

העותרות בעת"מ 1036-12-11: 1. א' ש'
2. האגודה לזכויות האזרח בישראל

העותרת בעת"מ 21575-02-12: נ' ק'

כולם ע"י ב"כ עוה"ד גיל גן-מור ואח'
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
רח' נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154
טל': 03-5608185; פקס: 03-5608165

- נ ג ד -

המשיב: **משרד הבינוי והשיכון**
ע"י פרקליטות מחוז ירושלים (אזרחי)

עיקרי טיעון מטעם העותרות

בעתירות התבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב כי סעיף 1.2 לנוהל השתתפות בתשלום שכר הדירה (הוראה 08/04) – בטל; וכי העותרות זכאיות לממש את הסיוע בשכר הדירה, לו הן זכאיות, בקיבוץ זיקים או בדבורייה או בכל ישוב בו תחפוצנה. סעיף 1.2 לנוהל השתתפות בתשלום שכר הדירה של המשיב (להלן – הסעיף) מונע מזכאים לממש את הסיוע במאות ישובים קטנים, מהסוג שבהן גרות העותרות.

מתגובת המשיב לעתירה עולה בבירור, כי שנים ארוכות הפר המשיב את התחייבויותיו לבג"ץ משנת 1999. אז הודה המשיב כי אינו יכול למנוע בצורה שרירותית את מימוש הסיוע על פי רשימה שרירותית של ישובים, שהפלתה בבירור את הזכאים מהאוכלוסייה הערבית. המשיב הצהיר כי יחדל לפעול בשרירותיות וגיבש את הקריטריונים נשוא העתירה.

המשיב טען אז, כמו היום, כי אסור לאפשר לזכאים לממש את הסיוע בישובים קטנים כיוון שהדבר יוביל לעלייה בשכר הדירה בישובים, הסיוע יתגלגל למשכירים, ובנוסף יהיו בישובים אלו חוזים פיקטיביים. אלא שעוד לא יבש הדיו על תצהירו, שהוגש לבג"ץ, ובניגוד מוחלט לכל האזהרות, הכניס לרשימת הישובים 414 ישובים קטנים, רובם המוחלט קיבוצים ומושבים של האוכלוסייה היהודית, שלא עמדו בקריטריונים הכלליים. זה נעשה באמצעות חריג שקבע המשיב, שאפשר מימוש הסיוע בשכר דירה בישובים שייקבע המשיב באזורי עדיפות לאומית, גם אם אינם עומדים בקריטריונים

הכלליים. בכך שהחריג את מאות הישובים, לא רק שהמשיב החזיר את השרירות והאפליה אלא גם סתר באופן מובהק את כל הרציונלים שבבסיס הנוהל.

משנחשף העניין, במקום להודות בטעותו, במקום להודות שנבואות הזעם התבדו באותם 414 ישובים, ובמקום לעשות את הדבר המתבקש - לאפשר לכל הזכאים לממש את הסיוע היכן שיחפצו, מנסה המשיב לתקן עוול באמצעות עוול חדש - הפסקת הסיוע לזכאים גם בישובים שכבר הוחרגו, תוך פגיעה ממשית בזכויות של זכאים הגרים בהם.

כשרשות מבקשת לבטל מדיניות בגינה ניתנה לאנשים זכאות מסוימת, מוטל עליה נטל כבד להצדיק את השינוי, שכן אין מדובר בהחלטה שנכתבת על לוח חלק אלא על בסיס מציאות שכבר נוצרה, ויצרה הסתמכות וציפיות בקרב מי שנסמך עליה. שינוי מדיניות יוצדק אם ישנו שינוי נסיבות מהותי. גם אם אותם 414 ישובים הוחרגו בחטא, אחרי שנים כה ממושכות, שינוי חד במדיניות מחייב הסבר מבוסס. המשיב אפילו לא טורח להסביר מה הביא אותו עכשיו לשלול מזכאים, שמעוניינים להתגורר באותם 414 ישובים, את הזכות להמשיך ולעשות זאת.

המשיב מתנהל באופן זגזגני, תוך סתירות פנימיות עמוקות בין הצהרותיו לבין מעשיו בפועל, הוא מתבסס על ספקולציות לקויות מבחינה תיאורטית, בלי לטרוח לגבות את אמירותיו בתשתית עובדתית כלשהי, ולמיטב ידיעת העותרות, מטיל הגבלות שאינן קיימות במדינות אחרות.

על בסיס רעוע ולקוי זה, מבקש עתה המשיב להגן על הנוהל, הפוגע בצורה קשה בזכותה של אוכלוסיה מוחלשת ומעוטת אמצעים לכבוד, על ידי שלילת מעשית של יכולתם של זכאיות לממש את זכותן החוקתית לבחירת מקום המגורים, וזכויות נוספות, בלי לוותר על מקור תמיכה בסיסי והכרחי, המגיע להן כדין.

לאור זאת יתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את העתירה, ולפסול את ההגבלה על מימוש הסיוע בישובים קטנים ולמצער, להורות למשיב לקבוע מדיניות מידתית יותר.

המשיב מזגזג, אומר דבר אחד ופועל אחרת

1. כמפורט בעתירה, עד שנת 1999 הגביל המשיב את האפשרות לממש את הסיוע בשכר דירה בישובים שנכללו ברשימה שרירותית, ומנע בפועל את אפשרות המימוש בישובים קטנים של האוכלוסייה הערבית.

2. בעקבות עתירה לבג"ץ, שהגישה העותרת 2 (פרשת **שיבלי**), נאלץ המשיב להודות כי פעל שלא כדין, אך במקום לבטל את ההגבלה ולאפשר את מימוש הסיוע בצורה אחידה בכל הישובים, התעקש המשיב על הקריטריונים הנתקפים בעתירה זו, שהם:

א. הישובים הינם ערים.

ב. ישובים שאינם ערים אך מספר התושבים בהם גדול מ-1,000 ועל פי מפקד האוכלוסין האחרון היו בישוב לפחות 5% משקי בית ששכרו דירה מבעל בית פרטי והם מנו לפחות 30 משקי בית.

ג. ישובים אחרים באזורי עדיפות לאומית א', שאינם כלולים בסעיפים א' ו-ב'.

3. המשיב אז הזהיר כי מתן אפשרות לממש את הסיוע בשכר דירה בישובים קטנים, שאין בהם שוק שכירות ממשי, תוביל לתוצאות לא רצויות – עליית שכר דירה בישוב שיגרום לכך שהסיוע יעבור בסופו של דבר למשכירים, ויצירת חוזים פיקטיביים לצורך מימוש הסיוע. לאור זאת החליט בג"ץ למחוק את העתירה, תוך שהוא מציין, כי "ראוי לאפשר לעותרים זמן מסוים על-מנת לבחון את תוצאות הפעלת הנוהל החדש, שלאחריו תהיה פתוחה בפניהם הדרך לשוב ולפנות לבית-המשפט זה, אם תימצא להם עילה". כמו כן פסק בג"ץ, כי "אף על המדינה לקיים מעקב אחר אופן יישום הנוהל החדש, ולצבור נתונים שיאפשרו לעמוד על השלכותיו". בג"ץ אף זיכה את העותרים בהוצאות משפט למרות שהעתירה נמחקה.

בג"ץ 2101/99 **שבלי נ' שר הבינוי והשיכון** (מיום 21.4.02) (ע/4).

4. תוך זמן לא רב, לאחר שנסתיימה פרשת **שבלי**, שכח המשיב את נבואות הזעם, את ההשלכות הקשות שצפה, וגם שכח את התחייבותו לשמור על השוויון. **המשיב, כפי שעולה בבירור מתשובתו לעתירה, הכניס, או יותר נכון החזיר, לרשימת הישובים בהם ניתן לממש את הסיוע לא פחות מ-414 ישובים קטנים, שלא עמדו בקריטריונים הכלליים, דרך החרג של אזור עדיפות לאומית. רובם המוחלט של ישובים אלו הוא ישובים של אוכלוסייה יהודית** (פיסקה 13 לתגובת המשיב; נספח כ"ה לתגובת המשיב). הישובים הללו לא שונים במאפייניהם מישובים כמו זיקים או דבורייה. התנהלות זו אינה רק מזוגגת ולא קוהרנטית, היא שערורייתית ומהווה הפרה בוטה ברגל גסה של התחייבויות המשיב בפני בג"ץ.

5. בעניין **שיבלי** הציג המשיב בפני בג"ץ מצג, לפיו הקריטריונים החדשים ישמרו על השוויון. מצג זה היווה את הבסיס למחיקת העתירה. ספק רב אם שופטי בג"ץ חזו או צפו אפשרות, שלאחר התחייבות המדינה לתקן את האפליה השרירותית ברשימת הישובים, יחזיר המשיב ויכניס לא פחות מ-414 ישובים קטנים שאינם עומדים בקריטריונים לרשימה, רובם המוחלט ישובים של אוכלוסייה יהודית, ולמעשה יחזיר את השרירותיות ואת האפליה על מכונה, בניגוד להתחייבותו.

6. אולם לא פחות מכך שמדובר בהתנהלות שערורייתית מבחינת עמידה בהתחייבויות לבג"ץ, היא מסמלת פער בלתי נתפס בין ההצהרות לבין מעשים, ולכן לוקה בסתירה פנימית מובהקת שגם בתשובת המשיב לעתירה לא ניתן לה הסבר כלשהו.

7. המשיב טען בלהט ובביטחון רב לפני למעלה מעשור וטוען כך גם היום, כי מתן אפשרות לממש סיוע בשכר דירה בישובים קטנים הוא הרה אסון, ויביא לכך שהסיוע יעלה את שכר הדירה בישוב, ובסופו של דבר יעבור ברובו למשכירים, וכי הוא יעודד השכרות פיקטיביות ורמאויות. את הנחות העבודה הללו הוא מציג כעניין מקצועי שאין עליו עוררין. והנה, **למרות ההשלכות הקשות, כביכול, שיש למתן סיוע בישובים קטנים, הסכים המשיב, למרות הכול, לאפשר את המימוש בלא פחות מ-414 ישובים קטנים ופריפריאליים, שלא שונים במאומה מזיקים או מדבורייה.** האם המשיב אדיש לתוצאות הקשות שכביכול, לפי התיאוריות שעליהן מתבסס המשיב, עלולות

להיגרם מכך באותם ישובים? או שמא המשיב אף פעם לא באמת האמין לתחזיות השחורות של עצמו וקיווה שהפעולות שלו יישארו בצל? למשיב הפתרוניים.

8. זגזוגי המשיב, התנהלותו הפסולה, בניגוד להתחייבויותיו לבג"ץ, והסתירה הפנימית המובהקת בין הצהרות המשיב להחלטותיו לא נעלמו מעיני העותרות, והן העלו אותה בפני המשיב בתכתובת הממושכת שניהלו עמו. המשיב הבין, כך נראה, כי אינו יכול להסביר ולהגן על התנהלות זו בערכאה שיפוטית, ולאחר שהוגשה העתירה הראשונה, החליט לבטל את החריג של אזור עדיפות לאומית ולהוציא מהרשימה את אותם 414 ישובים שהוכנסו לרשימה, אף שאינם עומדים בתנאים הכלליים. זהו הזגזוג האחרון. שוב משנה המשיב את מדיניותו בלי הסבר או נימוק.

9. **המשיב נתפס בקלקלתו, ועתה הוא פועל בעיקר למען מראית עין של שוויון וכך הוא מחליף עוול אחד בעוול נוסף.** בפני המשיב היו שתי אפשרויות לפתור את אי השוויון: לפעול כפי שפעל; או פשוט לבטל את הסעיף המגביל את מימוש הסיוע, ולאפשר לכל זכאי לממש את הסיוע בישוב בו הוא מעוניין לגור. אם במשך שנים ממושכות 414 ישובים שכלל לא עומדים בקריטריונים היו ברשימה, ונבואותיו השחורות של המשיב לא התממשו, אזי ההיגיון הבריא אומר כי אין טעם להוציא את הישובים הללו מרשימת הישובים, אלא דווקא להבין כי הנבואות השחורות היו שגויות או מוגזמות וכי אין טעם להמשיך ולמנוע מזכאים לממש את הסיוע גם בישובים קטנים נוספים.

