

### מידתיות ותשתית עובדתית

לפני שרשות ציבורית מקבלת את החלטתה, עליה לבדוק את העובדות הרלוונטיות. בביצוע ההחלטה עצמה, יש לבחור להגשמת המטרה באמצעי שפגיעתו בפרט היא הקטנה ביותר האפשרית.

משרד החינוך מפעיל תוכנית המאפשרת לתלמידים שלא להיבחן בבחינות הבגרות בשלושה מקצועות, אשר ייקבעו מדי שנה בבחירה אקראית ממוחשבת; והציונים אשר יירשמו בתעודת הבגרות של תלמידים אלה יהיו הציונים השנתיים של בתי הספר. שאר הציונים נקבעים בשילוב בין הציונים הפנימיים של בתי הספר לבין בחינות חיצוניות, הנערכות ע"י המשרד ובפיקוחו. לפי הוראות המשרד, התכנית לא תחול על אותם בתי ספר "שאירעו בהם מקרים חמורים של פגיעה בטוהר הבחינות"; והכוונה היא לבחינות הבגרות בלבד, ולא לבחינות פנימיות. בתום בדיקה הגיע המשרד למסקנה, כי בחמישה עשר מבתי הספר בארץ הגיעה מידת הפגיעה ב"טוהר הבחינות" לרמה השוללת מתלמידיהם את האפשרות להשתתף בתוכנית במקצוע אחד – מתמטיקה, הוא אחד המקצועות שעלו בגורל באותה שנה. כנגד החלטה זו הוגשה העתירה.

שיקול דעת מינהלי הוא כדין רק אם הוא בוחר, להגשמת המדיניות, באמצעי המקיים את דרישות המידתיות. לפי דרישה זו, החלטה שלטונית היא כדין רק אם האמצעי השלטוני אשר ננקט, הוא במידה הראויה ולא מעבר לנדרש. עילת המידתיות מתרכזת, אפוא, ביחס שבין התכלית לבין האמצעים להגשמתה.

עקרון המידתיות נועד להגן על הפרט בפני השלטון. הוא נועד למנוע פגיעה יתירה בחירותו של היחיד. עקרון זה כולל משלושה יסודות, או מבחני משנה. היסוד הראשון קובע כי נדרש קשר של התאמה בין המטרה לבין האמצעי. היסוד השני קובע כי האמצעי שהמינהל בוחר בו צריך לפגוע בפרט במידה הקטנה ביותר. היסוד השלישי קובע כי האמצעי שהמינהל בוחר בו אינו ראוי, אם פגיעתו בפרט היא ללא יחס ראוי לתועלת שהוא מביא בהגשמת התכלית. השתלבותם של שלושת יסודות אלה מגבשות את מבחן המידתיות כאמת מידה להפעלת שיקול דעת מינהלי. הפעלתם במקרה עשויה להשתנות לפי הנסיבות.

בהפעלת עקרון המידתיות יש להכיר במרחב התמרון של הרשות השלטונית. לעתים קרובות מצויות מספר דרכים בהן ניתן לצאת ידי חובת המידתיות. מתחם זה דומה למתחם הסבירות של הרשות המבצעת. סבירות היא מושג נורמטיבי, על-פיו מאתרים את השיקולים הרלבנטיים ומאזנים ביניהם על-פי משקלם. עילת המידתיות בוחנת אם האמצעי שנקט להגשמת אותו איזון הוא מתאים.

בעניין שלפנינו, התכלית אשר עמדה לנגד עיני המשיב היא ראויה, לשמור על טוהר בחינות הבגרות. עם זאת, האמצעי אשר המשיב נקט בו לשם הגשמתה של מטרה זו הוא מעבר למידה הראויה: ראשית, לא קיים קשר רציונלי בין האמצעי שנקט לבין המטרה אותה מבקשים להשיג. אין קשר רציונלי ממשי בין פגיעה בטוהר המידות אשר נתקיימה בעבר על-ידי תלמידים שנבחנו בעבר בבחינות בגרות חיצוניות לבין שמירה על טוהר המידות בבחינות הבגרות החיצוניות בהן ישתתפו השנה העותרים וחבריהם; השמירה על בחינות הבגרות החיצוניות אינה בידי בית הספר, ומנגד הציונים המשוקללים הפנימיים של בית הספר הם נמוכים, בכשליש מהמקרים, מהציונים שהשיגו אותם תלמידים בבחינות הבגרות. ההסבר לתופעת ההעתקה נעוץ בשמירה לקויה על קיומן של בחינות הבגרות החיצוניות, שמירה אשר האחזיות לה אינה בידי בית-הספר, ולא באווירה כללית בתוך בית הספר שיש בה פגיעה בטוהר הבחינות.

שנית, האמצעי אשר המשיב נקט בו פוגע בעותרים במידה העולה על הנדרש. כאשר התכלית הראויה היא שמירה על טוהר בחינות הבגרות כנגד חשש של העתקות, האמצעי הפחות דרסטי, שיש בו כדי להשיג את המטרה המבוקשת, הוא הגברת הפיקוח וההסברה. שלישית, אין מידה ראויה בין התועלת הצומחת מהפעלת האמצעי לבין הנזק שהיא גורמת: נגרם נזק לכל התלמידים של בית הספר המבקשים לגשת לבחינות בגרות פנימיות. זהו מעין "עונש קולקטיבי" שנזקו רב; קיימת גם פגיעה בכלל המורים של בית הספר. נזק זה נגרם להם שכן דבקה בהם התווית של מי שלא הצליחו לחנך את תלמידיהם להקפדה על טוהר הבחינות. שלישית, נזק לשמו הטוב של בית הספר. כל אלה בהצטברם גם יחד מביאים לידי כך שהאמצעי בו בחר המשיב (שלילת הזכות להשתתף בבחינת בגרות פנימית) להשגת מטרתו הראויה הוא ללא כל מידה לנזק שהוא גורם בעקבותיו. העתירה מתקבלת.

לפי החלטת משרד הפנים, אם נישא אזרח ישראל למי ששוהה בארץ שלא כדין והיא אינה יהודיה ואינה ישראלית, ואז תבקש כי יינתן לה להשתקע בארץ ולרכוש את אזרחותה, היא תתבקש לעזוב את הארץ עד שיוכל משרד הפנים לבדוק אם הנישואים הם כנים; מדיניות זו נוצרה עקב נישואין פיקטיביים שרבו מאוד בקרב הזרים בארץ. המשרד אומר, כי המדיניות החדשה הוכיחה את עצמה, ואולם אמירות אלו אינן נשענות על נתונים סטטיסטיים. בן-הזוג הזר מתבקש לעזוב את הארץ על-אף קיומה של תעודת-נישואין ולמרות שלא הוקמה כל תשתית עובדת להיותם של הנישואין פיקטיביים, וללא כל בירור או שימוע.

עד אשר מחליטה רשות החלטה האוצלת על זכויות הפרט שומה עליה לאסוף את הנתונים שלעניין, לשקול אותם, ורק אז לעשות מעשה. במעשיהם חטאו המשיבים לכלל-יסוד זה. גם הפגיעה בזכות השמיעה הינה פגיעה חמורה; מדברים אנו גם בזכותו של היחיד הישראלי, שהאינטרס שלו בבקשה הינו שווה-ערך, לכאורה, לאינטרס בן-זוגו הזר.

למבחן המידתיות שלוש אונות: ההתאמה בין אמצעי לבין מטרה; האמצעי שפגיעתו פחותה; והתועלת-נוק, הידועה גם כמיבחן המידתיות במובנה הצר. הנחת-המוצא היא, שהמטרה מטרה ראויה היא, והשאלה אינה אלא אם האמצעי ראוי. בענייננו הנחת-המוצא היא, כי המאבק בנישואין הפיקטיביים הינה "תכלית ראויה", ההולמת את ערכי של מדינת ישראל; המדינה רשאית להתמודד עם הגירה בלתי-חוקית לתחומיה. ואולם השאלה היא, אם האמצעי שהרשות נקטה בו הינו אמצעי "במידה שאינה עולה על הנדרש".

האמצעי שמשרד הפנים מחזיק בו אינו עומד ביחס ראוי למטרה שהוא מבקש להשיגה; עוצמתו עולה באורח בלתי-ראוי על העוצמה הנדרשת להשגתה; וביחס תועלת-נוק, ניזקו עולה על תועלתו. משרד הפנים סובר כי מדיניותו מהווה תמריץ שלילי לנישואין פיקטיביים, שכן כך יידע בן-הזוג הזר כי אין בנישואין (הפיקטיביים), כשהם לעצמם, ערובה להמשך שהותו בישראל; ואולם אף שהמדיניות החדשה נוהגת מזה מספר שנים, לא זו בלבד שלא הוכח באורח ראוי כי מביאה היא להפחתת מספר הנישואין הפיקטיביים, אלא שניתן לטעון כי הקשר הרציונאלי בין האמצעי לבין המטרה אינו אמיץ דיו.

