

פיסקת ההגבלה

במידה ובית משפט מחליט כי דבר חקיקה סותר הוראה בחוק יסוד, עליו לבחון האם הינו עומד בכל ארבעת התנאים הקבועים בפסקת ההגבלה : בחוק ; הולם ערכיה של ישראל ; לתכלית ראויה ; ובמידה שאינה עולה על הנדרש (מידתיות).

מבחן המידתיות עוסק באמצעים להשגת המטרה. מבחני המשנה שלו כוללים את מבחן ההתאמה בין האמצעי למטרה ; מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ; ומבחן התועלת לעומת הנזק. רק כאשר שלושתם מתקיימים, ניתן לומר כי האמצעי הוא מידתי.

חקיקה

1. חוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו, סעיף 8.
 2. חוק-יסוד : חופש העיסוק, סעיף 4.
-
-

לאחר פטירת הרב הראשי האשכנזי של ת"א, נוצר צורך לבחור רב חדש. בחירותו של רב עיר נעשית באסיפה בוחרת, מורכבת מנציגי מועצת הרשות, המועצה הדתית ובתי הכנסת. מועצת העיר בחרה ברשימה מורכבת מגברים בלבד, וזאת משני נימוקים: האחד החשש כי רב עיר שייבחר על ידי אסיפה בוחרת הכוללת אשה לא יזכה לשיתוף פעולה מצד הרבנות הראשית, והשני, החשש כי מועמדים מקובלים על הרוב במועצת העירייה לא יציגו את מועמדותם לתפקיד, אם יכללו נשים באסיפה הבוחרת, עקב התנגדות הרבנים הראשיים.

הרשות השלטונית רשאית לפעול על פי שיקול דעתה ובלבד ששיקול דעת זה מקיים את כללי המשפט המינהלי הישראלי. שיקול דעת המופעל מכוח החוק, חייב להתקיים במסגרת המטרות שהחוק קבען ובמסגרת זו בלבד. אפילו נאמר בדבר חקיקה במפורש כי שיקול הדעת הוא מוחלט, הרי גם אז מתפרש שיקול הדעת כמחייב את בעל הסמכות לפעול לשם הגשמת מטרות החקיקה ממנה יונקת סמכותו.

אין בתקנות כל הוראה כי האסיפה הבוחרת צריך שתהא מורכבת מגברים דווקא. מטרת המחוקק היתה שהאסיפה הבוחרת תהא מורכבת כך שתוכל לבחור ברב-עיר, אשר יוכל למלא כראוי את תפקידו. אם אמנם שיתופן של נשים באסיפה הבוחרת יפגום ביכולתו למלא את תפקידו, כי אז ניתן לראות בשיקול זה שיקול ענייני כנגד בחירתן של נשים.

בצד המטרות לכל דבר חקיקה ספציפית, קיימות מטרות נוספות, המשותפות לכל דברי החקיקה, שאותן מוחזק המחוקק כשואף להשיג, והקיימות בהיעדר הוראה אחרת בחוק. לעתירה זו רלבנטיות שתי ההנחות הבאות: האחת, כי חזקה על כל חוק שהוא בא להגשים ולהשתלב בתוך ערכי היסוד המקובלים של השיטה המשפטית, ובתוכם עקרון השוויון, המכיר בשוויון בין המינים; השנייה, כי חזקה על חוק שהוא לא בא לבטל או לצמצם חוק אחר.

רשימתם של ערכי היסוד אינה סגורה. בין השאר היא כוללת את השוויון, צדק ומוסר, כערכי יסוד מקובלים. כמו כן נכללו בהם אופיה הדמוקרטי של המדינה, הפרדת רשויות, חופש ההתאגדות, חופש השביתה, חופש הביטוי, חופש התהלכה, הפולחן, הקניין, העיסוק, כבוד האדם, וטוהר המשפט. בנוסף לכך הפנה בית המשפט העליון לא פעם אל תום הלב, הצדק הטבעי, ההגינות, הסבירות, אי-משוא הפנים, העדר ניגוד עניינים וכיוצא בהם עקרונות יסוד.

לפי חוק שווי זכויות האשה, אסור לרשות המקומית להפעיל את שיקול דעתה ולקבל החלטה באופן המפלה את האשה באשר היא אשה. אם לא נפרש את חוק שירותי הדת והתקנות באופן דומה, כי אז תיווצר סתירה בין שתי מערכות הדינים. עלינו לאזן בין עקרון הכללי של השוויון מזה לבין השיקול הפרטיקולרי של מינוי אסיפה בוחרת שתוכל למלא את תפקידה מזה. נוסחת האיזון הבאה בחשבון בענייננו היא נוסחה "אופקית". השוויון הינו עקרון חשוב, אך זהו עקרון יחסי. גם השיקול של מינוי אסיפת בחירות שתוכל למלא את תפקידה, אינו שיקול מוחלט. עניין לנו, בסופו של דבר במתן שירות, שאופיו העיקרי הוא וולונטרי.

מועצת העירייה לא עמדה במבחן הראוי, וזאת מכמה טעמים: ראשית, בהחלטתה זנחה את עקרון השוויון כליל. שנית, עקרון השוויון נזנח, בלא שנבחנה והוכחה כלל היקפה של הפגיעה בתיפקודו של רב העיר אם ייבחרו נשים לאסיפה הבוחרת. שניים היו שיקוליה של מועצת העירייה: הרצון כי מועמדים "ראויים" יציגו מועמדותם והצורך להבטיח שיתוף פעולה עם הרבנות הראשית. לא

הובאה כל ראייה, כי לא יהיו מועמדים כלל אם נשים תשתתפנה באסיפה הבוחרת. חשיבותו של עקרון השוויון מחייבת, כי רק אם תובא הוכחה כאמור, יהא מקום לבחון ויתור מסויים עליו. "יעילות" הבחירה - כלומר, הרצון להעדיף רב אחד על פני רעהו - אינו נימוק מספיק לפגיעה בעקרון השוויון. גם אין בהלכה היהודית איסור על שיתופן של נשים בבחירת נושאי משרה ציבוריים. יש להניח כי רבנים מסויימים סבורים אחרת, ועל כן יהיו מוכנים להציג את מועמדותם למשרת רב העיר.

לא הובאה כל ראייה, אלו מתפקידיו של רב העיר ייפגעו אם נשים תשמשנה באסיפה הבוחרת. יש לו לרב עיר תפקידים שאינם מחייבים שיתוף פעולה עם הרבנות הראשית, ולא התברר כלל, מדוע ייפגעו שירותים אלה. אך, מעבר לכך, אין פוגעים בעקרון השוויון כל עוד ניתן לקיים את תפקודו כראוי של רב העיר באמצעים אחרים.

הפעלת הסמכות השלטונית של המועצה המקומית לבחור את נציגיה לאסיפה הבוחרת תעשה מתוך לקיחתו בחשבון של עקרון השוויון בין המינים. אמנם, אין חובה למנות אשה לאסיפה הבוחרת. במינוי אשה לא מתאימה, אך באשר היא אשה, יהא משום שיקול פסול הנוגד את עקרון השוויון. בעתירה שלפנינו, נמנעה מועצת העיריה מלמנות נשים כנציגיה באסיפה הבוחרת משום היותן נשים. במצב דברים שבו לא ניתן כל משקל לעקרון השוויון, וניתן משקל מלא ליעילות הבחירה. זהו איזון לקוי ופגום, הפוסל את החלטתה של מועצת העיריה. העתירה מתקבלת.

הערת העורך: גם אם יסרבו הרבנים למיניהם לשתף פעולה עם החלטה אחרת של מועצת העיר, אין זה אומר שיש להשלים עם הפרת החוק, מה גם שהכללת נשים במספר רב של גופים בוחרים תיאלץ אותם בסופו של דבר לעשות זאת.

ארגוני חבלה העמידו לנגד עיניהם כמטרה את הרס המדינה. מעשי טרור ושיבוש החיים הסדירים הם האמצעים בהם הם נוקטים. פיגועים רבים נמנעו תודות לפעולותיהן של רשויות המדינה שמתפקידן להילחם בפעילות חבלנית עויינת זו. להגשמת משימותיו עורך השב"כ גם חקירות נגד חשודים בפעילות חבלנית עויינת. במסגרת החקירה נעשה שימוש גם באמצעים פיזיים, וכנגד שימוש זה הוגשה העתירה.

סמכות החקירה, ככל סמכות מנהלית, מעוצבת על ידי התכלית הספציפית המונחת ביסודה ועל ידי עקרונות היסוד של השיטה. אינטרסים וערכים אלה אינם מוחלטים. חברה דמוקרטית, שוחרת חופש, אינה מוכנה שחוקרים ישתמשו בכל האמצעים על מנת לחשוף את האמת. חברה דמוקרטית שוחרת חופש מבקשת להילחם בפשיעה ומוכנה שחקירה תפגע בכבוד האדם ובחירותו של הנחקר ובלבד שהפגיעה היא לתכלית ראויה והפגיעה אינה מעבר לנדרש. כתוצאה מאיזון עולים כללי החקירה הסבירה. קירה שלא כדין פוגעת בכבוד האדם של הנחקר. היא פוגעת גם בדמותה של החברה, בקשר לנסיבותיו של כל מקרה.

