



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 7245/10

בג"ץ 8357/10

בג"ץ 908/11

לפני :
כבוד השופטת ע' ארבל
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

העותר בבג"ץ 7245/10 :
עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי
בישראל

נגד

המשיבים :
1. משרד הרווחה
2. המוסד לביטוח לאומי
3. הכנסת

העותרת בבג"ץ 8357/10 :
המועצה הלאומית לשלום הילד

נגד

המשיבים :
1. ממשלת ישראל
2. שר האוצר
3. היועץ המשפטי לממשלה
4. שר הבריאות
5. כנסת ישראל
6. המוסד לביטוח לאומי

העותרים בבג"ץ 908/11 :
1. העמותה למידע על החיסונים
2. בנימין ברוצקי
3. מתן קורן
4. נטע דרור
5. איתי הדר
6. לילך רוכל

נגד

המשיבים :
1. המוסד לביטוח לאומי
2. מנהל כללי, משרד הבריאות
3. יושב ראש הכנסת

עתירות למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה: י"ב בתמוז תשע"ב (2.7.2012)

בשם העותר בבג"ץ 7245/10 : עו"ד ז' זאוסון, עו"ד ח' ג'בארין

בשם העותרים
בבג"ץ 8357/10 : עו"ד ו' וינדמן, עו"ד כ' פולק-כהן

בשם העותרים בבג"ץ 908/11 : עו"ד א' נווה

בשם המשיבים 2-1
בבג"ץ 7245/10 והמשיבים 4-1
ו-6 בבג"ץ 8357/10 והמשיבים
בבג"ץ 908/11 : עו"ד א' קידר, עו"ד מ' פרימן

בשם המשיבה 3 בבג"ץ
7245/10 והמשיבה 5
בבג"ץ 8357/10 : עו"ד ד"ר ג' בליי

פסק-דין

השופטת ע' ארבל:

עניינן של העתירות שבפנינו בהפחתת קצבת ילדים להורה אשר ילדיו לא קיבלו את החיסונים הנדרשים כפי שפורסמו על ידי מנכ"ל משרד הבריאות. בעתירות פונים העותרים בדרישה לבטל את סעיף 61(2)(ד) לחוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), תשס"ט-2009 (להלן: חוק ההתייעלות הכלכלית או החוק) בהיותו בלתי חוקתי.

חוק ההתייעלות הכלכלית

1. חוק ההתייעלות הכלכלית, אשר נחקק בשנת 2009, כלל את תיקון מס' 113 (להלן: התיקון) לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 (להלן: חוק הביטוח הלאומי). עיקרו של התיקון הוא בהגדלה הדרגתית של קצבאות הילדים המשתלמות עבור הילד השני, השלישי והרביעי בתא משפחתי. במקביל מורה התיקון על הפחתה בקצבאות הילדים המשולמות עבור ילדים אשר לא קיבלו את החיסונים הנדרשים בהתאם לגילם ומצבם הבריאותי ועל פי תוכנית החיסונים שעליה הורה מנכ"ל משרד הבריאות. עיקר הסדר זה מצוי כיום בסעיף 68(ד) לחוק הביטוח הלאומי:

(ד) (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 תכנית 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).

יועזר כי סעיפים נוספים בהסדר זה כוללים הוראות בדבר ההודעה שיש לשלוח להורים שילדיהם לא קיבלו חיסונים כאמור; אפשרויות השגה וערעור על החלטות בעניין; סכומי הפחתת הקצבאות בהתאם למספר הילדים במשפחה; חישוב הקצבה מחדש לאחר חיסון הילד כנדרש או לאחר שחלף המועד האחרון שבו היה ניתן לקבל את החיסון שבשלו הופחתה הקצבה; ועוד.

2. פרסום תוכנית החיסונים על ידי מנכ"ל משרד הבריאות נדחה תחילה בעקבות טיעונים שהועלו על העדר נגישות לתחנות טיפות חלב של האוכלוסייה הבדואית בנגב, כך שלמעשה לא ניתן היה ליישם את התיקון. לאחר פעולות שבוצעו להגברת הנגישות והמודעות בקרב האוכלוסייה הבדואית בנגב, פרסם מנכ"ל משרד הבריאות תוכנית חיסונים מכוח החוק, במסגרתה נכלל חיסון אחד בשם MMRV, שהינו חיסון "מרובע" נגד ארבע מחלות: חצבת, חזרת, אדמת ואבעבועות רוח. החיסון ניתן לתינוקות בגיל שנה, והתוכנית תחול על תינוקות שנולדו החל מיום 1.1.12, כך שהפחתת הקצבאות הראשונה תיעשה לא לפני 1.7.13.

כנגד הסדר זה הוגשו העתירות שבפנינו.

3. העותרים הינם ארגונים ועמותות הפועלים לקידום זכויות המיעוט הערבי והבדואי, וכן תושבות ויושבי ראש וועדים מקומיים של שלושה כפרים בדואים בנגב, אשר במועד הגשת העתירה לא פעלו בהם מרפאות אם וילד.

4. ראשית טוענים העותרים כי התיקון התקבל בעקבות הסכם קואליציוני, ובטרם אישורו לא התקיים כל דיון לגביו. המשיבים לא נסמכו על חוות דעת או על מחקר כלשהו בטרם אישור התיקון. שנית, טוענים העותרים כי התיקון פוגע בזכויות החוקתיות של הילדים. לטענתם, קצבת הילדים שייכת לילדים עצמם, למרות שהיא מועברת להוריהם. בית המשפט הדגיש בהזדמנויות שונות את חשיבותן ותכליתן של קצבאות הילדים שמיועדות לרווחתם של הילדים. המסקנה, אם כן, לטענת העותרים, כי הפחתת הקצבאות פוגעת בילדים ובזכויותיהם, ובעיקר בילדים המשתייכים למשפחות עניות שתאלצנה לוותר על הוצאות כספיות הכרחיות עבור גידולם והתפתחותם של הילדים. התיקון פוגע, כך נטען, בעיקרון העל של טובת הילד שעוגן בפסיקת בית המשפט העליון ובאמנות בינלאומיות. העותרים מוסיפים וטוענים כי התיקון פוגע בעיקרון השוויון בין הילדים, שכן הוא יוצר הבחנה בלתי רלוונטית בין ילדים שקיבלו חיסונים לכאלו שלא קיבלו חיסונים, וכן בין ילדים שיש להוריהם נגישות לשירותי רפואה מונעת, לילדים שהמדינה לא דאגה עבורם לנגישות לשירותים כאלו. עוד הם טוענים כי התיקון פוגע בזכות החוקתית לקניין הילדים, שכן הקצבאות שייכות להם. לטענתם, עצם תשלום דמי הביטוח למוסד לביטוח לאומי יוצר הסכם חוזי בין ההורה לבין המוסד לביטוח לאומי, במסגרתו גלומה הציפיה לתשלום קצבאות ילדים כנגד תשלום דמי הביטוח על ידי ההורה. פגיעה בציפיה זו, כך נטען, אף היא מנוגדת לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו המעגן את הזכות החוקתית לקניין. פגיעה נוספת אותה מייחסים העותרים לתיקון היא הפגיעה בזכות לביטחון סוציאלי שהוכרה בפסיקת בית המשפט העליון ובאמנות בינלאומיות. לטענת העותרים התיקון עלול להעמיק את העוני בקרב הילדים שיפגעו מהתיקון, ובמיוחד אלו המשתייכים ממילא למשפחות עניות.

5. לטענת העותרים הפגיעה בזכויות החוקתיות האמורות אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. הפגיעה, כך נטען, אינה לתכלית ראויה. הפגיעה נעשתה ללא בדיקה וללא תשתית ראויה; היא מעמיקה את העוני ואת הפערים החברתיים-כלכליים; והיא פוגעת אף באינטרס הציבורי אשר דווקא מחייב הגנה והימנעות מפגיעה באותם ילדים שלא מקבלים חיסונים.

6. עוד נטען כי הפגיעה אינה עומדת במבחן המידתיות המשולש. הפגיעה אינה עומדת במבחן הקשר הרציונאלי, שכן האמצעי שנבחר אינו משיג את המטרה של שמירה על בריאות הילד ובריאות הציבור. לטענת העותרים התיקון דווקא פוגע בשלום הילד, בבריאותו, בהתפתחותו, בקניינו, ובזכותו לביטחון סוציאלי, וכך גורם להעמקת העוני. נטען כי השימוש בקצבאות לצורך ענישה הוא אסור, וכי אין לעשות שימוש בקצבאות לצורך מאבק בתופעות שליליות או פסולות למיניהן. התיקון מעניש את הילדים בגין אי קבלת שירותי חיסון.

העותרים מוסיפים וטוענים כי הפגיעה אינה עומדת במבחן השני של המידתיות – האמצעי הפוגע פחות. לטענתם, ניתן היה לאמץ אמצעים אחרים והולמים להשגת התכלית, כגון הנגשת שירותי בריאות מונעים בכפרים הלא מוכרים בנגב. העותרים טוענים כי האוכלוסייה העיקרית שתיפגע מהתיקון היא הילדים המתגוררים בכפרים הבדואים, לרבות ילדי הכפרים הלא מוכרים. לטענתם, שיעורם הגבוה של הבלתי מחוסנים בקרב ילדים בדואים הינו תוצר של מחדל המדינה באספקת שירותי רפואה מונעת במסגרת מרפאות אם וילד. נגישותם של הילדים הבדואים לשירותים אלו הינה מוגבלת. בכ-45 כפרים לא מוכרים קיימות, כך נטען, רק 12 מרפאות אם וילד, שאף הן הוקמו רק לאחר פניה לבג"ץ, וחלקן נמצאות תחת איום סגירה. העותרים מוסיפים כי תושבי כפרים אלו אף מוגבלים בניידותם בהיעדר רישיונות נהיגה ובהעדר תחבורה ציבורית הולמת באזור, וכי הם מצויים במצב סוציו-אקונומי נמוך ובשיעור עוני גבוה ביותר. התיקון, אם כן, מעניש את הילדים הבדואים על לא עוול בכפם, ובשל אי מימוש החובה של משרד הבריאות לפעול למימוש זכויותיהם של ילדים אלו מלכתחילה. ענישה זו תחמיר אף יותר את מצבם הסוציו-אקונומי של ילדי הבדואים, ותעמיק את הפערים החברתיים בין אוכלוסייה זו לבין כלל האוכלוסייה. העותרים טוענים כי למרות לשונו הניטראלית של התיקון הנתונים האמורים מלמדים כי הוא מפלה את ילדי הבדואים הלכה למעשה על רקע לאום.

לבסוף טוענים העותרים כי הפגיעה אף אינה מקיימת את מבחן המידתיות הצר. לטענתם, דמוקרטיה אינה יכולה להצדיק הענשת ילדים בשל אי חיסונם על ידי הוריהם. התיקון מביא לתוצאה הפוכה מזו שביקש המחוקק, ותחת שמירה על בריאותם של הילדים נגרמת פגיעה נוספת בהם.

7. בטיעונים משלימים שהוגשו על ידי העותרים ביום 16.8.12 מבקשים העותרים לחדד את הטענה לפיה יש לבחון את הפגיעה בזכויות לאור הנתון שמדובר בילדים, שהינם קבוצה בעלת מאפיינים מיוחדים המחייבים הגנה חוקתית מיוחדת. לטענתם,

נתון זה מבחין בין פגיעה רגילה בזכות לשוויון העשויה להיות אבחנה מותרת, לבין פגיעה הנופלת בהגדרת אפליה אסורה – קרי פגיעה בזכות החוקתית.

בג"ץ 8357/10 – טענות העותרת

8. העותרת בבג"ץ 8357/10 היא המועצה הלאומית לשלום הילד. אף היא טוענת כי התיקון מהווה פגיעה בשוויון בין ילדים שהוריהם דאגו לחסנם, ובין ילדים שלא חוסנו מכל סיבה שהיא. לטענת העותרת אין מדובר בהבחנה הרלוונטית לתכליתה של הנורמה. תכליתו של הסדר קצבאות הילדים, כך נטען, הוא לאפשר חלוקה מחדש של ההכנסות בקרב האוכלוסייה, תוך העברת הכנסות מאזרחים שאין להם ילדים לכאלו שיש להם ואשר הכנסותיהם צריכות להתחלק בין מספר נפשות גדול יותר. לטענת העותרת, הקצבאות אינן פרס למי שהתנהגותו רצויה, והתנייתה של הקצבה בתנאי שאינו קשור לגודל המשפחה היא פסולה מעיקרה. העותרת טוענת כי אין מדובר בשלילת הטבה הניתנת להורים בגין חיסון ילדיהם, כפי שטוענת המדינה, שכן התוספת לקצבאות שניתנה בתיקון אינה חלה על הילד הראשון ועל הילד החמישי ואילך. התיקון אף עלול לפגוע באוכלוסיות מוחלשות ממילא, אשר אינן מחסנות את ילדיהן בשל העדר נגישות לתחנות טיפת חלב או בשל העדר משאבי זמן וכסף. העותרת מדגישה כי שיעור הילדים שאינם מחוסנים גבוה במיוחד בישובים הבלתי מוכרים בנגב, וזאת כתוצאה מהיעדר נגישות פיזית, תרבותית ושפתית לשירותי החיסון. העותרת מוסיפה וטוענת גם לפגיעה בזכות לביטחון סוציאלי שתגרום לכניסת ילדים נוספים למעגל העוני ולהעמקת הדלות בקרב המשפחות המצויות כבר מתחת לקו העוני, וזאת בניגוד לתכליתן של קצבאות הילדים, ובמיוחד בכל האמור בילד הראשון והחמישי ואילך במשפחה.

9. העותרת טוענת כי הפגיעה בזכויותיהם החוקתיות של הילדים אינה עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה. המטרה של הגברת שיעור החיסונים היא זרה לתכלית הקצבאות ולפיכך אין מדובר בתכלית ראויה. הכנסת שיקול זה תיצור תקדים מסוכן לפיו ניתן יהיה להפחית קצבאות מכל סיבה בריאותית, חינוכית או חברתית. אף מבחן המידתיות אינו מתקיים, לטענת העותרת. כאשר הטעמים לאי התחסנות הינם אידיאולוגיים או תלויים בנגישות לשירותי בריאות, ברור שהפחתת הקצבאות לא תשפיע על ההתחסנות. לפיכך לא קיימת התאמה בין האמצעי למטרה. העדר ההתאמה, כך נטען, בולט על רקע הנתונים בדבר שיעור ההתחסנות הגבוה הקיים במדינת ישראל, בעיקר בנוגע לחיסון הנדרש כיום על פי תוכנית החיסונים שפורסמה בהתאם לתיקון. העותרת עורכת הבחנה בין הטבה, אשר התנייתה בהתחסנות עשויה להיות מידתית,

לבין הטלת סנקציה בגין אי התחסנות, שאינה מידתית לטענתה. העותרת דוחה את טענות המדינה באשר לאמצעים שננקטו על מנת למתן את הפגיעה. עוד היא טוענת כי קיימים אמצעים רבים ומגוונים להשגת היעדים המגולמים בתיקון, אשר אין בהם משום פגיעה בזכויות הילדים, ואף יש בהם פוטנציאל תועלת גבוה יותר. כך, ניתן לפעול להגברת המודעות ולשפר את הנגישות לשירותי חיסון ילדים.

בג"ץ 908/11 – טענות העותרים

10. העותרים בבג"ץ 908/11 הם העמותה למתן מידע על חיסונים, וכן הורים לילדים אשר לטענתם ילדיהם סבלו מתופעות שליליות שונות בעקבות קבלת חיסון. העותרים טוענים כי בקהילה הרפואית ובקרב הציבור הדעות חלוקות באשר לשאלת האפקטיביות של החיסונים ולחומרת תופעות הלוואי שלהם. משכך הם סבורים כי יש לאפשר להורים את הזכות לבחור לחסן את ילדיהם או שלא לחסנם. לטענתם, העובדה שקיים חוק שמטרתו לפצות נפגעי חיסונים מוכיחה שהחיסונים אינם נטולי סיכונים. העותרים מוסיפים וטוענים כי התיקון פוגע בזכות לשוויון, בזכות הפרט לאוטונומיה ובזכות לאוטונומיה של ההורים בגידול ילדיהם. העותרים מלינים על פרוצדורת הליכי החקיקה של התיקון והכנסתו במסגרת חוק ההסדרים שאינו מאפשר מיצוי הדיון והבדיקה של הנושא. בדומה לעתירות האחרות, טוענים העותרים כי הפגיעה אינה עומדת בתנאייה של פסקת ההגבלה.

טענות המשיבים

11. המשיבים 1-5 מפרטים את הליכי החקיקה, שהחלו ביוזמתו של מנכ"ל משרד הבריאות, וכללו עבודת הכנה ובחינת תשתית נתונים בישראל ובעולם. לאחר מכן הופץ תזכיר חוק נפרד, בשונה מההליך הרגיל לחקיקת חוק ההסדרים, וזאת על מנת לאפשר בחינה פרטנית של העניין. התזכיר נידון הן במשרדי הממשלה השונים, והן בוועדת הכספים של הכנסת, ואף נשמעו עמדות חולקות. המשיבים מציינים כי במקביל הוחלט על הפסקת גביית אגרת טיפת חלב, על מנת לא ליצור חסם כלכלי להתחסנות. כן עמדו המשיבים על הפעולות שבוצעו על ידי משרדי הממשלה לצורך יישומו של החוק, כולל הגברת הנגישות לתחנות טיפת חלב וכן הגברת המודעות לתיקון לחוק הביטוח הלאומי.

12. המשיבים מדגישים את חשיבותו של חיסון ה-MMRV ואת חומרת המחלות מהן הוא מחסן. לטענתם, מדובר בחיסון אשר נועד להתמודד עם מחלות בעלות

פוטנציאל לפגיעה קשה בבריאות הציבור, ובפרט בבריאות ילדים. כמו כן מדובר במחלות בעלות סיכון הידבקות גבוה. המשיבים מדגישים כי על פי עמדת גורמי המקצוע, על מנת להגיע ל"חסינות עדר", המגנה אף על אלה שלא ניתן לחסנם או שלא פיתחו חסינות על אף שקיבלו את החיסון, נדרש כיסוי חיסוני באוכלוסייה של כ-95%. כן עומדים המשיבים על חשיבותו של הכיסוי החיסוני הן ביחס לכל ילד בפני עצמו, הן ביחס לכלל אוכלוסיית הילדים, והן ביחס לאוכלוסייה כולה. הם מציינים אף את ההשלכות הכלכליות והחברתיות הצפויות למדינה בשל היעדר מניעה אפקטיבית של התפרצות מחלות.

13. המשיבים טוענים כי נקודת המוצא היא כי בית המשפט לא ייטה להתערב במדיניות חברתית-כלכלית שמעוגנת בחקיקה ראשית של הכנסת. כן טוענים המשיבים כי הליך החקיקה נעשה באופן תקין ואין הוא מקים עילה להתערבות בית המשפט. המשיבים מוסיפים וטוענים כי התיקון אינו פוגע בזכויות חוקתיות. באשר לפגיעה בזכויות הילדים טוענים המשיבים כי הקצבה אינה זכות ישירה של הילד, כי אם זכותו של ההורה הבאה לסייע לו בכלכלת התא המשפחתי. העובדה שגובה קצבת הילדים תלוי במיקומו של הילד במשפחה תומכת, כך נטען, במסקנה זו. אף ברמה המעשית, ההורים הם אלו המחליטים על השימוש בקצבאות, ואין הם מחויבים להפנותו למטרות הנוגעות ישירות לילדים. לטענתם, אף אם היה מדובר בקצבה השייכת לילדים הרי שאין כל הלכה הקובעת זכות קניינית למקבלי הקצבאות בגמלאות.

14. לטענת המשיבים התיקון אף אינו פוגע בזכות החוקתית לקיום מינימאלי בכבוד. לשיטתם, אין מקום להנחה כי כל שינוי בשיעור הזכאות של הקצבאות מהווה פגיעה בזכות חוקתית. הם מפנים להלכה הקובעת כי מערך הזכויות הסוציאליות אינו בהכרח משקף את גדריה של הזכות לביטחון סוציאלי ברמה החוקתית. יתרה מכך, בענייננו מדובר בהפחתת קצבאות המקבילה בעיקרה לתוספת לקצבאות שניתנה בתיקון, ולפיכך אין בסיס לטענה כי התיקון יפגע בזכות לקיום מינימאלי בכבוד. באשר לפגיעה בשוויון טוענים המשיבים כי התיקון מעגן נורמה שוויונית המבקשת לתמרץ פרטים לנקוט בפעולה שהינה רצויה ביותר בראייה חברתית ובריאותית, ואין לומר כי היא מהווה משום נורמה מפלה. בידיו של כל הורה לדאוג כי ילדו יקבל חיסון, ובמקרה כזה לא תופחת קצבת הילדים. מכל מקום, נטען כי לא מדובר בפגיעה בשוויון ברמה החוקתית, דהיינו פגיעה הקשורה קשר ענייני הדוק להיבטים של כבוד האדם כזכות חוקתית. באשר לטענה לאפליה תוצאתית על בסיס לאום טוענים המשיבים כי הנתונים מצביעים על שיעור התחסנות דומה במגזר היהודי ובמגזר הערבי, כאשר בתוך המגזר הערבי יש שיעור התחסנות נמוך מעט מזה של המגזר הבדואי. המשיבים מודים כי

אחוז ההתחסנות בכפרים הבלתי מוכרים בנגב נמוך יותר, אך סבורים כי בישובים אלה רמת הנגישות כיום לתחנות טיפת חלב, לאחר שבוצעו ומבוצעות פעולות שונות, הינה סבירה והולמת. לבסוף טוענים המשיבים כי התיקון אף אינו פוגע בזכות חוקתית לאוטונומיה ולהורות. לטענתם, עמדתו המקצועית של משרד הבריאות המבוססת על הגישה הרווחת בעולם הרפואה הינה כי חיסונים הם אמצעי רצוי, יעיל ובטוח למניעת תחלואה. לטענתם, העובדה כי קיימת מחלוקת מקצועית בעניין אינה עילה להתערבותו של בית המשפט בחקיקה ראשית. כן טוענים הם שהחוק אינו כופה על הורים לחסן את ילדיהם, אלא אך מייצר תמריץ כלכלי למתן החיסון. מכל מקום אין מדובר, כך נטען, בפגיעה שעוצמתה עולה כדי פגיעה בזכות חוקתית. המשיבים סבורים כי התיקון מקדם היבטים אחרים של כבוד האדם, כך שאין מקום לקביעה לפיה השורה התחתונה הינה פוגענית.

15. לחלופין טוענים המשיבים כי גם אם יקבע שנפגעת זכות חוקתית, הרי שהפגיעה נעשתה כדין והיא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. הם מציינים כי תכלית התיקון הינה הגנה על הילדים תוך הבטחת בריאותם והבטחת טובתם ודאגה לבריאות הציבור ככלל. מדובר, לטענתם, בתכלית ראויה ההולמת את ערכיה של מדינת ישראל. כמו כן, טוענים הם, שאין מדובר במטרה זרה וחיצונית לחוק הביטוח הלאומי. עוד לטענתם עומד התיקון בשלושת מבחני המידתיות. ניסיון במדינות אחרות מבסס את הקשר האפקטיבי בין תמריץ כלכלי לבין התנהלות הורים בקשר לילדיהם, לרבות העלאה בשיעורי החיסונים. באשר למבחן האמצעי שפגיעתו פחותה מודים המשיבים כי קיימות חלופות אחרות על מנת לתמרץ חיסון ילדים. עם זאת, לטענתם, האמצעי שנבחר על ידי המחוקק אינו חורג ממתחם האמצעים המידתיים. הם מוסיפים כי המדינה רשאית להתערב בהסדרים והכוונת התנהגות מקום בו מדובר במצרך ציבורי היוצר "כשל שוק" בפעולתם של אזרחים הנסמכים כל אחד על התחסנותו של אחר. לבסוף טוענים הם כי מתקיימת גם דרישת המידתיות במובנה הצר. זאת, נוכח האינטרס הציבורי המובהק בחיסון ילדים ובעמידה על רף חיסוני גבוה, מצד אחד, ובהתחשב בהיות הפגיעה מוגבלת ומידתית, בשים לב לתנאים ולמגבלות שנקבעו בחקיקה לעניין הפחתת הקצבה, מצד שני.

16. המשיבים מתייחסים באופן פרטני לסוגיית השלכות התיקון על הילדים בפזורה הבדואית. לטענתם, לאחר פעולות שנעשו מטעם המשיבים קיימת כרגע נגישות סבירה והולמת של האוכלוסייה הבדואית לתחנות טיפת חלב. כמו כן הם מציינים כי אחוז ההתחסנות באוכלוסייה הבדואית הרשומה בטיפות חלב לחיסון ה-MMRV גבוה יותר משיעור ההתחסנות לחיסון זה במגזר היהודי.

17. המשיבה 6, הכנסת, דוחה את טענות העותרים ומצטרפת לעמדתם ונימוקיהם של המשיבים 5-1.

דיון והכרעה

טענות הנוגעות להליך החקיקה

18. העותרים מעלים טענות שעניינן בחקיקת התיקון במסגרת חוק ההסדרים, בהליכי חקיקה מזורזים, ובתיקון שנולד על רקע הסכם קואליציוני ללא עבודת תשתית מקיפה. טענות אלו דינן להידחות. כפי שפירטו המשיבים בתגובתם, התיקון נולד על רקע פנייתו של מנכ"ל משרד הבריאות בשנת 2008, פרופ' אבי ישראלי, למשרד האוצר, בגדרה ביקש לבחון אפשרות להתניית קצבאות ילדים בנושאים שונים, ובהם התחסנות ילדיהם. בשנת 2009 הוכנס הנושא גם למסגרת ההסכמים הקואליציוניים, אך בכך כשלעצמו אין פסול. בעקבות הפנייה של משרד הבריאות ערך משרד האוצר בדיקה של הסדרים דומים בעולם, וכן בחן את נתוני ההתחסנות בישראל. בנייר העמדה שהוכן צוין כי השימוש בהתניית קצבאות בעולם לצורך הגברת נוכחות בכתי ספר ושימוש ברפואה מונעת הוכח כאפקטיבי. כן צוין כי קיימת תופעה בישראל של אי מתן חיסונים לפעוטות בניגוד להמלצת משרד הבריאות. הוזכרה התפרצות מחלת השחפת שפקדה את ישראל בשנת 2008 והודגש כי למשרד הבריאות אין אמצעים אפקטיביים לטיפול בבעיה האמורה. נייר העמדה הציע מודל לפיו תותנה קבלת קצבת ילדים בנוכחות סדירה במוסד חינוכי ובקבלת חיסונים הנדרשים לגילו ומצבו הבריאותי של הילד. במסגרת הדיונים לקראת חוק ההתייעלות הכלכלית התקיימו מספר דיונים במשרדי הממשלה הרלוונטיים בהצעה זו וכן בפני היועץ המשפטי לממשלה. במהלך דיונים אלו בוצעו מספר שינויים במודל שהוצע על ידי משרד האוצר. בהמשך התקבלה החלטת ממשלה המאמצת באופן כללי את המודל המוצע בשינויים מסויימים, שהעיקרי בהם הוא הפחתת קצבאות הילדים, ולא שלילתן, וכן קביעת תקרות להפחתה בהתייחס לכל משפחה.

19. בעקבות החלטת הממשלה, ובניגוד להליך הרגיל במסגרת חוק ההסדרים, הפיץ משרד האוצר תזכיר חוק נפרד על מנת לאפשר המשך בחינה ודיון פרטני בנושא. התזכיר נבחן על ידי גורמים שונים במשרדי הממשלה, ומשרד המשפטים אף העביר את הערותיו בנוגע לתזכיר. אף ועדת הכספים של הכנסת קיימה דיון בתזכיר ובחנה את ההסדר המעוגן בו. לקראת הדיון הופץ לחברי הוועדה ניתוח של מרכז המחקר והמידע

של הכנסת שהוכן בעניין, אשר כלל גם עמדות המנוגדות להסדר המוצע. בדיון בוועדה ביום 24.6.09 נכחו גורמים רבים ממשרדי הממשלה השונים ומהמוסד לביטוח לאומי, וכן נציגים של המועצה הלאומית לשלום הילד, אחת העותרות שבפנינו. כן הוצגו לחברים נתוני ההתחסנות במגזרים השונים במדינת ישראל. ביום 7.7.09 התקיים דיון נוסף בוועדת הכספים, וחבריה עודכנו על הסרת העילה של נוכחות סדירה במוסד חינוכי. לבסוף אישרה ועדת הכספים את הצעת החוק לקריאה שנייה ושלישית. החוק בנוסחו הסופי אושר בכנסת ביום 14.7.09 לאחר דיון שכלל התייחסות ספציפית לנושא הנידון בפנינו (ראו פרוטוקול הכנסת מיום 13.7.09 : http://www.knesset.gov.il/plenum/data/02626209.doc#_Toc258334465).

