

1. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל (ע.ר. 580312247)
2. יסמין הנגב לבריאיות (ע.ר. 580473056)
3. עמותת (פורום) ארגוני נשים ערביות בדואיות בנגב (ע.ר. 580371334)
4. מואססת חדאנאת אלנאסרה (ע.ר. 580131498)
5. ואדאד אלהואשלי ת.ז. 026344465
6. פאטמה אלהואשלי ת.ז. 027578640
7. אמינה אלהואשלי ת.ז. 061995957
8. פאטמה אלפיומי ת.ז. 040097230
9. נסרין אבו כף ת.ז. 039213194
10. שימאא אעסם ת.ז. 036297257
11. וופה אלאעסם ת.ז. 066414673
12. אסמא אלאעסם ת.ז. 037977048
13. גאזיה גרגאוי ת.ז. 302055363
14. תהני גרגאוי ת.ז. 026209312
15. פאטמה אבו מחארב ת.ז. 040886426
16. אברהים אלהואשלי ת.ז. 056963010
17. עטיה אלעאעסם ת.ז. 054440698
18. לבאד אבו עפאש ת.ז. 058971441

ע"י ב"כ עוה"ד סאוסן זהר ו/או חסן ג'בארין ו/או ארנה כהן
ו/או סוהאד בשארה ו/או עביר בכר ו/או פאטמה אלעג'וי
ו/או חנין נעאמנה
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

1. **משרד הרווחה**
באמצעות פרקליטות המדינה
משרד המשפטים
רחוב צלאח אלדין 29, ירושלים
טל: 02-6466590, פקס: 02-6467011
2. **המוסד לביטוח לאומי**
שדרות וייצמן 13
ירושלים 91909
טל: 02-6709211, פקס: 02-6519122
3. **הכנסת**
קרית בן גוריון
ירושלים 91950
טל: 02-6753331, פקס: 02-5619227

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להוציא צו על תנאי המורה למשיבים לבוא ולנמק מדוע לא יבוטל סעיף 61(ד) ו- (ו) וכן סעיף 62 לחוק ההתייעלות הכלכלית לשנים 2009-2010 וזאת בהיותם בלתי חוקתיים.

העתירה בתמצית

1. העתירה מופנית נגד חוקתיותו של תיקון מס' 113 לחוק הביטוח הלאומי, התשמ"ה – 1995 הקובע, בין היתר, כי במידה וילד אינו מקבל חיסון בהתאם לתוכנית החיסונים של משרד הבריאות, תופחת קצבת הילדים לאותו ילד בסכומים גבוהים המגיעים עד כדי 60% מקצבתו של הילד.
2. תיקון זה אושר ע"י הכנסת בתאריך 14.07.09 במסגרת חוק ההתייעלות הכלכלית לשנים 2009-2010, והוא יכנס לתוקף בתאריך 15.12.10 כאשר תחילת חישוב התקופה בגינה לא קיבל הילד חיסון לצורך הפחתת קצבתו תתחיל מתאריך 15.6.10.
3. סעיפי התיקון נשוא עתירה זו התקבלו ללא דיון כלשהו, ללא בדיקת השפעתו על זכויות ילדים, ללא שמיעת חוות דעת של מומחים, ללא הצגת עמדתו המקצועית של המוסד לביטוח לאומי, ללא ביצוע מחקר כלשהו בנושא, וללא בדיקת תופעת אי חיסוני ילדים, השפעתה, מידת היקפה ונסיבותיה על אוכלוסיות שונות ועניות בישראל.
4. כך למשל, לא הועלתה ולא הוצגה תופעת אי חיסון הילדים הערבים הבדואים בנגב בפני חברי הכנסת שאישרו את תיקוני החקיקה הנדונים. הוריהם של אלפי הילדים האלה מגישים עתירות בפני בג"ץ כדי לחייב את משרד הבריאות להקים מרפאות אם וילד לחיסוני ילדיהם. הרשויות מסרבות להיעתר לכך, וזאת על אף ההמלצות הרבות בנושא. בכך, התיקון הנדון פוגע במשפחות עניות אלה באופן הקיצוני ביותר עד כדי כך שהוא אף לא מספק להם את האמצעים הסבירים המאפשרים הימלטות מפני פגיעתו הקיצונית של התיקון הנדון. אם מחדל הרשויות בהקמת מרפאות אם וילד פוגע בבריאותם של הילדים, אז התיקון הנדון גורם לכך שילדים שלא נהנים מהזכות לבריאות יהיו גם ללא בטחון סוציאלי. לא במקרה נטען, כי התיקון הנדון, שהוא תוצאה של הסכם קואליציוני עם ש"ס, מתכוון כנראה לפגוע בקצבאות של אלפי הילדים הבדואים.
5. כפי שיפורט בעתירה זו, חוק הביטוח הלאומי והפסיקה העליונה קובעים באופן מפורש כי קצבת ילדים שייכת לילדים עצמם למרות העברתה בפועל אל הורה הילד. לא במקרה על כן, קובע חוק הביטוח הלאומי המתבסס על רציונאל זה כי קצבת הילדים תשולם ללא קשר

עם איזה הורה הילד חי ומתגורר, והיא תשולם בין אם ההורה חי או מת, ביו אם מדובר בהורה טבעי, מאמץ או אפטרופוס שנתמנה כדין. חוק זה גם מציין מפורשות שהקצבה תשולם לפי עקרון טובת הילד אשר מחייבת לפעמים "לשלם את הקצבה להורה שני שאינו בר הקצבה" והוא גם מחייב תשלומי קצבה לילדים גם כאשר הילדים הם מנישואים פוליגמיים.

6. העותרים טוענים כי סעיפי התיקון הנדונים, פוגעים בזכויות הילדים, בשוויון בין הילדים, בזכות הקנין ובזכות לביטחון סוציאלי. ראשית כל, תיקוני החקיקה הנדונים פוגעים **בזכויות הילדים כקטגוריית זכויות נפרדת** החוסה תחת עקרונות הזכות לכבוד ולשוויון. "זכויות ילדים" הוכרו כקטגוריית זכויות הן בחקיקה הן בפסיקה והן באמנה הבינלאומית לזכויות הילד. לפי קטגוריה זו, לא פוגעים בזכויות ילדים לביטחון סוציאלי, לחינוך ולהתפתחות על בסיס מעשיהם של אחרים. זוהי תמציתו של עקרון העל המושרש מזה שנים בפסיקה והידוע לכל: **עקרון טובת הילד**. לכן, לא פוגעים בקצבת הילד גם אם הורהו לא שולח אותו לחינוך חובה, ולא מקצצים בקצבה אם הורהו של הילד הינו גנב, סוחר סמים, סוחר בני אדם, עבריין נמלט ועוד. המעמד של קטגוריית "זכויות הילדים" בהקשר זה הינו דומה למעמד של זכויות אחרות כגון זכויות נשים. בדומה לכך, חוק הביטוח הלאומי לא מתנה ולא פוגע בביטוח אמהות (מענקי אשפוז או מענקי לידה) על בסיס התנהגותה של האישה, ולא מפלה בין אישה נורמטיבית ובין זו שלא.

7. לכן, תיקוני החקיקה הנדונים פוגעים גם **בעקרון השוויון בין הילדים**. ההבחנה בין ילד זכאי לקצבה מלאה לבין ילד שיזכה לקצבה מופחתת על בסיס מעשיהם של אחרים, ובמקרה זה, החיסון או העדרו, הינה אבחנה לא רלבנטית לצורך תשלומי הקצבה. בפרקים שידונו בפגיעה בזכויות יסוד, העותרים יוכיחו שלא רק שהתוצאה של תיקוני החקיקה תפגע בשוויון בין ילדים ממשפחות עשירות לילדים ממשפחות עניות אלא הם ייצרו ילדים עניים חדשים.

8. העותרים לא חולקים על נקודת המוצא לפיה, חיסוני ילדים הינה לתכלית טובה והם דווקא טוענים כי עידוד חיסונם ונקיטת אמצעים פוזיטיביים למען השמירה על בריאותם של הילדים הינה חובה המוטלת על הרשויות לפי עקרונות זכויות הילדים. עם זאת, **תכליתו של התיקון הנדון ששיג תכלית הפוכה, אינה ראויה**. תיקוני חקיקה שמתקבלים ללא בדיקה עניינית, ללא דיון כלשהו וכאשר כל מטרתו הינה קיומו של הסכם קואליציוני, הפוגע ללא הצדקה בזכויות ילדים, מבחין בין ילד עני וילד עשיר, בין ילד שאמצעי החיסון הינם זמינים להורהו לבין ילד שהוריו לא נהנים מזמינות זו. תיקון כזה הוא תיקון ללא תכלית ראויה.

9. יטען הטוען, כי תיקוני החקיקה הנדונים יפחיתו מאחוז הילדים הלא מחוסנים ובכך יקדמו את טובת הילדים ולכן הם מקיימים את **תנאי המבחן הראשון של מבחן המידתיות**: מבחן הקשר הרציונלי. לפי היגיונו של הטוען, ניתן גם להפחית את קצבת הילדים באחוזים נוספים באם הילדים לא משתלבים במערכת חינוך חובה, וזאת למען

ההגנה על חינוכם של הילדים ועידוד הוריהם שידאגו לחינוכם. אולם, ולפי הפסיקה, מבחן הקשר הרציונלי אינו מבחן של קשר סיבתי טכני בין אמצעי לתכלית, אלא הדגש במבחן זה הוא על היותו של הקשר רציונלי, היינו קשר שלא נוקט באמצעי שרירותי, בלתי הוגן או מחוסר היגיון. בהקשר זה מתאימים דבריה של השופטת (כתוארה אז) ביניש בעניין מוראד ולפיהם:

"מדיניות המונעת מפני תושבים פלסטינים להגיע לאדמות השייכות להם, לשם השגת תכלית של הגנה עליהם מפני התקפות המכוונות נגדם, הינה כמדיניות המצווה על אדם שלא להיכנס לביתו על מנת להגן עליו מפני שודד האורב לו שם על מנת לתקפו. בנסיבות העניין שלפנינו, מדיניות כזו כפתרון יחיד למצב בשטח אינה רציונלית שכן היא פוגעת בזכויותיהם של החקלאים הפלסטינים לחופש תנועה ולקנין באופן שאינו פרופורציוני.

....
ברור, אפוא, כי שימוש באמצעי של סגירת השטח בפני חקלאים פלסטינים כאשר המטרה היא הגנה עליהם עצמם אינו שימוש הולם באמצעי האמור ויש בכך משום פגיעה בתחושת הצדק. מצב דברים זה אינו ראוי ועל כן, שימוש באמצעי של סגירת שטחים, כאמצעי שבשגרה וכאמצעי בלעדי, לצורך הגנה על תושבים פלסטינים המותקפים בשטחם, הוא שימוש שאינו מידתי ושאינו עולה בקנה אחד עם החובות המוטלות על המפקד הצבאי."

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).

10. יוסיפו העותרים ויטענו כי האמצעי שנבחר, הפחתת הקצבה בגלל אי חיסון ילדים, הינו אמצעי גורף וקיצוני. בפרק הזה שיתמקד במבחן השני של מבחן המידתיות יציגו העותרים, בין היתר, את מקרה הילדים הבדואים וההשלכות הקיצוניות של תיקוני החקיקה על זכויותיהם.

