

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5975/12

לפני :
 כבוד הנשיא א' גרוניס
 כבוד השופטת א' חיות
 כבוד השופט נ' סולברג

העותרים :
 1. חטיבת מפיצי הסיגריות במכונות אוטומטיות
 2. א.א. שיווק אמסלם
 3. א.ב. מיסוצניק בע"מ
 4. אבנר יעקובי
 5. ארומה במדבר בע"מ
 6. גלוריה קריספין בע"מ
 7. המי בע"מ
 8. הקיוסק האוטומטי
 9. טיק טיק אוטומט
 10. סיגומט בע"מ
 11. מנש מכונות
 12. מוסיוב פרוייקטים
 13. רוד מדיה בע"מ
 14. ש.ז. סיגריות בע"מ

נגד

המשיבים :
 1. משרד הבריאות
 2. כנסת ישראל

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה : ט' בניסן התשע"ג (20.3.2013)

בשם העותרים : עו"ד אורן גלעדי ; עו"ד עופר חן ; עו"ד עמית גולד

בשם המשיב 1 : עו"ד חני אופק

בשם המשיבה 2 : עו"ד ד"ר גור בליי

כתבי עת :

אהרן ברק, "חוק-יסוד: חופש העיסוק", משפט וממשל, ב (תשנ"ד-תשנ"ה) 173

מיני-רציו:

* נדחתה עתירה לביטול החוק להגבלת הפרסומת והשיווק של מוצרי טבק (תיקון מס' 6), האוסר הצבת מכונות אוטומטיות לממכר מוצרי טבק החל מיום 1.1.14. נקבע כי החוק חוקתי, שכן הוא עומד במבחני פיסקת ההגבלה; כן נדחתה העתירה נגד תוקפן של תקנות שהותקנו לתקופת הביניים בהן נקבע איסור על הצבת מכונות אוטומטיות לממכר מוצרי טבק במרחק של 1,000 מ' לפחות מבית ספר או מוסד חינוך.

* משפט חוקתי – זכויות הפרט – חופש העיסוק

* משפט חוקתי – זכויות הפרט – זכות הקניין

* משפט חוקתי – זכויות הפרט – שוויון

* משפט חוקתי – חוקי יסוד – מידתיות

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

עסקינן בעתירה לביטול החוק להגבלת הפרסומת והשיווק של מוצרי טבק (תיקון מס' 6), התשע"א-2011 (להלן: התיקון). בתיקון נקבע איסור על הצבת מכונות אוטומטיות לממכר מוצרי טבק החל מיום 1.1.14. כמו כן, קובע התיקון כי ביחס לתקופה שעד ליום 1.1.14 (להלן: תקופת הביניים), מוסמך שר הבריאות לקבוע הוראות בדבר איסור הצבת מכונות כאמור בקרבת בתי ספר ומוסדות חינוך. סעד נוסף המתבקש בעתירה הוא השעיית תוקפן של התקנות שהותקנו לתקופת הביניים, בהן נקבע איסור על הצבת מכונות אוטומטיות לממכר מוצרי טבק במרחק של 1,000 מטרים לפחות מבית ספר או מוסד חינוך (תקנות הגבלת הפרסומת והשיווק של מוצרי טבק (איסור הצבת מכונות למכירת מוצרי טבק בקרבה למוסדות חינוך (הוראת שעה)), התשע"א-2011 (להלן: התקנות)).

בג"ץ (מפי הנשיא גרוניס ובהסכמת השופטים חיות וסולברג) דחה את העתירה ופסק כי:

טענה שסעיף חוק הוא בלתי חוקתי נבחנת במספר שלבים: על העותר להוכיח קיומה של פגיעה בזכות חוקתית; אם תימצא פגיעה בזכות חוקתית על הרשות להוכיח כי הפגיעה מוצדקת בהתאם לתנאי פיסקת ההגבלה הקובעת כי על מנת שפגיעה בזכות חוקתית תימצא מוצדקת, עליה להיעשות בחוק ההולם את ערכי מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש. תנאי המידתיות פורש בפסיקה ככולל שלושה מבחני משנה: קשר רציונלי בין האמצעי החקיקתי לבין מטרת החקיקה; מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; ומבחן המידתיות במובן הצר המשווה את התועלת הצומחת מן ההסדר לפגיעה הנובעת ממנו. בשלב ראשון של הבחינה החוקתית, כדי לקבוע האם חוק פוגע בזכות חוקתית, יש לבחון את היקפה המושגי ותחום התפרשותה של הזכות החוקתית. הזכויות החוקתיות אינן זכויות מוחלטות. הגבלת הזכות נעשית הן בשלב הראשון, בו יש לבחון את קיומה של הפגיעה, הן בשלב השני בו נבחנת עמידת החוק הפוגע בתנאי פיסקת ההגבלה. שני השלבים נפרדים, אך יש בהם כדי להשפיע אחד על השני.

בג"ץ פסק כי ניתן לקבל שהתיקון, המגביל את אופן השיווק של מוצרי טבק, פוגע בחופש העיסוק של העותרים, בציינו כי הגבלה זו היא חלקית, כיוון שהתיקון לא שלל מהעותרים את האפשרות לעסוק בשיווק מוצרי טבק באופן כללי, אלא הגביל את יכולתם לשווק במכונות אוטומטיות. בג"ץ פסק כי

הטענה לפגיעה בקניין של העוצרים נוכח ירידת ערכן של המכונות לא הוכחה. לאו האמור, בג"ץ בחן את הפגיעה בחופש העיסוק בראי תנאי פיסקת ההגבלה. נפסק כי הפגיעה נעשתה לתכלית ראויה ובאופן ההולם את ערכי המדינה ועומד גם במבחני המידתיות. האמצעי שנבחר הוא המתאים ביותר, מבין האמצעים שהוצעו, ואשר בכוחו להגשים את כלל התכליות במידה סבירה. הבחירה לאסור הצבת מכונות היא סבירה, המגשימה את המטרה ונופלת לגדרי מרחב התמרון החקיקתי. אשר למבחן המידתיות במובן הצר, יש תועלת הרבה הגלומה בהסדר שתכליתו למנוע תופעה שלילית ביותר, הגורמת לנזקים בריאותיים וחברתיים קשים ומוכחים. גם אם גלומה בהסדר פגיעה חוקתית, יש יחס ראוי בין התועלת לבין הפגיעה; הטענה לפגיעה בשוויון נדחתה ונקבע כי אין לומר כי העותרים מצויים בקבוצת שוויון אחת עם משווקי מוצרי טבק בדרכים אחרות. לאור כל האמור נפסק כי התיקון עומד במבחני פיסקת ההגבלה ולכן הוא חוקתי.

