

1. ועד ראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל
2. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

באמצעות עו"ד חסן ג'בארין /או מרואן דלאל /או ג'מיל דקואר
/או אורנה כהן /או סוהאד בשארה /או מוראד אל-סאנע
מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
ת.ד. 510 שפרעם 20200 טלפון: 04-9501610, פקס: 04-9503140-

העותרים

נ ג ד

1. ח"כ אברהם בורג, יו"ר הכנסת
הכנסת

המשיב

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

מוגשת בזה עתירה למתן צו על תנאי המורה למשיב לבוא וליתן טעם מדוע לא להכריז על בטלות סעיף 4(3) לחוק תכנית החירום הכלכלית (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2002 ו-2003), התשס"ב – 2002, שנחקק ביום 6.6.2002, ואשר מתייחס לקיצוץ בקצבאות ילדים מהביטוח הלאומי למשפחות שאינן בעלי "שירות מזכה".

בקשה למתן צו ביניים

מוגשת בזה בקשה למתן צו ביניים המורה על עיכוב ביצוע סעיף 4(3) לחוק תכנית החירום הכלכלית (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2002 ו-2003), התשס"ב – 2002, עד להכרעה סופית בעתירה.

החלק העובדתי

1. העותר מס' 1 מאגד את כל ראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל, והוא מיוצג על ידי יו"ר הוועד מר שאווקי ח'טיב, ראש המועצה המקומית יפיע. עותרת מס' 2 הינה עמותה רשומה כדן בישראל, הפועלת לקידום זכויות המיעוט הערבי במישור המשפטי.

התיקון לחוק הביטוח הלאומי

2. בלילה שבין 5.6.2002 ו-6.6.2002 אישרה הכנסת בקריאה שלישית את הצעת חוק תכנית החירום הכלכלית (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2002 ו-2003), התשס"ב – 2002 (להלן: הצעת החוק) ברוב של 74 קולות מול 28. מטרת הצעת החוק, כאמור בסעיף 1 להצעה, היא:

"חוק זה בא לתקן חוקים שונים, לדחות את תחילתם של חוקים ולקבוע הוראות נוספות, במטרה לאפשר השגת יעדי התקציב וצמצום הגירעון הממשלתי והחוב הלאומי, לשנות הכספים 2002 ו-2003."

רצ"ב הצעת החוק כנספח לעתירה שסימנו ע/1.

3. פרק ג' להצעת החוק עוסק בתיקון לחוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב), תשנ"ה – 1995 (להלן: חוק הביטוח הלאומי). סעיף 3(4) להצעת החוק עוסק בהיקף הזכאות לקצבת ילדים ומתקן את סעיף 68(א) לחוק הביטוח הלאומי. סעיף 68(א) המקורי לחוק הביטוח הלאומי קבע הסדר שוויוני באשר לגובה הזכאות לקצבת ילדים, כדלקמן:

"68(א) קצבת הילדים לחודש תהיה -

(1) לפי ערך נקודת קצבה - בעד כל אחד משני הילדים הראשונים שבמנין ילדיו של

ההורה;

(2) לפי ערך נקודות קצבה כמפורט בלוח ד' - בעד כל ילד מעל לשני הילדים הראשונים שבמנין ילדיו של ההורה;

לענין זה, "נקודת קצבה" - כמשמעותה בסעיף 33א לפקודת מס הכנסה."

4. סעיף 3(4) להצעת החוק תיקן, כאמור, את סעיף 68(א) לחוק הביטוח הלאומי. התיקון יצר אבחנה, שהיא למעשה אפלייה, בין שתי קבוצות. אמנם שתי קבוצות אלה יסבלו מפיצוץ בגובה קצבת הילדים, אך בדרגות שונות, ומכוח אפלייה פסולה. התיקון יצר הגדרה חדשה ומפלה הנקראת "בעל שירות מזכה" אשר על בסיסה נוצרה האפלייה בין שתי הקבוצות. הגדרת "בעל שירות מזכה" שמזכה בקצבת ילדים גבוהה יותר הינה שירות בכוחות הביטחון. הגדרה זו מדירה באופן אפריורי את מרבית האוכלוסייה הערבית הבוגרת אשר אינה חייבת ואינה צריכה לשרת בכוחות אלה. סעיף 3(4) להצעת החוק קובע:

(א) במקום פסקאות (1) ו-(2) יבוא:
”(1) לפי ערך 0.96 נקודת קצבה – בעד כל אחד משני הילדים הראשונים שבמנין ילדיו של הורה בעל שירות מזכה; ואולם בתקופה הקובעת תהיה הקצבה בעד כל אחד משני הילדים הראשונים כאמור לפי ערך 0.85 נקודות קצבה;
(2) לפי ערך 0.77 נקודת קצבה – בעד כל אחד משני הילדים הראשונים שבמנין ילדיו של הורה שאינו בעל שירות מזכה; ואולם בתקופה הקובעת תהיה הקצבה בעד כל אחד משני הילדים הראשונים כאמור לפי ערך 0.68 נקודת קצבה; ...