10. אכן, מותר לרשות מנהלית לשנות את מדיניותה, ואף להודות בטעותה, וזו גם חובתה במקרים מתאימים, אך שינוי מדיניות חייב להיעשות על בסיס נתונים ושיקול דעת ולהיות סביר. במשך כעשור איפשר המשיב לזכאים לממש את הסיוע בשכר דירה ב-414 ישובים קטנים ועתה הוא שוב מזגזג ומשנה את מדיניותו. מה הבסיס לשינוי? המשיב לא טורח לפרט. כמה אנשים ביקשו לגור בישובים אלו? מה היו ההשלכות על מחירי הדירה? האם המדיניות הביאה לתוצאות המקוות או נכשלה? האם היא גרמה לעליית מחירים לא רצויה באותם ישובים? האם היא יצרה תופעה של השכרות פיקטיביות, במידה רבה יותר ממקומות אחרים? המשיב אינו מסוגל לתת על כך תשובות כלשהן.

11. המשיב, למעשה, מבקש שבית המשפט יסמוך עליו ועל שיקול דעתו, אך אין לדרישה זו על מה להתבסס, כשרואים את ההתנהלות השערורייתית של המשיב בשנים האחרונות. יש לזכור, כי גם בג"ץ הורה למשיב בפרשת שבלי "לקיים מעקב אחר אופן יישום הנוהל החדש, ולצבור נתונים שיאפשרו לעמוד על השלכותיו". המשיב התעלם מהנחייה זו, לא עקב אחר יישום הנוהל, לא צבר נתונים ולכן הוא לא יכול לעמוד על השלכותיו.

12. יתר על כן, בעניינינו שינוי המדיניות משליך גם על זכויות של זכאים. אמנם המשיב יצר הוראת מעבר אך זו אינה מגנה על כלל הזכאים, אלא רק על מי שממש סיוע בישוב שנגרע מהרשימה לפחות שנה (נספח כ"ד לתגובת המשיב). מי ששכר דירה בשנה האחרונה באחד הישובים הנגרעים וציפה להמשיך ולקבל סיוע, והסתמך על כך, נדרש עתה, כתוצאה משינוי המדיניות, לעזוב את הישוב ולחפש מקום מגורים אחר כדי להמשיך ולממש את הסיוע.

13. עקרונות היסוד של משפט מינהלי הוא שכשרשות מבקשת לבטל מדיניות בגינה ניתנה לאנשים זכאות מסוימת, מוטל עליה נטל כבד להצדיק את השינוי, שכן אין מדובר בהחלטה שנכתבת על לוח חלק אלא על בסיס מציאות שכבר נוצרה, ויצרה הסתמכות וציפיות בקרב מי שנסמך עליה. שינוי מדיניות יוצדק אם ישנו שינוי נסיבות מהותי.

בג"ץ 3406/91 בבלי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מה(5) 1, 10 (1991); דפנה ברק-ארז, **משפט מינהלי** כרך א' 385 (2010).

14. המשיב אינו טורח להסביר ולנמק מהו שינוי הנסיבות המהותי בגינו יש לבטל את המדיניות ולפגוע בזכאים. האם התברר שפתיחת הישובים הללו לזכאים התגלתה כטעות? האם היא גרמה נזקים? המשיב אינו מפרט, כי הוא לא בדק ואינו מסוגל להציג כל נתון בנושא.

15. "הנסיבה" היחידה לזיגוג האחרון היא שהמשיב נתפס בקלקלתו ואינו מסוגל להגן בבית המשפט על מדיניותו, ולהסביר מדוע מלכתחילה אישר לכל כך הרבה ישובים קטנים להיכנס כחריגים לרשימת הישובים בהם ניתן לממש את הסיוע, זמן קצר אחרי שהתחייב לבית המשפט להפסיק לנהוג בשרירותיות ובצורה מפלה. המשיב אינו מסוגל להסביר כיצד פעל כך, זמן כה קצר לאחר שעמד על כך שמימוש הסיוע בישובים כאלו הוא רע ובעל השלכות שליליות. ומכיוון שהמשיב אינו מסוגל להגן על מדיניותו, הוא ממחר עתה לגרוע מהרשימה את מאות הישובים, ובכך הוא מנסה לתקן עוול בעוד עוול, ולהימנע ממתן הסברים.

16. ואכן, המשיב עושה מאמצים רבים בכתב התשובה "להעלים" את הנושא הזה. הוא מודה בעובדות הנ"ל ומיד מוסיף, כי לאור שינוי המדיניות מתייתר הצורך להידרש לטענות העותרות, ושותק (פיסקה 13 לתגובת המשיב). אולם אין מקום להתעלם מהאופן שבו פעל המשיב, כי הוא מצביע על חוסר הרצינות והשטחיות של טיעונו, עליהם הוא מבסס עתה את דרישתו לדחות את העתירה.

נטל ההוכחה על המשיב

17. המשיב טוען כי לא די בכך שהעותרות יוכיחו כי זכותן החוקתית נפגעת כתוצאה ממדיניות המשיב, אלא גם יציגו תשתית עובדתית מספקת להפריך את הרציונאל שבבסיס הנוהל. עמדה זו אינה יכולה לעמוד.

18. על אדם שזכויותיו החוקתיות נפגעות ממדיניות של רשות מינהלית להוכיח כי נפגע. במקרה זה עובר הנטל על הרשות להצדיק את מדיניותה על ידי כך שתראה שהיא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, היינו – שמדיניותה היא בחוק או על פי חוק, לתכלית ראויה ומידתית. הרשות היא זו שקבעה את המדיניות וחזקה שביססה אותה על תשתית עובדתית ונתונים, והיא יכולה להגן עליה, ואין להטיל את הנטל הזה על אדם מן היישוב.

19. יתר על כן, העותרות טרחו וציטטו מחקרים מארה"ב ומבריטניה שמפריכים את הרציונאל שבבסיס הנוהל, אך המשיב דוחה את הטענות בטענה ששווקי השכירות, בארץ לעומת חו"ל ובינם

לבין עצמם, שונים בהיקפם בשל תמהיל אוכלוסיה שונה ממדינה למדינה וממקום למקום, וכי הכללים למתן סיוע בשכר דירה ואופן הסיוע שונים ממדינה למדינה. לכן, טוען המשיב, לא ניתן לגזור גזירה שווה ממחקרים הנוגעים למדינות אחרות.

20. כך, שמצד אחד דורש המשיב, שלא כדין, מהעותרות להוכיח לא רק את הפגיעה בהן אלא גם שהבסיס הרציונאלי למדיניות שגוי, ומצד שני, דוחה המשיב את המחקרים שציטטו העותרות בטענה שלא ניתן לגזור מהם גזירה שווה.

21. כך או כך, למעלה מן הצורך, ביקשו העותרות להגיש חוות דעת מקצועית, שניתנה להם על ידי מומחית נדל"ן, הקובעת כי הבסיס הרציונאלי למדיניות לא מבוסס כלל, אך המשיב מתנגד.

22. למותר לציין כי אם בתי המשפט יטילו על אדם מן היישוב, שמדיניות כלשהי פוגעת בזכויותיו, נטל הוכחה לא רק לגבי דברים שבידיעתו אלא גם לגבי עובדות שבידיעתה הבלעדית של הרשות שקבעה את המדיניות, אזי תרוקן מתוכן האפשרות לקבל סעד על פגיעה בזכויות חוקתיות. מכאן שלאחר שהעותרות הצביעו על פגיעה בזכויותיהן החוקתיות, עובר נטל ההוכחה למשיב, ועליו לספק הסבר משכנע למדיניותו.

23. אלא שבענייננו, וכפי שiorחב בהמשך, המשיב לא עושה זאת. המשיב לא מציג נתונים המבססים את מדיניותו, וההסברים שלו קלושים. המשיב גם לא מסביר כיצד נתן במשך מעל לעשור ל-414 ישובים שאינם עומדים בקריטריונים שקבע להיות ברשימת היישובים, ולא מציג תשתית עובדתית כלשהי שמבססת את ההנחות, עליהן נשענים הקריטריונים. **כל מה שיש למשיב להציע אלו ספקולציות לגבי האופן האפשרי שבו ישפיע הסיוע, וזאת שעה שהנושא כבר נבחן אל מול פני המציאות, ב-414 ישובים שהורגו מהקריטריונים, אך המשיב לא טרח לבחון את ההנחות בבסיס הנוהל ולהעמידן למבחן.**

24. משכך הדבר, מתייצב המשיב מאחורי הטעון לפיו על בית המשפט להימנע מלהיכנס לנעליו. אלא שמה שהמשיב באמת מתכוון הוא שעל בית המשפט להעניק לו חסינות מביקורת שיפוטית. לדידו של המשיב די בכך שיציג את הסוגיה כ"סוגיה מקצועית", ומייד יוסיף כי כידוע בית המשפט לא שם עצמו בנעליה של הרשות, עת שהיא קובעת עמדה בסוגיה מקצועית שבתחום מומחיותה – והוא יהנה מחסינות מוחלטת מביקורת שיפוטית. אין לקבל עמדה זו.

25. גם בסוגיות שעניינן מדיניות חברתית, אין הרשות זכאית ליהנות מחסינות מוחלטת. כאשר המדיניות פוגעת בזכויות חוקתיות, או שהיא חורגת באופן מובהק ממתחם הסבירות, זהו תפקידו של בית המשפט לדרוש מהרשות לבסס, כי המדיניות עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, שהיא מעוגנת בחוק, שהיא משרתת תכלית ראויה, שהיא מידתית. כך גם כאשר המדיניות היא בלתי סבירה באופן מובהק. כדי לעמוד בנטל, על הרשות להציג תשתית עובדתית, להראות ששקלה את השיקולים הרלוונטיים ונתנה להם משקל נכון, שהיא אינה שוקלת שיקולים זרים או פועלת בשרירות, ושהיא עשתה את מה שניתן לצמצם את הפגיעה וכי שקלה חלופות ואין חלופה מידתית יותר ופוגענית פחות. כך, שגם אם הרשות היא זו שצריכה לקבל את המדיניות, ובית המשפט לא

נוטה לבחון את תבונתה של המדיניות, בית המשפט הוא המוסד בעל המומחיות הרבה ביותר להעריך את חוקיות מדיניותה של הרשות ואת האופן שבו היא קיבלה אותה.

הפגיעה בזכויות העותרות

על הזכות לסיוע בדיוור כחלק מהזכות לכבוד

26. המשיב אינו חולק על העובדות שבעתירה, ככל שזה נוגע לעותרות. העותרת 1 היא אם חד הורית לילד בן 5 (במועד העתירה). היא ילידת הקיבוץ זיקים. לאחר שנים רבות מחוץ לקיבוץ, ומספר חודשים לאחר הולדת בנה, חזרה להתגורר בקיבוץ בדירה, שהקיבוץ משכיר. היא בחרה בזיקים בשל העזרה הרבה שמגישה לה אמה, חברת הקיבוץ, בטיפול בבנה. בניגוד לסברה של המשיב, כאילו העותרת 1 ידעה שלא תוכל לממש את הסיוע בזיקים, לא כך הדבר. העותרת לא ידעה זאת. היא גילתה את הדבר רק אחרי שבקשתה לסיוע סורבה. נציגת חברת "מתן חן", המטפלת מטעם המשיב בבקשות, אמרה לה כי אם ברצונה לקבל את הסיוע לו היא זכאית, עליה לעזוב את הקיבוץ ולעבור לישוב אחר. יש לציין כי רשימת הישובים כלל לא פורסמה לציבור עד לאחרונה.

27. העותרת 2 גם היא, בניגוד לטענת המשיב, אינה מתגוררת בדבורייה מתוך בחירה. העותרת היא אם חד הורית לשלוש בנות קטינות, בנות 13, 15 ו-17, השוכרת דירה בישוב דבורייה. לעותרת הכרח לגור בדבורייה. היא אישה גרושה, אשר סבלה אלימות מצד בעלה לשעבר, אלימות ממנה סבלו גם בנותיה. בנוסף לעזרה היומיומית שהיא זוכה לה בטיפול בהן, המגורים בסמוך לבני משפחתה המורחבת, המתגוררים בדבורייה, מספקים לה ולבנותיה הגנה ותחושת בטחון, המסייעים בתהליך השתקמותן לאחר המשבר העמוק אותו עברו. בנוסף, במשפחתה של העותרת, אשר הינה משפחה ערבית מסורתית, אין זה מקובל שאישה גרושה תתגורר עם בנותיה הרחק מהמשפחה, ועל-כן מגורים בדבורייה מהווים את האפשרות היחידה עבורה להתגורר בדירה משלה.

