

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 953/01

בג"ץ 1355/01

בג"ץ 7406/01

בג"ץ 2283/02

בפני :

כבוד הנשיא א' ברק
כבוד המשנה לנשיא (בדימ') ת' אור
כבוד המשנה לנשיא א' מצא
כבוד השופט מ' חשין
כבוד השופט י' טירקל
כבוד השופטת ד' ביניש
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופט א' א' לוי
כבוד השופטת מ' נאור

ח"כ מרינה סולודקין

העותרת בבג"ץ 953/01 :

שינוי – התנועה החילונית ואח'

העותרים בבג"ץ 1355/01 :

ח"כ מרינה סולודקין ואח'

העותרים בבג"ץ 7406/01 :

חברת מעדני מניה תעשיות מוצרי בשר ונקניקים
בע"מ

העותרת בבג"ץ 2283/02 :

נ ג ד

1. עיריית בית-שמש
2. שר הפנים

המשיבים בבג"ץ 953/01 :

1. שר הפנים
2. עיריית בית-שמש

המשיבים בבג"ץ 1355/01 :

1. עיריית כרמיאל
2. ראש עיריית כרמיאל
3. שר הפנים

המשיבים בבג"ץ 7406/01 :

1. ראש עיריית טבריה
2. מועצת עיריית טבריה
3. היועץ המשפטי לממשלה

המשיבים בבג"ץ 2283/02 :

עתיירות למתן צו על תנאי וצו ביניים

| | | |
|--------------|---|--------------------------------|
| (07.12.2003) | י"ב בכסלו התשס"ד | תאריך הישיבה : |
| | בשם העותרת בבג"ץ 953/01 ובשם העותרים בבג"ץ 7406/01 : | בשם העותרים בבג"ץ 1355/01 : |
| | עו"ד זאב פרבר | |
| | בשם העותרים בבג"ץ 1355/01 : | |
| | עו"ד גדעון קורן | |
| | בשם העותרת בבג"ץ 2283/02 : | |
| | בשם המשיבה מס' 1 בבג"ץ 953/01 ובשם המשיבה מס' 2 בבג"ץ 1355/01 : | |
| | עו"ד מרדכי ברקוביץ ; עו"ד עופר גמליאל | |
| | בשם המשיב מס' 2 בבג"ץ 953/01, בשם המשיב מס' 1 בבג"ץ 1355/01, בשם המשיב מס' 3 בבג"ץ 7406/01 ובשם המשיב מס' 3 בבג"ץ 2283/02 : | |
| | עו"ד אבי ליכט | |
| | בשם המשיבים מס' 1 ו-2 בבג"ץ 7406/01 : | |
| | עו"ד שלמה גבע | |
| | בשם המשיבים מס' 1 ו-2 בבג"ץ 2283/02 : | |
| | עו"ד יעקב קרני | |

פסק-דין

הנשיא א' ברק:

עיריית טבריה אסרה, בחוק עזר, על מכירת בשר חזיר ומוצריו בכל תחומי העירייה. עיריית בית-שמש ועיריית כרמיאל אסרו בחוק עזר על מכירת בשר חזיר ומוצריו בחלקים של העירייה, תוך שהתירה מכירתם בחלקים אחרים. האם חוקי עזר אלה נחקקו כדין – זו השאלה הניצבת בפנינו.

1. מאז שנות החמישים של המאה הקודמת לא יורדת השאלה בדבר מכירת בשר חזיר ומוצריו בתחומי הרשות המקומית מעל סדר היום הפוליטי, המשפטי והשיפוטי בישראל (לסקירה ראו ברק-ארז, "גלגולו של חזיר: מסמל לאומי לאינטרס דתי?", משפטים לג 403 (תשס"ג-2003)). תחילה התנו רשויות מקומיות מתן רשיון לניהול עסק בכך שלא יימכר בהם בשר חזיר ומוצריו. משעלתה חוקיותה של התנאה זו בפני בית המשפט הגבוה לצדק, נפסק כי לרשות מקומית אינה נתונה הסמכות להתלות רשיון עסק בהתנאה שלא למכור בשר חזיר ומוצריו. הנשיא אולשן ציין כי מכירת בשר חזיר בתחומי הרשות המקומית "היא לדעתנו בעיה כללית וארצית, שאינה מיוחדת למקום מסויים, ופתרונה נתון לסמכותו הייחודית של המחוקק הארצי, אלא אם כן מצא המחוקק הארצי לנכון להעביר את כוח ההחלטה בעניין זה לסמכויות המקומיות" (בג"ץ 122/54 אקסל נ' ראש העיר, חברי המועצה ובני העיר של אזור נתניה, פ"ד ח' 1524, 1531). הטענה, כי סמכותה של הרשות המקומית לאסור מכירת בשר חזיר נגזרת מחובתה לשמור על הסדר והביטחון בתחומה, נדחתה אף היא. השופט זילברג ציין כי "המחלוקת האידיאולוגיות השונות שבין חלקי האוכלוסיה – כגון דת, לאומיות, סוציאליזם וכדומה – זירת ההתגוששות שלהן היא בכנסת או במוסדות המרכזיים של הממשלה, ולא העירייה או המועצה המקומית היא האחראית להסדרתן או ה'אשמה' באי-הסדרתן" (בג"ץ 155/60 אלעזר נ' ראש העיר בת-ים, פ"ד יד 1511, 1512).

2. במקביל למניעת רשיון לפתיחת עסק בו נמכר בשר חזיר ומוצריו מכוח סמכויות כלליות, נקטו מספר רשויות מקומיות בהליך ישיר: הותקנו חוקי עזר אשר אסרו במפורש על מכירת בשר חזיר בתחומי הרשות המקומית. חוקיותה של חקיקת עזר זו עלתה באמצע שנות החמישים בפני בית המשפט העליון. נפסק כי רשות מקומית אינה מוסמכת, במסגרת חקיקת משנה, לאסור מכירת בשר חזיר. בנמקו גישה זו ציין השופט גויטיין, "שאינן לאפשר לגוף, אשר לו סמכות של חקיקת-משנה בעלת אופי מקומי, להסדיר בעיות דתיות תחת המסווה של הסדרת מכירת בשר במקום מסויים. על הכנסת ולא על העירייה להסדיר ענייני דת" (בג"ץ 72/55 פריידי נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד י' 734, 752).

3. הסדר האיסור למכירת בשר חזיר עבר, איפוא, לכנסת, אשר חוקקה את חוק הרשויות המקומיות (הסמכה מיוחדת), התשי"ז-1956 (להלן – חוק ההסמכה). החוק הוא בן ששה סעיפים. הוא דן באיסור על גידול חזיר ובאיסור על מכירת בשר חזיר ומוצריו. הנושא הראשון הוסדר כעבור מספר שנים בחוק איסור גידול חזיר, התשכ"ב-1962, וההוראות בעניין זה הוצאו מחוק ההסמכה, אשר הוגבל למכירת בשר חזיר ומוצריו בלבד. שני הסעיפים הראשונים קובעים לאמור:

”איסור מכירת חזיר ומוצריו

1. על אף האמור בכל דין אחר, תהא רשות מקומית מוסמכת להתקין חוק עזר שיגביל או יאסור מכירת בשר חזיר ומוצריו הנועדים לאכילה.

תחולת האיסור

2. רשות מקומית רשאית להטיל הגבלה או איסור כאמור בסעיף 1 על כל אזור שיפוטה או על חלק מסויים ממנו, ובלבד שיחול על כל האוכלוסיה באותו אזור או באותו חלק ממנו.”

הוראות נוספות בחוק ההסמכה מעניקות לרשות מקומית סמכויות עזר (סעיף 3) וקובעות כי העובר על הוראת חוק העזר לאחר התקנתו של חוק ההסמכה, אחראי בפלילים (סעיפים 4 ו-6). כן נקבעה הוראה בדבר שמירת סמכויות (סעיף 5).

4. על יסוד חוק ההסמכה התקינו רשויות מקומיות רבות חוקי עזר המגבילים מכירת בשר חזיר ומוצריו. לעתים קרובות הטיל חוק העזר איסור כללי על מכירת בשר חזיר ומוצריו בשטח השיפוט של הרשות המקומית. לעתים האיסור הוגבל לשטח מסויים באזור השיפוט. בכנסת נעשו נסיונות להמיר את ההסדר של חוק ההסמכה באיסור כללי (ראו, למשל, הצעת חוק איסור גידול חזיר (תיקון), התשמ"ה-1985). נסיונות אלה לא הבשילו לכדי חקיקה.

5. במהלך שנות התשעים התרחבה באופן משמעותי מכירת בשר החזיר ומוצריו, חרף האיסורים שנקבעו בחוקי העזר העירוניים. ייתכן כי אחת הסיבות לכך קשורה בגלי העליה הגדולים מחבר המדינות. חלק מעולים אלה, אשר נהגו לצרוך בשר חזיר בארצות מוצאם, הביאו עימם ביקוש לבשר החזיר ומוצריו במקומות מגוריהם. על רקע

זה רבו החנויות המוכרות בשר חזיר ומוצריו בערים בהן התהוו ריכוזים גדולים של עולים מארצות חבר המדינות. במספר רשויות מקומיות הוגשו אישומים פליליים בגין עבירות על חוקי העזר בעניין איסור מכירת בשר חזיר (ראו, למשל, ת.פ. 1312/95 מדינת ישראל נ' רובינשטיין). על רקע זה נדרש היועץ המשפטי לממשלה לנושא חוקי העזר האוסרים מכירת בשר חזיר. הוא הינחה את התובעים ברשויות המקומיות, כי בטרם יוגשו כתבי אישום יבחנו התובעים את סבירות ההגבלות שהוטלו בחוקי העזר בהתאם לצרכיה ולנסיבותיה הספציפיים של הרשות המקומית בה מדובר (ראו הנחיית המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (יעוץ) לתובעים ברשויות המקומיות מיום 19.2.98). הנחיה ברוח דומה הופנתה אל היועץ המשפטי של משרד הפנים, בטרם תאושר התקנתם של חוקי עזר האוסרים מכירת בשר חזיר (הנחיית המשנה ליועץ המשפטי לממשלה ליועץ המשפטי של משרד הפנים מיום 9.3.98).