(ב) אחרי ההגדרה ”נקודת קצבה” יבוא:
”בעל שירות מזכה” – הורה שהוא, שכן זוגו, או שכן או בת שלו או של בן זוגו, שירתו בשירות מזכה - ...
”שירות מזכה” – אחד מאלה:
(1) שירות סדיר בצבא הגנה לישראל, במשמר הגבול, ביחידות אחרות, במשטרת ישראל...;
(2) שירות לאומי כאמור בפסקה 3(ב) בהגדרת ”ילד” שבסעיף 238;
(3) ...”התקופה הקובעת” – התקופה שמיוסכ”א בסיון התשס”ב (1 ביוני 2002) עד יום ו’ בטבת התשס”ד (31 בדצמבר 2003);”

ראו ע/1, עמ' 504 – 506.

5. הצעת החוק, אם כן, מפלה ביודעין בין ילדים הערבים לילדים יהודים, אשר, ברוב המוחלט של המקרים, מודרים הראשונים מתחום פריסתה של הגדרת ”בעל שירות מזכה”, הואיל והוריהם או מי מקרובי משפחתם לא מחוייבים ואינם צריכים לשרת בכוחות הביטחון כהגדרתם בהצעת החוק.

ההשלכות הכלכליות של התיקון המפלה לחוק הביטוח הלאומי

6. לתיקון המפלה של הגדרת הזכאות לקצבת ילדים על פי הצעת החוק יש מימד כלכלי בולט הפוגע, בייחוד, במי שאינם נכללים בהגדרת "בעל שירות מזכה". מדובר, כאמור באוכלוסיה הערבית החלשה מבחינה סוציו אקונומית. בניתוח ההשלכות הכלכליות של הצעת החוק, המוסד לביטוח לאומי קבע במסמך מיום 2.6.2002 "התוכנית הכלכלית: השלכות על הקצבאות והגבייה של המוסד לביטוח לאומי", כי:

"לקיצוץ בקיצבאות השפעה רגרסיבית על התחלקות ההכנסה וממדי

העוני:

- ארבעת העשירונים הראשנים נושאים בנטל של 60% מהקיצוץ.

- כ- 20 אלף משפחות וכ- 100 אלף ילדים יצטרפו למעגל העוני."

רצ"ב "התוכנית הכלכלית: השלכות על הקצבאות והגבייה של המוסד לביטוח לאומי" כנספח לעתירה שסימנו ע/ 2.

7. באשר להיקף המשפחות אשר תוגדרנה כ"לא משרתות" ולכן תופלנה על פי האמור בהצעת החוק, קובע ניתוח המוסד לביטוח לאומי כי:

"כ- 16% מהמשפחות עם 1 – 2 ילדים הן "לא משרתות".

כ- 38% מהמשפחות עם 3 ילדים ויותר הן "לא משרתות".

כ- 223 אלף משפחות תוגדרנה כחסרות שירות "מזכה".

ראו ע/ 2, עמ' 5.

8. האפלייה בחלוקת כספי קצבאות הילדים על פי "בעל שירות מזכה" ברורה ושקופה כפי שעולה מהטבלאות הבאות המובאות בניתוח המוסד לביטוח לאומי באשר להשלכות הכלכליות של הצעת החוק. הטבלאות מבטאות את האפליה הנוצרת בעקבות הגדרת "בעל שירות מזכה" ברמת נקודות הזיכוי, וברמת סכומי הקצבאות המתקבלות על ידי המשפחות:

טבלה 1: נקודות קצבת ילדים לילד – התוכנית הכלכלית

ינואר 2004 ואילך		יוני 2002 – דצמבר 2003		נקודות קצבה לילד
חסרי שירות מזכה"	עם שירות מזכה"	חסרי שירות מזכה"	עם שירות מזכה"	

0.77	0.96	0.68	0.85	1
0.77	0.96	0.68	0.85	2
1.53	1.91	1.35	1.69	3
3.10	3.88	2.74	3.42	4
3.83	4.79	3.39	4.23	5
3.83	4.79	3.39	4.23	כל ילד נוסף

ראו ע/2, עמ' 9.