11. כמו כן, התיקון הנדון לא מקיים את תנאי המבחן השלישי של מבחן המידתיות שעניינו בבחינת תועלת מול הנזק. העותרים יטענו כי, האינטרס הציבורי והערכים הדמוקרטיים אוסרים על פגיעה בילדים על לא עוול בכפם; אינם מצדיקים הענשת ילדים בשל אי חיסונם על ידי הוריהם; אינם מצדיקים התרת פגיעה שכזו כאשר הנזק שנגרם לילדים הינו עצום ואף בלתי הפיך, ואף מעמיק את הפערים החברתיים-כלכליים בין הילדים. ערכים אלה מתנגשים חזיתית עם התוצאה אליה מוביל התיקון הנדון ולפיה: ילדים נולדים כלא שווים.

12. בחלק האחרון של העתירה זו מוגשת בקשה להוצאת צו ביניים המופנית נגד התיקון הנדון, שאמור להיכנס לתוקף ביום 15.12.2010.

העותרים

13. העותר מס' 1, הינו ארגון זכויות אדם, רשום כדין בישראל, אשר נוסד בנובמבר 1996 כמרכז משפטי עצמאי הפועל לקידום זכויות האדם בכלל והמיעוט הערבי בפרט. מטרתו המרכזיות הינן השגת זכויות שוות והגנה על הזכויות הקולקטיביות של המיעוט הערבי במדינת ישראל בתחומים שונים ומביניהם: זכויות בקרקע, זכויות אזרחיות, זכויות פוליטיות, זכויות תרבותיות, זכויות חברתיות, זכויות כלכליות, זכויות דתיות, זכויות נשים וזכויות אסירים.

14. העותרת מס' 2, הינה עמותה רשומה כדין אשר נוסדה בשנת 2007 ע"י קבוצת נשים ערביות-בדואיות תושבות הנגב וזאת במטרה לשפר את הזמינות, ההתאמה התרבותית והנגישות לשירותי בריאות עבור הנשים הערביות בפרט ולאוכלוסייה הערבית בנגב בכלל. העמותה פועלת במישור הציבורי ומעניקה ייעוץ חינוכי בנוגע לזכויותיהן של הנזקקות לקבלת טיפול רפואי ובנוגע לדרכי פעולה מול הגורמים המטפלים. העמותה מעבירה מידע בריאותי חיוני לנשים ולאוכלוסייה כולה.

15. העותר מס' 3, הינו ארגון הגג של ארגוני הנשים הערביות (בדואיות) בנגב. הארגון נוסד בשנת 1999 על ידי נשים ערביות מארגונים שונים על מנת לקדם את זכויות האישה הבדואית על ידי יצירת קול אחד היוזם פרויקטים משותפים.

16. העותרת מס' 4, הינה עמותה רשומה כדין אשר נוסדה בשנת 1990 ע"י קבוצת נשים ערביות במטרה לתמוך ביציאת נשים לעבודה לפתח שירותים לקידום הגיל הרך והנשים בחברה הערבית בישראל ובמסגרת זו היא פועלת לפיתוח וקידום פרויקטים שונים כולל מעונות יום. העמותה פועלת בכפרים שהוכרו לאחרונה בצפון אשר למרות ההכרה עד כה לא פותחו בהן שירותי בריאות נגישים ומותאמים לצורכי הקהילה.

17. העותרות מס' 5, 6 ו-7, הינן תושבות הכפר קסר אלסר (אלהואשלי) בנגב. העותרות מס' 8, 9 ו-10 הינן תושבות הכפר אבו תלול בנגב. העותרות מס' 11, 12, 13, 14 ו-15 הינן תושבות הכפר וואדי אלנעם בנגב. כל העותרות הינן אמהות לילדים הזכאיות הן וילדיהן לקבלת שירות ממרפאות אם וילד שפעלו בתחום כפרן עד לאחרונה – עד לסגירתן ע"י המשיב. העותרים 16, 17 ו-18 הינם יושבי הראש של הוועדים המקומיים של שלושת הכפרים לעיל. העותר מס' 16 הינו יו"ר הוועד המקומי בכפר קסר אלסר; העותר מס' 17 הינו יו"ר הוועד המקומי בכפר אבו תלול והעותר מס' 18 הינו יו"ר הוועד המקומי בכפר וואדי אלנעם.

יצויין, כי העותרים מס' 1 ו-3 עד 17 הינם העותרים בבג"ץ 10054/09 התלוי ועומד בפני בית משפט נכבד זה ואשר דן בחוקיות וחוקתיות החלטת משרד הבריאות מחודש

אוקטובר 2009 לסגור שלושת מרפאות אם וילד בשלושת הכפרים לעיל. כפי שיפורט בעתירה זו, אחת התוצאות הנובעות מסגירת מרפאות אם וילד הנ"ל, הינה הגבלת גישת הנשים והילדים לקבלת שירותים בריאותיים שסופקו בעבר ע"י המרפאות הנ"ל ובכך גם נשללה מהם היכולת לקבל חיסונים מאת משרד הבריאות.

ואלה הם נימוקי העתירה

תיקון מס' 113 לחוק הביטוח הלאומי

הגבלת הזכאות לקצבאות ילדים

18. חוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב) התשנ"ה – 2005 (להלן: "חוק הביטוח הלאומי") קובע בסעיף 66, כי כל ילד זכאי לקצבת ילדים, בזו הלשון:

"הורה מבוטח זכאי לקצבת ילדים חודשיים לפי פרק זה בעד כל ילד."

19. בתאריך 14.7.09 אושר חוק ההתייעלות הכלכלית לשנים 2009-2010 (להלן: "חוק ההסדרים"). פרק י"ז לחוק ההסדרים שכותרתו "הגדלת קצבאות ילדים והתנייתן" אישר מספר תיקונים מהותיים וחמורים לחוק הביטוח הלאומי, אשר בין היתר, מגבילים את הזכאות לקצבאות ילדים. תיקון זה הינו תיקון מס' 113 לחוק הביטוח הלאומי, התשמ"ה – 1995 (להלן: "חוק הביטוח הלאומי") הקובע, בין היתר, כי במידה וילד אינו מקבל חיסון בהתאם לתוכנית החיסונים של משרד הבריאות, תופחת קצבת הילדים המגיעה לאותו ילד בסכומים ניכרים, וזאת כפי שיפורט להלן.

20. סעיף 61(ד) בפרק י"ז לחוק ההסדרים קובע כדלקמן:

"(1) התקיים בילד האמור בפסקה (2) תופחת קצבת הילדים לחודש המשתלמת בעדו, בסכום של 100 שקלים חדשים (בסעיף זה – סכום ההפחתה), ובלבד שניתנה הודעה כאמור בסעיף קטן (ה) וחלפה תקופת 14 הימים כאמור באותו סעיף קטן מיום המצאת ההודעה לפי הוראות סעיף קטן (ח)(2); ההפחתה תחל ב- 1 בחודש שלאחר מסירת ההודעה למוסד כאמור בפסקה (2).

(2) משרד הבריאות הודיע למוסד כי חלפו שישה חודשים מהמועד שבו היה על הילד לקבל את החיסונים הנדרשים בהתאם לגילו ולמצבו הבריאותי ועל פי תוכנית החיסונים שעליה הורה המנהל הכללי של משרד הבריאות; הודעה כאמור תישלח למוסד לא יאוחר מתום שבעה ימים מהיום שבו חלפו שישה חודשים כאמור.

(3) תכנית כאמור בפסקה (2) תפורסם ברשומות והיא תכלול הוראות בדבר סוג החיסון, מועדי החיסון, ומועדים נוספים שבהם ניתן להשלים חיסון שלא ניתן במועד שנקבע לו, ואת הגיל המרבי שבו ניתן לקבל כל חיסון (בסעיף זה – תכנית החיסונים).

21. בנוסף, קובע סעיף 61(ו) לחוק ההסדרים, כי סכום ההפחתה לעיל, לא יעלה על הסכומים הבאים ובלשון הסעיף:

- ”(1) לגבי הורה שמניין ילדיו אינו עולה על שניים – 100 שקלים חדשים;
 - (2) לגבי הורה שמניין ילדיו הוא שלושה – 200 שקלים חדשים;
 - (3) לגבי הורה שמניין ילדיו עולה על שלושה – 300 שקלים חדשים;
- הסכומים האמורים בסעיף קטן זה ובסעיף קטן (ד) יעודכנו משנת 2013 ואילך – ב- 1 בינואר של של שנה, לפי השיעור שבו מתעדכן הסכום הבסיסי לעניין קצבת ילדים.”

22. מהתיקון לעיל עולה, כי ילד שאינו מחוסן עפ"י תוכנית משרד הבריאות, תופחת הקצבה בעדו בסכום של 100 ש"ח לפחות. הפחתה זו הינה משמעותית וזאת בהתחשב בגובה הקצבה לה זכאי כל ילד. כיום, גובה קצבת הילדים עבור הילד הראשון עומדת ע"ס 165 ש"ח; עבור ילד שני – 165 ש"ח; עבור ילד שלישי – 251 ש"ח; עבור ילד רביעי – 446 ש"ח ועבור ילד חמישי – 366 ש"ח. יש לציין, כי לפי פרק י"ז לחוק ההסדרים לעיל, והחל מתאריך 1.7.10 עודכנו שיעורים אלו כך שהקצבה עבור הילד השני עד הרביעי עומדת על סך 259 ש"ח. יוצא, כי הפחתה של 100 ש"ח בממוצע לקצבה עבור ילד שלא קיבל חיסון הינה גבוהה ומשמעותית יחסית לסכום הקצבה לה זכאי כל ילד.

מועד תחולתו של תיקון מס' 113

23. יתר על כן, פרק י"ז קובע בסעיף 62 את תחילת תחולתו של תיקון מס' 113 ולפיו ייכנס החוק לתוקף החל מתאריך 15.12.10, כאשר תחילת חישוב התקופה בגינה לא קיבל הילד חיסון, תחל מתאריך 15.6.10 וכדלקמן:

- ”תחילתו של סעיף 68 לחוק הביטוח הלאומי, כנוסחו בסעיף 61(2) לחוק זה תהיה כמפורט בפסקאות להלן:
- (1) סעיפים קטנים (א), (ב) ו- (ג) – ביום ט' בתמוז התשס"ט (1 ביולי 2010);
 - (2) סעיפים קטנים (ד) עד (יא) – ביום ח' בטבת התשע"א (15 בדצמבר 2010); הוראות פסקה זו יחולו גם על חיסונים שהמועד לנתינתם חל שישה חודשים לפני היום האמור, ובלבד שארבעה חודשים לאחר המועד שבו היה על הילד לקבל את החיסון נשלחה הודעה כאמור בסעיף 68(ה) לחוק הביטוח הלאומי כנוסחו בסעיף 61(2) לחוק זה; לא הושלמה הקמתו של מאגר מידע ממוחשב לפי הוראות סעיף 1ב65 לפקודת בריאות העם, כנוסחו בסעיף 66 לחוק זה, רשאי שר הבריאות לקבוע, בצו, יום תחילה מאוחר יותר ובלבד שלא יהיה מאוחר מיום כ"ה באדר א' התשע"א (1 במרס 2011).”

תיקון מס' 113 נתקבל באופן שרירותי ונעדר כל תשתית

24. תיקון מס' 113 מבוסס על הסכם קואליציוני שנערך ונחתם בין רשימת הליכוד לבין רשימת ש"ס לקראת הבחירות לכנסת ה-18 ולראשות הממשלה שנערכו בתאריך 10.2.09.

הסכם זה כלל סעיפים 66 עד 70 תחת כותרת "רווחה" ואשר ציינו, כי קצבאות הילדים יוגדלו וכי הן יישללו לחלוטין מילדים שאינם לומדים במוסד חינוכי באופן סדיר וכן מילדים שאינם מקבלים חיסון בהתאם לתוכנית החיסונים של משרד הבריאות.