העתירות

6. לפנינו ארבע עתירות, שעניינן חוקי עזר בשלוש רשויות מקומיות. שתי עתירות מכוונות כנגד חוק עזר לבית-שמש (חזירים ובשר חזיר), התש"ס-2000 (להלן – חוק עזר בית-שמש). חוק העזר הותקן על ידי מועצת העירייה, ואושר על ידי שר הפנים. הוא טרם פורסם ברשומות. חוק עזר זה אוסר על מכירת בשר חזיר באזורים המסומנים על מפה שצורפה לחוק העזר (סעיפים 1 ו-3). אזורים אלה כוללים את כל שטחה של בית-שמש, למעט אזורי התעשייה, המצויים מחוץ לשכונות המגורים בעיר. כנגד חוקיותו של חוק עזר זה עתרה ח"כ מ' סולודקין (בג"ץ 953/01). כן עתרו נגד חוק עזר זה תנועת שינוי, ארבעה בעלים של חנויות מכולת בעיר בית-שמש בהן נמכרים מוצרי בשר חזיר, ותושב הנוהג לרכוש מוצרים אלה (בג"ץ 1335/01). בעקבות העתירה הוצא צו ביניים, שלא לנקוט בפעולות כלשהן במסגרת חוק עזר בית-שמש. בעקבותיו נמנע פרסומה של ההצעה.

7. העתירה השלישית – גם בה עותרת ח"כ מ' סולודקין, וכן שלושה בעלי חנויות לממכר בשר חזיר (בג"ץ 7406/01) נוגעת לשני חוקי עזר בעיר כרמיאל. חוק העזר הראשון (חוק עזר לכרמיאל (בשר חזיר), התשל"ח-1978) אוסר על מכירת בשר חזיר בכל שטח שיפוטה של כרמיאל, למעט אזור התעשייה. חוק העזר הובא לבחינה מחודשת במועצה המקומית, וזו התקינה את חוק עזר לכרמיאל (בשר חזיר), התשס"א-2001. חוק עזר זה ביטל את קודמו, תוך שהרחיב את האזור בו לא חל האיסור על מכירת בשר חזיר בשני אזורים מסחריים בעיר. כנגד חוקיותם של שני חוקי העזר, הישן והחדש, מכוונת העתירה. בעת הדיון בעתירה הוצא בה צו ביניים, אשר דחה את כניסתו

לתוקף של חוק העזר החדש ואסר על עיריית כרמיאל לאכוף את חוק העזר הישן, הכל עד לתום הדיון בעתירה.

8. העתירה הרביעית (בג"ץ 2283/02) מופנית כנגד חוק עזר לטבריה (חזירים ובשר חזיר), התשי"ח-1958 (להלן – חוק העזר טבריה). חוק העזר אוסר על מכירת בשר חזיר בטבריה. העתירה הוגשה על ידי חברה העוסקת בייצור ובשיווק סיטונאי וקמעונאי של מוצרים מבשר חזיר, והמשווקת את תוצרתה, בין היתר, למעדניות בעיר טבריה. העתירה שלפנינו הוגשה בעקבות עתירה קודמת שהופנתה כנגד חוק העזר טבריה (בג"ץ 9533/00). עתירה זו נמחקה לאחר שעיריית טבריה הסכימה, בהמלצת בית המשפט, לשוב ולדון בחוק עזר טבריה, בהתאם לעקרונות של עמדת היועץ המשפטי לממשלה. הנושא חזר למועצת העיר. זו החליטה (ביום 20.11.2001) להותיר את חוק העזר טבריה על כנו.

9. עם קבלת תשובת המשיבים נערך (ביום 19.6.2002) דיון בארבעת העתירות. הדיון התקיים בפני הרכב של שלושה שופטים. הוחלט לבקש פרטים משלימים בדבר נתונים דמוגרפיים וגאוגרפיים בכל רשות מקומית, ובדבר מיקום החנויות המוכרות בשר חזיר. לבסוף, הוחלט על הרחבת ההרכב לתשעה שופטים. ההרכב שמע (ביום 7.12.2003) את טענות הצדדים. לאחר הדיון הוצא – לבקשת העותרת בעתירה כנגד עיריית טבריה (בג"ץ 2283/02) – צו ביניים המורה שלא לאכוף את חוק העזר לטבריה. לאחר סיום הדיון הגישה התנועה להגנות שלטונית בקשה להצטרף לעתירות כ"דיד בית המשפט". איננו רואים מקום לאשר הצטרפות זו, הן בשל האיחור בהגשתה והן לגוף העניין. הבקשה נדחת.

טענות העותרים

10. העותרים טענו בפנינו, כי חוקי העזר נשוא העתירות פוגעים בחופש העיסוק של בעלי החנויות והמשווקים. כן נפגעת זכותו הבסיסית של הציבור החילוני, הצורך בשר לא כשר, לחופש מצפון ולחופש מדת. לדעת העותרים, יש לתת לחוק ההסמכה מובן שעולה בקנה אחד עם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק. לטענתם, השיקול היחיד שניתן להביא בחשבון הוא הפגיעה ברגשות הציבור הדתי. על פי עמדתם, המניע האמיתי לחקיקת חוקי העזר האוסרים על מכירת בשר חזיר ומוצריו הוא מניע דתי-לאומי. חוקי העזר מבקשים לכפות קיום מצוות דתיות על כלל תושבי הרשויות המקומיות. מניע זה הוא פסול. העיריות חרגו מסמכותן בכך שלא פעלו במסגרת תכליתו של חוק ההסמכה, כי אם לשם כפיית מצוות הדת.

11. העותרים מוסיפים וטוענים כי חוקי העזר אינם עומדים בדרישות המידתיות המינהלית ואינם תואמים את ההנחיות של היועץ המשפטי לממשלה. לשיטתם, חוקי העזר אינם מידתיים ואינם סבירים בצורה קיצונית. מידת הפגיעה בזכויותיהם של העותרים ובזכויותיהם של צרכני בשר החזיר ומוצריו עולה על הנדרש. לטענת העותרים, ניתן להסתפק באיסור על מכירת בשר חזיר באזורי מגורים דתיים וחרדיים, שם עלול הדבר לגרום לפגיעה ברגשות הציבור הדתי. הערירות לא בדקו האם קיימים ריכוזים טריטוריאליים של תושבים הצורכים בשר חזיר. בשלושת הישובים שיעור נכבד של עולים מחבר המדינות. רוב רובם של העולים אינם שומרי מסורת. חלק גדול מהם צורך גם בשר חזיר ומוצריו. ככלל, גם אלה הנמנעים מכך אינם רואים באכילת בשר חזיר ומוצריו על-ידי שכניהם משום פגיעה ברגשותיהם. חוקי העזר מתעלמים למעשה מהרכב האוכלוסייה, מצרכיה וממינהגיה. בפני חברי המועצות לא עמדו כל הנתונים והעובדות לשם קבלת החלטה מושכלת וראויה.

12. העותרים מדגישים כי החנויות, המצויות כיום בתחום האיסור, אינן ממוקמות בשכונות דתיות ואינן נמצאות בסמיכות למוסדות דתיים. כמו כן, אין על החנויות סימן היכר מיוחד הקושר אותן בחזיר, ורק בבדיקת המקררים ניתן לעמוד על סוגי הבשר הנמכרים. מכאן שעצם מכירת בשר חזיר בחנויות אינה פוגעת ברגשות של הציבור הדתי. מיקום החנויות ופעילותן המשגשגת מצביעים על הביקוש הרב למוצרים. העותרים מתריעים כי אכיפת חוקי העזר תגרום לפגיעה כלכלית קשה בבעלי החנויות, עד כדי כריתת מטה לחמם. כמו כן, אם יאלצו צרכני הבשר לנסוע אל מחוץ לאזור המגורים, עלולה צריכת הבשר להפוך לבלתי כדאית בעבורם מבחינה כלכלית.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

13. בתשובות שהוגשו מטעם שר הפנים פורטה בהרחבה עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה. גישתו העקרונית היא כי לחוק ההסמכה שתי תכליות השלובות זו בזו. התכלית הראשית היא תכלית דתית, הנובעת מן האיסור ההלכתי על אכילה ומכירה של בשר חזיר ומוצריו. התכלית השנייה היא תכלית לאומית, הנובעת מאירועים קשים במסורת ההיסטורית היהודית הקשורים בחזיר, שהפכו אותו למעין סמל. התכלית הלאומית מרחיבה את היקף הנפגעים הפוטנציאלי מבחינת פגיעה ברגשות אל מעבר לתושבים דתיים בתחומי הרשות. בטיעונים לפנינו הדגיש בא כוח היועץ המשפטי לממשלה את ההיבט הלאומי שבאיסור החזיר. על רקע זה הוא טען כי אין לבחון את חוקיותם של חוקי העזר על פי הסטנדרטים שהותוו בפסיקה להתנגשות בין זכויות לבין

פגיעה ברגשות. בבחינת החוקיות יש לתת ביטוי לתכלית הלאומית שמעצימה את הפגיעה ברגשות הציבור הגם שהמסגרת הכוללת היא פגיעה ברגשות.