הטענות נגד חוקיות התקנות בטענה כי לא ניתנה לעותרים זכות טיעון, אף שהם נפגעים מן התקנות, נדחו הן מאחר שאין חובה לקיים הליך של שיתוף הציבור בהליכי התקנת תקנות וחקיקת משנה או בהליכי חקיקה ראשית, לרבות כאשר פרטים מסוימים נפגעים מכך, והן מאחר שהעותרים היו מעורבים בהליכי החקיקה; עוד נקבע כי קביעת המרחק אינה תפקידו של בימ"ש אלא של השר המוסמך. בימ"ש בוחן רק אם המרחק שנקבע אינו סביר במידה קיצונית. משיב 1 טען כי השיקול שהביא לקביעת המרחק הוא שיקול של מסלול הליכה רגלי מהמוסד החינוכי. בנסיבות אלה, וללא תשתית עובדתית לסתירה, לא הוכח פגם המצדיק התערבות שיפוטית בתקנות.

פסק-דין

הנשיא א' גרוניס:

1. לפנינו עתירה לביטולו של החוק להגבלת הפרסומת והשיווק של מוצרי טבק (תיקון מס' 6), התשע"א-2011 (להלן – התיקון). במסגרת התיקון נקבע איסור על הצבת מכונות אוטומטיות לממכר מוצרי טבק החל מיום 1.1.2014. כמו כן, קובע התיקון כי ביחס לתקופה שעד ליום 1.1.2014 (להלן – תקופת הביניים), מוסמך שר הבריאות לקבוע הוראות בדבר איסור הצבת מכונות כאמור בקרבת בתי ספר ומוסדות חינוך. סעד נוסף המתבקש בעתירה הוא השעיית תוקפן של התקנות אשר הותקנו לתקופת הביניים, בהן נקבע איסור על הצבת מכונות אוטומטיות לממכר מוצרי טבק במרחק של 1,000 מטרים לפחות מבית ספר או מוסד חינוך (ראו, [תקנות הגבלת הפרסומת והשיווק של מוצרי טבק](#) (איסור הצבת מכונות למכירת מוצרי טבק בקרבה למוסדות חינוך (הוראת שעה)), התשע"א-2011 (להלן – התקנות)).

הרקע לעתירה וטענות הצדדים

2. בשנת 1983 נחקק החוק להגבלת הפרסומת והשיווק של מוצרי טבק, התשמ"ג-1983 (להלן – החוק). החוק המקורי עסק בעיקר בהגבלת הפרסום של מוצרי טבק

וסיגריות. בחלוף השנים נוספו לחוק תיקונים שונים. בתוך כך, בשנת 2001 נחקק סעיף 7 ב לחוק, אשר קבע כי שר הבריאות, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת, מוסמך לקבוע מקומות בהם לא יוצבו מכונות לממכר מוצרי טבק. יצוין, כי מכוח הוראה זו לא הותקנו תקנות, ועל כן עד לחקיקת התיקון והתקנות העומדות במוקד העתירה שלפנינו, לא היה איסור על הצבת מכונות לממכר סיגריות. בנוסף, בשנת 2004 נחקק סעיף 8א לחוק, אשר קבע כי "לא ימכור אדם מוצר טבק או מוצר המשמש לעישון טבק לקטין". מאז שנת 2004 תוקן והורחב סעיף 8א, וכיום האיסור חל אף על השכרה והשאלה של מוצרי טבק לקטינים. כמו כן, מטיל סעיף 8א חובות שונות על מוכרי מוצרי טבק ומשכיריהם. המגמה העולה מן ההיסטוריה החקיקתית היא, אם כן, להביא לצמצום תופעת העישון, בין על דרך הגבלת הפרסום של מוצרי טבק, ובין על דרך הגבלות על שיווק ומכירה של מוצרי טבק, לאוכלוסיה בכללותה ולקטינים בפרט.

בשנת 2010 הוקמה ועדה ציבורית לצמצום העישון ונזקיו, בראשות מנכ"ל משרד הבריאות. ביום 18.1.2011 הגישה הוועדה את המלצותיה. בהתבסס על המלצות הוועדה החליטה הממשלה ביום 29.5.2011, בין השאר, להביא לתיקון החוק כך שייקבעו בו מגבלות מחמירות על פרסום ושיווק מוצרי טבק, וכי תיאסר הצבת מכונות אוטומטיות לממכר סיגריות (ראו, החלטת הממשלה מס' 3247 מיום 29.5.2011). אחר דברים אלו, פורסם ביום 11.8.2011 תיקון מספר 6 לחוק. תחילת דרכו של התיקון היא בהצעת חוק פרטית משנת 2010, אשר בשלב מאוחר יותר קיבלה את תמיכת הממשלה. כאמור לעיל, התיקון קובע איסור על הצבת מכונות לממכר מוצרי טבק שתחילתו ביום 1.1.2014. דחיית תחילתו של האיסור נועדה לאפשר לעוסקים בשיווק סיגריות באמצעות מכונות "זמן התארגנות", טרם כניסת האיסור לתוקף. בנוסף, מסמיך התיקון את שר הבריאות לקבוע הוראות לתקופת הביניים בדבר איסור הצבת מכונות בקרבת בתי ספר ומוסדות חינוך.

