



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 3390/16

לפני :

כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופטת ע' ברון
כבוד השופט ד' מינץ

העותרים :

1. עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
2. המוקד להגנת הפרט
3. אלדמיר לטיפול בענייני אסירים
4. התנועה העולמית להגנה על הילד

נ ג ד

המשיבים :

1. הכנסת
2. שרת המשפטים
3. המוסד לביטוח לאומי

התנגדות לצו על-תנאי

תאריך הישיבה :

כ' בתמוז התשע"ח (3.7.2018)

בשם העותרים :

עו"ד חסן ג'בארין ; עו"ד סאוסן זהר

בשם המשיבה 1 :

עו"ד אביטל סומפולינסקי

בשם המשיבים 2-3 :

עו"ד אבי מיליקובסקי ; עו"ד סיגל אבנון ;
עו"ד ארנה רוזן-אמיר

פסק-דין

השופט נ' סולברג:

1. קטין הורשע בעבירת ביטחון חמורה שבוצעה מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור, ונגזר עליו עונש מאסר. החוק מורה כי תישללנה מהוריו קצבאות סוציאליות המשולמות בעדו, למשך תקופת שהותו במאסר. האם הוראה זו פוגעת

בזכויות חוקתיות? האם פגיעה זו עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו? אלה הן השאלות שבמוקד עתירה זו.

החוק

2. ביום כ' בחשוון התשע"ו (2.11.2015) התקבל בכנסת חוק העונשין (תיקון מס' 120 והוראת שעה), התשע"ו-2015 (להלן: התיקון לחוק או התיקון). הרקע לתיקון, על-פי דברי ההסבר שנלוו להצעת החוק הממשלתית, היה "התפשטותה של תופעת יידוי האבנים בתקופה האחרונה, והסיכונים הרבים הכרוכים בה לגוף ולרכוש" (הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 122 והוראת שעה), התשע"ו-2015, ה"ח 84). התיקון לחוק נועד להתמודד עם תופעת ידוי האבנים בשני מישורים מרכזיים:

במישור הפלילי, נקבעו עונשי מינימום, בהוראת שעה למשך שלוש שנים, לעבירה של ידוי אבנים לעבר כלי תחבורה בנסיעה (סעיף 332א לחוק העונשין, התשל"ז-1977).

במישור הסוציאלי – הוא העומד במוקד העתירה דנן – תוקן סעיף 325 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 (להלן: חוק הביטוח הלאומי או החוק). על-פי תיקון זה, ילד, כהגדרתו בסעיף 238 לחוק הביטוח הלאומי, אשר נגזר עונשו למאסר בעקבות הרשעתו בעבירת ביטחון, או בעבירה של ידוי אבנים לפי סעיף 332א לחוק העונשין, והעבירה בוצעה מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור, לא ישולמו להוריו גמלאות מסוימות למשך תקופת המאסר. הגמלאות הללו הן: קצבת ילדים; מענק לימודים; וכן תוספת בעבור הילד לגמלת הבטחת הכנסה, קצבת נכות, קצבת שאירים, קצבת תלויים וקצבת זקנה. תחולת החוק הוגבלה לעבירות שנעברו מיום תחילתו של החוק ואילך.

3. בדברי ההסבר לתיקון צוין, כי "על רקע תופעת יידוי האבנים בידי ילדים קטינים ומשום שצורכי הקיום של ילד הנמצא במאסר מסופקים בבית הסוהר", יש להחיל על ילדים אלו הסדר, הדומה לזה הקיים בסעיף 325 לחוק הביטוח הלאומי ביחס לאסירים בגירים הזכאים לקצבאות, ולפיו לא תשולם גמלה בעד תקופת המאסר. על-פי האמור בדברי ההסבר, התיקון המוצע יפגע אמנם בהכנסתה של משפחתו של ילד שהורשע בעבירת ביטחון או בעבירה לפי סעיף 332א לחוק העונשין, אולם ההפחתה תהיה לתקופת המאסר בלבד – "שבה הילד ממילא מקבל את צורכי הקיום הבסיסיים בבית הסוהר ואינו גר בביתו".

4. להשלמת התמונה, ובטרם נצלול לגוף העתירה, שתי הערות: ראשית, המנסה לפענח את העבירות שעליהן חל החוק צפוי להתקשות בכך; המהלך בשבילי-החוק מתקשה לבזר לו את דרכו, והוא נכרך במכרך. במה דברים אמורים? לעניינו של החוק שלפנינו מוגדרת 'עבירת ביטחון' כ"עבירת ביטחון חמורה כהגדרתה בחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016 שבוצעה מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור" (סעיף 326(ג) לחוק הביטוח הלאומי); בחוק המאבק בטרור מוגדרת 'עבירת ביטחון חמורה' כ"עבירת טרור חמורה, וכן עבירה שנעברה בנסיבות שיש בהן כדי ליצור חשש לפגיעה בביטחון המדינה ובזיקה לפעילות טרור", תוך הפניה לרשימה סגורה של עבירות מחוק העונשין ומן החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954. 'עבירת טרור חמורה', מצדה, מוגדרת כעבירה מבין העבירות המעוגנות בסעיפים מסוימים בחוק המאבק בטרור (סעיפים 20, 21, 22(ב) ו-(ג), 23, 25, 28, 29, 30 או 31), וכן כ"עבירה המהווה מעשה טרור שדינה, לאחר החמרת הענישה לפי סימן ב' בפרק ג', מאסר חמש שנים או יותר". גם ל'מעשה טרור' הגדרה משלו, סבוכה וארוכה, בסעיף ההגדרות שבחוק המאבק בטרור.

5. אם נבקש בכל זאת לתמצת את העבירות שעליהן חל החוק, ואשר קטין שהורשע בביצוען "מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור", ישללו מהוריו קצבאות המשולמות בעדו למשך תקופת שהותו במאסר, תכלול הרשימה – באופן כללי בלבד ומבלי להתייחס לחריגים – את העבירות הבאות: עבירת ידוי אבנים לעבר כלי תחבורה; עבירות בגידה וריגול; מרידה; עבירות נשק; רצח; חבלה בכוונה מחמירה; חטיפה; עבירות בחומר נפץ; עבירות הסתננות; ועבירות הקשורות בחברות בארגון טרור ובסיוע למעשה טרור.

6. שנית, כאמור, התיקון לחוק הרחיב למעשה הסדר שהיה קיים עוד קודם לכן, בסעיף 325(א) לחוק הביטוח הלאומי. עניינו של סעיף זה, שלילת קצבאות מבגירים שהורשעו בדין למשך תקופת מאסרם, והוא מורה כדלקמן: "הנמצא במאסר על פי פסק דין של בית משפט שדן אותו למאסר של שלושה חודשים או יותר, לא תשולם לו כל גמלה בעד הזמן שהוא במאסר". בהצעת החוק שלפנינו הוצע במקור לתקן גם סעיף-קטן זה, ולבטל את מגבלת זמן המאסר, כך שהקצבאות מאסיר-בגיר תישללנה בגין כל תקופת מאסר שהיא. הצעה זו נשמטה לבסוף, נוכח קשיים שעליהם עמדה היועצת המשפטית של ועדת חוקה, חוק ומשפט (ראו פרוטוקול מס' 51 משיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט, בעמ' 15-16 (20.10.2015); להלן: פרוטוקול ועדת החוקה).

העתירה

7. העותרים, ארגונים הפועלים למען זכויות הציבור הערבי וזכויות ילדים, סבורים שהחוק אינו חוקתי. לדעתם, יש לקבוע כי החוק פוגע בזכויות חוקתיות; כי תכליתו אינה ראויה; וכי הוא אינו מידתי.

8. במישור הפגיעה בזכות החוקתית, נטען כי החוק פוגע בכמה זכויות, ובמיוחד בזכות החוקתית לשוויון: ראשית, במבחן התוצאה, החוק מכוון נגד ילדים פלסטיניים, ובכך הוא מפלה על רקע לאום. ההבחנה בין אסירים קטינים יהודים לאסירים קטינים ערבים היא שרירותית, לא עניינית, ולפיכך עולה כדי הפליה פסולה; שנית, מנקודת מבט נוספת, החוק מפלה בין אסירים פליליים לאסירים ביטחוניים, וזאת בניגוד להלכה הפסוקה שלפיה אין הצדקה להבדיל בין סוגי האסירים הללו, זולת אם הדבר מתחייב משיקולים ענייניים. אין טעם ענייני להבחין בין סוגי האסירים לגבי תשלום קצבאות בגינם, ועל כן מדובר, לשיטת העותרים, בהפליה פסולה; שלישית, החוק יוצר הבחנה בלתי מוצדקת בין הוריהם של אסירים פליליים לבין הוריהם של אסירים ביטחוניים, שיש לראות בהם קבוצת שוויון אחת.

9. על מנת לחדד את הטענה שלפיה ההבחנה שיוצר החוק בין קבוצות האסירים היא שרירותית ובלתי רלבנטית, טוענים העותרים כי שלילת הגמלאות מנוגדת להגיונם ולתכליתם של דיני העונשין. הענישה הגלומה בחוק אינה הולמת את חומרת העבירות, שכן החוק חל על סדרה רחבה של עבירות – חלקן חמורות יותר, חלקן פחות – ובכך הוא מפר את עיקרון ההלימה בדיני העונשין. הפרה זו מלמדת, מיניה וביה, על כך שמדובר בחוק שרירותי. כמו כן, החוק מנוגד ליסודות דיני העונשין, משום שהוא שולל מבית המשפט שיקול דעת באשר לעונש הנגזר על הקטין.

10. עוד טוענים העותרים, כי לגמלאות תכלית סוציאלית-אוניברסלית, ואין להשתמש בהן כאמצעי ענישתי; שימוש זה אינו ענייני, ועל כן פוגע בשוויון. התניה על זכות סוציאלית היא עניינית כאשר יש לה זיקה לתכלית הסוציאלית של הזכות, אך זהו אינו המצב בענייננו.

11. לבד מן הפגיעה בשוויון, טוענים העותרים כי החוק פוגע גם בזכות לקיום מינימלי בכבוד: שלילת הגמלאות מהורי הילדים, כאשר מדובר במשפחות ממעמד סוציו-אקונומי נמוך, עלולה לפגוע ביכולתם להתקיים בכבוד. עוד נטען, כי נפגעת זכותם של ההורים לביטחון סוציאלי, זכות שהוכרה במשפט הישראלי ובמשפט הבינלאומי.

12. לאחר שעמדו על פגיעתו של החוק בזכויות חוקתיות, טענו העותרים כי תכליתו אינה ראויה. בהקשר זה שבו העותרים על הטענה, שלפיה החוק מנוגד לתכלית הסוציאלית שלשמה נקבעו הגמלאות, שכן מטרתו המוצהרת היא להתמודד עם תופעת ידוי האבנים. השימוש בגמלאות כאמצעי ענישה, הופך אפוא את תכלית החוק לבלתי

ראויה. גם העובדה שהחוק שולל את שיקול הדעת השיפוטי בקשר לשלילת הגמלאות, הופכת את תכליתו, לשיטת העותרים, לבלתי ראויה.

13. לטענת העותרים, החוק אינו עומד באף אחד משלושת מבחני המידתיות. אשר למבחן המידתיות הראשון, קיומו של קשר רציונלי בין האמצעי שנבחר לבין התכלית, סבורים העותרים כי קשר כזה אינו בנמצא. מדובר בהחמרה בלתי סבירה ובלתי מידתית של העונש, שאינה משיגה את תכלית הענישה – שיקומו של האסיר. העדרו של הקשר הרציונלי מוכח גם בשים לב לעובדה שהחוק מוגבל לשורת עבירות, שאין הצדקה עניינית להחילו דווקא ביחס אליהן.

14. אשר למבחן המידתיות השני – השימוש באמצעי שפגיעתו פחותה – נטען שהחוק גורף מדי: אין במסגרתו הליך המאפשר להתחשב במצב הקונקרטי של הקטין ושל משפחתו; אין התחשבות באורך תקופת המאסר; ואין אפשרות של השגה או ביקורת שיפוטית על שלילת הגמלאות. לבסוף, אשר למבחן המידתיות השלישי, במובן הצר, נטען כי נזקי החוק עולים על תועלתו. כאמור, החוק מפלה אסירים קטינים ערבים ביחס לאסירים קטינים יהודים, ואין די בהצדקות שניתנו לו כדי להגיע למסקנה שהפליה זו מוצדקת.

התגובות המקדמיות

15. לעתירה הוגשו תגובות מקדמיות מטעם המשיבה 1 (להלן: הכנסת), ומטעם המשיבים 2-3 (להלן: הממשלה). לטענת הכנסת, התיקון לחוק אינו פוגע בזכויות חוקתיות. אשר לעיקרון השוויון, ההבחנה בין אסירים נעוצה בשוני רלבנטי ביניהם: חוק הביטוח הלאומי מבוסס על תפיסה של סולידריות חברתית וערכות הדדיות. קטין המבצע עבירת ביטחון מוציא עצמו מן הכלל, וחותר תחת עקרונות הסולידריות והערבות ההדדית. עבירות ביטחון מופנות לא רק כלפי הקורבן הספציפי, אלא כלפי החברה בכללותה. לפיכך סבר המחוקק, כי יש להגביל את אחריותה של החברה כלפי אותו עבריין, ולהגביל את הזכאות לגמלאות הביטוח הלאומי המשולמות בגינו. בכך שונה עבריין שהורשע בביצוע עבירת ביטחון, מעבריין שהורשע בביצוע עבירה פלילית 'רגילה', שוני אשר הוא רלבנטי לתכליתו של חוק הביטוח הלאומי, ולעקרונות שעומדים ביסודו.

16. הכנסת הצביעה על הסדר הדומה לשיטתה לענייננו, ומעוגן בסעיף 326(א) לחוק הביטוח הלאומי. סעיף זה מתייחס לגמלה שהזכאות לה התגבשה עקב ביצוע פשע או ניסיון לבצע פשע, אולם בנוסף לכך הוא קובע כלל מחמיר יותר כאשר מדובר בפשע שבוצע מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור. סעיף זה, כך נטען, מחמיר אף יותר

מן הנדון דידן, שכן הוא שולל גמלאות המיועדות לספק את צרכיהם של התלויים בעברייין, בעוד שבתיקון לחוק נשללת קצבה המיועדת לספק את צרכיו של העברייין עצמו. אף על-פי כן, הכירו בתי הדין לעבודה בכך שהתכלית הסולידרית של חוק הביטוח הלאומי מצדיקה לנקוט בצעד שכזה כלפי מי שביצע עבירות ביטחון. זאת ועוד, בעשור האחרון תוקן חוק הביטוח הלאומי פעם ופעמיים, ולסעיף 326 נוספו הוראות נוספות שלפיהן מי שביצע עבירות ביטחון, ישללו ממנו קצבאות וגמלאות שונות. מדברי חקיקה אלו נמצאנו למדים, כך לעמדת הכנסת, כי ההבחנה העומדת ביסוד התיקון שלפנינו מבוססת על שוני רלבנטי לתכלית הנורמה שבה מדובר, ואף עולה בקנה אחד עם הוראות אחרות של התיקון לחוק. בנוסף, גם העובדה שעבירת ידוי האבנים הפכה ל'מכת מדינה', חלק מתופעה רחבה ו'מדבקת', כלשונה של הכנסת, מצדיקה לבחון עבירות אלו בצורה שונה, ולנקוט בגישה חקיקתית יחודית כלפיהן.

17. עוד טענה הכנסת, כי התיקון לחוק אינו מנוגד לתכלית דיני העונשין ולתורת הענישה, כפי שנטען על-ידי העותרים. כאמור, תכלית התיקון אינה עונשית, אלא מבוססת על הגיונם של דיני הביטוח הלאומי – הגנה על עקרונות הסולידריות החברתית והערבות ההדדית. הכנסת מדגישה, כי לא כל הוראת חוק הגורמת הפסד כספי לפרט – היא בבחינת 'עונש', ויש לבחון את ההוראה על רקע תכליתה. זאת ועוד, אפילו היה מדובר בתכלית ענישתית, הרי שגם בהקשר זה מקובל להבחין בין עבירות ביטחוניות לבין עבירות אחרות, ולקבוע רף ענישה גבוה יותר לראשונות.

18. אשר לטענה בדבר פגיעה בזכות לקיום מינימלי בכבוד, טענה הכנסת כי דינה להידחות על הסף בהעדר עילה. הנטל להצביע על פגיעה בזכות חוקתית מוטל על העותרים, והם אינם נושאים בו: אין חולק על כך שההוצאות לכלכלתו של אסיר בעת מאסרו מוטלות על המדינה; שלילת הגמלאות המשולמות בגינו, למשך תקופת מאסרו, מטרתה למנוע אפוא מימון כפול של האסיר על-ידי המדינה. על מנת לבסס טענה לפגיעה בזכות לקיום מינימלי בכבוד, היה על העותרים להוכיח כי ההפסד הכספי הנגרם למשפחות אסירים כאלו, שיעורו גדול באורח משמעותי מן ה'חסכון' הכרוך בכך שכלכלתו מוטלת למשך פרק זמן זה על המדינה. העותרים לא ביססו טענה זו, ועל כן דינה להידחות על הסף.

19. מכל מקום, טענה הכנסת, כי אף אם תתקבל טענת העותרים על כך שהתיקון לחוק פוגע בזכות חוקתית כלשהי, הרי שמדובר בפגיעה העומדת בתנאי פסקת ההגבלה. תכליתו של החוק – ראויה; מטרתו להגביל את הסולידריות החברתית כלפי מי שהורשע בביצוע עבירות ביטחון. תכלית זו עולה בקנה אחד עם התפיסה הבסיסית של דיני הביטוח הלאומי, כאמור לעיל. בנוסף, התיקון לחוק עומד במבחני המידתיות: יש קשר

רציונלי בין התכלית הסולידרית שתוארה לבין ההסדר החוקי שנקבע; לא קיים אמצעי שפגיעתו פחותה, אשר יכול להגשים את תכלית התיקון באופן שווה ערך לזה של האמצעי שנבחר; התיקון לחוק עומד גם במבחן המידתיות במובן הצר, שכן הפגיעה בזכות החוקתית – ככל שישנה – היא חלשה, ומנגד, החוק מבקש לקדם תכליות ערכיות חשובות.

20. גם לעמדת הממשלה, דין העתירה להידחות. לשיטתה, אין שחר לטענה בדבר פגיעה בזכות החוקתית לקיום מינימלי בכבוד, שעה שהאסיר הקטין מקבל את כלל צרכיו הבסיסיים מהמדינה בעת מאסרו. הסדר שכזה, שלפיו אסיר אינו מקבל גמלאות מהביטוח הלאומי למשך תקופת מאסרו, או כאשר הוצאותיו מוטלות על המדינה בדרך אחרת – אינו הסדר חריג, שכן הוא קיים בהיקף מסוים גם ביחס לאסירים בגירים. אשר לטענה בדבר פגיעה בזכות החוקתית לשוויון, הרי שהחלת ההסדר דווקא על קטינים שהורשעו בעבירות ידוי אבנים ועבירות ביטחון על רקע לאומני או בזיקה לפעילות טרור – מבוססת על שוני רלבנטי בין אסירים אלו לאסירים אחרים. נוכח היקף תופעת ידוי האבנים וחומרתה, נולד צורך להתמודד עמה בכלים שונים, רבים ומגוונים, לרבות כלים שאינם פליליים. אחד מן הכלים הללו, הוא לתמרץ את הוריהם של הקטינים להפעיל את סמכותם ההורית על מנת למנוע את ביצוע העבירות. תמריץ זה, בדמות שלילת הגמלאות המגיעות להורים עבור הילדים בעת שהותם במאסר, רלבנטי דווקא למאבק בתופעת ידוי האבנים, ואינו רלבנטי ביחס לעבירות פליליות אחרות. ההבחנה בין סוגי האסירים היא עניינית אפוא, ואין לראות בה הפליה.

21. בהקשר זה ציינה הממשלה, כי ההבחנה בין אסירים ביטחוניים לבין אסירים פליליים רגילים, הריהי הבחנה רלבנטית ומקובלת. יחס מחמיר כלפי עבירות בעלות אופי ביטחוני אינו חריג במשפטנו; לעבירות אלו נודעת חומרה מיוחדת, שכן בנוסף לכוונת העברייין לפגוע בקורבן ספציפי, נועדה עבירת הביטחון לפגוע בחברה כולה, לזרוע פחד ובהלה. יחס מחמיר זה בא לידי ביטוי בהוראות יחודיות שנקבעו על-ידי המחוקק, הן בסעיף 326 לחוק הביטוח הלאומי, הקובע דין מחמיר כלפי עבריינים ביטחוניים בכל הנוגע לגמלאות המגיעות להם, הן במסגרת הוראות שונות בחוק המאבק בטרור.

22. בנוסף טענה הממשלה, כי גם אם החוק פוגע בזכות חוקתית, הרי שהפגיעה עומדת במבחני המידתיות. תכלית המאבק בעבירות ביטחון, בין היתר באמצעות עידוד ההורים להשפיע על ילדיהם, היא תכלית ראויה; אין מדובר בענישתם, שעה שכזכור הדאגה לצרכיו של הקטין בעת מאסרו מוטלת על המדינה, אלא בתמריץ שהוא במהותו מניעת. יש קשר רציונלי בין שלילת הגמלאות לבין תמרוץ ההורים לפעול למניעת ביצוע עבירות על-ידי ילדיהם; האמצעי שנבחר הוא אמצעי שפגיעתו בהורים מינימלית;

והחשיבות שבמניעת פעולות טרור ויידוי אבנים מכריעה את הכף אל מול פגיעה מינימלית זו, במובן הצר של הערכת המידתיות.

הדיונים בעתירה ובעקבותיהם

23. לאחר שהוגשו תגובותיהן המקדמיות של הכנסת ושל הממשלה, התקיים ביום 25.1.2017 דיון ראשון בעתירה (המשנה לנשיאה (דאז) א' רובינשטיין, השופט ע' פוגלמן והשופטת ע' ברון). לאחר הדיון הוחלט על הוצאת צו על-תנאי, המורה כדלקמן:

"לאחר העיון ושמיעת הצדדים החלטנו להוציא צו על תנאי, במסגרתו ינמקו המשיבים מדוע תקף חוקתית לשיטתם סעיף 3 לחוק העונשין (תיקון 120 והוראת שעה) תשע"ו-2015. ההנמקה לצו על תנאי אינה נובעת מהקלת ראש בממד הבטחוני שבחקיקה בה מדובר, כמובן, אלא מכך שעל פני הדברים אין לכאורה מתאם שיווני בין הקטינים בהם עסקין לבין, למשל, קטינים במשפט הפלילי ה'רגיל', ומכאן טענת ההפליה. כמו כן יש ליתן את הדעת להיבטים נוספים שעלו בדיון, לרבות העירוב בין המישור הפלילי למישור הסוציאלי, והאכסניה המתאימה למאבק בתופעות ידוי האבנים, שעל חשיבותו כשלעצמו אין חולק".

24. לאחר שהוצא צו על-תנאי, הגישו הצדדים כתבי תשובה ועיקרי טיעון, ובהם חידדו את טענותיהם. הכנסת הדגישה, כי מי שעובר עבירה ביטחון פוגע באמנה החברתית באופן מיוחד, ויש הצדקה לשלול ממנו גמלאות המשתלמות מתוך תפיסה של סולידריות חברתית. הצדקה זו מקימה שוני רלבנטי בין עבריינים אלו לבין עבריינים פליליים אחרים, כשם שקיימים הסדרים נוספים המכוונים באופן מיוחד כלפי עבירות ביטחון. הסדרים אלו, כדוגמת ההסדרים שבחוק המאבק בטרור, מניעת מפגש בין עורך דין לעצור החשוד בעבירות ביטחון, או קביעת עונשים מחמירים בעבירות ביטחון – מבוססים על ההנחה שבעבירות אלו גלומה חומרה יתרה. לפיכך, אין הפרה של עיקרון השוויון ביחס לעבירות אחרות. ההסדר של שלילת הגמלאות מבוסס על שוני רלבנטי גם מנקודת המבט של תכלית הגמלה, שכן עבירות ביטחון מכרסמות בבסיס הסולידריות החברתית, שהיא היסוד למתן גמלאות אלו. המחוקק רשאי לשקול שיקולים ערכיים כבואו להסדיר הטבות סוציאליות, כמו השיקולים הבאים לידי ביטוי בחוק שלפנינו.

25. הממשלה, מצדה, עדכנה לקראת הדיון בעתירה, במהלכו, וגם בשלב העיון, על אודות אופן יישום התיקון לחוק. הממשלה ציינה, כי לאחר עיכוב בהפנמת התיקון על-ידי הביטוח הלאומי, החל מראשית שנת 2017 מיישם הביטוח הלאומי את הוראותיו. עד

למועד הגשת הודעת העדכון האחרונה מטעם הממשלה, הופעל התיקון בעניינם של שבעה קטינים. הממשלה הציגה לפנינו נתונים כלליים שנאספו במסגרת בקשות לקבלת פרטים נוספים שהגישו העותרים לממשלה, אשר בהן נתבקש מידע נוסף לגבי הקטינים הספציפיים שבעניינם יושם התיקון, וכן בקשר לנתונים סטטיסטיים בדבר הרשעת קטינים בעבירות ביטחון. עיקרי הנתונים שנאספו בהקשר זה מלמדים, כי בין השנים 2014-2016 הורשעו 196 קטינים תושבי ישראל בעבירות ביטחון שונות (למעט עבירות של ידוי אבנים); 41 מתוכם הם קטינים תושבי מזרח ירושלים. מתוך אותם 196 קטינים, 85 הם יהודים, ו-111 אינם יהודים. אשר לעבירת ידוי אבנים, הורשעו בתקופה זו 174 קטינים, 118 מהם ממזרח ירושלים; 39 יהודים ו-135 שאינם יהודים. מדובר בהרשעות בלבד, ולא במצבים שבהם הוחלט על אי-הרשעה והפניה לדרכי טיפול חלופיות, לפי חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971.

26. בנוסף הציגה הממשלה נתונים לגבי סכום הכסף שיכול להישלל מהוריו של קטין שהתיקון לחוק חל עליו. בתמצית, בגין קצבת הילדים ישלל, בדרך כלל, סכום כסף שבין 150 ל-188 ₪ לחודש; בגין מענק לימודים – 1,003 ₪ לשנה; בגין תוספת תלויים בזקנה – 484 ₪ לחודש; בגין תוספת תלויים בשאירים – 718 ₪ לחודש; בגין תוספת תלויים בנכות כללית – 937 ₪ לחודש; הכל, כמובן, בהתאם למידת הזכאות לקצבאות אלו. אשר להבטחת הכנסה ולמזונות, נאמר כי אין הגדרה ברורה לגבי חלקו של כל ילד, ויש לערוך חישוב נקודתי בעניין. באופן ספציפי, בקשר לשבעת הקטינים שהחוק חל עליהם, נמסר כי הופחתה להוריהם קצבת ילדים בסך של 150 ₪ לחודש, ולגבי שלושה מתוכם הופחת מענק לימודים בסך של 1,003 ₪ לשנה.

27. לגופה של העתירה, שבה הממשלה וטענה כי דין העתירה להידחות. אשר לזכות לקיום מינימלי בכבוד, לא עמדו העותרים בנטל ההוכחה כי התיקון לחוק פוגע בזכות זו. מדובר בשלילת קצבה המוענקת עבור הילד, למשך התקופה שבה הוא שוהה במאסר ובכך ממומן על-ידי הממשלה. הסדר שכזה איננו בגדר חידוש, ובוודאי שאין בו פגיעה בזכות החוקתית לקיום בכבוד. אשר לזכות לשוויון, הרי שמטרת התיקון היא להאבק בתופעה החמורה של ידוי אבנים על-ידי קטינים; על מנת להשיג מטרה זו, ביקש המחוקק לעשות שימוש בכלים לא פליליים, שיתמרצו את ההורים למנוע מילדיהם לבצע עבירות אלו.

28. בהקשר זה פירטה הממשלה, על אודות המאפיינים המיוחדים של עבירות הביטחון, המצדיקים יחס מחמיר זה: פיגוע טרור טומן בחובו כוונה לפגוע בחברה כולה, ולא רק בקורבן המסוים. תופעת הטרור היא רחבת היקף, וארגוני הטרור עוסקים בגיוס חברים חדשים בדרכים שונות, תוך הפצת חומרי תעמולה והסתה. ארגונים אלו פועלים

גם במסגרת סוציאלית ענפה, על מנת לעודד חברים חדשים להצטרף לשורותיהם, ובכך מהווים מסגרת אטרקטיבית לצעירים המגבשים את זהותם ומחפשים מסגרת להשתייך אליה. ארגונים אלו גם 'לוקחים חסות' על עברייני הטרור ובני משפחותיהם, ותומכים בהם מבחינה כלכלית. היבטים אלו אינם מתקיימים בפשיעה 'רגילה', ומגבירים את הצורך בשימוש באמצעים מניעתיים, דוגמת תמרוץ ההורים למנוע מילדיהם לעבור עבירות כאלו. עבירת ידוי האבנים, באופן ספציפי, היא בעלת מאפיין יחודי שכן היא אינה דורשת אמצעים מיוחדים או הערכות מוקדמת לביצועה, ובכך הופכת ל'נגישה' יותר עבור הצעירים המבקשים לעשות מעשה; והם עושים. עוד הדגישה הממשלה, כי יחס מחמיר ומיוחד כלפי עבריינות לאומנית אינו יחודי לחוק שלפנינו, והוא מצוי בהוראות חוק רבות.

29. גם אם יש לראות באופן הייחודי שבו מטפל החוק בעבריינות לאומנית משום פגיעה בשוויון, סבורה הממשלה כי זו פגיעה מידתית, הנעשית לשם תכלית ראויה. בהקשר זה עמדה הממשלה על ההבדל שבין עמדתה-שלה לבין עמדת הכנסת לעניין תכליתו של התיקון לחוק, אולם ציינה כי בין כך ובין כך מדובר בתכלית ראויה. הפגיעה היא מידתית, שכן קיים קשר רציונלי בין שלילת הגמלאות לבין תמרוץ ההורים למנוע את ביצוע העבירות. בהקשר זה צוין, כי השימוש במישור הסוציאלי הוא אכסניה מתאימה למאבק בתופעת ידוי האבנים. כאמור לעיל, השימוש בכלי זה הוא חלק ממארג חקיקתי נרחב יותר שנועד להתמודד עם גל הטרור ועם המעורבות הגוברת של קטינים במעשי טרור. במסגרת 'ארגז הכלים' העומד לרשות המחוקק הוחלט לעשות שימוש גם בכלי הסוציאלי, על מנת ליתן מענה מקיף לבעיה זו. כמו כן, מדובר באמצעי שפגיעתו מינימלית – עסקינן בשלילה של גמלאות עבור קטין לתקופה מוגדרת ומסוימת, שבמהלכה הוא נתון בבית הסוהר, וכלכלתו מוטלת על המדינה. ההכבדה המסוימת שנוצרת – ככל שנוצרת – עקב כך על ההורים והמשפחה, היא מוגבלת ומידתית. לבסוף, אשר למובן הצר של המידתיות, יש איזון סביר בין התכלית הראויה והלגיטימית שעניינה במניעת הפגיעה בחיי אדם וברכוש, לבין הפגיעה בעיקרון השוויון אשר ככל שהיא קיימת, הריהי פגיעה בעוצמה ברמה נמוכה יחסית.

30. העותרים הגישו אף הם עיקרי טיעון מטעמם, ובמסגרתם ביקשו לחדד מספר נקודות: ראשית, נטען כי ההסדר הנתקף אינו עומד בדרישה שלפיה הפגיעה בזכות החוקתית תעשה על-פי חוק. הטעם לכך הוא שהחוק מתייחס למי שעבר עבירות מסוימות "מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור"; דא עקא, שביחס לחלק מן העבירות נסיבה זו אינה מהווה יסוד מיסודות העבירה. פועל יוצא מכך הוא, שפסק הדין בהליך הפלילי אינו מתייחס להתקיימותה של נסיבה זו, ופקיד הביטוח הלאומי אשר שולל את הגמלאות

שלפי החוק, עושה כן על-פי שיקול דעתו הבלעדי. לפי ההלכה הפסוקה, כך לטענת העותרים, מצב דברים זה אינו עומד בדרישת ההסמכה בחוק.

31. שנית, העותרים הדגישו כי הכנסת והממשלה הציגו תכליות שונות להסדר הנדון: הכנסת התמקדה בהיבט של סולידריות חברתית, ואילו הממשלה נימקה את ההסדר בתכלית הרתעתית-מניעתית. לטענת העותרים, הדבר מעיד על כך שהחקיקה נעשתה בחיפזון, ולא על סמך תשתית עובדתית ראויה, ומלמד כשלעצמו על היות החקיקה שרירותית. ניתן להיווכח בכך לפי מבחן התוצאה, בהתאם לנתונים שהציגה הממשלה: רבים מבין הקטינים המורשעים בעבירות ביטחון (למעט בעבירות ידוי אבנים) הם יהודים, אולם הקטינים שלגביהם הוחל החוק היו כולם ערבים.

32. שלישית, אשר למידתיות הפגיעה, טענו העותרים כי הקשר הרציונלי הוצג על-ידי המשיבים כטענה בעלמא, ולא הובאה תשתית הקושרת בין התכלית לבין האמצעי. תכליות כגון הרתעה ותמרוץ הורי הילדים, מקומן במסגרת ההליך הפלילי, ואינן עניין לדיני הביטוח הלאומי; אין להתנות את קצבאות הילדים בדבר הקשור לביצוע עבירות פליליות, באשר מטרתן של הקצבאות הללו היא סוציאלית. זאת ועוד, קשה להניח כי שלילת קצבאות בשיעור נמוך, היא זו אשר תתמרץ הורים למנוע מילדיהם לבצע עבירות, ואילו עצם החשש מפני עונש מאסר לא יעשה כן. אשר למבחן המידתיות השני, נטען כי ניתן היה להשיג את התוצאות המבוקשות תוך פגיעה פחותה בשוויון, באמצעות החלתה על כלל העבירות הפליליות. בנוסף, שבו העותרים על הטענה כי מדובר בהסדר גורף, אשר אינו מאפשר הפעלת שיקול דעת במקרה פרטני, והוסיפו כי את עוצמת הפגיעה הכלכלית שגורם התיקון לחוק, יש לבחון גם על רקע הפגיעה הגלומה בעונש המאסר עצמו. לבסוף, אשר למבחן המידתיות השלישי טענו העותרים, כי ההפליה הנוצרת בענייננו, הלכה למעשה, הריהי הפליה על רקע לאום. בכך יש לחזק את עוצמת הפגיעה בזכות החוקתית לשוויון. מנגד, התועלת שבחוק מוטלת בספק, ועל כן יש לקבוע כי החוק נכשל גם במבחן זה.

33. ביום 25.9.2017, לאחר שהוגשו כתבי הטענות האמורים, התקיים דיון שני בעתירה (לפני השופטים י' דנציגר, ע' ברוך ו-ד' מין). במסגרת הדיון נדונה, בין היתר, טענת העותרים באשר לשיקול הדעת המסור לפקיד הביטוח הלאומי לקבוע מה היו מניעי העבירה שבוצעה. בתום הדיון הוחלט כדלקמן:

"המשיבים 3-2 [הממשלה – נ' ס'] יגישו לא יאוחר מיום 1.10.2017 הודעת עדכון קצרה בה יפרטו כיצד לומד פקיד המוסד לביטוח לאומי על כך שבמקרה פלוני בוצעה עבירה יידיי האבנים 'מתוך מניע לאומי או בזיקה לפעילות טרור',

שעה שכתב האישום ופסק הדין אינם מפרטים קיומם של אלה, לדבות (אך לא רק) במקרים שבהם הורשע הנאשם (או שנקבע שביצע עבירה) במסגרת הסדר טיעון".

בסמוך למתן החלטה זו, הוחלט גם על הרחבת ההרכב, מכוח סעיף 26(2) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984; בהחלטת חברתי הנשיאה א' חיות מיום 2.1.2018, נקבע שהעתירה תידון בהרכב של תשעה שופטים.

34. בהמשך להחלטה מיום 25.9.2017, הגישה הממשלה הודעה משלימה. בהודעה נאמר שלאור הערותיו של בית המשפט בעניין הפעלת שיקול הדעת על-ידי פקיד הביטוח הלאומי, התקיימה ישיבה בנדון בראשות פרקליט המדינה, והסוגיה האמורה נבחנה על-ידי כלל הגורמים הרלבנטיים. בתמצית, נטען כי ביחס לחלק מן העבירות, שבהן המניע הלאומני או הזיקה לפעילות טרור הם חלק מרכיבי העבירה, לא מתעוררת שאלה באשר לאופן הפעלת שיקול הדעת של פקיד הביטוח הלאומי ביחס לשלילת הגמלאות. אשר לעבירות שבהן המניע הלאומני או הזיקה לפעילות טרור אינם חלק מרכיבי העבירה, עמדת הממשלה היא כי מעיקר הדין רשאי הפקיד להפעיל את שיקול דעתו בעניין זה על סמך ראיות מינהליות. יחד עם זאת, הוחלט כי ככלל, פקיד הביטוח הלאומי יפעיל את סמכותו לפי החוק, רק בהתבסס על קביעה מפורשת בהכרעת הדין או בגזר הדין שלפיה התקיים הרכיב הנסיבתי של 'מניע לאומני' או 'זיקה לטרור'. במצבים של הרשעה במסגרת הסדר טיעון, ידרש כי הרכיב של המניע הלאומני או הזיקה לטרור יצוינו בעובדות כתב האישום (ולעניין זה הורה פרקליט המדינה על גיבוש הנחיה מתאימה לפרקליטים המטפלים בתיקים מעין אלו).

35. בתגובתם להודעה המעדכנת טענו העותרים, כי המנגנון של הפעלת החוק רק בהתבסס על קביעה מפורשת בכתב האישום או בפסק הדין, מחזק את הטענה שלפיה לא מתקיימת דרישת ההסמכה המפורשת בחוק. זאת, שכן אין לפרקליטות סמכות לכלול בכתב האישום נסיבות שאינן רלבנטיות לאישום בעבירות עצמן. הוספת רכיב של 'מניע לאומני' או 'זיקה לטרור' לכתב האישום, כאשר רכיב זה אינו נכלל ביסודות העבירה, נעשית אפוא שלא כדין. הוא הדין בקשר לשלב הכרעת הדין וגזר הדין; גם במסגרתם בית המשפט אינו רשאי לכלול קביעות לגבי הרכיבים הללו, אם הדבר אינו נצרך לצורך ההרשעה.

36. ביום 3.7.2018 התקיים דיון שלישי בעתירה, בהרכב מורחב. בתום הדיון ביקשנו מאת הממשלה להודיע אם נדרשת לה השלמת טיעון, ואם כן באלו סוגיות. בהודעתה מיום 12.7.2018 עדכנה הממשלה, כי נדרשת לה השלמת טיעון בסוגיית ההסמכה, קרי

— שאלת הפעלת שיקול הדעת על-ידי פקיד הביטוח הלאומי, בבואו לקבוע כי התקיים הרכיב של 'מניע לאומני' או 'זיקה לפעילות טרור', מקום שבו הדבר אינו מהווה רכיב מרכיבי העבירה. ביום 16.7.2018 הורינו לממשלה להגיש השלמת טיעון כאמור.

37. ביום 22.11.2018 הגישה הממשלה הודעת עדכון, במסגרתה נמסר כי לאחר דיון נרחב בסוגיה הוחלט — על דעת שרת המשפטים, ועל דעת שר העבודה הרווחה והשירותים החברתיים — לקדם תיקון חקיקה במישור הסמכות. במסגרת תיקון זה יקבע, כי שלילת גמלאות על-פי סעיף 325 לחוק הביטוח הלאומי, תעשה רק כאשר קבע בית המשפט במסגרת ההליך הפלילי, כי הקטין הורשע בביצוע 'מעשה טרור' לפי סעיף 37 לחוק המאבק בטרור. תיקון זה, כך נטען, צפוי לקדם ישום פשוט ואחיד של סעיף 325 לחוק. לצד זאת טענה הממשלה, כי לעמדתה, החוק בנוסחו הנוכחי אינו מגלה עילה להתערבות בו במישור החוקתי. לשיטתה, לשון החוק מאפשרת הפעלה של שיקול הדעת ביישומו גם על בסיס ראיות מנהליות, אף כאשר לא נקבע הדבר במפורש בפסק הדין בהליך הפלילי (בדומה להליכים מנהליים אחרים, שבהם מבססים פקידי הרשות את החלטתם על ראיות מנהליות). מכל מקום, "לאחר דיון מעמיק בנושא ותוך מתן שימת הלב המתבקשת להערות בית המשפט הנכבד", הוחלט לקדם תיקון חקיקה כאמור, על מנת להקל על יישומו של החוק, ולהשיג הרמוניה חקיקתית בין התיקון מושא העתירה לבין הוראות חוק המאבק בטרור. על רקע האמור, ביקשה הממשלה לשוב ולהגיש הודעת עדכון בדבר התקדמות הליך החקיקה בתוך 3 חודשים, קרי — עד יום 24.2.2019.

38. ביום 11.12.2018 הגישה הכנסת את תגובתה להודעת העדכון מטעם הממשלה, במסגרתה טענה כי יש מקום להעתר לבקשת הממשלה, ולהשהות את המשך הדיון בעתירה למשך 3 חודשים, בהתחשב בתיקון החקיקה שעל הפרק. ביום 2.1.2019 הגישו העותרים את תגובתם להודעת העדכון מטעם הממשלה, ובה הודיעו כי הם מתנגדים לעמדת הממשלה והכנסת, לפיה יש להשהות את הדיון בעתירה. לטענתם, ספק רב אם אמנם יקודם תיקון חוק כאמור, בפרט לנוכח העובדה שלאחר הגשת ההודעה מטעם הממשלה, ביום 26.12.2018, התפזרה הכנסת ה-20. יתרה מזאת, העתירה מעלה שאלות חוקתיות רבות, כאשר הפגם הנטען במישור ההסמכה של פקידי הביטוח הלאומי הוא רק אחד מהם. לפיכך, גם אם יתקבל בסופו של דבר תיקון החקיקה המוצע, הרי שהוא אינו עונה על הסוגיות שעומדות במוקד העתירה, בדגש על טענת ההפליה, שבגינה ניתן צו על-תנאי. בנסיבות אלו, השהיית הדיון בעתירה רק תסב נזק לקטינים המושפעים מן החוק מושא העתירה, ותחמיר את הפגיעה בזכויותיהם החוקתיות. העותרים הוסיפו וביקשו להורות על מתן צו ביניים, המקפיא את ישום החוק עד להכרעה סופית בעתירה.

39. ביום 9.1.2019 ביקשנו את עמדת הכנסת והממשלה באשר להמשך הטיפול בעתירה, לנוכח התפזרותה של הכנסת ה-20. ביום 30.1.2019 הגישה הממשלה הודעת עדכון, במסגרתה טענה כי יש להשהות בשלב זה את הדיון בעתירה, וביקשה רשות לשוב ולעדכן בדבר התקדמות תיקון החקיקה עד ליום 31.7.2019, "בשים לב לתקופת הבחירות הנוכחית, ובשים לב ללוחות הזמנים הצפויים להקמת ממשלה חדשה לאחר הבחירות הכלליות, שעל הגורמים הרלוונטיים בה יהיה להידרש לסוגיה; וללוחות הזמנים הצפויים לכינונה של הכנסת העשרים ואחת, ולהקמת ועדותיה" (ההדגשה במקור – נ' ס'). הכנסת תמכה בעמדת הממשלה, בשים לב לפגרת הבחירות, וטענה אף היא כי יש להשהות את המשך הדיון בעתירה לתקופה נוספת, בהתאם למתווה הדיוני שהוצע. ביום 6.2.2019 הגישו העותרים את תגובתם להודעת העדכון מטעם הממשלה. בתגובתם התנגדו לבקשת הממשלה והכנסת להשהות את המשך הדיון בעתירה, ושבנו על טענתם, לפיה תיקון החקיקה שעל הפרק אינו מרפא את כל הפגמים החוקתיים שבהם לוקה החוק מושא העתירה, בדגש על הפגיעה בשוויון. ממילא אין הצדקה ולא טעם להשהות את הדיון בעתירה, אך מחמת קידום אפשרי של הצעת החוק.

40. בהחלטת מיום 18.3.2019 קבעה חברתי הנשיאה, כי אין מקום להורות על השהיית הטיפול בעתירה. לצד זאת הבהירה, "כי ככל שהמשיבים יסברו שחלו התפתחויות שיש בהן כדי להשליך על ההליך דנן הם רשאים להגיש הודעה מעדכנת מתאימה בנושא". מאז, כידוע, משבר פוליטי, מערכות בחירות חוזרות ונשנות, ותיקון החקיקה המוצע, מי ישרנו. על כל פנים, כפי טענת העותרים, גם בהנחה שהתיקון האמור, שהגיע בינתיים לשלב של תזכיר-חוק, יעבור ויצלח, אין בו כדי לייתר את הדיון בסוגיה העומדת במוקד העתירה, ובגינה ניתן צו על-תנאי: סוגיית השוויון.

41. משמוצתה עד תומה ההתדיינות לפנינו – בכתב ובעל-פה – באשר לחוקתיות התיקון דנן, באה העת להכריע ולפסוק את הדין.

דיון והכרעה

42. ענייננו בביקורת שיפוטית על דבר חקיקה ראשית של הכנסת. "שומה עלינו לגשת אל המלאכה בדחילו ורחימו, במתינות, בכבוד" (בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל, פסקה 43 לחוות דעתי (6.8.2017) (להלן: עניין קוונטינסקי)). במעשה החקיקה מבטאת כנסת ישראל, המורכבת מנציגי העם, את רצונו הריבוני; בית המשפט לא יצר את צעדיה של הכנסת כלאחר יד. רק כאשר נתברר כי הרשות המחוקקת חורגת מן הכללים שקבעה לה היא עצמה כרשות מכוננת, יש הצדקה להתערבות מעין זו. "אכן, הכרזה על בטלותו של חוק או חלק ממנו היא עניין רציני. לא על נקלה יעשה כן השופט" (בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 386 (1997)

(להלן: עניין מנהלי ההשקעות)). לפיכך למדנו ושנינו, כי ביקורת שיפוטית חוקתית על מעשה החקיקה תעשה "בזהירות ובריסון ותוך הימנעות מעיצוב מחדש של המדיניות שנבחרה על ידי המחוקק" (בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, 568 (2009); ראו עוד, מני רבים, בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 496 (1996) (להלן: עניין מרכז השלטון המקומי); בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 263 (2002); ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 329, 372 (2008); בג"ץ 6411/16 הועד הארצי לראשי הרשויות המקומיות נ' כנסת ישראל, פסקה 30 (19.6.2018) (להלן: עניין הועד הארצי)).

הנה כי כן, בדחילו ורחימו, במתינות, בכבוד – ניגש אל המלאכה.

43. מתכונת הבחינה החוקתית המבוססת על הוראותיו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נחלקת, כידוע, לשלושה ראשים. ראשית, יש לבחון אם החוק הנדון פוגע בזכות חוקתית המעוגנת בחוק היסוד. אם התשובה לשאלה הראשונה הזו חיובית, יש לבחון אם הפגיעה עומדת בתנאים המנויים בפסקת ההגבלה, המעוגנת בסעיף 8 לחוק היסוד. לבסוף, ככל שנקבע שהחוק אינו עומד בתנאי מתנאים אלו, יש לעבור למישור הסעד הראוי בגין הפגיעה בזכות החוקתית (ראו, למשל, בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782, 816 (2012) (להלן: עניין חסן)). פנינו אפוא אל השלב הראשון – בחינת פגיעתו של החוק בזכות חוקתית.

פגיעה בזכות חוקתית

44. השלב הראשון של הבחינה החוקתית – בחינת הפגיעה בזכות החוקתית – אין ערוך לחשיבותו; בגדרו אנו נדרשים ללבן ולברר במדויק את גדריהן של אותן הזכויות אשר כנסת ישראל, בכובעה כרשות מכוננת, החליטה להעניק להן הגנה מיוחדת. לא לכל אינטרס או זכות – נעלים, ראויים ומוצדקים ככל שיהיו – נודע מעמד של זכות חוקתית על-חוקית; לא כל זכות משפטית היא גם זכות חוקתית. אכן, "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" (דברי חברי השופט ע' פוגלמן בעניין חסן, עמ' 854). תפסת מרובה – לא תפסת (ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 471 (1995); להלן: עניין בנק המזרחי). אין מקום אפוא לגישה שלפיה, דרך משל, "לכל אדם יש הזכות החוקתית שהטלוויזיה תשודר בצבע, ולא רק ב'שחור-לבן'" (אהרן ברק "הזכות החוקתית והפגיעה בה: תורת שלושת השלבים" משפט וממשל יט 119, 139 (2018);

להלן: ברק "תורת שלוש השלבים"). "אינפלציה של זכויות מחילה את ערכן. המוסיף, לעתים גורע" (נעם סולברג "שמרו משפט ועשו צדקה" דין ודברים ח 13, 22 (התשע"ד); וראו עוד בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 392 (2006) (להלן: עניין עדאלה); בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת, פסקה 15 לחוות דעתי (27.5.2018) (להלן: עניין בן מאיר); עניין הועד הארצי, פסקה 30)).

45. ההגנה על זכויות חוקתיות איננה 'שגעון' פרטי של הרשות השופטת. "ההגנה על ערכי-בסיס חוקתיים, מיסודותיה היפים ביותר של השיטה הדמוקרטית, חבה את קיומה לשלוש הרשויות גם יחד [...] כל אחת מאלו נושאת את תרומתה-היא לקידום, פיתוחם ויישומם של הערכים החוקתיים. הבנה זו מניחה תשתית לתפישה לפיה מוטב יהא העיסוק בשאלות החוקתיות פרי של דיאלוג כן, רציף ומתמשך בין הרשויות" (בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 44, 104 (2012) (להלן: עניין גלאון)). דווקא משום כך, על השיח החוקתי להיות מאוזן ומדויק: "מתיחת זכויות-יסוד אל כל עבר – מעלה, מטה ולצדדים – תוך הפניית האינטרסים שבכוחם להשפיע על גבולותיהן אל-עבר פיסקת ההגבלה, עלולה להביא לפגימה בשיח החוקתי, וזו עלולה להוליך בסופו של יום לצימצום ההגנה החוקתית על זכויות האדם. ואנו, מבקשים אנו ליצור הליך חוקתי מאוזן וראוי העשוי למנוע זילות של השיח החוקתי" (עניין עדאלה, בעמ' 395–396).

46. הצורך בבירור מדויק של ערכי היסוד החוקתיים העומדים על הפרק, נובע גם ממספר טעמים נוספים: ראשית, ערך חוקתי כמעט לעולם אינו עומד לבדו – עמו ולעומתו ניצבים ערכי יסוד נוספים. זכות פוגשת בזכות, לעיתים נתקלת בחברתה, אף מתנגשת; יש לאזן ביניהן. לרוב, המשמעות היא שנדרש להכריע ביניהן (השוו: ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ, פ"ד נג(3) 600 (1999); להתנגשות בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב והצורך לאזן ולהכריע ראו: ע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית (24.4.2014)). לעתים, חוק שנטען לגביו כי הוא פוגע בזכות חוקתית, הריהו בעת ובעונה אחת מגן על זכות חוקתית אחרת (ראו בג"ץ 7245/10 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה, פ"ד סו(2) 442, 518 (2013) (להלן: עניין החיסונים)). לפיכך "אין להעמיד את הזכויות כולן בשורה אחת, אלא יש לסדרן בסדר עדיפות, 'בגדול החל ובקטון כילה', עם היררכייה ברורה, שבה החברה מגדירה מהן זכויות היסוד שלה" (שמרו משפט ועשו צדקה, בעמ' 22). שומה עלינו להעמיק חקר באשר ל"קביעת תחומי התפרשותן של זכויות היסוד, והיחס בין זכויות היסוד, ביניהן לבין עצמן וביניהן לבין אינטרסים אחרים"; מלאכה זו, אכן, "אינה מלאכה קלה כל-עיקר" (עניין עדאלה, בעמ' 392).

47. שנית, חשיבותו של שלב בחינת הפגיעה בזכות החוקתית רבה במיוחד בשיטתנו המשפטית, לנוכח אופיו החלקי והקטוע של המבנה החוקתי שלנו. טרם זכינו לחוקה

מקיפה, ממצה וכוללת, עשויה מקשה אחת, המסדירה את ההיבטים המוסדיים של רשויות השלטון, כמו גם את זכויות היסוד של האדם. חלף כך, נוכח 'החלטת הררי' המפורסמת, גיבשנו 'פרקים-פרקים' של חוקי יסוד, המסדירים באופן חלקי בלבד את המשפט החוקתי בישראל. לענייננו – בחינת הפגיעה בזכות החוקתית – המשמעות היא שבית המשפט נאלץ לבחון את חוקתיות החקיקה על מצע חוקתי חסר, שאין בו התייחסות לכלל זכויות האזרח המנויות ברגיל בחוקות הקיימות במדינות העולם; גם היקף ההגנה עליהן אינו תמיד קוהרנטי. הדבר מחייב את בית המשפט לנהוג זהירות יתרה בבואו לבחון את היקף התפרשותה של הזכות החוקתית, שלא להרחיבה יתר על המידה, באופן החורג מכוונת הרשות המכוננת.

48. שלישית, יש לזכור כי 'דילוג' על השלב הראשון של הבחינה החוקתית (פגיעה בזכות), בדרך של פרשנות רחבה מדי לזכויות החוקתיות, אל עבר השלב השני (תנאי פסקת ההגבלה), גורר עמו השלכות מעשיות משמעותיות. כך, בעוד שנטל הראיה בשלב הראשון רובץ על הטוען לפגיעה בזכות, הרי שנטל הראיה בשלב השני, לפחות ביחס לרוב המרכיבים, מוטל על הממשלה ועל הכנסת. ככל שירבו המקרים שבהם יקבע כי נפגעה זכות חוקתית, כן ירבו המקרים שבהם תידרש הממשלה ותידרש הכנסת להוכיח כי חוק מסוים עומד במבחנים המחמירים של פסקה ההגבלה. התוצאה עלולה להיות אי-יציבות, אי-ודאות והקצאת משאבים מיותרת, באופן המקשה על פעילותן של שלוש הרשויות – הכנסת והממשלה ובתי המשפט (ראו סיגל קוגוט ואפרת חקאק "האם נפגעה זכות חוקתית? הצורך בקביעת גדרים ברורים לזכות חוקתית – הזכות החוקתית לשוויון כמשל" שערי משפט ז 99, 105 (2014); להלן: קוגוט וחקאק).

פרשנות הזכות החוקתית

49. שלב בחינת הפגיעה בזכות החוקתית הוא מעשה פרשני כפול-פנים; הן של זכות היסוד החוקתית, הן של החוק שחוקתיותו נדונה: "התשובה לשאלה האם חוק פוגע בזכות אדם המוגנת בחוק-יסוד, מחייבת מטבעה קביעת היקפה של הזכות החוקתית מזה וקביעת היקפה של ההוראה בחוק הפוגעת בה, לפי הטענה, מזה. קביעת היקפם של ההסדרים הרלבנטיים היא תהליך פרשני" (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 673 (2006) (להלן: עניין התנועה לאיכות השלטון)). מלאכת הפרשנות בענייננו היא רבת-חשיבות, שכן הטענה העיקרית לפגיעה בזכות חוקתית – שלגביה הוצא צו על-תנאי – מתמקדת בפגיעה בערך השוויון. השוויון עצמו, כידוע, אינו מופיע בשמו המפורש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו שם, בעמ' 689; עניין הועד הארצי, פסקה 31). ההלכה הפסוקה 'שלפה' את הזכות לשוויון באמצעות מעשה פרשני, מתוך ערך כבוד האדם: "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" (עניין התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 687). על מנת לבחון אם ענייננו נופל בגדר זה, שומה עלינו להבינו היטב. לשם כך, נאריך קמעא את המסע – בדרך ארוכה שהיא קצרה – ונפתח בבירור השיקולים הנוגעים לדרכי הפרשנות החוקתית בכלל; ומן הכלל אל הפרט – ענייננו.

פרשנות חוקה

50. דרכי פרשנותה של חוקה מעוררים שאלות ייחודיות לה. במדינות בעלות מסורת חוקתית חזקה, שאלות אלו מצויות בליפת השיח המשפטי, זוכות לעיון ולחקר, והן שנויות במחלוקת ציבורית ומשפטית. מן הראוי לקיים את הדיון הזה גם ביחס לחוקי היסוד שלנו (על כך ראו, בין היתר: אהרן ברק פרשנות במשפט: כך ג – פרשנות חוקתית (להלן: ברק – פרשנות חוקתית); אהרן ברק "על ההשתמעות בחוקה הכתובה" משפטים מה 573 (2016) (להלן: ברק – "השתמעות"); אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 463-435 (2003)). כללי פרשנות חוקה 'נוסח ישראל', צריכים להיגזר מן הייחודיות של החוקה 'נוסח ישראל', קרי – מן העובדה שחוקתנו כוננה פרקים-פרקים, והמלאכה אינה שלמה. "אכן, שונים אנו מעמים אחרים, וגם בעניין כינון החוקה יש לנו ייחוד משלנו" (עניין בנק המזרחי, בעמ' 402). על רקע מצב יחודי זה, מהם אפוא הקווים המנחים לפרשנות של זכויות היסוד החוקתיות? יש לעמוד על שני הלכי-מחשבה שונים, מנוגדים, המנחים את השופט-הפרשן במלאכה זו.

51. את נקודת המוצא של תורת הפרשנות החוקתית היטיב לנסח – לפני למעלה מחמישים וחמש שנים – ממלא-מקום הנשיא (כתוארו אז) ש' אגרנט, בפרשו סעיף מתוך חוק המעבר, התש"ט-1949, שלגביו קבע כי "הוא מהווה, מבחינה 'מטריאלית', 'חוקה' בזעיר אנפין" (ד"נ 13/60 היועץ המשפטי לממשלה נ' מתאנה, פ"ד טז 430, 440 (1962); להלן: עניין מתאנה). חוק שכזה, בעל אופי חוקתי, מנוסח על-פי רוב בלשון מקוצרת וכללית, במגמה שהוראותיו "ישאו אופי 'גמיש' כדי שאפשר יהיה לפרשן בהתאם לתנאים המשתנים" (שם, בעמ' 441). על דרך הפרשנות של חוק בעל אופי חוקתי שכזה, אמר מ"מ הנשיא אגרנט כדברים הללו:

"בשים לב לתוכנו הקונסטיטוציוני המובהק של החוק האמור, ובהתחשב במגמה שמאחורי הניסוח המקוצר והכללי של הסמכויות המוזכרות בו, הריני סבור שהדרך לפרש את אלה האחרונות אינה חייבת להיות זו של מתן פירוש מצמצם דווקא. בזמנו הזהיר זקן השופטים האמריקני John Marshall שיש להביא בחשבון, שעה שבאים לפרש חוק זה או אחר מחוקת ארצות-הברית, כי 'it is a constitution we

'are expounding' [...] משמעות האימרה הזאת היא [...] כי כאשר העניין נוגע במסמך הקובע את מסגרת השלטון במדינה, על בית המשפט להשקיף מתוך 'מבט רחב' (**spacious view**) על הסמכויות האמורות בו" (שם, בעמ' 442; ראו גם עניין התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 672; ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 306, 225 (1984) (להלן: עניין ניימן); בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 618, 505 (1986)).

52. הנה כי כן, נקודת המוצא היא שטקסט בעל אופי חוקתי מנוסח מטבעו ברמת הפשטה גבוהה, בתמצית ובהכללה, מתוך הנחה שתוכנו ופרשנותו צריכים להתאים לדורות הבאים – דור דור ודורשיו, דור דור וערכיו, דור דור ואתגריו. מכאן, שנדרש 'מבט רחב' בבואנו לפרש חוקה. "גישה פרשנית לטקסט חוקתי" – כך נזדמן לנו לכתוב – היא "גישה שאיננה פורמליסטית-צרה, אלא מעוגנת בהיסטוריה, בחברה, בערכים יהודיים ואנושיים, במשיכות מכחול רחבות" (אליקים רובינשטיין ונעם סולברג "הכרזת העצמאות של מדינת ישראל: אחרי בלזתה (כמעט) היתה לה עדנה" נתיבי משפט וממשל: סוגיות במשפט הציבורי בישראל 179, 188 (2003) (להלן: רובינשטיין וסולברג)).

53. מהו אותו 'מבט רחב'? דייק פרופ' ברק בדבריו כשציין, כי "פרשנות מתוך מבט רחב אינה פרשנות מרחיבה או ליברלית [...] מבט פרשני רחב יכול להביא לתוצאה פרשנית מצמצמת או מרחיבה, שמרנית או ליברלית [...] מטבע הדברים, פרשנות מרחיבה להוראה חוקתית אחת גוררת אחריה פרשנות מצירה להוראה חוקתית אחרת" (ברק – פרשנות חוקתית, בעמ' 86). אכן, ענייננו אינו בתוצאת המעשה הפרשני, אלא בדרך-הילוכו. פרשנות מתוך מבט רחב היא פרשנות המודעת למכלול. היא מודעת לכך ש- **'it is a constitution we are expounding'**. זוהי פרשנות הנעשית מתוך מודעות למשמעויות תוצאותיה; הן בקשר להוראה החוקתית המתפרשת לגופה, הן בקשר למשמעותה של ההוראה חוקתית זו על רקע המכלול החוקתי כולו.

54. תשומת לב ראויה למצבה החלקי של החוקה הישראלית – לסוגיות חוקתיות רמות מעלה שטרם זכו להתייחסות מצד הרשות המכוננת; להעדר האחידות ביחס לנוקשות ולעליונות ההוראות החוקתיות השונות המפוזרות בחוקי-היסוד; ולקלות היחסית שבה ניתן לשנות, לתקן ולבטל את חוקי-היסוד – מטילה אחריות כבדה על בית המשפט, למנוע, ככל הניתן, במסגרת האפשרויות הפרשניות שלפניו, את היווצרותן של

'אנומליות חוקתיות'. כפי שציינתי בפרשה שבה התעוררה הדילמה הזו בחריפות, בנוגע לביקורת השיפוטית על הליכי החקיקה, בהעדר חוק-יסוד המסדיר הליכים אלו:

"ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה איננה עניין של מה בכך. הקושי הטמון בביקורת מעין זו גובר לנוכח העובדה שאין בנמצא מסמך המעגן חובות קונקרטיות של הרשות המחוקקת ביחס להליך החקיקה, זולת הוראותיו הפרוצדורליות והבסיסיות של תקנון הכנסת. אין מדובר בסוגיה פשוטה, לא בעניין זניח, אלא בהיבטים הנוגעים לליבת העשייה של בית המחוקקים. במצב דברים זה, לא יתכן שדווקא העדר הסדרה יוביל לכך שהנושא יחמוק מביקורת. אין לאפשר למחדל, להפוך למפלט ולמקלט. לא תהא כהנת כפונדקית? אם על החלטות המוסדרות ומעוגנות בתקנון הכנסת תתקיים ביקורת שיפוטית, כלום לא יהא כך ביחס לליבת האופן שבה מחוקקת הכנסת את חוקיה?" (עניין קוונטינסקי, פסקה 55 לפסק-דין).

55. אכן, אין זה רצוי שמחדלה של הרשות המכוננת, בחלוף למעלה משבעים שנה לתקומת המדינה, יובילו אל עבר אנומליה חוקתית, שבה עניינים פשוטים יחסית זוכים להגנה חוקתית קשיחה, ואילו סוגיות יסוד חוקתיות נותרות ללא הסדרה. במובן הזה, פרשנות חוקתית מתוך מבט רחב מובילה, בדרך כלל, לפרשנות מרחיבה של הטקסט החוקתי, מתוך ניסיון להסיק מן הטקסט החוקתי הקיים את אשר איננו כתוב בו במפורש.

56. לצד זאת, כפי שציינתי, מבט רחב על מכלול חוקי היסוד שלנו, עשוי דווקא להוביל אותנו לכיוון חשיבה מנוגד, היינו למגמה פרשנית מצמצמת: "העדר ההסדרה עלי-ספר מחייב כי הנושא יבחן במלוא הזהירות" (עניין קוונטינסקי, שם). ביקורת שיפוטית חוקתית על פועלן של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת הריהי עניין רציני. ביקורת שיפוטית זו זקוקה לגיטימציה דמוקרטית. אין לזלזל בקושי האנטי-רובני המרחף כעננה מעליה (על כך ראו, בין היתר: אורי אהרונסון "מדוע לא ביטלה הכנסת את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? על הסטטוס-קוו כקושי אנטי רובני" עיוני משפט 509 (2016)). בבואנו לפרש הוראות חוקתיות, עלינו לצעוד על קרקע יציבה. כל זמן שאין חוקה לישראל, הקרקע הזו מעורערת. אין זה מן הראוי, כי השופט ישרים חסר בחוקה מכוחם של הכללים 'הרגילים' החלים על השלמת לאקונה בחוק (ראו ברק – פרשנות חוקתית, בעמ' 138; ברק – "השתמעות", בעמ' 583). חילוף משמעות פרשנית קונקרטית מתוך עקרונות יסוד חוקתיים מופשטים זקוק לעוגן יציב; הן מצד כללי הפרשנות, הן מצד הלגיטימציה הדמוקרטית שבבסיס הביקורת השיפוטית. כאמור, מצב חוקי-היסוד שלפנינו, העשויים טלאים טלאים, מחריף את החשש מפני סטייה מגבולות הלגיטימציה הדמוקרטית שאנו זקוקים לה (על הצורך ב'הכשר דמוקרטי' בהליך של פרשנות חוקתית,

ראו ברק מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית-המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי ספר מרדכי (מוטה) קרמניצר 67, 83 (אריאל בנדור ואח' עורכים, 2017) (להלן: מדינה – "שוויון"). זהו המובן ההפוך של אותו 'מבט רחב' שבו פתחנו, המוביל למגמה פרשנית מצמצמת, זהירה ומרוסנת.

תכלית סובייקטיבית, תכלית אובייקטיבית והכשר דמוקרטי 57. הנה כי כן, התבוננות במבט רחב על הסביבה החוקתית שבה אנו פועלים, הובילה אותנו לנטיות פרשניות מנוגדות. מפסגת הדיון במגמות הללו עלינו להנמיך קמעא, ולבחון, הלכה למעשה, איזוהי דרך ישרה שיבור לו הפרשן החוקתי; כיצד יאחז באחריותו לשימור ההרמוניה החוקתית, וגם מאחריותו לגיטימציה דמוקרטית לא יניח את ידו.

58. דיון נרחב לשאלה הזו הקדיש פרופ' ברק בספרו פרשנות במשפט: פרשנות חוקתית, בהתבסס על ים שאין לו סוף מן הספרות המשפטית והפילוסופית. כידוע, במסגרת תורת הפרשנות התכליתית – שבנתיבותיה אנו צועדים בבית משפט זה – נדרש לשקול ולאזן בין תכליתה הסובייקטיבית של נורמה משפטית לבין תכליתה האובייקטיבית. את תמצית גישתו של פרופ' ברק על היחס בין תכליות אלו בקשר לנורמה חוקתית – וזאת בשונה מן היחס ביניהן בקשר לדבר חקיקה רגיל – ניתן לסכם במילותיו-שלו, בעמ' 171 לספרו הנ"ל:

"בפרשנות דברי חקיקה רגילים, בהתנגשות בין התכלית הסובייקטיבית לתכלית האובייקטיבית, יד התכלית הסובייקטיבית על העליונה, ובלבד שהיא מוצאת ביטוי ראוי ואמין. לא כן בפרשנות טקסט חוקתי. כאן ידה של התכלית החוקתית האובייקטיבית על העליונה".

59. בעיקרו של דבר, גישה זו, לעניות דעתי, הולמת וראויה. אשר לרישא – עליונותה של תכלית סובייקטיבית חד-משמעית בקשר לדבר חקיקה רגיל – הרחבתי בדבר הזה בדנג"ץ 5026/16 גיני נ' הרבנות הראשית לישראל (12.9.2017) (להלן: דנג"ץ גיני), ואין צורך להרחיב על כך בענייננו. אשר לפרשנותה של נורמה חוקתית, כפי שאפרט להלן, ישנן הצדקות ליתן משקל משמעותי לתכלית האובייקטיבית של ההוראה החוקתית, גם על חשבון התכלית הסובייקטיבית שלה. ודוק: גם אליבא דברק, אין להתעלם מן התכלית הסובייקטיבית. מן הראוי להעמיק חקר ולבחון מה היתה התפיסה החוקתית שבה אחזו מנסחי חוקי-היסוד, במסגרת מלאכת הפרשנות של חוקי-יסוד אלו (ראו ברק – פרשנות חוקתית, עמ' 151–153). השיקולים התומכים במתן משקל לכוונת המחוקק, עליהם

עמדתי בדנג"ץ גיני – "הגיון בריא, הפרדת רשויות, אובייקטיביות וניטרליות של מעשה השפיטה, ודאות משפטית" (שם, פסקה 7 לחוות דעתי) – כוחם יפה, ואף ביתר שאת, כאשר עסקינן בפרשנות נורמה חוקתית. על אחת כמה וכמה, כאשר מתחשבים במבנה החוקתי 'נוסח ישראל', אשר זקוק ליציבות גם מצד ההכשר הדמוקרטי והציבורי שעליו הוא נסמך. אין לכחד: "הפרשן החוקתי [...] מדסן ומגביל, באמצעות הטקסט החוקתי, את המחוקק הרגיל. אם בפרשנות רגילה משתמש השופט בנשק קונבנציונלי, הרי בפרשנות חוקתית משתמש השופט בנשק לא קונבנציונלי [...] הביטויים החוקתיים העמומים, המשקפים את עקרונות היסוד, מתפרשים על ידי שופטים שאינם נבחרים ואינם חבים בחובת דיווח (accountability) לעם. זהו קושי אינהרנטי הטמון בכל חשיבה חוקתית בשיטת משפט בעלת חוקה נוקשה" (אהרן ברק "על החשיבה הקונסטיטוציונית" המשפט א 45, 55 (1993)). הקושי האינהרנטי הזה מחייב שלא להתעלם, אלא להידרש לכוונתם של מכוני חוקי-היסוד, ככל שניתן לעמוד עליה.

60. ברם, מנגד ניצבים כמה נימוקים כבדי-משקל לצמצום משקלה של כוונת הרשות המכוונת בפרשנותה של נורמה חוקתית; כך בכלל, וכך בשים לב למבנה החוקתי הייחודי שלנו בפרט. הוראה חוקתית היא בבחינת מועט המחזיק את המרובה: מתוך שנוסחה כללי ותמציתי, הריהי מתפרשת לכיוונים רבים; ובמתכוון כך, על מנת שיהא סיפק בידה להלוך נגד רוחו של כל דור ודור, ולהעניק מובן מתאים לדורות הרבה. אכן, "לא הרי פירושה של הוראה רגילה כהרי פירושה של הוראת יסוד חוקתית" (עניין ניימן, בעמ' 307). הוראת-יסוד חוקתית באה לעולם על מנת לתחם עבור רשויות השלטון את 'כללי המשחק' לעתיד לבוא, אך עליה להכיל גם את המובנים המשתנים בכל דור ודור של כללי המשחק הללו. תמצית החיוניות של חוקה טמון ביכולתה לקשור קשר אמיץ ובר קיימא בין עבר, הווה ועתיד: "הטקסט החוקתי אמנם נקבע בעבר, והערכים המוגנים [...] נקבעו בו. הפרשן אינו יכול לשנותם, והרוב הרגיל של המחוקק הרגיל אינו יכול לשנותם; אולם תוכנם המהותי של הערכים המוגנים נקבע לפי תפיסות היסוד של החברה בהווה" (ברק – פרשנות חוקתית, בעמ' 167). על כן, משקלה של כוונת הרשות המכוונת, והאופן שבו ראתה את תוכנם המהותי של הערכים שהחליטה להגן עליהם באותה עת, אינו יכול להכריע את הכף. נקודת המוצא לפרשנותם של ערכים אלו היא אמנם כוונת יוצריהם – ככל שניתן לאתר – אולם היא איננה נקודת הסיום. כוונת-העל של הרשות המכוונת היא, שהרעיון הגרעיני שאותו עיגנה בהוראה החוקתית, יזכה לפרשנות המתאימה והראויה לו בכל דור ודור.

61. לנקודה זו משקל מכריע במערך החוקתי הייחודי לישראל. חוקי-היסוד כולם, בהצטרפותם זה לזה, יוצרים את מערך הנורמות החוקתיות במשפטנו. אין מדובר בטקסט מכוון אחיד, שנכתב ב'רגע חוקתי' אחד. כל חוק-יסוד, כל תיקון לחוק-יסוד,

וההיסטוריה החוקתית שלו. זהותם של החברים שהרכיבו את הרשות המכוננת שכוננה את כל אחד ואחד מחוקי-היסוד הללו, אינה זהה. חוק היסוד הראשון כונן בשנת 1958, האחרון כונן לא מכבר – ועוד היד נטויה; הליך היווצרותו של המבנה החוקתי בישראל הולך ונמשך למעלה מ-60 שנה. במהלך הזמן הזה נשתנו תפיסות יסוד באשר לערכיה של מדינת ישראל. במסגרת תהליך ארוך שכזה, בחינה סובייקטיבית של כוונת מכונני חוק-יסוד פלוני אינה מכריעה את הכף. יש להידרש אל המכלול: "לעתים מרוכזות כל ההוראות החוקתיות בטקסט אחד, ולעתים הן מפוזרות בין כמה טקסטים. לעתים, ההוראות השונות הוחקו בתקופות שונות [...] מבנה הטקסט החוקתי – מסמך אחד או כמה מסמכים, עם או בלי תיקונים – משפיע על תכליתה של ההוראה החוקתית" (ברק – פרשנות חוקתית, עמ' 176). אם בפרשנות חוקתית 'רגילה' עלינו לבנות גשרים יציבים בין עבר להווה, הרי שעל אחת כמה וכמה כך, כאשר התהליך ההיסטורי עצמו טרם הושלם. לפיכך, כאמור, נכונה לדעתי גישתו של פרופ' ברק, שלפיה – בניגוד לפרשנות דבר חקיקה רגיל – במסגרת פרשנות הוראה חוקתית אין להכריע בהכרח על סמך כוונתה הסובייקטיבית של הרשות המכוננת, ולאמץ את תכלית ההוראה החוקתית כפי שזו ראתה לנגד עיניה, גם אם תכלית זו ברורה וחד-משמעית; יש לבחון אם היא עולה בקנה אחד עם התכליות האובייקטיביות של אותה הוראה חוקתית.