14. היועץ המשפטי לממשלה מדגיש כי חוק ההסמכה מעביר את ההכרעה לגבי קביעת האיסור והיקפו הטריטוריאלי אל הרשות המקומית, כך שכל קהילה וקהילה תוכל לעצב את ההסדר הרצוי לה. עם זאת, שיקול הדעת של הרשות המקומית אינו בלתי מוגבל. הוא תחום בתכליות של חוק ההסמכה ובעקרונות המשפט החוקתי והמינהלי. על-פי תכלית החוק, הרשות מוסמכת לקבוע הסדרים המבוססים על שיקולים דתיים ולאומיים. היא מוסמכת להגביל או לאסור מכירת בשר חזיר או מוצריו, גם אם יש בכך הכבדה על האוכלוסייה המבקשת לצרוך בשר זה ועל המוכרים אותו. עם זאת, ההגבלות צריכות להיות מידתיות ומעוגנות בשכל ישר. חובה על הרשות המקומית לשקול במסגרת שיקוליה גם את הפגיעה בעיסוקם של המוכרים את בשר החזיר ואת ההכבדה או המניעה של האפשרות של הציבור לצרוך בשר זה סמוך למקום המגורים. הצורך באיזון אינטרסים עולה גם מלשון חוק ההסמכה עצמו. החוק אינו מדבר רק באיסור גורף אלא גם בהגבלה ומאפשר איסור רק בחלק מתחום הרשות. מכאן שעל הרשות המקומית לשקול תחילה את סיוג האיסור לאזורים מסוימים בתחומה, מתוך התחשבות בצרכים של האוכלוסייה השונות מזה, ומתוך מגמה לממש בתחומי הרשות את הגנאי והסלידה ממכירת בשר החזיר ומוצריו, מזה. לאחר מכן ניתן לבחון את האפשרות של איסור גורף על כל תחומה של הרשות המקומית, במקרים מתאימים לכך, על פי הנסיבות. בקביעת ההסדר, על הרשות המקומית לפעול בהתאם לעקרונות הסבירות והמידתיות, בהתבסס על הרכב האוכלוסייה באותה רשות, ההרכב הדמוגרפי בחלקי אותה רשות, צורכי התושבים, אורח חייהם ונוהגיהם.

15. באשר למידת ההתערבות של השלטון המרכזי בהתקנת חוקי העזר, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי ראוי שהפעלת הסמכות של פסילת חוקי עזר, שאינם עוסקים בשאלות בעלות השפעה על השלטון המרכזי או החורגים מתחומה של אותה רשות מקומית, תיעשה במשורה. ככלל, שר הפנים לא יחליף את שיקול הדעת של הרשות המקומית בשיקול דעתו, מקום בו הרשות פעלה במתחם הסמכות והסבירות. לשר הפנים אין יכולת טכנית לבחון לעומקם את השיקולים שהנחו את הרשות המקומית ואת התשתית העובדתית ששימשה בסיס להתקנת חוק העזר ואין זה ראוי שכך ייעשה.

16. יצויין, כי עמדותיהם האישיות של שרי הפנים, כפי שהובאו בפנינו בתשובות מטעם המדינה, היו שונות זו מזו תכלית השינוי. עמדתו האישית של שר הפנים לשעבר מר אלי ישי הייתה כי במדינה יהודית מן הראוי שברשויות מקומיות בהן מתגוררים תושבים יהודים תיאסר מכירת בשר חזיר ומוצריו בכל תחומי הרשות, וזאת על מנת שלא לפגוע ברגשות התושבים היהודים, וכדי לבטא את תוכנו וערכו הלאומי והדתי של איסור מכירת בשר חזיר ומוצריו. עמדתו האישית של שר הפנים הנוכחי, מר אברהם פורז, היא כי אין זה ראוי שרשות מקומית כלשהי תחוקק חוקי עזר המגבילים מכירת בשר חזיר. לכן, לו היו חוקי העזר של כרמיאל ובית שמש מובאים לשולחנו של שר הפנים פורז, הוא היה פוסל אותם.

המסגרת הנורמטיבית

17. חוק ההסמכה מהווה פשרה בין שתי מגמות סותרות: האחת, איסור כולל על צריכת בשר חזיר ומוצריו בכל רחבי המדינה, בדומה לאיסור שהוחל, לימים (בחוק איסור גידול חזיר, התשכ"ב-1962), על גידול חזיר בכל רחבי הארץ, למעט ישובים מסויימים; האחרת, הימנעות מכל חקיקה, אשר משמעותה – על רקע הפסיקה של בית המשפט בשנות החמישים – היעדר כל איסור על מכירת בשר חזיר ומוצריו. הסדר הפשרה שנקבע בחוק ההסמכה נמנע מהטלת איסור ארצי (כללי או מוגבל) על צריכת בשר חזיר ומוצריו. עם זאת, הוא קבע בעניין זה הסדר משלו, המסמיך את הרשות המקומית לקבוע הסדרים מקומיים בעניין מכירת בשר חזיר ומוצריו. בכך דחה חוק ההסמכה את הגישה שביקשה להשאיר עניין זה להכרעתו האישית של כל פרט. עמד על כך השופט זוסמן בציינו כי בחוק ההסמכה קבע המחוקק פשרה:

"לא להטיל איסור במדדים כלל ארציים, אך את הרשויות המקומיות הסמיך, בתחום שיפוטן, לאסור... מכירת בשר חזיר ומוצריו הנועדים לאכילה" (בג"ץ 163/57 לובין נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד יב 1041, 1076).

על פי ההסדר שנקבע, "תהא רשות מקומית מוסמכת להתקין חוק עזר שיגביל או יאסור מכירת בשר חזיר ומוצריו הנועדים לאכילה" (סעיף 1 לחוק ההסמכה). הגבלה או איסור אלה, אשר רשות מקומית הוסמכה להטיל, יכול שיהיו "על כל אזור שיפוטה או על חלק מסויים ממנו, ובלבד שיחול על כל האוכלוסיה באותו אזור או באותו חלק ממנו" (סעיף 2 לחוק ההסמכה).

18. חוק ההסמכה פתר את קשיי הסמכות שהתעוררו בעבר. הרשויות המקומיות הוסמכו להסדיר את סוגיית מכירתו של בשר החזיר ומוצריו. השאלה המשפטית נעה, איפוא, משאלה של סמכות הטיפול במכירת בשר חזיר ומוצריו, לשאלה של מרחב שיקול הדעת שיש לרשות המקומית ברצותה להסדיר סוגייה זו; ובעיקר בשאלה של התחולה הכללית או המוגבלת ("על כל אזור שיפוטה או על חלק מסויים ממנו") של חקיקת המשנה. ובלשונו של הנשיא אולשן בפסק הדין הראשון שניתן לאחר חוק ההסמכה:

"אין מקום לטענה, שלעירייה בכלל לא היה הכוח להתקין את חוק-העזר הנדון, שהרי חוק ההסמכה הנ"ל העניק לעירייה את הכוח לאסור מכירת בשר חזיר באזור שיפוטה וזה מה שהעירייה עשתה בחוק העזר הנ"ל. לכן, קובלנת בא-כוח המבקש מוסבת רק על שיקול הדעת של העירייה בשל הימנעותה מלהשתמש בכוחה הנתון לה בסעיף 2 לחוק ההסמכה להוציא את האזור, בו נמצאת חנותו של המבקש, מתחולת האסור" (בג"ץ 129/57 מנשי נ' שר הפנים, פ"ד יב 209, 214).

התכליות המונחות ביסוד חוק ההסמכה

19. היקף שיקול דעתה של הרשות המקומית, שעה שהיא מחליטה על חקיקתו של חוק עזר בעניין מכירת בשר חזיר ומוצריו, נקבע על פי הפירוש שינתן לסעיפי ההסמכה שבחוק ההסמכה. פירוש זה מצידו נותן ללשון חוק ההסמכה אותו מובן המגשים את התכלית (הספציפית והכללית), הסובייקטיבית ("כוונת המחוקק") והאובייקטיבית ("כוונת החוק") המונחת ביסוד חוק ההסמכה. מהי תכלית זו? בחינתם של הנתונים מעלה מספר תכליות שיש לקחתן בחשבון.