זר שירצה להאריך את משך שהייתו בישראל על דרך של נישואין פיקטיביים, לא יירתע מתקופת-המתנה של מספר חודשים בחוץ-לארץ; מנגד, מי שנישאו בנישואי-אמת, ייפגעו בוודאות ובאורח קשה אם תיכפה עליהם פרידה, או אם יאלצו לעזוב את הארץ יחדיו למספר חודשים. המשרד גם לא נתן בידנו כל סטטיסטיקה רלבנטית; נניח שהמדובר בנישואין פיקטיביים בשיעור של אחד לעשרה. הניתן למצוא קשר רציונאלי בין האמצעי לבין המטרה?

לדברי משרד הפנים, הוא בודק את אמיתות קשר הנישואין בעוד אחד מבני-הזוג או שניהם שוהים בחוץ-לארץ. קשה שלא להתרשם כי בהיות השניים בארץ יכולת הבדיקה ואמינות הבדיקה עולות כמה מונים על החלופה של אחד-כאן אחד-שם, ובוודאי עולות על החלופה שבה שניהם מחוץ למדינה. אחד הסימנים המובהקים לבחינת אמיתות הנישואין הוא בקיומו של מקום-מגורים משותף ומשק-בית משותף לאורך-זמן. כיצד יבדוק משרד הפנים את הדבר אם אחד מבני-הזוג אינו כלל בארץ? הרושם הוא, כי רפיון הפיקוח של משרד הפנים היה אחד הגורמים

העיקריים למדיניות החדשה; במקום שיגביר את יעילות הפיקוח, נקט משרד הפנים בדרך הקלה של דרישה מבן-הזוג הזר שיעזוב את הארץ.

אשר לשאלה אם הפגיעה בפרט הינה במידה העולה על הנדרש: המדיניות אינה עומדת כלל במבחן זה. אין צורך בדמיון מפליג כדי לדעת כמה חמורה הפגיעה בבני-זוג לנישואי-אמת, שעה שגוזרים עליהם לעזוב את הארץ או להיפרד לתקופת-חודשים. אשר לתועלת הצומחת מן המדיניות לעומת נזקה, אין מיתאם ראוי בין שניהם. הנזק - הפגיעה בנישואי אמת - היא אמיתית ומוכחת; התועלת - הפגיעה בנישואים פיקטיביים - הינה ספקולטיבית ובלתי-מוכחת, אף לא בנתונים מספריים.

יהיו מקרים בהם פיקציית הנישואין תצוץ ותיראה גם בלא כל חקירה ודרישה מעמיקות, למשל, משמסתבר בראיון עם בני-הזוג כי האשה מכירה בקושי את בן-זוגה, את מקום מוצאו וכיו"ב, או במקום בו מוכח כי תעודת הנישואין הינה מעשה-זיוף. במקרים מעין אלה, ולאחר מכן מתן הזדמנות לבני-הזוג להשמיע את דברם, לא נראה כל מניעה אם בן-הזוג הזר יתבקש לעזוב את הארץ לאלתר עד לבדיקה נוספת של הנישואין. ואולם, בכפוף למקרים מעין-אלה, אסור למשרד הפנים לדרוש מן הזר כי יעזוב את הארץ קודם בדיקת כנות הנישואין. מובן שלא נוכל להעלים עין ממצב שבו בת-הזוג עשתה דין לעצמה והמשיכה בשהותה בארץ בניגוד לדין, ומבקשת עתה להכשיר את שהותה בארץ בתלותה עצמה בנישואין, מה שמעלה חשד של נישואים פיקטיביים. במקרים אלה, יוטל על בני-הזוג נטל כבד מהרגיל להוכיח את כנותם.

יצוין, כי יהודים אזרחי ישראל אין בכוחם להקנות זכות של שבות לבני-זוגם הלא יהודים, אך עליה ארצה אינה בהכרח הליך חד, ויהיו מקרים בהם יהא עלינו להחיל את החוק באורח גמיש על בני-זוג שעניינם עומד לבירור; ראוי גם כי מדיניותו של משרד הפנים בנושא זה תועלה על הכתב באורח מפורט. יצוין כי לא נדרשנו להכריע לא בשאלת משך הזמן הנדרש להקניית מעמד של תושבות-קבע ולא בשאלת רישומם של הנישואין. העתירה מתקבלת.

העותרות מבקשות לקבל רשיונות למתן שירותי מידע קולי לצרכנים גם מחוץ לישראל. זמן קצר לאחר תחילתם של השירותים הבינלאומיים היוצאים מישראל, הגיעו אל משרד התקשורת בישראל שתי תלונות, מהרשויות בדנמרק ובאנגליה, לפיהן היה בשירותים אלה משום עבירה על הדין המקומי; הסעיף שבמחלוקת הוא זה הקובע, כי התמורה בעד השירותים תיגבה באופן ישיר ממקבלי השירות בחו"ל, באמצעות כרטיסי אשראי בין-לאומיים. לדברי העותרות, סעיף זה יחרוץ את גורלם של השירותים הבינלאומיים, מכיוון שהוא מקשה מאוד על מתן השרות, מסיבות טכניות וכלכליות.

אין לקפח את פרנסתן של העותרות אלא אם יש למשיבה תשתית על עובדות להתבסס עליה. קיים הליך המוביל ליצירת תשתית של עובדות כבסיס להחלטה המינהלית, אשר זה צריך לעמוד בארבעה מבחנים: (א) איסוף הנתונים. (ב) השייכות לעניין. (ג) אמינות הנתונים. (ד) ראיות מהותיות. המבחנים לא באו להחמיר עם הרשות המינהלית, ואל להם לשבש את התפקוד הראוי של הרשות; הם נועדו רק להבהיר מה מתחייב ממידת הסבירות בכל הנוגע לקביעת העובדות המשמשות את הרשות כבסיס להחלטה.

מלכתחילה לא התנגדה חברת בזק להפעלת השירותים הבינלאומיים, ואף שיתפה פעולה עם העותרות. משרד התקשורת מבסס את החשש לירידה בהכנסות בזק על תחזית, לפיה עשויים השירותים הבינלאומיים להכפיל את ההכנסה, כאשר קיימת מדיניות כלל-עולמית לפיה דמי ההתחשבות בין חברות הטלפונים הבינלאומיות צריכים לשקף את עלות השירותים. בהתאם, קיימת מגמה ברורה של ירידה בתעריפים של דמי ההתחשבות.

חוות הדעת, כשהיא לעצמה, כללית ומעורפלת. כנגדה עומדים נתונים אחרים. חברת בזק מציגה רק תחזיות ורודות על הכנסות גדולות מהפעלת השירותים הבינלאומיים. מכיוון שכך, נותרה התשתית העובדתית בעניין זה רדודה ורעועה עד כדי כך שאין היא יכולה לשאת עליה טעם זה להחלטה.

הטעם השני שניתן על ידי המשיבה כדי לתמוך בהחלטה, והוא ככל הנראה הטעם העיקרי, נעוץ ברצון להגן על הצרכנים במדינות היעד של השירותים הבינלאומיים. אולם גם לגבי טעם זה אין תשתית ראויה של עובדות. שתי התלונות שנתקבלו מדנמרק ומאנגליה לא הצביעו על בעיות בשיטת התשלום עבור השירותים הבינלאומיים.

הלקח העולה מפרשת התלונות שהגיעו מדנמרק ומאנגליה הוא, שאפשר לסמוך על מדינות אלה, שידעו להגן ככל הנדרש על הדינים הנוהגים בהן ועל האינטרסים המשרתים אותן. מיד לאחר העלאת התלונות ננקטו בשתי מדינות אלה צעדים כדי לחסום את הגישה אל השירותים הבינלאומיים היוצאים מישראל. מדינות שונות מאפשרות לשירותים אלה לצאת מהן אל רחבי העולם, ואינן נוהגות לצנזר את השירותים. וכך מתקבלים גם בישראל שירותים כאלה ממדינות שונות, ובהם שיחות אירוטיות.

המשיבה לא הניחה תשתית של עובדות שיהיה בה כדי לתמוך בטעמי ההחלטה. הסעיף אינו יכול לעמוד גם משום שהוא מתנגש עם עקרון המידתיות, שלפיו אין לפגוע בחופש העיסוק של העותרות במידה העולה על הנדרש. העתירה מתקבלת.

חוק ההסמכה מאפשר לרשויות המקומיות להסדיר בחוקי עזר את סוגיית מכירתו של בשר החזיר ומוצריו. העתירה הוגשה נגד חוקי עזר בכמה מהן.

תכליתו של החוק מצד אחד, הינה הרצון להגן על רגשותיהם של יהודים, הרואים בחזיר את סמל הטומאה. באיסור על אכילת חזיר גלום גם שיקול לאומי. החזיר הפך סמל לשנאת ישראל, לאבדן העצמאות ולדיכוי היהודי באשר הוא; מצד שני, יש להגשים את חירותיו של הפרט. חירות זו כוללת את חירותו של כל פרט לקבוע לעצמו את אורח חייו וממילא את החופש להחליט איזה מזון יקנה ויאכל, ואת חופש העיסוק של המוכר.