62. כיצד למד השופט-הפרשן על אודותיה של תכלית אובייקטיבית? מעבר לתכלית העולה מלשון הטקסט ומן הכוונה הסובייקטיבית של יוצריו, מתחשב הפרשן במקורות רבים: ההתפתחויות ההיסטוריות – הכלליות וההלכתיות – מאז נוצר הטקסט החוקתי; ההקשר החוקתי שבו פועלת הנורמה החוקתית; ערכי היסוד של השיטה, כפי המשמעות הניתנת להם בהווה, וכיוצא באלו מקורות רלבנטיים. באמצעות מכלול המקורות הפרשניים הללו, שוזר הפרשן את התכלית האובייקטיבית של הנורמה החוקתית (ברק – פרשנות חוקתית, עמ' 173). 'מתכון' זה כולל רשימה של רכיבים, אולם אינו מפרט את המינון: הפרשנות התכליתית "היא פרי שיקול דעת שיפוטי, המתחשב בגורמים שונים, מבלי שהשיטה עצמה קובעת את משקלם הפנימי" (שם, בעמ' 174). גם התוכן שיש ליתן לכל אחד מן הרכיבים אינו ברור כל צרכו (מהם 'ערכי היסוד של השיטה'?). אכן, פירושה של נורמה חוקתית בהתאם להבנתה היום, שלא כפי כוונת מכונניה, יוצר קושי. הפרשן עשוי להחליף בין עמדתו הסובייקטיבית לפרשנותו האובייקטיבית. "כיצד ניתן להבטיח, כי קביעת התכלית האובייקטיבית לא תושפע [...] מהשקפותיהם הסובייקטיביות של השופטים העוסקים בקביעתה? האם ישנה אפשרות למנוע את הפיכתה של התכלית האובייקטיבית לתכלית סובייקטיבית, כאשר תחת הסובייקט של יוצרי החוקה בא הסובייקט של פרשניה?" (ברק – פרשנות חוקתית, עמ' 173). כאמור, הפרשנות החוקתית זקוקה להכשר דמוקרטית (מדינה "שוויון", בעמ' 83). במבנה החוקתי 'נוסח ישראל', הצורך בהכשר שכזה אך

גובר. משמעות הדברים, הלכה למעשה, היא שמבין המקורות הרבים שהפרשן נסמך עליהם בבואו לשזור את הפרשנות התכליתית לנורמה החוקתית – עליו לעשות מאמץ, ככל הניתן, לבסס את מסקנתו על מקורות אשר נהנים מלגיטימציה דמוקרטית מוצקה. ההסתמכות הבלעדית על עקרונות יסוד מופשטים ואוניברסליים עלולה להפיל את הפרשן במלכודת הנחת המבוקש; מפניה יש להישמר. מבין מקורות אפשריים שכאלה, הנהנים מלגיטימציה דמוקרטית, מן הראוי לעמוד על שני מקורות עיקריים, אשר יש להם רלבנטיות רבה לנדון דידן. הראשון הוא דברי חקיקה של כנסת ישראל; השני הוא הכרזת העצמאות.

חקיקה כמקור לפרשנות החוקה

63. מקור אחד למתן פרשנות לערכים חוקתיים, אשר נהנה באופן יחסי מלגיטימציה דמוקרטית, הוא חקיקת הכנסת עצמה. כגישתו של פרופ' מדינה, אף לדעתי יש לייחס משקל רב לפרשנות החוקה כפי שהיא באה לידי ביטוי בהסדרים קונקרטיים שבחקיקה: "חזקה על המחוקק שההסדרים שהוא קובע בחוק מבטאים את עמדתו באשר לפירושה הראוי של החוקה בהקשר הנדון, ולפיכך הוראות החוק הן מקור חשוב לפירוש החוקה" (מדינה "שוויון", בעמוד 83). כאשר אנו עוסקים בערך חוקתי שניתן לו ביטוי מעשי בחקיקת הכנסת, הרי שלעיתים ניתן לדלות מחקיקה זו את האופן שבו בית המחוקקים מפרש את הערך הזה.

64. גישה זו אינה נקייה מספקות. דבר חקיקה רגיל מצוי במדרג נורמטיבי נמוך מזה שבחוקה. עיגון מצומצם מדי של זכות חוקתית בדבר חקיקה רגיל, עלול להימצא כבלתי-חוקתי; עיגון נרחב של זכות כזו אינו מלמד בהכרח על כך שהמחוקק עשה כן מתוך מחויבות חוקתית דווקא (ראו: בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת, פ"ד סז(2) 155, 379 (2014) (להלן: עניין לימודי הליבה); ברק – פרשנות חוקתית, בעמ' 290-292). הרוב הדמוקרטי קובע את תוכנם של דברי חקיקה רגילים, אולם מטרתה של החוקה היא לקבוע גבולות לעמדת הרוב. ברי אפוא, כי חקיקת הכנסת אינה קובעת את גדריה של זכות חוקתית; אין להסיק במהרה מהתם להכא. תמים דעים אני עם דבריו של הנשיא (דאז) א' גרוניס, בצינו כי "יתכן, שבקביעת היקפה של זכות חוקתית, ניתן להתחשב בדין הקיים כנתון מבין מכלול הנתונים, שיש בהם כדי ללמד על מהותן של תפיסות חברתיות מקובלות, וככאלה הן עשויות להשפיע על היקף הזכות. אולם קיים קושי רב, לטעמי, לדאות הוראות בדין ברמה תת-חוקתית, כמורות במדויק על היקפה של הזכות החוקתית" (עניין לימודי הליבה, שם).

65. יש להישמר אם כן מתיחום מדויק של זכויות היסוד העל-חוקיות, על בסיס עיון בדברי-חקיקה. אולם בהחלט ראוי ללמוד מדברי-החקיקה השונים, על התפיסות

החברתיות המקובלות של הרוב בישראל באשר לתוכנם של ערכי-היסוד שלו. את השלכותיו של דבר חקיקה על מעשה הפרשנות החוקתית יש לבחון אפוא בכל מקרה לגופו, כאשר במקרים המתאימים הוא עשוי לסייע בידינו בשזירת הפרשנות הראויה לערכי-היסוד החוקתיים.

הכרזת העצמאות של מדינת ישראל כמקור לפרשנות החוקה

66. הכרזת העצמאות של מדינת ישראל נהנית, כמקור פרשני להוראות חוקתיות, מלגיטימציה דמוקרטית כפולה: ראשית, מעצם ההסכמה הלאומית על אודותיה; כבר באחד מפסקי הדין הראשונים שניתן על-ידי בית משפט זה לאחר קום המדינה, נאמר כי ההכרזה – "מבטאת את רצון העם ואת 'האני מאמין' שלו" (בג"ץ 10/48 זיו נ' גוברניק, פ"ד א 85, 89 (1948)). נאמר עליה, כי "אורח חייהם של אזרחי המדינה נקבע בה, ואת עקרונותיה חייבת כל רשות במדינה להניח נר לרגליה" (בג"ץ 262/62 פרץ נ' יושב ראש, חברי המועצה המקומית ותושבי כפר-שמריהו, פ"ד טו 2101, 2117 (1962) (להלן: עניין פרץ)). הכרזת העצמאות – "היא הן תעודת הלידה והן תעודת הזהות של המדינה כיחידה מדינית, ריבונית ועצמאית" (עניין בנק המזרחי, בעמ' 309); היא מבטאת "רגע נדיר של הסכמה לאומית רחבה, אשר הקיפה חילונים ודתיים, אשכנזים וספרדים, סוציאליסטים וליברלים, קומוניסטים ורביזיוניסטים" (יזהר טל "הכרזת העצמאות – עיון היסטורי-פרשני" משפט וממשל ו 551, 552 (2003)). מטעם זה מקובל בפסיקתנו מקדמת דנא, שההכרזה היא מקור משפטי שלאורו מתפרשים חוקי הכנסת (בג"ץ 73/53 קול העם בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז(2) 871, 884 (1953); בג"ץ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד יח(1) 598, 612 (1964) (להלן: עניין שטרייט)).

67. שנית, בכל הנוגע לפירושן של ההוראות החוקתיות שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, נהנית הכרזת העצמאות מלגיטימציה דמוקרטית נוספת, וזאת משום שמכונני חוק-היסוד עצמם ראו לנכון להפנות את הפרשן אל ההכרזה. סעיף 1 לחוק היסוד, סעיף עקרונות-היסוד, קובע כי זכויות היסוד "יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל". הרשות המכוננת עצמה העניקה לנו אפוא אילן גבוה להיתלות בו במסגרת המעשה הפרשני; יתד בל תימוט.

68. לאחר שכוון חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, נחלקו הדעות באשר לפירושה של הפניה זו אל ההכרזה. הובעה דעה – שניתן לכנותה 'המודל העצמאי' – ולפיה סעיף זה מעניק תוקף חוקתי לכלל הזכויות המנויות בהכרזת העצמאות, ומפיה בה רוח חוקתית עצמאית (ראו בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441 (1994); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 768

(2005)). ניתן לומר שדעה זו לא נתקבלה, והועדף על פניה 'מודל פרשני' שלפיו מטרתה של הפניה זו "לפרש, לעצב, לתחום ולהעניק תוכן מהותי לזכויות היסוד שעוגנו בחוקי-היסוד" (רובינשטיין וסולברג, בעמ' 187; וראו ברק – פרשנות חוקתית, בעמ' 301-307). בעבר הבענו את העמדה – אליקים רובינשטיין ואנוכי – כי ראוי לאמץ את המודל הפרשני בתורת 'מודל פרשני-מרחיב'; היינו – לפרש, ככל הניתן, את הערכים המעוגנים בהכרזת העצמאות ככלולים בערכי היסוד שכונו במסגרת חוקתית מפורשת, בחוקי-יסוד (רובינשטיין וסולברג, בעמ' 188). מתן פירוש לחוק היסוד על בסיס האמור בהכרזת העצמאות הריהו מבוסס אפוא על לגיטימציה דמוקרטית רחבה, באופן יחסי – הן מצד מהותה של ההכרזה, הן מצד הפניית הרשות המכוננת עצמה אליה (ראו והשוו: אהרן ברק "הכנסת כרשות מכוננת ושאלת התיקון החוקתי שאינו חוקתי" <https://ssrn.com/abstract=3808990> 35-37 (8.4.2021)).

69. הארכת הרבה בדברי הקדמה. הם נחוצים, משום שעל הפרק טענה בדבר פגיעה בשוויון, במובן החוקתי שלו. כזכור, הלכה פסוקה היא כי פגיעה בשוויון היא פגיעה בזכות חוקתית, כאשר ההפליה קשורה בקשר ענייני והדוק לכבוד האדם (עניין התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 687). הלכה פסוקה זו מבוססת על פרשנות חוקי-היסוד. על מנת להבינה כדבעי, ולעמוד על טיבה והיקפה, נדרשנו ללבן את כללי הפרשנות הרלבנטיים לחוקי-היסוד. משעמדנו עליהם, עלינו לעבור לשלב הבא במסענו: בחינת אופיה והיקפה של הזכות החוקתית לשוויון, הנגזרת מתוך הזכות החוקתית לכבוד האדם.

70. כפי שאפרט בהמשך, בפרשת התנועה לאיכות השלטון התמקד הדיון בהיקפו של כבוד האדם. הוצגו מודלים שונים להבנתה של הזכות לכבוד האדם, שעל-פיהם ניתן לשרטט את היקף הזכות החוקתית לשוויון. אולם על מנת להגדיר באופן ברור את ההיבט החוקתי של עיקרון השוויון, עלינו לפתוח בהבנתו של מושג זה. כבוד האדם הוא ערך חוקתי רם מעלה וכדאי הוא לסמוך עליו את עיקרון השוויון; אלא שראשית עלינו לברר לעצמנו מהו אותו העיקרון שאותו ראוי להשעין על משענת זו של כבוד האדם. במסגרת חילוף עיקרון השוויון מתוך כבוד האדם, משימתנו הפרשנית היא כפולה. עלינו לפרש את מושג השוויון מזה, ואת מושג כבוד האדם מזה. שני המושגים אינם קלים לפרשנות כלל ועיקר; אולם מלאכתנו היא, ואין אנו בני-חורין להיבטל ממנה. נפתח, אפוא, בשוויון. ראשית נעיין במעמדו של עיקרון השוויון במארג החוקתי והחקיקתי הישראלי, מעמד אשר משמש בסיס לעיגונה של זכות זו במסגרת כבוד האדם. לאחר מכן נפנה למשמעותו, וליתר דיוק, למשמעויותיו של עיקרון זה, לשם תחימת גבולות התפרשותו החוקתית.

71. עיקרון השוויון הוא עיקרון יסוד במשפט הישראלי; "הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג 693, 698 (1969) (להלן: עניין ברגמן)); "הוא עקרון יסוד חוקתי, השלוב ושזור בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי-נפרד מהן" (בג"ץ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב (2) 800, 807 (1978)). השוויון הוא גם עיקרון אוניברסלי: "החובה לנהוג בשוויון כלולה בכל מגילות זכויות האדם, הבינלאומיות והמדינתיות" (ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 275 (2016) (להלן: מדינה – זכויות האדם)). הסלידה מיחס שאינו שוויוני היא כמעט אינטואיטיבית, כלשונו הציורית של השופט (כתוארו אז) מ' חשין:

"ילד מבטנו יזעק: המורה, מדוע הוא קיבל ואני לא? ולכשיגדל והיה לאיש, יעמוד ויקבול: מדוע חויבתי אנוכי במס ואילו הוא פטור מתשלום מס? הפליה (אמיתית או מדומה) מוליכה אל תחושה-של-קיפוח ותסכול, תחושת-קיפוח ותסכול מישירים אל קנאה, ובבוא קנאה תאבד תבונה [...] נכונים אנו לשאת בעול ובסבל ובמצוקה אם נדע כי גם זולתנו כמותנו ועמנו, אך נתקומם ולא נשלים במקום שבו יקבל זולתנו – השווה לנו – את שאנו לא נקבל. כל אלה הוליכו להלכה מבראשית, שרשות אסורה בהפליה, והיא: יחס בלתי שווה ובלתי הוגן לשווים" (בג"ץ 1703/92 ק.א.ל. קוי אור למטען בע"מ נ' ראש-הממשלה, פ"ד נב (4) 193, 203-204 (1998) (להלן: עניין ק.א.ל.)).

72. בהמשך דרכנו ננסה לכבול את האינטואיציה הזו בסד העיון האנליטי והניתוח המשפטי. בשלב זה, די לנו לאחוז באינטואיציה: תחושה של קיפוח; תסכול; קנאה – תמהיל הקשור בקשר אמיץ עם הפגיעה בכבודו של אדם. אחוזים באינטואיציה זו, מאיר עיניים הוא להבחין עד כמה עמוקה ומושרשת ההגנה על ערך השוויון בשיטתנו – למן דברה של הרשות המכוננת ועד לדברו של בית משפט זה. אולם ראש וראשון לכולם, הוא עיגון עיקרון השוויון בהכרזת העצמאות.

73. בהכרזת העצמאות הצהירו 'האבות המייסדים' של מדינת ישראל על מחויבותה של המדינה שזה עתה קמה, לעיקרון השוויון. במילים קצרות ונוקבות הוכרז כי מדינת ישראל "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין". מיד בסמוך קוראים המצהירים "לבני העם הערבי תושבי מדינת ישראל לשמור על שלום וליטול חלקם בבנין המדינה על יסוד אזרחות מלאה ושווה ועל יסוד נציגות מתאימה בכל מוסדותיה, הזמניים והקבועים". הצהרה זו, בדבר המחויבות לעיקרון השוויון, לא באה בחלל ריק: עיקרון השוויון "שזור כחוט השני בכתביה המכוננים של מדינתנו" (בג"ץ 781/15 ארד-פנקס

נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996, פסקה 46 לפסק הדין של המשנה לנשיאה דאז, ס' ג'ובראן, וראו המובאות שהביא שם מכתביהם של בנימין זאב הרצל וזאב ז'בוטינסקי (3.8.2017); יסודתו בהררי קודש של מסורת ישראל (בג"ץ 200/83 וותאד נ' שר האוצר, פ"ד לח(3) 113, 119 (1984) (להלן: עניין וותאד); וראו הרב אורי סדן "אכיפה ברונית בהלכה" תחומין לח 345 (התשע"ח) (להלן: סדן)).

74. המחויבות שעליה הוצהר בהכרזת העצמאות לקיום שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור, לא נותרה מן השפה ולחוץ; כנסת ישראל – הן כרשות מכוונת, הן כרשות מחוקקת – הפגינה לה נאמנות. גם ההלכה הפסוקה עשתה כן: כלל נקוט בידי בית משפט זה, שאין לפרש דבר חקיקה באופן הסותר את הכרזת העצמאות – ובכלל זה המחויבות לערך השוויון – אם קיימת אפשרות פרשנית חלופית. על-פי הכלל הזה נקבע שאם יפורש חוק באופן שתעלה ממנו הפליה, למשל, בין יהודים למי שאינם-יהודים –

"כי אז היה בכך משום הפליה פסולה, העומדת בניגוד גמור להכרזת העצמאות של מדינת ישראל ולהצהרה האוניברסלית של האומות המאוחדות על זכויות האדם – ואם כי אין אלה מסמכים בני פועל תחקיתי המחייבים את בית המשפט, הרי יעמיד בית משפט זה את המחוקק הישראלי תמיד בחזקתו שאין הוא מתכוון לפגוע, על-ידי מעשי חקיקתו, בעקרונות יסודיים של שוויון, חירות וצדק" (עניין שטרייט, בעמ' 612; וראו בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221, 274 (1988) (להלן: עניין שקדיאל); בג"ץ 953/87 פורז נ' שלמה להט, ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309 (1988) (להלן: עניין פורז)).

יתרה מכך: הכרזת העצמאות איננה רק כלי פרשני לפירושם של חוקי-הכנסת, כי אם בסיס איתן להשעין עליו את עילת ההפליה כעילת ביקורת במשפט המינהלי. אכן, בראשית דרכה נתקשתה הפסיקה בעיגון עילת ההפליה כעילת ביקורת מינהלית עצמאית (ראו דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב 681 (2010) (להלן: ברק-ארז)). בין היתר, סייעו בידה הוראותיה וחזוניה של הכרזת העצמאות להחליץ מן הקושי הזה (ראו עניין פרץ, בעמ' 2117; והשוו עוד לעניין פורז, בעמ' 328; עניין שקדיאל, בעמ' 274).

75. לא בית המשפט בלבד הנחה את עצמו לפעול לאורה של הכרזת העצמאות; גם כנסת ישראל עשתה כן; הן בכובעה כרשות מכוונת, הן בדברי חקיקה מרובים שעניינם

בעיגון עיקרון השוויון מצדדים שונים ומגוונים. חוק היסוד הראשון שנחקק במדינת ישראל – חוק יסוד: הכנסת – מעגן כבר הוא היבט מסוים של עיקרון השוויון כעיקרון קונסטיטוציוני משוריין, הלא הוא היבט השוויון בבחירות. סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, כותרתו 'שיטת הבחירות', וזו לשונו:

"הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות, ויחסיות, לפי חוק הבחירות לכנסת; אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת".

אחד ממרכיבי היסוד של הבחירות לכנסת הוא היותן 'בחירות שוות'. מרכיב זה משוריין מפני פגיעה בו, אם לא שהדבר נעשה ברוב חברי הכנסת. אכן, בית משפט זה הורה עוד מקדמת דנא על פסילתם של דברי-חקיקה הנוגדים את עיקרון השוויון בבחירות, אשר לא נתקבלו בהצבעת רוב חברי הכנסת. כך, לראשונה, בעניין ברגמן – שיש הרואים בו את 'המהפכה החוקתית' האמיתית (ראו עניין בנק המזרחי, בעמ' 468) – נקבע כי חוק מימון המפלגות דאז אינו עולה בקנה אחד עם המשמעות שיש להעניק לדיבור 'בחירות שוות', ומכיוון שכך הוא – ומכיוון שלא נתקבל ברוב של חברי הכנסת – אין לפעול על-פיו. מאז פסק הדין בעניין ברגמן שב בית משפט זה ובחן את הפרשנות הראויה להוראת השוויון בעניין הבחירות, ואת עמידתן של הוראות-חוק בדרישה החוקתית שבסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת (ראו למשל: בג"ץ 231/73 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כז(2) 785 (1973); בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1 (1981); בג"ץ 141/82 רובינשטיין נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לז(3) 141 (1982) (להלן: עניין רובינשטיין); בג"ץ 172/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529 (1990); בג"ץ 2060/91 כהן נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מו(4) 319 (1992); בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57 (1996); עניין בן מאיר, פסקאות 12-18 לפסק הדין של חברתי הנשיאה א' חיות).

76. אם בהוראת חוק-יסוד של ממש מצאנו את עיגון מעמדו של עיקרון השוויון בהקשר אחד, הרי שבהוראת חוק 'רגילה' אך בעלת אופי קונסטיטוציוני מובהק נמצא היבט נוסף של עיקרון השוויון, אשר כנסת ישראל החליטה להעניק לו מעמד מעין חוקתי על-חוקי. כוונתי לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951, אשר כשמו מעגן את השוויון בין המינים בדין הישראלי. בולט סעיף 1א(א) שבו, הקובע כי "דין אחד יהיה לאשה ולאיש לכל פעולה משפטית; וכל הוראת חוק המפלה לרעה את האשה, באשר היא אשה, לכל פעולה משפטית – אין נוהגים לפיה". הרי לפנינו סעיף בעל אופי חוקתי מובהק: "לא הרי חוק זה כהרי חוק רגיל אחר! לפנינו חוק אידיאולוגי, מהפכני, משנה-סדרי-חברה, אשר [...] ביקש לעקור מן השורש כל ענין בו קיים, לפי החוק הקיים, קיפוח משפטי כל שהוא של האשה"

(כלשונו של השופט מ' זילברג בבג"ץ 202/57 סידים נ' הנשיא וחברי בית הדין הגדול, ירושלים, פ"ד יב 1528, 1537 (1958)). אמנם שאלה היא, מהו מעמדו של דבר חקיקה 'מלכותי' שכזה מנקודת מבט חוקתית (ראו עניין בנק המזרחי, בעמ' 294); אולם אין ספק שעל-פי פשוטו קובע החוק כי לעיקרון השוויון בין המינים מעמד על-חוקי, שבכוחו לגבור על חקיקת-הכנסת, בכפוף לסייגים הקבועים בחוק הזה.

77. לא למותר לציין, כי הוראה מעין-חוקתית זו נסמכת אף היא על הכרזת העצמאות; כך מלמדנו סעיף המטרה לחוק זה, שנתווסף אליו במסגרת תיקון מס' 2 לחוק, ואשר מכריז כי "חוק זה מטרתו לקבוע עקרונות להבטחת שוויון מלא בין האשה לבין האיש, ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל". קשר אמיץ זה בין חוק שיווי זכויות האשה לבין המחויבות לעיקרון השוויון שבהכרזת העצמאות, לא נעלם מעיניו של בית משפט זה – עוד בטרם הוסף סעיף המטרה לחוק:

"חוק שיווי זכויות האשה הוא חוק 'מלכותי'. הוא מעגן בחקיקתה של המדינה את עקרון השוויון. עיקרון זה מוזכר במפורש בהכרזת העצמאות, הקובעת כי מדינת ישראל תקיים שוויון בין אזרחיה 'בלי הבדלי דת, גזע ומין'. עיקרון זה הוא מעקרונותיה הבסיסיים של שיטת המשפט הישראלית" (בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 240, 221 (1994)).

78. לבסוף, מן הראוי להתייחס להוראת חוק נוספת, אשר אף היא איננה הוראה חוקתית, אולם זכתה למעמד מיוחד. סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, קובע כי תמיכה במוסדות ציבור תעשה רק "לפי מבחנים שוויוניים". נקבע, כי הוראה זו שבחוק יסודות התקציב, הריהי גוברת על הוראה שבחוק תקציב לשנה פלונית, אם נמצא שהתקציב המחולק במסגרתו לתמיכה במוסדות ציבור, אינו מחולק באופן שוויוני: "ככלל, הוראה בחוק התקציב השנתי העומדת בסתירה להוראה בחוק יסודות התקציב אינה יכולה לעמוד" (בג"ץ 4124/00 יקותיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד סד(1) 142, 175 (2010); ראו גם בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337 (1999)). הרי לנו הוראת חוק נוספת, המעמידה את עיקרון השוויון במעמד נורמטיבי גבוה מזה של דבר חקיקה 'רגיל'.

79. עינינו הרואות: בשלושה מישורים – השוויון בבחירות, השוויון המגדרי והשוויון בהקצאת תקציבים – ניתן לעיקרון השוויון מעמד מיוחד, חוקתי או מעין-חוקתי, אשר יש לראותו לכל הפחות כהנחה לרשות המחוקקת, לחוקק חוקיה באופן שוויוני. ברם, יחסה של כנסת ישראל אל עיקרון השוויון אינו מתמצה בעיגון היבטים

מסוימים שלו במישור החוקתי. שורה ארוכה של דברי חקיקה נחקקו לשם קידום עיקרון השוויון. מן הראוי לעמוד על עיקרם, אף אם לא נוכל לפרוט את כולם, כי רבים הם.

80. הכנסת חוקה כמה חוקים שעניינם מיגור צורות שונות של הפליה וקידום עיקרון השוויון. מבלי למצות, מפאת אורכה של הרשימה, אפנה לחוקים הבאים: חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988; חוק איסור הפליית אנשים עם עיוורון המלווים בכלבי נחייה, התשנ"ג-1993; חוק קופת-חולים (איסורי הגבלות ואפליה), התשנ"ג-1993; חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996; חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998; חוק הרשות לקידום מעמד האשה, התשנ"ח-1998; וחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000. מעבר לדברי-חקיקה אלו, המתמקדים בעיקרון השוויון, הוסיפה הכנסת הוראות-חוק נקודתיות שעניינן במניעת הפליה ובהגברת השוויון במסגרת הסדרים רחבים יותר, בכללן: סעיף 42 לחוק שירות התעסוקה, התשי"ט-1959; סעיף 2 לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992; סעיף 15א לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959; וסעיף 4 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 (לסקירה זו ולמופעים נוספים ראו משה סובל ויצחק זמיר "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה' 165, 169 (2000) (להלן: סובל וזמיר); מדינה – זכויות האדם, בעמ' 279).

81. אמנם כן, אין לכתוד: במשפטנו קיימים 'איים' שבהם נסוג עיקרון השוויון מפני שיקולים אחרים. דוגמה בולטת בהקשר זה היא ענייני נישואין וגירושין, שבהם חל הדין הדתי. כפי שציינתי בעבר, "ניתנה אמת להאמר: הגרעין הקשה של דיני המשפחה בישראל – דיני נישואין וגירושין – מאופיין בחוסר שוויוניות בין גברים לנשים" (בעמ' 919/15 פלוני נ' פלונית, פסקה 5 (19.7.2017)). בנוסף, לדאבון הלב, לא יהיה זה בגדר חידוש אם יטען הטוען, כי קיים פער בין ההלכה והמעשה בכל הנוגע להקפדה בפועל על עיקרון השוויון במדינת ישראל (ראו מדינה – זכויות האדם, בעמ' 278-279). ואולם, אין בכוחם של ה'איים' הללו לטשטש את התמונה הכוללת, והיא המחויבות העמוקה של מדינת ישראל, למן יום היווסדה ועד עתה, לקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל תושביה, בלי הבדל דת, גזע ומין.

חובתו של השלטון לנהוג בשוויון – במשפט העברי

82. ציינתי כבר כי לעיקרון השוויון עוגן יציב במסורת ישראל; בבואנו לבחון עד היכן נטוע עיקרון זה במסורת המשפטית שלנו, מן הדין להסתמך גם על אדניו של המשפט העברי. כך בכלל, וכך בפרט כאשר מטרתנו היא להעניק פשר ופרשנות לזכות

חוקתית, שנקבעה בחוק יסוד אשר מטרתו היא לעגן "את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (סעיף 1א לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו).

83. "עקרון השוויון ואיסור האפליה, הגלום בציווי 'משפט אחד יהיה לכם כגר כאזרח יהיה...' (ויקרא, כד, כב), שנתפרש בפי חז"ל כ'משפט השווה לכולכם' (כתובות, לג, א; בבא קמא, פג, ב), התקדש בתורת ישראל מאז היה לעם" (עניין וותאד, בעמ' 119). אמנם כן, לעיקרון השוויון פנים רבות, וניתן לתהות אילו פנים של עיקרון זה זכו לעיגון במסגרת מסורת ישראל. יש יסוד לדעה, שעיקרון השוויון בהיקפו דהיום אינו חופף את תפיסתה של מסורת ישראל את העיקרון הזה. במסגרת המשפט העברי ניתן למצוא הסדרים רבים המעלים על נס את עיקרון השוויון, אולם גם הסדרים אשר במבט ראשון אינם מתיישבים עם היקפו המקובל של עיקרון זה כיום. זוהי שאלה חשובה ומעניינת, אולם אין זה המקום לדון בה (ראו, למשל, הרב חיים נבון "אני ברייה וחברי ברייה: ערך השוויון – מבט יהודי" מעשה חשב ב 53 (2017)). אכן, תוכנו של עיקרון השוויון במשפט העברי דורש עיון; במסגרת הזו אתמקד במובן המוסדי שלו, היינו – כיצד נעשה שימוש בעיקרון זה לשם יצירת מסגרת מעין-חוקתית, המגבילה את המחוקקים מלחוקק חקיקה מפלה.

84. אחת הדרכים המרכזיות שבמסגרתם התפתחו הסדרים חדשים במשפט העברי היא המסגרת של חקיקת תקנות קהל (ראו מנחם אלון המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו כרך א 558 (מהדורה שלישית, התשמ"ח) (להלן: אלון)). תקנות הקהל אמנם נתקנו באמצעות חברי הקהילה או נציגיהם, על יסוד עיקרון הכרעת הרוב, אולם בהלכה נקבעו מגבלות על כוחו של הרוב לתקן תקנות קהל, באמצעות מנגנון הדורש את אישורו של 'אדם חשוב', חכם הלכה, מעין ביקורת שיפוטית על תקנת-הקהל (ראו שם, בעמ' 607). אחד העניינים הנתונים לביקורת השיפוטית הזו, הוא האיסור על התקנת תקנות הפוגעות באופן שרירותי בזכויות המיעוט. כפי שמציין אלון: "עיקרון גדול ומהותי, שחכמי ההלכה שמרו עליו מכל משמר, היה שמירת זכותו של המיעוט בכלל, ושל היחיד בפרט, שלא יקופח באופן שרירותי ושלא בצדק על-ידי הרוב. עיקרון זה בא לידי ביטוי, לעתים בצורה חריפה מאד, בשורה ארוכה של שאלות ותשובות" (שם, בעמ' 617). מחמת עיקרון זה, פסלו חכמי ההלכה תקנות שונות שהתקין הקהל, אם מצאו שיש בהן כדי להפלות את המיעוט שלא בצדק. הנה, למשל, דבריו החריפים של הרמ"א, ר' משה איסרליש (פולין, המאה ה-16) בעניין זה: "דבר פשוט, שאין כח לטובי העיר לתקן דבר כי אם על פי הדין והמשפט, ולא לילך בחזקה עם היחידים, ואין לרבים כח לגזול היחיד [...] ולכן פשוט הוא שאין כח ביד בני העיר לתקן תקנות רק מה שבידן מכח הדין, ולא מה שתעלה על רוחם, וזה לא היה ולא יהיה!" (שו"ת הרמ"א, סימן עג; הובא אצל אלון, בעמ' 623).

85. עיקרון מעין-חוקתי דומה, נהוג גם לגבי דוקטרינה אחרת שמכוחה נקלטת חקיקה חדשה אל תוככי המשפט העברי, היא דוקטרינת 'דינא דמלכותא – דינא'; לפיה ניתן להכיר בתוקפו המחייב של חוק הנעשה על-ידי השליט. גם במסגרת דוקטרינה זו, הכירו חכמי ההלכה במגבלות על כוחה של המלכות, ולא כל חקיקה שנחקקת על-ידה הריהי בבחינת 'דינא'. אחת ההגבלות שדנו בה חכמי ההלכה, היא כאשר המלכות מחוקקת חקיקה שאינה חלה על כולם בשווה. בעניין זה נאמר, בין היתר, כי "לאו דינא דמלכותא דינא אלא כשמשווה מידותיו על כל בני מלכותו, אבל אם משוה למדינה אחת – לא הוי דינא דינא" (שיטה מקובצת, נדרים כח ע"א; הובא אצל סדן, בעמ' 346). אף הרמב"ם פסק כי דין שהחיל המלך באופן לא שוויוני, אינו תקף מבחינה הלכתית: "כל דין שיחקק אותו המלך לכל, ולא יהיה לאדם אחד בפני עצמו – אינו גזל; וכל שיקח מאיש זה בלבד, שלא כדת הידועה לכל, אלא חמס זה – הרי זה גזל" (משנה תורה, הלכות גזילה ואבידה ה, יג; ראו סדן, שם).

86. עינינו הרואות, המשפט העברי מכיר בסמכות חקיקתית הנתונה לשלטון, אשר רשאי להוסיף ולחוקק חוקים מעבר לגדרי ההלכה עצמה. אולם סמכות זו מוגבלת במגבלות חוקתיות מסוימות. ביניהן, תופסת מקום מרכזי חובתו של השלטון לחוקק חוקים ללא אפליה ובאופן שוויוני (לשוויון זכויות לכל אזרחי הארץ על-פי המשפט העברי נדרשתי גם בבג"ץ 5555/18 חסון נ' הכנסת פסקאות 29-34 (יתפרסם בקרוב)).

המעמד החוקתי של עיקרון השוויון – להלכה

87. הנה כי כן: עמדנו בהרחבה על המחויבות העמוקה של מדינת ישראל לעיקרון השוויון, אשר באה לידי ביטוי בהכרזת העצמאות, בכמה הקשרים חוקתיים, ובשלל הסדרים שבחקיקה. מהי משמעות הדבר שעה שאנו באים לבחון את המעמד החוקתי של עיקרון השוויון בכללותו? במשטר שבו אין מעמד חוקתי על-חוקי לזכויות יסוד, הרי שחרף מעמדו הרם של עיקרון השוויון – רשאית כנסת ישראל לחוקק הסדרים הפוגעים בעיקרון זה: "גזירת המחוקק היא, ואם היא גורמת להפלות, הרי הפליות חקוקות ועל-כן כשרות ולא פסולות הן" (בג"ץ 120/73 טוביס נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(1) 757, 759 (1973)). מצב זה השתנה: הכנסת כרשות מכוננת העניקה מעמד חוקתי לזכויות-יסוד; ברם, השוויון לא נמנה עמן. "הדבר אינו נעוץ בשגגת שיכחה". הוא נובע מחוסר הסכמה פוליטית" (אהרן ברק כבוד האדם: הזכות החוקתית ובנותיה כרך ב 688 (2014) (להלן: ברק – כבוד האדם)). ההיסטוריה החקיקתית מלמדת, כי הוחלט להשמיט את עיקרון השוויון מחוקי-היסוד, חרף השאיפה הראשונית לכלול אותו במסגרתם, בכוונת מכוון, על מנת להימנע מקושי להגיע להסכמה הרחבה היאה לחקיקתם של חוקי-יסוד. סוגיית השוויון היוותה אבן-נגף פוליטית בפני חקיקת חוקי-היסוד העוסקים בזכויות האדם, בין

היתר על רקע המתיחות שבין עיקרון זה לבין הסדרים המבכרים את אופייה היהודי של המדינה (לעיון בהיסטוריה החקיקתית ובמשמעויותיה ראו: אמנון רובינשטיין "הכנסת וחוקי היסוד על זכויות האדם" משפט וממשל ה' 339 (2000); אמנון רובינשטיין "סיפורם של חוקי-היסוד" משפט ועסקים יד 79 (2012); יהודית קרפ "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח" משפט וממשל א' 323 (1993) (להלן: קרפ); הלל סומר "הזכויות הבלתי-מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח 257 (1997) (להלן: סומר); גדעון ספיר "המהפכה החוקתית – איך זה קרה?" משפט וממשל יא 571 (2008); מדינה – זכויות האדם, בעמ' 279). במסגרת תהליך המכונה לעתים 'אטומיזציה' של זכויות האדם (סומר, בעמ' 267), הוחלט על הותרת סוגיית השוויון מחוץ לגדריו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

88. על רקע התמונה הכוללת שתוארה לעיל: הצבת עיקרון השוויון בין כלל אזרחי המדינה כעיקרון מכונן בהכרזת העצמאות; עיגונו כזכות חוקתית או מעין-חוקתית בכמה מישורים קונקרטיים; ועיגונו באופן נקודתי במגוון רחב ביותר של הסדרים חוקיים – הרי ששתיקתה של הרשות המכוננת באשר למעמד החוקתי של עיקרון השוויון במסגרת חוקי היסוד – היא שתיקה רועמת; היא עשויה לעורר תמיהה. דא עקא, אין הבור מתמלא מחולייתו. משהוחלט להמתין עם סוגיית השוויון לשעת כושר אחרת – שעה שהרשות המכוננת טרם מצאה – הרי שאין בכוחה של הרשות השופטת למלא את החסר ולעגן עיקרון זה כעיקרון חוקתי עצמאי. אנו, השופטים, איננו כותבים חוקה חדשה, אלא מפרשים את הקיימת. במסגרת זו עלינו ליתן משקל לכך שהרשות המכוננת נמנעה עד כה מלהסדיר את מעמדו של עיקרון השוויון במוצהר ובמפורש כעיקרון חוקתי על-חוקי. איננו יכולים ואיננו רשאים לעשות את כוונתה של הרשות המכוננת פלסטר (ראו עוד דליה דורנר "בין שוויון לכבוד האדם" ספר שמגר – מאמרים חלק א' 9, 17 (2003) (להלן: דורנר)).

89. מן הטעם הזה, לא נתקבלה על-ידי בית משפט זה הפרשנות המעגנת את עיקרון השוויון כעיקרון חוקתי עצמאי, במסגרת פרשנות רחבה של סעיפי המטרה ועקרונות היסוד שבחוק היסוד (ראו, למשל: קרפ, בעמ' 345; סומר, בעמ' 281; והשוו לדעת המיעוט של המשנה לנשיא מ' חשין בעניין התנועה לאיכות השלטון). אכן, בצדק נקבע בעניין התנועה לאיכות השלטון, כי "אין זה מקרי שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו כולל הוראה מיוחדת בעניין השוויון [...] פרשנות חוקתית ראויה אינה מאפשרת אימוץ מודל זה" (עמ' 689).

90. ברם, אל מול שתיקתה של הרשות המכוננת בקשר לשוויון, ניצב איתן עיגונה של הזכות לכבוד האדם. זכות זו, מטבעה, הריהי עמומה וזוקקת פרשנות. נדרש ליצוק

בה תוכן קונקרטי. האם ביכולתה של הזכות הזו לשאת היבטים מסוימים של עיקרון השוויון? בעניין התנועה לאיכות השלטון נענתה שאלה זו בחיוב. בפסק הדין העלה הנשיא (בדימוס) א' ברק שלושה מודלים אפשריים לפרשנות שיש להעניק לערך כבוד האדם המוגן על-ידי חוק היסוד. מודל מצומצם גורס, כי כבוד האדם משתרע "רק על הפגיעות המובהקות בכבוד הקשורים לאנושיותו של האדם [...]. אלה הן פגיעות גופניות ונפשיות, השפלה, השמצה וכיוצא בהם" (שם, בעמ' 682). מודל רחב גורס, כי "כבוד האדם הוא הבסיס לכל זכויות האדם, וכולן כלולות בו" (שם). מודל שלישי, והוא אשר אומץ על-ידי בית המשפט, הוא מודל ביניים. לפי מודל זה, "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)" (שם, בעמ' 687). כל אחד משלושת המודלים הללו מאמץ עמדה אחרת באשר ליחס בין כבוד האדם לבין השוויון. לפי מודל הביניים, כך נפסק, משתרע כבוד האדם –

"גם על הפליה שאין עמה 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" (שם, בעמ' 687).

91. פרשנותו של מודל הביניים כמודל כללי לתיחום מוטת כנפיה של הזכות לכבוד האדם, אינה מענייננו בפסק דין זה (על כך ראו למשל: ברק – כבוד האדם; אביחי דורפמן "כיבוד האדם והמשפט החוקתי הישראלי" עיוני משפט לו 111 (2013) (להלן: דורפמן); דני סטטמן "שני מושגים של כבוד" עיוני משפט כד 541 (2001) (להלן: סטטמן)). ענייננו מתמקד ב'שליפתו' של עיקרון השוויון מתוך מודל זה. לנוכח כללי הפרשנות החוקתית עליהם עמדנו, ההצדקה לכך ברורה: ראשית, מבחינה עיונית, קיים קשר אמיץ בין השוויון לבין הכבוד. יש מלומדים הסבורים שפגיעה בשוויון הריהי לפי טבעה ובהגדרתה פוגעת בכבוד האדם (ראו סטטמן, בעמ' 583 ובהפניותיו שם). אין מדובר אפוא בפרשנות דחוקה, לא מבחינה לשונית ולא מבחינה תכליתית; אדרבה. יתרה מכך, בבואנו לבחון את התכלית האובייקטיבית של חוק-היסוד, לא נוכל להתעלם מן המחויבות העמוקה שהפגינה מדינת ישראל לעיקרון השוויון מערש לידתה, עליה עמדנו לעיל, בהצהרה חגיגית ובחקיקה פרטנית. בהתחשב במצוות הרשות המכוננת עצמה לכבד את הזכויות שבסעיפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו "ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל", אין אנו בני חורין להיבטל מהגנה על עיקרון השוויון, כאשר הגנה זו נחוצה כדי למנוע פגיעה בכבוד האדם שבבסיסו.

92. יחד עם זאת, איננו מעלימים עין מהימנעותה של הרשות המכוננת מלעגן את השוויון כערך חוקתי עצמאי במסגרת חוקי-היסוד. משמעות הדבר היא, שבמסגרת ביקורת חוקתית איננו דנים בהפליה כשלעצמה, אלא בפגיעה בכבוד האדם שההפליה יכולה לגרום. אכן, "בגזירת זכויות שאינן מנויות במפורש בחוקי היסוד בדבר זכויות אדם, אך נכללות בתוך המושג של כבוד האדם, לא ניתן תמיד לתפוס את מלוא ההיקף שהיה לזכויות ה'נגזרות' אילו עמדו לעצמן כזכויות 'בעלות שם'. הסקת הזכויות המשתמעות מכבוד האדם נעשית אפוא מזווית הראייה של כבוד האדם, וכדי ההתאמה למושגיות זו" (בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464, 481-482 (2005) (להלן: עניין עמותת מחויבות)). כך הוא גם בענייננו-שלנו: "גם מי שגורס כי הזכות לשוויון היא חלק מן הזכות לכבוד, אינו גורס בהכרח שכל פגיעה בשוויון היא גם פגיעה בכבוד" (בג"ץ 4806/94 ד.ש.א. איכות הסביבה בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נב(2) 193, 204 (1998); וראו למשל עניין מרכז השלטון המקומי, בעמ' 497; בג"ץ 9722/04 פולגת ג'ינס בע"מ נ' ממשלת ישראל (7.12.2006); בג"ץ 2021/11 ועקנין נ' שר האוצר (6.6.2013) (להלן: עניין ועקנין)).

93. חידוד הבחנה זו, בין הגנה על השוויון כערך חוקתי עצמאי, לבין ההגנה עליו כחלק מן ההגנה הכללית מפני פגיעה בכבוד האדם, הוא זה אשר בכוחו להוליכנו בבטחה על שביל הזהב המאוזן שבין התכלית האובייקטיבית של חוק-היסוד, לבין כוונתם הנקודתית של יוצריו. לשם כך נדרש להתקדם תחנה נוספת במסענו העיוני. עלינו לבחון את המשמעויות השונות של עיקרון השוויון, את האינטרסים והערכים המגוונים שהשוויון בא להגן עליהם, ולברר אלו מבין הערכים הללו נופלים בגדרו של כבוד האדם. אכן, זה מכבר הערתי כי "התייחסות כללית לכל סוגי טענות ההפליה כמקשה אחת, עלולה לטשטש את גבולות הזכות החוקתית לשוויון, ובכך דווקא להחליש את ההגנה עליה" (בג"ץ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקה 43 (12.9.2017) (להלן: עניין חוק הגיוס השני); על עמימות גבולותיה הנוכחיים של הזכות החוקתית לשוויון ראו גם מדינה "שוויון", בעמ' 68-80). עוצמתה של הזכות החוקתית – בגבולותיה; כך בכלל, וכך לעניין השוויון.

94. אכן, פנים רבות יש לעיקרון השוויון. אנו עושים שימוש במונח זה בהקשרים רבים, ומבטאים באמצעותו הגנה על ערכים ואינטרסים מגוונים ושונים זה מזה. שעה שהרשות המכוננת נמנעה מלעגן במפורש את עיקרון השוויון בחוקי-היסוד, וההגנה על עיקרון זה מצומצמת לגדרי כבוד האדם – הרי שלא כל הערכים והאינטרסים הללו הם בעלי מעמד חוקתי. לפיכך, לא די בקביעה כי הופר השוויון על מנת להצדיק ביקורת במישור החוקתי. נדרש צעד נוסף: "בכל מקרה שבו מועלית הטענה כי נורמה תת-חוקתית (חוק או הלכה פסוקה) פגעה בשוויון, ועל כן נפגעה הזכות החוקתית לכבוד האדם, יש לקיים

– בגדרי השלב הראשון לבחינה החוקתית (השלב שבו נבחנת השאלה אם זכות חוקתית נפגעה) – בדיקה כפולה: ראשית, אם נפגעה הזכות לשוויון אילו זו הוכרה כזכות עצמאית [...] אם תוצאתה של בדיקה זו היא כי השוויון נפגע, יש לעבור לבדיקה השנייה. עניינה של זו הוא אם הפגיעה בשוויון – כלומר ההפליה – קשורה בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם (ברק – כבוד האדם, בעמ' 697; ההדגשה במקור). על מנת לצעוד את הצעד הנוסף הזה, עלינו להידרש אפוא לקשר האמיץ שבין השוויון לכבוד האדם; מתוך כך נוכל לחדד את היקפה של הזכות החוקתית לשוויון. לשם כך, עלינו לעיין במשמעותו המדויקת של עיקרון זה. משנעשה כן, יקל עלינו להכריע בעניין הנדון לפנינו – כלום פוגע החוק שלפנינו בזכות החוקתית לשוויון?

ריבוי משמעויותיו של עיקרון השוויון

95. כזכור, את מסענו העיוני פתחנו בתחושת הסלידה האינטואיטיבית מן ההפליה – "ילד מבטנן יזעק: המורה, מדוע הוא קיבל ואני לא?"; את האינטואיציה הזו עלינו לשוות לנגד עינינו, שכן מסתבר כי הניסיון להגדיר במדויק את ההצדקה לתחושת-בטן זו – אינו פשוט כלל ועיקר. אחד הטעמים לכך הוא שאנו חושבים על מצבים רבים ושונים זה מזה במונחים של פגיעה בשוויון, כאשר הטעמים המצדיקים לשמור על שוויון בכל אחד ממצבים אלו עשויים להיות שונים (ראו, למשל, ראם שגב "שוויון ודברים אחרים" 90 פרס. מרדכי (מוטה) קרמניצר 193 (אריאל בנדור ואח' עורכים, 2017) (להלן: שגב); עניין רובינשטיין, בעמ' 148). מלומדים רבים נתקשו בהגדרתו המדויקת של השוויון ובמעמדו כזכות משפטית (זמיר וסובל, בעמ' 170; כן ראו פסק דינו של הנשיא א' ברק בעניין ק.א.ל). צא ולמד: יש מלומדים הסבורים כי השוויון הוא אבי-אבות זכויות-היסוד, "הבסיס לכל זכויות האדם" (מדינה – זכויות האדם, בעמ' 275); אחרים סבורים שהשוויון הוא ערך 'ריק', אשר 'לית ליה מגרמיה כלום' – אין לו מעצמו כלום, אלא הוא שואב ומתמלא מערכי-יסוד אחרים (ראו שם, בעמ' 287; שגב, בעמ' 197). במסגרת המבוכה האנליטית הזו נדרש בית המשפט ליתן משמעות מעשית למושג השוויון, ולתחום את היקפו.

96. "מחבר אחד מצא ומנה, שקיימות 108 משמעויות שונות של השוויון" (עניין רובינשטיין, בעמ' 148); אנו נסתפק בשלוש. ניתן לחשוב על שלושה ערכים מרכזיים ונבדלים זה מזה, המהווים בסיס נורמטיבי לעיקרון השוויון. כל אחד מן הערכים הללו מוליך לתפיסה מסוימת של עיקרון השוויון: שוויון כצמצום פערים חברתיים; שוויון כרציונאליות; ושוויון ככבוד ערך הפרט (חלוקה זו נתמכת במידת-מה על-ידי הספרות העדכנית על אודות עיקרון השוויון; ראו מדינה – זכויות האדם; מדינה "שוויון"; שגב). חשוב להדגיש, והדברים יובהרו בהמשך, כי הערכים הללו אינם מוציאים זה את זה; שני

ערכים או יותר יכולים לשמש בכתר אחד. אולם חשוב להבהיר ולהבחין בין שלושת סוגי השיקולים הללו, על מנת שניתן יהיה לעמוד על מידת הפגיעה בכבוד האדם.

(א) שוויון כצמצום פערים חברתיים

97. סוג אחד של שוויון מתייחס לשאיפה להשוות את רווחתם של כל בני החברה. שוויון זה עוסק בצדק חלוקתי (ראו, למשל, מנחם מאוטנר "צדק חלוקתי בישראל" צדק חלוקתי בישראל (מנחם מאוטנר עורך, 2000)). עניינו – בחלוקת המשאבים בין בני אדם. יש הסבורים כי זהו המובן המילולי הפשוט של המושג שוויון: אנו נאמר כי מצב שבו יש פער כלכלי גדול בין עשירים לעניים, הוא מצב לא שוויוני. אנו נאמר כי מערכת מס פרוגרסיבית, הנוטלת יותר מן העשירים ופחות מן העניים, מקדמת את השוויון (ראו עניין רובינשטיין, בעמ' 149). נאמר עוד, כי אם קיימים פערי שכר בין נשים לגברים המבצעים אותו תפקיד, מדובר באי-שוויון הטעון תיקון. בדברנו על אי-שוויון מסוג זה, אנו יכולים להתייחס לפערים כלליים בין בני החברה, ואנו יכולים להתייחס לפערים מובנים בין קבוצות חלשות לקבוצות חזקות מהן.

98. למשמעות זו של עיקרון השוויון יש כמה מאפיינים מיוחדים: ראשית, בניגוד לעיסוק המשפטי המקובל בעיקרון השוויון, אין היא עוסקת בהחלטה קונקרטית של רשויות השלטון, העומדת לביקורת שיפוטית. אי-שוויון שכזה הוא מצב דברים נתון, אשר נוצר בדרך כלל בעקבות תהליכים חברתיים רבים (הכוללים אמנם גם החלטות שונות של רשויות השלטון במהלך השנים). שנית, בספרות הפילוסופית בזירה הציבורית קיימת מחלוקת כללית לגבי ערכו של עיקרון שוויון שכזה, לגבי משקלו, ולגבי החובות המוסריות שניתן להטיל מכוחו על רשויות השלטון ועל בני החברה (ראו שגב, בעמ' 201-210; לסקירה פילוסופית ראו אלעזר וינריב על שוויון ואי-שוויון: מבט פילוסופי (2007)). מחמת הטעמים הללו, אין כללים נוקשים באשר למשמעותו המשפטית המעשית של עיקרון השוויון במובן הזה. בצדק העיר פרופ' מדינה, בקשר להפליה בין גברים לנשים, כי –

"במקרים אחרים, והם כנראה הנפוצים ובה בעת המורכבים מכולם, אי-השוויון אינו נובע במישרין ממדיניות שמבחינה בין המינים, אלא הוא תוצאה של נסיבות חברתיות מורכבות. לא קל לקבוע באילו תנאים תוכר במקרים מסוג זה טענה לפגיעה בזכות היסוד לשוויון. אף שכבר התגבשה הסכמה שהיקף ההגנה על הזכות לשוויון רחב מן האיסור להפלות, כלומר מן האיסור להתחשב בשיקולים שאינם רלוונטיים בעת הפעלת סמכויות שלטוניות, עדיין אין הכרעה ברורה באשר לאופן שבו מתבטאת ההרחבה הזו. אלו הן סוגיות

הקשורות לדוקטרינה המשפטית, להכרעות מוסריות באשר לטיבה של הזכות לשוויון ולתפיסה פוליטית באשר לתפקיד החברתי של המשפט ושל בתי המשפט בקידום השוויון בחברה" (ברק מדינה "שוויון ואיסור הפליה: היקפה של החובה 'לנטרל את השונות'" ספר שטרסברג-כהן 203 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2017) (להלן: מדינה "לנטרל את השונות"); כן ראו בג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה(5) 15, 29 (2001) (להלן: עניין האגודה לזכויות האזרח)).

99. אכן, במסגרת המובן הזה של עיקרון השוויון, הדיון המשפטי אינו ממוקד בשאלה אם החלטה פלונית של רשות שלטונית מפלה, אם לאו, אלא בחובתה לפעול לצמצום פערים חברתיים ולקידום השוויון. מובן הוא, שניתנה רשות למחוקק לחוקק הסדרים אשר מטרתם לפעול לצמצום פערים ולקידום שוויון. המחוקק הישראלי פעל בהקשר זה בכמה מישורים. נקבעו חובות אקטיביות שמטרתן לצמצם פערים בחברה. כך, למשל, חובות הנגשה לאנשים עם מוגבלות (ראו את הוראות הנגישות הרבות שבחוק השוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות); הקמת גופים ציבוריים שמטרתם לפעול לקידום השוויון (ראו, למשל, חוק הרשות לקידום מעמד האשה); והחלת חובת יצוג הולם והעדפה מתקנת לאוכלוסיות מסוימות בגופים מדינתיים (ראו, למשל, רשימת דברי החקיקה שהביאה ברק-ארז, בעמ' 702-704; עניין האגודה לזכויות האזרח, בעמ' 29; בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501 (1994)). אולם במקום שהמחוקק לא חוקק חובה שכזו, שאלה סבוכה היא מהו היקף חובתה של המדינה לעשות כן (ראו עניין האגודה לזכויות האזרח, שם; בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630 (1998); מדינה – זכויות האדם, בעמ' 323; ברק-ארז, בעמ' 707).

100. בין כך ובין כך, לשאיפה הערכית לצמצום אי-השוויון בחברה יש עוגן יציב בתרבות המשפטית שלנו. מעבר לדברי-החקיקה שהזכרתי ולהלכה הפסוקה שבעקבותיהם, הרי שיש לה יסוד גם בביטוי שבהכרזת העצמאות בדבר 'שוויון חברתי', וכן במחויבות המופגנת בה לגבי "נציגות מתאימה בכל מוסדותיה" של המדינה לאוכלוסיה הערבית. אכן, לא יפלא שבדעת המיעוט של השופט א' א' לוי בעניין עמותת מחויבות, פרשה אשר עסקה במעמדה החוקתי של הזכות לקיום אנושי בכבוד, נסמך השופט לוי גם על "חזונו של מקימי המדינה, אשר הרהיבו עוז לשוות בנפשם מקום שמתקיים בו שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור" (ראו שם, בעמ' 517), במסגרת קביעתו כי על המדינה מוטלת חובה חוקתית לפעול לצמצום אי-השוויון הקיים בין אזרחים ומגזרים באוכלוסייתה.

101. עד עתה דיברנו על השוויון כערך כללי, כשאיפה, אשר לעתים יש לה השלכות משפטיות מעשיות. מכאן נעבור למשמעותו המשפטית השגורה של עיקרון השוויון: זה המתייחס להחלטה מינהלית קונקרטית, ובמסגרתו נבחנת השאלה האם החלטה שכזו נגועה בהפליה. אולם בדרך הילוכנו לא נשכח את השאיפה הכללית לצמצום פערים בחברה שדיברנו בה כעת, שכן היא מקרינה גם על המובנים הנוספים של עיקרון השוויון.

(ב) שוויון כרציונאליות

102. המשמעות השנייה של עיקרון השוויון, מכונה על-ידי רבים 'שוויון אריסטוטלי', והיא גורסת כי "יש להעניק יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים במידה פרופורציונלית לשוני ביניהם" (דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, 344 (2000) (להלן: דנג"ץ רקנט)). רבות דובר על נוסחת-השוויון הזו, ואין כאן מקום להאריך; נסתפק אפוא בעיקר (להרחבה ראו: אריאל בנדור "שוויון ושיקול דעת שלטוני – על שוויון חוקתי ושוויון מינהלי" ספר שמגר – מאמרים חלק א 287 (2003) (להלן: בנדור); ברק-ארוז, בעמ' 684; אורית קמיר "מדוע עדיף (שוויון) כבוד האדם על שוויון החירות? משמעויותיה החברתיות של הבחירה הישראלית בכבוד האדם הסגולי כערך יסודי" המשפט יג 263 (2008); בג"ץ 3792/95 תאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות, פ"ד נא(4) 259, 279 (1997) (להלן: עניין תאטרון ארצי לנוער); פסק דינו של הנשיא א' ברק בעניין ק.א.ל.; דנג"ץ רקנט, שם; עע"ם 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד(2) 1, 41 (2010) (להלן: עניין הבית הפתוח); עע"ם 7749/09 אורט ישראל חברה לתועלת הציבור נ' הממונה על מחוז ירושלים במשרד הפנים, פסקה 7 וההפניות שם (30.11.2011)).

103. קושי מרכזי שמעוררת נוסחת השוויון האריסטוטלית הוא זה: כיצד יש לבחון אם בהפליה בין שווים עסקינן, או בהבחנה ראויה בין שונים? המבחן המקובל בהקשר זה הוא 'מבחן השוני הרלבנטי'. על-פי מבחן זה, ככל שההבחנה בין שני פרטים מבוססת על שוני רלבנטי, ענייני, רציונלי, כי אז תחשב ההבחנה למותרת. וכיצד יקבע איזהו שוני רלבנטי, ואיזהו שוני בלתי רלבנטי? לשם כך יש להגדיר תחילה את מה שפונה בפסיקה 'קבוצת השוויון':

"תחולת החובה לנהוג בשוויון תלויה בכל עניין בהגדרת הקבוצה (היא האוכלוסייה הרלוונטית) לצורך אותו עניין. גבולות הקבוצה הם גם גבולות השוויון. אפשר לקרוא לה בשם קבוצת השוויון. אולם כיצד מתווים את הגבולות של קבוצת השוויון לצורך עניין מסוים? יש עניינים שבהם החוק נותן תשובה ברורה [...] אך יש עניינים רבים שבהם אין בחוק

תשובה ברורה או, מכל מקום, תשובה מפורשת. בעניינים כאלה קשה לא פעם להשיב על השאלה אם אדם פלוני או גוף פלוני נכללים בקבוצה ולכן יש לנהוג כלפיהם בשוויון [...] כיוון שהחוק אינו משיב לשאלה, יש ללמוד את התשובה, בעניין זה כמו בכל עניין, מתוך תכלית החוק ומהות העניין, ערכי היסוד של שיטת המשפט והנסיבות המיוחדות של המקרה. על יסוד כל אלה ניתן להחליט אם מאפיין זה או אחר הינו, לגבי עניין מסוים, שיקול ענייני או שיקול זר. החלטה זאת מאפשרת להתוות את הגבולות של קבוצת השוויון" (בג"ץ 6051/95 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(3) 289, 346 (1997) (להלן: עניין רקנט)).

104. הנה כי כן, פעמים שהחוק מגדיר במפורש את קבוצת השוויון, פעמים שאינו עושה כן. במצבים אלו, על בית המשפט להידרש לתכלית החוק ומהות העניין, להגדיר את קבוצת השוויון לצורך הסוגיה שעל הפרק, ולקבוע האם השיקול שעל בסיסו הבחינה הרשות בין אדם לחברו, רלבנטי לתכלית שלשמה הופעלה הסמכות; היינו, אם יש היגיון והצדקה בנסיבות העניין להבחנה שעשתה הרשות המינהלית. לא אחת, השאלה אם שיקול מסוים הוא רלבנטי להבחנה בין שני פרטים, היא שאלה של השקפת עולם; לצורך מתן מענה לשאלה, נדרשות "החלטות ערכיות, מי הם 'שווים', שחובה לתת להם יחס שווה למטרה זו או אחרת, ומה הן התכונות הרלוואנטיות, העושות אותם לשווים לאותה מטרה" (עניין אליצור, בעמ' 21; ברק-ארז, בעמ' 684)). הגם שניתן להרהר אחר משמעותו המעשית של מבחן 'תכלית החוק ומהות העניין', יש לזכור – על רקע משמעותו 'המינהלית' של עיקרון השוויון במובן שאנו מדברים בו כעת – כי הקושי הגלום בהכרעה ערכית שכזו, אינו שונה באופן מהותי מן הקושי הגלום בהכרעה ערכית ביחס לעילות ביקורת מינהליות אחרות. כך למשל, כאשר בית המשפט נדרש לקבוע אם החלטה מינהלית התקבלה תוך התחשבות בשיקולים זרים, בשרירות, על יסוד תשתית עובדתית חסרה וכיוצא באלו פגמים. גם הכרעות מעין אלו טומנות בחובן, לעתים, מימד ערכי – ובית המשפט נדרש אליו; בהקשר זה, עילת השוויון המינהלית אינה שונה.

105. אכן, הלכה למעשה, עילת השוויון במובן האריסטוטלי חופפת במידה רבה עם עילות ביקורת מינהליות אחרות, ובפרט עם עילת השיקולים הזרים. היא משתלבת בביקורת השיפוטית המינהלית שמטרתה, בין היתר, לבקר את שיקול הדעת המינהלי, ולוודא כי החלטתה של הרשות התקבלה על יסוד שיקולים ענייניים ורלבנטיים. מלומדים שמו לבם לכך, ש"ההבדל בין שיקול זר או חוסר-סבירות הגורמים הפליה, ובין שיקול זר או

חוסר-סבירות מסוג אחר ניטשטש בפסיקה והיה כלא היה" (זמיר וסובל, בעמ' 194; וראו בנדור, בעמ' 299; ברק-ארז, בעמ' 678; מדינה "לנטרל את השונות", בעמ' 208). כחלק ממגמה זו, של תפיסת עיקרון השוויון כעיקרון שלפיו הבחנת הרשות בין פרטים צריכה להיות מבוססת על טעמים רציונליים, הוחלה ביקורת שיפוטית בקשר לפגיעה בשוויון על מגוון רחב של הבחנות בין פרטים המקבלים יחס שלטוני שאינו זהה, והדיון בשוויון "מתייחס גם למצבים שבהם ההפליה אינה פוגעת בזכות החוקתית לשוויון, אינה נובעת מטעמים פסולים, והיא לעתים אף אקראית או מקרית" (ברק-ארז, בעמ' 680; וראו זמיר וסובל, בעמ' 192-194). לפיכך, מובן זה של עיקרון השוויון מכונה לעתים גם 'שוויון מינהלי' (ראו עניין הבית הפתוח, פסקה 41).

106. נסכם: השוויון כרציונאליות, מטרתו לבחון אם הבחנה הנעשית בין פרטים מבוססת על טעמים ענייניים. ככזה, הריהו נסמך במידה רבה על עילות ביקורת מינהליות נוספות, שבעזרתן ניתן לבחון אם ההבחנה שעשתה הרשות המינהלית היא הבחנה מוצדקת בנסיבות העניין, בשים לב לתכליתו של החוק שמכוחו פועלת הרשות המינהלית. כנקודת מוצא, השוויון המינהלי 'עיוור' לשיקולי רוחב, דוגמת הערך הטמון בצמצום פערים חברתיים. כך, לעתים שיקולים רלבנטיים מצדיקים הבחנה בין פרטים, אך בד בבד מנציחים פערים חברתיים שכאלו. קשה לחלוק על כך שהחלטתו של מעסיק להימנע מלהעסיק אישה בהריון מכיוון שהיא עתידה לצאת לחופשת לידה, היא החלטה המבוססת על שוני רלבנטי בין גבר לאישה, ובכל זאת איננו מוכנים ליתן יד לכך. אכן, "הגדרה זו" – של השוויון – "אינה מצליחה להקיף את מלוא מורכבותה של תופעת ההפליה" (ברק-ארז, בעמ' 686). עמדנו על שני מובנים של עיקרון השוויון, ועל כך שעלול להיווצר מתח מסוים ביניהם. על מנת לעמוד על המתח הזה, על בוריו, עלינו להשלים את התמונה, ולמקד את מבטנו במובן שלישי של עיקרון השוויון.

(ג) שוויון ככיבוד ערך הפרט

107. המחויבות שהובעה בהכרזת העצמאות כלפי עיקרון השוויון, לא נאמרה באופן סתמי וכוללני, אלא התייחסה לאי-שוויון על רקע מסוים: הוצהר כי מדינת ישראל תקיים שוויון זכויות "בלי הבדל דת, גזע ומין". התייחסות דומה לעיקרון השוויון, על רקע הבחנות ספציפיות, מצויה גם במסמכים חוקתיים ובינלאומיים רבים, שבהם מקובל להתייחס לתבחינים קבוצתיים מסוימים, וביניהם מין, לאום, עדה, דת, נטייה מינית ועמדה פוליטית. גם מרבית דברי החקיקה הישראלים המעגנים היבטים של איסור הפליה, עושים זאת על סמך תבחינים מעין אלו (ראו זמיר וסובל, בעמ' 191-192; מדינה "שוויון", בעמ' 84-92; מדינה – זכויות האדם, בעמ' 290-297; שגב, בעמ' 224-233).

108. האם ישנה משמעות מיוחדת להפליה על רקע העילות הללו? התשובה לכך היא חיובית. להפליה על רקע תבחינים 'חשודים' אכן נודעת משמעות מיוחדת. תבחינים אלו מבטאים את השתייכותו של אדם לקבוצות חברתיות המכוננות את זהותו. חלקם מתייחסים לקבוצה חברתית שהיא בבסיס זהותו, בהיותה בלתי-נתונה לבחירתו, כגון לאום; חלקם מתייחסים לקבוצה חברתית אשר האדם בוחר להשתייך אליה, ואשר היא חלק מרכזי וגרעיני בזהותו, כגון עמדה פוליטית. הבחנה בין בני אדם על יסוד השתייכותם לקבוצות מכוננות-זהות אלו, הריהי דנה את האדם על בסיס השתייכותו לאותה קבוצה; לא לפי ערכו-שלו.

109. בעובדה זו, כשלעצמה, עדיין אין כדי ללמד בהכרח על פגם מוסרי; לעתים רבות, הכרח בל יגונה הוא לקבוע כללים נוקשים על יסוד תבחינים כלליים, ואיננו רואים בכך בעייתיות. דוגמה למצב כזה היא קביעת גיל מינימום להצבעה בבחירות (מדינה – זכויות האדם, בעמ' 290). אכן, כאשר אנו קובעים כללים מעין אלו, אנו שופטים את הנער בן ה-17 ככזה שאינו כשיר להצבעה; דנים אותו על יסוד הנחה כללית בדבר צורך בגרות מסוימת על מנת להשתתף בבחירות, מבלי לבחון את ערכו-שלו ואת טענתו כי חרף גילו הוא כשיר להצביע. אף על-פי כן, אנו מבינים את הצורך המעשי בקביעת 'כללי אצבע', ואיננו רואים פגם מוסרי או הבעת עלבון כלפי הנער בכך שמנענו ממנו להצביע בבחירות.

110. בנסיבות אחרות, לעומת זאת, הבחנה בין בני אדם על יסוד השתייכותם לקבוצה חברתית מכוננת-זהות נראית לנו בעייתית. כך הוא, בוודאי, כאשר הבחנה זו מבוססת על דעות קדומות גרידא. הפליה גזעית (דוגמת זו שנהגה בעבר בארצות הברית), הריהי מבוססת על דעה קדומה, ובנקל אנו מבינים את חומרתה. אך לא זו בלבד: גם הבחנה קבוצתית המבוססת על צורך בקביעת 'כללי אצבע', או כזו שניתן לבססה על יסוד טעמים ענייניים, עשויה לשדר מסר משפיל, או לבטא חוסר כבוד כלפי פרט השייך לאותה קבוצה. טלו, למשל, את הדוגמאות הבאות: מעסיק קובע מדיניות גורפת של אי-העסקת נשים, מחמת העלויות הנלוות להעסקתן – בהתחשב בחופשות לידה ובמשימות הוריות הנופלות, בדרך כלל, על כתפיהן של אימהות; בעל מועדון אשר קובע כי ערבים יורשו להיכנס אליו רק מגיל מסוים – על בסיס מחקרים המלמדים כי באופן סטטיסטי, ערבים בגיל צעיר משתתפים בקטטות אלימות בשיעור גבוה בהרבה ביחס ליהודים בגיל זה (השוו: רע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ (16.11.2011)); בית ספר מזרם חרדי מחמיר, המקבל לשורותיו תלמידות ממוצא אשכנזי בלבד, על בסיס ההנחה שבנות ממוצא ספרדי אינן מקפידות על הוראות ההלכה בהתאם לסטנדרטים של בית הספר (השוו: בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פ"ד סג(2) 398 (2009)). בכל המקרים הללו יכול הטוען לטעון, כי ההבחנה היא רציונלית ומבוססת על

שונות רלבנטית בין הקבוצות. אף על-פי כן, בשל טבעה של ההפליה, המבוססת על השתייכות לקבוצה חברתית המכוננת את זהותו של האדם, אנו נאמר כי מדובר בהפליה פסולה.

111. מדוע המקרים הללו פסולים בעינינו? מפני שללא קשר לשאלה אם הנחות המוצא של ההבחנה נכונות או רציונליות, הרי שעצם ההבחנה מביעה פגיעה חריפה בכבודם של בני הקבוצה החברתית הרלבנטית. הסתמכות על תבחין שכזה, מביעה מסר ולפיו כל בני הקבוצה מאופיינים במאפיין מסוים – מאפיין שלילי או בעל השלכות שליליות. אם המובן הסביר של הסדר משפטי משדר יחוס 'מעמד מוסרי' נחות לבני הקבוצה המופלה, הריהו נגוע באי-שוויון. מסר שכזה פוגע בבני הקבוצה, ומחזק סטיגמות קיימות בחברה כלפיה. הוא פוגע באוטונומיה של הפרט, חבר הקבוצה, לפעול במנותק מן הכבלים שיוצרות הסטיגמות הללו: "עיקרה של הזכות החוקתית לשוויון הוא מניעת פגיעה באוטונומיה של אדם לפעול באופן חופשי מהגבלות הנובעות מהשתייכותו לקבוצה חברתית מסוימת" (מדינה – זכויות האדם, בעמ' 290). נשים לב כי במצבים רבים, אותן קבוצות חברתיות המופלות לרעה מצויות גם במצב של אי-שוויון מן הסוג הראשון שדיברנו בו. יצירת הבחנות על בסיס שיוך לקבוצות אלו באופן מכליל עלולה להנציח ולהחריף את אי-השוויון הזה, כאשר ההסתמכות על התבחין המכליל מקבעת פערים חברתיים, שראוי לשאוף למיגורם (כבדוגמת ההפליה 'הרציונלית' של אשה בהליך קבלה למקום עבודה).

112. מן האמור עולה, כי בניגוד למובן הקודם של עיקרון השוויון שדנתי בו – הרי שהמובן הזה של עיקרון השוויון מנותק במידה רבה משאלת הרציונל שבבסיס ההפליה. הוא אינו מתמקד בטעמיה של ההבחנה, אלא במסר הפוגעני שהיא משדרת. אין זאת אומרת שהרציונל שבבסיס ההבחנה אינו חשוב כלל: לעתים, במקרים חריגים, די בקביעה כי השימוש בתבחין הוא רציונלי, ובניתוח ההקשר של השימוש בתבחין זה, על מנת להיווכח כי הוא אינו טומן בחובו מסר פוגעני, וממילא אינו פוגע בעיקרון השוויון. ביטוי לתפיסה זו מצאנו בדברי-חקיקה שקבעו איסור על הפליה. כך למשל, בחוק שיווי זכויות האשה, שלפיו "אין רואים כפגיעה בשוויון או כהפליה אסורה", "אבחנה בין אשה לבין איש, במידה שהיא מתחייבת מהשוויון הענייני שביניהם, או מאופיו או ממהותו של העניין" (סעיף 1ב לחוק שיווי זכויות האשה; כמו כן ראו סעיף 3(ד) לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים). רוצה לומר, כאשר ניתן להסביר באופן רציונלי את ההבחנה, ומן ההסבר ניתן להסיק כי ההבחנה אינה נושאת עמה מסר פוגעני, הרי שאין מדובר בהפליה כל עיקר. ניטול דוגמה פשוטה: הבה נניח שבמסגרת תנאי הכשירות להיבחר לתפקיד הרב הראשי לישראל, יקבע במפורש כי על המועמד להיות יהודי (ראו סעיף 5 לחוק הרבנות הראשית לישראל, התש"ם-1980;

על זו הדרך השווה, למשל, לסעיף 2(א) לחוק הקאדים, התשכ"א-1961). זוהי הבחנה 'חשודה', המבוססת על שיוך קבוצתי. אף על-פי כן, ברי כי אין היא טומנת בחובה מסר פוגעני.

113. היוצא מדברינו, ובכך עיקר: רלבנטיות לחוד ופגיעה בכבוד לחוד. יתכן מצב שבו מעשה שלטוני הוא רציונלי, אך משדר מסר פוגעני; ויתכן מצב שבו המעשה השלטוני אינו ניתן להסבר רציונלי, אך עובדה זו כשלעצמה אינה פוגעת בכבודו של איש. כך סיכם זאת פרופ' מדינה:

"מצד אחד, לא די בעובדה שהסתמכות על השתייכות קבוצתית מסוימת אינה רציונלית, כשלעצמה, כדי לבסס טענה לפגיעה בזכות החוקתית לשוויון. אם ההבחנה אינה רציונלית משמע שזו מדיניות המבוססת על שיקולים לא-ענייניים ולכן עלולה להיחשב בלתי-סבירה; אך מנקודת המבט של דיני זכויות האדם, הגורם המכריע הוא עוצמת הפגיעה הנובעת מהמדיניות הנדונה באוטונומיה של הפרט [...] היעדר שונות רלוונטית אינו תנאי מספיק להכרה בכך שמדיניות שלטונית פוגעת בזכות החוקתית לשוויון. מכיוון הפוך, לא די בעובדה שמדיניות שלטונית מבוססת על הבדלים רלוונטיים בין בני קבוצות חברתיות שונות כדי לשלול את סיווגה כמפלה או כדי להצדיק את הפגיעה בזכות" (מדינה – זכויות האדם, בעמ' 293).