20. על מנת לבחון את טענות העותרים בנוגע להליכי החקיקה שתוארו לעיל יש להזכיר את ההלכה הקובעת כי ההתערבות של בית משפט זה בהליכים פרלמנטריים תהיה מוגבלת למקרים בהם "מהלך החקיקה גורם פגיעה עמוקה בערכים מהותיים של המשטר החוקתי" (בג"ץ 6784/06 שליטנר נ' הממונה על תשלום גמלאות, פסקה 36 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (12.1.11)). המבחן שנקבע לעניין זה הוא "האם הפגם בהליך החקיקה יורד לשורשו של ההליך, והאם הוא פוגע בערכים בסיסיים של המשטר החוקתי" (שם). עוד נפסק כי הליך חקיקה מזורז מסוגו של חוק ההסדרים אין בו כשלעצמו כדי להביא להכרזה על בטלותו של החוק. גם במקרה כזה יבחן בית המשפט האם נפל פגם היורד לשורש ההליך אשר מצדיק התערבות שיפוטית, ומה התוצאה של פגם כזה בהתאם למודל הבטלות היחסית (בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, 42 (2004) (להלן: עניין ארגון מגדלי העופות); בג"ץ 3106/04 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת, פ"ד נט(5) 567 (2005)). עוד נקבע כי "אף אם יוכח כי הליך החקיקה מנע קיומו של דיון מעמיק וממצה ופגע ביכולתם של חברי-הכנסת לגבש עמדה מבוססת לגבי כל אחד מהנושאים המופיעים בהצעת החוק, אין די בכך כדי להצדיק התערבות שיפוטית" (עניין ארגון מגדלי העופות, בעמ' 50).

21. במקרה דנן אין מקום להתערבות שיפוטית בהליכי החקיקה של התיקון. בניגוד לנהוג בחוקי ההסדרים הופך תזכיר חוק נפרד בנושא הנידון למשרדי הממשלה השונים להערותיהם. כמו כן, כפי שניתן לראות מהשתלשלות העניינים שנסקרה לעיל, הנושא נידון ונבחן על ידי גורמים שונים, נשמעו עמדות שונות, נערך דו"ח של מרכז המחקר והמידע של הכנסת, והוצגו נתונים בדבר הצלחתם של הסדרים דומים בעולם. במהלך הדיונים שונתה הצעת החוק, צומצמה, ונוספו לה הסדרים שמטרתם צמצום הפגיעה באוכלוסייה הזכאית. גם בדיון בכנסת הועלה הנושא ונשמעו התנגדויותיהם של חברי

כנסת שונים לסוגיה של התניית קצבאות הילדים בהתחסנות ילדים. אכן, יתכן והיה מקום לדיון מעמיק יותר, בעל תשתית נרחבת יותר. עם זאת, אין מדובר בפגם היורד לשורש ההליך, ולפיכך אין מקום להתערבות בית המשפט בשל פגם בהליך החקיקה (ראו והשוו בג"ץ 494/03 עמותת הרופאים למען זכויות אדם נ' שר האוצר, פ"ד נט(3) 322, 330 (2004) (להלן: עניין עמותת הרופאים)).

טענות הנוגעות לתוכן החקיקה

22. בטרם בחינה של חוקתיות התיקון עלינו לעמוד תחילה על מהותו של הסדר קצבאות הילדים ועל תכליתו. לאחר מכן אסקור את התייחסות משרד הבריאות ומדע הרפואה לחיסונים באופן כללי, ולחיסון ה- MMRV בפרט. סקירות אלו יניחו את התשתית לבחינת חוקתיותו של התיקון לחוק הביטוח הלאומי. במסגרת בחינה זו תיבדק השאלה, כמקובל, האם נפגעות זכויות חוקתיות המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואם התשובה לכך תהיה חיובית אעבור לבחון האם מתקיימים תנאים של פסקת ההגבלה.

קצבאות ילדים – על ההסדר ותכליתו

23. ההסדר בדבר קצבאות ילדים מעוגן בפרק ד' לחוק הביטוח הלאומי. על פי ההסדר זכאי הורה מבוטח לקצבת ילדים חודשית עבור כל ילד עד להגיעו לגיל 18. התנאי העיקרי, אם כן, לקבלת קצבת ילדים הוא הימצאם של ילדים עד גיל 18 בתא המשפחתי. הזכאות לקבלת קצבת ילדים ושיעורה של הקצבה אינו תלוי הכנסה כלל.

24. תכליתה של מערכת הביטחון הסוציאלי באופן כללי הינה לספק רשת הגנה לפרטים ולמשפחות במקרים של נזקקות, אובדן או צמצום בהכנסה הכספית הרגילה, או בשל ריבוי בהוצאות ממגוון נסיבות (ג'וני גל "מערכת הביטחון הסוציאלי" מתוך דו"ח מצב המדינה – חברה, כלכלה ומדיניות 2009 בעמ' 234 (מרכז טאוב לחקר המדיניות החברתית בישראל, דן בן דוד עורך, 2010) (להלן: גל); דנג"ץ 4601/95 טרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817, 831 (1998); בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקאות 43-44 (2.9.10) (להלן: עניין לה"ב)). מערכת הביטוח הסוציאלי אמורה להבטיח קיום מינימאלי לכלל תושביה ולהגן על רמת חייהם. המערכת מושתתת על עיקרון של סולידאריות חברתית ועזרה הדדית (רע"א 7678/98 קצין התגמולים נ' דוקטורי, פ"ד ס(1) 489, 525 (2005); עניין לה"ב, פסקאות 44, 58). תכליתן של קצבאות הילדים היא

לסייע למשפחות בעלות ילדים לשאת בעלויות ההולכות וגדלות בשל גידול הילדים. למעשה, תורמות קצבאות הילדים להשוואת מצבן של משפחות שונות בגודלן אשר רמת הכנסתן שווה. כמו כן מסייעות הן למשפחות שלא לרדת מתחת לקו העוני בשל ההוצאות המתוספות בעקבות הולדת ילדיהם, ומבטיחות את המשפחה מפני החשיפה לסיכון החברתי של ירידה ברמת החיים שנוצרה כתוצאה מהרחבת המשפחה (אברהם דורון "שחיקתה של מדינת הרווחה בישראל בשנים 2000-2003: המקרה של קצבאות הילדים" עבודה חברה ומשפט יא 95, 106 (תשס"ו); גל, בעמ' 254; רות בן ישראל "משפחה וביטחון סוציאלי: מחלוקת תפקידים מסורתית לחלוקה מחדש" ספר מנשה שאוה 207, 215-216 (בעריכת אהרן ברק ודניאל פרידמן, 2006)). מובן כי לקצבאות אלו יש השפעה על רווחתו של הילד במשפחה, ולפיכך אחת מתכליות הקצבה היא טובת הילד ודאגה לרווחת הילדים (עב"ל 1117/04 אזולאי נ' המוסד לביטוח לאומי, פסק דינה של סגנית הנשיא א' ברק-אוסוסקין (2.11.06) (להלן: עניין אזולאי); בג"ץ 1384/04 עמותת בצדק – מרכז אמריקאי ישראלי לקידום צדק בישראל נ' שר הפנים, פ"ד נט(6) 397, 408 (2005) (להלן: עניין עמותת בצדק)).

25. הצדדים שבפנינו היו חלוקים בשאלה האם קצבת ילדים יש לראותה כשייכת להורי הילד או לילד עצמו. העותרים טוענים כי מדובר בקצבה שהיא קניינו של הילד עצמו. מנגד טוענים המשיבים כי קצבת הילדים אינה זכות ישירה של הילד, כי אם זכות הקמה להורה על מנת לסייע לו בכלכלת התא המשפחתי ההורי. אני סבורה, אמנם, כי לשאלה זו טרם ניתנה תשובה מכרעת, אך עם זאת דומני כי נטיית פסיקת בית משפט זה היא דווקא לכיוון עמדתם של העותרים. כך, בע"א 281/78 סין נ' הרשות המוסמכת לצורך חוק נכי רדיפות הנאצים, תשי"ז-1957, פ"ד לב(3) 408 (1978) (להלן: עניין סין) קובע השופט ח' כהן כי קצבאות הילדים אינן הכנסה של ההורים המבוטחים, אלא כספי נאמנות שהאם מפקדת על הוצאתם עבור רווחתם של ילדיה. בוודאי, כך נקבע, אין מדובר בהכנסה של האב, שאינו מקבל את הכסף לידי, לא לרשותו ולא להנאתו. ומוסיף בית המשפט כי "כוונת המחוקק בהקציבו קיצבה לילדים תושם לאל ותסוכל כליל, אם קיצבתם של הילדים תיחשב להכנסת הוריהם, וכל מיני רשויות יוכלו לשים ידיהן עליה ולהוציאן מפיות הילדים על-מנת להיפרע מהוריהם" (עניין סין, בעמ' 411; כן ראו רע"א 3101/00 בטיאשוילי נ' הרשות המוסמכת, פ"ד נז(1) 183 (2002)). אמנם, בפסק דין של בית הדין הארצי לעבודה נקבע כי מי שזכאי לקצבת הילדים הוא ההורה המבוטח ולא הילד באופן ישיר, וההורה אף אינו מתחזק בנאמנות את הכספים עבור ילדו במשמעותה המשפטית (עניין אזולאי, פסקאות 4-5 לפסק דינה של השופטת ו' וירט-ליבנה). עם זאת, בית משפט זה לא אמר את דברו בסוגיה, והעתירה שהוגשה על פסק הדין בעניין אזולאי נדחתה על הסף בשל היותה תיאורטית ומבלי להביע עמדה

לגופה של הסוגיה (בג"ץ 967/07 פלונית נ' המוסד לביטוח לאומי (29.4.07)). כמו כן יש לציין כי גם בעניין אזולאי הובעה עמדת מיעוט מפי סגנית הנשיא א' ברק-אוסוסקין. עמדה זו, אשר הסתמכה בין היתר על פסקי הדין האמורים של בית משפט זה, קבעה כי הזכות בקצבת ילדים נתונה לילד ולא להורה, וכי ההורה מקבל את הקצבה בנאמנות על מנת לדאוג לטובת הילד.

מכל מקום, איני סבורה כי אנו נדרשים להכריע בעניין זה. אלא שיש לצאת מנקודת הנחה כי המחוקק בקובעו את קצבאות הילדים ראה לפניו את רווחת הילדים ואת טובתם.

תוכנית החיסונים

26. עיקרה של הסוגיה שבפנינו הוא התניה של חלק מקצבת הילדים במתן חיסונים לילד בגינו משתלמת הקצבה. לפיכך יש לעמוד בקצרה על תכליתה של תוכנית החיסונים בישראל. כפי שהבהירו המשיבים, עמדתו המקצועית של משרד הבריאות הינה כי חיסונים הינם אמצעי בעל חשיבות עליונה לשמירת בריאותם של ילדים ושל הציבור כולו. מערך החיסונים הקיים כיום שומר על האוכלוסייה בכלל ועל הילדים בפרט מפני תחלואה קשה. חשיבותם של החיסונים אינה מתבטאת רק בנתינתם לילדים אלא גם בהקפדה על מתן החיסון במועדו, בהתאם להמלצות משרד הבריאות. נדרש לכך בעבר המשנה לנשיאה א' ריבלין:

"אין ספק שקיימת חשיבות רבה לשמירה על מועדי החיסון, ותפקידם של הגורמים האמונים על כך להקפיד ולוודא שאין כל איחור בלתי-מוצדק במתן חיסונים לתינוקות. לוח הזמנים שנקבע למתן חיסונים בתינוקות - לא בכדי נקבע, וברי כי יש לדקדק בו ולקיימו במלוא תשומת הלב וההקפדה המתחייבת בכגון דא" (ע"א 9628/07 שלום נ' שירותי בריאות כללית, פסקה 6 (2.9.09)).

27. משרד הבריאות רואה חשיבות רבה בהתחסנות ילדים בשני רבדים: הרובד הראשון עניינו בהגנה על בריאותו של הילד הפרטני מקבל החיסון. המשיבים מציינים כי חיסון הינו הדרך היחידה להבטיח הגנה של הפרט מפני המחלות אשר נגדן מחסנים את הילדים. הם מטעימים כי בעולם שהפך למעין "כפר גלובאלי" יש סכנה כי כל מהגר או תייר יביא איתו מחלות שאינן פעילות כיום בישראל, ואשר עלולות להדביק את אלו שאינם מחוסנים כנגד מחלות אלו. הרובד השני עניינו במה שמכונה "חסינות עדר". חסינות עדר מגנה על פרטים בציבור שלא התחסנו מסיבות מוצדקות, כגון תינוקות

רכים שטרם הגיעו לגיל מתן החיסון, קשישים שהמערכת החיסונית שלהם אינה מתפקדת בצורה טובה, או אוכלוסיות נוספות המצויות בסיכון מבחינת המערכת החיסונית שלהם כדוגמת חולים במחלות קשות או מי שעברו טיפולים כימותרפיים. כמו כן מגינה חסינות העדר על האחוזים הבודדים של הפרטים שהתחסנו אך אינם מגיבים לחיסון. חסינות עדר מושגת רק כאשר יש שיעור כיסוי גבוה של מחוסנים בחברה וכל עוד הוא מתקיים.

נושא חסינות העדר יוצר מאפיין ייחודי בנוגע לסוגיית התחסנות ילדים, שכן החלטתו הפרטנית של כל הורה האם לחסן את ילדיו או אם לאו יש לה השפעה על כלל הציבור. כמו כן עלולה להתפתח בעניין זה בעיית "הטרמפיסט" (free rider), לפיה יבחר הורה שלא לחסן את ילדיו בהנחה שחסינות העדר תגן עליהם מפני המחלות מפניהן מגנים החיסונים. תופעה נרחבת מדי של "טרמפיסטים" עלולה לפגוע בחסינות העדר ובכך לגרום לנזקים לציבור כולו.

28. נראה כי רובם של העותרים מכירים אף הם בחשיבותם של החיסונים ובתרומתם הרבה לבריאות הציבור, כאשר המחלוקת העיקרית היא בשאלה מהם האמצעים שיש לנקוט בהם על מנת לעודד התחסנות ילדים. עם זאת, העותרים בבג"ץ 908/11 חולקים על נקודת מוצא זו, וטוענים כי האפקטיביות של החיסונים וחומרת תופעות הלוואי שלהם שנויים במחלוקת. דומני כי עמדה זו אינה יכולה לשנות את נקודת המוצא האמורה. נראה כי עמדת משרד הבריאות בדבר חשיבותם של החיסונים היא עמדה רווחת ונפוצה ביותר בארץ ובעולם (ראו למשל אברהם סהר "לא עכברא גנב..." – על אמונות, מדע וחוק ביטוח נפגעי חיסון, התש"ן-1989" רפואה ומשפט 36 בעמ' 105 (2007) (להלן: סהר); בלהה כהנא "חוק ביטוח נפגעי חיסון – הלכה ואין מורין כן" רפואה ומשפט 38 בעמ' 14 (2008)). ככל הידוע לנו עד היום טרם הוכח מדעית קשר סיבתי בין חיסונים לבין פגיעות נוירולוגיות או אחרות. עם זאת, מדע הרפואה מכיר בכך שהחיסונים, או ליתר דיוק החום שנגרם לחלק מהילדים כתוצאה ממתן החיסון, יכול ליצור סיכון ופגיעה לאחוז קטן מאוד של ילדים בעלי נטייה גנטית מסוימת המקבלים חיסון. עם זאת, לא ברור אם גם לולא מתן החיסון היתה יכולה להיגרם פגיעה בעקבות מחלת חום אחרת (ראו טלי שגיא "הערות למאמר" לא עכברא גנב – על אמונות, מדע וחוק ביטוח נפגעי חיסון" רפואה ומשפט 36 בעמ' 116 (2007)). כמו כן, קיימת הסכמה רחבה כי גם אם קיים סיכון מסוים הרי שהוא קטן ביותר, והתועלת למולו כתוצאה מקבלת החיסון תהיה גבוהה הרבה יותר:

”הסיכון הכרוך בקבלת החיסון, אף שהוא עקרונית קיים, הינו רחוק ונדיר ביותר, בעוד שתועלתו וחיוניותו של החיסון לבריאותו של הילד אינם מוטלים בשום ספק” (ע”א 470/87 אלטורי נ’ מדינת ישראל – משרד הבריאות, פ”ד מז(4) 153, 146 (1993)).

דוגמאות מהארץ ומהעולם יכולות להמחיש סיכון זה. כאשר רמת ההתחסנות של הציבור יורדת, בדרך כלל בשל חששות שמעלים מתנגדי החיסונים, קיימים דיווחים על התפרצות מגפות שלכאורה עברו מן העולם, הגורמות לנזקים קשים. כך בבריטניה לאחר שירד שיעור המתחסנים נגד שעלת לכ-30% בתחילת 1980 התפרצה מגפת השעלת שגרמה לאשפוזם של כ-5,000 ילדים ולמותם של 28 ילדים (סחר, בעמ’ 106). גם בישראל בשנת 2003 אירעה התפרצות של מחלת החצבת בקרב אוכלוסייה שלא התחסנה כשגרה. תוך שבועיים חלו 60 ילדים, מתוכם מתה ילדה אחת מהמחלה. התפרצות נוספת אירעה בשנים 2007-2008 בעקבות תייר חולה שהגיע מאנגליה. המחלה התפשטה בקרב אוכלוסייה שלא התחסנה ותוך מספר חודשים דווח על 1,452 מקרי חצבת.

29. עוד יש להזכיר את ההלכה הקובעת כי הרשות המנהלית, ובוודאי הרשות המחוקקת, רשאיות להסתמך על עמדת מומחים בתחום, גם אם קיימת עמדה חולקת, ובית המשפט יכבד את הכרעתה של הרשות בין העמדות החלוקות. ”מקום שבו מבוסס חוק על עניין שבמומחיות מקצועית, העובדה כי קיימות באותה סוגיה חוות דעת נוגדות אינה מצדיקה את פסילתו” (בג”ץ 6976/04 עמותת ”תנו לחיות לחיות” נ’ שר החקלאות ופיתוח הכפר, פסקה 11 (1.9.05) (להלן: עניין עמותת ”תנו לחיות לחיות”); ראו גם בג”ץ 1554/95 עמותת ”שוחרי גיל”ת” נ’ שר החינוך והתרבות, פ”ד נ(3) 2, 19 (1996); בג”ץ 4769/95 מנחם נ’ שר התחבורה, פ”ד נז(1) 235, 271 (2002) (להלן: עניין מנחם)). מובן אמנם כי אם היתה עמדה מבוססת ורווחת בקרב מומחי הרפואה הסבורים כי הסיכונים ממתן החיסונים עולים על התועלת היה בכך כדי להשפיע על הניתוח החוקתי של התיקון שנבחן בפנינו. עם זאת, לא זה המצב העובדתי. כפי שציינתי העמדה הרווחת והמקובלת בכל העולם, היא כי התועלת הנובעת מהחיסונים עולה לאין ערוך על הסיכון הטמון בהם (ראו למשל: EXPANDED PROGRAMME ON IMMUNIZATION, DEP’T OF IMMUNIZATION, VACCINES AND BIOLOGICALS, WORLD HEALTH ORG., IMMUNIZATION IN PRACTICE: A PRACTICAL GUIDE FOR HEALTH COMMITTEE ON THE ASSESSMENT OF ; STAFF, MODULE 2: THE VACCINES (2004). STUDIES OF HEALTH OUTCOMES RELATED TO THE RECOMMENDED CHILDHOOD IMMUNIZATION SCHEDULE, BOARD ON POPULATION HEALTH AND PUBLIC HEALTH PRACTICE. INSTITUTE OF MEDICINE OF THE NATIONAL ACADEMIES, THE

CHILDHOOD IMMUNIZATION SCHEDULE AND SAFETY: STAKEHOLDER CONCERNS, (SCIENTIFIC EVIDENCE, AND FUTURE STUDIES (2013). קיימים לעמדה זו מתנגדים, אך נראה כי מדובר במיעוט שולי יחסית. לפיכך זו תהיה נקודת המוצא להמשך דיוננו.

חיסון ה-MMRV

30. כאמור, בהתאם לתיקון לחוק הביטוח הלאומי על מנכ"ל משרד הבריאות לפרסם תוכנית חיסונים המחייבת לצורך קבלת קצבת ילדים מלאה. קצבת הילדים תופחת רק להורים שלא חיסנו את ילדיהם בחיסונים הכלולים בתוכנית שפורסמה. כיום כלול בתוכנית זו חיסון אחד בלבד, הוא ה-MMRV, המכונה גם החיסון המרובע, שניתן לפעוטות בגיל שנה במנה אחת. מנה נוספת ניתנת לילדים בכיתה א', אך מנה זו אינה כלולה בתוכנית החיסונים שפורסמה. ראוי, אם כן, לפרט מעט אודות חיסון זה.

31. החיסון המרובע כשמו כן הוא מגן מפני ארבע מחלות: חצבת, חזרת, אדמת ואבעבועות רוח. מדובר בחיסון המקובל ברבות ממדינות העולם. כל מדינות אירופה ממליצות על חיסון נגד חצבת, חזרת ואדמת. החיסון נגד אבעבועות רוח מומלץ בארצות הברית, אוסטרליה, קנדה, גרמניה, יוון, לטביה ויפן.

32. מחלת החצבת הינה מחלת ילדים קשה. המחלה עלולה לגרום לסיבוכים קשים בדרכי הנשימה ובמערכת העצבים. כשליש מהחולים יפתחו סיבוכים כגון דלקת האוזן התיכונה, שלשולים ודלקת קרנית העין. סיבוכים נדירים יותר הם דלקת ריאות ודלקת מוח (1 מתוך 1000 מקרים). סיבוך מאוד נדיר של המחלה, היכול להופיע כ-10 שנים אחרי הופעתה, הוא סיבוך המופיע כמחלה ניוונית של המוח הנקראת Subacute sclerosing panencephalitis והגורמת לפגיעה קשה ובלתי הפיכה במערכת העצבים המרכזית, הכוללת הידרדרות שכלית ופרכוסים. הסיכון לסיבוכים גבוה יותר אצל ילדים מתחת לגיל 5 ואצל מבוגרים מעל גיל 20 וכן אצל חולים עם דיכוי מערכת החיסון. 1-3 ילדים מכל 1,000 חולים מתים מהמחלה. בעולם, חצבת אחראית לכ-21% מהתמותה הנובעת ממחלות שניתן למנען על ידי חיסונים. מחלת החצבת הינה מדבקת מאוד, ולאדם שאינו מחוסן ונחשף לחולה יש סיכון כללי של 90% להידבק. החיסון נגד חצבת יעיל מאוד. 95% מהילדים המקבלים את החיסון בגיל שנה מפתחים נוגדנים נגד המחלה המקנים להם חסינות לטווח ארוך. מעטים מהם מאבדים את ההגנה מפני המחלה לאחר מספר שנים, ולשם כך הונהג בישראל חיסון חוזר בגיל בית הספר. עוד יש לציין כי בהתפרצויות של מחלת החצבת בישראל, שיעורי התחלואה הגבוהים ביותר היו של תינוקות מתחת לגיל שנה בהיותם לא מחוסנים כנגד המחלה.

33. מחלת החזרת מתבטאת בנפיחות בבלוטות הרוק ובבלוטות מתחת לתנוך האוזן, בכאבי גרון, חום גבוה, כאבי ראש וחולשה. אצל כ-10% מהחולים עלולה להתפתח דלקת קרום המוח המתבטאת בהקאות ובכאבי ראש. סיבוך נפוץ במבוגרים הוא דלקת האשך, וסיבוכים נדירים יותר הם דלקת בפרקים, בבלוטת התריס, בכליה, בשריר הלב, בלבלב ובשחלה, חירשות וסיבוכים אחרים במערכת העצבים. הופעת המחלה אצל אישה בהיריון בשליש הראשון גורמת לשיעור מוגבר של הפלות ספונטניות. המחלה חמורה יותר בקרב מבוגרים והתמותה הנדירה מהמחלה היא בעיקר בקרבם. החיסון נגד המחלה יעיל מאוד. 80% מהמתחסנים במנה אחת מוגנים, ו-90% מוגנים לאחר קבלת 2 מנות.

34. מחלת האדמת עלולה במקרים מסויימים לגרום לסיבוכים כגון דלקת המוח, אשר שכיחה יותר במבוגרים, ולאירועי דימום עקב ירידה בכמות הטסיות, תופעה השכיחה בעיקר בילדים. בקרב נשים בחודשי ההיריון הראשונים עלולה האדמת לפגוע בעובר המתפתח, ולגרום למות העובר או למומים מולדים קשים הכוללים ליקויים בעיניים הגורמים לעיוורון, מומי לב, חירשות, ליקויים במערכת העצבים הגורמים להפרעות בהתנהגות ופיגור שכלי.

35. מחלת אבעבועות הרוח מתבטאת בחום גבוה המלווה בפריחה עם שלפוחיות. סיבוכי המחלה הם דלקת ריאות ודלקת מוח, זיהום חיידקי קשה נלווה בעור, ירידה במספרי הטסיות, ולעיתים נדירות אף דימום, ליקויים בכליות ואף מוות. המחלה חמורה יותר בקרב מתבגרים ומבוגרים, וחמורה במיוחד בקרב אנשים מדוכאי חיסון שאינם יכולים לקבל את החיסון. מקרי תמותה מאבעבועות רוח תוארו בקרב ילדים המטופלים בתרופות קורטיקוסטרואידיות, הניתנות תכופות כטיפול עבור מחלות אחרות (כגון אסטמה). הדבקה באבעבועות רוח ב-20 השבועות הראשונים של ההריון עלולה לגרום היווצרות מומים מולדים בעיניים, בגפיים, בעור ובמערכת העצבים. הדבקה של יילוד בסמוך ללידתו מסוכנת במיוחד. חולים שהבריאו נושאים את הנגיף "וריצלה זוסטר" באופן רדום בגופם. נגיף זה עשוי, לאחר שנים, או במצבי חולשה של מערכת החיסון, לגרום להתפרצות מחלה בנקראת "שלבקת חוגרת". מחלה זו גורמת לכאב מקומי עז שיכול להימשך לתקופה ארוכה. החיסון מביא לפיתוח הגנה אצל 85% מהמתחסנים בגיל שנה. החיסון מגן מפני מחלה קשה עם סיבוכים, ומתן 2 מנות מביא להגנה גבוהה מאוד, של 97%, עד כדי מצב בו לא ניתן לזהות כלל שמדובר באבעבועות רוח.

36. בנוגע לחיסון ה-MMRV עומד אחוז הכיסוי החיסוני בישראל על ממוצע של 90% בקרב כלל האוכלוסייה בין השנים 2006-2009. יש לציין בהקשר זה כי על פי מה שנמסר לנו עמדת גורמי המקצוע היא כי כדי להגיע ל"חסינות עדר" בחיסון MMRV נדרש כיסוי חיסוני באוכלוסייה הגבוהה כדי 95% בקירוב.

עתה, לאחר שהונח המסד העובדתי יקומו הטפחות וההיבט המשפטי.

בחינת חוקתיותו של התיקון לחוק הביטוח הלאומי

37. יש להקדים ולהזכיר את הידוע, כי בית המשפט לא ימהר להתערב ולבטל הוראות חוק שיצאה מבית המחוקקים. על בית המשפט לפעול בעניין זה באיפוק שיפוטי, בזהירות ובריסון:

"אכן, הכרזה על בטלותו של חוק או חלק ממנו היא עניין רציני. לא על נקלה יעשה כן השופט. לא הרי הכרזה על בטלותה של חקיקת משנה בהיותה סותרת הוראותיו של חוק, כהרי הכרזה על בטלותה של חקיקה ראשית בהיותה סותרת חוק יסוד. בבטלו חקיקת משנה, נותן השופט ביטוי לרצון המחוקק. בבטלו חקיקה ראשית, השופט מסכל את רצון המחוקק. הצידוק לכך הוא בכפיפותו של המחוקק להוראות חוקתיות-על-חוקיות, שהוא עצמו קבען (ראו 'א' ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק", משפט וממשל ג 403 (התשנ"ו)). עם זאת, נדרשת לכך זהירות שיפוטית רבה" (עניין עמותת "תנו לחיות לחיות", פסקה 9).

עם זאת, איני מקבלת את עמדת המשיבים כי האיפוק השיפוטי הנדרש במקרה זה דומה לזה הנדרש כאשר מדובר בביקורת חוקתית בתחומי משק וכלכלה. כידוע, הלכה היא כי בית משפט זה ינהג ריסון מיוחד כאשר מדובר בתחומי משק וכלכלה המערבים היבטים חברתיים וכלכליים רחבי היקף. נפסק כי יש ליתן לרשויות המופקדות על המדיניות הכלכלית מרחב בחירה רחב, "בהיותן קובעות את המדיניות הכוללת, ונושאות באחריות הציבורית והלאומית למשק המדינה ולכלכלתה" (עניין מנחם, בעמ' 263; ראו גם בג"ץ 8803/06 גני חוגה בע"מ נ' שר האוצר, הערותיה של השופטת פרוקצ'יה (1.4.07); עניין לה"ב, פסקה 63). בענייננו, למרות שהתיקון לחוק הביטוח הלאומי מעוגן בחוק ההסדרים, אין מדובר בחוק שמהותו היא תקציבית-כלכלית. אמנם מדובר בעניין חברתי-ציבורי, אך לא לכך כוון האיפוק השיפוטי המיוחד שהוזכר. כפי שטרחו המשיבים להדגיש מטרתו של התיקון אינה כלכלית ואינה חיסכון כספי. להיפך, מטרתו של התיקון היא לגרום לכך שאף ילד לא יאבד מקצבתו,

שכן המטרה היא שכל הילדים יחוסנו. משכך, איני סבורה כי ההלכות האמורות חלות בענייננו. מובן, עם זאת, כי האיפוק השיפוטי והריסון הנדרש מעצם הבחינה החוקתית של מעשה הכנסת, חלים גם על ענייננו.

