

חופש העיסוק הנוסף

מוגש על ידי רחל יונני

Rachels8@zahav.net.il

סטודנטית לתואר שני אוניברסיטת בר אילן

מנחה העבודה: פרופ' אריאל בנדור

Ariel.bendor@mail.biu.ac.il

- א. חופש העיסוק-מהותו.
- ב. הזכויות המתנגשות.
- ג. האינטרסים הלגיטימיים היחודיים לתקופת ההעסקה.
- ד. ייחודיותו של הסכם העבודה.
- ה. תוקף תניה המגבילה עיסוק נוסף.
- ו. הגבלת העיסוק הנוסף של עובד מדינה.
- ז. סוף דבר

"אם תהא עושה תהא מוצא"

רבי יהודה אלחריזי

בתקופה זו בה המשק מצוי במצב קשה, רבים מאבדים את משרותיהם או חווים הרעת תנאים בתנאי ההעסקה, פונים עובדים רבים לחפש עבודה נוספת, עיסוק נוסף על עיסוקם העיקרי. במאמר זה ננסה לבחון האם לעובד זכות לעיסוק נוסף, האם למעסיק זכות להגביל את זכות העובד לעיסוק נוסף, ננסה לענות על השאלה מהו תוקפה של תניה בהסכם העסקה המגבילה את העובד מלעסוק בעיסוק נוסף, במהלך תקופת העסקתו, להבדיל מהתקופה שלאחר סיום העסקתו. נתאר את התנגשות הזכויות- חופש העיסוק אל מול חופש החוזים ונבקש להציג את האינטרסים המתנגשים, אינטרס המעסיק אל מול אינטרס העובד. לבסוף נתמקד בהגבלות החלות על חופש העיסוק הנוסף של העובד במגזר הציבורי, אשר בהסכם ההעסקה שלו ישנה למעשה תחולה ישירה לחוק יסוד חופש העיסוק וזאת להבדיל מעובד במגזר הפרטי. ונעלה את השאלה האם המגבלות אותן מטילה המדינה כמעסיקה על העיסוק הנוסף של עובדיה מהוות פגיעה בחופש העיסוק, אם כן, האם מגבלות אלו עומדות בדרישות פסקת ההגבלה שבחוק יסוד חופש העיסוק.

א. חופש העיסוק-מהותו:

הזכות לחופש העיסוק נובעת מזכות האדם למקור מחייה¹. מההכרה בכבוד העובד². זכותו לעבוד, למינימום פרנסה, מקורה בכבוד האדם. עם חקיקת חוק יסוד חופש העיסוק³ נהפכה הזכות לזכות יסוד. הנשיא ברק סובר כי הזכות לחופש עיסוק "נועדה להעניק הגנה חוקתית לחופש הפרט לעצב את דמותו ואת מעמדו החברתי כאדם יוצר בחברה שבה הוא חי... פעילות מתמשכת של האדם, אשר עשויה להעניק לו בסיס לחיים"⁴. לדידו, חופש העיסוק, הוא החופש לפעול ללא הפרעה מצד פרטים אחרים או מצד השלטון. ביסודה הזכות הינה "הגנתית", הבטחת הימנעות מפגיעה⁵. ככל זכויות היסוד אינה מוחלטת אלא ניתנת להגבלה או לצמצום בעת התנגשותה עם זכויות מנוגדות. תוקף התחייבות בהסכם העסקה המגבילה את חופש העיסוק תבחן לאור סעיף 30 לחוק החוזים לפיו הסכם הנוגד את תקנת הציבור הוא בטל⁶.