114. פסיקתו של בית משפט זה הכירה במשמעות ובייחוד של משמעות זו של עיקרון השוויון. בבג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995) (להלן: עניין מילר) עמד בית המשפט על כך שאין די בביסוס ההפליה על טעמים רציונליים ועל שיקולים רלבנטיים; לעתים, המסר הפוגעני הנובע מן ההבחנה חמור, ואין בכוחן של ההצדקות שביסודה לשאת אותו על גבן. באותו עניין – אשר עסק בסירובו של צבא ההגנה לישראל לגייס לשורותיו נשים לתפקידי טיס – הבהירה השופטת ד' דורנר כיצד הפליה על יסוד קבוצתי עלולה להשפיל את חברי אותה הקבוצה:

"אכן, לא כל פגיעה בשוויון עולה כדי השפלה, ועל-כן לא כל פגיעה בשוויון פוגעת בזכות לכבוד [...] לא כך הדבר בסוגים מסוימים של הפליה לרעה על רקע קבוצתי, ובתוכם הפליה מחמת מין, כמו גם הפליה מחמת גזע. ביסודה של הפליה כזו עומד ייחוס מעמד נחות למופלה, מעמד שהוא פועל יוצא ממהותו הנחותה כביכול. בכך טמונה, כמובן, השפלה עמוקה לקורבן ההפליה [...] סגירת מקצוע או

תפקיד בפני אדם מחמת מינו, גזעו או כיוצא באלה, משדרת מסר כי הקבוצה שעמה הוא נמנה היא נחותה, ובכך נוצרת לבנות הקבוצה ולבניה תדמית נמוכה. כך מתהווה מעגל קסמים המנציח את ההפליה. התדמית הנמוכה, שיסודה בשונות הביולוגית או הגזעית, גורמת להפליה, וההפליה מאששת את הסטריאוטיפים המשפילים בדבר נחיתות המופלה. על-כן, היסוד המרכזי בהפליה מחמת מין, גזע או הפליה דומה הוא השפלת הקורבן" (שם, בעמ' 132-133; כמו כן ראו: מיטל פינטו "מהותו של השוויון המהותי בעקבות עניין פרוז'אנסקי" משפט ועסקים טז 109, 137 (להלן: פינטו)). (2013)

בית המשפט הכיר בכך שייתכן כי יש לצבא מניעים רציונליים לסירובו לגייס נשים לתפקידי טיס, אולם קבע כי לא די בכך. גם כאשר מוצג שיקול רציונלי, יש לבחון "האם ההתחשבות בו מוצדקת בנסיבות העניין" (כלשון השופטת דורנר, בעמ' 135); ובלשונה של השופטת ט' שטרסברג-כהן, נדרש לבחון אם ניתן "לנטרל או לתקן שונות, על-מנת להשיג שוויון הזדמנויות" (שם, בעמ' 121; וראו מדינה "לנטרל את השונות"; מדינה "שוויון", בעמ' 75).

על שלושה פשעי הפליה: סיכום ביניים

115. הנה כי כן: העמקת פערים; שיקולים בלתי-רלבנטיים; ותבחינים קבוצתיים 'חשודים' – כולם חוסים תחת כנפיו של עיקרון השוויון. בדברנו על השוויון אנו עשויים להתכוון לכל אחד ואחד מן ההיבטים הללו, או לכולם יחד. הם אינם מוציאים זה את זה, אלא מזינים זה את זה. שימוש בהכללות על יסוד קבוצתי עלול להנציח פערים חברתיים או להיות מונע משיקולים בלתי-רלבנטיים; שיקולים בלתי-רלבנטיים עשויים לנבוע מהעדפה פסולה של הרשות השלטונית את האינטרסים של החזקים בחברה, ולדחוק את האינטרסים של החלשים; קביעה כי שיקול הוא רלבנטי או לא, ואם ההתחשבות בו סבירה או לא – מבוססת על ההיבטים הנוספים של השוויון. אכן, השפה המשפטית המקובלת ביחס לעיקרון השוויון היא שפה 'מינהלית', של רציונליות ההבחנה, אולם לא אחת מתברר כי מאחורי החזות הרציונלית מסתתרים שיקולים הנוגעים והמבוססים על משמעויותיו הנוספות של עיקרון השוויון.

116. מכאן, שאין זה מדויק לכנות תפיסות שונות של עיקרון השוויון כמובן 'צר' או כמובן 'רחב' של עיקרון השוויון (השוו לעניין התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 685-687). כל אחד מן המובנים הללו יונק את כוחו מהיבט אחר של עיקרון זה – ותחולתו תואמת אותו היבט. המובן השלישי של השוויון – שימוש בתבחינים פסולים – 'צר' יותר

ממובנים אחרים בהיותו מתייחס רק לתבחינים מסוימים, אולם הוא 'רחב' יותר בהגנה שהוא מעניק להפלות מן הסוג הזה (ראו מדינה "שוויון", בעמ' 83 ובעמ' 101). המובן הראשון של השוויון – צמצום פערים חברתיים – 'רחב' באופן יחסי, משהוא אינו מתייחס דווקא להחלטה קונקרטית של הרשות, אלא לשאיפה כללית המשתרעת על כל תחומי אחריותה; מאידך גיסא הוא 'צר' יותר, במובן זה שהוא מהווה רק שיקול אחד מבין רבים, והוא עשוי לסגת מפניהם פעמים רבות (שגב, בעמ' 217-218). היקפו של המובן השני – שוויון כרציונליות – עשוי להתפרש על כל השוואה בין שני פרטים, אולם תוכנו תלוי בהכרעות בדבר השיקולים הלגיטימיים שרשאית הרשות לשקול מבחינה נורמטיבית.

117. חידדנו לעצמנו שוויון מהו, אולם לא די בכך. השאלה הקשה עודנה לפנינו. ציירנו לנו לפרטי פרטים את השור; הגיעה השעה לאחוז בקרניו: מבין כל אותם מובנים וגוונים של עיקרון השוויון, איזה מהם יכשר לביקורת חוקתית? פגיעה באיזה מבין המובנים הללו מצדיקה להורות על בטלותה של חקיקת הכנסת? מהו אותו מובן חמקמק של הזכות החוקתית לשוויון? לשאלה זו נפנה עתה.

סופו של המסע: המעמד החוקתי של עיקרון השוויון – למעשה

118. בראשיתו של המסע אל עבר הזכות החוקתית לשוויון, עמדנו על כך שבמסגרת החוקתית, לא את עיקרון השוויון הכללי אנחנו מבקשים, כי אם את השוויון הקשור בקשר הדוק לכבוד האדם. לאור זאת נקל להבחין בכך, שעיקרון השוויון החוקתי מבוסס על המובן השלישי שלו: הבחנה בין בני אדם על יסוד השתייכותם לקבוצה חברתית מכוונת-זהות. שימוש בהבחנה כזו פוגע לכאורה בכבוד האדם, באשר הוא דן את הפרט לשבט, על יסוד השתייכותו הקבוצתית. הדבר עלול להשפילו ולבזותו כאדם, ואת בחירותיו הנוגעות לליבת הזהות האוטונומית שלו; הוא עלול לפגוע באוטונומיה שלו לפעול במנותק מכבלי הסטיגמות החברתיות המקובלות. משמעות זו של עיקרון השוויון מתוארת, בהקשר החוקתי, כ'גישה הקלאסית' לעיקרון זה (מדינה – זכויות האדם, בעמ' 290; וראו זמיר וסובל, בעמ' 191). בפסיקתו של בית משפט זה הובעה לא אחת הדעה, כי הבחנות המיוסדות על אחד מן התבחינים הקבוצתיים 'החשודים', הן אלו המקימות לרוב פגיעה בזכות החוקתית לשוויון (ראו, למשל, בג"ץ 4406/16 איגוד הבנקים בישראל (ע"ד) נ' כנסת ישראל (29.9.2016), בפסקה 3 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן; בג"ץ 405/12 המרכז הלאומי לספורט חורף בישראל – מרכז קנדה מטולה בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד התרבות והספורט, מינהל הספורט, פסקאות 16-17 (26.2.2013); עניין האגודה לזכויות האזרח, בעמ' 26-27; עניין ועקנין, פסקאות 16-18).

119. מרכזיותו של עיקרון השוויון במובן זה בספירה החוקתית, מובנת על יסוד כמה נדבכים: ראשית, כמפורט בהרחבה לעיל, זהו המובן של עיקרון השוויון המעוגן בהכרזת העצמאות, ובמרבית דברי החקיקה העוסקים בעיגונו של עיקרון זה; שנית, עיקרון השוויון על-פי גישה זו מגן על כבוד האדם במובן הבסיסי והאינטואיטיבי ביותר: "אכן, המובן הרגיל של פגיעה בכבוד הוא השפלה. אלמלא היה קיים מושג של כבוד אנושי לא היה קיים גם מושג של השפלה [...] הפליה על רקע השתייכות קבוצתית היא במהותה משפילה. שכן, ביסודה של הפליה זו עומד ייחוס מעמד נחות למופלים, שהוא פועל יוצא משונותם – הביולוגית, הגזעית, הדתית וכיוצא-באלה תכונות הטבועות בבני-אדם, מגדירות את זהותם, ואין בידיהם לשנותן" (דורנר, בעמ' 20-21; וראו עניין מילר, בעמ' 132; סטטמן, בעמ' 579). אכן, הפלייתו של אדם על בסיס השתייכותו לקבוצה מסוימת, תוך הטלת 'קלון קבוצתי' על הקבוצה כולה, פוגעת בכבודו, מדירה אותו, משפילה אותו, ומשרישה דעות קדומות קיימות ביחס לחברי הקבוצה כולה. ודוק: בדברנו על השפלה, אין אנו מתכוונים לתחושות סובייקטיביות של עלבון וחוסר אונים (דורפמן, בעמ' 115; פינטו, בעמ' 139), כי אם לאמת מידה אובייקטיבית: "הבחנה [...] נושאת עימה מסר משפיל כאשר בבסיסה קיימת הנחה (מודעת או לא-מודעת) שלפיה המובחנים אינם ראויים להיות חברים מלאים בחברה בשל השתייכותם לאותה קבוצה מובחנת [...] הבחנה מסוימת יכולה להשפיל אדם גם אם אי-אפשר לזהות אצלו יסוד נפשי סובייקטיבי של תחושת נחיתות" (שם, בעמ' 131-132).

120. שלישית, פירוש זה של עיקרון השוויון מגן גם על מובן 'הביניים' של כבוד האדם, היינו – על תפיסת האדם כיצור אוטונומי בעל חופש בחירה. הפליה קבוצתית עולה כדי "פגיעה באוטונומיה של אדם לפעול באופן חופשי מהגבלות הנובעות מהשתייכותו לקבוצה חברתית מסוימת" (מדינה – זכויות האדם, בעמ' 290). זאת, מפני שהפליה קבוצתית משדרת מסר לאדם, ולפיו בהיותו משויך לקבוצה חברתית כלשהי, הוא כבול בכבלים מסוימים שאין בכוחו להשתחרר מהם. ודוק: מסר זה משודר הן כלפי השתייכות מולדת לקבוצה חברתית, הן כלפי השתייכות לקבוצה כזו הנעשית מתוך בחירה אוטונומית. בכך, מביעה ההפליה זלזול בבחירותיו האוטונומיות של האדם אשר נוגעות לליבת זהותו כאדם, כמו גם בכוחו לפעול בניגוד להכללות השליליות שהחברה מייחסת לאותה קבוצה שהאדם משתייך אליה. בהפליה על רקע קבוצתי טמון אפוא זלזול בסגולה בסיסית זו של האדם: היא משדרת מסר כפול, המזלזל הן בבחירתו להשתייך לקבוצה מסוימת, הן בעצם יכולתו לבחור בעצמו את נתיבות חייו, במנותק מהשתייכותו לקבוצה זו.

121. מהו מקומו של המובן השני עליו עמדנו – שוויון כרציונאליות – במסגרת הדיון על אודות הזכות החוקתית לשוויון? מובן זה של עיקרון השוויון, המכונה כאמור 'שוויון

מינהלי', שימש לא אחת את בית המשפט גם לשם בחינת טענות לפגיעה בזכות החוקתית לשוויון. דומני כי מובן זה של עיקרון השוויון, אשר מבוסס על מבחן השוני הרלבנטי, הגם שהוא הולם את אופיה של הביקורת השיפוטית על רשויות המינהל, אינו הולם את אופיה של הביקורת החוקתית. הסיבה לכך נעוצה בשני טעמים מרכזיים.

122. ראשית, החלת ביקורת חוקתית על כל הבחנה בין בני אדם, על יסוד השאלה אם הבחנה זו היא עניינית – אינה מקיפה כראוי את הזכות החוקתית לשוויון. היא מרחיבה מדי, בכך שהיא מעבירה תחת שבט הביקורת חקיקה שאיננה פוגעת בכבוד האדם; והיא מצמצמת מדי, בשל הפוטנציאל הטמון בה להכשרת הבחנות רלבנטיות, אשר פוגעות בכבוד האדם.

שנית, בחינת קיומה של פגיעה בזכות החוקתית לשוויון, באמצעות מבחן השוני הרלבנטי – מעוררת קושי. קושי זה נעוץ באופיו המעגלי של עיקרון השוויון, המחייב קביעה נורמטיבית:

"[C]ategories of morally alike objects do not exist in nature; moral likeness is established only when people define categories. To say that people are morally alike is therefore to articulate a moral standard of treatment – a standard or rule specifying certain treatment for certain people – by reference to which they are, and thus are to be treated, alike... So there it is: equality is entirely "[c]ircular". It tells us to treat like people alike; but when we ask who "like people" are, we are told that they are "people who should be treated alike". ...Without moral standards, equality remains meaningless, a formula that can have nothing to say about how we should act" (Peter Westen, *The Empty Idea of Equality*, 95 HARV. L. REV. 537, 545, 547 (1982); (מובא אצל קוגוט וחקאק בעמ' 113).

123. מעגליות זו אינה מעוררת קושי במישור המינהלי, שבגדרו בוחן בית המשפט את החלטתה של הרשות, אם היא פוגעת בשוויון, אם לאו, לאורו של מקור נורמטיבי חיצוני להחלטה – החוק שמכוחו מפעילה הרשות את סמכותה. כמפורט לעיל, לעתים "החוק נותן תשובה ברורה" (עניין רקנט, בעמ' 347) באשר לשאלה מהי שונות רלבנטית לעניין הנדון; לעתים החוק אינו נותן מענה לשאלה זו, ואז "יש ללמוד את התשובה, בעניין זה כמו בכל עניין, מתוך תכלית החוק ומהות העניין, ערכי היסוד של שיטת המשפט והנסיבות המיוחדות של המקרה" (שם). כאמור, מלאכה זו כשלעצמה אינה פשוטה כלל, והיא כרוכה לעתים בשיפוט נורמטיבי (ברק-ארז, בעמ' 684). על כל פנים, ובכך עיקר לענייננו, המעגליות של עיקרון השוויון נשברת במישור המינהלי, שכן גבולותיה של קבוצת

השוויון ורלבנטיות ההבחנה שעשתה הרשות, נבחנות ונקבעות לאור מקור נורמטיבי חיצוני להחלטה המינהלית.

124. אם נבקש לצעוד בדרך זו במישור החוקתי, ניתקל בקושי. כאשר המחוקק מבחין בין קבוצות שונות לצורך עניין מסוים, הריהו עושה כן על מנת להגשים תכלית מסוימת. ההבחנה שעשה המחוקק לעולם תהא רלבנטית, מיניה וביה, להגשמת אותה תכלית מסוימת, משום שאחרת לא היה נוקט בה. משמעות הדברים היא, שהשאלה אם ההבחנה רלבנטית לתכלית החוק, אם לאו, היא כשלעצמה אינה יכולה לסייע בבירור השאלה האם נפגעה הזכות החוקתית לשוויון. כאשר בכל זאת קובע בית המשפט כי ההבחנה שעשה המחוקק אינה רלבנטית לתכלית החוק, ולפיכך פוגעת בזכות החוקתית לשוויון, הוא עושה כן מתוך הסתמכות על תכלית 'כללית' יותר שהוגדרה על-ידו, "ללא הנחיה חוקתית ברורה שהיא חיצונית לחוק ולתכליתו הקונקרטית" (קוגוט וחקאק, בעמ' 112; וראו הדוגמאות המובאות שם על-ידן בעמ' 117-121). הלכה למעשה, כשבית המשפט בוחן אם ההבחנה שעשה המחוקק רלבנטית, הוא עושה כן ללא נקודת אחיזה חוקתית ברורה, ביחס לתכלית שהיא לשיטתו התכלית ה'נכונה'. קביעה זו צופנת בחובה בדרך כלל הנחה סמויה (לעתים גלויה), לפיה התכלית המסוימת שביקש המחוקק להגשים איננה 'תכלית ראויה' (שם). דא עקא, שאלת התכלית הראויה, כמו גם שאלות נוספות הקשורות בהצדקות העומדות ביסוד ההבחנה שעשה המחוקק, מקומן להתברר כידוע במסגרת השלב השני של הבחינה החוקתית – בחינת מידתיות הפגיעה, רק לאחר שנקבע כי נפגעה זכות חוקתית. בחינת הפגיעה בשוויון החוקתי על יסוד מבחן השוני הרלבנטי, מטשטשת אפוא את ההבחנה שבין השלב הראשון של הבחינה החוקתית, לבין השלב השני; היא מניחה את המבוקש, במובן זה שהיא מבקרת – באופן ישיר או עקיף, גלוי או סמוי – את מידתיות ה'פגיעה', את ההצדקות העומדות ביסוד ההבחנה שעשה המחוקק, מבלי שנקבע תחילה כי הבחנה זו, כשלעצמה, פוגעת בזכות החוקתית לשוויון.

125. פועל יוצא של הדברים הללו – וזהו צדו השני של המטבע – שמבנה הביקורת החוקתית המקובל בשיטתנו המשפטית, אינו הולם את עיקרון השוויון במובנו המינהלי. בהתאם למבחן השוני הרלבנטי, הקביעה כי נפגע השוויון משמעה, הלכה למעשה, שמדובר בהבחנה לא רציונלית, לא עניינית. ההכרעה בכגון דא, היינו אם הבחנה מסוימת היא עניינית, היא הכרעה שמבחינה אנליטית התשובה עליה היא בינארית – כן או לא (ראו דותן – "ענייניות", בעמ' 18). לפיכך, אם נקבע לגבי חוק מסוים כי הוא מבוסס על הבחנה לא עניינית, הבחנה שאינה מוצדקת, שוב אין מקום לכאורה לערוך בחינה חוקתית, ומתחייבת המסקנה כי דינו של החוק – לשבט. טענה שלפיה החוק מבוסס על

הבחנה לא עניינית – אך הוא חוקתי בהיותו מידתי ולתכלית ראויה, היא טענה מוקשית מבחינה עיונית.

126. מהו אם כן תפקידו של מבחן השוני הרלבנטי במסגרת הבחינה החוקתית? בשלב הראשון, של בחינת הפגיעה בזכות החוקתית, הבנת הרציונל המונח בבסיס ההבחנה שעשה המחוקק, משמשת כלי עזר חיוני לצורך הבנת טיב הפגיעה בכבוד האדם; היא מסייעת בידינו לבחון אם השימוש בתבחין הבעייתי אכן משדר מסר הפוגע בכבוד האדם. ככל שהקשר והרציונל של השימוש בתבחין מלמדים שהסדר החוקי אינו משדר מסר פוגעני, כך יש לקבוע שאין מדובר בפגיעה בזכות החוקתית לשוויון. ככלל, מקום שבו ההבחנה מבוססת על אחת מן העילות החשודות, תהא נטייתנו לומר כי יש בכך פגיעה בזכות החוקתית לשוויון, אלא אם מדובר באחד מאותם מצבים מובהקים, שבהם ההבחנה מתחייבת מהשונויות הענייניות, או מאופיו או ממהותו של העניין (ראו פסקה 112 לעיל). קשה לתת סימנים באותם מצבים מובהקים. על כל פנים, ברי כי יהיו אלו מצבים חריגים, שבהם פשוט וברור לכל בר-דעת הבוחן את הגיונה של ההבחנה, כי היא אינה משדרת מסר פוגעני (וראו, למשל, הדוגמה המובאת שם).

בשלב השני של הבחינה החוקתית, בחינת הגיונו של התבחין משמשת אמת המידה המרכזית לבחינת מידתיות הפגיעה בשוויון. אנו שוקלים זה לעומת זה את עוצמת ומשמעות המסר המשפיל והפוגעני שנגרם מן ההפליה, לעומת תועלותיה – תועלות שהערכתן תלויה בהבנת הרציונל שבבסיס ההבחנה. בשלב זה – לאחר שהוכחה הפגיעה בזכות החוקתית – בוחן בית המשפט את השיקולים שעל בסיסם הוחלט לעשות שימוש בהבחנה הפוגענית, ואת מידת הרלבנטיות שלהם לעניין, ומתוך כך את מידתיות השימוש בתבחין הקבוצתי.

127. בעת האחרונה הופעה בספרות המשפטית דעה, שלפיה פגיעה בשוויון במובן של חקיקת חוק על יסוד שיקולים לא ענייניים, מסוגלת אף היא להחשב כפגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם. זאת, לא בשל עצם חוסר הענייניות, כי אם בשל הפגיעה שהדבר גורם לזכותו של אדם שיתנהלו בענייניו הליכי חקיקה ראויים. על-פי דעה זו, כאשר הכנסת מחוקקת חוק המעדיף אינטרסים של קבוצה אחת על פני אינטרסים של קבוצות אחרות, כאשר "ההעדפה שנובעת ממנו של אינטרסים של קבוצת אנשים מסוימת נראית, על פניה לפחות, בלתי-מוצדקת על יסוד שיקולים ענייניים" (מדינה "שוויון", בעמ' 111), יש בכך עילה לביקורת חוקתית. במצב כזה נפגע כבוד האדם, המצפה כי החלטותיו של המחוקק יתקבלו על סמך שיקולים ענייניים, ולא על סמך אילוצים פוליטיים שאינם ענייניים לנושא הנדון. בעבר הסתייגתי מדעה זו (למקצת נימוקי ראו עניין חוק הגיוס השני, פסקאות 45-46); וכאז כן עתה. אינני סבור שקיימת עילה חוקתית לבית המשפט

לבחון את עניינותו של החוק, אם לא שהוכח כי חוסר הענייניות הזה גורם לפגיעה בזכות חוקתית עצמאית (לביקורת נוספת על עמדה זו ראו דותן – "ענייניות"; להסתייגות מסוימת של המחבר עצמו מגישה זו ראו ברק מדינה ועשור ויצמן "המהפכה החוקתית או מהפכת זכויות האדם? על העיגון החוקתי של הנורמות המוסדיות" עיוני משפט מ 595 (2017)).

128. בחינת ענייניות ההבחנות שעושה המחוקק, במישור החוקתי, מעלה קושי רב. ככל שהיא מבוססת על פרשנות לערך כבוד האדם, הרי שזו בגדר "מתיחת פני כבוד האדם למחוזות שאין זה מן הרצוי להגיע אליהם" (עניין חוק הגיוס השני, פסקה 46 לחוות דעתי). היא מערערת את המתודולוגיה החוקתית של שיטתנו. מכיוון שהיא אינה מגינה על זכות חוקתית מוגדרת, היא מובילה, הלכה למעשה, למצב של בחינת מידתיות החקיקה בקשר לכל דבר חקיקה שהוא, ללא תלות במידת הפגיעה שהוא גורם לפרט; ולהעברת שיקול דעתו של המחוקק תחת שבט הביקורת השיפוטית, משל היה מדובר בהחלטה מינהלית. חוששני, כי בבסיס גישה זו עומדת תפיסה שלפיה לבית המשפט עליונות על פני הרשות המחוקקת, באשר להכרעה בדבר השיקולים הנורמטיביים שעל בסיסם יש לחוקק. מהם 'שיקולים ענייניים'? האם מתן קצבאות הבטחת הכנסה לאברכי כוללים ולא לסטודנטים היא הכרעה עניינית? (ראו מדינה "שוויון", בעמ' 116-120)? אם המחוקק יקבע, למשל, שלשם עידוד תעשיית הטקסטיל הוא מעניק הטבות מס למפעלי טקסטיל, אך מחמת שהוא סבור שאין אינטרס או צורך בעידוד תעשיית ההיי-טק, הוא אינו מעניק את הטבות המס הללו לתעשייה זו – היש בכך שיקול ענייני, או שמא לא? אינני סבור כי יש עילה לבית המשפט לבחון שאלות אלו במישור החוקתי – למצער לא מנקודת המבט של הזכות החוקתית לשוויון. אכן, "ברור שלא כל החלטה פגומה, למשל בפגם של חוסר סמכות או שיקולים זרים, פוגעת בכבוד האדם. פגם של אי-שוויון אינו יוצא דופן" (עניין מרכז השלטון המקומי, בעמ' 497).

129. הנה כי כן, התבחינים הקבוצתיים – 'הקלאסיים', 'החשודים' – הם הם עיקרה ומרכזה של הזכות החוקתית לשוויון. האם משמעות הדבר שביקורת חוקתית מצומצמת אך ורק למצבים שבהם המחוקק עושה באופן גלוי ומודע הבחנות הנשענות על תבחינים אלו? התשובה לכך היא בשלילה. לעתים הבחנה 'ניטרלית' לכאורה, מכסה – בכוונת מכוון או בתום לב – על הפליה קבוצתית. השאלה אימתי תוצאה מפלה תחשב לפגיעה בכבוד האדם היא סוגיה נכבדה, ולהלן אדון בה ככל הדרוש לענייננו-שלנו (ראו מדינה – זכויות האדם, בעמ' 300; משה כהן-אליה "על היסוד הנפשי שבבסיס איסור ההפליה בפסיקת בית-המשפט העליון: כוונה? תוצאה? אדישות?" ספר מרדכי (מוטה) קרמניצר 149 (אריאל בנדור ואח' עורכים, 2017)). מכל מקום, בית המשפט יכול להבחין בכך

שדבר חקיקה המבוסס על הבחנה ניטרלית לכאורה, יוצר הלכה למעשה הפליה בין קבוצות מכוננות-זהות, באופן המשדר מסר הפוגע בכבוד האדם. במצב דברים שכזה, דבר החקיקה עשוי להיות נתון לביקורת חוקתית, על אף שאין בו ביטוי מפורש או מוצהר להבחנות קבוצתיות פסולות.

130. שאלה חשובה נוספת היא, האם קיימת 'רשימה סגורה' של הבחנות קבוצתיות? גם התשובה על שאלה זו היא בשלילה. ענייננו בהגנה על כבוד האדם. פגיעה בכבוד האדם מתרחשת כאשר אדם מופלה על יסוד הבחנות קבוצתיות שהשימוש בהן משדר או עלול לשדר מסר פוגעני כלפי חברי הקבוצה. זהו הכלל, ואילו התבחינים הקלאסיים – מין, לאום, דת וכיוצא באלו תבחינים – אינם אלא ביטויים קונקרטיים של הכלל הזה, שצמחו על רקע הקשר חברתי-תרבותי-פוליטי מסוים. רשימה זו של תבחינים איננה סגורה, והיא יכולה להשתנות ולהתפתח, מטבע הדברים, מתקופה לתקופה ומהקשר להקשר (פינטו, בעמ' 144). תבחינים שבעבר לא נחשבו 'חשודים', נחשבים כך היום; ותבחינים שאינם נחשבים היום 'חשודים', עשויים להחשב כך בעתיד. זאת ועוד, ניתן להעלות על הדעת תבחינים שהשימוש בהם – בהקשר נורמטיבי קונקרטי – מביע את המסר הפוגעני האסור, בעוד שבהקשר אחר נראה בהם תבחין ניטרלי שאינו משדר מסר פוגעני כאמור. הדבר נלמד מנסיבותיו של כל עניין לגופו (ראו מדינה – זכויות האדם, בעמ' 297; זמיר וסובל, בעמ' 223). המשמעות היא שבנסיבות המתאימות, גם תבחין שאינו מבוסס על קבוצה חברתית 'חשודה', עשוי לפגוע בכבוד האדם. ואולם, בהרחבה – נקודתית או כללית – של עילות ההפליה הקבוצתיות המקובלות, יש לבחון האם ההבחנה הנדונה אכן משדרת מסר חברתי פוגעני. לא כל הבחנה היא כזו, ואין די בעובדה שכך נטען לגביה. על בית המשפט לבחון – על רקע ההקשר החברתי-תרבותי-פוליטי, ובשים לב לנסיבות העניין – האם אמנם נושאת עמה ההבחנה מסר ולפיו "המובחנים אינם ראויים להיות חברים מלאים בחברה בשל השתייכותם לאותה קבוצה מובחנת" (פינטו, בעמ' 131-132).

131. על כל פנים, עיקר תפקידו של המשפט החוקתי בקשר לעילת השוויון, צריך להיות ביחס להפליות המבוססות על הבחנה בין קבוצות שההשתייכות אליהן היא בליבת זהותו של האדם. לא למותר לציין, כי עיון משווה מלמדנו שבאופן זה פועלים דיני איסור ההפליה במדינות רבות נוספות (ראו Tarunabh Khaitan, A Theory of Discrimination Law 49 (2015)). מועילה גם ההשוואה למשפט החוקתי האמריקני, במסגרתו קיימת הגנה חוקתית מפורשת בקשר לשוויון – The Equal Protection Clause – ואף על-פי כן עיקר הביקורת החוקתית בהתאם לסעיף זה, נעשית בקשר להפליות המבוססות על תבחינים שכאלו, ואילו ביקורת חוקתית על הסדרים המעוררים שאלה של אי-שוויון המתבסס על תבחינים אחרים, יזכו לביקורת שיפוטית מקלה יותר

(הדוקטרינה האמריקנית ראויה לניתוח מעמיק; ראו John E. Nowak & Ronald D. Rotunda, Principles of Constitutional Law 383 (4th ed. 2010); אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 351 (2010) (להלן: ברק – מידתיות); עניין ועקנין, פסקה 18; עניין גלאון, בעמ' 257).

132. לבסוף, מהו תפקידו של השוויון כצמצום פערים חברתיים במסגרת הביקורת החוקתית? צמצום פערים חברתיים הוא אמנם ערך רם-מעלה, אך משמעותו החוקתית מעורפלת. לרוב, במישור החוקתי יש התייחסות לערך זה בקשר להטלת חובות אקטיביות על השלטון, כגון החובה לפעול לייצוג הולם; ערך זה אינו מועלה, בדרך כלל, כטענה לבטלות החלטה שלטונית בשל חוסר התחשבות מספקת בעיקרון השוויון. שאלה קשה ונכבדה היא, אם במבנה החוקתי שלנו ניתן להטיל חובות חוקתיות כגון דא, וכיצד (ראו מדינה "לנטרל את השונות", בעמ' 221), ואם חוסר התחשבות מספקת בשיקול של צמצום פערים חברתיים – סוגיה אשר אופן מימושה תלוי בהכרעות פילוסופיות ובמדיניות כלכלית – היא טענה חוקתית שניתן לבחון אותה במסגרת תנאי פסקת ההגבלה. זאת, במיוחד על רקע הקביעה, כי "מחוקק 'סוציאליסטי' ומחוקק 'קפיטליסטי' עשויים לחוקק חוקים שונים ומנוגדים, אשר כולם ימלאו את דרישותיה של פסקת ההגבלה" (עניין בנק המזרחי, בעמ' 438).

133. דומני כי תפקידו של מובן זה במישור החוקתי, הוא לשמש כלי-עזר לבחינת עוצמת הפגיעה בכבוד האדם הנגרמת בעטייה של ההבחנה. כזכור, פגיעה זו מבוססת בין היתר על כך שבכוחה של הבחנה על בסיס קבוצתי לקבע פערים חברתיים קיימים ולהנציח אי-שוויון. העובדה שהבחנה קבוצתית מסוימת מנציחה פערים חברתיים ומקבעת אותם, תורמת לתמונה הכוללת של המסר החברתי הפוגעני הנובע ממנה. במצב דברים שכזה, התעלמותו של המחוקק מן הפערים החברתיים המונחים לעתים בבסיס ההבחנות הקבוצתיות הרלבנטיות, מעבירה מסר פוגעני כלפי חברי אותה קבוצה. זאת ועוד: בכוחה של המשמעות הזו לכוון זרקור גם על סיטואציות שבהן עשה המחוקק הבחנה על יסוד ניטרלי לכאורה, אולם לאמיתו של דבר להבחנה יש השפעה על העמקת הפערים החברתיים. יחד עם זאת יש להדגיש, כי אין להסיק מכך שכל פעולה שלטונית שעשויה להעמיק פערים חברתיים עולה כדי פגיעה בכבוד האדם; בוודאי שלא כל הימנעות מפעולה אקטיבית לטובת צמצום פערים חברתיים עולה כדי כך. כפי שציינתי לעיל, סוגיה זו מורכבת, ותלויה בהכרעות ערכיות וכלכליות. מכיוון שהיא אינה עומדת לפתחנו במסגרת זו, אמנע מלדון בה כאן.

סיכום – המתודולוגיה הראויה לבחינה חוקתית של פגיעה בשוויון

134. כמעט כל הסדר חקיקתי מבחין בין אנשים שונים; הוא חל על אחד ולא על אחר. בקשר לכמעט כל דבר חקיקה, ניתן לעשות השוואה בין המצבים שבהם הוא חל למצבים שבהם אינו חל, ולתהות במונחי עילת השוויון מהם הטעמים לגבולות הגזרה הללו. ברם, על מנת שתהא הצדקה חוקתית לעשות כן, נדרש להראות כי קביעת הגבול המבחין בין מצב אחד למשנהו גורמת לפגיעה בזכות חוקתית, קרי – פגיעה בכבוד האדם, בהתאם למשמעותו של מושג זה כפי שדנו בה לעיל. רק כאשר כך הוא המצב, ניתן להמשיך ולקיים ביקורת חוקתית על מידתיות הפגיעה, לבחון לעומקם של דברים את הנימוקים להבחנה שעשה המחוקק, לרלבנטיות שלהם, ולמשקלם אל מול הפגיעה בכבוד האדם.

135. בשלב בדיקת הפגיעה החוקתית, עלינו להתמקד בשאלת המסר החברתי העולה מן ההבחנה שנעשה בה שימוש. מסר חברתי שכזה יהיה פוגעני ברמה החוקתית אם הוא משפיל ומבזה את האדם כאדם, או אם הוא מתעלם או מביע אי-אמון בהיותו של האדם יצור אוטונומי, הזכאי לבחור את מרכיבי זהותו הבסיסיים, והמסוגל לפעול במנותק מהדעה הקדומה הנלווית להם. לרוב, מסר שכזה ינבע משימוש בתבחיני ההפליה 'הקלאסיים', אולם הוא עלול להשתמע גם משימוש בתבחינים ניטרליים – בהתאם לנסיבות העניין. לאחר שלב זה, של בחינת הפגיעה בזכות החוקתית, ואם נקבע כי פגיעה שכזו אכן קיימת, יש לעבור לשלב השני – מידתיות הפגיעה. במסגרת שלב זה, יבחנו דרך הפריזמה של תנאי פסקת ההגבלה, הגיונו של החוק ותכליתו, אם די בהם כדי להצדיק את הפגיעה בזכות החוקתית.

136. צעדנו צעד נוסף בהגדרת הזכות החוקתית לשוויון, אולם יש להניח כי ישומה יעורר שאלות עקרוניות רבות, שעוד תגיע השעה ללבן. מקצתן של שאלות אלה עולות כאשר אנו באים ליישם את מסקנותינו עד כה, על החוק שלפנינו. למלאכה זו, ישום הדין על העובדות, נפנה עתה.

מן הכלל אל הפרט: חוקתיות החוק הנדון

137. האם ההבחנה בין קטינים שהורשעו בביצוע עבירות ביטחון, לבין קטינים שהורשעו בביצוע עבירות פליליות 'רגילות' – לעניין שלילת קצבאות במשך תקופת המאסר – עולה כדי הפליה אסורה?

138. העותרים טענו לקיומה של הפליה אסורה, בשל העובדה שההבחנה אינה רלבנטית לתכליתן הסוציאלית של הקצבאות. לעומתם טענו המשיבים, כי אין כאן הפליה אסורה, שכן ההבחנה מבוססת על שונות רלבנטית בין הקבוצות. אלו ואלו, כמדומני, אינם מדייקים בטענתם. כפי שפורט לעיל בהרחבה, רלבנטיות ההבחנה איננה אמת מידה מועילה לבחינת קיומה של פגיעה בשוויון החוקתי; הנדון דידן ממחיש זאת היטב.

139. אפתח בעמדת המשיבים. כזכור, הכנסת והממשלה הציגו עמדה שונה באשר להגיונה של ההבחנה שבחוק. לפי עמדת הכנסת, ההבחנה בין עבריינים 'רגילים' לעבריינים ביטחוניים מתיישבת עם המגמה הכללית של דיני הביטוח הלאומי, המבוססים על תפיסה של סולידריות חברתית; לשיטתה, המדינה רשאית לשלול קצבאות ביטוח לאומי ממי שפגע בסולידריות זו, והוציא עצמו מן הכלל. לעומת זאת, הממשלה טענה לפנינו, כי תכליתה של ההבחנה שבחוק היא הרתעתית, היינו – תמרוץ הורי הילדים להפעיל כלפיהם את סמכותם ההורית, ולמנוע בעדם מלבצע את העבירות (במאמר מוסגר אציין, כי במסגרת תשובתה לצו על-תנאי שינתה קמעא הכנסת את טעמה, ועמדה גם היא על ההיבט ההרתעתי של החוק).

140. אני נכון להניח, כי שתי התכליות הללו עומדות בבסיס ההבחנה שנקבעה בחוק. אציין עם זאת, כי מהליך החקיקה עולה שהתכלית אותה מציגה הכנסת היא זו שעמדה במוקד הדיון. כאשר הביאה שרת המשפטים את החוק לקריאה ראשונה בכנסת, אמרה כך: "אנו נקטע את האבסורד שלפיו ההורים ממשיכים להנות מהטבות כלכליות לטובת ילדם המורשע [...] אנו נשים סוף לנוסחה המעוותת והכל-כך לא יהודית הזו של 'הרצחת וגם ירשת' (פרוטוקול ישיבת מליאת הכנסת מיום 12.10.2015, בעמ' 148). גם בדיון בוועדת החוקה ציינה היועצת המשפטית של הוועדה, כי "ההנמקה היא הפגיעה באמנה החברתית" (פרוטוקול ועדת החוקה, בעמ' 15). בדיון בכנסת עובר לקריאה שנייה ושלישית נאמר על-ידי יו"ר הוועדה, כי "לא יכול להיות שאתה נותן סטירה למדינה והמדינה עוד נותנת לך תשלום" (פרוטוקול ישיבת מליאת הכנסת מיום 2.11.2015, בעמ' 108). לצד אמירות אלו, הוזכר במהלך הליך החקיקה ההיבט ההרתעתי הנלווה לשלילת הקצבה; הדבר עולה גם מכריכת שני תיקוני החקיקה – קביעת עונש מינימום לעבירת ידוי אבנים, ושלילת קצבאות בגינה (ראו דברי יו"ר הוועדה, שם בעמ' 107; כמו כן ראו דברי נציג משרד המשפטים בפרוטוקול ועדת החוקה, בעמ' 17).

141. כך או אחרת, בדברם על תכליות אלו – חוסר סולידריות והרתעה – טענו המשיבים כי הן מצדיקות הבחנה בין אסירים-קטינים 'רגילים', לבין אסירים-קטינים שעליהם הוחל החוק. נטען כי יש הצדקה רבה יותר בהבעת מסר של חוסר סולידריות כלפי עבריינות ביטחון, אשר נועדה לפגוע באושיות החברה, לזרוע טרור ובהלה בקרב הציבור, ואשר אינה מכוונת רק נגד הקורבן הספציפי. נטען כי יש הצדקה רבה יותר לתמרץ הפעלת סמכות הורית בקשר לעבירות אלו, באשר האווירה החברתית מעודדת את הקטינים להיכנס למעגל העבריינות הביטחוני, ונדרשת העמדת תמריצים שכנגד, באמצעות ההורים. טענות אלו נטענו על-ידי המשיבים על מנת לשכנע שמדובר בהבחנה רלבנטית, ולפיכך היא אינה פוגעת בזכות החוקתית לשוויון כל עיקר.

142. הקושי בטענות המשיבים, נעוץ בכך שהן מבוססות על עולם המושגים של השוויון המינהלי. הטענה לקיומה או לאי-קיומה של שונות רלבנטית, אינה מסייעת בבחינת השאלה אם התיקון לחוק דנן פוגע בשוויון החוקתי. אנסה לחדד את הקושי הטמון בטענות המשיבים: לשיטתם, החוק אינו פוגע בזכות החוקתית לשוויון, שכן השונות בין קטינים שביצעו עבירות ביטחון לבין קטינים שביצעו עבירות פליליות 'רגילות' היא רלבנטית. עוד טוענים המשיבים, כי אף אם קיימת פגיעה בזכות החוקתית לשוויון, הרי שזו פגיעה מידתית. רוצה לומר, המשיבים מוכנים להניח כי ההבחנה שבחוק אינה רלבנטית (ומכאן הפגיעה), ואף על-פי כן מידתית. מעתה יש לשאול: האם ניתן לומר כי החוק מבחין הבחנה שאינה רלבנטית ואינה עניינית, אך עומד בתנאי המידתיות? דומני כי התשובה לכך ברורה. אמנם כן, בחינת קיומה של 'שונות רלבנטית' עשויה להועיל גם במישור החוקתי, אך זאת רק בשלב השני של הבחינה החוקתית, שלב הצידוק, ככל שייקבע כי נפגעה הזכות החוקתית לשוויון.

הפועל היוצא מן הדברים הוא, כי הטענה הנכונה שעלינו לבחון היא טענת העותרים שתידון להלן, ולפיה החוק מבוסס על תבחין קבוצתי פסול, ומפלה – במבחן התוצאה – בין יהודים לערבים.

143. באותה מידה יש לדחות את טענת העותרים, ולפיה ההבחנה שבחוק פוגעת בזכות החוקתית לשוויון, מאחר שהיא אינה רלבנטית לתכליתן הסוציאלית של הקצבאות הנשללות. דיני הביטחון הסוציאלי הנהוגים בישראל מעוגנים בעיקרם בחוק הביטוח הלאומי. תכליתו המרכזית של החוק היא לדאוג לבני החברה שנקלעו למצב שבו הם זקוקים לעזרה כלכלית. הוא מבטא אפוא סולידריות בין כל בני החברה, כאשר הם ערבים זה לזה: "יעודו של הביטוח הסוציאלי לפתור בעיות סוציאליות ולהושיט עזרה לאלה הזקוקים לה. הוא מושתת על עיקרון של סולידריות חברתית ומטרתו להעניק ביטחון כלכלי לכל" (רע"א 7678/98 קצין התגמולים נ' דוקטורי, פ"ד ס(1) 489, 525 (2005)). באופן קונקרטי, תכליתן של קצבאות הילדים, היא "לסייע למשפחות בעלות ילדים לשאת בעלויות ההולכות וגדלות בשל גידול הילדים". קצבאות אלו מסייעות "למשפחות שלא לרדת מתחת לקו העוני בשל ההוצאות המתווספות בעקבות הולדת ילדיהם, ומבטיחות את המשפחה מפני החשיפה לסיכון החברתי של ירידה ברמת החיים שנוצרה כתוצאה מהרחבת המשפחה" (עניין החיסונים, בעמ' 474). זוהי התכלית המרכזית.

144. לצד התכלית המרכזית, ישנה תכליתו הספציפית של סעיף 325 לחוק הביטוח הלאומי, שבמסגרתו נעשה התיקון דנן – מניעת כפל מימון של מי שזכאי לגמלה סוציאלית, בעוד כלכלתו מוטלת על המדינה. תכלית זו נזכרה במפורש בדברי ההסבר להצעת החוק דנן, עובר לקריאה הראשונה: "על רקע תופעת ידוי האבנים בידי ילדים

קטינים ומשום שצורכי הקיום של ילד הנמצא במאסר מסופקים בבית הסוהר, מוצע להרחיב את סעיף 325³²⁵. בהמשך הליך החקיקה הובהר – תוך שינוי מסוים מדברי ההסבר הנ"ל – כי תכלית התיקון דנן אינה מניעת כפל מימון, אלא התכלית שעליה עמדה הכנסת לפנינו: "בדברי ההסבר מדובר על המדינה שדואגת לאדם בזמן מאסרו, אבל זה באמת נימוק מאוד כללי, והוא פוגע ברציונליות של התיקון, בקשר הרציונלי שבין הפתרון להצגת הבעיה [...] ההנמקה היא בפגיעה באמנה החברתית, והמידתיות באה לידי ביטוי בזה שזה רק בתקופת המאסר [...] אתה צריך לפחות לנמק את זה בדרך הנכונה, כי ההנמקה שאני דואגת לו במאסר היא באמת לא רלוונטית רק לעבירות ביטחון" (דברי היועצת המשפטית לוועדה, פרוטוקול ועדת החוקה, בעמ' 15-16). הממשלה מצדה טענה, כאמור, כי תכלית החוק היא הרתעתית.

145. הנה כי כן, לצד התכלית המרכזית של חוק הביטוח הלאומי, והתכלית הספציפית של סעיף 325 לחוק, ביקש המחוקק לקדם תכליות-משנה נוספות, אלו הן התכליות שעליהן עמדו המשיבים לפנינו. אין זה דבר חריג בשיטתנו המשפטית. עמדה על כך חברתי השופטת (כתוארה אז) א' חיות בעניין החיסונים:

"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 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' [...] תכליתו של חוק הביטוח הלאומי היא 'להבטיח אמצעי קיום מתאימים למבוטחים, לתלויים בהם ולשאידיהם, כל אימת שהכנסותיהם פוחות או נעלמות מאחת הסיבות שהחוק דן בהן' [...] 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 בהיריון בגילאים 35-37 (סעיף 63 לחוק הביטוח הלאומי); ועידוד השתלבותם של נכים בשוק העבודה (סעיף 222 לחוק הביטוח הלאומי [...])" (עמ' 537-538).

146. כזהו מצב הדברים בענייננו. ההבחנה שעשה המחוקק בין סוגי עבריינות – עבריינות 'רגילה' ועבריינות ביטחונית – לעניין שלילת קצבאות סוציאליות, נועדה לקדם אינטרסים ציבוריים ראשונים במעלה – מאבק בעבירות טרור, והוקעת מבצעהן מקרב בני החברה. הבחנה זו, כשלעצמה, אינה פוגעת בזכות החוקתית לשוויון; היא מגדירה מחדש את גבולותיהן של קבוצות השוויון. "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" (שם, בעמ' 536). אכן, ניתן לסבור שגם עבריינות מסוג אחר – עבירות מין, סחר בסמים, אלימות, וכיוצא באלו מרעין בישין – מצדיקה הגבלה של הסולידריות החברתית, או שראוי לתמרץ הורים לשמור על ילדיהם גם מפני הידרדרות אליה. אילו באנו בתחומי של השוויון המינהלי, ניתן היה להתלבט בדבר, להסתפק אם ההבחנה שעשתה הרשות בין סוגים שונים של עבריינות, מתיישבת עם תכליתן הסוציאלית של הקצבאות. דא עקא, מצויים אנו בגדרה של חקיקת הכנסת, שלה נתונה הסמכות לקבוע מדיניות משפטית-ערכית ביחס לעבריינות מדפוסים שונים. אין זה מתפקידו של בית המשפט להעביר מדיניות זו זה תחת שבט הביקורת החוקתית, כל עוד היא אינה פוגעת בזכות חוקתית.

147. הנה כי כן, שאלת רלבנטיות ההבחנה אינה יכולה לסייע בידנו לקבוע, האם פוגע התיקון דנן בזכות החוקתית לשוויון. השאלה שעלינו לשאול אפוא היא זו: האם, כטענת העותרים, ההבחנה בין אסירים-קטינים שביצעו עבירות ביטחון, לבין אסירים-קטינים 'רגילים', מצביעה למעשה על הפליה מחמת לאום, קרי – הפליה בין יהודים לערבים?

148. במישור העקרוני והמוצהר, של מהות ההבחנה שנקבעה בחוק, אין לקבל טענה זו. החוק עצמו אינו מבחין בין אסירים יהודים לאסירים שאינם יהודים. ההבחנה שבין עבירות ביטחון לעבירות 'רגילות', עשויה ליצור הבחנה בין בני אותו לאום שביצעו עבירות שונות. כך, היהודי שזרק אבנים על רקע לאומני, לא יקבלו הוריו קצבת ילדים עבורו, ואילו היהודי שסחר בסמים – כן; הערבי שזרק אבנים על רקע לאומני, לא יקבלו הוריו קצבת ילדים עבורו, ואילו הערבי שסחר בסמים – כן. אין כאן הבחנה בין עבריינות לאומנית מצד אחד של המפה הפוליטית לעבריינות לאומנית מצדה השני, אלא הבחנה בין עבריינות לאומנית לבין עבריינות שאינה לאומנית (ובכך שונה העניין שלפנינו מן הדיון בעניין ניר; ראו שם, בחוות דעת המיעוט של השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן).

149. אכן, כפי שציננה הכנסת בתשובתה, ההבחנה בחוק נעוצה במעשה ולא בעושה. הבחנה זו אינה בגדר חידוש של התיקון לחוק דנן; הגיונה בצדה, והיא מקובלת ומוכרת

במשפט הישראלי, כמו גם בשיטות משפט רבות נוספות. למעשה, חוק המאבק בטרור, שנחקק לפני שנים ספורות, מיוסד כולו על הרציונל שבבסיס הבחנה זו. לא זו אף זו: ההבחנה בין עבריינות ביטחונית לבין עבריינות 'רגילה', מעוגנת גם בחוק הביטוח הלאומי. כך, הוראת סעיף 326 לחוק קובעת, כי תישללנה קצבאות סוציאליות ממי שנגזר עליו עונש של 10 שנות מאסר או יותר, בשל ביצוע עבירות מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור. הגיונה של הוראה זו, זהה להגיונו של התיקון דנן: "חוק הביטוח הלאומי מבוסס על תפיסה חברתית של ערבות הדדית בין אזרחי ישראל ותושבי מדינת ישראל. התיקון המוצע מבטא את הרצון להגביל את הסולידריות החברתית הזאת כלפי מי שהורשעו בביצוע פשעים מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור ואשר ביקשו לפגוע בתושבי מדינת ישראל ובקיומה של מדינת ישראל" (מתוך דברי ההסבר להצעת חוק הביטוח הלאומי (תיקון מס' 138) (הפחתת גמלאות עקב פשע שבוצע מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור), התשע"ב-2012; ה"ח 445, 116). על רקע הדברים הללו אעיר, כי ניתן לתהות על מיקומו של התיקון דנן, ש'הולבש' על סעיף 325 לחוק. בהחלט יתכן כי נכון היה לעשותו מלכתחילה במסגרת סעיף 326 או במסגרת סעיף עצמאי. למעשה, כך הוצע במסגרת הצעות חוק דומות שהוגשו בנושא (ראו הצעת חוק הביטוח הלאומי (תיקון – הפחתת קצבת הילדים המשתלמת בעד ילד שהורשע בעבירה שבוצעה מתוך מניע לאומני), התשע"ה-2015). מכל מקום, אין המיקום משנה את המהות, היינו, את העובדה שההבחנה בחוק אינה בגדר הפליה אסורה.

150. אולם בכך לא די. כבר הזכרנו כי הלכה ותיקה עמנו, שלפיה גם תוצאה מפלה עלולה לפגוע במובנו החוקתי של עיקרון השוויון: "המחוקק אינו נוהג להכריז כי חוק הוא מפלה. יש להבחין בין שני מצבים. הראשון, בו החוק מפלה על פי תוכנו, באופן ישיר או על דרך השלילה – הפליה מפורשת. השני, החוק מביא לתוצאה מפלה – הפליה תוצאתית. במצב זה, החוק על פי לשונו אינו מפלה, תוכנו אינו מוביל באופן אוטומטי לתוצאה מפלה, אך מבחינה מעשית נוצרת אפליה ברורה בין קבוצות שונות באוכלוסייה. ההפליה נגרמת מנתון שאינו מצוי בחוק אלא בעולם שמחוצה לו. ההבדל בין שני המצבים הוא שבאחרון, כדי לדעת שמדובר בהפליה, לא די בקריאת החוק ובבחינת תוכנו, אלא יש צורך בהכרת המציאות" (עניין גלאון, עמ' 252; ראו גם בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 19, 1 (2006): "השאלה אינה אם קיימת כוונה להפלות קבוצה זו או אחרת. השאלה הינה מהי התוצאה הסופית הנוצרת במציאות החברתית"; עניין עדאלה, בעמ' 307).

151. האם 'הכרת המציאות' מלמדת, כי החוק שלפנינו יוצר הפליה – במבחן התוצאה – בין יהודים לערבים? מן הנתונים שהגישה הממשלה בקשר להרשעות בעבירות הביטחוניות שבהן מדבר החוק, עולה כי הן אינן נחלתם של עבריינים מן המגזר הערבי בלבד; גם קטינים יהודים מורשעים בגין עבירות אלו – ובהיקף לא מבוטל. על-פי

הנתונים שהציגה הממשלה בתשובתה נמצא, כי בשנים 2014-2016 למעלה מ-20% מן הקטינים המורשעים בעבירת ידוי אבנים היו יהודים, ובקשר לעבירות ביטחון אחרות – למעלה מ-40%. נתונים עדכניים יותר שהציגה הממשלה, בעקבות בקשת העותרים לפרטים נוספים, מלמדים כי אחוז הקטינים היהודים שהורשעו בעבירות ביטחון מאז מועד כניסת החוק לתוקף (12.10.2015) עומד על למעלה מ-20%. לא ברורה הסיבה לפער בין הנתונים הראשונים לנתונים האחרונים. על כל פנים, אין בכך כדי לשנות מן המסקנה, ולפיה עבירות הביטחון בהן מדובר החוק אינן נחלתם של קטינים ערבים בלבד.

152. בעיקרי הטענות מטעמם ציינו העותרים, כי בכל המקרים שבהם הוחל החוק עד כה, נעשה הדבר כלפי קטינים ערבים. הדבר מלמד, לשיטתם, על ההפליה בהפעלת החוק הלכה למעשה. אין בידי לקבל טענה זו. בהתחשב במיעוט המצבים שלגביהם הוחל החוק – שבעה במספר, נכון לחודש ספטמבר 2017 – לא ניתן לומר כי הניסיון המצטבר מבסס את הטענה בדבר אפליה תוצאתית על רקע לאום. יתרה מזאת, דומני כי מקומה של טענה זו להתברר במישור המינהלי. ישום מפלה של החוק, ככל שישנו (וכאמור, לא הצטברו בעניין זה נתונים משכנעים), אינו משליך על עצם חוקתיותו.

153. הנה כי כן, במישור העיוני ובמישור התוצאתי, להלכה ולמעשה – אין יסוד לטענת העותרים כי החוק מפלה בין יהודים לערבים. באין אפליה בין יהודים לערבים, אין פגיעה בזכות החוקתית לשוויון; באין פגיעה בזכות החוקתית לשוויון, אין צורך לעבור לשלב השני של הבחינה החוקתית, שלב הצידוק, ולבחון אם מתקיימים תנאים של פסקת ההגבלה.

פגיעה מכוח חוק – דרישת ההסמכה

154. יחד עם זאת, בשולי הדברים, מצאתי לנכון להתייחס לסוגיית ההסמכה שבחוק. טענת העותרים בהקשר זה (שנטענה לראשונה עובר לדיון השני בעתירה, רק לאחר שהוצא צו על-תנאי) היא זו: החוק קובע כי תישללנה קצבאות מהוריו של קטין, שביצע עבירות מסוימות "מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור". דא עקא, ביחס לעבירות מסוימות שאליהן מפנה החוק, רכיב נסיבתי זה אינו מהווה חלק מיסודות העבירה, ולפיכך לא בהכרח יופיע בפסק הדין הפלילי. משמעות הדברים היא, כי פקיד הביטוח הלאומי השולל את הגמלאות מכוח החוק, הוא זה שיקבע, בהתאם לשיקול דעתו הבלעדי, אם התקיים הרכיב הנסיבתי של 'מניע לאומני' או 'זיקה לפעילות טרור'. לפי ההלכה הפסוקה, כך לטענת העותרים, מצב דברים זה אינו עומד בדרישת ההסמכה בחוק. מנגד טענה הממשלה, כי "לשון החוק מאפשרת את הפעלת שיקול הדעת ביישומו של החוק

על בסיס ראיות מנהליות, אף מקום שבו קיומם של מניע לאומני או זיקה לפעילות טרור לא נקבע מפורשות בפסק הדין הפלילי” (ההדגשה במקור – נ’ ס’).

155. בהודעת עדכון מיום 22.11.2018, שהוגשה לאחר ובעקבות הדיון השלישי בעתירה, מסרה הממשלה כי לאחר דיון נרחב בסוגיה הוחלט – על דעת שרת המשפטים, ועל דעת שר העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים – לקדם תיקון חקיקה במישור הסמכות. במסגרת תיקון זה יקבע, כי שלילת קצבאות לפי סעיף 325 לחוק, תעשה רק אם הורשע קטין בביצוע עבירה שהיא ‘מעשה טרור’ לפי סעיף 37 לחוק המאבק בטרור. תיקון זה, כך נטען, צפוי לקדם ישום פשוט ואחיד של סעיף 325 לחוק: ראשית, סעיף 1 לחוק המאבק בטרור מגדיר באופן מפורט מהו ‘מעשה טרור’; שנית, סעיף 37(ד) לחוק המאבק בטרור קובע, כי מקום שבו “קבע בית המשפט כי אדם ביצע עבירה שהיא מעשה טרור או הרשיע אדם בעבירה כאמור, יציין זאת בפסק דינו”. מכאן שקיים מנגנון ברור, המסמך את בית המשפט בהליך הפלילי – הן בפן הפרוצדורלי, הן בפן המהותי – לבחון ולקבוע אם התקיים רכיב נסיבתי של ‘מניע לאומני’ או ‘זיקה לטרור’. תיקון זה, כך נטען, רצוי גם משיקולים של הרמוניה חקיקתית. התיקון לחוק נחקק כשבעה חודשים לפני חוק המאבק בטרור, וניתן להניח “כי לו היה מובא התיקון המוצע לדיון בכנסת, לאחר חקיקת חוק המאבק בטרור, כי אז היה מותאם הנוסח הקבוע בו, לסעיף 37 לחוק המאבק בטרור” (סעיף 6 להודעת העדכון). לצד זאת הדגישה הממשלה, כי עודנה סבורה שבמישור העקרוני לשון החוק מאפשרת הפעלת שיקול דעת ביישומו על בסיס ראיות מנהליות, גם כאשר לא נקבע דבר בהקשר זה בהליך הפלילי (בדומה להפעלת שיקול דעת על-ידי פקידי הרשות המינהלית במצבים אחרים).

156. כאמור, מסקנתי היא כי החוק אינו פוגע בזכות החוקתית לשוויון. ממילא נשמטה הקרקע מתחת טענת העותרים במישור הסמכות. אף על-פי כן, טוב ויפה תעשה הממשלה אם תקדם תיקון חקיקה, כמוצע על-ידה. ישום החוק במתכונתו הנוכחית עלול לעורר קשיים; תיקון החוק יתן מענה לקשיים אלו, מבלי לגרוע בכהוא זה מתכליתו, ומן האמצעים שנקט המחוקק להגשמתה. בנסיבות העניין, כדאי לתקן את החוק, להקל על ישומו, ולהסיר ספקות וקשיים מיותרים. הממשלה אינה חייבת לעשות כן, אך לטעמי ראוי כי תעשה כן.

סוף דבר

157. הגענו אל סופו של המסע החוקתי. מהלך הדברים הובילני לכלל מסקנה כי אין הצדקה להורות על בטלותה של הוראת סעיף 325(ב) לחוק הביטוח הלאומי. אין בה אפליה בין יהודים לערבים. ההבחנה שערך המחוקק בין עבריינות ביטחונית לבין

עבריינות פלילית 'רגילה', היא הבחנה מותרת. ההבחנה איננה פוגעת בזכות החוקתית לשוויון – לא במישור העיוני, גם לא במישור התוצאתי.

הקשיים שעוררו העותרים במישור ההסמכה, אינם רלבנטיים מקום שבו אין פגיעה בזכות החוקתית. אף על-פי כן, ראוי לממשלה לפעול לתיקון החוק, כפי הצעתה בהודעת העדכון שהגישה ביום 22.11.2018.

לו תישמע דעתי, נדחה את העתירה.

בנסיבות העניין אציע, כי לא נעשה צו להוצאות.

אחר הדברים האלה

158. עיינתי בחוות דעתה של חברתי, השופטת ד' ברק ארז. יש בינינו מחלוקת ישומית באשר לעתירה שלפנינו, אולם – ובכך עיקר – דומני כי אין בינינו מחלוקת באשר לעיקרי התיאוריה של הזכות החוקתית לשוויון; במה דברים אמורים?

אין מחלוקת על כך שהשוויון החוקתי מצומצם מן השוויון המינהלי; אין מחלוקת על כך שהשוויון החוקתי מתוחם רק למצבים שבהם ההפליה קשורה בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם; אין מחלוקת על כך שהכלל הנקוט בפסיקתנו מימים ימימה הוא 'מודל הביניים', אלא "שהקונקרטיזציה של המודל – להבדיל מההכרה בו – טרם חודדה עד תום" (פסקה 24 לחוות דעתה של חברתי); אין מחלוקת על כך, ש"דברי חקיקה כוללים לא אחת הבחנות שיש מחלוקות ביחס לרציונל שביסודן, ואין די בקיומה של מחלוקת, או אף בטענה שההבחנה אינה רלוונטית, כדי להצדיק דיון בהן מן הפרספקטיבה של השוויון החוקתי" (פסקה 33 לחוות דעתה); אין מחלוקת על כך ששאלת הפגיעה בזכות החוקתית לשוויון צריכה להיבחן לאור השאלה, האם ההפליה משדרת מסר פוגעני, מתייג, שלפיו "פרטים מסוימים אינם ראויים להיות חברים מלאים בחברה בשל השתייכותם לקבוצה מסוימת" (פסקה 28 לחוות דעתה); אין מחלוקת על כך שבליבת המצבים שבהם נפגעת הזכות החוקתית לשוויון, נמצאים אותם מצבים 'חשודים' המנויים בחוקות, במסמכים בינלאומיים ובדברי חקיקה ישראליים, אך גם אין מחלוקת על כך שהמצבים ה'חשודים' אינם סוף פסוק, ואין לראות בהם 'רשימה סגורה'. בדומה לחברתי, גם אני סבור כי הזכות החוקתית לשוויון עשויה לפרוש את כנפיה על קשת רחבה יותר של מצבים והבחנות (ראו פסקה 130 לעיל).

159. אם יש מחלוקת עקרונית בין חברתי לביני, הריהי לכאורה בשאלה מה יהיו אותם מצבים והבחנות שמעבר לסיווגים ה'חשודים' הקלאסיים, וכיצד נדע כי לפנינו הבחנה הנושאת עמה "אפקט של תיוג והכפפה חברתית" (פסקה 25 לחוות דעתה של חברתי). אני

סבור, כי המקרים החורגים מהמצבים ה'חשודים' דורשים פיתוח שיפוטי ממקרה למקרה; הקביעה לפיה הבחנה פלונית משדרת מסר פוגעני או מתייג העולה כדי פגיעה בכבוד האדם, תלויה בהתפתחויות חברתיות, כמו גם בהקשר המסוים ובנסיבות המסוימות של דבר החקיקה הנדון. חברתי לעומת זאת, מבקשת לנסח מבחן עקרוני ללכידת המקרים הללו. לשיטתה, "כל אימת שהמחוקק עושה שימוש בקריטריון מתייג, יש להתייחס לחקיקה הנוגעת בדבר ככזו שפוגעת בשוויון" (פסקה 30 לחוות דעתה). 'קריטריון מתייג', הוא כזה המבוסס על "סטיגמות חברתיות שקיומן (למדינה הצער) ברור" (פסקה 28 לחוות דעתה), ויכול להיות קשור למאפיינים מגוונים. אני שותף לעמדתה של חברתי, כי שימוש ב'קריטריון מתייג' באופן השולח מסר פוגעני כלפי חברי הקבוצה עולה כדי פגיעה בשוויון החוקתי, אולם ספק בעיני אם ניתן לנסח מבחן עקרוני בהקשר זה.

160. להמחשת הקושי הטמון במבחן של 'קריטריון מתייג', ניטול דוגמה מפסק הדין בבג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (2.9.2010). באותו עניין נקבע, כי ההבחנה בין בעלי הכנסה בינונית לבעלי הכנסה גבוהה אינה פוגעת בזכות החוקתית לשוויון, מאחר וזו הבחנה רלבנטית לגבי קביעת דמי הביטוח הלאומי: "האבחנה בין שתי הקבוצות מבוססת על רמת ההכנסה השונה של המבוטחים, בהתאם למצבם הסוציו-אקונומי, ויכולתם האובייקטיבית לתרום את חלקם למאגר הכספי של הביטוח הסוציאלי לכלל תושבי המדינה" (שם, פסקה 84). לעומת זאת, אשר להבחנה בין בעלי הכנסה גבוהה לבעלי הכנסה גבוהה ביותר נקבע, כי היא פוגעת בזכות החוקתית לשוויון, שכן "טענת הפליה מן הסוג האמור קשורה קשר הדוק בכבוד האדם" (עניין לה"ב, פסקה 92).

מעתה יש לשאול, ממה נפשך: אם רמת הכנסה היא 'קריטריון מתייג', כי אז יש לקבוע כי גם הבחנה בין בעלי הכנסה בינונית לבעלי הכנסה גבוהה, קשורה קשר הדוק בכבוד האדם, ולפיכך ראוי להיבחן במשקפי פסקת ההגבלה; ואם רמת הכנסה איננה בגדר 'קריטריון מתייג', או אז על מה מבוססת הקביעה כי ההבחנה בין בעלי הכנסה גבוהה לבעלי הכנסה גבוהה ביותר, קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם? ודוק: גם לשיטתייתכן כי הבחנה על בסיס רמת הכנסה תשדר מסר פוגעני, אשר עולה כדי פגיעה בשוויון החוקתי; אלא שהדבר תלוי בהקשר ובנסיבות. כך למשל, עשוי להיות מקום שבו מבחן המחוקק בין בעלי הכנסה גבוהה לבעלי הכנסה נמוכה, באופן שעלול בנסיבות העניין לשדר מסר פוגעני כלפי בעלי ההכנסה הנמוכה. מכל מקום, גבי דידי, לא ניתן לקבוע, א-פריורית, באופן קטגורי, כי הבחנה על בסיס רמת הכנסה היא 'קריטריון מתייג', כזה שהשימוש בו לעולם קשור בקשר הדוק לכבוד האדם, ואשר פוגע בזכות החוקתית לשוויון. לדעתי, הבחנה רציונלית ומנומקת שערך המחוקק, בין אדם המשתכר 70,000 ₪ בחודש לבין אדם המשתכר 90,000 ₪ בחודש, לגבי חישוב דמי הביטוח הלאומי (כפי

שהיה בעניין לה"ב), איננה הבחנה הפוגעת בכבוד האדם של מאן דהוא. כל קביעה אחרת, יש בה לטעמי משום זילות של כבוד האדם בפרט, ושל השיח החוקתי בכלל. רמת הכנסה היא כאמור דוגמה בלבד. ניתן להעלות על הדעת תבחינים נוספים, ניטרליים כשלעצמם, אשר בנסיבות מסוימות עלולים לשדר מסר פוגעני שיש בו משום תיוג קבוצתי, ובנסיבות אחרות לא.

161. חריג נוסף שאליה התייחסה חברתי בחוות דעתה, ואני לא דנתי בו בחוות דעתי, הוא מצב של חקיקה שרירותית (דוגמת הטלת מסים בשיעור גבוה יותר על אנשים ששם משפחתם מתחיל באות אל"ף). אכן, לא התייחסתי למצב דברים זה, מכיוון שמצב כזה אינו מונח לפתחנו. משעוררה זאת חברתי, אתייחס בקצרה.

יש להודות, מצבים שבהם החקיקה היא שרירותית במובהק – במובן זה שהרציונל של החקיקה כפי שהוא מוצג על-ידי המחוקק עצמו הוא שרירותיות – עשויה גם היא ליפול בגדרי פגיעה בכבוד האדם. כאשר המחוקק מבקש להשיג מטרה ציבורית מסוימת (העשרת הקופה הציבורית למשל) באמצעות הטלת חובה או שלילת זכות של קבוצה אקראית, באופן שרירותי, יש בכך לכאורה משום פגיעה בכבוד האדם – תפיסת האדם כאמצעי לשם השגת מטרה, תוך התעלמות מוחלטת ומופגנת מזוהתו ומאפייניו. אך גם חברתי מודה, שמצבים אלו יהיו תחומים ומצומצמים. לגיטימי, בעיקרו של דבר, מדובר במצבים שבהם תכלית ההבחנה המוצהרת שבחוק היא שרירותיות ואקראיות, או שבפי המחוקק עצמו אין הסבר לשרירותיות החוק (וכך היה בפרשת נטר שאליה מפנה חברתי, לבד מן הפגיעה שהתבססה על הבחנה תוצאתית 'חשודה'). נוכל להותיר את ההכרעה בשאלה זו לעת מצוא.

162. ואידך – היישום הקונקרטי בנדון דידן – פירושא הוא; ובנקודה זו נחלקנו חברתי ואני, הלכה למעשה. היא סבורה כי ההבחנה שעורך החוק יסודה קודם כל בהבחנה בין קטינים שהורשעו בפלילים, לבין קטינים שלא הורשעו בפלילים. מאחר שהורשעה בפלילים היא לשיטת חברתי 'קריטריון מתייג', אזי נפגעת לכאורה הזכות החוקתית לשוויון. אני סבור כי זוהי קריאה מוקשית של התיקון לחוק, אשר מבחין באופן פשוט וברור בין קטינים שהורשעו בעבירות ביטחוניות לבין קטינים שהורשעו בעבירות פליליות 'רגילות' (הבחנה שלשיטתי אין בה בנסיבות העניין מסר פוגעני העולה כדי פגיעה בכבוד האדם). יתרה מזאת, התיקון לחוק חל אך ורק על קטינים שהורשעו בעבירות ביטחון, ואינו רלבנטי ביחס לרוב רובם של הקטינים שהורשעו בעבירות פליליות. זכותם החוקתית לשוויון של אלו אינה נפגעת כלל ועיקר. אם כן, מה הבסיס לטענה לפיה "התיוג מתבטא בהתייחסות למבצעי העבירות ולמשפחותיהם כאל קבוצה 'אחרת', מוכתמת ושלילית" (פסקה 41 לחוות דעתה של חברתי)? וכיצד ניתן לקבוע אפוא

כי "ביסודה של שלילת הזכאות נמצא קודם כל הקריטריון המתייג של הרשעה בפלילים" (פסקה 42 לחוות דעתה של חברתי) ? טענה מעין זו לא נטענה על-ידי העותרים.

נוכח האמור, עודני עומד על דעתי שהחוק שלפנינו – בהתאם לאמות המידה העקרוניות, המוסכמות כשלעצמן – אינו חוצה את הרף הדרוש לשם הקביעה כי נפגעה הזכות החוקתית לשוויון; דינה של העתירה אפוא – לדחיה.

ש ו פ ט

השופטת ד' ברק-ארז:

1. האם סעיף 325(ב) לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 (להלן: חוק הביטוח הלאומי או החוק) שעניינו שלילת קצבאות סוציאליות מהוריו של קטין שהורשע בעבירת ביטחון עומד בסטנדרטים החוקתיים של שיטתנו? זוהי השאלה שהוצבה בפנינו. חברי השופט נ' סולברג משיב על שאלה זו, בעיקרם של דברים, בחיוב, ואילו אני משיבה עליה בשלילה.

2. חשוב להקדים ולומר: ההתדיינות במקרה זה אינה עוסקת בשאלה המופשטת האם לביצוע עבירות בכלל ועבירות ביטחון בפרט יכול שיהיו לעתים תוצאות גם במישור הסוציאלי. היא מתמקדת בהוראת חוק שעושה כן במתכונת שלה מספר מאפיינים מעוררי קושי: היא מגבילה את התשלומים הסוציאליים להורים בגין הרשעה של ילדיהם הקטינים; תחולתה על עבירות אינה מבחינה ביניהן לפי דרגת החומרה שלהן מן הפרספקטיבה של דיני העונשין עצמם; היא חלה בתחום הסוציאלי אך אינה מביאה בחשבון את המצב הסוציו-אקונומי של המשפחה; היא חלה רק במקרים שבהם העבירות נעברו מתוך מניע ביטחוני או בזיקה לארגון טרור אך אינה מבהירה מהו המנגנון שבגדרו יבוררו עובדות אלה באותם מקרים שבהם החוק או פסק דינו של בית המשפט לא מתייחסים לדברים במפורש. כלל מאפיינים אלה – כל אחד מהם כשלעצמו וכולם יחד – צריכים להיות מובאים בחשבון במסגרת הדיון החוקתי בסעיף זה.

3. בתמצית, חברי סבור שסעיף 325(ב) לחוק אינו פוגע בשוויון החוקתי, וכבר מטעם זה מצדד בדחיית העתירה. בהתאם לכך, במידה רבה, פסק דינו נעצר כבר בשלב הראשון שעניינו שאלת הפגיעה בזכות, ועל כן הוא נדרש רק באופן חלקי לאמות המידה הנוספות שחקיקה צריכה לעמוד בהן כאשר מתקיימת פגיעה כאמור. כפי שאסביר, מסקנותיי שלי שונות. לשיטתי, החוק שבפנינו פוגע בשוויון, ועושה כן באופן שאינו צולח את המבחנים החוקתיים הנדרשים.

4. ראשית, אומר את מה שמנקודת מבטי הוא בבחינת מובן מאליו: ההבחנה שחברי מדגיש, בין השוויון החוקתי לשוויון המינהלי, היא נכונה. הבחנה זו נגזרת מעקרון הפרדת הרשויות, והיא מתבטאת בהלכה הפסוקה, אשר – כמפורט להלן – אימצה את "מודל הביניים" לצורך דיון בשוויון חוקתי, בשונה מפרשנויות רחבות יותר של השוויון שמוכרות ונוהגות במשפט המינהלי. אלא שכאן נפרדות הדרכים. הגם שהשוויון החוקתי הוא כאמור רחב פחות מן השוויון המינהלי, חברי ואני לא רואים באותו אופן את גבולותיו, שהם צרים יותר מנקודת מבטו של חברי. שנית, וכנגזרת של השקפתי העקרונית בשאלת השוויון, אני סבורה שתיקון החוק שבפנינו אכן כרוך בפגיעה בשוויון. שלישית, עמדתי היא שפגיעה זו אינה עומדת באמות המידה החוקתיות של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – הכול כפי שיפורט להלן.

המישור הראשון: מהו שוויון חוקתי?