שיקול דעתה של הרשות המקומית, ככל שיקול דעת שלטוני, הוא לעולם מוגבל. בענייננו, עליה להפעיל את שיקול דעתה באופן המאזן כראוי בין התכליות המתנגשות, וזאת על רקע הנתונים המקומיים. הגבלה על זכויות אדם היא כדין אם היא הולמת את ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, היא נועדה לתכלית ראויה ופוגעת בזכויות האדם במידה שאינה עולה על הנדרש. "רמת הסיבולת" אינה אחידה, והיא נגזרת מההסתברות של התרחשות הפגיעה. נניח כי הפגיעה ברגשות הדתיים והלאומיים של התושבים המתנגדים למכירת בשר חזיר ומוצריו בכפרם (או בשכונתם) היא ודאית או קרובה לוודאית.

לשם ביצוע החוק, יש להבחין בין סוגים של אוכלוסיה באותו אזור או באותו חלק ממנו. ומה אם הפרדה כזו אינה אפשרית? דומה שעיקר מטרתו של חוק ההסמכה הוא להסדיר דווקא מצב דברים זה; איננו זקוקים להסדיר את מכירת בשר החזיר ומוצריו במאה שערים, וגם לא בכפר נוצרי. בישוב מעורב יש להבטיח כי הפגיעה בחירות תהא מידתית, אם יובטח כי יימצא מקום בכפר – או בקירבתו – בו ניתן יהא לקנות ולמכור בשר חזיר ומוצריו.

על הרשות המקומית לבחון את צביונה של היחידה הטריטוריאלית. עליה לבדוק את מידת ההסכמה החברתית באותה יחידה, ואת מידת הנכונות לסובלנות הדדית בגדרי אותה יחידה. יש לבחון את החלופות השונות, בעיקר יש לבחון את הזמינות בקרבת מקום של חנויות בהן ניתן לרכוש בשר חזיר ומוצריו ואת דרכי התחבורה לאותן חנויות. הדרך הראויה לנקוט בה, היא לחזור אל העיריות (המשיבות) עצמן. הן חוקקו את חוקי העזר נשוא העתירות שלפנינו, בלא שאמות המידה להפעלת שיקול דעתן על פי חוק ההסמכה עמדו לנגד עיניהן. עתה עליהן לשקול עמדתן מחדש.

על העיריות לבחון את עוצמת הפגיעה ברגשותיהם של בני המקום הנפגעים ממכירת בשר חזיר ומוצריו, ואת מידת הפגיעה בזכויותיהם של אלה המבקשים למכור ולקנות בשר חזיר ומוצריו, על רקע המצב הקיים ערב חקיקת חוק העזר. יש לתת משקל ל"תקופת המעבר" הנדרשת. כן עליה לבחון את האפשרויות המעשיות השונות העומדות לרשות אלה המבקשים לרכוש בשר חזיר ומוצריו, ואת מידת הפגיעה בהם. לבסוף, אם ייקבע איסור, האם הוא יהא מלא ("כל אזור שיפוטה") או חלקי ("חלק מסויים ממנו").

ההכרעה צריכה לשקף את מידת הסובלנות כלפי הדעה הנוגדת המאפיינת את תושביה של העירייה. חיים משותפים הם ביטוי לוותורים הדדיים, המשקפים דו-קיום בחברה רב-גונית; הם פרי הכרה כי כדי שנוכל לחיות ביחד, יש להכיר בייחודו של כל אחד מאיתנו. העתירה מתקבלת בחלקה.

החל מספטמבר 2000 הגיע הסכסוך הישראלי-פלסטיני לשיאים חדשים של אלימות, שהיו הרקע להחלטה על הקמת גדר ההפרדה.

אחד מעקרונות היסוד 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 היא גם עקרון כללי של המשפט המינהלי הישראלי, תחילה כעקרון הלכתי, ואחר כך כעקרון חוקתי המהווה חלק מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

מבחן המשנה הראשון קובע כי נדרש קשר של התאמה בין המטרה לבין האמצעי. מבחן המשנה השני קובע כי האמצעי צריך לפגוע בפרט במידה הקטנה ביותר. מבחן המשנה השלישי קובע, כי הנזק שנגרם לפרט מהאמצעי שנקט צריך להיות ביחס ראוי לתועלת שאמצעי זה יביא. זה מבחן האמצעי המידתי (או המידתיות "במובן הצר"). רק אם שלושת מבחני משנה אלה מתקיימים, ניתן לומר כי האמצעי שנקט על ידי הרשות הוא מידתי.

נשאלות שלוש השאלות הבאות: ראשית, האם יש קשר ראציונלי בין מיקום מיתווה הגדר לבין השגת המטרה המונחת ביסוד הקמת גדר ההפרדה; שנית, האם מבין תוואים שונים של גדר ההפרדה שיש בהם כדי להגשים את מטרתה, נבחר האמצעי שפגיעתו פחותה; שלישית, האם גדר ההפרדה בתוואי שנקבע על ידי המפקד הצבאי פוגעת בתושבים המקומיים כה קשה עד כי אין יחס ראוי בין פגיעה זו לבין התועלת הביטחונית הצומחת ממנה.

השאלה הראשונה עוסקת בטיבו הצבאי של המיתווה. היא מעוררת בעיות שבמומחיות צבאית, ולכן כל שעלינו לקבוע הוא, אם מפקד צבאי סביר יכול היה לקבוע מיתווה כפי שקבעו המפקד הצבאי. בבחינתנו את השיקולים הצבאיים הנוגדים בענייננו, אנו נותנים משקל מיוחד לכך שמפקד האזור הוא האחראי לביטחון. במצב דברים זה עלינו להניח את חוות דעתו של המפקד הצבאי ביסוד פסק דיננו, והחלטנו שהתשובה חיובית.

השאלה השניה היא מידת הפגיעה של המיתווה שנקבע על ידי המפקד הצבאי בתושבים המקומיים. במסגרתה של שאלה זו נעשית השוואה בין מידת הפגיעה בביטחון מזה לבין מידת הפגיעה בתושבים המקומיים מזה. זוהי בה המומחיות הינה של בית המשפט. 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 ותהא על כן מידתית?

הקטע השנוי במחלוקת מקיף את הרכס ההררי הגבוה של ג'בל מוקטס. רכס זה חולש על סביבתו ועל האזור כולו. המשיב מסביר כי מטרתו של התוואי היא לכלול את שטח ההר בשליטה ישראלית, ובכך יובטח יתרון לכוחות הצבא שיחלשו על אזור הגדר. אך העותרים הציגו לנו תמונה קשה של פגיעת התוואי בכפרים המצויים לאורך; בכל הנוגע לכפר בית אענאן, שש מאות דונם מאדמות הכפר יפגעו לאור מעבר המכשול בהם. שבעת אלפים וחמש מאות דונם של אדמות ימצאו מעבר לו. פרנסתן של מאות משפחות עתידה להיפגע. פגיעה זו חמורה במיוחד בהתחשב בשיעורי האבטלה הגבוהים במקום. בכל הנוגע לכפר בית ליקיא, אלפיים ומאה דונם עתידים



להיפגע מהצבת המכשול עליהם. חמשת אלפים דונם ימצאו מעבר לו. רוב השטח הוא אדמות מעובדות; גם לשיטתם של המשיבים הפגיעה בכפרים הינה קשה.

קשר רציונלי מתקיים במיתווה של גדר ההפרדה. כשהעמדנו את תוואי גדר ההפרדה במבחן הסבירות הצבאית, ממילא קבענו גם כי הוא מגשים את התכלית הביטחונית המונחת ביסוד הקמתה של גדר ההפרדה. לעניין מבחן המשנה השני, קיים תוואי הפוגע בתושבים המקומיים במידה קטנה יותר. אולם משקבענו כי בגישת המפקד הצבאי לא נתערב, ממילא אין לפנינו תוואי חילופי שמקיים באופן דומה את דרישות הביטחון.

לעניין מבחן המשנה השלישי, לא מתקיים יחס מידתי בין מידת הפגיעה בתושבים המקומיים לבין התועלת הביטחונית הצומחת מהקמת גדר ההפרדה בתוואי שנקבע. התוואי שקבע המפקד הצבאי לגדר הביטחון פוגע בתושבים המקומיים באופן קשה וחרף, תוך הפרת זכויותיהם על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי.

למעלה משלושה-עשר אלף חקלאים מתנתקים מאלפי דונמים של אדמותיהם ומעשרות אלפי עצים שעליהם פרנסתם, המצויים מהצד האחר של גדר ההפרדה. לא נעשה כל נסיון לחפש ולהעמיד לרשותם קרקע חלופית. מצב דברים זה פוגע קשות בחקלאים, אשר כל מעבר לאדמותיהם כפוף למגבלות שהן טבעיות למשטר של רישוי. משטר זה יוצר תורים ארוכים למעברי החקלאים עצמם; הוא מקשה על מעבר רכב (הדורש רישוי משלו ובדיקה), ומרחיק את החקלאי מאדמותיו. חיוו של החקלאי משתנים ללא הכר כתוצאה מכך. אכן, תוואי גדר ההפרדה פוגע קשות בזכות הקנין שלהם ובחופש התנועה שלהם. פרנסתם נפגעת קשות. מציאות החיים הקשה ממנה הם סובלים עד כה תלך ותחרף.