ב. הזכויות המתנגשות

ההכרעה בשאלה אם הגבלת חופש העיסוק עומדת במבחן תקנת הציבור חייבת להתבסס על האיזון בין הערכים מרכזיים, חופש העיסוק וחופש החוזים⁷. חופש העיסוק של העובד מול והגנה על עיסוק המעסיק, האוטונומיה של הרצון והמחויבות החוזית מול ההגנה על העובד "החלש" יותר, ההגנה על קניין המעסיק מול זכות עובד לעסוק בתחום בו הוא מיומן⁸. נבחן את ההגבלה על העיסוק במהלך תקופת העסקה להבדיל מההגבלה על העיסוק לאחר תום תקופת העסקה. יש הטוענים⁹ כי יש לראות בהגבלה על חופש העיסוק במהלך יחסי העבודה, גם אם היא מתייחסת לעיסוק לאחר שעות העבודה, כפגיעה עקיפה בחופש העיסוק. קביעת מידת ההגנה שתינתן לזכות תיקבע על פי תוצאת האיזון בין הזכויות המתנגשות¹⁰. מחד חופש החוזים והאוטונומיה של

¹ בג"צ 1/49 בז'רנו נ. שר המשטרה פ"ד ב, 80 בעמ' 82. "כלל גדול הוא כי לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח יד... זכות שאינה כתובה על ספר, אך נובעת מזכותו הטבעית של כל אדם לחפש מקורות מחייה, למצוא לעצמו מלאכה המפרנסת את בעליה.."

² רות בן ישראל, זכות היתר (הפררוגטיבה) הניהולית של המעביד: תבנית עיצובה בעידן הבתר-תעשייתי, תשס"ב, עיוני משפט כה, 705, בעמ' 706. "אנו חיים במאה שבה הוכרה הבטחת כבודו החברתי של האדם העובד (הכוללת את הבטחת כבודו הכלכלי והאנושי כאחד) כזכות אדם חברתית שעניינה בעבודה.."

³ ס"ח תשנ"ד מס' 1454 מיום 10.3.90 עמ' 90, תוקן ס"ח תשנ"ו מס' 1602 מיום 7.11.96 (תיקון מס' 1), תוקן ס"ח תשנ"ח מס' 1662 מיום 19.3.98 (תיקון מס' 2)

⁴ אהרן ברק, פרשנות חוקתית, עמ' 594.

⁵ שם, בעמ' 597

⁶ ג' שלו, סוס הפרא-לאן או מה ארע לתקנת הציבור? תשס"ב, קרית המשפט ב' 21, עמ' 24. וראה גם ע"א 6601/96 AES SYSTEM INC. נ. סער, פ"ד נ"ד (3) 850, פסקה 7 לפסק הדין של השוי ברק.

⁷ ע"א 672/96 אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ. רכטמן, פ"ד נג (5) 25, פסקה 14.

⁸ אלישבע ברק, עקרון תום הלב במשפט העבודה, ספר ברנזון, עמ' 545.

⁹ לובוצקי, הדילמה הניהולית בעת אימוץ הזכות החוקתית לחופש העיסוק, מאזני משפט ג' 235, 237-239 (2004)

¹⁰ ע"א 672/96 אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ. רכטמן, פ"ד נג (5) 25, פסקה 14. וראה גם פרשת סער בפסקה 14: "הגבלה חוזית על חופש העיסוק של העובד לא תפגע ב'תקנת הציבור' אם ההגבלה היא סבירה מבחינת האינטרסים של הצדדים ומבחינת אינטרס הציבור"

הרצון הפרטי מחייבים לתת משקל לרצון הצדדים להסכם ההעסקה. מאינד, חופש העיסוק, זכות חוקתית המחלחלת למשפט הפרטי¹¹. אמת המידה לבחינת איזון הזכויות היא סבירות. הגבלה על חופש העיסוק תקפה רק אם היא מגינה על אינטרסים לגיטימיים של המעסיק.¹² במרבית פסקי הדין נדונה שאלת הגבלת חופש העיסוק בתקופה שלאחר סיום ההעסקה¹³ אולם כבר הובעה הדעה כי ראוי להחיל את אותה אמת המידה גם על הגבלת העיסוק במהלך תקופת ההעסקה.¹⁴ ההגנה על אינטרס המעסיק הינה יחסית, **המבחן הוא מבחן המידתיות**. היקף ההגבלה יבחן מבחינת הזמן, המקום וסוג הפעילות.¹⁵