5. במהלך השנים הוטען מושג השוויון במשמעויות שונות, שכל אחת מהן משקפת אחד מפניו. ההתלבטות בנושא זה מאפיינת במיוחד את המשפט הישראלי, שבו מעמדה החוקתי של הזכות לשוויון קשור בפרשנותה של הזכות ל"כבוד האדם" כקביעתה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אולם, למעשה, ההתלבטות אינה ייחודית לנו. הרבה קולמוסים נשברו על כך גם בשיטות משפט אחרות (כאופן כללי, ראו: Susanne Baer, *Equality, The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Michel Rosenfeld and Andras Sajo eds., 2012) 982; ראם שגב "שוויון ודברים אחרים" ספר מרדכי (מוטה) קרמניצר 193 (אריאל בנדור ואחרים עורכים, 2017)). בעבר אף הועלתה הטענה כי השוויון הוא "מושג ריק", שמשמעותו נגזרת מהכרעות נורמטיביות ש"מוזרקות" אל תוכו (ראו: Peter Westen, *The Empty Idea of Equality*, 95 HARV. L. REV. 537 (1982); ואף לה ניתנו תשובות שונות (ראו למשל: Kent Greenwalt, *How Empty is the Idea of Equality*, 83 COLUM. L. REV. 1167 (1983); Erwin Chemerinsky, *In Defense of Equality: A Reply to Professor Westen*, 81 MICH. L. REV. 575 (1983)).

6. מתוך המכלול, בחר חברי השופט סולברג להתמקד בשלושה מובנים עיקריים לשיטתו של השוויון – שאותם הוא מכנה "שוויון כצמצום פערים חברתיים", "שוויון כרציונליות" ו"שוויון ככבוד לפרט". בהמשך לכך, הוא התמקד בדיון בשוויון ככבוד לפרט, בהתייחסו להבחנה על-פי "סיווגים חשודים" שעניינם התייחסות לאדם בהתאם לחלוקות קבוצתיות, בעיקר כאלה שהוכרו זה מכבר כפסולות (מין, דת, גזע וכולי), הגם שציין שאינו מגביל עצמו אליהן בלבד. כפי שאבהיר, אני סבורה שעיון בפסיקתו העקבית של בית משפט זה מעלה כי מוטת הכנפיים של הזכות לשוויון (הנגזרת מן הזכות לכבוד)

נפרסת על פני תחום רחב יותר בהשוואה להגדרות שאותן מציע חברי. הכול – כמפורט להלן.

השוויון החוקתי בהלכה הפסוקה

7. כידוע, בעבר הובעו בפסיקה עמדות שונות ביחס להיקף ההכרה החוקתית בזכות לשוויון. בין השאר, פיתחה השופטת ד' דורנר את הגישה הגורסת כי אפליה על בסיס של שיוך קבוצתי מן הסוג של "סיווג חשוד" היא פגיעה בכבוד האדם מאחר שהיא כרוכה בהשפלה (ראו: בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995) (להלן: עניין מילר)). לעומת זאת, בפסקי הדין התקדימיים שניתנו בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006) (להלן: עניין חוק טל) ובבג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006) (להלן: עניין איחוד המשפחות) אומצה גישה פרשנית שבמפורש אינה מוגבלת למצבים של אפליה משפילה על רקע שיוך קבוצתי. ההגנה החוקתית על הזכות לשוויון הוגדרה בפסק דינו של הנשיא א' ברק כך:

"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 חוק טל, בעמ' 687).

באותו פסק דין הביע גם השופט א' א' לוי עמדה דומה:

"אדם, המגלה כי לבחירותיו לא ניתן משקל שווה לאלה של רעיו, הנוכח כי אין יסוד רציונלי לעובדה כי האחר, בניגוד אליו, זוכה לממש את העדפותיו, המרגיש כי אינו זוכה להכרה, ובפרט שעה שבחירותיו משרתות גם את עניינם של אחרים זולתו, והחש עצמו נפגע בגין בחירות שעשה בלא טעם ממשי לדבר, הוא, ללא ספק, אדם שכבודו נפגע. מסקנתי זו מתחזקת בהינתן הדעת לזיקה שבין אוטונומיה וחזיונות-יסוד לבין המשאבים שבכוחה של חברה להעמיד, דוגמת ביטחון, חינוך, רפואה, איכות סביבה, שוק חופשי, מפעלי תרבות וכדומה... קיומם של משאבים חברתיים מרחיב את כוח ההגשמה העצמית של היחיד. הוא יוצר תנאים המקלים על אדם לפתח את אישיותו,

ופורש אופקים חדשים לכוח הבחירה" (שם, בעמ' 781.
ההדגשות הוספו – ד' ב' א').

בכך נדחתה הגישה הרואה באפליה חוקתית כזו שכרוכה בהשפלה על רקע שיוך קבוצתי בלבד, והתקבל מה שמכונה מאז בפסיקה, בהקשר החוקתי, "מודל הביניים".

8. עמדה זו עיצבה את ההלכה הפסוקה גם במקרים מאוחרים יותר שבהם האפליה הנטענת שעמדה על הפרק לא נגעה אך לשיוך קבוצתי, כדוגמת בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (22.5.2012) (להלן: עניין נסר), שבו נדונו במיוחד מספר עתירות שהתמקדו בהיבטים שונים הנוגעים לחוקתיותן של הטבות מס הניתנות לתושבי המדינה על-פי מקום מגוריהם בהתאם לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] (להלן: פקודת מס הכנסה). באותו מקרה חוקקה הכנסת רשימה פרטנית – שלא הוגדרה על-ידי קריטריונים כלשהם – של ישובים אשר תושביהם יהיו זכאים להנחות במס הכנסה. בית משפט זה קיבל את העתירות והורה על בטלותם של החלקים הרלוונטיים בפקודת מס הכנסה. בפסק דינה קבעה הנשיאה (בדימ') ד' ביניש כך:

"לפי מודל הביניים, פגיעה בשוויון תעלה כדי פגיעה בכבוד האדם מקום בו נפגעת יכולתו של אדם לנהל את חייו; לפעול באופן אוטונומי, לשמור על שלמותו הפיסית והנפשית; לפתח את אישיותו ולזכות ביחס שאינו מפלה [...] הפגיעה בתושבי אותם יישובים אינה אך פגיעה בשוויון, אלא היא גם פגיעה בכבודם. היא פגיעה בזכותם לקדם את חייהם באורח אוטונומי; היא פגיעה בפרנסתם; היא פגיעה בשוויון הסיכויים שלהם ובעיקר, היא פגיעה בזכותם הבסיסית שלא לסבול יחס מקפח מהשלטון" (פסקה 46 לפסק דינה).

חשוב להדגיש כי חלק מן העתירות שהוגשו באותו מקרה אכן התבססו על טענה של אפליה תוצאתית על בסיס לאום, אך לא כולן. עתירות אחרות, שנגעו לזכאותם של תושבי ישובים יהודים, התבססו על האופי השרירותי של האפליה בהענקת ההטבות, מבלי שדבק בה פסול נוסף.

9. הפרשנות האמורה חזרה ואושרה בפסיקתו של בית משפט זה גם בהמשך. ניתן להביא בהקשר זה גם מדבריה של הנשיאה ביניש בבג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת (23.2.2012) (להלן: עניין ניר), שם היא ציינה כך:

"אכן, שאלת היקפה של הזכות החוקתית לשוויון מעוררת מזה שנים רבות דיונים מורכבים. מראשית היווסדו קבע בית משפט זה את הזכות לשוויון כאחת מזכויות היסוד

החשובות ביותר במשטר הדמוקרטי שישראל מתברכת בו. עד כה על-פי פסיקתנו, ההכרה בשוויון כזכות חוקתית נגזרת מכבוד האדם, בהתאם למודל שאומץ כאמור בפסק הדין בעניין בחורי הישיבות. ההגדרה שאומצה שם היא ההגדרה של מודל הביניים, והיא רחבה יותר מזו שמתייחסת לפגיעה בשוויון מטעמים של השפלה או ביזוי של קבוצה חשודה, הגם שאינה חלה על כל המצבים של פגיעה בשוויון. הגדרה זו נבחנת בהתאם לנסיבות כל מקרה ומקרה, ומאז ניתן פסק הדין יושמה במספר הזדמנויות... בנסיבות העניין שלפנינו, עוררו באות-כח הכנסת את השאלה האם הפגיעה הנגרמת בשוויון בעקבות ההסדר שבחוק עולה כדי פגיעה חוקתית בשוויון, וביקשו לקבע ולהגביל את היקף הזכות החוקתית המוגנת על רקע העניין שלפנינו. למעשה, העלו באות כוח הכנסת טענה בדבר הצורך באימוץ מודל ברור יותר של הזכות החוקתית לשוויון שגבולותיו גמישים פחות מגבולות המודל שאימץ בית המשפט עד כה. על כך ייאמר כי לא ראינו לסטות מהמודל שקבענו כבר בהקשר זה בעניין בחורי הישיבות, הוא מודל הביניים (שם, בפסקה 17 לפסק דינה. ההדגשה הוספה).

10. "מודל הביניים" אושר גם בהרכב מורחב נוסף שדן בגלגול אחר של סוגיית גיוס בחורי הישיבות (ראו: בג"ץ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (12.9.2017)). הסתייגויות מסוימות שהעלה באותה פרשה חברי השופט סולברג בכל הנוגע לדיון בשוויון החוקתי (ראו למשל: פסקאות 45-46 לפסק דינו), לא קיבלו ביטוי בדעת הרוב.

11. לא למותר לציין, כי גישת "מודל הביניים" הוחלה גם בפסקי דין שנסבו על נושאים הקרובים לעולם התוכן הסוציאלי שעומד במרכז הדיון כאן, כמו למשל במקרה שבו נדונה שאלת תוקפה של הוראת חוק שהגדילה את "תקרת" ההכנסה שעל בסיסה מחושבים דמי הביטוח הלאומי ודמי ביטוח הבריאות מציבור המבוטחים, מבלי שהדבר ילווה בשינוי בגמלאות המשולמות (ראו: בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (2.9.2010) (להלן: עניין לה"ב)). בהקשר זה הועלו טענות מסוגים שונים בדבר פגיעה בשוויון – חלקן התקבלו על-ידי בית המשפט וחלקן לא. בפרט, טענה שהועלתה בדבר אפליה בין בעלי הכנסה בינונית המשתכרים עד פי חמישה מהשכר הממוצע במשק לבין בעלי הכנסה גבוהה המשתכרים למעלה מכך, נדחתה, תוך שנקבע כי מדובר בהבחנה רלוונטית המבוססת על יכולתם האובייקטיבית של הנוגעים בדבר לתרום את חלקם לקופת הביטחון הסוציאלי המיועדת לכלל תושבי המדינה – באופן שדווקא תורם להשגת שוויון מהותי (שם, בפסקה 84). לעומת זאת, ביחס לטענת אי-השוויון בעניין היקפו של הפער שנוצר בין בעלי הכנסה גבוהה לבעלי הכנסה גבוהה ביותר בעקבות שינוי התקרה המרבית של ההכנסה החייבת,

נקבע כי פער זה אכן יוצר תחושת אפליה בקרב בני קבוצה מסוימת באופן הקשור קשר הדוק להיבטים של כבוד האדם – ועל כן עסקינן בפגיעה בשוויון החוקתי (שם, בפסקה 91). במקרה נוסף שנדון בבית משפט זה נקבע כי הבחנה בין עובדים הפורשים משירות המדינה לבין משרתי קבע המשתחררים מצה"ל מבחינת משך ההמתנה עד למימוש הזכויות לגמלה, גובלת בפגיעה בכבוד האדם ועל כן מצדיקה בירור חוקתי (ראו: בג"ץ 6784/06 שליטנר נ' הממונה על תשלום גמלאות, פ"ד סד(2) 581 (2011) (להלן: עניין שליטנר)).

12. הנה כי כן, קיימת הלכה פסוקה מבוססת הנוגעת את שאלת השוויון החוקתי על סמך "מודל הביניים", ובהקשר זה אף מייחסת משקל לשאלה האם ההבחנה הנדונה היא עניינית ורלוונטית (שאלה המקבילה לסוגית הרציונליות שבה מתמקד חברי). חברי מפנה גם כן להלכה פסוקה, אך בפועל, כך ניתן להתרשם, מדגיש בעיקר את הממד הקבוצתי של האפליה במתכונת שלהבנתי עלולה להוציא מתחומי הדיון החוקתי בשוויון מצבים שהוכרו זה מכבר כנופלים בגדרו (כדוגמת שאלת השוויון בגיוס, שנדונה בעניין חוק טל).

13. יש כמובן להודות: עמדתי בשאלת השוויון אינה נתמכת אך בטעמים פורמאליים הנוגעים למסורת של ההלכה הפסוקה כפי שאני מבינה אותה. אלה רק מוסיפים לה משנה תוקף. כפי שכבר ציינתי, חברי מזהה את הפגיעה בכבודו של הפרט בעיקר עם מצבים של הבחנות פסולות המבוססות על סיווגים חשודים "קלאסיים". הוא מוכן להכיר בקיומם של סיווגים חשודים חדשים, אך רק במתכונת נקודתית, תלויה נסיבות והקשר. הבחנה כזו הנסמכת על סיווגים "קלאסיים" אכן נמצאת בליבה של פגיעה בכבודו של הפרט, אולם כפי שאסביר, היא אינה ממצה אותה.

מקומם של סיווגים חשודים בדיני האפליה: עיון משווה

14. על מנת להניח בסיס לגישה שאציג בהמשך אני מבקשת להעמידה, בין השאר, בהקשר השוואתי. ההתלבטות בשאלת היקפו של השוויון החוקתי אינה נחלתו של המשפט הישראלי בלבד. גם שיטות אחרות הכירו בכך ש"יש הבחנות ויש הבחנות". יחד עם זאת, כפי שאראה, דומה שהדרך שמציע חברי להתמודד עם התלבטות זו מובילה, הלכה למעשה, לגישה מצמצמת גם במבט השוואתי.

15. אפתח בהשוואה למשפט החוקתי האמריקני. החוקה האמריקנית מכירה במפורש בזכות ל"הגנה שווה של החוק" (equal protection of the laws), אך יישומו של עיקרון זה משתנה בהתאם לסוגי ההבחנות הנדונות, ומשפיע על היקף הביקורת השיפוטית ביחס

אליהן. כך, טענה לפגיעה בשוויון המבוססת על הבחנות "חשודות" תיבחן באופן מחמיר, ובהתאם תהא נתונה להתערבות רבה יותר של בית המשפט, במתכונת שמכונה Strict Scrutiny (בהקשר של אפליה מטעמי גזע) או למצער במתכונת של Intermediate Scrutiny (למשל, בהקשר של אפליה מטעמי מגדר. ראו: עניין מילר, בעמ' 136-137; William N. Eskridge, *Is Political Powerlessness a Requirement for Heightened* Andrew Koppelman, *Equal Protection Scrutiny?*, 50 WASHBURN L. J. 1 (2010) *Beyond Levels of Scrutiny: Windsor and Bare Desire to Harm*, 64 CASE W. RES. (L. REV. 1045 (2014)). בשונה מכך, בכל הנוגע לאפליה שאינה מבוססת כלל על הבחנות קבוצתיות, אך בכל זאת פוגעת בזכות כלשהי (למשל, זכות כלכלית), מסתפק בית המשפט האמריקני במבחן מצמצם יותר (Rational Basis או Minimal Scrutiny). החשוב לענייננו הוא כי במשפט החוקתי של ארצות הברית גם מצבים של אפליה שמקורה בהבחנות בלתי רציונליות כשלעצמן, שאינן מבוססות בהכרח על הבחנות חשודות או קבוצתיות, יהיו נתונים לביקורת חוקתית – גם אם "עדינה" יותר. הם אינם מוצאים לחלוטין מכלל תחולתה של הדוקטרינה החוקתית.

16. דוגמה מעניינת בהקשר הנוכחי ניתן למצוא בפסק דין שעסק בחקיקה שקבעה סייגים לזכאות סוציאלית לסיוע במזון. בעניין *Department of Agriculture v. Moreno*, 413 U.S. 528 (1973) דן בית המשפט העליון הפדרלי בטענות כנגד חוקתיותו של חוק סוציאלי שקבע כי "תלושי מזון" יוענקו רק למשקי בית שבהם לכל בני הבית קרבה משפחתית זה לזה. העותרים השונים – ביניהם אשה חולה שחלקה בהוצאות משק הבית עם אם חד-הורית ושלושת ילדיה ומשפחה ש"אימצה" באופן לא רשמי נערה בת 20 המתמודדת עם קשיים רגשיים – טענו כי מדובר בהבחנה לא רציונלית לעניין הזכאות הסוציאלית לתלושי מזון. בית המשפט העליון הפדרלי קיבל את הטענה בקבעו כי בעוד שהתכלית של מניעת שימוש לרעה בתלושי המזון היא תכלית ראויה, ההבחנה בין משקי בית המורכבים מיחידים שלהם קרבה משפחתית לבין משקי בית שאינם כאלה – היא לא-רציונלית וממילא אינה מונעת בהכרח אותו שימוש לרעה בזכאות הסטטוטורית, שמפניו חשש לכאורה המחוקק.

17. גם המשפט הקנדי מבחין בין אפליה קבוצתית, מן הסוג המוכר בהיסטוריה, לבין אפליה אחרת. אולם, זאת במתכונת שמותירה "רקמה פתוחה". כך, סעיף 15 לצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחירויות קובע את העיקרון הכללי של איסור אפליה, ומוסיף כי זה יחול "במיוחד" (in particular) בכל הנוגע לאפליה על בסיס גזע, מוצא לאומי או אתני, צבע, דת, מין, גיל או מוגבלות (discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability). הגדרה זו

מכירה בתשומת הלב המיוחדת שיש לתת לסיווגים החשודים ההיסטוריים. אולם, היא מרחיבה יחסית את איסור האפליה גם לקטגוריות נוספות וחדשות יותר, כדוגמת מוגבלות פיזית או נפשית. כמו כן, הרשימה הקבועה בה אינה ממצה, אלא פתוחה להכללתן של הבחנות פסולות בעלות אופי דומה. פסק הדין התקדימי הראשון של בית המשפט העליון של קנדה בסוגיה זו, בעניין 1 [1989] *Andrews v. Law Society of British Columbia* SCR 143, אימץ כנקודת מוצא פרשנית את העיקרון של enumerated and analogous grounds approach, המתייחס לטעמים המנויים בצ'רטר או לכאלה שיש להקיש מן הטעמים שבצ'רטר ביחס אליהם. לא ניתן לסקור כאן את כלל תקדימיו של בית המשפט העליון של קנדה בסוגיית השוויון, שהיא סוגיה דינמית, אך ניתן להצביע על נכונותה של הפסיקה הקנדית לבחון האם ההבחנה שאומצה בחקיקה היא בנסיבותיה מעוררת קושי (ראו עוד: Jessica Eisen, *Grounding Equality in Social Relations: Suspect Classification, Analogous Grounds and Relational Theory*, 42(2) QUEEN'S L.J. (2017). 41).

18. המשפט החוקתי הגרמני מבטא גישה שיש לה מכנים משותפים לא מבוטלים עם שתי השיטות שכבר תוארו. ההגנה על הזכות לשוויון מעוגנת בסעיף 6 לחוק היסוד הגרמני (Grundgesetz). לצדם של סעיף 6(1) הקובע את העיקרון הכללי של שוויון בפני החוק וסעיף 6(2) שמסדיר באופן ספציפי את שוויון הזכויות על בסיס מגדרי – סעיף 6(3) לחוק היסוד אוסר על אפליה מטעמי מין, הורות, גזע, לשון, ארץ לידה או מוצא, אמונה, דת, עמדות פוליטיות או מוגבלות (No person shall be favoured or disfavoured because of sex, parentage, race, language, homeland and origin, faith, or religious or political opinions. No person shall be disfavoured because of disability). קל להיווכח כי אף כאן רשימת הסיווגים האסורים שזכו לאזכור מפורש ארוכה מזו שהוכרה במשפט האמריקני, ודומה יותר לזו שעוגנה לימים בצ'רטר הקנדי. מכל מקום, אף היא לא פורשה כ"רשימה סגורה". לצד זאת, בדומה למשפט האמריקני, ובשונה מן המשפט הקנדי, אף במשפט הגרמני אפליה חקיקתית שהיא "לא רציונלית" ואינה קשורה לסיווג חשוד כזה או אחר תהא כפופה לביקורת שיפוטית – אלא שזו נעשית לפי אמת מידה מקלה יותר, המתמקדת בשאלה האם ההבחנה אינה שרירותית (ראו עוד: Susanne Baer, *Equality: The Jurisprudence of the German Constitutional Court*, 5 COLUM. J. EUR. L. 249 (1999); Edward J. Eberle, *Equality in Germany and the United States*, 10 SAN DIEGO INT'L L.J. 63 (2008)).

19. בדומה לכך, החוקה ההודית כוללת הן הוראת שוויון כללית (בסעיף 14 לה) והן הוראות קונקרטיות המתמקדות באיסורי אפליה וכוללות הסדרים המתמקדים בקבוצות

שסבלו מאפליות היסטוריות שרלוונטיות להקשר ההודי (בסעיפים 15-18 לחוקה האמורה), בהתייחס לדת, גזע, קבוצה מעמדית, מגדר ומקום לידה (religion, race, caste, sex, place of birth or any of them), כפי שמורה סעיף 15(1). החוקה ההודית מעוררת עניין בהקשר הנוכחי, דווקא משום שהיא נכתבה ועוצבה על רקע המודעות המיוחדת לצורך במיגורן של אפליות קבוצתיות. ואולם, יש לציין כי דגש זה לא צמצם את תחולתה של הזכות לשוויון ולא נועד למצות את ההגנה עליה (ראו עוד: J.K. Mittal, *Right to Equality and the Indian Supreme Court*, 14 AM. J. COMP. L. 422 (1965)).

20. דוגמה מעניינת נוספת ניתן להביא מחוקתה החדשה יחסית של דרום אפריקה (משנת 1996). הוראת השוויון המעוגנת בסעיף 9 לחוקה זו חוזרת ומתייחסת אף היא, כמו החוקות האחרות שנסקרו, לקטגוריות מסוימות של אפליה, אך מדגישה שאין מדובר ברשימה סגורה. באופן יותר ספציפי, סעיף 9(3) לחוקה הדרום-אפריקאית אוסר על אפליה "בין השאר" מטעמים של גזע, מגדר, מין, הריון, מצב משפחתי, מוצא אתני או חברתי, צבע, נטייה מינית, גיל, מוגבלות, דת, מצפון, אמונה, תרבות, לשון או לידה. ניכר בעליל כי רשימה זו רחבה הרבה יותר מן הקטגוריות המסורתיות, ומכל מקום כאמור אין מדובר ברשימה סגורה. כך למשל, הכיר בית המשפט החוקתי של דרום אפריקה בהבחנה על בסיס נשאות של HIV כאפליה אסורה שמעמדה דומה לזה של הקטגוריות המוזכרות במפורש בחוקה (ראו: *Hoffmann v. South African Airways* [2000] 2 SA 628).

21. הדברים מובאים אך כדוגמאות לטיעון שאותו אבקש להציג. אכן, אין באפשרותי לבחון אחד-לאחד את כלל ההסדרים החוקתיים בתחום השוויון במדינות אחרות, והדבר אף לא נדרש במישור המהותי. כל שיטה ומסורתה. כל מדינה ותרבותה. אני אף נכונה לקבל את הטענה לפיה ההשוואה לשיטות שבהן עקרון השוויון מעוגן במפורש בטקסט החוקתי חייבת להיעשות בזהירות המתבקשת. ועדיין, אין בכך כדי לייתר את ההשוואה להן, בכפוף לאותן "הערות אזהרה". ראשית – היא משקפת את הנטייה הברורה גם בשיטות אחרות להרחיב את הקטגוריות האסורות בתחום האפליה מעבר לקבוצות החשודות "הקלאסיות". שנית – היא מחדדת את הנטייה להימנע מלהגדיר באופן "סגור" קטגוריות אסורות באפליה. שלישית – היא מלמדת כי עוצמת הביקורת השיפוטית עשויה להיות מושפעת מסוג האפליה שנדונה. במובן זה, מאיר עיניים לראות כי במשפט האמריקני אפליה שאינה על בסיס קטגוריה "מוכרת" אינה מוצאת אל מעבר לתחום החוקתי, אלא נבחנת כאפליה שהביקורת ביחס אליה היא "רכה" יותר. התוצאה היא שגם

אפליה לא-רציונלית כשלעצמה, שאינה מבוססת על תבחינים "חשודים", עשויה להיפסל חוקתית אם היא שרירותית לחלוטין.

מה מעבר לסיווגים חשודים?

22. כפי שצינתי, גם חברי השופט סולברג מכיר בכך שרשימת ההבחנות הקבוצתיות הפוגעות בזכות לשוויון אינה סגורה, ואני רואה חשיבות בכך. אולם, הגישה שהוא מציג ביחס להכרה בהבחנות כאלה שמצויות מעבר לתבחינים הקלאסיים הנחשבים "חשודים" היא מצמצמת מדי, לטעמי.

23. בשלב זה, אציג את גישתי. בשים לב להתלבטויות הרבות שהדיון בעקרון השוויון מעורר, ולנוכח העובדה שהקונקרטיזציה של המודל – להבדיל מההכרה בו – טרם חודדה עד תום, אבקש אף להציע מספר כלי עזר שיסייעו ביישומו.

24. מבלי למצות, אני מבקשת להצביע על שני היבטים של אפליה הפוגעת בכבוד הראויים לגישתי להיכלל כבר בשלב הראשון של הבחינה החוקתית – שעניינו הפגיעה בזכות – מעבר להיבטים הנכללים גם לשיטתו של חברי. ואלה הם: אפליה המבוססת על תיוג והכפפה חברתית ואפליה המבטאת שרירות או אי-הגינות שלטונית חמורה. במלים אחרות, גם כאשר ההבחנה הנדונה אינה מבוססת על סיווג חשוד "קלאסי" – יש להוסיף ולבחון האם יש לה אפקט של תיוג והכפפה חברתית, ולחלופין – האם הבחנה שאיננה רציונלית כרוכה גם בשרירות שלטונית שסותרת על פניה את כבוד האדם. אקדים ואומר, כי עמדתי היא שבנסיבות העניין החוק הנדון נופל לגדר הקטגוריה של תיוג והכפפה חברתית, להבדיל מזו של שרירות או אי-הגינות שלטונית חמורה, ולכן התייחסותי לקטגוריה האחרונה תהיה ברמת הפשטה גבוהה יחסית ומבלי לקבוע מסמרות.

25. אפליה כתיוג והכפפה חברתית (סיווג "סמי-חשוד") – לשיטתי, לא ניתן לקיים דיון בשוויון כחלק מכבוד האדם מבלי להתייחס לתיוג והכפפה חברתית כאפליה, גם ללא קשר לקבוצות שקיפוחן ההיסטורי זכה זה מכבר להכרה.

26. לא אחת הפרקטיקה של תיוג קשורה בקיפוח של קבוצות ספציפיות שהוכרו ככאלה שסבלו מאפליה היסטורית (ראו: בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000); עע"ם 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד(2) 1 (2010) (להלן: עניין הבית הפתוח); בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה, פ"ד סד(2) 530 (2011); רע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ, פסקה 24 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (16.11.2011) (להלן: עניין פרוז'אנסקי); בע"ם 919/15 פלוני נ' פלונית, פסקה 103 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (19.7.2017);

ברק מדינה דיני זכויות האדם 290-291 (2017). כן ראו, באופן כללי: DEBORAH (2008) (HELLMAN, WHEN IS DISCRIMINATION WRONG?). לפיכך, ההחמרה המיוחדת ביחס לאפליה המבוססת על סיווג קבוצתי "חשוד" הושרשה היטב בפסיקתנו, הרואה בה אפליה המצויה ב"גרעין הקשה" של הפגיעה בשוויון ובכבוד האדם (ראו: עניין הבית הפתוח, בעמ' 51-52; בג"ץ 5373/08 אבו לבדה נ' שרת החינוך, פסקה 29 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (6.2.2011); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב 678-679 (2010) (להלן: ברק-ארז ב); אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה 703-704 (2014) (להלן: ברק, כבוד האדם)). אולם, פגיעה בכבוד עשויה להתקיים גם כאשר מדובר בסטריאוטיפים ביחס לקבוצה שלא נמנית עם הקבוצות שזכו להכרה כזו באופן מסורתי ואף לקבוצה שאינה בעלת מאפיינים זהותיים מובהקים (ראו: עניין פרוז'אנסקי, בפסקה 24 לפסק דינו של השופט דנציגר. ראו גם: יופי תירוש "גילוי וכיסוי בשוויון: הקדמה לתרגום של Covering מאת קנג'י יושינו" מעשי משפט ח 13, 15-18 (2016)).

27. בעיקרו של דבר, תיוג טבוע בכל הבחנה המשרתת מסר לפיו פרטים מסוימים אינם ראויים להיות חברים מלאים בחברה בשל השתייכותם לקבוצה מסוימת (ראו: מיטל פינטו "מהותו של השוויון המהותי בעקבות עניין פרוז'אנסקי" משפט ועסקים טז 109, 132 (2013) (להלן: פינטו)). הכוונה היא למצבים שבהם אין מדובר, אמנם, בסיווגים חשודים מסורתיים, אך יש בסיס מספק לראות בהם סיווגים "סמי-חשודים", על רקע סטיגמות חברתיות שקיומן (למרבה הצער) ברור. תיוג יכול להיות קשור במאפיינים מגוונים, ואף להתעצב לאורך השנים בהתאם למציאות החיים המשתנה. מבלי למצות, דוגמאות בולטות לכך עשויות להיות מצבים מסוימים של חולי או הרשעה בפלילים. נשווה בדעתנו חקיקה שתחול על חולים במחלות שנשיאתן כרוכה בסטיגמה חברתית. חקיקה זו עשויה להיות מוצדקת, אולם ההבחנה בין מי שהם בריאים לבין מי שסובלים ממחלות אלה היא פגיעה בשוויון שההצדקה לה צריכה להיבחן ב"כור המצרף" של פסקת ההגבלה, ולא להידחות על הסף כמצב של אי-פגיעה בשוויון. מן המשפט ההשוואתי ניתן להזכיר כאן את פסיקתו של בית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה ביחס לנשאי HIV שהובאה לעיל. ניתן כמובן לחשוב על דוגמאות נוספות, מבלי למצות. כך למשל, חקיקה שתחול רק על מי שיוגדרו "שמנים", היא חקיקה מתייגת (השוו: יופי תירוש "משקל גוף – קטגוריה חדשה במשפט הישראלי" משפט ועסקים יט 861 (2016)). עשויים להיות הקשרים שבהם הבחנה הנוגעת למשקל תהיה רלוונטית, ואולם – התשובה לכך תצטרך להתבהר בשלב הבדיקה החוקתית, ולא בשלב הראשון שעניינו הדיון בפגיעה. אכן, כפי שצינתי לעיל, גם חברי השופט סולברג מטעים כי הוא אינו שולל הרחבה מעבר לסיווגים החשודים המסורתיים, ובנקודה זו אנו מסכימים. אולם, אני סבורה שבכל מקרה שבו ייעשה שימוש בקריטריון מתייג, כדוגמת משקל גוף או הרשעה

בפלילים, ואלה דוגמאות בלבד, הכניסה לגדריה של פסקת ההגבלה היא מידית, ללא בחינה נוספת של ההקשר.

28. סיווג חשוד או סמי-חשוד לצד קריטריון נוסף – שאלה בעלת חשיבות מעשית היא כיצד יש לנהוג באותם מקרים שבהם החקיקה עושה שימוש ב"שילוב" של קריטריונים – האחד שכרוך בסיווג חשוד או סמי-חשוד והאחר שאינו כרוך בתיוג זה. מה היה קורה למשל, אילו המחקק היה בוחר להחיל חקיקה מגבילה על "אנשים דתיים תושבי מרכז הארץ"? זהו מקרה שמשלב בין סיווג חשוד לבין קריטריון ניטרלי. האם בשל כך אין מדובר במקרה שיש בו פגיעה בשוויון החוקתי? אני מאמינה שלא תהא מחלוקת על כך שיש להשיב על שאלה זו בשלילה. הדברים יפים אף ביחס לשילוב בין סיווג סמי-חשוד לקריטריון מבחין נוסף. לשיטתי, ככל שאחד הקריטריונים שנעשה בהם שימוש הוא חשוד או סמי-חשוד ועל כן פוגע, כאמור, בזכות לשוויון, דין החקיקה כולה להיבחן במסגרת פסקת ההגבלה. העובדה שלסיווג המתייג נלווים קריטריונים נוספים אינה מבטלת את הקושי הכרוך בשימוש בו. כך למשל, אם היה המחקק בוחר להחיל חקיקה מגבילה על עבריינים או נשאי מחלה מסוימת שהם תושבי ישוב מסוים בלבד. השימוש בקריטריון המתייג (הרשעה בפלילים או חולי) מכריע את הכף, גם אם לצדו עומד קריטריון נוסף. ההצדקה לכך היא כפולה – תיאורטית ומעשית. במישור התיאורטי, אין מקום לערב בין הדיון בשאלת הפגיעה בזכות לבין הדיון בשאלת המידתיות – השאלה האם יש מקום להתייחס לעבריינים או לחולים המתגוררים בישוב מסוים, לדוגמה, דווקא עשויה "לקרוס" אל תוך הדיון בתכלית ובמידתיות. במישור המעשי, יש מקום לחשש מוגבר מפני הכשר מראש של שימוש בקריטריון מתייג, אך משום שהוא לא הוחל לבדו.

29. אם כן, לשיטתי, כל אימת שהמחקק עושה שימוש בקריטריון מתייג, יש להתייחס לחקיקה הנוגעת בדבר ככזו שפוגעת בשוויון. אין בכך כדי לומר שהפגיעה בשוויון עולה כדי אפליה בלתי חוקתית. מדובר אך במסקנת ביניים המצדיקה את העברת החקיקה הנדונה במבחניה של פסקת ההגבלה, דהיינו לשלב השני של הניתוח החוקתי. לא אחת יתברר כי הפגיעה בשוויון, נעשתה לתכלית ראויה ואף מקיימת את שאר מבחני פסקת ההגבלה. אולם, ייתכנו גם מצבים שבהם לא אלה יהיו פני הדברים.

30. אפליה כשרירות או אי-הגינות שלטונית חמורה – אפתח בדוגמה: אם יוחלט כי אנשים ששם משפחתם מתחיל באות אל"ף יחויבו בתשלומי מס גבוהים יותר – ההבחנה תהיה לא רק בלתי רציונלית אלא גם שרירותית לגמרי. עצם השרירות, קיומה של שררה הפועלת ללא גבול או מגבלה, עוד מבלי להידרש למושאה, פוגע כשלעצמו בכבוד האדם

ובאוטונומיה של הפרט. כאמור, עמדה זו קיבלה ביטוי בפסיקתו של בית משפט זה. כך למשל, ניתן לחזור ולהביא מדבריה של הנשיאה ביניש בעניין נטר:

"תיקון 146 – בין אם הייתה זו כוונתו המקורית ובין אם לאו – מביא לתוצאה שהדעת אינה סובלת. במסגרתו סטה המחוקק מקריטריון שעיצב את תכליתו – סיוע ליישובי עוטף עזה – לטובת רשימה שרירותית של רשויות ויישובים שאין בינם ובין התכלית הכתובה דבר וחצי דבר. הופלו במסגרתו יישובים שעל פני הדברים מצבם אינו שונה מזה של הרשויות שנבחרו לזכות בהטבות המס [...] אכן, התעלמות מן המאפיינים של תושבי רשויות מקומיות שעה שהכנסת מבקשת ליתן הטבות מס ליחידים, פוגעת בכבודם של אותם יחידים הזכאים, על-פני הדברים, לקבל הטבות מס בדומה לשכניהם הדומים להם. התעלמות מהדמיון בין השניים – זה הנהנה מהטבת מס וזה שאמור ליהנות אך הודר מרשימת הזכאות – שוללת את האוטונומיה של האדם שהודר. הפליה כאמור מעבירה מסר חברתי מקפח ומבטל לכל אותם נישומים שהטבת המס דילגה מעל ראשיהם, ללא כל הצדקה או הבחנה עניינית. [...] 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. שמירה על כבודו של האדם באשר הוא אדם – כמתחייב מהוראת סעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – אינה יכולה לדור בכפיפה אחת עם חלוקה כה שרירותית של משאבי ציבור" (שם, בפסקה 46 לפסק דינה. ההדגשות הוספו – ד' ב' א').

דברים אלה מותירים מרחב חשוב של ביקורת שיפוטית – כזו שאכן לא תשתרע לעבר כל הבחנה שניתן לחלוק על מידת האופטימליות שלה, אך תהיה חשובה להתמודדות עם מצבי קצה כדוגמת פרוטקציוניזם מובהק או חקיקה אינדיווידואלית.

31. אם כן, כאשר מתעורר חשד לכך שהחקיקה מבוססת על סיווג שרירותי גרידא, מתקיימת זיקה להגנה על כבוד האדם, והדיון החוקתי הוא מתחייב. לעומת זאת, הבחנות אחרות שאפשר אך להרהר אחר ההיגיון שבבסיסן יישארו מחוץ לדיון החוקתי. כפי שהוסבר לא אחת – "השוויון שומר על השלטון מפני השרירות" (ראו: בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 332 (1988). ראו גם: בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 764 (1994); בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת, פסקה 34 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ס' גובראן (17.9.2014); פינטו, בעמ' 119-120)).

32. כפי שציינתי לעיל, מאחר שהמקרה שבפנינו אינו מעורר שאלה של שרירות שלטונית, אינני נדרשת לדיון מפורט בהיבט זה. די יהיה בכך שאבהיר את הדברים הבאים: דברי חקיקה כוללים לא אחת הבחנות שיש מחלוקות ביחס לרציונל שביסודן, ואין די בקיומה של מחלוקת, או אף בטענה שההבחנה אינה רלוונטית, כדי להצדיק דיון בהן מן הפרספקטיבה של השוויון החוקתי. כך למשל, אם ירצה המחקק לתת הטבת מס בשיעור שונה ליצרני מרגרינה וליצרני חמאה, או אם תרצה הרשות לערוך הבחנה בין סוגי עסקים לצורך חיוב בארנונה, הרי שהבחנות אלה – שיש אשר יצדדו בהן ויש שיחלקו עליהן במישור של רציונליות ההבחנה – לא יעלו כדי פגיעה בשוויון החוקתי, גם בקרב החולקים (כך נקבע עוד לפני שניתן פסק הדין בעניין חוק טל, למשל בבג"ץ 4806/94 ד.ש.א. איכות הסביבה בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נב(2) 193, 205 (1998), וכך גם לאחריו. ראו למשל: בג"ץ 9722/04 פולגת ג'ינס בע"מ נ' ממשלת ישראל, פסקה 12 (7.12.2006); בג"ץ 956/06 איגוד הבנקים בישראל נ' שר התקשורת, פסקה 7 (25.3.2007); ברק, כבוד האדם, בעמ' 702). במקרים אלה, עשויים לחול עקרונותיו של המשפט המינהלי בכל הנוגע לחובתה של הרשות לנהוג בשוויון (ראו: ברק-אדלר, בעמ' 678), אולם לא תחול ההגנה החוקתית המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (לעמדה מרחיבה יותר, ראו והשוו לדבריו של המשנה לנשיאה א' ריבלין בעניין שליטנר, בעמ' 663). יפים לעניין זה דבריו של חברי השופט י' עמית:

"החובה המנהלית לנהוג בשוויון היא רחבה מההגנה על הזכות החוקתית לשוויון, במובן זה שהיא כוללת מצבים שבהם ההפליה אינה פוגעת בזכות החוקתית לשוויון, אינה נובעת מטעמים פסולים והיא אף אקראית או מקרית... כך, אקט מינהלי, שיש לו השפעה על הפעילות הכלכלית-עסקית ועל התחרות בין עוסקים שונים, עלול להיחשב כבלתי שוויוני למרות שאין הוא מעלה שאלה כלשהי בעלת היבט חוקתי" (עניין הבית הפתוח, בעמ' 43-42).

33. אם כן, כפי שציין גם חברי השופט סולברג וכפי שהבהרתי אני בפתח דבריי, היקף ההתערבות של בית המשפט במקרה שבו מתעוררת טענה של פגיעה בשוויון כלפי הרשות המינהלית אכן שונה מאשר במקרה שבו היא מופנית כלפי המחקק. ככלל, כאשר מדובר בטענה המכוונת כלפי מעשה מינהלי, בית המשפט ייטה להתערב במידה רבה יותר מכפי שהיה מתערב במקרה של פגיעה בשוויון בחקיקה ראשית (ראו: בג"ץ 2021/11 ועקנין נ' שר האוצר, פסקה 17 (6.6.2013)). ואולם, כאן דרכינו מתפצלות: לשיטתי, לא כך הוא כאשר ההבחנה בחקיקה הראשית היא גם מתייגת או לחלופין שרירותית או נגועה באי-הגינות חמורה. כמפורט להלן, אני סבורה שבמקרה

דנן ההבחנה הגלומה בחוק פוגעת בעקרון השוויון במובן זה שהיא מבוססת גם על קריטריון מתייג.

34. הערת אזהרה: פגיעה בזכויות חוקתיות אחרות – בטרם אסיים את התייחסותי לשאלת השוויון, אבקש להוסיף הערה בעלת אופי מעשי. לעתים, ההבחנה – בין שהיא רציונאלית ובין שאינה כזו – עלולה להשפיע גם על מידת ההנאה מזכויות חוקתיות אחרות המוגנות באופן עצמאי (חופש העיסוק, חופש התנועה או הזכות לקניין, למשל). במקרים אלה, הדיון החוקתי מתחייב ממילא בשל הפגיעה בזכות החוקתית האחרת וההשפעה של ההבחנה על מידת ההנאה ממנה. כך למשל, אם יוחלו דיני הפקעה שונים על תושבי אזורים שונים במדינה, הרי שהפגיעה היתרה בזכות לקניין של מי שנושאים בהכבדה הנוספת תצדיק ממילא ביקורת שיפוטית. מטעם זה, בבג"ץ 4406/16 איגוד הבנקים בישראל (ע"ד) נ' כנסת ישראל (29.9.2016), אף שהעותרים טענו גם לפגיעה בזכות לשוויון, הדיון החוקתי התמקד בסופו של דבר בפגיעה בזכויות אחרות, ובהן זכות הקניין והזכות לחופש עיסוק. בבג"ץ 2435/20 לוונטה נ' ראש הממשלה (7.4.2020) שבו נסבה העתירה על הטלת סגר על העיר בני ברק, הייתה ברקע הדיון תרעומת על הפלייתם הנטענת של תושבי העיר ביחס לתושבים של ערים אחרות, אך העותרים מיקדו את טענותיהם בפגיעה בחופש התנועה שלהם, ובכך עסק גם פסק הדין שניתן. באותה רוח סברתי אני בבג"ץ 7245/10 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה, פ"ד סו(2) 442 (2013) (להלן: עניין החיסונים)) כי ההבחנה שנדונה בו השליכה על השוויון במידת ההנאה מן הזכות לאוטונומיה וכבר מטעם זה הניחה בסיס להפעלתה של ביקורת שיפוטית (שם, בפסקה 58 לפסק דיני). ניתן להדגים את הדברים גם מפסיקותיהם של בתי משפט אחרים. כך למשל, פסק דינו הנודע של בית המשפט העליון של ארצות הברית, שפסל איסור פלילי על יחסי מין הומוסקסואליים, התמקד בהגנה על הזכות לחירות שההנאה ממנה צריכה להיות נחלת הכלל (ראו: *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). ראו עוד: Kenji Yoshino, *The New Equal Protection*, 124 HARV. L. REV. 747 (2011)).

סיכום ביניים

35. לצורך ההמשך, אסכם בקצרה את עמדתי בכל הנוגע להבחנות שבין ההיבטים השונים של השוויון:

א. כאשר מדובר בהבחנות קבוצתיות המבוססות על סיווג חשוד – נקודת המוצא לדיון היא שמדובר במקרה שבו קיימת לכאורה פגיעה בזכות לשוויון במובנה החוקתי. כך גם לגישתו של חברי השופט סולברג.

ב. כאשר מדובר בהבחנה שיש בה משום תיוג של קבוצה, גם אם זו אינה אחת מן הקבוצות שפגיעה בהן הוכרה באופן מסורתי כחשודה באפליה (סיווג סמי-חשוד) – מדובר גם כן במקרה שבו קיימת לכאורה פגיעה בזכות לשוויון במובנה החוקתי.

ג. הבחנות מסוג זה ייבחנו כפגיעה בשוויון החוקתי – גם כאשר מדובר בפגיעה תוצאתית בשוויון של הקבוצה הנפגעת, כלומר גם מבלי שאמת המידה המוצהרת להבחנה היא סיווג חשוד או סמי-חשוד.

ד. השימוש בסיווג חשוד או סמי-חשוד יצדיק "מעבר" לדיון בפסקת ההגבלה, גם אם לצדו הופיע קריטריון נוסף.

ה. לבסוף, כאשר מדובר בהבחנה לא רציונלית שעולה כדי שרירות או אי-הגינות שלטונית חמורה – אף זהו מקרה שבו קיימת לכאורה פגיעה בזכות לשוויון במובנה החוקתי.

דיון זה נוגע אך לשלב הראשון של הבחינה החוקתית – שאלת הפגיעה בזכות. הקביעה הנוגעת לחוקתיות ההסדר כפופה כמובן למבחני פסקת ההגבלה, בשלב השני של הניתוח החוקתי.

המישור השני: הפגיעה בשוויון בענייננו

36. ומן הכלל אל הפרט. סעיף 325(ב) לחוק מבחין בין קבוצות שונות של קטינים שהורשעו בפלילים בהקשר של הנאה מזכויות סוציאליות חשובות. חברי סבור כי הבחנה זו, גם אם אינה רציונלית, ממילא אינה עולה כדי אפליה חוקתית. דעתי שונה. אני סבורה שהבחנה שביסודו של סעיף 325(ב) לחוק אכן עולה כדי אפליה במישור החוקתי. אסביר את גישתי.

37. אפליה תוצאתית על בסיס קבוצתי? – העותרים טענו כי ההבחנה שיוצר סעיף 325(ב) היא בעלת השלכה תוצאתית מובהקת על קטינים ממוצא ערבי, ולכן יש בה פגיעה בשוויון גם לפי גישת ה"סיווג החשוד". חברי דוחה טענה זו. הוא אינו חולק על כך שאת השאלה האם ההבחנה מבוססת על "סיווג חשוד" יש לבחון לא רק על-פי הפן הגלוי של החקיקה, אלא גם על-פי אמת מידה תוצאתית (ראו: בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 1, 32 (2006); עניין ניר, בפסקאות 15-16 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; עניין הבית הפתוח, בעמ' 46-47).

אולם, הוא מייחס משקל לנתונים שהוצגו ואשר לפיהם הרשעה בעבירות ביטחוניות אינה נחלתם של קטינים מהמגזר הערבי בלבד, ולפחות לא באופן מובהק דיו. אני רואה את הנתונים שהוצגו – ואף את אלה שלא הובאו – באופן אחר, גם אם בסופו של דבר, אינני תולה בכך את הכרעתי.

38. במסגרת התיק הוצגו לעיוננו מספר נתונים אשר שילובם יחד מחייב לומר כי צל כבד אופף את התשובה לשאלה אם קמה בענייננו אפליה תוצאתית. ראש וראשון לכך הוא הנתון הרשמי שקיבלו העותרים ביום 31.1.2016 מלשכת היועץ המשפטי לשירות בתי הסוהר, וממנו עולה כי מקרב האסירים הביטחוניים הקטינים שהם אזרחי המדינה או תושביה – 150 הם ממוצא ערבי ו-6 הם יהודים. נתונים אלה לא כללו "פילוח" בהתאם לעבירות שעליהן חל תיקון החוק, אך יש בהם אינדיקציה ראשונית לא מבוטלת שעשויה להיות לה רלוונטיות לדיון בפנינו. בהמשך, לאחר שניתן בעתירה צו על תנאי מסרה המדינה ביום 9.5.2018 נתונים נוספים ביחס לקטינים שהורשעו בעבירות הביטחון הרלוונטיות לתיקון לחוק, כמפורט בפסק דינו של חברי. ואולם, בהודעת המדינה לא צוין מי מהקטינים המורשעים נשלח למאסר, ולא הוסבר מה היחס בין נתונים אלה לבין הנתונים שנמסרו על ידי לשכת היועץ המשפטי לשירות בתי הסוהר ועמדו בפני בית המשפט בעת שהוחלט על הוצאתו של הצו על תנאי. בהתחשב בנטלי הראיה בשלב הדיוני הנוכחי, התמונה המעורפלת היא מוקשית. יצוין עוד כי המדינה הסבירה את אי-התייחסותה לעונשיהם של הקטינים שהורשעו ושהחוק הופעל בעניינם, בצורך לשמור על חסיון פרטים הנוגעים אליהם – תוך הפנייה להוראות חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971 (להלן: חוק הנוער). אולם, אין בכך כדי להסביר הימנעות ממסירת נתונים "ערומים" בדבר כלל הקטינים היהודיים והערבים שהורשעו בעבירות הביטחון הרלוונטיות לתיקון לחוק והוטלו עליהם עונשי מאסר, כמידע סטטיסטי (וכשמשקל נגד לנתונים שהוצגו על-ידי העותרים). לכאורה, הבאת מידע נחוץ זה אינה בעייתית יותר ממסירת נתונים סטטיסטיים ביחס למספרן של ההרשעות הרלוונטיות.

39. בנסיבות העניין, מתוך גישה זהירה, אסתפק באמירה כי הנתונים שבפנינו ודאי משאירים סימני שאלה. מכל מקום, לשיטתי, הכרעה חד משמעית בכך אינה נדרשת מאחר שהסדר החקיקתי עולה כדי חשד לאפליה חוקתית במובן האחר שעליו עמדתי – התיוג. כפי שהסברתי כבר, להשקפתי, מקום שבו הסדר מבחין לרעה קבוצה המוגדרת בין היתר על בסיס קריטריון "מתייג", דוגמת הרשעה בפלילים, מתקיימת פגיעה בשוויון, ועל כן נדרשת ביקורת שיפוטית המבוססת על מבחני פסקת ההגבלה. ברי כי אין בכך להכריע את גורל הבחינה החוקתית, שיכולה להסתיים באבכה קצרה הקובעת כי ההבחנה עומדת

במבחני פסקת ההגבלה, ובקלות. אולם, זוהי התוצאה של הדיון החוקתי, ולא הנחת המוצא שלו. באופן זה, הדיון בשאלת החוקתיות של האפליה אינו נדחה "על הסף".

40. במקרה דנן, התיוג מתבטא בהתייחסות למבצעי העבירות ולמשפחותיהם כאל קבוצה "אחרת", מוכתמת ושלילית. אכן, תיוג הוא חלק אינהרנטי מהרשעה בפלילים. למעשה, הוקעתו של העבריין הפלילי היא עצמה סוג של מכשיר ליצירת סולידריות חברתית בקרב בני החברה כולה, תוך חיזוק הנורמות המשותפות להם (ראו: יניב ואקי מעבר לספק סביר: גמישות ההוכחה בדין הישראלי 188 (2013); נתנאל דגן "וסמכו כל השומעים את ידיהם על ראשו" – פרשת המקלל – התיוג הפלילי ומטרותיו" פרשת השבוע (פרשת אמור, התשס"ח). ראו גם: אסף הרדוף "ההלך הוא הביוש: השיימינג של הפרוצדורה הפלילית" משפט ועסקים כג (צפוי להתפרסם ב-2020)). עם זאת, ההצדקה לתיוגם של מבצעי עבירות בהקשרים מסוימים (למשל, כמו במסגרת החוק למניעת העסקה של עברייני מין במוסדות מסוימים, התשס"א-2001), אינה מסירה מן הלב את החשש שהבחנה המבוססת על הרשעה בפלילים לא תהיה מוצדקת בהקשרים אחרים. על כן, כאשר הקריטריון המבחין הוא מתייג, על הדיון החוקתי להמשיך בגדרה של פסקת ההגבלה.

41. חברי השופט סולברג מתייחס למקרה שבפנינו ככזה שיש בו הבחנה בין אסירים שהורשעו בעבירות ביטחוניות לבין אסירים שהורשעו בעבירות פליליות אחרות, ולכן מנקודת מבטו אין מדובר במקרה של סיווג חשוד. נקודת המוצא שלי היא שונה. ביסודו של התיקון לחוק עומדת קודם כל, כנקודת מוצא, הבחנה קודמת – בין קטינים שהורשעו בפלילים לבין קטינים שלא הורשעו בפלילים, וזאת ביחס לזכאות סוציאלית. אכן, בסופו של דבר, רק מקצת מן הקטינים שהורשעו בפלילים הוצאו מגדר הזכאות: אלה שהורשעו בעבירות ביטחון בנסיבות שפורטו בחוק. אולם, זוהי רק "הקומה השנייה". ביסודה של שלילת הזכאות נמצא קודם כל הקריטריון המתייג של הרשעה בפלילים, וכבר בשל כך אנו נמצאים בתוך התחום המצדיק ביקורת שיפוטית חוקתית.

42. לפי שאעבור לדיון בפסקת ההגבלה, אני מבקשת להתייחס פעם נוספת לעניין החיסונים, שאליו הפנה חברי. כידוע, באותו מקרה נדונה שאלת חוקתיותו של תיקון לחוק הביטוח הלאומי שהבחין – לצורך היקף הזכאות לתוספת לקצבת הילדים – בין מי שהסכימו לחיסון של ילדיהם לבין מי שסירבו לעשות כן. כפי שמציין חברי, בפסק הדין התגלעו חילוקי דעות באשר לשאלה האם ההבחנה האמורה עלתה כדי אפליה, והוא עצמו מתבסס על פסק דינה של השופטת (כתוארה אז) א' חיות, שסברה (בדעת יחיד) כי אין מדובר באפליה. הדיון בנושא זה לא זכה שם למיצוי והכרעה לנוכח תמימות הדעים ששררה ביחס לתוצאה. עמדתי שלי באותו עניין הייתה, כאמור, שהפגיעה בשוויון הייתה

אינצידינטלית לפגיעה בזכות חוקתית אחרת – הזכות לאוטונומיה. מכל מקום, מנקודת מבטי, יש להבחין בין המקרה שנדון בעניין החיסונים לבין המקרה שבפנינו. לטעמי ישנה חשיבות רבה לכך שתיקון החוק שנדון שם לא כלל שימוש בקריטריון מתייג (ואין צריך לומר שאף לא הייתה בו שרירות). בשונה ממי שהורשעו בפלילים, המתנגדים לחיסונים לא סבלו, לכאורה, מתיוג, ולכל היותר ניתן היה לומר שעמדתם הייתה נתונה באותה עת לזיכוכ ציבורי. בשלב זה אסתפק בכך. בהיבטים נוספים של עניין החיסונים והשלכותיו על המקרה דנן אדון בהמשך.

המישור השלישי: פסקת ההגבלה

43. משמצאתי כאמור כי החוק בנוסחו הנוכחי אכן פוגע בזכות לשוויון, אפנה לבחינת השאלה האם הפגיעה עומדת במבחני פסקת ההגבלה. חברי השופט סולברג דן בכך באופן חלקי בלבד מאחר שלשיטתו החוק שבפנינו אינו פוגע בזכות לשוויון. לנוכח מסקנתי השונה בכל הנוגע לקיומה של פגיעה חוקתית, אני איני פטורה מכך.

הקושי החוקתי במישור ההסמכה

44. כשלעצמי, אני סבורה שסעיף 325(ב) מושא ההליך אינו עומד בתנאיה של פסקת ההגבלה כבר מטעם פורמלי – מאחר שהפגיעה הכלולה בו בזכות לשוויון אינה מבוססת על הסמכה מפורשת דיה. ביתר פירוט, אני סבורה כי החוק חסר בכל הנוגע לזהותו של הגורם המוסמך לקבוע כי הקטין שעניינו נבחן אכן הורשע בעבירה שנעברה "מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור", כמו גם להסדרת ההליך שבו יוחלט שאלה הם פני הדברים.

45. כאמור, סעיף 325(ב) לחוק – וזאת בנוסחו הנוכחי, כפי שהמשך הדברים מחייב להדגיש – קובע כי שלילת הזכאות לקצבאות מהוריו של קטין תחול אם האחרון ביצע עבירות מסוימות "מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור". אולם, רכיב נסיבתי זה אינו מהווה חלק מיסודותיהן של מרבית העבירות שעליהן חל הסעיף (כך למשל בנוגע לעבירה העיקרית שעליה נועד לכאורה הסעיף לחול – יידוי או ירי של אבן או חפץ אחר לעבר כלי תחבורה לפי סעיף 332א לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין)) כמו גם בנוגע לעבירות אחרות שעניינן חבלה בכוונה מחמירה, עבירות נשק, היזק בחומר נפץ, ועוד). ככלל, כידוע, יסוד המניע אינו מוגדר בחלק הכללי של חוק העונשין (להבדיל מהצורות השונות של המחשבה הפלילית), ומדובר בסוג מיוחד של מחשבה פלילית הרלוונטי לעבירות מסוימות ומוגדרות בלבד (ראו: אלקנה לייסט המניע במשפט הפלילי 20-19 (2018)). כפי שצוין בעבר בהקשר זה, "בכפיפות להוראת חוק מפורשת,

מניע או מטרה לביצועה של עבירה מקומם הוא מחוץ למחנה – מחוץ להגדרת העבירה" (ע"פ 6255/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(3) 168, 190 (2004). ראו גם: רע"פ 7153/99 אלגד נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(5) 729 (2001); ע"פ 8005/04 אברוטין נ' מדינת ישראל, פסקה 27 (29.3.2007); ע"פ 9275/06 אבו מוך נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (6.9.2010); ע"פ 9878/09 מדינת ישראל נ' מוטא, פסקה 17 (20.9.2010)). אם כן, כיצד ניתן יהיה לדעת מתי יחול ההסדר הקבוע בסעיף 325(ב) לחוק? לגישתי, לא ניתן לומר שנוסח כה "רופף" יכול להיחשב הסמכה מפורשת בחקיקה.

46. לכך יש להוסיף כי למעשה, אף בית המשפט הדן בעניינו של קטין בהליך פלילי באחת מהעבירות המנויות בסעיף 325 לחוק ומרשיעו אינו אמור לקבוע האם העבירה בוצעה על רקע לאומני או בזיקה לטרור – מקום שיסוד זה אינו נכלל ביסודות העבירה. הכיצד יעשה זאת אפוא פקיד הביטוח הלאומי? החוק בנוסחו הנוכחי מבסס את שלילת הקצבה על רכיב שאינו מצוי בדין הפלילי, מבלי לקבוע כלל מיהו הגורם המוסמך להכריע האם התקיים הרכיב האמור אם לאו, ועל-פי אילו אמות מידה. בנסיבות אלה, אני סבורה כי החוק אינו מקיים את תנאי ההסמכה המפורשת, שנהנה ממעמד של בכורה בשיטתנו, וביטא את המתחייב מעקרון חוקיות המינהל ביחס לפגיעה בזכויות אף עובר לחקיקתו של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו (ראו למשל: ע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 149-151 (1996); בג"ץ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך התרבות והספורט, פ"ד נג(4) 673, 685-687 (1999); בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746, 762-763 (2004); בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פ"ד סד(2) 479, 490 (2010); רע"א 2558/16 פלונית נ' קצין התגמולים משרד הביטחון, פסקה 38 וההפניות שם (5.11.2017)). אכן, תיקון החוק שבפנינו מורה במפורש על שלילת הזכאות לקצבה, אולם אין בו כל התייחסות לזהותו של הגורם המוסמך לקבל את ההחלטה ולאמות המידה שינחו אותו בקבלתה, ובמובן זה ההסמכה בו פגומה וחסרה.

47. בהודעה שהגישה המדינה ביום 22.11.2018 הובהר כי היא נכונה לקדם תיקון חקיקה במישור זה, כך שסעיף 325 לחוק יופעל אך מקום שבו בית המשפט שדן בהליך הפלילי קבע כי המעשה שבו הורשע האדם שבפניו הוא "מעשה טרור" כהגדרתו בחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016. בצד דברים אלה המדינה הבהירה כי לשיטתה הגם שהתיקון רצוי והיא מעוניינת כאמור בקידומו, חקיקתו אינה הכרחית במובן זה שהפעלתו של סעיף 325 היא אפשרית גם בנוסחו הנוכחי, ללא קביעה של בית המשפט שנתן את פסק הדין המרשיע כי התקיים מניע לאומני או של זיקה לפעילות טרור, וזאת על בסיס ראיות מינהליות. ברוח זו אף ציין חברי השופט סולברג "בשולי הדברים" כי אמנם ראוי

לקדם את תיקון החקיקה במישור הסמכות, אך הממשלה אינה מחויבת לעשות כן. מכל הטעמים המפורטים כאן, דעתי שונה. אינני סבורה שהחסר הקיים בניסוח החקיקה הוא רק דבר שראוי להשלימו. זהו מעוות שבלעדיו חוק מסוג זה לא יתקן. מאחר שתיקון חקיקה כאמור לא קודם בשנה וחצי שחלפה, יהיו הטעמים לכך אשר יהיו, נוסחו של החוק שבפנינו הוא זה המצוי כעת בספר החוקים ועומד לבחינתנו. כך או כך, אקדים את המאוחר ואציין כי לשיטתי העדרה של הסמכה מפורשת אינו הפגם היחיד בחוק, וממילא תיקונו מהיבט זה בלבד לא היה בו כדי לתת מענה לקושי החוקתי הגלום בו.

48. להשלמת התמונה, אציין כי מנקודת מבטי, שתיקתו של החוק בכל הנוגע לזהותו של הגורם שיקבל את ההחלטה בדבר שלילת הקצבה ולהליך שבו זו תתקבל עשויה לעורר שאלות לא רק מהיבטה של דרישת ההסמכה המפורשת, אלא גם מהיבטו של חוק יסוד: השפיטה. כידוע, חוק יסוד השפיטה קובע כי סמכות שפיטה תהא נתונה, בנוסף לבתי משפט, גם ל"בית דתי", "בית דין אחר" או "רשות אחרת" – "הכל כפי שנקבע בחוק" (סעיף 1 לחוק יסוד: השפיטה). לכאורה אפוא ההסדרה הברורה של הרשות המוסמכת בעניין זה נדרשת גם מהיבטו של חוק יסוד: השפיטה. זאת, מאחר שלפחות היבטים מסוימים של ההחלטה הנדרשת כאן ביחס לשלילת הזכאות, למשל הכרעה באשר למניע שעמד ביסוד העבירה, היא החלטה הנושאת אופי שיפוטי מובהק. בנסיבות אלה, הגורם המוסמך לעסוק בכך צריך להיות קבוע בחוק. אינני מתעלמת מכך שלא אחת גם גורמי מינהל מפעילים סמכויות שיפוטיות (ראו למשל: חוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב-1992), כמו גם מכך שקיים מנעד רחב של החלטות שיפוטיות ומעין-שיפוטיות (ראו למשל: בש"א 136/90 מדינת ישראל נ' סלוק, פ"ד מד(1) 802 (1990)). אולם, החלטה ביחס למניע לביצועה של עבירה פלילית היא סמכות שיפוטית מובהקת.

49. והנה, עיון בסעיף 325(ב) לחוק הביטוח הלאומי מלמד כי אין בו כל התייחסות לשאלה מיהו הגורם המוסמך להחליט בשאלות מהותיות אלה. בדיונים בעתירה נטען, באופן כללי, כי הפעלת הסמכות תיעשה על ידי "פקיד הביטוח הלאומי", ואולם החוק אינו מבהיר מיהו בעל התפקיד שמוסמך לטפל בכך. השאלה מיהו הגורם המופקד על החלטה זו היא שאלה חשובה מן המעלה הראשונה. זוהי שאלה שהכרעה בה מצריכה מומחיות. היא אף מצריכה מידה מספקת של אי-תלות (יחסית) של הגורם מקבל ההחלטה (ראו, באופן כללי: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 39 (2010); אליהו מצא "האחריות השיפוטית" 995 (אהרן ברק ואחרים עורכים, 2015); אהרן ברק מבחר כתבים כרך ד – על בית המשפט ושופטיו 167-168 (2017)). אכן, חוק יסוד: השפיטה אינו קובע מי יהיו אלה שיפעילו סמכויות שפיטה. עם זאת, הוא מחייב שלמצער הגורם המופקד על הפעלתה של סמכות שפיטה יוגדר באופן ברור בחוק. לא כך נעשה

כאן. מכל מקום, מיקוד נוסף בחוק יסוד: השפיטה אינו נדרש כאן (ראו והשוו: בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(1) 750 (2003); ע"ב 92/03 מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(3) 793 (2003); אהרן ברק "פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית)" ספר אליהו מצא 77 (אהרן ברק ואחרים עורכים, 2015); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ד – משפט מינהלי דיוני 126-124 (2017)). זאת, מאחר שממילא העדרה של הסמכה מפורשת פוסל את החוק אף מנקודת המבט של פסקת ההגבלה המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

50. לקראת סיומו של הדיון בנקודה, זו אבקש להבהיר: טענותיהם של הצדדים לא נדרשו לכך שלכאורה שאלות דומות (ביחס לשיטת ההסמכה בחקיקה) מתעוררות לגבי תיקונים קודמים שהוכנסו בחוק הביטוח הלאומי, בכל הנוגע לשלילת זכויות בגין הרשעת בגירים בעבירות שבוצעו "מתוך מניעה לאומני או בזיקה לפעילות טרור" (בסעיף 326). טענות בעניין זה לא הגיעו אל סיפם של בתי המשפט. ממילא אינני נדרשת לכך במישרין. לכאורה, יש צד שווה בדברים, ואם פניה של המדינה לתיקון כזה או אחר בחוק הביטוח הלאומי בשאלת ההסמכה, כפי שעולה כאמור מהודעתה העדכנית לבית המשפט, מן הראוי שתשווה אף זאת נגד ענינה. אוסיף רק את זאת: הציפייה להכרעה מינהלית ביחס למניע לביצועה של עבירה מעוררת קושי ביתר שאת כאשר העבירה שבה הורשע הנוגע בדבר היא עבירה שלא רק אינה כוללת התייחסות למניע, אלא אף אינה עבירה שיש בה יסוד של כוונה מיוחדת, כמו למשל העבירה של רצח בנסיבות מחמירות (ראו: סעיף 301א לחוק העונשין). זוהי הכרעה בשאלה משפטית מובהקת.

51. אם כן, בפנינו פגיעה בזכות לשוויון, ללא הסמכה מפורשת דיה בחקיקה. לכאורה, יכולתי לסיים בכך את הדיון. אולם, דומה שלא ראוי כי כך אעשה. הטעם לכך הוא שבשלב הנוכחי של הדיונים שהתקיימו בפנינו, כלל הטענות נבחנו גם לגופן והמדינה אף הודיעה, כאמור, על האפשרות של תיקון החוק במישור הסמכות. הימנעות מהתייחסות לקשיים שהחוק מעלה גם לגופו עלולה לגרור אפוא תקלה ב"דיאלוג החוקתי" בין הרשויות, על בסיס הרושם שבית המשפט "שלח" את המשיבים לתיקון של החוק בהיבטיו הפורמאליים (ויצר מצג שאלה הקשיים היחידים שהחוק מעורר). טעם נוסף לדבר הוא שחברי השופט סולברג נדרש לחלק מתנאים הנוספים של פסקת ההגבלה, גם אם למעלה מן הצורך, וסבר כי תיקון החוק שבפנינו אינו מעורר קושי אף בהיבט זה.

52. אפנה כעת לבחון את שאלת התכלית הראויה, ובהמשך לכך אדרש לשלושת מבחני המשנה של המידתיות – מבחן האמצעי הרציונלי, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

ומבחן האמצעי המידתי (המידתיות במובן הצר). כפי שאראה, כל אחד משלבי הבחינה מעורר שאלות וקשיים. עם זאת, אין הכרח להכריע ביחס לכל אחד מהם, כמפורט להלן.

לתכלית ראויה

53. עד כה, הדיון בפסיקה בשאלת התכלית הראויה היה מצומצם יחסית, בהתחשב בכך שעל-פי רוב מבחני המידתיות הם שקיבלו את מרב המשקל במסגרת הבחינה החוקתית. עם זאת, עקרונות היסוד שצריכים לחול בהקשרים אלה הם ברורים. ככלל, העמדה המקובלת בפסיקה גורסת כי תכלית ראויה היא כזו ש"נועדה להגשים מטרות חברתיות העולות בקנה אחד עם ערכיה של המדינה ככלל, והמגלות רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל" (ראו: בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 697 (2006); בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, פסקה 18 לפסק דינו של השופט פוגלמן (16.09.2013); אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 320-321 (2010) (להלן: ברק, מידתיות במשפט)). עוד נקבע כי תכלית ראויה היא כזו ש"נועדה להגן על זכויות אדם, לרבות על ידי קביעת איזון סביר והוגן בין זכויות של פרטים בעלי אינטרסים מנוגדים באופן המוביל לפשרה סבירה בתחום הענקת הזכויות האופטימליות לכל פרט ופרט" (ראו: בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 264 (2002) (להלן: עניין מנחם); בג"ץ 4947/03 עיריית באר-שבע נ' ממשלת ישראל, פסקה 11 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש (10.5.2006) או אם הצורך בהגשמתה הינו בעל חשיבות חברתית או לאומית (ראו: בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 52 (1997)).

54. בענייננו, הקושי נובע קודם כל מכך שאת הדיון בשאלת חוקתיותו של סעיף 325(ב) לחוק ליוותה לכל אורך הדרך אי-בהירות עמוקה ובסיסית באשר לתכליתו. אין זו הפעם הראשונה שכך קורה. שאלות שעניינן זיהוי תכליתה של חקיקה התעוררו גם בעבר בפני בית משפט זה, והמענה להן התגלה כמורכב, בין בשל ריבוי התכליות שלהן נטען ובין בשל טענות שעניינן פער בין התכלית הגלויה לתכלית הממשית של החוק. בבג"ץ 2996/17 ארגון העיתונאים בישראל – הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' ראש הממשלה (23.1.2019) הועלו באופן חזיתי טענות בדבר קיומם של שיקולים זרים ביסוד החוק שעמד לדיון (שם, בפסקה 32 לפסק דינו של חברי המשנה לנשיאה ח' מלצר). אולם, בסופו של דבר לא נדרשה הכרעה בהן לנוכח ביטול החוק שעליו נסבה העתירה. בבג"ץ 3393/17 גרסגהר נ' הכנסת (23.4.2020) הוצגו לבית המשפט ארבע תכליות שאותן ביקש המחוקק לקדם, כך נטען. מנגד הועלו טענות שעניינן תכלית אחרת בלתי ראויה. על רקע מורכבות זו, קבלת העתירה לא התבססה על הכרעה בשאלת התכלית, למעט אליבא דחברי השופט עמית, שסבר כי מתוכן החוק ניתן ללמוד על תכליתו

הנסתרת הבלתי ראויה. אף במקרה דנן, אי-הבהירות בשאלת התכלית העומדת ביסוד החוק מטילה את צילה על הדיון.

55. כפי שצוין בפסק דינו של חברי השופט סולברג, הממשלה והכנסת היו חלוקות בנוגע לתכליתו של התיקון לסעיף 325(ב) לחוק (ולכן בהקשר זה בלבד ההתייחסות תהיה ל"ממשלה" ולא למדינה באופן כללי). הכנסת הציגה תחילה את העיקרון של סולידריות חברתית כתכלית החקיקתית, ובהמשך טענה להרתעה כתכלית חקיקתית נוספת. הממשלה מצדה הגדירה את התכלית כמניעתית, במובן של מתן תמריץ מרתיע להורים למנוע מילדיהם הקטינים לבצע עבירות (ובכך למעשה הצטרפה לתפיסה של הרתעה). כבר בנקודה זו יש להקדים ולומר: הדעות השונות בנושא זה, וכן חוסר העקביות בעמדתה של הכנסת ביחס לתכלית העומדת בבסיס התיקון – מבלי לגרוע מן האפשרות שלעתים חקיקה יכולה לחתור לקידום של יותר מתכלית אחת – מעוררים קושי מסוים. כאשר התכלית היא כה בלתי ברורה ואמביוולנטית – האם אין בכך כדי להטיל ספק, ולו מסוים, ביחס לשאלה האם התכלית העומדת בבסיס ההסדר היא תכלית ראויה?

56. בכל הנוגע לטענה שעניינה סולידריות ציינה הכנסת כי מדובר ב"רצון המחוקק לשלול תמיכה מדינתית כפולה ממי שפגע בסולידריות החברתית שעומדת בבסיס חוק הביטוח הלאומי" (התגובה מטעם הכנסת מיום 18.1.2017). לביסוס עמדה זו, הפנתה הכנסת בין היתר לדברים שנאמרו במסגרת הליך החקיקה. אף בכל הנוגע לטענת ההרתעה נטען בפנינו כי גם לה יש תימוכין בדברים שנאמרו במהלך הדיונים בכנסת.

57. כשלעצמי, הבעתי בעבר עמדה המצדדת בהתבססותו של ההליך הפרשני על החוק עצמו, ולא על דברים שנאמרו על-ידי משתתפים בהליך החקיקתי. דברים אלה יכולים אמנם לשמש כלי עזר באיתור התכלית החקיקתית, אך לא יותר מכך, בהתחשב בכך שהם מייצגים את הדוברים בלבד, ולא בהכרח את המשתתפים האחרים. בסופו של דבר המכריע הוא החוק עצמו (ראו: דנג"ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים, פסקה 11 לפסק דיני וההפניות שם (26.10.2017)). ראו גם: דנג"ץ 5026/16 גיני נ' הרבנות הראשית לישראל, פסקה 19 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור, שאליה הצטרפו רוב חברי ההרכב, והשוו לעמדתו של השופט סולברג בפסקה 8 לפסק דינו (12.9.2017) (להלן: עניין גיני).

58. מכל מקום, אם כך ואם כך – בפנינו שתי תכליות נטענות. בעבר התעוררה בפסיקה השאלה כיצד יש לנהוג בנסיבות שבהן תכלית החקיקה היא "מעורבת" (ראו: בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640 (2002)). ראו גם: ברק, מידתיות

במשפט, בעמ' 356-359)). בהקשר זה נקבע, כי כאשר לדבר חקיקה יש כמה תכליות השלובות זו בזו יינתן משקל רב ל"תכלית הדומיננטית" שלו, אך זאת מבלי להתעלם מן "התכליות המשניות" של החוק כדי לבחון את השלכותיהן על זכויות אדם (ראו: עניין מנחם, בעמ' 264). יובהר: אין מדובר במקרה של "התנגשות" לכאורה בין תכלית אובייקטיבית לתכלית סובייקטיבית, אותה סוגיה שנדונה למשל בעניין גיני (שם), בפסקאות 24-27 לפסק דינה של הנשיאה נאור), כי אם בהתנגשות בין שתי התכליות הסובייקטיביות לכאורה שעליהן הצהירו הכנסת והממשלה. בעניינו, איני נדרשת להכריע מהי, מבין שתי התכליות שהוצהרו בפנינו, התכלית הדומיננטית ומהי התכלית המשנית. אף אין להוציא מכלל אפשרות ששתי התכליות במקרה זה הן "אופקיות" – היינו, מצויות ברמת הפשטה אחת (ראו: אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 160 (2003)). אסתפק אפוא בקביעה שהטענות לקיומן של שתי תכליות סובייקטיביות שונות כל כך זו מזו מעוררות – כשהן מוצגות במשולב – קושי, מעבר לקשיים שעשויה לעורר על פני הדברים בחינת כל אחת מן התכליות לבדה. כיצד ניתן להשיב על השאלה האם התכלית היא ראויה (ובהמשך, האם מתקיים קשר רציונלי בינה לבין האמצעי שנבחר להשגתה), מקום שהתכלית אינה ברורה די צרכה?