פגיעות אלה אינן מידתיות. ניתן להפחיתן באופן משמעותי על ידי תוואי חלופי. הוא מבוסס על שליטה צבאית בגיבל מוקטם, ללא "משיכת" גדר ההפרדה אל הר זה. 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 גורם. זו השאלה האמיתית.

הפער בין מרכיבי הביטחון הנדרשים על פי גישתו של המפקד הצבאי לבין מרכיבי הביטחון של התוואי החלופי קטן ביותר ביחס לפער הרב שבין גדר המפרידה בין התושבים המקומיים לבין אדמותיהם לבין גדר שאינה יוצרת הפרדה זו או שההפרדה הנוצרת היא קטנה וניתן לחיות עימה. העתירה מתקבלת לעניין קטע זה של הגדר.

**הערת העורך:** יתכן שניתן היה לחלוק אף יותר על דעתו של אותו מפקד צבאי, באם בית המשפט היה ממנה מומחים מטעמו. בית-המשפט כבר קבע, כי חוות דעתם של מומחים עלולה להיות מוטה, לעתים קרובות, לפי השאלה מי משלם את שכרם.

העותר הינו עורך דין, שלקוח פנה אליו בבקשה לטפל בתביעת פיצויים. העותר הסכים לטפל בעניין, אולם הדבר נמנע ממנו שכן עניינו של הלקוח היה בטיפולו של עורך דין אחר, המסרב להעביר את העניין לטיפולו העותר מכיוון שקיימת מחלוקת בינו לבין הלקוח מחלוקת בדבר שכר הטירחה. העותר מלין בפניו על חוקיותו של כלל 27 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), לפיו יש לקבל את הסכמת עורך הדין המטפל לפני ההעברה אם יש לו תביעות כספיות מן הלקוח, אלא אם הסכסוך נמסר להכרעת הועד המחוזי של הלשכה.

הכלל זה הוא חקיקת משנה. חוקיותו מותנית בקיום כללי המשפט המינהלי באשר לתוקפה של חקיקת משנה. חקיקת המשנה צריכה להיות סבירה, לתכלית ראויה ופגיעתה בערכים הראויים להגנה צריכה להיות שלא מעבר למידה הדרושה. תכליתו הינה תכלית "אתית" ולא תכלית "כספית". ביסודו מונח הרצון לשמור על מערכת יחסים הוגנת וחברית בין חברי הלשכה. תכלית זו מתיישבת יפה עם המסגרת הנורמטיבית הכללית, אשר נועדה לשמור על כבוד המקצוע, ואשר באה להבטיח רמת התנהגות נאותה של עורך הדין.

תכליתו הראויה של כלל 27 אינה בהבטחת גבייתו של שכר הטירחה לו זכאי עורך הדין. עניין גביית שכר הטירחה אינו שונה מגביית כל חוב אזרחי אחר. לקידום מטרה זו ניתנה לעורך דין זכות עיכוב על נכסים ומסמכים של הלקוח. הכלל עוסק אך ביחסים שבין עורכי הדין, בינם לבין עצמם. הכלל בא להבטיח וודאות במעבר בייצוג בין עורכי דין, ולמנוע מצב בו לקוח יעביר עניינו לעורך דין אחד מבלי להודיע על כך לעורך הדין אשר הועסק על ידו תחילה. עשוי להיווצר מצב דברים, בו שני עורכי הדין מייצגים את הלקוח בו זמנית, מה שלעול לגרום נזק קשה ללקוח ולפגוע ביחסים בין עורכי הדין.

עם זאת, בנוסף לתכלית הראויה על חקיקת המשנה להיות במידה הראויה. כלל זה חל לעניין חוקתיות של חוק הפוגע בזכות אדם המוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק. הוא חל לעניין חוקתיותו של אקט מינהלי אינדיבידואלי. הוא חל ממילא גם לעניין חוקיותה של חקיקת משנה.

ניתן לחלק את מבחן המידתיות לשלושה מרכיבי משנה: ראשית, האמצעי אינו ראוי אם הוא אינו מתאים להשגת המטרה. נדרש קשר של התאמה בין המטרה לבין האמצעי (מבחן האמצעי המתאים או האמצעי הרציונלי); שנית, האמצעי אינו ראוי אם ניתן להשיג את התכלית הראויה על ידי אמצעים אחרים, מתאימים גם הם, אשר פגיעתם בערכים ובעקרונות הראויים להגנה היא קטנה ביותר (מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה); שלישית, האמצעי אינו ראוי אם אין יחס ראוי בין התועלת לציבור לבין הנזק לפרט.

הערך המרכזי בו פוגע כלל 27 לכללי הלשכה הוא חופש העיסוק. זכות זו - כזכותו של כל אזרח ותושב - זכתה למעמד חוקתי בישראל, בהיותה מעוגנת בחוק-יסוד: חופש העיסוק. לחופש העיסוק שני פנים: האחד, החופש "להיכנס" לעיסוק, מקצוע או משלח יד; השני הוא החופש לפעול בגדריו של עיסוק, מקצוע או משלח יד ללא איסורים או הגבלות. כלל 27 לכללי הלשכה מטיל מגבלות על אופן הגשמת משלח היד. הוא פוגע גם באוטונומיה של הרצון הפרטי של הלקוח. אוטונומיה זו מעוגנת כיום בהגנה החוקתית על כבוד האדם. במיוחד מוגנת האוטונומיה של

הרצון הפרטי כפי שהיא באה לידי ביטוי בחירותו של אדם לבחור לעצמו פרקליט אשר ייצגו בבית המשפט.

יש להעניק ללקוח את האפשרות להפסיק את הקשר עם עורך דינו, תוך מתן אפשרות מלאה לבחירת פרקליט חדש בלא שהדבר יגרור "סנקציה" כלשהי. כלל 27 מונע מהלקוח את החופש לבחור בעורך דין כרצונו. פגיעה זו היא קשה במיוחד באותם מצבים בהם תוצאות כלל 27 לכללי הלשכה הוא שאדם נאלץ לפנות לבית המשפט ללא ייצוג משפטי, שכן מכוחו של הכלל נמנעת ממנו העסקתו של פרקליט כלשהו.

יש לפגוע מעט כל האפשר של עורך הדין (החדש, הנעבר) ובאוטונומיה של הלקוח לבחור לעצמו פרקליט כרצונו; האמצעי הראוי הוא בקביעת נורמה משפטית, לפיה מוטלת החובה על עורך הדין (החדש, הנעבר) - בטרם יחל בייצוג הלקוח - להודיע לעורך דינו הקודם של הלקוח, כי הוא נבחר על ידי הלקוח להמשיך בטיפול בעניין בו טיפל בעבר עורך הדין האחר. חובת ההודעה מעניקה לעורך הדין הראשון מידע על העסקתו של עורך דין חדש, ומאפשרת לו הפסקת הטיפול בענייני הלקוח, והעברתם לעורך הדין החדש. היא תורמת לסילוק כל אי בהירות אצל צדדים שלישיים, כגון, רשויות השלטון, באשר לייצוגו של הלקוח.

האמצעי הננקט בכלל 27 לכללי הלשכה להגשמת התכלית הוא מעבר למידה הדרושה, שכן הכלל פוגע בערכים הראויים להגנה בדבר חופש העיסוק (של עורך הדין החדש) והאוטונומיה של הרצון הפרטי (של הלקוח) מעבר למידה הדרושה. האמצעי שנבחר בכלל משיג את מטרת הכלל תוך שהוא גורם לפרט נזק מעבר לנדרש להשגת התכלית הראויה. דרישת ההסכמה של עורך הדין הקודם - להבדיל מן החובה להודיע לו - היא מעבר לנדרש. דומה שחובת ההודעה נגזרת, גם בלי שעוגנה במפורש בכללים, מחובתו של עורך הדין לשמור על כבוד המקצוע וחובתו לפעול לטובת שולחו בנאמנות ובמסירות. הטלת חובת הודעה לעורך הדין הקודם - במקום הדרישה לקבלת הסכמתו - הינה אמצעי מתאים להגשמת התכלית המונחת ביסוד הכלל. תכלית זו מוגשמת תוך הפגיעה הקטנה ביותר בעורך הדין החדש ובלקוח. לא נמנעת מהפרקליט החדש האפשרות להיענות לבקשת הלקוח. אמנם, גם אמצעי זה פוגע בחופש העיסוק של עורך הדין הקודם ובאוטונומיה של הרצון הפרטי של הלקוח, אולם פגיעה זו היא כדין.

ייתכן וישנם אמצעים אחרים להגשמת התכלית הראויה, שגם פגיעתם שלהם בערכים המוגנים היא במידה הקטנה ביותר. לעתים קרובות ישנם מספר אמצעים הראויים כולם להגשמת התכלית. הבחירה ביניהם נתונה בידי הרשות השלטונית אשר לה הסמכות לנקוט באמצעים להבטחת המטרה. בית המשפט אינו עורך את הבחירה בין האמצעים השונים. בית המשפט בוחר אם הבחירה שנערכה על ידי הרשות השלטונית היא כדין.

