

בעניין:

1. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל (ע.ר. 580312247)
2. המוקד להגנת הפרט (ע.ר. 051188704)
3. אלדמיר לטיפול בענייני אסירים וזכויות אדם
4. התנועה העולמית להגנה על הילד (Defense for Children International Palestine)

ע"י ב"כ עוה"ד סאוסן זהר ו/או מונא חדאד ו/או חסן ג'בארין
ו/או סוהאד בשארה ו/או אראם מחאמיד ו/או נדים שחאדה
ו/או מאיסאנא מוראני ו/או מוחמד בסאם
מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
רחוב יפו 94, ת.ד. 8921, חיפה 31090
טל: 04-9501610; נייד: 052-6399147; פקס: 04-9503140

העותרים

נגד

2. הכנסת

קרית בן גוריון

ירושלים 91950

טל: 02-6753331, פקס: 02-5619227

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להוציא צו על תנאי המורה למשיבים לבוא ולנמק מדוע לא בוטל סעיף 3 לחוק העונשין (תיקון מס' 120 והוראת שעה), התשע"ו-2015, בהיותו בלתי חוקתי.

מבוא

1. עניינה של עתירה זו הוא תקיפת חוקתיות סעיף 3 לחוק העונשין (תיקון מס' 120 והוראת שעה), התשע"ו – 2015. תיקון זה קובע כי ישללו גמלאות סוציאליות (קצבת ילדים, גמלת הבטחת הכנסה ומזונות) מהוריו של קטין המורשע בעבירת בטחון. הלכה למעשה מכון החוק כנגד קטינים פלסטינים, לרבות תושבי מזרח ירושלים, המורשעים בעבירות בטחון. התיקון לחוק אושר על רקע התגברות תופעת יידויי האבנים בחודשים האחרונים והוא נועד כדי להחמיר בענישת הקטינים באמצעות שלילת הגמלאות מהוריהם. בכך נעשה שימוש פסול ובלתי חוקתי בגמלאות סוציאליות שתכליתן אוניברסאלי כאמצעי ענישתי ואף נקמני כנגד הקטינים והוריהם כאחד.

2. התיקון לחוק הינו בלתי חוקתי. עיקר טענות העותרים הוא שהתיקון יוצר אבחנות בלתי רלוונטיות בין קבוצות שוויון וגורם להפליה על רקע לאום כנגד אסירים קטינים פלסטינים. האבחנה אותה מייצר התיקון לחוק הינה שרירותית ובלתי רלוונטית הן בהקשר לקבוצת האסירים הקטינים והן בהקשר לקבוצת הוריהם של אותם אסירים מהם

נשללות הגמלאות. כמו כן ההבחנה שמייצר התיקון לחוק מנוגדת לדיני העונשין ותורת הענישה אשר שמה בפניה את עקרון ההלימה בין חומרת העבירה לבין חומרת העונש וכן את עקרון השיקום, כעקרונות על.

3. בנוסף, עצם השימוש בגמלאות סוציאלית כאמצעי ענישה הוא כשלעצמו אקט שרירותי ההופך את ההבחנה בין האסירים לבלתי רלוונטית ואת תכלית התיקון לבלתי ראויה. שכן, אין כל קשר בין גמלאות סוציאליות שתכליתן הוא סוציאלי ואוניברסאלי לבין אמצעי הענישה במסגרת חוק העונשין ולכן כל התנייה או הגבלה על הגמלאות הסוציאליות בהקשר זה מנוגדת לתכליתן הסוציאלית של הגמלאות עצמן ולכן ההגבלות הופכות לפסולות. הפגמים החוקתיים שנוצרים עקב התיקון מחמירים לאור שלילת שיקול הדעת מהשופט שדן בהליך הפלילי כנגד הקטין וחיוב שלילת הגמלאות ברגע הרשעתו של הקטין.

הצדדים לעתירה

4. העותרים הינם ארגוני זכויות אדם הפועלים בין היתר למימוש זכויותיהם של האסירים הפלסטינים בבתי הכלא בישראל.

הרקע העובדתי

הוראת התיקון השוללות קצבאות הביטוח הלאומי מאסירים קטינים

5. ביום 2.11.2015 אישרה הכנסת את חוק העונשין (תיקון מס' 120 והוראת שעה), התשע"ו-2015 והוא פורסם ברשומות 2506 ביום 5.11.2015 (להלן: "התיקון לחוק"). התיקון לחוק נועד, לטענת תומכיו, להתמודד עם תופעת יידוי האבנים שהלכה וגדלה בחודשים האחרונים.

**** רצ"ב נוסחו הסופי והרשמי של החוק מסומן ע/1.**

התיקון לחוק כולל שתי תוספות לחוק העונשין. הראשונה, קביעת עונש מינימום למי שהורשע בעבירת יידוי אבנים (סעיף 2). השנייה, שלילת זכויות סוציאליות מקטינים שהורשעו בעבירות ואשר בוצעו ממניעים לאומניים או בזיקה לפעילות טרור (סעיף 3). בעתירה זו אנו נתמקד בסעיף 3 בלבד. אם כי, חשוב לציין כי העותרים רואים בסעיף 2 הקובע עונש מינימום לעבירת יידוי אבנים כבלתי חוקי וכזה הפוגע בזכויות החוקתיות של ילדים קטינים, במיוחד פלסטינים, באופן לא מידתי. העותרים סבורים גם כי הטלת עונש מינימום כקבוע בתיקון לחוק הינו אף יותר בעייתי גם מבחינת התכלית ומבחינת ערכיו. העותרים שומרים לעצמם את הזכות לעתור כנגד חוקתיות סעיף 2 לתיקון בשלב מאוחר יותר וההתמקדות כאמור כאן תהיה באי חוקתיות סעיף 3 לתיקון לחוק.

6. סעיף 3 שכותרתו "תיקון לחוק הביטוח הלאומי – מס' 63" המאפשר את שלילת הקצבאות, קובע:

3. בחוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב), התשנ"ה – 1995 (להלן – חוק הביטוח הלאומי) –

(1) בסעיף 352, האמור בו יסומן "א" ואחריו יבוא:
"ב" (1) ילד כהגדרתו בסעיף 238, שהורשע בעבירת ביטחון כהגדרתו בסעיף 326(ג) או בעבירה לפי סעיף 332 לחוק העונשין שבוצעה מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור, ונגזר עליו עונש מאסר, לא ישולמו להוריו במשך הזמן שהוא במאסר-

(א) גמלה המשולמת בעדו לפי פרק ד';

(ב) תוספת לגמלה המשולמת בעדו לפי סעיפים 132(5), 200(ג)2, 244(ב)2 ו-252(ב), וכן לפי חוק הבטחת הכנסה וחוק המזונות (הבטחת תשלום), התשל"ב-1972.

(2) במשך תקופת המאסר כאמור בפסקה (1), לא יבוא הילד במניין הילדים לעניין הסעיפים המנויים בפסקת משנה (1)ב, לעניין סעיף 68, ולעניין חוק הבטחת הכנסה וחוק המזונות (הבטחת תשלום), התשל"ב-1972";

(2) בסעיף 326 (ג), אחרי "בזיקה לפעילות טרור" יבוא "בסימן זה – עבירות בטחון".

סעיף 4 המתייחס לתחולת התיקון קובע כי "סעיף 325 לחוק הביטוח הלאומי, כנוסחו בסעיף 3 לחוק זה, יחול לגבי עבירה שנעברה ביום תחילתו של חוק זה ואילך".

7. באשר לסוג הגמלאות, קובע התיקון, כי תישלל קצבת הילדים עבור אותו ילד שנאסר בשל עבירות הבטחון ולה זכאי הורה הקטין מכת סעיף 66 לחוק הביטוח הלאומי, התשמ"ה – 1985. כמו כן, התיקון קובע כי הילד לא יובא במניין הן לצורך חישוב גובה גמלת הבטחת ההכנסה לה זכאי ההורה מכוח חוק הבטחת הכנסה, התשמ"א – 1981 והן לצורך דמי מזונות המשתלמים להורה עבור הילד האסיר מכת סעיף 2 לחוק המזונות (הבטחת תשלום), תשל"ב – 1972 (ראו סעיף 3 (1)ב(2) לתיקון לחוק).

** למען הסדר הטוב, רשימת היקף ההטבות שיישללו מהורה של קטין כקבוע בתיקון לחוק, רוכזו **בטבלה מס' 1** המצורפת לעתירה והמהווה חלק בלתי נפרד ממנה ומסומנת ט/1.

** כמו כן רוכזו אופן חישוב קצבת הילדים הכולל מניין כלל הילדים **בטבלה מס' 2** המצורפת לעתירה כנספח ט/2 והמהווה חלק בלתי נפרד מעתירה זו.

** **וטבלה מס' 3** מרכזת את אופן חישוב גמלת הבטחת הכנסה לפי מניין מספר הילדים במשפחה. הטבלה מסומנת ט/3 ומהווה חלק בלתי נפרד מהעתירה.

8. עניינו בתיקון היוצר אבחנות שרירותיות בין אסירים ומפלה לרעה אסירים פלסטינים. התיקון הינו לא לתכלית ראויה בהיותו סוטה באופן חמור מאחד העקרונות המנחים והחשובים ביותר שמבססים את תפיסת הענישה הגלומה בחוק העונשין, והוא עקרון ההלימה בין רמת העונש לבין חומרת העבירה. כמו כן, עניינו בתיקון לחוק שלמעשה קובע שילד מפסיק למעשה להיות מוגדר כילד עת ביצוע עבירות המפורטות בתיקון ובכך הוא מאפשר שלילת הגמלאות מהוריו. כל זאת ללא התחשבות בחומרתה או בקלותה של העבירה; ללא התחשבות באורך תקופת המאסר שנגזרה על הקטין; ללא התחשבות בנסיבות המקרה; ללא התחשבות בנסיבות הספציפיות הנוגעות למשפחתו של הקטין

שתושפע משלילת הגמלאות הסוציאליות, וחשוב מכל ללא הענקת שיקול דעת שיפוטי לשופט שבחן את התיק, שמע את העדים, וגזר את עונשו של הקטין.

9. כאמור, התיקון לחוק אושר ע"י הכנסת ביום 2.11.2015. לפי דברי שרת המשפטים איילת שקד בישיבת מליאת הכנסת מיום 12.10.2015, הוצע החוק "נוכח ההתפשטות של ניסיונות הרצח באמצעות יידי אבנים בתקופה האחרונה, והצורך בהגברת המאבק בתופעה זו בשל הסיכונים הרבים הכרוכים בה לנפש, לגוף ולרכוש, מבקשת הממשלה לאשר את שתי הצעות החוק האלה בקריאה ראשונה." באותה ישיבה הבהירה השרה את תכליתו הענישתית של התיקון כדלקמן:

"ואולם, הצורך לחייב את ההורה ליטול חלק בהליך הפלילי המתנהל נגד ילדו, גם אם באמצעות חיובו בקנס או פיצוי, או קבלת התחייבות מאת ההורה בדבר התנהגות הקטין בעתיד, נדרש לא פחות, ולעתים אף יותר, וזאת גם במקרים שבהם החליט בית-המשפט להרשיע את הקטין ולגזור את דינו. כך למשל במקרים שבהם ההורה אינו מגלה כל מעורבות בחיי ילדו או במעשיו, או במקרים שבהם ההורה מעודד את ילדו לביצוע העבירות."

** רצ"ב פרוטוקול ישיבת מליאת הכנסת מיום 12.10.15 בדיון בקריאה ראשונה של הצעת החוק, עמוד 150, מסומן ע/2 ומהווה חלק בלתי נפרד מעתירה זו.