59. כפי שיובהר להלן, לנוכח התוצאה שאליה הגעתי במישור המידתיות, אני סבורה שהזהירות מחייבת שלא לקבוע מסמרות בשאלה אם התכלית הייתה במקרה זה ראויה, ולהותירה בצריך עיון. עם זאת, אני מבקשת להוסיף מספר הערות בעניין זה.

60. לשיטתי, הדרך הנכונה לדון בשאלה אם תכלית החקיקה היא ראויה חייבת להיות קונקרטית, ולמצער לא במתכונת כוללנית מדי. השאלה האם קידום הסולידריות החברתית או הרתעה באופן כללי עשויות להיות תכליות חקיקתיות ראויות, היא שאלה פשוטה, כמעט טריוויאלית. אולם לא זו השאלה שבפנינו. החוק שהובא לבחינתנו אינו מבקש לקדם סולידריות חברתית אלא להגביל אותה, ולעשות כן ביחס להתנהגותם של קטינים. האם צמצום תחומיה של הסולידריות החברתית ביחס למשפחות של קטינים שעברו עבירות חמורות הוא תכלית ראויה? האם חתירה להרתעה של הורים לקטינים שעברו עבירות חמורות, אך הם עצמם לא עברו כל עבירה, היא תכלית ראויה? והאם שתי אלה הן תכליות ראויות בגדרו של חוק הביטוח הלאומי? אלה השאלות שיש לבחון, וכך אתייחס אליהן להלן (ראו והשוו: ברק מדינה "על 'פגיעה' בזכות חוקתית ועל 'תכלית ראויה' משפט ועסקים טו 281, 311-312 (2012)). בנוסף לכך, אדרש בקצרה לאפשרות שעולה מדברים נוספים שנאמרו ולפיהם ייתכן שלתיקון החוק הייתה במקרה זה תכלית נוספת – גמולית.

61. הסולידריות החברתית כתכלית במקרה זה? – אמנם כן, הרעיון של סולידריות חברתית הוא אחד העקרונות המכוננים של דיני הביטוח הלאומי. יש לדברים שורשים עמוקים בחשיבה המודרנית על תחום הביטחון הסוציאלי, ואף במקורותינו, כמוכח של "וחי אחיך עמך". נקודת המוצא להסדרים אלה היא שימוש במערכת של ביטחון סוציאלי לחיזוק הסולידריות והערבות ההדדית בין כלל הפרטים המרכיבים את החברה (ראו למשל: בג"ץ 5492/07 בוארון נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד סד(2) 166, 203 (2010)). כאן בפנינו רעיון שונה בתכלית – הגבלה של מעגלי הסולידריות החברתית. אם כן, למה בדיוק מכוונת הטענה של הגבלת הסולידריות החברתית כתכלית? מה המשמעות של הדברים, מעבר לתובנה הסוציולוגית שהטלת סנקציות בגין הפרה של נורמות תורמת בדרכה ללכידות הקהילתית של מי שנמצאים מחוץ למעגלי ההפרה (ראו: EMILE DURKHEIM, THE DIVISION OF LABOR IN SOCIETY (1984)? הדברים אינם ברורים. האם אכן היעד הוא לגדוע כל קשר של סולידריות עם משפחותיהם של קטינים שביצעו עבירות מסוגים מסוימים? האם התכלית היא הגבלת הסולידריות עם הקטין או עם בני משפחתו? מעבר לעמימות, שכאמור מעוררת כשלעצמה קושי, השאלה מתחדדת ביתר שאת בהתחשב בכך שבנסיבות העניין אנו עוסקים בקטינים שביצעו עבירות. האם הכנסת אכן ביקשה להגביל את הסולידריות החברתית ביחס לאותם קטינים? ואם הכוונה היא להגבלת הסולידריות עם בני משפחותיהם – מהי משמעות העובדה שלמעשה אותם בני משפחה ממשיכים להיות חלק ממעגל הסולידריות של תשלומי הביטוח הלאומי, למעט ב"מקטע" הנוגע לקטין שנכלא? שאלות אלה מוצגות בעיקר כדי לחדד שההצהרות הכלליות ביחס למה שהוצג על-ידי הכנסת כתכלית החוק מתבררות ככאלה שתוכנן אינו ברור דיו. כפי שכבר ציינתי – על מנת לבחון את השאלה האם התכלית היא ראויה, קודם כל צריך להבין מהי.

62. בצד הדברים האמורים, דומה שכאשר "מקלפים" את הטרמינולוגיה המופשטת של סולידריות מן הטענות, מתברר לכאורה כי ביסודו של התיקון עמדה, במידה לא מבוטלת, תכלית גמולית. האם אין זו המשמעות של ביטויים כדוגמת "הרצחת וגם ירשת" או של הדברים לפיהם "נכון שה-2,000 שקל האלה זה לא הכסף שירתיע, אבל מצד שני המדינה כמדינה צריכה להדגיש שזה לא יכול להיות שהאיש הזה רוצה לפגוע בנו [...] ואנחנו נמשיך לשלם לו כאילו הוא אזרח נאמן" (ראו: פרוטוקול ישיבה מס' 51 של ועדת חוקה, חוק ומשפט הכנסת העשרים, 19 (20.10.2015)). ראוי לציין במבט השוואתי, כי בית המשפט העליון של אירלנד, למשל, סבר כי תכליתו של הסדר השולל קצבה סוציאלית מאסירים הוא עונשי באופיו (ראו: P.C. v Minister (for Social Protection) IESC 63 [2017] & ors.). כן ניתן להזכיר כאן את עמדתה של חברתי השופטת (כתוארה

אז) חיות בעניין החיסונים, שקבעה כי בהפחתה של קצבה עקב מעשה או מחדל – באותו עניין, כאמור, הימנעות מחיסון – יש לראות סנקציה (שם, בפסקה 9 לפסק דינה).

63. אינני קובעת כי תכלית גמולית איננה ראויה באופן כללי. אין צריך לומר כי זו אחת התכליות המוכרות בדיני העונשין. שוב, לא זו השאלה שבפנינו. השאלה היא האם התפיסה הגמולית יפה כתכלית של חקיקה סוציאלית בעניינם של קטינים. למעשה, דומה שהדברים הם בבחינת "תרתי דסתרי". מה נותר אפוא מהסולידריות החברתית שכה רבות דובר בה בפנינו? על פניו נדמה כי החוק שבפנינו מגלם תפיסה של מתן "גט כריתות" למי שנמצאים מבחינות מסוימות בשוליה של החברה הישראלית.

64. הרתעה כתכלית במקרה זה? – כאמור, התכלית ההרתעתית הודגשה בראש ובראשונה על-ידי הממשלה ובהמשך על-ידי הכנסת והיו לה לכאורה סימוכין בהליך החקיקה. אם אכן זו התכלית, ויש רגליים לדבר, אף היא מעוררת שאלות. אין ספק שהרתעה מפני ביצוען של עבירות, היא תכלית ראויה ביותר (ראו למשל: ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529, 542 (2002)) – כך בכלל וכך כמובן גם ביחס לעבירות שבפנינו. אולם, כפי שהוזכר בפתח הדברים, גם כאן על בחינת השאלה האם תכלית היא ראויה להיעשות ביחס לחקיקה הספציפית המבקשת לקדם אותה, ולא ברמת הפשטה גבוהה מדי. בענייננו, יש לשאול: האם הרתעה היא תכלית ראויה בהקשר של חקיקה סוציאלית שבמוקדה ניצבים קטינים? והאם היא ראויה כאשר היא מופנית הלכה למעשה כלפי הוריו של מי שביצע את המעשה, מבלי לבחון אם קיים במקרה הקונקרטי קשר בין מעשי ההורים לבחירתו של ילדם הקטין לפעול כפי שפעל? אלה הן שאלות נכבדות. בהתחשב במסקנות שאליהן הגעתי בהמשך, ולנוכח אי-הבהירות הקיימת ממילא בשאלת התכלית, דומה שניתן לקצר בכך.

מבחני המידתיות

65. אפנה כעת לבחינתם של שלושת מבחני המידתיות (ראו: בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 839-840 (2004); עניין איחוד המשפחות, בעמ' 333-322; בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פ"ד סד(3) 122, 176 (2011)).

66. מבחן הקשר הרציונלי – הדיון בשאלת הקשר הרציונלי במקרה זה טבוע בחותמו של הקושי שהוצג קודם לכן ביחס לשאלת התכלית. בין תכלית החקיקה לאמצעי שננקט לקידומה אמור להיות קשר רציונלי. אולם, אם התכלית אינה ברורה, קשה לאמוד את התאמת האמצעי להשגתה. הרושם הכללי שעולה במקרה זה הוא שאם קיים קשר רציונלי

בין התכליות שלפי הנטען עמדו ביסודו של תיקון החקיקה לבין האמצעי, הרי שזהו קשר רופף ביותר.

67. אכן, יש מקום לטענה שהגבלת הזכאות שקובע החוק תצמצם את תחושת הסולידריות החברתית עם משפחותיהם של הקטינים שהורשעו בעבירות. עם זאת, מדינת ישראל ממשיכה "לשדר" סולידריות כלפי אותן משפחות במישורים אחרים של זכאות (שבהם הן מקבלות קצבאות, שלא בזיקה לילד שהורשע בפלילים ונדון למאסר). כך, הפגיעה קיימת ואילו המסר נותר מעורפל ולא ברור.

68. אף הפניית מבט אל המארג החקיקתי הכולל בתחום עבריינות הנוער, שמקנה מעמד של בכורה לשיקולי שיקום, מעורר קושי מהיבט הרציונליות של התיקון שבפנינו. סעיף 1א(א) לחוק הנוער, המונה את העקרונות הכלליים העומדים בבסיסו, מאמץ למעשה תפיסה הפוכה כמעט מזה של התיקון דנן, כזו של "ואף-על-פי-כן" סולידריות חברתית:

"(א) מימוש זכויות של קטין, הפעלת סמכויות ונקיטת הליכים כלפיו ייעשו תוך שמירה על כבודו של הקטין, ומתן משקל ראוי לשיקולים של שיקומו, הטיפול בו, שילובו בחברה ותקנת השבים, וכן בהתחשב בגילו ובמידת בגרותו (ההדגשות הוספו – ד' ב' א')."

כיצד הדברים מתיישבים אלה עם אלה – אתמהה.

69. זאת ועוד: אני תוהה אם הבחירה להחיל כלל מעין זה (של שלילת זכאות סוציאלית) ביחס לעבירות שצוינו בתיקון מקיימת קשר רציונלי עם התכלית של יצירת סולידריות חברתית. אין ספק שפגיעתן של עבירות אלה בסולידריות החברתית היא קשה מאד. מעידה על כך, בין השאר, מדיניות הענישה המחמירה הנוהגת ביחס אליהן. אולם, האם ההתמקדות בהן בלבד כאשר מדובר בקטינים אינה נותנת בה בעת גושפנקה לסולידריות עם קטינים שעוברים עבירות קשות לא פחות (והוריהם)? האם עבירות של רצח ואלימות קשה אחרת, או עבירות מין למשל, פוצעות את הרקמה החברתית של מדינת ישראל באופן אנוש פחות? למעשה, היו אלה דווקא עבירות ההפקרה ("פגע וברח") אשר נדונו כדוגמה מובהקת לפגיעה בערך הסולידריות (ראו למשל: רע"פ 3626/01 ויצמן נ' מדינת ישראל, נו(3) 187, 229 (2002)). אולם, עליהן התיקון שבפנינו אינו חל, כידוע. אף אין יסוד לקבוע כי התדירות שבה מבוצעות למצער חלק מהעבירות האחרות שצוינו כאן היא פחותה. שאלות אלה אף מתחדדות לנוכח העובדה שתיקון החוק מעמיד על גבי אותה דיוטה את ההתנהגות העבריינית של ידוי אבנים (גם כאשר

אינה מלווה בפגיעה נוספת, ומבלי לגרוע מחומרת הדברים) עם עבירות אחרות המוגדרות בחוק כעבירות ביטחון ושלחן חומרה מופלגת – ובכלל זה ריגול ואף רצח. על כולן חל החוק במידה שווה.

70. התכלית ההרתעתית מעוררת אף היא שאלות במישור של רציונליות האמצעי שננקט. ביסודה של התכלית ההרתעתית שלה טענה הממשלה עומדת ההנחה שהחקיקה דנן צפויה לפעול כ"תמריץ" יעיל שיגרום להורים למנוע מילדיהם הקטינים לבצע עבירות ביטחון. הממשלה טענה כי התמריץ האמור יוביל לכך שהורים ישפיעו על ילדיהם שלא לבצע עבירות ביטחון. לצד זאת, היא עצמה הודתה בכך שהנחה זו לא מבוססת על מחקר כלשהו, אלא על "עבודה אמפירית" שערכה משטרת מחוז ירושלים (שעוגנה בתעודת עובד ציבור שהוגשה; ראו עמ' 15 לפרוטוקול הדיון בפני ההרכב המורחב מיום 3.7.2018). כן צוין כי זהו "עניין של שכל ישר" (שם, בעמ' 16). לא ברור מהי טיבה של אותה עבודה אמפירית, וגם כעניין של "שכל ישר" ניתן בנקל להטיל ספק בהנחה זו (ראו והשוו: בג"ץ 7146/12 אדמ נ' הכנסת, פ"ד סו(1) 717, 805-503 (2013)). מה בנוגע לקטין שגדל ב"משפחת פשע", או שאביו או אחיו מעורבים בפלילים? האם לא ניתן לטעון שגם במקרים אלו עלול הקטין להיות מושפע מגישתם העבריינית ואף לחוש מחויבות לקחת בה חלק? מנגד, האם בהכרח ניתן להכליל ולומר שכל קטין שמיידה אבנים פועל ביודעו שהוריו תומכים או מתנגדים לפעילותו? ומה בדבר הורים המגדלים את ילדיהם בתנאים של מצוקה – כאשר ההורים נעדרים מן הבית לצורך עבודה למשך שעות ארוכות? האמנם מדובר בהכרח בשאלה של רצון טוב מצד ההורים? יש לציין כי שאלה זו, המתמקדת בזיקתם של ההורים לביצוע העבירות, מייחדת את המקרה שבפנינו מן ההסדרים החלים, למשל, על בגירים שביצעו עבירות בעצמם (לפי הוראות אחרות בסעיפים 325-326 לחוק הביטוח הלאומי), ומבלי למצות את הדיון בהן.

71. מכיוון אחר, ניתן לתהות: אם הקצבה נשללת בכל מקרה שבו הורשע הקטין ונגזר עליו עונש מאסר – מבלי שמתאפשר להורים להראות כי ניסו להניא את ילדיהם מן המעשה, או כי לא הייתה להם כל ידיעה עליו – האם הערך ההרתעתי לא נפגם מאליו? אם כן, עיון בדברים מעורר ספק משמעותי ביחס להנחה ששלילתן של קצבאות ילדים ממשפחות מסוג זה צפויה להועיל, וזאת בלשון המעטה. בנושאים כה כבדי משקל, המשליכים על זכויות, אני סבורה כי לא ניתן להסתפק בהנחות המבוססות על ה"שכל ישר". אכן, מטבעם של הליכי חקיקה שהם נדרשים להכרעות מדיניות שאינן מבוססות רק על הנחת תשתית עובדתית. אולם, הביסוס הראייתי הופך להיות חשוב כאשר החקיקה היא בעלת אפקט של פגיעה בזכויות יסוד.

72. מעבר לכך, כידוע, הרתעה היא אחת התכליות המוצהרות של ההליך הפלילי. על כן, הדין הפלילי מקנה כלים ברורים וייעודיים לקידומה. אם הממשלה אכן סבורה שיש "מכת מדינה" בתחום שהדין הפלילי חל עליו – נקיטת צעדים הרתעתיים המותאמים לתחום משפט זה, כדוגמת קנס או התחייבות להימנע מעבירה (אף בסכומים משמעותיים יותר מבחינה כספית), הייתה עומדת באופן נהיר יותר בדרישת "הקשר הרציונלי". הדברים אמורים מבלי לנקוט עמדה באשר לשאלה האם אכן ראוי לנקוט צעדים אחרים במישור הדין הפלילי ומהם הצעדים שראוי לנקוט – אלא אך להדגיש את הקושי העולה מטענות הממשלה.

73. חברי השופט סולברג סבור כי ממילא חקיקה סוציאלית נועדה לקדם מכלול תכליות-משנה חברתיות, ועל כן לא ניתן לומר כי התכלית של מאבק בעבירות טרור היא בלתי רלוונטית לחוק הביטוח הלאומי. בהקשר זה הוא מפנה לדבריה של חברתי הנשיאה בעניין החיסונים (פסקה 145 לפסק דינו). ראשית, איני סבורה כי יש בדברים אלה כדי לבסס את מסקנתו. אכן, חברתי הנשיאה עמדה בעניין החיסונים על כך שהמחוקק רותם לעיתים את החקיקה הסוציאלית למאבק בתופעות הנתפסות כשליליות. עם זאת, התייחסותה שם נגעה לתופעות שליליות השייכות לאותו עולם תוכן – עולם הרווחה והטיפול בפרט. התכלית שבה עסק בית משפט זה בעניין החיסונים, כמו גם התכליות שאותן הזכירה חברתי הנשיאה בפסק דינה באותו עניין – קידום האינטרס בהולדת ילדים בבתי חולים, ביצוע בדיקות מי שפיר של נשים הרות בגילאים מסוימים ועידוד השתלבותם של אנשים עם מוגבלות בשוק העבודה – הן כולן רלוונטיות ביותר לתחום הסוציאלי (ראו: שם, בפסקה 4 לפסק דינה). שנית, ההתייחסות הכללית לתכלית של מאבק בטרור, שלא ניתן להגזים בחשיבותה, מטשטשת את השאלה שבפנינו – האם ההסדר שחל על הורים לקטינים שביצעו עבירות מסוימות, ואין כל הוכחה למעורבותם בכך, אכן תורם להרתעה. המינוח מאבק בטרור הוא כללי מדי, ולא ניתן להסתפק בו.

74. אם כן, לסיכום, הקשיים שהתעוררו במישור התכלית ממשיכים להטיל צל אף על בחינת הקשר הרציונלי בין האמצעי לתכלית. עם זאת, לנוכח אי-ההכרעה בשאלת התכלית, אדרש גם למבחני המידתיות הנוספים.

75. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה – האם ניתן היה לנקוט באמצעי אחר, שפגיעתו פחותה, על מנת להשיג את תכליות החקיקה?

76. כבר בפתח הדברים, ראוי לציין כי עיון בפרוטוקולים של הדיונים שהתקיימו בכנסת מלמד שלא נעשתה בהם בחינה ממשית של חלופות כלשהן שיאפשרו פגיעה מידתית יותר – לא בדיון היחיד שנערך בהצעת החוק בוועדת החוקה, חוק ומשפט ולא

בדיונים במליאת הכנסת שבהן התקבל החוק בקריאות השונות. למעשה, בדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט הועלו בעיקרו של דבר שתי אפשרויות באשר לשינויים אפשריים בהצעת החוק. האחת – של נציג משרד המשפטים, עו"ד שי סומך, שציין כי הממשלה התלבטה אם להחיל את ההסדר המוצע על כל עבירה או רק על עבירות ביטחון (ראו: פרוטוקול הדיון בוועדת החוקה, עמ' 13); והשנייה, של ח"כ אוסאמה סעדי, שהציע לקבוע את התיקון לחוק הביטוח הלאומי כהוראת שעה ולא כחקיקה קבועה (שם, בעמ' 40). שתי הצעות אלה, כאמור, לא נדונו באריכות בוועדה וממילא לא התקבלו.

77. לאמיתו של דבר, ניתן גם ניתן להעלות על הדעת אמצעים חריפים פחות להשגת התכליות שלשמן נחקק החוק, דוגמת ערבויות שיפקידו ההורים או התחייבויות של הקטינים עצמם להימנע מביצוע עבירה. בבג"ץ 591/88 טאהה נ' שר הביטחון, פ"ד מה(2) 45 (1991) (להלן: עניין טאהה), למשל, נתקפה חוקיותו של צו שהוציא המפקד הצבאי אשר איפשר להטיל על הורה לקטין המצוי מתחת לגיל האחריות הפלילית חובה להפקיד ערובה כספית, מקום שקיימות ראיות לכאורה למעורבותו של ילדו במעשי עבירה. הערובה הכספית תמומש, כך נקבע בצו, אם יבצע הקטין עבירות נוספות בתקופה שלגביה ערבות זו ניתנה. פסק הדין קבע כי אין בצו ובהסדר הגלום בו משום חוסר סבירות המצדיק התערבות, וזאת בפרט בהתחשב בנסיבות המיוחדות בהן ניתן – על רקע האירועים הקשים של האינתיפאדה הראשונה. עם זאת, חשוב לשים לב לכמה מאפיינים של ההסדר שנדון בעניין טאהה, הרלוונטיים לבחינת המידתיות בענייננו. ראשית, כאמור, ההסדר חל רק במקרים שבהם לא ניתן לעשות שימוש במשפט הפלילי (שכן מדובר בקטינים המצויים מתחת לגיל האחריות הפלילית, שאף ניתן להניח ולצפות שמידת האחריות והמעורבות של הוריהם תהיה ככלל משמעותית יותר). שנית, מדובר בהסדר "דו-שלבי", שהשלב הראשון בו הוא הפקדת ערובה והשלב השני הוא מימושה רק במקרה שהקטין ביצע עבירה נוספת, תוך מתן אפשרות להורה לפעול בטווח שבין שני השלבים. שלישית, הצו קבע מנגנון של ערר שאפשר להורה שהוטלה עליו ערובה להשיג הן על עצם חיובו בערובה והן על גובה ההתחייבות הכספית או העירבון (שם, בעמ' 50). רביעית, נקבע בצו כי מימוש הערובה לא ייעשה באופן אוטומטי, אלא יהא נתון לשיקול דעתו של בית המשפט, אשר ככלל לא יורה על מימוש הערובה אם "הראה ההורה, להנחת דעתו של בית המשפט, כי עשה את כל הדרוש כדי למנוע מהקטין לעשות מעשה נוסף כאמור" (שם, בעמ' 51). לשם השוואה, מן הראוי להזכיר כי ככלל ההסדר הנוהג בישראל ביחס לענישה באמצעים כלכליים בהליך הפלילי כולל התחשבות במצבו הסוציו-אקונומי של המורשע (ראו למשל: סעיף 40 לחוק העונשין, הקובע כי בקביעת מתחם העונש ההולם לצורך השתת קנס בית המשפט יתחשב במצבו הכלכלי של הנאשם). כן

ראו: ע"פ 1274/12 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 20-22 (4.7.2013); רע"פ 8182/18 מושיא נ' מדינת ישראל, פסקה 96 לפסק דיני (18.2.2020).

78. פסק הדין בעניין טאהה מלמד אפוא כי ניתן היה לאמץ במסגרת ההסדר הקבוע בסעיף 325(ב) לחוק הביטוח הלאומי שלל מנגנונים מאזנים שיאפשרו פגיעה מידתית יותר בזכויות, אולם לא כך נעשה. למעשה, סעיף 325(ב) לחוק בנוסחו הנוכחי קובע מעין חזקה חלוטה ביחס לאחריותם של ההורים על מעשי ילדיהם. בית משפט זה הבהיר בעבר כי בניסוחה של חקיקה ראשית ראוי להימנע מקביעה של חזקות חלוטות, שעל-פי רוב כרוכה בהן פגיעה בלתי מידתית בזכויות (ראו: בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782 (2012) (להלן: עניין חסן). כן ראו: ע"מ 5017/12 אמזלג נ' עמידר, החברה הלאומית לשיכון בישראל בע"מ, פסקה 8 לפסק דיני (29.1.2013); רע"א 4036/16 קבוצת בראל נכסים בע"מ נ' בנימין, פסקה 23 לפסק דיני (20.7.2016)). דברים אלה נאמרים במלוא הזהירות, מאחר שגם קביעתה של חזקה ניתנת לסתירה בנסיבות אלה אינה נקייה מספקות, בהתחשב במחקרים המלמדים על כך שלעתים ההשפעה היחסית של הורים על עבריינות של בני נוער היא קטנה ואף שולית, בהתאם לסוג העבירות שבהן מדובר ולמאפייני סביבה וחברה (ראו למשל: Michelle L. Casgrain, *Parental Responsibility Laws: Cure for Crime or Exercise in Futility?*, 37 *Wayne L. Rev.* 161 (1990). בהקשר זה, ראו גם: *Hensler v. City of Davenport*, No.09-0608 (2010), שם פסל בית המשפט העליון של מדינת איווה בארצות הברית חוק שהטיל אחריות פלילית מן הסוג של "אחריות הורית" על בסיס של חזקה הניתנת לסתירה).

79. לשם השוואה, ראוי לציין כי גם בהקשרים אחרים הגישה הנוהגת בחקיקה ביחס להטלת אחריות בגין מעשים שלא נעשו על-ידי האדם עצמו כוללת מתן אפשרות לאותו אדם להוכיח כי בנסיבות העניין אין מקום להטיל עליו אחריות. זאת, משום שעמד בחובה המוטלת עליו ובכל זאת לא הצליח למנוע את המעשה. אלה הם פני הדברים, למשל, בכל הנוגע להטלת אחריות פלילית על נושא משרה בתאגיד בגין עבירות מתחום ההגבלים העסקיים. סעיף 48 לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 קובע בעניין זה כי "נעברה עבירה לפי חוק זה בידי תאגיד או בידי עובד מעובדיו, חזקה היא כי נושא משרה בתאגיד הפר את חובתו לפי סעיף קטן (א), אלא אם כן הוכיח כי עשה כל שניתן כדי למלא את חובתו".

80. לסוגיות שנדונו בהקשרו של מבחן הקשר הרציונלי יש משמעות גם לצורך בחינת החלופות להסדר שנקבע. כך למשל, ניתן לחשוב על החלופה של ענישה כספית נוספת במסגרת ההליך הפלילי עצמו, ואף באופן שמערב במידה מסוימת את ההורים,

כפי שניתן ללמוד מן החקיקה עצמה. סעיף 26 לחוק הנוער, לדוגמה, מסמיך את בית המשפט שמצא כי קטין ביצע עבירה אך בחר שלא להרשיעו, להטיל סנקציות כספיות (תשלום קנס, הוצאות משפט או פיצוי לקורבן העבירה) על הורה, לאחר שניתנה להורה הזדמנות נאותה להשמיע טענותיו (ראו סעיפים קטנים (3), (7) ו-(8) לסעיף זה). יש לציין שבעבר נטען כי השימוש באמצעי זה נעשה בעיקרו של דבר במקרים שבהם "נראה בעליל שהסתבכות הקטין בביצוע העבירה נבעה בין היתר מהזנחה בלתי סבירה של ההשגחה והטיפול בו מצד הוריו, או אפילו בעידודם". כלומר, במקרים שבהם "האחריות הטכנית פורמלית מוטלת אמנם על הקטין שביצע את העבירה, אך מעשה ההורה או מחדלו גרמו לכך ואחריותו הבלתי ישירה מתגלה במהלך הדיון" (ראו: אלי שרון "ההורים והקטין עובר החוק" פלילים ד 263, 277 (1993)).

81. לא זו אף זו: בשנת 2015 – לצדו של חוק העונשין (תיקון 120 והוראת שעה), התשע"ו-2015 שכלל את התיקון הנדון בפנינו – נדון בכנסת תיקון חוק אחר בנושא קרוב – חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) (תיקון מס' 20), התשע"ו-2015. תיקון זה הרחיב את האפשרות לחייב הורה של קטין בתשלום קנס, הוצאות משפט או פיצוי, או לקבל ממנו התחייבות גם למקרה שבו הקטין הורשע בעבירה ונגזר דינו, בנוסף לעונש שהוטל על הקטין, "אם מצא כי קיימות נסיבות המצדיקות לעשות כן" (ראו: סעיף 24א לחוק הנוער). הרקע לדברים היה רצונו של המחוקק להתמודד עם מקרים שבהם "ההורה אינו מגלה כל מעורבות בחיי ילדו או במעשיו, או במקרים שבהם ההורה מעודד את ילדו לביצוע העבירות. הדבר יכול לבוא לידי ביטוי למשל, בהעלמת עין של ההורים שיודעים כי בנם נוהג בטרקטור בלא רישיון ומסכן בכך חיי אדם, או בתופעה של יידוי אבנים על ידי קטינים, על רקע אידיאולוגי" (ראו: דברי הסבר להצעת חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) (תיקון מס' 20) (דרכי טיפול לאחר הרשעה), התשע"ו-2015, ה"ח הממשלה 88). סעיף 29 לחוק הנוער מוסיף וקובע כי בכל מקרה לא יינתן צו שיש בו כדי לחייב את הורה הקטין מבלי שניתנה לו הזדמנות נאותה להשמיע טענותיו.

82. אין בדברים אלה כדי ללמד שיש בהכרח עדיפות למסלול הפלילי. הטלת סנקציה על מי שלא עבר את העבירה בעצמו מעוררת קשיים אחרים. אולם, בהקשר הנוכחי חשובה העובדה שמדובר בהסדר הכולל התייחסות לבחינת הנסיבות הקונקרטיות של מעורבות ההורה, תוך הענקת זכות טיעון וכן התאמת הסנקציה לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. בשונה מכך, סעיף 325(ב) לחוק במתכונתו הנוכחית גוזר כאמור לעיל גזירה שווה ביחס לכל מי שמורשע בעבירת בטחון שעליה החוק חל, תהא זו קלה כחמורה, וכן אינו מתייחס לשאלת אחריותם ומעורבותם של ההורים בפועל או למצבה הכלכלי של המשפחה. קשה לומר שזהו האמצעי שפגיעתו פחותה.

83. מבחן המידתיות במובן הצר – המשיבים טוענים כי סעיף 325(ב) לחוק עומד בדרישותיו של מבחן זה, בהתחשב בהיקף המוגבל של שלילת הזכאות הסוציאלית שבה מדובר בתקופה שבה שווה הקטין בכלא ובה בלבד. אולם, לאמיתו של דבר, ככל שהחוק צפוי לחול גם על משפחות החיות בפריפריה החברתית והכלכלית של ישראל, הרי ששלילת הזכויות עשויה להיות משמעותית ביותר מבחינתן. אפשר אף לומר שזוהי הנחה שהחוק עצמו מבוסס עליה – הדעת נותנת שלא היה נבחר אמצעי שהמחוקק מניח כי אינו משמעותי מבחינת הנוגעים בדבר. הדברים אמורים בפרט כאשר מובאת בחשבון העובדה שאין מדובר רק בשלילת קצבת הילדים, שעמדה אמנם במוקד הדיון, אלא גם בשלילת הזכאות לתוספת עבור הקטין לקצבאות חשובות אחרות, ככל שההורה זכאי להן – גמלת הבטחת הכנסה, גמלת מזונות, קצבת נכות, קצבת שאירים, קצבת תלויים וקצבת זקנה. יתר על כן, שלילת הזכויות עשויה להיות קשורה באופן הדוק גם לרווחתם של הקטינים שמדובר בהם, מבחינת יכולתה של המשפחה להשקיע כספים בביקורים ובטיפול רווחתם באופן צנוע גם בזמן שהייתם בכלא. ניתן להוסיף, כי הניסיון המצטבר בארצות הברית מהפעלתה של חקיקת משנה מוניציפלית שראתה בהורים אחראים למעשי ילדיהם (למשל, בהקשר של פינוי מדור בשל התנהגות לא ראויה של הילדים) מלמד על פגיעות יתר של משפחות מוחלשות לסנקציה (ראו: Sarah Swan, *Home Rules*, 64 DUKE L.J. (2015) 823, 872-873).

84. במבט רחב יותר, ראוי להזכיר כי קצבאות וגמלאות נוספות הניתנות על ידי המוסד לביטוח לאומי להורי קטינים כבר הוכרו כאמצעים למימוש הזכות לחיים בכבוד (ראו והשוו: עניין חסן, בעמ' 875-876). זהו שיקול נוסף שיש להביא בחשבון כאשר נבחנת עוצמת הפגיעה בזכויות של תיקון החוק שבפנינו. מאחר שבחוק התגלו כאמור קשיים נוספים, כפי שמעלה הדיון במבחן השני של המידתיות, איני רואה להכריע אף ביחס למבחן השלישי שבדרך בנוי כ"קומה שניה" על גביו, והדברים אמורים במידה רבה למעלה מן הצורך.

סוף דבר

85. הגעתי אל סופה של הדרך. עבירות ביטחון הפוגעות באזרחים תמימים הן קשות. הדברים כה ברורים מאליהם שכמעט אין צורך לומר זאת. אולם לא הייתה זו שאלת חומרתן של העבירות שהונחה בפנינו. השאלה שנדרשנו לבחון נוגעת אך להוראה השוללת חלק מן הזכאות הסוציאלית של משפחות שילדיהן הקטינים הורשעו בעבירות כאלה ונדונו לעונשי מאסר. המסקנה שאליה הגעתי היא שהסדר זה פוגע בשוויון החוקתי, וכי פגיעה זו אינה עומדת בדרישותיה של פסקת ההגבלה. ראשית, הצבעתי על

כך שאין בתיקון הסמכה מפורשת של בעל תפקיד מסוים לקבל את ההחלטה, הסמכה שאף הייתה מבהירה כיצד היא תתקבל (לנוכח הצורך להחליט ביחס ליסודות עובדתיים שההכרעה בהם אינה נדרשת תמיד בהליך הפלילי עצמו). בכל הנוגע לתכלית החקיקה מתעוררות שאלות לא פשוטות, בין השאר משום שהתכלית עצמה נותרה לא-בהירה במידה לא מבוטלת. השאלות הנוגעות לתכלית משליכות ממילא על הדיון בשאלת הקשר הרציונלי בין האמצעי לתכלית. מכל מקום, בנסיבות העניין, ניתן היה להותיר את מכלול השאלות הנוגעות בכך בצריך עיון. מבחינתי העיקר במקרה זה הוא הדיון במבחן המשנה השני של המידתיות. הליך החקיקה עצמו מלמד כי לא נבחנה השאלה של אמצעים חלופיים, וממילא דומה שהאמצעי שנבחר אינו כזה שפגיעתו פחותה.

86. יצוין כי לקראת השלמת כתיבתם של דברים אלה הונחה בפנינו בקשה למתן צו ביניים שלפיו ההסדר הקבוע בחוק לא יופעל בשל השלכותיו הצפויות על משפחות שחוות קשיים כלכליים ממילא בשל משבר הקורונה. המשיבים טענו כי דין הבקשה להידחות, בהדגישם כי נכון לעת הזו הלכה למעשה סעיף 325 לחוק הוא "אות מתה", בשל קשיים יישומיים בהפעלתו. בנסיבות אלה, נדחתה הבקשה לצו ביניים. אולם, לא זה העיקר כעת. הנתונים שמסרה הממשלה עוררו כמובן התלבטות: אם אכן מדובר בסעיף חוק שאינו מופעל, האם נכון להשתמש ב"תותחים הכבדים" ביותר המצויים ברשותו של בית המשפט ולהורות על בטלותו של חוק? לו סברתי שהדבר אפשרי, הייתי מעדיפה להימנע מכך. אולם, עם כל הצער, דומה שאין מוצא מלהשיב על שאלה זו בחיוב, משני טעמים השלובים זה בזה. הטעם הראשון הוא בעל אופי מעשי: בד בבד עם הצהרתה כי החוק אינו מיושם בעת הזו, הדגישה הממשלה כי בכוונתה לקדם את תיקונו על מנת לאפשר את הדבר. הטעם השני, השלוב בכך, הוא עקרוני: ככלל, מצב הדברים הנוכחי אינו מחייב את המדינה, והוא אינו מבטיח כי כך יישאר.

87. לקראת סיום אעיר, בקיצור נמרץ, בהתייחס להערותיו הנוספות של חברי השופט סולברג, כי דווקא פסק הדין בעניין לה"ב שאליו הוא בחר להתייחס אינו מדגים לשיטתי מצב שבו נעשה שימוש בקריטריון מתייג. התייחסות לרמת הכנסה גבוהה אינה כרוכה בסטריאוטיפ חברתי שלילי. ייתכן שאפשר לדון במקרה זה מן הפריזמה של שרירות. מכל מקום, את השקפתי פרסתי במישור העקרוני, ולא דווקא בהתייחס לפסק דין קונקרטי כזה או אחר.

88. אם כן, אני סבורה שדין העתירה להתקבל, כך שהצו על-תנאי יהפוך למוחלט. לו תישמע דעתי, נורה על בטלותו של סעיף 325(ב) לחוק הביטוח הלאומי. אין צריך לומר כי דרכן של הכנסת והממשלה לחוקק הסדר שהולם את אמות המידה החוקתיות של שיטתנו נותרת פתוחה.

89. טרם חתימה, משהציעה חברתי הנשיאה כי נורה על השעיית מועד הבטלות של פסק דיננו למשך תקופה של שנה, אני מצטרפת לעמדה זו מטעמים מעשיים. אני עושה כן גם בשים לב לפרטים הנוגעים לאופן יישומו של החוק עד כה. מכל מקום, מנקודת מבטי, וכפי שצינתי בפסקה 47 לעיל, צריך יהיה לעשות שימוש מושכל בפרק זמן זה על מנת לשקול את ההסדר הסטטוטורי לא רק בהיבט ההסמכה, שנזכר בתגובות המשיבים, אלא גם ביחס למכלול ההיבטים הנוספים העולים מפסק דיננו.

ש ו פ ט ת

השופט י' עמית:

1. מונחות לפני חוות דעתו של חברי השופט נ' סולברג וחוות דעתה של חברתי השופטת ד' ברק-ארז ואני מסכים לתוצאה אליה הגיע חברי ולפיה דין העתירה להידחות. התקשיתי לזהות פגיעה של ממש בזכות יסוד, כך שלגישתי, הדרך הארוכה בה הילכו חברי צריכה הייתה להסתיים כבר בשלב הראשון. זו הסיבה בגינה בחרתי לקצר בפסק דיני, מבלי להידרש לסוגיות עקרוניות לגבי הזכות לשוויון, נושא שחברי התייחסו אליו בהרחבה.

2. האם החוק כשלעצמו פוגע?

התשובה לכך היא שלילית. אין חולק על ההיגיון לפיו מי שנמצא במאסר וכלכלתו מוטלת ממילא על המדינה, אינו זכאי לתשלום גמלה, כפי שנקבע בסעיף 325(א) לחוק הביטוח הלאומי, התשנ"ה-1995: "הנמצא במאסר על פי פסק דין של בית משפט שדן אותו למאסר של שלושה חודשים או יותר, לא תשולם לו כל גמלה בעד הזמן שהוא במאסר".

היגיון כלכלי זה, המונע כפל תשלומים, בא לידי ביטוי גם בתחומי משפט אחרים. כך, בדיני הנזיקין, בעת חישוב הנזק, בית המשפט לוקח בחשבון כי במהלך תקופת השירות הצבאי כלכלתו של החייל מוטלת על הצבא, ולכן החישוב בתקופה זו נעשה לפי שליש ידה (ראו, מבין רבים, ע"א 4513/09 הדר חברה לביטוח בע"מ נ' קרואני, פסקה 6 (25.8.2011)). בדומה, כאשר הניזוק שוהה במוסד המספק לו את כל צרכיו, בית המשפט לוקח זאת בחשבון ומנכה מהפיצוי את ההוצאות הנחסכות (ראו, לדוגמה, ע"א 2341/04 מנורה חברה לביטוח בע"מ נ' אלקה גלבוע (22.11.2005)).

היגיון כלכלי זה חל גם על אסירים-קטינים. קצבת הילדים הנשללת נעה בין 150-185 ₪ לחודש. החיסכון הכלכלי למשפחה עקב מאסרו של הקטין, מן הסתם גבוה מסכום זה, ולמיצער, אינו נמוך מסכום זה. לכן, בחישוב כלכלי טהור, אין פגיעה כספית במשפחה, או שמדובר בפגיעה זניחה בלבד. ודוק: הדגש הוא על ההיבט הכלכלי גרידא, וברי כי המשפחה שבנה נמצא מאחורי סורג ובריח הייתה מוותרת בשמחה על "החיסכון" ומעדיפה כי בנה יחזור לחיק המשפחה.

3. בנקודה זו אסביר מדוע הדיון בסוגיה שבפנינו אינו "מידתי", במובן זה שהוא חורג לטעמי ממידותיו הראויות.

הנתונים האמפיריים שהציגה בפנינו הממשלה (סעיפים 25-26 לפסק דינו של השופט סולברג) מלמדים על כך שמאז כניסתו של החוק לתוקף לפני חמש שנים, נשללו גמלאות של שבעה קטינים, בסכום של 150 ₪ לחודש. לגבי שלושה מהם, נשלל גם מענק לימודים בסך של 1,003 ₪ לשנה. אם נחלק סכום זה ל-12 חודשי השנה, הרי שההפסד החודשי הנוסף שנגרם להם עומד על כ-83 ₪, קרי, נשללה מהוריהם קצבה של כ-233 ₪ לחודש. החוק בו מדובר, הביא אפוא לשלילת קצבאות של שבעה קטינים, בסכום כולל של 1,300 ₪ לחודש ($233 \times 3 + 150 \times 4$), רחוק מאוד מתחת לסכום התקרה של תביעות קטנות.

ודוק: אין ליבי גם בסכומים אלה, "וכבר נפסק כי משנפגע אינטרס ישיר של העותר, אין בודקים את שיעורו, כי גם במשפט החוקתי דין פרוטה כדין מאה" (בג"ץ 26/76 בר-שלום נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד לא(1) 804, 796 (1977)), אך הדברים שם נאמרו לעניין זכות העמידה). אלא שדין פרוטה אינו כדין מאה. בתחום הפלילי "אכן, דין פרוטה כדין מאה בכל הקשור להרשעה. אך לא כן הדברים באשר לגזר הדין" (ע"פ 5529/12 אהרון אוהב ציון נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (9.11.2014)). בתחום האזרחי וסדרי הדין, לא בכדי אין זכות ערעור על פסק דינו של בית המשפט לתביעות קטנות אלא רשות ערעור (וכן ראו רע"א 9615/05 שממש נ' פוקצ'טה, פסקה ה(2) (5.7.2006)); ולא בכדי בערעור על פסק דינו של בית משפט השלום בסכום של עד 300,000 ₪ יושב דן יחיד (עוד בהקשר זה ראו יצחק ברט "האמנם דין פרוטה כדין מאה?" פרשת השבוע 435 פרשת יתרו (התשע"ד)).

4. כך ראוי גם במשפט החוקתי והמינהלי, "ולאומר כי אל-לנו לבוז לקטנות - שהרי גם גדולות תחילתן בקטנות - נשיב: אנו על המשמר יומם-וליל, וחזקה עלינו כי נדע לבור את הבר ואילו את המוץ נפיץ אל הרוח" (דברי השופט חשין בבג"ץ 606/93

קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1, 18 (1994)). נקודת המוצא היא כי "הכרזה על בטלותו של חוק או חלק ממנו היא עניין רציני. לא על נקלה יעשה כן השופט" (בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 386 (1997)). בבוא בית המשפט לפסול חוק, וכבר במסגרת השלב הראשון בבחינת חוקתיותו של החוק, על בית המשפט לקחת בחשבון כי לא כל פגיעה קלה מצדיקה כניסה אל תוך מסלול הבדיקה החוקתית (פגיעה ← פסקת הגבלה ← סעד). ועיקרו של דבר. החוק כשלעצמו ובבדידותו, כפי שנאמר לעיל, אינו פוגע בכיסן של המשפחות נוכח ה"חיסכון" בכלכלת הקטין שנמצא מאחורי סורג וברית. כאמור, הרציונל של מניעת "כפל מימון" חל מזה שנים לגבי אסירים בגירים. אילו נשללה קצבת הילדים עבור כל קטין השוהה בכלא, ללא קשר לעבירה שביצע, ספק אם היה לעותרים פתחון פה, לאור רציונל זה.

במילים אחרות, הפגיעה במקרה דנן, רחוקה מליבת הזכות:

"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" (דברי השופט ע' פוגלמן בבג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782, 854 (2012)).

לכן, לדידי, אנו נעצרים בשלב הפגיעה, בהיותה פגיעה קלה וזניחה, שאינה מצדיקה הפעלת "תותח" בדמות פסילת חוק.

5. בנקודה זו באה הטענה לפגיעה בשוויון. גם הפליה שבאה לידי ביטוי בשקל אחד, עלולה לפגוע בשוויון ובכבוד האדם. כאשר ראובן נדרש לשלם שקל אחד יותר משמעון, אך ורק בשל מוצאו, דתו, נטיותיו המיניות וכיו"ב, אזי לפנינו הפליה 'גנרית' הנמצאת 'בגרעין הקשה' של ההפליה, על אף שמדובר בשקל אחד בלבד.

ברם, לא מצאתי אי שוויון במקרה שבפנינו, בוודאי לא כזה הפוגע בכבוד האדם, כך שממילא לא מצאתי פגיעה בזכות החוקתית לשוויון (והשוו למסקנתה של השופטת (כתוארה אז) א' חיות בעניין החיסונים ולפיה ההבחנה שנקבעה בחוק הביטוח הלאומי בין הורים שחיסנו את ילדיהם להורים שנמנעו מלעשות כן לצורך הפחתה בקצבת הילדים אין בה משום פגיעה בזכות החוקתית לשוויון - בג"ץ 7245/10 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה, פ"ד סו(2) 442, 540 (2013)).

6. ככל שהטענה היא לאי שוויון בין ערבים לבין יהודים, הרי שמעמידים את המחוקק בחזקתו כי לא ביקש להפלות. חזקת-התכלית לפיה המחוקק לא ביקש לפגוע בזכויות אדם (אהרון ברק פרשנות במשפט - פרשנות החקיקה כרך שני 566 (1993)), היא כלל פרשנות הנקוט בידינו מזה ימים ימימה: "כאשר הוראה של החוק החרות ניתנת לשני פירושים, נעדיף אותו פירוש המקיים את שוויון הכל בפני החוק..." (בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698 (1969); בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 500 (1996); בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749, 763 (1990); בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221, 274 (1988); בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 618 (1986); בג"ץ 953/87 פורז נ' שלמה להט, ראש עיריית תל אביב-יפו, פ"ד מב(1) 309, 329-332 (1988); בג"ץ 7115/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 500 (1996); ע"א 3350/04 מנכ"ל משרד הפנים נ' שנון, פסקה 17 (13.6.2007); ע"מ 4105/09 עיריית חיפה נ' עמותת העדה היהודית הספרדית בחיפה, פסקאות 25, 46 ו-49 (2.2.2012); רע"א 10011/17 מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן, פסקה 42 (19.8.2019)).

אף אם כוונת המחוקק הסובייקטיבית הייתה להחיל את החוק על קטינים ערבים בלבד, הרי שלאחר שיצא החוק מכבשנו של המחוקק, לחוק חיים משל עצמו והוא "עיוור צבעים". לחוק חיים משל עצמו, ואין למצוא בו תיוג או "סיווג חשוד". ידועה אמרתו של השופט חיים כהן בהקשר של אי חוקיות בדיני חוזים כי "אילו הייתי מחפש אי חוקיות, על אמונתי שהייתי מוצאה! אבל לא זו בלבד שאין אני מחפש אי חוקיות, אלא מחפש אני דרכים שלא למצאה!" (ע"א 41/75 נילי נ' שלומי, פ"ד ל(2) 3, 7 (1976)), וכדברי השופט חשין "שימת אי חוקיות על חוזה הינה מעשה של קצה וכלל הוא שאין נדרשים למעשה של קצה אם ניתן להיזקק למעשה-של-אמצע" (ע"א 1569/93 מאיה נ' פנפורד (ישראל) בע"מ, פ"ד מח(5) 705, 737 (1994)). כך לגבי חוזה וכך גם לגבי חוק. איננו צריכים לחפש "סיווג חשוד" אלא לחפש דרכים שלא למוצאו ולחזור ולהעמיד המחוקק בחזקתו. חברתי הצביעה על ההרשעה בפלילים כקריטריון מבחין מתייג והצביעה על המספר הגבוה יחסית של קטינים מקרב האסירים הבטחוניים שהם אזרחי המדינה או תושביה (150), לעומת המספר הנמוך של קטינים יהודיים (6). התקשיתי לרדת לסוף דעתה, שהרי התיוג הוא אינהרנטי להרשעה.

אם סבורים העותרים כי האכיפה של החוק אינה שוויונית, הרי שהבעיה אינה בחוק, אלא בדרך יישומו. כפי שעולה מהנתונים שהוצגו בפנינו, גם קטינים יהודים אינם טומנים ידם בצלחת וחוטאים ביידוי אבנים (20% מהמורשעים בעבירה זו) ואף יותר מכך בפעילות "תג מחיר" (ראו ע"פ 3793/18 פלוני נ' מדינת ישראל (3.5.20209) שם הורשעו

המערערים בעבירה של חברות בארגון טרור), וברי כי יש להחיל את החוק גם עליהם. אך בהינתן שהחוק הוחל עד עתה על שבעה קטינים ערבים בלבד, קשה בשלב זה לומר כי לפנינו אכיפה סלקטיבית.

7. ככל שהטענה לאי שוויון נובעת מכך שהחוק מוטל רק על קטינים שעברו עבירות ביטחון ולא עבירות פליליות אחרות, גם בכך איני רואה ממש.

רשאי המחוקק להכריז על מלחמת חורמה בעבירה מסוימת שהפכה ל"מכת מדינה" ולקבוע סנקציות מיוחדות לגבי אותה עבירה, הן במישור הפלילי והן במישורים נוספים. כך, לדוגמה, רשאי המחוקק לקבוע קנס גבוה או קנס מינימום על עבירות מסוימות מבלי שהדבר ייחשב כפגיעה בשוויון. לעניין זה אין נפקה מינה אם מדובר בגניבות חקלאיות, בגניבת רכבים, בתאונת "פגע וברח" או ביידוי אבנים ובקבוקי תבערה. החוק שלפנינו הוא דרכה של הכנסת להביע ולהצהיר על מלחמתה בעבירות ביטחוניות בכלל, ובעבירה של יידוי אבנים ובקבוקי תבערה בפרט, עבירה הנפוצה במיוחד בקרב קטינים:

"והדברים נאמרים ביתר שאת נוכח כך שתופעת יידוי האבנים לעבר רכבים אינה חדשה עמנו, ולרוב חוטאים בה צעירים ואף קטינים. על מציאות קשה זו נכון להגיב ביד קשה, הן כדי לגמול למידי האבנים נוכח סטייתם מן השורה, והן כדי להרתיע את הרבים" (ע"פ 411/09 גדיד נ' מדינת ישראל, פסקה 3 (21.4.2009), הדגשה הוספה – י"ע).

וכן ראו:

"בעניין זה נשקפת חומרה יתרה ממעשיו של מערער 2, אשר תצפת על כביש שבו נסע מיניבוס כדי לאפשר לנאשם אחר להשליך לעברו בקבוק תבערה [...] למגינת הלב, רבות נתקלים אנו בכך שהמעורבים בעבירות מסוג זה הם קטינים" (ע"פ 5371/14 פלוני נ' מדינת ישראל (16.9.2014), הדגשה הוספה – י"ע).

הנה כי כן, זו התשובה לשאלה מדוע שלילת הקצבאות אינה חלה לגבי קטינים שעוברים עבירות של רצח ואלומות או עבירות מין או ריגול. הפסיקה עצמה עמדה על כך שהעבירות של יידוי אבנים ובקבוקי תבערה הן עבירות אופייניות לקטינים. לעבירות אלה במיוחד התכוון המחוקק שבמקביל קבע עונש מינימום לעבירה של יידוי אבנים לעבר כלי תחבורה בנסיעה.

8. מאפיין זה של העבירות מתקשר לתכלית החוק, ככל שאנו נדרשים גם לתכלית. לדידי, די בכך שהמחוקק ביקש להצהיר באמצעות החוק את עמדתו לגבי הסולידריות החברתית. הזיקה המיידית בין הקצבה הנשללת לבין הקטין שהורשע ונדון למאסר, להבדיל מקצבאות אחרות שאינן נשללות מהמשפחה, מדגישה תכלית זו ומקרינה גם על המידתיות על שלושת מבחני המשנה.

9. לכאורה יש ממש בטענה כי החוק חסר בכל הנוגע לזהותו של הגורם המוסמך לקבוע כי הקטין, שקצבתו נשללה מהוריו, הורשע בעבירה שנעברה "מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור". אך איני סבור שליקוי זה בחוק, שהמדינה עצמה סברה כי יש מקום לתקנו בתיקון חקיקה, מביא לפסילת החוק.

במצב הדברים הרגיל, כתב אישום, לא כל שכן פסק דין מרשיע, יכול להוות ראיה מינהלית ברף גבוה מאוד. למשל, אם נזכר בכתב האישום כי יידוי האבנים נעשה מתוך מניע לאומני, והקטין מורשע בהסדר טיעון; אם בית המשפט הרשיע קטין תושב מזרח ירושלים ביידוי אבנים וציין בהכרעת הדין כי הקטין יידה אבנים על מנת לפגוע ביהודים; וכיו"ב. ובכלל, במרבית המקרים של יידוי אבנים או השלכת בקבוק תבערה על ידי קטינים לעבר רכבים, הדבר לא נעשה מתוך פעולת מחאה על שכרם הנמוך של פועלי הטכסטיל, והדברים ברורים, גם אם לא נכתבו במפורש בכתב האישום. פעמים רבות הדברים נכתבים במפורש בהכרעת הדין או בגזר הדין או בפסק הדין בערעור. אך לשם הדוגמה:

"המשיב הורשע בביצוע עבירות חמורות ביותר, כחלק ממעשי האלימות וההתפרעויות שפקדו את המדינה, כולל מזרח ירושלים, ואזור יהודה והשומרון, מאז חודש ספטמבר 2015. המעשים נעשו על רקע אידיאולוגי-לאומני, ואין להלום את טענת המשיב כי מדובר ברקע שונה. בע"פ 6080/16 פלוני נ' מדינת ישראל (6.12.2016), ציינתי, בהקשר לתופעה של השלכת אבנים ובקבוקי תבערה לעבר כלי רכב נוסעים, כי:

'השלכת בקבוקי תבערה, ויידוי אבנים לעבר כלי רכב, הנוסעים בכביש 6, עורק תחבורה מרכזי, גורמים לסיכון חיי אדם, משבשים את התנועה בכביש, ופוגעים בתחושת הביטחון של המשתמשים בדרך. במיוחד קשים הדברים על רקע העובדה כי המעשים הנפגעים בוצעו מתוך מניע אידיאולוגי, שמטרתו לשבש את החיים במדינת ישראל ולגרום לנפגעים בנפש' (ע"פ 5300/16 מדינת ישראל נ' נגאד (8.1.2017)).

דוגמה נוספת:

"אישום ראשון (משותף לשני התיקים, ומיוחס למערערים 1-4, ו-6) – ביום 22.6.2015, בסמוך לשעה 21:30, קשרו המערערים 1-4, ו-6 קשר, יחד עם 3 קטינים נוספים, ליידות אבנים לעבר כלי רכב שיושביהם יהודים, הנוסעים על כביש 20, המחבר בין פסגת זאב לבין כביש 443 [...]

בעת האחרונה, נתרבו המקרים בהם מופעלת אלימות מסוגים שונים על רקע אידיאולוגי, המכוונת ככלל כלפי יהודים באשר הם יהודים, כאשר אלימות זו כוללת את התופעה הפסולה של השלכת אבנים לעבר כלי רכב" (ע"פ 3520/16 פלוני נ' מדינת ישראל (29.8.2016)).

לא רק שבפסקי הדין נזכרים לעיתים קרובות הרקע והמניע למעשה, הפסיקה אף הדגישה כי כאשר מדובר בעבריינות המתבצעת על רקע אידיאולוגי-לאומני "נדרשים שיקולי ענישה אחרים מפני שיקול ההרתעה" (ע"פ 1163/07 אבו ח'דיר נ' מדינת ישראל (29.3.2007); לדוגמאות נוספות של פסקי דין בהם נקבע בפסק הדין כי המניע להשלכת בקבוקי תבערה וליידוי אבנים הוא אידיאולוגי-לאומני-גזעני ראו ע"פ 5590/16 נתשה נ' מדינת ישראל (17.1.2018); ע"פ 9821/16 פלוני נ' מדינת ישראל (30.11.2017); ע"פ 1806/17 דארי נ' מדינת ישראל (29.5.2017); ע"פ 207/16 פלוני נ' מדינת ישראל (15.10.2017); ע"פ 2206/16 פלוני נ' מדינת ישראל (3.11.2016); ע"פ 3702/14 פלוני נ' מדינת ישראל (28.9.2014)).

לעומת זאת, כאשר יידוי אבנים על רכב נוסע נעשה סתם כך בשל "טרנד" זריקת אבנים על רכב נוסע בשבת (ע"פ 4161/17 פלוני נ' מדינת ישראל (2.1.2018)) או על רקע סכסוך אישי (ע"פ 8280/11 בכר נ' מדינת ישראל, פסקה 1 (24.4.2012)), הדבר נאמר בפסק הדין.

10. ה"תעלומה" בדבר הרקע או המניע לעבירה אינה כה גדולה. כאשר קטינים פלסטינים מיידיים אבנים או משליכים בקבוק תבערה על כלי רכב שיושביהם יהודים, וכאשר קטינים יהודים מיידיים אבנים או משליכים בקבוקי תבערה על כלי רכב שיושביהם פלסטינים, הדבר נעשה מתוך מניע לאומני. למיצער, מתקיימת מעין חזקה ניתנת לסתירה כי כך הדבר, גם אם הדברים לא נכתבו ב"רחל בתך הקטנה" בהכרעת הדין, בגזר הדין או בפסק הדין בערעור (השוו לע"פ 2432/15 עיסא נ' מדינת ישראל (2.7.2015) שם הורשע המערער ביידוי אבנים מגבעה הצופה על כביש ירושלים-מעלה אדומים לעבר המכוניות שנסעו בו). כך, לדוגמה, בפרשת רוצחי הנער אבו-ח'דיר (ע"פ 2067/16 פלוני נ' מדינת ישראל (8.2.2018)) הורשעו הרוצחים בשורה של עבירות: רצח לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק); חטיפה לשם רצח

לפי סעיף 372 לחוק; ושניים מהם הורשעו בעבירות של ניסיון לחטיפה לשם כליאה לפי סעיף 371 + סעיף 25 לחוק; תקיפה הגורמת חבלה של ממש לפי סעיף 382(א) בנסיבות סעיף 380 לחוק; ניסיון הצתה לפי סעיף 448 רישא + סעיף 25 לחוק. הפוך והפוך בעבירות אלה ולא תמצא בהן מניע לאומני או זיקה לפעילות טרור. אך בפסק הדין נאמר כי המעשים נעשו מתוך "מניע אידיאולוגי ועל רקע של גזענות צרופה" (שם, פסקה 54). בפסק הדין הנוגע להצתת בית הספר הדו-לשוני הבחין בית המשפט בעבירות הצתה ללא מניע אידיאולוגי, לעומת עבירות שבוצעו מתוך מניע אידיאולוגי-לאומני (ע"פ 401/16 מדינת ישראל נ' גבאי (28.9.2016)). אך אם הדברים לא היו נכתבים, האם היה ספק מה הרקע למעשים? האם בשל כך היינו אומרים כי פקיד הביטוח הלאומי לא היה מוסמך לקבוע כי העבירה בוצעה על רקע לאומני? תמהני.

מכל מקום, יש להניח כי המדינה, שהיא המאשימה, תעביר לביטוח הלאומי רק את המקרים בהם המניע הלאומני-טרוריסטי עומד בבסיס האישום וההרשעה. המדובר בראיה מינהלית בעלת עוצמה, כך שאין לחשוש מפקיד הביטוח הלאומי שייאלץ לברור מתוך מאות פסקי דין שיועברו אליו את המקרים שבהם העבירה בוצעה על רקע לאומני. הסינון ייעשה ממילא על ידי המאשימה.

11. סוף דבר, לו דעתי תישמע, נדחה את העתירה.

ש ו פ ט

השופט ד' מין:

מצטרף אני לדעת חבריי השופטים נ' סולברג ו-י' עמית כי דין העתירה להידחות.

1. אקדים ואומר כי לשיטתי, הסמכות להורות על ביטול חוקים איננה מובנית מאליה ויש רגליים לסברה כי היא טעונה חשיבה מחדש (ראו: בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת, פסקה 8 לחוות דעתי (23.5.2021)). משכך, גם אם הייתי מניח כי סעיף 325(ב) לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 (להלן, בהתאמה: התיקון או ההסדר ו-חוק הביטוח הלאומי) פוגע בשוויון, הסמכות להורות על ביטולו איננה פשוטה וטעונה דיון. אולם שעה שלא נטענו טענות במישור זה, אינני רואה לנכון להידרש לסוגיה האמורה, והדיון יתנהל כסדרו בדרך בה פסעו העותרים והמשיבים ובדרך בה הילכו חבריי. מכל מקום, בעיני ההסדר אינו פוגע בזכות החוקתית הנטענת על ידי העותרים, ואף אם היה התיקון מבטא פגיעה מסוימת בזכות לשוויון – ואיני סבור כך – ספק אם

פגיעה זו עולה כדי פגיעה בכבוד האדם, ומכל מקום היא עומדת במבחני פסקת ההגבלה. כל זאת בשים לב לנקודת המוצא כי בית המשפט אינו מחליף את שיקול דעתו של המחוקק. הואיל וחבריי השופטים סולברג, וברק-ארז הרחיבו בעניין, אוסיף דבר מה משלי.

הזכות לקיום בכבוד

2. העותרים מיקדו מקצת טענותיהם בפגיעה הנטענת בזכות לקיום מינימלי בכבוד ולפגיעה בזכות לביטחון סוציאלי. משלא התבססה הטענה על תשתית כלשהי, בעניין זה לא מצאתי מקום להאריך, ואתייחס לכך רק בקצרה. ההסדר מביא לשלילת סוגים שונים של קצבאות. בראש ובראשונה קצבת ילדים, המשולמת להורה עבור כל ילד עד הגיעו לגיל 18 (שאר הכספים המוענקים הנשללים בהסדר, אינם מגיעים באופן אוטומטי לכל הורה, אלא רק כאשר מתקיימים תנאים מסוימים המזכים באותם כספים, כאשר מספר הילדים במשפחה משפיע על שיעור הגמלה. בחלק מהמקרים, יישום ההסדר אף לא מביא להשפעה על גובה הגמלה). אכן, לקצבת ילדים השפעה על רווחתו של הילד במשפחה, ותכליתה לדאוג לרווחת הילד (ראו למשל: בג"ץ 1384/04 עמותת בצדק – מרכז אמריקאי ישראלי לקידום צדק בישראל נ' שר הפנים, פ"ד נט(6) 397, 408 (2005); בג"ץ 7245/10 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה, פ"ד סו(2) 442, 473 (2013) (להלן: עניין החיסונים)). אלא שבענייננו, על פי ההסדר, שלילת הקצבה נעשית רק לאורך תקופת מאסרו של הקטין, תקופה בה הוא ממילא מקבל את כל צרכיו הבסיסיים בין כותלי בית הכלא (וראו: בג"ץ 1163/98 שדות נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נה(4) 817, 836 (2001)). יש להדגיש, אין מדובר במצב שבו נשללות גמלאות המשולמות לאסיר עבור התלויים בו (ראו והשוו: עב"ל (ארצי) 10501-06-13 המוסד לביטוח לאומי נ' ביטון (30.12.2014)), אלא במצב שבו האסיר, שצרכיו הבסיסיים מסופקים כאמור בכלא, הוא הקטין עבורו משולמות הגמלאות. בנסיבות אלה, כאשר העותרים לא הציגו תשתית עובדתית כלשהי להוכחת קיומה של פגיעה בזכות לקיום בכבוד כאמור, ומשאין חולק כי יתר הקצבאות המשולמות למשפחה, המנותקות מהקטין האסיר, אינן נפגעות כתוצאה מההסדר, יש לדחות מכל וכל את טענת הפגיעה. גם דין הטענה לפגיעה בזכות לביטחון סוציאלי להידחות מטעמים דומים.

הזכות לשוויון

3. העילה החוקתית המרכזית עליה ביססו העותרים את עתירתם נשענה על הטענה כי התיקון פוגע בזכות השוויון. על זכות השוויון נכתב רבות וארוכות בפרוצדורה השנים. בבסיסה עומד האיסור הידוע ליתן יחס שונה לשווים, כאשר על פי מהותה היא מהווה את הבסיס לכל זכויות האדם (ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 275 (2016)). לא

בכדי נאמר עליה כי היא "מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו" (בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698 (1969)). עם זאת, נקודת המוצא היא כי לא כל פגיעה בשוויון היא פגיעה בזכות חוקתית. רק פגיעה בשוויון הקשורה בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם יש בכוחה להביא לביטול חקיקה ראשית, וגם זאת רק בתנאי שהפגיעה אינה עומדת בדרישות פסקת ההגבלה (בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת, פסקה 11 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש (23.2.2012) (להלן: עניין ניר)). עוד יודגש, כי מתחם ההתערבות בחקיקה ראשית הפוגעת בזכות לשוויון הוא מצומצם ביחס למתחם ההתערבות בפעולה מנהלית הפוגעת בזכות זו (בג"ץ 2021/11 ועקנין נ' שר האוצר, פסקה 17 (6.6.2013); בג"ץ 8300/02 נסר נ' מדינת ישראל, פסקה 43 (22.5.2012) (להלן: עניין נסר)). במסגרת זו, למותר לציין כי נקודת המוצא היא כי חוק של הכנסת הוא "חוקתי" וכי הנטל לשכנע אחרת רובץ לפתחו של העותר. על בית המשפט לנהוג באיפוק ובזהירות רבה בבואו להכריז על אי-חוקתיות של חוק, זאת בשים לב לעיקרון הכיבוד ההדדי בין הרשויות ולאזון העדין המתקיים ביניהן במשטר דמוקרטי (ראו למשל: בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 519, 464 (2005); ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 428 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי); בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 386-387 (1997) (להלן: עניין לשכת מנהלי ההשקעות)). כן יודגש כי במסגרת הליך הביקורת השיפוטית, בית המשפט אינו שם עצמו בנעלי המחוקק ואינו בא להחליף את שיקול דעתו. שכן, "השאלה אינה אם החוק טוב, יעיל, מוצדק. השאלה הינה אם הוא חוקתי" (דברי הנשיא א' ברק בעניין לשכת מנהלי ההשקעות, עמ' 388).

4. חברי השופט נ' סולברג סבור כי קיומה או אי קיומה של "שונות רלוונטית" אינה מסייעת בבחינת השאלה אם הוראת חוק פוגעת בשוויון החוקתי. הגם שניתן לאמץ תפיסה זו, ודומני כי ישנו בסיס לעמדת חברי, אבחן בכל זאת את הפגיעה בשוויון הנטענת בענייננו גם במשקפיים של "שונות רלוונטית". זאת מפני שלעניות דעתי העתירה אינה צולחת אף את המבחן האמור ובהתחשב בכך שבאי-כח הצדדים מיקדו את טענותיהם בעניין זה.

5. הזכות לשוויון אינה מחייבת כי יינתן יחס זהה לכל אדם ובכל מקרה. ישנם מקרים שבהם שוני רלוונטי בין קבוצות שונות מצדיק, ולפעמים אף מחייב, מתן יחס שונה (עניין החיסונים, עמ' 489; בג"ץ 200/83 וותאד נ' שר האוצר, פ"ד לח(3) 113, 119 (1984); בג"ץ 4124/00 יקותיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד סד(1) 142, 186-187 (2010)). בחינת השאלה אם מדובר בפגיעה בשוויון, נעשית אפוא בהתייחס לשאלה אם קיים שוני רלוונטי המצדיק את ההבחנה שיוצר החוק בעניין הנדון (ראו למשל: בג"ץ

6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא (1) 619, 678 (2006) (להלן: עניין התנועה לאיכות השלטון); עניין החיסונים, עמ' 490-491). רק אם התשובה לשאלה זו הינה שלילית, יש להוסיף ולבחון אם מדובר בפגיעה בזכות החוקתית לשוויון, היינו אם מדובר בהפליה הקשורה בקשר "ענייני הדוק" לכבוד האדם.

6. העותרים טענו כי ההסדר מבחין בין קטינים שונים על רקע לאום, שכן הוא מכוון הלכה למעשה לעניינם של קטינים ממוצא ערבי בלבד. לדעתי יש לדחות טענה זו. בפשטות הדברים, אין חולק כי ההסדר חל על מי שהורשע בעבירות המנויות בתיקון ונגזר עליו עונש מאסר, בין אם מדובר ביהודי ובין אם מדובר במי שאינו יהודי. העבירות הנדונות אינן נחלתן הבלעדית של אלו שאינם יהודים, וכבר אירע שיהודים הועמדו לדין וגם הורשעו בגין עבירות כגון אלו. יחד עם זאת, העובדה שמיעוט שבמיעוט של מי שהורשעו בעבירות ביטחון ונידונו למאסר הינם יהודים, היא תוצאה של האופי הלאומני של אירועי הטרור בישראל, ובוודאי שאינה נובעת מחקיקת הכנסת. אלא שהשאלה העיקרית העולה בעניין שלפנינו היא לגבי היחס השונה הניתן להורי האסירים הקטינים שנידונו למאסר. היינו, ההבחנה הנעשית בין הורים לקטינים שנידונו בגין ביצוע עבירות פליליות "רגילות" למאסר, לבין הורים לקטינים שההסדר חל עליהם. על מנת לעמוד על השאלה האם מתקיים שוני רלוונטי בין שני סוגי ההורים, יש לעמוד על תכליות ההסדר.

תכלית ההסדר וההבחנה הרלוונטית

7. על תכלית החוק ניתן ללמוד ממקורות פנימיים כגון לשון החוק, מבנהו הכללי והמטרות הקבועות בו, וממקורות חיצוניים כגון ההיסטוריה החקיקתית ועקרונות היסוד של השיטה (בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פ"ד סד (2) 479, 506 (2010); ע"א 8622/07 רוטמן נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים לישראל בע"מ, פסקה 49 (14.5.2012); בג"ץ 962/07 לירן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 34 (1.4.2007)). המשיבות הציגו שתי תכליות שונות, שעמדו לטענתן בבסיס החקיקה. האחת (עליה שמה משיבה 1, הכנסת, את הדגש), כי ההסדר נועד להגביל את הסולידריות החברתית כלפי מי שהורשע בביצוע עבירות ביטחון, עבירות שיש בהן כדי להפר את "האמנה החברתית" העומדת ביסוד המדינה. השנייה (עליה עמדו בעיקר משיבים 2 ו-3, שרת המשפטים והמוסד לביטוח לאומי), תכלית הרתעתית המושתתת על הצורך להילחם בתופעה במסגרתה מבצעים קטינים עבירות ביטחון בכלל, ועבירות יידוי אבנים בפרט.

8. ההסדר במקרה דנא נקבע במסגרת חוק העונשין (תיקון מס' 120 והוראת שעה), התשע"ו-2015 שבמסגרתו, מעבר לסעיפי החוק מושא הליך זה, הובהר כי "אבן" נכללת בגדרי "נשק מסוכן או פוגעני אחר" (לעניין סעיף 329(א)(2) לחוק העונשין, התשל"ז-

1977 (להלן: חוק העונשין); וראו דברי ההסבר להצעת החוק (הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 122 והוראת שעה), התשע"ו-2015, ה"ח 958)) ונקבעו עונשי מינימום לעבירה של יידוי אבנים לעבר כלי תחבורה בנסיעה, בהוראת שעה. כפי שעולה גם מדברי ההסבר להצעת החוק, ומהוראות החוק בכללותו, ההסדר נולד בעקבות הצורך להתמודד עם תופעת יידוי אבנים והסיכונים הכרוכים בתופעה חמורה זו. התיקון בכללותו נועד להגביר את ההרתעה ולהפחית את היקפיה ועוצמתה של התופעה.

9. התכלית של ההסדר הינה אפוא הצהרתית-הרתעתית, שעל פיה יש להרתיע קטינים ובני משפחתם שיש להם השפעה על התנהלות קטין, מפני ביצוע עבירות מסוג זה, שהרקע לביצוען הוא אידיאולוגי, במטרה לפגוע בביטחון המדינה. בעבירות אלו יש כדי לחתור תחת בסיס החיים המשותפים במדינה, באופן המהווה סכנה חמורה לפגיעה באורח החיים התקין ובשלטון החוק. תהא זהותו הלאומית של מבצע העבירה אשר תהא, ביצוע עבירה מתוך מניעים לאומניים מהווה סכנה משמעותית וחמורה לסדר הציבורי, לביטחונם ולשלומם של הציבור, והוא מחייב נקיטת אמצעים שיש בהם כדי להרתיע מפגעים מפני ביצוע עבירות מסוג זה.

10. אציין בהקשר זה כי תכלית זו רלוונטית לגבי שני סוגי העבירות שההסדר מכוון אליהם – הן עבירות בטחון והן עבירה של יידוי אבנים מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור. גם אם המניע המרכזי לחקיקה נעוץ היה בהתמודדות עם ביטוי מסוים לפעילות אידיאולוגית נגד בטחון המדינה, היינו יידוי אבנים, אין כל פגם בכך שההסדר הוחל על עבירות בטחון באשר הן. בפסיקת בית משפט זה הודגשה חומרת התופעה של יידוי אבנים, כאשר זו מתבצעת על רקע אידיאולוגי באופן המכוון לפגוע בשלום הציבור ובביטחונו. מדובר בתופעה חמורה שיש בה כדי לשבש את שגרת החיים ולפגוע בתחושת הביטחון (ראו למשל: ע"פ 3057/13 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 13 (2.7.2013); ע"פ 240/16 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 4 (11.1.2017)). כמו כן, המאבק בטרור הוא אחד מאתגריה של מדינת ישראל מזה שנים, כאשר יש לשאוף למתן מענה משפטי הולם לכל חוליה וחוליה בשרשרת הטרור (בש"פ 854/07 אבו דקה נ' מדינת ישראל (8.3.2007); ע"פ 3827/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (27.3.2007)). זאת, החל ממיידה האבנים וכלה בגורמים המממנים את הטרור ו"מושכים בחוטים" מאחוריי הקלעים. על כן, התכלית הנוספת עליה הצביעו המשיבים, הנוגעת להיבט הסולידריות החברתית, משתלבת אף היא עם התכלית ההרתעתית. עבירות מסוג זה, החותרות תחת קיומה של המדינה, פוגעות וחותרות גם תחת היבט הסולידריות החברתית עליו מושתתת החברה.