חקירה סבירה היא חקירה ללא עינויים, ללא יחס אכזרי או בלתי אנושי כלפי הנחקר, וללא יחס משפיל כלפיו. כבוד האדם הוא גם כבודו של האדם הנתון לחקירה. איסורים אלה הם "מוחלטים". אין להם "חריגים", ואין בהם איזונים. אלימות כלפי גופו או נפשו של הנחקר אינה מהווה אמצעי סביר בחקירה. שימוש באלימות בחקירה עשוי להטיל על החוקר אחריות פלילית ומשמעתית.

חקירה סבירה עלולה לגרום לחוסר נוחות; תוצאתה עלולה להיות חוסר שינה מספיקה; תנאי עריכתה עשויים להיות בלתי נעימים. ניתן לקיים חקירה יעילה גם בלא אלימות; מותר להזקק, במסגרת הדין, לתחבולות מסויימות ולפעולות מתוחכמות, המשמשות כבר כיום את החוקרים; חקירות כאלה יכולות להיות יעילות ולהשיג את מטרתן. בסופו של דבר, חוקיות החקירה נגזרת מתכליתה הראויה ומאמצעיה המידתיים. כך, למשל, מניעת שינה לתקופה ארוכה, או מניעת שינה בלילה בלא שצורכי החקירה יחייבו זאת, הוא שימוש באמצעי חקירה מעבר למידה הדרושה.

טלטול הוא אמצעי חקירה פסול. הוא פוגע בגופו של הנחקר. הוא מפר את כבודו. זהו אמצעי אלים שאינו מהווה חלק מחקירה כדין. הוא מעל ומעבר למידה הדרושה. גם המדינה אינה טוענת שטלטול הוא אמצעי חקירה "רגיל" שכל חוקר (בשב"כ או במשטרה) רשאי לעשות בו שימוש. על כל פנים, נים, בוודאי שמחוץ לדין ה"צורך" וכחלק מחקירה "רגילה", אין להזקק לאמצעי הטלטול. "שיטת השבאח" מבוססת על מספר מרכיבים מצטברים: איזוק הנחקר, הושבתו על כיסא נמוך, כיסוי ראשו בשק אטום והשמעת מוסיקה חזקה במקום. ישנן פעילויות המתחייבות באופן אינהרנטי מן הסמכות לחקור אדם הנתון במעצר. על כן, איזוקו של נחקר, לשם השמירה על בטחון החוקרים, הינה פעולה הנכללת בגדר סמכויות חקירה כלליות. ככל שאיזוקו של נחקר נעשה למטרה זו, הרי שהוא נעשה בסמכות. האיזוק בתנוחת ה"שבאח" אינו מהווה איזוק רגיל של אדם. האיזוק נעשה כשידיו של הנחקר כבולות דווקא לאחור. יד אחת מתחת למסעד הכיסא, ויד אחת מעליו. זו תנוחה מעוותת ובלתי טבעית. בכך אין צורך לשם הבטחת בטחון החוקרים. כן אין הצדקה חקירתית באיזוק ידיו של הנחקר דווקא באיזוקים קטנים, מקום בו נעשה הדבר.

נקיטה באמצעים אלה היא פסולה. קיימות דרכים אחרות למנוע בריחה ממשמורת חוקית או הגנה על החוקרים, שאינן כרוכות בגרימת כאב וסבל לנחקר.

חקירתו של אדם בהיותו יושב, הינה חלק אינהרנטי מחקירה. לא כן כאשר הכיסא עליו יושב הנחקר הוא כסא נמוך מאד המוטה קדימה כלפי מטה, והישיבה עליו היא במשך שעות ארוכות. ישיבה מעין זו אינה כלולה בסמכויות כלליות של חקירה. כל אלה אינם כלולים במסגרת חקירה "הוגנת". אין הם סבירים. הם פוגעים בכבודו של הנחקר, בשלמות גופו ובזכויות היסוד שלו מעבר לנדרש. אין לראות אותם ככלולים במסגרת סמכויות חקירה כלליות.

יש וטעמי חקירה שעניינם הצורך במניעת קשר בין הנחקר לנחקרים אחרים, ואולי אף בין הנחקר לחוקריו, מחייבים נקיטת אמצעים שימנעו קשר כאמור. לעתים כוללת סמכות החקירה מניעת קשר עין עם אדם או מקום זה או אחר. אך במקרה שלפנינו ראשו של הנחקר מכוסה בשק אטום כל זמן שהוא מצוי ב"המתנה" בתנוחת ה"שבאח". השק הינו אטום לגמרי, באופן הגורם מחנק לנחקר. כל אלה אינם אמצעים אינהרנטיים לחקירתו של אדם. השימוש באמצעי זה אינו קשור למטרה של מניעת קשר ועל כן הוא אסור.

כיסוי הראש נעשה למשך שעות ארוכות, כל עוד העציר ממתין. בעניין זה יש לנקוט אמצעים שפגיעתם קטנה יותר, כגון שההמתנה תהיה בתא מעצר, דבר שיאפשר להימנע מכל צורך לכסות את עיניו של הנחקר. כיסוי כל ראשו, להבדיל מכיסוי עיניו - במשך זמן ממושך בשק אטום וללא קשר הכרחי למטרה של שמירה על הנחקר או החוקרים, או מניעת קשר בין נחקרים, אינו חלק מחקירה הוגנת. הוא פוגע בנחקר ובצלמו.

מניעת מגע של נחקר עם הסובב אותו יכולה לכלול גם מניעת שמיעה של הנעשה סביבו. עציר המצוי בתנוחת "שבאח" נתון להשמעה רצופה של מוסיקה רועשת. אך מוסיקה בעוצמה חזקה לאורך זמן ממושך גורמת סבל לנחקר. כך, בייחוד עת הוא כבול למקומו בתנוחה לא נוחה, וראשו מכוסה. מוסיקה בעוצמה חזקה היא אמצעי האסור בשימוש במתכונת שהוצגה בפנינו. תנוחת ה"שבאח" כוללת את כל האמצעים הללו יחד ובו זמנית. השילוב ביניהם יוצר, כשלעצמו, סבל וכאב מיוחד. זהו אמצעי פוגע, בייחוד כאשר הוא ננקט לאורך זמן רב. לכן אין אמצעי זה כלול במסגרת סמכויות החקירה של נחקר. זהו אמצעי פסול.

עייפות של הנחקר והיותו נתון לשאלות חוקרים במשך זמן ממושך, הינם לעתים תוצאה בלתי נמנעת מחקירה או תוצאה נלווית לחקירה. זהו חלק מ"אי הנוחות" הטבוע בחקירה. על כן, עצם העובדה כי נמנעת מנחקר היכולת לישון כלולה בסמכות הכללית של החוקר. שונה הדבר מקום בו מניעת השינה הופכת מתוצאת לוואי של צרכים חקירתיים אינהרנטיים, למטרה בפני עצמה. אם נמנעת שינה מן הנחקר במכוון, לאורך זמן, וזאת אך בשל מטרה להתישו ולשבור את רוחו - אין הדבר מצוי בגדריה של חקירה הוגנת וסבירה. יש באמצעי זה פגיעה מעבר לנדרש בזכויותיו וכבודו של הנחקר.

כל האמור לגבי הסייגים לחקירה, מקובלים הלכה למעשה לגבי חקירה משטרתית רגילה. אין הוראת חוק המקנה לחוקר שב"כ סמכות חקירה מיוחדת, שונה וחמורה מזו המוקנית לחוקר משטרה. המסקנה היא כי חוקר שב"כ, שחובתו לנהל את החקירה על פי החוק, כפוף לסייגים החלים על חקירת משטרה. העתירה מתקבלת.

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מוסיף, מיד לאחר פסקת ההגבלה הכללית, פסקת הגבלה מיוחדת לכוחות הבטחון. חוק השיפוט הצבאי, כיוון שהוא מגביל את החירות האישית של חיילים, כפוף גם לפסקת ההגבלה הבטחונית.

פסקת ההגבלה הבטחונית, כשהיא לעצמה, לא נתכונה לצמצם את זכויות היסוד של המשרתים בכוחות הבטחון. היא קובעת תנאים מיוחדים לפגיעה בזכויות היסוד של המשרתים בכוחות הבטחון: ראשית, פסקה זו נועדה לאפשר פגיעה בזכויות היסוד של המשרתים בכוחות הבטחון באמצעות חקיקת-משנה, למשל, פקודות הצבא; היא אינה קובעת, כתנאי לפגיעה בזכות, שהחוק הפוגע יהיה "הולם את ערכיה של מדינת ישראל" וכי הוא יהיה "נועד לתכלית ראויה". אך בהתאם לשאר חלקי חוק היסוד, חוק אינו יכול לפגוע בזכויות היסוד של המשרתים בכוחות הבטחון אלא אם הוא הולם את ערכיה של מדינת ישראל ונועד לתכלית ראויה.