38. כידוע, הבחינה החוקתית נחלקת לשלושה שלבים. בשלב הראשון יש לבחון האם החוק הנידון פוגע בזכויות חוקתיות המעוגנות בחוקי היסוד, ובמקרה דנן המדובר בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן גם: חוק היסוד). אם התשובה לכך שלילית הרי שמסתיימת הבחינה החוקתית ויש לקבוע כי החוק הנידון הינו חוקתי. אם התשובה היא חיובית יש לעבור לשלב השני בו נבחן האם הפגיעה עומדת בתנאים המעוגנים בפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד. על מנת שהחוק יוכרז כחוקתי על הפגיעה לעמוד בכל התנאים הקבועים בפסקת ההגבלה. במקרה בו לא מתקיים אחד התנאים יש לעבור לשלב השלישי שהינו שלב הסעד בגין הפגיעה שלא כדין (בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פסקה 16 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (19.11.09); בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פסקה 24 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (28.2.12) (להלן: עניין חסן); עניין לה"ב, פסקה 75). כפי שנקבע בעניין חסן שיטה זו של ניתוח חוקתי תהיה זהה הן כאשר מדובר על זכויות אזרחיות ופוליטיות והן כאשר מדובר על זכויות חברתיות וכלכליות (עניין חסן, פסקה 31 לפסק דינה של הנשיאה ביניש).

נחל, אם כן, בשלב הראשון של הבחינה החוקתית ונבדוק האם אכן, כטענת העותרים, נפגעות על ידי התיקון לחוק הביטוח הלאומי זכויות המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. במסגרת זו נעמוד על שלוש זכויות מרכזיות אותן הזכירו העותרים בטיעוניהם: הזכות לחיים בכבוד או הזכות לביטחון סוציאלי; הזכות לאוטונומיה; והזכות לשוויון.

הזכויות הנפגעות – הזכות לחיים בכבוד

39. כיום כבר אין חולק כי כבוד האדם המעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כולל גם את הזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד, וזאת הן בפן החיובי של הזכות והן בפן השלילי שלה. זכות זו משמעה כי "יובטח לאדם אותו מינימום של אמצעים חומריים, שיאפשרו לו להתקיים בחברה בה הוא חי" (בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד (3) 464, 482 (2005) (להלן: עניין עמותת מחויבות)). נפסק כי מדובר בזכות הנמצאת בליבו ובגרעינו של כבוד האדם:

“חיים בחרפת רעב, ללא קורת גג, תוך חיפוש מתמיד מניין יבוא עזרו של אדם, אינם חיים בכבוד. מינימום של קיום בכבוד הוא תנאי לא רק לשמירה ולהגנה על הכבוד האנושי, אלא גם למיצוי יתר זכויות האדם. אין כל פואטיקה בחיים בעוני ובמחסור. ללא תנאים חומריים מינימאליים, אין לאדם יכולת ליצור, לשאוף, לבחור את בחירותיו ולממש את חירויותיו” (עניין חסן, פסקה 35 לפסק דינה של הנשיאה ביניש).

עוד נפסק כי הזכות לחיים בכבוד אינה זכות נגזרת מן הזכות לכבוד האדם, כי אם זכות המהווה ביטוי ממשי של כבוד האדם (עניין חסן, פסקה 36 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; עניין עמותת מחויבות, בעמ' 479).

40. הזכות לחיים בכבוד מוגשמת על ידי המדינה במגוון של אמצעים, מערכות והסדרים, ואין ספק כי חקיקת הרווחה וקצבאות המוסד לביטוח לאומי מהוות חלק נכבד ומשמעותי בהגשמתה של זכות זו. קצבאות הילדים מהוות אף הן כלי נוסף למימוש הזכות, שכן משפחות המצויות בחיים של מחסור, בין היתר בשל הוצאות על גידול ילדים, יכולות להסתייע רבות בקצבאות אלו ולעלות מעבר לסף המאפשר חיים בכבוד. אמנם, יש ליתן את הדעת שקצבאות ילדים הינן קצבאות אוניברסאליות שניתנות על פי הרכב המשפחה, ולא תלויות בהכנסה המשפחתית. לפיכך התכלית של הגשמת חיים בכבוד לא תמיד תהיה רלוונטית לקצבאות אלו, זאת למשל בהשוואה להבטחת הכנסה שהיא קצבה שמטרתה העיקרית הינה ליצור רשת מגן אחרונה למשפחות הזקוקות לה (עניין חסן, פסקה 44 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). עם זאת, יתכנו מקרים בהם משפחות המצויות על גבולה של רשת המגן האחרונה יפלו מתחתיה אם תישלל מהן קצבת הילדים. ההנחה היא ש”מכלול הסדרי הרווחה הניתנים בישראל מספקים את ה”סל” הנדרש לשם קיום מינימאלי בכבוד” (עניין חסן, פסקה 46 לפסק דינה של הנשיאה ביניש).

41. למרות הדברים האמורים אני סבורה כי במקרה דנן לא הציגו העותרים תשתית עובדתית מספקת להוכחת קיומה של פגיעה בזכות לחיים בכבוד הנגרמת כתוצאה מהתיקון לחוק הביטוח הלאומי. כידוע, הטוען לפגיעה בזכות חוקתית עליו הנטל להוכיח פגיעה כזו (אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 374 (כרך שלישי, 1994)). על העותרים הנטל להראות כי לאחר בחינת מכלול השירותים הניתנים למשפחה, הפחתת קצבאות הילדים תגרום לפגיעה בכבודן של משפחות אשר תנאי הקיום החומריים שלהן לא יספיקו בידן. למצער, ולשיטה המקלה, היה עליהם להראות מקרים פרטניים המצביעים על הפגיעה הנטענת, שאז היה עובר נטל ההוכחה אל המדינה (ראו הערותיה של הנשיאה ביניש בעניין עמותת מחויבות, בעמ' 492-493).

בג"ץ 4124/00 יקותיאל נ' השר לענייני דתות, פסקה 48 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (14.6.10) (להלן: עניין יקותיאל). בפרשת עמותת מחויבות נפסק כי עצם ההפחתה, גם אם מדובר בהפחתה משמעותית, בגמלאות הבטחת הכנסה, אינה כשלעצמה מוכיחה פגיעה בזכות לחיים בכבוד, ויש לבחון את מכלול השירותים וההסדרים המוענקים כרשת מגן במדינת ישראל. "הבחינה היא לעולם קונקרטי ותוצאתית" (עניין עמותת מחויבות, פסקה 19 לפסק דינו של הנשיא ברק; כן ראו עניין עמותת הרופאים, בעמ' 334; בג"ץ 10541/09 יובלים ש.ד.י. בע"מ נ' ממשלת ישראל (5.1.12)).

42. מקל וחומר ניתן ללמוד לעניין שבפנינו. ראשית, העותרים לא הצביעו על נתונים כלשהם המוכיחים את טענתם בדבר הפגיעה בזכות לחיים בכבוד של משפחות אשר התיקון יחול עליהן. ההפחתה בקצבת הילדים כשלעצמה אינה יכולה לבסס תשתית להוכחת הפגיעה. "הזכות לכבוד, ואף הזכות לקיום בכבוד, אינה הזכות לגמלה חודשית בסכום מסוים" (עניין עמותת מחויבות, בעמ' 485).

שנית, בענייננו מדובר בקצבאות ילדים, להבדיל מגמלאות הבטחת הכנסה. כפי שצינתי, בעוד שתכליתן המרכזית של האחרונות היא פריסת רשת מגן לצורך מימוש הזכות לחיים בכבוד, הרי שזוהי רק אחת מתכליותיה של קצבת הילדים. לפיכך, בעוד שיש יסוד להנחה כי שלילת קצבת הבטחת הכנסה, שלא בשל קיומם של מקורות הכנסה אחרים, פוגעת, בנסיבות המתאימות, בזכות לקיום אנושי בכבוד של מי שנשללה ממנו הקצבה (ראו עניין חסון, פסקה 46 לפסק דינה של הנשיאה ביניש), הרי שקשה להסיק הנחה דומה בנוגע לשלילת קצבאות הילדים, ובוודאי באשר להפחתתן. המקרה של קצבאות ילדים, אם כן, דורש אף ביתר שאת הוכחה מבוססת נתונים לפגיעה בזכות לחיים בכבוד.

שלישית, ואולי זה העיקר, רוב רובה של ההפחתה בקצבאות הילדים עבור משפחות שאינן מחסנות את ילדיהם, נעשית לאחר העלאה בסכום דומה של סכומי קצבאות הילדים כפי שהיו ערב התיקון. קצבת הילדים עבור הילדים השני, השלישי והרביעי הוגדלה במסגרת התיקון ב-100 ₪ לחודש עבור כל ילד. ההפחתה, במקביל, בגין אי התחסנות הינה 100 ₪ לחודש לילד. יודגש כי עבור משפחה שמניין ילדיה עולה על שלושה תקרת ההפחתה האפשרית על פי התיקון הינה 300 ₪ לחודש, כך שמובטח כי תהיה לכך הקבלה להגדלת קצבאות הילדים עבור אותה משפחה ב-300 ₪ לחודש (עבור הילדים השני, השלישי והרביעי). ההעלאה הובאה בחשבון גם עבור משפחות בעלות שניים או שלושה ילדים, שכן במשפחות אלו ההפחתה המקסימאלית תהיה 100 ₪ ו-200 ₪ לחודש בהתאמה, באופן זהה להעלאה בקצבאות הילדים

שתקבלנה משפחות אלו. הקושי היחיד נוגע למשפחה בעלת ילד אחד בלבד. במשפחה כזו ניתן יהיה לבצע הפחתה על סך 100 ש"ח לחודש אם הילד לא חוסן בחיסון ה-MMRV, וזאת מבלי שמשפחה כזו קיבלה העלאה בקצבת הילדים לה היא זכאית. עם זאת, גם בנוגע להרכב משפחה כזה לא ניתן לומר שהוכחה הפגיעה בזכות לחיים בכבוד. כאמור, לא הובאו נתונים המוכיחים פגיעה כזו עבור משפחה מעין זו. בהעדר נתונים ניתן גם להניח שמשפחות בעלות ילד אחד נתונות בסיכון פחות למחסור בהשוואה למשפחות מרובות ילדים (ראו על כך נתונים במאמרו של יורם מרגליות "קצבאות הילדים" 1998 ברנזון ב 733, 747-748 (תש"ס)). לבסוף יש ליתן משקל לכך שגם עבור משפחה כזו מדובר על הפחתה בלבד ולא על שלילת מלוא קצבת הילדים לה היא זכאית. מכל מקום, "לא הרי חיסור מהכנסתו של אדם... כהרי אי-הענקתה של הטבה" (עניין עמותת בצדק, בעמ' 409). במצב בו עיקר ההפחתה מבוצעת בעקבות העלאה של סכום דומה בקצבה, הרי שיש לראות בכך אי הענקתה של הטבה ולא חיסור מהכנסתו של אדם.

המסקנה, אם כן, כי התיקון אינו פוגע בזכות לחיים בכבוד.

43. אעיר כי ככל שהעותרים טוענים לפגיעה בזכות לביטחון סוציאלי, במובחן מהזכות לקיום מינימאלי בכבוד, הרי שהם לא הציגו כל ביסוס לקיומה כזכות חוקתית, ולא טענו כלל לתוכנה של זכות זו להבדיל מהזכות לקיום מינימאלי בכבוד. בית משפט זה טרם עמד על מעמדה והיקפה של הזכות לביטחון סוציאלי במשפט הישראלי (ראו בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729, 737 (2004) (להלן: עניין מנור); עניין עמותת הרופאים, בעמ' 333), והעותרים לא הרחיבו בשאלה זו, ונראה כי חלקם כלל לא עמדו על ההבדלים בין שתי הזכויות. משכך, לא ראיתי כי יש מקום לדון בנפרד בשאלת הפגיעה בזכות זו. הוא הדין גם בנוגע לטענה לפגיעה בזכות הקניין. השאלה האם הזכות החוקתית לקניין חלה על קצבת ילדים טרם הוכרעה בפסיקתו של בית משפט זה (ראו הערותיהם של השופטים (כתוארם אז) גרוניס וריבלין בעניין מנור). העותרים בבג"ץ 7245/10 מעלים טענה זו באופן לקוני ולא מבוסס, ולפיכך לא ראיתי להרחיב גם בטענה זו. אגב דברים אלו, אעיר כי גם הטענה החוזית שהעלו העותרים דינה להידחות. כידוע, לא נדרשת זיקה בין דמי הביטוח הנגבים על ידי המוסד לביטוח לאומי לבין הגמלאות המשתלמות לזכאים בגין עילות הזכאות השונות (עניין לה"ב, פסקה 57). לפיכך, לא נפגעת ציפייתם של הורים שמשלמים דמי ביטוח לאומי ואשר יופחתו קצבאות הילדים הניתנות להם בעקבות אי חיסון ילדיהם. קל וחומר אמורים הדברים כאשר ההפחתה בקצבאות הילדים מקבילה כמעט במלואה להעלאת גובה הקצבה על ידי התיקון.

הזכויות הנפגעות- הזכות לאוטונומיה ואוטונומיה הורית

44. העותרים בבג"ץ 908/11 העלו במרכז טיעוניהם את הפגיעה בזכות לאוטונומיה, בזכות לאוטונומיה הורית ובזכות להורות. "אחד מערכי היסוד החשובים ביותר הוא הערך בדבר חופש הרצון של הפרט" (אהרן ברק פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית 301 (כרך ראשון, מהד' 3, 1998)). ערך זה של האוטונומיה מהווה חלק מכבוד האדם ולפיכך מוגן הוא חוקתית על ידי חוק היסוד (בג"ץ 4330/93 גאנס נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(4) 221, 231 (1996) (להלן: עניין גאנס)). המשמעות של הזכות לאוטונומיה היא הזכות של כל פרט להחליט על מעשיו ומאוויו בהתאם לבחירותיו, ולפעול בהתאם לבחירות אלו:

"זכותו זו של אדם לעצב את חייו ואת גורלו חובקת את כל ההיבטים המרכזיים של חייו - היכן יחיה; במה יעסוק; עם מי יחיה; במה יאמין. היא מרכזית להווייתו של כל פרט ופרט בחברה. יש בה ביטוי להכרה בערכו של פרט ופרט כעולם בפני עצמו. היא חיונית להגדרתו העצמית של כל פרט, במובן זה שמכלול בחירותיו של כל פרט מגדירות את אישיותו ואת חייו של הפרט" (ע"א 2781/93 עלי דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נ(4) 526, 570 (1999) (להלן: עניין עלי דעקה)).

הזכות לאוטונומיה היא זכות מסגרת הנגזרות ממנה זכויות רבות אחרות (ראו עניין גאנס; בג"ץ 7357/95 ברקי פטה המפרים (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 769 (1996); וכן ראו פירוט בעניין עלי דעקה, בעמ' 572). חשיבותה של הזכות לאוטונומיה הוכרה באופן מיוחד בהקשרים של מתן טיפול רפואי או הימנעות ממנו, ונגזר ממנה ראש נזק נפרד המזכה בפיצוי (עניין עלי דעקה).

45. אחד ההיבטים של הזכות לאוטונומיה הוא הזכות לאוטונומיה הורית. הורים הם האפוטרופוסים הטבעיים של ילדיהם (סעיף 14 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, תשכ"ב-1962 (להלן: חוק הכשרות המשפטית)). ככאלה שמורה להם "החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו" (סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית). ההורים מחויבים לדאוג "לטובת הקטין כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות הענין" (סעיף 17 לחוק הכשרות המשפטית). פסיקת בית משפט זה הכירה באוטונומיה רחבה ביותר של הורים בגידול ילדיהם. מספר טעמים מובאים בבסיס

הכרה זו: ראשית, נובעת הכרה זו מעצם הקשר הטבעי בין ילד להוריו. שנית, מקובל להניח כי ההורים המופקדים על התא המשפחתי ומכירים אותו על כל היבטיו יקבלו עבור הילדים את ההחלטות הטובות ביותר עבורם. ההנחה המשלימה היא כי לא תמיד יוכלו גורמים חיצוניים לקבל את ההחלטות הטובות ביותר עבור הקטין, כאשר פעמים רבות כרוכות ההחלטות בהיבטים רגשיים. שלישית, פעמים רבות מדובר על סוגיות שאין עליהן קונצנזוס חברתי. ולבסוף, מובאת בחשבון העובדה שההורים הם אלו שיצטרכו להתמודד עם ההשלכות המעשיות של ההחלטה (רע"א 5587/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני-קטין, פ"ד נא(4) 830, 860 (1997)). עם זאת, יש להדגיש כי האוטונומיה של ההורים כלפי ילדיהם אינה מוחלטת ומוגבלת על ידי עקרונות טובות הילד וזכויותיו.

46. עם זאת, איני סבורה כי כל פגיעה באוטונומיה או באוטונומיה ההורית תוכר כפגיעה חוקתית אשר דורשת עמידה בתנאי פסקת ההגבלה. מובן כי ככל שמדובר בפגיעה הקרובה לליבת הזכות תגבר הנטייה להכיר בה כפגיעה חוקתית (וראו הערותיו של המשנה לנשיאה ריבלין בע"א 8126/07 עבון המנוחה ברוריה צבי נ' בית החולים ביקור חולים (3.1.10)). "יש להימנע מהרחבת יתר של תחום התפרשות הזכות החוקתית. הרחבה גורפת של גבולות הזכות החוקתית בשלב הראשון, ומעבר "אוטומטי" למבחני פסקת ההגבלה בכל מקרה שבו נטען כי דבר חקיקה פוגע בה, עשויה להביא, באיזון הכולל, לשחיקת ההגנה שמקנים חוקי היסוד" (עניין חסון, הערותיו של השופט ע' פוגלמן). דומני כי ניתן לבחון שני פרמטרים על מנת להכריע האם מדובר בפגיעה שתוכר כפגיעה חוקתית באוטונומיה אם לאו. ראשית יש לבחון את מהות הבחירה הנשללת מהפרט. ככל שהפגיעה באוטונומיה נוגעת בהיבטים שעניינם הביטוי האישי והמימוש העצמי של האדם, כך תגבר הנטייה לראות בה פגיעה בזכות חוקתית. אין דומה שלילת אפשרות מאזרח המדינה לשאת את בן הזוג שאהבה נפשו, לשלילת אפשרות מאחר לבחור את סוג המתקנים שיתקנו בגינה הציבורית אשר ליד ביתו. פרמטר שני שיש לבחון לטעמי הינו מידת הכפייה ושלילת הרצון. אין דומה איסור שבצידו סנקציה פלילית לשלילת הטבה כספית מועטה.

47. במקרה הנידון לא שוכנעתי כי מתקיימת פגיעה בזכות חוקתית לאוטונומיה או לאוטונומיה הורית. גם אם אניח כי מתקיים הפרמטר הראשון בדבר מהות הבחירה הנשללת, לטעמי אין מתקיים הפרמטר השני בדבר מידת הכפייה. התיקון אינו יוצר חובה לחסן את הילדים, ואף אינו מטיל סנקציה פלילית על אי חיסון. ההפחתה הכספית שנלווית לאי חיסון הילדים אינה גבוהה ויכולה לנוע בין 100 ₪ ל-300 ₪ לחודש לכל היותר. גם אם איני מתעלמת מכך שעבור משפחה מסוימת מדובר בסכום משמעותי,

הרי שכאמור לרוב מדובר בהפחתה של סכום שהוסף לקצבאות הילדים במסגרת התיקון לחוק הביטוח הלאומי. משכך איני סבורה שניתן לראות בהפחתה שבתיקון משום פגיעה באוטונומיה במובנה החוקתי.

הזכויות הנפגעות – הזכות לשוויון

48. רבות כבר דובר בפסיקת בית משפט זה על הזכות לשוויון, מעמדה וחיבותה, וכתרים רבים נקשרו לה:

“עקרון השוויון הוא מלבנות היסוד של המשפט ומהווה עמוד השדרה ו”נשמת אפו” של המשטר החוקתי שלנו בכללותו (השופט לנדוי בבג”צ 98/69 ברגמן נ’ שר האוצר, פ”ד כג(1) 693, 698 (1969); בג”צ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי-התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ’ משרד החינוך, סעיף 70 לפסק דינה של השופטת א’ פרוקצ’יה (לא פורסם, 27.7.08) (להלן: עניין המרכז לפלורליזם); בג”צ 11956/05 בשארה נ’ שר הבינוי והשיכון (לא פורסם, 13.12.06)). הזכות לשוויון הוכרה בשיטתנו המשפטית עוד בימי לידתה של המדינה, כשקיבלה מקום של כבוד במגילת העצמאות, והיא הוסיפה וזכתה לעיגון בחוקים שונים שנחקקו על-ידי הכנסת לאורך השנים, ובפסיקתו של בית משפט זה שראה בה “זכות מלכותית” ועקרון שהוא “משכמו ומעלה גבוה מכל שאר עקרונות” (בג”ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ’ שר העבודה והרווחה, פ”ד נב(3) 630, 650 (1998); בג”צ 2911/05 אלחנתי נ’ שר האוצר, סעיף 17 לפסק דינה של השופטת א’ חיות (לא פורסם, 15.6.08))” (עצ”ם 4515/08 מדינת ישראל נ’ נאמן, פסקה 17 לפסק דיני (6.10.09) (להלן: עניין נאמן)).

ובמקום אחר אמרתי:

“דומה כי לא נמצא מי שיחלוק כי השוויון הוא אבן הראשה במשטר דמוקרטי ונדבך מרכזי ביחסים שבין הפרט למדינה. לא ניתן לקיים חברה במדינה דמוקרטית ללא שוויון שהוא אחד מנגזרות הצדק וההגינות. השוויון הוא שם נרדף לצדק והגינות כפי שהוא נראה לבני החברה בתקופה מסוימת. שוויון המוליך אלי צדק, שוויון שדרכו היא דרך ההגינות (ראה בג”ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ’ הכנסת, פ”ד נ(3) 485, 502 (1996))” (בג”ץ 6298/07 רסלר נ’ כנסת ישראל, פסקה 18 לפסק דיני (21.2.12)).

חשיבותה של הזכות לשוויון הוכרה והודגשה פעמים רבות ככל שמדובר בחלוקת תקציבים או משאבים של המדינה. "המשאבים של המדינה, אם קרקע ואם כסף, וכן גם משאבים אחרים, שייכים לכל האזרחים, וכל האזרחים זכאים ליהנות מהם על פי עקרון השוויון, ללא הפליה מחמת דת, גזע, מין או שיקול פסול אחר" (בג"ץ 1113/99 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164, 170 (2000)).

49. הזכות לשוויון, הגוזרת את החובה שלא להפלות, אין משמעה יחס שווה לכלל האנשים. זוהי זכות מורכבת הנובעת מכך שתפיסת השוויון המקובלת מבקשת ליתן יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים. שוויון אינו מחייב זהות (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא (1) 619, 677 (2006) (להלן: עניין התנועה לאיכות השלטון)). עם זאת, לא כל שונות בין אנשים מצדיקה הבחנה ביניהם, כי אם רק שוני שהוא רלוונטי לעניין הנידון (בג"ץ 200/83 וותאד נ' שר האוצר, פ"ד לח(3) 113, 119 (1984) (להלן: עניין וותאד)). "ההבדל בין הפליה פסולה לבין הבחנה מותרת נעוץ כידוע בשאלת קיומה של שונות רלוונטית בין הקבוצות שלהן העניקה הרשות יחס שונה" (בג"ץ 6758/01 ליפשיץ נ' שר הביטחון, פ"ד נט(5) 258, 269 (2005); עניין יקותיאל, פסקה 35, 37 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). על מנת לקבוע כי נפגעה הזכות לשוויון יש לבחון מיהי קבוצת השווים לצורך העניין הנידון. קבוצת השווים תיקבע בהתאם לתכלית הנורמה הנבחנת, מהות העניין ונסיבות המקרה, וכן בהתאם לתפיסות חברתיות מקובלות (בג"ץ 8300/02 נטר נ' ממשלת ישראל, פסקה 37 (22.5.12) (להלן: עניין נטר); עניין נאמן, פסקה 18 לפסק דיני; עניין התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 677; בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת, פסקה 14 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (23.2.12) (להלן: עניין ניר); בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503, 513 (2000)); עניין וותאד, בעמ' 119, 122; עניין יקותיאל, פסקה 36 לפסק דינה של הנשיאה ביניש).

במקרה זה דומני כי ניתן לומר שנפגעה הזכות לשוויון. כאמור, קצבאות ילדים הן קצבאות אוניברסאליות הניתנות לכל משפחה על פי הרכבה. תכליתן היא לסייע במימון ההוצאות המתווספות בעת גידול ילדים, ולמנוע התדרדרות לחיים בעוני של המשפחה בכלל ושל הילדים בפרט. לפיכך, הוספת תנאי לקבלת הקצבה התלוי בחיסונם של ילדי המשפחה היא זרה הן למבנה הקצבה והן לתכליותיה. אכן, קצבת ילדים משרתת את טובתם ורווחתם של הילדים, וההנחה היא כי גם חיסון הילדים נעשית לטובתם ולשמירה על בריאותם. עדיין יהיה זה מרחיק לכת לומר כי בכך משתלבת ההתניה באופן טבעי בקצבה זו. התנאי המרכזי והטבעי לקבלת הקצבה הוא

מספר הילדים. תוספות והתניות מעבר לכך (מלבד תנאים כמו תושבות, ומבלי להיכנס לסוגיית התניית הקצבאות בהכנסה) יהיו זרות לקצבה ולפיכך פוגעות בזכות לשוויון. העובדה שהקצבאות מיועדות לטובת הילדים משליכה אף היא על הקביעה כי מדובר בפגיעה בשוויון. למעשה, ילדים שהוריהם החליטו שלא לחסנם נפגעים פעמיים, גם מאי חיסונם, כמו גם מההחלטה להפחית מהקצבאות המיועדות לטובתם. קבוצת השוויון, אם כן, היא כלל ההורים המבוטחים על פי חוק הביטוח הלאומי.

50. העותרים טענו כי באופן עקרוני אין להתנות את קצבאות הביטוח הלאומי, שתכליתן העיקרית היא סוציאלית, בתנאים שנועדו להכוונת התנהגות ולהשגת מטרות חברתיות כאלו או אחרות שאינן קשורות קשר ישיר והדוק לקצבה הניתנת. הם הטעימו כי הקצבאות אינן פרס על התנהגות ראויה. כן מעלים הם חשש מובן מהרחבת ההתניות עד לכדי אבסורד. האם ניתן יהיה להתנות מתן קצבת ילדים בכך שהוריהם לא יעשנו? בשמירה על תזונה נכונה? בהתקנת סורגים לחלונות הבית? היכן יונח הגבול בין התנהגות שראוי לעודדה באמצעות התניית קצבת ילדים לבין כזו שהתניה לא תהיה הכלי הנכון והחוקתי לגביה? (ראו הערותיהם של חברי הכנסת בדיון ועדת הכספים ביום 24.6.09).

51. "תכליתו המרכזית של הביטוח הסוציאלי הינה לממש את חובתה של המדינה להבטיח רף קיום מינימלי לכלל תושביה, כדי שלא ידרדר אדם אל מתחת לסף של חיים בכבוד. הביטוח הסוציאלי, ומסגרות החוק שנועדו להגשימו, הם מרכיב חשוב בהגשמת האידיאה של חברה המבוססת על אדני צדק, שוויון ודאגה סוציאלית לנזקק" (עניין לה"ב, פסקה 44; ג'וני גל "עקרון הפיצוי במערכת הביטחון הסוציאלי לאנשים עם מוגבלות בישראל והשלכותיו" עבודה, חברה ומשפט ט 115, 118 (תשס"ב)). מערכת הביטחון הסוציאלי מבוססת על עזרה הדדית, במסגרתה ישנן קבוצות אוכלוסיה חזקות המסבסדות סיוע לקבוצות החלשות והנזקקות בחברה (עניין לה"ב, פסקה 58). 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 אריה מילר "מקומו של רעיון האשם בדיני הביטחון הסוציאלי" משפטים יד 460, 486-487 (תשמ"ה) (להלן: מילר); לטעמי, אין משמעות הדבר כי המחוקק אינו רשאי כלל להתנות את קצבאות הביטחון הסוציאלי (ראו עב"ל (ארצי) 1245/00 דיוויס - המוסד לביטוח לאומי, פסקה 13 (3.11.05)). עם זאת, התכלית הסוציאלית המרכזית בבסיס חוק הביטוח הלאומי תגרור לרוב הנחה בדבר פגיעה בשוויון במקרה של התניית

הקצבה הסוציאלית שלא מתוך התכלית הסוציאלית המרכזית שבבסיסה. לפיכך, גם טעם זה מוביל אותנו לאותה מסקנה לפיה נפגעת הזכות לשוויון במקרה דנן.