20. התכלית הראשונה המונחת ביסוד חוק ההסמכה עניינה הרצון להגן על רגשותיהם של יהודים, הרואים בחזיר את סמל הטומאה. תפיסה זו היא, כמובן, ביסודה דתית. "החזיר נחשב מאז ומעולם לסמל התיעוב והשיקוץ והגועל בעיני האדם היהודי" (השופט זילברג בפרשת לובין, עמ' 1065). תפיסה דומה מקובלת גם באיסלאם. עם זאת, התפיסה היהודית אינה אך ביטוי לדיני הכשרות, שהרי אלה אינם מוגבלים אך לבשר חזיר. באיסור על אכילת חזיר גלום, בנוסף לשיקול הדתי, ובזיקה אליו, גם שיקול לאומי, החורג מתפיסה דתית הקשורה לדיני הכשרות, והמשותף לרבים שאינם דתיים או מסורתיים. עמד על כך הנשיא אולשן, בציינו כי האיסור על מכירת בשר חזיר מבוסס

על תפיסה "הרואה באיסור אכילת בשר חזיר דבר שבקדושה, או דבר שהוא בנפשו של הלאום" (פרשת אקסל, עמ' 1531). ידוע הסיפור על מלחמת האחים בין הורקנוס ואריסטובלוס בני ינאי ושלומציון שקידם את הכיבוש הרומאי. על פי הסיפור, הועלה אל הנצורים חזיר במקום כבש לקרבן. "כיוון שהגיע לחצי חומה נעץ צפרניו בחומה ונזדעזעה ארץ ישראל ארבע מאות פרסה על ארבע מאות פרסה. באותה שעה אמרו ארור, שיגדל חזיר" (תלמוד בבלי, מנחות, סד, ב). החזיר כסמל קשור, איפוא, קשר הדוק לכיבוש הרומי ולאבדן העצמאות. ההיסטוריה היהודית מלאה סיפורי גבורה של יהודים שביכרו מות על פני אכילת חזיר. ידוע סיפורה של חנה ושבעת בניה אשר הקריבו את חייהם בסרבם לאכול מבשר החזיר (ספר מכבים ב, ז, א). בצדק ציינה פרופ' ד' ברק-ארז כי "בזיכרון הקולקטיבי של העם היהודי טבועה התודעה שצוררי ישראל בכל הדורות עשו שימוש בחזיר כחלק מרדיפת יהודים והשפלתם" (שם, עמ' 413). אכן, הסלידה מאכילת בשר חזיר טבועה עמוק בתודעה הלאומית של עם ישראל ו"בנפש האומה" (בלשונו של ח"כ מ' בגין, בדבריו בכנסת בעת הדיון בקריאה הראשונה של חוק ההסמכה (ד"כ 20, תשט"ז, עמ' 2428)). ביטוי חריף לתפיסה זו נתנה ח"כ רזיאל-נאור, בציינה כי האיסור על החזיר יש לו:

"שרשים עמוקים מאוד בתודעה הלאומית ובהכרה הלאומית, לא רק בהלכה הדתית, בהלכה התורנית, אלא גם בהכרה הלאומית המשותפת לכלל האומה, כי מה זו הכרה לאומית אם לא תמצית הזכרונות, החוויות וההתרשמויות שעברו כמורשה מדור לדור ואשר הפכו להיות לנכס כולל של בני האומה?" (שם, עמ' 2387).

אכן, החזיר הפך סמל לשנאת ישראל, לאבדן העצמאות ולדיכוי היהודי באשר הוא. תכליתו של חוק ההסמכה הינה להגן על רגשותיהם של יהודים (מאמינים ושאינם מאמינים) הנפגעים קשות ממכירת בשר חזיר ומוצריו.

21. התכלית השניה אשר חוק ההסמכה נועד להגשימה עניינה הרצון להגשים את חירותיו של הפרט. זו היתה תכליתו הסובייקטיבית של חוק ההסמכה. זוהי גם, כתכליתו של כל חוק אחר בישראל, תכליתו האובייקטיבית. חירות זו מעוגנת בפסיקתו העניפה של בית משפט זה מאז קום המדינה. היא מעוגנת כיום בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיפים 2 ו-4). חירות זו כוללת את חירותו של כל פרט לקבוע לעצמו את אורח חייו וממילא את החופש להחליט איזה מזון יקנה ויאכל ואיזה מזון לא יקנה ולא יאכל. איסור על מכירת בשר חזיר פוגעת בחירות זו (ראו פרשת אקסל, עמ' 1531 (הנשיא אולשן); פרשת מנשי, עמ' 217 (השופט ברנזון); פרשת לובין, עמ' 1067

(השופט זילברג). בהיות האיסור מונע משיקולים דתיים, הוא אף פוגע במצפון וב"חופש מדת" (ראו פרשת לובין, עמ' 1079 (השופט זוסמן)). ביסוד תכלית זו מונחת ההשקפה כי "אין כל הצדקה להתערבות המדינה בחופש הפרט" (הנשיא אולשן בפרשת לובין, עמ' 1058), וכי "לא מן הראוי להתערב בחיי הפרט, ולכפות על הציבור אורח חיים אשר אינו מקובל על הכלל כולו" (השופט זוסמן בפרשת לובין, עמ' 1076). זאת ועוד: יש להבטיח את חופש העיסוק של המוכר. איסור על מכירת בשר חזיר ומוצריו פוגע בחופש זה של המוכר. אכן, ביסוד חוק ההסמכה מונחת התפיסה כי כל אדם בישראל נהנה מחופש דת ומחופש מדת; לכל אדם בישראל חופש מצפון וחופש מכפיה דתית או אחרת. "עקרון-על הוא בישראל – מקורו בשלטון החוק (במובנו המהותי) ובהלכה שיצאה מלפני בתי המשפט – שלאזרח ולתושב בה שמורים גם חופש הדת וגם החופש מדת... אין כופים מצוות דת על מי שאינם שומרי מצוות ועל מי שאינם רוצים בקיום מצוות דת" (השופט מ' חשין בבג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מז(5) 485, 497, 507). בצד חופשים אלה מונחת גם "זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח-יד, אשר יבחר לעצמו" (השופט ש"ז חשין בבג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80, 82). זהו חופש העיסוק המעוגן כיום בחוק-יסוד: חופש העיסוק. הוא נגזר מהאוטונומיה של הרצון הפרטי, והוא מהווה ביטוי להגדרה העצמית של האדם (ראו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהל ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 383).

22. התכלית השלישית אשר הפשרה המונחת ביסוד חוק ההסמכה מבוססת עליה, עניינה הסמכת הרשויות המקומיות לקבוע הוראות באשר למכירת בשר חזיר ומוצריו. להבדיל מאיסור על גידול החזיר, שלגביו נקבע הסדר ארצי, לגבי איסור על מכירת בשר חזיר ומוצריו נקבע הסדר מקומי. המטרה היתה, איפוא, כי האיזון בין התכליות הנוגדות – השיקולים בדבר הגנת רגשות דתיים-לאומיים מזה והשיקול בדבר חירות הפרט מזה – לא יעשה ברמה הארצית, על פי נוסחת איזון עקרונית שהמחוקק קבעה. תחת זאת, המטרה היתה לאיזון שיעשה ברמה מקומית. באיזון מקומי זה תהא התחשבות בצביונה של הרשות ובנתונים המשתנים שבכל רשות מקומית. התוצאה היא, איפוא, כי המתח בין שתי התכליות הראשונות הועבר למישור המקומי. שיקול הדעת הוענק לרשות המקומית. מהו היקפו של שיקול דעת זה, וכיצד יש להפעילו? לבחינתן של שאלות אלה נעבור עתה.

שיקול דעתה של הרשות המקומית

23. שיקול דעתה של הרשות המקומית אינו מוחלט. אין היא חופשית להחליט כרצונה. שיקול דעתה של הרשות המקומית, ככל שיקול דעת שלטוני, הוא לעולם מוגבל. עליה להפעיל את שיקול דעתה באופן המגשים את התכלית המונחת ביסוד החוק המעניק לה את שיקול הדעת. בענייננו, עליה להפעיל את שיקול דעתה באופן המאזן כראוי בין התכליות המתנגשות, וזאת על רקע הנתונים המקומיים. אכן, בהפעלת שיקול דעתה על הרשות המקומית להגשים את הפשרה המונחת ביסוד חוק ההסמכה. עמד על כך השופט זוסמן בפרשת לובין:

”בבואנו לבחון את חוק ההסמכה כדי לגלות בו את מצוות המחוקק, מן הראוי שנשוב לרגע קט לרקע ההיסטורי של דבר החקיקה וניתן את דעתנו על כך, שכוונת המחוקק היתה לפשרה בין שתי השקפות עולם הנוגדות זו את זו, ואף אחת מן השתיים לא נדונה על ידיו לביטול. מן המפורסמות הוא, כי חלק מן האוכלוסיה חתר לקראת הטלת איסור גמור, כדי שיעלה משפט המדינה בקנה אחד עם המסורת, אולם המחוקק לא נאות להתכחש לאותו חלק מן הציבור שראה בכך משום כפיה מטעמי דת או מסורת. שני 'מחנות' אלה מצדדים בהשקפותיהם הם, אך המחוקק חפץ ביקרם של שניהם, ואין האחד נידחה – ובטל כולו בפני השני. ראוי, איפוא, לפרשן, שלא יעלים עין מן העובדה הזו שמא תעביר אותו קיצוניותה של השקפה זו או אחרת על דעתו, והוא יגלה בחוק נסתרות שכלל אינן מצויות בו” (פרשת לובין, עמ' 1079).

וברוח דומה פסק השופט לנדוי בדיון הנוסף בפרשת לובין:

”חוק ההסמכה היה פרי פשרה בין חוגי היהדות הדתית, שחתרו לאיסור מוחלט של אכילת חזיר, ובין 'החפשיים' שראו באיסור כזה התערבות בלתי מוצדקת ברשות היחיד. פשרה זו חייבת להדריך אותנו, בפרשנו את כוונתה הקולקטיבית של הכנסת, שנוצרה כתוצאה מ'מקבילית הכוחות' השונים המיוצגים בה. לא נצדק איפוא אם ננקוט פירוש המסיט את קו-הפשרה הזאת ימינה או שמאלה” (ד"נ 13/58 עיריית תל-אביב-יפו נ' לובין, פ"ד יג 118, 123).

פשרה זו מתבקשת גם מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. ביטוייה בצורך לאזן ברמה המקומית בין הערכים היהודיים והלאומיים מזה לבין חירותו של הפרט במדינה דמוקרטית מזה. הוא משתנה "מעניין לעניין ומתקופה לתקופה" (השופט מ' חשין בפרשת מיטרדל, עמ' 508). הוא מבטא את השינויים החלים בחברה הישראלית בתנועתה על פני ההיסטוריה.