יש גם הבדל, מבחינת הלשון, בין מבחן המידתיות שנקבע בסעיף 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לבין זו של סעיף 8. סעיף זה דורש כי החוק המגביל לא יפגע בזכויות היסוד אלא "במידה שאינה עולה על הנדרש"; סעיף 9, לעומתו, דורש כי החוק המגביל לא יפגע בזכויות היסוד אלא "במידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות". השאלה מהי "המידה הנדרשת" של פגיעה בזכות תלויה בכל עניין ומקרה. מבחן המידתיות הכללי צריך היה לחול על המשרתים בכוחות הבטחון בהתחשב במהות ובאופי של השירות, גם לולא נאמר הדבר במפורש. המידתיות עשויה להיות שונה משירות לשירות אפילו בקרב כוחות הבטחון.

מבין מבחני-המשנה למבחן המידתיות, הדיון בעתירה זאת התמקד במבחן-המשנה השני: מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. השינויים והמשאבים הנדרשים לצורך הקיצור של תקופת המעצר נובעים במידה רבה מן ההיערכות והנהלים הקיימים כיום בצבא בנוגע להליכי המעצר של חיילים, חקירת העצורים, הארכת המעצר והעמדה לדיון משמעותי או פלילי. אולם אין להוציא מכלל חשבון אפשרות של שינוי ההיערכות והנהלים ע"י שכלול האמצעים הקיימים, באופן שיוביל לחסכון ניכר במשאבים של אדם וכסף ולהאצת ההליכים. לצורך הדיון בשאלה שלפנינו, נקבל את הערכת הצבא לגבי המשאבים הנדרשים.

המהות והאופי של השירות הצבאי כוללים גם את ההקפדה על המשמעת בצבא, צמצום התופעה של העדרות מן השירות, וכיוצא באלה. לפיכך, מותרת פגיעה בזכויות החייל אם הדבר נדרש לצורך השמירה על המשמעת בצבא, ובלבד שהפגיעה לא תעלה על המידה הנדרש. המשאבים הנדרשים אינם בסדר גודל שמחוץ ליכולת הצבא. יש להעמידם כנגד סדר הגודל של הפגיעה בחירות האישית של החיילים: כ-10,000 חיילים הנעצרים מדי שנה (ברוב גדול של המקרים - בגין עבירה של עריקה) על ידי שוטרים צבאיים.

החברה נבחנת, בין היתר, על פי המשקל היחסי שהיא נותנת לחירות האישית. המשקל צריך לבוא לידי ביטוי, לא רק באמירות יפות, ולא רק בספרי משפט, אלא גם בספר התקציב. ההגנה על זכויות האדם כרוכה לא פעם במחיר. נראה כי המחיר הנדרש במשאבים של אדם וכסף במקרה זה הינו מחיר סביר. יצוין כי גם הקיצור של תקופת המעצר בידי שוטר אזרחי, מתקופת של 48 שעות לתקופה של 24 שעות, חייב את המשטרה להיערכות מיוחדת, והיערכות כזאת דורשת משאבים. העתירה מתקבלת.

בתיקון לחוק מימון מפלגות, נקבע שסיעה תקבל מקדמה על חשבון המימון כאילו לא פרש ממנה אף חבר כנסת, והמימון כולו יינתן לפי שיטת חישוב המבוססת על שילוב בים מספר המנדטים בכנסת היוצאת והכנסת. פי התיקון נתונה הבחירה לכל סיעה המתמודדת בבחירות אם לדבוק בשיטה הקודמת או להעדיף את השיטה החדשה, וברור שהינו מיטיב עם הסיעות המיוצגות בכנסת היוצאת. העתירה הוגשה כנגד התיקון.

על בית המשפט לפסול חוק הפוגע בשוויון המהותי בניגוד לסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, אך לא כל פגיעה של חוק רגיל בשוויון המהותי תוביל בהכרח לפסילת החוק. עד שבית המשפט פוסל חוק הוא חייב לבדוק היטב את לשון החוק ואת תכלית החוק, עד שיהיה משוכנע לחלוטין כי תקלה היא שאין לה תקנה, ולפיכך נקודת המוצא היא חזקת החוקיות, שהרי חזקה זו חלה על כל מעשה שלטוני, ובמיוחד חקיקה ראשית; מי שטוען כי החוק אינו חוקי, עליו הנטל להוכיח זאת, לפחות לכאורה, ובמקביל בית המשפט יוצא מהנחה כי החוק לא נועד לפגוע בעקרונות חוקתיים. לפיכך נוטה בית המשפט לפרש את החוק באופן שניתן יהיה לקיימו ולא לבטלו. באופן זה יכול בית המשפט לא פעם לבטל, או לפחות לצמצם, את הפגיעה האפשרית של חוק בעקרונות חוקתיים, כגון זכויות האדם או השוויון בבחירות.

גם אם הפרשנות מובילה את בית המשפט למסקנה כי החוק פוגע בעקרון המעוגן בחקיקה משוריינת, אין זה מוביל בהכרח לפסילת החוק. כדי שהחוק ייפסל צריך שהפגיעה תהיה בולטת ומשמעותית. מידת הפגיעה תלויה במהות הזכות שנפגעה, בתכלית הפגיעה ובנסיבות של כל מקרה.

לכאורה, אוסר סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת כל פגיעה שהיא בשוויון, תהא תכליתה ומידתה כאשר תהא, אלא אם התקבלה ברוב של חברי הכנסת, בניגוד לחוקי היסוד בעניין חופש העיסוק וכבוד האדם וחירותו המתירים פגיעה בזכויות המעוגנות בחוקי-היסוד בתנאים מסוימים שנקבעו בפיסקת ההגבלה. אך על אף ההבדל בלשון החוקים, לא צריך להיות הבדל במשמעותם. השוויון בבחירות הוא ערך מרכזי והוא ראוי להגנה מירבית, כמו החשובים שבערכים החוקתיים. אך השוויון אינו צריך הגנה מוחלטת, שכן גם השוויון, כמו זכויות היסוד של האדם, אינו בגדר זכות מוחלטת.

פגיעה בשוויון, כמשמעותו בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, פוסלת חוק, אולם רק בפגיעה בשוויון המהותי להבדיל מפגיעה בשוויון הפורמלי. השוויון המהותי הוא שוויון הסיכויים, אך יש לבדוק מהו השוויון המהותי או מהי פגיעה בשוויון המהותי, שהינה בהקשר של הבחירות לכנסת, פגיעה בשוויון הסיכויים שאינה עומדת במבחן המשולש: ערכי המדינה, תכלית ראויה ומידתיות. פרשנות כזאת תביא הרמוניה בקרב החוקים הקובעים את הערכים החוקתיים.

התיקון הנדון משנה גם את שיטת המימון של הוצאות הבחירות. לפיו, הסיעות המיוצגות בכנסת היוצאת יכולות רק להרוויח: סיעה שהגדילה את מספר המנדטים שלה בבחירות, תקבל מימון לפי מספר המנדטים בו זכתה, כפי שהיה נהוג קודם לכן; אולם, אם הסיעה הפסידה מנדטים, היא לא תקבל מימון לפי ממוצע שבין מספר המנדטים בכנסת היוצאת לבין מספר המנדטים בכנסת החדשה.

האפשרות לממן את הוצאות הבחירות לפי הממוצע של מספר המנדטים שסיעה זכתה בהם בכנסת היוצאת ובכנסת החדשה נקבעה כבר בתיקון קודם. יתכן שהתיקון הנוכחי גם אינו משרת את השוויון המהותי, אך הוא נמצא בתוך המתחם של שיקול הדעת המוקנה לכנסת. ההסדר החדש חל רק על סיעות ותיקות, המיוצגות בכנסת היוצאת. רשימה חדשה מקבלת מימון לפי מספר המנדטים שזכתה בהם בבחירות; לעומתה, סיעה ותיקה, אם הפסידה מנדטים בבחירות, תקבל מימון לפי מספר מנדטים גדול יותר. ללא ספק, הבדל המיטיב עם הסיעות הוותיקות בלבד. אך אין בכך כדי לבסס טענה שהתיקון פוגע בשוויון המהותי.

נקבע כי הסדר החדש יחול רק מן הבחירות הבאות, כלומר לא יכול היה לחול, לפי טבעו, אלא על סיעות ותיקות, שהיו מיוצגות בכנסת היוצאת, להבדיל מרשימות חדשות; כמו-כן, אי אפשר להימנע מהבדלים מסויימים בין סיעות המיוצגות בכנסת היוצאת לבין רשימות חדשות, כמו שיעור המקדמה, לפי גודל הסיעה. גם חישוב המימון לפי ממוצע המנדטים בכנסת היוצאת והכנסת, במטרה למתן תנודות חריפות במימון כלפי מעלה או כלפי מטה. רעיון זה, לפי מהותו, אינו יכול לחול אלא על סיעות ותיקות. אין די בכך, לצורך פסילת חוק, שהחוק יוצר הבדל בשיטת המימון בין סיעות ותיקות לבין רשימות חדשות. השאלה הקובעת היא, אם ההבדל שנוצר פוגע בשוויון המהותי, כלומר, בשוויון הסיכויים בבחירות.