ביום 20.9.2011, מספר שבועות לאחר חקיקת החוק, פורסמו התקנות שקבע שר הבריאות לתקופת הביניים. כאמור, בתקנות קבע שר הבריאות כי אסורה הצבתן של מכונות אוטומטיות במרחק של 1,000 מטרים לפחות מבתי ספר ומוסדות חינוך. יצוין, כי התקנות נכנסו לתוקף שלושה חודשים לאחר מועד פרסומן, קרי ביום 20.12.2011. על פי ההסדר החוקי שפורט לעיל, ביום 1.1.2014 יפקע תוקפן של התקנות, וייכנס לתוקפו האיסור המוחלט על הצבת מכונות, כפי שקובע התיקון.

להשלמת התמונה יצוין כי ביום 23.7.2012 פורסמה ברשומות הצעת חוק ממשלתית הכוללת תיקון נוסף לחוק (הצעת [חוק הגבלת הפרסומת והשיווק של מוצרי טבק](#) (תיקון מס' 7), התשע"ב-2012). הצעת החוק הממשלתית, אשר עברה קריאה ראשונה ביום 25.7.2012, נועדה לקבוע איסור כללי וכמעט מוחלט על פרסום מוצרי טבק, ברוח המלצות הוועדה הציבורית והחלטת הממשלה מס' 3247.

3. העותרת 1, חטיבת מפיצי הסיגריות במכונות אוטומטיות בלשכת המסחר תל-אביב, היא הגוף המקצועי בו מאוגדות החברות המפעילות מכונות אוטומטיות למכר סיגריות. העותרים 2-14 מפעילים מכונות אוטומטיות, והם חברים בעותרת 1 (להלן – העותרים). העותרים טוענים כי הם נפגעים מן התיקון לחוק ומן התקנות, ומכאן העתירה. יצוין, כי העתירה הוגשה כשנה לאחר חקיקת התיקון, וכשמונה חודשים לאחר כניסתן של התקנות לתוקף.

בעתירתם מעלים העותרים טענות נגד חוקתיות התיקון וכן נגד התקנות. אשר לתיקון, תחילה טוענים העותרים כי התיקון פוגע בחופש העיסוק שלהם, בשל הגבלת אפשרותם להמשיך בעיסוק בו עסקו עד כה, שיווק סיגריות באמצעות מכונות אוטומטיות, ובשל הפגיעה בתחרות החופשית בענף הסיגריות. כמו כן, טוענים העותרים לפגיעה בזכותם החוקתית לקניין, נוכח ההפסדים הכלכליים הצפויים להם כתוצאה מהוצאת המכונות משימוש. העותרים סבורים כי הפגיעות בזכויות האמורות אינן עומדות במבחני פיסקת ההגבלה המנויה בחוקי היסוד, ועל כן התיקון אינו חוקתי. לשיטת העותרים, החוק נועד להגן על קטינים ולצמצם את נגישותם למוצרי טבק, וזו תכלית ראויה. עם זאת, טוענים העותרים כי הם הציעו אמצעים חלופיים, טכנולוגיים וגיאוגרפיים, אשר מאפשרים למנוע מקטינים להשתמש במכונות (להלן – האמצעים החלופיים). כך, לדוגמה, במישור הטכנולוגי טוענים העותרים כי ניתן להתיר רכישה רק באמצעות תעודת זהות ביומטרית, או באמצעות שימוש בכרטיס אשראי. במישור הגיאוגרפי טוענים העותרים כי ניתן להגביל את הצבת המכונות למקומות בהם לא נמצאים קטינים, כגון בסיסי צבא או בתי סוהר. עוד ציינו העותרים כי הם מוכנים לשאת בעלויות התאמת המכונות לפתרון החלופי שייבחר. לטענת העותרים, נוכח קיומם של אמצעים אשר פגיעתם בהם פחותה, יש לקבל את העתירה. העותרים טענו אף כי אין קשר רציונלי בין האיסור על מכר במכונות לבין התכלית של מניעת נגישות

האוכלוסיה למוצרי טבק, וכי הפגיעה בהם עולה על התועלת הצומחת מן התיקון. נוסף על הפגיעה בחופש העיסוק ובזכות לקניין, טוענים העותרים כי החלת האיסור על מכונות ממכר אוטומטיות בלבד מהווה אכיפה בררנית, הפוגעת בשוויון בכך שמפלה את העותרים לרעה ביחס למוכרים אחרים בענף, כגון בעלי חנויות, קיוסקים וכיוצא באלה. לסיום יצוין, כי העותרים חוזרים פעמים רבות על הטענה כי התוצאה אליה יוביל האיסור הקבוע בתיקון תהא מיגור של ענף עיסוק לגיטימי לממכר סיגריות, ופגיעה אנושה בפרנסתם של רבים שזהו עיסוקם.

אשר לתקנות, בעיקר מלינים העותרים על המרחק הרב ממוסדות חינוך בו אסורה הצבת מכונות. לטענת העותרים, האיסור על הצבת מכונות ברדיוס של 1,000 מטרים מכל מוסד חינוך הוא בלתי סביר, ומביא לכך שאין כמעט אפשרות מעשית להציב מכונות גם בתקופת הביניים. על כן, טוענים העותרים כי התקנות מרוקנות מתוכן את זמן ההתארגנות שקבע המחוקק בתיקון (קרי, עד ליום 1.1.2014, עת ייכנס לתוקפו האיסור המוחלט). עוד טוענים העותרים כי לא ניתנה להם זכות טיעון לפני התקנת התקנות, או אפשרות להביע את עמדתם ביחס למרחק המינימלי אשר ראוי לקבוע, וזאת על אף שהם הנפגעים העיקריים מההוראה הקבועה בתקנות. בהקשר זה יוער, כי בעתירה ביקשו העותרים, פרט לסעד העיקרי, צו ביניים שישעה את תוקפן של התקנות. הבקשה לצו ביניים נדחתה ביום 9.10.2012 (השופט א' שהם). ביום 31.10.2012 דחה השופט שהם אף בקשה לעיון חוזר בהחלטתו.