האיזון בין התכליות הנוגדות

24. הרשות המקומית – כך קובעת הפשרה המונחת ביסוד חוק ההסמכה – צריכה לאזן בין התכליות הנוגדות, וכל זאת על רקע הנתונים המקומיים. באיזון זה מונחים על הכף האחת של המאזניים ההתחשבות ברגשות הדתיים והלאומיים. הם משקפים יחדיו, במובן הרחב, שיקולים של אינטרס הציבור (ראו בג"ץ 806/88 יוניברסל סיטי סטודינט אינק נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22, 29; בג"ץ 651/03 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(2) 62, 73). שיקולים אלה יש להם חשיבות חברתית רבה, והם עשויים בתנאים מסויימים לצמצם את ההגנה הניתנת לזכויות האדם. מנגד מונחים שיקולים הקשורים לחירות הפרט (המבקש למכור והמבקש לרכוש בשר חזיר ומוצריו). הם משקפים יחדיו שיקולים של זכויות אדם. האיזון (האנכי) ביניהם נעשה על פי המבחנים של מידתיות וסבירות (ראו ע"א 6024/97 שב"ט נ' חברה קדישא גחש"א ראשון-לציון, פ"ד נג(3) 600). מבחנים אלה ממזגים שני סוגים של אמות מידה שפותחו במשך השנים בבית המשפט. מחד גיסא הם מתבססים על מבחנים של מידתיות. אלה פותחו לפני פסקאות הגבלה בחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם. עתה הם מושפעים מפסקאות הגבלה אלה, ובכך יוצרים התאמה בין דין ישן לדין חדש (ראו בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 138; בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 41; להלן – פרשת חורב). מאידך גיסא הם מתבססים על נוסחאות האיזון המקובלות – מבית מדרשו של בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד 8715; ראו א' ברק, פרשנות במשפט 679 (כרך שני, 1994). המתודיקה של ההשתלבות בין מבחני המידתיות במובנם הרחב (תכלית ראויה, ערכיה של ישראל ופגיעה שלא מעבר לנדרש) לבין נוסחאות האיזון ההיסטוריות שפותחו מאז קום המדינה, טרם הוכרעה סופית. לעתים מובאים שני המבחנים – פסקת הגבלה, איזון אנכי בין זכות לאינטרס ציבורי – האחד לאחר השני. לעתים הם מתמזגים האחד בשני (ראו בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 138). בדרך זו נקטתי בפרשת חורב (עמ' 41), בה ראיתי באיזון בין רגשות

דתיים לחופש התנועה חלק מהדרישה בפסקת ההגבלה, כי הפגיעה בזכות תהלוך את ערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית (פרשת חורב). בדרך זו אנקוט גם בפסק דין זה, תוך שאין לנו צורך להכריע במתודה הראויה בפסק דינו זה.

25. בניחותם של מבחנים אלה נעמיד לנגד עינינו דוגמא היפותטית של מועצה מקומית אשר בתחומה שלושה כפרים או שלוש שכונות. המרחק בין הכפרים או השכונות אינו גדול. קיים קשר תחבורתי שוטף בין הכפרים והשכונות, וניתן להגיע מכפר לכפר ומשכונה לשכונה תוך זמן קצר. כפר אחד או שכונה אחת (כפר א') מורכבים מתושבים שרגשותיהם הדתיים והלאומיים ייפגעו אם ניתן יהיה למכור בכפרם בשר חזיר ומוצריו. מצויים בכפר זה מספר תושבים שלא ייפגעו מכך אך מספרם מזערי. הכפר השני או השכונה השניה (כפר ב') מורכבים מתושבים שכל כולם – למעט מספר מזערי של תושבים מתנגדים – מבקשים לרכוש בשר חזיר ומוצריו או אינם מתנגדים לכך. כפר ג' או שכונה ג' מורכבים מתושבים משני הסוגים, בלא אפשרות של הפרדה טריטוריאלית. מה מורה חוק ההסמכה לעניין שיקול דעתה של הרשות המקומית בכל אחד מכפרים או שכונות אלה? דוגמא היפותטית זו משקפת את הבעייתיות שלפנינו. אכן, חוק ההסמכה לא ביקש לקבוע איזון כולל וכללי לכל שטח המדינה. הוא רואה, בכל רשות מקומית, יחידה בפני עצמה, ומאפשר בתוכה חלוקה טריטוריאלית פנימית. דבר זה מוצא את ביטויו בסעיף 2 לחוק ההסמכה הקובע כי רשות מקומית רשאית להטיל הגבלה או איסור "על כל אזור שיפוטה או על חלק מסויים ממנו, ובלבד שיחול על כל האוכלוסיה באותו אזור או באותו חלק ממנו".

כפר א': כל התושבים מתנגדים למכירת בשר חזיר

26. כפר א' מורכב מתושבים שרגשותיהם של כולם, פרט למיעוט מזערי, ייפגעו אם תתאפשר מכירת בשר חזיר ומוצריו בכפרם. ביסוד פגיעה זו ברגשותיהם מונחים טעמים דתיים או לאומיים. האם רשאית מועצת הרשות לקבוע בחוק עזר, כי מכירתו של בשר חזיר ומוצריו במתחם הגיאוגרפי של כפר א' היא אסורה? חוק עזר זה פוגע בזכויות האדם (חופש העיסוק) של אלה הגרים מחוץ לכפר והמבקשים למכור בשר חזיר ומוצריו בכפר א'. כן פוגע הוא בחירות המצפון של התושבים בשני הכפרים השכנים ושל המיעוט הזניח בכפר א' עצמו, המבקשים לקנות בשר חזיר ומוצריו בכפר א', והדבר נמנע מהם. האם פגיעה זו בזכויות האדם חוקית היא? אמת המידה על פיה ניתנת תשובה לשאלה זו נגזרת מעקרון המידתיות המבקש להבטיח מטרה ראויה ואמצעים ראויים להגשמתה. על פי מבחן זה, 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. פשיטא, כי ההגנה על רגשותיהם של אלה המבקשים שלא למכור בשר חזיר ומוצריו בכפרם הולמת את ערכיה של ישראל כמדינה יהודית. זאת, הן בשל הפגיעה ברגשות הדתיים והן בשל הפגיעה ברגשות הלאומיים הקשורים למכירת בשר החזיר. עוצמתה של פגיעה זו עשויה להשתנות מכפר לכפר. היא כמובן מתעצמת בחיבור שבין השיקול הדתי לשיקול הלאומי. היא הולמת גם את ערכיה של ישראל כמדינה דמוקרטית. הטעם לכך הוא – ועמדתי על כך בהרחבה בפרשת חורב – כי חברה דמוקרטית מתחשבת ברגשותיו של כל פרט ופרט ומוכנה בתנאים מסויימים לאפשר פגיעה בזכויות אדם כדי להגן על רגשות. אכן, דמוקרטיה מכירה, מחד גיסא, בקיומה של "רמת סיבולת" של פגיעה ברגשות, אשר כל אחד מבני החברה הדמוקרטית נוטל על עצמו כחלק מההסכמה החברתית המונחת ביסוד החברה. היא מכירה, מאידך גיסא, בצורך להגן על רגשותיו של הפרט אם הפגיעה בהם היא ברמת הסתברות גבוהה (ודאית או קרובה לוודאית במקרה של פגיעה בחופש הביטוי והתנועה בתוך הארץ: ראו בג"ץ 806/88 הנ"ל וכן בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421; פרשת חורב), והיא ממשית, קשה ורצינית, כלומר עולה על "רמת הסיבולת" שניתן להצדיקה בחברה דמוקרטית. כמובן, "רמת הסיבולת" אינה אחידה. היא משתנה מזכות לזכות, מפגיעה לפגיעה, והיא נגזרת מההסתברות של התרחשות הפגיעה. בהפעילנו אמת מידה זו למקרה שלפנינו אניח כי הפגיעה ברגשות הדתיים והלאומיים של התושבים המתנגדים למכירת בשר חזיר ומוצריו בכפרם (או בשכונתם) היא ודאית או קרובה לוודאית והיא מעבר לרמת הסיבולת שניתן להצדיקה בחברה דמוקרטית (השוו בג"ץ 230/73 ש.צ.מ. בע"מ נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד כח(2) 113, 121). עוד אניח כי הפגיעה בזכויות האדם של המתנגדים לאיסור, היא מזערית, שכן חופש העיסוק של המוכרים נפגע אך במעט. אכן רוב רובם של תושבי כפר א' ממילא לא היה קונה בשר חזיר ומוצריו במסגרת כפר א', ואלה המתגוררים מחוץ לכפר א' יוכלו לקנות, כפי שנראה, ללא כל קושי בכפרם שלהם (כפר ב') בשר חזיר ומוצריו. אותם תושבים בודדים של כפר א' המבקשים לקנות בשר חזיר ומוצריו יוכלו לעשות כן ללא כל קושי בכפר ב'. חירותם שלהם נפגעת אך במעט. נראה לי, איפוא, כי בכל הנוגע לכפר א', מניעת מכירתו של בשר חזיר ומוצריו, חרף פגיעתה בזכויות האדם, הולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. היא גם נועדה לתכלית ראויה, שעניינה הגנה על רגשות אלה. האם הפגיעה אינה עולה על הנדרש (ראו בג"ץ 3477/95 בן-עטיה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1)? כידוע, מבחן המידתיות מורכב משלושה מבחני משנה (ראו זמיר, "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה", משפט וממשל ב' 109 (תשנ"ד); בג"ץ 6226/01 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 157). הראשון שבהם הוא הקשר הרציונלי. האמצעי השלטוני (איסור מכירת בשר חזיר

ומוצרים) צריך להוביל, באופן רציונלי, להגשמת המטרה (מניעת פגיעה ברגשות דתיים ולאומיים). מבחן משנה זה מתקיים במקרה שלפני. מבחן המשנה השני הינו, שהאמצעי השלטוני צריך לפגוע בזכותו של הפרט במידה הקטנה ביותר. גם מבחן זה מתקיים במקרה שלפנינו, וזאת בהתחשב באפשרות של מכירת בשר חזיר ומוצרים בכפר ב' הסמוך. מבחן המשנה השלישי קובע כי האמצעי השלטוני אינו ראוי, אם פגיעתו בזכות הפרט היא ללא יחס ראוי לתועלת שהוא מביא בהגשמת המטרה. גם מבחן זה מתמלא במקרה שלפנינו.