התיקון הוא, מבחינה מסויימת, הוראת מעבר. האפשרות הניתנת לסיעה, לבחור את שיטת המימון לפי תיקון זה, לבחור בין שיטת המימון הישנה והחדשה חלה רק בבחירות לכנסת הארבע-עשרה. לכן, אף אם נקבל את הטענה שאפשרות הבחירה הניתנת לסיעה פוגעת בעקרון השוויון, ברור כי עוצמת הפגיעה נחלשת, משום שמדובר בהוראת מעבר. השאלה העומדת להכרעה בפני בית המשפט היא רק זאת, אם יש יסוד לפסול את התיקון בשל פגיעה משמעותית בשוויון המהותי של הבחירות לכנסת. כיוון שלא הוכחה פגיעה כזאת אין לבית המשפט יסוד לפסול את התיקון. העתירה נדחית.

חוק קבלני כוח אדם פוגע בחופש העיסוק, ומטיל חובת רישוי. עיסוק שהיה "חופשי" מכל חובת רישוי הפך למקצוע שהכניסה אליו "מוסדרת". מעבר זה פוגע בחופש העיסוק. האם הפגיעה בחופש העיסוק היא כדין? בחינתה מחייבת בדיקתה של פסקת ההגבלה ואת המציאות של יחסי העבודה שנוצרו עם פעולתם של קבלני כוח אדם.

בבדיקה האם חיקוק סותר לחוק-יסוד, יש לפעול בשלושה שלבים: בשלב הראשון נבחנה השאלה אם החיקוק פוגע בהסדר המעוגן בחוק יסוד. יש לבדוק את פירוש ההוראה החוקתית, ואת פירושו של החיקוק. תמיד יש עימות בין חוק היסוד לחיקוק הפוגע בזכות המעוגנת בו, אך עימות זה אינו גורר אחריו בהכרח אי חוקתיות החוק. השלב השני בוחן אם הפגיעה בהסדר החוקתי נעשתה לפי ההוראות החוקתיות עצמן, כלומר האם הפגיעה בזכות האדם עולה בקנה אחד עם פסקת ההגבלה. זכויות האדם אינן מוחלטות. ניתן לפגוע בהן כדי לקיים מסגרת חברתית השומרת על זכויות האדם. אם הפגיעה אינה חוקתית, על השופט לעבור לשלב השלישי, הוא השלב התרופתי. בגדרו של זה נבחנות התוצאות של אי החוקתיות.

ביסוד תופעת קבלני כוח האדם עומד מיקור החוץ (ה- outsourcing) של כוח העבודה על ידי מסירת עבודות לקבלני כוח אדם. קבלן כוח האדם נתפס כמעביד השולח את עובדיו אל מי שנוזק להם. הנוזק לשירותי העובד הופך להיות "משתמש"; ההנחה הינה כי בין המשתמש לבין מי שמועסק אצלו באמצעות קבלני כוח אדם לא מתקיימים יחסי עובד-מעביד. מבחינתו של המשתמש יש בכך יתרונות מספר; מבחינתם של העובדים חלה הרעה מוחשית.

חוקתיותה של חקיקה הפוגעת בזכות אדם חוקתית מותנית, בין השאר, בכך, שהפגיעה בזכות החוקתית "אינה עולה על הנדרש". זהו מבחן של מידתיות (proportionality). על פיו, האמצעי שנבחר על ידי המחוקק, צריך שיהא מתאים להשגת התכלית; שפגיעתו בזכות החוקתית תהא הפחותה; ושיתקיים יחס ראוי בין התועלת הצומחת מהגשמת התכלית לבין הנוזק הנגרם בשל פגיעה בזכות החוקתית. מעביד רגיל צריך לדאוג למקום עבודה ולאמצעי יצור, ואילו קבלן כוח אדם זקוק לשולחן וכסא. "כרית הבטחון" שיש לו להבטחת זכויות העובדים היא מינימלית; אין לו מבנים ואין לו מכוונות מהם ניתן לפרוע החוב לעובדים. הוא מנייד עובדים ממקום למקום מבלי שאלה מתקשרים אליו; היום הוא קיים, מחר הוא איננו.

האמצעי שנקבע על ידי חוק קבלני כוח אדם - ערובה (בנקאית או ערובה מתאימה אחרת) - הוא אמצעי מידתי. קיים קשר רציונלי בין הטלת הערובה לבין השגת התכלית הראויה. על ידי הטלת חובת ערובה מבטיח החוק הגנה על זכויות העובדים כדי הערובה; אמצעי זה פגיעתו בחופש העיסוק של קבלני כוח האדם היא הפחותה. העתירה נדחת.

המערערים קשרו קשר יחד עם שני אחרים לביצוע שוד של חנות בעזרת אקדח. עם סיום התכנון הגיעו כולם לחנות. אחד מהם דיבר עם בנו של בעל החנות, בדבר רכישת מטבע זר, ואז נכנס השני ואיים באקדח על הבן. המערערים סגרו את דלתות החנות, וכולם נכנסו פנימה פרט לאחד שנשאר בחוץ כשהוא שומר. בנו השני של בעל החנות התקרב לעבר המערערים כשבידיו מקל, ואז דחף אחד מהם את אחד הבנים אל פינת החנות, ובאותו רגע החל המערער האחר לירות לעברם, אחד מהם נהרג והשני נפצע. כל חבורת הפורצים נמלטה מהחנות מבלי ליטול דבר.

שני המבצעים הנוספים הורשעו כמבצעים בצוותא של עבירת הרצח, מכוח הוראת סעיף 34א לחוק העונשין, הקובעת כי אם אדם מבצע, אגב עשיית העבירה, עבירה שונה ממנה או נוספת לה, יישאו באחריות לה גם המבצעים בצוותא הנותרים; ואולם, קבוע בחוק שאם נעברה העבירה השונה או הנוספת בכוונה, ישאו המבצעים הנותרים באחריות לה כעל עבירה של אדישות או רשלנות בלבד.

הוראה זו הוחקה בשנת 94. עם כינונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הפכו זכויות האדם המעוגנות בו לבעלות מעמד חוקתי-על-חוקי. המשפט הפלילי, יותר מכל ענף משפטי אחר, קשור קשר אמיץ לחירותו האישית של הפרט. טבעי הוא, שהאיזון החוקתי החדש בין פרט לכלל, המשתקף במתן מעמד חוקתי לזכויות האדם, ישפיע במישרין על המשפט הפלילי.

בענייננו, מבצע בצוותא לגבי העבירה המקורית (של שוד למשל) מתחייב בגין רצח שבוצע כעבירה שונה או נוספת, למרות שהוא לא מבצע בצוותא לעניין עבירת הרצח, ולמרות שאין לו כל מחשבה פלילית (אף לא אדישות לעניין הרצח), וכל שניתן לייחס לו הוא רשלנות בכך שהוא "יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה".

לעניין חוקתיות סעיף 34א, יש לבדוק זאת בשלושה שלבים: בשלב הראשון, השאלה הינה כי הוראה בחיקוק - שנחקק לאחר כינונו של חוק היסוד - פוגעת בזכות אדם הקבועה בו; בשלב השני השאלה הינה, אם הפגיעה בזכות האדם - מקום שהיא קיימת - מקיימת את הוראותיה של פסקת ההגבלה. בשלב השלישי השאלה הינה, מהי התוצאה (ומהי התרופה) אם יתברר כי החוק פוגע בזכות אדם חוקתית, בלא לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה.

מובן שהוראת סעיף 34א לחוק - המאפשר הרשעתו של אדם בעבירה שעונשה הוא מאסר - פוגעת בהוראת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לפיה אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר. נניח כי הטלת אחריות פלילית על אדם בהעדר מחשבה פלילית, אך תוך קיום יסוד נפשי של רשלנות או מודעות בכוח פוגעת בכבוד האדם.

ביצוע עבירה על ידי חבורה יוצרת מצב מסוכן במיוחד, מכיוון שהביצוע המשותף מאפשר ביצוע עבירות בהיקף גדול יותר, חמור יותר, במהלכו יש "צורך" בהגנת שלומם של כל המבצעים וה"חשש" כי תפיסת אחד מהקבוצה תוביל גם ללכידת האחרים. בנוסף, הסיכון לחברה נוצר בעיקר בשל העובדה כי אופן הביצוע המשותף שולל מכל מבצע בודד את השליטה על דרך הביצוע, התפתחות העבירה ואת יכולתו למנוע ביצוע העבירה המושלמת או את אפשרות החרטה. בשל סיכון רב זה הטמון בביצוע עבירה על ידי חבורה עבריינית, הצורך בהגנה על אינטרס הציבור והקרבת הפוטנציאליים מפני ביצוע משותף והתפתחותיו האפשריות, הוא הכרחי.

מטרת הסעיף היא לעודד עבריינים למנוע מאחד מהם אגב ביצוע העבירה המקורית, את ביצועה של עבירה שונה או נוספת. זוהי בוודאי תכלית ראויה, והיא אף הולמת את ערכיה של מדינת ישראל.