10. ובדברי ההסבר להצעת החוק בלטה תכלית התיקון המוצע כאמצעי ענישתי של משפחות הקטינים וכך נכתב בהצעת חוק מטעם הממשלה:

"על רקע התפשטותה של תופעת יידי האבנים בתקופה האחרונה, והסיכונים הרבים הכרוכים בה לגוף ולרכוש, מוצע לערוך **תיקונים שיקרים בהחמרת הענישה נגד מידי האבנים** לעבר כלי רכב בנסיעה ולעבר הולכי רגל, על דרך של קביעת הוראת שעה בחוק העונשין, התשל"ז – 1977 (להלן חוק העונשין), לתקופה של שלוש שנים, שבה ייקבעו עונשי מינימום לעבירות הרלוונטיות.

...
התיקון המוצע לסעיף 325 יפגע בהכנסתה של משפחתו של ילד שהורשע בעבירת ביטחון או בעבירה לפי סעיף 332 לחוק העונשין בגובה הקצבאות או התוספות לקצבאות שיישללו כמפורט בסעיף 3 לעיל, ומובן כי הפחתה בהכנסה המשפחתית יכולה להשפיע גם על סיפוק צורכי הילדים במשפחה. עם זאת, יצוין כי ההפחתה תהיה בתקופת המאסר שבה הילד ממילא מקבל את צורכי הקיום הבסיסיים בבית הסוהר ואינו גר בביתו." (ההדגשה אינה במקור)

** רצ"ב הצעות חוק הממשלה- 958, 12.10.2015, עמ' 86-84, מסומנת ע/3 ומהווה חלק בלתי נפרד מעתירה זו.

11. למרות התמיכה בתיקון לחוק, הושמעו נגדו דברי ביקורת חריפים בשל פגיעתו בזכויות האסירים הקטינים במיוחד הפלסטינים, ובשל תכליתו הענישתית-נקמנית לגביה נטען כי התיקון לחוק לא ישיג את המטרה המבוקשת. כך למשל, היועצת המשפטית של וועדת הכנסת לחוקה, חוק ומשפט ציינה במהלך הדיון בקריאה שנייה ושלישית, כי ההנמקה לפיה המדינה דואגת לצורכי הקטין במאסר, אינה רלוונטית רק לעבירות בטחון. דבריה

מחזקים את השרירות מאחורי הוספת סעיף 3 לתיקון לחוק רק מחמת נקמנות ומבלי לבחון את ההשלכות שלו על הקטינים ומשפחותיהם:

"גם התיקון השני הוא מסר, נכון, הוא מסר סמלי של המדינה, זה לא בהכרח סכומים ענקיים. כמובן שהסכומים משמעותיים למשפחות דלות אמצעים, זה ברור, אבל כאן אתה צריך לפחות לנמק את זה בדרך הנכונה, כי ההנמקה שאני דואגת לו במאסר היא באמת לא רלוונטית רק לעבירות ביטחון."

** עמוד 16 לפרוטוקול ישיבת וועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת מיום 20.10.15 (פרוטוקול מס' 51) מצורף כנספח ע/4 ומהווה חלק בלתי נפרד מעתירה זו.

12. גם חברי כנסת מהימין השמיעו ביקורת כנגד התיקון לחוק. חה"כ זאב בנימין בגין מהליכוד סבר, כי החוק אינו לתכלית ראויה, וטען "שלעניין עבירות ביטחוניות מהסוג הזה ניתן אפילו להניח שבבחינת קל וחומר – זאת אומרת, ההנחה שבדרך זו אם אי אפשר להרתיע פושעים פליליים בדרך כלל, ניתן יהיה להרתיע פשיעה אידיאולוגית מסוג זה, מוסתת, בעיקר של ילדים, היא הנחה מרחיקת לכת." (ראו נספח ע/4 עמוד 28 (פרוטוקול מס' 51 מיום 20.10.15)).

13. וח"כ עמר בר-לב מהמחנה הציוני אשר תמך בחוק סבר, כי למרות זאת, התיקון המוצע לא יפתור את הבעיה לשמה מאושר התיקון, בזו הלשון:

"אבל בואו נאמר את האמת – והאמת היא, כרגיל, מרה וקשה: החקיקה הזאת לא תפתור את בעיית הטרור. צריך לעשות אותה, היא נכונה, אבל היא לא תפתור את הבעיה, כי אנחנו מדברים לא על בעיה נקודתית, [...] כשאני מסתכל על החוק הזה בקונטקסט הפרטי, כן, זה נכון לחוקק אותו. בקונטקסט הכללי, יש לי בשררה מאוד עצובה לחברי הכנסת – זה לא יפתור את בעיית הטרור. ובשביל להתמודד עם בעיית הטרור צריך לקיים מדיניות שכוללת ביטחון, שכוללת שבירת הקיפאון המדיני, שכוללת קבלת מהלכים שיביאו לרוח גבית בינלאומית למדינת ישראל, שיגדיל את חופש הפעולה שלנו, את חופש הפעולה של צה"ל, וכן הלאה. [...]"

ראו: עמוד 206 לנספח ע/2 (פרוטוקול 12.10.15 הנחה על שולחן הכנסת לקריאה הראשונה- במליאה- הקריאה הראשונה).

14. עו"ד כרמית פולק-כהן, סגנית היועמ"ש של המועצה לשלום הילד ציינה בישיבת וועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת כי אין להשתמש בביטוח כענישה על אף שמדובר במכת מדינה. (ראו עמודים 16 ו-18 לנספח ע/4 (פרוטוקול מס' 51)).

15. יתר על כן, הוטחו ביקורות רבות על התיקון, בין היתר, בשל פגיעתו בשוויון. חה"כ אוסמה סעדי מהרשימה המשותפת ציין, כי התיקון לחוק מופנה כנגד הקטינים הערבים פלסטינים ולא כנגד היהודים וזאת בשני היבטים. הראשון, היות והקטינים המורשעים בעבירות בטחון הינם לרוב פלסטינים. שנית, גם כאשר קטינים יהודים מורשעים בעבירות בטחון, הרי העונשים שהם מקבלים הינם מועטים ואינם מגיעים למאסר בפועל ולכן בכל מקרה התיקון לא יחול עליהם (ראו עמודים 202-203 לנספח ע/3 (פרוטוקול 12.10.15)).

16. הלכה למעשה נועד התיקון לחוק להיות מוחל על קטינים פלסטינים ועל הוריהם. לפי נתונים שהתקבלו אצל העותר מס' 1 מיום 31.1.2016 במסגרת חוק חופש המידע, עולה כי נכון למועד זה, מבין 437 קטינים הכלואים בשל עבירות בטחון, 431 הינם פלסטינים מתוכם 45 אזרחים ו- 105 תושבי ירושלים. היינו, מרבית הקטינים הינם פלסטינים תושבי מזרח ירושלים. כמו כן עולה כי סוג עבירות הביטחון שקטינים עצורים ביצעו לפי נתוני השב"ס הינם: עבירות סדר ציבורי, עבירות כלפי חיי אדם, אלימות, שהייה בלתי חוקית ועבירות רכוש.

** רצ"ב העתק ההתכתבות במסגרת חוק חופש המידע בין העותר מס' 1 לבין שירות בתי הסוהר מסומנים 5/ע ומהווים חלק בלתי נפרד מעתירה זו.

הפניה לרשויות

17. ביום 19.10.15 פנה העותר מס' 1 אל יו"ר וועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, חה"כ ניסן סלומינסקי ואל היועץ המשפטי לממשלה דאז, עו"ד יהודה ויינשטיין ואל פרקליט המדינה עו"ד שי ניצן וזאת בדרישה להפעיל את סמכותם ולהתנגד להצעת החוק בטרם אישורה בשלושת הקריאות בכנסת. פנייה זו התייחסה הן לקביעת עונש מינימום והן בנוגע לשליטת הגמלאות, נשוא עתירה זו. לפנייה זו לא התקבל כל מענה ענייני.

רצ"ב העתק פניית מרכז עדאלה מיום 19.10.15, מסומנת 6/ע ומהווה חלק בלתי נפרד מעתירה זו.

הטיעון המשפטי

התיקון לחוק פוגע בזכויות חוקתיות

התיקון מפלה ופוגע בזכות לשוויון

18. הלכה למעשה, התיקון מוביל לאבחנות בלתי רלוונטיות בין קבוצות שוויון: במבחן התוצאה התיקון לחוק מכוון כנגד ילדים פלסטינים, לרבות תושבי מזרח ירושלים ובכך הוא מפלה על רקע לאום; ההבחנה בין אסירים פליליים לבין ביטחוניים אינה רלוונטית ונפסלה ע"י בג"ץ במקרים דומים אחרים; ההבחנה שמייצר התיקון לחוק מנוגדת לדיני העונשין ולתורת הענישה; ולבסוף, ההבחנה הינה שרירותית כי אין כל קשר בין הגמלאות שתכליתן אוניברסאלית וסוציאלית לבין העונש. להלן נפרט:

התיקון מכוון נגד ילדים פלסטינים ולכן מפלה על רקע לאום

19. התיקון מאבחן בין אסירים קטינים ביטחוניים לבין אסירים קטינים פליליים. הלכה למעשה מדובר באבחנה בין אסירים קטינים על רקע לאום. שכן, כפי שהובא ברקע העובדתי לעיל, מרבית הקטינים השפויים בעבירות להן נוגע התיקון לחוק, הם פלסטינים ולרוב מדובר בתושבי מזרח ירושלים. גם מהצהרות יוזמת החוק השרה שקד, עולה כי כוונת המחוקק המובהקת הינה לטפל בתופעת יידווי האבנים ע"י פלסטינים. האבחנה שהתיקון לחוק יוצר בין קטינים על רקע לאום בתוך המאסר, הינה אבחנה בלתי רלוונטית,

שרירותית ולא עניינית ולכן היא בבחינת הפליה פסולה. אבחנה פסולה זו רלוונטית גם בהקשר להורי הילדים שכן במבחן התוצאה הורים פלסטינים הם הנפגעים העיקריים מתחולת התיקון.

הלכה פסוקה שהפליה על רקע לאום נוצרת גם במבחן התוצאה גם אם לשון החוק אינה מכוונת לכך וללא קשר למניע של לשון החוק או של יישום המדיניות. בהקשר זה ראו למשל: בג"ץ 11163/03 וועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נגד ראש ממשלת ישראל (פסק דין מיום 27.2.2006).

האבחנה בין אסירים פליליים לבין ביטחוניים אינה רלוונטית ועל כן התיקון לחוק מפלה

20. פקודת נציבות 03.02.00 בעניין "כללים ביחס לאסירים ביטחוניים" מיום 15.3.2002 המסדירה את ההגבלות השונות שניתן להטיל על אסירים ביטחוניים, נוגעת כאמור אך ורק להגבלת תנאים הנוגעים למאסר עצמו. בענייננו, הגמלאות הסוציאליות הנשללות מההורים, אינן נוגעות וקשורות לתנאי המאסר של הקטין שכן תשלומים סוציאליים אלו הינם תשלומים אוניברסאליים המשתלמים למשפחה עבור הילד באשר הוא וללא קשר לשהותו במאסר. לכן הטלת הגבלות שאינן נוגעות למאסר עצמו, הן בלתי רלוונטיות.

21. התיקון לחוק הינו מפלה כי הוא מאפשר אבחנה לא עניינית בין אסירים קטינים לפי סיווגם בלבד וזאת בניגוד לקבוע בפסיקה העליונה. לאחרונה חזר בג"ץ והדגיש, כי האבחנה בין אסירים ביטחוניים לבין אסירים פליליים מותרת רק כאשר יש שיקול בטחוני התלוי בתנאי הכליאה בכלא והמצדיק זאת. בדנג"ץ סעיף צאלח נקבע:

"לפיכך ההלכה הנוהגת היא, כי יש מקום להבדיל בין אסיר ביטחוני לבין אסיר פלילי בנוגע לתנאי המאסר רק אם הדבר מתחייב מצורכי סדר וביטחון או לפי שיקולים ענייניים אחרים, ורק במידה הנדרשת לפי שיקולים אלה."