27. המסקנה הינה, כי בכפר א', המורכב כולו (למעט מיעוט מזערי) מתושבים המתנגדים מטעמים דתיים ולאומיים למכירת בשר חזיר ומוצרים, ניתן לאסור מכירתו של בשר חזיר ומוצרים. אותה מסקנה תחול אם עניין לנו בעיר המחולקת שכונות שכונות, ובאחת השכונות כל התושבים (למעט מיעוט זניח) מבקשים לאסור מכירת בשר חזיר ומוצרים בשל פגיעה ברגשותיהם הדתיים והלאומיים. אכן, נקודת המבט של חוק ההסמכה היא טריטוריאלית-מקומית, והיא מבוססת על האפשרות של חלוקת העיר לשכונות, תוך התייחסות לכל שכונה כיחידה טריטוריאלית נפרדת לעניין הפעלת שיקול הדעת על פי חוק ההסמכה.

כפר ב': כל התושבים מבקשים לצרוך בשר חזיר ומוצרים או אינם מתנגדים לכך

28. כפר ב' מורכב, על פי הנחתנו, מתושבים שמבקשים לצרוך בשר חזיר ומוצרים, או אינם מתנגדים לכך. יש בו מיעוט מזערי של תושבים שמכירת בשר החזיר ומוצרים תיפגע ברגשותיהם. הניתן לאסור בכפר ב' מכירת בשר חזיר ומוצרים? חוק עזר זה פוגע בזכויות האדם של תושבי הכפר. האם פגיעה זו היא חוקית? על פי הניתוח שעמדנו עליו (ראו פסקה 24 לעיל), הפגיעה בזכויות האדם תהא חוקית אם היא הולמת את ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אם היא נועדה לתכלית ראויה והפגיעה בזכויות האדם אינה עולה על הנדרש. בדוגמא שלפנינו, הפגיעה בזכויות האדם של תושבי כפר ב' אינה הולמת את ערכיה של ישראל כמדינה דמוקרטית. הטעם לכך הוא, שהפגיעה ברגשות הדת והלאום של תושבי כפר א' הנגרמת ממכירת בשר חזיר ומוצרים בכפר ב' היא אמנם וודאית או קרוב לוודאית, אך הפגיעה אינה עולה על "רמת הסיבולת" המקובלת בחברה דמוקרטית. לא הרי עוצמתה של פגיעה ברגשות דת ולאום המתרחשת בקירבה הטריטוריאלית בה אדם מצוי, כהרי עוצמתה של הפגיעה ברגשות אלה המתרחשת במקום אחר. אמת, רגשותיהם של תושבי כפר א' נפגעים אם בקירבת כפרם בכפר ב', מוכרים בשר חזיר ומוצרים. אך זו פגיעה שהיא חלק מהחיים המשותפים בחברה דמוקרטית, ומהצורך לקיים סבלנות וסובלנות. ומה בדבר רגשותיו

של המיעוט הזעום של המבקשים למנוע מכירת בשר חזיר ומוצריו המתגוררים בכפר ב' ? רגשותיהם שלהם בוודאי נפגעים. עם זאת, "חומרתה של הפגיעה ברגשות האדם, ובהם רגשות הדת ואורח החיים הדתי, נבדקת, הן על פי היקפה והן על פי עמקותה" (פרשת חורב, עמ' 50; ראו גם בג"ץ 7128/96 תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(2) 509, 524). לאור מספרם הזניח בכפר ב' של תושבים המבקשים לאסור מכירת בשר חזיר ומוצריו, אין להצדיק בהגנה על רגשותיהם שלהם פגיעה בזכויות האדם של הרוב המכריע. פגיעה כזו אף אינה מידתית (מבחן המשנה השלישי), שכן הפגיעה בזכויות הפרט של רוב רובם של תושבי כפר ב' היא ללא יחס ראוי למניעת הפגיעה ברגשותיו של המיעוט הזניח.

29. המסקנה היא, איפוא, כי בכפר ב', המורכב כולו (למעט מיעוט זעיר) מתושבים המבקשים לצרוך בשר חזיר ומוצריו או אינם מתנגדים לכך, לא ניתן לאסור כדין מכירת בשר חזיר ומוצריו. עמד על כך השופט ברנזון בפרשת מנשי:

"מסעיף 2 של חוק הרשויות המקומיות (הסמכה מיוחדת), התשי"ז-1957, ברור למדי כי הכנסת נתכוונה לאפשר לרשות מקומית להוציא מכלל האיסור או ההגבלה גוש טריטוריאלי. לא הוכח כי בתחום עיריית תל-אביב-יפו קיים ריכוז טריטוריאלי של אנשים המעוניינים במכירת חזיר או באכילת בשר חזיר ועל כן אין מקום לטענה של חוסר סבירות בגלל האיסור הטוטלי שהטילה מועצת העירייה בתחום העיר כולה. יכול היה להיות אחרת אילו היה ריכוז ניכר כזה בתחומי העיר. עוד יותר היה בולט הדבר במקרה של ישוב שלם, שתושביו אינם חרדים בעניין החזיר, הנמצא בתחומי מועצה אזורית החולשת על מספר ישובים נפרדים. במקרים כאלה אפשר היה לאמר כי הכנסת לא נתכוונה לתת סמכות לפגוע, שלא לצורך, באורח חייהם ודרכי התזונה של התושבים שאין להם ולא כלום נגד אכילת בשר חזיר" (עמ' 223).

הוא הדין בעיר, שכל תושבי אחת השכונות שלה מבקשים לצרוך בשר חזיר ומוצריו או אינם מתנגדים לכך.

כפר ג': חלק מהתושבים מתנגדים למכירת בשר חזיר ומוצריו וחלק אינם מתנגדים למכירת בשר חזיר ומוצריו

30. מה דינו של הכפר השלישי (כפר ג')? הוא מורכב מתושבים משני "המחנות", החיים זה בקירבת זה, בלא כל אפשרות לקיים הפרדה טריטוריאלית. ייתכן ויש בו

מחצית המשתייכת למחנה אחד, ומחצית למחנה השני; ייתכן ויש בו שני שליש או ארבע חמישיות המשתייכים למחנה האחד ושליש או חמישית המשתייכים למחנה האחר. התושבים משני המחנות חיים זה בצד זה, תוך שחל בהם האיסור הקבוע בחוק ההסמכה להבחין, לעניין החוק, בין סוגים של אוכלוסיה "באותו אזור או באותו חלק ממנו" (סעיף 2). האם ניתן כדין לאסור מכירת בשר חזיר ומוצריו, בכפר ג' ? כמוכן, אם ניתן לקיים הפרדה טריטוריאלית בכפר ג' בין שני המחנות, יחול בהם דין כפר א' וכפר ב'. אך מה הדין אם הפרדה כזו אינה אפשרית? דומה שעיקר מטרתו של חוק ההסמכה הוא להסדיר דווקא מצב דברים זה. אכן, עיקרו של חוק ההסמכה לא בא להסדיר מכירת בשר חזיר ומוצריו בכפר א' שכל תושביו מתנגדים למכירת בשר חזיר ומוצריו. הטעם לכך הוא מעשי: מעטים הם המקרים בהם יבקשו אנשים למכור ולקנות בשר חזיר ומוצריו דווקא בכפר א'. אכן, איננו זקוקים לחוק ההסמכה כדי להסדיר את בעיית מכירת בשר החזיר ומוצריו במאה שערים. בדומה, חוק ההסמכה אינו ממלא תפקיד חשוב בכפר ב' שכל תושביו מתנגדים להטלת איסור על מכירת בשר חזיר ומוצריו. אין להניח כי חברי מועצת הרשות המקומית יבקשו להטיל איסור מכירת בשר חזיר בישוב נוצרי, למשל. אכן, עיקר תפקידו ומטרתו של חוק ההסמכה הוא להסמיך רשות מקומית להתקין חוק עזר שיגביל או יאסור מכירת בשר חזיר ומוצריו ברשויות מקומיות בהם חיים ביחד, זה לצד זה, תושבים משני המחנות, בלא אפשרות של הפרדה טריטוריאלית. מה היקף שיקול דעתה של הרשות המקומית על פי הסמכות שניתנה לה בחוק ההסמכה?