לשם בחינת המידתיות, מקובל לחלק מבחן המידתיות לשלושה מבחני משנה. הראשון - מבחן האמצעי המתאים והרציונלי להשגת המטרה החקיקתית; השני - מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; השלישי - מבחן האמצעי המידתי (במובן הצר) במסגרתו מתבקש איזון בין טובת הפרט לטובת הכלל. הוראת הסעיף מקיימת את מבחן המשנה הראשון. הטלת אחריות על מבצע בצוותא לעבירה שונה או נוספת שביצע אחד המבצעים אגב הביצוע המשותף, משרתת את המטרה החקיקתית במניעת ביצוע של עבירות על ידי חברות עברייניות ככלל, ומניעת ביצועה של עבירה שונה או נוספת על ידי אחד המבצעים בפרט. הטלתה של אחריות זו על מבצע בצוותא מעודדת, טרם היציאה לביצוע המשותף, מניעת אפשרות ביצועה של עבירה שונה או נוספת (למשל בכך שידרוש מחבריו שלא לשאת עמם נשק בעת הביצוע המשותף).

מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה יתקיים אם לא ניתן להשיג את המטרה החקיקתית על ידי אמצעי אשר פגיעתו בזכות אדם היא פחותה יותר. סעיף 34א לחוק מטיל אחריות בגין עבירה שונה או נוספת רק על מי שבחר במודע להשתתף באירוע עברייני מקורי כמבצע בצוותא, למרות שהיה מודע כי אופן ביצועה והיקפה יצאו משליטתו. הטלת האחריות אינה ללא כל אשמה, והיא מתבססת על בחירה ראשונית זו של המבצע בצוותא (של העבירה המקורית). אם העבירה השונה או הנוספת מבוצעת על ידי המבצע העיקרי מתוך כוונה, המבצעים האחרים בצוותא יישאו באחריות לעבירה השונה או הנוספת כעל עבירה של אדישות בלבד.

מידת האחריות מותאמת למידת האשמה. המחוקק לא הסתפק בהטלת אחריות על השותף בגין עבירה שונה או נוספת בעבירת רשלנות בלבד, שכן חשש שמא בהטלת אחריות כזו לא יהא די בכדי להשיג את המטרה של מניעת והרתעת חברות עברייניות מפני הביצוע המשותף וביצוע עבירות נוספות במהלכו.

לעניין מבחן היחס הראוי בין התועלת לציבור לבין הנזק לפרט, יחס זה מתקיים לאור מטרתה של הוראת סעיף 34א להגן על אינטרס הציבור והקרבנות הפוטנציאליים, הטלת גלגול הסיכון בגין ביצוע העבירה השונה או הנוספת לפתחו של המבצע בצוותא של העבירה המקורית - כמי שהיה עליו מראש לצפות אפשרות התרחשותה, ואף היה ביכולתו בעת היציאה לביצוע למנעה מלכתחילה, מקיימת יחס זה. זאת, בייחוד לאור העובדה כי מקום בו נושא אדם באחריות פלילית מכוח סעיף 34א, זהו בהכרח מקרה בו התממש הסיכון ובמסגרת הביצוע המשותף בוצעה עבירה שונה או נוספת מהמתוכנן.

הסיכון לחברה ולקרבנות הפוטנציאליים, סיכון הטמון בביצוע המשותף מעצם טיבו עליו עמדנו לעיל, התממש במלוא עוזו. מנסיבות ההרשעה בסעיף 34א מתחייב, למעשה, כי קדמה לה פגיעה של ממש (ולא בהסתברות כלשהי) באינטרס הציבור והקרבנות. הערעור נדחה.

במסגרת תיקון חקיקה שהועבר בכנסת, ניתן זיכיון להפעלת תחנת רדיו למי שהפעיל תחנה כזו במשך חמש שנים רצופות, אשר שידוריה נקלטו במרבית שטחי המדינה. כנגד תיקון זה הוגשה העתירה.

כמשאב ציבורי מוגבל, נדרשת הקצאה של תדרי השידור. לפי בדיקת מומחים, נראה שניתן יהיה להקצות תדרים לכל היותר לשלוש רשתות רדיו ארציות, ולמספר מוגבל של תחנות רדיו אזוריות נוספות, מלבד ההתחייבות להקצות תדרים לשימוש הרשות הפלסטינית. הזיכיון לשדר שידורים לציבור מעניק לבעליו כלי רב עוצמה, המאפשר נגישות לקהלים רחבים, ולכן נדרשת התערבות ממשלתית על מנת להבטיח כי האינטרס הציבורי יישמר. בהקשר זה קובע חוק הרשות השנייה, כי זיכיון לשידורים יינתן על פי מכרז פומבי שתפרסם הרשות; הפעלת תחנות רדיו ללא זיכיון הנה עבירה פלילית.

התיקון פוגע בחופש העיסוק המעוגן בחוק יסוד: חופש העיסוק, ופגיעה זו אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. עיקרון בסיסי בזכות לחופש עיסוק הוא חופש התחרות, כולל השוויון בין מתחרים; התערבות שלטונית המעניקה לאחד את אשר אינו מוענק לאחר, מפריעה לתחרות החופשית באופן הפוגע ממשית בחופש העיסוק. לחופש התחרות יש חשיבות הן בהיבט הציבורי והן בהיבט האישי: מבחינת ההיבט הציבורי, התכלית היא הגברת היעילות במשק. בהיבט האישי תכליתו הינה לאפשר לפרט למצוא את מחייתו ולעצב את אישיותו.

התיקון פוגע בחופש התחרות של כלל המתחרים הפוטנציאלים על השימוש במשאב התדרים לשידורי רדיו, בכך שהוא מעניק זיכיון לגוף משדר העומד בתנאי התיקון, ללא מכרז וללא קריטריון חלוקה שוויוני אחר כלשהו. מלשון התיקון עולים שני תנאים בסיסיים שנדרשים על מנת לקבל זכיון: אורך תקופת הפעלת תחנת שידור ופריסת השידורים; מכאן, שאמות מידה אלה מתייחסות לתחנות רדיו ששידרו באופן לא חוקי. לאור לשון התיקון ופרוטוקול הכנסת, נראה שהוא נועד בראש ובראשונה להכשיר את ערוץ 7 דווקא - תכלית הנותנת זכיון לתחנות רדיו אשר פעלו שלא כדין, שאינה ראויה ומהווה פגיעה קשה בשלטון החוק. התכלית האפשרית השנייה היא מתן ייצוג תקשורתי פלורליסטי. אבל גם אם תכלית התיקון היא ראויה, עדיין האמצעים להגשמתה הם בלתי מידתיים. מבחן המידתיות עניינו באמצעים להשגת המטרה - זו אינה מקדשת את כל האמצעים. לכן יש לבחון האם הפגיעה בחופש העיסוק היא מידתית, לפי מבחן ההתאמה הרציונלית בין האמצעי למטרה; מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; ומבחן התועלת לעומת הנזק.

לעניין התאמה בין המטרה לאמצעי, התיקון לא מותאם למטרה של ייצוג תקשורתי פלורליסטי; העדרו של מנגנון לקביעת סדר עדיפויות בין הצרכים התקשורתיים של מגזרים שונים, עלול להביא לתוצאה שאינה תואמת את התכלית; למעשה, בולט דווקא העדר התאמה כלשהי. אמת המידה של קיום שידורים במשך חמש שנים, כלל אינה מכוונת לאתר קבוצות אוכלוסיה בעלות צרכים מיוחדים וקביעת סדרי עדיפויות ביניהן. נכון שאין לשלול לחלוטין קיומו של מתאם גס בין אורך תקופת השידור של תחנות בלתי מורשות, לבין קהל יעד הסובל ביותר מחוסר ייצוג תקשורתי חוקי, אך אין כל ערובה אמיתית לקיום מתאם זה.

לעניין האמצעי שפגיעתו פחותה, השאלה היא אם לא ניתן היה להשיג את מטרת התיקון תוך פגיעה פחותה בזכות לחופש עיסוק. נראה שהתשובה שלילית; התיקון אינו כולל חובת מכרז או כל אמצעי אחר האמור לספק הזדמנות שווה למתחרים פוטנציאליים. יתכן כי גם גופים אחרים מאותה אוכלוסיית יעד, פרט לערוץ 7, אשר אינם עומדים בתנאי התיקון, מייצגים נאמנה את אוכלוסיית היעד.

לפי מבחון התועלת מול הנזק, יש לבדוק האם התועלת בהכשרת ערוץ 7 עולה על מידת הנזק הנגרמת בשל הפגיעה בזכות לחופש העיסוק. גם במבחן זה לא עומד התיקון. הנזק שנגרם מהתיקון למתחרים פוטנציאליים על שידור ערוצי רדיו ארציים ייעודיים הוא רב; למעשה, כניסתם לתחום זה נחסמת. לסיכום, הענקת הזיכיון והרשיון לנהל תחנת רדיו בהסתמך על הקריטריון היחיד של הפעלת תחנות רדיו ללא זיכיון כדן, מהווה פגיעה קשה בשלטון החוק, ולעומת זאת התועלת שמפיק הציבור מהענקת רשיון לעומדים בתנאי התיקון מוטלת בספק. העתירה מתקבלת.