כלל 27 לכללי הלשכה נגוע בחוסר מידתיות (או חוסר סבירות) ועל כן בטל. החלטנו זו נוגעת גם לכלל 28 לכללי הלשכה, הקובע כי אם נודע לעורך הדין לאחר שהחל לטפל בענין פלוני, כי הענין היה בטיפולו של עורך דין אחר, עליו לעכב את המשך הטיפול ואל לו לחדשו, אלא לאחר שימצא לו הלקוח הסכמה בכתב של עורך הדין האחר, או שנתקיימו התנאים שבכלל 27. כלל 28 לכללי הלשכה אינו אלא המשכו של כלל 27, ועל כן אף הוא בטל. העתירה מתקבלת.

הרב עובדיה יוסף הוא נשיא מועצת חכמי התורה, שהיא הגוף העליון של תנועת ש"ס, המיוצגת בכנסת וחברה בקואליציה. הוא מתגורר בבית משותף בירושלים, שבו הוא לא מקיים בקביעות דיונים ציבוריים. העותר ביקש לקיים אסיפה מול הבית.

קיום אסיפה, תהלוכה או משמרת צמודה (PICKETING) היא מזכויות היסוד של האדם בישראל. אירועים אלה מתאפיינים, בין השאר, בכך שהמשתתף בהם מקיים נוכחות פיזית במקום הביטוי, שעשויה לפגוע, מטבע הדברים באינטרסים ובערכים של אחרים, בין השאר בסדר הציבורי, בזכות לקניין או בפרטיות.

הזכות החוקתית לפרטיות משתרעת בין השאר על זכותו של אדם לנהל את אורח החיים בו הוא חפץ בד' אמותיו. בכך מהווה הזכות לפרטיות את תחילתה של החירות. זכות זו מותחת את הקו בין הפרט לבין הכלל, בין "האני" לבין החברה. וכשם שכל דבר בזכויות האדם מחייב את חופש הביטוי, שום דבר בזכויות האדם אינו מחייב לשמוע דיבור בלתי רצוי. בצד זכויות אלה של הפרט עומד האינטרס הציבורי. בלא סדר ציבורי לא ניתן להבטיח זכויות אדם. נוסחאות האיזון משתנות על-פי הערכים המתחרים.

האיזון הראוי הוא ביחס בין זכותו של אדם לקיים אסיפה בשכונת מגורים, לבין זכותם של איש ציבור ושכניו לפרטיות ולאינטרס הציבורי בקיום הסדר הציבורי. לעתים דווקא אזור מגורים עשוי לשמש מוקד אפקטיבי להבעת אותה דעה. אולם איש הציבור זכאי אף הוא לפרטיות. זכותם של אישי הציבור היא לשמור לפחות חלק מחייהם מחוץ לאמצעי התקשורת. גם שכניו של איש הציבור זכאים להגשמת זכותם לפרטיות; העובדה שבשכנות להם מתגורר אדם בעל תפקיד ציבורי אינה צריכה לשלול זכותם זו.

האיזון עשוי להשתנות אם ביתו הפרטי של איש הציבור משמש גם לפעילותו הציבורית. המקרה הקיצוני הוא זה של מעון מגורים רשמי. מעון זה משמש סמל לכהונה ובו מבצע איש הציבור את פעילותו הציבורית והפרטית גם יחד בלא כל אפשרות של הפרדה. בשל ייחוד זה של המעון הרשמי, יש להתייחס אליו בדרך כלל כאל מבנה ציבורי. מקרה ביניים הוא זה בו איש הציבור מקיים פעילות ציבורית מסויימת גם במקום מגוריו. מקרה מיוחד הוא זה שבו משמשת דירתו הפרטית של איש הציבור חלקית גם לפעילותו הציבורית. עם זאת, דירה זו מצויה בבית מגורים, בו גרים דיירים נוספים שבינם ובין הפעילות הציבורית אין ולא כלום.

יש צידוק בחברה דמוקרטית לדרוש ויתור מה על הפרטיות של דייר בשל העובדה ששכניו הוא איש ציבור. אילו ביקש העותר לקיים באופן חד-פעמי תהלוכה אשר תעבור ליד ביתו של הרב עובדיה יוסף ושכניו, היה מקום לאשר זאת, כפוף למגבלות של זמן ואמצעים. תהלוכה החולפת על פני הבית פוגעת באופן מועט בפרטיות, ממש כקיום חד-פעמי של משמרת צמודה עם מספר קטן של משתתפים.

אך העותר מבקש לקיים "אסיפה צמודה", ולשתף בה כמאתיים וחמישים איש, תוך שימוש בבמה ובשני רמקולים במשך שעתיים. יתכן, כי אילו היתה אסיפה זו אירוע בודד בלא שנתקיימו בעבר משמרות צמודות, ניתן היה לאשרה, כפוף להגבלות מסויימות. אולם האסיפה המבוקשת באה על רקע העובדה כי ליד הבית מתקיימות זה זמן רב משמרות צמודות. בנסיבות אלה נדחית העתירה.

מנהל תיקי השקעות קונה ומוכר ניירות ערך ונכסים פיננסיים בשמם של לקוחותיו, לפי הרשאה שאלה נתנו לו. ב-1995 חוקקה הכנסת חוק לפיקוח על פעולותיהם, הקובע כי יחיד או חברה העוסקים בניהול תיקים חייבים ברשיון, וכי הרשות לניירות ערך מוסמכת ליתן רשיון למי שעסק בישראל או מחוצה לה, ערב פרסומו של החוק, בניהול תיקים לפחות שבע שנים, גם אם אינו ממלא אחר התנאים הקבועים בחוק.

חוק-יסוד : חופש העיסוק מעניק, יותר מבעבר, הגנה חוקתית לחופש העיסוק. פגיעה בעיקרון זה אפשרית רק בדרך של שינוי חוק היסוד עצמו, בחקיקתו של חוק חורג, או בחקיקתו של חוק רגיל, המקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. חופש העיסוק כזכות חוקתית נגזר מהאוטונומיה של הרצון הפרטי, ומהווה ביטוי להגדרתו העצמית של האדם. כך על-פי ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית ויהודית. אך חופש העיסוק אינו מחלט, ויש לאזן בינו לבין זכויות האדם האחרות ושיקולים ראויים של טובת הציבור, ככתוב בחוק.

פסקת ההגבלה מתנה את תוקפה של פגיעה בחופש העיסוק בקיומם המצטבר של ארבעת התנאים הבאים: הפגיעה נעשית בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת שבו; החוק הפוגע הולם את ערכיה של מדינת ישראל; החוק הפוגע נועד לתכלית ראויה; הפגיעה בחופש העיסוק אינה במידה העולה על הנדרש. המחלוקת בענייננו הוא בתנאי הרביעי, שעניינו הדרישה, כי הפגיעה בחופש העיסוק לא תהא במידה העולה על הנדרש. זוהי הדרישה של מידתיות (proportionality). דרישת המידתיות מתמקדת באמצעים שנבחרו על ידי המחוקק. דרישה זו מחולקת לשלושה מבחני משנה, שהם מבחן האמצעי המתאים והרציונלי; מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; ומבחן האמצעי המידתי (במובן הצר). מתקיים לרוב "מרחב הגבלה", אשר במסגרתו קיימות אפשרויות שונות של השגת התכלית באמצעים שונים, אשר כולם מידתיים. כאשר המחוקק פוגע בזכות אדם המעוגנת בחוקי היסוד, והפגיעה היא מעבר למידה הדרושה, אין מנוס מנקיטת עמדה שיפוטית ברורה.

מנהל תיקים בלתי מיומן עשוי להסב ללקוחותיו נזק רב, ולנצל לרעה את ההרשאה שהוענקה לו. תכליתו של החוק להביא לידי כך שהשירות של ניהול תיקי השקעות יינתן על ידי גורם כשיר ובעל השכלה ורמה מקצועית נאותה. הוראותיו של חוק תיקי השקעות באשר לחובת ההתאגדות, ההון העצמי, איסור הפעולה העצמית והבחינות עומדות במבחן המידתיות.

אחד התנאים לרשיון הוא עמידה בבחינות. הרשות מוסמכת ליתן רשיון למי שעסק בישראל, ערב פרסומו של חוק תיקי השקעות, לפחות שבע שנים בניהול תיקים, אף אם אינו ממלא אחר התנאים למתן רשיון מנהל תיקים. כן הוסמכה הרשות ליתן רשיון, מנימוקים מיוחדים, למי שעסק בישראל בניהול תיקים תקופה קצרה משבע שנים. החלת החוק על מי שעוסקים בו בהווה, שעסקו במקצוע גם בעבר, אינה החלה רטרואקטיבית של החוק. עם זאת, החלה זו של החוק פוגעת בחופש העיסוק של אלה שעסקו במקצוע בעבר. לעתים הדבר מהווה גם פגיעה בזכות הקניין שלהם, פגיעה צריכה לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה.