דנג"ץ 204/13 סעיף צאלח נגד שרות בתי הסוהר, פסק דין מיום 14.4.15, פסקה 15 לפסק דינה של הנשיאה נאור (להלן דנג"ץ צאלח); ראו עוד רע"ב 823/96 ואנונו נגד שירותי בתי הסוהר, פד"י נא(2) 873, 878/879 (1997); עע"א 1076/95 מדינת ישראל נגד קונטאר, פד"י (4), 492, 501-503 (1996).

אך בענייננו, מלבד שיקולים נקמניים וענישתיים - כפי שמופיע מתכליתו של התיקון לחוק, - אין שיקול ביטחוני או כל שיקול מסוג אחר התלוי בתנאי הכליאה.

22. בדנג"ץ צאלח, קביעת הרוב לא קיבלה שעצם הסיווג של האסירים כשלעצמו יוביל להבחנות מותרות ביניהם ונקבע כי "לא די בסיווגם של אסירים ביטחוניים ככאלה, או בחומרת העבירות שביצעו, על-מנת לנקוט כלפיהם ביחס שונה בכל דבר ועניין." כמו כן, נקבע כי האבחנה המותרת היא רק זו המצביעה על שונות רלבנטית הנוגעת לביטחון של בית הכלא או זו המאפשרת לאסירים לפגוע בביטחון (פסקה 16 לפסק דין הנשיאה נאור

בעניין זנג"ץ סאלח). ולכן הרוב בדנג"ץ צלאח לא קיבל את הטענה שעצם הסיווג מאפשר איסור לימודי השכלה גבוהה. ובעניין קונטאר הודגש, כי פגיעה בזכויות של אסיר בטחוני המבוססת על ענישה או נקמנות אינה יכולה להיות מוצדקת וכי רק שיקולי ביטחון ושיקולים ענייניים אחרים הנוגעים לתנאי המאסר עצמם מצדיקים את הסיווג (ראו: עע"א 1076/95 מדינת ישראל נגד קונטאר, פד"י (נ)4, 492, 501-503 (1996); ראו גם: רע"ב 4714/04 יגאל עמיר נגד שירות בתי הסוהר, נט(6) 145, 157 (2005)).

23. עיון בכל הפסיקה הנוגעת לאבחנה בין הגבלת תנאי אסירים ביטחוניים לבין אסירים פליליים, מראה כי דובר על תנאים התלויים בתנאי המאסר ואשר מימושם ע"י האסירים הביטחוניים עלולה לפגוע בביטחון, כמו למשל: שיחות טלפון, החזקת רדיו בתוך בית הכלא, איסור הכנסת מיטות לחדרי אסירים ביטחוניים, מפגש עם קרובי משפחה, לימודים באוניברסיטה הפתוחה. ואילו במקרה הנדון, מדובר בתשלום קצבאות להורי הקטינים ולא במעשה כלשהו שניתן להיעשות ע"י האסיר בתוך בית הכלא שעלול לגרום לסיכון לביטחון. לכן מדובר כאן על אבחנה המבוססת על סוג העבירה בגינה נשפט הקטין בלבד ולא על סוג "ההטבה" המוענקת לאסיר. סוג העבירה בלבד, מעולם לא הוצדק ע"י הפסיקה העליונה, גם לא בדנג"ץ צלאח האחרון, כדי לאבחן בין האסירים הביטחוניים לפליליים.

24. גם המניע בגינו בוצעה העבירה איננו יכול להיחשב כשוני רלוונטי שיכול להצדיק את האבחנה בין קבוצת האסירים הפליליים והביטחוניים. בדנג"ץ צלאח ציינה הנשיאה נאור, כי "הבחנה בין אוכלוסיות האסירים כפופה לאמות-מידה של סבירות ומידתיות, ואין לנקוט בה אם אין היא נדרשת על יסוד שיקולים ביטחוניים או שיקולים ענייניים אחרים הקשורים בתכליות המאסר." (פסקה 18 לקביעת הנשיאה נאור).

25. בנסיבות אלו, כאשר עצם הסיווג בין האסירים אינו רלוונטי והאבחנה בין האסירים מובילה הלכה למעשה לתחולת התיקון לחוק על קטינים פלסטינים, אין אלא להסיק כי האבחנה מובילה להפליה פסולה על רקע לאום.

אבחנה בלתי רלוונטית בין הורי האסירים הקטינים

26. התיקון לחוק הינו קיצוני כי הוא מייצר אבחנה נוספת בלתי רלוונטית בין הורי האסירים שהם קבוצת שוויון אחת. הגמלאות משתלמות עפ"י חוק להורים בגין ילדיהם ולכן שלילתן או הפחתתן גוררת אחריה נטל כלכלי כבד על ההורים. מיותר לציין כי הורים הזכאים להבטחת הכנסה, הם הורים שמצבם הכלכלי ממילא רעוע, ושידם הכלכלית אינה משגת כדי לכלכל את עצמם ואת משפחתם כך שהפחתת סכום הגמלה, תפגע בהם חמורות. גם שלילת המזונות תכביד על הורה שעדיין חייב לעמוד בהוצאות המשפחתיות. הדברים מקבלים משנה תוקף עבור נשים חד הוריות שמזונות ילדיהם או הבטחת ההכנסה להן זכאיות נשללות עקב התיקון לחוק.

27. בעניין עדאלה נגד משרד הרווחה נקבע, כי קצבת הילדים שייכת להורים. השופטת ארבל הוסיפה, כי שלילת הגמלה מהורים בשל אי חיסון ילדיהם, פוגעת בזכות לשוויון בין

ההורים. נקבע, כי ההורים הינם קבוצת שוויון אחת לצורך תשלום הגמלה ואבחנה לא רלוונטית ביניהם גורמת לפגיעה בזכות לשוויון ואף להפליה פסולה הגוררת אחריה פגיעה בכבודם של ההורים (בג"ץ 7245/10 עדאלה נגד משרד הרווחה פסקה 53-49 לפסק דינה של השופטת ארבל (פסק דין מיום 4.6.2013)). לקביעה זו הצטרפה גם השופטת ברק-ארז. לאור קביעה זו והיות ולפי ההלכה שייכות הגמלאות להורים, אזי לא ניתן לשלול אותן בשל מעשה שלא הם ביצעו. יודגש, כי בעניין עדאלה נגד שר הרווחה, למרות שבית המשפט ראה שהפגיעה בשוויון הינה חוקתית בגלל שתכלית התיקון שם היתה ראויה אך יום אחד לאחר מתן פסק הדין הורתה שרת הבריאות דאז, יעל גרמן, על ביטול התיקון והוא הוצא מחוק ההסדרים לאור הפגיעה שהוא גורם להורים ולילדים.

על אבחנות בלתי רלוונטיות בין קבוצת שוויון אחת הגורמת לפגיעה בזכות לשוויון, ראו למשל: בג"ץ 4124/00 ארנן יקותיאלי ז"ל נ' השר לענייני דתות, פד"י סד(1) 142 (2010); בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503 (2000).

28. יתר על כן, ההנחה לפיה צרכיו הבסיסיים של האסיר הקטין מסופקים לו על ידי בית הסוהר ולכן אין הצדקה להמשך תשלום הגמלאות, הינה מוטעית. גם בעת שהותו של הילד בתוך כותלי בית הסוהר מוטלות על משפחתו הוצאות כספיות שהם מעבר לצרכים הבסיסיים המסופקים על ידי בית הסוהר. עובדה, שהשב"ס מאפשר הסדר ה"קנטינה" לפיו ניתן לספק תקציב נוסף מהמשפחה לאסיר על מנת שיוכל לרכוש מוצרים בסיסיים ממרכז מכר הממוקם בתוך בית הכלא. תקציב הקנטינה הינו סכום לא מבוטל שנע בין 1,200-1,600 ש"ח לחודש עבור אסיר ביטחוני המועבר על ידי הורי האסיר. גובה הסכום הינו ראייה לנחיצות כיסוי ההוצאות מעבר למה שמסופק ע"י בית הכלא. במרכז המכר, זכאי האסיר לרכוש מוצרי מזון ושתיה מעבר למה שהאסיר מקבל בשלושת הארוחות המוגשות לו מטעם הכלא, הכוללים ממתקים ועוגיות, שתייה קלה, קפה, קופסאות שימורים. מוצרים חיוניים אלו, חשובים שבעתיים כאשר מדובר באסירים קטינים העשויים לחשוק צריכת מזון ושתיה נוספים בתקופה בין הגשת הארוחות המסופקות ע"י השב"ס. יוזכר, כי למרות שמדובר בהטבה, אך הטבה זו לא נשללה מאסירים ביטחוניים, אם כי סכומה הופחת יחסית לאסירים פליליים. על כן, אם אסיר קטין פלילי או אסיר ביטחוני בגיר ממשיכים להיות זכאים לקבלת הקנטינה בשל ההכרה בצורך להשלמת רכישת מוצרי מזון ושתיה חיוניים, מעבר למה שמסופק ע"י השב"ס, אז ניתן להסיק כי מה שמסופק בתוך בית הכלא אינו עונה על מלוא הצרכים הבסיסיים של האסירים, בין אם הם קטינים ובין אם בגירים, ובין אם הם פליליים ובין אם הם ביטחוניים.

29. התיקון לחוק הינו מפלה כי הענישה הכלולה בו אינה הולמת את חומרת העבירה ובכך הופכת את התיקון לשרירותי. התיקון חל על סדרה רחבה של עבירות חלקן חמורות וחלקן פחות הן מבחינת התוכן שלהם והן מבחינת הענישה הקבועה בגין ביצוען. לנוחיות בית המשפט הנכבד, ריכזו העותרים את רשימת כל העבירות אליהם מתייחס התיקון לחוק בטבלה נפרדת, **טבלה מס' 4**, המצורפת לעתירה. עקרון ההלימה בין העונש לבין חומרת העבירה הינו אחד העקרונות הבסיסיים והחשובים ביותר המעוגנים בדיני העונשין. תיקון מס' 113 לחוק העונשין שאימץ את המלצת דו"ח וועדת גולדברג בהקשר להתאמת הענישה לחומרת העבירה קבע, כי "העיקרון המנחה בענישה הוא קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו (בסימן זה – העיקרון המנחה)".

** רצ"ב המלצות דו"ח וועדת דורנר בדבר התאמת הענישה לחומרת העבירה מסומן ע/7 ומהווה חלק בלתי נפרד מעתירה זו.

** רצ"ב **טבלה מס' 4** המסומנת ט/4 המהווה חלק בלתי נפרד מעתירה זו.

30. גם שלילת שיקול הדעת השיפוטי המעוגן בתיקון לחוק והמורה על שלילה אוטומטית של הגמלאות עם הרשעת הקטין, מנוגד לעקרונות המנחים של חוק העונשין לרבות זה הקבוע בסימן א'1 והקובע בסעיף 40ג כי בית המשפט הוא זה שיקבע את רמת העונש וכדלקמן:

"(א) בית המשפט יקבע מתחם עונש הולם למעשה העבירה שביצע הנאשם בהתאם לעיקרון המנחה, ולשם כך יתחשב בערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה, במידת הפגיעה בו, במדיניות הענישה הנהוגה ובנסיבות הקשורות בביצוע העבירה כאמור בסעיף 40ט.

(ב) בתוך מתחם העונש ההולם יגזור בית המשפט את העונש המתאים לנאשם, בהתחשב בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה כאמור בסעיף 40יא, ואולם בית המשפט רשאי לחרוג ממתחם העונש ההולם בשל שיקולי שיקום או הגנה על שלום הציבור לפי הוראות סעיפים 40ד ו-40ה."