טבלה 2: סכומי קצבות ילדים למשפחה (ש, לחודש)

הפסד חודשי למשפחה 2003		קצבה מוצעת ב- 2003		קצבה שאמורה להיות ב- 2003	מספר ילדים
"לא משרתים"	"משרתים"	"לא משרתים"	"משרתים"		
68	38	116	146	184	1
136	78	233	291	369	2
273	156	464	581	737	3
549	316	933	1,166	1,482	4
888	511	1,514	1,891	2,402	5
1,227	707	2,095	2,615	3,322	6
1,567	902	2,675	3,340	4,242	7
1,906	1,097	3,256	4,065	5,162	8
2,245	1,292	3,837	4,790	6,082	9
2,584	1,487	4,418	5,515	7,002	10

ראו ע/2, עמ' 10.

9. יתרה מכך, מספר המשפחות שיופלו בעקבות הגדרת הזכאות לקצבת ילדים על פי "בעל שירות מזכה" מגיע ל – 223,634 משפחות. מספר זה מהווה כמעט רבע מסך המשפחות המקבלות קצבת ילדים. הטבלה שלהלן מבהירה כי ככל שהמשפחה גדולה יותר, היא נמנית עם המשפחות המופלות על פי הגדרת הזכאות מכוח "שירות מזכה":

טבלה 3: מספר משפחות לפי גודל ולפי שירות "מזכה"

משפחות חסרות שירות מזכה		מספר משפחות	גודל משפחה
אחוז מסה"כ	מספר		
23.8	223,634	936,205	סך הכל
14.5	47,790	329,584	1
17.1	48,639	283,440	2
31.0	52,352	168,876	3
41.8	32,612	78,018	4
53.6	19,581	36,532	5
56.8	10,579	18,625	6
55.9	11,812	21,130	+7

ראו ע/2, עמ' 11.

10. הוא הדין לגבי מספר הילדים שיפגעו במישרין כתוצאה מהגדרת הזכאות הנ"ל. מספר הילדים שיפגעו מהאפליה האינהרנטית שבהתניית שוויון בחלוקת קצבאות ילדים בשירות בכוחות הביטחון הוא 688,443 ילדים, המהווים 31.6% מהילדים שהוריהם זכאים לקיצבאות ילדים.

ראו ע/2, עמ' 12.

11. על הכוונה להפלות נגד הציבור הערבי, כמי שבהכרח יהיה מודר מהגדרת "בעל שירות מזכה", ניתן ללמוד מתצהירו של ח"כ גואף מסאלחה, שכיהן כחבר בוועדה המיוחדת לחוק תוכנית החירום הכלכלית. ח"כ מסאלחה הצהיר כי:

" 2. לאחרונה מוניתי יחד עם ארבעה מחברי סיעת העבודה כחבר בוועדה המיוחדת לחוק תוכנית החירום הכלכלית להכנת הצעת חוק תוכנית החירום הכלכלית (תיקון חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2002 – 2003) התשס"ב – 2002 לקריאה שנייה ושלישית.

3. הועדה החלה בעבודה בתאריך 30.5.02 והמשיכה את דיוניה מיום 2.6.2002 ועד יום 5.6.2002 כל יום והשתתפתי בכל דיוני הועדה.

4. בדיון שעניינו הקיצוץ בקיצבאות הילדים, וכדי למצוא פתרון שיהיה מקובל על חברי הועדה שמציגים סקטורים שונים הצעתי שאם בכלל יהיה קיצוץ הוא חייב להיות קיצוץ לרוחב כך שהפגיעה במשפחות מהקיצוץ תהיה במידה שווה ושלא יעלה על הדעת שהקיצוץ על פי הצעת החוק יפגע בערבים ובחרדים מהסיבה שהם לא משרתים בכוחות הביטחון או במשטרה.

5. שותף לדעתי היה שר האוצר לשעבר ח"כ בייגה שוחט שאף הגיש הסתייגות שלפיה הפגיעה במשפחות מהקיצוץ תהיה במידה מסוימת שוויונית, וחברים אחרים שהביעו את התנגדותם בנחרצות לסעיף זה בתוכנית שמפלה מגזר על מגזר ועוד בחוק.

6. לתומנו סברנו שהסתייגותו של ח"כ בייגה שוחט תתקבל על ידי הועדה ושהסעיף השערוייתי שממנו נודף ריח של גזענות ואפלייה, יימחק מהצעת החוק.