הפגיעה בחופש העיסוק של אלה שעסקו במקצוע בעבר צריכה להיות שלא מעבר למידה הדרושה. מטרתן של הוראות המעבר היא למנוע תחולה אקטיבית (מיידית) של החוק החדש על מי שעסקו במקצוע בעבר. השאלה הינה, אם הוראות המעבר בחוק הן מיידיות.

מבחן המשנה הראשון הוא מבחן ההתאמה או הקשר הרציונלי. הוראות המעבר צריכות להתאים להגשמת המטרה המונחת ביסוד החקיקה. בהקשר זה יש להתחשב בנסיון בעיסוק בתיקי השקעות אשר עוסק ישן צובר בשנות עבודתו.

מבחן המשנה השני הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. יש לקבוע את הוראות המעבר באופן שפגיעתן בחופש העיסוק של העוסקים הישנים תהא מתונה ככל האפשר. היעדר התחולה יכול שיתבסס על הוראה הקובעת כי עוסקים אלה אינם זקוקים כלל לרשיון, ויכול או שיתן להם פטור מהבחינה. המדרגה הבאה בסולם האמצעים קובעת כי עוסק ישן יחוייב לעמוד בבחינות, אך הוא יוכל לעשות כן במקביל לעיסוק, ויהא עליו להשלים הבחינות בתוך תקופה מסויימת, תוך שמשך כל אותה תקופה, יוכל הוא להמשיך בעיסוקו ללא רשיון או ברשיון זמני. המדרגה הגבוהה ביותר קובעת תחולה מלאה של הסדר הרישוי החדש על העוסק הישן.

מבחן המשנה השלישי לעיקרון המידתיות הוא מבחן האמצעי המידתי (במובן הצר). מבחן זה קובע, כי חייב להתקיים יחס ראוי בין התועלת הצומחת מדבר החקיקה החדש לבין מידת פגיעתו בחופש העיסוק.

אמצעי חקיקתי - גם אם הוא רציונלי ומתון - עשוי להיות בלתי חוקתי אם החסרונות הנגרמים לפרט בעקבותיו עולים במשקלם על היתרונות הצומחים ממנו לחברה. החלה של חקיקה חדשה הפוגעת בחופש העיסוק על עוסק ישן תהא מעבר למידה הדרושה, אם הנזק שייגרם לעוסק זה הוא כה חריף, עד כי אין להצדיקו בצורך להגשים את התכלית הראויה המונחת ביסוד ההסדר החדש.

הוראות מעבר הקובעות את תחולתו של משטר רישוי חדש המוטל על עוסק ישן, הן מידתיות לגבי העוסקים הישנים, אם הן מתחשבות באופן הולם במעמדו של העוסק הישן, בנסיון שהצטבר אצלו, כולם או מקצתם; אם הן בוחרות במדרגת התחולה שפגיעתה בעוסק הישן היא פחותה בהתחשב בתכלית החוק; ואם התועלת לכלל הצומחת מהן עולה על הנזק הנגרם לעוסקים הישנים.

הוראות המעבר הקבועות בחוק תיקי השקעות עד כמה שהן נוגעות לחובת הבחינות, אינן עולות בקנה אחד עם דרישות המידתיות. החוק פוטר מחובת הבחינות (למעט הבחינה באתיקה מקצועית) עוסקים ישנים, אשר עסקו בניהול תיקים לפחות שבע שנים. הסדר זה אינו מידתי כלפי עוסקים ישנים, אשר עסקו בניהול תיקים תקופה ארוכה, הנופלת משבע שנים.

עוסקים אלה צברו נסיון רב בניהול תיקי השקעות, אשר מן הראוי הוא להתחשב בו כתחליף לבחינות (כולן או מקצתן). הם השקיעו שנים רבות מחייהם בביסוס עיסוקם. אינטרס ההסתמכות שלהם הוא כבד. הנזק שייגרם להם, אם לא יעמדו בבחינות, עולה על התועלת לחברה מהעמדתם בחובת כל הבחינות. דין מי שעסק בניהול תיקים פחות משבע שנים כדין עוסק חדש, פרט לכך שהרשות הוסמכה לתת לו רשיון "מנימוקים מיוחדים". הסדר זה אינו מידתי כלפי העוסקים הותיקים. אשר לאלה שעסקו בניהול תיקים תקופה קצרה (כגון לא יותר משנתיים-שלוש) - מן הראוי הוא, על פי עיקרון המידתיות, ליתן ביטוי לנסיון המעשי שלהם, ולאינטרס ההסתמכות אשר הם פיתחו במשך השנים, כגון מתן רשיון שמניאו פטור מחלק מהבחינות. העתירה מתקבלת.

העותרות הן חברות קבלניות להעסקת כוח אדם. ב-1996 חוקק חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, שקבע כי אין לעסוק כקבלן כוח אדם אלא ברשיון מאת שר העבודה. כן נקבע, כאחד התנאים למתן רשיון, כי המבקש רשיון ימציא "ערבות בנקאית" או "ערובה מתאימה אחרת". כנגד תנאים אלה כוונה העתירה.

בשלב הראשון נבחנה השאלה אם החיקוק פוגע בהסדר המעוגן בחוק יסוד. בחינה זו מתחלקת לשני שלבי משנה. שלב המשנה הראשון, עניינו פירוש ההוראה החוקתית; השלב השני בוחן אם הפגיעה בהסדר החוקתי נעשתה על פי ההוראות החוקתיות עצמן. הבחינה הינה אם הפגיעה בזכות האדם עולה בקנה אחד עם פסקת ההגבלה שבחוקי היסוד. זכויות האדם אינן מוחלטות; ניתן לפגוע בהן כדי לקדם יעדים לאומיים. ראוי לפגוע בהן כדי לקיים מסגרת חברתית השומרת על זכויות האדם.

השלב השלישי הוא השלב התרופתי. ניתנת תשובה לשאלה מה תוקפו של החיקוק הלא-חוקתי? מה דינן של פעולות (אזרחיות ופליליות) שנעשו מכוחו? באלו נסיבות ובאלו תנאים ישהה בית המשפט את הכרזתו כי החיקוק בטל. אי החוקתיות של חיקוק אינה עניין מופשט המונח בחללה של השיטה. זהו עניין קונקרטי המחייב הכרעה שיפוטית. 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 כדי? בחינתה מחייבת בדיקתה של פסקת ההגבלה ואת המציאות של יחסי העבודה שנוצרו עם פעולתם של קבלני כוח אדם. ביסוד תופעה זו 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 שנוקק להם. הנזק 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 הנזק 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 נדחתה.

העותרת התלוונה כנגד המשיב בגין הטרדה מינית, ביצוע מעשים מגונים ואינוס. לאחר בדיקה הומלץ להעמיד את המשיב לדין משמעת. בית הדין החליט כי לנוכח מצב בריאותו של המשיב, שעלול להיחשף בדיונים, ולאור הפגיעה בפרטיותו הדיון יתנהל בדלתיים סגורות, וכי גם העותרת ובא כוחה לא יהיו נוכחים.

פומביות הדיון היא עקרון יסוד של כל משטר דמוקרטי. עקרון זה קשור בזכות הגישה לבית המשפט. חרף הקשיים המעשיים העשויים להתעורר, הכלל הוא פומביות, והחריג הוא היעדר פומביות. בית הדין המשמעותי קבע כי לחוק זכויות נפגעי עבירה יש השלכה על הדיונים המשמעותיים. יחד עם זאת, החליט לסגור את הדלתות בפני העותרת, זאת לאור הצורך לשמור על פרטיותו של המשיב, ולאור הרצון למנוע מהעותרת לרכוש יתרונות דיוניים בהליך האזרחי שהיא מתנהלת כנגד המשיב. לאור האמור לעיל החלטה זו של בית הדין אינה יכולה לעמוד. אם פגיעה בפרטיות הנאשם תאפשר סגירת דלתות בית המשפט, מה יישאר מעקרון הפומביות? אם ההשפעה על משפט אפשרי אחר תאפשר סגירת הדלתות, מה נותר מעקרון הפומביות?

לנוכחותה של המתלוננת יכול שיהיה מחיר מבחינתו של המשיב. אך זהו המחיר הטמון בעיקרון פומביות הדיון, ובהבטחת זכותה של המתלוננת להיות נוכחת בהליכים המתנהלים כנגד מושא התלונה. אין בכך כדי למנוע מבית הדין לסגור הדלתיים גם בפני העותרת והמלווה אותה, מטעמים מיוחדים בישיבה כזו או אחרת.

היקף הזכות נקבע על פי פירוש לשונה על פי תכליתה. מידת ההגנה עליה נקבעת לרוב על ידי החקיקה הרגילה. מידת ההגנה נקבעת בדבר חקיקה שצריך לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. דבר חקיקה זה אינו משנה את גבולותיהם של הזכות, האינטרס והערך החוקתי. לכך אין הוא מוסמך. עם זאת, דבר החקיקה "פוגע" בזכות החוקתית, ופגיעתו היא חוקתית, שכן היא חוסה בצילה של פסקת ההגבלה. יהיו מצבים שקביעת גבולות כזו תהא הכרחית. אלה הם מצבים בהם הזכות הנטענת מעוגנת בנורמה חוקתית, בלא שמידת ההגנה עליה נקבעה בדבר חקיקה. לא כן במקום שהיקף ההגנה על הזכות, הערך או האינטרס החוקתיים, מעוגן בדבר חקיקה רגיל. במצב דברים זה - המאפיין כרגיל את פעולתו של השלטון החייב לעגן עצמו בדבר חקיקה - ניתן להימנע מקביעת גבולות ברמה חוקתית, ויש לשאוף להעברת מרכז הכובד לפרשנותה של החקיקה הרגילה.