4. המשיב 1, משרד הבריאות, סבור כי דין העתירה להידחות, הן ביחס לתיקון הן ביחס לתקנות. תחילה טוען המשיב 1 ביחס לתיקון. אשר לפגיעה בחופש העיסוק ובזכות לקניין, סבור המשיב 1 כי אין מדובר בהכרח בפגיעה חוקתית, אך גם אם אכן ישנה פגיעה, הרי שהיא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה ועל כן אינה מקימה עילה להתערבות בית משפט זה. זאת, בפרט נוכח העובדה שמדובר בחקיקה ראשית של הכנסת. לשיטת המשיב 1, התכלית של החוק אינה רק הגנה על קטינים, אלא גם צמצום הנגישות של האוכלוסיה בכללותה למוצרי טבק, וכן מניעת הפרסום הכרוך בעצם הצבתן של המכונות. עוד סבור המשיב 1 כי האמצעי שנבחר – איסור מוחלט על הצבת מכונות – מגשים את המטרה. לטענת המשיב, האמצעים החלופיים שהוצעו אינם מגשימים את המטרה ולכן אין מקום להיזקק להם. זאת, משום שהאמצעים החלופיים נוגעים אך ורק להקטנת הנגישות של קטינים למכונות, ולא מתייחסים לתכליות האחרות, וכן משום שאף ביחס לקטינים מדובר באמצעים בלתי-ישימים, אשר הניסיון

במדינות אחרות בעולם מלמד שאינם פותרים את הבעיה של מכירה לקטינים. עוד מציין המשיב 1 את זמן ההתארגנות הארוך שניתן לעוסקים בתחום כדי להיערך לשינוי, ואת התועלת החברתית הרבה הטמונה בתיקון. בנוסף, טוען המשיב 1 כי אין לקבל את טענת העותרים לפגיעה בשוויון. זאת, מן הטעם שבענף של ממכר מוצרי טבק במכונות אוטומטיות יש מאפיינים המבדילים אותו מדרכי שיווק אחרות של מוצרי טבק. מאפיינים אלה כוללים, למשל, היעדר פיקוח אנושי על המכירה וכן העובדה שהמכונות מהוות, מעצם הצבתן, פרסומת למוצרי טבק.

המשיב 1 מדגיש גם את חשיבותו של החוק בהגשמת השאיפה לצמצם את תופעת העישון בארץ ובעולם. בתוך כך, מציין המשיב כי החוק מתיישב עם המגמה של החמרת המגבלות על פרסום ושיווק סיגריות (שמתבטאת, בין השאר, גם בתיקון מאוחר יותר לחוק), וכן עם אמנה בינלאומית לפיקוח על הטבק, שישראל שותפה לה. בכללים המנחים ליישום האמנה ישנה התייחסות מפורשת למכונות האוטומטיות לממכר סיגריות, ואכן מדינות רבות יישמו איסור מוחלט על הצבת מכונות סיגריות, ולמצער הגבלות נוקשות ביותר על הצבתן ועל השימוש בהן. עוד מציין המשיב 1 כי האיסור על הצבת מכונות מעוגן בהמלצות הוועדה הציבורית שהוקמה לבחינת צמצום העישון ונזקיו.

לסיום, המשיב 1 טוען כי גם ביחס לתקנות אין עילה להתערבות. לשיטתו, למרות שכלל אין חובה ליתן זכות טיעון לעותרים לפני התקנת תקנות, הלכה למעשה זכות כזו ניתנה לעותרים. דעתה של העותרת 1, הגוף המאגד את העותרים, נשמעה בהליך חקיקת התיקון. בנוסף, טוען המשיב 1 לשיהוי של העותרים בהגשת העתירה נגד התקנות וכן לעשיית דין עצמי, שכן נדמה שטרם הוסרו המכונות שהתקנות אוסרות על הצבתן. לגוף העניין, טוען המשיב 1 כי המרחק של 1,000 מטרים הקבוע בתקנות הוא מרחק סביר, המשקף מסלול הליכה רגלי ממוסדות חינוכיים. עוד טוען המשיב בהקשר זה כי העותרים לא הצליחו להוכיח כי המרחק שנקבע ירוקן מתוכן את זמן ההתארגנות, ולא פירטו כמה מן המכונות, אם בכלל, מצויות בטווח האסור על פי התקנות.

5. המשיבה 2, כנסת ישראל (להלן – המשיבה), סבורה אף היא כי דין העתירה להידחות. בתשובתה התייחסה המשיבה אך ורק לטענות שהועלו נגד התיקון, בהיותה

הרשות המחוקקת, ולא לטענות שהועלו נגד התקנות שהתקין המשיב 1. טעמיה דומים לטעמים שהובאו בעמדתו של המשיב 1, ולכן לא נרחיב בהם. יצוין, עם זאת, כי המשיבה הדגישה בתשובתה את זמן ההתארגנות הארוך שנקבע בחוק (למעלה משנתיים), ואת הטענה שהאמצעים החלופיים, אלו שהציעו העותרים או אחרים, אינם מגשימים את תכליות התיקון. עוד ציינה המשיבה כי התועלת הצומחת מן החוק היא משמעותית ומביאה למזעור תופעה שלילית ביותר. בתוך כך, משווה המשיבה בין התיקון לבין הדיון שערך בית משפט זה בע"מ 4436/02 תשעים הכדורים – מסעדה, מועדון חברים נ' עיריית חיפה, פ"ד נח (3) 782 (2004) (להלן – פרשת תשעים הכדורים), בו נדון האיסור על ניהול משחקי הימורים. בפרשת תשעים הכדורים נמצא כי האיסור הוא חוקתי, והודגשה התועלת שהוא טומן בחובו, הנובעת מצמצום התופעות השליליות הנגרמות מהימורים.

ביום 7.1.2013 השיבו העותרים בכתב לתגובת המשיבה. בתגובתם טענו העותרים כי התכלית האמיתית והבלעדית של התיקון היא הגנה על קטינים מפני עישון וצמצום נגישותם של קטינים למוצרי טבק. העותרים טענו כי התכליות האחרות אשר עומדות בבסיס החוק הועלו רק כדיעבד ואינן מצויות בדברי ההסבר להצעת התיקון. עוד טענו העותרים כי ההשוואה בין האיסור על עריכת הימורים לבין האיסור שקובע התיקון אינה במקומה. לשיטת העותרים, האיסור על עריכת הגרלות והימורים, אשר נמצא חוקתי בפרשת תשעים הכדורים, הוא איסור כמעט מוחלט (למעט חריגים מצומצמים ביותר המנויים בחוק). לעומת זאת, האיסור שנקבע בתיקון הוא איסור על שיווק מוצרי טבק החל על מגזר עסקי מסוים ובדרך אחת בלבד, קרי במכונות אוטומטיות, בעוד שדרכים אחרות לשיווק ומכירת מוצרי טבק נותרו חוקיות.