31. אף כאן, כמו בכפרים א' ו-ב', אנו פונים לאמת המידה לפיה החלטה של רשות שלטונית עשויה לפגוע כדין בזכויות אדם אם הפגיעה היא מידתית, כלומר הולמת את ערכיה של מדינת ישראל, אם היא נועדה לתכלית ראויה, ואם היא אינה עולה על הנדרש. האם מתקיימים תנאים אלה בכפר ג' ? איסור על מכירת בשר חזיר ומוצריו בכפר ג' פוגע כמוכן בחופש העיסוק ובחופש המצפון ("חופש מדת") של חלק מתושבי הכפר. פגיעה זו הולמת את ערכיה של ישראל כמדינה יהודית. האם היא הולמת את ערכיה כמדינה דמוקרטית? האם הפגיעה ברגשות התושבים המתנגדים למכירת בשר חזיר ומוצריו היא מעבר ל"רמת הסיבולת" שכל אדם בחברה דמוקרטית צריך לקבלה כחלק מההסכמה החברתית עליה בנויה החברה? כידוע, "רמת הסיבולת" אינה אחידה. היא משתנה מזכות לזכות, מפגיעה לפגיעה. עמד על כך השופט זמיר בציינו:

"רמת הסיבולת של הרגשות, שרק פגיעה מעבר לרמה זאת תצדיק הגנה על הרגשות, אינה קבועה ואינה אחידה לכל מצב. הרמה תלויה, בין השאר, בשאלה מה עומד נגד הפגיעה ברגשות; למשל זכות יסוד כמו חופש

הביטוי או אינטרס חומרי כמו רווחיות כספית? בהתאם לכך יכולה רמת הסיכולת להשתנות. היא יכולה להיות גבוהה אם ההגנה על הרגשות מחייבת פגיעה בחופש הביטוי; היא עשויה להיות נמוכה יותר אם ההגנה על הרגשות מחייבת פגיעה ברווחיות כספית. הרמה תיקבע לפי האיזון שבין האינטרסים המתנגשים בנסיבות המקרה, והיא משקפת את המשקל היחסי, כלומר, את החשיבות החברתית, של אינטרסים אלה" (בג"ץ 7128/96 תנועת נאמני הר-הבית נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(2) 509, 521).

אכן, בקביעתה של "רמת הסיכולת" עלינו להתחשב במהות הזכות הנפגעת, במידת הפגיעה בה, במידת הפגיעה ברגשות ובהסתברות לפגיעה זו (ראו בג"ץ 4644/00 יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השניה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נד(4) 178). לעניין מהות הזכות נפסק, כי לא כל הזכויות הן בעלות מעמד שווה. בהקשר זה יש להתחשב גם במכלול פרמטרים נוספים ובהם "התחום שהחקיקה הפוגעת עוסקת בו (כלכלי, חברתי-סוציאלי, ביטחוני ועוד), הטעמים שבבסיס הזכות המוגנת וחשיבותה החברתית היחסית, מהות הפגיעה בזכות ועוצמתה במקרה קונקרטי, נסיבות הפגיעה והקשרה וכן מהות הזכויות או האינטרסים המתחרים" (השופטת ד' ביניש בבג"ץ 4769/95 הנ"ל, בעמ' 258). לעניין הפגיעה ברגשות, יש להתחשב כמובן בעוצמת הפגיעה, בהיקפה ובעמקותה. לעניין הסתברות הפגיעה, זו משתנה מזכות לזכות.

32. האם איסור על מכירת בשר חזיר ומוצריו בכפר ג' הולם את ערכיה של ישראל כמדינה דמוקרטית? לאור ריבוי המשתנים, יש לבחון מקרוב את הנתונים המקומיים. ישובים שונים יכולים להגיע לתשובות שונות, גם אם שיעור התושבים המתנגדים למכירת בשר חזיר ומוצריו בהם הינו דומה. על דרך ההכללה, ישובים מסוג כפר ג' יכולים להגיע למסקנה כי מכירת בשר חזיר בתוך כפרם או בתוך שכונתם של תושבים המתנגדים לכך מטעמים דתיים ולאומיים עוברת את "רמת הסיכולת" שכל תושב ביישובו צריך לסבול כחלק מהחיים המשותפים במקום. עניין לנו, כפי שראינו, בפגיעה ברגשות דת, ופגיעה ברגשות לאומיים חזקים המאפיינים את המתנגדים למכירת בשר חזיר ומוצריו. היטיב להביע עוצמה זו נתן אלתרמן בשירו "חופש-הדעות והטלפיים":

"דומה כי בלבה של כל אָמה – ושבעתיים באָמה הזאת
ובזה הנוף שהוא ערשה –

יש זכרוני סלידות מסימות שנחרתו בחרב ובשוט
והטבעו כיצר אשר לא מדעת.

לכן חשים גם אלה אשר לא יבדילו בין מפריס פרסה
ושאינו מפריס פרסה

כי בעשות אמה עברית בישראל את החזיר לעקרון, כל
יעבר, עובר בתולדותיה רעד.

כי נמוקם של אדוקי הדת והחברה החילונית ונמוקה

כאילו משלימים הפעם זה את זה... קצת משנה, אבל
קשה על כך לפסח. מצד אחד הדת, מצד שני – קצת
גיאוגרפיה עתיקה וקצת היסטוריה ארכה...

ומצבו של החזיר באמצע קצת לא נוח" (הטור השביעי
237 (ספר שני, תשל"ה)).

עם זאת, בישוב מעורב, בו קיים ולו מיעוט שחירותו תיפגע אם ייאסר על מכירת בשר
חזיר ומוצריו, יש להבטיח כי הפגיעה בחירות תהא מידתית. תנאי זה יקויים, אם יובטח
כי ימצא מקום בכפר (ולו בפאתיו) – ואם בקירבתו של כפר אחר (כגון כפר ב') לאותו
ישוב – בו ניתן יהא לקנות ולמכור בשר חזיר ומוצריו. מיקומו של אתר המכירה ישתנה
מישוב לישוב. הוא ישקף את הנתונים המקומיים, תוך איזון ראוי בין הזכות והפגיעה
בה, בנסיבות העניין, לבין האינטרס הציבורי והפגיעה בו באותן נסיבות. בכל המקרים
הללו יש להבטיח כי מקום המכירה הוא נגיש, וכי ניתן, הלכה למעשה, לקיים בו מקום
למכירת בשר חזיר ומוצריו ולרכוש בו מוצרים אלה.

33. ניתוח זה מצביע על הקשר בין עוצמת הפגיעה ברגשות הדתיים והלאומיים של
אלה המבקשים למנוע מכירת בשר חזיר ומוצריו לבין עוצמת הפגיעה בחופש העיסוק
ובחירות, במצפון ובחופש מדת של אלה המתנגדים להטלת האיסור. קשר זה משתנה
כמובן ממקום למקום, מכפר לכפר. על יסוד ההנחות אותן הנחתי – ובהן קשר
תחבורתי שוטף בין כפר ג' לכפר ב', ואפשרות מעשית לפתוח בכפר ב' או בפאתי כפר
ג' חנות לממכר בשר חזיר ומוצריו – נראה לי כי ניתן להצדיק בחברה דמוקרטית את
הפגיעה בזכויות האדם של המתנגדים לאיסור מכירת בשר חזיר ומוצריו בשל הפגיעה
ברגשות דתיים ולאומיים של המבקשים לקיים איסור זה.

34. האם חוק עזר האוסר על מכירת בשר חזיר ומוצריו בכפר ג' פוגע בזכויות
התושבים של כפר ג' המתנגדים לאיסור במידה העולה על הנדרש? האם דרישת
המידתיות מתקיימת? על מבחני המשנה של מבחן זה עמדנו (ראו פסקה 26 לעיל).
מבחן המשנה הראשון ("מבחן הקשר הרציונלי") מתקיים. כמו בכפר א', גם בכפר ג',
איסור על מכירת בשר חזיר ומוצריו יביא למניעת פגיעה ברגשות דתיים ולאומיים.

מבחן המשנה השני ("מבחן הפגיעה הפחותה") יתקיים רק אם יובטח כי תושבים המבקשים למכור בשר חזיר ומוצריו ולצרוך אותם יוכלו לעשות כן בכפר ב' או בפאתי כפר ג'. מבחן המשנה השלישי ("מבחן המידתיות במובן הצר") מתקיים, שכן יש יחס סביר בין מידת הפגיעה בזכות האדם – בהינתן החלופות השונות – לבין מידת הפגיעה ברגשות.

35. מסקנתי היא, איפוא, כי אם יובטחו התנאים עליהם עמדתי – ובמרכזם נגישות ראויה בכפר ב' או בפאתי כפר ג' – תוכל הרשות המקומית, המאגדת את שלושת הכפרים, לאסור מכירת בשר חזיר ומוצריו בכפר א' ובכפר ג'. ביסוד גישתי זו מונחת הפגיעה הקשה באינטרס הציבור ממכירת בשר חזיר ומוצריו. זוהי פגיעה ברגשות הדת וברגשות הלאומיים גם יחד, כאשר האחרונים מעצימים את הראשונים. עם זאת, בכך בלבד אין להצדיק פגיעה בזכויות האדם. פגיעה כזו תהא חוקית רק אם יובטח כי ניתן להפחית את עוצמת הפגיעה בזכויות האדם בעניין שלפנינו על ידי קיום התנאים עליהם עמדתי. בכך אני רואה איזון ראוי בין התכליות המתנגשות (השוו ע"פ 217/68 יזראמקס נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(2) 343, 364). אין לנו עניין בכפיית מצוות על המתנגדים לכך, שכן מתאפשרת בקלות יחסית רכישה של בשר חזיר ומוצריו (השוו פרשת מיטראל, עמ' 507).