11. בנסיבות העניין, בהתחשב בכך שהעותרים לא העלו טענות של ממש המצביעות על כך שתכליתו המוצהרת של החוק שונה מזו שהוצגה לפנינו, מלבד הטענה הכללית

שתכלית החוק הינה "ענישה" – לא מצאתי לפקפק בכך שהתכליות המוצהרות עליהן הצביעו המשיבים הן התכליות העיקריות של ההסדר.

12. לטעמי תכלית ההסדר גם מתיישבת היטב עם מסגרת החוק שבמסגרתה הוא שולב, היינו חוק הביטוח הלאומי, בקשר לגמלאות הניתנות מכוחו ומכוח חוקים נוספים (חוק הבטחת הכנסה, התשמ"א-1980 וחוק המזונות (הבטחת תשלום), התשל"ב-1972). חוק הביטוח הלאומי, כמו גם מערכת הביטוח הסוציאלי בכללותה, נועדו להגן על רמת החיים של תושבי המדינה, והם מושתתים על עיקרון של עזרה הדדית המתבססת על סולידריות חברתית (רע"א 7678/98 קצין התגמולים נ' דוקטורי, פ"ד ס(1) 489, 525 (2005); ע"א 255/74 המוסד לביטוח לאומי נ' אלמוהר, פ"ד כט(1) 11, 14 (1974); רע"א 2558/16 פלונית נ' קצין התגמולים משרד הביטחון, פסקה 70 (5.11.2017); עניין החיסונים, עמ' 474; רע"א 2368/08 אבנ"ר – איגוד לביטוח נפגעי רכב בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 49 (10.7.2011)). מערכת הביטחון הסוציאלי יוצרת ערבות הדדית בין תושבי ישראל, אשר באה לידי ביטוי בתשלום קצבאות מקופת הציבור לצורך תמיכה באוכלוסייה הזקוקה לכך.

13. לצד זאת, הדין מכיר שישנן התנהגויות מסוימות אשר יש בכוחן כדי להביא לשלילת תגמולים וקצבאות. כך למשל, סעיף 9 לחוק הנכים (תגמולים ושיקום), התשי"ט-1959, הייחודי למשרתי מערכת הביטחון, שולל תגמולים מנכה ש"התנהגות רעה חמורה מצדו גרמה לנכותו" בסייגים הקבועים בסעיף (וראו גם לעניין פרשנות הסעיף: רע"א 4399/08 קצין התגמולים נ' רוקח, פ"ד ס(2) 390 (2013)). כך גם בחוק הביטוח הלאומי עצמו שזורות הוראות שונות המבהירות כי יש בכוחן של התנהגויות מסוימות כדי להביא להפחתה ואף לשלילת קצבאות וגמלאות. יתר על כן, גם ההבחנה בין שלילת קצבאות לאסירים שהורשעו בעבירות פליליות, לבין אסירים שהורשעו בעבירות "מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור" כפי שהוכח להנחת דעתו של המוסד לביטוח הלאומי, קיימת בחוק. לדוגמה, סעיף 326(א) לחוק הביטוח הלאומי קובע כי לא תינתן גמלה למי שזכאותו לאותה גמלה נוצרה בשל ביצוע פשע. ואולם, בעוד שלא נשלל תשלום קצבאות לשאריו של אדם שנהרג בעת ביצוע פשע, הסעיף קובע הסדר מחמיר יותר לגבי פשע שבוצע "מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור". במצב זה, כאשר נהרג מבצע הפשע, נשללת זכאות קרוביו לקבל את הגמלאות הנובעות מפטירתו (תשלום מיוחד בעד יילוד, אם הייתה המבצעת יולדת שילדה במהלך השנה שקדמה לאירוע, לפי סעיף 62 לחוק; קצבת שארים לפי סימן ד' בפרק י"א לחוק; דמי קבורה לפי סימן ה' בפרק י"א לחוק; מענק פטירה לפי סעיף 310 לחוק; מענק לימודים

להורה יחיד לפי סעיף 174(ב)(1)(א) או (ב) לחוק; וראו גם: דברי ההסבר להצעת חוק הביטוח לאומי (תיקון מס' 52), התשס"ב-2002, ה"ח 3113).

14. בנוסף, סעיף 325(א) לחוק הביטוח הלאומי קובע כי לא תשולם כל גמלה למי שנידון למאסר לתקופה העולה על שלושה חודשים, למשך הזמן שבו הוא נתון במאסר. לעומת זאת, בחוק הביטוח הלאומי נחקקו הוראות השוללות במקרים מסוימים את זכאותם של מי שביצעו עבירות מתוך מניע לאומני (או בזיקה לפעילות טרור), גם לאחר שסיימו לרצות את עונשם. כך, סעיף 326(ב) לחוק הביטוח הלאומי קובע כי כאשר הורשע אדם ברצח מתוך מניע לאומני (או בזיקה לפעילות טרור כאמור), לא תשולם לו קצבת זקנה (הניתנת מכוח סימן ג' בפרק י"א). באותו אופן, סעיף 326(ג) לחוק הביטוח הלאומי קובע כי מי שהורשע בביצוע עבירות ביטחון חמורות, מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור, ונגזר עליו עונש של 10 שנות מאסר לפחות, תופחת מחצית הסכום מגמלאות שונות המשתלמות לו, אם משתלמות לו (ביטוח נפגעי עבודה לפי פרק ה'; ביטוח נפגעי תאונות לפי פרק ו'; ביטוח אבטלה לפי פרק ז'; ביטוח זכויות עובדים בפשיטת רגל ובפירוק תאגיד לפי פרק ח'; ביטוח זקנה וביטוח שארים לפי פרק י"א).

15. עניינו הוראות, כי שלילת (או הפחתת) זכותם לגמלאות של מי שביצעו עבירות בכלל ועבירות בטחון (או עבירות אחרות מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור) בפרט, אינה זרה לחוק הביטוח הלאומי. במסגרת החוק ניתן ביטוי לתפיסה כי יש בכוחן של התנהגויות מסוימות כדי לשמוט את הקרקע מתחת לזכאות לקבל זכויות סוציאליות מסוימות, וזאת, בין היתר, לאור העובדה שהחוק מתבסס על ערכות הדדית בין תושבי ישראל. במסגרת החוק גם בא לידי ביטוי ההיבט המחמיר שיש להביא בחשבון כאשר מדובר בעבירות שיש בהן משום חתירה תחת קיומה של מדינת ישראל. גם במסגרת ההסדר בענייננו, המחוקק מצא לנכון לקבוע מימד של החמרה הבא לידי ביטוי בכך שלגבי עבירות בטחון (ועבירה של יידוי אבנים ממניע לאומני או בזיקה לטרור כאמור) תישלל הקצבה לאותו קטין שביצע את העבירה, למשך תקופת המאסר בלבד. כל שעשה ההסדר בהקשר זה, הוא להביא לידי ביטוי את העיקרון שיש לו עוגן בחוק, גם לגבי אסירים קטינים. למעשה, אך מתבקש כי ההסדר אשר נועד להתמודד עם תופעות שיש בהן כדי לחתור תחת היסוד הקיומי של החיים במדינה, ובכלל זה החיים המשותפים במדינה בכללותם, יקבל ביטוי במסגרת חוק אשר מושתת על עקרונות של סולידריות חברתית וערכות הדדית, כפי שהדבר בא לידי ביטוי כאמור במסגרת הוראות החוק בכללותו. הבא לפגוע (או מי שאינו מונע פגיעה קרובה לבוא) בערכים החברתיים ובסולידריות החברתית, לא ימצא זכאי לקבלת הטבה הבאה לקדם את אותם ערכים. לא ניתן לאחוז בזה וגם מזה לא להניח את היד.

16. לסיכום אפוא של פרק זה, ייאמר כי ההבחנה הקיימת לעניין שלילת קצבה המשולמת עבור קטינים המרצים עונש מאסר בשל ביצוע עבירות כאמור בהסדר, מתבססת על קיומה של הבחנה רלוונטית. אינני מוצא כי בהיבט זה קיימת פגיעה בשוויון.

הפגיעה בשוויון כזכות חוקתית

17. כאמור, אף אם הייתה מתקבלת הטענה כי מדובר בפגיעה בשוויון, יש לחזור על הכלל כי לא כל פגיעה בשוויון היא פגיעה בזכות חוקתית. השאלה אם פגיעה מסוימת מהווה פגיעה בשוויון הקשורה לפגיעה בכבוד האדם היא שאלה סבוכה, ותלויה הקשר (ראו גם: בג"ץ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקאות 42-47 לפסק דינו של השופט נ' סולברג (12.9.2017); אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנוחיה כרך ב 699-703 (2014) (להלן: ברק, הזכות החוקתית)). הנוסחה שהתגבשה בפסיקת בית משפט זה, על פי "מודל הביניים", לפיה פגיעה בשוויון תיחשב לפגיעה חוקתית גם אם היא אינה כוללת פגיעה בגרעין הקשה של כבוד האדם, בגופו או בנפשו של אדם, כאשר היא בקשר "ענייני הדוק" לכבוד האדם (עניין התנועה לאיכות השלטון), אינה בהכרח פשוטה ליישום. יש גם לזכור כי הגישה הרחבה, שעל פיה כל פגיעה בשוויון מהווה פגיעה בכבוד האדם, לא התקבלה בשיטת משפטנו (עניין נסר, פסקה 45). על פי מודל הביניים שהתקבל כאמור, יש לבחון האם מתקיים האלמנט הבסיסי, הגם כי ניתן לפרשו באופנים שונים, של פגיעה ב"כבודו" של אדם. כך גם נקבע כי פגיעה בשוויון תעלה כדי פגיעה בכבוד האדם "אם נפגעת יכולתו של אדם לנהל את חייו; לפעול באופן אוטונומי, לשמור על שלמותו הפיסית והנפשית; לפתח את אישיותו ולזכות ביחס שאינו מפלה" (עניין נסר, פסקה 46 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש). אינני סבור כי מתקיימת בעניינו פגיעה כגון דא, ואף רחוק מכך.

18. לא מצאתי בטענות העותרים נימוק מדוע בעניינו מדובר בפגיעה בזכות חוקתית. אין מדובר בהפליה "גנרית", כגון הפליה על בסיס מין, נטייה מינית, צבע עור או גזע, הפוגעות מעצם טבען בזכות החוקתית לכבוד האדם (ברק, הזכות החוקתית, עמ' 703-705). ועל הפרק גם לא עומדת פגיעה בזכות חוקתית ברורה כגון הזכות להליך הוגן (בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(3) 500 (2010)), או הזכות שקנתה לה מעמד מסוים בפסיקתנו, כדוגמת הזכות לחיי משפחה (בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006) (להלן: עניין עדאלה)). גם אין מדובר כאמור בפגיעה בהיבטים של הזכות לקיום בכבוד (משאין חולק כי צרכיו הבסיסיים של הקטין השוהה במאסר אינם מוטלים על הוריו). להבחנה בין אסירים "ביטחוניים" לאסירים פליליים בעניינו גם אין כל השלכה לעניין תנאי המאסר (עניין אשר נדון בהרחבה במסגרת דנג"ץ 204/13 צלאח נ' שרות בתי הסוהר

(14.4.2015) (להלן: עניין צאלח) עליו ביקשו העותרים להסתמך). ההסדר הנבחן במקרה דנא הינו הסדר המבקש לקדם את ההרתעה, המעוגן בחקיקה ראשית, לעניין שלילת קצבאות שאינה כוללת כל מימד של פגיעה בזכות לקיום בכבוד. כפי שגם ציין חברי, השופט י' עמית, אינני סבור כי "הפליה" זו, גם אם לא היה מדובר בהבחנה על בסיס שוני רלוונטי כאמור, מבססת ולו ברף המינימלי, פגיעה בזכות חוקתית.

19. לעמדת חברתי, השופטת ד' ברק-ארז, ההסדר החקיקתי מעורר "חשד לאפליה חוקתית", שכן לשיטתה הוא מבחין לרעה קבוצה המוגדרת על בסיס קריטריון "מתייג", ודי בכך כדי להחיל ביקורת שיפוטית המבוססת על מבחני פסקת ההגבלה. לעמדת חברתי, די בכך שמדובר בקריטריון שעניינו הרשעה בפלילים כדי לחצות את המשוכה הנדרשת. לדעתי, עמדה זו אינה עולה בקנה אחד עם התפיסה שהתגבשה בבית משפט זה באשר לסוג הפגיעה שתסווג כפגיעה חוקתית, וזאת על פי "מודל הביניים". "תיוג" אינו עולה כשלעצמו כדי פגיעה בקשר "ענייני הדוק" לכבוד האדם. כך גם נפסק בעבר כי אין די בתחושת השפלה סובייקטיבית, כדי לבסס את הטענה לפגיעה בכבוד האדם (בג"ץ 6411/16 הועד הארצי לראשי הרשויות המקומיות נ' כנסת ישראל, פסקה 38 (19.6.2018)). השאלה המרכזית העומדת על הפרק בשלב זה היא, אם החוק יוצר הבחנה רלוונטית לעניין הנדון. אם מדובר בהבחנה רלוונטית, הרי שאף אם מדובר בקריטריון "מתייג" (שאינו נמנה כאמור על אחת מהקבוצות ה"חשודות"), אין בכוחו של אותו "תיוג" להפוך את ההבחנה הרלוונטית, לפגיעה בזכות חוקתית.

20. לשיטתי אפוא, ניתן היה לסיים את הדיון גם בנקודה זו. אין מקום להידרש למבחני פסקת ההגבלה בכל מקרה שבו הועלתה טענה לפגיעה חוקתית, גם מבלי שנמצאה זכות חוקתית שנפגעה, שכן "פירוש מרחיב יתר על המידה של הזכויות הקבועות בחוקי היסוד אינו ראוי" (ראו למשל: עניין לשכת מנהלי ההשקעות, עמ' 419). עם זאת, בבחינת למעלה מן הצורך, מצאתי לנכון להמשיך את הדיון, בהניח כי התיקון אכן פוגע בזכות החוקתית לשוויון. מכאן אפוא, יש לבחון אם הפגיעה בזכות עומדת במבחן הביקורת, באמצעות המבחנים הקבועים בפסקת ההגבלה שבחוקי היסוד.

עמידת ההסדר בעקרונות פסקת ההגבלה

21. כאמור, אחת מתכליות החוק נשענת על הרתעה מפני פעולות שיש בהן כדי לפגוע בביטחון המדינה. על כן טרם נמשיך בדרך, עלינו לעמוד על עיקרון יסודי, והוא חובתה הבסיסית של המדינה להגן על חייהם וביטחונם של אזרחיה ותושביה. חובה זו מושתתת בין היתר על ה"זכות לחיים", אשר במלאכת האיזון יש ליתן לה משקל גבוה במיוחד (ראו גם: עניין עזאלה, עמ' 497-498). חובתה של המדינה לנקוט אמצעים שיש בהם כדי להבטיח את ביטחונם של תושבי ואזרחי ישראל הינה חובה ראשונה במעלה.

ביטחון המדינה ושלום הציבור גם הם אינטרסים המצדיקים חקיקה של הסדרים המגבילים זכויות אדם. "ביטחון הוא ערך יסודי בחברתנו. ללא ביטחון לא ניתן לשמור על זכויות אדם" (השופט ד' דורנר בבג"ץ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, פ"ד נח(5) 70, 76 (2004)). כמו כן, "צרכיה של החברה ומטרותיה הלאומיות עשויות לאפשר פגיעה בזכויות אדם" (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 545-546 (2005) (להלן: עניין חוף עזה)). אמת, גם פגיעה בזכויות אדם (וזאת כאמור, בהניח קיומה של פגיעה אף כי אינני סבור כן) לתכלית ראויה צריכה לעמוד במבחני פסקת ההגבלה, והיא תבחן, בין היתר, בהתאם לעוצמת הזכות הנפגעת. גם כאשר על הכף מונח האינטרס של ביטחון הציבור, יש לבחון את טיבה ומהותה של הזכות הנפגעת לשם כך.

22. הבחינה אם מדובר בפגיעה העומדת בתנאי פסקת ההגבלה כוללת ארבעה שלבים. השלב הראשון, עניינו פגיעה "בחוק" או "מכוח הסמכה מפורשת" בחוק. ויש לדייק. סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, קובע כי: "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל... או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". כלומר, בשלב הראשון יש לבחון אם מדובר ב"חוק". רק כאשר מדובר בבחינתה של פעולה מכוח חוק ("לפי חוק"), תיבחן השאלה האם קיימת "הסמכה מפורשת" באותו חוק. בענייננו, לא יכולה להיות מחלוקת כי דרישת החוקיות מתקיימת, שכן ההסדר מעוגן בחקיקה ראשית. אומנם, העותרים טענו (לראשונה בעיקרי הטיעון שהגישו), כי נוכח העובדה שהביטוי "מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור" אינו מוגדר בחוק, ההסדר אינו מהווה "הסדר ראשוני", ואינו עובר אף את רף הביקורת הראשון במסגרת מבחני פסקת ההגבלה. אלא שבעניין זה לדעתי נפלו העותרים לכלל טעות, שכן יש להבחין בין ביקורת חוקתית על דבר חקיקה, לבין ביקורת על פעולה מנהלית שהתבצעה מכוחו. אכן, אין לפרש דבר חקיקה כמסמך לפגיעה בזכויות יסוד אלא אם כן ההסמכה היא ברורה, חד משמעית ומפורשת (בג"ץ 333/85 אביאל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מה(4) 581, 600 (1991); בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294, 303, 308 (1980)). אך שאלה זו מתעוררת בעת שנבחנת פעולתה של הרשות המנהלית מכוח חוק, שאלה שאינה עומדת במוקד העתירה שלפנינו. העתירה שלפנינו מכוונת נגד חוקתיות החוק (להבדיל מאופן יישומו על ידי הרשות המנהלית), ובמקרה כזה, לעניין המבחן הראשון, די במבחן פורמלי, כך שמדובר ב"פגיעה" המעוגנת "בחוק" (בג"ץ 6971/11 איתנית מוצרי בניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 23 (2.4.2013); ראו גם האסמכתאות בפסקה 47 לחוות דעתה של חברתי השופטת ד' ברק-ארז, כולן מתייחסות למקרים בהן נבחנה פעולת המינהל, ולא חוקתיות חוק). על כן, אין לדעתי מקום לטענות אלו. חולק אני על חברתי השופטת ברק-ארז אשר נתנה

מקום מרכזי בנימוקיה לטענת היעדר ההסמכה המפורשת, וקבעה כי מדובר בענייננו בהסדר "רופף" אשר אינו יכול להיחשב כהסמכה מפורשת. "היעדר הסמכה מפורשת" אינו יכול לשמש עילה לפסילת חוק.

23. מכל מקום, אף אם הייתי יוצא מנקודת הנחה זוהי לחברתי, הרי שלעניות דעתי דין הטענה להידחות גם לגופה. מטבע הדברים, במערך החקיקה ניתן למצוא ביטויים שונים ומגוונים, ולא כל ביטוי בחקיקה זוכה להגדרה מפורשת. גם אם טומנת הלשון בחובה מספר משמעויות, כידוע "ריבוי המשמעויות או העמימויות של הלשון משמעותה אך זאת, כי כל אחת ממספר המשמעויות העולות מהוראות החוק, היא אפשרית מבחינה לשונית" (אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה 99 (התשנ"ג); להלן: פרשנות במשפט). הפרשנות איננה נעשית בחלל ריק, אלא בהתייחס, בין היתר, אל ההקשר הפנימי כולו של החוק (פרשנות במשפט, עמ' 108). על כן, איני רואה כל פגם בכך שבמסגרת התיקון נדרש המוסד לביטוח הלאומי לקיומן של נסיבות מסוימות, גם במקום שבו לא ניתנה להן התייחסות מפורשת במסגרת הליך פלילי. לדעתי, משמדובר בנסיבות שהיו יכולות לעלות בגדרי ההליך הפלילי, ושניתן להסיק מתוך כלל החומר והראיות שהוצגו במהלך ההליך, אף אין כל פגם בלקיחתן בחשבון גם מקום שבו לא הוזכרו במפורש במסגרת הכרעת הדין או גזר הדין. כפי שציין חברי השופט עמית, ה"תעלומה" בדבר הרקע או המניע לעבירה, אינה כה גדולה. עצם העובדה שבמסגרת הליך מנהלי נדרשת רשות מנהלית לשאלה האם בוצעה עבירה כלשהי, או אם התקיימו נסיבות מסוימות שלא ניתן להן ביטוי במסגרת הליך פלילי, אף היא אינה בגדר חידוש.

24. זאת ועוד, עיון בהוראות חוק הביטוח הלאומי מגלה כי שיקול הדעת המופעל על ידי פקיד ביטוח לאומי בשאלה האם מדובר בעבירה שבוצעה מתוך "מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור" אינו בגדר "חידוש" הבא לידי ביטוי רק במסגרת ההסדר העומד בבסיס העתירה דנן. כאמור, המוסד לביטוח לאומי נדרש להכריע בשאלה אם אדם שהורשע בביצוע עבירת רצח עשה כן מתוך מניע לאומני (או בזיקה לפעילות טרור), על מנת לקבוע אם יש לשלול ממנו תשלום קצבת זקנה (לפי סעיף 326(ב) לחוק הביטוח הלאומי). יתר על כן, פקיד הביטוח הלאומי נדרש להפעיל את סמכותו לשלילת גמלאות מסוימות, גם במקרה שבו לא התקיים כל הליך פלילי (לפי הוראות סעיף 326(א) לאותו חוק). כך, על פקיד הביטוח הלאומי לבחון, לפי הערכה המבוצעת באמצעות כלים מנהליים, האם בוצעה עבירה, מסוג פשע (לעניין שלילת זכאות לגמלה עקב ביצוע העבירה), ואם מדובר בפשע שבוצע "מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור" (לעניין שלילת זכותם לגמלאות גם של בני משפחתו ביחס לפטירתו בשל אותה עבירה). סעיף

זה שולל בין היתר, את זכאותם של בני משפחתו של מי שביצע פשע מתוך מניע כאמור, פשע אשר הביא לפטירתו של המבצע. מכיוון שאין בנמצא הליך פלילי המתנהל נגד אדם שמת (לאור הוראת סעיף 236 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982), לעולם לא יהיה בידי המוסד לביטוח לאומי פסק דין מרשיע שעליו ניתן יהיה להסתמך לעניין סעיף זה לצורך שלילת הגמלה. שלילת הגמלה מכוח הסעיף מתבצעת אפוא בהתבסס על קיומן של ראיות מנהליות ברמה המספקת במישור המנהלי (וראו לעניין המבחנים השונים: בג"ץ 987/94 יורונט קורי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 423-424 (1994)). מפסיקת בתי הדין לעבודה גם ניכר כי הוראות סעיף 326 מיושמות כדבר שבשגרה על ידי המוסד לביטוח לאומי, כאשר ההכרעה אם בוצעה עבירה שהיא פשע, כמו גם אם בוצעה עבירה שהיא פשע "מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור", עומדת למבחן הביקורת השיפוטית על ידי בית הדין לעבודה (ראו למשל: ב"ל (אזורי חי') 2062/08 ת.ח.נ' ביטוח לאומי – סניף חיפה (30.4.2012); ב"ל (אזורי י-ם) 11822/08 ג'מילה נ' בטוח לאומי – סניף ירושלים (24.11.2011); עב"ל (ארצי) 61003-05-12 המוסד לביטוח לאומי נ' זינב (4.11.2012)).

25. עניינו הרואות כי במסגרת חוק הביטוח הלאומי, נדרש המוסד לביטוח לאומי לעמוד במקרים מסוימים על נסיבות ביצוע עבירה מסוג פשע, אף מבלי שאדם הורשע בדין או נוהל נגדו הליך פלילי כלשהוא. כמו כן, ובמבט רחב יותר, בית משפט זה הכיר בעבר בבחינה הנדרשת לקיומו של "מניע לאומני" על ידי גורם מנהלי, בהקשר אחר. כך נפסק בעבר כי קיימת הצדקה להבחין בין קבוצת האסירים הפליליים לבין קבוצת האסירים הביטחוניים לצורך עניינים מסוימים, על ידי שירות בתי הסוהר (בג"ץ 221/80 דרוש נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 536, 544 (1980); עע"א 1076/95 מדינת ישראל נ' קונטאר, פ"ד נ(4) 492, 500 (1996); עע"א 4714/04 עמיר נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נט(6) 145, 155 (2005)). גם בעניין צאלח, עליו ביקשו העותרים להסתמך, צוין כי מאפייניהם של "אסירים ביטחוניים" עשויים להצדיק הבדלים בהשוואה לאסירים אחרים (ראו למשל, פסקה 14 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור), גם אם יש מקום לבחון האם השלכות ההבחנה לעניין מסוים נעשה משיקולים ענייניים ורק במידה הנדרשת לכך. ומיהו "אסיר בטחוני"? הגדרת "אסיר בטחוני" אינה קיימת בחוק, ואף אין לה זכר במסגרת סעיף 10 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971 שעניינו סיווגים שונים של קבוצות אסירים. הבחנה זו נעשית על בסיס הגדרת "אסיר בטחוני" בפקודת נציבות מס' 04.05.00 ("תהליך הגדרת אסיר בטחוני"), אשר מתייחסת לקשת רחבה של עבירות ומצבים אשר נקבע על ידי הגורם המנהלי, כי הם מצדיקים סיווגו של אסיר כאסיר בטחוני (ראו גם דחיית הטענה להיעדר תוקפה של פקודת הנציבות האמורה: רע"ב 6797/03 מדינת ישראל נ' אלדאזק (2.11.2003); וראו לאחרונה: רע"ב 4779/17

אבו-צעלוק נ' שירות בתי הסוהר (22.3.2020)). בין היתר, מדובר גם בעבירה שבוצעה מתוך "מניע לאומני" הנלמד מהנסיבות כפי שבאו לידי ביטוי בפסק הדין. גם במקרה זה אפוא, נדרש גורם מנהלי להידרש לשאלת קיומו של מניע, בין אם הדבר מהווה רכיב מיסודות העבירה, ובין אם לאו.

26. יתר על כן, השלכותיה של הגדרת "אסיר בטחוני" בפקודת הנציבות קשות וחמורות בהרבה מהשלכות בענייננו על קיומו של "מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור". כך למשל, על פי פקודת נציבות 03.02.00 "כללים ביחס לאסירים ביטחוניים", על "אסיר בטחוני" מוטלות מגבלות שונות לעניין חופשות, ביקורי משפחות, ביקורי התייחדות, קבלת מכתבים ושיחות טלפון. לעומת זאת, בענייננו מדובר ב"פגיעה" מינורית בסכומי הגמלה שמקבלים הוריו של הקטין שעה שצרכיו הבסיסים מסופקים כאמור על ידי שירות בתי הסוהר. גם השוואה זו תומכת אפוא במסקנה כי אין מניעה כי פקיד ביטוח לאומי יוסמך להחליט בדבר אופייה של עבירה שבוצעה.

27. מכל מקום, הדיון בסוגיית הסמכות במישור הפעלת שיקול הדעת על ידי פקיד הביטוח הלאומי (אשר כאמור לעיל, לדעתי, כלל אינו עומד על הפרק בענייננו), הפך במידה רבה לתאורטי. שכן, הממשלה הבהירה לפנינו במסגרת הודעה מעדכנת מיום 21.6.2018, כי לשיטתה, על אף שלשון החוק מאפשרת את הפעלת שיקול הדעת ביישומו של ההסדר על בסיס ראיות מנהליות, הרי ש"על מנת להבטיח יישום אחיד וברור של החוק על ידי פקיד הביטוח הלאומי" הוחלט להנחות את פקידי הביטוח הלאומי כי יפעילו את סמכותם בהתבסס על קביעה בהכרעת הדין או בגזר הדין כי התקיים מניע לאומני או זיקה לטרור. הממשלה לא הסתפקה בכך, ולאחר שהתחדדו הקשיים הגלומים בישום החוק בדרך זו (זאת על אף הקשר הרופף בין אותם קשיים אשר לכאורה צפויים להתעורר כתוצאה מיישום ההסדר, לבין העתירה המקורית והעילות לתקיפת חוקתיותו של החוק), הובהר בהודעת עדכון מטעמה מיום 22.11.2018 כי לאחר דיון נרחב בסוגיה הוחלט לקדם תיקון חקיקה אשר יאפשר שלילת קצבאות לפי סעיף 325 לחוק רק אם הורשע קטין בעבירה שהיא "מעשה טרור" לפי סעיף 37 לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016 (להלן: חוק המאבק בטרור). הממשלה הדגישה כי היא עודנה סבורה כי במישור העקרוני לשון החוק מאפשרת הפעלת שיקול הדעת ביישומו על בסיס ראיות מנהליות. כאמור לעיל, אף אני סבור כי החוק מאפשר לעשות כן. שעה שהממשלה הביעה נכונות לקדם תיקון חקיקה כאמור, הרי שקשה בעיני מאוד כיצד יחרץ דינו של התיקון לשבט, אך מטעם זה, אשר איבד זה מכבר מעוקצו.

28. משנמצא אפוא כי מתקיים התנאי הראשון כאמור, והעותרים לא העלו טענות באשר להתקיימותו של התנאי השני – כאשר ממילא קידום ההרתעה מפני ביצוע עבירות

מהסוג שעליהם חל ההסדר, עולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל ועם הצורך בשמירה על בטחון תושביה והסולידריות החברתית עליה מושתתת החברה – נותר לבדוק את התקיימותה של תכלית ראויה ואת עמידת ההסדר במבחן המידתיות.

מבחן התכלית הראויה

29. על תכליתו של החוק עמדתי כאמור בהרחבה בראשית הדיון, ואחזור על כך כעת רק בתמצית. כאמור, לא מצאתי כי התכלית המוצהרת עליה הצביעו המשיבים אינה התכלית העיקרית של ההסדר. החוק נועד לקדם את ההרתעה מפני ביצוע עבירות שיש בהן משום חתירה תחת סדרי החברה בישראל והוא גם מביא לידי ביטוי את עיקרון הערבות ההדדית העומד בבסיס הוראת חוק הביטוח הלאומי. החוק נועד אפוא לקדם אינטרס ציבורי ממשי. הוא אף עומד באמת המידה המחמירה על פיה תכלית נחשבת כראויה אם היא מבקשת להגשים מטרה חברתית מהותית (עניין חוף עזה, עמ' 549). טענת העותרים כי החוק אינו לתכלית ראויה שכן "מדובר בתכלית שאינה נותנת משקל לפגיעה בזכויות אדם", ועל כן היא "אינה ראויה", אינה ניתנת אפוא להתקבל.

30. ראשית, תכלית שעניינה קידום ההיבט החשוב של שמירה על בטחון המדינה ומניעת ביצוע מעשים שיש בהם כדי לחתור תחת בסיס הקיום בחברה מקדמת בחובה גם היא היבטים של זכויות אדם. כך, כפי שנאמר זה מכבר בעניין עזאלה:

"טען הטוען: הקטנת הסיכון הביטחוני ככל האפשר אינה תכלית 'ראויה'; אין היא רגישה מספיק לזכויות האדם. התשובה על טעון זה הינה כי אין לראות ברצון להשיג ביטחון ככל האפשר – ביטחון שנועד להגן על חיי אדם – כתכלית שאינה ראויה" (עמ' 345).

גם האמצעים בהם בחר המחוקק כדי לשרת את התכלית, הינם ראויים. קידום ההרתעה בדרך של הגברת מעורבות ההורה במניעת ביצוע העבירות, אף היא ראויה. אומנם, העותרים טענו נגד כך שבמסגרת ההסדר נשללות קצבאות המגיעות לידי הורה, בשל מעשים שביצע הקטין. ברם, לא יכולה להיות מחלוקת כי מטרתה של קצבת הילדים נועדה לקידום וסיפוק צרכיו של הקטין במשפחה. אין חולק כי סכומי הכסף האמורים משולמים בשל ה"נטל הכלכלי" הנוסף שמביא עמו הצורך בכלכלת ילד נוסף, שהרי אם זה לא בא לעולם, לא היו אלה משתלמים כלל. במסגרת ההסדר גם הוגבל היקפה של שלילת הגמלאות והקצבאות, בהתייחס למספר היבטים. תחולת הכלל היא אך ורק על מי שנידון למאסר (בגין אותן עבירות המנויות בו), רק למשך תקופת המאסר, ורק בנוגע לגמלאות שזכאים הוריו של הקטין עובר העבירה, בקשר לאותו קטין בלבד. שאלת מידתיות ההסדר תעמוד לדיון בשלב הבא של הביקורת החוקתית, ועל כן די בשלב זה

לומר כי מדובר באמצעי מתון מבחינת השלכותיו על משפחת הקטין, בהתחשב כאמור בכך שמדובר בקטין שצרכיו הבסיסיים אינם מוטלים על המשפחה, ומשמדובר באמצעי שנועד להגביר את מעורבותו של ההורה במעשי ילדיו.

31. אשר על כן, לדעתי התנאי שעניינו תכלית ראויה מתקיים בענייננו. כמו כן, אינני רואה עין בעין עם חברתי השופטת ברק-ארז, אשר קבעה כי קיימת אי-בהירות בשאלת התכלית שיש בה כדי להטיל צל וספק על היותה "ראויה". כפי שציין חברי השופט י' עמית בפסק הדין שניתן לאחרונה בבג"ץ 2293/17 גרסגהר נ' כנסת (23.4.2020), טרם נפסל חוק מן הטעם שמדובר בחוק שאינו לתכלית ראויה. וזאת לא בכדי. כפי שציין חברי השופט עמית באותו עניין, עיקר כובד המשקל של הבדיקה החוקתית לרוב נסוב לעבר דרישת המידתיות. זאת בעוד שבחינת השאלה אם תכלית היא ראויה נעשית בהתייחס לשני היבטים מצומצמים יחסית: האחד, תוכן התכלית, היינו אם היא מהווה מטרה חברתית הרגישה לזכויות האדם או אם היא נועדה להשיג תכליות חברתיות כגון שמירה על אינטרס הציבור; השני, מידת הצורך בהגשמת התכלית. היינו, אם הצורך בהגשמתה חשוב לערכי החברה והמדינה (ראו למשל: בג"ץ 5026/04 דיזין 22, שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' רע"נ היתרי עבודה בשבת – אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה, פ"ד ס(1) 38, 56 (2005)). כפי שגם ציין חברי השופט י' עמית בחוות דעתו בענייננו, מקום אשר בו התעורר ספק, אף הונחו הנחות יסוד מקלות באשר לטיבה של התכלית. כך למשל נקבע בעבר כי בהוראות חוק הנוגעות בזכויות אדם יש מקום לבכר את משקלה של התכלית האובייקטיבית של החוק, על פני זו הסובייקטיבית, ויש להעדיף מבחינה פרשנית תכלית חוק שאינה מפלה על פני תכלית חוק מפלה (בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996, פסקה 39 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן והאסמכתאות שם (3.8.2017)). יתר על כן, נקבע כי תכליתו של חוק יכולה להתבסס על אדנים שונים, וקיומן של מספר תכליות אינו מעורר כשלעצמו ספק בדבר טיב התכלית. כפי שהעירה הנשיאה א' חיות בעניין החיסונים: "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 העיקרית של החוק אין מתקיימת בהכרח זיקה הדוקה." (פסקה 4).

32. בענייננו, חשיבותו של האינטרס הציבורי העומד על הפרק אינה מוטלת בספק, וכך גם הצורך בהגשמתו. סימני השאלה שהעלתה חברתי השופטת ברק-ארז אינם מטילים את הכף לעבר סיווגה של התכלית בענייננו כתכלית שאינה ראויה, שכן הם אינם מתייחסים להיבט המצומצם דרכו נבחנת שאלת היותה של תכלית "ראויה". השאלות והתמיהות שהעלתה חברתי נוגעות לבחינת מידתיות התיקון ולא לשאלה אם התיקון נועד

להשיג תכלית חברתית ואם קיים צורך בהגשמת תכלית זו. כך למשל, לשם הדוגמה, מעלה חברתי את השאלה האם התכלית היא ראויה כאשר היא מופנית כלפי הורה אף מבלי שהוכח קשר בין מעשה ההורה לפעולת הבן. אלא ששאלה זו שמה במוקד את סוגיית קיומו של קשר רציונלי – התאמה בין האמצעי שנבחר לבין המטרה, ולא למידה שבה התכלית כשלעצמה היא "ראויה".

מבחן המידתיות

33. נעבור עתה לבחינת קיומו של התנאי הרביעי, היינו, עמידתו של ההסדר בתנאי המידתיות, אשר נחלק לשלושה מבחני משנה: "מבחן ההתאמה" או "מבחן הקשר הרציונלי" שעניינו קשר של התאמה בין האמצעי למטרה; מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; ומבחן המידתיות הצר, היינו היחס הראוי בין התועלת הצומחת מהשגת התכלית הראויה לבין היקף הפגיעה (ראו למשל: בג"ץ 7146/12 אדס נ' הכנסת, פ"ד סו(1) 717, 801 (2013) (להלן: עניין אדס)).

34. באשר למבחן המשנה הראשון, שעניינו קשר בין ההסדר לבין התכלית שלשמה נחקק. אין מבחן זה דורש כי האמצעי שנבחר יגשים את מטרת החקיקה במלואה, ודי בהתקיים "מתאם אמיתי" בין האמצעי לבין המטרה (בג"ץ 1030/99 ח"כ אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640, 666 (2002)), כאשר על האמצעי הפוגע להוביל למטרה בהסתברות שאינה קלושה או תיאורטית בלבד (בג"ץ 5304/15 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' כנסת ישראל, פסקה ע"ט (11.9.2016); עניין עדאלה, עמ' 323; עניין ניר, פסקה 23 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש). העותרים טענו בהקשר זה, כי לא מתקיים קשר של התאמה בין האמצעי – שלילת גמלאות וקצבאות – לבין המטרה הנטענת, שהיא בעיקר הרתעתית, שכן תכלית הרתעתית צריכה להיות ממוקמת בגדרי ההליך הפלילי בלבד, ולא במסגרת חוק שעניינו ביטחון סוציאלי.

35. ברם, הרתעה אינה נחלתו הבלעדית של המשפט הפלילי. ביסודם של תמריצים שליליים שונים עומדת תכלית הרתעתית בתחומי משפט שונים (ראו סקירה: בג"ץ 2651/09 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים, פסקה 38 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (15.6.2011)). הרתעה נועדה להשיג תועלות חברתיות מסוימות, והיא משמשת כלי לגיטימי ליישום מדיניות בתחומים שונים, כמו גם בתחום העונשין ובתחום המנהלי. גם בתוככי ההליך הפלילי השיקול שענינו "הרתעת הרבים" (אשר מקבל ביטוי משמעותי במסגרת סעיף 140 לחוק העונשין) נועד לקדם מטרה חברתית – הרתעת החברה מפני ביצוע עבירות, וזאת אף כחריג להליך הפלילי המתבסס על בחינה אינדיבידואלית

ופרטנית בעניינו של נאשם (ראו למשל עמדתו של השופט י' עמית בבג"ץ 8425/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פסקה 10 (22.9.2014)).

36. נקודת המוצא היא שהמחוקק רשאי להתנות את קצבאות הביטחון הסוציאלי (ראו למשל: עב"ל (ארצי) 1245/00 דיוויס נ' המוסד לביטוח לאומי, פסקה 13 (3.11.2005)). זאת ועוד, אף כי אין חולק כי בבסיסן של גמלאות וקצבאות עומדת המטרה להביא לרווחת הנזקקים להם, אין מדובר בתכלית יחידה. מערכת הביטוח הסוציאלי הינה מורכבת ומסועפת, והיא עברה שינויים רבים במשך השנים, המשקפים שינויים במדיניות חברתית-לאומית של הממשלה בעת הרלוונטית. ניתן לומר כי מדובר במערכת אשר ניתן בה תהודה לצרכים שונים ומשתנים של החברה, חברתיים, לאומיים ואף ביטחוניים. בעניינן של קצבאות הילדים הדבר בא לידי ביטוי חריף. אינני נדרש לחזור על סקירתה המקיפה של חברתי השופט ד' ברק-ארז בעניין החיסונים (פסקאות 20-5), ורק אציין כי בוצעו בקצבה זו שינויים מקיפים במשך השנים לצורך הגשמת תכליות חברתיות שונות, בהתאם לסדר היום המדיני שעמד על הפרק. בין יתר השיקולים שעלו וירדו על הפרק במשך השנים, חלקן עם זיקה הדוקה לתכלית הסוציאלית וחלקן פחות, ניתן למנות את השיקול שעניינו עידוד הילודה, תמריץ לביצוע שירות צבאי, יציאה לעבודה ועוד. אשר על כן, שילובו של ההסדר בתוך מארג הביטוח הסוציאלי, אינו מצדיק כשלעצמו שלילת מידתיות ההסדר. כפי שצוין לעיל, במסגרת הדין גם ניתן ביטוי לכך שישנם מעשים השומטים את הקרקע מתחת לזכותו של הפרט, או בני משפחתו, לקבלת קצבאות וגמלאות, במיוחד כאשר מדובר במעשים שיש בהם כדי לחתור תחת בסיס קיומה של החברה במדינה. על כן, טענת העותרים כי אין להבחין בהקשר זה, לעניין שלילת הביטוח הסוציאלי, בין עבירות פליליות באשר הן לבין עבירות מהסוג עליהן חל ההסדר, גם היא אינה ניתנת להתקבל. זאת כאשר מדובר בעבירות אשר יש בהן כדי לחתור תחת קיומם של החיים במדינה, והפן האידיאולוגי העומד מאחוריהן מצביע על חומרה מיוחדת.

37. עוד טענו העותרים כי לא הוכח על ידי המשיבים כי האמצעי אכן יגשים את המטרה במידה משמעותית, ואף קשה להניח כי הוא אכן יעשה כן. כאן המקום להבהיר, הדרישה לקיומו של קשר רציונלי תמיד תהא צופה פני עתיד, והיא מבוססת במידה רבה על הערכה. גם לא מן הנמנע כי לאחר תקופה שבה ייושם החוק על ידי רשות, ניתן יהיה לבחון מחדש את עמידתו של התיקון במבחן זה (ראו למשל: בג"ץ 9333/03 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד ס(1) 277, 293 (2005)). איננו נמצאים בנקודה זו עדיין, שכן יישומו של החוק עודנו בראשיתו, ויישומו עד כה היה חלקי ביותר. גם לא ניתן לדעת בוודאות האם ההסדר יגשים את מטרותיו, וגם אין צורך להוכיח קיומה של ודאות כזו. הערכה

בדבר קיומו של מתאם בין האמצעי שנבחר לבין המטרה, נעשית גם בהתחשב במציאות החברתית אותה ביקש החוק לשנות, ובהתבסס בין היתר על ניסיון החיים והשכל הישר (עניין התנועה לאיכות השלטון, עמ' 706). בהתחשב כאמור לעיל, לדעתי ניתן לצאת מנקודת הנחה כי מדובר בהסדר שיש בו כדי להגביר את ההרתעה.

38. העותרים טענו אומנם נגד ההנחה כי יש בהרתעת ההורה כדי להביא למניעת מעשיו של קטין. אלא שאיני יכול לקבל את טענתם. ראשית, האחריות שיש להורה על קטין הינה מן הידועות שאינן דרושות הוכחה. ההורים הם האפוטרופסיים הטבעיים של ילדיהם הקטינים, ומחובתם לדאוג לכלל צרכיהם, ביניהם חינוכם (סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962). כך גם בדין הפלילי, אף כי מוטלת האחריות הפלילית על קטין שגילו מעל 12 שנים, להורים מוקנה מעמד מיוחד ומעורבות בהליך הפלילי, ביניהם הליכי מעצר, חקירה ומשפט, והחוק אף מאפשר לעתים את חיובם של ההורים בגין מעשי ילדם (ראו גם: א' שרון "ההורים והקטין עובר החוק" פלילים ד 263 (תשנ"ד) (להלן: שרון)). כך למשל, על פי חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971 (להלן: חוק הנוער), רשאי בית המשפט להורות על חיוב הורה של קטין, בתשלום קנס, הוצאות משפט או פיצוי או בקבלת התחייבות בעניין התנהגותו של הקטין בעתיד, אם נקבע כי הקטין ביצע את העבירה (סעיף 24 וסעיף 26 לחוק הנוער), או כאשר הורשע הקטין (סעיף 24 לחוק הנוער שנחקק במסגרת חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) (תיקון מס' 20), התשע"ו-2015 (להלן: תיקון מס' 20)). מדברי ההסבר לתיקון מס' 20 (הצעת חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) (תיקון מס' 20) (דרכי טיפול לאחר הרשעה), התשע"ו-2015), אשר הרחיב את סמכותו של בית משפט להורות על חיובו של הורה לקטין שהורשע בדין, עולה כי התיקון נועד להתמודד עם מקרים שבהם הורה אינו מגלה מעורבות בחיי ילדיו או כאשר ההורה מעודד את ילדיו לבצע עבירות. המסר שביקש התיקון להעביר הוא כי לא רק הקטין, אלא גם הוריו, הם בעלי אחריות למעשים שנגרמו. חוק הנוער מניח אם כן כהנחת יסוד את אחריותם של הורים למעשי ילדיהם וממילא גם את השפעתם של ההורים לפעול למניעת ביצוע מעשים עבריינים.

39. ולענייננו, התיקון נעשה על רקע התגברות אירועי יידוי אבנים, בעיקר על ידי קטינים (ראו למשל התמודדות עם התופעה של קטינים מידי אבנים, אף מתחת לגיל האחריות הפלילית, כבר משנת 1993: שרון, עמ' 277). התיקון מבקש להגביר את ההרתעה מפני ביצוע עבירות אלו ועבירות בטחון נוספות, שיש בהן כדי לחתור תחת בסיס קיומה של חברה, ולשם כך הוא נוקט באמצעי אשר נועד לעודד את מעורבותו של ההורה לצורך מניעת ביצוע העבירות. אכן לא ניתן לשער בוודאות כי תכלית זו תוגשם באמצעות אותם אמצעים כאמור, אך נוכח הנחת היסוד בדבר אחריותם של הורים למעשי

ילדיהם, והאפשרות הניתנת בידיהם לפעול לצורך מניעת ביצוע עבירות על ידי ילדיהם, ניתן להניח בהסתברות הנדרשת כי אכן המטרה עשויה להתגשם. כמאמר חז"ל: "שותא דינוקא בשוקא דאבוה או דאימיה" (שיחתו של הקטין בשוק היא של אביו או של אמו) (בבלי, סוכה נו, ע"ב).

40. בשולי הדברים, אציין כי לא ירדתי לסוף דעת העותרים, כי התכליות אינן מתיישבות עם "ההיגיון הפשוט והשכל הישר", שכן "לא הגיוני" לשלילת הקצבה, הנעשית בסכומים נמוכים יחסית, תביא לכך שההורה יפעל למניעת ביצוע עבירה על ידי הקטין, והדבר ירתיעו יותר מאשר עצם האפשרות שהקטין יישלח למאסר. טענה זו אך מדגישה את מידתיות ההסדר, שכן על פי טענת העותרים, לכל היותר ניתן לטעון כי מדובר בהסדר שהוא אינו יעיל משום שהוא אינו פוגעני מספיק. ואכן, יתכן שניתן להגשים את התכלית בדרך יותר אפקטיבית, אם מדובר היה באמצעי חריף יותר וגורף אף יותר. אלא שאז היה מתעורר קושי בקשר לשני מבחני המשנה הנוספים לבחינת המידתיות (ראו גם: עניין החיסונים, פסקה 64 לפסק דינה של השופטת ד' ברק ארז). אני מוכן גם להניח כי אמצעי פוגעני גורף וקיצוני יביא להשגת תכליות שונות בדרך טובה יותר מאשר אמצעי מתון. אך כידוע, לא כל מטרה מקדשת את האמצעים.

41. מכאן, יש לעבור למבחן המשנה השני של המידתיות. במסגרת מבחן זה יש לבחון האם מבין האמצעים האפשריים השונים להגשמת תכלית החוק, נבחר האמצעי שעוצמת פגיעתו בזכות החוקתית היא הפחותה ביותר. כידוע, אין מוטלת על המחוקק החובה לבחור באמצעי שבאופן מוחלט הוא הפוגעני פחות (עניין עדאלה, עמ' 325-324). בעיני, ההסדר צולח גם את מבחן זה. היקפה של הפגיעה במשפחת הקטין הינו מוגבל, וזאת כאמור במספר אופנים.

42. ראשית, ההסדר מגביל את השלילה אך ורק על קטין שנדון למאסר. נזכיר בהקשר זה מהי נקודת המוצא לגזירת דינו של נאשם קטין. ככלל, בעת גזירת עונשו של קטין, בית המשפט יטה להעדיף את השיקול שעניינו שיקום הקטין, בהתחשב בנסיבותיו האישיות ובגילו (ע"פ 1004/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (9.8.2006)). משקלו הנכבד של השיקום בעניינו של נאשם קטין הינו שיקול מנחה לפני בית המשפט בבואו לגזור את דינו של נאשם (ע"פ 6963/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 17 (5.4.2016)) וככלל, ככל שהנאשם צעיר יותר, כך גם יעדיף בית משפט הפעלתם של אמצעים שיקומיים על פני אמצעים עונשיים (ע"פ 4524/04 פלוני נ' מדינת ישראל (9.6.2005)). מכלל עקרונות אלו אנו למדים כי הטלת עונש מאסר על קטין נעשית ככלל, רק במקום שבו נמצא כי קיימת הצדקה משמעותית לענישה מחמירה. אומנם, כאשר מדובר בעבריינות המתבצעת על רקע אידיאולוגי-לאומני ניתן משקל משמעותי לשיקולי גמול

והרתעה על פני שיקולי שיקום (ע"פ 1163/07 אבו חדי'ר נ' מדינת ישראל (29.3.2007)), ומגמה זו משתרעת גם על פני המקרים בהם הנאשם הוא קטין (ראו למשל: ע"פ 1777/11 פלוני נ' מדינת ישראל (2.6.2011); ע"פ 411/09 גדיר נ' מדינת ישראל (21.4.2009); ע"פ 258/17 סלאח נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (10.8.2017)). ועדיין, גם בעבירות אלו ניתן ביטוי לא-פעם לחשיבות היתרה הניתנת להיבט השיקומי, בשל קטינותם של נאשמים כגון דא, המצדיק הבחנה, גם כאשר מדובר בעבירות ביטחון, בין עניינם לבין עניינם של בגירים (ראו למשל: ע"פ 5961/13 פלוני נ' מדינת ישראל (26.3.2014); ע"פ 1176/16 כהן נ' מדינת ישראל (15.5.2016)).

43. מכאן אפוא כי תיחום גבולות ההסדר כך שהוא כולל רק מקרים שבהם נדון קטין למאסר, מדגישה את מידתיות ההסדר בשלושה מובנים. במובן האחד, כפי שהוזכר לעיל, לעניין השלכות הפגיעה הצפויה בכלכלת המשפחה נוכח העובדה שבעת ששוהה הקטין במאסר צרכיו הבסיסיים מסופקים במסגרת זו, כאשר השלילה תהיה רק בנוגע לגמלאות שהורי הקטין זכאים לקבל בקשר לאותו קטין בלבד; במובן השני, לעניין טווח המקרים עליהם חל ההסדר כי ניתן להניח בזהירות המתבקשת, כי הגבלת ההסדר למקרים שבהם הורשע קטין ונידון למאסר, יוצרת הלימה לתחולת ההסדר במקרים שבהם מדובר במעשים חמורים שבוצעו על ידי קטין; במובן השלישי, משך תקופת ההגבלה הינו בעל קשר ענייני למשך תקופת המאסר, המושת על קטין לפי חומרת העבירה שביצע.

44. בהינתן תיחום גבולות ההסדר כאמור לעיל, מתקשה אני לקבל את טענת העותרים באשר להיותו של ההסדר גורף. אומנם, ההסדר אינו מתבסס על מנגנון אשר במסגרתו נבחן עניינו של קטין בכל מקרה ומקרה. אך טווח המקרים עליהם הוא חל הוא מצומצם ומוגדר, כאשר קבוצת המקרים המשתייכת אליה נמצאת בקצה הרצף הגבוה של ביצוע אותן עבירות חמורות עליהן חל ההסדר. אין מדובר ב"סנקציה" גורפת וכוללת הפוגעת ללא הבחנה במי מבני המשפחה ולתקופת זמן בלתי מוגבלת. מדובר באמצעי מתון, מצומצם בהיקפו, לגבי קצבה הניתנת בעבור הקטין שעבר את העבירה בלבד, ולתקופת זמן המתוחמת במועד שחרורו ממאסר. קשה עד מאוד לקבל את טענת העותרים במישור זה. אף כי במקרים רבים שימוש באמת מידה פרטנית משיג את התכלית הראויה תוך שימוש באמצעי שפגיעתו בזכויות, פחותה, אין מקום במסגרת בחינת האמצעי שפגיעתו פחותה, לפסול הסדר זה רק בשל היותו "גורף". ראו גם לעניין זה, דברי הנשיא א' ברק, בעניין עטאלה:

"... על רקע תפיסה זו של התכלית, האם האיסור הגורף והבדיקה האינדיבידואלית מקיימים את התכלית במידה שווה? לעניין זה יש להשוות בין האיסור הגורף, כפי שהוא קיים היום, לבין הבדיקות האינדיבידואליות

המקיפות ביותר שניתן לערוך. עם זאת, תהא יעילותם של אלה ככל שתהא, הן לא תוכלנה להשתוות לתוספת הביטחון שהאיסור הגורף מביא. נמצא, כי לאור הערך המרכזי של חיי אדם שהחוק בה להגן עליו, ברי כי האיסור הגורף יהא תמיד יעיל יותר – מבחינת הגשמת המטרה של הקטנת הסיכון הביטחוני ככל האפשר – מהבדיקה האינדיבידואלית. מסקנתנו הינה, איפוא, כי בנסיבות המקרה שלפנינו, הבדיקה האינדיבידואלית אינה מגשימה את התכלית החקיקתית באותה מידה כמו האיסור הגורף. אין חובה, על כן, במסגרת האמצעי שפגעתו פחותה, להיעצר בדרגה זו, והמחוקק רשאי היה לבחור באיסור הגורף בו בחר" (עמ' 344).

בענייננו, בהינתן צמצום טווח המקרים עליו חל ההסדר, סבור אני כי בחינה אינדיבידואלית של כל מקרה ומקרה, לא היה בה די כדי להגשים את תכלית החוק ולהביא להרתעה. בכך תומך גם הנתון שהובא לפנינו, כי עד כה הוחל ההסדר (ה"גורף" כאמור, וזאת עוד טרם ניתנה הנחיית הפרקליטות להחילו על קבוצה מצומצמת יחסית וטרם הוחלט על תיקון החוק) על מספר קטינים בודדים בלבד.

45. במסגרת בחינת שלב זה, זה יש גם לשאול, האם ניתן היה להסתפק באמצעי ענישה פליליים לצורך השגת ההרתעה. בעניין זה מקובלת עליי עמדת המשיבים, כי בהתחשב באופיין של העבירות עליהן חל ההסדר, המחוקק נדרש לשורה של צעדים, חלקם מתחום המשפט הפלילי, וחלקם מתחומים אחרים, על מנת להשיג את ההרתעה המיוחלת. לא ניתן גם להתעלם מכך שגם במסגרת חוק המאבק בטרור (אשר נחקק לאחר חקיקת התיקון, והמדינה הודיעה על כוונתה לעשות שימוש במונח "מעשה טרור" המוגדר בו, במסגרת תיקון חקיקה, גם לענייננו), הסדיר המחוקק שורה של הסדרים מנהליים שנועדו להתמודד באופן מלא עם ארגוני טרור, כאמצעי משלים להליכים הפליליים. כך, בבסיס חוק המאבק בטרור עומדת התפיסה כי פעילות שיש בה זיקה לפעילות טרור מהווה איום על מדינת ישראל, שיש להתמודד עמו בכלים רחבים ומורכבים. מדובר אפוא באחד הכלים המשלימים להרתעה מפני ביטוייה של תופעה שהכלים הפליליים אינם מספקים לצורך התמודדת עמה.

46. באשר למבחן המשנה השלישי, המידתיות במובן הצר. בעיני מתקיים איזון סביר בין התכלית הראויה לבין הפגיעה בזכות, אם קיימת. כך, השאלה העומדת על הפרק היא האם הסיכוי להגברת ההרתעה עומד ביחס ראוי לפגיעה בזכויות שנפגעות מכוח ההסדר. לדעתי, אף אם הייתי סובר כי מדובר בפגיעה בשוויון העולה כדי פגיעה חוקתית, השגת התכלית עומדת ביחס ראוי וסביר ביחס לאותה פגיעה. האינטרסים העומדים על הכף, שעה שמדובר בצרכי הרתעה מפני ביצוע אותן עבירות עליהן חל ההסדר, הם הצורך

בשמירה על חיי אדם, על שגרת חיים ועל ביטחונם של תושבי המדינה. הפגיעה בזכויות מצטמצמת במקרה זה באופן משמעותי לאור הגבלת ההסדר ותיחום גבולותיו כך שיחול על קבוצה מצומצמת יחסית, ורק כאשר הוטל עונש מאסר על קטין.

47. לסיכום, נשוב אפוא אל הכלל ממנו יצאנו לדרך. למחוקק נתון מתחם רחב של אפשרויות פעולה להגשמת מטרותיו החברתיות, בעוד שתפקידו של בית המשפט מצטמצם לבחינת השאלה האם מדובר בפעולות העומדות בגדרי המבחנים החוקתיים הנהוגים. הבחינה החוקתית אינה צריכה כאמור להתמודד עם השאלה האם החוק הוא טוב, ראוי ואפילו לא עם הסוגיה האם מדובר בחוק יעיל (עניין חוף עזה, עמ' 550). כאשר על הפרק עומדת סוגיית ביטולו של חוק שנחקק על ידי הכנסת, הדבר מצדיק ריסון ואיפוק מיוחדים (ע"פ 6659/06 עי"ד נ' מדינת ישראל, פסקה 29 (11.6.2008)). בענייננו כאמור, אף אם מדובר בפגיעה בזכות חוקתית – זו עומדת בתנאי פסקת ההגבלה.

לא מצאתי כל עילה אפוא להתערבות בהסדר ואם דעתי תשמע, העתירה תידחה.

ש ו פ ט

השופט ע' פוגלמן:

כחברתי השופטת ד' ברק-ארז אף אני סבור כי סעיף 325(ב) לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 (להלן: חוק הביטוח הלאומי או החוק) לא צולח את הבחינה החוקתית. להשקפתי הסדר זה פוגע באורח לא מידתי בזכויות החוקתיות לשוויון ולכבוד של הוריהם של קטינים המורשעים בעבירות ביטחון. אלה הטעמים שביסוד מסקנתי זו.

1. כפי שתיארה חברתי בחוות דעתה המקיפה, פסיקתו העקבית של בית משפט זה אימצה את "מודל הביניים" לתחימת היקפה של הזכות החוקתית לשוויון כך שהפליה שתבוא בגדרה אינה רק הפליה מחמת שיוך קבוצתי חשוד, כי אם גם הפליה הקשורה בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם "כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה וחופש פעולה" (בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619, 687 (2006) (להלן: עניין חוק טל); בג"ץ 7245/10 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה, פ"ד סו(2) 442, 493 (2013) (להלן: עניין החיסונים); בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל, פסקאות 44-45 (22.5.2012) (להלן: עניין נסר); בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת, פסקה 11 (23.2.2012)

(להלן: עניין ניר); בג"ץ 6784/06 שליטנר נ' הממונה על תשלום גמלאות, פ"ד סד(2) 581, 615-614 (2011); בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 76 (2.9.2010) (להלן: עניין לה"ב); בג"ץ 9722/04 פולגת ג'ינס בע"מ נ' ממשלת ישראל, פסקה 23 (7.12.2006). עמד על הדברים הנשיא א' ברק בבג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 304-303 (2006) (להלן: עניין איחוד המשפחות):

"ההכרה בהיבט החוקתי של השוויון אינה נובעת מאקט שיפוטי של השלמת 'חסר' בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ההכרה בהיבט החוקתי של השוויון נובעת מפרשנותה החוקתית של הזכות לכבוד האדם. זכות זו לכבוד האדם מוכרת בחוק היסוד במפורש. עם זאת, לא כל היבטיו של השוויון – אילו הוכר כזכות עצמאית העומדת על רגליה שלה בלבד – כלולים במסגרתו של כבוד האדם. רק אותם היבטים של השוויון אשר קשורים לכבוד האדם בקשר ענייני והדוק נכללים בגדריה של הזכות לכבוד האדם".

2. על פי אמות מידה אלו, שאיני רואה לסטות מהן, נפנה לבחון את ההסדר שנחקק בסעיף 325(ב) לחוק הביטוח הלאומי, המורה על שלילת גמלאות מסוימות מהורים לקטין שהורשע בעבירות ובנסיבות המפורטות בו למשך תקופת מאסרו, אשר לפי הטענה פוגע בזכות לשוויון בניגוד לתנאי פסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. סעיף 325(ב) הוסף לחוק הביטוח הלאומי כחלק מתיקון מס' 120 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) על רקע המאבק בתופעת יידוי האבנים על כלי רכב והולכי רגל (חוק העונשין (תיקון מס' 120 והוראת שעה), התשע"ו-2015, ס"ח 2506 (להלן: תיקון 120)). לצד חקיקת סעיף 325(ב) לחוק הביטוח הלאומי, תיקון 120 כלל גם שינוי של הגדרת חלק מיסודות עבירת חבלה בכוונה מחמירה (באחת החלופות המנויות בה; סעיף 329(א)(2) לחוק העונשין; בהמשך לפסיקתו של בית משפט זה בע"פ 5225/03 חבאס נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 25, 32-33 (2003)) וכן הוחמרה הענישה בגין עבירה זו בחלופה האמורה ובגין עבירת יידוי או ירי של אבן או חפץ אחר לעבר כלי תחבורה לפי סעיף 332 לחוק זה (להלן: עבירת יידוי אבן), בדרך של קביעת עונשי מינימום (רכיב אחרון זה חוקק כהוראת שעה, ופקע מאז; ראו סעיף 2 לתיקון 120).

3. בעתירה שלפנינו נתקפה חוקתיותו של סעיף 325(ב) לחוק הביטוח הלאומי בטענות שונות, ובהתאם לצו על-תנאי שהוצא ביום 25.1.2017 דיוונו יתמקד בטענה כי הסעיף פוגע פגיעה בלתי מידתית בשוויון. לפי ההסדר שנקבע בסעיף 325(ב), הורים לקטין שהורשע בעבירת ביטחון כהגדרתה בסעיף 326(ב) לחוק הביטוח הלאומי או

בעבירת יידוי אבן שבוצעה מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור, ונגזר עליו עונש מאסר – תישללנה מהם הגמלאות המפורטות בו, המשולמות בעד הילד, וזאת למשך התקופה שבה הוא שוהה במאסר עקב ההרשעה. את שלילת הגמלאות מהורי קטין שהורשע כאמור ניתן לחלק לשלושה נדבכים: שלילת קצבאות ילדים לפי פרק ד' לחוק (ובכלל זה גם מענק לימודים שנתי לפי סעיף 74 לחוק) בעד הקטין; שלילת תוספות המשולמות בעד הקטין בגמלאות אחרות (קצבת הבטחת הכנסה, קצבת מזונות ותוספות תלויים לקצבת נפגעי עבודה, קצבת זקנה, קצבת נכות, קצבת שאירים); וככל שהגמלאות האמורות משולמות בהתאם למספר הילדים במשפחה – לא יובא אותו קטין במניין הילדים (סעיף 325(ב)(2) לחוק).

4. הצדדים שלפנינו חלוקים בשאלה אם ההסדר בסעיף 325(ב) לחוק הביטוח הלאומי פוגע בזכות החוקתית לשוויון. זהו גם סלע המחלוקת בין חבריי, אשר לגביו מצרף אני את קולי כאמור להכרעתה של השופטת ד' ברק-ארז, אף שדרך הילוכי למסקנה זו – שונה. כאשר עולה טענה כי חוק פוגע בזכות החוקתית לשוויון, נדרשים אנו לבחינה דו שלבית: "תחילה יש לבחון אם החוק קובע הבחנה שאינה מבוססת על שוני רלוונטי לעניין הנדון. אם התשובה לשאלה זו חיובית, החוק מפלה, ויש להוסיף ולבחון אם ההפליה קשורה בקשר 'ענייני הדוק' לכבוד האדם" (בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עובדים על פי חוק הסכמים לנשיאת עובדים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996, פסקה 3 לחוות דעתי (27.2.2020); אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה 697 (2014)).

5. להשקפתי, ההבחנה הנוהגת בסעיף 325(ב) לחוק הביטוח הלאומי מכוונת להורי הקטינים להבדיל מהקטינים עצמם. הבחנה זו והשלכותיה לניתוח הפגיעה בשוויון לא חודדה על ידי הצדדים וחלק מהטענות הועלו בקשר לאחת מהקבוצות בלבד (וראו הטענות השונים שהועלו בעניין זה: סעיפים 25, 32 לסיכומי משיבי הממשלה וסעיפים 8, 35, 57, 66-67, 74, 85 לכתב התשובה מטעמם; סעיפים 5, 35, 39, 43-44, 50-51, 60 לכתב התשובה מטעם הכנסת; סעיפים 2, 19, 26-27 לעתירה; פרוטוקול הדיון בהתנגדות לצו על-תנאי מיום 3.7.2018 (להלן: הדיון בהתנגדות), דברי באת כוח הכנסת בעמ' 1-2; ובא כוח משיבי הממשלה, בעמ' 10 ש' 19, עמ' 16 ש' 27-28). לנקודה זו חשיבות רבה בניתוח החוקתי של ההסדר העומד לפתחנו, המכוון לדעתי בראש ובראשונה להורי הקטינים, הם בעלי הקצבאות (וזאת גם אם מטבע הדברים לצעד זה קיימות השפעות עקיפות על הקטינים עצמם). שלילת הקצבאות – בכל שלושת המישורים שעליהם עמדתי – משמעותה גריעת תשלומים שהורים לקטין זכאים להם עקב הגידול בהוצאות כתוצאה מהרחבת התא המשפחתי וכדי לסייע בידם לספק צרכים

בסיסיים לילדיהם (ראו גם הדיון, בהתייחס לקצבאות ילדים, בעניין החיסונים, בעמ' 509-510). לפיכך, הגם שהקצבאות או התוספות לקצבאות מועברות בעד הילד – המען של אלו הוא ההורה, ובלבד שהילד שבגינו משתלמת הקצבה מצוי בחזקתו של אותו הורה (סעיפים 66 ו-69 לחוק הביטוח הלאומי; ראו עמדתה של השופטת (כתוארה אז) א' חיות בעניין החיסונים, בעמ' 533-534; פסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ו' וירט-ליבנה (בדעת רוב) בעב"ל (ארצי) 1117/04 אזוראי – המוסד לביטוח לאומי (2.11.2006); זו גם הייתה עמדת המשיבים בעניין החיסונים (ראו שם, בעמ' 468-469)).

6. על כך ששלילת הקצבאות מכוונת בעיקרה להורי הקטינים ניתן ללמוד גם מן העובדה שההסדר שלפנינו לא חל רק על קצבאות הילדים עצמן, המועברות כאמור להורה, אלא בא לידי ביטוי גם בקצבאות אחרות שלהן זכאי ההורה המבוטח. לפיכך להשקפתי, ההבחנה שאליה עלינו להידרש היא ההבחנה בין הורים לקטינים שהורשעו בעבירות המנויות בסעיף 325(ב) על רקע לאומני או עם זיקה לפעילות טרור לבין הורים לקטינים אחרים, ובהם גם הורים לקטינים שהורשעו בעבירות שאינן באות בגדרי הסעיף ונגזר עליהם עונש מאסר, אשר מהם לא נשללות הגמלאות המנויות בסעיף או רכיבים מהן כאמור.

7. כמוזכר לעיל, אף הכנסת ומשיבי הממשלה התייחסו להבחנה זו שנעשית בסעיף 325(ב) בתשובותיהם. הכנסת בתשובתה טענה כי ההבחנה בין הקבוצות האמורות מבוססת על סוג העבירות שבהן הורשעו הקטינים, נוכח האיום שיש בהן, הנבדל בהיקפו ובמורכבותו מן האיום הפלילי "הרגיל". הבחנה זו מצדיקה לשיטתה שימוש בכלים נוספים למאבק בעבירות אלו, מלבד אלה הנתונים בידי מערכת אכיפת החוק. לשיטת הכנסת, הפגיעה הייחודית שגורמות עבירות אלו לביטחון המדינה ותושביה, ולסדרי השלטון בה היא שמקימה שוני רלוונטי לתכליתם של ההסדרים הסוציאליים הנשללים מהמשפחות המבוססים על עקרונות של סולידריות חברתית וערכות הדדיות. משיבי הממשלה (שרת המשפטים דאז והמוסד לביטוח לאומי; להלן גם: המשיבים) אף הם מצדיקים את ההבחנה שעורך סעיף 325(ב) נוכח החומרה המיוחדת של העבירות המנויות בסעיף, ובפרט התופעה החמורה של יידי האבנים על ידי קטינים, שהפכה לדידם ל"מכת מדינה". לשיטתם, שונות זו רלוונטית הן ביחס לקטינים המורשעים בעבירות אלו, הן ביחס לקבוצות ההורים שלהם (סעיף 25 לסיכומי משיבי הממשלה). בפרט בהתייחס למשפחות הקטינים המורשעים בעבירות אלו נטען כי עבריינות הטרור, בהיותה עבריינות אידיאולוגית, אטרקטיבית מאוד עבור צעירים, וארגוני טרור רבים "לוקחים חסות" על עברייני הטרור ומשפחתו, תוך שהם מספקים תמיכה כלכלית וחברתית למשפחה כולה. מאפיינים ייחודיים אלה, כך המשיבים, מצדיקים את ההבחנה

העומדת ביסוד ההסדר לפנינו. ממילא הודגש, הן על ידי משיבי הממשלה הן על ידי הכנסת, כי שלילת הקצבאות בגדרי התיקון מוגבלת לתקופת המאסר, שבה צרכיו הבסיסיים של הקטין מסופקים על ידי המדינה.

8. האם ההבחנה בין קבוצת הורים לקטינים, ובהם הורים לקטינים המורשעים בפלילים בעבירות "רגילות" לבין קבוצת ההורים לקטינים שהורשעו בעבירות המנויות בסעיף 325(ב) לחוק מבוססת אפוא על שוני רלוונטי? לדעתי התשובה לכך בשלילה. כידוע, בשלב זה השאלה הדורשת הכרעה אינה אם קיים הבדל בין קבוצת ההורים, אלא אם השוני רלוונטי לעניין הנדון. על השוני להיות רלוונטי "לתכליתה של הנורמה המבחינה" (בג"ץ 4124/00 יקותיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד סד (1) 142, 189-188 (2010) (להלן: עניין יקותיאל)); עניין נטר, פסקה 37; עניין לה"ב, פסקה 77). טענת העותרים לפנינו היא כי ההבחנה שנערכה בהסדר שלילת הגמלאות שלפנינו אינה רלוונטית לתכליותיהן הסוציאליות.

9. בעניין החיסונים נדרש בית משפט זה בהרחבה לטענה כי הוספת תנאי שאינו קשור למבנה הקצבה ותכליותיה לשם קבלתה הוא שיקול לא רלוונטי להבחנה בין מבוטחים (שם, בעמ' 490-492). בטרם אבחן את הקביעות שם ונפקותן לענייננו שלנו, יש לעמוד על שני הבדלים עיקריים בין הפרשות. הראשון, בפרשת החיסונים נדונה הזכאות לתוספת לקצבאות הילדים – תוך הותרת הזכאות לקצבה הבסיסית על כנה בעיקרה, ללא קשר לשאלת חיסון הילדים (שם, בעמ' 469 ו-518), ואילו בענייננו עסקינן בשלילה של גמלה המתקבלת בעד הקטין שהורשע במלואה (כמו גם שלילת מלוא החלק שמבטא את היות המבוטח הורה לאותו קטין בגמלאות האחרות) למשך תקופת מאסרו. שנית, וזה העיקר, הפחתת הקצבאות שנדונה בעניין החיסונים הייתה תלויה, להבדיל מענייננו, בהתנהגות ההורה הפרטני – מקבל הקצבה – ובבחירותיו (ועל כך ראו עוד להלן; ראו גם הערתה של השופטת ד' ברק-ארז בעניין החיסונים, בעמ' 526), בעוד שבהסדר כאן התנאי היחידי לשלילה הקצבאות מההורים הוא הרשעת הקטין בעבירות ובנסיבות שפורטו, והטלת עונש מאסר עליו עקב כך.

10. לנקודות אלו נשוב עוד בהמשך. בעניין החיסונים, במסגרת בחינת הטענה לפגיעה בשוויון, דן בית משפט זה בשאלה אם ההבחנה בין הקבוצות שנדונו שם הייתה רלוונטית, בהינתן מטרת ההסדר – הגדלת שיעור החיסונים בקרב ילדים. כפי שציינה חברתי השופטת ד' ברק-ארז בחוות דעתה, המענה שניתן לשאלה זו לא היה אחיד. השופטת ע' ארבל סברה כי "התכלית הסוציאלית המרכזית בבסיס חוק הביטוח הלאומי תגרוור לרוב הנחה בדבר פגיעה בשוויון במקרה של התניית הקצבה הסוציאלית שלא מתוך התכלית הסוציאלית המרכזית שבבסיסה" (שם, בעמ' 492). לעומתה, השופטת ד'

ברק-ארז והשופטת (כתוארה אז) א' חיות היו מוכנות להכיר בכך שקידום תכלית חברתית כהגדלת שיעור הילדים המחסונים מבססת שוני רלוונטי לצורך קביעת הזכאות לקצבאות הילדים שנדונו שם. השופטת ד' ברק-ארז מצאה כי התניית הזכאות לתוספת הקצבאות שם בחיסון הילדים הייתה עניינית לתכלית הקצבאות. הכרעתה זו התבססה על המסקנה כי התנאי שנוגע לחיסון הילדים הוא בעל זיקה ישירה וחד משמעית לתכלית שלשמה ניתנות הקצבאות מלכתחילה – קידום בריאותם ורווחתם של ילדים (שם, בעמ' 524 ו-527). השופטת (כתוארה אז) א' חיות, סברה כי אין מניעה לקדם מטרה חברתית נוספת לתכלית העיקרית של החוק הנבחן, "גם אם בינם לתכליתו העיקרית של החוק אין מתקיימת בהכרח זיקה הדוקה" (שם, בעמ' 537). בצד האמור ציינה השופטת (כתוארה אז) א' חיות כי "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 אם מאפיינים אלה הם רלוונטיים על פי ערכי היסוד של שיטת המשפט והתפיסות החברתיות הרווחות" (שם, בעמ' 540). מסקנתה באותה פרשה הייתה כי ההבחנה בין קבוצות ההורים לא הקימה פגיעה בזכות החוקתית לשוויון, מן הטעם שההצדקה להבחנה בין הקבוצות התבססה על הצורך להגן על בריאות הציבור.