7. מהדיונים האחרונים של הועדה התברר לי כי הושג הסדר עם סיעת ש"ס שלפיו הסיעה תתמוך בהצעת החוק בתמורה הובטח לה הסדר שלפיו מי שישרת בצה"ל תקופת חודש יהיה זכאי לקצבת יוצאי צבא."

רצ"ב תצהירו של ח"כ מסאלחה כנספח לעתירה שסימנו ע/ 3.

12. ואמנם, עיתון הארץ דיווח ביום 4.6.2002 על שנוי בעמדתה של מפלגת העבודה לכיוון של התנגדות לקיצוץ בקיצבאות ילדים משום שמדובר באפלייה על רקע לאום נגד הציבור הערבי: "גורמים בכנסת העריכו כי השינוי בעמדתה של מפלגת העבודה נובע מרצונה להגן על האוכלוסייה הערבית בישראל...המשבר החל אתמול בצהריים, לאחר שהעבודה הודיעה שלא תוכל לתמוך בסעיף בתוכנית

הכלכלית, המפחית ב- 24% את קצבאות הידלים למי ששירת בצבא פחות משנה. זאת בשל החלטה שקיבלה באמצע שנות ה-90 ועידת מפלגת העבודה, לפיה לא תהיה אפליה בתשלום הקצבאות על רקע השירות בצבא."

רצ"ב "הליכוד: נעביר התוכנית גם בלי העבודה" הארץ 4.6.2002, עמ' 4 כנספח לעתירה שסימנו ע/4.

13. האפלייה בחלוקת קצבאות ילדים נהגה שנים רבות נגד הציבור הערבי, ועל פי אותו קנה מידה, הוא השירות הצבאי. באמצע שנות התשעים בוטלה אפלייה זו, ונקבע קנה מידה אוניברסאלי לחלוקת קצבאות ילדים על ידי הביטוח הלאומי. פרופסור אמנון רובינשטיין מתאר תהליך זה בספרו על המשפט החוקתי של מדינת ישראל:

"בעבר היתה קיימת הפלייה בולטת, שגרמה להתמרמרות רבה בקרב ערביי ישראל, בנושא "קצבת יוצאי צבא" אשר שולמה על ידי המוסד לביטוח לאומי למשפחות בעלות לוושה ילדים ומעלה. התנאי לקבלת קיצבה זו היה שירותו של אחד מבני המשפחה בצה"ל. הפגם בתנאי זה נעוץ בכך, שהקצבה אינה משתלמת על בסיס השירות האישי, אלא על בסיס שירות צבאי במשפחה. לתלמידי ישיבות, שאינם משרתים שירות ביטחון, שולמה קצבה זו ישירות על ידי משרד הדתות. בדרך זו ניגרע חלקם של התושבים הערבים הפטורים – בלי קשר לרצונם האישי – משירות בצה"ל, בהשוואה ליהודים הפטורים משירות ביטחון או שאינם ממלאים אחר חובת השירות."

ראו:

אמנון רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (תל-אביב: הוצ' שוקן, 1996) 301 – 302.

14. יודגש, כי המשרתים בצבא מתוגמלים מכספי הציבור וזאת מכוח חוק קליטת חיילים משוחררים, התשנ"ד – 1994. כפי שמציין פרופסור רובינשטיין (עמ' 302):
"הגמול למשרתים בצה"ל על אבדן שנות לימודים ועבודה יקרות הוא מכוח חוק קליטת חיילים משוחררים, התשנ"ד – 1994...תשלום מסויים בכסף בעד השירות, ומענקים והלוואות לשיכון ולהשכלה גבוהה."

והשוו עם כל הדרכים להיטיב עם כל מי שאינו ערבי בכל האמור להקצאת קצבאות ילדים, כפי שמסביר ד"ר שלמה סבירסקי ממרכז אדווה:

"מדובר באפליה בוטה ורשמית בין ילד ישראלי למשנהו על רקע האמונה או הלאום של הוריו. יש בהצעה זו משום חזרה לימים אפלים שחשבונו כי הם כבר מאחורינו.