ג. האינטרסים הלגיטימיים הייחודיים לתקופת ההעסקה:

מאחר ואנו עוסקים בתקופת ההעסקה, ראוי שנעמוד על **האינטרסים הלגיטימיים של המעסיק הייחודיים לתקופת ההעסקה**: חובת הנאמנות של העובד, מניעת ניגוד עניינים, מניעת מצב שבו העובד יקדיש את מירב תשומת הלב לעיסוק האחר, שמירה על זמנו ומרצו של העובד, מניעת דליפת סודות מסחריים, מניעת תחרות בלתי הוגנת. ועל **האינטרסים הלגיטימיים של העובד** לעבוד בעבודה נוספת: זכויותיו לממש את כישוריו, להשיג קידום מקצועי וכלכלי, ולממש את זכותו לחופש עיסוק.

4. ייחודיותו של הסכם העבודה

הסכם העבודה שונה מהסכם מסחרי. הפסיקה והספרות¹⁶ עמדו על ייחודו של הסכם העבודה כחוזה יחס מתמשך, מעין חוזה לשיתוף פעולה המושתת על יחסי אמון ועל חובת הנאמנות, חובת תום הלב וחובת ההגינות הנובעות ממנו מהוות את התשתית ליחסי עבודה הוגנים. העובד והמעביד אינם יריבים הניצבים משני עברי המתרס וחובתם שלא להימצא בניגוד אינטרסים. השווי אלישבע ברק הצביעה על שני נימוקים המיוחדים לחוזה העבודה – היות יחסי העבודה יחסים מתמשכים כדוגמת יחסים בתוך משפחה או יחסי שותפות. הצדדים ממשיכים להיות זה עם זה.

¹¹ האם יש תחולה לזכות היסוד במשפט הפרטי? העמדה הפרשנית המקובלת היא שלחוק היסוד אין תחולה ישירה במשפט הפרטי. אולם יש לו תחולה עקיפה במשפט הפרטי. הערכים הנובעים ממנו נשאבים לתוך מושגי היסוד של המשפט האזרחי – ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א נ. קסטנבאום, פ"ד מו (2) 464, דב"ע נג 3-17 טועמה-טכנו גומי ליסיצקי, פד"ע כה 227, 239, מאמרה של נ. כהן, תחרות מסחרית וחופש עיסוק תשנ"ה, עיוני משפט יט 353, עמ' 355-357.

¹² ע"א 164/99 דן פרומר ואח' נ. רדגארד בע"מ לד 294. (להלן: "פרשת צ'קפוינט") וכן ע"א 6601/96 AES SYSTEM INC. נ. סער, פ"ד נ"ד (3) 850. (להלן: "פרשת סער")

¹³ שם
¹⁴ השו" נאור בבג"צ 9198/02 ההסתדרות הרפואית בישראל נ. היועץ המשפטי לממשלה [פדאור (לא פורסם) 08 (32) 899] פסקה 25.

¹⁵ פרשת סער, פסקה 25-26.

¹⁶ עע 189/03 גירית בע"מ נ' מרדכי אביב לט 728

היות היחסים מעין יחסים היררכיים.¹⁷ לדידה, מקום העבודה הוא מעין מדינה בתוך מדינה. המעביד מכתוב את כללי המשחק. כשם שעל שיטת המשפט לדאוג לכך שהעובד יפעל בנאמנות כלפי המעביד ומקום העבודה, עליה לדאוג גם לכך שיחסו של המעביד לעובד יהא הוגן, שהכתבת כללי המשחק לא תהיה שרירותית ותביא בחשבון, בצד צורכי המפעל, גם את צרכיו של העובד. על רקע זה ניתן להבין את הדרישה לתום לב מיוחד מוגבר כשמדובר בחוזה עבודה ונאמנות מיוחדת של הצדדים ליחסים זה לזה. כשמדובר ביחסי עבודה, על צד למשא ומתן או לחוזה, לא רק לדאוג שלא לפגוע באינטרסים של הצד האחר אלא גם לדאוג באופן פוזיטיבי לאינטרסים של הצד האחר. צד ליחסי עבודה הוא מעין נאמן של הצד האחר.¹⁸

ה. תוקף תניה המגבילה עיסוק נוסף

כדי לבחון תוקף תניה המגבילה את חופש העיסוק של העובד יש לבחון את האינטרסים הלגיטימיים של המעסיק בגינם הוטלה ההגבלה. לכאורה מדובר בהסכם אשר העובד התחייב בו להגביל את זכותו והסכמים יש לכבד. אך יש לבחון זאת באספקלריה של משפט העבודה, המבוסס על חוסר השוויון בין העובד למעביד. "כשם שאיננו מכירים בויתורו של עובד על זכויות מוגנות כך יש להביא בחשבון את אי השוויון כשעובד מתחייב שלא לעסוק באותו עיסוק בו הוא עובד לאחר ניתוק יחסי העבודה. התחייבות כזו אינה נעשית מרצון אלא מתוך הצורך לעבוד".¹⁹ דברים אלו יפים בעיני גם למצב שבו הגבלת העיסוק היא בתקופת ההעסקה והאיסור הוא לעבוד בשעות הפנאי בעבודה נוספת. יש הטוענים²⁰ כי הנטייה ליתן תוקף לתניה המגבילה עיסוק נוסף במהלך תקופת ההעסקה, תגבר משני טעמים, עוצמת חופש החוזים- הצדדים נמצאים בעיצומה של מערכת יחסים חוזית. וחולשת השיקול לפיו העיסוק הנוסף הוא מקור מחייתו של האדם. שהרי העובד ממשיך להתפרנס מעבודתו העיקרית. מנגד ישנה דיעה כי יתכן שבדיני עבודה, יסוד ההסכמה פחות מרכזי מדיני החוזים הכלליים, יש מקום להחיל את זכויות היסוד החוקתיות בתחולה ישירה ומוגברת, דהיינו לשמור על זכותו של העובד לחופש עיסוק נוסף.²¹

¹⁷ אלישבע ברק, עקרון תום הלב במשפט העבודה, ספר ברנזון, עמ' 507.

¹⁸ שם, בעמ' 506.

¹⁹ שם, בעמ' 546.

²⁰ ראה הי"ש 15, דברי השי' נאור פסקה 25 לפסק הדין, שם היא מצטטת את דברי השי' ביניש בפרשת פרנס.
²¹ "יסוד הסכמה הוא עדיין בעיני היסוד החשוב והמשמעותי ביותר בתחום דיני החוזים. לפיכך גם אין מקום, לטעמי, להחלת זכויות היסוד החוקתיות בתחום דיני החוזים. ייתכן שהמצב שונה כשמדובר בענפים וגזרות שונות של המשפט האזרחי-הפרטי, שבהם יסוד ההסכמה הוא פחות מרכזי (למשל: דיני נזיקין או דיני עבודה). ככל שהחלק הקוגנטי של מערכת הדינים הנדונה - חלק אשר בו מגלה המחוקק דעתו בדבר ערכי היסוד שצריך לשמרם - גדול יותר, כך יהיה מקום לתחולה מוגברת וישירה יותר של חוקי היסוד. והיפוכו: ככל שהחלק הדיספוזיטיבי, הניתן להתנאה ולהסכמה על-ידי הפרטים גדול יותר, יש להתרחק מתחולת חוקי היסוד, בוודאי מתחולה ישירה שלהם, אך

1. הגבלת העיסוק הנוסף של עובד מדינה

נבחן את מצבו המיוחד של עובד מדינה, אשר עליו חלה ההגבלה מכח התקשי"ר²² ואשר בשונה מעובד במגזר הפרטי, חוק יסוד חופש העיסוק חל ביחסים שבינו ובין מעסיקתו, המדינה, בתחולה ישירה. תנאי ההעסקה של עובד המדינה הינם בהתאם לחוק שירות המדינה והתקשי"ר.

2. האם התקנה בתקשי"ר פוגעת בחופש העיסוק?

תקנה 42.401 לתקשי"ר (להלן: "התקנה" או "התקנה בתקשי"ר"), אוסרת על עובד מדינה לעבוד בעבודה נוספת וקובעת למעשה כי אינו רשאי לעסוק בכל עיסוק פרט לתפקידו בשירות המדינה, אלא אם קיבל היתר. מדובר בהוראה המגבילה את חירות עובדי המדינה להיכנס לעיסוק, מקצוע או משלח יד נוסף על עיסוקם כעובדי מדינה. הוראות התקנה פוגעות למעשה בחופש העיסוק של עובדי המדינה.

3. האם התקנה בתקשי"ר האוסרת עיסוק נוסף עומדת בדרישות פסקת ההגבלה

חוקיות התקנה מותנית בכך שתעמוד בתנאי פסקת ההגבלה. אם אינה עומדת בדרישות פסקת ההגבלה הינה בלתי חוקתית ועשויה להתבטל.²³ תפקיד פסקת ההגבלה כפול, להבטיח כי זכויות האדם הקבועות בחוקי היסוד לא יפגעו אלא בהתקיים תנאים מסוימים. היא קובעת את התנאים לפגיעה בזכויות אדם.²⁴ הדרישה הראשונה של פסקת ההגבלה היא כי הפגיעה בחופש העיסוק תהא "בחוקי".²⁵ האם התקנה בתקשי"ר המגבילה את העיסוק הנוסף של עובד מדינה, הינה חוק? נפסק כי התקשי"ר בגדר "דין" או "הסכם קיבוצי", אם כי יש להניח שהתקשי"ר משקף מערכת של הסכמים קיבוציים ויש בו אף הוראות חד צדדיות של המעסיק. לתקשי"ר אופי רב מהותי, הסכמי וחוקי וכדי לקבוע מה מעמדה ותוקפה של הוראה בתקשי"ר, יש לקבוע, תחילה, מה מקורה.²⁶ ²⁷ "הוראות התקשי"ר הן בגדר תנאים בחוזה העבודה של כל עובד מדינה ולעניין זה

גם מתחולה עקיפה, מחוזקת. בתחום החוזי המובהק, הקלאסי, אין, לדעתי, מקום לתחולת זכויות היסוד החוקתיות". גבריאלה שלו, השפעת חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני החוזים תשס"א, קריית המשפט א 41, עמוד 66-65.

²² תקנה 42.401 לתקשי"ר.

²³ ראה לעניין זה, אהרן ברק, פרשנות במשפט- פרשנות חוקתית, עמ' 594.

²⁴ שם

²⁵ לאחר מרס 2002 אין תחולה להוראת שמירת הדינים בחוק יסוד חופש העיסוק, ולפיכך אין כל הגנה חוקתית לחוק שהיה בתוקף ערב תחילתו של חוק היסוד וסותר את הוראותיו. נפתח הפתח לבחינה אם חקיקה בין זו שהוחקה לפני כינונו של חוק היסוד ובין שהוחקה לאחריו, פוגעת בחופש העיסוק, בלא לקיים את הוראותיה של פסקת ההגבלה. ראה פסק דינו של הנשיא ברק בבג"צ 5026/04 דז"יין 22- שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ. רוזנצווייג צביקה [פדאור]לא פורסם) 05 (8) 239, פסקה 7. (להלן: "פרשת דז"יין")

²⁶ שם, בעמ' 78

²⁷ בג"צ 1086/94 אריה צוקר נ. עיריית תל אביב מט (1) 139.