במקרה שלפנינו, לא נדרשת כלל הכרעה ברמה חוקתית בהתנגשות בין הזכות לפרטיות לבין עקרון הפומביות. אין צורך, איפוא, לקבוע את היקפן של הזכויות, הערכים והאינטרסים המצויים ברמה החוקתית. במישור החוקתי מוכרת הן הפומביות והן הפרטיות, בלא שנצטרך לקבוע את גבולותיהן. מידת ההגנה הניתנת לפומביות ולפרטיות קבועה בחקיקה הרגילה. 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 ההסדר 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.

העורר גנב מכונית מסוג פיג'ו. כחודשיים לאחר מכן השתתף בגניבת מכונית מסוג סובארו ונסע בה כשותפו לעבירה נוהג בה. בחקירתו הודה כי גנב את מכונית הפיג'ו על-מנת למוכרה, אולם טען כי המעשה לא היה מתוכנן, ואינו יודע למי היה מוכר אותה. לעומת זאת, הכחיש שהשתתף בגניבת מכונית הסובארו, וטען שהצטרף לנסיעה כדי להגיע לביתו. הוא הואשם בגניבת שתי המכוניות ונעצר עד תום ההליכים.

החירות ממעצר היא בישראל זכות-יסוד של האדם. אמנם, בהוראות חוק-היסוד אין כדי לפגוע בתוקפם של חיקוקים שהתקבלו לפניו, אך יש לפרשם לאורו. הדין מאזן בין הצורך בשמירה על שלום הציבור לבין זכות האדם לחירותו. בגדר איזון זה מכיר חוק סדר הדין הפלילי בעילת מעצר המושתת על הכוח ההרתעתי שבמעצר, אך הרחבת המעצר "ההרתעתי" בדרך של פרשנות הוראה שעניינה מעצר מפאת חשש לשלום הציבור, פוגעת שלא כראוי ושלא כמידה בזכות החוקתית של נאשם, ואינה מתיישבת עם חוק-היסוד.

עם העלאת רמתן הנורמטיבית של זכויות האדם לרמה חוקתית על-חוקית, עלה משקלן היחסי של זכויות האדם המעוגנות בחוק היסוד ביחס לאינטרס הציבורי, ואינטרס זה אינו יכול עוד "לשנות" זכות אדם (שלא בדרך של שינוי חוק היסוד), אלא אך "לפגוע" בה. לא כל אינטרס ציבורי יכול לפגוע בזכות אדם מוגנת; האינטרס חייב לקיים את דרישות פסקת ההגבלה. כל אלה יצרו משקל יחסי חדש לזכויות האדם, וממילא גם איזון חדש בהתנגשות בין זכויות האדם לבין האינטרס הציבורי. יש לפרש את הדין הישן אור הוראות חוקי היסוד החדשים, אך ברבים מהמקרים לא מתבקשת כלל תוצאה פרשנית חדשה.

בימים אלה מרבים הפרקליטים בהעלאת טענות בדבר השפעותיו (הפרשניות) של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אך הביטחון המשפטי אינו נמדד על-פי כמות הטיעונים הנשמעים בדבר השפעותיו של חוק היסוד על הדין הישן, אלא על-פי פרשנותו המוסמכת של בית-המשפט באשר למעמד של חוקי היסוד, ולהשפעתם על הדין החדש והישן. אך טבעי הוא כי בתחילת הדרך, ובסמוך לאחר חקיקתם של חוקי היסוד, קיים ערפל מסויים. אך אסור שמצב הדברים המעורפל במידת מה כיום יביאו את השופטים לצמצם את היקף התחולה של חוקי היסוד.

כל ענף משפטי וכל נורמה משפטית מושפעים מההסדרים החוקתיים בדבר זכויות האדם. במיוחד רגיש המשפט הפלילי - המהותי והדיוני - לשינויים בזכויות האדם בישראל. עניינו חירות הנאשם מזה ואינטרס הנפגע והציבור מזה. הליך זה קשור קשר כה אמיץ לחירותו האישית של הפרט, עד כי טבעי הוא שאיזון חדש בין פרט לכלל, המשתקף במתן מעמד חוקתי לזכויות האדם, ישפיע במישרין על סדר הדין הפלילי.

השפעה זו מורגשת בכל חלקי ההליך הפלילי. היא חזקה במיוחד בדיני המעצר בכלל ובדיני המעצר לאחר אישום בפרט. תכליתם הראויה של דיני המעצר לאחר אישום, היא לשמור על חירותו של הנאשם תוך הבטחת הניהול התקין של המשפט הפלילי, ומניעת ביצוען של עבירות נוספות כאשר הנאשם משוחרר בערובה. אך לא קיים לכאורה קשר בין מוסד השחרור בערובה לבין הטעם העומד ביסוד המעצר בשל חומרת העבירה בלבד. מעצר בשל חומרת העבירה נושא אופי הרתעתי, ואין הוא יכול לכאורה להתקיים בגדרי מעצר עד תום ההליכים. מוחלט לקבל את הערר ולשחרר את העורר ממעצרו בערבות ובתנאים מגבילים.

מוחמד תורקמאן ירה על בני הזוג ביטון מטווח קצר. מוטי ביטון נורה למות ואילו רעייתו נפצעה בידה. היורה נתפס, הועמד לדין, והורשע גם על פי הודאתו ברצח, נסיון לרצח, חברות באירגון עויין וביצוע אימונים צבאיים. נגזר עליו עונש מאסר עולם וכן חמישים שנות מאסר במצטבר לעונש זה. מוחמד תורקמאן מתגורר בבית בודד בן קומה אחת, בו שלושה חדרים, ומטבח (המשמש גם כמחסן). בבית מתגוררים, פרט למוחמד תורקמאן, אימו (שהיא בעלת הבית) ושבעת אחיו ואחיותיו הרווקים. כן מתגורר באותו בית אח נוסף, הוא האח הבכור, עם אישתו ובנו. עם תפיסתו של מוחמד תורקמאן, ועוד בטרם הורשע, החליט המפקד הצבאי להחרים את הבית ולהרסו. מכאן העתירה שלפנינו.

לאחר ששמענו טיעוני הצדדים, בעיקר לעניין ההרתעה והעובדה שבני משפחתו של תורקמאן לא ידעו על מעשיו, ביקשנו כי המשיב יבחן את האפשרות של הריסה חלקית, תוך השארת חלקים למגוריה של האם והאח הבכור. נערכה בדיקה הנדסית על-ידי מהנדס בנין, אשר העלתה כי כל פגיעה באחד מחדרי המבנה פוגעת ביציבות שאר המבנה, ומסכנת את המבנה כולו. מכאן שהריסה חלקית של הבית אינה אפשרית.

כל סמכות, ותהא רחבה ככל שתהא, צריכה להיות מופעלת על-פי שיקול דעת סביר. העתירה שלפסנינו אינה עוסקת בסמכות אלא בשיקול דעתו של המפקד הצבאי, האם סביר הוא להרוס את המבנה כולו. בגדר הפעלתה הסבירה של הסמכות, על המפקד הצבאי לקחת בחשבון את הנתונים הרלבנטיים, ליתן להם משקל ראוי, ולאזן בין השיקולים המתנגשים. בהפעלת הסמכות הנתונה למפקד הצבאי עליו לנהוג על-פי עקרון היחסיות. יש להתחשב מחד גיסא בהתנהגות האסורה ומאידך גיסא בסבל שייגרם לאלה אשר האמצעי ההרתעתי יופעל כנגדם.

בעתירה שבפנינו מתגוררת במבנה משפחה אחת. עם זאת, ניתן להבחין יפה במסגרתה בין האח הבכור ומשפחתו לבין שאר בני המשפחה. נראה כי הריסת המבנה כולו תהווה אמצעי "לא-יחסי" - ועל כן גם לא סביר - בין התנהגותו הרצחנית של מוחמד תורקמאן לבין הסבל שייגרם למשפחת האח הבכור. בנסיבות אלה נראה כי הדרך הסבירה היתה זו הקובעת הריסה חלקית בלבד. כפי שראינו, דרך זו אינה אפשרית. בנסיבות אלה, יש לנקוט באמצעי הדרסטי פחות - שאף הוא חמור ביותר - של אטימה חלקית. האטימה תהא של שני חדרים, באופן שהאח הבכור ומשפחתו יוכלו להמשיך להתגורר במקום. התוצאה היא כי אנו מקבלים העתירה במובן זה שהמבנה לא יהרס אלא יאטם בחלקו.