6. ביום 20.3.2013 קיימנו דיון בעתירה. שמענו טיעונים קצרים מפי באי-כוח הצדדים. בתום הדיון הצענו לעותרים לשקול לחזור בהם מן העתירה. העותרים ביקשו ארכה למתן תשובה. ביום 8.4.2013 הגישו העותרים הודעה. בהודעה צוין כי העותרים 3, 7, 8, 9, ו-11, ביקשו להסתלק מן העתירה. העותרים שנותרו הודיעו כי הם עומדים על עתירתם (מדובר בעותרים 1-2, 4-6, 10, 12-14).

דיון והכרעה

7. כאמור לעיל, בעתירה הועלו טענות נגד חוקתיותו של התיקון, וכן טענות נגד חוקיותן של התקנות שהתקין שר הבריאות לתקופת הביניים. נפתח בבחינת הטענות המכוונות נגד החוק, ולאחר מכן נפנה לטענות נגד התקנות. כבר בשלב זה ייאמר כי סבורים אנו כי לא קמה עילה להתערבותנו, לא ביחס לחוק ולא ביחס לתקנות, ולכן דין העתירה להידחות.

8. טענה שסעיף חוק הוא בלתי חוקתי נבחנת במספר שלבים (ראו, למשל, [בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט \(2\) 481, 544-545 \(שופטי הרוב\) \(2005\)](#)). תחילה על העותר להוכיח קיומה של פגיעה בזכות חוקתית. אם העותר אינו עומד בנטל, מסתיימת הבחינה החוקתית. אם, לעומת זאת, תימצא פגיעה בזכות חוקתית, על הרשות להוכיח כי הפגיעה היא מוצדקת, בהתאם לתנאי פיסקת ההגבלה (הקבועה בסעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק, ובסעיף 8 [לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו](#)). פיסקת ההגבלה קובעת כי על מנת שהפגיעה בזכות חוקתית תימצא מוצדקת, על הפגיעה להיעשות "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש". התנאי האחרון, תנאי המידתיות, פורש בפסיקה ככולל שלושה מבחני משנה: קשר רציונלי בין האמצעי החקיקתי לבין מטרת החקיקה; מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, לפיו נבחנת האפשרות להשיג את המטרה החקיקתית באמצעים פוגעניים פחות; ומבחן המידתיות במובן הצר, המשווה את התועלת הצומחת מן ההסדר לפגיעה הנובעת ממנו (ראו למשל, [בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא \(4\) 367, 384-385 \(הנשיא א' ברק\) \(1997\) \(להלן – פרשת לשכת מנהלי ההשקעות\)](#)).

אם כן, בשלב הראשון של הבחינה החוקתית, על מנת לקבוע האם חוק כלשהו פוגע בזכות חוקתית, עלינו לבחון את היקפה המושגי ותחום התפרשותה של הזכות החוקתית. הזכויות החוקתיות, גם אלה המנויות בחוקי היסוד, אינן זכויות מוחלטות. הגבלת הזכות נעשית הן בשלב הראשון, בו אנו נדרשים לבחון את קיומה של הפגיעה, הן בשלב השני (בהנחה שמצאנו כי החוק פוגע בזכות חוקתית) בו נבחנת עמידת החוק הפוגע בתנאי פיסקת ההגבלה. שני השלבים נפרדים, אך יש בהם כדי להשפיע אחד על השני. כך, גבולותיה של הזכות החוקתית אינם נקבעים אך על ידי הגדרת היקף תחולתה המושגי. אם אכן נקבע בשלב הראשון כי קיימת פגיעה, הרי המסגרת הסופית של הזכות נקבעת על פי מידת ההגנה שתניתן לה בשלב השני.

9. השאלה הראשונה המתעוררת בענייננו היא, איפוא, אם הוכיחו העותרים כי התיקון פוגע בזכויותיהם החוקתיות. כזכור, העותרים טוענים לפגיעה בחופש העיסוק ובזכותם לקניין. אין חולק כי שתי זכויות אלו הינן בעלות מעמד חוקתי בשיטת המשפט שלנו. חופש העיסוק הוכר כזכות יסוד במשפט הישראלי שנים רבות לפני חקיקת חוק יסוד: חופש העיסוק (ראו למשל, [בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80 \(1949\)](#)). לאחר חקיקת חוק היסוד עוגן המעמד החוקתי של חופש העיסוק (ראו, סעיף 3 לחוק יסוד: חופש העיסוק; אהרן ברק ["חוק-יסוד: חופש העיסוק"](#) משפט וממשל ב 195 (התשנ"ד)). הזכות לחופש עיסוק נדונה בפסיקתו של בית משפט זה במקרים רבים (ראו לדוגמה, פרשת לשכת מנהלי ההשקעות). אף הזכות לקניין עוגנה במפורש בחוק יסוד (ראו, סעיף 3 [לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו](#)), ומעמדה החוקתי הוכר בפסיקת בתי המשפט (למשל, [ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט \(4\) 221 \(1995\)](#)).