אין נפקא מינה אם התקשי"ר מוגדר כהסדר קיבוצי שהוראותיו מהוות תנאי מכללא בחוזה העבודה או כהסכם מפורשי²⁸ השופטת נאור סברה כי בחינת תוקפה וחוקיותה של הוראת התקשי"ר הוא בדיני החוזים, על פי אמת המידה המקובלת לבחינת הסדר חוזי המגביל זכות יסוד, ובענייננו, הסדר המגביל את חופש העיסוק במהלך יחסי העבודה.²⁹ לדידה, המסגרת לבחינת תקפות התקנה אינה פסקת ההגבלה אלא תקנת הציבור, כאמור בסעיף 30 לחוק החוזים, בהתאם למבחנים המקובלים במשפט הפרטי. רק כאשר הוראה בתקשי"ר פוגעת בצד שלישי, ניטל מרכיב ההסכמה והמסלול המשפטי לבחינת תקפות ההוראה איננו עוד בתקנת הציבור. אם ההוראה קרובה למעמד של חקיקה והזכות הנפגעת היא זכות חוקתית, תיעשה הבחינה במישור המשפט החוקתי. אם ההוראה הפוגעת קרובה למעמד של החלטה של רשות מבצעת, תיעשה הבחינה במישור המשפט המינהלי והמשפט החוקתי.³⁰ השופט אלון מתייחס בפסק דינו לרב מהותיות של התקשי"ר וטוען כי ניתן לבחון את התקנה הן באספקלריה של חיקוק והן מההיבט ההסכמי.³¹ אם נאמר שהתקנה בגדר חוק, הרי שהדרישה הראשונה הקבועה בפסקת ההגבלה קוימה. אך אם נגיע למסקנה שהתקנה הינה חלק מהסכם ההעסקה, הרי שההגבלה על חופש העיסוק אינה עומדת בפסקת ההגבלה, באשר זו הגבלה על זכות יסוד של עובדי המדינה שנעשתה שלא בחוק. סבורני כי מחויבותה של המדינה על פי חוק יסוד חופש העיסוק שלא לפגוע בחופש העיסוק של תושביה, אזרחיה, ממשיכה ללוותה גם כאשר המדינה משמשת כמעסיקתם של תושביה, אזרחיה. גם אז יש לבחון את ההגבלה במישור החוקתי. **"הרשות הציבורית כנאמן הציבור נושאת עמה את ערכי היסוד החוקתיים, המהווים חלק מדינה אישי בכל פעולותיה, הן בתחום הציבורי והן בתחום הפרטי"**, חוקי היסוד נועדו להגן על האזרח מפני רשויות השלטון. זכויות אלה חלות לא רק כאשר רשויות השלטון פועלות בתחום הציבורי, אלא גם כאשר הן פועלות בתחום האזרחי-פרטי.³² סעיף 5 לחוק יסוד: חופש העיסוק אוסר על המדינה, כמעסיקה, לפגוע בחופש העיסוק של עובדיה. חובתה לכבד את חופש העיסוק של כל אזרח או תושב, מטילה עליה חובה להגן על חופש העיסוק של האזרח או התושב מפני פגיעה בו על ידי אדם אחר.³³ המדינה אינה יכולה להגביל את חופש העיסוק בהסכם, היא מחויבת לעשות כן בחוק העומד בתנאי פסקת ההגבלה. לכן אם התקנה הינה בגדר הסכם, הרי היא בטלה בהיותה נוגדת את חוק היסוד. לצרכי מאמר זה, נצא

²⁸ בג"צ 826/89 ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י נ. בית הדין לעבודה (מג(4) 745, 748 (1989)).

²⁹ ראה ה"ש 15, פסקה 12 לפסק הדין של הש' מ. נאור.

³⁰ ראה ה"ש 15, פסקה 14 לפסק הדין של הש' מ. נאור.

³¹ ראה ה"ש 15, פסקה 6 לפסק דינו של הש' אלון.