העותר הורשע, בין השאר על-פי הודאתו, בבחברות ופעילות בהתאחדות בלתי מותרת. כן הורשע בכך שהצטרף לאחרים, אשר זממו לבצע פיגוע ירי נגד כוח צה"ל. אחר מהקבוצה נשא עמו תת מקלע עוזי. בהגיעם ליעדם יצא אחר מהחבורה עם תת המקלע, ואילו העותר ואחר נשארו לאבטחו. מתוך תת המקלע נורו כ-14 כדורים לעבר תצפית צה"ל. לשמע הירי נשכבו חיילי התצפית על ריצפת הגג. בגין חלקו באירוע זה הורשע העותר בירי בנשק אש אל מקום שבני אדם עשויים להמצא בו. בנוסף לכך הורשע באיומים על קרובי משפחתה של אשה פלונית, אשר נחשדה כמי שעוסקת בזנות. בגין כל אלה הוטלו על העותר 7 שנות מאסר מהן 4 לריצוי בפועל. העותר מלין על החלטת המשיב להורות על החרמה ואטימה של חדר בקומת הקרקע שבו התגורר. לפי ההחלטה מטבח הבית, המצוי אף הוא בקומת הקרקע, לא ייאטם ותישמר הגישה מקומה א' של הבית (בו מתגוררת משפחת אחיו של העותר) אל המטבח.

אמנם, חלף זמן רב יחסית מאז מעצרו של העותר ועד להחלטה הסופית בעניינו. ואולם הטעם לכך הוא לבטיו של המשיב בביצוע ההחלטה. אין בעבור הזמן כשלעצמו כדי להשמיט את נימוקי הבטחון העומדים ביסוד החלטת המשיב, ואין בהם כדי להצביע על פגם אחר שנפל בהחלטתו. לעניין יחסיות (מידתיות) ההחלטה, הסמכות לכך צריכה להיות מופעלת בצורה סבירה. משמעות הדבר, בין השאר, כי חייב להתקיים קשר ענייני בין חומרת המעשה המיוחס לפלוני לבין האמצעי הבטחוני הננקט נגדו. חייב להתקיים יחס ענייני בין המעשה האסור של הפרט לבין האמצעי הננקט על-ידי השלטון. החרמת מבנה והריסתו מהווה את האמצעי החמור ביותר במסגרת תקנה 119, ועל כן יש להפעילו מכוח שנסיבות התנהגותו של המתגורר במבנה הן החמורות ביותר. לעומת זאת, אטימה חלקית של מבנה הוא אמצעי חמור פחות, ועל כן יש מקום לנקוט בו כאשר ההתנהגות היא חמורה פחות.

בעניין שלפנינו השתתף העותר בחבורה אשר הפעילה נשק חם כנגד תצפית של הצבא. זוהי התנהגות חמורה הפוגעת קשות בבטחון האזור. התנהגות זו - וכן שאר המעשים בהם הודה המערער והורשע - יש בהם כדי ליצור אותה מידתיות ראויה בין התנהגות המערער לבין האמצעי ההרתעתי שנקט המשיב. דין העתירה להדחות.

משרד העבודה והרווחה החליט להשתתף בשכר הלימוד בגנים ובמעונות יום של ילדי אמהות היוצאות לעבודה. כמו כן נקבע בהנחיות המשרד, כי רק נשים שכירות תקבלנה את ההשתתפות הנ"ל, כל זמן שהן עומדות בקריטריון ההכנסה שנקבע. מכאן העתירה.

ההוראה האמורה ניתנה מאחר שהמשרד נתקל בקושי לעקוב אחרי אמיתות הצהרותיהן של האמהות העצמאיות או העובדות בעסק של בני משפחה, והגיע לידי מסקנה, שלא יוכל להצליח לבחון את אמיתות ההצהרות, ועל-כן, משמצא כי קבוצה זו מבחינת היקפה הינה קטנה ושולית ביחס, החליט לנקוט את הדרך שנקט.

במתן סובסידיות חייבת הרשות לפעול ללא שרירות לב, ללא אפליה ולא לפעול על-פי שיקולים, שאין להם ביסוס צודק בנסיבות העניין; בחינת סבירותה של פעולת המינהל נבחנת תמיד על רקעה של המטרה, אותה מבקשת התקנה להגשים. חוסר סבירות מתבטא באפליה פסולה, בהבאה בחשבון של שיקולים זרים, או באי-הבאה בחשבון של שיקול מטריאלי. יכול שייווצרו נסיבות בהן לא נשקל על-ידי הרשות המיניסטריאלית שיקול זר, והובאו בחשבון אך ורק שיקולים שהם רלבנטיים לענין; יתכן כי שיקולים הרלבנטיים השונים יוחס משקל בפרופורציה כה מעוותת ביניהם לבין עצמם, עד שהמסקנה הסופית הפכה לבלתי-סבירה.

מטרת הסובסידיה הנדונה היא לעודד אמהות לילדים לצאת לעבודה. מתוך הנחה, שהשכר אשר הן מקבלות תמורת עבודתן, יוצא כולו או חלקו בהפסד של שכר הלימוד בגנים או במעונות היום, שבהם מוחזקים ילדיהן, משתתף המשרד באותו שכר לימוד. מטרת אותה סובסידיה היא לעודד אף אמהות עצמאיות ליציאה לעבודה. ההשתתפות הופסקה, כאשר נתברר למשרד שאין בידו הכלים הדרושים לבדוק את אמיתות הצהרותיהן של העצמאיות בעניין גובה שכר או היקף משרתן. אחד הקריטריונים לקביעת הזכאות הוא הכנסתה של האם מעבודתה. עובדת שכירה מאמתת את הצהרתה על-ידי תלוש המשכורת, לעובדת העצמאית אין תלוש משכורת. לגבי העובדת במפעל של בן משפחה, נמצא כי היו תלושי משכורת, שלא היו אמיינים מבחינת הסכום או מבחינת זמן העבודה.

אותה הצהרה ובדיקתה יכולות להיחשב כאחת ממטרות המשנה של ההסדר בכללותו, דהיינו, שלא תנוצל ההטבה לרעה על-ידי מי שאינו עומד באותו קריטריון. מובן מאליו, שמשקלה של אותה מטרת משנה אינו יכול לעלות על משקלה של המטרה העיקרית, והיא עידוד האמהות ליציאה לעבודה. על-ידי קביעת ההוראה קבעה הרשות המינהלית, כי משקלה של מטרת המשנה - דהיינו לשמור על אי-ניצול ההטבה לרעה - עולה על המטרה העיקרית, וכי המטרה העיקרית - עידוד האמהות העצמאיות ליציאה לעבודה - נסוגה כליל עקב החשש, שלא תושג המטרה המשנית. למה הדבר דומה, אם בגלל חשש של ניצול לרעה של חוק הבטחת הכנסה, תבוטל כל אפשרות לתשלומים לפי חוק זה, אם לכל הפונים ואם לאותו חלק מהם אשר בדיקת הצהרותיהם מהווה קושי. או שהיו מפסיקים להעניק תמיכות לנזקקים, משום שנתגלו מקרים, בהם אנשים שאינם זכאים לכך ניצלו את החוק לרעה. לשם שלילת אותו מענק מאזרח פלוני או מקבוצה פלונית יש ליתן את המשקל המתאים לשיקולים השונים, ועיוות אותו משקל יהפוך את ההחלטה לבלתי סבירה.

אמנם, יכולה הרשות להעמיד דרישות מחמירות יותר לצורך הוכחת הכנסה לגבי קבוצות שונות של אמהות, וזאת על-פי אמינות התלושים. וגם לגבי זה האבחנה לא תמיד תהיה בין שכירות לעצמאיות. והיו דברים מעולם, שגם תלושים של מפעלים, אשר אינם שייכים לבני המשפחה, לא עמדו במבחן האמינות. מובן שאין אנו מחליפים את שיקול-דעתה של הרשות בשיקול-דעתנו; אילו נקטה הרשות אמצעי בדיקה סביר זה או אחר, לא היינו מתערבים לומר, שאמצעי זה נראה לנו יותר מחברו. אך כאן לא באמצעי בדיקה מדובר, כי אם בהחלטה להתייחס מכל אמצעי בדיקה שהוא ובמקומו לשלול את ההשתתפות מהאמהות העצמאיות.

אין גם לומר, כי אם לא יושם סכר זה, תצפנה תביעות שקר של אמהות עצמאיות את המשרד, עד אשר תפגענה באפשרות של יישום מטרת המשרד, וכי ההשתתפות לעצמאיות עלולה להיות מנוצלת לרעה במידה כזאת, שהשלטון וגם הציבור לא יוכלו לעמוד בה. המדובר בקבוצה שולית, אשר הביטה התקציבי הוא מזערי ביותר. מכיוון שכך, אין החלטה זו נמצאת בתוך תחום הסבירות המינהלית, ו"רשות סבירה" לא הייתה מחליטה לוותר על עבודתן של אמהות עצמאיות, אשר שכרן ייצא בהפסדן, בגלל הקושי לאמת את הצהרותיהן על הכנסתן. העתירה מתקבלת.