מקובלת עליי עמדת העותרים כי התיקון, המגביל את אופן השיווק של מוצרי טבק, פוגע בחופש העיסוק של העותרים. הפגיעה מתבטאת בכך שחל עליהם איסור להמשיך לשווק מוצרי טבק במכונות אוטומטיות החל מיום 1.1.2014. בכך, אפשרותם לעסוק במקצוע כפי שנהגו עד חקיקת התיקון הוגבלה. יחד עם זאת, מן הנתונים שהוצגו לפנינו על ידי הצדדים עולה כי הגבלה זו הינה חלקית. זאת, כיוון שהתיקון לא שלל מהעותרים את האפשרות לעסוק בשיווק מוצרי טבק באופן כללי, אלא הוא הגביל את יכולתם לשווק במכונות אוטומטיות. בפסיקת בית משפט זה נקבע בעבר כי פגיעה המתבטאת במניעת כניסה לעיסוק או בשלילה מוחלטת של העיסוק היא קשה יותר מפגיעה המתבטאת בהגבלה על אופן מימוש העיסוק (ראו למשל, [בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח \(5\) 441, 475-476 \(השופט ד' לוין, בדעת מיעוט\) \(1994\)](#); [בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נו \(1\) 235, 260-261 \(השופט ד' ביניש\) \(2003\)](#) (להלן – פרשת מנחם)). יפים לעניין זה דברי השופט ד' לוין בפרשת כלל חברה לביטוח הנ"ל, בעמ' 475-476:

"אמנם, לא כל פגיעה בחופש העיסוק היא על אותה רמה. אפשר לומר שהגבלת העיסוק במניעתו, בשלילתו או בסגירת הכניסה אליו היא פגיעה קשה וחריפה יותר מאשר הטלת הגבלות [...] על דרך הביצוע ועל היקפו, שאז הפגיעה בחופש העיסוק אמנם קיימת אבל במידה נסבלת יותר. הבדל זה שבין הרמות אינו מבטל את

המשמעות הפוגעת בחופש העיסוק, אלא מציב נימוקים, טובים יותר או פחות, לעת הדיון בעמידת החוק בתנאי סעיף ההגבלה".

מטבע הדברים, ההבחנה בין פגיעה בחופש העיסוק המתבטאת בשלילת העיסוק או בעצם הכניסה לעיסוק, לבין פגיעה באופן מימוש העיסוק, אינה תמיד ברורה וחדה. לעיתים, הגבלה על אופן מימוש העיסוק עשויה להיות, במהותה, שלילת האפשרות לעסוק בו, אם אין היא מותירה מתחם של אפשרויות להמשך העיסוק על ידי העותר הנפגע. לפיכך, בכל מקרה ומקרה, יש לבחון את הגדרת ה"עיסוק" ואת טיבה של הפגיעה בו. במקרה שלפנינו, אם יוגדר ה"עיסוק" באופן צר, קרי, ממכר סיגריות במכונות אוטומטיות, אזי הפגיעה בחופש העיסוק תהא קשה. לעומת זאת, אם ה"עיסוק" יוגדר באופן רחב יותר, קרי שיווק מוצרי טבק, או לחלופין מכירת טובין במכונות אוטומטיות, אזי הפגיעה שגורם התיקון היא חלשה יותר, שכן מדובר בהגבלה של דרך אחת מבין מספר דרכים לממש את העיסוק. מדובר, אם כן, בסוגייה של רמת הפשטה. יודגש כי בשני המקרים תהא פגיעה בחופש העיסוק, אך לטיבה ועוצמתה של הפגיעה תהא השפעה על רמת הבדיקה הנדרשת במסגרת בחינת תנאי פסקת ההגבלה (ראו, פרשת מנחם, שם). בענייננו, נדמה כי אף העותרים עצמם אינם טוענים כי ממכר הסיגריות במכונות הוא "עיסוק" עצמאי ונפרד. אומנם, העותרים טוענים כי התיקון מביא לכדי "חיסול" הענף של ממכר סיגריות במכונות. עם זאת, מן העתירה עולה כי העותרים משייכים עצמם לעיסוק הרחב יותר, של ממכר מוצרי טבק באופן כללי. כך, למשל, ציינו העותרים כי ממכר סיגריות במכונות הוא "מקטע מסוים" מן העיסוק של ממכר סיגריות, וכן כי התיקון פוגע בתחרות החופשית בענף ממכר הסיגריות. המשיבים, מצידם, סבורים כי הגדרת העיסוק היא סחר בסיגריות (ולא סחר בסיגריות באמצעות מכונות אוטומטיות), או לחלופין מכירת מוצרים באמצעות מכונות אוטומטיות. מכל מקום, טוענים המשיבים שהעותרים לא סיפקו נתונים עובדתיים באשר למידת הפגיעה בחופש העיסוק, למשל נתונים בשאלה האם הממכר באמצעות מכונות הוא עיסוקם היחיד, כמה מכונות הם מחזיקים וכיוצא באלה. הדין בעניין זה עם המשיבים. העותרים לא המציאו נתונים אשר יסייעו ללמוד על עיסוקם, על עוצמת הפגיעה בהם או על המבנה הכלכלי של ענף ממכר הסיגריות. על כן, ונוכח העובדה שהעותרים מתייחסים לעצמם כאל מוכרי סיגריות, נדמה שניתן לקבוע כי התיקון מגביל את האופן בו ניתן לממש את העיסוק בסחר בסיגריות, אך אין בו שלילה מוחלטת של העיסוק.

יוצר, כי סוגיית רמת ההפשטה של ה"עיסוק" טרם התחדדה בפסיקה הישראלית. זאת, על אף שהסוגיה מעוררת שאלות חשובות. לדוגמה, מה מידת הנטל העובדתי שמוטל על העותר להוכיח שעיסוק מסוים הוא עיסוק "נפרד" אם לאו לצורך השאלה כלום חוק מסוים שולל את העיסוק ולא רק פוגע באופן המימוש שלו? בדומה, מתי ניתן לומר שהתמחות מסוימת הופכת ל"עיסוק" עצמאי? מהם התנאים לקיומו של ענף עיסוק נפרד: האם מדובר בייחודיות הענף? בגודלו? שאלות אלה אינן פשוטות כלל ועיקר, ודומה כי לא ניתן להכריע בהן אלא בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. בעניין שלפנינו, הואיל והעותרים לא טענו לקיומו של ענף עיסוק נפרד – ומכל מקום לא עמדו בנטל להוכיח כי נשללה מהם האפשרות לעסוק במקצוע (מעבר לפגיעה באופן מימושו) – סבורני כי אין הכרח להכריע בהן לעת הזאת וניתן להותירן בצריך עיון.