52. עם זאת, בכך לא תמה מלאכתנו. מאחר שעסקינן בחקיקה ראשית של הכנסת, הרי שיש לבחון את הסוגיה ולשאול האם הפגיעה בשוויון במקרה זה הינה פגיעה במובנה החוקתי, דהיינו האם היא עולה כדי פגיעה בזכות לכבוד האדם המעוגנת בחוק היסוד. "לכנסת, כידוע, שיקול דעת רחב במלאכת החקיקה, וישנם מצבים בהם עשויה להינתן הגנה רחבה יותר מפני פגיעה בשוויון על ידי רשות מינהלית, מזו הניתנת לפגיעה על ידי המחוקק" (עניין נטר, פסקה 43). בעניין התנועה לאיכות השלטון אומץ מודל ביניים לפרשנותו של המונח כבוד האדם שבחוק היסוד:

"מודל הביניים אינו מצמצם את כבוד האדם אך להשפלה וביזוי, אך הוא גם אינו מרחיבו לכלל זכויות האדם. על פיו, נכללים בגדר כבוד האדם אותם היבטים של כבוד האדם אשר מוצאים בחוקות שונות ביטוי בזכויות אדם מיוחדות, אך המתאפיינים בכך שהם קשורים, על פי תפיסתנו, בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם (אם בגרעינו ואם בשוליו). על פי גישה זו, ניתן לכלול בגדרי כבוד האדם גם הפליה שאין עימה השפלה, ובלבד שהיא תהא קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה וחופש פעולה וכיוצא בהם היבטים של כבוד האדם כזכות חוקתית" (עניין התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 687).

לא כל פגיעה בשוויון, אם כן, עולה לכדי פגיעה חוקתית. על מנת להוכיח פגיעה בשוויון החוקתי יש להראות כי הפגיעה בשוויון קשורה בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם (אם בגרעינו ואם בשוליו) (ראו גם עניין ניר, פסקה 11 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; בג"ץ 9722/04 פולגת ג'ינס בע"מ נ' ממשלת ישראל (7.12.06); בג"ץ 8487/03 ארגון נכי צה"ל נ' שר הבטחון, פ"ד סב(1) 296, פסקה 23 (2006); עניין נטר, פסקה 44; עניין לה"ב, פסקה 76).

53. נראה כי האפליה במקרה זה פוגעת בזכות חוקתית לשוויון כחלק מכבוד האדם. העובדה שמוחרגת מקבוצת כלל התושבים בעלי הילדים קבוצה מצומצמת של תושבים בשל בחירתה שלא לחסן את ילדיה פוגעת בכבוד האדם של קבוצה זו. הפער הנוצר בין שתי הקבוצות יוצר תחושת אפליה של הקבוצה האחרונה, שיש לה קשר הדוק לכבוד האדם (ראו בדומה עניין לה"ב, פסקה 92). הפגיעה מורכבת הן מאי כיבוד אמונתה או בחירתה של קבוצה זו שלא לחסן את ילדיה מטעמים שונים, והן מהתחושה

כי הורים אחרים שפעולותיהם עשויות לפגוע בטובת ילדיהם או בטובת הציבור בדרכים אחרות ממשיכות לקבל קצבאות ילדים מלאות. התחושה כי המחוקק התמקד דווקא בקבוצה זו ובמטרה חברתית זו שהיא היחידה בגינה קיימת התניה של קצבאות הילדים יוצרת פגיעה בכבודה של אותה קבוצה שנבחרה (ראו עניין נטר). ההשלכה שיש להפחתה זו על הבחנה בין קבוצות ילדים אף היא תורמת למסקנה כי בפנינו פגיעה חוקתית בזכות לשוויון.

עם זאת נראה כי אין צורך למעשה להכריע בשאלה זו, וזאת לאור המסקנה אליה הגעתי כי הפגיעה כאמור ממילא עומדת בדרישות פסקת ההגבלה. אעבור, אם כן, לבחון את הפגיעה במשקפיה של פסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

פסקת ההגבלה

54. כידוע, הזכות לשוויון, כשאר הזכויות, אינה זכות מוחלטת, וככזו היא מצריכה איזון עם זכויות ואינטרסים אחרים הרלוונטיים לנושא הנידון. איזון זה מתגבש בפסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו:

אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

על חשיבותה של פסקת ההגבלה עמד הנשיא ברק בפרשת התנועה לאיכות

השלטון:

"הוראה זו היא בעלת תפקיד מרכזי במבנה החוקתי שלנו. היא נקודת האחיזה עליה מונח האיזון החוקתי בין הפרט לכלל, בין היחיד לחברה. היא משקפת את התפיסה כי בצד זכויות אדם קיימות גם חובות אדם (ראו D. Hodgson, Individual Duty Within a Human Rights Discourse (2003)). היא משקפת את התפיסה כי זכויות האדם הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אינן מוחלטות אלא יחסיות. הן אינן מוגנות כדי כל היקפן. פסקת ההגבלה מדגישה את התפיסה כי הפרט חי בגדריה של חברה, וכי קיומה של החברה, צרכיה ומסורתה, עשויה להצדיק פגיעה בזכויות האדם (ראו פרשת בנק המזרחי המאוחד, עמ' 433; פרשת לשכת מנהלי ההשקעות, עמ' 384; עע"ם 4436/02 תשע"ם הכדורים - מסעדה, מועדון חברים נ' עיריית חיפה, פ"ד

נח(3) 782, 803 ; להלן - פרשת תשעים הכדורים) " (עניין התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 691-692).

55. פסקת ההגבלה מכילה ארבעה תנאים שרק בהתקיימותם במצטבר תימנע אי חוקתיותו של החוק הפוגע. התנאי הראשון הוא כי הפגיעה בזכות האדם נעשתה בחוק או לפי חוק ומכוח הסמכה מפורשת בו. התנאי השני הוא כי החוק הפוגע הולם את ערכיה של מדינת ישראל. התנאי השלישי הוא כי החוק הפוגע נועד לתכלית ראויה. התנאי הרביעי הוא כי החוק פוגע בזכות במידה שאינה עולה על הנדרש.

56. אין מחלוקת כי התנאי הראשון מתקיים. העותרים לא העלו טענות אף באשר להתקיימותו של התנאי השני. לפיכך נותר לבחון את התקיימותה של תכלית ראויה ואת מבחן המידתיות.

57. "תכליתו של חוק הפוגע בזכויות אדם היא ראויה אם היא נועדה להגשים מטרות חברתיות העולות בקנה אחד עם ערכיה של המדינה בכלל, והמגלות רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל" (עניין התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 697). כן נקבע כי ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר והפגיעה בה קשה יותר, כך צריך אינטרס ציבורי חזק יותר להצדקת הפגיעה (עניין התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 698-700 ; עניין יקותיאל, פסקה 44 לפסק דינה של הנשיאה ביניש ; עניין ניר, פסקה 19 לפסק דינה של הנשיאה ביניש ; עניין חסון, פסקה 55 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). חלק מטענות העותרים לעניין התקיימותו של תנאי התכלית הראויה מתמקד בפגיעה לבדה ולא בתכליתה. כמו כן מעלים העותרים טענות הגורסות כי המטרה של הגברת שיעור החיסונים הינה זרה לתכלית הקצבאות ועלולה ליצור תקדים מסוכן של הפחתת קצבאות בעילות שונות. כפי שציינתי לעיל איני סבורה כי כל התנאה של קצבאות הינה אסורה, והחשש ממדרון חלקלק הוא עניין למבחן המידתיות. דומני כי התכלית שעניינה בהגברת שיעור החיסונים בקרב ילדים הינה תכלית ראויה המקדמת מטרה חברתית חשובה של דאגה לבריאות הציבור בכלל ושל בריאות הילדים בפרט. התכלית בבסיס התיקון אינה מתמקדת רק בילדים שטרם התחסנו אלא גם באוכלוסיות נוספות שעוללות להיפגע כתוצאה מאי חיסונם של אותם ילדים, ובהם תינוקות רכים שטרם הגיע מועד חיסונם, אוכלוסיות שאינן יכולות להתחסן מטעמים רפואיים כלשהם, אחוז מסוים מהאוכלוסייה שהחיסון אינו מגן עליו למרות התחסנותו, וכדומה. כמצוין לעיל המחלות מפניהן מגנים החיסונים עלולות לגרום לסיבוכים קשים הפוגעים בבריאותו של אדם ובמקרים נדירים אף למותו. במובן זה תכליתו של התיקון קשורה קשר הדוק

לזכות לבריאות ולחיים. לפיכך, אף אם נאמר כי התיקון פוגע באופן קשה בזכות חשובה, הרי שתכליתו של התיקון חזקה וחשובה דיה להצדיק את הפגיעה.

58. לכך אוסיף עוד כי תכליתו של התיקון אף מביאה לידי ביטוי את עיקרון הערבות ההדדית. שאלה נפרדת היא האם היה ניתן לראות בעידוד ההתחסנות תכלית ראויה אם היה מדובר בטובת הילדים שטרם התחסנו בלבד. עם זאת, התכלית אינה עוסקת רק בטובת הילדים שלא חוסנו או שהוריהם אינם מתכוונים לחסנם, אלא בטובת אוכלוסייה רחבה יותר, כפי שתואר לעיל. לאי התחסנות אותם ילדים עלולה להיות השפעה לא רק על בריאותם וחייהם, אלא על בריאותה וחייה של אוכלוסייה רחבה יותר. עיקרון הערבות ההדדית לצד התכליות האמורות מצדיק לראות בתכלית התיקון תכלית ראויה. יש להעיר כי עיקרון זה אינו זר לחוק הביטוח הלאומי, אלא כפי שהזכרתי כבר עומד בבסיסו, אם כי בהקשר שונה.

המסקנה היא, אם כן, כי תנאי התכלית הראויה מתקיים. כל שנותר הוא לבדוק האם הפגיעה עומדת במבחן המידתיות של פסקת ההגבלה.

59. הקביעה כי תכלית החוק הפוגע הינה ראויה אין משמעה כי כל האמצעים להשגתה כשרים הם. המטרה אינה מקדשת לעולם את האמצעים (עניין יקותיאל, פסקה 47 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). לשם כך נוצר מבחן המידתיות. המבחן נחלק לשלושה מבחני משנה שעל שלושתם להתקיים על מנת שיקבע כי הפגיעה היא מידתית. מבחן המשנה הראשון הוא "מבחן ההתאמה" או "מבחן הקשר הרציונאלי". בהתאם למבחן זה נדרש קשר של התאמה בין האמצעי למטרה. מבחן המשנה השני הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. לפי מבחן זה על המחוקק לבחור באמצעי שמשיג את התכלית החקיקתית ואשר פגיעתו בזכות האדם היא הפחותה. מבחן המשנה השלישי הוא מבחן המידתיות במובן הצר. הוא בוחן את היחס הראוי בין התועלת הצומחת מהשגת התכלית הראויה לבין היקף הפגיעה בזכות החוקתית.

60. דומני כי התיקון עומד במבחן הקשר הרציונאלי. יש להזכיר כי יתכנו מספר אמצעים אשר יגשימו את המטרה. כמו כן, אין צורך להוכיח כי האמצעי יגשים באופן וודאי את המטרה, וניתן להסתפק ברמת הסתברות נאותה להגשמת המטרה (עניין התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 706; עניין חסן, פסקה 59 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). עוד יש להדגיש כי אין דרישה כי האמצעי שנבחר ישיג את המטרה במלואה ודי בהגשמה חלקית שאינה שולית או זניחה של התכלית עקב השימוש באמצעי שנבחר (עניין ניר, פסקה 23 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; עניין חסן, פסקה 59 לפסק דינה

של הנשיאה ביניש). אכן, לא ניתן לדעת בענייננו בוודאות האם התיקון ישיג את מטרתו והאם אחוז המתחסנים יעלה באופן ניכר ויצור "חסינות עדר", או למצער יצור הגנה כוללת יותר על הציבור. עם זאת, ניתן לומר כי קיימת הסתברות גבוהה דיה שמטרה זו תושג. המשיבים הביאו נתונים על הצלחת תוכניות דומות במדינות העולם ועל תמיכתו של הבנק העולמי בתוכניות כאלו (ראו גם גל, בעמ' 256-257; דו"ח מרכז המחקר והמידע של הכנסת מיום 23.6.09 בנושא הגדלת קצבאות הילדים והתנייתן). כמו כן הובאו נתונים על תוכנית מקבילה שיושמה בישראל המתנה קבלת מענק לידה בלידה שהצריכה אשפוז, וזאת במטרה לצמצם את תופעת לידות הבית. המשיבים מדווחים כי בעקבות חיקוק זה פחת באופן משמעותי מספר לידות הבית בישראל. ניסיון העבר מצביע, אם כן, על הסתברות ממשית להגשמת המטרה באמצעי זה. יש להוסיף לכך כי ההנחה היא שחלק מההורים שאינם מחסנים את ילדיהם אינם עושים זאת מסיבות אידיאולוגיות, וכי קיימת בנושא "בעיית טרמפיסט" לפיה הורים אינם ממהרים לחסן את ילדיהם וסומכים על חיסון כלל הציבור שיגן על ילדיהם מפני התפרצות מחלות. המשיבים הצביעו על קושי הקיים גם באיחור התחסנות בילדים, קושי שעשוי אף הוא להיפתר על ידי התיקון שיתמרץ הורים לחסן בזמן את תינוקם. לבסוף אציין כי לאחר שייושם התיקון ויאספו נתוני אמת באשר להשלכותיו, ניתן יהיה לבחון מחדש את המציאות שנוצרה, ויתכן כי יתברר שמציאות זו אינה עומדת במבחן הקשר הרציונאלי או במבחן מידתיות אחר (ראו בג"ץ 9333/03 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד ס(1) 277, 293 (2005)).

61. התיקון עומד לטעמי אף במבחן המשנה השני, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. יש לזכור לעניין יישומו של מבחן זה כי בית המשפט אינו שם עצמו במקום המחוקק, וכי יתערב רק כאשר שוכנע כי ניתן להשיג את התכלית המצופה תוך שימוש באמצעי שפגיעתו פחותה –

"בבדיקת עוצמת הפגיעה, והאם קיים אמצעי פוגעני פחות שניתן באמצעותו להגשים את תכלית החקיקה, בית המשפט אינו שם עצמו בנעלי המחוקק. ההנחה בבסיס מבחן הצורך היא שקיים מרחב תמרון במסגרתו עשויות להיות מספר דרכים להגשים את תכלית החקיקה, מהן יכול המחוקק לבחור בדרך אחת. כל עוד הדרך הנבחרת מצויה במרחב תמרון זה, בית המשפט לא יתערב בהחלטת המחוקק. בית המשפט יהיה נכון להתערב בדרך שנבחרה על ידי המחוקק רק מקום בו ניתן להראות שהפגיעה אינה פחותה, ושניתן להשיג את תכלית החקיקה תוך שימוש באמצעי פוגעני פחות" (עניין יקותיאל, פסקה 45 לפסק דינה של הנשיאה ביניש)

אכן, ישנו מגוון אמצעים להשגת התכלית של עידוד התחסנות. חלק מאמצעים אלו פוגעני יותר מהאמצעי שאומץ על ידי המחוקק, ולפיכך אינו רלוונטי לעניין המבחן הנידון. כך הוא באשר לסנקציות פליליות על מי שלא יחסן את ילדיו, כפי שהציעו חלק מהעותרים, וכך הוא איסור לימודים בבית ספר למי שאין בידו אישור על התחסנות, כפי שנעשה בארצות הברית (James G. Hodge & Lawrence O. Gostin, "School Vaccination Requirements: Historical, Social, and Legal Perspectives", 90 *Ky. L.J.* 831 (2001-2002)). כן יש להדגיש כי הסנקציה הכלכלית שננקטה בתיקון דומה עד מאוד לשלילת הטבה, שכן במרבית המקרים ההפחתה שתבצע בקצבת הילדים של הורים שלא חיסנו את ילדיהם שקולה להעלאת קצבאות הילדים באותו תיקון. העותרים מעלים אמצעים נוספים שעניינם בהסברה והנגשה של טיפות החלב. באשר להסברה מדובר בוודאי באמצעי ראוי, אך ממילא הוא כלול וקודם ליישום התיקון עצמו. המשיבים ציינו כי מתוכנן קמפיין ליידוע האוכלוסייה אודות החוק, שבמסגרתו אף תודגש חשיבותה של ההתחסנות. מובן כי מי שישתכנע מההליך ההסברתי ויחסן את ילדיו לא תופעל כלפיו הסנקציה של הפחתת קצבת הילדים. לפיכך בתוך האמצעי שנבחר גלום גם אמצעי ההסברה. החשש הוא כמובן שאמצעי ההסברה אין די בו וזאת לאור "כשל השוק" הקיים בחיסונים, על פיו, כאמור, ילד שאינו מחוסן יכול להיות מוגן מפני התפרצות מחלות בשל חיסון האוכלוסייה שמסביבו, אך כשל זה יכול לגרום לאי התחסנותה של אוכלוסייה מסוימת, דבר שיגרור התפרצות מגפה בקרבה.

62. באשר להנגשת תחנות טיפות החלב. קושי זה מתייחס לאוכלוסייה הבדואית בנגב, ובעיקר לאוכלוסיית הכפרים הבלתי מוכרים בנגב. בשל קושי זה, אשר המשיבים מכירים בו, נדחה יישום התיקון על מנת להיערך ולהגביר את הנגשת תחנות טיפות חלב לאוכלוסייה זו. עם זאת, הצעדים שפורטו בתגובת המשיבים מניחים את הדעת באשר לרמת הנגישות שהושגה, ובאשר למאמצים שנעשים עוד להגבירה. המשיבים מדווחים כי במחוז דרום פרוסות כיום 45 תחנות טיפת חלב, מתוכן 25 תחנות המעניקות שירות לקהילה הבדואית: 13 תחנות בישובי קבע, 8 תחנות יבילות בפזורה הבדואית, וכן תחנות בישובים היהודים הנותנות אף הן מענה לאוכלוסייה הבדואית. בנוסף קיימת ניידת טיפת חלב מיוחדת למתן חיסונים עבור האוכלוסייה הבדואית. ניידת זו עוברת כל יום במקום אחר בכפרים הבלתי מוכרים והיא נועדה לתת חיסונים לילדים של משפחות שלא הגיעו לתחנות טיפת חלב. הניידת עובדת 5 פעמים בשבוע בין השעות 8 עד 16. שלוש תחנות בפזורה הבדואית שנסגרו נפתחו מחדש ועתירה שהוגשה בעניין נמחקה בהסכמה (בג"ץ 10054/09). המשיבים פועלים גם לשם תמרוץ קליטת אחים

ואחיות במרפאות טיפת חלב בדרום ובפזורה הבדואית. לשם כך הוחלט על הגדלת התמריץ הכספי לעובדים אלו; על הוספת עובדי מנהלה ותקני אבטחה לתחנות; ועל הוספת תקנים לשם הנגשת השירותים לאוכלוסייה המתקשה להגיע לתחנות. בחודש יוני 2011 גובשה תוכנית תמריצים לכוח האדם בתחנות טיפת חלב במגזר הבדואי בדרום הארץ, כולל תשלום מענק עידוד, תשלום מענק התמדה, החזרי שכר דירה במקרים מסוימים, התחשבות בזמן הנסיעה אל ומהעבודה, תשלום מוגדל עבור שעות נוספות ומתן טלפון נייד לאחים ולאחיות. עוד מציינים המשיבים כי מופעלות מגשרות לצורך הנגשה תרבותית של השירותים, אשר בין תפקידיהן הסברה על חשיבות רישום מוקדם לטיפת חלב. עוד הוקם מסלול מיוחד של הכשרת אחים ואחיות מקרב המגזר הבדואי באוניברסיטת בן גוריון במימון משרד הבריאות. תלמידי התוכנית מתחייבים לעבוד עם סיום הלימודים במגזר הבדואי.

לזאת יש להוסיף את הנתונים הידועים כיום על התחסנות האוכלוסייה הבדואית בנגב בחיסון ה-MMRV. לפי נתונים אלו שיעור המתחסנים בחיסון זה מקרב האוכלוסייה הבדואית גבוה משיעור המתחסנים במגזר היהודי, כאשר השיעור בקרב הכפרים הבלתי מוכרים עומד על 90%, והשיעור בקרב ישובי הקבע עומד על 93.5%.

נדמה, אם כן, כי מוצו האמצעים הפוגעניים פחות להגשמת התכלית של עידוד ההתחסנות, והשלב הבא בסולם להשגת התכלית יכול להיות במישור הכלכלי כפי שנעשה בתיקון. מבחן המשנה השני מתקיים אף הוא אם כן.

63. השאלה האחרונה שעלינו לשאול היא האם ראוי הוא לעלות עוד שלב בסולם, לאחר ששלבם קודמים טרם השיגו את המטרה המיוחלת. מדובר בשאלה ערכית המבוססת על עקרונות של איזון ובוחנת את היחס שבין התועלת שבהגשמת התכלית הראויה לבין הנזק שיגרם מהפגיעה בזכויות האדם (עניין התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 707; עניין חסן, פסקה 69 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). לטעמי התיקון עומד אף במבחן זה. אמנם אין להתעלם מהפגיעה שתיגרם להורים שאינם מעוניינים לחסן את ילדיהם, אשר יופלו מול קבוצת מקבלי קצבאות הילדים ויצטרכו להסתפק בקצבה מופחתת או לנהוג בניגוד לרצונם ולחסן את ילדיהם. כן ישנו קושי בהבחנה העלולה להיווצר בין שכבות חזקות באוכלוסייה אשר תוכלנה להרשות לעצמן לוותר על חלק מקצבת הילדים על מנת לממש את רצונן שלא לחסן את ילדיהן; לבין שכבות חלשות אשר תיאלצנה לבחור בין העמקת העוני לבין ויתור על רצונן שלא לחסן את ילדיהן. מנגד, יש ליתן את הדעת על כך שהפגיעה בשוויון במקרה זה אינה שרירותית ואינה מבוססת על הבחנה חשודה כלשהי בין מגזרים שונים. כמו כן, הפגיעה צומצמה

להפחתת קצבת הילדים, ואף תוחמה לסכום מקסימאלי שיופחת. הסדרים נוספים בתיקון, ובהם זכות השגה, הודעה מוקדמת והגדלת הקצבאות לאחר התחסנות, אף הם תומכים במידתיות הפגיעה. מנגד התועלת, כפי שציינתי כבר, עשויה להיות רבה וחיובית לבריאות אותם ילדים שטרם התחסנו וחשוב מכך, לציבור בכללותו. השפעתו של כל פרט ופרט על הכלל מצדיקה איזון הפוגע במידה מוגבלת ומתוחמת בפרט לטובתו של הכלל. לא ניתן להתעלם מכך שהפרט חי בתוך חברה ולעיתים מעשיו או מחדליו משליכים על החברה שמסביבו:

"האדם אינו עומד לעצמו כפרט בודד. האדם הוא חלק מחברה (בג"ץ 6126/94 טנש נ' רשות השידור, בעמ' 833). זכויות האדם הן אפוא זכויותיו בחברה מאורגנת; הן עוסקות בפרט וביחסיו עם זולתו (בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, בעמ' 41). מכאן שכבוד האדם הוא כבודו כחלק מחברה ולא כמי שחי על אי בודד (בש"פ 537/95 הנ"ל (להלן – בש"פ גנימאת), בעמ' 413; רע"א 7504/95 יאסין נ' רשם המפלגות, בעמ' 64; בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, בעמ' 365) " (עניין עמותת מחויבות, בעמ' 496-497).

נדרש, אם כן, איזון בין זכויותיו של הפרט לטובתו של הכלל, איזון שלטעמי הוא מידתי במקרה הנידון, וזאת במתחם המידתיות הנתון למחוקק.

סיכום

64. הבחינה החוקתית של התיקון לחוק הביטוח הלאומי העלתה כי התיקון אמנם פוגע בזכות לשוויון המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך פגיעה זו עומדת בכל תנאיה של פסקת ההגבלה באופן שנוצר איזון ראוי עם זכויות ואינטרסים אחרים. משכך מדובר בתיקון מידתי ואין מקום להתערבותו של בית משפט זה. אזכיר כי בית המשפט אינו בוחן מה היה עושה הוא בנעליו של המחוקק ומה היו העדפותיו באותו עניין, אלא רק בודק האם בחירתו של המחוקק נופלת למתחם המידתיות הנתון למחוקק (ראו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 386 (1997)). עמדתי על כך שמרבית ההפחתה בקצבאות הילדים תיעשה במקביל להעלאה שנערכה בקצבאות במסגרת התיקון. כמו כן עמדתי על החשיבות המיוחדת להתחסנות הילדים, לא רק עבור בריאותם של הילדים עצמם, אלא גם לבריאות הסביבה, הציבור והכלל. המסקנה אליה הגעתי, אם כן, כי הפגיעה הנגרמת כתוצאה מהתיקון עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, ומכאן כי דין העתירה להידחות. לא ראיתי שיהיה זה נכון להטיל צו להוצאות.

לו דעתי תישמע העתירה תידחה וכאמור לא יהיה צו להוצאות.

ש ו פ ט ת

השופטת ד' ברק-ארז:

1. העתירות שבפנינו עוררו שאלות יסוד הנוגעות לאופן שבו ממשת המדינה את אחריותה לבריאות הציבור בכלל ולרווחתם של ילדים בפרט. הן גם עוררו את השאלה העקרונית של התניית זכויות וזכאויות. ככלל, אני מסכימה לפסק דינה המקיף של חברתי השופטת ע' ארבל, וסבורה גם כן כי דין העתירה להידחות. אולם, אני מבקשת להבהיר את עמדתי בהתייחס לחלק מן הטעמים התומכים במסקנה זו.

השאלות המשפטיות

2. למעשה, הדיון בסוגיה שהוצבה לפתחנו – התניית חלק מקצבאות הילדים בחיסונם במסגרת תיקון חוק – עורר כמה שאלות משנה. השאלה הראשונה עוסקת בבחינת מהותן ומעמדם המשפטי של קצבאות הילדים, שהתנייתן עומדת במרכז דיוננו. באופן יותר ספציפי, השאלה בהקשר זה היא האם הזכאות לקצבת ילדים היא זכות משפטית "רגילה", שאך ניתנת על-פי חוק, או שמא היא מהווה ייצוג של זכויות חוקתיות. ככל שנטען כי קצבאות הילדים מגלמות זכויות חוקתיות יש לבחון מהי הזכות החוקתית שאותה הן מייצגות. שאלה זו היא חשובה מאחר שאין דין פגיעה בזכות חוקתית כדין פגיעה בזכות משפטית שאינה נהנית ממעמד על-חוקי. השאלה השנייה נסבה על מהותו ותכליתו של התנאי שנקבע להענקת הקצבה: הדרישה לחיסון הילדים בגיל הינקות. במסגרת שאלה זו, יש לבחון מהי תכליתה של דרישת החיסון והאם יש זיקה בינה לבין תכליתן של קצבאות הילדים. השאלה השלישית עניינה במשטר המשפטי שחל על התנייתן של זכויות. שאלה זו קשורה בשאלה הראשונה, מאחר שאין להתייחס באותו אופן להתנייתן של זכויות משפטיות ולהתנייתן של זכויות חוקתיות. השאלה הרביעית היא האם ההבחנה שנעשתה בחקיקה בין הורים שמחסנים את ילדיהם להורים שלא מחסנים את ילדיהם עולה כדי פגיעה בזכות החוקתית לשוויון. השאלה החמישית, הנגזרת מקודמותיה, היא כיצד המכלול הנורמטיבי דלעיל משליך על הביקורת השיפוטית החוקתית על תיקון החוק, בהתאם למבחנים החוקתיים של פסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

3. כפי שצינו, השאלה הראשונה שבה יש לפתוח את הדיון נסבה על מהותן ותכליתן של קצבאות הילדים, כקביעתן בחוק הביטוח הלאומי, התשנ"ה-1995 (להלן: חוק הביטוח הלאומי). מאחר שנקודת המוצא לדיון בביקורת חוקתית על תוקפו של חוק היא מעמדה של הזכות הנפגעת, יש לפתוח ולראות אם, ובאיזו מידה, ניתן לראות בזכאות לקבל קצבת ילדים זכות הנהנית מהגנה חוקתית.

4. חברתי השופטת ארבל עמדה על תכליתן של קצבאות הילדים כחלק ממארג החקיקה הסוציאלית של ישראל. אני מבקשת להוסיף על כך התייחסות להתפתחות ההיסטורית של ההסדרים בנושא, התפתחות השופכת אור על השימוש הנמשך בהן ככלי לקידום מדיניות חברתיות.

5. ככלל, קצבאות הילדים עברו תמורות רבות מן העת שבו הונהגו לראשונה במתכונת של חקיקה ועד להסדרתן דהאידינא. 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).

6. לפני הקמת המדינה, תשלום להורים בגין ילדיהם נעשה במתכונת של תוספת לשכר העובדים (ראו: ג'וני גל ביטחון סוציאלי בישראל 97 ו-102 (2004) (להלן: גל); אברהם דורון "מדיניות קצבאות הילדים בישראל" סדרת זרקורים על מדיניות חברתית 1, 2 (2004) (להלן: דורון "מדיניות הקצבאות").

7. לאחר הקמת המדינה, בשנת 1950, הגישה ועדת קנב את דו"ח הוועדה הבין משרדית לתכנון הביטוח הסוציאלי (1950), שכלל התייחסות לתוכנית של "הענקות ילדים" (לדו"ח ולחשיבותו, ראו: אברהם דורון, בזכות האוניברסאליות – האתגרים של מדיניות הרווחה בישראל 128-129 (1995)). הדו"ח קבע כי תוכנית זו תיושם רק בשלב האחרון של הנהגת הביטוח הסוציאלי בישראל, בשל כך שביצועה אינו אפשרי מבחינה כלכלית בטווח המידי. ללא קשר, מתוך חתירה להגברת הילודה בישראל, הנהיג ראש הממשלה דאז, דוד בן גוריון, מתן פרס כספי למשפחות שלהן עשרה ילדים ויותר (גל, בעמ' 103). החל מתחילת שנות ה-50 הועלו הצעות שעניינן הענקת קצבאות ובמחצית השנייה של אותו עשור החלה הממשלה לגלות נכונות לשקול את הרעיון (מאיר

אביזוהר כסף לכל – התפתחות הביטחון הסוציאלי בישראל 67 (1978) (להלן: אביזוהר)).