³² גבריאלה שלו, השפעת חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני החוזים, תשס"א [קרית המשפט א 41], בעמ' 60.

³³ ראה ה"ש 30, בעמ' 602.

מנקודת הנחה שהתקנה הינה בגדר חוק ונבדוק האם הוראת התקשי"ר עומדת ביתר דרישות פסקת ההגבלה. **הדרישה השנייה** הקבועה בפסקת ההגבלה היא כי החוק "**הולם את ערכיה של מדינת ישראל**". פסקת ההגבלה אינה מגדירה ערכים אלו, ניתן ללמוד עליהם מפסקת המטרה שבחוק יסוד: חופש העיסוק.³⁴ **האם האיסור על עיסוק נוסף של עובדי מדינה הקבוע בהוראת התקשי"ר הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית?** למדינה היהודית היבט ציוני והיבט מורשתי הלכתי. ביסוד האיסור על עיסוק נוסף של עובד מדינה, עמד הרצון להנהיג פיקוח על העבודות אותן מבצע עובד הרשות, נוסף לעבודתו ברשות. למנוע לא רק ניגוד אינטרסים מהותי, אלא גם תחרות אינטרסים, מצב בו מוסר העובד את מירב תשומת הלב והמסירות לעיסוק אחר הדורש לפי מהותו וטיבו זמן ומאמץ במקום לשקוד על התפקיד עבורו הוא מקבל שכר מלא מקופת הציבור. לבל יקלע להתנגשות של נאמנויות. זאת, לאו דווקא עקב אינטרסים מנוגדים כפשוטו, אלא בשל הצורך להכריע מעת לעת בשאלה למה יקדיש את זמנו ואת מחשבתו.³⁵ על עובד במגזר הציבורי מוטלת חובת נאמנות לציבור בכלל וחובת נאמנות למדינה בפרט. תכלית חובת הנאמנות הינה למנוע ניגוד עניינים בין עבודתו הראשית של העובד לבין העבודה הנוספת, שבה הוא מעוניין לעסוק. מניעת ניגוד עניינים חשובה במיוחד כשמדובר בעובד ציבור האמור לשמש נאמן הציבור.³⁶ על העובד בשירות המדינה יש איסור לעבוד בעבודה נוספת אלא אם פנה בבקשה מיוחדת וקיבל אישור, עבודה נוספת כוללת גם עבודה בהתנדבות. ניתן לראות בהגבלתו של עובד המדינה מלעסוק בעיסוק נוסף, כמקדם עקרונות דמוקרטיים ובראשם שלטון החוק, איסור ניגוד עניינים, מינהל תקין, שמירה על אמון הציבור. **הדרישה השלישית** המעוגנת בפסקת ההגבלה הינה כי הפגיעה בחופש העיסוק צריכה להיעשות בחוק **נועד לתכלית ראויה**". תכלית ההגבלה היא למנוע ניגוד עניינים, להבטיח שהעובד ימלא תפקידו נאמנה. מעבר לכך, האיסור נועד לממש את ציפייתו הסבירה של המעביד כי העובד יקדיש את תשומת-לבו לעבודה שבעבורה הוא מקבל משכורת בלי שיוסח בשל מחויבויותיו למקום עבודה אחר.³⁷ כמו כן ניתן לראות בהגבלה על עיסוק נוסף רצון לשמור על כוח העובד, ממניעים סוציאליים, דאגה לרווחת העובד. אלו תכליות הבאות להגן על אינטרס הציבור, על אמון הציבור במערכת הציבורית, תכליות חברתיות אשר ניתן לומר כי הן תכליות ראויות. **התנאי הרביעי** לחוקתיותו

³⁴ פרשת דיזיין פסקה 14.

³⁵ ראה ה"ש 15 פסקה 3 לפסק דינו של השופט י.אלון בו הוא מביא את דברי השופט שמגר בעש"מ 4/80 חנוכי נ. נציב שירות המדינה פ"ד לו (2) 81, 84 (1980).