11. גם אם נקבל את נקודת המוצא שלפיה ניתן להכיר בתכליות משנה חברתיות נוספות לתכליתם העיקרית והיסודית של ההסדרים העומדים בבסיס מערך הביטחון הסוציאלי ככאלה שיצדיקו הבחנה בין קבוצות מבוטחים שונות, ההבחנה בין קבוצות ההורים בהסדר שלפנינו אינה רלוונטית במובן זה שהיא נשענת על פעולה שנעשתה על ידי ילדיהם, ולא על בחירה או פעולה שננקטה מצד ההורים עצמם. ייחוד קבוצת הורים לקטינים לצורך זכאותם לתמיכות שונות והבדלתם מהורים אחרים אך ורק על בסיס קריטריון זה פוגע בהתייחסות לאדם כיצור אוטונומי. שלילת הקצבאות מההורים לקטינים שהורשעו בעבירות הביטחון ויידוי אבן כהגדרתן בסעיף 325(ב) משמיעה מסר חברתי כי הפסול שדבק במעשי הקטינים, מכתים גם את הוריהם, באופן המצדיק גריעה מזכאותם לקצבאות, מבלי שנדרשת כל התייחסות להורה עצמו, אף לא שמיעתו. הנחיה זו להבחין בין הורים לצורך זכאותם לגמלאות על בסיס "חזקה חלוטה" המייחסת להם תכונה או פעולה כלשהי על בסיס פעולותיו של אחר בלבד, מקימה לשיטתי הבחנה בלתי רלוונטית ומפלה (ראו והשוו פסקה 135 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג).

12. בהקשר זה יש להידרש לטענה השזורה בעמדות משיבי הממשלה והכנסת כי ביסוד סעיף 325(ב) עומדת גם התפיסה כי כאשר אדם שזכאי לקבל סיוע מכוח גמלאות

הביטחון הסוציאלי מקבל את הסיוע מגורם ציבורי אחר – יש הצדקה לסייג את הזכאות לגמלאות, וכך הם הדברים בין אם הגמלה שייכת להורה הקטין ובין אם רואים בה כשייכת לילד עצמו. בפרט כך נטען הם הדברים בענייננו, מן הטעם שצרכי הילד מסופקים לו במהלך מאסרו על ידי שירות בתי הסוהר, ובכך נגרעות ההוצאות המשולמות עבורו על ידי הוריו במהלך תקופה זו. אכן, טענה מסוג זה הייתה יכולה לבסס הבחנה רלוונטית במובן זה שביסודה הערכה לשינוי בעלויות גידול הילד עבור תא משפחתי שבו קטין שוהה במאסר מאחורי סורג ובריח, כך שאלו מצומצמות – למצער במידה מסוימת – מאלו של תא משפחתי שבו קטין לא נידון לעונש מאסר (וראו הבהרות שנמסרו מפי נציגת הייעוץ המשפטי של המוסד לביטוח לאומי ובאת כוחה של הכנסת בדיון בהתנגדות, שלפיהן הקצבאות האמורות לא נשללות מהורי הקטין אם העונש שנגזר עליו הוא מאסר בפועל בדרך של עבודות שירות, עמ' 4 ש' 35 עד עמ' 5 ש' 3). כך בפרט בהינתן התכליות העומדות בלב הקצבאות, לספק "רשת הגנה לפרטים ולמשפחות במקרים של נזקקות, אבדן או צמצום בהכנסה הכספית הרגילה, או בשל ריבוי בהוצאות ממגוון נסיבות" (עניין החיסונים, בעמ' 473-474).

13. ברם, לא זו ההבחנה שנקבעה בסעיף 325(ב) לחוק הביטוח הלאומי. כאמור, הוראה זו מייחדת קבוצה מסוימת מתוך ההורים לקטינים שהורשעו בפלילים ונאסרו ורק לגביהם נבחר לשלול את הקצבאות, בעוד שהורים לקטינים אחרים ששוהים במאסר זוכים לקבל את הקצבאות המלאות חרף כך ששירות בתי הסוהר נושא בעלויות המחיה הבסיסיות של ילדיהם. קרי: ההבחנה בין קבוצות השוויון בענייננו לא יכולה להתבסס על הטיעון בדבר הנשיאה בעלויות צרכי הקטין על ידי שירות בתי הסוהר, שאז ההסדר בסעיף 325(ב) היה צריך לחול על כל הורה שילדו הורשע בפלילים ונגזר עליו עונש מאסר (ומכאן שגם ההשוואה בטיעוני משיבי הממשלה להסדרים הכלליים הקבועים בסעיף 307(א) לחוק הביטוח הלאומי; סעיף 3 לחוק הבטחת הכנסה, התשמ"א-1980; סעיף 23 לחוק זה וסעיף 155 לחוק הביטוח הלאומי אינה רלוונטית להצדקת ההבחנה בענייננו (שם, סעיף 48); ראו בעניין זה פרוטוקול ישיבה 51 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 16 (20.10.2015) (דברי היועצת המשפטית לוועדה; להלן: הדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט)). לפיכך, אין בטיעון זה כדי להשפיע על בחינת שאלת הפגיעה בשוויון וקיומו של שוני רלוונטי להצדקת ההבחנה בין קבוצות ההורים בעתירה שלפנינו (ואולם יכולה להיות לו חשיבות בבחינת מידתיות הפגיעה, כפי שאסביר להלן).

14. כמו כן, איני רואה לקבל גם את טענת משיבי הממשלה שלפיה ההבחנה בין קבוצות ההורים בענייננו רלוונטית משום שעסקינן בעבריינות אידיאולוגית, אשר יכולה

לצמוח בחיק משפחת הקטין, וזוכה לא פעם ל"חסותם" של ארגוני טרור, המספקים תמיכה כלכלית וחברתית למשפחה. בהקשר זה נטען כי "ניתן לומר, על דרך הכלל, כי קטין המבצע עבירות אידיאולוגיות, עשוי לזכות לתמיכה משפחתית וסביבתית למעשיו או לכל הפחות עשוי לסבור כי הוריו ומשפחתו תומכים בפעולותיו, זאת וודאי מקום בו מדובר באידיאולוגיה אשר עליה התחנך הקטין בביתו (ואף אם הוריו לא תמכו בעבריינות על רקע זה ובהגשמת האידיאולוגיה שלה הטיפו, בדרך עבריינית)" (סעיף 28 לסיכומי משיבי הממשלה; סעיף 62 לתשובה מטעמם). ברם, הסדר שלילת הגמלאות שלפנינו אינו כולל התייחסות כלשהי לקבלת תמיכה אצל ההורים, מקבלי הקצבאות, מאת ארגוני טרור או לעמדתם של ההורים ביחס למעשים. שלילת הקצבאות מוחלת כאמור על הורי הקטין אך ורק על בסיס הרשעתו של האחרון בסוג העבירות המנויות בסעיף (ובנסיבות הקבועות בו) ועונשו, במנותק משאלת המעטפת המשפחתית והארגונית שבה פעל, אם קיימת, ומהתמיכה שמשפחתו "זוכה" לה כתוצאה מכך, אם ישנה. לא ניתן אפוא לקבוע כי ההבחנה בין קבוצות ההורים בענייננו מוצדקת על בסיס טענה זו מטעם המשיבים, שבעצמם מכירים בכך כי התמיכה האמורה היא תרחיש אפשרי שיכול להתממש ויכול שלא (ובעניין זה יוער כי הסבר זה כשלעצמו לחקיקה, המפנה לפעילותם החברתית והכלכלית "העניפה" של ארגוני הטרור, יכול לתמוך בטענות העותרים כי התיקון לוקה בהפליה המבוססת על "סיווג חשוד"; אולם איני רואה להכריע בטענה זו בשלב הנוכחי, ראו פסקה 17 להלן). אשר על כן איני סבור כי גם טיעון זה מספיק כדי לקבוע כי ההבחנה בין הורים שעליהם חל ההסדר לבין הורים לקטינים שהורשעו בעבירות "רגילות" היא הבחנה המבוססת על שוני רלוונטי.

15. לסיכום נקודה זו אני סבור כי לא הוכח קיומו של שוני רלוונטי המצדיק הבחנה בין הורים לקטינים שהורשעו בעבירות המנויות בסעיף 325(ב) (ובנסיבות המוזכרות בו) לבין הורים לקטינים שהורשעו בפלילים, או הורים לקטינים בכלל לצורך הקצבאות נושא הסעיף. אלא שבכך לא תמה מלאכתנו. כאמור, עסקינן בבחינה חוקתית ועל כן כדי להכריע בשאלה אם פוגע החוק בשוויון החוקתי יש לבדוק אם הפגיעה בשוויון קשורה ב"קשר ענייני הדוק" לכבוד האדם.

16. להשקפתי הפגיעה בשוויון שעליה הצבעתי עולה כדי פגיעה בכבוד האדם. ביסוד כבוד האדם כערך חוקתי עומדת התפיסה כי האדם הוא יצור בן חורין, וכי נתון לו החופש הכללי לעצב את אישיותו. כבוד האדם רואה באדם מטרה ולא אמצעי להשגת מטרות של אחרים (אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 421 (1994) (להלן: ברק, פרשנות במשפט)). "כבוד האדם נשען על ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם, באנושיותו ובערכו כאדם, וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו

לאחרים" (בג"ץ 7385/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פסקה 120 לפסק דיני (22.9.2014) (להלן: עניין איתן); עניין חוק טל, בעמ' 684-685). מן ההכרה בערך כבוד האדם נובעת ההכרה בזכותו לעצב את חייו ואת גורלו, ולשלוט על מעשיו בהתאם לבחירותיו. הסדר שגורע מזכויותיו של אדם או הטבות הניתנות לו על בסיס מעשיו של אחר, משמעו כי גורלו המשפטי של האדם נקבע שלא על פי בחירותיו או פעולותיו (ראו והשוו דנ"פ 404/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 10 לחוות הדעת של השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן ופסקה 1 לחוות הדעת של השופט נ' הנדל (15.4.2015); בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, פ"ד סד(2) 717, 794-797 (2013) (להלן: עניין אדם)). כאשר מטילים על אדם סנקציה כלשהי בגין עוון שלא הוא ביצע, משמעות הדבר היא כי מתייחסים אל האדם כאמצעי להשגת תכליות נלוות חיצוניות (בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, 646-647 (2009) (להלן: עניין המרכז האקדמי)). באלו גם אלו, פגיעה בכבודו.

17. בעיניי, ההסדר שנקבע בסעיף 325(ב) מבטא התייחסות לאדם כאל אמצעי להשגת מטרות של אחרים, ותוצאתו שהורי הקטינים נושאים בעוונות ילדיהם. תוצאה קשה זו בעינה עומדת, לפי ההסדר שנבחר, ללא תלות בפעולה שנקט ההורה בקשר לביצוע העבירות על ידי ילדו, אם נקט, ובלא קשר לתמיכה החברתית או הכלכלית שמתקבלת בפועל אצל התא המשפחתי לאחר ביצוע העבירות ובגין. היא נובעת מהכלל הקבוע בסעיף שלפיו שלילת הגמלאות מהורה מבוססת אך על הרשעת ילדו בעבירה המנויה בו והעונש שהוטל בגינה. למעשה, שלילת הקצבאות על פי החוק חלה גם על הורים שעשו כל שאל ידם כדי למנוע מעורבות ילדם בעבירות שנכללות בו. וזאת שוב אדגיש: גם אם המדינה תמצא כי התמודדות עם עבירות מסוימות דורשת פעולה דרך מערך תמריצים להורי הילדים "המועדים" (כפי שטענו לפנינו משיבי הממשלה) כדי שיגבירו את הפיקוח על ילדיהם, ההבחנה בענייננו אינה מבוססת על קריטריון הקשור בהתנהגות ההורה או במאפיינים אחרים הנוגעים למעורבותו בפעולות הפסולות של הילד (עניין איחוד המשפחות, בעמ' 309-310). ההבחנה נשענת על החזקת כל הורה עליו חל ההסדר באופן אפריורי כ"תורם" למעורבות ילדו בפלילים, וכמי שלא עשה די כדי למנוע אותה. זאת, מבלי שנדרש כל נתון קונקרטי על התנהלות אותו הורה, מבלי לשמוע את דבריו, ואפילו קיימים נתונים פוזיטיביים שמפריכים הנחה זו. בכך, גורע ההסדר מן ההורים בלא קשר למעשיהם ולבחירותיהם, ופוגע בכבודם (לפיכך אף אני סבור כי אין זה נדרש להכריע בשלב זה בטענות העותרים להפליה תוצאתית על רקע לאום; ראו פסקאות 37-39 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז).

18. על הקושי בהטלת סנקציה שלטונית נגד בני משפחה של עברייני טרור עמדתי בעבר בהתייחס להוראת תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 המעגנת את סמכות המפקד הצבאי להורות על החרמת והריסת בתיהם של חשודים במעורבות בפעילות עוינת. הפעלת סמכות זו מערבת לא פעם בני משפחה או דיירים אחרים שלא היו מעורבים בפעילות העבריינית, ומביאה להותרתם חסרי קורת גג על לא עוול בכפם. על כך כתב השופט (כתוארו אז) מ' חשין כבר לפני למעלה משני עשורים:

“אם נהרוס את דירתו של המחבל, נהרוס בה-בעת – ובאותן מהלומות כילפים – את דירתם של האישה ושל הילדים. במעשה זה נענוש את האישה ואת הילדים אף שלא חטאו. לא כן ייעשה במקומנו. מאז קום-המדינה – בוודאי כך מאז חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – נקרא אל תוך הוראת תקנה 119 לתקנות-ההגנה, נקרא בה ונשקע בה, ערכים שהם ערכינו, ערכים של מדינה יהודית, חופשית ודמוקרטית. ערכים אלה יוליכונו היישר אל ימים קדומים של עמנו, וימים אלה כאותם ימים: לא יאמרו עוד אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקהינה. כל האדם האוכל בוסר שיניו תקהינה” (בג”ץ 2006/97 ג’נימת נ’ אלוף פיקוד מרכז, פ”ד נא(2) 651, 655 (1997) (בדעת מיעוט)).

הגם שהדברים נשארו בבחינת דעת מיעוט גם בפסיקה מאוחרת יותר של בית משפט זה בסוגיה האמורה, אין הם בבחינת דעת יחיד (וראו למשל בג”ץ 752/20 עטאונה נ’ המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, פסקאות 2-3 לחוות דעתה של השופטת ע’ ברון (25.5.2020); בג”ץ 7961/18 נעאלווה נ’ המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 19 (6.12.2018); בג”ץ 8150/15 אבו ג’מל נ’ מפקד פיקוד העורף, פסקאות 7-13 לחוות דעתו של השופט מ’ מזוז (22.12.2015); בג”ץ 5839/15 סידר נ’ מפקד כוחות צה”ל בגדה המערבית, פסקאות 4-5 לחוות דעתו (15.10.2015); בג”ץ 5290/14 קואסמה נ’ המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 21 (11.8.2014) (להלן: עניין קואסמה)).

19. לכך יש להוסיף כי הפעלת הסמכות האמורה נתונה לשיקול דעת המפקד הצבאי, המחויב לפעול במידתיות, תוך מתן משקל בין היתר למידת מעורבותם של דיירי הבית המיועד להריסה באירוע שבגיניו נעשה שימוש בתקנה (דנג”ץ 5924/20 המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון נ’ אבו סוהילה, פסקאות 7-8 (8.10.2020); בג”ץ 6905/18 נאג’י נ’ המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 27 (2.12.2018); בג”ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ’ שר הביטחון, פסקה יח לחוות הדעת של השופט (כתוארו אז) א’ רובינשטיין ופסקה 4 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) א’ חיות (31.12.2014); עניין קואסמה, פסקאות 22-23). לעומת זאת, על פי ההסדר העומד לבחינתנו (הגם שחומרת השלכותיו פחותה מטבע הדברים מזו של הריסת הבתים), הרשעת הקטין בעבירות האמורות

ובנסיבות המפורטות בסעיף 325(ב), מובילה מניה וביה לשלילת הקצבאות מהוריו ואין הדבר נתון לשיקול דעת, אף לא כפוף לשמיעת ההורים.

20. לגישתי, ייחודם של קבוצת ההורים לקטינים שהורשעו בעבירות הביטחון וידידי אבן וצביעתם של כל החברים בה בפסול החמור שנפל במעשי ילדיהם, אך על בסיס הרשעת הילדים (והטלת עונש מאסר) משמעה תיוג ההורים האמורים כ"תומכים" במעשים בדרך כזו או אחרת או למצער, הפניית הזרקור אליהם כחלק מן התופעה העבריינית שאותה מבקשים למנוע (וראו טיעוני המשיבים כולם על תכליתה של שלילת הגמלאות ככלי נוסף ב"ארגז הכלים" למאבק בעבירות אלו). תיוג זה, שאינו מתבסס על מאפיין כלשהו בהתנהגות ההורה או במעורבות אחרת במעשי ילדו בפועל, נושא עמו מסר פוגעני כלפי קבוצת ההורים האמורה, הקשור בטבורו לכבוד האדם.

21. מטעמים אלה אני סבור כי הסדר שלילת הקצבאות בסעיף 325(ב) מהורים לקטינים שהורשעו בעבירות ובנסיבות המנויות בו פוגע בזכות החוקתית לשוויון כפי שעוצבה בפסיקתנו. בשלב זה אפנה לשאלה אם הפגיעה עומדת במבחני פסקת ההגבלה הקבועים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אקדים ואומר כי אני רואה לקבוע מסמרות בסוגית הסמכת פקיד הביטוח הלאומי בסעיף 325(ב) לקבוע כי העבירות בוצעו "מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור". חברי המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר ובמידה מסוימת גם חברתי השופטת ד' ברק-ארד (פסקאות 44-47) מצאו בחוות דעתם כי סעיף זה לא צולח את הדרישה בפסקת ההגבלה שלפיה הפגיעה בזכות תיעשה "בחוק" וזאת מן הטעם שההסמכה בסעיף אינה מפורשת דיה. לפרשנות זו של הדרישה האמורה בפסקת ההגבלה קיים עיגון בספרות המלומדים (ברק מדינה דיני זכויות אדם בישראל 148-149 (2018); אהרן ברק "הזכות החוקתית והפגיעה בה: תורת שלושת השלבים" משפט וממשל יט 119, 153-154 (2018); ברק, פרשנות כמשפט, בעמ' 489-496). ברם, עד כה גישה זו לא אומצה בפסיקתנו, והתנאי "בחוק" שבפסקת ההגבלה פורש באופן פורמלי בעיקרו (ראו, בין היתר: פסקה 9 לחוות דעתה של הנשיאה א' חיות וההפניות שם; בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת, פסקה 27 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ח' מלצר ופסקה 12 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (15.4.2015); בג"ץ 616/11 התאחדות הסטודנטים בישראל נ' ממשלת ישראל, סו(3) 819, 864-866 (2014); עניין יקותיאל, בעמ' 196; עניין המרכז האקדמי, בעמ' 621-622; בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 563-564 (2005); כן ראו את פסק דינו של השופט ת' אור בבג"ץ 1030/99 ח"כ אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640, 661-662 (2002) שבו השאלה אם להחיל את "דוקטרינת החוק הסתום" במסגרת בחינת הדרישה כי הפגיעה בזכות תהא "בחוק" הושארה בצריך עיון; יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש" משפטים

מב 379, 408-409 (2012); אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 143-144 (2010) (להלן: ברק, מידתיות במשפט)). מכל מקום, כאמור נוכח מסקנותיי שלהלן שלפיהן ההסדר בסעיף 325(ב) אינו צולח את הבחינה החוקתית, איני רואה להידרש לעומקה של שאלה מורכבת זו.

22. ותחילה לתכליותיו של סעיף 325(ב) לחוק. הכנסת ומשיבי הממשלה הציגו לפנינו שתי תכליות להסדר שלילת הגמלאות: הראשונה, שעליה התבסס טיעון משיבי הממשלה ושאליה הצטרפה הכנסת בכתב התשובה מטעמה, היא התכלית ההרתעתית-מניעתית ולפיה השימוש בקצבאות הביטחון הסוציאלי הוא משום כלי נוסף למאבק בביצוע העבירות נושא הסעיף, שהפכו ל"מכת מדינה". לפי טענות אלו, שלילת הקצבאות נועדה לתמרץ את הורי הקטינים להפעיל סמכותם ההורית באופן שימנע את מעורבות ילדיהם בעבירות האמורות. התכלית השנייה, שהוצגה על ידי הכנסת בלבד (וראו בעניין זה סעיף 75 בעמ' 36 לתשובת משיבי הממשלה), היא "לשלול תמיכה מדינתית כפולה ממי שפגע בסולידריות החברתית, שעומדת בבסיס חוק הביטוח הלאומי" (סעיף 64 לכתב התשובה מטעמה; בתגובה המקדמית נטען כי מטרת ההסדר "להגביל את 'הסולידריות החברתית' כלפי מי שהורשע בביצוע עבירות ביטחון – מי שביקש לפגוע בתושבי המדינה בכללותה והפר את האמנה החברתית העומדת ביסוד המדינה" (שם, סעיף 49)). העותרים מצדם טוענים כי תכלית ההסדר היא עונשית-גמולית, ולפיה מטרת ההסדר בסעיף 325(ב) לחוק היא למעשה להטיל עונש נוסף על הקטין (ללא תלות בנסיבות ביצוע העבירה או חומרת המעשים) ולפגוע במשפחתו.

23. לאחר בחינה, אני סבור כי שאלת עמידתן של התכליות הנטענות בדרישת התכלית הראויה מעלה פנים לכאן ולכאן (וראו בהקשר דומה הערתי בעניין אדס, בעמ' 834). אשר לתכלית הנוגעת ליצירת או הגדלת תמריצים בקרב הורים לקטינים למנוע ביצוען של העבירות נושא התיקון, החלתו הגורפת על הורים לקטינים שהורשעו בעבירות שפורטו בו, בלא קשר למעשיהם של ההורים כפועל, מקשה לראות בו ביטוי נורמטיבי אפשרי לתכלית הנטענת (ראו והשוו בג"ץ 2293/17 גרסגהר נ' הכנסת, פסקאות 7-8 לחוות דעתי (23.4.2020) (להלן: עניין חוק הפיקדון)). שהרי אם תכלית הוראה מסוימת מכוונת לתמרץ אדם פלוני לנהוג באופן מסוים (בין אם על ידי סנקציה, בין אם בהטבה), וזה אכן נהג כמצופה ממנו בנסיבות העניין, על אותה הוראה לתת ביטוי לכך. אמנם אין חולק על תפקידם וחובתם של הורים להכווין את ילדיהם ולהשגיח על פעילותם. אולם לא ניתן להניח כי הורה וילד אחד הם. יתרה מכך, לא ניתן להניח באופן גורף כי ברקע לכל עבירה שביצע קטין, עומד הורה שלא עשה כל שניתן כדי למנוע אותה. לשון אחר: תחולתו של ההסדר בסעיף 325(ב) בכל מקרה שבו התוצאה הרעה

מתרחשת והקטין מבצע את העבירה, ללא קשר להתנהלותם של ההורים וגם אם עשו כל שביכולתם כדי להביא למניעתה, במידה רבה שומטת את הקרקע תחת הטענה כי תכליתו הרתעתית-מניעתית.

24. כך גם התכלית שהציגה הכנסת שעניינה במשמעות ההצהרתית של שלילת הקצבאות כביטוי להגבלת הסולידריות החברתית שהן מבטאות אינה נקייה מקשיים. תכלית זו אמנם הוצגה ברמת הפשטה גבוהה ביותר, אולם דומה שקושי גלוי על פני הדברים הוא כי ההסדר דנן מכוון כאמור למבוטחים שהם אינם מבצעי העבירות, ואינם מי שפגעו במעשיהם או בבחירותיהם באותה ערבות הדדית (וכאמור, ההבחנה בחוק אינה מבוססת על ההנחה בדבר צמצום הוצאות ההורים על ילדיהם בתקופת המאסר). עוד נדמה כי הישענות על תכלית זו לצד הטענה, שהובאה לעיל, בדבר מניעת מצב של תמיכה כפולה בזמן שהיית הקטין במאסר מאחורי סורג ובריח, היא בבחינת תרתי דסתרי. אם ההבחנה מבוססת על הוצאתם של מבצעי עבירות המכוונות נגד החברה כולה (וליתר דיוק, של הוריהם) "ממעגל הערבות ההדדית" המתבטא בחקיקה הסוציאלית, מדוע יש להסתמך – לצורך הצדקת שלילת הגמלה – על הטענה כי הצרכים שלשמן היא ניתנה ממילא מסופקים על ידי גורם ציבורי אחר, היא טענת "מניעת התמיכה הכפולה". טענה אחרונה זו מכירה לכאורה בכך שעקרונות הסולידריות החברתית הבאים לביטוי בשיטת הגמלאות, לא מפסיקים לחול גם כאשר ילדו של ההורה המבוטח נתון במאסר, אלא יש רק למנוע מצב של כפל תמיכה במהלך תקופת המאסר. מכל מקום כפי שצינתי, הנימוק בדבר מניעת קבלת כפל תמיכה לא יכול להיות רלוונטי לעניין בחינת הפגיעה בשוויון בענייננו, מן הטעם שלא הוסבר מדוע להחילו רק על הורים לקטינים שנושאים בעונש מאסר על עבירות מסוג מסוים, ולא על כלל ההורים לקטינים הנתונים במאסר (וראו גם הערותיה של השופטת ד' ברק-ארז, פסקאות 61-63). מכל מקום לא ראיתי לקבוע מסמרות בשאלות אלו, משום שלעמדתי סעיף 325(ב) לחוק אינו עומד בדרישת המידתיות, על מבחני המשנה שלה. לכך אפנה כעת.

25. האם שלילת הקצבאות מהורי הקטינים שהורשעו בעבירות המנויות בסעיף 325(ב) (ובנסיבות המפורטות בו) מקיימת קשר רציונלי לתכליותיו הנטענות? המענה לשאלה זו אינו פשוט כלל ועיקר. מבחינת התכלית "ההצהרתית" שעניינה כאמור שלילת הגמלאות כביטוי להגבלת הסולידריות החברתית, הרי שזו מכוונת, אף לגישתה של הכנסת עצמה, כלפי מי שביצע עבירות המפרות את אותה "האמנה החברתית" שבבסיס החיים המשותפים במדינה (ראו למשל סעיפים 49, 56 לתגובה המקדמית; סעיפים 64, 74, 93 לתשובה). ברם, כמוסבר לעיל להשקפתי הסדר שלילת הגמלאות מכוון בראש ובראשונה להורי הקטינים. מהם נגרעות הגמלאות המשולמות בעד הקטינים ושנועדו

לסייע להם כלכלית, באופן מותאם למצבם המשפחתי (וכאמור, גם הצדדים עצמם בטיעוניהם התייחסו לא פעם לכך שההסדר מכוון להורי הקטינים המורשעים בעבירות המנויות בו, פסקה 5 לעיל). כל זאת, בעוד שלא ההורים עברו את העבירות המנויות בסעיף, וגם אם למעשה לא ניתן לייחס להם כל מחדל בהשגחה על הקטינים ואפילו נקטו צעדים פעילים כדי למנוע את מעורבות ילדיהם בעבירות מן הסוג דנן. ברי כי למצער במקרים אחרונים אלה, שגם עליהם חל ההסדר בסעיף 325(ב) לחוק הביטוח הלאומי, לא ניתן לקבוע קיומו של קשר רציונלי בין האמצעי שנבחר לבין התכלית. הנה כי כן, בכל הנוגע לתכלית "הגבלת" הסולידריות החברתית, בהעדר התייחסות כלשהי בסעיף 325(ב) לפעולה מצד ההורה או למאפיינים אחרים שלו, שבאמצעותם ניתן לייחס לו- עצמו את הפגיעה החברתית המיוחדת המאפיינת את העבירות שנכללו בסעיף, איני סבור כי ניתן לקבוע כי קיים קשר רציונלי בינה לבין האמצעי שנבחר (ראו גם דבריה של השופטת ד' ברק-ארז, פסקה 61 לחוות דעתה).

26. להבדיל, בכל הנוגע לתכלית ההרתעתית-מניעתית, מלכתחילה הושם הדגש על הכוונת התנהגותם של הורי הקטינים שהורשעו. לגבי תכלית אחרונה זו אפשר לקבל טענה שלפיה שלילת הקצבאות מהורי קטין יכולה להיות משום תמריץ נוסף עבור ההורים להפעלת סמכותם למניעת ביצוע העבירות (אולם ספק בעיני אם נדבך זה יימצא כגורם המכריע במערך השיקולים המנחים את התנהגותם של הורים בהקשר זה, בין היתר בשים לב להשלכות אחרות – ברורות וקשות – של ההרשעה עצמה על חיי ילדיהם; השוו: עניין חוק הפיקדון, פסקה 9 לחוות דעתי). אמנם תחולתו הגורפת של ההסדר – הן במקרים שבהם הורי הקטין תומכים במעשים הן במקרים שבהם עשו כל שביכולתם כדי למנוע – מעלה ספק אם ההסדר שנבחר תומך בהשגת תכלית התיקון לחוק, למצער בעניין מידת יעילותם של התמריצים המבוקשים. ברם, גם בהעדר התייחסות פרטנית למעורבותו של ההורה במעשי ילדו לא ניתן לשלול כי ההשלכות הכלכליות על התא המשפחתי כתוצאה מגריעת הגמלאות כתוצאה מההרשעה בתנאים שפורטו יכולות לשמש תמריץ לנקיטת פעולת מניעה מצד ההורה. בצד האמור, בשל קשיים ביישום ההסדר שעליהם עמדו חבריי, שהביאו להחלתו על מקרים ספורים בלבד – אין לפנינו נתונים מספקים בשאלה אם התיקון משיג את מטרתו האמורה. מכל מקום, בשים לב לדרך יישומו של מבחן הקשר הרציונלי בפסיקתנו, שאינו מחייב הגשמת תכלית החקיקה במלואה, מוכן אני להניח כי הוראת סעיף 325(ב) לחוק יכולה לעמוד – בכל הנוגע לתכלית ההרתעתית-מניעתית – במבחן המשנה הראשון לבחינת מידתיות הפגיעה (בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782, 845 (2012) (להלן: עניין חסן); עניין ניר, פסקה 23; בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, 783 (2008); עניין חוק טל, בעמ' 706-707; עניין איחוד המשפחות, בעמ' 323-324, 342-343).

341; ברק, מידתיות במשפט, בעמ' 376-378, 382-383). בצד האמור, הספקות לגבי התאמת המנגנון שנבחר לשלילת קצבאות ההורים לתכלית זו ישפיעו על בדיקת מבחני המידתיות הבאים.

27. בגדרי מבחן המשנה השני, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, עלינו לבחון אם מבין האמצעים האפשריים השונים להגשמת תכלית החקיקה, נבחר האמצעי שעוצמת פגיעתו בזכות החוקתית היא המועטה ביותר. כך, משול האמצעי שנבחר בחוק העומד לבחינה חוקתית "לסולם, שעליו מטפס המחוקק להשגת התכלית החקיקתית. על המחוקק לעצור באותו שלב משלבי הסולם, שבאמצעותו מושגת התכלית החקיקתית, ואשר פגיעתו בזכות האדם היא הפחותה" (בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 385 (1997)). בעניין איחוד המשפחות עמד הנשיא א' ברק על כך שדרישת מבחן המשנה השני אין משמעה חובה לבחור באמצעי שבאופן מוחלט הוא הפוגעני פחות: "החובה היא לבחור, מבין האופציות הסבירות העומדות לרשותה, את זו הפוגעת פחות. יש להשוות, אפוא, בין האפשרויות הרציונליות ולבחור באותה אפשרות אשר בנסיבות הקונקרטיות יש בכוחה להשיג את התכליות הראויות תוך פגיעה פחותה בזכויות האדם" (שם, בעמ' 324-325).

28. כמפורט לעיל, ההסדר בסעיף 325(ב) קובע שלילה גורפת של הגמלאות מההורים בכל מקרה של הרשעת ילדיהם בעבירות מן הסוג המנוי בו והטלת עונש מאסר, ללא בדיקה אינדיוידואלית הנוגעת להתנהגותם של ההורים בפועל (או מתן זכות טיעון בעניין זה להורים). גם אם תכליתה של שלילת הגמלאות היא הרתעתית-מניעתית ומכוונת לכלל אוכלוסיית ההורים לשם מניעה מראש של ביצוע העבירות, לא שוכנעתי כי זו מחייבת הסדר גורף, וכי בדיקה פרטנית (או מתן אפשרות לקיומה) תעקר תכלית זו או תפגע בה (ראו והשוו בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 1, 86-87, 99-100 (2012); עניין איחוד המשפחות, בעמ' 325-326; עניין חסן, בעמ' 851-845, 853-855, 862-863. ראו גם בהקשר המינהלי: בג"ץ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, פ"ד נח(5) 70, 77 (2004); בג"ץ 6778/97 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 358, 367 (2004); בג"ץ 3477/95 בן עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1, 15 (1996)). איני סבור כי הונח בסיס בטיעוני המשיבים לגישה שלפיה אין בנמצא אמצעי חלופי הולם לשלילה הגורפת בענייננו, ובמיוחד יפים הדברים בשים לב להסדרים משיקים לענייננו, הקבועים בחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971 שלפיהם מקום שבו מבוקש להטיל על הורה חובה או סנקציה בגדרי הליך פלילי שמתנהל בעניין ילדו, לא יעשה כן אלא לאחר מתן הזדמנות נאותה להורה להשמיע טענותיו (סעיף 29 לחוק זה, המסדיר גם את

זכותו של ההורה לערער על החלטות אלו בעניינו; ראו והשוו עניין איחוד המשפחות, בעמ' 326; וראו גם הדיון בנושא זה בחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז, פסקאות 83-77).

29. אדגיש כי גם מבחינת מידת הגשמת התכלית ההרתעתית-מניעתית לא הוצגה לדעתי הצדקה מספקת להחיל את ההסדר על הורים לקטינים שהורשעו באופן גורף, ויש מקום לתהות אם מנגנון בחינה אינדיווידואלי לא היה, בנסיבות העניין, יעיל יותר בהשגת המטרה הנוגעת להכוונת התנהגות ההורים. על פני הדברים, הסדר שהיה כולל בדיקה פרטנית של התנהלות ההורה, או לחלופין – מאפשר בחינת טיעוניו של ההורה בטרם שלילת הקצבאות ומאפשר לו להוכיח כי עמד בנטל המצופה ממנו בנסיבות המקרה – היה יכול דווקא להוסיף ולתרום לתמריץ של הורים, מראש ולא בדיעבד, להגביר את ההשגחה על ילדיהם. אשר על כן, אני סבור כי ההסדר הגורף שלפנינו, המורה על שלילת גמלאות מהורי קטינים כתלות בהרשעת הקטינים והטלת עונש מאסר בלבד אינו מקיים את הדרישה לבחור באמצעי שפגיעתו בזכות החוקתית פחותה.

30. מסקנותיי אלו מספיקות כדי לקבוע כי הסדר שלילת הגמלאות בסעיף 325(ב) אינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה של סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בצד האמור אני רואה להוסיף, כי גם בחינת מבחן המשנה השלישי של המידתיות, הוא מבחן המידתיות הצר, הייתה מביאני לתוצאה דומה. כידוע, בגדרי מבחן זה, נבחן קיומו של יחס ראוי בין התועלת הצומחת לציבור מהגשמת תכליותיו של החוק לבין פגיעתו בזכויות אדם. מבחן זה להערכת מידתיות האמצעי שנבחר בחוק הוא "במהותו מבחן של איזון. ככל שהפגיעה בזכות החוקתית היא חמורה ועמוקה יותר, כך על התועלת המופקת מן החוק להיות רבה יותר. לעומת זאת, ככל שבבסיס החוק עומדת מטרה חברתית בעלת חשיבות רבה או צורך חברתי לוחץ, כך תימצא הצדקה לפגיעה קשה יותר בזכויות יסוד" (עניין איתן, פסקה 25). במקרה דנן, מחד גיסא כפי שצוין על ידי המשיבים כולם, שלילת הגמלאות לפי סעיף 325(ב) מוגבלת לתקופת מאסרו של הקטין, שבה צרכיו הבסיסיים מסופקים על ידי שירות בתי הסוהר (וראו גם האמור בחוות דעתו השופט ד' מיון, פסקה 41). במובן זה אני נכון להניח כי ההכבדה הכלכלית על התא המשפחתי היא מוגבלת באופן יחסי (אם כי אני מצטרף להערת השופטת ד' ברק-ארז בעניין זה, פסקה 84 לחוות דעתה). מאידך גיסא, לעמדתי כאמור הפגיעה בשוויון בעניינינו נובעת ממשמעות החלת ההסדר על קבוצת ההורים בעניינינו בשל מעשי ילדיהם בלבד והפגיעה הנובעת מכך בכבוד האדם שלהם. פגיעה זו, בעינה עומדת גם אם המשמעות הגשמית הנלווית לה משתנה מתא משפחתי אחד למשנהו. לכך יש להוסיף כי ההסדר שלפנינו גורף בתחולתו לא רק מבחינת התנהלות ההורים בפועל, שאינה נשקלת, והגריעה מזכויותיהם ללא

שמיעתם, אלא גם במנעד העבירות שעליהן הוא חל, בדרגות חומרה משתנות וללא תלות בשאלה אם אלו בוצעו תחת מעטפת ארגונית כלשהי (ראו פסקה 14 לעיל). בתוך כך, הסדר שלילת הגמלאות חל גם על הורים לקטינים שהורשעו בעבירות שהמחוקק מייחס להן חומרה פחותה מעבירות אחרות בספר החוקים, שעליהן כלל לא חל ההסדר (ואף בהן נדבך לא מבוטל של פגיעה בסולידריות החברתית; ראו גם פסקה 70 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז). עוד אציין, כי להבדיל מהחמרת הענישה שנכללה באותו תיקון, שנחקקה כהוראת שעה כאמור, הסדר שלילת הקצבאות עוגן בחוק הביטוח הלאומי כהוראה קבועה (ראו גם הדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט, עמ' 16-18 לפרוטוקול).

31. מול הפגיעה שעליה עמדתי יש לשקול את התועלת הגלומה בהסדר שלילת הקצבאות כאמצעי להגשמת התכלית ההרתעתית-מניעתית ובגדרי כך נתחשב גם במסקנותינו מבדיקת מבחני המשנה הראשון והשני לבחינת מידתיות הפגיעה. כאמור, הגם שאני נכון להניח כי שלילת הקצבאות היא אמצעי אפשרי להשגת התכלית ההרתעתית-מניעתית בענייננו, יש לזכור כי עסקינן בתמריץ כלכלי מוגבל (כפי שהדגישו המשיבים עצמם) לעומת גורמים אחרים הקיימים ממילא, המניעים הורים לפעול למניעת מעורבות ילדיהם בעבירות שעליהן נסב התיקון לחוק, ובראשם – ההשלכות הקשות של הרשעה בפלילים ועונש המאסר. לכך יש להוסיף את מסקנתי מניתוח מבחן המשנה השני, שלפיה חלופה של בדיקה פרטנית לגבי התנהלות ההורה במקרה פלוני או מתן אפשרות לאחרון להעלות טענותיו עובר להחלטה לשלול את גמלאותיו היא בגדר אמצעי שפגיעתו פחותה בענייננו. אני סבור כי אמצעי חלופי זה מביא להפחתה ניכרת של הפגיעה בזכות החוקתית, וכי כאמור לא הונח יסוד להניח כי אם יונהג אמצעי זה, הדבר יפגע – ולו במעט – בתועלת ההרתעתית-מניעתית.

32. מטעמים אלה אני סבור כי אין מנוס מן הקביעה כי סעיף 325(ב) פוגע פגיעה בלתי מידתית בהורי הקטינים שהורשעו בעבירות ובנסיבות המפורטות בו. כפי שציינה חברתי השופטת ד' ברק-ארז, הגם שבעת הנוכחית הצהירה המדינה כי החוק אינו מיושם הלכה למעשה, אין בכך כדי לחייב אותה במבט צופה עתיד לאחר הכרעתנו בהליך כאן. מצטרף אני אפוא למסקנתה של חברתי ולתוצאה המוצעת על ידה.

33. לאחר הדברים האלה עיינתי בחוות דעתם של חברותי וחבריי ומצאתי, במישור המעשי ועל מנת לאפשר הגעה להכרעה נוכח המחלוקת שהתגלעה לעניין הסעד, להצטרף לתוצאה שאליה הגיעה חברתי הנשיאה א' חיות, כמפורט בפסקה 12 לחוות דעתה.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר:

1. אני מצרף דעתי למסקנתם של: חברתי, הנשיאה א' חיות, חברתי, השופטת ד' ברק-ארז וחברי, השופט ע' פוגלמן כי סעיף 325(ב) לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 בנוסחו הקיים (להלן: הסעיף הנדון ו-חוק הביטוח הלאומי, בהתאמה) **פוגע בזכות החוקתית לשוויון**. לפיכך, יש להידרש, לתפיסתי, בנסיבות העניין, למבחני "פיסקת ההגבלה", הקבועה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

גם אני, כמו חברי, השופט נ' סולברג בחוות דעתו המעמיקה, עמדתי בעבר על חשיבותה של הזכות לשוויון, ועל כך שהיא כלולה בזכות לכבוד האדם, ככל שזכות זו קשורה לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק (ראו למשל: פסק דיני ב-בג"ץ 1067/08 עמותת 'נוער כהלכה' נ' משרד החינוך, פ"ד סג(2) 398 (2009)). אין ספק שיש איפוא לעתים ערך רב בביאור הסוגיה, ואולם להשקפתי, כפי שקבעה גם חברתי, הנשיאה א' חיות – אין צורך בהכרעה עקרונית במחלוקת שנפלה כאן בין חברי, השופט נ' סולברג לחברתי, השופטת ד' ברק-ארז – בנסיבות המקרה שבפנינו, שכן ניתן לפסוק פה ביחס לחוקתיות הסעיף הנדון על בסיס ההלכה הנהוגה באשר למידת ההגנה על הזכות החוקתית לשוויון.

2. בהמשך לכך אציין כי להשקפתי, הסעיף הנדון – לא עומד כבר במבחן הראשון הקבוע ב"פיסקת ההגבלה" המעוגנת בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולפיו הפגיעה צריכה להיעשות "בחוק", או "לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". אמנם, המשיבים עידכנו כי החלו הליכי תיקון של חוק הביטוח הלאומי בהקשר זה, אך לגישתי הסעיף הנדון – איננו מקיים, בשלב הנוכחי, את דרישת ההסמכה, והוא זה אשר עומד לבחינה לפנינו, כי אנו פוסקים לפי הדין הקיים, ולא זה העתידי, או האפשרי.

ארחיב ואפרט מיד בסמוך.

3. הלכה מושרשת בבית משפט זה היא כי ככלל פגיעה בזכות חוקתית דורשת הסמכה ברורה, מפורשת ומפורטת – ולא ניתן להסתפק בהסמכה כוללת וגורפת (ראו, למשל: בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746, 762 (2004); בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715 (2008); בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פ"ד סד(2) 479 (2010) (להלן: עניין מנאע); בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים, בפסקה 52 לפסק דינו של חברי, השופט ע' פוגלמן (13.09.2017) (להלן: עניין אבו ערפה); עע"מ 1775/20 התנועה

למען איכות השלטון בישראל נ' עיריית ירושלים, בפסקאות 26 ו-58-59 לחוות דעתי שם (24.09.2020); ועיינו: אהרן ברק מידתיות במשפט 143-166 (2010); ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 146 (2016)).

דרישת ההסמכה נותנת איפוא ביטוי לעקרונות החוקתיים של: שלטון החוק, חוקיות המינהל והפרדת הרשויות (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א' 98-99 (2010); אהרן ברק "הזכות החוקתית והפגיעה בה: תורת שלושת השלבים" משפט וממשל יט 119, 153-155 (תשע"ח)).

לצד האמור, יש לציין כי לעיקרון חוקיות המינהל קיימים גם חריגים, שעשויים להתקיים במצבים מיוחדים (ראו: פסק דינו של חברי, השופט נ' הנדל ב-בג"ץ 5185/13 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (28.02.2017); בג"ץ 1550/18 עמותת הפורום החילוני נ' שר הבריאות (30.04.2020); בג"ץ 4455/19 עמותת טבקה – צדק ושוויון ליוצאי אתיופיה נ' משטרת ישראל (25.01.2021) (לגבי פסק דין זה תלויה ועומדת בקשה לדיון נוסף – דנג"ץ 2707/21); בג"ץ 7846/19 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' פרקליטות המדינה יחידת הסייבר (12.04.2021)).

החריגים הנ"ל אינם מתקיימים פה, ולפיכך לעניין זה יפים דבריו של חברי, השופט ע' פוגלמן:

"העדר הסמכה מפורשת לפגיעה בזכות יסוד – הסמכה הכוללת אמות מידה ברורות ואחידות להבניית שיקול הדעת המינהלי – עלולה אף להביא להגדלת הסיכון לטעות, לאכיפה סלקטיבית, וכתוצאה מכך לשרירותיות מסוימת ביישום הדין. כמו כן, מטבע הדברים, מצב דברים זה – שבו פעילות המינהל אינה מוסדרת ומפורטת בחוק – מקשה על היכולת לקיים ביקורת שיפוטית על פעולותיו הפרטניות של המינהל" (עניין אבו ערפה, בפסקה 53 לחוות דעתי שם; ההדגשה הוספה – ח"מ).

4. בנסיבות העניין שבפנינו, הפגיעה בזכות החוקתית לשוויון נעשית אמנם מכוח חקיקה ראשית (חוק הביטוח הלאומי), אולם הסעיף הנדון איננו מפורש ומפורט דיו. נביא כאן שוב לצורך הדיון את לשון סעיף 325(ב) לחוק הביטוח הלאומי, הקובע כדלקמן:

"(1) ילד כהגדרתו בסעיף 238, שהורשע בעבירת ביטחון כהגדרתה בסעיף 326(ג) או בעבירה לפי סעיף 332א לחוק העונשין שבוצעה מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור, ונגזר עליו עונש מאסר, לא ישולמו להוריו במשך הזמן שהוא במאסר – (א) גמלה המשולמת בעדו לפי פרק ד';

(ב) תוספת לגמלה המשולמת בעדו לפי סעיפים 132(5), 200(ג)(2), 244(ב)(2) ו-252(ב), וכן לפי חוק הבטחת הכנסה וחוק המזונות (הבטחת תשלום), התשל"ב-1972; (2) במשך תקופת המאסר כאמור בפסקה (1), לא יבוא הילד במניין הילדים לעניין הסעיפים המנויים בפסקת משנה (1)(ב), לעניין סעיף 68, ולעניין חוק הבטחת הכנסה וחוק המזונות (הבטחת תשלום), התשל"ב-1972" (ההדגשות שלי – פ"ח).

הנה כי כן, כפי שסבורה גם חברתי, השופטת ד' ברק-ארז וכפי שחזרתי וציינתי בדיון שהתקיים בפנינו – מהסעיף הנ"ל לא ברור מיהו הגורם המוסמך לקבוע כי קטין מסוים הורשע בעבירה שבוצעה: "מתוך מניע לאומני" או: "בזיקה לפעילות טרור" (כלשון הסעיף הנ"ל). גם לא ברור מהן אמות המידה להחלטה שכזו. חשוב לציין כי "מניע לאומני", או "זיקה לפעילות טרור" – אינם מהווים נסיבות הדרושות להרשעה בחלק מהעבירות שעליהן נועד לחול הסעיף הנדון (לרבות באשר לעבירה של ידוי אבנים, המנויה בסעיף 332א לחוק העונשין, התשל"ז-1977). לפיכך אין איפוא צורך להוכיח נסיבות אלו כדי להראות שהתקיימו יסודות העבירות הפליליות האמורות. מכאן נובע שמאחר והמניע, או הזיקה מהסוג המדובר לא מנויים ביסודות של אותן עבירות – פסק הדין שירשיע קטין בחלק מהעבירות שעליהן נועד לחול הסעיף הנדון – כלל לא יכריע בשאלה זו.

5. מהאמור לעיל מתחייב כי פקיד הביטוח הלאומי, אשר יבקש לשלול את הקצבאות מכוח הסעיף הנדון, יצטרך איפוא לקבוע מקדמית, בהתאם לשיקול דעתו הבלעדי, אם התקיימו: "מניע לאומני" או "זיקה לפעילות טרור" במעשה, והסעיף הנדון איננו מתווה את אמות המידה הנדרשות להכרעה כזו. בכך הוקנתה, למעשה, לפקיד הביטוח הלאומי האפשרות לפגוע בזכות אדם לפי שיקול דעתו, תוך הפעלת דיסקרציה מעין-שיפוטית שלא בהסמכה מפורשת ומפורטת של המחוקק הראשי.

6. יתר על כן – לא רק שהסעיף הנדון לא עומד במבחן ההסמכה המפורשת, אלא שיש בו גם משום פגיעה בעיקרון הפרדת הרשויות. הטעם לכך נעוץ בעובדה שהענקת שיקול דעת גורף כזה לפקיד הביטוח הלאומי, מסיגה הן את גבולה של הרשות המחוקקת להגדיר עבירות ועיצומים, והן את גבולה של הרשות השופטת, שמתפקידה לפסוק ולהחיל את הדין על העובדות. בהקשר זה מקובלות עליי קביעותיה של חברתי, השופטת ד' ברק-ארז, כי הכרעה באשר למניע שעומד בבסיסה של עבירה פלילית – היא הכרעה שיפוטית מובהקת, ולכן היא אמורה להיות מסורה בחוק – בידי בית המשפט, ולא בידי אורגן המשותף לרשות המבצעת.

7. מעבר לאמור עד הנה, הנני מסכים גם לעמדת חברי, השופט ע' פוגלמן ולחוות דעתה של חברתי, הנשיאה א' חיות בעקבותיו, ולנימוקיהם, כי אין לשלול מהורה גמלאות מבלי שנבחנה התנהלותו ומבלי שניתנה לו זכות טיעון, שהרי לעיתים הילד נגרר לביצוע העבירה, למרות השתדלות הוריו למונעו מכך, והגמלאות בהן מדובר מיועדות לכלכל את כל בני המשפחה.

8. הנה כי כן, יש לקבוע כי דינו של סעיף 325(ב) לחוק הביטוח הלאומי, המאפשר פגיעה בזכות החוקתית לשוויון, על-ידי שלילת הקצבה הסוציאלית, בהתבסס על נסיבה שאיננה מופיעה לרוב בדין הפלילי, ומבלי להתנות זאת בקביעה שיפוטית, או בהתוויית אמות מידה בחקיקה הראשית ומתן זכות טיעון – הוא בטלות. על כן, לא ניתן לומר כי בנסיבות המתוארות כאן, דרישת ההסמכה שב"פיסקת ההגבלה", כפי שפורשה בפסיקתו של בית משפט זה, מתקיימת פה במלואה, אלא שמדובר בהסמכה חסרה. עמד על כך פרופ' אהרן ברק בספרו: פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית, בציינו כך:

"... רכיב "החוק" או "לפי חוק" אינו אך מרכיב פורמלי. "בחוק" – אין משמעותו אך זאת שחוק של הכנסת מכיל את ההגבלה. הדרישה אינה באה להצביע אך על הצורך במקור משפטי פורמלי להגבלת זכות אדם. אילו בכך הסתפק רכיב זה, לא היה כל צורך מיוחד בו. לדעתי, הוא מוסיף וקובע, כי מקור פורמלי זה צריך לקיים דרישות נוספות שהן טבעיות ומהותיות לקיומו של משפט כגורם המכוון התנהגות אנושית...

... חקיקה הקובעת כי זכויות אדם יוגבלו על-פי שיקול דעתו של פלוני, בלא לקבוע כל אמת-מידה להפעלת שיקול דעתו של אותו פלוני, אינה מקיימת את דרישות המינימום של הגבלה "בחוק" במשפטנו".
(אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 490-491,
502 (תשנ"ד), וראו שם גם עמ' : 497-516; ההדגשה שלי – ח"מ).

9. זה המקום להזכיר גם כי מידת הדווקנות בדרישות הפירוש והפירוט של ההסמכה נגזרת מחשיבותה של הזכות הנפגעת, ממידת הפגיעה בה וממכלול הנסיבות. ככל שהזכות הנפגעת היא זכות יסוד מרכזית, כך תפורש איפוא דרישת ההסמכה המפורשת ביתר הקפדה (עניין מנאע, בפיסקה 15; עניין אבו ערפה). בנסיבות העניין שבפנינו, הזכות הנפגעת – הזכות לשוויון – היא זכות נעלה שעל חשיבותה אין צורך להרחיב, ומשכך, ההסמכה לפגיעה בה צריכה להיות מפורשת וברורה דיה, ובענייננו הדברים אינם כך, כאמור.

10. לא זו אף זו, חלק מהמשיבים היו ערים לפגמים המתוארים, ולפיכך הודיעו כי הם נכונים לקדם תיקון חקיקה בהקשר זה. אולם תיקון חקיקה כאמור לא הסתייע עד כה, וכפי שצינתי לעיל – נוסחו הנוכחי של הסעיף הנדון הוא שמונח לבחינתנו כעת, ועל בסיסו אנו אמורים להכריע.

11. סיכומם של דברים – סעיף 325(ב) לחוק הביטוח הלאומי פוגע בזכות יסוד, מבלי לקיים את המבחן הראשון של "פיסקת ההגבלה" – כי הפגיעה תיעשה בחוק, או מכוח הסמכה מפורשת בו, כפי שדרישה זו פורשה בפסיקה.

12. מבט אל עבר המשפט המשווה בסוגיות קרובות לאלו שנדונות בענייננו – מחזק את המסקנות אליהן הגעתי כאן, ואבאר הדברים מיד בסמוך.

13. בית המשפט העליון בארצות-הברית קבע כי לאור התיקון ה-5 והתיקון ה-14 לחוקת ארצות-הברית, במקרים מסוימים, שלילה של קצבאות ילדים שמבוססות על צורך כלכלי ("need-based child welfare benefits") צריכה להיעשות רק לאחר קיום הליך שימוע, שיכלול מתן הזדמנות למשפחה בה מדובר להציג ראיות המבססות את התנגדותה לשלילת הקצבה (ראו: *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970) (להלן: עניין *Goldberg*)). בהקשר זה, נפסק עוד כי בית המשפט ישקול את מידת ההזדקקות של המשפחה לקצבאות, וזאת כדי לקבוע איזה הליך בדיוק נדרש לקיים לפני קבלת ההחלטה על שלילתן של הקצבאות.

בעניין *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976) (להלן: עניין *Mathews*) בית המשפט העליון האמריקאי פסק כי לצורך הקביעה איזה הליך מקדמי נדרש בהקשר האמור – יש לבחון, בין היתר, את הקריטריונים הבאים: הנזק שייגרם לפרט משלילת הקצבה; הסיכון שהקצבה תישלל בשל סיבה שגויה; התועלת שתהיה בקיום הליך מקדמי לבירור טרם שלילת הקצבה; והאינטרס הציבורי – לרבות: העלויות, מורכבות הנושא והמשאבים שיידרשו לקיום הליך מקדמי שכזה.

הנה כי כן, בהתאם לעניין *Goldberg*, שלילת קצבאות ילדים דורשת קיום הליך שיפוטי מקדמי. בית המשפט יבחן איפוא את הנזק שעלול להיגרם למשפחה משלילת הקצבה, בהתאם לקריטריונים שהותוו בעניין *Mathews*. לפיכך, אם ייקבע כי אכן יש צורך בהליך מקדמי, המשפחה תקבל זכות שימוע, בגדרה היא תוכל להציג ראיות לכך שהצורך שלה בקצבאות הוא לאו בר-שלילה.

14. בדומה לכך – סעיף 7 ל-Charter הקנדי קובע את זכויות הפרט לחיים, לחירות ולביטחון. סעיף זה פורש ככזה המתנה פגיעה באחת מהזכויות הנ"ל – בקיום הליך

שיפוטי מתאים. ב-Gosselin v. Quebec (AG) (2002), בית המשפט העליון בקנדה קבע כי הורדה של סכום הקצבאות הסוציאליות המשולמות לצעירים אל מתחת לרף הקיום המינימאלי פוגעת בזכותם לביטחון (סוציאלי), המעוגנת כאמור בסעיף 7 לחוקה הנ"ל. נראה איפוא כי קצבאות בעבור ילדים יזכו בקנדה ליחס דומה בהקשר זה, כך שבתי המשפט שם יבחנו האם משפחות שנתמכות בקצבאות מעין אלו יפגעו קשות משלילת קיצבת הילדים, באופן שעלול לעלות כדי פגיעה בזכותם של חברי המשפחה לחיים, לחירות, ולביטחון כלכלי מינימלי. בהמשך לאמור, נראה גם כי משפחה ששלילת קצבת ילדיה עומדת על הפרק – תהא זכאית לקבל בקנדה הזדמנות להתנגד לשלילה האמורה, בפני בית המשפט, או באמצעות הליך מינהלי ראוי אחר.

15. מסקירת המשפט המשווה בסוגיות קרובות מתבקשת איפוא התובנה כי שלילת הקצבאות יכולה להיעשות רק **לאחר מתן זכות שימוע** למי שעלול להיפגע ממנה, ורק אחרי קיום הליך שיפוטי.

16. נוכח כל האמור לעיל, אני מצרף את דעתי לקביעותיהם של חברתי, הנשיאה א' חיות, חברתי, השופטת ד' ברק-ארז וחברי, השופט ע' פוגלמן כי דין העתירה להתקבל, ויש להצהיר על בטלות הסעיף הנדון.

הנני מסכים עם זאת במישור המעשי להצעתה של חברתי, הנשיאה א' חיות ומטעמיה כי נשעה את הצהרת הבטלות הנ"ל, כמפורט בפיסקה 12 לחוות דעתה. בצד זאת הנני מביע תקווה שבתקופה זו לא ייעשה שימוש בסעיף הנדון, ואם בכלל יזקקו לו – יהיה הדבר רק כאשר הילד, במשמעות הסעיף הנדון הורשע בעבירה שבין נסיבותיה דרישה (שהוכחה) כי מעשה העבירה בוצע מתוך "מניע לאומני", או "בזיקה למעשה טרור" והכל לאחר שתינתן זכות טיעון למשפחתו.

מעבר לכך ארשה לעצמי להניח כי חוק מתוקן, ככל שיחוקק כזה, אם בכלל – יתחשב בהערותינו המהותיות שלעיל (לרבות אלו של שופטי המיעוט). בכך יתרום הדבר לכיבוד ההדדי המתחייב בין הרשויות, ויחסוך גם דיון משפטי חוזר במכלול, שאם ידרש ויתקיים – כל זכויות וטענות הצדדים שמורות להם.

המשנה לנשיאה (בדימ')

הנשיאה א' חיות:

1. אני מצטרפת למסקנתם של חברי השופטים ברק-ארז ופוגלמן לפיה ההסדר הקבוע בסעיף 325(ב) לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 (להלן: חוק הביטוח הלאומי או החוק) פוגע פגיעה בלתי מידתית בזכות החוקתית לשוויון. בדומה לחברי השופט פוגלמן אף אני סבורה כי ליבת הפגיעה בזכות החוקתית לשוויון במקרה דנן טמונה בכך שההסדר הקבוע בסעיף 325(ב) לחוק שולל מהורים לקטינים שהורשעו ונידונו לעונש מאסר בגין עבירות ביטחון מספר גמלאות באופן גורף, מבלי לבחון את התנהלותו של ההורה ואת זיקתו לביצוע העבירה.

עם זאת, לו דעתי הייתה נשמעת, בכל הנוגע לסעד היינו מורים על בטלותו של סעיף 325(ב) לחוק הביטוח הלאומי, אך משעים את הצהרת הבטלות לפרק זמן של 12 חודשים, על מנת לאפשר למחוקק לתקן את ההסדר הקיים, כפי שיבואר להלן.

2. במוקד העתירה שלפנינו עומד, כאמור, ההסדר הקבוע בסעיף 325(ב) לחוק הביטוח הלאומי, אשר מכוחו נשללות מספר גמלאות המשולמות להורים ל"ילד" (כהגדרתו בסעיף 238 לחוק הביטוח הלאומי) שהורשע ונידון לעונש מאסר בגין עבירת ביטחון, כהגדרתה בסעיף 326(ג) לחוק, או בגין עבירת יידוי אבן שבוצעה מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור, וזאת למשך תקופת מאסרו. טענתם העיקרית של העותרים היא שההסדר האמור אינו חוקתי משום שהוא פוגע בזכות החוקתית לשוויון באופן שאינו עולה בקנה אחד עם תנאי פסקת ההגבלה.

3. חברי השופטים סולברג וברק-ארז עמדו בהרחבה על משמעותה של הזכות החוקתית לשוויון בשיטתנו. חברי מסכימים שהמקרים הטיפוסיים שבהם נפגעת הזכות החוקתית לשוויון הם אותם המצבים שבהם נעשה שימוש בסיווגים "החשודים" הקלאסיים, וכי הזכות החוקתית לשוויון עשויה לפרוש עצמה על קשת רחבה יותר של מצבים (פסקה 158 לחוות דעתו של השופט סולברג; פסקה 13 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארז). בחוות דעתם המפורטות והמעמיקות נחלקו חברי בעיקר ביחס לשאלה אילו מצבים נוספים עשויים להיחשב כפוגעים בזכות החוקתית לשוויון, וכן ביחס להצדקה הנורמטיבית העומדת ביסוד מצבים אלה. כשלעצמי, אני סבורה כי בענייננו לא מתעורר צורך להכריע במחלוקת זו שנפלה בין חברי, וכי על מנת להגיע למסקנה בסוגיית חוקתיותו של סעיף 325(ב) לחוק הביטוח הלאומי די לנו בכללים ובעקרונות הנוהגים עמנו זה מכבר באשר להיקפה של הזכות החוקתית לשוויון.

4. כחברי השופט פוגלמן, אף אני סבורה כי נקודת המוצא לדיון בחוקתיותו של סעיף 325(ב) לחוק הביטוח הלאומי היא שמדובר בהסדר השולל זכאות לגמלאות מהוריו של מבצע העבירה ולא ממבצע העבירה עצמו. לשיטתי, הדבר נלמד הן מלשון הסעיף

("ילד [...] שהורשע בעבירת ביטחון [...] או בעבירה לפי סעיף 332א לחוק העונשין שבוצעה מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור, ונגזר עליו עונש מאסר, לא ישולמו להוריו במשך הזמן שהוא במאסר [...]") (ההדגשה הוספה); והן מטיבן של הגמלאות המוזכרות בסעיף זה. גמלאות אלו כוללות, בין היתר, קצבת ילדים חודשית שהיא קצבה ש"הורה מבוטח זכאי [לקבל] [...] בעד כל ילד" (סעיף 66 לחוק; וראו גם עמדתי בכג"ץ 7245/10 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה, פ"ד סו(2) 442, 533-534 (2013) (להלן: עניין החיסונים)), וכן תוספות בעבור ילד לקצבאות שונות הנגזרות באופן ישיר מצרכיהם הסוציאליים של ההורים, ובכלל זה קצבת נכות, קצבת שארים, קצבת זקנה וגמלת הבטחת הכנסה.

לפיכך, קבוצת השוויון הרלוונטית איננה אוכלוסיית הקטינים. זאת, משום שההבחנה בענייננו איננה בין קטינים שהורשעו בביצוע עבירות ביטחון לקטינים שהורשעו בביצוע עבירות פליליות "רגילות", כשיטת חברי השופט סולברג (בפסקה 137 לחוות דעתו); והיא אף איננה בין קטינים שהורשעו לקטינים שלא הורשעו כשיטת חברת השופטת ברק-ארז (בפסקה 41 לחוות דעתה). לגישתי, ההבחנה בסעיף 325(ב) לחוק מתייחסת לקבוצת ההורים והשאלה המרכזית שבפנינו היא, על כן, האם ההבחנה שעושה סעיף 325(ב) לחוק הביטוח הלאומי בין הורים לילדים שהורשעו בביצוע העבירות המנויות בו ובין יתר ההורים, היא הבחנה הפוגעת בזכות לשוויון?

5. המשיבים מדגישים בטיעוניהם כי עבירות הביטחון המנויות בסעיף 325(ב) לחוק, לרבות עבירת יידוי אבן, הן עבירות ייחודיות שכן בנוסף לכוונת העברייני לפגוע בקורבן ספציפי, תכליתן היא לפגוע בחברה בכללותה ולזרוע פחד ובהלה. עוד נטען כי המחוקק כבר העניק ביטוי לחומרה יתרה זו במסגרת חוק הביטוח הלאומי עצמו, הקובע כי גמלאות וקצבאות מסוימות יישללו ממי שהורשע בביצוע עבירות ביטחון או בביצוע עבירות מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור (ראו סעיף 326 לחוק). ואולם, כפי שצוין לעיל, סעיף 325(ב) לחוק אינו שולל גמלאות שהזכאי להן הוא מבצע העבירה הביטחונית, אלא גמלאות שהזכאות להן הוקנתה להוריו. לפיכך, בעוד שהבחנה בין מבצעי עבירות ביטחוניות למבצעי עבירות אחרות, אינה כרוכה בהכרח בתיוג או במסר שיש בהם כדי להשפיל, לבזות, או לפגוע באוטונומיה של מי מגורמים אלו, ההבחנה גורפת ואוטומטית בין הורים לילדים שביצעו עבירות ביטחוניות ובין הורים לילדים שביצעו עבירות אחרות, ללא כל קשר לזיקת ההורה לביצוע העבירה, מעוררת קושי רב. הוראה כזו מתעלמת לחלוטין מבחירותיו האוטונומיות של ההורה, ומתייגת אותו כקשור למעשה שביצע ילדו, מבלי להידרש כלל לנסיבות העניין ולהיקף אחריותו לביצוע העבירה.

בכך נבדל המקרה דנן מעניין החיסונים, שבו נדונה שלילת תוספת קצבה מהורה בשל בחירתו שלא לחסן את ילדיו. באותו עניין סברתי כי הוראת החוק אינה פוגעת בזכות החוקתית לשוויון, אך ציינתי כי "אילו היה מדובר בהבחנה בין קבוצות שההשתייכות אליהן אינה תלויה בבחירה אלא נגזרת ממאפיינים שונים של ההורים", מסקנה זו עשויה הייתה להשתנות (ההדגשה הוספה; שם, בעמ' 540). סעיף 325(ב) לחוק הביטוח הלאומי בנוסחו הגורף הנוכחי, מהווה דוגמה למקרה של הבחנה על בסיס נסיבות שאינן תלויות בבחירותיו של ההורה, שכן גם הורה שהשקיע את כל מרצו בחינוך ילדיו למוטב עלול "להיענש" על מעשיהם. זאת, בניגוד לתפיסה לפיה "בין לא-ישא פֶּעוֹן תֵּאָב, וְאֵב לֹא יִשָּׂא פֶּעוֹן תֵּבֶן – צִדְקַת הַצַּדִּיק עָלָיו תִּהְיֶה, וְרָשָׁעַת רָשָׁע (הַרְשָׁע) עָלָיו תִּהְיֶה" (יחזקאל יח 20; וראו בפסקה 17 לחוות דעתו של השופט פוגלמן).

6. חברי השופט פוגלמן עומד על כך שייחוס עוונות של ילדים להוריהם כדי להשיג תכליות של הרתעה או של הגבלת הסולידריות החברתית מבטא התייחסות לאדם כ"אמצעי להשגת תכליות חיצוניות" (פסקה 16 לחוות דעתו). על כן, כך קובע חברי, היחס השונה להורי ילדים שהורשעו בעבירות הנזכרות בסעיף 325(ב) לחוק הביטוח הלאומי, פוגע בזכות החוקתית לשוויון, בהיותו קשור בקשר הדוק לכבוד האדם. מסקנה זו – על תפישת השוויון שהיא מגלמת – מקובלת עליי. היא מבטאת את העמדה שנשתרשה בפסיקה, ולפיה הוראה שיש בה משום אפליה הקשורה בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם "כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה וחופש פעולה וכיוצא בהם היבטים של כבוד האדם כזכות חוקתית" – עולה כדי פגיעה בזכות החוקתית לשוויון (בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619, 687 (2006)).

7. קיומה של פגיעה בזכות חוקתית איננה סוף פסוק, ויש לבחון האם ניתן להצדיק פגיעה זו בראי פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לגישתי, תחולתו הגורפת של סעיף 325(ב) לחוק על כלל ההורים לילדים שנידונו לעונש מאסר בגין העבירות המנויות בסעיף, משפיעה על ניתוחו של ההסדר גם בשלב זה. לטענת המשיבים ניתן, ככלל, להצביע על שתי תכליות העומדות בבסיס ההסדר: תכלית הרתעתית-מניעתית (תמרוץ הורים למנוע מילדיהם לבצע עבירות ביטחוניות) ותכלית של הגבלת הסולידריות החברתית כלפי מי שביצעו עבירות ביטחוניות. בהינתן מאפייניו של ההסדר, וככל שהתכלית של הגבלת הסולידריות מכוונת להוריהם של מבצעי העבירות אך משום זיקתם המשפחתית למבצעי העבירה – היא מעוררת קושי. זאת, בשל האופן שבו היא מתייחסת לאדם כאמצעי להשגת מטרות חיצוניות לו. מנגד, ככל שתכלית זו עניינה בהגבלת הסולידריות כלפי הילד שביצע את העבירה (אפשרות אשר נתמכת,

בין היתר, בדבריו של יושב ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט אשר צוטטו בפסקה 140 לחוות דעתו של השופט סולברג ובפסקה 62 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארז) – הרי שגם אם אניח לצורך הדיון כי התכלית היא ראויה, הקשר הרציונאלי בין האמצעי שנבחר (שלילת גמלאות שלהן זכאי ההורה) ובין התכלית (הגבלת סולידריות כלפי הילד) הוא, לכל הפחות, רופף למדי.

מכל מקום, בדומה לחבריי השופטים ברק-ארז ופוגלמן, אינני סבורה כי יש צורך לקבוע מסמרות בעניין תכליות ההסדר, שכן גם לו היינו צולחים שלב זה בשל היותה של התכלית ההרתעתית-מניעתית תכלית ראויה – תחולתו הגורפת של סעיף 325(ב) לחוק מובילה למסקנה שהאמצעי שנבחר על ידי המחוקק אינו האמצעי שפגיעתו פחותה.

8. ההסדר שנקבע מאפשר, כאמור, לשלול מהורה גמלאות מבלי שנבחנת התנהלותו בפועל ומבלי שניתנת לו זכות טיעון. מאפיין זה של ההסדר הינו חריג ביותר בנוף דברי החקיקה הקיימים בדין הישראלי, המסדירים את אחריותם של הורים למעשי ילדיהם. כך למשל, במישור הפלילי, האפשרות לחייב הורה של קטין בקנס, בהוצאות משפט או בפיצוי לנפגע עבירה בגין מעשה שביצע הקטין, מותנית במתן הזדמנות להורה להשמיע את טענותיו (סעיף 29(א) לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971). במישור האזרחי, נקבע בפסיקה כי "אין בחוק שלנו אחריות שלוחית כללית של הורים בתור שכאלה לרשלנות ילדיהם. אבל הם חבים חובת זהירות ישירה של השגחה על מעשי ילדיהם שלא יזיקו, לפי מידת הזהירות הרגילה של הורה סביר" (ע"א 290/68 אריאלי נ' צינק, פ"ד כב(2) 645, 648 (1968); להרחבה ראו: בלהה כהנא חבות של הורים בנוזיקין כלפי ילדיהם 172-173 (2008)).

כפי שהיטיב לציין חברי השופט פוגלמן (בפסקה 29 לחוות דעתו), אימוץ מנגנון לבירור פרטני של התנהלות ההורה לא רק שלא יפגע בתכלית שעניינה תמרוץ ההורים למניעת ביצוע העבירות על ידי ילדיהם, אלא הוא אף יכול לסייע בהגשמת תכלית זו במידה רבה יותר. כך ידע כל הורה כי יש משמעות למעשיו, וכי אם יממש את סמכותו ההורית ויפעל למניעת מעורבות ילדו בעבירות ביטחון – הגמלאות להן הוא זכאי לא יישללו ממנו באופן אוטומטי. מנגנון מסוג זה גם לא יפגע בתכלית הנוספת של ההסדר – הגבלת הסולידריות כלפי מי שמבצע עבירות ביטחון – שכן המסר החברתי הנובע משלילת הגמלאות יהדהד לגישתי ביתר שאת אם יוכח, לאחר בירור פרטני, כי אכן קיימת זיקה בין ההורה ובין ביצוע העבירה על-ידי ילדו. המסקנה הנובעת מהאמור לעיל היא, אפוא, שההסדר הגורף הקבוע בסעיף 325(ב) לחוק אינו מידתי.

9. טרם שאדרש לעניין הסעד, אני מבקשת להתייחס לסוגיית הסמכת פקיד הביטוח הלאומי לקבוע כי העבירות המנויות בסעיף 325(ב) לחוק בוצעו "מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור". העותרים טוענים כי העדר קביעה ברורה באשר לגורם המוסמך להחליט כי עבירה בוצעה מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור מובילה לכך שההסדר אינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה, שכן הפגיעה בזכות לשוויון הנגרמת כתוצאה ממנו אינה מעוגנת בהסמכה מפורשת. לגישתי, שאלה זו אינה מתעוררת במקרה דנן שכן מקור הפגיעה בזכות לשוויון הוא בחוק ועל כן בא בגדר החלופה הראשונה המנויה בפסקת ההגבלה ("אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק [...] או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו"). כאשר הפגיעה בזכות נעשית בחקיקה ראשית (להבדיל ממעשה מינהל מכוח חקיקה ראשית), מקובל להבין תנאי זה כמשקף כמבחן פורמלי בעיקרו (ראו: בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 104 (2.9.2010); בג"ץ 6971/11 איתנית מוצרי בניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 23 (2.4.2013)). במילים אחרות, משעה שהפגיעה בזכות לשוויון שאותה תוקפים העותרים נעשתה במסגרת חקיקה ראשית, מתקיימת החלופה הראשונה מבין שתי חלופות ההסמכה הקבועות בפסקת ההגבלה.