== רצ"ב העתק ההסכם הקואליציוני שנחתם בין מר בנימין נתניהו, יו"ר מפלגת הליכוד לבין מר אלי ישי, יו"ר מפלגת ש"ס בתאריך 23.3.09, מסומן ע/1.

25. הצעת החוק שהוכנה בעקבות הסכם קואליציוני זה אימצה אותו בכל הנוגע לקצבאות ילדים. ובכך הוצע בהצעת החוק כי קצבת הילדים תישלל כליל מילדים שאינם פוקדים את מערכת החינוך וכן מילדים אשר אינם מחוסנים לפי תוכנית החיסונים של משרד הבריאות. בפועל, לאחר אישורו, אימץ תיקון מס' 113 רק חלק מההסכמה שסוכמה בהסכם הקואליציוני, ולפיה, סכום הקצבה יופחת רק מילדים שאינם מקבלים חיסון בהתאם לתוכנית החיסונים של משרד הבריאות.

== רצ"ב העתק נוסח הצעת החוק בנושא קצבת ילדים, מסומנת ע/2.

26. יש להדגיש, כי לא נתקיים אף דיון בוועדות הכנסת בכל הנוגע לתיקון מס' 113 לעיל בטרם אישורו במסגרת חוק ההסדרים לשנים 2009-2010. המשיבים לא נסמכו על חוות דעת ואף לא על מחקר כלשהו החוקר את השפעות תיקון מס' 113 על ילדים שאינם מקבלים את החיסונים הנדרשים; לא נתקיים כל דיון ציבורי בעניין והבסיס היחידי לתיקון מס' 113 הינו ההסכמה אליה הגיעו רשימות הליכוד וש"ס במסגרת ההסכם הקואליציוני שפורט לעיל.

27. על תכלית התיקון ניתן ללמוד אך ורק מדברי הכנסת שנלוו להצעת החוק. לפי דברי הכנסת, מתברר כי תכלית התיקון הינה דווקא שמירה על בריאותם של הילדים וזאת כלשון דברי ההסבר:

"לפיכך, ולאור הגדלת הקצבה כמוצע לעיל, מוצע להביא בחשבון בעת נתינתה של הקצבה גם תנאים שיבטיחו שלום הילד ואת טובת הציבור, ובכלל זה, השקעה בחינוך, צמצום הבערות והאבטלה, וכן שמירה על בריאות הילד ובריאות הציבור. בהתאם לכך, מוצע לקבוע הפחתה מקצבת ילדים, בסכומים ועד לתקרה כמפורט להלן, בהתקיים אחד מאלה:

הילד לא קיבל חיסונים (סעיף 68(ד)(1) המוצע לחוק הביטוח הלאומי) – לפי נתוני משרד הבריאות, אלפי ילדים בכל שנתון אינם זוכים למעקב רפואי הולם ואינם מקבלים חיסונים. השמירה על הילד בתקופת חייו הראשונה הכרחית לשמירה על בריאותו ולהתפתחותו. מתן חיסונים לפעוטות שומר הן על בריאותו של הפעוט והן על בריאות הציבור באשר הוא מונע תחלואה ומגיפות היה ניתן להיווכח בחשיבות החיסונים במהלך שנת 2008, כאשר מספר אנשים בחרו שלא לחסן את ילדיהם כנגד מחלת החצבת וכתוצאה מכך התפרצה המחלה והביאה לכך שעשרות ילדים לקו במחלה קשה."

מהמשך דברי ההסבר, ניתן ללמוד, כי אותה הפחתה בסכום קצבאות הילדים נועדה על מנת לממן את העלייה בסכום הקצבאות שאושרה במסגרת אותו תיקון מס' 113 ובלשון דברי ההסבר:

"...קביעה זו משקפת קשר בין הסכום המותנה, שניתן להפחיתו בהתקיים התנאים הנזכרים, לבין התוספת המוצעת בפרק זה כעת לקצבת הילדים. מטעם זה, בתקופה שעד להחלה מלאה של התוספת לקצבאות הילדים, מוצע לקבוע כי התקרה האמורה תהיה נמוכה יותר, כמפורט בסעיף 240 המוצע."

"(הקריטריונים) אינם דוברים אלינו אמת, באשר ייעודם מעיקרם היה – וזה אף כפועלם – להיטיב עם מי שתורתו אומנותו תוך הפלייתם לרעה של סטודנטים. בני-ישיבה וסטודנטים נמנים (לענייננו) על אותה קבוצת שוויון, וזכויות המוענקות לאלה מן הדין כי תינתנה גם לאלה. משנמצא לנו, וידענו, כי בני-ישיבה אמורים – על פי ההנחיות – לקבל זכויות שאינן ניתנות לסטודנטים, נוסף ונדע כי מעשה המדינה הוא פסול. הפליה זו בחלוקת משאבי-הציבור – בעיצומם של דברים: הפליה שצידוקה היחיד הוא בקיומו של הסכום בין מפלגות לקואליציה – הינה בלתי נסבלת, ובית המשפט לא יתיר לאששה ולהותירה על מקומה."

ההדגשה אינה במקור.

בג"ץ 1/98 כבל נגד ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נג(2) 241, 261 (1999).

תיקון מס' 113 פוגע בזכויות החוקתיות של הילדים

תיקון מס' 113 פוגע בזכויות הילדים

30. העותרים טוענים, כי תיקון מס' 113, מנוגד לדין הקובע כי כל ילד זכאי לקצבה. סעיף 66 לחוק הביטוח לאומי קובע, כי:

"הורה מבוטח זכאי לקצבת ילדים חדשית לפי פרק זה בעד כל ילד."

הפרשנות שניתנה לסעיף זה ע"י בתי המשפט הינה שקצבת הילדים שייכת לילדים עצמם למרות העברתה בפועל אל הורה הילד, כאשר תכליתה של קצבה זו הינה טובת הילד עצמו. בעניין אזולאי, קבע בית הדין הארצי לעבודה, כי:

"די לנו בלשון החוק. אך נפנה גם לתכליתו. תכלית הקצבה היא טובת הילד. מי שמקבל אותה בפועל הוא הילד. ההורה מקבל את הקצבה בנאמנות על מנת לדאוג לטובת הילד."

עב"ל 1117/04 אזולאי נ' המוסד לביטוח לאומי, סגנית הנשיא אלישבע ברק-אוסוסקין (טרם פורסם, 2.11.2006).

31. על תכלית זו ניתן גם ללמוד מהוראות סעיף 67(ב) לחוק הביטוח הלאומי, המלמד על כך כי אין כל נפקות עם איזה הורה הילד חי ומתגורר, בין אם זה הורה הטבעי ובין אם זה הורה אחר, העיקר הוא כי הילד יקבל קצבת הילדים, וזו לשון הסעיף:

"ילד שיש לו שני הורים, יבוא במנין האב המבוטח זולת אם הוא נמצא עם האם בלבד; ילד שיש לו הורה טבעי והורה אחר והם מבוטחים, יבוא במנין ילדי אותו הורה אשר עמו הוא נמצא."

32. כך גם מורה סעיף 69 לחוק הביטוח הלאומי הקובע, כי הקצבה תועבר להורה עימו מתגורר הילד אף אם מדובר באפוטרופוס שנתמנה עבור הילד כדין ואף אם לא נתקיימו בהורה התנאים שנקבעו בחוק. עיקר תכלית זו נועדה להבטיח, כי הזכאות לקצבה הינה לילד עצמו ולא להורה עימו הוא חי. סעיף זה קובע:

"(א) קצבת ילדים תשולם לאם, אולם אם הילד נמצא עם האב בלבד, והאב זכאי לקצבה, תשולם הקצבה לאב.
(ב) המוסד ישלם את הקצבה להורה, אף אם לא נתקיימו בו התנאים לפי סעיף קטן (א), אם ביקש זאת ההורה שמשלמת לו הקצבה לפי הסעיף הקטן האמור.
(ג) לא נתמלאו התנאים של סעיף קטן (א) לגבי שני הורים, תשולם הקצבה בעד הילד לאפוטרופוס שנתמנה כדין, ובאין אפוטרופוס – למי שנתמנה לכך לפי סעיף 304(א).
(ד) גם אם נתמלאו התנאים של סעיף קטן (א) רשאי המוסד, אם טובת הילד מחייבת זאת, לשלם את הקצבה להורה שני שאינו בר-הקצבה, או לאפוטרופוס או למי שנתמנה לכך לפי סעיף 304(א)."

33. לא זו אף זו אלא שלא מענישים ילדים ולא שוללים מהם את קצבת הילדים במקרה שאחד ההורים נפטר או חדל להיות מבוטח. סעיף 71 לחוק הביטוח הלאומי קובע כדלקמן:

"מת ההורה המבוטח או חדל להיות מבוטח, תשתלם מכוחו קצבת הילדים שהיתה משתלמת בעד הילד אילולא מת או אילולא חדל להיות מבוטח; ואולם אם היה לילד הורה שני, והוא זכאי לקצבה, תשולם הקצבה מכוחו של ההורה השני."

34. בשל חשיבות התכלית מאחורי תשלום קצבאות ילדים, קובע הדין, כי אין לפגוע בקצבת הילדים ואין לקזז או לנכות ממנה כל סכום. בעניין **אזולאי** שצויין לעיל נקבע, כי המוסד לביטוח לאומי אינו רשאי לקזז את חובו של ההורה המבוטח מקצבת הילדים ואף לא ניתן גם למסות את קצבת הילדים ולחשבה כהכנסה של ההורה המבוטח. כך גם קובע סעיף 73 לחוק הביטוח הלאומי:

"קצבת הילדים כאמור בסעיף 68 לא תיחשב כהכנסה לעניין קביעת תשלומי חובה או היטלים אחרים."

35. גם בעניין **ברקו** נקבע, כי קצבת הילדים המשולמת עפ"י חוק הביטוח הלאומי, אינה בגדר "הכנסה" שמתקבלת ע"י המבוטח ועל כן לא ניתן לנכות את קצבת הילדים מהתגמולים המועברים למבוטח (ראו: בע"א 281/78 **ברקו פסח סין נגד הרשות המוסמכת לצורך חוק נכי רדיפות הנאצים** (פ"ד לב(3) 408 (1978)). ובעניין **עמותת בצדק**, קבע המשנה לנשיא חשין (בדימוס) כי יש להבטיח, כי קצבאות הילדים יועברו במלואם לרווחתם של הילדים

וכי לא ניתן לכרסם מהם תשלומי חובה למיניהם (ראו: בג"ץ 1384/04 **עמותת בצדק - מרכז אמריקאי ישראלי לקידום צדק בישראל נ. שר הפנים** (טרם פורסם, 14.3.2005)).

36. יוצא איפוא, כי הפחתת קצבת הילדים כמפורט לעיל, פוגעת בילדים ובזכויותיהם. היא פוגעת בגידולם ובהתפתחותם של הילדים. פגיעה זו מקבלת משנה תוקף וחומרה עבור ילדים למשפחות עניות הנסמכות על קצבת הילדים כאמצעי עיקרי וחיוני לצורך גידול ילדיה, כאשר כל הפחתה בסכום הקצבה, מנימוקים שאינם רלוונטיים לזכאות לקבלת הקצבה, עלולה להיות לה השלכות מרחיקות לכת עבור הילדים עצמם. שכן, הפחתת סכום הקצבה באופן משמעותי כפי שמורה תיקון מס' 113 לעשות, לא רק שהיא משנה את סדר העדיפות בהוצאות גידול הילדים אלא שהיא עלולה לגרום לויתור על הוצאות כספיות חיוניות והכרחיות עבור קיומם המינימאליים של הילדים, כגון: הוצאות עבור מזון, ביגוד, קבלת שירותי בריאות, רכישת תרופות, השתתפות בהוצאות במסגרת מערכת החינוך וכדומה.

