקן אותו באופן שיעלו בקנה אחד עם חוק-יסוד: חופש העיסוק.

ב

הוחלט כאמור בפסק-דינה של כבוד השופטת שטרסברג-כהן.

ג

ניתנה היום, ח' באב תשנ"ז (11.8.1997).

ד

ה

ו

ז

מיני-רציו:

* משפט חוקתי – זכויות הפרט – חופש העיסוק

מעמדו לאחר חקיקת חוק-יסוד: חופש העיסוק – פרשנות חקיקה הפוגעת בחופש העיסוק – המבחן לאיזון בין הזכות לעיסוק ובין הצורך להגן על כלכלת המדינה – מניעת רישיון לעיסוק ממשי שהורשע בעבירה שיש עמה קלון.

* משפט חוקתי – חוקי יסוד – חוק-יסוד: חופש העיסוק

השפעתו על פרשנות חוקים שקדמו לו והחוסים תחת סעיף שמירת הדינים – השפעתו על כוחה של חקיקה חדשה להסדיר עיסוק ומקצוע – השפעתו על פירוש חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח-1957 – עיון מחדש בסמכות להשתמש בחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים בהיעדר מצב חירום מיידי.

* משפט חוקתי – חקיקה – חקיקת משנה

חקיקת משנה הקובעת הסדרים ראשוניים – פגיעתה בעקרון שלטון החוק – פגיעתה בעקרון הפרדת הרשויות.

* משפט חוקתי – שלטון החוק – משמעותו

שלטון החוק וחקיקת משנה – הצורך לקבוע הסדרים ראשוניים בחקיקה ראשית ולא בחקיקת משנה.

* משפט חוקתי – שעת חירום – צו פיקוח

מכות חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח-1957 – האם תואם את עקרונות שלטון החוק והפרדת הרשויות – מעמדו ופרשנותו של החוק לאחר חקיקת חוק-יסוד: חופש העיסוק – עיון מחדש בסמכות להשתמש בחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים בהיעדר מצב חירום מיידי – הצורך ב"אזרחו" של חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים ובהתאמתו לעקרונות משפט מקובלים.

* משפט מינהלי – אצילת סמכויות – מגבלותיה

האיסור על אצילת סמכות לקבוע תקנות בנות-פועל תחיקתי – האם יכול שר לאצול סמכות לקבוע הנחיות פנימיות – כאשר מדובר למעשה בקביעת הסדרים ראשוניים.

* משפט מינהלי – היוועצות – הרשות לקיימה

סמכות רשות רישוי להקים גוף מייעץ שיקבע קריטריונים למתן רישיון.

* משפט מינהלי – רישוי – שיקולים

פסק-דין, כרך נא, חלק רביעי, תשנ"ז/תשנ"ח 1997

522

רישוי העיסוק ביהלומים – הימנעות ממתן רישיון לאדם שהורשע בעבירה שיש עמה קלון –
עברו הפלילי של מבקש הרישיון כשיקול ענייני – נוכח רגישותו של ענף היהלומים.