8. דבר החקיקה הראשון שעסק בקצבאות ילדים התקבל רק בשנת 1959 כתיקון לחוק הביטוח הלאומי (חוק הביטוח הלאומי (תיקון) (מס' 4), התשי"ט-1959) (להלן: תיקון 4)). יוזם החקיקה היה שר העבודה מרדכי נמיר (להלן: נמיר), והרקע לה היה העלייה ההמונית ממדינות המזרח התיכון, עלייה שנמנו עימה משפחות גדולות אשר מפרנסיהן לא השתלבו באותה עת באופן מספק בשוק העבודה. יוזמת החקיקה נבעה אפוא מן הפער החברתי-כלכלי שנוצר בין משפחות העולים למשפחות הוותיקות בארץ, שהתאפיינו במספר ילדים קטן יותר בממוצע (ד"כ 27, 2639-2642 (1959); גיורא לוטן עשר שנות ביטוח לאומי – רעיון והגשמתו 38 (1964)). יש הטוענים שמאורעות ואדי-סאליב בשנת 1959 היוו זרז מהותי לחקיקת החוק (גל, בעמ' 103, אביזוהר, בעמ' 70-68), ונראה שיש לכך תימוכין חלקיים גם בדיון שהתקיים בכנסת (ד"כ 27, 2642 (1959)). באופן כללי יותר, ניתן לומר שתשלום הקצבאות היווה שלב ראשון בתהליך שבו הוגדלה מעורבותו של המוסד לביטוח לאומי בצמצום העוני ובהקטנת הפערים הכלכליים והחברתיים באוכלוסייה (אסתר שרון מערכת קצבאות הילדים בישראל: 1987-1959 מאין באה ולאן מועדות פניה? 3 (1987) (להלן: שרון)).

9. תשלומי הקצבאות תאמו, באופן עקרוני, את העקרונות הבסיסיים של הביטוח הלאומי בישראל כפי שעוצבו באותה תקופה, במובן זה שהם הוענקו על בסיס אוניברסאלי ללא תלות בגובה ההכנסה. עם זאת, הקצבה הוענקה תחילה רק למשפחות שבהן היו לפחות ארבעה ילדים, ורק בגין ילדים שגילם נפל מגיל 14 (מיכל אופיר ותמי אליאב קצבות הילדים בישראל: מבט היסטורי וראייה בינלאומית (2005) (להלן: אופיר ואליאב)). השר נמיר הסביר כי הסיבה להצבת תנאים אלה היא תקציבית, וכי השאיפה היא להניח תשתית שתורחב בהדרגה. הדיונים על היקפו של תיקון 4 לא היו סוערים במיוחד, למרות ההסתייגויות מהיקפו המצומצם. חברי הכנסת תמכו בתיקון 4 והביעו את תקוותם כי בעתיד יורחבו תנאי הזכאות, וכי הוא יצליח כבר בהווה לקדם את עידוד הילודה, את מיגור העוני ואת חיזוק השוויון בקרב הקבוצות השונות בחברה הישראלית (ד"כ 27, 2667-2680 (1959)).

10. בשנת 1965 הורחבו קצבאות הילדים בכמה מובנים: ראשית, הקצבאות שולמו בגין ילדים קטינים ללא הבחנה גילאית ביניהם (עד גיל 18); שנית, לקצבה המשולמת מן הביטוח הלאומי נוספה קצבת ילדי עובדים, ששולמה רק לשכירים על-ידי מעבידיהם, אך במימון המוסד לביטוח לאומי, בגין שלושת ילדיהם הראשונים. לפיכך,

נחשבה קצבה זו להכנסה החייבת במס (בשונה מקצבת הילדים הרגילה) (ראו: חוק הביטוח הלאומי (תיקון מספר 12), התשכ"ה-1965, ס"ח 461, 208; תקנות הביטוח הלאומי (קיצבת ילדי עובדים) (עובדים חלקיים ודורשי עבודה), תשכ"ה-1965 שהותקנו מכוח סעיפים 31 ו-115 לחוק הביטוח הלאומי, התשי"ד-1953; גל, בעמ' 103). מעבר לכך, בראשית שנות ה-70 הונהג תשלום של תוספת גמלה למשפחות שבהן ארבעה ילדים או יותר, אם אחד מבני המשפחה שירת בשירות הביטחון (להלן: קצבת יוצאי צבא). תשלום זה שולם ישירות מהמוסד לביטוח לאומי והיה פטור ממס (תקנות בדבר מתן הענקות לחיילים ולבני-משפחותיהם, התש"ל-1970, ק"ת 2605, 2180 שהותקנו מכוח סעיף 40(ב1)(2) לחוק החיילים המשוחררים (החזרה לעבודה), התש"ט-1949). בשנת 1975 הורחב תשלום זה והוחל גם על משפחות שבהן שלושה ילדים בלבד (תקנות בדבר מתן הענקות לחיילים ולבני משפחותיהם (תיקון), התשל"ה-1975, ק"ת 3298, 1001). במרוצת השנים ניתנו תשלומים גם למשפחות נוספות, שלא עמדו בתנאי הסטטוטורי של שירות צבאי – משפחות חרדיות קיבלו תשלומים נוספים ממשדד הדתות ומשפחות של עולים חדשים קיבלו תשלומים כאלה מהסוכנות היהודית (גל, בעמ' 104; אליאב ואופיר, בעמ' 5-6; יורם מרגליות "קצבאות ילדים" ספר ברנזון כרך שני – בני סברה 733, 745, ה"ש 40 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000) (להלן: מרגליות)).

11. ניתן אפוא לסכם ולומר כך: ככלל, במחצית הראשונה של שנות ה-70 ניתנו תמיכות כספיות למשפחות גדולות יחסית בכמה מתכונות: ראשית, ניתנו קצבאות ילדים אוניברסאליות על-ידי המוסד לביטוח לאומי; שנית, ניתנו קצבאות נוספות במגזר היהודי למשפחות בגין ילדיהן (בין קצבאות יוצאי צבא ובין קצבאות אחרות); שלישית, קצבאות ילדי עובדים שולמו לשכירים על-ידי מעבידיהם, ואלה היו חייבות במס הכנסה. מנגנונים אלה נוספו, כמובן, על תשלומי רווחה אחרים שהמשפחות היו זכאיות להם בהתאם למצבן הכלכלי. כמו כן, משפחות בעלות הכנסה גבוהה יחסית נהנו מהטבות במס שהתחשבו בגודל המשפחה, אך מהטבה זו נהנו רק משפחות בעלות הכנסה גבוהה יחסית שהכנסותיהן היו חייבות במס. חוסר התיאום בין האפיקים השונים של ההטבות באותה עת וההכרה בכך שמשפחות מרובות ילדים מהוות קבוצה שבה תחולת העוני והמצוקה גבוהה יותר היוו זרז לרפורמה בתחום (הצעת חוק הביטוח הלאומי (תיקון מספר 12), התשל"ג-1972, ה"ח הממשלה 1022, 30; הצעת חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מספר 18), התשל"ג-1972, ה"ח הממשלה 1022, 31; חוק הביטוח הלאומי (תיקון מספר 12), התשל"ג-1973, ס"ח 695, 142; רפאל רוטר הרפורמה בקיצבות ילדים בישראל (1972); אריה ניצן עשרים שנות ביטוח לאומי בישראל (1975) (להלן: ניצן)).

12. המדיניות ביחס לקצבאות עברה טלטלה נוספת בעקבות המלצותיה של ועדת בן שחר בנושא הרפורמה במס הכנסה בשנת 1975 (דין וחשבון הוועדה לרפורמה במיסים – המלצות לשינוי המס הישיר, 25-א-26 (1975)). בהתאם להמלצות הוועדה, הופסק הטיפול הכפול בקצבאות הילדים – במסגרת דיני המס ובמסגרת דיני הביטוח הלאומי – והוחלט להעניק קצבאות פטורות ממס על בסיס אוניברסאלי לכל המשפחות של השכירים (ושאינם שכירים) עבור כל הילדים במשפחה (החל מהילד הראשון) עד הגיעם לגיל 18 (חוק הביטוח הלאומי (תיקון מספר 17), התשל"ה-1975, ס"ח 773, 152; שרון, בעמ' 9-11).

13. המגמה של הרחבת הזכאות השתנתה בשנות ה-80 על רקע השאיפה להקטין את ההוצאה הציבורית. היקף הקצבאות צומצם בכללותו. כמו כן, קצבאות הילדים בגין שני הילדים הראשונים – במשפחות שמנו עד שלושה ילדים ושיעור המס השולי על שכר המפרנס העיקרי בהן היה 50% לפחות – חויבו במס (חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מספר 59), התשמ"ד-1984, ס"ח 1107, 64; שרון, בעמ' 11-12). בשנת 1985 הוטל מס גם על קצבת הילדים בגין הילד השלישי במשפחות שמנו עד שלושה ילדים וכן הורד שיעור המס השולי, שהחל ממנו חל החיוב במס. בנוסף, בוטל התשלום האוניברסאלי של קצבת הילדים בגין הילד הראשון, מלבד במשפחות בעלות הכנסה נמוכה (חוק הסדרים לשעת חירום במשק המדינה, התשמ"ו-1985, ס"ח 1159, 20; שרון, בעמ' 12-13). ההסדר של שנת 1985 היה אמור להישאר בתוקף לשנה אחת בלבד, אולם הוא "שרד" (בשינויים שונים שעניינם גובה הסף של מבחן הכנסה) עד שנת 1993 (אופיר ואליאב, בעמ' 8; שרון, בעמ' 12-13).

14. תנועת המטוטלת של המדיניות בתחום קצבאות הילדים המשיכה במלוא עוזו גם בשנות ה-90. תחילה, המשיכה המגמה של צמצום האוניברסאליות שאפיינה את הענקת הקצבאות בסוף העשור הקודם וזכאותן של משפחות קטנות שאינן מוגדרות "נזקקות" צומצמה משמעותית. בהמשך, חלה מגמה של הרחבה, תוך חיזוק יסוד האוניברסאליות בהענקת הקצבאות. במהלך עשור זה חלו התמורות הבאות: בוטלה התניית הזכאות לקצבה בגודל המשפחה; בוטלו בהדרגה קצבאות יוצאי הצבא; הוגדלו בהדרגה הקצבאות למשפחות גדולות (חוק הסדרים לשעת חירום במשק המדינה (תיקון מספר 15), התש"ן-1990, ס"ח 1328, 188; חוק הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה), התשנ"א-1991, ס"ח 1351, 125 (תיקון עקיף לחוק הסדרים לשעת חירום במשק המדינה, התשמ"ו-1985); חוק מס הכנסה (הוראת השעה), התשנ"ג-1992, ס"ח 1407, 22 (תיקון עקיף לחוק הסדרים לשעת חירום במשק המדינה, התשמ"ו-1985);

חוק הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב), התשנ"ד-1994, ס"ח 1445, 45 (תיקון עקיף של סעיף 40 לחוק חיילים משוחררים (החזרה לעבודה), התש"ט-1949); דליה גורדון ותמי אליאב "אוניברסליות מול סלקטיביות בהענקת קצבאות ילדים ותוצאות מגבלות הביצוע" 78, 75, 50 בטחון סוציאלי (1997) (להלן: גורדון ואליאב).

15. הטלטלה נמשכה, ואף ביתר שאת, בעשור שלאחר מכן. בשנת 2001 הוגדל באופן משמעותי שיעור קצבת הילדים למשפחות גדולות – בגין הילד החמישי ואילך. אולם, בסמוך לאחר מכן החל קיצוץ מדורג בכלל הקצבאות שניתנו במשק, לרבות קצבאות הילדים, לשם צמצום ההוצאה הציבורית. שינוי מרכזי נוסף שחל בתקופה זו היה השוואת הקצבה הניתנת בגין כל ילד במשפחה, מבלי להתחשב במקומו במניין הילדים. במקביל, הניסיון לחדש את קצבת יוצאי הצבא לא צלח (ראו: דורון "מדיניות הקצבאות", בעמ' 4; אברהם דורון "רב תרבותיות בישראל ושחיקת התמיכה ב'מדינת רווחה'" עיונים בתקומת ישראל 14, 55, 63-64 (2004)); הכנסת מרכז המחקר והמידע קצבאות הילדים בישראל: סקירה היסטורית – מסמך עדכון 8 (2008).

16. השאלה שבפנינו קשורה בשלב התפתחות נוסף של המדיניות בנושא קצבאות הילדים במסגרת תיקון מס' 113 לחוק הביטוח הלאומי, אשר נחקק במסגרת חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), התשס"ט-2009 (להלן: התיקון). במסגרת התיקון הוגדלו באופן הדרגתי סכומי הקצבאות בגין הילד השני, השלישי והרביעי במשפחה (בשיעור של 100 שקל בחודש בגין כל ילד), וכן הותנתה הזכאות לקבלת מלוא שיעור הקצבאות בחיסון הילדים.

17. פרישת ההיסטוריה המקוצרת של הזכאות לקצבאות ילדים מלמדת מספר דברים חשובים. בראש ובראשונה, היא מדגימה כיצד הזכאות לקצבת ילדים שימשה מאז ומתמיד פלטפורמה לקידום תכליות ציבוריות לאומיות (למשל, עידוד הילודה וצמצום פערים חברתיים) החורגות מעבר לתכלית הצרה יותר של תמיכה בכלכלת המשפחה. כך למשל, בדיון שהתקיים בכנסת בתיקון 4, שהוליד לראשונה את קצבאות הילדים, אמר השר נמיר כך:

"החוק נועד להשיג שלוש מטרות: חברתית דמוגרפית וכלכלית. א) להקל קשיים במצבם הסוציאלי של חלקים חלשים באוכלוסיה; ב) לעצור בעד סימנים של מגמות שליליות בהתפתחותנו הדמוגרפית; ג) לסלק כמה שיבושים ואנומליות בתחום התעסוקה ובחלוקת השכר במפעלים, בקשר למצבם המשפחתי של העובדים" (ד"כ 2639, 27 (1959)).

18. ההיסטוריה החקיקתית מדגימה גם את העובדה שקצבאות הילדים ביטאו במהלך השנים מדיניות רווחה שונה ומשתנה. כלומר, הכלי נותר אחד, אך נוצקו לתוכו תכליות, או לפחות תכליות משנה, שונות. מעל דברי החקיקה העוסקים בעקיפין ובמישרין בקצבאות הילדים מרחפת במשך כל השנים המטרה של צמצום העוני בקרב ילדים. עם זאת, בכל אחת מהתקופות שנסקרו, לצד התכלית של מיגור העוני עמדו תכליות נוספות. למעשה, כבר תיקון 4 שהוליד את קצבאות הילדים נועד לתת מענה, לשיטת מחוקקיו, לנתונים דמוגרפיים ביחס להיקף הילודה בישראל. מטרה נוספת, באותה עת, הייתה גישור על הפערים החברתיים שנוצרו בין קבוצות עולים שונות במטרה לקדם את התערותן בישראל.

19. התנודה החוזרת ונשנית בין הרחבת הזכאות לקצבאות גם למשפחות קטנות לבין צמצומן למשפחות גדולות בלבד, וחוזר חלילה, מסמנת את המתח הקיים בין התפיסה הגורסת שתפקיד המדינה ככלל הוא להשתתף בעלויות גידול ילדים ביחד עם הוריהם (דורון "מדיניות הקצבאות", בעמ' 2) לבין התפיסה הרואה בקצבאות ילדים דרך להגשים תפקידים אחרים שהמדינה נטלה על עצמה כגון צמצום אבטלה, צמצום הפערים בחברה ועידוד הילודה (מרגליות, בעמ' 734-754). הלכה למעשה, נמצאנו למדים כי קצבאות הילדים היוו לאורך השנים אמצעי להגשמת תכליות מאקרו חברתיות וכלכליות משתנות שהועמדו בראש סדר היום המדיני בכל תקופה. לענייננו חשוב לשים לב לנתונים הבאים: קצבאות הילדים אמורות לקדם את רווחתן של משפחות המגדלות ילדים קטינים. עם זאת, קצבאות הילדים אינן משולמות בקורלציה למצב הכלכלי של המשפחה (ובכך הן שונות מתשלומי הבטחת הכנסה) (השוו: בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729 (2004) (להלן: עניין מנור), שבו נדרש הנשיא (כתוארו אז) א' ברק לקצבת הזקנה וקבע כי, בשונה מגמלת הבטחת הכנסה, זו אינה מיועדת להבטיח קיום מינימאלי בכבוד). לכל היותר, ניתן לומר שהן ניתנות על בסיס של צורך משוער של משפחות המגדלות ילדים (השוו: אברהם דורון, מדינת הרווחה בעידן של תמורות 72 (1987)). בנוסף לכך, התכלית של קידום רווחתן הכלכלית של משפחות המגדלות ילדים אינה עומדת כתכלית יחידה של הענקת הקצבאות.

20. ניתן אפוא לקבוע כי לנוכח ריבוי הפנים של הזכאות לקצבת ילדים, כמו גם השינויים שעברה לאורך השנים, תכליתה של קצבה זו היא תכלית רחבה של חתירה לקידום רווחתם של הילדים בחברה הישראלית, לצד קידום המדיניות החברתית של הממשלה באותה עת. תובנה זו חשובה לצורך המשך הדיון במעמדה המשפטי של הקצבה.

קצבאות ילדים: זכויות משפטיות או זכויות חוקתיות

21. קצבאות הילדים ניתנות כיום מכוח חוק – חוק הביטוח הלאומי. האם הזכות לקבל קצבאות ילדים באופן שבו היא ניתנת כיום, מהווה מימוש של זכות חוקתית? כמו חברתי השופטת ארבל, אף אני סבורה שלא הוכח בפנינו כי אלה הם פני הדברים בעת הזו.

22. להכרעה בשאלה זו יש נפקות של ממש לגבי המשך הליך הבחינה החוקתי, מאחר שלא הרי התניית האמצעי המשפטי להגשמת הזכות החוקתית כהרי התניית הזכות החוקתית עצמה. אכן, ללא אמצעים משפטיים להגשמתה של הזכות החוקתית, עלולה הזכות להיוותר כקליפה נורמטיבית ריקה מתוכן. בהחלט ייתכנו מצבים, שבהם התניה או שלילה של האמצעי להגשמת הזכות החוקתית יעלו כדי פגיעה בזכות עצמה. אולם, זאת יש לבחון בכל מקרה ומקרה. ניתן לדמות את הדברים לבניין בן שתי קומות: בקומה העליונה מצויה הזכות החוקתית עצמה; בקומה התחתונה מצויים האמצעים להגשמתה. פגיעה קשה מדי, אם על דרך ההתניה ואם בדרכים אחרות, ביסודות הקומה התחתונה יובילו אף לפגיעה בקומה העליונה – היא קומת הזכות החוקתית ויערערו את ההגנה עליה. השאלה היא אפוא האם עלה בידי העותרים להוכיח כי התניית הזכאות לקצבאות ילדים עולה כדי פגיעה בזכות חוקתית. דוגמאות נוספות הממחישות את חשיבותה של הבחנה זו ואת נפקותה ניתן למצוא בפסיקה שנדרשה לבחינת הפגיעה בזכות הגישה לערכאות. כך, למשל, נפסק כי אין לאדם זכות מוקנית לממש את זכות הגישה לערכאות באמצעות הליך דינוי מסוים, ורק באמצעותו; ועל כן, הגבלת היכולת להגיש תובענה ייצוגית אינה עולה בהכרח כדי פגיעה בזכות הגישה לערכאות (ראו והשוו: בג"ץ 2171/06 כהן נ' יו"ר הכנסת, פסקאות 21 ו-24 (לא פורסם, 29.8.2011)).

23. קצבאות ילדים והזכות לכבוד – אכן, פסיקתו של בית משפט זה הבהירה, חזור ובהרה, כי ההגנה על הזכות לקיום אנושי בכבוד באה בגדרה של ההגנה על הזכות לכבוד האדם המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וכי ההגנה עליה זהה להגנה הניתנת לזכויות היסוד האחרות (בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464, 482-484 (2005); בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי (28.2.2012), פסקאות 34-36 (להלן: עניין חסן)). עם זאת, יש להבחין בין הזכות החוקתית לבין האמצעים החקיקתיים והמינהליים המשמשים להגשמתה. הגשמתה של הזכות לקיום אנושי בכבוד אינה חייבת להיעשות באמצעות תשלום

קצבאות ילדים, ובמצב המשפטי הנוכחי אף אין זה ברור כלל כי הן משולמות לשם כך. כעניין של מדיניות, ועל מנת לקדם תכליות ציבוריות-לאומיות שונות, בחר המחוקק הישראלי לדאוג לרווחתן של משפחות עם ילדים, באשר הן, ללא קשר למצבן הכלכלי.

24. בתנאים חקיקתיים שבהם המדינה אינה דואגת לאמצעי קיום לאוכלוסיות מוחלשות, תשלום קצבאות הילדים עשוי להבטיח, הלכה למעשה, את הקיום בכבוד שלהן. אולם, בעת הזו לא הוכח בפנינו כי הזכאות לקבל קצבאות ילדים נועדה לשמור על הקיום האנושי בכבוד או חיונית לשמירתה, וכי על כן בנסיבות העניין התנייתה של זכאות זו אינה כשלעצמה התניה על זכות חוקתית. אין בדברים אלה כדי לשלול את האפשרות להוכיח, כי במקרה נתון, או בשל שינויים אחרים במערך הרווחה בישראל, קיצוץ בקצבאות הילדים יביא לפגיעה בזכותם של יחידים לתנאים בסיסיים של קיום בכבוד. כאמור, עניין זה לא נטען בפנינו, וממילא לא הוכח. ניתן להוסיף, כי סעיף 68(ג) לחוק הביטוח הלאומי מורה על תשלום תוספת לקצבת הילדים הרגילה בעד הילד השלישי והילד הרביעי במקרה שבו ההורה זכאי לגמלה של הבטחת הכנסה או לתשלום מזונות באמצעות הביטוח הלאומי, אך תיקון החוק שבפנינו אינו משליך על תוספת מיוחדת זו ואינו גורע ממנה.

25. קצבאות ילדים והזכות לקניין – העותרים טענו גם כי הזכאות לקצבת ילדים היא זכות קניינית החוסה תחת כנפיה של ההגנה החוקתית על הקניין לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, תוך החלתה של הגנה זו גם על קניין מסוג של "קניין חדש". אכן, במהלך השנים, המושג "קניין" זכה להבנה רחבה וריאליסטית יותר. כיום, זכויות כלפי המדינה (זכות לרישיון, זכות לגמלה) אינן חשובות פחות למצבו הכלכלי של אדם מאשר זכויות קניין קלאסיות, וחשיבותן אף עשויה לעלות על זו של הקניין הקלאסי, כפי שהראה המלומד רייך במאמרו הקלאסי בנושא (Charles Reich, *The New Property*, (1964) 73 Yale L. J. 733). ההגנה המשפטית על הקניין החדש זכתה להכרה גם בפסיקתו של בית משפט זה (ראו: בג"ץ 4806/94 ד.ש.א נ' שר האוצר, פ"ד נב(2) 193, 200-202 (1998); בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 275 (2002)), ואף ניתן בה ביטוי להכרה בקצבאות רווחה מסוימות כקניין חדש (עניין מנור, בעמ' 739). עם זאת, ההכרה בזכויות כלפי המדינה כקניין אינה יכולה להיות זהה בכל מאפייניה להגנה על זכויות קניין מסורתיות. כאשר המדינה מבקשת ליטול לעצמה חלקת קרקע בבעלותו של אדם זוהי פגיעה בקניין הטעונה הצדקה חוקתית וצריכה לעמוד במבחניה של פסקת ההגבלה. אין מקום להחיל אותו משטר משפטי בדיוק על מצב שבו המדינה מבקשת לצמצם זכאות שניתנת לאדם מאוצר המדינה. זכאות לתשלום של קצבת ילדים, למשל, מבטאת בין השאר מדיניות כלכלית וחברתית

שהייתה נהוגה בעת הענקתה. אימוץ הגישה לפיה היקף הזכאות לקצבה כפי שנקבע בעבר הפך לזכות קניין במובן הקלאסי היה מוביל למסקנה שהמדינה מוגבלת מאד, למעלה מן הראוי, באפשרויות הפתוחות בפניה לשנות את מדיניותה החברתית והכלכלית (השוו: דפנה ברק-ארז, משפט מינהלי, כרך א, 50-52 (2010) (להלן: ברק-ארז, משפט מינהלי); דפנה ברק-ארז, אזרח-נתין-צרכן – משפט ושלטון במדינה משתנה (להלן: ברק-ארז, אזרח-נתין-צרכן)). תפיסה זו עומדת בניגוד לתפיסה הדמוקרטית, לצרכים של חיי המעשה ולרתיעה המוצדקת מפני "קידוש" הסטטוס-קוו (אשר עשוי לשקף לעתים גם הטיות לא מוצדקות לטובת קבוצות חזקות שפעלו לחקיקת חוקים המיטיבים עמן בעבר). כמובן, אילו הזכאות לקצבת ילדים הייתה נדרשת לשם הגנה על הקיום האנושי בכבוד, אזי היה זה טעם טוב להטלת הגבלה על הפחתתה. בנוסף לכך, זכויות לקבלת קצבאות מן המדינה צריכות להיות מוגנות במובן זה שהענקתן צריכה להיות שוויונית וששינויים בהם צריכים להתחשב בשיקולים של הסתמכות לגיטימית עליהן. זאת ועוד: יכול להיות מקום להבחנות נוספות, כגון הבחנה בין קצבה המבוססת על מנגנון ביטוחי או היבט של חיסכון באמצעות תשלומי חובה ששולמו במשך השנים (כדוגמת קצבת זקנה. ראו: עניין מנור, בעמ' 739) לבין קצבה שניתנה במתכונת של הענקה חד-צדדית (השוו: דפנה ברק-ארז "הגנת ההסתמכות במשפט המנהלי" משפטים כז 17 (1996); בג"ץ 3734/11 חיים דודיאן נ' כנסת ישראל, פסקאות 24-25, (15.8.2012)). מכל מקום, הטענה של "מה שהיה – הוא שיהיה", כשלעצמה, אינה יכולה להספיק.

26. אוסיף ואדגיש: הקביעה שאין זכות חוקתית לקבל תמיכה מן המדינה בדרך של קצבאות ילדים דווקא, אינה מעידה על כך שאין לזכאות זו חשיבות. יתר על כן, משבחרה המדינה לשלם קצבאות ילדים על-פי חוק עליה לעשות זאת בדרך שעומדת בסטנדרטים חוקתיים, ובהקשר זה, בין השאר להבטיח כי תשלום הקצבאות ייעשה במתכונת שוויונית שאינה נגועה בהפליה (להבדיל כמובן, מקביעת תנאים לגיטימיים לקבלת הקצבאות), כמבואר בהמשך.

27. כפי שציינה השופטת ארבל, הטענה בדבר פגיעה בזכויות הועלתה בפנינו גם תוך הדגשה מיוחדת של פגיעה נטענת בזכויות הילדים שהקצבאות אמורות להשתלם בגינם, להבדיל מזכויות הוריהם. טענה זו נתמכה בתפיסה העדכנית המכירה בזכויותיהם של ילדים, ואינה מצדדת רק בהגנה פטרנליסטית על טובתם (השוו: ע"א 2266/93 פלוני, קטין נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, 251-255 (1995); יחיאל ש' קפלן "זכויות הילד בפסיקה בישראל – ראשית המעבר מפטרנליזם לאוטונומיה" המשפט ז 303 (2002)). התפתחות זו היא אכן בעלת חשיבות רבה. אולם, בנסיבות העניין, אין

בה כדי לשנות את מסגרת הדיון. ראשית, ראוי לשים לב כי ההבחנה בין זכויותיהם של ילדים לבין דרישת טובתם, מבלי לשאול את פיהם, היא חשובה במצבים שבהם ניתן להתייחס לאוטונומיית הרצון של הילד. לעומת זאת, ענייננו מתמקד בפעוטות רכים בשנים, אשר אין חולק כי אינם יכולים לנקוט עמדה אוטונומית ומושכלת בשאלה האם להתחסן. יודגש בהקשר זה, כי ההסדר הסטטוטורי מורה במפורש על המשך תשלום הקצבה גם במקרה שבו הילדים לא חוסנו, לאחר שחולף המועד המתאים לחיסון בתקופת הילדות המוקדמת. שנית, טענתם של העותרים באשר לפגיעת התיקון בזכויות הילד נטענה באופן כוללני מבלי לציין איזו מבין הזכויות נפגעת. הדיון שקיימנו מבהיר כי ההפחתה המותנית בקצבאות הילדים אינה פוגעת, כשלעצמה, בזכות חוקתית, וממילא גם לא בזכויות חוקתיות של ילדים (אלא אם כן תהיה פסולה מטעם אחר, כדוגמת הפלייה, עניין שייבחן בנפרד בהמשך). במידה מסוימת, הטענה לפגיעה בזכויות הילדים במקרה זה מבקשת לחזור על הטענה בדבר הפגיעה באוטונומיה של ההורים לקבל החלטות באשר לטובת ילדיהם. מתח זה קיים תדיר ביסוד ההחלטות בנוגע לטובתם של ילדים, והוא חוזר ועולה, למשל, בהקשר להחלטות שעניינן חינוך הילדים (השוו: יורם רבין, הזכות לחינוך 121-124 (2002)).