10. שאלה אחרת היא השאלה האם במישור המנהלי הסמכתו של פקיד הביטוח הלאומי לשלול גמלאות מכוח סעיף 325(ב) לחוק הביטוח הלאומי היא מפורשת דיה. זאת, בהתאם לעקרון חוקיות המינהל ולכללי המשפט המנהלי הנוהגים עמנו מקדמת דנא (בג"ץ 337/81 מיטדני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337, 359 (1983)). על פני הדברים, סוגיה זו צריכה להיבחן במסגרת הליך שעניינו הפעלת הסמכות המנהלית מכוח החוק. ואולם, במקרה דנן ניתן לומר כבר עתה כי נוסחו של סעיף 325(ב) לחוק מעורר קושי של ממש במישור הפעלת הסמכות המנהלית, ביחס לאותם מצבים שבהם מניע לאומני או זיקה לפעילות טרור אינם נמנים עם יסודות העבירה שבה הורשע הקטין. זאת, שכן במצבים כאלה מוקנה לפקיד הביטוח הלאומי שיקול דעת מהותי ומשמעותי, מבלי שסמכות כזו הוקנתה לו באופן מפורש בנוסח הסעיף ומבלי שנקבעו בו קריטריונים להפעלת שיקול דעת זה.

11. בעקבות הדיון שהתקיים בעתירות ביום 25.9.2017 ולהערות שהעלה בית המשפט בהקשר זה באותו הדיון, הגישו משיבי הממשלה ביום 25.6.2018 הודעה משלימה מטעמם שבה צוין כי פרקליט המדינה הורה לגבש הנחיה לפיה לגבי עבירות שאינן כוללות יסוד של מניע לאומני או זיקה לפעילות טרור, ההסדר הקבוע בסעיף 325(ב) לחוק יופעל רק במצבים שבהם נקבע מפורשות בהכרעת הדין או בגזר הדין כי התקיים הרכיב הנסיבתי של "מניע לאומני" או "זיקה לטרור". כמו כן הובהר כי במצבים

של הרשעה במסגרת הסדר טיעון, ניתן יהיה לשלול את הגמלאות רק אם הרכיב של המניע הלאומני או הזיקה לטרור צוין בעובדות כתב האישום. ביום 22.11.2018 הוסיפו משיבי הממשלה ועדכנו כי לאחר דיון נרחב בסוגיה הוחלט – על דעת שרת המשפטים ושר העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים – לקדם תיקון חקיקה לפיו שלילת גמלאות על-פי סעיף 325(ב) לחוק הביטוח הלאומי תתאפשר רק מקום שבו קבע בית המשפט במסגרת ההליך הפלילי, כי הקטין הורשע בביצוע "מעשה טרור" לפי סעיף 37 לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016 (להלן: חוק המאבק בטרור). זאת, במטרה להקל על אופן יישומו המעשי של סעיף החוק ולקדם הרמוניה חקיקתית בינו ובין הוראות חוק המאבק בטרור.

ביום 3.1.2021 עדכנו משיבי הממשלה כי תזכיר החוק שנועד לתקן את נוסח הסעיף, הועבר להערות הציבור ולאחר מכן לבחינת משרד המשפטים, וכי קיים קושי בקידומו לנוכח התפזרות הכנסת ה-23. לצד זאת, ציינו משיבי הממשלה כי מאז שפורסם ההסדר נושא העתירה ברשומות (יום 5.11.2015), הוא יושם לגבי עשרה קטינים בלבד (סעיף 4 להודעת משיבי הממשלה מיום 7.2.2021), וכיום הוא אינו מיושם כלל, בין היתר בשל קשיים "הנוגעים למנגנון העברת המידע לביטוח הלאומי" (סעיף 20 להודעת משיבי הממשלה מיום 15.10.2020). עוד הבהירו המשיבים כי לעת הזו לא מקודמת עבודת מטה לפתרון קשיים אלה, משום שממילא נעשים מאמצים לתיקון ההסדר נושא העתירה.

12. אני סבורה כי נסיבות אלה – קרי, יישומו המוגבל ביותר של סעיף 325(ב) לחוק עד היום וקידומו של הליך חקיקה לתיקונו – יש בהן כדי להשפיע על הסעד המתאים בענייננו. זאת, שכן במסגרת הליך תיקון החקיקה, המחוקק יכול ליתן דעתו גם לפגם החוקתי המרכזי שנפל בסעיף – והוא היעדר מנגנון לבחינה פרטנית של התנהלות ההורה. לפיכך, לגישתי, אין מקום להורות על בטלותו של סעיף 325(ב) לאלתר ויש להעניק למחוקק שהות על מנת שיגבש הסדר מתוקן חלף ההסדר הקיים (ראו בהקשר זה: בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782, 852-853 (2012); בג"ץ 8665/14 דטטה נ' הכנסת, פסקה 115 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור (11.8.2015)). אני סבורה כי יהא בכך כדי לקדם את הדיאלוג החוקתי בין הרשויות, ומשום הכרה בריסון הנדרש מבית משפט זה בבואו להורות על בטלותו של חוק שהוציאה הכנסת תחת ידיה (יגאל [מרזל "השעיית הכרזת הבטלות"](#) משפט וממשל ט 39, 88-91 (התשס"ו)).

אשר על כן, לו נשמעה דעתי, היינו מורים על השעיית הצהרת הבטלות של סעיף 325(ב) לחוק הביטוח הלאומי לתקופה של 12 חודשים מיום מתן פסק דין זה, כדי לאפשר

לכנסת להשלים את הליכי תיקון החקיקה. בתקופת הביניים – עד לחקיקתו של הסדר מתוקן או עד לבטלותו של ההסדר הקיים, לפי המוקדם – מצופה כי ככל שיעשה שימוש בסעיף 325(ב) לחוק, יובאו בחשבון הקשיים שעליהם הצביע בית המשפט בפסק דין זה.

ה נ ש י א ה

השופטת ע' ברון:

1. אני מצטרפת בהסכמה לתוצאה שאליה הגיעה חברתי השופטת ד' ברק-ארז, להנמקתו של חברי השופט ע' פוגלמן ולמסקנתם של חברתי הנשיאה א' חיות וחברי השופט ח' מלצר, שלפיה הסדר שלילת הגמלאות שבסעיף 325(ב) לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 אינו חוקתי (להלן גם: ההסדר וחוק הביטוח הלאומי או החוק, בהתאמה). כך מחמת הפגיעה הבלתי מידתית הגלומה בזכותם לשוויון ולכבוד של הורי הקטינים, שהורשעו ונגזר דינם לריצוי מאסר בפועל בגין העבירות ובנסיבות המפורטות בסעיף. חבריי פרשו יריעה רחבה. אין לכן צורך לחזור ולהידרש לכל הסוגיות שמתעוררות, ואוסיף אך התייחסות קצרה משלי.

סעיף 325(ב) לחוק הביטוח הלאומי נחקק כתיקון עקיף במסגרת סעיף 3 לחוק העונשין (תיקון מס' 120 והוראת שעה), התשע"ו-2015; סעיף זה מורה על שלילת גמלאות המנויות בו ומשולמות עבור "ילד" (כהגדרתו בסעיף 238 לחוק) מהורים שילדם הורשע ונידון למאסר בגין עבירת ביטחון (כהגדרתה בסעיף 326(ג) לחוק), או בגין עבירת ידוי אבן שבוצעה מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור. במוקד העתירה שלפנינו עומדת הטענה כי סעיף 325(ב) לחוק פוגע באופן בלתי חוקתי בזכות החוקתית לשוויון של הקטין והוריו; במסגרת חוות דעתי אתמקד בשאלת הפגיעה בזכותם של ההורים.

2. רבות דובר על המעמד הנתון לזכות לשוויון בשיטתנו, זכות שזכתה לקבל ביטוי מובהק והחלטי כבר במגילת העצמאות ("תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין"; הכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר התש"ח 1; על מעמדה המשפטי של מגילת העצמאות ראו: אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת חוקים" 9 (2018)). זכות זו הוכרה בפסיקתו של בית משפט זה במסגרת "מודל הביניים" כזכות נגזרת של הזכות החוקתית לכבוד האדם, בהיבטים הקשורים בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש

הפעולה (בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון נ' כנסת ישראל, פ"ד סא (1) 619, 687-688 (2006); בג"ץ 9134/12 גביש נ' הכנסת, פסקה 26 לחוות דעתה של הנשיאה מ' נאור (21.4.2016), (להלן: עניין גביש); רע"א 10011/17 מ"טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן, פסקה 12 לחוות דעתו של השופט מ' מזוז (19.8.2019)).

בהתאם לכללים ולעקרונות העקביים שהותוו על ידי בית משפט זה לאורך השנים, שלילת הגמלאות לפי סעיף 325(ב) לחוק מגלמת פגיעה בזכותם החוקתית לשוויון ולכבוד של הורי הקטינים שהורשעו והושת עליהם מאסר בפועל. כפי שתיאר חברי השופט ע' פוגלמן, נקודת המוצא לענייננו היא כי אף על פי שהגמלאות המנויות בסעיף משולמות בגין הקטין, הזכאות להן היא של הוריו (פסקה 5 לחוות דעתו והאסמכתאות שם). ההבחנה שסעיף 325(ב) לחוק עורך היא בין הורים לקטינים שהורשעו בעבירות המנויות בסעיף, לבין הורים לקטינים שהורשעו ונדונו למאסר בגין עבירות ורכיבים שאינם מנויים בסעיף. הבחנה זו בין קבוצות ההורים אינה מבוססת על שוני רלוונטי, שעה שהיא נסמכת על סוג העבירה שביצע הקטין ולא על פעולה שניתן לייחס להורים אחריות בגינה. יתרה מכך, הסעיף רואה בהורי הקטין ובקטין כיחידה אחת בלתי נפרדת, בעלת מחשבות ומעשים אחידים, באופן השולל את האוטונומיה האינדיווידואלית של ההורים תוך פגיעה בשוויון ובכבוד האדם.

אבאר בנקודה זו, כי איני שותפה לעמדת המשיבים שלפיה ההסדר לא פוגע פגיעה כלכלית ממשית בהורים ובמשפחת הקטין; כך לטענתם בשל העובדה שבעת מאסרו של קטין ממילא המדינה היא שנושאת בנטל כלכלתו. ראשית, קביעה כזו עומדת בניגוד לתכלית ההרתעתית-מניעתית שהניעה את חקיקת ההסדר הנדון לשיטת המשיבים 2 ו-3 (להלן: משיבי הממשלה); שכן באין פגיעה כלכלית במשפחת הקטין לא תיתכן הרתעה, הורי הקטין לא יתומרצו לפעול למניעת העבירות, וממילא ההסדר נושא הדיון לא יגשים את תכליתו. שנית, גם אם יש יסוד לסבור כי בעת מאסר הקטין המדינה נושאת בחלק מהנטל הכלכלי באופן שייתכן שההוצאות השוטפות על מחייתו קטנות – בכך לא מיצינו, משום שספק רב אם הורי הקטין לא נדרשים להוצאות שוטפות הקשורות למחייתו במהלך מאסרו. בכל מקרה, הוצאות ההורים אינן מסתכמות אך בהוצאות שוטפות אלא גם בהוצאות קבועות, כדוגמת מגורי המשפחה שבהן לא חל שינוי בתקופת המאסר. ועוד לעניין היקף הפגיעה בזכות, נראה כי כאשר הסדר שלילת הגמלאות יחול על משפחות מעוטות יכולת, הדבר עלול להוביל לפגיעה כלכלית חריפה יותר. למעלה מן הצורך יוער, כי אפילו אם לפנינו הסדר "הצהרתי" בלבד, שאינו מחולל שינוי משפטי משמעותי (תעיד על כך לכאורה הודעת העדכון מטעם משיבי הממשלה שלפיה ההסדר

יושם רק בעשרה מקרים), מן הראוי שגם חוקים שהם סמליים ישקפו את ערכי היסוד של המשפט החוקתי הישראלי, ובהם ערך השוויון.

3. כידוע, לאחר שאיתרנו פגיעה בזכות חוקתית שומה עלינו להוסיף ולבחון אם היא צולחת את הבחינה החוקתית של פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (אהרן ברק "הזכות החוקתית והפגיעה בה: תורת שלושת השלבים" משפט וממשל יט 119, 123 (2018)). פסקה זו קובעת ארבעה תנאים שרק בהתקיימם ניתן להצדיק פגיעה בזכות חוקתית המוגנת בחוק היסוד: הפגיעה צריכה להיות בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו; על החוק הפוגע להלום את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; על החוק הפוגע לשרת תכלית ראויה; לבסוף, אל לו לחוק לפגוע בזכות אדם במידה העולה על הנדרש – זהו מבחן המידתיות. לצורך צליחת תנאי אחרון זה, על החוק הפוגע לעמוד בשלושה מבחני-משנה מצטברים: מבחן הקשר הרציונלי; מבחן "האמצעי שפגיעתו פחותה"; ומבחן המידתיות "במובן הצר".

4. העותרים טענו כי סעיף 325(ב) לחוק אינו צולח אף לא את התנאי הראשון שבפסקת ההגבלה. לעמדתם, משום שאין בדין עבירה פלילית של יידוי אבנים "ממניע לאומני או זיקה לטרור", יוצא שניתנה לפקיד הביטוח הלאומי הרשאה להכריע בשאלת נסיבות העבירה שבה הורשע הקטין; הרשאה זו לשיטת העותרים, אינה מפורשת בצורה מספקת, ולכן הם סבורים כי הפגיעה בזכות החוקתית אינה לפי חוק.

אין בידי לקבל טענה זו, ובעניין זה אני מצטרפת לעמדתה של חברתי הנשיאה א' חיות (פסקאות 9-10 לחוות דעתה). בכל הנוגע לתנאי הראשון של פסקת ההגבלה, על הפגיעה בזכות לשאוב את כוחה מחקיקה ראשית, ומקובל לראות תנאי זה כמבטא דרישה פורמלית (ראו: בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (4) 715, 814 (2008); בג"ץ 6971/11 איתנית מוצרי בניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 23 (2.4.2013)). הלכה היא כי "עניינו של תנאי זה אינו בתוכנה של הנורמה אלא בצורתה", ובענייננו הפגיעה בזכות החוקתית של הורי הקטינים נעשתה בחוק ולכן עומדת בתנאי הראשון של פסקת ההגבלה (בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 104 (2.9.2010)).

נראה גם כי סעיף 325(ב) לחוק הביטוח הלאומי הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ובכל מקרה העותרים לא טענו אחרת. אמשיך לבחינת התנאי השלישי שבפסקת ההגבלה – האם תכלית הסעיף ראויה.

5. כבר בראשית הדברים ייאמר כי השאלה אם תכלית סעיף 325(ב) לחוק ראויה מעוררת קשיים לא מבוטלים. כפי שחבריי סקרו בחוות דעתם, המשיבים הציגו שתי תכליות שונות לסעיף (פסקה 139 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג, פסקה 55 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארד). משיבי הממשלה ציינו כי תכליתו הרתעתית-מניעתית, והוא נועד להשפיע על הורי הקטינים ולתמרץ אותם להפעיל את חובתם כאפוטרופוסים לפעול למניעת ביצוע עבירות על ידי ילדיהם. מנגד, המשיבה 1 (להלן: הכנסת) ציינה תחילה כי התכלית העומדת בבסיס סעיף 325(ב) לחוק היא להגביל את הסולידריות החברתית המבוטאת בחוק הביטוח הלאומי, כלפי אלו שהורשעו בביצוע עבירות ביטחון (פסקאות 49-50 לתגובה מטעם הכנסת מיום 18.1.2017). בהמשך, במסגרת כתב התשובה מטעמה, הכנסת טענה כי תכלית הסעיף היא גם הרתעתית-מניעתית המופנית כלפי מפגעים פוטנציאליים, כאשר ההסדר מוסב כלפי קטינים מפגעים (פסקה 65 לכתב התשובה מטעם הכנסת מיום 28.5.2017). ולבסוף, בדיון לפנינו באת-כוח הכנסת חזרה על העמדה הראשונית ולפיה התכלית הדומיננטית של ההסדר שבחוק היא הגבלת הסולידריות החברתית (עמ' 7 לפרוטוקול הדיון מיום 3.7.2018). יודגש כי אין פסול בכך שלדבר חקיקה של הכנסת תהא יותר מתכלית אחת (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 342 (1995); בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 264 (2002)); אלא שבענייננו מתעורר חוסר בהירות לגבי מהי תכלית הסעיף – האם מטרתו להכווין את התנהגות ההורים (כעמדת משיבי הממשלה) או שמא תכליתו להשפיע על התנהגות הקטין (כעמדת הכנסת).

תכלית הגבלת הסולידריות החברתית כלפי הקטין בראי מבחן המידתיות

6. ככל שתכלית ההסדר היא להגביל את הסולידריות החברתית כלפי הקטין – ספק אם במשטר דמוקרטי ניתן לפגוע בזכות סוציאלית כדי להגשים מטרות גמוליות, הנושאות אופי עונשי. בעניין זה, יש משמעות להקשר החקיקתי שבו חוק סעיף 325(ב) לחוק, כחלק מתיקון לחוק העונשין, שבמסגרתו אף נקבעו בהוראת שעה עונשי מינימום בגין עבירות יידוי אבנים בידי קטינים. ויובהר: חוק הביטוח הלאומי הוא חוק סוציאלי, שנועד להבטיח קיום מינימלי בכבוד של תושבי המדינה; ואילו סעיף 325(ב) טומן בחובו עקרונות ותכליות מתחום המשפט הפלילי המוסיפים לסעיף היבטים עונשיים. ביקורת על שימוש בחוק סוציאלי למטרות עונשיות ניתן למצוא אצל ד"ר אריה מילר "מקומו של רעיון האשם בדיני הביטחון הסוציאלי" משפטים יד 460, 487 (תשמ"ה) (להלן: מילר):

"...מבחינת הביטחון הסוציאלי פשוט אין זה משנה אם התובע גימלה הוא אשם בדבר-מה או שהוא חף מפשע... כלל גדול הוא שאין לערבב דיני עונשין בדינים סוציאליים,

היינו: מתן סיוע במתן עונש, ועל-כן אין להחדיר יסודות של המשפט הפלילי או שיקולים עונשיים כלשהם אל תוך תחומו של הביטחון הסוציאלי, אשר יעודו הוא פתירת בעיות סוציאליות ותוך כך השגת מטרות שונות לחלוטין...".

כלומר, הדין הפלילי לחוד והדין הסוציאלי לחוד, כך שעל הדין הסוציאלי להיות ניטרלי ביחס לפרופיל המוסרי ולתכונותיהם המוסריות של אלו הזקוקים לסיועו. אמנם ניתן להתנות על הזכויות הסוציאליות השונות, אלא שיש לעשות כן בקשר ענייני למדיניות שאותה הזכאות המותנית נועדה לקדם, ובמנותק מההקשר המוסרי של אלו הזכאים לגמלה; ובלשונה של השופטת ע' ארבל ב-בג"ץ 7245/10 עדאללה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה, סו(2) 442, 522 (2013):

"על תכלית ההתניה ועל האינטרס הציבורי המקודם באמצעותה לנבוע מאותו שדה מחייה נורמטיבי שבו מעוגנת הזכות המותנית. ככל שהזיקה בין השניים תרופף, 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" (ראו דברים ברוח דומה בח"ל, בעמ' 496 בעניין סעיף 139א לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשכ"ח-1968 (לא בתוקף) שהסמך את המוסד לביטוח לאומי לעכב את תשלום קצבת הילדים במקרה שהזכאי לה לא הגיש דו"ח על הכנסתו).

סעיף 325(ב) לחוק "מייבא" שיקולים עונשיים לתוך קצבאות סוציאליות, שנועדו לקדם את הרווחה בקרב משפחות המגדלות ילדים קטינים; וכריכת זכאות ההורים לגמלאות, בהתנהגות הקטין בתחום הפלילי, אינה קשורה בקשר ענייני למדיניות שאותה נועדו הגמלאות לקדם. בהיבט זה, יש קושי ממשי לקבוע כי הגבלת הסולידריות כלפי הקטין היא תכלית ראויה. חרף האמור, בשל התוצאה שאליה הגעתי במישור המידתיות של סעיף 325(ב) לחוק, לא אקבע מסמרות במבחן התכלית הראויה, ואסתפק בהצבת תמרור אזהרה בנדון. ומכאן למבחן המידתיות הראשון, הוא מבחן הקשר הרציונלי.

7. במבחן המידתיות הראשון נדרש קשר רציונלי בין האמצעי הפוגעני שנבחר לבין התכלית שאותה הוא נועד להגשים; והשאלה הנבחנת בשלב זה אינה אם מדובר באמצעי

ראוי, אלא אם יש באמצעי שנבחר כדי לקדם את תכלית הפגיעה בזכות (אהרן ברק מידתיות במשפט 377 (2010)).

בראייתי, לא מתקיים קשר רציונלי בין האמצעי הפוגעני של שלילת הגמלאות מהורי הקטין, לבין התכלית של הגבלת הסולידריות החברתית כלפי הקטין. משהוברר כי הזכאות לגמלאות היא של ההורה ולא של הקטין, אין זאת אלא ששלילת הגמלאות מגבילה את הסולידריות כלפי ההורה ובכך מחטיאה את מטרתה. יצוין כי מאותו הטעם, גם התכלית הנוספת שעליה עמדה הכנסת – הגברת ההרתעה כלפי הקטינים (שהיא לכשעצמה תכלית ראויה) – לא תמומש באמצעות שלילת גמלאות השייכות להורה. לכן, במצב שבו תכליות סעיף 325(ב) לחוק מכוונות כלפי הקטין, נראה כי אין בכוחו של ההסדר שבסעיף להגשים את תכליותיו ונמצא לכן שהסעיף בלתי מידתי כבר משום כך.

תכלית הרתעתית-מניעתית בראי מבחן המידתיות

8. ככל שביסוד סעיף 325(ב) לחוק עומדת תכלית הרתעתית-מניעתית, שנועדה לתמרץ את ההורים למנוע מילדיהם לבצע עבירות מסוימות; הרי שעל פניו נראה כי מדובר בתכלית ראויה שעשויה להצדיק פגיעה בזכות חוקתית.

9. תחילה, יש לציין כי בהחלט ייתכן שמתקיים קשר רציונלי בין שלילת הגמלה לבין התכלית ההרתעתית-מניעתית שאותה מבקשים משיבי הממשלה להשיג. ניתן לשער כי שלילת הגמלה תתמרץ הורים לנקוט מאמצים נוספים למנוע מילדיהם להשתתף בפעילות מפרה. עם זאת, דומה כי תחולתו הגורפת של סעיף 325(ב) לחוק לא מאפשרת להסדר לצלוח את יתר מבחני-המשנה של תנאי המידתיות: מבחן "האמצעי שפגיעתו פחותה" ומבחן המידתיות "במובן הצר".

כאמור, לא מתקיים בענייננו מבחן-המשנה השני – מבחן "האמצעי שפגיעתו פחותה", הבוחן אם קיים אמצעי אחר שבידו להשיג את התכלית הרצויה ופגיעתו בזכות קטנה יותר. הסדר שלילת הגמלאות חל באופן גורף על כל הורה שילדו הורשע בנסיבות הסעיף, ללא בחינה פרטנית של התנהלותו של ההורה וללא מתן זכות טיעון. בהיעדר מתן אפשרות לבחון באופן אינדיווידואלי את הפרטים הנכללים תחת הסדר שהוא גורף, נקודת המוצא היא שנקיטתו מעוררת חשד לחוסר מידתיות במובנו של מבחן-המשנה השני, שכן "צעדים מוחלטים דורשים, אף יותר מן הרגיל, הנמקה מבוססת שבכוחה לשכנע בדבר הצידוק שבנקיטתם" (בג"ץ 2150/07 אבו צפיה נ' שר הביטחון, פ"ד סג(3) 331, 384 (2009); ראו גם: עניין גביש, בפסקה 46 לחוות דעתה של הנשיאה מ' נאור; דנג"ץ 204/13 צלאח נ' שרות בתי הסוהר, פסקה 26 לחוות דעתה של הנשיאה מ' נאור

(14.4.2015)). כאמור, ההסדר שבסעיף 325(ב) שולל באופן גורף את זכותם של הורי הקטינים שנשלחו למאסר בנסיבות הסעיף. נמצא אפוא שהגמלה עלולה להישלל מההורים על לא עוול בכפם – שהרי אין טענה כי ההורה נושא באחריות לביצוע העבירות. כך שגם במקרים שבהם הורי הקטין פעלו בהתאם לתכלית החוק, ועשו מאמצים להניא את הקטין מלנקוט פעילות עבריינית, ישללו מהם הגמלאות. בענייננו, לא ניתנה כל הצדקה מטעם המשיבים להחלטה של שלילת זכאות גורפת, כך שאין מנוס מהקביעה שהפגיעה בזכותם של ההורים היא מעבר לנדרש (השוו: בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1, 15-16 (1996); בג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865, 910-911 (2004)). אני מצטרפת אפוא לעמדת חברי, השופט ע' פוגלמן שלפיה ניתן יהיה להגשים את התכלית ההרתעתית-מניעתית, ולהפחית את הפגיעה בהורים באמצעות בדיקה פרטנית של כל מקרה ומקרה טרם שתתקבל החלטה בדבר שלילת גמלה. מתן אפשרות לבדיקה פרטנית הוא לכאורה עניין טריוויאלי שעה שמשיבי הממשלה הודיעו כמצוין לעיל, שמאז פרסומו של ההסדר ברשומות הוא יושם רק לגבי עשר משפחות של קטינים. עם זאת, כשלעצמי אני סבורה כי עשוי להתעורר קושי מעשי ליישום מנגנונים פרטניים שבמסגרתם יידרשו הורי הקטין להוכיח את "חפותם". על כל פנים, משלא הוצג בפנינו כל אמצעי חלופי, אינני נדרשת לקבוע מסמרות בעניין זה ודי לי בקביעה כי ההסדר אינו מידתי.

10. סעיף 325(ב) לא מקיים אף את מבחן-המשנה השלישי, מידתיות "במובן הצר" – הבוחן את השאלה אם קיים יחס ראוי בין התועלת הנובעת משלילה גורפת של הגמלאות מהורי הקטין שהורשע ונאסר, לבין מידת הפגיעה בזכות לכבוד האדם של ההורים הכרוכה בכך. לעמדתי המענה לשאלה זו הוא בשלילה, בין היתר לנוכח ההבנה ששלילת הגמלאות מתבצעת על סמך שיוך קולקטיבי, וככזה אינו מוצדק. בהעדר קשר סיבתי בין מעשי ההורים לבין פשיעת הקטין, שלילת הגמלה היא בבחינת "בנים אכלו בוסר ושיני אבות תקהינה" (על משקל "אָפּוֹת אָכְלוּ בֹסֶר וְשִׁנֵּי פָנִים תִּקְהֶינָה"; ירמיהו לא 28) העולה לכדי ענישה קולקטיבית.

ניתן לזהות ענישה קולקטיבית כאשר לפנינו "פעולה שיש בה כדי לפגוע במישרין בזכות של אדם בגין מעשה שלא ניתן לייחס לו אחריות אישית לעשייתו. הפגיעה נעשית רק בשל השתייכותו לקולקטיב – דוגמת משפחה, יישוב או מיעוט אתני – שלאדם אחר מתוכו מיוחסת אחריות למעשה" (לירון א' ליבמן האף תספה צדיק עם רשע? 27 (מחקר מדיניות 125, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2019)). ענישה כזו סותרת את עקרון הבחירה החופשית המצדיק הטלת אחריות אישית על כל פרט על בסיס מעשיו, ולא בגין מעשיו של אחר. לכשעצמי אני סבורה כי קשה להלום מצב שבו מוטלת אחריות על אדם רק בשל השתייכותו לקבוצה מסוימת (ראו גם: דפנה ברק-ארז "פתח-דבר לשים את האדם

במרכז – על מקומו של האדם במשפט" עיוני משפט לט 5, 12 (2016)). בית משפט זה כבר עמד בעבר על הבעייתיות שבענישה הקולקטיבית בהקשר לדין הפלילי, ודברים אלה יפים גם לענייננו:

"מחשיבותה של האוטונומיה נובע הכלל שאדם אדם אחראי על מעשיו הוא. שני צדדים למטבע זה: על הצד האחד טבועה זיקתו למעשיו ואחריותו להם – לחיוב ולשלילה. על צידו השני טבועה הכרה באפשרות של העדר זיקה בין האדם ובין מעשי הזולת, ככל שהם נעשו באופן אוטונומי. על כן לא ניתן להעניש באופן קולקטיבי, או להעניש את ראובן על חטאיו של שמעון שאליהם לא היה קשור. איש בחטאו יוענש. עקרון זה, על פניו הכפולים, מעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" (דנ"פ 404/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 1 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל (15.4.2015))

שלילת הגמלאות פוגעת בהורים באופן ישיר בגין מעשה פלילי שהאחריות לו מיוחסת לקטין. סנקציה מעין זו רואה בקטין ובהוריו ישות אחת, שלה רצונות ומעשים אחדים, ותופסת את הורי הקטין כאובייקט שבאמצעותו המדינה תקדם התנהגות רצויה. מעבר לכך, ההורים מוחזקים כמי שדבק בהם פגם אישי, ולכן יש לשלול מהם את הגמלאות שלהן הם זכאים לפי דין. אמנם יש יסוד להניח כי להורים יש יכולת להשפיע על ילדם הקטין וכי השייכות הקולקטיבית למשפחה היא הדוקה בצורה משמעותית לעומת שייכות קולקטיבית על בסיס אתני או על סמך מקום מגורים. אלא, שההסדר שלפנינו חל כאמור בצורה גורפת, ואינו מתחשב בנסיבות הפרטניות של הקטין והוריו – כדוגמת, גילו של הקטין או האם הקטין מתגורר עם הוריו ונתון להשפעתם. כאשר ההסדר שבסעיף 325(ב) חל גם על הורים שניסו למנוע מילדם לנקוט בפעילות עבריינית, הנזק שבצידו עלול להיות גבוה מתועלתו. לפיכך, שלילת גמלאות המבוססת אך ורק על שיוך קולקטיבי המושתת על ייחוס משפחתי, מבטאת איזון בלתי ראוי בין הרצון להגביר את ההרתעה כלפי ההורים לבין זכותם של אלו לכבוד. מן האמור עולה כי סעיף 325(ב) לחוק מגלם פגיעה בלתי מידתית בזכותם לשוויון ולכבוד של ההורים.

סוף דבר

11. מהטעמים שפורטו, לגישתי דין העתירה להתקבל. נמצא כי סעיף 325(ב) לחוק פוגע פגיעה בלתי מידתית בהורי הקטינים שהורשעו ונגזר עליהם לרצות מאסר בפועל בגין העבירות ובנסיבות המפורטות בסעיף. לנוכח הפגמים הרבים שהתגלו בהסדר הנוכחי, אני מצטרפת לתוצאה שאליה הגיעו חבריי השופטים ע' פוגלמן וד' ברק-ארז כי יש להורות על בטלות סעיף 325(ב) ללא שהות.

12. לאחר הדברים האלה, לנוכח מחלוקת שנפלה בין חברי דעת הרוב לעניין הסעד ומאחר שאנו מצוים בתוצאה, אף שסברתי אחרת אני מצטרפת במישור המעשי ובהיבט הסעד לתוצאה שאליה הגיעה חברתי הנשיאה, ולפיה הצהרת הבטלות של סעיף 325(ב) לחוק הביטוח הלאומי תושהה לתקופה של 12 חודשים.

ש ו פ ט ת

השופט נ' הנדל:

1. כחבריי, השופטים נ' סולברג, י' עמית, ו-ד' מין, סבורני כי דין העתירה כלפי חוק העונשין (תיקון מס' 120 והוראת שעה), התשע"ו-2015, ס"ח 12 (תיקון עקיף מס' 163 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995) (להלן: התיקון), להידחות. זאת, בעיקרו של דבר, בהעדר פגיעה בעקרון השוויון, נוכח סוג הפגיעה וקיומה של שונות רלוונטית.

2. סעיף 325(ב) לחוק הביטוח הלאומי, שהתווסף לחוק במסגרת התיקון ועומד במוקד העתירה, קובע כי –

"(1) ילד כהגדרתו בסעיף 238, שהורשע בעבירת ביטחון כהגדרתה בסעיף 326(ג) או בעבירה לפי סעיף 332א לחוק העונשין שבוצעה מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור, ונגזר עליו עונש מאסר, לא ישולמו להוריו במשך הזמן שהוא במאסר –
(א) גמלה המשולמת בעדו לפי פרק ד';
(ב) תוספת לגמלה המשולמת בעדו לפי סעיפים 132(5), 200(ג)(2), 244(ב)(2) ו-252(ב), וכן לפי חוק הבטחת הכנסה וחוק המזונות (הבטחת תשלום), התשל"ב-1972;
(2) במשך תקופת המאסר כאמור בפסקה (1), לא יבוא הילד במניין הילדים לעניין הסעיפים המנויים בפסקת משנה (1)(ב), לעניין סעיף 68, ולעניין חוק הבטחת הכנסה וחוק המזונות (הבטחת תשלום), התשל"ב-1972."

הסדר זה עורך, אפוא, הבחנה בין ילד המרצה עונש מאסר בגין עבירות ביטחון מסוימות, ובין ילד המרצה עונש מאסר זהה בגין עבירות אחרות: התא המשפחתי של הראשון יאבד שורה של גמלאות ותוספות המשולמות בעדו, ואילו זה של האחרון יוסיף לקבל אותן.

האם מדובר בהבחנה עניינית, או בהפליה פסולה בין תאים משפחתיים המצויים במצב זה? זהה?

3. בעניין רובינשטיין, שם נידון מעמדה החוקתי של הזכות לחינוך, אימצתי את גישת הביניים, לפיה העדר אזכור מפורש לזכות בחוקי היסוד "איננו שולל לחלוטין את קיומה כזכות יסוד חוקתית", וקבעתי כי "יש להעניק תוכן למונחים 'כבוד האדם' ו'חירות האדם', ובהתאם לכך ניתן להכיר גם בהיבטים מגודרים היטב של זכויות שלא הוזכרו בצורה מפורשת, ככל שהם נכללים בגרעין של כבוד האדם וחירותו" (בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת, פסקאות 4-5 לחוות דעתי (17.9.2014)). מודל ביניים זה יפה, כפי שנקבע בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא (1) 619 (2006), גם ביחס לזכות לשוויון, שפגיעה בה עולה כדי פגיעה בזכות החוקתית לכבוד רק אם היא קשורה "בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי" (שם, פסקאות 38-41 לחוות דעת הנשיא א' ברק). בעיניי, גישה זו מגבילה את היקף הזכות החוקתית לשוויון, אך במובנים מסוימים היא דווקא מרחיבה אותה: כך, למשל, הסדר המפלה את פלוני בעניין של מה בכך, "זוטי דברים", עלול לעלות, בהתאם לנסיבות, כדי פגיעה בזכות החוקתית בשל המסר הפוגעני שנלווה לו. זאת, תוך הכרה באופי המיוחד של פגיעה בשוויון, הנובעת לא רק מאי קבלת "הטבה" שניתנת לקבוצה אחת, כגון הטבה כספית, אלא מן הפגיעה בכבוד הכרוכה בעצם ההבחנה – למשל, בדמות השפלת אדם או קבוצה, או העברת מסר כי הם או הוא שווים פחות.

מכל מקום, בחינת הפגיעה בשוויון נעשית בהליך דו-שלבי. תחילה יש לבדוק האם ההבחנה שעורך החוק פוגעת בעקרון השוויון במובנו הבסיסי, אם משום שהיא מבוססת על שיקולים זרים – ואם משום שהיא מעניקה משקל לא סביר ולא מידתי לשיקולים ראויים כשלעצמם (דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד (5) 330, 349-350 (2000)). במילים אחרות, יש לבחון האם קיימת "שונות רלוונטית". לשם כך, יש לזהות את "קבוצת השוויון", קרי, "הקבוצה שהכלולים בה ראויים ליחס שווה, ואלה מחוצה לה ראויים ליחס שונה". זאת, על סמך תכלית הנורמה המבחינה – וחשוב מכך, בהקשר החוקתי, "מהות העניין [...] הנסיבות הפרטניות בכל מקרה ומקרה" (בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל, פסקה 37 לחוות דעת הנשיאה ד' ביניש (22.5.2012)), "ערכי היסוד של שיטת המשפט [...] והתפיסות החברתיות הרווחות" (בג"ץ 7245/10 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה, פסקה 7 לחוות דעת חברתי, הנשיאה א' חיות (4.6.2013); להלן: עניין החיסונים). רק כאשר מתברר כי החוק מעניק יחס שונה לבני קבוצת השוויון הרלוונטית יש לעבור לשלב הבא, ולבדוק האם מדובר בהפליה הפוגעת גם ברובד החוקתי,

המצומצם יותר, של הזכות לשוויון. ודוקו, כאשר החוק עורך – אם במוצהר, ואם במבחן התוצאה – הבחנה המבוססת על סיווגים "חשודים", נדרשת בדיקה קפדנית יותר של ההצדקות לה. אולם, אין בעצם קיומה של הבחנה כזו כדי להעיד בהכרח על פגיעה בזכות החוקתית לשוויון – והסדרי ההעדפה המתקנת, שאינם בגדר פגיעה "נסבלת" בשוויון כי אם ביטוי של תפיסת השוויון המהותי, יוכיחו (ראו גם ע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד(2) 1, פסקה 41 לחוות דעתו של חברי, השופט י' עמית (2010)).

על כן, יש לבחון את קיומה של שונות רלוונטית בענייננו, לאור טיב ומאפייני הגמלאות והתוספות שנשללו, והעבירות "המיוחדות" המובילות לשלילתן.

הגמלאות והתוספות בהן עוסק החוק

4. ובכן, סעיף 325(א) לחוק הביטוח הלאומי קובע כי "הנמצא במאסר על פי פסק דין של בית משפט שדן אותו למאסר של שלושה חודשים או יותר, לא תשולם לו כל גמלה בעד הזמן שהוא במאסר". זאת, מתוך הבנה כי האסיר "מקבל את הצרכים הבסיסיים שלו משירות בתי הסוהר, ללא תשלום, גם אם אינו עובד כלל" (בג"ץ 1163/98 שדות נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נה(4), 817, 837 (2001)). התיקון דנן הרחיב את היריעה, והורה כי בתקופת המאסר תישלל גם שורת גמלאות ותוספות שאינן משולמות לאסיר עצמו, אלא להוריו – אם כי, כפי שיובהר מיד, כולן ניתנות להורים "בעדו", ולכולן זיקה ברורה ומובהקת אליו.

על קצה המזלג, אומר כי מדובר בגמלאות המשולמות "לפי פרק ד'" לחוק הביטוח הלאומי (סעיף 325(ב)(1)(א)). דהיינו, מענק לימודים (לפי פרק ד, סימן ג לחוק), וקצבת ילדים (לפי פרק ד, סימן ב לחוק). שאלה מעניינת היא מה דינו של "חיסכון ארוך טווח לילד", שעוגן בפרק ד, סימן ה לחוק, שבועות ספורים לאחר קבלת התיקון (במסגרת חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב לשנות התקציב 2015 ו-2016), התשע"ו-2015, ס"ח 219, 244 (תיקון עקיף מס' 164 לחוק הביטוח הלאומי); להלן: חוק ההתייעלות הכלכלית). סעיף 74(ב) קובע כי כספי החיסכון "הם של הילד", וכי "ההורה המקבל את קצבת הילדים" ישמש כנאמן בחשבון הנאמנות שבו יופקדו הכספים לטובת הילד. על פני הדברים, לא מדובר, אפוא, בגמלה המשולמת להורים, כך שהתיקון אינו עוסק בה (ראו גם דברי ההסבר להצעת חוק ההתייעלות הכלכלית, ה"ח הממשלה 1566, 1627: "בשונה מקצבת ילדים, סכום החיסכון ניתן לילד עצמו"). עם זאת, מדובר, לכאורה, בתוצאה בלתי נמנעת של שלילת קצבת הילדים, שהרי

"המוסד יעביר" את סכום החיסכון רק "בעד כל ילד שמשתלמת בעדו קצבת ילדים לפי פרק זה" (סעיף 74ב(א)(1) לחוק הביטוח הלאומי).

כך או כך, סעיף 325(ב)(1)(ב) שולל מההורים את התוספות המשתלמות "בעד" הילד, במסגרת הגמלאות והתשלומים הבאים: קצבת תלויים, לפי סעיף 132(5) לחוק הביטוח הלאומי; קצבת שאירים, לפי סעיף 252(ב) לחוק; קצבת נכות, לפי סעיף 200(ג)(2) לחוק; קצבת אזור ותיק, לפי סעיף 244(ב)(2) לחוק; גמלת הבטחת הכנסה, לפי חוק הבטחת הכנסה, התשמ"א-1980; וגמלת מזונות, לפי חוק המזונות (הבטחת תשלום), התשל"ב-1972. לבסוף, סעיף 325(ב)(2) קובע כי במהלך תקופת מאסרו הילד "לא יבוא במניין הילדים לעניין הסעיפים המנויים בפסקת משנה (1)(ב), לעניין סעיף 68, ולעניין חוק הבטחת הכנסה וחוק המזונות (הבטחת תשלום), התשל"ב-1972".

5. כאמור, המשותף לכל הקצבאות הללו הוא זיקתן המהותית לילד. אף שהן משולמות להורה, תכליתן היא להבטיח את "טובת הילד" – כחלק מן התא המשפחתי אליו הוא משתייך – ולדאוג לצרכיו. במובן מהותי זה (ורק במובן זה), ההורים משמשים מעין נאמנים על התוספות שקיבלו בעד הילד. אכן, כל עוד התא המשפחתי מתפקד קשה למצוא הצדקה להתערבות חיצונית בשיקול הדעת שלהם לגבי אופן השימוש בתוספת. יתר על כן, במרבית המקרים התוספת נתפסת כהכנסה "של" ההורה לו היא משולמת (וראו, למשל, עב"ל (ארצי) 13805-06-18 המוסד לביטוח לאומי – צדקה, פסקה 13 (25.2.2019), ובג"ץ 6283/19 צדקה נ' המוסד לביטוח לאומי (17.5.2020)). אולם, נוכח תכלית התשלום, אין מקום להפרדה מלאכותית בין ההורה לילדיו, ויש לראות את התוספת בצורה מהותית יותר: שורשיה בטובת הילד הקונקרטי שבעדו ניתנה, וענפיה מצלים על התא המשפחתי כולו (וראו, בנוגע לתוספת לקצבת התלויים, רע"א 8304/08 עזבון סלמאן נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ (26.7.2009); וע"א 3045/07 מנורה חברה לביטוח בע"מ נ' מאיר, פסקה 14 (7.9.2010)).

דוגמה לאופי ה"דואלי" של הקצבאות מספקת פסיקת בית הדין הארצי לעבודה לגבי תוספת התלויים לקצבת הנכות, שנועדה "להוות תחליף לשכרו של אדם במהלך שנות ההשתכרות המקובלות" (בג"ץ 1662/05 לוי נ' ממשלת ישראל, פסקה 36 לחוות דעת הנשיאה מ' נאור (3.3.2009)). אף שמדובר, כאמור, בהכנסה של הנכה (עניין צדקה), נקבע כי "תשלום תוספת התלויים נחשב 'לטובתו' של הנכה במובן, שטובת הנכה כוללת את פרנסת בני משפחתו. אולם, אם הנכה עלול שלא להשתמש בתוספת התלויים לטובת התלויים, מצוות החוק הינה להעביר אותה לידי התלויים [...] מכאן, כי תוספת התלויים משולמת למי שישתמש בה לטובת התלויים, ולא לטובת הנכה... הילדים הינם בעלי זכות משפטית, במובן זה שהם הנהנים מתוספת התלויים" (דב"ע (ארצי) נה/196-0 המוסד

לביטוח לאומי – אשואל, פד"ע כט 466, 470 (1996); ראו גם עב"ל (ארצי) 10501-06-13 המוסד לביטוח לאומי – ביטון, פסקאות 11-13 (20.12.2014).

"זכותו" המהותית של הילד לקבלת התוספת המשולמת להורו, באה לידי ביטוי בולט בהקשר של גמלת המזונות, שתכליתה "להבטיח תשלום מינימאלי לילדים ולנשים שנפסקו לזכותם מזונות והחייב מסרב לשלם" (ע"ע 4445/16 שטיין נ' משרד הבינוי והשיכון, פסקה 27 (4.12.2017)). תקנה 3 לתקנות המזונות (הבטחת תשלום), התשל"ג-1972, מונה בין "סוגי הזוכים הזכאים" לגמלה, "(1) אשה שבהחזקתה לפחות ילד אחד, בין אם פסק הדין למזונות ניתן לזכותה, בין אם ניתן לזכות הילד בלבד ובין אם ניתן לזכות שניהם [...] (3) ילד שפסק דין למזונות ניתן לזכותו ואינו בהחזקתה של אמו ואף אינו עמה, למעט ילד שעיקר פרנסתו על חשבון אוצר המדינה או רשות מקומית". המשמעות היא, כי ילד שניתן לזכותו פסק דין למזונות, אך אינו עומד בתנאי תקנה 3(3), יוכל לקבל אותה רק באמצעות אמו, ובכפוף למבחני תקנה 3(1) לתקנות (אשר "רואה בקטין ובאמו תא משפחתי אחד ומשתמעת ממנה כוונה להביא בחשבון את הכנסותיה של האם לצורך בחינת זכאות הקטין לתשלום"; בג"ץ 3101/13 פלונית נ' בית הדין הארצי לעבודה, פסקה 11 (12.6.2014)). בנסיבות אלה, הגמלה משולמת, אמנם לא, אך לא זו בלבד שהיא מיועדת לצורכי הילד, אלא שמקור הזכאות מצוי בפסק דין מזונות שניתן לזכותו.

רלוונטית בהקשר זה גם קצבת הילדים, שתכליתה המרכזית היא "לסייע למשפחות בעלות ילדים לשאת בעלויות ההולכות וגדלות בשל גידול הילדים", ולהגן על "טובת הילד" ורווחתו (עניין החיסונים, פסקה 24 לחוות דעת השופטת ע' ארבל). זאת, לצד תכלית רחבה יותר, הקשורה ב"קיום המדיניות החברתית של הממשלה באותה עת" (שם, פסקה 20 לחוות דעת חברתי, השופטת ד' ברק-ארז). בעניין החיסונים התגלעה מחלוקת לגבי ה"בעלות" בקצבה, ובעוד חברתי, הנשיאה א' חיות, סברה (בפסקה 2 לחוות דעתה) שהיא "שייכת" להורי הילד, השופטת ארבל נטתה להגדיר אותה דווקא כ"קניינו של הילד עצמו" (פסקה 25 לחוות דעתה). תהיה ההכרעה בסוגיה הקניינית אשר תהיה, הדומיננטיות של טובת הילד וצרכיו בהקשר של קצבאות הילדים ברורה. לא למותר להזכיר את ההלכה הוותיקה לפיה יש לנכות את קצבת הילדים מדמי מזונות הילדים, "בנימוק שהקצובה נועדה מעצם מהותה למזונות הילדים", גם אם ההורים הם ה"בעלים" הפורמליים שלה (ע"א 254/76 ינקוביץ נ' ינקוביץ, פ"ד לא(3) 169, 174 (1977); ראו גם בע"מ 2083/19 פלונית נ' פלוני, פסקה 5 (28.4.2021)).

6. הנה כי כן, התיקון שולל רכיבי גמלאות ותשלום שנועדו לטובת הילד – לרבות כאלה שמקורם בזכות מהותית שלו (גמלת מזונות), או שהוא אף הבעלים שלהם (קצבת

הילדים, לגישת השופטת ארבל, והחיסכון לטווח ארוך, אליו התייחסתי לעיל). אופי זה של התשלומים מעניק תשובה לטענה כי התיקון מקהה את שיני ההורים בשל חטאי ילדיהם, ומבהיר שאין מקום להפרדה דיכוטומית ומלאכותית בין הילד (סיבת התשלום) להורה (מקבל התשלום). מדובר בתא משפחתי אחד, כאשר ההורים הם מעין "אפוטרופוסים" המקבלים את התשלום עבור הילדים ולטובתם, ולכולם זיקה אליו (בעניין זה, מעניין להזכיר את סעיף 263 לחוק הביטוח הלאומי, המסמיך את שר העבודה והרווחה "לקבוע לידי מי ישלמו את הקצבה לילדים לפי סעיף 252(ב)", ובכך מבליט את מרכזיות הילד, ואת מעמד ההורים כאפוטרופוסים). בבחינת קיומה של שונות רלוונטית יש לתת, אפוא, את הדעת על שיקולים הקשורים בהורים ובילד גם יחד, ולא לנתק ביניהם.

העבירות המובילות לשלילת הגמלאות

7. על רקע מאפייני התשלומים שהתיקון שולל מן התא המשפחתי של ילד המרצה מאסר בגין עבירות ביטחון, יש לעמוד על מאפייניהן המדויקים של עבירות אלה: (1) יידוי חפצים לעבר כלי תחבורה, לפי סעיף 332א לחוק העונשין, התשל"ז-1977, אשר בוצעה "מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור"; (2) "עבירת ביטחון כהגדרתה בסעיף 326(ג)". דהיינו, "עבירת ביטחון חמורה כהגדרתה בחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016 שבוצעה מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור".

התחקות אחר סבך ההגדרות שבסעיף 1 לחוק המאבק בטרור מלמדת כי "עבירת ביטחון חמורה" היא עבירה המשתייכת לאחת משתי הקטגוריות הבאות:

(1) "עבירה שנעברה בנסיבות שיש בהן כדי ליצור חשש לפגיעה בביטחון המדינה ובזיקה לפעילות טרור שהיא עבירה כמפורט להלן [...] (למשל, עבירות של בגידה, ריגול והסתננות);

(2) "עבירת טרור חמורה", הנחלקת בעצמה לשני ענפים: (א) "עבירה לפי סעיפים 20, 21, 22(ב) ו-23, 25, 28, 29, 30 או 31" לחוק המאבק בטרור, שעניינם חברות, ניהול או מתן שירות ל"ארגון טרור" (סעיפים 20-23); "מתן אמצעים לביצוע מעשה טרור" (סעיף 25); "הכנה לביצוע מעשה טרור" (סעיף 28); "אימונים או הדרכה למטרות טרור" (סעיף 29); ואיסור על ביצוע פעולות שונות "למטרות טרור" (סעיפים 30-31); (ב) "עבירה המהווה מעשה טרור שדינה, לאחר החמרת הענישה לפי סימן ב' בפרק ג', מאסר חמש שנים או יותר". זוהי, למעשה, הפנייה לסעיף 37 לחוק המאבק בטרור, הקובע

כי –

"(א) העובר עבירה שהיא מעשה טרור, למעט עבירה כמפורט להלן, דינו – כפל העונש הקבוע לאותה עבירה אך לא יותר מ-25 שנים:

- (1) עבירה לפי חוק זה;
 - (2) עבירה לפי סימן ב' או סימן ד' לפרק ז' לחוק העונשין;
 - (3) עבירה שדינה מאסר עולם חובה.
- [...] (ד) קבע בית המשפט כי אדם ביצע עבירה שהיא מעשה טרור או הרשיע אדם בעבירה כאמור, יציין זאת בפסק דינו".

עולה כי חלופה זו חובקת קשת רחבה של עבירות עצמאיות, שאל יסודותיהן הרגילים מצטרפים גם מאפייניו של "מעשה טרור". דהיינו, בהתאם להגדרה שבסעיף 1 לחוק המאבק בטרור –

"מעשה המהווה עבירה או איום בעשיית מעשה כאמור, שמתקיימים לגביהם כל אלה:

- (1) הם נעשו מתוך מניע מדיני, דתי, לאומני או אידאולוגי;
- (2) הם נעשו במטרה לעורר פחד או בהלה בציבור או במטרה לאלץ ממשלה או רשות שלטונית אחרת, לרבות ממשלה או רשות שלטונית אחרת של מדינה זרה, או ארגון ציבורי בין-לאומי, לעשות מעשה או להימנע מעשיית מעשה;
- (3) במעשה שנעשה או במעשה שאיימו בעשייתו, היה אחד מאלה, או סיכון ממשי לאחד מאלה:
 - (א) פגיעה חמורה בגופו של אדם או בחירותו;
 - (ב) פגיעה חמורה בבטיחות הציבור או בבריאותו;
 - (ג) פגיעה חמורה ברכוש, שבנסיבות שבהן בוצעה יש אפשרות ממשית שתגרום לפגיעה חמורה כאמור בפסקאות משנה (א) או (ב) ושנעשתה במטרה לגרום לפגיעה כאמור;
 - (ד) פגיעה חמורה בקודשי דת [...];
 - (ה) פגיעה חמורה בתשתיות, במערכות או בשירותים חיוניים, או שיבוש חמור שלהם, או פגיעה חמורה בכלכלת המדינה או בסביבה".

סקירה קצרה זו מלמדת כי בכל עבירות הביטחון העשויות להביא לשלילת קצבאות העבירות מובנה יסוד הזיקה לפעילות טרור. למעלה מכך, המניע הלאומני מהווה אחד ממרכיבי העבירות הנכללות בחלופה השנייה של "עבירת טרור חמורה" – קרי, "עבירה המהווה מעשה טרור [...]" – שהרי מעשה טרור מוגדר, כאמור, כאקט שנעשה "מתוך מניע מדיני, דתי, לאומני או אידאולוגי". בד בבד, מעניין לציין שהמחוקק בחר לצמצם

את שלילת הקצבאות למקרה של קיום מניע לאומני, אף שחוק המאבק בטרור מניח באותו סל עצמו גם מניע "מדיני, דתי [...] או אידיאולוגי".

8. ומה לגבי עבירת יידיי החפצים, לפי סעיף 332א לחוק העונשין? בצורתה הבסיסית עבירה זו אכן איננה כוללת את יסודות המניע הלאומני או הזיקה לפעילות טרור. ברם, כבר הזכרתי את סעיף 37 לחוק המאבק בטרור, הקובע כי "העובר עבירה שהיא מעשה טרור, למעט עבירה כמפורט להלן, דינו – כפל העונש הקבוע לאותה עבירה אך לא יותר מ-25 שנים". זאת, מתוך תפיסה "שהיותה של עבירה מסוימת 'מעשה טרור' כהגדרתו בחוק, הריהי 'נסיבה מחמירה אינהרנטית'" (ע"פ 1466/20 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 11 (22.7.2020)). הוראה זו חלה, כמובן, גם על סעיף 332א לחוק העונשין (ראו, למשל, בש"פ 3313/19 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 2 (19.5.2019)), ומכאן שגם לגביה עשויה להידרש הכרעה שיפוטית בשאלת קיומו של "מעשה טרור" (המכיל, כזכור, הן מניע לאומני והן זיקה לפעילות טרור).

למסע בנתיב ההגדרות הפתלתל של חוק המאבק בטרור השלכות נוספות, שאליהן אדרש להלן (פסקה 12). אולם, בשלב זה די לומר כי שלילת הקצבאות תתרחש רק בעקבות הרשעה בעבירות ביטחוניות הקשורות בפעילות טרור.

סוגיית השוויון – הכרעה

9. האם ההתמקדות בעבירות אלה מבטאת "שונויות רלוונטיות" בין התאים המשפחתיים שהקצבאות נשללות מהם במהלך תקופת המאסר?

כפי שכבר ציינתי, נקודת המוצא לניתוח היא כי יהיה אשר יהיה שיוכן ה"קנייני" של הקצבאות, מטרתן העיקרית היא לאפשר לתא המשפחתי לספק את צורכי הילד – ועל כן, אין להידרש להבחנות מלאכותיות בין הילד להוריו. ההורים זכאים לגמלה (או לתוספת התשלום), "בשם הילד" ועבורו, כך שאם קיימת הצדקה להוצאת הילד מרשת הביטחון שמספק המוסד לביטוח לאומי, אין מניעה לעשות זאת. בהתחשב באופיין של מרבית הקצבאות שעל הפרק, ובכך שהקטין מקבל את צרכיו בבית הסוהר (ראו לעיל, פסקה 4), הפה שהעניק רשאי גם ליטול, ואין בשלילתן הזמנית של הקצבאות כדי לפגוע בזכות החוקתית לכבוד. להבנתי, זהו שיקול של ממש בענייננו. השאלה היחידה היא, אפוא, האם הנטילה הסלקטיבית בעקבות עבריינות ביטחונית פוגעת בעקרון השוויון – ולכך אני משיב, כאמור, בשלילה. התיקון אינו מבחין בין מחבלים יהודים לערבים, והנתונים שהוצגו לגבי יישומו אינם מאפשרים לקבוע כי הבחנה כזו נוצרת במבחן התוצאה. כך או כך, כפי שציינתי בפתיח חוות דעתי, שימוש בהבחנות חשודות אינו בהכרח פסול כשלעצמו, והדבר נכון שבעתיים במקום שבו השוני בא לידי ביטוי רק

במבחן התוצאה. כאשר קיימת תכלית עניינית להבחנה שעורך המחוקק, הרי שאין בתוצאותיה כדי לחשוף הפליה מכוונת נגד קבוצת אוכלוסייה זו או אחרת, והיא עשויה לבטא דווקא את השוויון המהותי המצדד במתן יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים.

להשקפתי, ההבחנה על יסוד העבירות שבגינן מרצה הילד עונש מאסר, מבטאת שונות רלוונטית מסוג זה, ומשכך אינה עולה כדי פגיעה בשוויון. מבלי להאריך במקום שאפשר לקצר, אזכיר כי, כדברי חברי, השופט ע' פוגלמן, בהקשר שונה –

"אין לכחד כי 'לא דומה אוכלוסיית האסירים הבטחוניים לאוכלוסיית עברייני אלימות, מין, סמים – לא דומים אלו לאלו – ולא לאוכלוסיית עברייני מס, מרמה וניירות ערך' [...] וכי לאסירים ביטחוניים שביצעו עבירות על רקע אידיאולוגי ושקשורים פעמים רבות בקשרים אירגוניים עם ארגונים בלתי חוקיים 'קיים בדרך כלל פוטנציאל ממשי לסיכון ביטחון המדינה בכלל ולסיכון הסדר והמשמעת בבתי הסוהר בפרט' [...] מקובלת עליי אפוא עמדת המדינה כי המשוכה העומדת לפני אסיר ביטחוני המבקש להשתחרר על-תנאי גבוהה משל אסיר פלילי 'רגיל' נוכח המסוכנות הנשקפת ממי שביצע עבירות על רקע אידיאולוגי" (רע"ב 4644/15 דאע' נ' שירות בתי הסוהר, פסקה 30 (15.6.2015); ראו גם בג"ץ 1920/00 גלאון נ' ועדת השחרורים, פ"ד נד(2) 313, 324-326 (2000)).

המסוכנות יוצאת הדופן של אסירים ביטחוניים אינה מוגבלת לד' אמותיו של הזאב הבודד, או העברייני החוזר הפוטנציאלי. אדרבה, היא משקפת את אופיו הייחודי של איום הטרור הכללי, כפי שהוא מתואר בדברי ההסבר להצעת חוק המאבק בטרור, התשע"ה-2015, ה"ח הממשלה 1066 –

"מטרת החוק המוצע לתת בידי רשויות המדינה כלים מתאימים בתחום המשפט הפלילי והציבורי, לשם התמודדות עם איומי הטרור שבפניהם ניצבת מדינת ישראל, וזאת על רקע ייחודה של תופעת פשיעה זו, הבא לידי ביטוי בעוצמת הפגיעה שלה מחד גיסא, ובקושי להיאבק בה בשל היקפה ומורכבותה מאידך גיסא. עוצמת הפגיעה של הטרור באה לידי ביטוי בכך שמלבד הפגיעה הישירה שהוא מסב לחיי אדם ולשלמות הגוף, יוצר הטרור אפקט פסיכולוגי של פחד ותחושת איום בקרב הציבור כולו ומערער את שגרת חייו של הציבור לאורך זמן. הקושי להיאבק בטרור נובע מכך שלמעשה מדובר באויב רב-פנים הפועל בשיטות מגוונות וכלפי יעדים שונים." (ההדגשה אינה במקור).

נוכח מאפיינים אלה, לא ייפלא כי המחוקק ביקש להתמקד בהרתעה – של הילדים, הוריהם וסביבתם – מפני עבירות טרור לאומני, תוך שהוא מניח את הטיפול בעבירות אחרות לעת מצוא (ראו חילופי הדברים בעניין בין ח"כ ניסן סלומיאנסקי לנציג משרד המשפטים שי סומך; פרוטוקול ישיבה 51 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, עמ' 41 (20.10.2015)). החלטה זו משקפת שונות רלוונטיות בין העבירות, והיא אינה מעוררת פגיעה בשוויון. אכן, מעבר לאפקט הישיר של שלילת הקצבאות – שדומה כי פגיעתו בתא המשפחתי מצומצמת, שעה שמדינת ישראל מספקת את צורכי הילד בתקופת מאסרו – יש לתיקון משמעות "הצהרתית-הרתעתית" (פסקה 8 לחוות דעת חברי, השופט ד' חינוך) לא מבוטלת. זאת, הן ביחס להורים – "בעלי" מרבית הגמלאות והתוספות ששולל התיקון, ואלה שבידיהם מסורות ההחלטות לגבי אופן השימוש בהן – הן ביחס לילדים שאותם ואת צורכיהם נועדו תשלומים אלה לספק, ואשר במקרים מסוימים, הם גם "בעליהם", ולמצער המחזיקים בזכות המהותית שמכוחה משולמת הגמלה (ראו לעיל, פסקאות 5-6).

10. לא למותר לציין כי שיקולי ההרתעה כלפי טרור לאומני נשזרו זה מכבר ברקמת החקיקה הסוציאלית, וכי התיקון דגן צועד בהקשר זה בדרך כבושה. כך, למשל, חוק הביטוח הלאומי (תיקון מס' 50), התשס"ב-2002, קבע כי אם "בוצע הפשע מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור בידי מי שמכוחו ניתנת גמלה לפי [...] לא תינתן הגמלה לפי אותם סעיפים". עיון בדברי ימי החקיקה מלמד כי ביסוד תיקון זה – שאף הוא הוחל רק ביחס לעבירות ביטחון – עמדה תכלית ההרתעה. כך, למשל, הסביר שר העבודה והרווחה כי "המטרה היא להרתיע, להעניש. זה פשוט מסר" (פרוטוקול ישיבה 316 של הכנסת ה-15, 99 (11.6.2002)), ודבריו של יו"ר ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, משקפים תפיסה דומה: "מחד גיסא אני מבין את הקושי שבקבלת חוק השולל גמלאות לפי חוק הביטוח הלאומי, ומאידך גיסא, אני סמוך ובטוח כי כולכם מצדיקים את חובתה של המדינה להגן על עצמה מפני מי שקם לפגוע בה [...] ידוע כי חלק מהמניעים לביצוע פיגועים הם גם כלכליים, ואם נמנע באמצעות חקיקה זו אפילו ממחבל אחד לבצע את זממו – דיינו" (פרוטוקול ישיבה 330 של הכנסת ה-15, 98 (15.7.2002)). חוק הביטוח הלאומי (תיקון מס' 116), התש"ע-2010, ס"ח 308, שהרחיב את היקפו של תיקון 50, מאמץ אף הוא תכלית זו (וראו, למשל, דברי ח"כ רגב, בפרוטוקול ישיבה 172 של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, הכנסת ה-18, 9 (28.12.2009)). שיקול ההרתעה עומד גם ביסוד חוק הביטוח הלאומי (תיקון מס' 139), התשע"ב-2012, שהפחית את הקצבאות המשולמות לאדם שנגזרו עליו עשר שנות ומאסר ומעלה בגין עבירות ביטחון מסוימות, שבוצעו "מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור" (להלן: תיקון 139): על פי דברי ההסבר להצעת חוק הביטוח הלאומי (תיקון מס' 138) (הפחתת גמלאות עקב פשע שבוצע

מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור), התשע"ב-2012, ה"ח הכנסת, 116, תיקון זה נועד לשם "הגנה על חיי אדם ועל ביטחון אזרחי המדינה בדרך של הרתעת מפגעים פוטנציאליים מפני מעורבות בפעולות טרור".

הנה כי כן, המחוקק גילה זה מכבר את דעתו כי מערכת הביטחון הסוציאלית אינה אי נידח, המנותק משיקולי מדיניות אחרים – וכי חשיבות המאבק בטרור מצדיקה, עקרונית, נקיטת צעדים במישור זה. תכלית ההרתעה שביסוד התיקון הנוכחי מהווה, אפוא, תכלית ראויה גם בהקשר של חוק הביטוח הלאומי, ודי בה כדי להוציא עבריינות "רגילה" מקבוצת השוויון של העבריינות הביטחונית.

11. שיקולי הסולידריות החברתית שהזכירו המשיבים אף הם יוצרים שונות רלוונטית, בין עבירות טרור לעבירות אחרות, כפי שניתן ללמוד גם מתיקון 139 שהוזכר לעיל, ודברי ההסבר לו העלו גם נימוק דומה. אכן, עבריינות באשר היא חותרת תחת ערכי היסוד של החברה, ופוגעת לא רק בקורבנותיה הישירים אלא בקהילה כולה. אולם, פעילות טרור, בוודאי כזו המתבצעת מתוך מניע לאומני, מכוונת כלפי קורי הקיום המשותף הבסיסיים ביותר, המכוננים את המדינה היהודית-דמוקרטית, כך שאין פגם ברצון להקדים ולפעול כלפיה.

לדידי, השילוב בין שיקולי ההרתעה, כלפי ההורים, הילדים וסביבתם, לשיקולי הסולידריות החברתית – היפים, בעיקרם, ביחס לילדים שעבורם משולמות בדרך כלל הגמלאות והתוספות – מעיד על שונות רלוונטית של עבריינות ביטחונית, ומסיים את בחינת טענות העותרים כבר בשלב הראשון של הביקורת השיפוטית. משמע, בהתחשב בטיב התשלומים שנשללו, ובכך שהדבר מוגבל לתקופה בה הילד ש"בעדו" הם משולמים מרצה עונש מאסר, התיקון אינו פוגע בשוויון, וממילא לא מתעוררת כלל סוגיית היקפה של הזכות החוקתית לשוויון. ודוקו, "בית המשפט צריך לבחון את חוקתיות החוק, לא את תבונתו. השאלה אינה אם החוק הוא טוב, יעיל, מוצדק. השאלה היא אם החוק הוא חוקתי" (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 438 (1995) – ובמקרה שלפנינו, התשובה לכך חיובית).

זהות הגורם המוסמך

12. חבריי הצביעו על קשיים שמעוררת סמכותם, כביכול, של פקדי המוסד לביטוח לאומי לקבוע האם התקיימו התנאים לשלילת התשלומים – וזאת, הן בשל העדר הסמכה מפורשת ומפורטת בעניין בתיקון, והן בשל הפגיעה, לכאורה, בעקרון הפרדת הרשויות (ראו, למשל, חוות דעת חברי, המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר, ופסקאות 51-44 לחוות

דעת חברתי, השופטת ד' ברק-ארז). לכך הייתי מוסיף את הזהירות המתבקשת בהסקת מסקנות מינהליות מדברים שנאמרו, אגב אורחא, בהליך הפלילי, בשל הכללים הייעודיים לאחרון.

כשלעצמי, סבורני כי עיון מדוקדק בלשון התיקון מאפשר להעניק מענה פשוט יחסית לקשיים אלה – ולקבוע כי המחוקק מעולם לא העניק לפקידי המוסד לביטוח לאומי שיקול דעת כלשהו בנוגע לקביעת המניע לביצוע העבירה, או זיקתה לפעילות טרור. אדרבה, שיקול הדעת נמסר לבית המשפט הדן בהליך הפלילי, והוא זה שבידיו לקבוע, בכפוף לרף הראיות הנדרש בפלילים, האם העבירה שבה הורשע הילד בוצעה מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור. אם יקבע כך, ורק אם יקבע כך, יממשו פקידי המוסד את סמכותם וישללו את הקצבה המשולמת עבור הילד. אולם, בהעדר קביעה שיפוטית בעניין, לא ניתן ליצור יש מאין ולהקנות לרשות המינהלית סמכות שלא נמצא לה כל עיגון בחוק.

אכן, המסע בסבך ההגדרות של חוק המאבק בטרור, שתוצאותיו מוצגות לעיל (פסקה 7), מלמד כי התיקון שולל קצבאות אך ורק כאשר הילד מרצה עונש מאסר בגין עבירות שהזיקה לפעילות טרור נמנית על יסודותיהן. בחלק מן המקרים – דוגמת העבירות המעוגנות בחוק המאבק בטרור – מדובר ביסוד מובנה של העבירה הבסיסית. באחרים, העבירה הבסיסית אינה מכילה, בהכרח, יסוד של מניע לאומני או זיקה לפעילות טרור, אך יסודות אלה – ביחד או לחוד – הם שמעניקים לה את חומרתה הייחודית, לפי חוק המאבק בטרור. שעה ששלילת התשלומים מותנית בהרשעה בעבירת ביטחון חמורה – להבדיל מן הצורה הבסיסית של העבירה – הרי שעל בית המשפט להידרש לבירור הזיקה לפעילות טרור (לפי החלופה השנייה של עבירת ביטחון חמורה), או השילוב בין זיקה זו לקיומו של מניע לאומני (בהקשר של החלופה השנייה ל"עבירת טרור חמורה"). שעה שבירור תנאים אלה נדרש במסגרת ההליך הפלילי (ואזכיר, כי סעיף 37(ד) לחוק המאבק בטרור מורה מפורשות לבית המשפט שקבע "כי אדם ביצע עבירה שהיא מעשה טרור או הרשיע אדם בעבירה כאמור", לציין זאת בפסק דינו), אין כל סיבה להניח שהמחוקק העניק לרשות המינהלית שיקול דעת בעניין. נוכח הקשיים שאפשרות כזו מעוררת, מובן כי התיקון שולל את הקצבה רק ורק כאשר בית המשפט הוא שקבע, במסגרת ההליך הפלילי, כי נמצאו מניע לאומני או זיקה לפעילות טרור – בהתאם ליסודות העבירה הקונקרטית שבה הורשע הילד.

פרשנות זו מתחייבת מלשון התיקון, שאין בה כל עיגון ל"חלופת הפקידים" – ובוודאי שאין בה "אמות מידה" להפעלת שיקול הדעת, כפי שציין חברי המשנה לנשיאה.

לעומת זאת, הפרשנות המוצעת מתיישבת היטב עם הלשון: "ילד [...] שהורשע בעבירת ביטחון כהגדרתה בסעיף 326(ג) – קרי, "עבירת ביטחון חמורה כהגדרתה בחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016 שבוצעה מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור" – "או בעבירה לפי סעיף 332א לחוק העונשין שבוצעה מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור, ונגזר עליו עונש מאסר". הקביעה לגבי המניע והזיקה מופיעה בין ההרשעה לגזר הדין, באופן המרמז כי מדובר בחלק אינטגרלי של ההליך הפלילי שבו הורשע הילד, ולא בקביעה מאוחרת של גורם לא מוגדר ברשות המינהלית הנדרשת לסוגיית הקצבאות. כמובן, תכליותיו הכלליות והקונקרטיות של דבר החקיקה תומכות אף הן בפרשנות זו, העולה בקנה אחד עם עקרון הפרדת הרשויות, ומבטיחה כי כללי הצדק הטבעי לא ייפגעו – שכן שלילת הקצבה תתבצע על יסוד קביעות שהתקבלו בהליך משפטי מלא, ולא על הליך מינהלי שכלליו ועצם קיומו אינם מוסדרים בחוק. ממילא, תוצאה זו מתבקשת גם מעקרון הפרשנות המקיימת, וחזקת ההרמוניה החקיקתית (וראו, למשל, בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 335-336 (1988)), שעה שהיא מסלקת מן הדרך את הקשיים עליהם הצביעו חבריי, שחלקם סבורים כי די בהם כדי להביא לפסילת התיקון.

13. ואל תשיבני כי מניע לאומני או זיקה לפעילות טרור אינם נמנים על יסודות עבירת יידיי האבנים – וזאת, משני טעמים. ראשית, כפי שכבר הסברתי לעיל (פסקה 8), הקביעה כי התשלומים יישללו רק אם העבירה בוצעה מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור, משמעה כי המחוקק התייחס לצורתה המוחמרת של העבירה, לפי סעיף 37 לחוק המאבק בטרור, שבו מובנית התייחסות לשני יסודות אלה. שנית, אף לפני חקיקת חוק המאבק בטרור, עמדה לפני המחוקק ההוראה הכללית בסעיף 40ט(א)(5) לחוק העונשין, לפיה בקביעת מתחם העונש ההולם למעשה העבירה, על בית המשפט לתת את דעתו גם על "הסיבות שהביאו את הנאשם לבצע את העבירה". סיבות הקשורות בלאומנות וטרור מהוות שיקול רלוונטי בהקשר זה (ראו, למשל, ע"פ 3511/17 מדינת ישראל נ' אבו ריא (17.9.2017)); וראו גם פסקי הדין שהזכיר חברי, השופט י' עמית, בפסקאות 9-10 לחוות דעתו), ומכאן שבית המשפט עשוי להידרש לדברים גם בהקשר של עבירת יידיי האבנים. הנה כי כן, אפשר, ונראה גם נכון, לפרש את התיקון באופן המותיר את הקביעות המהותיות בידי בית המשפט, ושולל את הקצבאות רק כאשר הלה קבע – אם במסגרת הדיון ביסודות העבירה, ואם במישור הענישה – כי הילד פעל מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור. כלומר, בהעדר קביעה שיפוטית כזו, יעמדו תשלומי הגמלאות והתוספות בעד הילד על כנם.

לא למותר לציין כי פרשנות זו עולה בקנה אחד עם העמדה המעשית שהציגו משיבי הממשלה בהודעות העדכון מטעמם, כמפורט בפסקה 11 לחוות דעת חברתי הנשיאה. ההבדל הוא, כי לטעמי עמדה זו משקפת את המצב הנורמטיבי שיוצר החוק הקיים, כך שאין צורך בתיקון חקיקתי כלשהו כדי להבהיר זאת. אדרבה, אם מבקש המחקק להעניק לרשות המינהלית סמכות לנהל הליך מעין שיפוטי בסוגיות המניע והזיקה, עליו לתקן בהתאם את החוק הקיים – ומוכן שאיני מביע עמדה לגבי תוכנו של תיקון כזה.

14. לו תישמע דעתי, נדחה, אפוא, את העתירה – בכפוף להבהרה האמורה לגבי הצורך בהכרעה שיפוטית, ושיפוטית בלבד, בשאלות המניע והזיקה.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט בדעת רוב (הנשיאה א' חיות, המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר, השופט ע' פוגלמן, השופטת ד' ברק-ארז והשופטת ע' ברון) להפוך את הצו על-תנאי למוחלט ולקבל את העתירה בכפוף לאמור בסעיף 12 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות. זאת, כנגד דעתם החולקת של השופט נ' הנדל, השופט י' עמית, השופט נ' סולברג והשופט ד' מין, שלדעתם דינה של העתירה – להידחות.

ניתן היום, כ"ח בתמוז התשפ"א (8.7.2021).

ה נ ש י א ה המשנה לנשיאה (בדימ') ש ו פ ט

ש ו פ ט ש ו פ ט ש ו פ ט

ש ו פ ט ש ו פ ט ש ו פ ט

שצ 16033900_O42.docx

מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, <http://supreme.court.gov.il>