31. אותו תיקון 113 לחוק העונשין שהוסיף את סימן א'1 קובע, כי בית המשפט רשאי לחרוג מהענישה כדי להגן על שלום הציבור (סעיף 40ה) או כדי להרתיע את הנאשם עצמו (סעיף 40ו) אך בשני הסעיפים נקבע "ובלבד שהעונש לא יחרוג ממתחם העונש ההולם." מיותר להזכיר את סעיף 40ט לחוק העונשין המאפשר לשופט לבחון את נסיבותיו של כל מקרה ומקרה לצורך גזירת העונש כאשר הנסיבות נבחנות על פי: התכנון, חלקו היחסי של הנאשם, הנזק שנגרם, הסיבות שהביאו את הנאשם למעשה, יכולת הנאשם להבין שעשה מעשה פסול, יכולת הנאשם להימנע ממעשה דומה בעתיד וכדומה. כל הנסיבות הנ"ל, שהם גלומים באחד העקרונות הבסיסיים ביותר בחוק העונשין, לא ניתנים ליישום במקרה דנן. בכל מקרה ולמען הזהירות ידגישו העותרים, כי גם אם יינתן שיקול דעת לבית המשפט באשר לשלילת הגמלאות בעקבות ההרשעה, טענות העותרים יעמדו על כנם, שכן שלילת הגמלאות בכל מקרה פוגעת בזכויות החוקתיות והיא בניגוד לתכלית הסוציאלית אליהם מכוונות הגמלאות ככלל.

32. כמו כן, סטייה חמורה זו מאחד מהעקרונות המנחים המעוגנים בחוק העונשין, פוגעת בתבנית וההרמוניה החקיקתית של חוק העונשין כאשר קיימים סעיפים בחוק עצמו הנוגדים את התפיסה הבסיסית שלו.

33. מהאמור לעיל עולה כי החריגה מהעקרונות הבסיסיים של חוק העונשין הינה כשלעצמה לא לתכלית ראויה ההופכת את האבחנה בין האסירים לצורך שלילת הגמלאות, לבלתי רלוונטית ועל כן פוגעת בזכות לשוויון. בהקשר זה קבעה הפסיקה העליונה כי לא ניתן להבחין בין קבוצת שוויון אחת על בסיס נתון שאינו רלוונטי לתכלית של הסיוע או הזכות או ההטבה המוענקת לקבוצת השוויון וכאשר האבחנה אינה תואמת את התכלית, משמע כי היא לא רלוונטית ועל כן פוגעת בזכות לשוויון. ראו: עניין "עם חופשי" (פסקה 40 לקביעת הנשיאה ביניש) וכן ראו עניין יקותיאל עמוד 514 (הובאו לעיל).

34. כמו כן, שלילת הגמלאות כשלעצמה כאמצעי ענישה הינה אקט שרירותי ההופכת את האבחנה בין האסירים לבלתי רלוונטית המובילה לפגיעה בזכות לשוויון. מדובר באקט שרירותי שכן אין כל קשר בין גמלאות סוציאליות שתכליתן אוניברסאלית לבין ענישה בכלל וענישה על עבירות בטחון בפרט. לצורך הרחבת הטיעון, נפרט להלן את תכליתן האוניברסאליות של כל אחת מהגמלאות הסוציאליות הנשללות בתיקון לחוק:

35. **באשר לקצבת הילדים:** סעיף 66 לחוק הביטוח הלאומי (נוסח חדש), התשנ"ה – 1995 מעגן את התפיסה האוניברסאלית מאחורי תשלום הקצבה וקובע, כי כל ילד באשר הוא זכאי לקצבת ילדים. ובעניין **עדאלה נגד משרד הרווחה**, הדגישה השופטת ברק-ארז, כי קצבת הילדים הינה אוניברסאלית וקבעה:

"במתכונת של חקיקה ועד להסדרתן זהאינדא. באופן כללי, ניתן להצביע על תהליך ברור של חיזוק היסוד האוניברסאלי בהענקתן. הכוונה היא להענקת קצבאות ילדים לכל משפחה באשר היא, בגין כל אחד מילדיה, מבלי להתחשב בנתונים כלכליים או בקריטריונים מבדלים אחרים (להבדיל מהענקתן בעבר רק לחלק מהמשפחות או לחלק מהילדים בהתבסס על קריטריונים מבדלים)".
דברי השופטת ד' ברק-ארז, פסקה 5, עמ' 41, עניין **עדאלה נ' משרד הרווחה ואח'.**

36. בשל תכליתה האוניברסאלית של קצבאות ילדים, קובע החוק, כי אין לפגוע בקצבת הילדים ואין לקזז או לנכות ממנה כל סכום (ראו סעיף 73 לחוק הביטוח הלאומי וכן ראו בג"ץ 1384/04 **עמותת בצדק - מרכז אמריקאי ישראלי לקידום צדק בישראל נ. שר הפנים** (טרם פורסם, 14.3.2005)). כמו כן, לא ניתן להתנות את הזכאות לה לפרופיל המוסרי של הזקוק לסיוע. כך קבעה השופטת ארבל בעניין **עדאלה נגד שר הרווחה:**

"בית משפט זה עמד על כך כי יש לפרש וליישם את חוק הביטוח הלאומי בהתאם לתכליתו הסוציאלית (עניין לה"ב, פסקה 45). ואכן, יש הסבורים כי העיקרון הסוציאלי צריך להיות ניטראלי לחלוטין לפרופיל המוסרי של הזקוק לסיוע, וזאת גם אם יש קשר בין התנהגותו של המבוטח לבין גרימת הסיכון המבוטח בגינו זכאי המבוטח לגמלה."

ראו: דברי השופטת ארבל, פסקה 51, עמ' 31-32, עניין **עדאלה נ' משרד הרווחה ואח'**.

37. **באשר למזונות**, הן משתלמות להורה עבור הילד מכח פסק דין של בית המשפט כאמור בסעיף 2(א) לחוק המזונות. לכן לאחר שבית המשפט קובע את הזכאות למזונות, לא ניתן להתנות על הזכאות הנ"ל. בהקשר זה הטיבה פרופ' רות בן ישראל לפרט אודות תכלית חוק המזונות, בזו הלשון:

"עקרונית החוק נועד לסייע לאישה ולילד שהם תושבי ישראל ואף שיש בידיהם פסק דין לתשלום מזונות הם אינם יכולים לממשו. בנסיבות אלה, המוסד לביטוח לאומי משלם לאם ולילד תשלום חודשי וגובה מהאב החייב במזונות את הסכום שהוא חייב לשלם בפסק הדין".¹

38. **באשר לגמלת הבטחת הכנסה**, תכליתה הינה שמירה על קיום מינימאלי בכבוד למי שידו אינה משגת זאת. תכלית זו קבועה בחוק הבטחת הכנסה, התשמ"א – 1980 ובג"ץ חיוק תכלית זו בבג"ץ **סלאח חסן** אשר דן בשלילת הזכאות להבטחת הכנסה למי שעושה שימוש או בבעלותו רכב (בג"ץ 10662/04 **סלאח חסן נגד המוסד לביטוח לאומי** (פסק דין מיום 28.2.2012)).

39. וככלל, הביטוח הסוציאלי בכללותו הינו אוניברסאלי ונועד על מנת לקיים את התכלית של הבטחת רף קיום מינימאלי בכבוד של המבוטח. בעניין **לה"ב**, נקבע כי "תכליתו המרכזית של הביטוח הסוציאלי הינה לממש את חובתה של המדינה להבטיח רף קיום מינימלי לכל תושביה, כדי שלא יזדרדר אדם אל מתחת לסף של חיים בכבוד. הביטוח הסוציאלי, ומסגרות החוק שנועדו להגשימו, הם מרכיב חשוב בהגשמת האידאיה של חברה המבוססת על אדני צדק, שוויון ודאגה סוציאלית לנזקק". (בג"ץ 6304/09 **לה"ב** – **לשכת ארגוני העצמאים והעסקים נגד היועץ המשפטי לממשלה**, פסקה 44-45 לקביעת השופטת פרוקציה (פסק דין מיום 2.9.2010)) (להלן: "עניין **לה"ב**"). ראו גם עניין **המגן חברה לביטוח בע"מ** שם נקבע, כי "הבטחת אמצעי קיום מינימאליים לנזקקים אינה רק אינטרס של הפרט הנצרך, אלא ערך חברתי כללי, המקרין על דמותה של החברה והמדינה כמדינת רווחה". (ראו: רע"א 9823/02 **"המגן" חברה לביטוח בע"מ נגד המוסד לביטוח לאומי**, פסקה 17 (פורסם בנבו), פסק דין מיום 27.12.2004)).

עוד על תכליתן האוניברסאלית של כלל הקצבאות, הן מבחינת הכיסוי והן מבחינת אופי ההתייחסות לקבוצות אוכלוסיה שונות, ראו: אברהם דורון, "בזכות האוניברסליות במדיניות הרווחה" מתוך בזכות האוניברסאליות: **האתגרים של המדיניות החברתית בישראל** (מאגנס, ירושלים, תשנ"ז) חלק א, עמודים 27-32 [בתוך ביטחון סוציאלי, עמ' 169].

40. לכן פליאתו של קטיין אינה אמורה להעלות או להוריד הן לצורך הזכאות לגמלאות והן לצורך גובה הגמלאות.

¹ רות בן-ישראל, 2006. "הבטחת תשלום מזונות". **ביטחון סוציאלי**, כרך ב'. האוניברסיטה הפתוחה, עמ' 709.

41. הן החוקים הסוציאליים והן הפסיקה העלוונה אינם מתירים התניית הגמלאות הסוציאליות בתניות שאינן קשורות לתכליתן הסוציאלית של הגמלה. בעניין **סלאח חסן** ביטל בג"ץ תנאי בחוק הבטחת הכנסה ששלל זכאות להבטחת הכנסה למי שעשה שימוש או בבעלותו רכב. וממש לאחרונה ביטל בית הדין הארצי לעבודה סעיף אחר בחוק הבטחת הכנסה אשר שלל את הגמלה מזכאים שקיבלו סיוע כספי לצורך תשלום שכר דירה (עב"ל 20952-04-11 א' י' נגד המוסד לביטוח לאומי (פסק דין מיום 20.11.15)). בשני מקרים אלו, ההתניה לא היתה רלוונטית לתכלית הגמלה.

42. בית המשפט התיר התנייה על הזכאות לקצבאות במקרים בודדים בלבד, אשר כפי שנראה להלן, אינם חלים על המקרה שבפנינו ולהלן נפרט שני מקרים עיקריים:

במקרה הראשון, בעניין **עדאלה נגד משרד הרווחה** נדונה התניית הזכאות בחיסון ילדים ע"י משרד הבריאות שנקבעה כחוקתית ע"י בג"ץ. בית המשפט נימק כי חיסון ילדים הינו לטובת הילד בפרט ולטובת בריאות כלל הציבור. השופטת ארבל ציינה כי אין ספק כי המחוקק ראה לפניו את רווחת הילדים וטובתם. *במקרה השני*, בעניין **לה"ב דן בג"ץ** בחוקתיות סעיף 142(א) לחוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009-201), התשס"ט – 2009 אשר הורה על הגדלת "תקרת" ההכנסה שעל בסיסה מחושבים דמי הביטוח הלאומי וביטוח הבריאות וזאת מבלי להעלות את גובה הגמלאות למבוטחים. בג"ץ הותיר את התיקון כחוקתי מהנימוק ששהוא עומד במהות התפיסה הבסיסית של מבנה מנגנון הביטוח הסוציאלי והתכלית שהביטוח הסוציאלי נועד להגשים, כאשר האילוץ הכלכלי בהפחתת הזרמת כספי המדינה לתקציב המוסד לביטוח לאומי, אינו שיקול זר בפתרון לכיסוי הפער התקציבי שנוצר (עניין **לה"ב עמוד 71**).

43. בשני המקרים לעיל, הותיר בג"ץ את התניית הזכות הסוציאלית בשל זיקתה לתכלית הסוציאלית של הקצבה. אולם, בין שני המקרים הנ"ל לבין המקרה שבפנינו קיים שוני והבדל עצום המחייב אבחנה. בשני המקרים לעיל ההתניה נגעה לתכלית הגמלה ובשני המקרים תכלית ההתניה היתה ראויה. בעניין **לה"ב קביעת דרגת חישוב הביטוח היתר** חלק ממבנה המנגנון הביטוחי הקבוע בחוק ובעניין **עדאלה** ההתניה נועדה לשמירה על בריאות הילדים בפרט והציבור בכלל. לא כך בעניין שבפנינו. שכן, השלילה במקרה דנן נועדה בעיקר להעניש ולנקום בקטינים אסירים באמצעות נגיעה בכיס המשפחתי של ההורים. הענשה ונקמה כזו אינה תואמת את התכלית הסוציאלית והאוניברסאלית של כלל הגמלאות הנשללות בתיקון.

44. כמו כן, דווקא בחינתם של שני פסק דין אלו על המקרה שבפנינו מחזקת כי יש לקבל את העתירה. שכן לא **עקרון טובת הילד** הוא שניצב בפני המחוקק בעניינינו אלא דווקא הענשתו והפגיעה בו ובמשפחתו. חוק הביטוח הלאומי אימץ את עקרון 'טובת הילד' בכל הנוגע

לתשלום קצבאות ילדים (ראו סעיף 69 לחוק) ובית המשפט חזר על עקרון זה במספר מקרים (ראו למשל עב"ל 1117/04 אזולאי נ' המוסד לביטוח לאומי, סגנית הנשיא אלישבע ברק-אוסוסקין (טרם פורסם, 2.11.2006)). עקרון זה מקבל משקל כבד גם במשפט הבינלאומי הקובע את איסור הפגיעה בילדים, הבטחת ההגנה עליהם והעמדת שיקול טובת הילד כשיקול ראשון במעלה, מוטלות על מחוקק גם מכח סעיף 3 לאמנה הבינלאומית לזכויות הילד שישראל חתמה ואשררה.

הפגיעה בכבוד ובקיום המינימאלי בכבוד

45. שלילת כלל הגמלאות לפי התיקון לחוק, פוגעת בזכות לקיום מינימאלי בכבוד. מדובר בשלילה מוחלטת של קצבת הילדים ואי חישוב הילד במניין הילדים לצורך חישוב המזונות וגמלת הבטחת הכנסה וזאת עבור כל תקופת המאסר. שלילת גמלאות אלו מההורים, פוגעת בכבודם (ראו עניין סלאח חסן). עבור הורים ממעמד סוציו אקונומי נמוך, הגמלאות הם אמצעי עיקרי וחיוני לצורך כיסוי הוצאות המשפחה וגידול הילדים כך ששלילתם עלולה לפגוע בקיומם המינימאלי בכבוד. כל הפחתה בסכום הגמלאות המשליכה על הסכום החודשי ממנו מתפרנסת המשפחה בחודש, עלולה להיות לה השלכות מרחיקות על כלל המשפחה לרבות השלכות על קיצוץ בהוצאות המשפחתיות החיוניות. העובדה שמדובר בשלוש גמלאות הנשללות ביחד, מגבירה את חומרת הפגיעה בקיום המינימאלי בכבוד של משפחות הילדים.

46. כמו כן בעניין סלאח חסן קבעה הנשיאה ביניש כי "מכלול הסדרי הרווחה הניתנים בישראל מספקים את ה"סל" הנדרש לשם קיום מינימאלי בכבוד" (פסקה 46 ביניש, עניין חסן). על כך חזרה השופטת ארבל בעניין עדאלה נגד משרד הרווחה (עמודים 23-24). ולכן שלילת מספר גמלאות במכלול, כפי שהוא המקרה כאן מובילה לפגיעה בקיום מינימאלי בכבוד של המשפחה.

הפגיעה בזכות לביטחון סוציאלי

47. העותרים טוענים, כי שלילת מכלול הגמלאות עפ"י התיקון מהורי קטינים אסירים, מהווה פגיעה בזכותם לביטחון סוציאלי. בית המשפט העליון כבר הרחיב את תחולת חוק הביטוח הלאומי וזאת לנוכח המגמה להכיר בביטחון סוציאלי כזכות חברתית וכמרכיב חיוני בשמירה על זכויות אדם (ראו: דנג"ץ 4601/95 חי יוסף סרוסי נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד (נב) 817, 831 (1998); בג"צ 890/99 חלמיש נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד (נד) 423, 429 (2000)).

48. הזכות לביטחון סוציאלי הוכרה גם היא במשפט הבינלאומי כאשר סעיף 9 לאמנה הבינלאומית לזכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות משנת 1966 עליה חתומה גם מדינת ישראל קובע כי "מדינות שהן צד באמנה זו מכירות בזכותן של כל אדם לביטחון סוציאלי, לרבות ביטוח סוציאלי." לאחרונה ובשנת 2007, הוציאה המועצה החברתית – כלכלית של

האוי"ם הערה כללית מספר 19 אשר הגדירה את מרכיבי הזכות לביטחון סוציאלי וקבעה בסעיף 18, כי יש לדאוג לאספקת בטחון סוציאלי עבור ילדים ואמהות ללא הפליה (ראו: הערה כללית מספר 18 שאושרה בתאריך 23.11.07 ע"י המועצה החברתית – כלכלית של האוי"ם, מסי E/C.12.GC/19).

תכלית התיקון לחוק אינה ראויה

49. העותרים ידגישו כי הטיעון שהעלו לעיל באשר לפגיעה בגמלאות בניגוד לתכלית הסוציאלית שלהן, תקפים גם לפרק זה. שכן עצם שלילת הגמלאות או התנייתם שלא לצרכים או לתכלית הסוציאלית אליהן נועדו הגמלאות, ובניגוד לתכלית הסוציאלית האוניברסאלית של הגמלאות, כפי שפורט לעיל, הופכת את התכלית לבלתי ראויה בעליל. לפירוט טיעון זה בהקשר לתכלית הבלתי ראויה יפנו העותרים את בית המשפט הנכבד לפסקאות 34 עד 44 לעיל.

50. כמו כן, הפגיעה בזכויות, לרבות הזכות לשוויון ושרירות הפגיעה בה כפי שפורט לעיל, הם כשלעצמם הופכים את תכלית התיקון לחוק לבלתי ראויה. תכלית שאינה נותנת משקל לפגיעה בזכויות אדם, הינה תכלית בלתי ראויה.

(ראו: בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 570 (2005); ראו גם: בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נו(1) 235, 264 (2002); בג"ץ 5578/02 מנור ואח' נ' שר האוצר ואח', פד"י נט(1) 729 (2004).

51. יתר על כן, כפי שפורט ברקע העובדתי לעיל, מטרת התיקון הינה הענשה שנועדה להתמודד עם תופעת יידי האבנים שצברה תאוצה בתקופה האחרונה באמצעות פגיעה בהכנסת המשפחה של הילד המורשע בעבירת בטחון באופן שישפיע על סיפוק צורכי הקטין. עצם השימוש בגמלאות כאמצעי לענישה, הופכת את תכלית התיקון לבלתי ראויה. תכלית ענישתית הינה תמיד תכלית בלתי ראויה. בעניין דוברין קבע בג"ץ כי:

"התפיסה לפיה ניתן לפגוע בזכות להורות הנתונה לאסיר בשל חומרת העבירה שעבר, ונוכח שיקולי הרתעה והוקעה של העבריין, זרה לעקרונות היסוד של הדין הפלילי ותורת הענישה. גישה זו עומדת בסתירה בולטת גם לתפיסה החוקתית השלטת בשיטת המשפט הישראלית. היא אינה מתיישבת עם העקרונות הערכיים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ואינה מבטאת תכלית ראויה ומידתיות הולמת."
בג"ץ 2245/06 דוברין נגד שרות בתי הסוהר, עמוד 40 (פסק דין מיום 13.6.2006).

52. יתר על כן שלילת שיקול הדעת השיפוטי בהקשר לעצם קביעת שלילת הגמלאות, גובהן, או שיעורן ושלילת האפשרות מהשופט שדן בתיק לבחון את נסיבות המקרה והשלכות שלילת הגמלאות על הילד ועל משפחתו, פוגעים בעקרון הפרדת הרשויות ואף בעצמאות השפיטה. פגיעה בעקרונות אלו היא כשלעצמה לא לתכלית ראויה והדברים מקבלים משנה חומרה בשל זרות סוג העונש – שלילת גמלאות סוציאליות – לתכלית הענישה – שיקום. פרופ'

אהרון ברק כתב בספרו **שופט בחברה דמוקרטית**, כי חוק הפוגע בעקרון הפרדת הרשויות הינו בלתי חוקתי וניתן להצהיר על בטלותו:

"תפקידו של שופט בשיטת משפט שערכיה הם של מדינה דמוקרטית לשמור על הפרדת הרשויות ולהגן עליה. דבר זה מותא את ביטויו במגוון של עניינים. נעמוד על אחדים מהם: ראשית, חקיקה או פעולת מינהל המנוגדות לערך בדבר הפרדת רשויות אינן חוקתיות, וניתן להצהיר על בטלותן. כך למשל אם המחוקק יחוקק חוק שלפיו הכרעה בשאלה אם חוק הוא חוקתי תופקד בידי המחוקק עצמו ולא תהא נתונה עוד לבתי המשפט יהא חוק כזה בלתי חוקתי. הוא נוטל מהרשות השופטת את המסכות שהוענקה לה בחוקה לפרש את החוקה ומעניק סמכות זו למחוקק. בכך פוגע המחוקק שלא כדין בהפרדת הרשויות."

פרופ' אהרון ברק, **שופט בחרה דמוקרטית** (הוצאת הספרים של אוניברסיטת חיפה, נבו, 2004) עמוד 112.

53. כמו כן הוסיף פרופ' ברק כי חזקה שאין תכליתו של דבר חקיקה להגביל את היקף שיקול דעת בית המשפט באשר להפעלת סמכות השפיטה:

"החזקה הינה כי סמכויות הביצוע מוענקות בחקיקה לרשות המבצעת (הממשלה). על כן כאשר כמה דרכי ביצוע הן חוקיות, הבחירה היא בידי הרשות המבצעת. זהו "מתחם הסבירות" הנגזר במישרין מהפרדת הרשויות. חזקה היא כי סמכויות השפיטה מוענקות בדבר חקיקה לרשות השופטת. חזקה היא שאין זו תכליתו של דבר חקיקה לשלול מבית המשפט את סמכות השפיטה (ouster of jurisdiction) או להביל את היקף שיקול דעתו באשר להפעלת סמכות השפיטה. היטיב להביע זאת השופט צ' ברנזון בציינו כי "אין בתי-המשפט מביטים בעין טובה על הגבלת סמכותם. זאת, לא בגלל דאגה עצמית להאדיר כוח ולרבות חשיבות, אלא מתוך ידיעה ברורה ואמונה עמוקה כי סמכות השיפוט והבקורת של בתי-המשפט על מעשי השלטונות היא חלק בלתי-נפרד של משטר דמוקרטי אמיתי, והחותר תחתיה עלול לקעקע אחד מעודי התווך של בנין המדינה."

שם בעמוד 113-114, וכן ראו: בג"ץ 222/68 חוגים לאומיים אגודה רשומה נגד שר המשטרה, פד"י כד(2) 141, 172 (1970).

מבחן המידתיות

מבחן המידתיות הראשון: העדר קשר רציונאלי

54. העותרים טוענים כי אין כל קשר רציונאלי בין האמצעי שנבחר לבין השגת התכלית. כל החמרה בלתי סבירה ובלתי מידתית של עונש, ובמיוחד זו שמבוססת על נקמות, אינה משיגה את תכלית הענישה: שיקום. לכך נועד המאסר עצמו, שלו דווקא תכלית הרתעתית אך בעיקר שיקומית. אלה הם העקרונות העיקריים מאחורי הצורך בענישה. העובדה שההבחנות שנעשו - כפי שפורט בעניין הפגיעה בשוויון לעיל הינן לא רלוונטיות - מעידות כשלעצמן על העדר קשר רציונאלי בין התכלית והאמצעי. דברים אלו מקבלים חיזוק מדברי היועצת המשפטית של הוועדה לחוקה, חוק ומשפט של הכנסת ואשר הובאו ברקע העובדתי לעיל.

55. על העדר קשר בין החמרת הענישה והשגת תכלית המאסר, התייחסה לאחרונה השופטת בדימוס דורנר אשר עמדה בראש הוועדה לבחינת מדיניות הענישה (דו"ח וועדת דורנר).² בדו"ח מתחה דורנר ביקורת על מדיניות החמרת הענישה של הממשלה וציינה כי "על רקע הקושי לקדם הרתעה ושיקום באמצעות מאסרים; העלות הגבוהה של המאסרים; השפעתם של מאסרים ממושכים על רצידיביזם; והקושי להתאים בחקיקה אשר מטבעה קובעת עונשים מרביים או מזעריים את הענישה לרמת המסוכנות, הרי שככלל – הארכת תקופת המאסר הקבועות בחקיקה אינה מקדמת את המאבק בפשיעה ולכן אינה מוצדקת כאמצעי להשגת מטרה זו [...] העבירה, וככלל אין לנסות להשיג הרתעה או שיקום באמצעות שינוי העונש המרבי שבצד העבירה.. " (עמ' ד, 08.2015 - ההדגשה במקור).

56. לכן אין לקבוע כי אמצעי זה הינו הולם או רציונאלי שכן הוא שרירותי ומוביל לפגיעות חמורות בזכויות החוקתיות שפורטו לעיל. וכדברי הנשיאה ביניש בעניין ראשד מוראד אשר חידדה את מבחן הקשר הרציונאלי לאמור:

"מבחן הקשר הרציונאלי אינו מבחן של קשר סיבתי טכני גרידא בין אמצעי לתכלית. גם כאשר שימוש באמצעי כלשהו עשוי להוביל להשגת המטרה המבוקשת עדיין אין משמעות הדבר כי מתקיים קשר רציונאלי בין האמצעי לתכלית וכי האמצעי מתאים להשגת התכלית. הדגש במבחן הקשר הרציונאלי הוא על היותו של הקשר רציונאלי. משמעות הדבר היא, בין השאר, שאין לנקוט באמצעי שרירותי, בלתי הוגן או מחוסר היגיון (ראו: בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד (1) 235, 279; א' ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 621, 542).

בג"ץ 9593/04 ראשד מוראד נגד מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פסקה 25 לפסק דינה של השופטת ביניש (טרם פורסם, 26.6.2006).

57. יתר על כן, העובדה כי שלילת הגמלאות הסוציאליות נעשית בניגוד ובסתירה לתכליתן הסוציאלית והאוניברסאלית, כפי שפורט לעיל, מחזקת את העדר הקשר הרציונאלי גם בין תכלית התיקון לבין האמצעי שנבחר.

מבחן המידתיות השני: האמצעי הפוגע פחות

58. העותרים יטענו כי התיקון לחוק הינו גורף ממספר סיבות. אין כל הליך המאפשר התחשבות במצב של הקטין ומשפחתו; תקופת המאסר אינה רלוונטית ודין ילד

² הוועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים דין וחשבון". אוגוסט 2015. http://sfile.f-static.com/image/users/180409/ftp/my_files/%D7%94%D7%95%D7%A2%D7%93%D7%94%20%D7%94%D7%A6%D7%99%D7%91%D7%95%D7%A8%D7%99%D7%AA%20%D7%9C%D7%91%D7%97%D7%99%D7%A0%D7%AA%20%D7%9E%D7%93%D7%99%D7%A0%D7%99%D7%95%D7%AA%20%D7%94%D7%A2%D7%A0%D7%99%D7%A9%D7%94%20%D7%95%D7%94%D7%98%D7%99%D7%A4%D7%95%D7%9C%20%D7%91%D7%A2%D7%91%D7%A8%D7%99%D7%99%D7%A0%D7%99%D7%9D%20%D7%93%D7%99%D7%9F%20%D7%95%D7%97%D7%A9%D7%91%D7%95%D7%9F.pdf?id=24889153

שנאסר לתקופה של מספר שנים כדין ילד שנאסר לשלושה חודשים; העובדה כי הילד במאסר מספקת על מנת לשלול את הגמלאות ואין כל פרוצדורה מקדמית המאפשרת דיון מקצועי או משפטי כלשהו בעניינו הספציפי של כל ילד וילד ובחינת נסיבותיו של כל מקרה; אי הענקת שיקול דעת שיפוטי לשופט עצמו או אפשרות העברת הנושא לבחינת עובד סוציאלי או איש מקצוע אחר לבחינת השלכות שלילת הגמלאות על הילד ומשפחתו, מחמירה את גורפותו של התיקון ופגיעתו בזכויות החוקתיות.

59. בנוסף, הואיל ואין מקום לבחינה פרטנית של כל מקרה ומקרה לרבות השלכות שלילת הגמלאות על כל קטין אסיר בנפרד, מתחזקת ומחמירה את הגורפות שבו ומנוגדת להלכה הפסוקה. בעניין דנג"ץ צלאח ולמרות דחיית הבקשה לדיון נוסף, קבעה הנשיאה נאור כי ההחלטה בדבר אסור לימודי השכלה גבוהה על כל האסירים הביטחוניים אינה מתחשבת בשיקולים של בדיקה פרטנית של האיסור על כל אסיר בנפרד כך שהיקף האיסור לא נבחן ע"י המשיבים ועל כן מן הראוי להשאיר פתח לבדיקה פרטנית כך נקבע:

"לצד זאת, בענייננו, כאשר מדובר, למשל, באסירים ביטחוניים הנעדרים זיקה לארגון כזה או אחר, דומה כי הטעם הביטחוני שעליו נסמכים המשיבים מאבד ממשמעותו. כמו כן, המידע החסוי שעליו נסמכו המשיבים מתייחס לארגון מסוים, וספק אם ניתן להסיק מכך כי כלל הארגונים נוהגים באותה דרך שבה נוהג הארגון האמור. אף הסיכון הביטחוני במקרה דנן אינו קרוב ומידי, שהרי לא נטען בפנינו כי הלימודים עצמם מהווים סיכון לביטחון המדינה או לתושביה. למעשה, פרט לטעמים הקשורים במקורות המימון של הלימודים, אין בפייהם של המשיבים טעמים ענייניים נוספים המצדיקים את ההבחנה בין האסירים הביטחוניים לבין האסירים האחרים לעניין זה (השוו: עניין אבו רביע). סבורני, כי החלטת המשיבים לאסור לחלוטין על לימודי אסירים ביטחוניים, אינה מתחשבת בשיקולים הנזכרים לעיל. בדיון על-פה, העלינו בפני המשיבים שאלות בנוגע להיקפו של האיסור הנדון, אך לא קיבלנו מענה ברור. המשיבים הזכירו את החריגים הקבועים בנוהל אסירים ביטחוניים, אך לא הביעו עמדה מפורשת בשאלה אם תריג זה או אחר יכול לחול בענייננו. גם בהליכים מושא הדיון הנוסף נמנעו המשיבים מלהתייחס לסוגיה זו. מכך עולה, כי היקפו של האיסור לא נשקל כדבעי. נוכח כלל השיקולים שפורטו ובשים לב להיקפן של הגבלות אחרות החלות על אסירים ביטחוניים, דומה כי ראוי להשאיר פתח לבדיקה פרטנית. טוב יעשו המשיבים, אם יערכו בדיקה נוספת של אפשרות זו (ראו והשוו: עניין דרויש, בעמודים 545-546)."

(פסקה 28 לקביעת הנשיאה נאור בעניין דנג"ץ צלאח).

ראו עוד עניין **עדאלה נגד שר הבטחון** שם נקבע כי יש לבצע בחינה פרטנית ואין להטיל הגבלה גורפת על הזכויות. בג"ץ 8276/05 **עדאלה נגד שר הבטחון** (פסק דין מיום 12.12.06); ראו גם דני"פ 7048/97 **פלונים נגד שר הבטחון**, פד"י נד(1) 721, 741 (2000); עמ"ס 8788/03 **פדרמן נגד שר הביטחון**, פד"י נח(1) 176, 188 (2003).

60. כמו כן, התיקון גורף, כי הוא מוביל לשלילה מוחלטת של תשלומים סוציאליים מאוד בסיסיים וחיוניים לקיומה של המשפחה. התיקון כאמור שולל מהורי הילדים את תשלום קצבאות הילדים ובכך פוגע כליל ובאופן מוחלט בקצבאות הילדים. כמו כן הוא שולל או מפחית, תלוי בנסיבות העניין, תשלומי מזונות והבטחת הכנסת לאחר שהילד אינו מובא

עוד במניין הילדים לצורך חישוב התשלומים. בעניין **סלאח חסן**, קבע בית המשפט הנכבד כי שלילה מוחלטת של תשלום הבטחת הכנסה, הינו גורף ופוגע באופן לא מידתי בזכות החוקתית לכבוד.

61. העובדה כי בנוסף לשלילת קצבת הילדים, לא יבוא הילד האסיר במניין לצורך חישוב שתי גמלאות נוספות שהן הבטחת הכנסה ומזונות, מגבירה ומחמירה את הגורפות. לשלילת הגמלאות במכלול, ישנו אפקט מצטבר מבחינת גורפות הפגיעה החוקתית. בעניין **פלוני**, דן בג"ץ בחוקתיות סעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו-2006, הקובע את האפשרות לקיים דיונים בהארכת מעצר של חשוד בעבירת ביטחון שלא בנוכחות עצור. סעיף 5 לחוק אמנם בוטל, אך השופטים נאור וריבלין, העלו שאלה בדבר האפקט המצטבר שיש למספר הגבלות על זכות העציר על חוקתיות התיקון עצמו. השאלה נותרה בבחינת צריך עיון אך היא נכונה גם לענייננו. בעניין **פלוני**, קבע המשנה לנשיאה השופט ריבלין, כי תוספת הפגיעה בזכויות העצור עקב הצטברות שני האמצעים יחדיו שהאחד מהם הוא ההוראות בעניין מניעת מפגש עם עו"ד והשני הוא הוראת סעיף 5 לחוק המאפשרת לקיים דיון שלא בנוכחות העצור, תוצה את רף החוקתיות, ובלשון השופט ריבלין "מכל מקום, כאשר זכות יסוד נפגעת במספר היבטים, או באופן הדרגתי, יתכן בהחלט שהאפקט המצטבר הוא שיחצה את רף החוקתיות, באופן ש"הפגיעה השולית" האחרונה לא תוכל לעמוד." (בש"פ 8823/07 **פלוני נגד מדינת ישראל**, פסקה 5 לפסק הדין של המשנה לנשיאה השופט ריבלין (פסק דין מיום 11.2.2010)).

מבחן המידתיות השלישי: המבחן הצר

62. לפי מבחן ערכי זה, יש לבחון את המבחן הערכי בו התועלת מהתיקון עולה על הנזק הנגרם ממנו (ראו: בג"ץ 7052/03 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נגד שר הפנים** (פסק דין מיום 14.5.06)). העותרים טוענים, כי הנזקים עולים על התועלת והמבחן הערכי אינו יכול להרשות הותרת תיקון זה כחוקתי, גם אם בית המשפט יראה כי הוא צלח את מבחני פסקת ההגבלה לעיל. שכן, התיקון לחוק הינו מפלה באופן פסול ומגיע לכדי סעיף גזעני בחוק העונשין שכן הוא מתמקד בהענשת אסירים קטינים פלסטינים ואת הוריהם. בהקשר זה ראו גם פסק דינו של השופט פוגלמן בעניין **סידר** שדן בהריסת ביתו של העותר. השופט פוגלמן קבע כי "... הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 מקום שבו לא הוכח בראיות מספקות כי בני משפחתו של החשוד היו מעורבים בפעילות העוינת – אינה מידתית. חוסר המידתיות במקרה זה נובע מכך שהאמצעי שנבחר – הריסת הבית – אינו מקיים יחס ראוי לתועלת המופקת ממנו." (בג"ץ 5839/15 **ראאד סידר נגד מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פסקה 2 לדעתו של כבוד השופט פוגלמן (פסק דין מיום 15.10.15)).

63. כמו כן, המבחן הערכי אינו יכול להתיר שלילת שיקול הדעת השיפוטי בהחמרת הענישה כמו גם שאינו יכול להתיר סטייה מהעקרונות הבסיסיים והמנחים של דיני הענישה, שלילת תשלומים סוציאליים מאסירים קטינים והוריהם, ופגיעה בזכויות חוקתיות הן של הקטינים האסירים והן של הוריהם תוך אבחנה בלתי רלוונטית ולבתי עניינית בין אסירים

קטינים פליליים לבין ביטחוניים. כל אלה מחייבים את התערבותו של בית המשפט הנכבד ואת הקביעה לפיה האינטרס הציבורי אינו יכול להתיר נקמנות בענישה לרבות כאשר זה נוגע לקבוצת הילדים הזכאים להגנה מיוחדת של החוק. אינטרס ציבורי זה מחייב שלא תהיה סטייה בלתי רלוונטית ובלתי סבירה בעקרונות המנחים של דיני העונשין. על כן אין ספק, כי הנזק שנגרם מהתיקון עולה על התועלת העולה ממנו, אם בכלל קיימת תועלת. בהקשר זה מיותר להזכיר סעיף 37(ג) לאמנה הבינלאומית לזכויות הילד שישראל חתמה ואשררה הקובע כי אין לפגוע בכבודו של ילד במאסר ואין לפגוע בסיפוק צרכיו, ובלשון הסעיף:

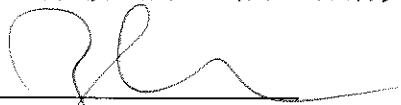
"Every child deprived of liberty shall be treated with humanity and respect for the inherent dignity of the human person, and in a manner which takes into account the needs of persons of his or her age. In particular, every child deprived of liberty shall be separated from adults unless it is considered in the child's best interest not to do so and shall have the right to maintain contact with his or her family through correspondence and visits, save in exceptional circumstances."

64. בהקשר לשימוש בביטוח הסוציאלי כדי להעניש את הקטינים והוריהם, מפנים העותרים לדברי הנשיאה ביניש בהקשר לקיומו של המבחן הצר בבג"ץ סלאח חסן, שביטל כאמור את הוראת החוק ששללה גמלת הבטחה הכנסה, שהם יפים לענייננו, בקובעה:

"בנסיבות המקרה שלפנינו, המדינה טוענת לתועלת ציבורית המופקת מחיסכון במשאבי המדינה, באמצעות פישוט עבודתם של מוסדות הרווחה ומניעת כספי הציבור ממי שאינם זקוקים לגמלה ומבקשים להונות את מוסדות הרווחה. מנגד עומד הנזק הנגרם לכל אלה הזקוקים לגמלת הבטחה הכנסה לצורך הגשמת זכותם לקיום מינימאלי בכבוד, ואינם מקבלים אותה בשל החזקה החלוטה. המדובר בפגיעה קשה ביותר, הנגרמת לליבת הזכות של מי שממילא מצוי בתחתית הסולם החברתי-כלכלי ונזקק לגמלה כרשת מגן אחרונה מפני רעב ועוני. בנסיבות אלה, יקשה לקבל כי החיסכון לבדו – שהינו בחלקו בר השגה באמצעים פוגעניים פחות – עולה על הנזק הנגרם לפרטים שזכותם לחיות במינימום של כבוד אנושי נפגעת. אמנם, אין להתכחש לכך שאמצעי זה הופך את עבודת שירותי הרווחה ליעילה יותר – הסדרים גורפים תמיד נוטים להיות פשוטים להחלה וליישום בהשוואה לכללי בחינה פרטנית. אולם, המטרה אינה מקדשת את האמצעים. כפי שכבר ציינתי בעבר: "יעילות' (יהא מובנו של מושג זה אשר יהא) אינה בבחינת ערך עליון, כאשר עסקינן בפגיעה בזכויות האדם הבסיסיות והחשובות ביותר שהמדינה מופקדת עליהן" (ראו פרשת הפרטות בתי הסוהר, פסקה 55 לפסק הדין). כך בכלל וכך בפרט, כשעסקינן בבחינת הכנסותיו של אדם, הנעשית – כפי שצוין – ממילא באופן פרטני ואינדיבידואלי."

פסקה 69 לקביעת הנשיאה בדימוס ביניש.

לאור האמור לעיל מתבקש בית המשפט להורות על מתן צו על תנאי כמפורט במבוא לעתירה זו.



סאוסן זהר, עורכת – דין


ב"כ העותרים

חיפה, 21.4.16

תצהיר

אני הח"מ ג'נאן עבדו-מח'ול ת.ז. 059533612 מחיפה, לאתר שהוזהרתי כי עלי להצהיר את האמת וכי אהיה צפויה לעונשים הקבועים בחוק אם לא אעשה כן, מצהירה בכתב כדלקמן:

1. הנני עושה תצהירי זה בתמיכה לעתירה המוגשת נגד חוקתיות סעיף 3 לחוק העונשין (תיקון מס' 120 והוראת שעה), התשע"ו – 2015.
2. הנני מתמחה בעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל, העותר מס' 1.
3. העובדות המפורטות בפרק העובדתי לעתירה נכונות הן עפ"י מיטב ידיעתי ואמונתי.
4. כל ההתכתבות והמסמכים הרשמיים והלא רשמיים, שעותקים מהם מצורפים לעתירה זו, זהים למקור שלהם.
5. זהו שמי זו חתימתי ותוכן תצהירי נכון ואמת.


חתימת המצהיר

אישור

אני הח"מ עורכת – דין סאוסן זהר מאשרת כי בתאריך 20.4.16 הופיעה בפני גב' ג'נאן עבדו-מח'ול המוכרת לי אישית ולאחר שהוזהרתי כי עליה להצהיר את האמת וכי תהא צפויה לעונשים הקבועים בחוק אם לא תעשה כן, אישרה את נכונות האמור לעיל וחתמה עליו בפניי.


חתימה וחותמת ע"ד

טבלה מס' 1 – רשימת הגמלאות שיישללו מכח התיקון לחוק

זכויות סוציאליות הנשללות מנקטין שהורשעו בעבירות בטחון בשיעור 100%	
טיב הגמלה	סעיף בחוק
	פרק ד לחוק הביטוח הלאומי, ביטוח ילדים, הכולל:
הזכות לקצבת ילדים	סעיף 66 לחוק המלייל
תוספת 70% על קצבת הילדים להורה בעד הילד 3 ו-4 אם ההורה זכאי להבטחת הכנסה או תשלום מזונות.	סעיף 68(ג) לחוק המלייל
לפיו קצבת הילדים תשולם לאם קובע את הזכות לילד שהורהו מת	סעיף 69
מענק לימודים עבור כל שנת לימודים בנפרד במערכת החינוך בגובה 10% מהשכר הממוצע עבור ילדים בגילאים 11 עד 14 מימון פעולות לפיתוח שירותים לטובת ילדים בסיכון	סעיף 71 לחוק המלייל
גמלה לאלמנת נפגע עבודה שעמנה ילדים	סימן ג' לחוק המלייל
גמלת נכות בגובה 10% מהסכום הבסיסי בעד כל אחד משני ילדיו הראשונים	סעיף ד לחוק המלייל
קצבת זקנה – בגובה 5.6% מהסכום הבסיסי בעד כל אחד משני ילדיו הראשונים	סעיף 132(5) לחוק המלייל
ביטוח שאירים עבור אלמנה או אלמן שעומם ילדים, תוספת של 8.3% מהסכום הבסיסי בעד כל אחד מילדיהם	סעיף 200(ג)2) לחוק המלייל
	סעיף 244(ב)2) לחוק המלייל
	סעיף 252(ב) לחוק המלייל
	הטבות לפי חוק הבטחת הכנסה הכוללים:
גמלה למבוטח מוגדלת ב- 7% לפי התוספת השנייה לחוק	סעיף 5
גמלה לבני זוג לפי התוספת השנייה או הרביעית בהתאם להרכב משפחתם	סעיף 6
זכאות למזונות, לרבות זכאי, הורה, שהילד שלו אינו עימו	הטבות לפי חוק המזונות (הבטחת תשלום):

טבלה מס' 2 – חישוב גובה קצבת הילדים לפי מספר הילדים במשפחה

מניין הילדים במשפחה משליך על גובה הקצבה באופן הבא וכפי שהוא קבוע בסעיף 68 לחוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב), התשנ"ה – 1995:

"(א) קצבת הילדים לחודש בעד כל ילד שבמנין ילדיו של ההורה תהיה בסכום השווה לסכום הבסיסי הקבוע לגביו.

(ב) על אף הוראות סעיף קטן (א), קצבת הילדים לחודש בעד ילד שנולד לפני יום א' בסיון התשס"ג (1 ביוני 2003), והוא הילד השלישי ואילך שבמנין ילדיו של ההורה, תהיה בסכום כמפורט להלן:

(1) לגבי ילד כאמור שהוא הילד השלישי במנין ילדיו של ההורה – סכום השווה לסכום הבסיסי הקבוע בפסקה (2) ברישה שבהגדרה "הסכום הבסיסי" כשהוא מוכפל ב-1.23;

(2) לגבי ילד כאמור שהוא הילד הרביעי במנין ילדיו של ההורה – סכום השווה לסכום הבסיסי הקבוע בפסקה (2) ברישה שבהגדרה "הסכום הבסיסי" כשהוא מוכפל ב-2.4;

(3) לגבי ילד כאמור שהוא הילד החמישי ואילך במנין ילדיו של ההורה – סכום השווה לסכום הבסיסי הקבוע בפסקה (2) ברישה שבהגדרה "הסכום הבסיסי" כשהוא מוכפל ב-2.53.

(ג) הורה שמשתלמים לו בעד חודש מסוים גמלה לפי חוק הבטחת הכנסה או תשלום חודשי לפי חוק המזונות (הבטחת תשלום), התשל"ב-1972, והוא זכאי בעד אותו חודש לקצבת ילדים כאמור בסעיפים קטנים (א) או (ב) בעד שלושה ילדים או יותר, תיווסף לקצבת הילדים המשתלמת לו בעד הילד השלישי ובעד הילד הרביעי שבמנין ילדיו תוספת בסכום השווה ל-70% מן הסכום הבסיסי הקבוע בפסקה (2) ברישה שבהגדרה "הסכום הבסיסי".