מקורן של קצבאות ילדים מוגדלות ליוצאי צבא (קיי"ץ) בתקופה שלאחר מלחמת ששת הימים, כאשר הפערים הכלכליים גדלו מאוד ועוררו מחאה חברתית נרחבת. הממשלה דאז בחרה לפצות את בעלי השכר הנמוך -- בקרב היהודים, בעיקר יהודים מזרחים, שבאותה תקופה התאפיינו במספר ילדים גדול -- באמצעות הגדלת קצבאות הילדים, במקום באמצעות העלאת שכר. הממשלה ביקשה למנוע את הסיוע מן הערבים, והפתרון שנמצא היה הגבלת הקצבאות המוגדלות למי שהוריהם שירתו בצבא. אלא שהגבלה זו פגעה בקבוצה נוספת של בעלי משפחות גדולות -- היהודים החרדים. כדי להקל עמם, נקבע כי הזכאות לקיי"ץ תחול לא רק על ילדים להורים שאחד מהם שירת בצבא, אלא גם לילדים שאח או אחות שלהם שירתו בצבא, ולילדים שהסבא והסבתא שלהם שירתו בצבא. הזכות הוענקה גם במקרה שיוצא הצבא לא היה עוד בחיים. גם אחרי כל זה עדיין נותרו משפחות יהודיות מחוץ למעגל הזכאים לקיי"ץ: עולים חדשים, תלמידי ישיבות ופטורי שירות מסיבות בריאותיות וחברתיות. עבור אלה המציאו את הדרכים הבאות: העולים החדשים קיבלו קצבה מוגדלת מהסוכנות היהודית, תלמידי הישיבות קיבלו מלגה מוגדלת ממשרד הדתות, והמשפחות שבטיפול משרד הסעד קיבלו תמיכה מוגדלת מאוצר המדינה."

רצ"ב ד"ר שלמה סבירסקי "הערות מרכז אדוה לתכנית "חומת מגן" כלכלית מיום 28.4.2002 כנספח לעתירה שסימנה ע / 5.

15. מצבה הסוציו-אקונומי של האוכלוסיה הערבית, למצער, הוא החלש ביותר בקרב אזרחי המדינה. ממחקר של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה עולה כי מרבית הישובים הערבים נמצאים ברמה הסוציו-אקונומית הכי נמוכה. בלשון אותו מחקר, מרבית ישובים אלה נמצאים בשלושת האשכולות הראשונים מבין עשרת האשכולים המוגדרים על פי רמה סוציו-אקונומית.

רצ"ב רשימת ישובים של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה בסדר עולה מהישוב העני והלאה, על פי מחקר שנערך בפברואר 2002, כנספח לעתירה שסימנו ע / 6.

16. הקשר הישיר בין קצבאות הביטוח הלאומי לצמצום מימדי העוני והאי שוויון הוא, אפוא, ישיר ומוכח. כ- 61% מהכנסה של משפחה ענייה היא הכנסה מקצבאות, בעיקר של המוסד לביטוח לאומי. כפי שקובע מחקר של המוסד לביטוח לאומי באשר להשפעת הקצבאות על ממדי העוני בשנת 2000:

"...ב – 2000 45.3% מכלל המשפחות העניות לפי הכנסתן הכלכלית נחלצו ממעגל העוני לאחר שקיבלו תשלומי העברה ושילמו מיסים ישירים...התרומה ה"נקייה" של הקצבאות (לפני ניכוי מיסים) לצמצום ממדי העוני גדלה ת- 52.7% ב- 1999 ל- 54.3% ב- 2000."

רצ"ב "מגמות השינוי בממדי העוני ובאי – השוויון בהתחלקות ההכנסות במשק בשנת – 2000 ממצאים עיקריים" (המוסד לביטוח לאומי), כנספח לעתירה שסימנו ע/ 7.

17. בצדק, אם כן, הדגיש המוסד לביטוח לאומי את חשיבות הקצבאות המוענקות על ידו, לרבות קצבאות הילדים:

"המוסד לביטוח לאומי סבור שדווקא בימים קשים אלה על קובעי המדיניות הכלכלית והחברתית לנהוג משנה זהירות בבואם לגבש מחדש את גודלו והרכבו של תקציב המדינה לשנת 2002. פגיעה בקצבות המוסד לביטוח לאומי ובאוכלוסיות החלשות המתקיימות על קצבאות אלו תחליש את יכולתה של מערכת הביטוח הסוציאלי בישראל להתמודד עם ההשלכות החברתיות של המיתון הכלכלי."

ראו ע/ 7, עמ' 3.

18. הנה כי כן, ישנו ציבור אחד אשר מעבר לכוונת הקיצוץ, הכנסת גם בחרה להפלות נגדו. מדובר בציבור הערבי וזכותו לקצבאות ילדים שוויונית. שוב מצויבים תנאי התפור רק לציבור זה, ושוב חוזרים על אותו תנאי מגביל בדמות השירות בצבר. בחירה זו של מחוקקים היא בלתי סבירה באופן קיצוני, לא חוקית ובלתי חוקתית. חובה, אפוא, לבטלה לאלתר.