10. אשר לטענה לפגיעה בקניין, טוענים העותרים כי הוצאת המכונות משימוש תגרום להם הפסד כלכלי, וכי ההשקעה הכספית שהשקיעו במכונות תרד לטמיון. לשיטתם, הפסד כספי זה עולה כדי פגיעה בזכות החוקתית לקניין. ראשית, העותרים לא ביססו את טענתם ולא הביאו נתונים לתמיכה בה, אלא הסתפקו בטענה קצרה וסתמית לפגיעה בקניין. כך, למשל, אף אם הפסד כספי אכן עשוי לעלות במקרים מסוימים כדי פגיעה בזכות הקניין, העותרים לא הוכיחו כי אין באפשרותם למכור את המכונות שברשותם, או לשנות את ייעודן כך שישמשו לממכר מוצרים שמכירתם היא חוקית. העותרים אף לא הוכיחו או פירטו את ההשקעה הכספית שהשקיעו ברכישת המכונות, ולא ציינו אם, ובאיזו מידה, החזירו את השקעתם. שנית, מן הפן העקרוני, סבורני כי הכרה בטענתם של העותרים לפיה הירידה בערכן של המכונות שברשותם מהווה פגיעה בקניין, עלולה להביא להרחבת-יתר של המונח "קניין" כמשמעו בחוק היסוד, ולהחלשת המשמעות החוקתית של הזכות לקניין. כבר נאמר, כי התשובה לשאלה מהו היקפה המושגי של הזכות החוקתית לקניין אינה פשוטה כלל ועיקר (ראו, למשל, [בג"ץ 956/06](#) איגוד הבנקים בישראל נ' שר התקשורת, פסקה 7 [פורסם בבנו] (25.3.2007)). עוד נקבע, כי לא כל פעולה שלטונית אשר מורידה את ערכו של רכוש מהווה פגיעה בקניין ([בג"ץ 4593/05](#) בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה, פסקה 9 והאסמכתאות המובאות שם [פורסם בבנו] (20.9.2006)). אי לכך, קשה לקבל את טענת העותרים לפגיעה בזכותם החוקתית לקניין. ודוקו: במקרה שלפנינו אין מדובר בהפקעת קניינם של העותרים או בהוראה המונעת מהם להשתמש במכונות

ולבצע עסקאות לגביהן. לכל היותר מדובר בטענה, שלא הוכחה, בדבר ירידת ערכן של המכונות, שייתכן ומביאה להפסד כספי לעותרים.

11. מן האמור לעיל עולה כי ניתן לקבל שהתיקון מביא לפגיעה בחופש העיסוק של העותרים ושל עוסקים אחרים בתחום. נפנה אפוא לבחון את הפגיעה האמורה בראי תנאי פיסקת ההגבלה. אין חולק כי הפגיעה נעשתה לתכלית ראויה ובאופן ההולם את ערכי המדינה. כזכור, העותרים טענו כי התכלית הבלעדית של התיקון היא צמצום הנגישות של קטינים לסיגריות ומוצרי טבק אחרים. לעומתם טענו המשיבים, כי התיקון מגשים תכליות נוספות וחשובות, ובהן צמצום הנגישות של כלל האוכלוסיה למוצרי טבק, וכן הגבלת הפרסום של מוצרי טבק בפומבי. עיון בחומר שהובא מפרוטוקול הדיונים שנערכו במליאת הכנסת ובוועדת הכלכלה בעניין התיקון מלמד כי התכליות הנוספות, ובפרט צמצום הנגישות של כלל האוכלוסיה למוצרי טבק, עמדו אף הן בבסיס החוק. יצוין, כי ממילא ההיסטוריה החקיקתית אינה חזות הכל בכל הנוגע לקביעת תכלית החקיקה (ראו, למשל, [בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז \(1\) 749, 763 \(1993\)](#)).

12. אנו סבורים כי התיקון עומד גם במבחני המידתיות. אין ספק כי מניעת הצבת המכונות היא בעלת קשר רציונלי למטרות. היא תצמצם את הנגישות של כלל האוכלוסיה למוצרי טבק, ותמנע את האפשרות החוקית של קטינים לרכוש מוצרי טבק. היא גם תפחית את הפרסומת הגלויה למוצרי טבק. המחלוקת העיקרית בין בעלי הדין נסבה על קיומו של אמצעי שפגיעתו פחותה. ואכן, ממכלול הנתונים שהוצגו בעתירה עולה כי האמצעי שנבחר הוא האמצעי המתאים ביותר, מבין האמצעים שהוצעו, ואשר בכוחו להגשים את כלל התכליות במידה סבירה. מן החומר שבפנינו מתברר, כי המשיבים שקלו אמצעים חלופיים, ובהם גם את האמצעים שהציעו העותרים. דא עקא, האמצעים החלופיים הטכנולוגיים שהציעו העותרים אינם ישימים, או שהם כרוכים בהירתמותם של גורמים רבים ובהתקיימותם של תנאים שאינם תלויים בעותרים. זאת ועוד, חלק מן האמצעים הללו נוסה במדינות אחרות. הניסיון במדינות אלה מלמד כי אמצעים אלה פעמים רבות אינם מצליחים להביא להשגת המטרה במידה דומה למידה בה מושגת המטרה באמצעות איסור מוחלט על הצבת מכונות. אף האמצעים החלופיים הגיאוגרפיים אינם מספקים, משום שהם מתייחסים אך ורק למניעת הנגישות של קטינים, ולא לתכליות הנוספות. מכל מקום, הלכה היא כי על המחוקק אין חובה לבחור את האמצעי שפגיעתו היא הפחותה ביותר, ועומד לו מרחב תמרון חקיקתי (ראו,

למשל, בפרשת מנחם, בעמ' 280 (השופטת ד' ביניש)). במקרה הנדון, הבחירה לאסור באופן מוחלט הצבת מכונות היא בחירה סבירה, המגשימה את המטרה ונופלת לגדרי מרחב התמרון החקיקתי. עוד סבורים אנו כי יש לייחס חשיבות רבה לתקופת ההתארגנות הארוכה יחסית שניתנה לעוסקים בתחום (ראו, [בג"ץ 97/5936 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נג \(4\) 673, 687 \(השופטת ד' דורנר\) \(1999\)](#)). מדובר בתקופה של למעלה משנתיים. תקופה זו מאפשרת לעותרים לצמצם את הנזקים הכלכליים העלולים להיגרם להם, ולהיערך לפעולה במתכונת אחרת וחוקית. אשר למבחן המידתיות במובן הצר, רואים אנו לנכון להדגיש את התועלת הרבה הגלומה בהסדר. מדובר בהסדר שתכליתו למנוע תופעה שלילית ביותר, הגורמת לנזקים בריאותיים וחברתיים קשים ומוכחים (השוו, פרשת תשעים הכדורים). גם אם גלומה בהסדר פגיעה חוקתית, יש במקרה הנדון יחס ראוי בין התועלת לבין הפגיעה.