28. על בסיס הנחתו כאילו העותרות בחרו לגור בישוב שבו הן גרות אף שידעו שאין אפשרות לממש בו את זכאותן לסיוע – הנחה שאינה נכונה – הוא גורס שהקריטריונים אינם פוגעים בזכותן של העותרות לגור במקום שבו ייבחרו, וכי גם אם הן תיאלץ לעזוב את ביתן ויישובן, אין כאן פגיעה שכן זהו עניין של "בחירה", והיה על העותרות לקחת בחשבון את הקריטריונים לפני שבחרו במקום מגוריהן. טענה זו לא ניתן לקבל.

29. סיוע בשכר דירה אינו הטבה או מענק או תמריץ, הסיוע הוא ביטוי מובהק של חובת המדינה לספק תנאי מחיה המאפשרים קיום בסיסי בכבוד. הסיוע ניתן במשורה לקבוצה מוגבלת באוכלוסייה, אשר לפי אמות המידה של המשיב זקוקה לסיוע כדי להבטיח דיוור בסיסי. מדובר בסיוע שניתן לפי אמות מידה קפדניות של הכנסה ונזקקות אישית וכפוף למבחן מיצוי כושר השתכרות. רק משפחות שמתקיימות מקצבאות קיום או שהכנסתן נמוכה זכאיות לסיוע. עבור הזכאים לסיוע מדובר בצינור חמצן, שניתוקו עלול להוביל להידרדרות בתנאי המחיה ובמקרים

מסוימים לחסרות בית. ההכרה בכך שמדובר באוכלוסיה מעוטת אמצעים מתבטאת גם בהחלטה להעניק פטור סטטוטורי מאגרת בית משפט בעתירות שנושאן נהלי דיור ציבורי.

30. בעניין **חסן** קבע בית המשפט העליון, כי רשת הביטחון היא חלק מחובתה הפוזיטיבית של המדינה להבטיח את הזכות לקיום בכבוד:

"הזכות למינימום של קיום בכבוד אצורה בגרעינו של כבוד האדם. חובתן של רשויות השלטון ביחס אליה כפולה, כנובע מסעיפים 2 ו-4 לחוק היסוד, ועליהן להישמר מפגיעה בה ולהבטיח הגנה עליה. חובה זו ניתנת למילוי בדרכים רבות. היא מוגשמת על-ידי מגוון אמצעים, מערכות והסדרים במשפט הישראלי – והכל בקשר הדוק למשאבים שבידי המדינה ולאופן הקצאתם. ההגנה על הזכות עוברת כחוט השני בחקיקת הרווחה, בין היתר על ידי מתן ביטוח בריאות ממלכתי לכל תושב, חינוך חינוך, והעמדת דיור ציבורי לנוקדים בתנאים מסוימים" (בג"ץ 10662/04 **חסן נ' המוסד לביטוח לאומי** (מיום 28.2.12), בפסקה 37).

ר' גם בג"ץ 366/03 **מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר**, פ"ד ס(3) 483, 464 (2005).

31. מכאן שעל הרשות להיזהר ולהקפיד כי אינה קובעת תנאי סף, העלולים לגרום לכך שמי שנמצא זכאי לא יוכל לממש בפועל את הזכאות שלו. כך הוא, למשל, המקרה עם העותרת בעת"מ 21575-02-12, אשר אין לה כל חלופת מגורים ריאלית מחוץ לישובה. משמעות הקריטריונים עברה היא חסם מוחלט ממימוש הסיוע, והמשך המצוקה והמחסור והתלות בחסדיהם של אחרים.

32. בנוסף, על המשיב להימנע מהתניית מימוש הסיוע בתניות השוללות זכויות חוקתיות אחרות, בדיוק כפי שלא יעלה על הדעת שהמשיב יתנה את מימוש הסיוע בכך שהזכאי יחתום על התחייבות לא לבקר את משרד השיכון ולא להתבטא נגדו. ברור כי תנאי זה יהיה לא חוקתי, ולא ניתן יהיה להכשירו על ידי הטענה שלזכאי יש בחירה, והוא יכול לבחור לחתום על הצהרה כזאת. גם לא יעלה על הדעת שקבלת הסיוע תותנה בהסכמה גורפת לויתור על פרטיות, או תותנה בהגבלת חופש התנועה. כך, אין להתנות את מימוש הסיוע בויתור על הזכות החוקתית לבחור את מקום המגורים, שהיא חלק מהזכות הגרעינית לכבוד ולאוטונומיה של הרצון החופשי. התניה כזאת היא בפני עצמה פגיעה קשה בזכות חוקתית. פגיעה כזאת אפשרית רק בחוק, לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

על הזכות לבחור את מקום המגורים כחלק מהזכות לכבוד

33. טוענת המדינה, כי שעה שבחרו העותרות לגור במקום בו לא ניתן לממש את הסיוע בשכר דירה, אין הן יכולות להלין על פגיעה בזכות לבחור את מקום המגורים. טענה זו יוצאת נגד עצם הרציונאל שבבסיס הזכות לבחור את מקום המגורים.

34. אחת הזכויות שהוכרו כזכות בסיסית, המצויה בגרעין הזכות לכבוד, היא הזכות לאוטונומיה של הרצון החופשי. כפי שהיטיב לתאר הנשיא ברק: "הזכות לכבוד האדם מהווה אגד של זכויות ששמירתן נדרשת כדי לקיים את הכבוד. ביסוד הזכות לכבוד האדם עומדת ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו בחברה בה הוא חי; במרכזו של כבוד האדם מונחת קדושת חייו וחירותו. **ביסוד כבוד האדם עומדים האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי.** כבוד האדם נשען על ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם, וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים" (בג"ץ 6427/02 **התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת** (מיום 11.5.06), בפיסקה 35 (ההדגשות הוספו)).

35. השופט לוי הוסיף באותה פרשה, כי "**קיימת זיקה ישירה בין עקרון האוטונומיה לבין מושג הכבוד.** אדם, המגלה כי לבחירותיו לא ניתן משקל שווה לאלו של רעיו, הנוכח כי אין יסוד רציונלי לעובדה כי האחר, בניגוד אליו, זוכה לממש את העדפותיו, המרגיש כי אינו זוכה להכרה, ובפרט שעה שבחירותיו משרתות גם את עניינם של אחרים זולתו, **והחש עצמו נפגע בגין בחירות שעשה בלא שיש טעם ממשי לדבר,** הוא, ללא ספק, אדם שכבודו נפגע" (פרשת התנועה **לאיכות השלטון**, בפיסקה 5 לפסק דינו. על הדברים חזר הנשיא ברק בפיסקה 40 לפסק הדין. ההדגשה הוספה).

36. המשנה לנשיא חשין היה בעמדת מיעוט אך גם הוא הסכים, כי "על-פי נוסחת כבוד האדם המקובלת גם על חברי גם עלי – כי פגיעה ב"אוטונומיה של הרצון החופשי" תציג עצמה לפנינו במקום שחוק הכנסת – בוודאי כך נורמה הנחותה מחוק הכנסת – פוגעים באוטונומיה של הרצון החופשי. כך, למשל, במקום שחוק פלוני מחייב אדם לעשות מעשה או לחדול מחדל בנסיבות שבהן אין הוא חייב לעשות אותו מעשה או אין הוא חייב לחדול אותו מחדל. **כך הוא אף באשר ל"חופש הבחירה", שחוק או נורמה נחותה לו שוללים שלא בהצדק ראוי את חופש הבחירה של היחיד"** (שם, בפיסקה 37 לפסק דינו. ההדגשה הוספה).

על הזכות לאוטונומיה של הרצון החופשי כזכות המהווה חלק מליבת הזכות לכבוד והזכות לחירות ר' גם ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי**, פ"ד סא(1) 461 (2006).

37. פסיקתו לפיה הזכות לאוטונומיה של הרצון החופשי – חופש הפעולה וחופש הבחירה שלו – הינה בליבת הזכות לכבוד, הביאה את בית המשפט להכרה בכך ש"הזכות לחיות יחדיו כתא משפחתי, היא חלק מהזכות לכבוד האדם. היא נופלת לגרעינה של הזכות לכבוד". זאת, משום ש"אחד המרכיבים היסודיים ביותר של כבוד האדם הוא כוחו של האדם לעצב את חיי המשפחה שלו על פי האוטונומיה של רצונו החופשי, ולגדל במסגרתו את ילדיו, תוך חיים משותפים של מרכיבי התא המשפחתי" ומכיוון ש"מעטות הן ההחלטות המעצבות את חייו של אדם ומשפיעות עליהן כהחלטה עם מי יקשור את גורלו ועם מי יקים את משפחתו. כך גם ביחס לזכותם של ההורים לגדל את ילדיהם" (בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202, (2006), פסקה 32 לפסק דינו של הנשיא ברק).

38. ההכרה בזכות לאוטונומיה הביאה את בית המשפט העליון לבטל את הסדר הכבילה של עובדים זרים למעסיקיהם. נפסק כי הסדר הכבילה למעסיק פוגע בזכות האדם לכבוד וזכות האדם לחירות, המעוגנות בחוק-היסוד "מחמת פגיעתו של הסדר הכבילה למעסיק בחופש הפעולה של הפרט, ובאוטונומית רצונו", וזאת לאחר שנמצא שהסדר "פוגע בחופש הפעולה של האדם. הוא מאיין את האוטונומיה של הרצון החופשי. הוא רומס את הזכות היסודית להשתחרר מחוזה-עבודה. הוא שולל כוח-מיקוח כלכלי בסיסי מצד חלש ממילא ליחסי-העבודה" (בג"ץ 4542/02 קו לעובד נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 346 (2006), בפסקה 29).

39. בדומה, פסק בית המשפט העליון, כי כללים המגבילים את חופש הביטוי הפוליטי בשידורי רדיו וטלוויזיה "פוגעים באותם זכויות וערכים העומדים ביסוד כבוד האדם כמבטא הכרה באוטונומיה של הרצון הפרטי, בחופש הבחירה ובחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי" (בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715 (2008), בפסקה 27 לפסק דינה של השופטת נאור).

40. בענייננו פוגע הנוהל בחירות בחירת מקום המגורים, ובכך הוא פוגע פגיעה ברורה בחופש הפעולה ובחופש הבחירה של אדם, ערכים הנמצאים בליבת זכותו לאוטונומיה של הרצון החופשי. בחירת מקום המגורים הינה אחת ההחלטות המהותיות והמשמעותיות ביותר בחייו של אדם, היא משקפת את העדפותיו ורצונותיו, ויש בה להשפיע על ההזדמנויות והאפשרויות העומדות בפניו, על נגישותו לשירותי חינוך או בריאות איכותיים. מקום המגורים משפיע באופן ישיר על סיכויי ההצלחה, על איכות החיים, על רמת הבריאות ואף על תוחלת החיים.

41. היטיב לתאר זאת פרופ' ישי בלנק: "החירות לבחור מקום מגורים היא חשובה במיוחד, לפי שלמקום המגורים ישנה השפעה דרמטית על אפשרויות חיים, הזדמנויות כלכליות, רשתות חברתיות ועוד, ועל כן זוהי חירות שיש להגן עליה באופן מיוחד. התערבות המדינה בבחירותיהם החופשיות של אנשים בהקשר זה היא פוגענית במיוחד בערך החירות" (ישי בלנק "איים של פלורליזם: היפרדות ושילוב בין דתיים וחילוניים בישראל" **דין ודברים** ה' 1, 41 (2011)).

42. על חשיבות בחירת מקום המגורים עמד בית המשפט הנכבד בפרשת **זעקה**: "זכותו זו של אדם לעצב את חייו ואת גורלו חובקת את כל ההיבטים המרכזיים של חייו – **היכן יחיה; במה יעסוק; עם מי יחיה; במה יאמין**. היא מרכזית להווייתו של כל פרט ופרט בחברה. יש בה ביטוי להכרה בערכו של כל פרט ופרט כעולם בפני עצמו. היא חיונית להגדרתו העצמית של כל פרט, במובן זה שמכלול בחירותיו של כל פרט מגדיר את אישיותו ואת חייו של הפרט" (ע"א 2781/93 **זעקה נ' בית החולים כרמל**, פ"ד נג(4) 526, 570 (1999) ההדגשה הוספה).