36. מרכיב מרכזי בפשרה המונחת ביסוד חוק ההסמכה הינו שיקול דעתה של רשות המקומית. כמובן, שיקול דעת זה אינו מוחלט. הרשות המקומית אינה חופשית לעשות כרצונה. עליה לפעול במסגרת אמות המידה עליהן עמדנו. עליה לבחון, על רקע המציאות המקומית, את עוצמת הפגיעה ברגשות מזה, ואת עוצמת הפגיעה בזכות מזה. עליה לבדוק את החלופות המעשיות בכל הנוגע למכירת בשר חזיר ומוצריו. לעתים בחינה זו מעלה פתרון חוקי אחד בלבד. לעתים יהיו מספר פתרונות חוקיים. נוצר "מתחם חוקיות", או "מתחם מידתיות" (ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 437; פרשת מנחם, עמ' 250). הכרעה בגדרי מתחם זה היא בידי הרשות המקומית. בכך ניתן ביטוי למרכיב מרכזי עליו מבוססת הפשרה שביסוד חוק ההסמכה, שהרי השיקולים המקומיים הם בעלי חשיבות רבה, ואין כמו הרשות המקומית להערכתם. בצדק צויין בהקשר דומה כי אין כמו הרשות המקומית ביכולתה "להתחשב בהרכב האוכלוסייה של כל מקום ומקום, הרגליה ודרכי חייה ובצביונו של אותו מקום" (השופט י' כהן בע"פ 858/79 לפיד נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 386, 391). אך מעבר לכך: בכך ניתן ביטוי לא רק לעקרון הפרדת הרשויות אלא גם למעמדה המיוחד של הרשות המקומית. מעמד זה קשור ל"עקרון-האוטונומיה" (ראו דברי השופט מ' חשין בבג"ץ 3791/93 משלב נ' שר הפנים, פ"ד מז(4) 126, 131),

ולהיות הרשות המקומית הנבחרת בבחירות דמוקרטיות והמהווה מעין "כנסת זוטא" (ראו עע"מ 5042/01 גדבאן זיד נ' פארס כמאל – חורפיש, פ"ד נו(3) 865, 898). בצדק ציין בלנק כי "השלטון המקומי הוא (גם) ביטוי של דמוקרטיה בהיותו נבחר על ידי הקהילה הפוליטית המקומית" (ראו בלנק, "מקומו של ה'מקומי': משפט השלטון המקומי, ביזור ואי-שוויון מרחבי בישראל", משפטים לד 197, 211 (תשס"ד); ראו גם א' וינוגרד, דיני רשויות מקומיות 3 (כרך ראשון, מהדורה חמישית, 1998)).

37. ניתן עתה, על רקע הדוגמא שהבאתי, לעמוד על היקף שיקול דעתה של הרשות המקומית. כאשר האוכלוסיה של יחידה טריטוריאלית (כפר במסגרת מועצה אזורית; שכונה במסגרת עירונית) היא הומוגנית, הפתרון נראה פשוט. הקושי מתעורר במצבים ה"מעורבים", בהם כל "קבוצה" מהווה חלק משמעותי של האוכלוסיה המקומית, בלא שניתן להפריד בין הקבוצות. במצב דברים זה, 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; את דרכי התחבורה לאותן חנויות ואת מעשיות השימוש בתחבורה זו. אם בחינה זו מעלה שהחלופות הן מעשיות ניתן לאסור מכירת בשר חזיר ומוצריו באותה יחידה טריטוריאלית. בכך מתגשמת הפשרה עליה מבוסס חוק ההסמכה.

חוק ההסמכה – הלכה למעשה

38. פרשנו את הוראות חוק ההסמכה על פי התכלית המשולשת המונחת ביסודן. מפרשנות זו עלו אמות המידה לאיזון בין הפגיעה ברגשות הדתיים והלאומיים מזה, לבין הפגיעה בזכויות האדם מזה. פרשנות זו משפיעה במישרין על היקף שיקול דעתה של הרשות המקומית בהתקינה חוק עזר בעניין מכירת בשר חזיר ומוצריו. היא משפיעה על היקף שיקול דעתו של שר הפנים (בהפעלת הסמכות הנתונה לו לפי סעיף 258 לפקודת העיריות [נוסח חדש]). בנסיבות אלה, 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, וזאת על רקע אמות המידה המאזנות בין הערכים המתנגשים כפי שהוא עולה מפרשנותו של חוק ההסמכה. שר הפנים אף הוא ישקול מחדש את עמדתו שלו. אנו עצמנו איננו מביעים כל עמדה באשר להתאמתם של חוקי העזר נשוא העתירות שלפנינו לאמות המידה הנדרשות מחוק ההסמכה. לשם עריכתה של בחינה מחודשת זו, אנו משעים את חוק העזר לטבריה, את חוק העזר לכרמיאל

(בשר חזיר), התשל"ב-1978 וחוק העזר לכרמיאל (בשר חזיר), התשס"א-2001 ואת חוק העזר לבית-שמש. בטרם ייכנס כל אחד מחוקי העזר החדשים לתקפו תימסר הודעה מראש של שלושים יום לעותרים, על מנת שיוכלו לכלכל את צעדיהם.

39. הבחינה המחודשת על ידי הערירות (המשיבות) חייבת להתמקד בנתונים המקומיים של כל עירייה. בהקשר זה על הערירות לבחון ראשית, את עוצמת הפגיעה ברגשותיהם של בני המקום (מאמינים ושאינם מאמינים כאחד) הנפגעים ממכירת בשר חזיר ומוצריו. עוצמתה של פגיעה זו אינה אחידה, והיא משתנה ממקום למקום ומאדם לאדם. יש והיא מעבר לרמת הסיכולת של אדם בחברה דמוקרטית. יש והיא נופלת מרמה זו. יש לערוך בחינה שהיא מיוחדת לכל עירייה. עוצמת הפגיעה מושפעת מנתונים גיאוגרפיים, כגון המרחק בין מגורי אותם תושבים לבין המקום הקרוב ביותר בו ניתן למכור בשר חזיר ומוצריו. שנית, על העירייה לבחון את מידת הפגיעה בזכויותיהם של אלה המבקשים למכור ולקנות בשר חזיר ומוצריו, בין היתר, על רקע המצב הקיים ערב חקיקת חוק העזר. עליה לבחון את היקף הפגיעה הלכה למעשה בחופש העיסוק של כל אחד מהמוכרים בשר חזיר ומוצריו בתחומיה, וזאת על רקע מכלול עיסוקו, היקפו והשקעותיו אם מכירתם תאסר עליו. עליה לבחון את החלופות המעשיות העומדות לרשותם, ואת יכולתם לממש חלופות אלה. בהקשר זה יש לתת משקל מיוחד ל"תקופת המעבר" הנדרשת כדי לאפשר למוכרים להעביר את עסקיהם למקום חדש, אם זה הפתרון שיימצא ראוי. אורכה של תקופת מעבר זו משתנה ממקום למקום, ויש לתת עליו במיוחד את הדעת. כן עליה לבחון את האפשרויות המעשיות השונות העומדות לרשות אלה המבקשים לרכוש בשר חזיר ומוצריו, ואת מידת הפגיעה בהם. לבסוף, על רקע עוצמת הפגיעה ברגשות מזה ועל רקע היקף הפגיעה בזכויות האדם מזה, על העירייה לתת דעתה לשאלה אם ייקבע איסור על מכירת בשר חזיר ומוצריו אם לאו; ואם ייקבע איסור, האם הוא יהא מלא ("כל אזור שיפוטה") או חלקי ("חלק מסויים ממנו"). הכרעה זו צריכה לשקף את צביונה של העיר; את חלוקתה לשכונות, לאזורים ולרחובות שונים; את מידת החיים בצוותא, בתוך השכונות השונות, בין תושבים שרגשותיהם ייפגעו אם בשר חזיר ומוצריו יימכרו בקרבתם לבין אלה שזכויותיהם ייפגעו אם בשר החזיר ומוצריו לא יימכרו בקרבתם; את הפתרונות המעשיים השונים שניתן לנקוט בהם, על רקע הנתונים המאפיינים כל עירייה; את המרחקים וזמני הנסיעה בין מקום למקום; את האפשרות לייחד מקומות לממכר בשר חזיר ומוצריו בתוך השכונות השונות או מחוצה להן.

40. ההכרעה בפניה עומדת העירייה עשויה להיות קשה. היא תשקף את מידת הסובלנות כלפי הדעה הנוגדת המאפיינת את תושביה של העירייה. היא תתן ביטוי ללכידות החברתית וליכולתם של תושבים בעלי השקפות שונות ומנוגדות לחיות בצוותא. אכן, נזכור נא כולנו כי חיים משותפים אינם הכל או לא כלום; חיים משותפים הם ביטוי לויתורים הדדיים, המשקפים דו-קיום בחברה רב-גונית; הם מבוססים על התחשבות בדעותיו וברגשותיו של הזולת; הם פרי הכרה כי כדי שנוכל לחיות ביחד, יש להכיר בייחודו של כל אחד מאיתנו, ובכך כי ייחוד זה יוכר רק אם נוכל לחיות ביחד.

התוצאה היא, כי אנו מחזירים העניינים נשוא העתירות לעיריות המשיבות, על מנת שישקלו בהם ויחליטו בהם מחדש לאור אמות המידה עליהן עמדנו, בלא שננקוט כל עמדה באשר לגוף החלטתן. עד להחלטה חדשה יושעו חוקי העזר, כאמור בפסק דיננו. בכפיפות לאמור לעיל, אנו מחליטים לדחות את העתירות.

ה נ ש י א

המשנה לנשיא (ת' אור):

אני מסכים.

המשנה לנשיא (בדימ')

המשנה לנשיא א' מצא:

אני מסכים.

המשנה לנשיא

השופט מ' חשין:

אני מסכים.

שופט

השופט י' טירקל:

אני מסכים.

שופט

השופטת ד' ביניש:

אני מסכימה.

שופטת

השופטת א' פרוקצ'יה:

אני מסכימה.

שופטת

השופט א' א' לוי:

אני מסכים.

שופט

השופטת מ' נאור:

אני מסכימה.

שופטת

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא א' ברק.

ניתן היום, כ"ה בסיון התשס"ד (14.6.2004).

המשנה לנשיא

המשנה לנשיא (בדימ')

הנשיא

שופטת

שופט

שופט

שופטת

שופט

שופטת