13. אף דינה של הטענה לפגיעה בשוויון להידחות. הפליה עניינה ביחס שונה לשווים. היחס השווה נדרש ככל שמדובר באנשים או גופים המצויים באותה "קבוצת שוויון" (ראו, למשל, [בג"ץ 6051/95 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא \(3\) 289, 346 \(השופט י' זמיר\) \(1997\)](#)). בענייננו, נדמה שהשוני בין העותרים לבין משווקים של מוצרי טבק בצורות אחרות, ובפרט על דרך של מכירת סיגריות בחנויות או בקיוסק, הוא שוני רלוונטי, משתי סיבות. ראשית, מוכרים בשר ודם, הכפופים לאיסור החוקי על מכירת מוצרי טבק לקטינים, מונעים את נגישותם של קטינים למוצרים אלו. שנית, מוכרים בשר ודם כפופים להוראות המגבילות את דרכי הפרסום של מוצרי טבק (ונזכיר, כעת מצויה על שולחן הכנסת הצעת חוק ממשלתי המציעה להגביל באופן כמעט מלא פרסום של מוצרי טבק), ואילו המכונות האוטומטיות, מעצם הצבתן, עשויות להפר את ההוראות בדבר פרסום המוצרים. על כן, אין לומר כי העותרים מצויים בקבוצת שוויון אחת עם משווקי מוצרי טבק בדרכים אחרות, ולכן אין מדובר בפגיעה בשוויון, קל וחומר בזכות החוקתית לשוויון (לשוני בין פגיעה בשוויון לבין פגיעה חוקתית בשוויון ראו, למשל, [בג"ץ 2021/11 ועקנין נ' שר האוצר, פסקאות 17-18](#) [פורסם בנבו] (6.6.2013)).

14. לסיכום נקודה זו, אנו סבורים כי התיקון, האוסר הצבת מכונות לממכר מוצרי טבק החל מיום 1.1.2014, עומד במבחני פיסקת ההגבלה ועל כן הוא חוקתי. נחזור ונזכיר כי תיקון מס' 7 לחוק, אשר עבר בקריאה הראשונה ומצוי בשלבים מתקדמים של הליך החקיקה, אוסר באופן כמעט מוחלט על הצבת פרסומות למוצרי טבק. כפי שצוין

לעיל, מכונות אוטומטיות לממכר מוצרי טבק כוללות מימד פרסומי מובנה. על כן, נדמה שהאיסור על הצבת מכונות אוטומטיות שנקבע בתיקון העומד במוקד העתירה, ממילא יחול אם ייחקק תיקון מס' 7 האמור.

15. נעבור כעת לבחינת הטענות שהועלו נגד חוקיותן של התקנות אשר התקין שר הבריאות לתקופת הביניים.

כזכור, טענו העותרים כי התקנות בטלות משום שלא ניתנה להם זכות טיעון, אף שהם נפגעים מן התקנות. אין לקבל טענה זו, משני טעמים. ראשית, בפסיקה נקבע כי אין חובה לקיים הליך של שיתוף הציבור בהליכי התקנת תקנות וחקיקת משנה, או בהליכי חקיקה ראשית, לרבות כאשר פרטים מסוימים נפגעים מן החקיקה (ראו, פרשת חוף עזה, בעמ' 720-725 (שופטי הרוב)). שנית, אף מבחינה עובדתית טענת העותרים אינה מדויקת. התקנות נגזרות באופן ישיר מהחוק שהסמיך את שר הבריאות לקבוע הוראות לעניין הצבת המכונות בקרבת מוסדות חינוך. לאורך הליכי חקיקת החוק היו העותרים מעורבים, נוכחים בישיבות ודעתם נשמעה. יש לציין שתקופת ההתארגנות הארוכה שנקבעה נובעת מהתחשבות בעותרים.

16. העותרים טענו עוד כי המרחק שנקבע בתקנות – 1,000 מטר מבית ספר או מוסד חינוך – מרוקן מתוכן את תקופת ההתארגנות. אף טענה זו אין לקבל. העותרים לא הניחו כל תשתית עובדתית לטענה שהמרחק מונע מהם, הלכה למעשה, להציב מכונות לממכר סיגריות. אי לכך, טענה זו היא תיאורטית בלבד. מכל מקום, קביעת המרחק אינה תפקידו של בית המשפט, אלא של השר המוסמך. בית המשפט בוחן אך ורק אם המרחק שנקבע אינו סביר במידה קיצונית. המשיב 1 טען כי השיקול שהביא לקביעת המרחק הוא שיקול של מסלול הליכה רגלי מהמוסד החינוכי. בנסיבות האמורות, וללא תשתית עובדתית לסתירה, אנו סבורים כי לא הוכח פגם המצדיק התערבות שיפוטית בתקנות.

17. העתירה נדחית איפוא, על שני חלקיה. העותרים שנותרו בעלי דין בעתירה, יישאו יחד ולחוד בשכר טרחה בסכום של 15,000 ש"ח לזכות כל אחד מן המשיבים.

ה נ ש י א

השופטת א' חיות:

אני מסכימה.

שופטת

השופט נ' סולברג:

אני מסכים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק-דינו של הנשיא א' גרוניס.

ניתן היום, כ"ה בתמוז התשע"ג (3.7.2013).

א' חיות 54678313-5975/12

שופט

שופטת

הנשיא

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 12059750_S11.doc ד
מרכז מידע, טל' 077-2703333; אתר אינטרנט, www.court.gov.il
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)