טבלה מס' 3 – חישוב הבטחת הכנסה לפי מניין הילדים במשפחה כמפורט בתוספת השנייה

לחוק הבטחת הכנסה, תשמ"א – 1981

טור ג' מי שמלאו לו 55 שנים	טור ב' מי שטרם מלאו לו 55 שנים	טור א' מי שהגיע לגיל פרישה ומי שמקבל קצבת זקנה, שאינם או תלויים לפי חוק הביטוח			הרכב המשפחה	פרט
		אם מלאו לו 80 שנים	אם מלאו לו 70 שנים וטרם מלאו לו 80 שנים	אם טרם מלאו לו 70 שנים		
25%	20%	32.6%	31.2%	30.3%	יחיד	(1)
37.5%	27.5%	48.3%	46.3%	45%	שני בני זוג	(2)
43.5%	30%	58.4%	56.4%	55.1%	שני בני זוג שעמם ילד	(3)
49.5%	33.5%	68.5%	66.5%	65.2%	שני בני זוג שעמם שני ילדים לפחות	(4)
37.5% פחות הסכום הבסיסי לילד	30%	53.3% פחות הסכום הבסיסי לילד	51.3% פחות הסכום הבסיסי לילד	50% פחות הסכום הבסיסי לילד	יחיד שעמו ילד	(5)
42.5% פחות הסכום הבסיסי לילד	33.5%	63.4% פחות הסכום הבסיסי לילד	61.4% פחות הסכום הבסיסי לילד	60.1% פחות הסכום הבסיסי לילד	יחיד שעמו שני ילדים לפחות	(6)
42.5% פחות הסכום הבסיסי לילד	33.5%	53.3% פחות הסכום הבסיסי לילד	51.3% פחות הסכום הבסיסי לילד	50% פחות הסכום הבסיסי לילד	אלמנה או הורה עצמאי שעמם ילד	(7)
52.5% פחות הסכום הבסיסי לילד	39%	63.4% פחות הסכום הבסיסי לילד	61.4% פחות הסכום הבסיסי לילד	60.1% פחות הסכום הבסיסי לילד	אלמנה או הורה עצמאי שעמם שני ילדים לפחות	(8)

ולפי התוספת הרביעית לחוק הבטחת הכנסה, מניין הילדים מחושב באופן הבא:

שיעור הגמלה	הרכב המשפחה	פרט
22.5%	יחיד	(1)
30%	שני בני זוג	(2)
33.5%	שני בני זוג שעמם ילד	(3)
39%	שני בני זוג שעמם שני ילדים לפחות	(4)
33.5%	יחיד שעמו ילד	(5)
37.5%	יחיד שעמו שני ילדים לפחות	(6)
33.5%	אלמנה או הורה עצמאי שעמם ילד	(7)
39%	אלמנה או הורה עצמאי שעמם שני ילדים לפחות	(8)

טבלה מס' 4 – רשימת העבירות אליהם מתייחס התיקון לחוק

סעיף העבירה בחוק	מותרת העבירה
	עבירות לפי חוק העונשין
סעיף 97	פגיעה בריבונות המדינה או בשלמותה
סעיף 98	גרם למלחמה
סעיף 99	סיוע לאויב במלחמה
סעיף 100	גילוי החלטה לבגוד
סעיף 101	שירות בכוחות האויב
סעיף 102	סיוע לשבוי מלחמה (למעט מי שהתרשל)
סעיף 107	מרידה בכוונת פגיעה בביטחון המדינה
סעיף 111	מסירת מידע לאויב (למעט מי שהתרשל)
סעיף 112	ריגול
סעיף 113	ריגול חמור
סעיף 114	מגע עם סוכן חוץ
סעיף 115	כניסה למקום צבאי (למעט רישא ס"ק (א) בעניין "מי שנכנס למקום מוגבל, ניסה לחדור לתוכו, שהה בו, ניסה להתחקות על מבנהו או על הנעשה בו, או ללא הסבר סביר שוטט בקרבתו, כשאינו מוסמך לכך."
סעיף 116	מעשה הכנה (כולל זיוף מסמכים, מחזיק במסך רשמי ואינו מוסמך לכך, משתמש בטענות שווא או מסור ידיעה כוזבת, משתמש שלא כדין במדי הצבא או המשטרה, מחזיק ללא סמכות כדין בחותם או חותמת נייר רשמיים או סיסמה סודית.
סעיף 143	אימונים צבאיים
סעיף 144	עבירות בנשק
סעיף 300	רצח
סעיף 305	ניסיון לרצח
סעיף 329	חבלה בכוונה מחמירה
סעיף 330	ניסיון לחבול בחומר נפיץ
סעיף 369	חטיפה
סעיף 370	הוצאה אל מעבר לגבולות המדינה
סעיף 371	חטיפה לשם כליאה
סעיף 372	חטיפה לשם רצח או שחיטה
סעיף 373	חטיפה ממשמורת
סעיף 374	חטיפה לשם חבלה חמורה
סעיף 375	הסתרת חטוף
סעיף 454	היזוק בחומר נפץ
סעיף 456	ניסיון להרוס נכס בחומר נפיץ
סעיף 497	הכנת עבירה בחומרים מסוכנים
	עבירות לפי תקנות החוננה (שנת חירום), 1945
תקנה 58	עבירות ביחס לכלי-ידיה חומרי נפץ, רכוש וכדומה
תקנה 59	עבירות שונות נגד קיום סדר ציבורי למעט אם הקטין "יבצר כל שטח או מקום" וכן למעט אם הקטין "יהי חבר לכל קבוצה או חבר בני אדם שחבר אחד מהם עבר עבירה בזמן היותם חברים בקבוצה
תקנה 62	אימונים צבאיים שלא בהיתר
תקנה 64	מתן מקלט הכולל מחסה, מזון, משקה, כסף, בגדים, נשק, תחמושת, מוחסנות, מספוא, נפט, או דלק אחר, אמצעי הובלה או כל דרך אחרת לאדם שפגע בשלום הציבור, בהגנתה של מדינת ישראל, בקיום הסדר הציבורי
תקנה 66	חיזוק ידיים של עוברי עבירה במקרה של סיוע או ייעוץ או גורם לעבירת עבירה לפי התקנות
תקנה 67	ניסיונות לעבור עבירה לפי התקנות
תקנה 85	מי שביצע את העבירות הבאות: - מנהל או עוזר להנהלת התאחדות בלתי מותרת או מחזיק בכל משרד בהתאחדות בלתי מותרת.

<ul style="list-style-type: none"> - ביצוע עבודה או שירות להתאחדות בלתי מותרת. - פעולות הנוגעות לגביית תרומות עבור התאחדות בלתי מותרת. - מייצג התאחדות בלתי מותרת. 	
	הפקודה למניעת טרור, התשי"ח - 1948
פעילות בארגון טרוריסטי הכוללת מילוי תפקיד בהנהלה, או הדרכה של הארגון או משתתף בדיוניו או מקבל בו החלטות או משמש חבר בבית דין של הארגון או נואם תעמולה באסיפה פומבית או ברדיו מטעם הארגון.	סעיף 2
	החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד - 1954
מסתנן	סעיף 2 ו-2א
מסתנן לאחר גירוש מישראל	סעיף 3
מסתנן מזוין	סעיף 4
מסתנן שביצע פשע או עבירה שיש בה פגיעה ברכוש, שימוש בכוח או הפרת השלום	סעיף 5
מי שנתן מחסה למסתנן או הקל על הסתננותו	סעיף 6
מסתנן שהוציא רכוש מישראל	סעיף 7א
מי שהוציא רכוש מישראל עבור מסתנן	סעיף 7ב
מי שנתן מחסה או סעד אחר למסתנן	סעיף 8
	החוק איסור מימון טרור, התשס"ה - 2005 לרבות עבירות למי
איסור פעולה ברכוש מטרת טרור	סעיף 8
איסור פעולה ברכוש טרור	סעיף 9

טבלה מס' 4 – רשימת העבירות אליהם מתייחס התיקון לחוק

העבירה	סעיף העבירה בחוק
עבירות לפי חוק העונשין	
פגיעה בריבונות המדינה או בשלמותה	סעיף 97
גרם למלחמה	סעיף 98
סיוע לאויב במלחמה	סעיף 99
גילוי החלטה לבגוד	סעיף 100
שירות בכוחות האויב	סעיף 101
סיוע לשבוי מלחמה (למעט מי שהתרשל)	סעיף 102
מרידה בכוונת פגיעה בביטחון המדינה	סעיף 107
מסירת מידע לאויב (למעט מי שהתרשל)	סעיף 111
ריגול	סעיף 112
ריגול חמור	סעיף 113
מגע עם סוכן חוץ	סעיף 114
כניסה למקום צבאי (למעט רישא ס"ק (א) בעניין "מי שנכנס למקום מוגבל, ניסה לחדור לתוכו, שהה בו, ניסה להתחקות על מבנהו או על הנעשה בו, או ללא הסבר סביר שוטט בקרבתו, כשאינו מוסמך לכך."	סעיף 115
מעשה הכנה (כולל זיוף מסמכים, מחזיק במסך רשמי ואינו מוסמך לכך, משתמש בטענות שווא או מסור ידיעה כוזבת, משתמש שלא כדין במדי הצבא או המשטרה, מחזיק ללא סמכות כדין בחותם או חותמת נייר רשמיים או סיסמה סודית.	סעיף 116
אימונים צבאיים	סעיף 143
עבירות בנשק	סעיף 144
רצח	סעיף 300
ניסיון לרצח	סעיף 305
חבלה בכוונה מתמירה	סעיף 329
ניסיון לחבול בחומר נפיץ	סעיף 330
חטיפה	סעיף 369
הוצאה אל מעבר לגבולות המדינה	סעיף 370
חטיפה לשם כליאה	סעיף 371
חטיפה לשם רצח או חטיפה	סעיף 372
חטיפה ממשמורת	סעיף 373
חטיפה לשם חבלה חמורה	סעיף 374
הסתרת חטוף	סעיף 375
היזק בחומר נפיץ	סעיף 454
ניסיון להרוס נכס בחומר נפיץ	סעיף 456
הכנת עבירה בחומרים מסוכנים	סעיף 497
עבירות לפי תקנות ההגנה (שנת חירום), 1945	
עבירות ביחס לכלי-ידיה חומרי נפץ, רכוש וכדומה	תקנה 58
עבירות שונות נגד קיום סדר ציבורי למעט אם הקטין "יבצר כל שטח או מקום" וכן למעט אם הקטין "יהי חבר לכל קבוצה או חבר בני אדם שחבר אחד מהם עבר עבירה בזמן היותם חברים בקבוצה	תקנה 59
אימונים צבאיים שלא בהיתר	תקנה 62
מתן מקלט הכולל מחסה, מזון, משקה, כסף, בגדים, נשק, תחמושת, מוחסנות, מספוא, נפט, או דלק אחר, אמצעי הובלה או כל דרך אחרת לאדם שפגע בשלום הציבור, בהגנתה של מדינת ישראל, בקיום הסדר הציבורי	תקנה 64
חיזוק ידיים של עוברי עבירה במקרה של סיוע או ייעוץ או גורם לעבירת עבירה לפי התקנות	תקנה 66
ניסיונות לעבור עבירה לפי התקנות	תקנה 67
מי שביצע את העבירות הבאות:	תקנה 85
- מנהל או עוזר להנהלת התאחדות בלתי מותרת או מחזיק בכל משרד בהתאחדות בלתי מותרת.	

<ul style="list-style-type: none"> - ביצוע עבודה או שירות להתאחדות בלתי מותרת. - פעולות הנוגעות לגביית תרומות עבור התאחדות בלתי מותרת. - מייצג התאחדות בלתי מותרת. 	
<p>פעילות בארגון טרוריסטי הכוללת מילוי תפקיד בהנהלה, או הדרכה של הארגון או משותף בדיוניו או מקבל בו החלטות או משמש חבר בבית דין של הארגון או נואם תעמולה באסיפה פומבית או ברדיו מטעם הארגון.</p>	<p>הפקודת למניעת טרור, התשי"ח-1948 סעיף 2</p>
	<p>החוק למניעת הסתננות (עבירות ושימושים), התשי"ד-1954</p>
מסתנן	סעיף 2 ו-2א
מסתנן לאחר גירוש מישראל	סעיף 3
מסתנן מזוין	סעיף 4
מסתנן שביצע פשע או עבירה שיש בה פגיעה ברכוש, שימוש בכוח או הפרת השלום	סעיף 5
מי שנתן מחסה למסתנן או הקל על הסתננותו	סעיף 6
מסתנן שהוציא רכוש מישראל	סעיף 7א
מי שהוציא רכוש מישראל עבור מסתנן	סעיף 7ב
מי שנתן מחסה או סעד אחר למסתנן	סעיף 8
	<p>החוק איסור מימון טרור, התשס"ה-2005 לרבות עבירות לפי</p>
איסור פעולה ברכוש מטרת טרור	סעיף 8
איסור פעולה ברכוש טרור	סעיף 9