הטיעון המשפטי:

19. העותרים יטענו כי עקרון השוויון קיבל מעמד חוקתי עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, דבר המסמיק את בית המשפט הנכבד להתערב בעניין בטלות חקיקה ראשית בשל הפגיעה בעקרון זה. העותרים יטענו כי, החקיקה נשוא עתירה זו אינה עומדת בפסקת ההגבלה בגלל אי עמידתה במבחן המידתיות, ועל כן דינה בטלות.

עקרון השוויון בעקרון חוקתי:

20. העותרים יטענו, כי על אף שבית משפט נכבד זה טרם קבע הלכה מושרשת כי עקרון השוויון הינו עקרון חוקתי, במספר רב של פסקי דין הביעו כב' השופטים והשופטות את עמדותיהם בדבר מעמדו החוקתי של עקרון זה לאחר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו לעניין זה:

עמדתו של כב' השופט אור בבג"צ 5392/92 הופרט נ' "יד ושם", פ"ד מח (3) 353.
עמדתו של כב' השופט מצא בבג"צ 454/94 שדולת הנשים נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח (3) 526.

עמדתו של כבי' השופט ד. לוי (בדימוס) בבג"צ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח (5) 441.

עמדתו של כבי' הנשיא ברק בבג"צ 721/94 אל-על נ' דנילוביץ, פ"ד מח (5) 749.

21. כבי' השופטת דורנר התייחסה לעקרון השוויון כעקרון חוקתי כאשר מדובר בהפליה על רקע קבוצתי שיש בה בכדי לפגוע בכבודם של המשתייכים על הקבוצה: לעניין זה ראו עמדתה בבג"צ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון מט (4) 94.

22. לאחרונה ובפרשת עדאלה II ציין כבי' הנשיא ברק:

"עמדתי העקרונית הינה, כי השוויון מהווה זכות בעלת מעמד חוקתי. היא נכללת בזכות לכבוד. אכן, עקרון השוויון נגזר מכבוד האדם וקשור עימו קשר בל יינתק. על כן, מוכן אני – אילו נדרשתי לכך – לבחון אם חוק רגיל פוגע בעקרון השוויון שלא כדין (כלומר, בלא לקיים את הוראותיה של פסקת ההגבלה). במסגרת זו יהא מקום לבחון אם יש לחוק התקציב בעייתיות שהיא מיוחדת לו."

בג"צ 1113/99 עדאלה נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד נד (2) 164, 186-7.

23. ודוק. עמדה עקרונית זו לא נשללה על ידי שופטים אחרים, אם כי חלקם ביקש לא להכריע בסוגייה גופה אלא כשיתעורר הצורך, אך דבריהם לא כוונו לגופה של השאלה, אלא לגופו של תהליך ההכרעה. כך למשל כבי' השופט חשין בפרשת עדאלה I אינו שולל אפשרות התערבות בחקיקה ראשית מהטעם של פגיעה בעקרון השוויון:

"אכן, חקיקת תקציב אינה חסינה מביקורת שיפוטית במסגרת חוקי היסוד... אשר על כן, על מנת שבית המשפט ישתכנע לפסול סעיפים בחוק התקציב, עליו להשתכנע כי הוראות אלו פוגעות אנושות בזכות היחיד וכי אין ליחיד תקנה אחרת מאשר ביטולו של החוק."

בג"צ 240/98 עדאלה נ' השר לענייני דתות ואח' נב (3) 167, 190.

24. החלתו של עקרון השוויון כעקרון חוקתי נלמדת גם מההיסטוריה החקיקתית של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. נאזמו של מציע החוק הסביר את אפשרות התחולה העקרונית של עקרון השוויון כעקרון על חוקתי.

"אמרו חברים: מה לעניין השוויון, הרי ברור שההצעה הזאת טומנת בחובה את רעיון השוויון בכל מה שנוגע לכבוד האדם וחירותו."

ד"כ (התשנ"ב) עמ' 1532

ראו גם:

יהודית קרפ, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ביוגרפיה של מאבקי כוח, משפט וממשל א' (תשנ"ג) עמ' 342.

25. גישת התחולה של עקרון השוויון כעקרון חוקתי התחזקה לאור תיקון חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ביום 9/3/94 על ידי הוספת פסקת "עקרונות היסוד" כסעיף 1 לחוק היסוד. תיקון זה אפשר, בדרך האינקורפורציה, את שכלולו של עקרון השוויון כזכות חוקתית. לעניין זה ראו:

יהודית קרפ, מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, **משפטים** כ"ה (תשנ"ה) 129, 153.