הערת העורך: פסק הדין נראה כבלתי-מבוסס מבחינה עובדתית, פוגע בשוויון ומפלה בין עותרים שונים – במלים אחרות, לא עומד באותם מבחני סבירות ומידתיות שבית המשפט עצמו דורש מרשויות שלטון אחרות.

במישור העובדתי, חוות הדעת של אותם "מומחים" המצוטטים בספק הדין נראית כמופרכת למדי. אם אכן יש כל-כך מעט תדרים, איך זה שיש עשרות לתחנות פיראטיות המחזיקות מעמד מבחינה טכנית וכלכלית?

מבחינה היסטורית, יש טוענים כי כאשר החלו שידורי רדיו בארה"ב בראשית המאה ה-20, היה נהוג שמי ששידר באופן קבוע בתדר מסויים, הפך לבעל התדר לפחות בעיני תחנות אחרות, שנמנעו מלחדור לתחום; ואילו רק בתקופה מאוחרת יותר החליטו הרשויות שם "לעשות סדר" (אולי מיותר לגמרי), ולהקצות את התדרים¹. יש אחרים הטוענים כי הקצאת התדרים היתה נחוצה כבר אז מכיוון ששידורי תחנות שונות התנגשו על אותו תדר². על כל פנים, חלוקת התדרים מדינת ישראל נעשית בצורה שהיא כמעט הגרועה ביותר האפשרית.

באמצע המאה ה-20 חולקו התדרים בעולם בין המדינות השונות, אבל לא לפי חלקן באוכלוסיית העולם אלא לפי "צורך", כלומר לפי מידת הפיתוח הכלכלי באותו זמן, במלים אחרות – באופן שהיפלה לרעה את המדינות הפחות מפותחות. כיום גם אין זה נכון שהתדרים מוגבלים במידה העולה מפסק הדין, מכיוון שקיימות טכנולוגיות מתקדמות לשידורי רדיו וטלוויזיה (שידורים דיגיטליים, כבלים, לוויין, אינטרנט), המאפשרות כל אחת מאות ערוצים בכל מדינה ואף יותר. אי-אכיפת החוק לגביהם במשך שנים יצרה אצל מנהלי ערוץ 7 ציפייה מסויימת, וגם רוב הקהל הפוטנציאלי תמך בהמשך השידורים, אפילו כערוץ יחיד במגזר זה, ואין צורך להפעיל לגבי ציבור זה גישה פטרנליסטית; למעשה, גישה זו מופעלת מול האזרחים כולם, שהרי קביעת סדרי עדיפויות בין ציבורים שונים היא אפלייה מאין כמוה.

חלוקת התדרים במדינת ישראל נעשית ב"מכרז" שבו מחולקים מספר תדרים, תוך התחשבות במחיר שמציע כל זכיין ובתוכן השידורים שהוא מציע. אפשר להשוות מדיניות בלתי-סבירה זו

¹ Rothbard, Murray **For a New Liberty: The Libertarian Manifesto** Collier Books, 1973, pp 101-103 <http://www.mises.org/rothbard/newliberty.asp>

² <http://eh.net/encyclopedia/article/scott.radio.industry.history>

לחלוקת קרקע: נניח שיש במדינה אדמות שניתן, מסיבות שונות, להשתמש בהן רק למטרה אחת, כמו מרעה. ונניח שמדובר בכמות כזו של אדמת מרעה, שלא כולה תנוצל גם אם תינתן בחינם, מכיוון שכוחות השוק יגבילו את כדאיות השימוש בה; אולם הממשלה מחכירה רק חלק מהאדמות האלה, גובה עבורן מחיר גבוה ודורשת מהמשתמשים כל-מיני קריטריונים לגבי העסק שהם מנהלים. אין במדיניות כזאת כל הגיון או סבירות, ממש כפי שאין בחוקים הקובעים את חלוקת התדרים, כמו חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו.

המערערת מפעילה מועדון חברים סגור, בו נערכים בין השאר משחקי בינגו. העירייה סירבה לתת למערערת רישיון עקב התנגדות המשטרה, הרואה במשחק הבינגו משחק אסור בהתאם לחוק העונשין. המערערת פנתה לבית המשפט לעניינים מינהליים כנגד ההחלטה אולם ערעורה נדחה ומכאן הערעור הנוסף לפני בית משפט זה.

חוק העונשין מגדיר משחק אסור כמשחק שבו עשוי אדם לזכות בכסף, בשווה כסף או בטובת הנאה לפי תוצאות המשחק, והתוצאות תלויות בגורל יותר מאשר בהבנה או ביכולת - אלא אם עריכת המשחקים מכוונת לחוג אנשים מסוים, אינם חורגים מגדר שעשוע או בידור, ואינם נערכים במקום משחקים אסורים או במקום לעריכת הגרלות או הימורים. החריגים הם מצטברים אך במקרה זה לא מתקיים אף אחד מהם: הפרסים הכספיים הם משמעותיים, אין מדובר במשחקים הנערכים בבית פרטי, ולא מדובר בהשתתפות של קבוצת אנשים מוגדרת ומצומצמת.

תכליתו של האיסור על משחקי מזל הוא בחשש שמא אדם הנוטל חלק במשחקים אסורים יתמכר ל"עיסוק" זה תחת שיעבוד לפרנסתו. למדינה יש אינטרס לגיטימי למנוע מצב בו החברה תהא חייבת לשאת בתוצאותיה של ההתמכרות. כאשר מדובר בקבוצת אנשים שיש לה מכה משותף מעבר לעניין במשחק או בהימור, קטן החשש מהתמכרות. אך בענייננו ההצטרפות למועדון מבוססת על הרצון ליטול חלק במשחק הבינגו. מאחר שמדובר בעסק שמטרתו מטבע הדברים השאת רווחים, קיים תמריץ להגדיל הן את הסכום שיש לשלמו בגין כל כרטיס והן את מספר החברים.

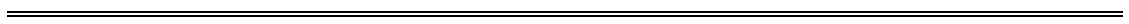
ההסדר החוקי הקבוע בחוק העונשין מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה, הקבועה בחוק יסוד: חופש העיסוק ועל כן אין להכריז עליו כבלתי חוקתי. נמצא, כי תכליתן של הוראות החוק לשלול הימורים והגרלות העלולים לגרום להתמכרות, לנוק כלכלי חמור, לפשע ולהרס התא המשפחתי, והעיקר - הגדלת הנטל המוטל על החברה.

קיים בסיס להבחנה לגיטימית בין הימורים בחסות ציבורית, לבין אלה הנערכים על ידי גופים פרטיים, חרף העובדה שאף בצידם של הראשונים קיימת סכנת התמכרות. במרכזה של הבחנה זו עומדים שלושה טעמים. הטעם הראשון להבחנה זו נעוץ בכך שהימורים בחסות המדינה משמשים מכשיר לגיוס כספים למטרות ציבוריות. הטעם השני מצביע על כך שלהימורים אלה לא נלוות, דרך כלל, תופעות שליליות של השתלטות פשע מאורגן, אלימות והלבנת כספים, אשר מאפיינות משחקי הימורים הנערכים במועדונים פרטיים. עניינו של הטעם השלישי ביכולת הפיקוח האפקטיבית על הימורים הנערכים בחסות המדינה - פיקוח שקשה להבטיחו במצב שבו שוק ההימורים נמצא בידיים פרטיות. בנוגע לדרישת המידתיות, הקבועה בפסקת ההגבלה, מצאנו כי ההסדר החוקי ממלא אחר הדרישות הקבועות בשלושת מבחני המשנה של המידתיות. האמצעים שנקבעו בהוראות החוק תואמים את התכלית העומדת בבסיסן ומובילים להגשמתה. כמו כן, אין באמצעים אחרים הפוגעים פחות בחופש העיסוק, כגון רגולציה של הימורים, כדי להבטיח את השגתה של תכלית זו.

ביחס למבחן המידתיות במובן הצר קבענו, כי קיים יחס סביר בין מידת הפגיעה בזכות לחופש העיסוק של המעוניינים לעסוק בניהול משחקים אסורים, לבין היתרון החברתי הצומח מפגיעה זו.

בעקבות הפגיעה מצטמצמות התוצאות השליליות העשויות להיגרם מקיומם של הימורים. עוד הצבענו על חשיבותו של עיקרון המרחב החקיקתי במקרה זה. לפי העיקרון האמור, אף אם האיסור על משחקי הימורים אינו האמצעי האידיאלי ואף אם ניתן לחשוב על קבלת חוק אחר המסדיר עסקים פרטיים לניהול משחקי הימורים, אין האמצעי החקיקתי הקיים חורג ממרחב שיקול דעתו של המחוקק. חייבים לזכור ולהזכיר, שאם תתקבל הטענה החוקתית כי אין תוקף להוראות שבחוק העונשין, המשמעות היא שכל המשחקים האסורים יהפכו באחת למותרים. במילים אחרות, לא רק משחקי הבינגו יקבלו חותם של חוקיות, אלא משחקים רבים אחרים שפגיעתם עלולה להיות רבה וקשה.

הערעור נדחה.