³⁶ עש"מ 5205/01 פרנס נ. יו"ר רשות השידור נו (2) 9.

³⁷ עש"מ 5205 / 01 שמעון פרנס נ. יושב-ראש רשות השידור נו (2) 9, עמוד 10

של חוק הפוגע בחופש העיסוק הוא כי הפגיעה היא "במידה שאינה עולה על הנדרש" זוהי דרישה של מידתיות. בחינת האמצעים שהחוק קבע להשגת המטרה הראויה.

האם עומדת הוראת התקשי"ר בדבר איסור עיסוק נוסף במבחני המידתיות?

המחוקק בחר באיסור קטיגורי החל על כלל עובדי המדינה ושמירה על פתח לשינוי על ידי הגשת בקשה לועדת חריגים וכן התייחסות לבעלי מקצוע מסוימים, כגון רופאים אשר להם ניתן היתר לעבודה נוספת במגבלות שונות. סבורני כי האיסור קטיגורי, הגם שלכאורה הינו גורף, משרת יפה את המטרה של מניעת ניגוד עניינים של עובדי המדינה לאור חובות הנאמנות המוגברות החלות עליהם ועם זאת מאפשר לעובד המעוניין לפנות לועדת החריגים. לבסוף, מסקנתנו הינה כי הוראת התקשי"ר עומדת בפסקת ההגבלה.

ט. מילות סיכום

זכות עובד לעיסוק נוסף הינו נדבך מנדבכי חופש העיסוק. זכותו של העובד לנצל את זמנו החופשי לכל עסוק, משלח יד, או מקצוע בו יחפוץ. תקפות התחייבותו של עובד בהסכם להגבלת זכות זו נבחנת על פי סעיף 30 לחוק החוזים, אם בניגוד לתקנת הציבור היא בטלה וההכרעה תתבסס על האיזון בין הערכים המתנגשים, חופש העיסוק אל מול חופש החוזים. הפגיעה בחופש העיסוק תתכן רק אם היא מעוגנת בהסכם שהצדדים הגיעו אליו מתוך בחירה חופשית, ללא ניצול חולשת העובד, המפצה את העובד על שלילת זכותו לעיסוק נוסף והבאה להגן על אינטרס לגיטימי של המעסיק. ניסינו לעמוד על האינטרסים הלגיטימיים של המעסיק הייחודיים לתקופת ההעסקה ועל האינטרסים הלגיטימיים של העובד לעיסוק נוסף. בחנו את ייחודיות הסכם העבודה כחווה יחס מתמשך, המושתת על יחסי אמון מוגברים ונאמנות והיוצא מנקודת מוצא שהעובד מוחזק כצד החלש להסכם. ניסינו לבחון את תוקף תניה בהסכם העסקה המגביל עיסוק נוסף. לבסוף פנינו לבחון כיצד מתיישבת הגבלת העיסוק הנוסף של עובד מדינה, עם התחולה הישירה של חוק יסוד חופש העיסוק על מעסיקתו. מצאנו שהתקנה בתקשי"ר אכן פוגעת בחופש העיסוק הנוסף של עובד המדינה. ניסינו לעמוד על אופיו הרב מהותי של התקשי"ר והבענו דעתנו כי המדינה מחויבת לכבד את חופש עיסוקם הנוסף של עובדיה מכח חוק היסוד גם אם תמצא שהתקנה בעלת אופי הסכמי, בשל מיהות המעסיקה. בחרנו לצאת מנקודת הנחה שהתקנה היא בגדר חוק ובדקנו האם היא עומדת בדרישות פסקת ההגבלה והגענו למסקנה שכן. והגם שישנה פגיעה בחופש העיסוק הנוסף של עובד המדינה, הוא הולם את ערכי מדינת ישראל נועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש ולפיכך, האיסור על עיסוק נוסף אינו בלתי חוקתי ואין לבטלו.