26. מכל מקום, עקרון השוויון הינו עקרון חוקתי משום שפרשנותו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אשר נגזרת מההגנה על כבוד האדם וחירותו חייבת ליתן משקל מכריע לעקרון זה. השוויון הינו ערך מרכזי לשיטת המשפט. ההפליה היא הצד האחר של עקרון השוויון. הפליה על רקע שייכות קבוצתית מהווה פגיעה בכבוד האדם וחירותו. עמד על כך השופט (בדימוס) ח' כהן המנוח:

"ההגנה על כבוד האדם אינה רק באיסור לשון הרע, כי אם גם בהבטחת שוויונו בזכויות ובסיכויים, ובמניעת הפליה כלשהי מחמת מין, גזע, לשון, דעה, השייכות פוליטית או חברתית, ייחוס משפחתי, מקור אתני, רכוש או השכלה."

ח' כהן, ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית: עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, **ספר היובל של הפרקליט** (תשנ"ד) 9, 32.

ראו גם

Cohen, *On the Meaning of Human Dignity*, 13 *Is.Y.B.H.R.* 226, 237 (1983).

Erez Barak, *From an Unwritten to a Written Constitution: The Israeli Challenge in American Perspective*, 26 *Columbia Hu.R.L.Rev.* (1995) 309, at 344.

27. הנה כי כן, בית המשפט הנכבד מוסמך להתערב בחקיקה ראשית כאשר זו פוגעת בעקרון השוויון.

האם מדובר בחקיקה מפלה:

28. העותרים יטענו כי בדיקת סוגיית ההפליה על רקע קבוצתי של מיעוט לאומי מחייבת יישומם של מבחנים קפדניים ביותר. הרי בגלל פגיעותן של קבוצות אלו, קיים חשד רציני שהמערכת חותרת להפלות אותן מטעמים פסולים. הנחה זו מתבססת על יחסי הכוח בין מיעוט – רוב בתוך המדינה. בד"כ, הקבוצות השייכות על הרוב הלאומי או האתני נהנות מכוח ההשפעה על החלטות שלטוניות אשר מונעות או מסכלות פגיעה מכוונת באינטרסים הלגיטימיים שלהן. לעומת זאת, קבוצות מיעוטים, במיוחד במדינות שסועות על רקע אתני או לאומי, אינן נהנות מכוח זה. השיטה

האמריקאית יישמה את המבחן הקפדני strict scrutiny כאשר נבדקה סוגיית ההפלייה של קבוצות אלה שנקראות בשיטה זו suspect groups.

Tribe, *American Constitutional Law*, (1988) pp. 1465-1474.

29. אי לכך, ההתייחסות לתוצאה המבחינה בין קבוצת המיעוט לבין הרוב הלאומי או האתני עניינה חמור יותר מזו המבחינה בין הקבוצות השונות שאינן נופלות בגדר הקבוצות החשודות. תוצאה של מדיניות המבחינה בין הערבים האזרחים לבין הרוב הלאומי בהענקת הטבות, על כן, הינה עניין להפלייה. העובדה שישנן קבוצות מסוימות המשתייכות על הרוב הלאומי אשר קופחו כתוצאה ממדיניות או חקיקה, אין בה בכדי לגרוע מהקביעה שבהפליה על רקע לאום עסקינן.

30. הפסיקה העליונה הכירה במבחן התוצאתי כמבחן קובע בסוגיית ההפלייה. ע"פי מבחן זה, אין נפקא מינה למניע העומד מאחורי המדיניות או החקיקה, די בתוצאה המבחינה בין קבוצה לבין קבוצות אחרות בכדי להוכיח את קיומה של ההפליה.

בג"צ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה ואח', פ"ד נב (3) 630, 654, 664.

453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח (5) 501, 516.

בג"צ 205/94 נוף נ' מדינת ישראל, פ"ד נ (5) 449, 460.

בג"צ 104/87 נבו נ' ביה"ד הארצי לעבודה, פ"ד מד (4) 749, 759.

31. העותרים יטענו, כי החקיקה הנדונה מפלה את האזרחים הערבים בגלל שהיא מובילה לתוצאה מבחינה על רקע לאום. שכן השירות הצבאי הינו אחד המאפיינים הבסיסיים בין שתי קבוצות הלאום בישראל. השימוש בו כמרכיב להענקת הטבות מובילה בהכרח לתוצאות הנבחנות על רקע לאומי או אתני. העובדה שישנן אוכלוסיות יהודיות מסוימות שגם הם יפגעו מחקיקה זו, אינה משנה את העובדה כי התוצאה של החקיקה מובילה להפליה על רקע לאומי. פשיטא, כי רק הערבים ייפגעו בגלל שייכותם הלאומית. לא כך לגבי הרוב הלאומי אשר רובו הגדול ימשיך ליהנות מקצבאות הילדים.