תכליתה של דרישת החיסון: בין זכויות לאינטרס ציבורי

28. על יסוד האמור עד כה בכל הנוגע למעמדן המשפטי של קצבאות הילדים ולתכלית שביסודן, יש להידרש לשאלה השנייה – השאלה שעניינה מהותו ותכליתו של התיקון שעניינו התנאת חלק מהזכאות לקצבה בחיסון הילדים.

29. מדיניות החיסון של ילדים בגיל הרך נחשבת כיום לכלי חשוב ביותר בהגנה על בריאותם של ילדים – הן מהיבט זכותו של כל ילד לבריאות טובה והן מהיבטו של האינטרס הציבורי בהדברתן של מגפות, שגבו בעבר קורבנות רבים (ראו למשל: David E. Bloom, David Canning & Mark Weston, *The Value of Vaccination*, 6 World Economics 15 (2005); Saad B. Omer and others, *Vaccine Refusal, Mandatory Immunization, and the Risks of Vaccine-Preventable Diseases*, 360(19) New England J. Medicine 1981 (2009)). מדינת ישראל הצטיינה משחר הקמתה בפעילותן של טיפות חלב, שהיו אבן בריח חשובה בהבטחת בריאות האוכלוסייה. מערך זה של בריאות הציבור הבטיח הענקת חיסונים לילדים, לטובתם ולטובת הציבור בכללותו.

30. במהלך השנים החלו נשמעים קולות ביקורת כנגד מדיניות החיסון הגורפת של ילדים. יש הורים הנמנעים מחיסון ילדיהם מטעמים שונים – הן בשל קיומן של עמדות

הרואות בחיסון סכנה לבריאות הילדים והן בשל עמדה עקרונית המעדיפה חיסון "טבעי" הנרכש לאורך השנים באמצעות הידבקות "כדרך הטבע". כל עוד ההימנעות מחיסון אינה נחלת רבים, הבחירה בחלופה זו היא לכאורה חלופה רציונאלית מבחינת הנוגעים בדבר בשל האפקט המכונה "חיסון העדר", היינו העובדה שגם מי שאינם מחוסנים מוגנים למעשה מהידבקות במחלות כאשר מרבית האנשים שבקרבתם הם חיים מחוסנים כדבעי. קיימת אפוא בהקשר זה סכנה של "טרמפיזם" (Free Riders) אשר התגברותה יכולה לגרוע, בסופו של דבר, מן התופעה של "חיסון העדר" הנחלשת ככל ששיעורם של הבלתי-מחוסנים גדל. למעשה, ההחלטה על בחירה בחיסון מתאפיינת בסממנים של "דילמת אסיר" – זוהי החלטה שיש לקבל בתנאים של אי-ודאות לגבי פעולתם של אחרים ושתועלתה מנקודת מבטו של הפרט תלויה גם בהתנהגותם של אותם אחרים. פרטים הניצבים בפני החלטה אם להתחסן יטו תמיד, מהיבט קידום התועלת האישית בלבד, שלא להתחסן (ובלבד שאחרים מתחסנים). זהו מצב מובהק של "כשל שוק" המצדיק התערבות (ראו גם: Christine Parkins, *Protecting the Herd: A Public Health, Economics, and Legal Argument for Taxing Parents Who Opt-Out of Mandatory Childhood Vaccinations*, 21 S. Cal. Interdisc. L. J. 437 (2011)). הלכה למעשה, ניתן להצביע על הידרדרות בהיקפי החיסון של ילדים. עמדתו המקצועית של משרד הבריאות, המגובה בחוות דעת מקצועיות ברורות בנושא, היא שהירידה בהיענות לחיסון ילדים מהווה סכנה בריאותית, הן לילדים עצמם והן לציבור בכללותו (בשל סכנת הידבקות מילדים שלא חוסנו ונדבקים לאחר מכן במחלות קשות).

31. תיקון החקיקה החדש נועד לתת מענה לבעיה שהוצגה. בעיה זו מוכרת גם במדינות אחרות, כשבהקשר זה ניתן להצביע על קשת של תגובות למצבים של אי-חיסון ילדים. ראו באופן כללי: Daniel Salmon and others, *Compulsory Vaccination and Conscientious or Philosophical Exemptions: Past, Present and Future*, 367 *Lancet* 436 (2006). מבין הדוגמאות המוכרות, ארצות הברית וצרפת מייצגות גישה נוקשה לאכיפתה של חובת החיסון. בצרפת, חוק בריאות הציבור (Code de la Sante Publique) קובע שהורים ואפוטרופסים של ילדים אחראים באופן אישי לחיסונם, והוכחה על עריכת החיסון כנדרש צריכה להיות מוצגת עם קבלתו של הילד למסגרת חינוכית (סעיף L3111-2 לחוק). לצידה של חובה זו נקבעו סנקציות פליליות של מאסר של עד ששה חודשים וקנס (סעיף L3116-4 לחוק). גם בארצות-הברית נהוגה מדיניות של חובת חיסון. האמצעים הננקטים, כמו גם היקף הפטורים המוגבלים הניתנים מטעמי דת או מצפון, משתנה בין המדינות השונות, מאחר שעניינים אלה מוסדרים בארצות-הברית על בסיס מדינתי, ולא פדראלי. עם זאת, ניכר כי אמצעי מרכזי שנעשה בו שימוש הוא הטלת הגבלה על רישום ילדים לבתי ספר, כאשר אינם מחוסנים בהתאם

לתוכנית החיסונים הבסיסית, בשל חשש להדבקת אחרים. עתירות חוקתיות שתקפו בעבר חוקים שהטילו חובות חיסון – נדחו, מתוך הכרה בחשיבותם של החיסונים לבריאות הציבור. ראו: *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905) (דיון כללי בחובת חיסון); *Zucht v. King*, 260 US 174, 176-77 (1922) (דיון ספציפי בהתנייתו של רישום לבית ספר בעריכת חיסון). לצד זאת, נעשה במשך השנים שימוש גם בסנקציות נוספות, ובהן קביעתה של חובת חיסון סטטוטורית שהפרתה גוררת קנס וקיצוץ בתקציבי חינוך עירוניים. בעיר ניו-יורק, למשל, הוחלט על הטלת קנסות על בתי ספר שיקבלו לשורותיהם ילדים שאינם מחוסנים, גם כאשר עניינם של אלה חוסה תחת אחד החריגים המתירים להורים שלא לחסן את ילדיהם. הקנס מושת בגין כל יום שבו נכח בשטח בית הספר ילד שלא חוסן. באופן האמור ביקשה עיריית ניו-יורק ליצור תמריץ בקרב ההורים לחסן את ילדיהם, שהרי אם לא יעשו כן תקציב בית הספר ייפגע ורמת החינוך שבכוחו לספק תרד. ראו עוד: Alan R Hinman, Walter A Orenstein, Don E Williamson & Denton Darrington, *Childhood Immunization: Laws That Work*, 30 J. L. Med. & Ethics 122, 123 (2002); Gary L Freed, Victoria A Freeman & Alice Mauskopf, *Enforcement of Age-Appropriate Immunization Laws*, 14(2) Am. J. Prev. Med. 118 (1998); D. Isaacs, H. A. Kilham & H. Marshall, *Should Routine Childhood Vaccinations be Compulsory?*, J. Pediatr. Child Health 40(7) 392, 395 (2004); Anthony Ciolli, *Religious & Philosophical Exemptions to Mandatory School Vaccinations: Who Should Bear the Costs to Society?*, 74 Mo. L. Rev. 287 (2009); Ross Silverman, *Litigation, Regulation, and Education – Protecting the Public's Health through Childhood Immunization*, 360(24) New England J. Medicine 2500 (2009).

32. בשונה מאשר בארצות הברית, בקנדה לא נוהגת נורמה של חיסון חובה כתנאי לקבלת ילדים לבתי ספר. למעשה, רק בשתי פרובינציות של קנדה – אונטריו וניו-ברנזוויק – קיימת חובת חיסונים סטטוטורית. עם זאת, עיון בחקיקת החינוך של אונטריו מעלה כי בצד החובה לחסן ילדים כתנאי מקדמי לרישומם למערכת החינוך, נקבע קנס בסך של עד 1,000 דולר כנגד הורים שלא יחסנו את ילדיהם (Education Act, Immunization of School Pupils Act, RSO 1990, c I.1, s 3- ;SNB 1997, c E-1.12, s 10).(4)

33. גישה אחרת נהוגה באוסטרליה, שבה ניתנים תמריצים כספיים להורים הנענים לתוכנית החיסונים – במידה מסוימת, ברוח הפתרון שנבחר על-ידי המחוקק הישראלי. גישה זו מוכרת בכתיבה האקדמית כמכבדת יותר את האוטונומיה של ההורים, ואף ראויה מבחינה אתית, ככל שאינה משליכה על החלק הארי של תשלומי הרווחה בגין

הילדים. ראו: David Isaacs, *An Ethical Framework for Public Health Immunisation Programs*, 23(5-6) NSW Public Health Bulletin 111,114 (2012)

34. העיון במשפט המשווה נעשה בהקשר זה לצורך הדגמה בלבד של מגוון האמצעים שבהם נוקטות שיטות משפט אחרות בהקשר דומה. מובן שאין בדוגמאות אלה עצמן כדי להכתיב את התוצאה. עם זאת, הן מדגישות כמה נקודות שראוי לעמוד עליהן. ראשית, עולה מהן שהסוגיה של חיסון ילדים ונקיטת סנקציות בהקשר זה (אף כאשר הן עלולות לפגוע בעקיפין בילדים עצמם) מוכרות גם בשיטות אחרות – לשם קידום רווחת הילדים עצמם ורווחת הכלל. שנית, שיטות אחרות אף הרחיקו לכת כדי הטלת סנקציות שניתן לראותן כחמורות יותר מאלה שאימץ המחוקק הישראלי. סנקציות אלה אמנם עשויות לשרת באופן הדוק יותר את השגת התוצאה של חיסון הילדים (בשל משקלן), אך בד בבד הן כרוכות בפגיעות קשות יותר בילדים ובהוריהם (עד כדי הטלת קנסות או מניעת לימודיהם של הילדים במסגרות חינוך). אחזור ואעמוד על חלופות אלה כאשר אדרש לדיון בפסקת ההגבלה.

35. ומהתם להכא: התיקון שנדון בפנינו נועד להשיג מטרה כפולה: שמירה על בריאותם של ילדים בגיל הרך, אשר ההידבקות במחלות שהחיסון בא להגן מפניהן יכולה להיות מסוכנת ולעתים אף קטלנית מבחינתם; ושמירה על בריאות הציבור בכללותו כעניין של מדיניות רפואית לאומית על ידי יצירת "חיסון עדר". תכלית כפולה זו תהיה חשובה אף היא לצורך הדיון שנערוך בהמשך בפסקת ההגבלה. בשלב הנוכחי, ניתן להוסיף ולומר, כי כפל התכליות של החוק אינו מחייב להתעמת במישרין עם הדיון בגבולות הפטרנליזם. כידוע, סיווגו של כלל משפטי כפטרנליסטי נעשה בראי הטעמים העומדים ביסודו. לפיכך, ככל שהכלל המשפטי מתערב באוטונומיית הרצון של הפרט רק על מנת להגן עליו ועל רווחתו מפני מעשיו הוא, הרי שלפנינו כלל פטרנליסטי. באופן יותר ספציפי, מדובר בענייננו בכלל פטרנליסטי שמתערב באוטונומיית הרצון של ההורים על מנת למנוע מהם לשגות, כפי שהדבר נתפס על ידי משרד הבריאות. שאלת הגבולות הראויים לפטרנליזם זכתה לדיון ענף, והמסגרת הנוכחית תקצר מלעסוק בה (ראו, לדוגמה: ג'ון סטיוארט מיל על החירות (אריה סימון מתרגם, 1946); Peter De Marneffe, *Avoiding Paternalism*, 34(1) *Philosophy and Public Affairs* 68 (2006); Gerald Dworkin, *Moral Paternalism*, 24(3) *Law and Philosophy* 305 (2005)). לצורך הדיון הנוכחי, חשוב לומר בעניין זה שניים אלה: ראשית, ניכר כי העוסקים במלאכת החקיקה היו מודעים לקשיים שמעוררת התערבות יתר בהחלטות של יחידים. כך, למשל, נמנעו מנסחי החוק מקביעת חובת חיסון סטטוטורית, שהפרתה גוררת עימה סנקציה עונשית; תחת זאת, הם הסתפקו ביצירתו

של מערך תמריצים כלכלי המותיר בידי ההורים מימד בחירה רחב יותר. אף התניית התוספת לקצבאות לבדה בחיסון הילדים, תוך הותרת הקצבה הבסיסית על כנה, מלמדת כן. שנית, בהחלט ניתן לעורר ספק אם מלכתחילה ניצב לפנינו כלל פטרנליסטי במלוא מובן המילה, בהתחשב בכך שהתיקון לא נועד רק על מנת להגן על הילדים והוריהם מפני עצמם, אלא גם כדי להגן על הציבור בכללותו מפני התפרצות מחלות. דומה שלא יכולה להיות מחלוקת על חובתו של משרד הבריאות לנקוט באמצעי מניעה מוקדמים למיגור מחלות המאיימות על בריאות הציבור.

36. לאמיתו של דבר, מאחר שהתיקון נועד לקדם את ההגנה על בריאותם של ילדים במדינת ישראל, ראוי לראות בו לא רק אמצעי הפוגע בזכויות (בשם אינטרס ציבורי חשוב), כפי שטענו העותרים, אלא גם אמצעי אשר נועד לקדם זכויות באופן פוזיטיבי – במקרה זה, זכותם לבריאות של ילדים. הדברים משתלבים בתפיסתו הכללית של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לפיה ההגנה על זכויות היסוד אינה מצומצמת רק להגנה שלילית עליהן מפני כוחו הפוגע של השלטון, אלא משתרעת גם על פני הגנה חיובית המשקפת את חובתו של השלטון לפעול באופן אקטיבי למען קידום ההגנה על זכויות יסוד. בעוד שלפי סעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם" (ובכך ניתן ביטוי להגנה הנגטיבית על זכויות אלה), לפי סעיף 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו" (היינו, על השלטון מוטלת גם חובה לקדם באופן פוזיטיבי זכויות אלה). הגם ששאלת היקפה של הזכות החוקתית לבריאות טרם הוכרעה, אין ספק שהחתירה להבטחת תנאים בסיסיים של בריאות טובה נופלת לגדרה של הזכות לכבוד האדם. כמו כן, ניתן לראות בה נגזרת של הזכות לחיים ושל ההגנה על גופו של האדם (השוו: אייל גרוס "בריאות בישראל: בין זכות למצרך" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004); רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360, 375-376 (2001); בג"ץ 3071/05 לוזון נ' מדינת ישראל (28.7.2008), בפסקאות 9-17; בג"ץ 11044/04 סולומטקין נ' שר הבריאות (27.6.2011), בפסקאות 11-16). חקיקה המבקשת ליצור תמריצים לחיסון ילדים היא חקיקה שאינה נופלת רק לקטגוריה של חוקים המגבילים זכויות, אלא יש בה גם פן של קידום זכויות בכלל וזכויות ילדים בפרט. סעיף 4 לחוק היסוד מבטא עמדה ברורה המסתייגת מן התפיסה לפיה כביכול מיטבה של המדינה הוא באי-התערבותה. גם סעיף 25 לאמנה בדבר זכויות הילד, 1989 עוסק בחובת המדינות החברות באמנה לפעול למען קידום בריאותם של ילדים ובכלל זה "לפתח שירותי רפואה מונעת" (סעיף 25(6)).

37. השאלה השלישית מבין אלה שהזכרתי בפתח הדברים היא השאלה המשפטית שנמצאת בליבה של העתירה: באיזו מידה ניתן להתנות זכויות כלפי המדינה בתנאים, ובאופן ספציפי יותר, האם ניתן להתנות זכויות בחובות שעל נמען הזכות למלא. לכאורה, מה הרבותא בקביעת תנאים? המשפט מורגל תדיר בהגדרת זכויות וזכאויות ככאלו הכוללות סייגים ותנאים להגשמתן, בין תנאים פטרנליסטיים המבקשים להגן על בעל הזכות מפני עצמו ובין תנאים המבקשים להגן על האינטרס הציבורי. אולם, הצד השני של המטבע הוא שהתניית זכויות בתנאים מעוררת חשש להחלשתן ולכרסום במושג הזכות עד כדי הפיכתה לטובת הנאה הניתנת בחסדו של השלטון.

38. הבחנה חשובה שיש לפתוח בה, בהקשר זה, היא ההבחנה בין זכויות חוקתיות לבין זכויות משפטיות. החשש העיקרי באשר להתנייתן של זכויות נוגע להתניית זכויות יסוד חוקתיות. תורת הזכויות הליברלית מבוססת על התפיסה שזכויות יסוד חוקתיות הן המגן של הפרט מפני כוחו של השלטון, ולכן הן אמורות להיות, במקרה הרגיל, אוטונומיות מכל הגבלה. תולדות המאבק הדמוקרטי לזכויות כרוך בתפיסה שזכויות ניתנות גם למי שאינם נתפסים כ"נורמטיביים", גם למפרי חוק ולמי שאינם נחשבים, בכלל או באותה עת, "אזרחים לדוגמה". אדרבה, מאבקי זכויות רבים נישאו על כתפיהם של מי שעמדותיהם קוממו אחרים ואף היו לצנינים בעיניהם של אנשי שררה.

39. האם משמעות הדברים היא שזכויות חוקתיות אינן ניתנות להתניה אף פעם? למעשה, משהגעתי למסקנה שתשלום קצבאות הילדים אינו משקף, לפחות בעת הזו, הגנה על זכות חוקתית, אינני נדרשת עוד להשיב על שאלה זו במישרין, ולכן אתייחס אליה בקיצור יחסי. ככלל, העמדה ביחס לקביעת תנאים למימושן של זכויות חוקתיות אמורה להיות חשדנית ומצמצמת. עם זאת, לא ניתן לשלול על הסף ומראש הצמדת תנאים למימושה של זכות חוקתית (בשונה מתנאים שתכליתם שלילת הזכות החוקתית עצמה), ולו משום התפיסה שעל-פי רוב זכויות הן יחסיות, ולא מוחלטות, כפי שניתן ללמוד גם מפסקאות ההגבלה המעוגנות בחוקי היסוד. למשל, מימושה של זכות הגישה לערכאות יכול להיות מותנה בתשלום אגרה (בכפוף לחריגים המבטיחים שתשלום האגרה לא יחסום את האפשרות של חסרי יכולת לקיים הליכים משפטיים) (ראו למשל: רע"א 3899/04 מדינת ישראל נ' אבן זוהר, פ"ד סא(1) 301, 319-321 (2006); רע"א 2146/04 מדינת ישראל נ' עיזבון המנוח באסל נעים איברהים, פ"ד נ"ח(5) 865, 868 (2004); בש"א 457/01 קרליץ נ' פקיד הבחירות לעיריית באר-שבע 1998, פ"ד נה(3) 869, 872 (2001)). בדומה לכך, קצבת הבטחת הכנסה, שהיא על-פי רוב הביטוי החוקי

לזכות החוקתית לקיום אנושי בכבוד, יכולה להיות מותנית בדרישה ל"מיצוי כושר השתכרות". בשני המקרים, התנאים אינם "זרים" לתכליתן של הזכויות שמדובר בהן – בהתחשב בכך שתשלום אגרה מסייע לכך שהשימוש בזכות הגישה לערכאות לא יביא לשימוש לא יעיל במשאב הציבורי החשוב של מערכת השפיטה והדרישה למיצוי כושר השתכרות תורמת אף היא לניצול נכון של המשאב המוגבל של תמיכה רק עבור מי שאינו יכול להבטיח את הקיום הבסיסי שלו.

40. מכל מקום, המקרה שבפנינו נופל לגדר קטגוריה שונה: התנאה על זכויות משפטיות כלפי המדינה (מכוח חקיקה, להבדיל מאשר זכויות יסוד חוקתיות על-חוקיות). מאחר שהענקת זכויות על-פי חוק אמורה לשרת גם אינטרסים ציבוריים ומדיניות ציבורית – הענקתן של זכויות מסוג זה מלווה לא אחת בתנאים. להלן אתייחס לאמות מידה מנחות אשר ראוי שינחו את המחוקק, ובעקבותיו את בית המשפט, בהתוויית המסגרת הראויה להתנאתן של זכויות משפטיות.

41. לכאורה, התנאה על זכויות שעומדות לפרטים כלפי המדינה אינה מעוררת, בהכרח, קושי חוקתי. יש לזכור, כי המשפט מורגל תדיר בהגדרת זכויות וזכויות ככאלו הכוללות סייגים ותנאים להגשמתן. אף-על-פי-כן, למעשה, התנאה על זכויות משפטיות עשויה להיחשב בעייתית אף במישור החוקתי. זאת, כאשר מהותו של התנאי היא ויתור על זכות חוקתית. כך למשל, התנאה של זכות משפטית כדוגמת זכאות לקצבה בויתור של המקבל על זכותו לחופש ביטוי או על זכותו לחופש דת ומצפון היא בעייתית, הגם שלכאורה מלכתחילה השלטון יכול לבחור שלא להעניק אותה קצבה כלל. הטעם לכך הוא החשש מפני הגבלה עקיפה של זכויות חוקתיות. במשפט החוקתי האמריקני, המונח המקובל לדיון בבעיה זו של זכויות הניתנות על-ידי השלטון על בסיס ויתור (וולונטרי כביכול) על זכויות חוקתיות הוא הדוקטרינה של תנאים בלתי-חוקתיים (unconstitutional conditions doctrine). ראו למשל: Note, *Another Look at Unconstitutional Conditions*, 117 U. Pa. L. Rev. 144 (1968); Allen Redlich, *Unconstitutional Conditions on Welfare Eligibility*, Wis. L. Rev. 450 (1970); Richard A Epstein, *Unconstitutional Conditions, State Power and the Limits of Consent*, 102 Harv. L. Rev. 5 (1988); Kathleen M. Sullivan, *Unconstitutional Conditions*, 102 Harv. L. Rev. 1413 (1989); Cass Sunstein, *Is There An Unconstitutional Conditions Doctrine?*, 26 San Diego L. Rev. 337 (1989); Brooks R. Funderberg, *Unconstitutional Conditions and Greater Powers: A Separability Approach*, 43 UCLA L. Rev. 371 (1995); Daniel A. Farber, *Another View of the Quamire: Unconstitutional Conditions and Contract Theory*, 33 Fla. ST U. L. Rev. 913 (2006); Renee Lettow Lerner, *Unconstitutional Conditions, Germaneness, and*

Institutional Review Board, 101 Nw. U. L. Rev. 775 (2007); Philip Hamburger, *Unconstitutional Conditions: The Irrelevance of Consent*, 98 Va. L. Rev. 479 (2012)). איננו מחויבים, כמובן, לפרטיה של דוקטרינה זו, שהיבטים שונים בה הנוגעים להיקפה וליישומה עודם שנויים במחלוקת גם במשפט האמריקני עצמו. עם זאת, יש בדברים כדי ללמד על הזהירות שיש לנהוג בה בהתנאת זכויות משפטיות שעלולה לפגוע בעקיפין בזכויות חוקתיות. ברוח זו, ומבלי למצות את הדיון בנושא, אני מבקשת להציג שיקולים רלוונטיים מרכזיים לבחינתן של התנאות כאמור. כפי שאבהיר בהמשך הדברים, שיקולים אלה יבואו, בסופו של דבר, במסגרת הבחינה החוקתית הפורמאלית הנעשית בגדרה של פסקת ההגבלה.

42. ענייניות התנאי וזיקתו לזכאות – בעיקרו של דבר, תנאים לזכאות אמורים להיות קשורים בקשר ענייני למדיניות שאותה הזכאות נועדה לקדם. על מנת להבהיר את טיבו של הדיון, נשווה לנגד עינינו שתי דוגמאות היפותטיות שעשויות להיות נדונות בהקשר לעיצובה של הזכאות לגמלת הבטחת הכנסה: הראשונה – התניית הזכאות לקבלת הגמלה בהיותו של המבקש נטול עבר תעבורתי שלילי; השנייה – התניית הזכאות ברצונו האקטיבי של המבקש להשתלב חזרה במעגל העבודה על דרך הגעתו ללשכת התעסוקה מדי שבוע. האינטואיציה מורה אותנו כי התנאי השני הינו לגיטימי, בהיותו הולם את תכליתה של קצבת הבטחת הכנסה ומתלכד עם האינטרס הציבורי העומד ביסודה – שילובו חזרה של מי שנפלט ממעגל העבודה, תוך הקניית רשת מגן שיוויון אחרונה בדרך לכך (עניין חסן, בפסקאות 6-7 ו-57). תרגומה של האינטואיציה לעקרון משפטי מלמדנו כי על התנאי לנבוע מתוך אותו מעגל משפטי במסגרתו פועלת הזכות המותנית. לשון אחרת – על תכלית ההתניה ועל האינטרס הציבורי המקודם באמצעותה לנבוע מאותו שדה מחייה נורמטיבי שבו מעוגנת הזכות המותנית. ככל שהזיקה בין השניים תתרופף, כך תהפוך ההתניה לבלתי לגיטימית מבחינה חוקתית. כך למשל, למרות שאין חולק על כך שמיגור עבירות נהיגה ויצירת מערך תמריצים שיקדם זאת הם מהלך רצוי מבחינת האינטרס הציבורי, הרי שבינם לבין הזכאות לגמלת הבטחת הכנסה אין ולא כלום. התכליות העומדות ביסוד כל הסדר זרות האחת לשנייה. זרות זו מלמדת על שרירות ההתניה ועל הפסול שדבק בכריכתן האחת ברעותה. לעתים, שאלת ענייניותה של ההתניה עשויה להיבחן גם בזיקה לשאלה האם התנאי הוא פטרנליסטי ומבקש לקדם את טובתו של בעל הזכות עצמו או שמא הוא תנאי המבקש להגן רק על אינטרס ציבורי רחב. לעתים, כמובן, התניית הזכות עשויה לקפל בתוכה יותר מטעם אחד.

43. מבחן עזר שיכול לסייע בבחינת טיב הזיקה והקשר בין תכלית התנאי לבין הזכות המותנית עוסק במועד ההתניה ובהיסטוריה החקיקתית הנלווית לה. ככלל, ניתן

לומר כי ככל שהתנאי נקבע בסמוך או בעת כינון הזכות, תסווג ההתניה, כחלק מהגדרת הזכות ותיחום היקפה. ככל שהתנאי יוסף – או שמא יש לומר "יודבק" – במועד מאוחר יותר, כך יש לראות בהוספתו כהתניה חיצונית על תוכנה הנורמטיבי של הזכות. זהו, כמובן, אך מבחן עזר, ולא יותר מכך. ניתן להעלות על הדעת גם מצבים שבהם זכאות סטטוטורית חדשה "נולדת" כשהיא מלווה בתנאי זר ופסול.

44. מבלי לקבוע מסמרות בעניין, דוגמה שקרובה לכאורה לענייננו היא מענק לידה הניתן על-ידי המדינה ומותנה בכך שהיולדת בחרה ללדת בבית חולים, ולא בביתה (סעיפים 42-43 לחוק ביטוח לאומי). גם בהקשר זה, המדינה מבקשת לסייע למי שיוולדת, אך בה בעת גם מקדמת מדיניות ציבורית שהיא, לתפיסת המדינה ועל-פי עמדת גורמי המקצוע בה, לטובת היולדת עצמה והרך הנולד, כמו גם לטובת הציבור בכללותו: שהלידה תיעשה בבית חולים. כמו כן, התנאי שנלווה להענקת הזכאות נמצא בזיקה לתכלית הכללית של הזכאות – קידום רווחת היולדת ומשפחתה.

45. בחירה וולונטרית – יש להבחין בין תנאים וולונטריים המקנים לפרט חופש בחירה לבין תנאים המתייחסים למאפייני זהות טבעיים שאין ביכולתו של אדם לשנותם או שלא ראוי לדרוש ממנו לעשות כן (כגון, השתייכות דתית או לאומית). לא ניתן להפריז בחשיבותו של שיקול זה. התניית זכויות בחובה הנוגדת מאפיין זהות תעורר מטיבה קשיים, ותעלה חשד כבד להפליה. כמובן, בתווך בין מצבי הקצה של בחירה מלאה, מצד אחד, או כפייה והעדר בחירה, מצד אחר, יכולים להיות מצבי ביניים, שבהם התמריצים הנלווים לבחירה משפיעים עליה.

46. היקף ההתנאה – שיקול נוסף שראוי להביא בחשבון עניינו היקף ההתנאה, היינו מידת חשיפתה של הזכות אל כוחו המסייג של התנאי. בהקשר זה, נודעת חשיבות להיקף פרישתו של התנאי והאם רובץ הוא על מלוא הזכות או שמא רק על חלקים ממנה. באופן דומה, ניתן לבחון האם התנאי נוגע לתוספת על זכאות קיימת או שמא מביא לגריעה ממנה.