הפיתרון לבעיית האיזון בין ביטחון לחירות גלום, בין השאר, בעקרונות הכלליים של המשפט, ובהם סבירות ותום לב. אחד מאותם עקרונות יסוד המאזנים בין המטרה הראויה לבין האמצעים להגשמתה הוא העיקרון של מידתיות (proportionality). על פיו, ניתן להגביל את חירותו של הפרט כדי להגשים מטרות ראויות, ובלבד שההגבלה הינה מידתית. מידתיות הוא גם עקרון כללי של המשפט המינהלי הישראלי, תחילה כעקרון הלכתי, ואחר כך כעקרון חוקתי. נקבעו שלושה מבחני משנה עקרוניים, המעניקים תוכן קונקרטי לעקרון המידתיות.

הראשון קובע כי נדרש קשר של התאמה בין המטרה לבין האמצעי; השני קובע כי האמצעי אשר הרשות המינהלית נוקטת בו צריך לפגוע בפרט במידה הקטנה ביותר; השלישי קובע, כי הנזק שנגרם לפרט מהאמצעי שהרשות המינהלית נוקטת בו להגשמת מטרותיה צריך להיות ביחס ראוי לתועלת שאמצעי זה יביא. זה מבחן האמצעי המידתי (או המידתיות "במובן הצר"), שבמסגרתו ניתן לבחון את הפעולה השלטונית לעומת חלופה אפשרית. רק אם שלושת מבחני משנה אלה מתקיימים, ניתן לומר כי האמצעי שננקט על ידי הרשות השלטונית הוא מידתי.

מידתיותה של גדר ההפרדה צריכה להיקבע על פי תשובה לשלוש השאלות הבאות, המשקפות את שלושת מבחני המשנה של המידתיות: האם יש קשר ראציונלי בין מיקום מיתווה הגדר לבין השגת המטרה המונחת ביסוד הקמתה; שנית, האם מתקיים מבחן האמצעי הפוגע פחות, כלומר האם מבין תוואים שונים, נבחר האמצעי שפגיעתו פחותה; שלישית, האם יש יחס ראוי בין התוואי שנקבע לבין הפגיעה בתושבים המקומיים.

אנו קובעים שהן ההחלטה על הקמת הגדר והן התוואי היו משיקולים צבאיים ולא מדיניים. מכאן, שהשאלה הראשונה בוחנת אם המיתווה של גדר ההפרדה משיג את המטרה המונחת ביסודו, והאם אין מיתווה המשיג מטרה זו בצורה טובה יותר. כל שעלינו לקבוע הוא, אם מפקד צבאי סביר יכול היה לקבוע מיתווה כפי שקבעו המפקד הצבאי. ניצבים אנו בפני חוות דעת צבאיות סותרות באשר להיבטים הצבאיים של מיתווה הגדר, אך ביסוד גישתנו זו עומדת התפיסה, לפיה עלינו לתת משקל מיוחד לחוות דעתו הצבאית של הגורם אשר עליו מוטלת האחריות לביטחון.

השאלה השניה בוחנת את מידתיותו של מיתווה הגדר. במסגרתה של שאלה זו נעשית השוואה בין מידת הפגיעה בביטחון מזה לבין מידת הפגיעה בתושבים המקומיים מזה. השאלה הינה היחס בין השיקול הצבאי לשיקול ההומניטרי. השאלה הינה, האם פגיעתה של גדר ההפרדה בתושבים המקומיים היא מידתית או שמא ניתן לקיים את עיקרי השיקולים הביטחוניים תוך קביעת תוואי גדר שפגיעתו בתושבים המקומיים תהא פחותה.

האם הפגיעה של גדר ההפרדה בתושבים המקומיים, על פי התוואי שנקבע על ידי המשיב בקטע נשוא עיוננו עתה, היא מידתית? תשובה לשאלה זו מחייבת בחינתה של המידתיות על פי שלושת מבחני המשנה שלה. קיים קשר ראציונלי במיתווה של גדר ההפרדה. משהעמדנו את תוואי גדר ההפרדה במבחן הסבירות הצבאית, ממילא קבענו גם כי הוא מגשים את התכלית הביטחונית המונחת ביסוד הקמתה.

האם ניתן להשיג את מטרות הביטחון המונחות ביסוד גדר ההפרדה בתוואי שפגיעתו בתושבים המקומיים היא קטנה יותר? אין לפנינו תוואי חילופי שמקיים באופן דומה את דרישות הביטחון,

תוך שפגיעתו בתושבים המקומיים קטנה יותר. במצב דברים זה, מסקנתנו הינה, כי גם מבחן המשנה השני של המידתיות מתקיים.

מבחן המשנה השלישי בודק, אם הנזק הנגרם לתושבים המקומיים מהקמת גדר ההפרדה עומד ביחס ראוי לתועלת הביטחונית הצומחת מהקמת הגדר בתוואי הנבחר. אנו קובעים, שלא מתקיים יחס מידתי בין מידת הפגיעה בתושבים המקומיים לבין התועלת הביטחונית הצומחת מהקמת הגדר בתוואי שנקבע. תוואי זה יוצר חיץ בין התושבים המקומיים לבין אדמותיהם החקלאיות, ופוגע בתושבים המקומיים באופן קשה וחריף, תוך הפרת זכויותיהם על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי.

למעלה משלושה-עשר אלף חקלאים מתנתקים מאלפי דונמים של אדמותיהם ומעשרות אלפי עצים שעליהם פרנסתם. לא נעשה כל נסיון לחפש ולהעמיד לרשותם קרקע חלופית. אמת, הניתוק אינו מלא, שכן ייקבעו שני שערים למעבר אל האדמות, תוך קביעת משטר של רישוי. מצב דברים זה פוגע קשות בחקלאים, אשר כל מעבר לאדמותיהם (בבוקר מוקדם, בצהריים ובערב) כפוף למגבלות שהן טבעיות למשטר של רישוי. חייו של החקלאי משתנים ללא הכר כתוצאה מכך. תוואי גדר ההפרדה פוגע קשות בזכות הקניין שלהם ובחופש התנועה שלהם. פרנסתם נפגעת קשות. מציאות החיים הקשה ממנה הם סובלים עד כה (בין השאר לאור האבטלה הרבה השווה במקום) תלך ותחריף.

פגיעות אלה אינן מידתיות. ניתן להפחיתן באופן משמעותי על ידי תוואי חלופי, בין זה שהציגו בפנינו המומחים של המועצה לשלום ולביטחון ובין תוואי אחר שייקבע המפקד הצבאי. תוואי חלופי כזה קיים. אין לשכוח כי גם לאחר הקמת גדר ההפרדה ימשיך המפקד הצבאי לשלוט על האזורים המזרחיים לה. היתרון הבטחוני המתקבל מהתוואי שנקבע על ידי המפקד הצבאי בהשוואה לתוואי המוצע, אינו עומד בכל יחס סביר לפגיעה בתושבים המקומיים שתוואי זה של הגדר גורם. העתירה מתקבלת.

פסקת ההגבלה קובעת תנאים לפגיעה בחופש העיסוק. השאלה לפנינו היא האם מתקיימות דרישות אלה בחוק שעות עבודה ומנוחה.

ביסוד האיסורים שנקבעו בחוק שעות עבודה ומנוחה, עמד הצורך החברתי-סוציאלי להעניק שעות מנוחה שבועית לעובד, תוך קביעת יום מנוחה אחיד אשר יאפשר למשפחה כולה להיות יחד ביום המנוחה. איסור העבודה ועבודה הקבוע בחוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. מדינה כזו מבקשת להבטיח את מנוחתו של העובד, ואת הקשר המשפחתי אשר מתקיים אם לכל בני המשפחה ייקבע יום מנוחה אחיד.

חקיקה שנועדה להגן על זכויות האדם היא בוודאי לתכלית ראויה. גם חקיקה שנועדה להשיג תכליות חברתיות כלליות, כגון מדיניות רווחה או שמירה על אינטרס הציבור, היא לתכלית ראויה. תכלית היא ראויה אם היא מבקשת לאזן בין האינטרסים של הכלל לבין הפגיעה בפרט; אם היא מכוונת להגשים יעדים חברתיים חשובים, אשר השגתם עולה בקנה אחד עם אופייה של החברה כמגינה על זכויות האדם. בבחינת השאלה אם תכלית היא ראויה, יש לבחון שני היבטים: ההיבט האחד, עניינו תוכן התכלית. תכלית היא ראויה אם היא מהווה מטרה חברתית הרגישה לזכויות האדם, או אם היא נועדה להשיג תכליות חברתיות, כגון מדיניות רווחה או שמירה על אינטרס הציבור; ההיבט השני, עניינו מידת הצורך בהגשמת התכלית. תכלית היא ראויה אם הצורך בהגשמתה הוא חשוב לערכיהן של החברה והמדינה.

ביסוד ההסדרים בעניין שעות המנוחה השבועית מונחות שתי תכליות המשלימות זו את זו: התכלית האחת היא חברתית-סוציאלית, הדואגת לרווחת העובד והמעניקה לו הגנה סוציאלית. התכלית השנייה היא תכלית דתית-לאומית, הרואה בשמירת השבת ליהודים משום הגשמה של אחד הערכים החשובים ביותר ליהדות שיש להם אופי לאומי. ברוח דומה, ייחוד ימי מנוחה אחרים למי שאינם יהודים מגשים את ההשקפה הדתית שלהם. שתי התכליות המשולבות מגבשות תכלית ראויה. הבטחת יום מנוחה לעובד ולמעביד, קביעת יום מנוחה אחיד בכל המשק, באופן המבטיח את רווחת המשפחה.

קביעת שעות מנוחה אחידות לכל המשק הוא אינטרס חברתי-לאומי. הוא מאפשר מיצוי המנוחה, ושילובה ברווחת העותר ומשפחתו. אמת, בקביעת שעות מנוחה אחידות בשבת (לגבי יהודים) יש פגיעה בחופש העיסוק של המעביד והעובד. עם זאת, פגיעה זו משרתת תכלית חברתית חשובה, ועל כן היא "תכלית ראויה" לעניין פסקת ההגבלה. אין בקביעת יום השבת (ליהודים) כיום המנוחה השבועית משום כפיה דתית. הכפיה היא בעצם החיוב לנצל את שעות המנוחה השבועית ביום שהחוק קובע.

לעניין המידתיות, מבחנה הראשון דורש כי יהא קשר של התאמה בין התכלית הראויה (המטרה) לבין ההסדרים שנקבעו בחוק להגשמתה (באמצעים), השני הינו האם האמצעי שנבחר על ידי החוק צריך לפגוע בזכות האדם, במידה הקטנה ביותר; השלישי קובע האם האמצעי שהחוק נוקט, והפוגע בזכות האדם, חייב לקיים יחס ראוי בין האמצעי למטרה. זהו מבחן המידתיות "במובן הצר".

הוראות חוק שעות עבודה ומנוחה עומדות במבחני המידתיות. קיים קשר של התאמה בין השגתן של התכליות המונחות ביסוד חוק שעות עבודה ומנוחה לבין קביעת האיסור על העבדת עובד ביום המנוחה השבועית; בחירה בשעות מנוחה ניידות לא היתה מגשימה את תכלית החוק. נדרשות שעות מנוחה קבועות. הבחירה של המחוקק ביום שבת (ליהודים) וביום ראשון וששי (למי שאינם יהודים) תואמת את דרישות המידתיות; החוק מגשים אינטרס חברתי חשוב, תוך שהפגיעה בחופש העיסוק היא מוגבלת. העתירה נדחית.

חוק הפוגע בזכויות אדם הוא חוקתי, אם הוא מקיים כל אחד מארבעת התנאים הקבועים בפסקת ההגבלה: בחוק; הולם ערכיה של ישראל; לתכלית ראויה; במידה שאינה עולה על הנדרש.

רוב חוקי-היסוד גם אינם קובעים כי הפגיעה בזכויות המעוגנות בהן אפשרית רק אם החוק הפוגע נתקבל ברוב חברי הכנסת. אין דרישה כזו לעניין קיום תנאיה של פסקת ההגבלה עצמה. חוקי-היסוד אינם דורשים כי הפגיעה בזכויות המעוגנות בהן, יהא היקפה אשר יהא, תעוגן בחוק-יסוד.

ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית הם בעלי היבט ציוני והיבט מורשתי גם יחד; החזון הציוני כולל כמובן את יישוב הארץ. הגשמתו של חזון זה, הלכה למעשה, חייבת להתחשב במכלול שיקולים, הנגזרים לעתים מההיבט הציוני גופו, ובהם שיקולים לאומיים, מדיניים וביטחוניים. אם אמנם שיקולים כאלה קיימים כי אז יישום תוכנית ההתנתקות הולם את ערכיה הציוניים של מדינת ישראל.

ערכיה של מדינת ישראל הם ערכיה כמדינה דמוקרטית. מאפייניה הבסיסיים של הדמוקרטיה מבוססים על הכרה בריבונות העם המתבטאת בבחירות חופשיות ושוות; הכרה בגרעין של זכויות אדם ובהן כבוד ושוויון, קיום הפרדת רשויות, שלטון החוק ורשות שופטת עצמאית. במסגרת בחינת החוקתיות אין מקום לטענה לפיה החוק אינו תקף שכן היה על הכנסת לפעול במישאל עם דווקא. בישראל הריבון הוא העם. העם בוחר את הכנסת, וזו הכנסת מביעה את רצונה באמצעות חוקי-יסוד וחוקים "רגילים". אלה קובעים את ההכרעות המהותיות באשר למדיניותה של המדינה ובאשר לצרכיה של החברה.

שאלה היא עד כמה כבול חבר הכנסת, לרבות ראש הממשלה, להבטחות שנתן לבוחריו במצע המפלגה, ולעמדותיה של המפלגה מכוחה נבחר. אך השאלה היא רק אם יש בסטיה מן הקו המפלגתי ומהמצע כדי להביא לאי חוקתיות של החוק; התשובה לכך היא בשלילה. ענייננו הוא בחוק של הכנסת שנתקבל על ידי חברי הכנסת ולא בפעולה של מפלגה זו או אחרת. אין הכנסת משקפת ומבטאת מפלגה זו או אחרת. מבטאת היא בחוקיה את רצון העם, הריבון.

באשר ל"תכלית הראויה", בחינתה נעשית בהקשר של הפגיעה בזכויות האדם אשר החוק גורם. התכלית היא ראויה אם היא נועדה להגשים מטרה חברתית מהותית. התכליות המדיניות, הלאומיות והביטחוניות עליהם מבוססת תוכנית ההתנתקות הן כבדות משקל. הן נועדו להגשים מה שנראה לכנסת ולממשלה כצורך חברתי חיוני ומהותי שיש בו כדי להצדיק פגיעה בזכויות האדם של הישראלים המפונים.

מידתיותה של הפגיעה בוחנת בוחן את היחס בין התכלית הראויה לבין האמצעי שנבחר בחוק להגשמתה של אותה תכלית. לעניין מבחן הקשר הרציונלי, עניין לנו בהערכות של מדיניות ובהערכות לאומיות וביטחוניות התלויות בגורמים רבים שאין שליטה עליהם. באלה יש לבחון מגוון של משתנים, ובנוסף מאפיין מצב דברים זה הוא שיקול דעת רחב של הרשות השלטונית. הנחתנו היא כי הכנסת והממשלה שקלו את מלוא ההיקף של

השיקולים ההסתברותיים, תוך שהן נעזרו במומחים בתחומים השונים, העומדים לרשותן. זהו תפקידן בשילוש הרשויות. רק במקרים חריגים ויוצאי דופן – כגון מקרים בהם תוכח שחיתות – יקבע בית המשפט כי מדיניות לאומית בעלת השלכות כה מרחיקות לכת, כמו תוכנית ההתנתקות, אינה מגשימה את יעדיה. לעניין זה, די לנו במה שנמסר לנו. חומר נוסף היה מכניס אותנו למעגלים מקצועיים ופוליטיים הולכים וגוברים. איננו יכולים, איננו צריכים ואיננו רשאים להפוך עצמנו לממשלת-על או לכנסת-על.

לעניין מבחן האמצעי שמידתו פחותה, יש מקום להנחה כי השארתם של הישראלים בשטח המפונה תעמיד אותם בסיכון רב, וכי מדינת ישראל אינה רשאית ליטול על עצמה סיכון זה. ובאשר לגובה הפיצוי, זה אכן משפיע על המידתיות של הפגיעה. מספר הסדרים נמצאו על ידינו כבלתי חוקתיים וניתן סעד בגינם. סעד זה מסיר את אי החוקתיות שדבקה בהם, ועל כן אין בכוחו להשפיע על חוקתיות הפינוי עצמו.

לעניין מבחן המידתיות במובנה הצר, אין ספק שנזקם של העותרים הוא רב. אך בכל הנוגע לתועלת הצומחת למדינת ישראל, יש להתחשב בהסתברות התרחשותה של תועלת זו. בכל הנוגע לנזקו של הישראלי המפונה, יש לקחת בחשבון שני גורמים, המשפיעים על שיעורו של נזק זה: המציאות הנורמטיבית שהם מפונים משטח המוחזק בתפיסה לוחמתית, והפיצויים המשתלמים על פי החוק לישראלים המפונים. בכפוף למספר חריגים משיג חוק יישום ההתנתקות מטרה זו.

ברוב רובם של המקרים יראה בית המשפט בנושאים לאומיים וחברתיים מהותיים, עניין הנופל לגדר "מרחב התימרון" של המחוקק, או "מרחב ההתחשבות" שלו או "מרחב הכיבוד" של הכרעותיו. על אחת כמה וכמה כאשר עניין לנו בפינוי תושבי המדינה ואזרחיה משטח הנתון לתפיסה לוחמתית. בהינתן הפיצוי הנאות, ובהתחשב בזמניות התפיסה הלוחמתית, יהיו אלה מקרים חריגים ויוצאי דופן בהם יקבע בית המשפט כי הגשמת יעדים לאומיים, חברתיים וביטחוניים בעלי היקף ומשמעות היסטורית אינה אפשרית בשל הנזק הנגרם לאזרחיה המפונים מהשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. חריגים אלה אינם מתקיימים בפרשה שלפנינו.