32. כבי הנשיא ברק עמד על השימוש בקריטריון השירות הצבאי כקריטריון מפלה על רקע לאום בפרשת קעדאן, לאמור:

"תקנות אלו קובעות, בין השאר, כי לאגודה יוכל להתקבל רק אדם, שבין היתר, יסיים שרות חובה לפי חוק שרות בטחון...או שירותו נדחה הלכה למעשה, אין מתקבלים ערבים כחברים באגודה השיתופית."

בג"צ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד (1) 258.

33. הנה כי כן, על פי המבחן התוצאתי השימוש בקריטריון השירות הצבאי כמקור להטבות או הפגיעה בהן, מוביל לתוצאה מפלה על רקע לאום.

פסקת ההגבלה

34. העותרים יטענו, כי החקיקה הנדונה דינה בטלות משום שאינה עומדת בתנאי מבחן המידתיות. הפגיעה דווקא בקצבאות הילדים של הקבוצה החלשה ביותר אינה לתכלית ראויה, אין בין המטרה ולבין האמצעי שננקט ולא כלום, וכי הפגיעה הינה מקסימלית ומעל הנדרש.

35. התכלית החקיקתית של החוק לביטוח לאומי בדבר הענקת קצבאות ילדים באה לשרת מטרה חברתית וסוציאלית ברורה. השימוש בקריטריון השירות הצבאי כקריטריון לקיצוץ בתשלום הטבה זו, במקרה הישראלי, פוגע בקבוצות החלשות והעניות ביותר. אי לכך, השימוש בקריטריון זה נוגד את תכליתו ומטרתו העיקרית של החוק או ההטבה עצמה.

36. כמו כן, אין קשר ענייני בין תשלום ההטבות והקצבאות ולבין השירות הצבאי. לא ברור כלל ועיקר מהו הקשר בין השירות הצבאי של בן או בת משפחה לבין העדפת משפחה זו על פני משפחות עניות שלא שירתו בצה"ל. פרופסור דוד קרצ'מר מתייחס לשימוש המפלה בקריטריון של השירות הצבאי בישראל, והוא טוען כי מדינות רבות מעניקות הטבות למשרתים, והשימוש בו לא ייחשב כמפלה, אלא כענייני, כאשר התשלום מוענק מיידית עם סיום השירות. אולם, לטענתו, במציאות הישראלית, השימוש בקריטריון זה הינו מעבר לכך, ואינו ניתן לאלה שרק עתה סיימו את שירותם, אלא גם במקרים שבהם אין קשר בין ההטבה לבין השירות הצבאי, שהמניע שלהם הינו פסול ומפלה. כך היא החקיקה דנן.

David Kretzmer, *The Legal Status of the Arabs in Israel* (Westview press 1990) 98-100.

37. בנוסף לכך, התכלית שעמדה מאחורי חקיקת חוק קליטת חיילים משוחררים תשנ"ד-1994 היא להעניק הטבות לחיילים עם שחרורם מחד, ולמנוע השימוש בקריטריון השירות הצבאי להענקת הטבות שמטרתן להפלות את אלה שלא שירתו, מאידך. יוצא, כי השימוש בקריטריון זה, מעבר למה שנקבע בחוק קליטת חיילים משוחררים, פוגע מעל הנדרש במשפחות שאינן עונות על קריטריון זה.

אמנון רובינשטיין, *המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל* (הוצאת שוקן 1996) 301-302.

38. בהעדרו של קשר ענייני בין הקריטריון לבין התכלית העומדת מאחורי הקצבאות, התוצאה תהיה שמשפחות עשירות יזכו בהטבות רק בגלל שמי מבני המשפחה שירת בצה"ל, ומשפחות עניות ביותר יפגעו פגיעה קשה ומקסימלית בגלל שאין מי מביניהן שירת בצה"ל. הפגיעה בהקשר זה הינה מעל הנדרש ואף נוגדת את מטרתו של החוק לביטוח לאומי.

על יסוד האמור לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש להיעתר לסעדי העתירה כמבוקש בראשיתה
לרבות מתן צו ביניים, וכן לחייב את המשיב בהוצאות משפט.

מרואן דלאל, עו"ד
ב"כ העותרים

חסן ג'בארין, עו"ד
ב"כ העותרים