התנאה על זכויות: מן הכלל אל הפרט

47. החלתן של אמות מידה אלה על המקרה שבפנינו מחדדת את ההכרה בכך שהתיקון בענייננו אינו יוצר קשר שרירותי בין זכות משפטית לבין קידומו של אינטרס ציבורי.

48. ענייניות התנאי וזיקתו לזכאות – המדינה מעניקה קצבאות ילדים לכול (כלומר, מעבר לנדרש לצורך הבטחת הזכות לקיום אנושי בכבוד של ילדים הגדלים בתנאים של מחסור כלכלי) לשם קידום רווחת המשפחות המגדלות ילדים והילדים הגדלים בהן בפרט, ובכלל זה קידום בריאותם, לצד תכליות ציבוריות אחרות. אם כן, במקרה זה, הענקת הזכות לקבל קצבת ילדים הוכפפה אפוא לתנאי שיש לו זיקה ישירה וחד-משמעית לתכלית שלשמה ניתנה הזכות מלכתחילה – תנאי המבוסס על חוות דעת של גורמי מקצוע בלתי תלויים המצביעים על כך שטובת הילדים והחברה מחייבת כי יחוסנו. בנסיבות אלה, שבהן מותנית הזכות לקצבה בתנאי הכרוך באופן ישיר וברור עם טובת הנהנה ממנה, אין קושי לקבוע כי התנאי הוא ענייני. קצבאות הילדים אינן ניתנות רק כדי לדאוג לכלכלתם של הילדים, אלא לרווחתם ובכלל זה זכויות יסוד אחרות שלהם, כדוגמת חינוך ובריאות.

49. אכן, עיון במשפט המשווה עשוי לשמש בסיס לטענה, כי תנאי הקושר בין קבלתם של ילדים לבתי ספר בחיסונם מבטא זיקה הדוקה יותר בין התנאי לזכות, וזאת בשונה מהנעשה בענייננו, עת הותנתה הזכאות לקצבת ילדים בחיסונם. אולם, למעשה, ולאחר עיון נוסף בדברים, טענה זו אינה משכנעת. הלכה למעשה, ההבדל היחיד בין מודל ההתניה האמריקאי לבין מודל ההתניה הישראלי מתמצה במועד הצבתו של התנאי המתייחס לחיסון הילדים, ולא בעוצמת הזיקה בין התנאי לזכאות. שני המודלים רואים לנגד עיניהם הן את הצורך להגן על הילדים עצמם והן את הצורך להגן על הבאים עימם במגע יומיומי. אלא מאי? המחוקק הישראלי ביקש להקדים את מועד התנאי הממריץ לחיסון הילדים – בבחינת הבה נקדים תרופה למכה – ובכך לייתר את הדילמה העתידית עימה מתמודדים קובעי מדיניות הבריאות בארצות הברית ובקנדה, שעה שההורים נדרשים לשלוח את ילדיהם למערכת החינוך. כמו כן, על פני הדברים, חיסון מוקדם יותר של הפעוטות הוא אפקטיבי יותר מן ההיבט של רפואה מונעת, ואם כך הדבר, הרי שהגייוני יותר ליצור את התמריץ לחיסון הילדים בשלב מוקדם יותר – טרם שליחתם למערכת החינוך. למעשה, ככל שהתכלית העיקרית היא מניעת הדבקתם של ילדים אחרים יש היגיון ביצירת הקשר למועד הכניסה ללימודים במוסד חינוכי. מנגד, ככל שהתכלית היא קידום טובתם של הילדים עצמם, מועד מוקדם יותר הוא עדיף.

50. חלק מטענותיהם של העותרים שבפנינו ניסו לקעקע את ההנחה שהתנאת הקצבאות אכן מקדמת את בריאותם של הילדים, ואת רווחתם באופן יותר כללי. טענה אחת שנטענה בפנינו בעניין זה היא שקיימות דעות הגורסות שחיסון הילדים אינו משרת את טובתם, וכי עדיפה הדרך של חיסון טבעי. טענה שנייה שהועלתה בהקשר זה

היא שהתנאת הזכות לקצבת ילדים מהווה "ענישה כפולה" של הילדים הנוגעים בדבר. בשלב הראשון הם אינם מחוסנים, ובכך בריאותם נפגעת; בשלב השני, המדינה אינה משלמת להוריהם את מלוא סכום קצבת הילדים, וכך נפגעת גם רווחתם. דינן של טענות אלה להידחות. הטענה הראשונה, שעניינה חוסר התועלת בחיסון מהיבט בריאותם של הילדים, אינה יכולה להתקבל מהיבט התשתית העובדתית שביסודה. העמדה הרפואית שעליה מבוססת מדיניות החיסונים היא עמדה איתנה הנתמכת במחקרים רבים. טענותיהם של העותרים בדבר קיומן של גישות אחרות – כבודן במקומן מונח, אך גיבושה של מדיניות לאומית אמור להיות מבוסס על עמדת הגורמים המקצועיים של משרדי הממשלה, על סמך מחקרים ובחינות. לא היה בטענותיהם של העותרים כדי לערער את התשתית האיתנה שביסוד המדיניות, לפחות לעת הזו. אף הטענה השנייה ראויה להידחות. טענה זו מבוססת על ההנחה שהתנאת חלק מן הזכאות לקצבת ילדים בחיסון הילדים מהווה רק סנקציה, ואינה יכולה לכוון התנהגויות. זוהי הנחה שלא הונחה לה תשתית. יתר על כן, התיקון חוקק במתכונת שמעידה עליו מתוכו הוא כי הוא נועד לכוון התנהגות. הפחתת קצבת הילדים אינה מושתתת כסנקציה באופן בלתי-הפיך. הפחתה זו חלה רק במהלך התקופה שבה ההורים אמורים לחסן את הילד בחיסון שממנו נמנעו. במסגרת תקופת החיסון מקבלים ההורים מספר הודעות והתראות על המשמעות הנלווית לא-חיסון הילדים. יתרה מכך – משחולפת התקופה המתאימה לנקיטתו של חיסון זה חוזרת הקצבה לשיעורה הרגיל. ניתן אפוא לומר שהתיקון מנוסח באופן שנועד ליצור אמצעי להכוונת התנהגויות ולפחות בשלב זה אין טעם לסבור שלא יצליח בכך. בכל מקרה, לא ניתן להניח זאת מראש.

51. בחירה וולונטריות – תיקון החוק מניח, למעשה, כי המניעה לחיסון הילדים נובעת מבחירה של ההורים שלא לחסן את ילדיהם, ושהמניעה מלעשות כן אינה נובעת מכך שהמדינה אינה מבטיחה נגישות סבירה של האוכלוסייה בכללותה לשירות חיוני זה, הן מבחינת המיקום הגיאוגרפי של מתן השירות והן מבחינת עלות החיסון. דברים אלה הם חשובים במיוחד לאור העובדה שאחת העתירות שבפנינו הוגשה על-ידי ארגון עדאלה, אשר הצביע על פריסה לא מספקת, על-פי הטענה, של שירותי טיפת חלב בקרב הפזורה הבדואית באזור הנגב. אם אכן, מבחינה עובדתית, לא קיימת נגישות סבירה לשירות החיסונים לכלל האוכלוסייה, הרי שהתיקון היה בעייתי, משום שמשמעות הדברים הייתה שלילת הזכאות לקצבת ילדים באופן שהוא, למעשה, שירותי, ואף לא מקדם בפועל את תכלית התיקון. על מנת להימנע מתוצאה בלתי ראויה זו יש לפרש את התיקון על-פי תכליתו ולומר כי שלילת הזכאות לקצבת ילדים תחול רק באותם מצבים שבהם ההורים בוחרים שלא לחסן את ילדיהם, להבדיל ממצבים שבהם ההורים נמנעים מכך בשל היעדר גישה סבירה לשירותי בריאות. הלכה למעשה, בטיעונים מטעם

המדינה נפרסה בפנינו תמונה חיובית של שיפור מידת הנגישות לשירותי טיפת חלב באזור הנגב, וחזקה על המדינה שתוסיף לפעול בכיוון זה. כמו-כן, המדינה התחייבה בכתובים ובעל-פה כי אגרת החיסון תבוטל, כך שעלות החיסון לא תהא חסם בפני מי שהממון אינו מצוי בידו.

52. היקף ההתנאה – התניית הזכאות לקצבת ילדים בחיסונם של אלה אינה רובצת על מלוא הקצבה, אלא אך על חלק ממנה. אי-מילוי התנאי אינו שולל את מלוא קצבת הילדים (כשם שגם אינו שולל את כלל האמצעים האחרים שמעמיד הדין הסוציאלי בישראל לשם הגשמת זכותו של הילד לקיום בכבוד).

53. ניתן אפוא לסכם ולומר, לעת הזו, שהתנאת זכאויות בתנאים, נשענת על יסודות איתנים לפחות כאשר (כמו במקרה שלפנינו) הזכאויות שמדובר בהן הינן זכאויות על-פי חוק שמקדמות מדיניות ציבורית (להבדיל מזכויות חוקתיות), התנאי שנקבע קשור לתכלית הענקתה של הזכאות, כאשר התקיימותו של התנאי תלויה בבחירה חופשית של הנוגע בדבר, ומה גם שההתנאה אינה חלה על הזכאות כולה.

שוויון בהענקת זכאויות

54. השאלה הרביעית שיש לבחון, לפי סדר הדברים, עוסקת אף היא בתוכן ההתניה, ובהקשר זה מתמקדת במידת שוויוניותה. העותרים טוענים כי תיקון החוק מפלה לעניין הענקת תשלום מלא של קצבאות ילדים בין מי שחיסנו את ילדיהם לבין מי שלא חיסנו את ילדיהם. האומנם?

55. חברתי השופטת ארבל מקבלת בעניין זה את טענת העותרים, וזאת על יסוד ההנחה שהתנאי אשר בו הותנתה הקצבה הוא זר למבנה הקצבה ולתכליותיה (פסקה 49 לפסק דינה של השופטת ארבל). לשיטתי, נקודת המוצא לדיון בעניין זה צריכה להיות שונה. אדרבה, כפי שמבהיר הדיון בהיסטוריה של קצבאות הילדים, קצבאות אלה גילמו לאורך השנים תכליות מספר, והן מבקשות, בין היתר, לקדם את רווחת הילדים בישראל באופן כללי. כאשר הדברים נבחנים מפרספקטיבה זו, אין לומר שתנאי המקדם חיסונם של ילדים בישראל, ובכך מגן על בריאותם (בהתאם לתפיסות הרווחות בקהילה המדעית), הוא תנאי זר לתכליתן של הקצבאות (כפי שהסברתי לעיל בפסקה 48).

56. זאת ועוד: ניתן להשקיף על הדברים גם באמצעות השוואה בין הילדים שמקבלים חיסונים לבין אלה שהוריהם מונעים מהם קבלת חיסונים. התנאתן של קצבאות הילדים מבטאת את מחויבותה של המדינה לדאוג גם לאחרונים.

57. במבט רחב יותר, שאלה חשובה שנמצאת ברקע הדברים היא האם בכל מקרה שבו המשפט מבחין בין אנשים או קבוצות נכון לראות בהבחנה פגיעה בזכות לשוויון, ואז לבחון אותה במשקפיה של פסקת ההגבלה, או שמא עשויות להיות הבחנות "ענייניות" שמלכתחילה לא ייחשבו לפגיעה בזכות לשוויון. כך למשל, האם תשלום קצבאות ילדים רק להורים לילדים היא "הפליה" שניתן להצדיק (בשל כך שהיא נעשית לתכלית ראויה ומקיימת את שאר תנאיה של פסקת ההגבלה) או שמא היא הבחנה שאינה עולה כדי פגיעה בזכות לשוויון מלכתחילה.

58. בסופו של דבר, הגעתי לכלל דעה שההכרעה בשאלות אלה אינה דרושה במקרה שלפנינו, בשל הזיקה הקיימת בין ההבחנה שנעשתה לבין אוטונומית הרצון של הפרטים הנוגעים בדבר. לפי פסיקתו של בית משפט זה, הזכות לשוויון זוכה להגנה חוקתית בגדרה של הזכות לכבוד האדם באותם מצבים שבהם ההבחנה משליכה על אוטונומית הרצון של הפרט (ראו: בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 680-691 (2006); בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 303-304 (2006)). מאחר שהתיקון משליך על החלטות המבטאות את אוטונומית הרצון של ההורים באשר לגידול ילדיהם, הרי שגם אם התיקון אינו פוגע באוטונומית הרצון, העובדה שביסוד ההבחנה עומדת בחירה אוטונומית של הפרטים הנוגעים בדבר מצדיקה לקבוע כי התיקון פוגע בשוויון, באופן שמחייב לבחון האם הוא עומד בתנאיה של פסקת ההגבלה.

59. חשוב להוסיף, כי אין לומר, על יסוד הנתונים שהונחו לפנינו, כי התיקון מבנה מציאות מפלה המבחינה באופן פסול בין פעוטות מהמגזר היהודי לבין פעוטות מהמגזר הבדואי. אל מול טענה זו של ארגון עדאלה, שנטענה בכלליות רבה, הציגה המדינה נתונים (המעודכנים לשנת 2009) ולפיהם שיעור הילדים הבדואיים הלא מחוסנים דומה לשיעור הילדים היהודיים הלא מחוסנים, ככל שמדובר בילדים בגילאים 2-5 (במגזר היהודי – 7%, במגזר הערבי – 3% ובמגזר הבדואי – 9%). מכל מקום, יש לפרש את התיקון באופן שמוציא מגדר ההתניה כל מי שמעוניין לחסן את ילדיו, אך שירותי החיסון מטעם המדינה אינם נגישים עבורו במידה סבירה. מבחינה זו,

תהיה דרכם של העותרים פתוחה לטעון כנגד יישומו של החוק (להבדיל מאשר נגד חוקתיותו) ככל שהגישות לשירותי החיסון לא תהיה זמינה באופן מספק.

תיקון החוק בעין פסקת ההגבלה

60. על בסיס האמור עד כה, אני מבקשת לדון בשאלה החמישית והמסכמת: האם התיקון כולל הפרה של זכות חוקתית, והאם הפרה זו, ככל שהיא קיימת, עומדת במבחנים החוקתיים של פסקת ההגבלה.

61. כמו חברתי השופטת ארבל, הראיתי גם אני כי מרבית טענותיהם של העותרים לפגיעה בזכויות חוקתיות אינן משכנעות. באין פגיעה בזכות חוקתית, מגיע הדיון אל סופו כבר בתחילתו, וכל שנותר הוא ביקורת (נכונה או בלתי נכונה) על מדיניות ציבורית שגולמה במעשה חקיקה ושמקומה הוא בזירה הציבורית. הזכאות לקצבת ילדים היא חלק ממדיניות רווחה המשרתת, בעת הזו, טובתם של ילדים רבים ברחבי המדינה בטווח המידי, כמו גם טובת הציבור בכללותו בטווח הארוך יותר. עם זאת, אין זכות חוקתית לקבלה במתכונת אחת ויחידה: המדינה יכולה לדאוג לרווחתם של אנשים בכלל, ושל אנשים החיים בעוני בפרט, גם באמצעות תשלום קצבאות אחרות, ותוך הנהגת שינויים במדיניות הקצבאות הנוהגת, אשר כשלעצמה אינה "קדושה" או "חרוטה באבן". לא הונחה בפנינו תשתית עובדתית לטענה שקצבאות הילדים חיוניות לקיום האנושי בכבוד של מקבליהן, ולא כל שכן, לא הונחה בפנינו תשתית עובדתית לכך שמי שנמנעים מחיסון ילדיהם הם דווקא אנשים הנזקקים לקצבאות אלה במיוחד. עוד יש לזכור, כי במרבית המקרים (למעשה, מלבד במקרה שבו הילד שלא חוסן הוא ילד יחיד) גם הורים שנמנעים מלחסן את ילדיהם, יהיו טעמיהם אשר יהיו, נותרים כשבידם הזכאות לקצבת הילדים הבסיסית. זו האחרונה אינה נשללת מהם, אלא רק התוספת שהעמיד התיקון. הטענה החזקה ביותר, באופן יחסי, לפגיעה בזכות חוקתית במקרה זה הייתה הטענה לפגיעה לכאורה בזכות לשוויון. מכל מקום, אפילו תימצא פגיעה בזכות לשוויון, הרי שזו עומדת במבחני פסקת ההגבלה (לפי סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו), כפי שאראה בקצרה.

62. בנסיבות העניין, קל להיווכח ששלושת התנאים הראשונים של פסקת ההגבלה מתקיימים כמעט על פני הדברים. סיוגה של הזכאות לקצבת ילדים נקבע בתיקון חוק מפורש; תכלית החקיקה היא ראויה אם לא יותר מכך (הן מהיבט הזכות לבריאות של כל אחד מן הילדים המועמד לחיסון והן מהיבט האינטרס הלאומי בבריאות הציבור); ממילא חקיקה המקדמת תכליות חשובות אלה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל,

כמדינה המבקשת לקדם את רווחתם של אזרחיה. נותר אפוא לדון בשאלת המידתיות, המתמקדת באמצעי שנבחר להגשמת המטרה. אין די בתכלית ראויה – גם האמצעים להגשמתה של התכלית צריכים להיות ראויים, מתאימים ומידתיים.

63. מבחן המשנה הראשון של המידתיות מציב את מבחן האמצעי הרציונאלי, היינו האם האמצעי שנבחר אכן צפוי להשיג את תכלית החקיקה. התשובה על שאלה זו היא חיובית, כפי שצינו קודם, לפחות בעת הזו. פרקטיקה חקיקתית של הענקת תמריצים כספיים (חיוביים ושלייליים) לקידום התנהגויות שונות, באמצעות זכאויות שונות (בתחום המס ובתחום הרווחה) היא עניין של יום ביומו. ביסוד כל אחד ואחד מדברי חקיקה אלה מצויה ההנחה שתמריצים מכוונים התנהגויות. אין יסוד להניח שפני הדברים יהיו שונים בענייננו. אם בהמשך הדרך יצטבר מידע שונה, שומה יהיה על המחוקק להעריכו.

64. לכל היותר, ניתן לומר שיישומו של מבחן המשנה הראשון של המידתיות במקרה שלפנינו מעורר את הפרדוקס הבא: האמצעי שננקט (התנאתה של הזכאות בפעולה של חיסון) צפוי להגשים את התכלית, אך ייתכן שיגשים אותה באופן פחות אפקטיבי מאשר אמצעי חריף יותר (כדוגמת, האיסור על קבלת תלמידים למוסדות חינוך אם לא חוסנו). זהו הטעם לכך שהעותרים רואים באמצעי שננקט סוג של "סנקציה" ולא אמצעי אכיפה, מאחר שלא ניתן להבטיח מראש כי ההורים יענו לתמריץ שההתנאה מבקשת ליצור. נקיטתו של אמצעי חריף יותר הייתה יכולה להבטיח בוודאות רבה יותר את הגשמת התכלית, אך זו הייתה באה במחיר של פגיעה קשה יותר בזכויות ומבחינה זו הייתה מעוררת קושי גדול יותר במסגרת מבחן המשנה השני ומבחן המשנה השלישי של המידתיות, שנדונים בהמשך.

65. מבחן המשנה השני של המידתיות בוחן האם האמצעי שנבחר הוא האמצעי שפגיעתו פחותה. דומני שהמקרה שבפנינו הוא מקרה מובהק שבו מעשה החקיקה מבוסס על תהליך חשיבתי זהיר ומדוקדק באשר לדרך הפעולה שנבחרה, בהשוואה לחלופות אפשריות אחרות. במהלך הדיון, הועלו טענות שהצביעו על דרכים חלופיות שנעשה בהן שימוש במקומות אחרים או שניתן לכאורה לעשות בהן שימוש – מניעת לימודיהם של ילדים שלא חוסנו במסגרות חינוכיות (כמו בצרפת ובארצות-הברית); הטלת סנקציה עונשית; הסברה. קל להיווכח שמרבית האמצעים הללו הם דווקא חריפים ופוגעניים יותר בהשוואה לדרך שבה בחר המחוקק הישראלי. מניעת לימודיהם של ילדים שלא חוסנו במסגרות חינוכיות היא צעד חריף ביותר מבחינת היקף פגיעתו בילדים. היא גם מגיעה בשלב מאוחר יחסית לגיל האופטימאלי לעריכת החיסונים לפי

מדיניותו של משרד הבריאות. הטלת סנקציה עונשית על אנשים שבחרים שלא לחסן את ילדיהם היא ודאי צעד פוגעני, שאינו נותן כבוד למי שמשוכנעים שכנוע פנימי עמוק שהחיסון יזיק לילדיהם. נותר אפוא רק הכלי של הסברה, שלא ניתן להפריז בערכו בהקשר רגיש זה שבו מידת השכנוע של הורים היא חיונית להשגת היעד של חיסון בהיקפים נרחבים (השוו: מיכל אלברשטיין ונדב דוידוביץ' "תורת המשפט הטיפולי ובריאות הציבור: עיון ישראלי" מחקרי משפט כו 549, 571-578 (2010)). דא עקא, תיקון החוק התקבל לאחר שפעילות ההסברה לא הצליחה להניב פירות אפקטיביים דיים, לשיטתו של משרד הבריאות. ניתן להוסיף, כי לאחר שעמדנו על כך שהימנעות מחיסון היא פעולה רציונאלית כביכול לקידום התועלת העצמית בסביבה שבה רוב האנשים מתחסנים, יצירת תמריץ כספי (ולו תמריץ מוגבל) להתחסן היא חשיבה בכיוון הנכון – מאחר שהיא יוצרת משקל נגד לתועלת הכרוכה בהחלטה שלא להתחסן (השוו לדיון במאמרה של Parkins לעיל). ייתכן שניתן היה לנקוט בתמריץ שאינו קשור בקשר ישיר לקצבאות הילדים, ואולי אף כדאי היה להעדיף תמריץ מעין זה. כך, ניתן היה לחשוב על "מענק חיסון" או הטבה דומה אחרת להורים שמחסנים את ילדיהם. מבחינה מעשית, אין הבדל משמעותי בין השיטות, מאחר שבשני המקרים התוצאה היא מניעת הטבה ממשפחה בשל כך שההורים בוחרים שלא לחסן את ילדיהם. סיכומו של דבר הוא שהעותרים לא הצליחו להצביע על אמצעי שפגיעתו פחותה ושהיה משיג את התכלית החקיקתית במידה דומה לכך (ראו בהקשר זה: אהרן ברק מידתיות במשפט 399 (2010)).

66. שיקול נוסף לעניין הערכת קיומם של אמצעים חלופיים נוגע לכך שתוכנית החיסונים הבסיסית שתיקון החוק חל עליה כוללת חיסונים למחלות שהן קשות מאד מבחינת תוצאותיהן מחד גיסא וההידבקות בהן אינה ניתנת למניעה, בדרך כלל, באופנים אחרים. שיקול זה הוא חשוב בהתחשב בכך שחלק מתוכניות החיסונים שנאכפות במדינות אחרות חורגות לעבר מחלות שההידבקות בהן – ביחסי מין או בשל תרומת דם – ניתנת למניעה גם בדרכים אחרות (ראו: *Note, Toward a Twenty-First Century Jacobson v. Massachusetts*, 121 Harv. L. Rev. 1820 (2008); Marry Holland, *Compulsory Vaccination, the Constitution, and the Hepatitis B Mandate for Infants (and Young Children)*, 12 Yale J. Health Pol'y L. & Ethics 39 (2012)).

67. מבחן המשנה השלישי של המידתיות, מבחן המידתיות במובן הצר, בוחן את היחס הראוי בין האמצעי שנבחר לבין התכלית, בבחינת "המטרה אינה מקדשת את כל האמצעים". אני סבורה כי תיקון החוק שבפנינו צולח בקלות יחסית גם מבחן משנה אחרון זה. התכלית שתיקון החוק מבקש לקדם היא חשובה ביותר – קידום בריאותם

של ילדים רכים בשנים בישראל, כמו גם קידום בריאות הציבור נוכח מחלות קשות החוזרות ומתפרצות בימים שבהם מתרופפת משמעת החיסונים. האמצעי שנבחר לקידום מטרה זו הוא קל יחסית – הפחתה חלקית של קצבאות הילדים ולתקופה מוגבלת כאמצעי לעידודם של הורים לחסן את ילדיהם. כמו-כן, יש לזכור כי בעת הנוכחית הוגבלה תכנית החיסונים לארבעה בלבד (הניתנים בזריקה מרוכזת אחת), כך שהתנאי לקבלת הקצבאות הוא מצומצם בעיקרו. עוד נקבע כי ההליך הוא הפיך, במובן זה שבחלוף הגיל המרבי לחיסון או אם חוסן הילד, תבוטל ההפחתה והקצבה תחושב מחדש; זאת ועוד, הפחתת הקצבה הוגבלה בתקרה ואף נקבעו הליכי השגה וערעור על החלטת המוסד להפחית את הקצבאות. מנגד, חשיבותה של התכלית לצד פגיעתה הקלה יחסית של הסנקציה מדברת בעד עצמה. הפגיעה הקלה יחסית בזכויות במקרה זה מהווה משקל נגד להכרה בכך שנקיטה באמצעי חריף יותר הייתה יכולה ליצור קשר הדוק יותר בין האמצעי לתכלית במסגרת מבחן המשנה הראשון של המידתיות כמפורט לעיל.

סיכום: על זכויות ועל אחריות המדינה

68. התבוננות בעתירה מ"מבט על" חושפת מתח יסודי בציפיותיהם של הפרטים השונים מן המדינה. מחד גיסא, קיימת ציפייה שהמדינה תצמצם את התערבותה בהחלטותיהם של אזרחיה. מאידך גיסא, קיימת ציפייה שהמדינה תפעל באופן אקטיבי לקידום רווחתם של האזרחים (לסתירות הקיימות בין הציפיות השונות מן המדינה, השוו: ברק-ארז, משפט מינהלי, בעמ' 54-55; ברק-ארז, אזרח-נתין-צרכן, בעמ' 34-35). ציפיות אלה נמצאות במתח זו עם זו, מתח שאף צפוי להוביל להתנגשות, כמו במקרה שלפנינו. כאשר המדינה נוקטת עמדה פעילה בכל הנוגע לחיסון ילדים היא מתערבת בהחלטות אישיות בתחום זה. בכך היא לכאורה מתערבת במרחב הפרטי. אולם, האמצעי שבו נוקטת המדינה במקרה זה נוגע להענקת קצבאות ילדים, שעצם הענקתן מבטאת את מעורבותה של המדינה במרחב המשפחתי. יתר על כן, התערבות במרחב הפרטי אינה בהכרח רעה, בעיקר כאשר היא נעשית לשם קידום זכויותיהם של היחידים החלשים ביחידה המשפחתית, אלה שקולם לא תמיד נשמע, ובמקרה זה הילדים שהוריהם לא פעלו לחסנם.

69. מחלוקת בנושא היקף הדרישה לחיסון ילדים יכולה להתקיים, וייתכן שבמהלך השנים אף יחולו שינויים בתפיסות שיכוונו את המדיניות בתחום זה. אולם, במישור העקרוני, עמדת המוצא לגבי התערבות המדינה בקידום רווחתם של ילדים אינה צריכה להיות תמיד חשדנית. בעיקרו של דבר, נקיטת עמדה פעילה בנושא חיסוני ילדים אינה

ביטוי לדריסת זכויות ברגל גסה, אלא דווקא למחויבות המדינה לרווחת הילדים בישראל, מחויבות שלא ניתן להגזים בחשיבותה.

ש ו פ ט ת

השופטת א' חיות:

1. אני מסכימה לתוצאה אליה הגיעו חברותי השופטת ע' ארבל והשופטת ד' ברק-ארז לפיה דין שלוש העתירות להידחות. כמותן אף אני סבורה כי העותרים באיזה מן העתירות לא הצביעו על פגיעה בזכות החוקתית לקניין או לקיום אנושי בכבוד ובהקשר זה לא ראיתי צורך להוסיף על הטעמים שפורטו בחוות הדעת של חברותי. אשר לזכות החוקתית לשוויון - השופטות ארבל וברק-ארז סברו כי תיקון מס' 113 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 (להלן: התיקון לחוק) פוגע בזכות לשוויון, אך הן הוסיפו וקבעו כי למרות פגיעה זו דין העתירות להידחות משום שהפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. דרכי אל אותה התוצאה שונה. מן הטעמים שאפרט להלן אני סבורה כי לא עלה בידי העותרים בשלוש העתירות להצביע על פגיעה בזכות לשוויון, אך טרם שנעמוד על השאלה האם נפגעה הזכות לשוויון מן הראוי שנברר לעצמנו מהי קבוצת השוויון שאליה יש להתייחס בהקשר זה.