37. בית משפט נכבד זה קבע זה מכבר, כי לכל ילד זכות להגנה חוקתית וזאת במסגרת החלתו ופריסתו של מושג 'זכויות הילד'. בעניין **פלוני**, קבע בית משפט נכבד זה, כי "מושג 'זכויות הילד' מורה כי לילד נתונות זכויות". בית המשפט המשיך וקבע, כי "מושג 'זכויות הילד' הוא בגדר פריסת סוכת ההגנה החוקתית על הילד. ביטוייה בהכרה בזכויותיו ובכך שמכלול הזכויות הוא גם ערובה להבטחת טובתו." (ראו: ע"א 2266/93 **פלוני נגד פלוני** פד"י (1) 221, 253-254 (1995)). לא למותר לציין, כי תפיסת הזכויות הנ"ל מעוגנת גם בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 הקובע בסעיף 1 כי "כל אדם כשר לזכויות ולחובות **מגמר לידתו ועד מותו**". (ההדגשה אינה במקור).

38. באותו עניין **פלוני**, נקבע גם מעמדו העל של עקרון 'טובת הילד' אשר בהסתמך עליו, פותר בית המשפט את הסכסוך המלווה בהשלכות פוגעניות בזכויות הילד. בית המשפט קבע כי "הסכסוכים הניתנים לפתרון באמצעות מנגנון 'זכויות הילד' הם סכסוכים שאינם נוגעים למשמורת, אלא לשאר ענייני האפוטרופסות". אמנם ענייננו אינו נוגע לסכסוך בין הורי הילדים, אך אין ספק כי להפחתת קצבאות הילדים יש השלכות פוגעניות בכל הנוגע לגידולו והתפתחותו של הילד, כאשר פגיעה זו נגרמת הפעם ע"י המחוקק עצמו. העותרים טוענים, כי במקרה זה, אין נפקות לזהות הפוגע בזכות הילד. בין אם אלו הם ההורים אשר החליטו שלא לחסן את הילד ובין אם זו המדינה אשר משיקולי מדיניות למיניהם אינה מאפשרת כל גישה לקבלת שירותי חיסון באמצעות מרפאות אם וילד, כפי שהוא המקרה בכפרים הבדואים אותו נפרט בהמשך. הרי בסופו של דבר גורם הפגיעה בילדים עניינו באפוטרופסות על הילד ולכן על בית משפט נכבד זה להפעיל את עקרון 'טובת הילד' ולהורות על ביטול הפגיעה השרירותית בכל ילד עקב הפעלת תיקון מס' 113, וזאת במיוחד מקום בו אין בין עצם חיסון הילד לבין תכלית קצבת הילדים כל קשר, ענייני או אף שטחי (ראו עניין **פלוני** לעיל בעמודים 257, 260 ו-274).

39. גם חוק הביטוח הלאומי אימץ את עקרון 'טובת הילד' בכל הנוגע לתשלום קצבאות ילדים. סעיף 69 לחוק הביטוח הלאומי קובע כי המוסד לביטוח לאומי רשאי להביא את שיקול 'טובת הילד' ולהורות על העברת הקצבה להורה הילד שאינו בר קצבה או לאפטרופוס שלו :

"גם אם נתמלאו התנאים של סעיף קטן (א) רשאי המוסד, אם **טובת הילד מחייבת זאת**, לשלם את הקצבה להורה שני שאינו בר קצבה, או לאפטרופוס או למי שנתמנה לכך לפי סעיף 304(א)." (ההדגשה אינה במקור)

40. איסור הפגיעה בילדים, הבטחת ההגנה עליהם והעמדת שיקול 'טובת הילד' כשיקול ראשון במעלה, מוטלות גם מכח האמנה הבינלאומית לזכויות הילד הקובעת בסעיף 3 כדלקמן :

"1. In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.

2. States Parties undertake to ensure the child such protection and care as is necessary for his or her well-being, taking into account the rights and duties of his or her parents, legal guardians, or other individuals legally responsible for him or her, and, to this end, shall take all appropriate legislative and administrative measures."

41. כמו כן, זכותו של הילד להתפתח מעוגנת במשפט הבינלאומי. סעיף 6 לאמנה הבינלאומית לזכויות הילד משנת 1989 אשר נחתמה ואושררה ע"י ישראל בשנת 1991, קובע כי "המדינות החברות יבטיחו עד מירב המידה האפשרית את הישרדות הילד והתפתחותו."

למותר יהא לציין, כי איסור הפגיעה בביטחון הסוציאלי של הילד מעוגנת אף היא באמנה הבינלאומית לזכויות הילד הקובעת כי אין לפגוע בזכות לביטחון סוציאלי של הילדים וכי על המדינה מוטלת החובה לדאוג למימוש המלא של זכויות אלו. סעיף 26 קובע :

"States Parties shall recognize for every child the right to benefit from social security, including social insurance, and shall take the necessary measures to achieve the full realization of this right in accordance with their national law."

42. לא למותר לציין את השלכות הפחתת קצבאות הילדים על אמהות הילדים אשר בקרב אוכלוסיות רבות בישראל, הן אלו האחראיות בפועל על קיומו וגידולו היומיומי של הילד. בכך הפחתת הקצבאות מהווה מכשול רציני בפני אמהות רבות בגידול ילדיהן. השלכה זו נעשית חמורה עוד יותר בכל הנוגע לנשים החיות תחת קו העוני, כאשר במסגרת קבוצה זו נכללות 80% מהאמהות הבדואיות המתגוררות בנגב, לרבות בכפרים הלא מוכרים.

תיקון מס' 113 פוגע בעקרון השוויון בין הילדים

43. העותרים טוענים, כי הפחתת קצבת הילדים כמפורט בתיקון מס' 113, יוצרת אבחנה בין הילדים על בסיס קבלת החיסון כאשר שיקול זה כלל אינו רלוונטי לעצם הזכאות לקצבת הילדים. התוצאה הינה אבחנה בין ילד למשפחה אמידה הנתמך בגידולו על הכנסת הוריו לבין ילד למשפחה ענייה שקצבת הילדים עצמה הינה מקור ואמצעי משמעותי לגידולו והתפתחותו; תיקון מס' 113 מביא גם לאבחנה בין ילד שהוריו החליטו כי הוא יקבל חיסון לבין ילד שהוריו החליטו ההפך ועל דעת עצמם; היא מאבחנת בין ילד שיש לו גישה לשירותי רפואה מונעת לצורך קבלת החיסון לבין ילד שאין לו גישה כזו; היא מאבחנת בין ילד שהמדינה דואגת לגישתו לשירותי רפואה מונעת לצורך קבלת החיסון לבין ילד שהמדינה אינה דואגת למימוש נגישותו לשירותים אלו.

44. עצם השימוש בעובדת חיסונו של הילד אינה רלוונטית כלל ועיקר לסוגיית זכאות הילד לקבלת הקצבה ועל כן האבחנה בין הילדים על רקע החיסון, אינה רלוונטית ואף פסולה והיא מייצרת הפליה בתוך קבוצת שוויון אחת – קבוצת הילדים – כשאין בתוכה כל שונות רלוונטית. בהקשר זה ראו פסק הדין בעניין **יקותיאלי ז"ל** שניתן לאחרונה, שם פסל בית המשפט הנכבד אבחנה בין האברכים לבין סטודנטים אחרים בכל הנוגע לזכאות לקבלת גמלת הבטחת הכנסה. בעניין זה קבע ביהמ"ש הנכבד, כי אבחנה זו פוגעת בעקרון השוויון שכן האבחנה בין קבוצות הלומדים השונות אינה מבוססת על שונות רלוונטית לצורך האבחנה (ראו: עניין בג"ץ 4124/00 **ארנן יקותיאלי ז"ל נ' השר לענייני דתות**, פס" 40-41 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (טרם פורסם, 14.06.2010).

45. כך גם בעניין **עם חופשי** בו דובר על סיוע הנסמך על מצבו הכלכלי של מבקש ההטבה שם קבע בית המשפט, כי כל המבקשים הינם קבוצת שוויון אחת, תהא אשר תהא השתייכותם הלאומית, דתית, קהילתית והחברתית ועל כן אין להבחין בין קבוצת שוויון על סמך נתונים בלתי רלוונטיים לצורך הסיוע בדיור (בג"ץ 4906/98 **עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות נגד משרד הבינוי והשיכון**, פד"י נד(2) 503 (2000), עמ' 514-513). כמו כן, בעניין **ארגון נכי צה"ל** פסל בית המשפט העליון תקנות הנכים (מבחנים לקביעת דרגות נכות) (תיקון), התשס"ג-2003 אשר הפלו לרעה את נכי צה"ל לעומת נכי הביטוח הלאומי בכל הקשור לשיטת קביעת הנכות וחישובה תוך פגיעה בעקרון השוויון בין כלל הזכאים שהיוו קבוצת שוויון אחת (בג"ץ 8487/03 **ארגון נכי צה"ל נגד שר הבטחון** (טרם פורסם, 13.12.06). ראו גם עניין **ליפשיץ** שם קבע בית המשפט, כי האבחנה שיצר הסדר ביטוחי בין חיילי מילואים ששירתו בחיל האוויר לבין אנשי מילואים לעניין קבלת ההטבות שלא נמנו עם אנשי צוות חיל האוויר הינה הפליה פסולה (ראו: בג"ץ 6758/01 **ליפשיץ נגד שר הבטחון**, פד"י נט(5) 258, 269 (2005)).

46. עקרון איסור ההפליה כנגד ילדים ובינם לבין עצמם שאוב גם מהמשפט הבינלאומי הקובע בסעיף 2 לאמנה לזכויות הילד, כי אין להפלות כנגד ילדים במימוש זכויותיהם הקבועות באמנה, כדלקמן:

"States Parties shall respect and ensure the rights set forth in the present Convention to each child within their jurisdiction without discrimination of any kind, irrespective of the child's or his or her parent's or legal guardian's race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national, ethnic or social origin, property, disability, birth or other status."

תיקון מס' 113 פוגע בזכות החוקתית לקניין

47. העותרים טוענים, כי קצבאות הילדים הינם קניינם של הילדים עצמם. סעיף 66 לחוק הביטוח הלאומי קובע כי "הורה מבוטח זכאי לקצבת ילדים חודשית לפי פרק זה בעד כל ילד." היינו, הזכאות לביטוח ילדים נובעת מעצם היותו של ההורה מבוטח ע"י המוסד לביטוח לאומי כאשר "מבוטח" הינו כל מי שמשלם דמי ביטוח ע"י החוק.

48. כמו כן, עצם תשלום דמי הביטוח ע"י ההורה למוסד לביטוח לאומי וזאת לפי דרישות חוק הביטוח הלאומי, יוצרת הסכם חוזי בין המוסד לביטוח לאומי לבין המבוטח כאשר המוטב בהסכם זה לצורכי קצבת הילדים הם ילדי ההורה המבוטח. הסכם שכזה מייצר ציפייה אצל ההורה המבוטח לפיה עקב תשלום דמי הביטוח, יהא ילדו זכאי לקבלת קצבאות הילדים עפ"י החוק. על כן, כאשר משתלם דמי הביטוח עפ"י חוק הביטוח הלאומי, נוצרת זכות קניינית למבוטח לקבלת הקצבאות ו/או הגמלאות להם הוא זכאי עפ"י החוק. מכאן, הפחתת קצבאות ילדים כמפורט בתיקון מס' 113 מהווה פגיעה בזכות הקניינית של הילד, הזכאי לקבלת הקצבה מכח תשלום דמי הביטוח ע"י הורה. פגיעה זו מנוגדת לסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו המעגן את ההגנה על הזכות החוקתית לקניין.

49. ודוק. בית המשפט העליון הכיר בקצבאות וגמלאות שונות של המוסד לביטוח לאומי כקניינם של הזכאים להם. כך למשל, הוכרה קצבת הזקנה כקניינם של הזכאים לקבלה (בג"ץ 5578/02 רחל מנור ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד נט(1) 729, פסקה 11 לפסק דינו של הנשיא ברק (2004). כמו כן, בעניין המועצה האזורית חוף עזה נפסק כי ה"קניין" בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו משתרע על כל זכות רכושית, הכוללת זכויות 'אובליגטוריות' בעלות ערך רכושי (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נגד כנסת ישראל, פד"י נט(2) 481 (2005).

תיקון מס' 113 פוגע בזכות לביטחון סוציאלי

50. העותרים טוענים, כי עצם הפחתת הקצבה מילדים שאינם מקבלים חיסון לפי תוכנית

משרד הבריאות, מהווה פגיעה בזכותם לביטחון סוציאלי. בית המשפט העליון כבר נתן את דעתו בנוגע למעמד הזכות לביטחון סוציאלי כאשר, בין היתר, 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(4) 817, 831 (1998); בג"צ 890/99 חלמיש נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד נד(4) 429, 423 (2000)).

51. הזכות לביטחון סוציאלי הוכרה גם היא במשפט הבינלאומי. סעיף 9 לאמנה הבינלאומית לזכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות משנת 1966 עליה חתומה גם מדינת ישראל קובע כדלקמן:

"מדינות שהן צד באמנה זו מכירות בזכותו של כל אדם לביטחון סוציאלי, לרבות ביטוח סוציאלי."

לאחרונה ובשנת 2007, הוציאה המועצה החברתית – כלכלית של האו"ם הערה כללית מספר 19 אשר הגדירה את מרכיבי הזכות לביטחון סוציאלי וקבעה בסעיף 18, כי יש לדאוג לאספקת בטחון סוציאלי עבור ילדים ואמהות וזאת ללא הפליה ובלשון הסעיף:

"Benefits for families are crucial for realizing the rights of children and adult dependents to protection under articles 9 and 10 of the Covenant. In providing the benefits, the State party should take into account the resources and circumstances of the child and persons having responsibility for the maintenance of the child or adult dependent, as well as any other consideration relevant to an application for benefits made by or on behalf of the child or adult dependent.¹⁴ Family and child benefits, including cash benefits and social services, should be provided to families, without discrimination on prohibited grounds, and would ordinarily cover food, clothing, housing, water and sanitation, or other rights as appropriate."

הערה כללית מספר 18 שאושרה בתאריך 23.11.07 ע"י המועצה החברתית – כלכלית של האו"ם, מס' E/C.12.GC/19

52. ועוד, העותרים יטענו, כי תיקון מס' 113 עלול להעמיק את תחולת העוני בקרב הילדים הנפגעים מהתיקון, ובמיוחד אלו המשתייכים למשפחות עניות. שכן, קיים קשר ישיר בין קצבאות הביטוח הלאומי לבין צמצום מימדי העוני והאי שוויון. עוד בשנת 2000 העלה מחקר שפורסם ע"י המוסד לביטוח לאומי, כי 61% מהכנסות משפחה ענייה, היא הכנסה מקצבאות הביטוח הלאומי וכי 45% מכלל המשפחות העניות נחצו ממעגל העוני לאחר שקיבלו תשלומי העברה, לרבות קצבאות הביטוח הלאומי. מחקר זה אף הדגיש, כי פגיעה בקצבאות "תחליש את יכולתה של מערכת הביטוח הסוציאלי בישראל להתמודד עם ההשלכות החברתיות של המיתון הכלכלי."

ראו: "מגמות השינוי בממדי העוני ובאי – השוויון בהתחלקות ההכנסות במשק בשנת 2000 – ממצאים עיקריים" (חוות דעת של המוסד לביטוח לאומי, דצמבר 2001).
www.btl.gov.il/Publications/oni_report/Pages/oni2000.aspx/

53. מספר שנים לאחר מכן ובשנת 2005 פרסם המוסד לביטוח לאומי מחקר נוסף בנושא כותרת "קצבאות הילדים בישראל: מבט השוואתי וראייה בינלאומית". מחקר זה פורסם את השלכות תשלומי ההעברה וקצבאות הביטוח הלאומי על כלל המשפחות, לרבות השלכות תשלומי קצבאות הילדים, ממנו עלה כי אכן קיים קשר ישיר בין תשלומי קצבאות הילדים לבין הוצאת המשפחות העניות ממעגל העוני. תרשים 6א במחקר זה מראה כי בשנת 2001, יותר משליש הילדים חיו מתחת לקו העוני לפני תשלומי ההעברה ולאחר קבלת תשלומי העברה אלו, הכוללים את קצבאות הילדים, תחולת העוני בקרבם ירדה לכ-18%.

ראו: מיכל אופיר ותמי אליאב, "קצבות הילדים בישראל: מבט השוואתי וראייה בינלאומית", המוסד לביטוח לאומי, דצמבר 2005. ראו גם תרשים מס' 6א במחקר הנ"ל בעמוד 31. ניתן לעיין במחקר ב:

http://www.btl.gov.il/SiteCollectionDocuments/btl/Publications/mechkar_91.pdf

54. על כן, העותרים יטענו, כי ההפחתה בקצבאות הילדים כפי שהיא מעוגנת בתיקון מס' 113 לעיל, לא רק שהיא פוגעת בזכויותיהם של הילדים לקבלת הגמלה, אלא שהיא תתרום, למצער, להעמקת והחמרת העוני, בקרב המשפחות הנמצאות ממילא מתחת לקו העוני.

פסקת ההגבלה

א. הפגיעה בילדים אינה לתכלית ראויה

55. כאמור, הפחתת סכומי הקצבאות לילדים שאינם מקבלים חיסונים עפ"י תוכנית משרד הבריאות, נתקבלה באופן שרירותי וללא כל תשתית עובדתית או ראייתית. הבסיס היחיד עליו נשען תיקון מס' 113, לפחות בכל הנוגע להפחתת סכום קצבאות הילדים, הינו ההסכם הקואליציוני שצוין ופורט ברקע העובדתי לעיל. **העותרים טוענים, כי פגיעה בזכויות חוקתיות אינה יכולה להיחשב לתכלית ראויה אם היא נקבעת ללא בדיקה וללא תשתית ראויה; תכלית הינה בלתי ראויה אם היא פוגעת בזכויות ילדים על לא עוול בכפם ואף תוך הענשתם; תכלית הינה בלתי ראויה אם היא מעמיקה את העוני ומגדילה את הפערים החברתיים והכלכליים; לא זו אף זו אלא שתכלית אינה ראויה אם היא פוגעת באינטרס הציבורי, שכן בענייננו, האינטרס הציבורי דווקא מחייב הגנה והימנעות מפגיעה באותם ילדים שאינם מקבלים חיסונים. לא זו בלבד שתיקון מס' 113 אינו מגן על**

ילדים אלו, אלא שהוא מורה על פגיעה ממשית ומוחשית בהם. פגיעה זו מהווה גם פגיעה באינטרס הציבורי, דבר ההופך את הפגיעה בזכויות הילדים לתכלית בלתי ראויה.

56. העותרים טוענים, כי פגיעה שרירותית בזכויות אדם, הינה פגיעה שאינה לתכלית ראויה וכי תכלית ראויה היא זו שנותנת משקל לזכויות האדם ואינה מניחה את הפגיעה הלא מוצדקת בהם. כפי שציין בעניין זה הנשיא (בדימוס) ברק בעניין **מועצת חוף עזה** :

"כך ראינו כי תכלית היא "ראויה" אם היא "משרתת מטרות ציבוריות חשובות למדינה ולחברה במטרה לקיים תשתית לחיים בצוותא ולמסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם לקדמן... " (השופטת ביניש בפרשת מנחם [39], בעמ' 264). תכלית אינה "ראויה" אם היא נועדה לחלק משאבים לאומיים באופן שרירותי ותוך הפליה בין הסקטורים השונים בחברה (ראו פרשת אורון [38], בעמ' 662). לעניין חשיבותה של התכלית, היא ראויה אם היא נועדה להגשים מטרה חברתית מהותית".

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

ב. מבחן המידתיות

מבחן המידתיות הראשון – קשר רציונאלי

57. עפ"י דברי ההסבר לתיקון מס' 113, עומדת תכלית התיקון על שמירה על תנאים "שיבטיחו את שלום הילד ואת טובת הציבור, ובכלל זה, השקעה בחינוך, צמצום הבערות והאבטלה, וכן שמירה על בריאות הילד ובריאות הציבור." העותרים טוענים, כי האמצעי שנבחר אינו משרת את התכלית שכן הוא דווקא גורם לפגיעה בשלום הילד, בבריאותו, בהתפתחותו, בקניינו ובזכותו לביטחון סוציאלי, ואם לא די בכך, הרי הוא תורם להעמקת והחרפת תוחלת העוני בקרב ילדים החיים ממילא מתחת לקו העוני והנסמכים על הקצבה כבסיס איתן לגידולם והתפתחותם. יתר על כן, שרירותו של תיקון מס' 113, משמיטה את הקרקע מתחת לקיומו של קשר רציונאלי בין תכלית התיקון לחוק לבין האמצעי שנבחר להגשמת התכלית.

58. בעצם, המחוקק בחר באמצעי של שלילה או הפחתת קצבאות הילדים כאמצעי טיפול נגד אי חיסונם של ילדים. אמצעי זה ובלשון המעטה אינו האמצעי המתאים ו/או ההולם והוא גם אינו האמצעי הרציונאלי שאמור לטפל בסוגיית אי חיסונם של הילדים. לא זו אף זו, אלא שגם אם הפחתת הקצבאות או שלילתם תרתיע מפני אי חיסונם של הילדים ותגרום לעלייה בשיעור הילדים המחסונים, הרי עדיין אמצעי זה אינו מתאים ואינו רציונאלי כדי להשיג את המטרה הרצויה. נקיטה באמצעי זה דווקא תביא לפגיעה חמורה בזכויות החוקתיות כפי שהדבר פורט לעיל והיא תגרום להעמקה והחרפה בשיעור העוני בקרב ילדים שממילא חיים מתחת לקו העוני.

59. גם אם יטענו המשיבים כי שלילת קצבאות הילדים נועדה על מנת לקדם ולעודד את החיסונים בקרב הילדים ולכאורה להגן עליהם, לא ניתן לקבוע כי אמצעי זה הינו הולם או רציונאלי שכן הוא בלתי הוגן ושרירותי ומוביל לפגיעות חמורות בזכויות החוקתיות של הילדים, לרבות באבחנה בין ילדים לצורך זכאות לקצבת ילדים על בסיס עצם עובדת קבלת החיסונים. וכדברי הנשיאה ביניש בעניין **ראשד מוראד** אשר חיידה 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 רציונלי בין האמצעי לתכלית וכי האמצעי מתאים להשגת התכלית. הדגש במבחן הקשר הרציונלי הוא על היותו של הקשר רציונלי. 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 נז(1) 235, 279; א’ ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 542, 621).”

כמו כן, הקשר הרציונאלי בין התכלית לבין האמצעי מתקיים, שכן האמצעי נועד להגן על הילדים עצמם מפני אי חיסון, הינה טענה שלא מעידה על קיומו של מבחן הקשר הרציונאלי. שכן משמע טענה זו היא: שכדי להגן על הילדים קיים צורך לפגוע בזכויותיהם. ובהקשר זה דבריה של השופטת (כתוארה אז) ביניש בעניין **מוראד** ולפיהם:

”מדיניות המונעת מפני תושבים פלסטינים להגיע לאדמות השייכות להם, לשם השגת תכלית של הגנה עליהם מפני התקפות המכוונות נגדם, הינה כמדיניות המצווה על אדם שלא להיכנס לביתו על מנת להגן עליו מפני שודד האורב לו שם על מנת לתקפו. בנסיבות הענין שלפנינו, מדיניות כזו כפתרון יחיד למצב בשטח אינה רציונלית שכן היא פוגעת בזכויותיהם של החקלאים הפלסטינים לחופש תנועה ולקנין באופן שאינו פרופורציוני.

....
ברור, אפוא, כי שימוש באמצעי של סגירת השטח בפני חקלאים פלסטינים כאשר המטרה היא הגנה עליהם עצמם אינו שימוש הולם באמצעי האמור ויש בכך משום פגיעה בתחושת הצדק. מצב דברים זה אינו ראוי ועל כן, שימוש באמצעי של סגירת שטחים, כאמצעי שבשגרה וכאמצעי בלעדי, לצורך הגנה על תושבים פלסטינים המותקפים בשטח, הוא שימוש שאינו מידתי ושאינו עולה בקנה אחד עם החובות המוטלות על המפקד הצבאי.”

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).

60. על איסור נקיטת אמצעי ענישתי שכזה ניתן ללמוד מהוראות חוק הביטוח הלאומי עצמו. כך למשל בסוגי ביטוחים אחרים כגון ביטוח אמהות, קובעות הוראות סעיף 42 לחוק כי כל אשה מבוטחת שהזדקקה לאשפוז בעקבות לידה תקבל מענק אשפוז, מענק לידה וגם קצבת לידה במקרים מסוימים. היינו, כל אשה יולדת, זכאית למענקים אלו והחוק אינו מתנה את הזכאות לצורך השגת תכליות שהן זרות לחוק הביטוח לאומי עצמו. כך למשל, הסעיף אינו מתנה את הזכאות בהתחייבות האשה להיגמל מצריכת סמים או אלכוהול בקרב נשים בכלל או נשים הרות בפרט. הסעיף אם כן אינו מעניש את הנשים בניסיון להיאבק בתופעות

שליליות או פסולות למיניהם. ניתן להביא דוגמה אחרת מחוק הביטוח הלאומי שקובע בסעיף 69א את זכאות הילד לקצבת ילדים כאשר הילד נולד בתא משפחתי פוליגאמי. מחד קובע סעיף זה את זכאותו של הילד אם נולד בתא פוליגאמי שכזה כך: על אף האמור בכל מקום אחר בסימן זה, היו למבוטח ילדים ממספר נשים, יחולו לגביו הוראות אלה...." כאשר מאידך פוליגמיה כשלעצמה מהווה עבירה פלילית עפ"י חוק העונשין, תשל"ז 1977. במקרה כזה, חוק הביטוח הלאומי אינו נלחם בתופעת הפוליגאמיה באמצעות שלילת קצבת הילדים ובכך הוא לא מענשי ילדים הנולדים למשפחות כאלו. יוצא איפוא, כי מקום בו לא שוללים את הקצבה מילדים בתא פוליגאמי המהווה עבירה פלילית לפי הוראות חוק העונשין, אין להעניש אותם ילדים בשל אי חיסונם, מקום בו אי החיסון אינו מהווה עבירה פלילית כלל ועיקר.

61. על כך ניתן גם ללמוד מתוך היקש מחוק אחרים בתחום החינוך והמזונות כך למשל, חוק לימוד חובה, תש"ט – 1949 קובע בסעיף 2 כי "לימוד חובה יקיף כל ילד וכל נער." הורה שאינו דואג לחינוך סדיר של ילדו צפוי לפי סעיף 4 לחוק למאסר או קנס אלא אם הוכיח כי עשה את מיטב יכולתו שילדו יקבל חינוך סדיר. "העונש" בגין אי שליחת ילד למוסד חינוך **לעולם** אינה מוטלת על הילד עצמו, כי אם על ההורה ולחילופין על הרשות הרלוונטית שאינה מספקת את החינוך ואינה מאפשרת לילד לממש את זכותו לחינוך. אך לעולם היא אינה מוטלת על הילד. גם בתחום הבטחת תשלום המזונות לילד, מורה חוק המזונות (הבטחת תשלום), תשל"ב – 1972 כי "זוכה" שהוגדר כ"מי שפסק דין למזונות ניתן לזכותו ואינו מתגורר עם החייב, לרבות הורה שאינו מתגורר עם החייב שפסק דין למזונות ניתן לזכות **ילדו הקטין** הנמצא בהחזקתו אף אם אינו עמו" (ההדגשה אינה במקור), זכאי לפנות למוסד לביטוח לאומי בבקשה לתשלום חודשי במידה והחייב (אחד מהוריו) אינו מקיים פסק דין לתשלום מזונות כלפיו. גם בתחום זה, אין מענישים את הילד על סירוב הורה לזון אותו. לעומת זאת, תיקון מס' 113 מאפשר בניגוד ובסטייה מהתבנית החקיקתית הקיימת, להעניש את הילדים בגין אי קבלת שירותי חיסון, על לא עוול בכפם.

62. גם המשפט הבינלאומי אוסר על הענשת ילדים על לא עוול בכפם. סעיף 2 לאמנה הבינלאומית לזכויות הילד קובע מפורשות שאין להעניש ילדים על חטאי הוריהם או חטאי הרשויות וקובע בזו הלשון:

"States Parties shall take all appropriate measures to ensure that the child is protected against all forms of discrimination or punishment on the basis of the status, activities, expresses opinions, or beliefs of the child's parents, legal guardians, or family members."

המבחן השני – האמצעי הפוגע פחות

63. כמו כן, העותרים יטענו, כי אימוץ האמצעי שבבסיס תיקון מס' 113, אינו האמצעי ההולם כדי להשיג את התכלית המבוקשת, וזאת במיוחד בשל הפגיעה החמורה שאמצעי זה גורם

ויגרום לאותם ילדים שאינם מקבלים את החיסון. ניתן היה לאמץ אמצעים אחרים שהפגיעה בהם הינה פחותה ביותר ואף מזערית. כך למשל, ניתן היה לאמץ אמצעים אחרים והולמים כגון הנגשת שירותי בריאות מונעים באמצעות מרפאות טיפות חלב, כפי שיפורט להלן בכפרים הלא מוכרים בנגב.

64. האמצעי שנקבע בתיקון מס' 113, הינו גורף ביותר ואף מהווה ענישה קולקטיבית כנגד כלל הילדים שאינם מקבלים חיסון. אמצעי זה הינו גורף בהתחשב בסכום ההפחתה של הקצבה כקבוע בתיקון מס' 113. שכן, וכפי שנקבע בסעיף 61(ו) לחוק ההסדרים (שצוטט ברקע העובדתי), יופחתו 100 ש"ח מהקצבה עבור הילד הראשון; 200 ש"ח עבור שלושה ילדים ו- 300 ש"ח עבור הורים עם יותר משלושה ילדים. יוצא אם כן, כי שיעור ההפחתה עבור הילד הראשון עומד על 60% מסכום הקצבה המקורית; ושיעור ההפחתה עבור ילד שני עד רביעי מהווה 40% מסכום הקצבה. הפחתה בשיעורים אלו הינה מופרזת ביותר ובלתי מידתית ואף מאיינת את משמעות תשלום הקצבה עבור אותם ילדים, עד כדי מיזעורה.

ההשלכות של תיקון מס' 113 על ילדים בדואים בנגב – מקרה מיוחד

65. הגבלת הזכאות לקצבאות הילדים שאינם מחוסנים, תפגע לרוב, בילדים הבדואים המתגוררים בכפרים הבדואים, לרבות אלו המתגוררים בכפרים הלא מוכרים בנגב. שכן, מרבית הילדים שאינם מתחסנים ע"י משרד הבריאות ובכך ייזקו באופן ישיר מתיקון מס' 113, הינם ילדי הכפרים הבדואים, לרבות ילדי הכפרים הלא מוכרים. בהתאם לנתונים שהוצגו בדו"ח משרד הבריאות מחודש דצמבר 2008 (להלן: "דו"ח משרד הבריאות") עולה, כי השיעור הגבוה של הילדים שאינם מקבלים חיסונים בהתאם לתוכנית החיסונים של משרד הבריאות, הינם הילדים הבדואים בנגב, לרבות הילדים המתגוררים בכפרים הלא מוכרים. כך שאחוז כיסוי החיסונים בקרב ילדים בדואים עד גיל שנתיים נע בין 95% (חיסון נגד צהבת A) ועד 82% (חיסון נגד צהבת B). כמו כן, עולה מדו"ח משרד הבריאות, כי 90.4% מכלל הילדים הבדואים עד גיל 5, קיבלו את כל המנות של כל סוגי החיסון המומלצים ע"י משרד הבריאות. שיעור גדול מקרב הילדים הנ"ל שקיבלו את החיסונים, הינם מקרב ילדי הכפרים המוכרים. נמצא כי 93.7% מהילדים בכפרים המוכרים קיבלו חיסונים לעומת 87% מילדי הכפרים הלא מוכרים.

ראו: משרד הבריאות, "מצב הבריאות של תינוקות וילדים בדואים עד גיל 6 שנים ביישובי קבע ובכפרים הבלתי מוכרים בנגב", מחודש דצמבר 2008, עמוד 35-36 לדו"ח.

== לנוחיות בית המשפט הנכבד, רצ"ב העתק דו"ח משרד הבריאות לעיל, מסומן ע/3.

66. שיעור הבלתי מחוסנים הגבוה בקרב ילדים בדואים, הינו תוצר של מחדל המדינה באספקת שירותי רפואה מונעת המוענקים כלל הילדים בישראל במסגרת מרפאות אם וילד וזאת מכח הוראות חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד – 1994. שירותי מרפאות אם וילד בהם ניתנים החיסונים לילדים עד גיל 5 נכללים בגדר השירות הטיפולי המונע

שעל משרד הבריאות לספק לכל הילדים, לרבות הילדים הבדואים המתגוררים בכפרים הלא מוכרים בנגב. אולם, במציאות, נגישותם של הילדים הבדואים המתגוררים בכפרים הלא מוכרים למרפאות אם וילד הינה מוגבלת. בנגב מתגוררים כ- 60,000 תושבים (המהווים כ- 39% מכלל האוכלוסיה הבדואית בנגב) בכ- 45 כפרים שאינם מוכרים. במין כפרים אלו הוכר בשנת 2005 בעשרה כפרים אך הליכי התכנון שלהם טרם הושלמו ועל כן סוגיית הספקת שירותי הרווחה והשירותים החברתיים החיוניים, לרבות מרפאות אם וילד, טרם הוסדרה במלואה גם בכפרים שהם בהליכי תכנון.

67. תושבי הכפרים הבלתי מוכרים, סובלים מבעיות קשות בנגישות למרפאות אם וילד. אמנם בחלק קטן מכפרים אלו, קיימים מרפאות אם וילד, אך הן אינן מספקות את השירות החיוני באופן מלא והולם. כך למשל, בכל הכפרים הלא מוכרים, קיימים רק 12 מרפאות אם וילד. ודוק, מרפאות אלו הוקמו אך ורק לאחר פנייה לבג"ץ וזאת במסגרת בג"ץ 7115/97 **עדאלה נגד משרד הבריאות** (טרם פורסם, 19.12.01). לא זו אף זו, אלא שסוגיית הפעלתן של מרפאות אם וילד בכפרים הלא מוכרים בנגב, הועלתה גם לאחרונה וזאת כאשר הורה משרד הבריאות על סגירת שלושת מרפאות אם וילד בשלושה כפרים בדואים (מבין 12 המרפאות שהיו קיימות): קסר אלסר, אבו תלול וואדי אלנעם. המרפאות נסגרו במהלך חודש אוקטובר 2009 ובתגובה לכך, הוגשה עתירה במסגרת בג"ץ 10054/09 **אלהואשלי נגד משרד הבריאות** (תלוי ועומד). בעתירה זו נטען, בין היתר, כי בשל העדר נגישות למרפאות אם וילד, שיעור הילדים הבדואים מקרב הילדים המקבלים חיסון מאת משרד הבריאות הינו נמוך יחסית לכלל הילדים במדינה והודגש, כי סגירת המרפאות, תביא להגדלת שיעור הבלתי מחוסנים. מרפאות אלו סגורות עד היום והתוצאה הינה הגבלת גישתן של הנשים והילדים בשלושת כפרים אלו מלגשת למרפאות אם וילד. נגישותם למרפאות בכפרים אחרים או יישובים יהודים, אף היא מוגבלת, שכן בהעדר תחבורה ציבורית מחד ובהעדר רישיונות נהיגה אצל מרבית מהנשים בכפרים אלו, נידותן מוגבלת והתוצאה הינה, העדר היכולת לבקר במרפאות אם וילד חלופיות. למותר לציין, כי בתשובה לעתירה לעיל, טענה המדינה, כי בשל סירוב האחיות להמשיך ולעבוד במרפאות בכפרים הבדואים בנגב, לא ניתן להמשיך ולהפעיל את המרפאות. ראו כתב העתירה ותשובת המדינה בבג"ץ במסגרת בג"ץ 10054/09 **אלהואשלי נגד משרד הבריאות** (תלוי ועומד). יודגש, כי רק לאחרונה הודיע משרד הבריאות על פתיחתן מחדש של שתיים ממרפאות האם והילד מתוך שלושת המרפאות שנסגרו. המרפאה שנתרו סגורה, הינה זו שבכפר וואדי אלנעם.

68. מעבר לכך, נגישות תושבי הכפרים הלא מוכרים, למרפאות בריאות בכלל ולמרפאות אם וילד בפרט, כרוכה בקשיים רבים. משרד הבריאות עצמו מציין עובדה זו בדו"ח שחיבר בחודש דצמבר 2008. לאור המצב הבריאותי הירוד של הילדים בכפרים הבדואים בנגב, המליץ משרד הבריאות עצמו בדו"ח שחיבר לאחרונה בשנת 2008, על חיזוק השירות שניתן באמצעות מרפאות אם וילד, בכפרים הבדואים בנגב. בזו הלשון:

"לאור כל האמור לעיל, עולה צורך חיוני בבניית והפעלת תוכניות לעידוד תזונה נכונה של ילדים בכלל ושלילדותינוקות בפרט, תוך מתן דגש

מיוחד על עידוד הנקה, שימוש נבון בתוספי תזונה ושיקול העשרת קמח בתוספי תזונה. קיימות מספר תוכניות לקידום הרגלי תזונה נבונים שמופעלות בקרב ילדים בדואים בנגב עם תוצאות מעודדות. אנו ממליצים על חיזוק והרחבה של תוכניות אלה. המקום הטבעי לחיזוק הרגלי תזונה נכונים, כולל עידוד הנקה ושימוש בתוספי תזונה, הינו תחנות לבריאות המשפחה (תחנות טיפת חלב), בשיתוף עם הקהילה ועם ספקי שירותי בריאות אחרים. לתחנות לבריאות המשפחה, מהיותן ספק השירות המונע לנשים הרות, תינוקות וילדים, יש מקום מרכזי במניעת מומים מולדים, מחלות תורשתיות, השגת כיסוי חיסונים גבוה ומניעת תמותת תינוקות. חיזוק השירות המונע לאם ולילד העומד לרשות האוכלוסייה הבדואית בנגב והתאמתו למאפיינים התרבותיים והחברתיים הייחודיים של החברה הבדואית חיוניים לשיפור מצב בריאותם של אוכלוסיית הילדים הבדואים בנגב."

ראו: דו"ח משרד הבריאות משנת 2008, עמודים 51-52.

וכן ראו: מרכז המחקר והמדע של הכנסת, "שירותי הבריאות ביישובי הבדואים בנגב" 21.7.2009. ניתן לעיון ב:

<http://www.knesset.gov.il/mmm/data/docs/m02315.doc>

69. יוצא, כי אחד מהנימוקים העיקריים לכך ששיעור הילדים הבדואים שאינם מתחסנים, הינו גבוה יחסית, מיוחס להפרת חובה חקוקה מטעם המדינה עצמה, המטילה עליה חובה לספק שירותי רפואה מונעים לילדים, לרבות חיסונים. שכן, קיים מחסור אדיר באספקת שירותי בריאות מונעים המספוקים באמצעות מרפאות אם וילד בתוך הכפרים הבדואים בנגב, לרבות בכפרים הלא מוכרים. לא זו בלבד, אלא שבחלק מהכפרים, מרפאות אם וילד אשר נהגו להעניק את השירות לו באופן חלקי, נסגרו לאחרונה ע"י משרד הבריאות.

70. במצב הדברים שנוצר עקב תיקון מס' 113 יוצא, כי מחד, החובה לספק את החיסונים לכלל הילדים בישראל, מוטלת על משרד הבריאות, ומנגד משרד הבריאות אינו פועל עפ"י הוראות החובה החקוקה ואינו מספק, מנימוקים שונים, את החיסונים לילדים הבדואים בכפרים הבדואים, לרבות בכפרים לא מוכרים בנגב, הרי בכך מוענשים הילדים הבדואים על לא עוול בכפם. הם מוענשים בשל אי מימוש החובה של משרד הבריאות שמלכתחילה לא פעלה למימוש זכויותיהם של הילדים הנ"ל.

71. הילדים הבדואים הינם ילדים למשפחות המצויות במצב סוציו אקונומי נמוך. רבים מהם חיים במשפחות החיות מתחת לקו העוני, כאשר במקביל שיעור הפריון בקרב שתי קבוצות אוכלוסייה אלו, הינו מהגבוהים במדינה. ממחקר שפורסם לאחרונה ע"י המוסד לביטוח לאומי ומכון ון ליר בירושלים, עולה שבקרב האוכלוסייה הבדואית המתגוררת בכפרים הלא מוכרים, מגיעה תוחלת העוני לכ- 80%. תוחלת זו חמורה פי שבעה מתוחלת העוני בקרב החברה היהודית. כמו כן עולה מאותו מחקר שתוחלת העוני בקרב תושבי הכפרים המוכרים בנגב הינה נמוכה יותר מזו שבקרב תושבי הכפרים הלא מוכרים, אם כי היא נותרת גבוהה יחסית לתוחלת העוני הכללי ומגיעה לכ- 61%.

ראו: סלימאן אבו בדר ודניאל גוטליב, "עוני, חינוך ותעסוקה בחברה הערבית – בדואית: מבט השוואתי", המוסד לביטוח לאומי ומכון ון ליר בירושלים, יוני 2009, עמוד 17-9. ניתן לעיין ב:

http://www.btl.gov.il/Publications/research/Documents/mechkar_98.pdf

וכן ראו: דו"ח צללים שהוגש ע"י הפורום לדו-קיום בנגב לשוויון אזרחי, "הערבים הבדואים בנגב – נאקאב ישראל – תגובת הארגונים לדו"ח מדינת ישראל לאו"ם באשר ליישום האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות" אוגוסט 2009. ניתן לעיין ב:

http://dukium.org/user_uploads/pdfs/Response_to_State_Report_heb.pdf

72. תוחלת העוני בקרב הכפרים הבדואים בנגב תואמת את דירוגם באשכול הסוציו אקונומי של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה. שכן, לפי נתוני הלמ"ס מדורגים כל הכפרים הבדואים המוכרים בנגב באשכול הסוציו-אקונומי מס' 1, שהינו המדרג הנמוך ביותר. כמו כן גם המועצה האזורית אבו בסמה שבתחום אחריותה ושיפוטה נמצאים הכפרים הבדואים שהוכרו לאחרונה ונמצאים תחת הליכי תכנון, אף הם מדורגים באשכול מס' 1. יודגש בהקשר זה כי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה אינם מדרגים את הכפרים הבלתי מוכרים בנגב וזאת בשל אי הכרת הממשלה בהם, אך ניתן להניח כי לאור תוחלת העוני בכפרים הלא מוכרים, ניתן יהא לדרג גם כפרים לא מוכרים אלו באשכול 1 של הממד הסוציו אקונומי של הלמ"ס.

73. לנתונים אלו יש להוסיף את העובדה כי שיעורם של הילדים הבדואים מקרב כלל האוכלוסייה הבדואית הינו גבוה יחסית לשיעור כלל הילדים בקרב האוכלוסייה העומד על כ- 33%. בהתאם לדו"ח משרד הבריאות, נמצא שנכון לסוף שנת 2005, אחוז הילדים עד גיל 9 בכפרים הבדואים המוכרים היווה 39.3% והאחוז הילדים בכפרים הבדואים הלא מוכרים עד גיל 9 היה 41.2%. כמו כן, נמצא כי כ- 61% מכלל האוכלוסייה הבדואית בנגב, היו ילדים עד גיל 17. 60% מתושבי הכפרים המוכרים ו- 61% מתושבי הכפרים הלא מוכרים, הינם ילדים עד גיל 17 (עמוד 12 לדו"ח משרד הבריאות). מכאן מספר הילדים העלולים להיפגע מיישום תיקון מס' 113 הינו רב.

74. העותרים יוסיפו כי כל הפחתה או שלילה של קצבת הילדים מהורים לילדים בדואים שלא קיבלו חיסון, תחמיר את מצבם הסוציו-אקונומי ותעמיק עוד יותר את הפערים החברתיים בין אוכלוסייה זו לבין כלל האוכלוסייה דבר אשר יוביל להעמקת תוחלת העוני בקרב אוכלוסיות אלו. על כן, ולמרות לשונו הניטרלית כביכול של תיקון מס' 113, אך אין ספק כי במבחן התוצאה הפגיעה העיקרית של תיקון מס' 113 הינה בילדים הבדואים, ועל כן תיקון מס' 113 מפלה אותם, הלכה למעשה, על רקע לאום.

ראו בהקשר זה בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל פ"ד נד (1) 258, 279-280 (2000). וכן בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל ואח' נגד ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם, 27.2.06) (להלן: "עניין ועדת המעקב העליונה"). וכן

ראו: בג"ץ 2671/98 **שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה ואח'**, נב(3) 630, 654 (1998). וכן, על העדר הצורך בהוכחת כוונה ו/או מניע להפליה, ראו: בג"ץ 87 / 953 א. פורז, **עו"ד נ' שלמה להט, ראש עיריית תל-אביב-יפו** פ"ד מב (2) 309, 333-33 (1988); בג"ץ 104/87 **נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה** פ"ד מד (4) 749, 759 (1990); עניין **ועדת המעקב העליונה**.

מבחן המידתיות השלישי – המבחן הצר

75. מבחן זה קובעי כי "הנזק שנגרם לפרט מהאמצעי שהרשות המינהלית נוקטת בו להגשמת מטרותיה צריך להיות ביחס ראוי לתועלת שאמצעי זה יביא". היינו, המבחן הזה יוצא מתוך הנחות שלפיהן, כל טיעוני הרשויות הינן מבוססות, לתכלית ראויה, ולאחר שנשקלו כל החלופות. עם זאת, המבחן הזה בודק, האם בכל זאת, ראוי שמדינה דמוקרטית תנקוט בצעד המבוקש? האם הנזק לערכים הדמוקרטיים עולה על האינטרסים שהמדינה מבקשת לקדם? המבחן הזה בודק למעשה את התוצאה של ההחלטה המינהלית או החקיקה הראשית. בעניין זה ראו עמדתו של הנשיא דאז ברק בעניין **תיקון חוק האזרחות** כדלקמן:

"משטר חוקתי המבקש לקיים משטר של זכויות אדם, אינו מסתפק בכל אלה. הוא קובע גבול של הגנה על זכויות האדם אותו אין המחוקק רשאי לחצות. הוא דורש כי הגשמתה של התכלית הראויה, באמצעים הרציונליים העושים שימוש בדרגה הנמוכה להגשמת התכלית, לא תביא לפגיעה בלתי יחסית בזכויות האדם [...]"

מבחן משנה זה קובע, איפוא, מבחן ערכי המבוסס על איזון בין ערכים ואינטרסים הנוגדים זה את זה (ראו Alexy, 66). הוא משקף את התפיסה כי ישנן פגיעות בזכויות האדם שהן כה חמורות, שאין לאפשר את פגיעתן בחוק, גם אם תכליתו של החוק ראויה, הסדריו רציונליים ואין בנמצא אופציה סבירה הפוגעת בהם פחות. הערכת האיזון בין עוצמת הפגיעה בזכות האדם לעוצמת האינטרס הציבורי הפוגע בזכות נעשית על רקע מכלול ערכיה של שיטת המשפט."

בג"ץ 7052/03 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, 69 (טרם פורסם, 14.5.06).

76. משטר דמוקרטי אוסר על פגיעה בילדים ובזכויותיהם עקב יישום תיקון מס' 113 לעיל. דמוקרטיה אינה יכולה להצדיק פגיעה בילדים על לא עוול בכפם; דמוקרטיה אינה יכולה להצדיק הענשת הילדים בשל אי חיסונם על ידי הוריהם; דמוקרטיה גם לא יכולה להצדיק פגיעה בילדים כאשר אין תכלית ראויה לתיקון וכאשר אין קשר רציונאלי בין התכלית של התיקון לבין האמצעי, וכן כאשר קיימים אמצעים אחרים פחות פוגעניים המשיגים אף הם את התכלית. יתר על כן דמוקרטיה אינה יכולה להתיר פגיעה שכזו כאשר הנזק שנגרם לילידים אהינו עצום ואף בלתי הפיך המתבטא בפגיעה בזכויותיהם של הילדים, שפי שפורט

לעיל, העמקת הפעים החברתיים-כלכליים בין הילדים ובינם לבין עצמם ואף הענשתם של ילדים שאינם מקבלים חיסון על אל עוול בכפם. כמו כן תוצאה זו עלולה באופן מוחשי להביא לכך שילדים בישראל יוולדו כלא שווים.

77. אין ספק כי האינטרס הציבורי מעודד את חיסונם של ילדים ונקיטת צעדים שיבטיחו את חיסון כלל הילדים, שכן יש בדבר כדי לקדם את בריאות הילדים בפרט ואת בריאות הציבור בכלל. אך אותו אינטרס ציבורי אינו יכול להרשות פגיעה חמורה בילדים לרבות פגיעה בזכויותיהם החוקתיות כאמצעי להשיג מטרה זו. לא זו בלבד, אלא שתיקון מס' 113 מביא לתוצאה הפוכה מזו אותה ביקש המחוקק (שמירה על בריאות הילדים ושלומו), והוא מחמיר את הפגיעה בהם. יוצא איפוא, כי הנזק הנגרם מיישום תיקון מס' 113 הינו גבוה לאין ערוך מתוספת התועלת המופקת מאותו תיקון, אם היא קיימת בכלל. שכן שום תועלת לא תצמח מהפעלת תיקון זה.

מיצוי הליכים

78. העותרים פנו אל הגורמים הרלוונטיים, לרבות אל המשיבים, לצורך אי אישור סעיפי החוק המבוקש ביטולם בעתירה זו. פניה ראשונה נעשתה מיד לאחר החתימה על ההסכם הקואליציוני בין רשימות ש"ס לליכוד, בה נתבקשו ראשי הרשימות וכן היועץ המשפטי לממשלה דאז, מר מני מזוז, לבטל את הסעיפים בהסכם לפיהם תישלל הקבצה מאלו שלא קיבלו חיסון ואינם רשומים במוסד חינוכי. לפניה זו לא התקבל מענה ענייני. בתאריך 29.5.09 ולאחר אישור חוק ההתייעלות הכלכלית לשנת 2009-2010 שוב פנתה העותרת מס' 3 אל היועמ"ש לממשלה, יו"ר הכנסת מר ראובן ריבלין ויו"ר הכנסת והיועצת המשפטית של הכנסת עו"ד נורית אלשטיין בה נדרשו לפעול לאי אישורו של התיקון המוצע. אך תגובה עניינית לפנייה שניה זו אף היא לא נתקבלה. גם לאחר אישור חוק ההסדרים, פנתה העותרת מס' 3 אל יו"ר הכנסת, סגן שר הבריאות מר יעקב ליצמן, שר הרווחה, מר יצחק הרצוג ומנכ"לית המוסד לביטוח לאומי גב' אסתר דומיניסני. לפניה זו הגיב המוסד לביטוח לאומי, כי הוא מחויב לפעול עפ"י הוראות החוק כלשונן; מזכיר הכנסת, מר אילן ינון, הגיב כי ביטול סעיף 68 לחוק ההסדרים כרוך בקידום תיקון לחוק ע"י מי מחברי הכנסת או הגשת הצעת חוק ע"י הממשלה וע"ד יונתן מטלון, היועץ לשר הרווחה, הגיב בתאריך 4.5.10 בתמיכה לתיקון מס' 113 לחוק הביטוח הלאומי.

== רצ"ב העתק פניית העותר מס' 1 מתאריך 30.3.09 מסומנת ע/4. פניית העותר מס' 1 מתאריך 29.5.09 שנשלחה אל מר מני מזוז, היועץ המשפטי לממשלה דאז, מר ראובן ריבלין, יו"ר הכנסת והיועצת המשפטית של הכנסת עו"ד נורית אלשטיין. הפנייה מסומנת ע/5; תשובת גב' דפנה דולק מתאריך 4.6.09 מסומנת ע/6 וכן תשובת עו"ד נורית אלשטיין מתאריך 7.6.09 מסומנת ע/7; רצ"ב פניית העותר מס' 1 מתאריך 16.2.10 מסומנת ע/8; העתק תשובת מנכ"לית המוסד לביטוח לאומי מתאריך 18.2.10 ואשר נתקבלה אצל העותרים בתאריך 25.2.10 מסומנת ע/9 וכן רצ"ב העתק תשובת ראש מטה סגן שר הבריאות מתאריך 18.2.10 אשר התקבלה אצל העותרים בתאריך 23.2.10, מסומנת ע/10.

כמו כן, רצ"ב מכתב התזכורת שנשלח אל שר הרווחה והיועצת המשפטית של משרד הבריאות מתאריך 18.4.10, מסומן ע/11; העתק תשובת מזכיר הכנסת מתאריך 15.3.10, מסומנת ע/12; רצ"ב העתק תשובת יועץ שר הרווחה והשירותים החברתיים, עו"ד מטלון מתאריך 4.5.10 מסומנת ע/13.

לאור האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו על תנאי וצו ביניים כמבוקש במבוא לעתירה זו וכן לחייב את המשיבים בהוצאות משפט.

בקשה למתן צו ביניים ו/או קיום דיון דחוף

מוגשת בזאת בקשה למתן צו ביניים המורה על המשיבים להימנע מיישום סעיף 61(ד) ו- (ו) וכן סעיף 62 לחוק ההתייעלות הכלכלית לשנים 2009-2010 עד מתן פסק דין סופי בעתירה זו; ולחילופין, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע מועד דיון בעתירה זו לפני כניסתו של התיקון הנדון לתוקף.

ואלה נימוקי הבקשה:

1. החלק העובדתי של עתירה זו לרבות המסמכים המצורפים אליה והתצהיר הנלווה אליה, מהווים חלק בלתי נפרד מבקשה זו.
2. סעיף 62 לאותו חוק קובע כי תיקון מס' 113 ייכנס לתוקף החל מתאריך 15.12.10. היינו, החל ממועד זה תופחת הקצבה מכל ילד שאינו מקבל חיסון לפי תוכנית החיסונים של משרד הבריאות.
3. המבקשים טוענים, כי הפגיעות בזכויות הילדים, כמפורט בגוף העתירה הינן חמורות ואף בלתי הפיכות. שכן, לא זו בלבד שמדובר בזכויות חוקתיות ממעלה ראשונה הנפגעות כתוצאה מתיקון מס' 113 הנ"ל, כי אם גם בנוק מוחשי ויומיומי. הפחתת קצבת הילדים תעיק ותקשה על הורי הילדים שייפגעו מהתיקון בגידולם ובכיסוי הוצאות מינימאליות להבטחת קיומם. נזק מוחשי זה מקבל משנה תוקף כאשר מדובר בילדים המתגוררים מתחת לקו העוני כאשר כל הפחתה, נמוכה ככל שתהא, יש בה כדי להשפיע באופן מירבי על מחייתם של הילדים.
4. כך למשל, המבקשות מספר 5 עד 14 הינם תושבות שלושת כפרים ערבים-בדואים לא מוכרים בנגב: אבו תלול, קסר אלסר וואדי אלנעם. במהלך חודש אוקטובר 2009 החליט משרד הבריאות על סגירת מרפאות האם והילד בכפרים אלו. ככלל, באמצעות מרפאות אם וילד מסופקים שירותי החיסון לכלל הילדים במדינה. בכך, עם סגירת מרפאות אלו, נמנעה הספקת החיסון לכלל ילדי הכפרים. יודגש, כי רק בעקבות הגשת עתירה לבג"ץ

(בג"ץ 10054/09, תלויה ועומדת) החליט משרד הבריאות על פתיחתן מחדש של שתי מרפאות אם וילד מתוך השלושה שנסגרו.

5. המבקשים יטענו, כי הנזקים לעיל הינם בלתי הפיכים ועולים על כל נזק שעלול להיגרם, במידה וייגרם, למשיבים. המבקשים אף טוענים, כי לא ייגרם נזק כלל למשיבים, שכן ממילא מוטלת עליהם חובה חקוקה לשלם לכל ילד את קצבת הילדים לה הוא זכאי עפ"י חוק.

סאוסן זהר, עורכת – דין
ב"כ העותרים

חיפה, 6.10.10