43. בפרשת **חוף עזה** פסק בית המשפט העליון, כי ניתוק אדם מביתו ומסביבת מגוריו הוא פגיעה בכבוד האדם ובאישיותו, ואין זו רק פגיעה קניינית, וזאת בשל העובדה שבחירת מקום המגורים מהווה חלק מהזכות לאוטונומיה, וניתוק כפוי פוגע בבחירה זו: "ישום ההתנתקות מנתק את הישראלי המפונה מביתו, מסביבתו, מבית הכנסת שלו ומבית הקברות בו קבורים מתיו. הוא פוגע

באישיותו. אכן, ביסוד כבוד האדם כזכות חוקתית "עומדת ההכרה, כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו" ... באחת הפרשות עמד השופט מ' חשין על כך כי "המשפט מכיר באוטונומיה של הפרט לגבש את רצונו כנראה לו על-פי 'טובתו': הפרט הוא המחליט על 'טובתו' שלו: 'טובתו' היא רצונו ורצונו הוא 'טובתו'. 'רצון' מפורש או משתמע כולל בחובו את טובתו של אדם, 'טובתו' של אדם נחבאת בין קפליו של רצונו" ברוח דומה עמד השופט ת' אור על זכות יסוד של האדם לאוטונומיה, כלומר הזכות "להחליט על מעשיו ומאווייו בהתאם לבחירותיו, ולפעול בהתאם לבחירות אלה" ... (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2), 481, 561-563 (2005)).

44. גם שופט המיעוט בפרשת **חוף עזה**, השופט לוי, עמד על חשיבות מקום המגורים. לדבריו "בית מגורים הנו קניין מסוג מיוחד. פגיעה בו – בדומה לפגיעה בחירות האישית – יוצרת אף היא "מעגל מתרחב של פגיעה בזכויות יסוד נוספות"; **ביתו של אדם אינו רק קורת גג לראשו, אלא גם אמצעי למיקומו הפיזי והחברתי; בית המגורים מרכזי הוא לאישיות הפרט ולהגשמתו העצמית"** (שם, בעמ' 327 ההדגשה הוספה).

45. הנה כי כן, על פי הפסיקה הזכות לבחור את מקום המגורים הינה זכות ראשונה במעלה לאור החשיבות הייחודית של מקום המגורים לאדם, היות מקום המגורים חלק מאישיותו וזהותו, ומרכיב חיוני במימוש זכויות נוספות. פינוי כפוי של אדם מביתו בוודאי פוגע בזכות לכבוד, אף כך גם מניעת בחירת מקום המגורים מראש.

46. מניעה כזו לא רק שפוגעת בזכותו של אדם לבחור את דרכו באופן חופשי ולפעול כרצונו, היא גם עשויה לפגוע בזכויות ואינטרסים אחרים שלו. היא עשויה לנתק אותו מבני משפחה אחרים שגרים במקום בו הוא מנוע מלהתגורר, לצמצם את אפשרויות חיפוש המגורים, להעמידו במצב נחות שעה שהוא מבקש להחליף דירה, למנוע ממנו הזדמנויות עסקיות או הזדמנות ללימודים וכיוצ"ב.

47. נקודה זו מודגמת היטב בעניין של העותרות, שמועמדות בפני ברירה לא ברירה בין קיום בכבוד לבין בחירת מקום המגורים, בו הן יכולות לקבל תמיכה ועזרה מבני משפחה, שתומכים בהם כאמהות חד הוריות, ואפשרות לגדל את ילדיהן במקום בטוח עבורן.

48. להשלמת התמונה, גם המשפט הבינלאומי מכיר בזכות לבחור את מקום המגורים כזכות עצמאית. זכות זו מעוגנת בצורה מפורשת בסעיף 12(1) לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966, אשר ישראל צד לה:

Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence.

49. האמנה אוסרת על המדינות להבחין במימוש הזכויות שבאמנה מטעמי גזע, דת, לאום וכיוצ"ב, אך גם מטעמים כלכליים של אדם (רכוש). הרציונאל בכך ברור – זכויות האדם צריכות להיות גם זכותו של האדם העני או חסר הרכוש, ולא רק של בעלי אמצעים.

50. האמנה אינה מחייבת את ישראל כחלק מהמשפט הפנימי שלה, כל עוד הזכות לא אומצה למשפט הישראלי. עם זאת, האמנה תומכת בטענות העותרים, לאור החזקה הפרשנית שקובעת, כי המצב המשפטי בישראל יהיה תואם ככל הניתן להתחייבויותיה הבינלאומיות של ישראל.

ר' בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834, 846 (2002)

51. מכאן שקביעת הקריטריונים נשוא העתירה משמעם, מחד גיסא, שמי שהוכר כזכאי לסיוע, אינו מסוגל לממש את זכותו לאוטונומיה של הרצון החופשי, הכוללת גם את הזכות הבסיסית לבחור את מקום המגורים, ככל אדם אחר, שכן אין לו יכולת לוותר על הסיוע כדיור בלי להידרדר לתנאי מחיה הפוגעים בכבודו. ומאידך גיסא, אם יישארו העותרות במקום המגורים שבחרו ייאלצו לוותר על תמיכה שמאפשרת להן קיום בסיסי בכבוד. כך או כך – כבודן ייפגע בצורה קשה.

52. יתר על כן, המצב בו מעמיד המשיב את העותרות גם חותר נגד אחד הרציונאלים המהותיים ביותר של הזכות לקיום בכבוד, שהוא הבטחת יכולתם של אלו שנוקקים לסיוע לממש את זכויותיהם וחירותיהם. כפי שציין בית המשפט העליון בפרשת חסן:

"מינימום של קיום בכבוד הוא תנאי לא רק לשמירה ולהגנה על הכבוד האנושי, אלא גם למיצוי יתר זכויות האדם. אין כל פואטיקה בחיים בעוני ובמחסור. **ללא תנאים חומריים מינימאליים, אין לאדם יכולת ליצור, לשאוף, לבחור את בחירותיו ולממש את חירותיו.** במילותיו היפות של השופט י' זמיר "אסור שזכויות האדם ישמשו רק את האדם השבע. צריך שכל אדם יהיה שבע, כדי שיוכל ליהנות, למעשה ולא רק להלכה, מזכויות האדם" (בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ ואח', פ"ד נב(1) 289, 340 (1998))" (שם, בפסקה 35. ההדגשה הוספה).

אפליה כלפי האוכלוסייה הערבית

53. בעתירה ציינו כי יישום הקריטריונים מוביל לאפליה ברורה של האוכלוסייה הערבית בארץ, ואפליה תוצאתית זו החריפה בשל האופן שבו החזיר המשיב לרשימה מאות ישובים קטנים שלא עומדים בקריטריון הכללי, רק בשל החריג של אזורי עדיפות לאומית. אותה תוצאה מפלה, שנדונה בפסק הדין בעניין **שבלי**, נותרה על כנה. גם לאחר השינויים שערך המשיב, עדיין הקריטריונים מפלים לרעה את האוכלוסייה הערבית.

54. גם לאחר השינויים האחרונים בנוהל, והסרת הישובים שהוספו בהתאם לחריג של אזור עדיפות לאומית, קיימת אפליה תוצאתית ברורה הפוגעת באוכלוסייה הערבית. על פי נתוני המשיב (נספח כ"ב לתשובתו), ישנם 213 ישובים בהם ניתן לממש את הסיוע. מתוכם, רק 10 ישובים הם ישובים מובהקים של האוכלוסייה הערבית, כלומר 4% בלבד. זוהי תוצאה מפלה מובהקת, שדי בה לבסס טענה של אפליה תוצאתית.

ר' בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 333 (1988); בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 654 (1998).

55. המשיב טוען כי התוצאה המפלה אינה מעידה על כוונה להפלות אלא על שוני בדפוסי המגורים בין האוכלוסיות. לדבריו, בעוד ששיעורי הגרים בדירה בבעלותם באוכלוסייה היהודית הם 71.8%, מעל 95% מהאוכלוסייה הערבית המוסלמית מחזיקים בבעלותם דירה. שיעור השוכרים דירה בבעלות פרטית בקרב האוכלוסייה הערבית המוסלמית הוא 2.8% ואילו בקרב האוכלוסייה היהודית הוא 14.4% (פיסקה 97 לתגובת המשיב). מכאן, טוען המשיב, נובעת התוצאה, שכן כמעט ואין ישובים של האוכלוסייה הערבית שבהם יש שוק שכירות שעומד בקריטריונים.

56. אלא שנתונים אלו הם בגדר "ירייה ברגל" מבחינתו של המשיב, שכן אם הם מוכיחים משהו הוא שלאוכלוסייה הערבית יש דפוסי מגורים שדווקא מעקרים מתוכן את חששותיו של המשיב מפני עלייה בביקוש לשכירות בישובים קטנים ועלייה במחירי השכירות. אדרבא, אם הביקוש לשכירות הוא קבוע ונמוך בשל דפוסי המגורים של האוכלוסייה, הרי שזהו דווקא מאפיין המצדיק מתן אפשרות לממש את הסיוע בישובים אלו. הרי אם ממילא מדובר במספר זעום, אין בכך כל חשש להתגשמות התופעות השליליות עליהן מתריע המשיב, כמו עלייה משמעותית במחירי השכירות, שתתגלגל למשכירים.

57. המשיב אף מחזק נקודה זו, שכן הוא מציין כי בכפר כמא ובישוב עילבון, מתן האפשרות בעבר לממש סיוע בשכר דירה, לא רק שלא הגדיל את הביקוש למגורים בשכירות בישובים, אלא ששוק השכירות בהם הצטמצם לשיעור הנמוך מ-5% (3.75 ו-1.5% בהתאמה), וכתוצאה מכך הוציא המשיב את הישובים הללו מרשימת הישובים בהם ניתן לממש את הסיוע (פיסקה 102 לתגובת המשיב).

58. הנה כי כן, המשיב מושך במו ידיו את השטיח מתחת לטענותיו בדבר נחיצות הנוהל. הרי אם הנתונים מצביעים על כך שבקרב האוכלוסייה הערבית הביקוש לדירה בשכירות הוא כה נמוך וקבוע, ואם הנתונים מראים שמתן אפשרות לממש את הסיוע בישובי האוכלוסייה הערבית לא גורם לתוצאות השליליות מהן פוחד המשיב כמו עלייה בשכר הדירה, הרי שאין הצדקה לקריטריונים בישובים של האוכלוסייה הערבית. מכאן, שאם יש מקום להבחנה בין ישובים של האוכלוסייה היהודית לאלו של האוכלוסייה הערבית, הרי שאבחנה זו דווקא תומכת בהסרת המגבלות על מימוש הסיוע בקרב הישובים של האוכלוסייה הערבית ולא להיפך.

59. בשולי הדברים נוסף, כי גם כאן חושף המשיב את חוסר המקצועיות בה הוא מבסס את מדיניותו. המשיב מבקש לערוך השוואה בין ישובים, אך במקום לתת תשתית עובדתית אמפירית מבוססת, הוא מלקט נתונים שונים, מן הגורן ומן היקב, ויוצר השוואה לא תקינה. כך, את הנתונים על האוכלוסייה היהודית הוא מבסס רק על ישובים קטנים וערים קטנות, ואילו את הנתונים ההשוואתיים על האוכלוסייה הערבית הוא מבסס על ישובים גדולים וקטנים כאחד. בעוד שהנתונים על הציבור היהודי אינם מבחינים בין קבוצות שונות, את הנתונים על הציבור הערבי הוא מבסס משום מה רק על הציבור הערבי-מוסלמי.

הבחינה החוקתית

60. הנוהל כאמור פוגע בזכות לקיום בכבוד, בזכות לאוטונומיה של הרצון החופשי שכוללת גם זכות לבחור את מקום המגורים, ובזכות לשוויון – אלו זכויות חוקתיות הנכללות בזכות לכבוד האדם. זכויות אלו אינן מוחלטות, אך הפגיעה בהן צריכה להיעשות בחוק, לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

הפגיעה אינה בחוק

61. המשיב טוען כי מותר לו לקבוע קריטריונים לזכאות, ועל כך אין מחלוקת, כל עוד הקריטריונים ענייניים, סבירים ואינם פוגעים בזכויות חוקתיות. אם המשיב קובע שזכאות תותנה במבחן הכנסה, או קובע סדר עדיפויות ענייני בין הזכאים על בסיס נזקקות, הדבר אינו מעורר קושי ואין כאן פגיעה בזכויות חוקתיות ולכן רשאי הוא לקבוע קריטריונים בנוהל פנימי, אף שככלל, הדרך הראויה היא לקבוע חוק מסמיך המתווה את שיקול הדעת כהסדר ראשוני (אך העותרות לא יתייחסו לטענה זו בעניין שלפנינו).

למשל, בקריטריונים של דיור ציבורי: ר' עת"מ (י-ם) 26152-11-11 **נפתליב נ' משרד הבינוי והשיכון** (מיום 1.3.12); עת"מ (ת"א) 2382-09 **יוסף נ' משרד הבינוי** (מיום 9.11.10).

62. אולם אם הקריטריונים של המשיב מפלים או פוגעים בזכויות חוקתיות אחרות, כפי שנעשה בעניינינו, הוא אינו רשאי לפגוע בהן על ידי נוהל פנימי. המשיב, למשל, אינו יכול לקבוע בנוהל פנימי שהקריטריון לזכאות הוא התחייבות שלא לצאת מן הארץ, שכן הדבר מהווה פגיעה בזכות החוקתית לצאת מהארץ של אלו הנזקקים לסיוע. קריטריון פנימי לא יכול לקבוע שסיוע יינתן רק לאזרחים יהודים ולא לערבים. קריטריון כזה לא יעמוד לא רק בשל האפליה שבו אלא כי הוא אינו יכול להיעשות אלא בחוק מפורש.

63. סעיף בנוהל אינו חוק, העומד בדרישה של סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. די בכך כדי להביא לפסילת הסעיף וקבלת העתירה.

ר' בג"ץ 2581/91 **סלחאת נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז(4) 837, 844-845 (1993); אהרן ברק **פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית** (1994) בעמ' 498.

64. המשיב גם אינו יכול להסתמך על הסמכה כללית או שיוויון. עמד על כך בית המשפט העליון בפרשת **מנאע**. "כאשר הפעולה המינהלית שבנדון עלולה להביא לפגיעה בזכויות הפרט, אין הרשות יוצאת ידי חובתה בהצבעה על הוראת חוק כללית שיכולה להתפרש כמקור הסמכה לפעולתה. במקרה שכזה, על ההסמכה לפעולה להיות ברורה, מפורטת ומפורשת בחקיקה ראשית" (בג"ץ 6824/07 **מנאע נ' רשות המסים** (מיום 20.12.10), בפיסקה 14).

65. הנה כי כן, מכיוון שהקריטריונים פוגעים בזכויות חוקתיות של העותרות ושל ציבור הזכאים בכללותו, על המשיב להראות מקור חוקי מפורש לפגיעה, ובהיעדר מקור כזה, דין העתירה להתקבל. למען הזהירות, נמשיך ונבחן את הקריטריונים לאור יתר מבחני פיסקת ההגבלה.

תכלית ראויה ומידתיות

66. תכלית הקריטריונים, כפי שפירט המשיב, היא משולשת. התכלית העיקרית, היא למנוע עליית מחירי השכירות בישובים קטנים שאין בהם שוק שכירות מפותח. שוק שכירות מפותח, לפי המשיב, הוא "שוק בו היצע הדירות גדול על הביקוש". לדידו של המשיב, במקרים כאלו עשויה המדינה להפוך להיות שחקן משמעותי, שיגרום להעלאת שכר הדירה על ידי המשכירים, וכך בסופו של דבר הסיוע יתגלגל ברובו למשכירים ולא ישיג את מטרתו.

67. כמו כן, טוען המשיב כי תיעול נכון של כספי הסיוע יהיה על ידי מתן סיוע לזכאי שמתגורר בישוב בו שכר הדירה גבוה יותר, כאשר העותרות פחות נזקקות, לדעת המשיב, כי הן בחרו בישוב בו שכר הדירה נמוך יחסית לישובים אחרים באזור, וכי היענות לבקשתן לסיוע תבוא על חשבון אלו הזכאים לקבל סיוע במקומות בהן השכירות היא גבוהה יותר.

68. בנוסף, טוען המשיב, כי ככל ששוק השכירות בישוב קטן יותר, קיימת מוטיווציה גבוהה יותר ליצירת חוזה פיקטיבי, לצורך מימוש הסיוע בניגוד לכללים או מתוך רצון לגור במסגרת משפחתית.

תכלית ראשונה – מניעת העלאת מחירים וגלגול הסיוע למשכיר בישוב שבו אין שוק שכירות מפותח

69. תכלית זו באופן תיאורטי ראויה, אך אין ביסוס עובדתי לכך שהאמצעי הנבחר יוביל להגשמת התכלית, והמדיניות הפוגענית נשענת על ספקולציה בלבד. מכאן, שהיא אינה עומדת במבחן הקשר הסיבתי בין האמצעי הפוגעני להשגת התכלית.

70. המשיב מודה, כי מה שמוביל את המדיניות הוא "רציונאל" או החשש מכך שישנו "סיכוי" שהסיוע יעבור בסופו של יום למשכירים ולא ייטיב עם הזכאים. המשיב, יש לזכור, במשך למעלה מעשור, אישר את מימוש הסיוע ב-414 ישובים קטנים ופריפריאליים, שאין בהם, מה שהמשיב מכנה "שוק שכירות מפותח". המשיב היה אמור לפעול תחת הנחיית בית המשפט העליון ולבחון את יישום המדיניות. הוא לא עשה זאת. המשיב לא יכול לספק לבית המשפט הנכבד נתונים ממשיים המצביעים על התגשמות החשש מעליית מחירים ושחיקה בערך הסיוע לזכאים. כל מה שמסוגל המשיב להציע הוא "חשש", "סיכוי" או "אפשרות".

71. גם מבחינה עיונית גרידא, יש בעיות קשות וסתירות בולטות בהנחות המוצא של המשיב.

72. ראשית – ההנחה שמתן אפשרות לממש סיוע בישובים קטנים הופכת את המדינה לשחקן משמעותי לא מבוססת. כדי שהמדינה תהיה "שחקן משמעותי" צריך שהביקושים שפתיחת הסיוע ביישוב ייצרו יהפכו את השוק משוק עם עודפי היצע דיור להשכרה לשוק עם עודפי ביקוש ו/או לפחות יגבירו דרמטית את היחס בין ביקוש להיצע. מכיוון שאין בידינו שום אינדיקציה לגבי הביקושים שייוצרו על ידי שינוי תנאי הסיוע וכיצד הם יתפלגו על מאות יישובים שיתווספו לרשימה, לא ניתן להעריך בצורה מושכלת, שהמדינה תהפוך ל"שחקן משמעותי" בהם, בכולם ביחד, בחלקם ובאלו מהם.

73. סבירות גבוהה דווקא, שהביקוש להשכרה בישובים אלו יישאר נמוך. הוא נמוך גם כיום משום שהביקוש למגורים בשכירות בישובים הקטנים נמוך, ואין סיבה להאמין שדווקא מקבלי הסיוע הממשלתי יהפכו ישובים אלה על פיהם, מישובים עם ביקוש נמוך לישובים עם ביקוש גבוה. משרד הבינוי והשיכון עצמו מציין, כי בכפר כמא ובישוב עילבון, מתן האפשרות בעבר לממש סיוע בשכר דירה לא רק שלא הגדיל את הביקוש למגורים בשכירות בישובים, אלא ששוק השכירות בהם הצטמצם לשיעור הנמוך מ-5% (3.75 ו-1.5% בהתאמה).

74. ממילא אין פוטנציאל ממשי לזינוק בביקוש למגורים בישובים אלו. המדינה תומכת בסך הכול ב-137,000 משפחות. יש להניח שלכל הפחות הבחירה של זכאים אלו בסוג היישוב לא תהיה שונה משל כלל האוכלוסייה. בכלל האוכלוסייה, הרוב המכריע גר בישובים עירוניים, 92% מהאוכלוסייה. בישובים כפריים (המוגדרים כישובים בהם פחות מ-2,000 תושבים) מתגוררים רק 8%¹. מכאן שפוטנציאל הזכאים החדש שעשוי לבחור לגור בישובים קטנים וכפריים הוא זניח – קצת יותר מעשרת אלפים משפחות. אלו יתחלקו בין מאות ישובים, המציעים דירות להשכרה, והשפעתן תהיה זניחה. תוספת האוכלוסייה הפוטנציאלית מהווה בסך הכול אחוזים בודדים מהאוכלוסייה המתגוררת כיום בישובים קטנים כפריים.

75. יתר על כן, ההסתברות שהפיזור בקרב הזכאים יהיה דומה לפיזור הכללי באוכלוסייה הוא קטן. ישובים קטנים ובמיוחד אם הם בפריפריה הם ממילא פחות מבוקשים על ידי מי שהוא נזקק לסיוע. התושבים בהם תלויים ברכב פרטי, שעל פי רוב זכאים אינם מסוגלים להחזיק בשל עלויותיו; והנגישות מהם לתעסוקה ולשירותים היא מוגבלת. לכן יש להניח שהם ימשכו רק סוג מסוים של זכאים, שאין לו ברירה אלא לגור בישוב קטן בשל הצורך בקרבה ובסיוע של קרובים הגרים בישוב, מטעמי דת או מסורת או השתייכות לקהילה ספציפית, או משום שהוא מצא עבודה בתוך הישוב. לכן יש להניח שהפוטנציאל שביטול הקריטריונים יהפוך את המדינה לשחקן משמעותי בישובים אלו הוא קטן מאוד.

76. יש לזכור, כי לו היה ממש בתיאוריה, שעצם האפשרות לממש את הסיוע בישובים קטנים הופך אוטומטית את המדינה לשחקן משמעותי ומגביר בהם ביקושים, היינו רואים בעשור האחרון עלייה חדה בביקוש לדירות להשכרה על ידי זכאים באותם 414 ישובים קטנים פריפריאליים, שהוחרגו מהקריטריונים. המשיב לא יכול להצביע על נתון כזה או שאין הוא מעוניין לחשוף את הנתונים. כמה זכאים ביקשו לשכור בית בישוב קטן שהוחרג? למשיב אין נתונים. בישובים של האוכלוסייה הערבית, המשיב בכלל טוען, שהביקוש בהם נמוך באופן קבוע בשל דפוסי המגורים. אם כך, בוודאי שפתיחת האפשרות ליישם את הזכאות בישובים הללו לא תהפוך את המדינה לשחקן מרכזי בהם.

¹ הנתונים מהשנתון הסטטיסטי לישראל לשנת 2011 של הלשכה הממשלתית לסטטיסטיקה, ומתייחסים לשנת 2010. סך האוכלוסייה לפי השנתון הוא 7,623,600. בישובים עירוניים מתגוררים 6,987,200 תושבים ובישובים כפריים מתגוררים 636,300 תושבים בלבד. הלוח הרלוונטי באתר הלמ"ס נמצא באתר http://www.cbs.gov.il/shnaton62/st02_11x.pdf

77. מכאן, שאין כל ודאות או אפילו ודאות נמוכה, בוודאי שלא ודאות קרובה, שביטול הקריטריונים יביא לעלייה כזו בביקוש מצד זכאים, שתהפוך את המדינה לשחקן מרכזי בשוק השכירות המקומי.

78. שנית, גם אם נניח שכתוצאה מביטול הקריטריונים יהיו עליות בביקוש למגורים בישובים קטנים, אין בכך להצביע על קשר ישיר וברור לעליית מחירים ובטח שלא לעליה קיצונית עד כדי כך שתגרום שהסיוע יגולגל למשכיר ולא יעזור לשוכר. זוהי קביעה גורפת ולא מידתית.

79. גם אם עלייה בביקושים יכולה להגדיל מחירים בטווח קצר, גמישות ההיצע ותגובת השוק לביקושים תגרום גידול בהיצע הדירות להשכרה, אם כתוצאה מבניה חדשה ואם כתוצאה מהפיכת דיור בבעלות לדיור בהשכרה, כמו שמתרחש בכל שוק נדל"ן. בשלב השני תחול התאזנות בין הביקושים להיצע ומחירי שכר הדירה יחזרו לרמתם המקורית. כלל בסיסי זה בכלכלה אורבאנית נכון בישובים גדולים וקטנים כאחד.

80. גדילת ההיצע בשלב השני אינה תוצאה רעה, והיא תוכל לסייע לישובים בהם שוק שכירות לא מפותח לפתח שוק כזה. בימים אלו אנו עדים לניסיונות יקרים של המדינה להגדיל ולהעמיק את שוק הדיור להשכרה מתוך הבנת הצורך בכך, והנה כאן מעלה המדינה טיעון הפוך במהותו.

81. שלישית – גם ההנחה שהקריטריונים משקפים קיומו של "שוק שכירות מפותח", שהוא "שוק בו היצע הדירות גדול על הביקוש", וכי בשוק כזה יש יכולת מיקוח אמיתית לשוכר ואופציות אחרות – אינה מבוססת. הקריטריונים אינם מבוססים על היצע מול ביקוש, או על יכולת המיקוח של השוכר. הם מבוססים על סוג הישוב, מספר התושבים וגודל שוק ההשכרה. זו קביעה בעייתית. מחירים, בטח שמחירי שכירות, מושפעים מהביקוש השולי ולא מכמות הסחורה בשוק.

82. גם בישובים גדולים ישנן תקופות עם בעיה של היצע קטן וביקוש גדול, ולמשכיר בישובים אלו שפע של שוכרים פוטנציאליים המתחרים ביניהם על הדירה, והוא יכול להעלות את שכר הדירה בשל הביקוש הגבוה והיעדר תחרות, ומולו – לשוכר אין כוח מיקוח והוא סחיט. לעומת זאת, ישנם ישובים קטנים, במיוחד בפריפריה, בהם הביקוש הוא נמוך יחסית להיצע, ודווקא בגלל זה לא יתפתח במקום שוק שכירות נרחב יותר. גם בישוב בו יש 30 דירות המוצעות להשכרה אך חמש מהן אינן מאוכלסות, לשוכר יש כוח מיקוח וחלופות. מכאן שגם אין קשר סיבתי בין גודל שוק השכירות לבין השאלה מה היחס בין ההיצע לבין הביקוש.

83. אחד המדדים לכך שבמקום מסוים יש דווקא עודף היצע הוא המחירים הנמוכים. לפי הנתונים בתשובת המשרד, גם בזיקים וגם בדבורייה שכר הדירה נמוך יחסית למקומות אחרים באזור, כך שלא סביר לחשוב שמדובר ב"שוק בו היצע הדירות גדול על הביקוש", כפי שמגדיר המשרד.

84. גם ההסתכלות על כל ישוב וישוב כשוק נפרד אינה נכונה. השווקים של ישובים סמוכים הינם קשורים זה לזה הן במחירים, הן בביקושים והן בהיצע. המחיר ביישוב א' לא יוכל להרקיע שחקים בעוד בישוב ב' הסמוך אליו המחירים נמוכים. השוכר השולי שהינו אדיש למיקום, מסיבותיו האישיות, יעבור ליישוב הקרוב כתוצאה מהפרשי מחירים שיווצרו, באם יוצרו, ובכך

ישווה את לחצי המחירים ויחבר בפועל בין השווקים של היישובים השונים. כך שגם אם מקבלים את שיטת ספירת יחידות הדיור על ידי משרד השיכון, הרי שיש לבדוק שווקים בהגדרתם הרחבה יותר.

85. רביעית - גם ההשוואה בין נהלי המשיב בעניין הטבות לרוכשי דירות בפריפריה לבין ההגבלות נשוא העתירה אינה רלוונטית כלל וכלל. בצינו את מענקי המקום מתכוון המשיב להחלטה להעניק מענק לרוכש דירה חדשה באחד מ- 28 ישובים. שווי המענק הוא כ-60,000 ₪. אולם מענקי מקום מחוברים למקום מסוים ולכן עשויים לייקר את המחירים באותו מקום. עזרה בשכר הדירה אינה מחוברת למקום אלא לאדם, שהינו שחקן אחד בתוך שוק של שוכרים, שרובם אינם זכאים לסיוע. בניגוד למענקי המקום לרוכשי דירות, הסיוע בשכר דירה אינו סיוע כה משמעותי, והוא אינו מסומן וידוע מראש, כמו מענקי המקום, שניתנים בישובים ספורים ומוגדרים מראש.

86. גם הפרקטיקה היא שונה לחלוטין. קבלן שמוכר דירה במקום שבו מענק בגובה מסוים יודע זאת מראש ויכול לקבוע את המחיר בהתאם. לעומת זאת, המשכיר לא קובע את מחיר ההשכרה בהתאם לסיוע, שכן החלק הארי של השוכרים הפוטנציאליים שלו אינם מקבלים כל סיוע, ואם הם מקבלים, הוא משתנה בצורה חדה מזכאי אחד לשני. הזכאי שמחפש דירה, יודע מראש מה המחיר המבוקש לשכירת הדירה, מחיר שמפורסם במנועי החיפוש ובמודעות הפרסום ומגלם את נקודת האיזון בין ההיצע לביקוש. גם לאחר ההשכרה, אין כל סיבה שהמשכיר ידע בכלל שהשוכר זכאי לסיוע, כי השוכר מקבל את הסיוע לחשבון הבנק שלו. מכאן שהשוואה לשוק הדירות למכירה מופרכת גם היא.

87. הנה כי כן, הקביעות של משרד הבינוי והשיכון אינן נכונות ומדויקות מבחינה מקצועית, ואינן ראויות לשמש בסיס איתן לקביעת מדיניות. בהיעדר בסיס נתונים, כל מה שיש למשיב הוא ספקולציות; יתר על כן – הנתונים שכן הובאו סותרים את התזה שמציג המשיב. גם אם המשיב ינסח את הספקולציות כאמירה חד משמעית, לאל סייג, שאין עליה עוררין, ויוסיף שלושה סימני קריאה בסופה, היא אינה יותר מספקולציה, כל עוד אין לה ביסוס.

88. המשיב אינו יכול לבוא ולומר: "גורמים מקצועיים ישבו על המדוכה", ולצפות שדי יהיה בכך כדי להכשיר את המדיניות. אם למשיב יש אנשי מקצוע שיכולים לתמוך באמור בנתונים, מחקרים והסברים משכנעים, ניתן היה לצפות מהמשיב להיות קצת יותר נדיב בהסבריו. אך המשיב בחר להסתפק באמירות כלליות מסוג "קיים הגיון רב" או "מתוך הנחה ש", וביטויים דומים ובכך סיים. המשיב גם לא תומך את הקריטריונים בניסיון בינלאומי, ואינו יכול לציין מקרה אחד שבו הגבלות כאלו קיימות במדינה אחרת שנותנת סיוע בשכר דירה.

89. מאחר שהמשיב מבסס את הקריטריונים הפוגעניים על השערות לא מבוססות, בלי נתונים, ומאחר שהנתונים המעטים שכן מביא המשיב דווקא סותרים את ההשערות התיאורטיות שבבסיס המדיניות, לא ניתן לבסס קשר סיבתי רציונאלי בין האמצעי הפוגעני להשגת התכלית.

90. למצער, וגם אם בית המשפט יבקש לתת למשיב ליהנות מן הספק, הבעייתיות הנ"ל בעמדת המשיב צריכה להשליך גם על מבחן המידתית השני – שהאמצעי יהיה זה שפגיעתו פחותה. גם במבחן זה לא עומד המשיב.

91. המשיב בחר בחלופה קיצונית – שלילת הזכות לסיוע במאות ישובים. יש חלופות מידתיות יותר. למשל, אם המדיניות מתבססת על השערות יכול המשיב, למשל, לבצע ניסוי ("פילוט") במשך כמה שנים, כדי לאמת את חששותיו. אם המשיב חושש להפוך לשחקן משמעותי באותו ישוב ומגידול בביקושים, המשיב יכול לקבוע, שאם בישוב מסוים, יש כבר אחוז מסוים של זכאים שממשים את הסיוע, ונוצר חשש ממשי לכך שהמשיב יהפוך להיות שחקן משמעותי באותו ישוב, לא ניתן יהיה לממש את הסיוע באותו ישוב כל עוד לא השתנה המצב, וכל זכאי שיבקש לממש את הסיוע באותו ישוב יוכנס לרשימת המתנה עד שזכאי אחר יעזוב את הישוב. זה מידתי יותר מאשר למנוע באופן גורף מזכאים לממש את הסיוע בישוב, גם אם יש ביקוש דל מצד זכאים לגור באותו ישוב.

92. ודוק – החלופות המוצעות כאן, אינן מצביעות על כך שהן רצויות, והעותרות סבורות כי הפתרון הראוי הוא זה שמבוקש בעתירה, אך הן מובאות כדי להצביע על כך שיש חלופות מידתיות יותר, העדיפות על פני הקריטריונים נשוא העתירה, שהם גורפים ופוגעניים במיוחד.

תכלית שנייה - תיעול נכון של כספי הסיוע על ידי מתן סיוע לזכאי שמתגורר בישוב בו שכר הדירה

גובה יותר

93. תכלית זו מופיעה לראשונה בתשובה לעתירה, ולא הוזכרה קודם לכן בתכתובת הענפה שניהלו העותרות עם המשיב, כך שנראה על פניו כאילו זו תכלית שנוספה כדי להצדיק את ההחלטה רטרואקטיבית, ולא עמדה מול עיניו של המשיב בעת שקבע את הקריטריונים.

94. המשיב משווה את שכר הדירה של העותרת לזה של בית דומה באשקלון, ומוצא ששכר הדירה באשקלון יקר יותר מבית דומה בזיקים. כך גם לגבי בית בעפולה לעומת בית בדבורייה. מכאן קופץ המשיב לטענה, שנתונים אלו מוכיחים, כי מתן הסיוע למי שבוחר לגור באשקלון או בעפולה הוא תיעול נכון יותר של כספי הציבור לזכאים נזקקים יותר (פיסקה 12 לתגובת המשיב).

95. מדובר בטיעון אבסורדי. לפי השיטה הישראלית, גובה הסיוע נקבע לפי פרמטרים של מצב משפחתי, הכנסה וגודל המשפחה (ככל שהמשפחה גדולה יותר, הסיוע גדל). הסכום אינו נקבע ביחס לגובה שכר הדירה שמשלם הזכאי, מלבד הגבלה אחת – גובה הסיוע לא יעלה על 95% מגובה שכר הדירה. מכאן שאם מטרת הסיוע היא לאפשר לזכאים להתקיים בכבוד, למשיב צריך להיות עניין שאלו ימצאו לעצמם דווקא דיור זול ולא דיור יקר.

96. למרבה האבסורד, המשיב מעוניין להעניש את מי שמצא דיור זול ולהעדיף את מי שמצא דיור יקר. זו תכלית פסולה.

97. העותרת 1, למשל, זכאית לסיוע בגובה 690 ₪ (דרגה 47). במועד העתירה היא שילמה שכר דירה בגובה 1,600 ₪. ממוצע ההכנסות הכולל שלה על פי חקירת המשיב היה 4,000 ₪. כלומר - העותרת, הוציאה סכום ניכר מהכנסתה, בגובה של 40%, לשכר הדירה (הנתון המקובל כדיור בר השגה הוא דיור שאינו עולה על 30%-25% מההכנסה). אם הייתה מקבלת את הסיוע, הייתה העותרת צריכה לשלם עבור הדיור לה ולבנה סכום של 910 בלבד, ואז הייתה הוצאה שלה על דיור מתוך הכנסתה רק 23%. הסיוע הזה מאוד משמעותי עבורה.

98. אך המשיב מעניש את העותרת שבחרה לגור בשכר דירה נמוך יחסית בזיקים. הוא היה תומך בה לו הייתה גרה בבית דומה בעיר אשקלון הסמוכה, בגובה של 2,700 ₪. העותרת הייתה מקבלת בדיוק את אותם 690 ש"ח. אלא שהם היו מסייעים לה הרבה פחות, והוצאות הדיור שלה היו עולות לשיעור עצום - מעל 50% מהכנסתה (2010 ₪ שכ"ד מתוך הכנסה של 4,000 ₪). **איפה ההגיון?** (יש לציין כי העותרת עדכנה את הח"מ כי כעת הכנסתה עלתה מעט, אך היא עדיין בתוך ההכנסה המזכה, וכי כתוצאה מקושי לשלם את שכר הדירה, הסכים הקיבוץ להפחית באופן זמני את שכר הדירה ל-1,100 ₪, אך נאמר לה כי לא ניתן יהיה להמשיך לתת לה הנחה בעתיד).

99. העותרת 2 הייתה זכאית במועד העתירה לסיוע בגובה 1,090 ₪ (דרגה 40). הסיוע גדול יותר כי יש לה שלוש בנות קטינות. היא שילמה במועד הגשת העתירה שכר דירה בגובה 1,200, כאשר הכנסה החודשית היא נמוכה - 2,400 ₪. העותרת הוציאה 50% מהכנסתה על שכר הדירה. לו הייתה זכאית לקבל את הסיוע היה הדבר בשבילה שיפור משמעותי. היא הייתה צריכה לשלם מכיסה רק 110 ₪, כלומר הוצאות הדיור שלה היו יורדות ל-4%. המשיב מבקש לשחרר לה את הסיוע רק אם תשכור דירה דומה בעפולה (כאילו זה בכלל רלוונטי לעותרת) בגובה 2,160 ₪. אז הייתה ההוצאה שלה על דיור עולה דרמטית. היא הייתה משלמת מכיסה 1,070 ₪, שהם 45% מהכנסתה.

איפה ההגיון?

100. לאור סכומי הסיוע הקבועים והנמוכים יחסית, אין זה פלא שזכאים מחפשים דיור זול, כדי לנצל את הסיוע בצורה המיטבית, וזו משהו שיש לאפשר, ובוודאי לא לדכא.

101. יש לזכור גם שהמחיר הנמוך שמשלמות העותרות הוא מחיר שמשקף נכונה את תנאי המגורים, כך שכל ההשוואה בין שכר הדירה בזיקים לשכ"ד באשקלון, או בין דבורייה לעפולה, היא מגוחכת. מחיר השכירות משקף פרמטרים שונים, אחד מהם הוא מידת האפשרות של השוכר ליהנות מנגישות קרובה לתעסוקה, שירותים ואפשרויות חינוך, בילוי ורפואה. מגורים בישוב קטן ומרוחק יותר כרוכים בעלויות נסיעה רבות יותר, נגישות פחותה לשירותים ולמוסדות, כל אלו חלק מתג המחיר שעל הדירה, ועל כן המחירים בהם זולים יותר בהשוואה לערים. ההשוואה שעורך המשיב היא פשטנית ומוטעית.

102. טענת המשיב לפיו נטילת הסיוע מהעותרות נועד לשפר את מצבם של זכאים אחרים, במקומות יקרים יותר ("להצדיק מתן הסיוע בסופו של דבר לאלו שנזקקים יותר באופן יחסי לקבלת הסיוע

בשל תשלום שכירות הגבוה באופן יחסי למחיר השכירות שמשלמות העותרות" הוא פשוט מקומם, והוא גם מוטעה ובגדר אבסורד ממש.

103. המשיב אומר בפשטות שהוא צודק בכך שהוא נוטל מהעותרות ומילדיהן הקטינים את פת הלחם כדי להעניקו למישהו אחר, שעה שהוא בעצמו הכיר בכך שהן זכאיות לסיוע. לא רק שזו מדיניות אבסורדית ופוגענית, היא גם מבוססת על הנחות שגויות. כפי שהראנו, ללא הסיוע העותרות במצוקה של ממש, ומוציאות סכום ניכר מהכנסותיהן על דיור, כך שלא ניתן לומר כי מצבן טוב משל זכאים אחרים, המתגוררים בישובים גדולים.

104. זאת ועוד, ממילא שלילת הסיוע מהעותרות לא תשרת אף זכאי אחר, שכן העותרות זכאיות לסכום זה, היה ויאלצו לעזוב את ביתן ואת משפחתן ולהגר בעל כורחן לישוב אחר בשל המגבלות של המשיב. לא מדובר כאן בחלוקת תקציב מוגבל אלא בנטילת כבשת הרש של נשים, שכבר הוכרו כזכאיות, רק בשל מגבלה לא מובנת של מקום המגורים שבחרו.

105. זאת ועוד – אם נקבל את ההיגיון של המשיב, מדוע לעצור דווקא בישובים קטנים? וכי מה לגבי זכאית חד הורית שתשכור באשקלון דירונת ב-1,600 ₪, או זכאית שתשכור בעפולה יחידת דיור ב-1,200 ₪? האם גם אז ישלול המשיב מאותן זכאיות את הזכאות לסיוע, רק בגלל שיש באשקלון או בעפולה זכאים ששוכרים דירות יקרות יותר? היכן הקוהרנטיות? מדוע לא לתעל את כספי הסיוע לאלו שגרים במרכז היקר ולשלול אותם מאלו שגרים בערי הפיתוח? הרי ידוע ששכר הדירה במרכז הוא גבוה יותר מאשר זה בערי הפריפריה.

106. מכאן שהתכלית השנייה אינה תכלית ראויה, היא חסרת הגיון, היא תכלית שפוגעת בצורה קשה במי שכבר הוכרו כזכאיות לסיוע, סיוע שמשמעו אפשרות לקיום בכבוד. בכל מקרה האמצעי לא משרת תכלית זו, כי העותרות יקבלו את הסיוע אם יעברו לישוב אחר. ממילא אם המשיב רוצה לעזור למי ששוכר במחירי דיור גבוהים יותר, אז האבחנה בין ישובים קטנים וגדולים אינה משקפת את האבחנה הזאת. לכן, מוטב היה שטענה זו של המשיב כלל לא הייתה נטענת, ויש לדחותה.

תכלית שלישית – מניעת חוזים פיקטיביים

107. מאבק בחוזים פיקטיביים הוא רצוי וראוי. מה שאינו ראוי הוא לנקוט בענישה קולקטיבית כלפי זכאים הגרים בישובים קטנים, ולראות בכולם בגדר עבריינים בפוטנציה. עצם השימוש במדיניות גורפת היא לכשעצמה מעידה על חוסר המידתיות של הקריטריונים.

108. המשיב אינו טוען שהעותרות יצרו חוזה פיקטיבי. אדרבא, המשיב חקר לעומק את עניינן של העותרות. המשיב שלח חוקרים גם לביתן של העותרות. הן שיתפו פעולה עם המשיב ללא תנאי ומסרו לחוקרים כל פרט שנדרש. המשיב בדק לעומק את עניינן ומצא את בקשתן תקינה ולפי הכללים. כלומר – המשיב רוצה להעניש את העותרות על סמך רמאויות שביצעו, אולי, אנשים אחרים.

109. גם אם המשיב היה מוכיח כי אכן יש בישובים קטנים חשש גבוה יותר ליצירת חוזים פיקטיביים לצורך קבלת הסיוע, מניעה גורפת של מימוש הסיוע מכלל הזכאים הינה צעד קיצוני ולא מידתי. אך קודם לכן יש להטיל ספק רב גם בנתונים, המובילים למסקנה של המשיב.
110. המשיב מציג בפני בית המשפט מסקנות נחרצות, ברורות שאין עליהן ערר. המשיב קובע, כי בנתונים שלפניו, "ככל שמדובר בישוב קטן שבו שוק שכירות קטן קיימת מוטיווציה גבוהה יותר ליצירת חוזים פיקטיביים". אך כשירדדים לפרטים מתגלה תמונה אחרת, שאין בה לתמוך במסקנה הנחרצת, ומסתבר שהצהרה זו, נחרצת ככל שתוצג, אינה נתמכת בתשתית עובדתית ראויה ומקצועית. למשיב אין יכולת להציג סטטיסטיקה בדוקה לאורך זמן. לכן המשיב משתמש במדגם, וכפי שנראה גם ב"דיג" של נתונים, הנוחים לו, והוא תופר את הכול בצורה גסה ליצירת המצג הרצוי וחיזוק טענתו.
111. חזקה על המשיב, כי עמדו בפניו נתונים ברורים טרם קבע את הקריטריונים וכי הסיק את המסקנות שהסיק, ואשר היוו את הבסיס לקביעת הקריטריונים, על בסיס נתונים. אך המשיב לא מציג את הנתונים שעמדו בפניו. הנתונים שמציג המשיב, נאספו, לדבריו, בחודשים האחרונים. די ברור שהם נאספו בשל העתירות ולאחר הגשתן. המשיב, כך נראה, יצר נתונים, כדי להצדיק את מדיניותו בדיעבד.
112. למשיב יש אפשרות להציג נתוני אמת, סטטיסטיקות, ובכל זאת בחר להציג בדיקה מדגמית. כך, למשל, בישובים הקטנים שהוחרגו בשל היותם באזור עדיפות לאומית. באותם 414 ישובים קטנים, נתן המשיב בפועל אפשרות לממש את הסיוע במשך למעלה מעשור. כמה מקרים של חוזים פיקטיביים היו בהם? המשיב לא מפרט. המשיב לא מסוגל להציג נתון כלשהו אודות שיעורי החוזים הפיקטיביים שהתגלו.
113. לאור חוסר היכולת של המשיב להציג נתוני אמת, המשיב תומך את מסקנתו הנחרצת במדגם שערך בעשרה ישובים קטנים בהם לא ניתן לממש את הסיוע בשכר דירה. מאחר שהיחידים שזכאים לממש בישובים אלו את הסיוע הם נכים קשים, שהמוסד לביטוח לאומי הכיר באי יכולת השתכרות בשיעור של 75% לפחות (אלו מוחרגים מהקריטריונים), נבדקה רק קבוצה זו. במדגם נמצא שיעור גבוה יחסית של זכאים נכים, שמימש את הסיוע "באופן שאינו תקין", בעיקר בקרב ישובים של האוכלוסייה הערבית (44% בישובים בהם שוק שכירות שבין 5% ל-10% מהדירות ו-64% בישובים בהם שוק השכירות קטן מ-5%). המשיב לא מפרט האם בכל המקרים מדובר בחוזה פיקטיבי ממש או בבקשה לא תקינה מסיבה אחרת (למשל – הדירה שבה ביקש הנכה לממש את הסיוע היא של בן משפחה בניגוד לכללים, כמו הורה או בן זוג) (פיסקה 77 לתגובת המשיב, נספחים כ' ו-כ"א).
114. השימוש בנתונים על בקשות של נכים כבסיס למדיניות גורפת של כלל הזכאים היא בעייתית ולא תקינה. זה לא ממש מפתיע שמספר הבקשות הלא תקינות (בעיקר ניסיון לקבל סיוע למגורים בדירת ההורים או הילדים), תהיה בקרב אוכלוסייה נכה, ענייה, שנמצאת במצוקה רבה, ומתקשה

לצלח את הברוקרטיה הממשלתית. ניתן גם לשער שרוב המקרים הלא תקינים נבע מכך שמדובר בנכים שביקשו לקבל סיוע על מגוריהם אצל ההורים או הילדים, ולא רמאות מסוג הצגת חוזה פיקטיבי לגמרי. יש לזכור כי נכים קשים זו קבוצה עם קשיים מיוחדים ומצוקה מיוחדת והקשיים שמערים עליהם המשיב, היא כנראה המקור למוטיווציה שלהם לנסות ולהשיג את הסיוע. יש להניח כי רבים מהם גרים בלידת ברירה אצל ההורים או הילדים, בשל קושי לשכור דירה בשוק הפרטי או לגור באופן עצמאי הרחק מקרובי המשפחה. משכירים פרטיים לא ששים להשכיר את דירתם לנכים, ועוד יותר מכך – לנכים המתקיימים מקצבאות ודורשים התאמות נגישות. מדובר לעיתים קרובות באנשים מבוגרים שנופלים לנטל על משפחתם, הנדרשת להמשיך ולכלכלם, ולא פלא כי תחת הקושי הזה יש משפחות שמנסות להשיג את כספי הסיוע. לעיתים יש משפחות שמעמידות לטובת הילד הנכה יחידת דיור שיכלו להשכיר בשוק הפרטי ולהפיק ממנה פירות. לגבי אלו, ייתכן ובכלל היה רצוי לאפשר לנכים את מימוש הסיוע בבית קרובי המשפחה, כדי לאפשר לנכה תחושה של כבוד ולא להרגיש כנטל. טוב היה לו המשיב היה מאפשר זאת ולא רואה בכך מעשה רמייה, אבל זה חורג מגבולותיה של עתירה זו.

115. קושי מהותי נוסף במדגם של המשיב הוא שהוא לא מייצג את התפלגות האוכלוסייה. המשיב לא מפרט מהו אחוז הזכאים הערבים הנכים באוכלוסייה, אך במדגם שלו בישובים בהם אין כיום אפשרות לממש סיוע בשכ"ד (נספח כ"א) הם מהווים 72% מהנדגמים (26 מתוך 36). על כך מבסס המשיב מסקנה גורפת לגבי כלל האוכלוסייה, לפיה שיעור החוזים הפיקטיביים בישובים קטנים בקרב נכים הוא 64%. **המדגם הזה לא רק שאינו תקף מבחינה סטטיסטית, יש לו גם ניחוח גזעני.**

116. פגם מהותי נוסף בתשתית העובדתית הוא שהמשיב לא מציג נתון תקף להשוואה בעניין מספר הבקשות הלא תקינות בישובים גדולים. הנתון ההשוואתי היחיד שמציג המשיב הוא שבערים מעורבות נמצא שרק 25% מהנכים הזכאים מימשו את הסיוע בניגוד לכללים (פיסקה 77 לתגובת המשיב). שוב המשיב שולף נתונים מן היקב ומן הגורן כדי לערוך השוואות שתומכות בעמדתו. מהשוואה של 36 בקשות של זכאים בעשרה ישובים קטנים, מול בדיקה של אי תקינות בקרב נכים בערים מעורבות לא ניתן להסיק מסקנה תקפה. למה דווקא ערים מעורבות?

117. גרוע מכך, הנתונים שמציג המשיב נבחרים כל פעם לפי מידת התאמתם למסקנה הרצויה. לפני הגשת העתירה טען המשיב, כי בדיקות העלו שבקרב נכים בערים כמו ירושלים, תל אביב וחיפה, יש 35% שבהם הסתבר שהזכאי שכר דירה מההורים בניגוד לנהלים (לאחר שהציג חוזה שכירות פיקטיבי) (ר' נספח ע/11). כדי להבליט את ההבדל והפער בין ישובים גדולים לקטנים (לפי המדגם), בחר המשיב להתעלם בתשובתו מנתון זה, ולקחת נתון נמוך יותר בערים מעורבות דווקא (25%), שמצביע על פער גדול יותר בין ישובים גדולים לקטנים ויתמוך לכאורה באיסור הגורף. **יש פה "דיג" של נתונים, שרק מדגיש כמה התשתית העובדתית לא מבוססת ולא ראויה.**

118. מה שאבסורדי במיוחד בנתונים של המשיב, הוא שהוא מסיק מסקנות על בסיס בקשות של נכים קשים, אך אלו מורשים לממש את הסיוע בכל מקום, חרף החשש ממימוש לא תקין, ואילו לגבי

אוכלוסיית הזכאית הכללית, אין למשיב בדל של נתון, המצביע על חשש למימוש לא תקין, אך אלו, כמו העותרות, מנועים בצורה גורפת מלממש את הסיוע בישובים הקטנים. עולם הפוך.

119. מכאן שהנתונים שמציג המשיב לא יכולים להוות בסיס למסקנה הגורפת והחותכת של המשיב לפיה הקריטריונים נקבעו על בסיס כך שיש בישובים קטנים מוטיווציה גבוהה יותר ליצירת חוזים פיקטיביים.

120. גם במבחן המידתיות השני כושל המשיב. אם התכלית היא למנוע יצירת חוזים פיקטיביים, ונניח, לצורך העניין, שהמשיב באמת היה מצביע על כך שבישובים קטנים ההסתברות ליצירת חוזה פיקטיבי גדולה משאר הישובים, הרי שמניעה גורפת של אפשרות המימוש מכלל הזכאים היא צעד קיצוני שיש לו חלופות מידתיות יותר.

121. מדובר בצעד גורף, שאינו מבחין בין אדם לאדם לפי נסיבותיו. יש לזכור כי למשיב יש כלים מפותחים לאתר מימוש שלא לפי הכללים. יש לו אפשרות לשלוח חוקרים לחקור חשדות או לאמת בקשות באופן רנדומאלי. המשיב מוסמך לשלול זכאות מזכאי שמימש שלא כדין את הסיוע ולחייבו להשיב את שקיבל שלא כדין. המשיב רשאי להגיש תלונה במשטרה, בגין ניסיון להשיג דבר במרמה.

122. אם המשיב סבור, כי לא די באמצעים אלו, יכול הוא לפעול להגדלת סמכויות הפיקוח והאכיפה. המשיב גם יכול להפעיל יותר פיקוח ואכיפה במקומות שלדעתו "מועדים" יותר להפרת הכללים. אך המשיב אינו רשאי לנקוט בצעד הגורף ביותר והקיצוני ביותר, כמו מניעת האפשרות לממש את הסיוע בכלל, ולהעניש אנשים על מעשיהם של אחרים.

מבחן האמצעי המידתי

123. המשיב אינו עומד גם במבחן המידתיות השלישי. גם אם נצא מנקודת הנחה, שהקריטריונים הם אמצעי מתאים להגשמת התכליות, והם האמצעי שפגיעתו פחותה, כלומר – אין אמצעים אחרים שפגיעתם פחותה באופן יחסי היכולים להגשים את התכליות שבבסיס הקריטריונים, עדיין יש צורך לבחון האם הפגיעה בעותרות עומדת ביחס סביר לתועלת שיפיק המשיב מהם.

124. מבחינת כל האמור לעיל עולה, כי על הפרק ישנה פגיעה ודאית וברורה בעותרות ובזכאים במצבן. העותרות, אם הקריטריונים יישארו על כנם, יאלצו לבחור בין המשך המצב הקיים, בו הן מוציאות סכום ניכר מהכנסתן לדיור, דבר שבא על חשבון צרכים קיומיים אחרים לבין הגירה כפויה מביתן ומישובן. העותרות הוכרו כזכאיות לסיוע, אשר ניתן היום במשורה רק למי שזקוק לכך לצרכי קיום. ברור אם כן, שהיעדר אפשרות לממשו היא פגיעה קשה בזכותן לקיום בכבוד. הגירה לעיר אחרת גם היא פגיעה קשה בזכותן. לגבי העותרת בעת"מ 21575-02-12 זה גם לא מעשי. הגירה תחייב אותן להתנתק מתמיכה משפחתית לה הן זוכות כיום, את ילדיהן לעזוב חברים, לעזוב מערכת לה הם מורגלים, לעזוב בית ספר. הגירה כפויה גם היא פוגעת בזכות לכבוד.

125. מנגד, התועלת שלכאורה מקווה המשיב להפיק מבוססת על השערות והנחות בעייתיות, ואלו אינן מבוססות בנתונים. חלק מהנתונים אף סותרים את ההנחות, והדברים כבר נאמרו ולא נחזור עליהם.

126. בנסיבות אלו הקריטריונים גם אינם עומדים במבחן המידתיות השלישי, הם אינם אמצעי מידתי. הנזק בו עולה על התועלת.

הקריטריונים אינם בגדר מתחם הסבירות

127. מעבר לטיעון החוקתי, ולחלופין, הקריטריונים גם אינם סבירים. הפגמים של מדיניות המשיב הם כה ברורים, והקריטריונים שנקבעו לא הגיוניים. מדובר במקרה מובהק שבו החלטה מינהלית אינה הגיונית, מפלה ושרירותית ודינה להיפסל.

128. העותרות מציינות את עילת הסבירות גם כדי להדגיש, כי גם אם המשיב סבור שהפגיעה בעותרות אינה עולה כדי פגיעה חוקתית, ולכן לא צריך שהמדיניות תעוגן בחוק, המדיניות עדיין כל כך חסרת ביסוס, והאיזון הפנימי בין השיקולים כל כך לקוי, שהיא צריכה להיפסל בשל היותה לא סבירה.

129. גם אם המשיב סבור בטעות כי הפגיעה בעותרות לא עולה כדי פגיעה בזכות חוקתית, היה עליו לתת משקל רב לעובדה שהקריטריונים מובילים לפגיעה קשה בזכויות יסוד של הזכאים, כמו הזכות לבחירת מקום המגורים, וכי הקריטריונים יוצרים אפליה בין זכאים יהודים לערבים. בענייננו לא רק שהמשיב לא נתן לפגיעה בעותרות משקל רב, הוא לא נתן לה משקל בכלל.

130. המשיב ממשיך לטעון, כי העותרות יכולות לבחור כל מקום שבו הן מעוניינות לבחור, וכי זו בחירה שלהן לגור במקום שבו לא ניתן לקבל סיוע. תשובה זו ממחישה את הזלזול של המשיב בפגיעה בעותרות. המשיב לא נותן כל משקל לעובדה שללא הסיוע מוציאות העותרות אחוז עתק מהכנסותיהן לדירור, וכי הן זקוקות לסיוע כמו אויר לנשימה, אך שהן גם מעוניינות לגור במקום בו יקבלו תמיכה ועזרה.

131. לגבי העותרת בעת"מ 21575-02-12, המשיב כלל לא נותן משקל לקושי המיוחד של זכאיות מקרב האוכלוסייה הערבית, אשר מטעמים תרבותיים אינן חופשיות לבחור כל מקום מגורים, ומקום המגורים נגזר מאילוצים ונורמות. גם בתשובתו לעתירה ממשיך המשיב לזלזל בפגיעה וטוען, כי יש לזכאים מקרב האוכלוסייה הערבית אפשרות לגור בערים.

132. המשיב עד כדי כך מתעלם מהפגיעה בעותרות, עד שהוא מציין כי דווקא מתן הסיוע בערים הוא רצוי, כי שם האוכלוסיות המוחלשות המקבלות את הסיוע ייהנו מנגישות גבוהה לשירותים קהילתיים (פיסקה 113 לתגובת המשיב). פטרונות מהסוג הזה מעידה טוב מאלף עדים על כך שהמשיב אפילו לא מוכן להכיר בכך שהקריטריונים שלו פוגעניים.

133. בית המשפט העליון פסק לא פעם, כי החלטה מינהלית שבה הרשות מייחסת משקל נמוך לאינטרסים שונים ומתעלמת מהם – דינה בטלות. ודוק – כאן ההתעלמות היא לא מאינטרס אלא מזכויות יסוד של ציבור הזכאים.

ר', למשל, בג"ץ 7120/07 ינוב נ' מועצת הרבנות הראשית (2007) (אי ייחוס משקל לאינטרסים של החקלאים וציבור הצרכנים בהחלטה לגבי הסדרי כשרות בשנת שמיטה); דנג"ץ 3299/93 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מט(2) 195 (1995) (התעלמות מפגיעה ברגשות של משפחות שכולות בקביעת כללים לרישום על מצבות בבתי קברות צבאיים).

134. לעומת זאת נתן המשיב בעת קביעת הקריטריונים משקל יתר, אפילו משקל מוחלט, לספקולציות והנחות שאינן מתבססות על נתונים תקינים, ואף סותרות את הנתונים המעטים שיש. ההתבססות על הנחות לא מבוססות, יוצרת סתירות פנימיות, שצובעות את כל ההחלטה וההתנהלות של המשיב לגביה בצבעים לא מחמיאים. המשיב מצביע על נתונים לפיהם הביקוש למגורים בשכירות בקרב ערבים הוא נמוך באופן קבוע, אך באותה נשימה מסרב הוא לאפשר מימוש הסיוע בישובים של האוכלוסיה הערבית בשל חשש מזינוק בביקושים ועליות מחירים. המשיב מצביע על תופעה רווחת, לדידו, של מימוש לא תקין של הסיוע בקרב נכים, שזכאים לממש את הסיוע בכל ישוב, ומסיק מכך שיש להגביל את מימוש הסיוע דווקא לזכאים אחרים, אשר למשיב אין כל נתון לגביהם. אלו רק שתי דוגמאות, מתוך כל הדוגמאות שכבר ציינו לעיל.

135. ואולם יותר מכל, חוסר הסבירות של הקריטריונים הוא גם המסקנה המתבקשת מהזיגוג שביצע המשיב. המשיב הצהיר בפני בג"ץ כי קבע קריטריונים שוויוניים, וכי אלו נועדו למנוע מהמדינה להפוך לשחקן מרכזי בישובים קטנים ללא שוק שכירות של ממש. עוד לפני שהדיו יבש, עשה המשיב בדיוק ההיפך – איפשר את מימוש הסיוע ב-414 ישובים קטנים, שלא עומדים בקריטריונים, בניגוד לאזהרותיו, והחזיר את האפליה על כנה. עתה – משנתפס המשיב בקלקלתו – שב הוא ומשנה את המדיניות, ומוציא את הישובים שהוחרגו מהרשימה, בלי שיש לו נתון כלשהו לגביהם, פוגע בזכאים שהחלו לגור שם, וכך מנסה לתקן עוול באמצעות עוול.

136. אין העותרות מבקשות "להעניש" את המשיב על ההתנהלות הקלוקלת שלו עד עתה, אלא שיש בה להצביע על חוסר הסבירות של המדיניות עליה הוא מגן עתה בעיקשות בלתי ניתנת להבנה. המשיב איפשר את מימוש הסיוע הלכה למעשה במאות ישובים קטנים. המשיב לא יכול להצביע על בעיות שהתעוררו עקב כך. ההחלטה המתבקשת מכך היא שאין מניעה לאפשר לזכאים לממש את הסיוע בכל מקום. אך במקום זה – המשיב מזגזג לאחור. זו חוסר הסבירות הקיצונית שמאפיינת את המהלך כולו. חוסר הרצינות וחוסר המקצועיות מחייבים לפסול את הסעיף בנוהל, נשוא העתירה.