2. אחת הטענות שהעלו העותרים בבג"ץ 7245/10 היא הטענה כי הזכות לקצבת הילדים היא לאמיתו של דבר זכות הנתונה לילד ולא להוריו (השוו ע"א 281/78 טין נ' הרשות המוסמכת לצורך חוק נכי רדיפות הנאצים, תשי"ז-1957, פ"ד לב(3) 408 (1978)) וכי על כן קבוצת השוויון הרלוונטית היא קבוצת הילדים אשר עם בואם לעולם קמה להם הזכות לקצבה המפורטת בחוק הביטוח הלאומי. על-פי גישה זו הפגיעה בזכות החוקתית לשוויון עיקרה בכך שלעניין קצבאות הילדים אין כל מקום להבחנה בין ילדים שהתחסנו לאלה שלא התחסנו. אדרבה הבחנה כזו על-פי הנטען יש בה משום פגיעה כפולה בילדים אשר לא די שהוריהם לא פעלו לחסנם, גם הקצבה שהם זכאים לה מופחתת בשל כך. טיעון זה שובה את העין אך נראה כי אין לו עיגון של ממש בהוראות החוק. כך קובע סעיף 66 לחוק הביטוח הלאומי כי "הורה מבוטח זכאי לקצבת ילדים חודשית לפי פרק זה בעד כל ילד". ללמדך כי הזכות הקבועה בחוק היא זכותו של ההורה, ובלבד שהילד אשר בגינו משתלמת הקצבה מצוי בחזקתו של אותו ההורה (ראו סעיף 69 לחוק הביטוח הלאומי). הוראה נוספת התומכת במסקנה כי הזכות לקצבה הקבועה בחוק הביטוח הלאומי היא זכותו של ההורה ולא זכותו של הילד היא הוראת סעיף 68(ב) לחוק הביטוח הלאומי הקובעת דיפרנציאליות בשיעורי

הקצבה לכל אחד מילדי המשפחה כפועל יוצא של סדר ההולדה. אך מובן הוא כי דיפרנציאליות כזו אין לה מקום ככל שהזכות לקצבה היא זכותו של הילד, שכן אין הצדקה להפלות בין הילדים לעניין מידת התמיכה הסוציאלית שיקבלו מהמדינה אך בשל המועד שבו נולדו בהשוואה לילדים האחרים במשפחה. לעומת זאת אם הקצבה היא זכותו של ההורה יש היגיון ויש הצדקה להתחשב לעניין התמיכה הסוציאלית בסכום המצטבר העומד לרשות המשפחה ועל כן קביעת סכום קצבה שונה לילדים בהתחשב בסדר לידתם אין בה משום הפליה. עוד ראוי להזכיר כי בעבר הוטל מס, בשיעור משתנה ובתנאים שונים, על קצבאות הילדים, תוך התייחסות אליהן כהכנסה של ההורים (ראו למשל: חוק מיסוי נקודות קצבה (הוראת שעה), התשמ"ד-1984; לתמיכה בהמשך מדיניות המיסוי על קצבאות הילדים, ראו יורם מרגליות "קצבאות ילדים" 99 ברנזון כרך שני – בני סברה 733 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000); ולסקירה היסטורית של המיסוי על קצבאות הילדים ראו פסקאות 8-15 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז). בית הדין הארצי לעבודה אימץ אף הוא את הגישה לפיה הזכאי לקצבת ילדים הוא ההורה ולא הילד (ראו עב"ל 1117/04 אזולאי - המוסד לביטוח לאומי (2.11.2006)). נקודת המוצא לפיה יש לבחון לגישתי את שאלת ההפליה שהועלתה בעתירות שבפנינו היא, אפוא, כי הזכות לקצבאות הילדים היא זכות של ההורים וזוהי על כן קבוצת השוויון הרלוונטית.

3. האם התיקון לחוק מושא העתירה מפלה בין קבוצות ההורים השונות?

"החובה לנהוג בשוויון משמעה מתן יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים" (ראו למשל בג"ץ 4124/00 יקותיאלני נ' השר לעניני דתות, פס' 35 (14.6.2010) (להלן: פרשת יקותיאלני)). מאז חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הוכרה הזכות לשוויון כחלק מזכותו של האדם לכבוד במובן זה שהפליה אף אם אין עימה השפלה אך היא קשורה בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם, תיחשב לפגיעה בזכות החוקתית לשוויון החוסה תחת ההגנה החוקתית המועננת על-פי חוק היסוד (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, פס' 40-43 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2006) (להלן: פרשת התנועה לאיכות השלטון)). החובה שלא להפלות - המוטלת בראש ובראשונה על רשויות השלטון - איננה אלא תמונת ראי של זכות האדם לשוויון ועל כן חוק המפלה בין שווים בהיבטים שצוינו עלול להיפסל בהיותו בלתי חוקתי אלא אם כן ניתן להצדיק את הפגיעה בשוויון כפגיעה העומדת בתנאי פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ייחודן של העתירות שלפנינו הוא בכך שאין בפי העותרים טענה לפיה אין מקום להעדיף את קבוצת ההורים המחסנים על פני קבוצת ההורים שאינם מחסנים, והם ממקדים את טענותיהם אך באשר לאופן שבו בחר המחוקק ליתן ביטוי להעדפה זו. כך למשל עולה מהטענות של שתיים מתוך שלוש קבוצות העותרים (בבג"ץ 7245/10 ובבג"ץ 8357/10) כי הן רואות חשיבות רבה בכך שאוכלוסיית הילדים אכן תחוסן בחיסון ה-MMRV על-פי תוכנית החיסונים של משרד הבריאות (להלן: תוכנית החיסונים) ולגישתן אף יש הצדקה לקביעת מדיניות המתמרצת את ההורים לחסן את ילדיהם בחיסון זה, על מנת להגן על כלל האוכלוסייה מהתפשטותן של מגפות מסוכנות. העותרים בבג"ץ 908/11 טוענים אמנם כי יעילותם של החיסונים מוטלת בספק, אך הם אינם טוענים כי עצם קביעת התמריץ לחיסון הילדים יוצר הבחנה בלתי רלוונטית ובלתי שוויונית, והם ממקדים את טענותיהם בחוסר ההתאמה הקיים לגישתם בין הבחנה זו ובין תכליתה של קצבת הילדים. נראה אם כן כי אין חולק על כך שהמדינה רשאית, ואולי אף חייבת, לפעול באמצעים העומדים לרשותה על מנת לשמור על בריאות הציבור, וכן על כך שבהתאם למידע הרפואי המצוי בידי המדינה (עליו חולקים העותרים בבג"ץ 908/11 לגוף הדברים), תוכנית החיסונים מועילה וחיונית למניעת מחלות מסוכנות. מכך נגזרת המסקנה כי המחוקק רשאי להעניק יחס שונה לקבוצת ההורים המחסנים את ילדיהם לעומת קבוצת ההורים שאינם מחסנים את ילדיהם ומן הטענות בכל שלוש העתירות עולה בבירור כי אילו היה המחוקק בוחר, למשל, להעניק מענק כספי להורים המחסנים את ילדיהם ולא להעניקו לאלה שאינם מחסנים, לא הייתה בפי העותרים טענה בדבר פגיעה חוקתית בזכות לשוויון. במילים אחרות - העותרים אינם חולקים על כך שהמחוקק רשאי להעניק יחס שונה לכל אחת מן הקבוצות הללו וכי הוא רשאי לעשות כן בין היתר על דרך של תמריץ כלכלי.

4. האם העובדה שהתמריץ הכלכלי שחוקקה הכנסת שולב בתוך מנגנון קצבאות הילדים על דרך של הפחתת הקצבה (תמריץ שלילי) גורמת, היא כשלעצמה, לפגיעה בזכות החוקתית לשוויון?

השופטת ארבל סבורה כי תכלית קצבאות הילדים היא לסייע במימון הוצאות המשפחה לגידול ילדים ובשל כך שלילת חלק ממנה מסיבות שאינן קשורות למספר הילדים במשפחה "יהיו זרות לקצבה ולפיכך פוגעות בזכות לשוויון" (פס' 49 לחוות דעתה). השופטת ברק-ארז סבורה כי "הטענה החזקה ביותר, באופן יחסי, לפגיעה בזכות חוקתית במקרה זה הייתה הטענה לפגיעה לכאורה בזכות לשוויון" ואף שהיא אינה קובעת מפורשות כי פגיעה כזו אכן מתקיימת ובמה חוזקה, היא סבורה כי "מכל

מקום, אפילו תימצא פגיעה בזכות לשוויון, הרי שזו עומדת במבחני פסקת ההגבלה" (פס' 61 לחוות דעתה וראו גם פס' 57-58 לחוות דעתה).

דעתי שונה.

העובדה כי המחוקק מתקן חוק קיים ובאותו מעמד יוצר הבחנה חדשה בין קבוצות הזכאים לעניין קבלת מלוא הזכויות על-פי החוק המתקן היא כשלעצמה אינה פוגעת בשוויון, אלא אם כן נסבור כי לעולם אין לשנות את קבוצות הזכאים על-פי החוק במתכונתו המקורית. דומני כי גישה נוקשה כזו אין לה מקום ונראה כי השאלה שמן הראוי לבחון בהקשר זה - כמו במקרים אחרים שבהם אנו מנסים לאתר הפליה פסולה - היא האם ההבחנה החדשה בין קבוצות הזכאים שיוצר החוק במתכונתו המתוקנת יש בה משום הענקת יחס שונה לשווים. הדרך המקובלת בפסיקה לאתר את "קבוצת השוויון" אשר חבריה זכאים ליחס שווה היא בחינת "תכלית החוק ומהות העניין, ערכי היסוד של שיטת המשפט והנסיבות המיוחדות של המקרה" (ראו למשל בג"ץ 6051/95 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(3) 289, 346 (1997); בג"ץ 3792/95 תאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאומנויות, פ"ד נא(4) 259, 281 (1997); ע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וטובלנות נ' עיריית ירושלים, פס' 41 לפסק-דינו של השופט עמית (14.9.2010)). במקרים אחרים נאמר כי השאלה האם מדובר בהפליה אסורה או בהבחנה מותרת תיבחן על-פי ה"תפיסות החברתיות המקובלות" (בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 779 (1994); בג"ץ 200/83 וותאד נ' שר האוצר, פ"ד לח(3) 113, 118-119 (1984); פרשת התנועה לאיכות השלטון, בפס' 27 לפסק דינו של הנשיא ברק). ערכי היסוד של שיטת המשפט שלנו מכירים במודלים חקיקתיים אשר בהם משלב המחוקק בחוק שנועד לתכלית עיקרית מסוימת, תכליות משנה נלוות המיועדות לקדם אינטרסים חברתיים חשובים, וזאת גם אם בינם ובין תכליתו של העיקרית של החוק אין מתקיימת בהכרח זיקה הדוקה. כך למשל תכליתה העיקרית של פקודת מס ההכנסה היא "הבטחת הכנסה לאוצר הרשות הציבורית" אך המחוקק רתם את הפקודה ואת הוראות המיסוי גם לצורך קידום תכליות חברתיות נוספות אשר באמצעותן "נלחמת החברה בתופעות הנתפסות כשליליות. הוא מעודד פעולות שרוצים לעודדן ומרתיע מפני פעולות שרוצים למונען" (אהרן ברק "פרשנות דיני המסים" משפטים כח 425, 434 (1997); לדוגמאות ראו למשל בג"ץ 2651/09 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים, פס' 31 לפסק דינו של השופט דנציגר (15.6.2011)). והוא הדין גם בדיני המכס המיועדים כתכלית מרכזית להגדלת הכנסות המדינה ויחד עם זאת משרתים דינים אלה תכליות נוספות ובהן "הסדרת הביקוש והגנה על התוצר והייצור המקומי" (ע"א 2102/93 מדינת ישראל

נ' מירון מפעלי תעשיות הגליל (ממ"ת) בע"מ, פ"ד נא(5) 160, 167 (1997)). תכליתו של חוק הביטוח הלאומי היא "להבטיח אמצעי קיום מתאימים למבוטחים, לתלויים בהם ולשאיניהם, כל אימת שהכנסותיהם פוחתות או נעלמות מאחת הסיבות שהחוק דן בהן" (ע"א 255/74 המוסד לביטוח לאומי נ' אלמוהר, פ"ד כט(1) 11, 14 (1974)). אך חוק זה בדומה לדברי החקיקה האחרים שהוזכרו, מקדם גם הוא תכליות חברתיות נוספות – כגון: תמרוץ האינטרס החברתי והציבורי הקיים בהולדת ילדים בבתי חולים להבדיל מלידות ביתיות (סעיף 42 לחוק הביטוח הלאומי); ביצוע בדיקות מי שפיר של נשים בהריון בגילאים 35-37 (סעיף 63 לחוק הביטוח הלאומי); ועידוד השתלבותם של נכים בשוק העבודה (סעיף 222 לחוק הביטוח הלאומי); וראו באופן כללי אברהם דורון "שחיקת העיקרון הביטוחי בביטוח הלאומי בישראל: ההשלכות על אופן תפקודה של מערכת הביטחון הסוציאלי של ישראל" ביטחון סוציאלי 71 31 (2006)).

5. האם כל מטרה חברתית נוספת שתקודם על-ידי חוק קיים פוגעת בהכרח בזכות החוקתית לשוויון, בהיותה מפלה ביחס לתכליתו הכללית? כמובן שלא. השאלה המרכזית שאותה יש לבחון בהקשר זה איננה מה היחס בין התכלית הכללית של החוק הקיים לתכלית הנוספת שאותה מבקש המחוקק לקדם אלא האם על-פי המבחנים הכלליים שנקבעו בפסיקה בעניין רקנט ובעניינים אחרים שעליהם עמדנו לעיל, יצר המחוקק הפליה פסולה בין שווים לצורך קידום אותה התכלית. כך למשל נפסק בעבר כי מתן הטבות מס שאינן מעוגנות בקריטריונים או בהבחנות ענייניות, הן מפלות ופסולות מבחינה חוקתית. עמדה על כך הנשיאה (בדימוס) ד' ביניש באומרה:

הענקת הטבות מס שקולה במהותה הכלכלית להענקת כספי ציבור ליחידים נבחרים. אף שנכון הדבר כי אין המדינה מעבירה כסף במישרין לנישומים (ועל כן מקובל לראות בכך תמיכה עקיפה), הרי שמבחינה מהותית שקולה התמיכה העקיפה לחיוב כל הנישומים בתשלום מס, ובשלב השני להחזרתו רק ליחידים נבחרים. חלוקה כגון דא של משאבי ציבור, ללא קריטריונים, מבנה מציאות בה יחידים נבחרים זוכים לעדיפות על פני זולתם, אף שאין ביניהם כל שונות רלוונטית שתצדיק זאת. יש בכך משום זלזול בוטה במעמדו השווה של האדם בעיני הרשויות.

(בג"ץ 8300/02 נטר נ' ממחלת ישראל, פס' 46 (22.5.2012) (להלן: פרשת נטר))

מכלל הן אתה שומע לאו – הטבות המס שנועדו להכווין התנהגות חברתית, הגם שאינן נובעות במישרין מתכליתו של מס ההכנסה, אינן פסולות לכשעצמן אלא אם הן מעדיפות קבוצה שאינה שונה בשוני רלוונטי מקבוצה אחרת.

6. העותרים התמקדו בתכלית העיקרית של קצבאות הילדים קרי: מתן תמיכה סוציאלית-כספית למי שהינם הורים לילדים (תכלית זו עברה אף היא תהפוכות לא מעטות לאורך השנים, כפי העולה מן הסקירה המקיפה של ההיסטוריה החקיקתית בעניין זה המפורטת בחוות דעתה של השופטת ברק-ארוז), ובהתבסס על תכלית זו טענו כי קבוצת השוויון הרלוונטית היא כל המבוטחים כהגדרתם בסעיף 65(א) לחוק הביטוח הלאומי, שהם הורים לילדים.

אכן, זו הייתה ככל הנראה תכליתה של קצבת הילדים ערב תיקון החוק, אך עתה גילה המחוקק את דעתו כי הוא מבקש להוסיף לכך תכלית משנה אשר תשפיע על נגזרת מסוימת של סכום הקצבה המוגדלת שנקבעה בתיקון (עד 300 ש"ח למשפחה) והיא - העלאת שיעור הילדים המוחוסנים באוכלוסיה, על מנת לקדם בכך את בריאותם של הילדים ושל הציבור בכללותו. מבחינת המדרג הנורמטיבי אין שוני בין תכלית נוספת זו לתכליתן של קצבאות הילדים לפני תיקון החוק ובמובן זה אין לתכלית הקודמת עדיפות או בלעדיות לצורך הגדרת קבוצת השוויון הרלוונטיות. בשל המדרג הנורמטיבי הזה נבדלת במקרה זה בחינתה של טענת ההפליה המכוונת כלפי התיקון לחוק מטענת הפליה בתקנות או בנהלים של הרשות המבצעת, שאת זו האחרונה עלינו לבחון, פעמים רבות, ביחס לתכליתם של חוקים המצויים במדרג נורמטיבי גבוה ממנה (ראו למשל: בג"ץ 9863/06 קר"ן – עמותת קטועי רגלים לוחמים נ' מדינת ישראל – שר הבריאות, פס' 11-14 (28.7.2008); בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221, 242-240 (1988); בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 110-108 (1995)). במישור החוקתי, נקבע בעבר כי סעיפי חוק הם מפלים ביחס לתכליתו של אותו חוק עצמו, כאשר נעשתה הבחנה שאינה רלוונטית לתכלית שלה נועד החוק (פרשת נטר, פס' 39-42, 50-52 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימוס) ביניש; פרשת יקותיאל, פס' 39 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש). במקרים אלה מדובר היה בחוק שתכליתו הברורה נוגעת לקבוצה רחבה, אך בתוך סעיפיו "הוסו" תנאים המצמצמים את תחולתו לקבוצה ספציפית (על הפלייה מוסווית, ראו למשל: בג"ץ 1113/99 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164, 175 (2000); בג"ץ 1/98 כבל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נג(2) 241, 259-262 (1999)). לא כך הם פני הדברים בענייננו. התיקון לחוק מושא העתירה שינה את תכליתה של קצבת הילדים במובן זה שממנו והלאה נכללת בה גם התכלית בדבר תמרוץ החיסונים לילדים, בדומה לחקיקת המס המקדמת תכליות ציבוריות שונות אגב קידום תכליתה הכללית של חקיקה זו עליה עמדנו לעיל.

7. בכך לא מסתיימת בחינת הפגיעה בזכות החוקתית לשוויון. כאמור, קבוצת השוויון מוגדרת לא רק ביחס לתכלית החוק, אלא גם ביחס למהות העניין, ערכי היסוד של שיטת המשפט, הנסיבות המיוחדות של המקרה והתפיסות החברתיות הרווחות. אילו היה מבקש המחוקק להוסיף למנגנון קצבאות הילדים תכלית נוספת שעניינה יצירת הבחנה בין קבוצות שאין ביניהן שוני רלוונטי על-פי מבחנים אלה, הייתה תוספת זו פוגעת בזכות החוקתית לשוויון. כך למשל, אילו היה מדובר בהבחנה בין קבוצות שההשתייכות אליהן אינה תלויה בבחירה אלא נגזרת ממאפיינים שונים של ההורים, היה מקום לתהות האם מאפיינים אלה הם רלוונטיים, על-פי ערכי היסוד של שיטת המשפט והתפיסות החברתיות הרווחות. במקרה תיאורטי שכזה, לא ניתן היה לטעון כי תכלית התיקון לחוק היא לקדם התנהגות ראויה של ההורים, ולכן היה צורך לבחון באופן מעמיק האם אכן קיימת הבחנה רלוונטית שתצדיק את העדפת הקבוצה האחת על פני האחרת. גם בהיבט של מתן תמריץ – חיובי או שלילי – להתנהגות מסוימת, יש מקום לבחון האם ההבחנה בין ההתנהגויות השונות מצדיקה הבחנה בין התוצאות המשפטיות הנלוות להן בראי המבחנים שנקבעו בפסיקה. ואולם, במקרה שלפנינו לא זו בלבד שהעותרים לא תמכו את הטענה כי מדובר בקבוצות שוות על-פי המבחנים המקובלים בפסיקה לעניין זה, אלא שהם הסכימו למעשה כי מדובר בהבחנה בין קבוצות אשר יש הצדקה להתייחס אליהן באופן שונה מפני שהדבר דרוש לשמירה על בריאות הציבור, למצער על-פי המחקרים המצויים בידי משרד הבריאות. מכאן מסקנתי כי במקרה זה ההבחנה שקבע התיקון לחוק הביטוח הלאומי בין הורים שחיסנו את ילדיהם להורים שנמנעו מלעשות כן לעניין הפחתת סכום נקוב של קצבאות הילדים, אין בה משום פגיעה בזכות החוקתית לשוויון של ההורים שבחרו שלא לחסן את ילדיהם.

8. בבג"ץ 7245/10 עלתה טענה בדבר הפליה של המגזר הבדואי בנגב הסומכת עצמה על כך שנגישותו של מגזר זה לשירותי טיפת חלב נמוכה ביותר ועל כן מצוי מגזר זה במצב בלתי אפשרי אשר לפיו נגישות לחיסונים אינה ניתנת להם וחיסונים אומרים להם - עשו. טענה זו אינה מבססת בעיני עילה חוקתית של פגיעה בשוויון וככל שאכן יתברר כי נגרע על-פי התיקון לחוק סכום כלשהו מקצבת הילדים של הורה אשר ביקש לחסן את ילדו כנדרש אך הדבר לא התאפשר לו בשל היעדר נגישות מתאימה לטיפת חלב לצורך קבלת החיסון, תהא זו בעיני טענה טובה להעלותה במסגרת הליכי השגה וערעור הקבועים בסעיפים 68(ט) ו-68(י) לחוק הביטוח הלאומי. מבלי להידרש לגוף הטענה, יש לציין כי במהלך תקופת הדיון בעתירות פעלו המשיבים להגברת נגישות תחנות טיפת חלב במגזר הבדואי ולאיוש תקני כוח האדם במחוז הדרום (ראו פירוט בפסקה 62 לחוות דעתה של השופטת ארבל) והמשיבים אף הציגו

נתונים המראים כי שיעורי ההתחסנות במגזר זה דומים לשיעורים במגזרים האחרים. על כן טענת ההפליה ככל שהועלתה לגבי המגזר הבדואי דינה להידחות במקרה דנן.

9. לפני סיום, ובשולי הדברים ברצוני להעיר שתי הערות. האחת נוגעת לאופייה של ההפחתה נושא העתירה. שלא כחברתי השופטת ברק-ארוז (פסקה 37-53 לחוות דעתה) אני סבורה כי הפחתה בסכום נקוב של קצבאות הילדים בשל אי-ביצוע החיסון הנדרש על-פי תוכנית החיסונים, היא סנקציה ולא התנאה. להבנתי קיים הבדל ברור בין ההפחתה שנקבעה בתיקון לחוק ובין התנאים שנקבעו לעניין הזכאות לקצבת ילדים ובהם: הימצאות הילד במדינת ישראל; גיל הילד יהא נמוך משמונה עשרה שנים (סעיף 65(א) לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995); הילד, ככלל, מצוי בחזקתו של ההורה הזכאי (סעיף 69 לחוק הביטוח הלאומי); וכן היות ההורה "מבוטח" כהגדרתו של מונח זה בסעיף 65(א) לחוק הביטוח הלאומי. אלה ועוד הם תנאים לקבלת קצבת ילדים, המבטיחים שקצבת הילדים תועבר למשפחות שמאפייניהן עונים על תכליתה של קצבת הילדים. לעומת זאת, ההפחתה שנקבעה בתיקון לחוק שונה באופייה מתנאים אלה בכמה מובנים. ראשית, החוק קובע בתיקון תוספת לסכום הקצבאות ובצד אותה תוספת הוא קובע גם כי סכומים מסוימים מתוך אותה התוספת יופחתו מהקצבה המשתלמת להורה אם לא יבוצע החיסון הנדרש עד למועד הקבוע בתוכנית החיסונים וכלשון ההוראה - אם הילד לא חוסן "תופחת קצבת הילדים לחודש המשתלמת בעדו, בסכום של 100 שקלים חדשים" (סעיף 68(ד)(1) לחוק הביטוח הלאומי; ההדגשה אינה במקור). "הפחתה" כשמה כן היא - שלילת זכות שהוענקה ועל כן נראה כי לשון החוק והמנגנון שנבחר תומכים בגישה לפיה בפנינו סנקציה. שנית, עניין לנו בהפחתה המיועדת להמריץ את ההורים לחסן את ילדיהם וזאת על דרך של תמריץ כלכלי שלילי השולל חלק מסכום הקצבה בשל התנהגות שאינה תואמת את היעד שאותו מבקש המחוקק לקדם. תמריץ כלכלי שלילי כזה נושא על-פי מהותו ותכליתו אופי של סנקציה והוא בעל גוון עונשי, המכוון כלפי מי שבוחר לסכן את בריאות ילדיו ואת בריאות הציבור בכללותו. נוכח גישתי כי בפנינו סנקציה ולא התנאה לא ראיתי צורך להתייחס אל הדוקטרינה ואל מבחני העזר שאותם ראתה חברתי לפתח בהרחבה בחוות דעתה בכל הנוגע לסוגיית ההתנאה. אוסיף ואעיר בהקשר זה כי העמדה לפיה בפנינו התנאה אף לא הועלתה על-ידי מי מבעלי הדין וממילא לא זכתה לליבון ולבירור בעתירות דנן. משני טעמים אלה ניתן בעיניי להותיר סוגיה זו לעת מצוא.

10. הערה נוספת שמצאתי להעיר בשולי הדברים היא זו. לגישתי, ההפחתה נושא העתירות אמנם אינה פוגעת בזכות החוקתית לשוויון ואף לא בזכויות חוקתיות אחרות ועל כן אין להיעתר לסעד שנתבקש בעתירות קרי - ביטול התיקון לחוק הקובע את

ההפחתה. עם זאת קשה להימנע מן הרושם כי במקרה דנן בחר המחוקק "קיצור דרך" על מנת לקדם את תוכנית החיסונים של משרד הבריאות תוך שימוש בקצבאות הילדים לצורך כך. העובדה שהמחוקק בחר לאכוף תכנית חיסונים מנהלית שנקבעה על-ידי מנכ"ל משרד הבריאות (סעיף 68(ד)(3) לחוק הביטוח הלאומי), באמצעות הפחתה מקצבאות הילדים שהוענקו בחוק נובעת בעיקרו של דבר, כך נראה, משיקולי יעילות גרידא. שיקולים אלה קיבלו ביטוי בדבריו של רביב סובל, סגן הממונה על התקציבים במשרד האוצר (דאז), בדיון שהתקיים בפני ועדת הכספים של הכנסת באומרו:

הנתונים שדוקטור קדמן הציג על חוסר אפקטיביות של הפיקוח הפלילי, חבר הכנסת אורון אומר שנשלח צבא של שוטרים, צבא של פקחים, הם כבר יעשו את העבודה, אבל אנחנו רואים שזה לא עובד... מדינת ישראל על דברים יותר חמורים לא מעמידה אנשים לדין, ואם מישהו חושב שהכלים הפליליים הם הכלים שדרכם אפשר לפתור כל בעיה, כמו שברחבי העולם גילו שזאת לא הדרך, כך גם בישראל הסתבר שזאת לא הדרך. כלים פליליים הם לא מספיקים. לכן בהחלט הנושא הזה של תמריצים כספיים, הם גם כלי.
(פרוטוקול ישיבת ועדת הכספים מיום 24.6.2009, בעמ' 44; נספח 2 לתגובה המקדמית לעתירות מטעם הכנסת).

אכן, קשה לחלוק על ההנחה כי הטלת סנקציה בהתבסס על הנתונים המצויים בידי הרשות ללא צורך להתמודד עם קשיי הוצאתה לפועל, הופכת את הסנקציה ליעילה ביותר, אך מבלי להמעיט בחשיבותם של שיקולי היעילות, יתכן שהיה מקום להתחשב גם בשיקולים נוספים. יתכן גם כי בשל שיקולים אלה ראוי היה להקדים דבר חקיקה הקובע את חובת החיסון להטלת הסנקציה בגין הפרתה, אשר אף היא תיקבע באותו החוק. במילים אחרות ראוי היה אולי לילך ב"דרך המלך" הסטטוטורית ולהסדיר בדבר חקיקה אחד שלם את סוגיית החיסון כולה. בהקשר זה לא למותר לציין כי אילו היה מוטל, למשל, איסור פלילי על הימנעות מחיסון ילדים, לא ניתן היה במצב החוקי דהיום לגבות קנסות שהוטלו בגינו מתוך קצבאות הילדים שכן קצבאות הביטוח הלאומי אינן ניתנות לעיקול (סעיף 303(א) לחוק הביטוח הלאומי; סעיף 11 לפקודת המסים (גביה); וראו גם פבלו לרנר "על עיקול משכורת במשפט הישראלי" הפרקליט מח 30, 46 (2005); דוד בר-אופיר הוצאה לפועל הליכים והלכות 893-894 (מהדורה שביעית, 2012)). זאת ועוד, הזכות לקצבאות ילדים היא זכות סוציאלית מרכזית ובסיסית והדבר קיבל ביטוי הן בטענות העותרים והן בדיוני ועדת הכספים של הכנסת. מסיבות אלה ומסיבות נוספות שניתן להעלות בהקשר זה, אני סבורה כי מן הראוי לשקול שימוש באמצעים אחרים לקידום המטרה הראויה של עידוד חיסונים לילדים, למשל בדרך של מתן תמריץ כלכלי חיובי למחסנים או לחלופין שימוש בסנקציות

אחרות. על כל פנים, משלא מצאתי כי האופן שבו פעל המחוקק פוגע בזכות חוקתית, אני מצטרפת כאמור לתוצאה שאליה הגיעו חברותיי השופטות ארבל וברק-ארז לפיה דין שלוש העתירות להידחות.

ש ו פ ט ת

תוצאת פסק הדין כאמור בפסק דינה של השופטת ע' ארבל.

ניתן היום, כ"ו בסיון התשע"ג (4.6.2013).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת