

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"צ 366/03
בג"צ 888/03
קבוע ליום 16.3.04

1. עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי
2. פרופ' אריה ארנון
3. ד"ר צבי שולדינר
4. ציון חיון
5. ד"ר ארי בן שחר
6. רוזי עופר
7. ד"ר רפי גרינברג
8. פנינה רפאל
9. ד"ר רוני קאופמן

ע"י ב"כ עוה"ד אבישי בניש ו/או אביגדור פלדמן
רח' שמאי 8, קומה 4 דירה 20, ת"ד 2713,
ירושלים 91026
טל': 02-6222148 פקס: 02-6222148

העותרים בבג"צ 366/03

1. בלהה רובינובה
2. יוסף פדלון
3. האגודה לזכויות האזרח בישראל
4. התנועה למלחמה בעוני

ע"י ב"כ עוה"ד שרון אברהם-ויס ו/או דן יקיר ו/או
דנה אלכסנדר ו/או הדס תגרי ו/או אבנר פינצ'וק
ו/או מיכל פינצ'וק ו/או עאוני בנא ו/או לילה מרגלית
ו/או פאטמה אלעג'ו ו/או באנה שגרי-בדארנה ו/או
נעה שטיין ו/או סוניה בולוס ו/או עודד פלר

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
רח' נחלת בנימין 75, ת"א 65154
טל': 03-5608185 פקס: 03-5608165

העותרים בבג"צ 888/03

נ ג ד

המשיבה בבג"צ 366/03
המשיב בבג"צ 888/03
המשיב בבג"צ 366/03 ובבג"צ 888/03

1. ממשלת ישראל
2. שר האוצר
3. המוסד לביטוח לאומי

כולם על ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, ירושלים

עיקרי טיעון מטעם העותרים בשתי העתירות

תוכן העניינים:

- א. מבוא..... 2
- ב. קיום אנושי בכבוד הינו חלק מכבוד האדם..... 3
- ג. תנאי להבטחת הזכות החוקתית - קביעת סטנדרט לקיום אנושי בכבוד..... 3
1. החובה לקבוע סטנדרט..... 4
2. היעדרו של סטנדרט מאפשר הליך חקיקה רשלני..... 6
- א. היעדר תשתית עובדתית..... 6
- ב. השוואת הליך חקיקתו של חוק הבטחת הכנסה להליך חקיקת התיקון..... 8
3. ביקורת שיפוטית..... 9
4. העדר סטנדרט - יצירת נזק ראייתי חוקתי והעברת נטל ההוכחה למשיבים..... 14

א. מבוא

0. העתירות עוסקות בפגיעה הקשה, שנגרמת לאוכלוסיית מקבלי הבטחת הכנסה בישראל, שהיא האוכלוסייה החלשה ביותר מבחינה כלכלית בישראל, כתוצאה מסעיפים 17(3)(א), סעיף 17(11), התוספת השניה (טור ב') והתוספת הרביעית בסעיף 17(13) לחוק **ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2003)**, **התשס"ג – 2003** (להלן: "התיקון לחוק"), הקובעים הפחתה של 4% עד 23% בגמלאות הבטחת הכנסה.

0. בעתירות נטען, כי התיקון הינו בלתי חוקתי, שכן הוא פוגע בזכות לקיום אנושי בכבוד, הכלולה בזכות לכבוד, המעוגנת בסעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובזכות לקניין, המעוגנת בסעיף 3 לחוק היסוד, ואינו עומד בדרישות פיסקת ההגבלה בשל היותו שרירותי וגורף. בנוסף, בהליך חקיקתו של התיקון במסגרת סד חוק ההסדרים נפלו פגמים, היורדים לשורשו של ההליך הדמוקרטי, מאחר שהמכשיר החקיקתי של חוק ההסדרים חסר את החסמים המוטלים על הרשות המחוקקת הראויים לפגיעה בזכויות יסוד.

0. ביום 5.1.04 הוציא בית משפט נכבד זה צו על תנאי, המורה למשיבים ליתן טעם מדוע לא יקבעו סטנדרט לקיום אנושי בכבוד כמתחייב מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כפי שנאמר על ידי בית המשפט הרי שהוצאת צו על תנאי זה אינה סוף פסוק לגבי העתירות עצמן והיא בבחינת שלב ביניים לדיון בעתירות.

0. הסטנדרט לקיום האנושי בכבוד, אינו מטרה בפני עצמה אלא כלי חקיקתי ומינהלי חיוני הצריך ללוות כל קבלת החלטות הנוגעות בתמיכות שנועדו להבטיח את הגרעין הקשה של הקיום האנושי בכבוד. על כן, עיקרי הטענות על אף שהם מעמידים במרכז מבטם את נוסח הצו על תנאי, הרי שאין הם מאבדים קשר עין רציף אל ליבן של העתירות - הקיצוצים בגמלאות הבטחת הכנסה, אשר אין חולק כי הן בתחום הגרעין הקשה של הבטחת קיום אנושי בכבוד. אשר על כן, העותרים עומדים על כל שאר טענותיהם ועל הסעדים המבוקשים בעתירות.

ב. קיום אנושי בכבוד הינו חלק מכבוד האדם

0. הזכות לתנאי קיום אנושיים הוכרה כחלק מהזכות לכבוד, המעוגנת בחוק היסוד:

"כבודו של האדם כולל בחובו הגנה על מינימום הקיום האנושי. אדם המתגורר בחוצות ואין לו דיור, הוא אדם שכבודו נפגע. אדם הרעב ללחם הוא אדם שכבודו נפגע. אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטרי הוא אדם שכבודו כאדם נפגע, אדם הנאלץ לחיות בתנאים חומריים משפילים הוא אדם שכבודו כאדם נפגע".

רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה (3) 360, 375.

ר' גם:

בג"צ 161/94 אטרי נ' מ"י תק-על (1)94, 1283.

אהרן ברק פרשנות במשפט, פרשנות חוקתית (תשנ"ד) 422.

אהרן ברק, "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא (תשנ"ד) 271, 280.

0. יודגש כי המשיבים מסכימים כי הזכות החוקתית לכבוד כוללת את הזכות לקיום אנושי בכבוד. כבר בתשובתם המקדמית מיום 15.5.03, צויין כי: "הקיום האנושי המינימלי הוא חלק מכבוד האדם. כדברי הנביא ישעיהו "הלוא פרס לרעב לחמך ועניים מרודים תביא בית כי תראה ערם וכסיתו ומבשרך לא תתעלם" (נ"ח, ז')". (ר' פסקה 16 לתגובה המקדמית מטעם המשיבים מיום 21.5.03 (להלן: "התגובה המקדמית"), וכן פסקה 8 לתצהיר התשובה מיום 16.2.04 (להלן: "תצהיר התשובה").

0. מאחר שיש הסכמה על קיומה של הזכות על מה אם כן, נסובה המחלוקת? המחלוקת היא לגבי השאלה האם ההכרה בזכות מקימה חובה על המדינה, לכל הפחות, לקבוע סטנדרט, המגדיר מהו קיום אנושי בכבוד.

0. המשיבים, מסתפקים בהצהרה כללית כי הזכות קיימת ומסתפקים באמירות כלליות כי הקיצוץ נשוא העתירה המרכזית אינו פוגע בסטנדרט כזה. בהיעדר גיבוש סטנדרט הקיום האנושי בכבוד, הרי שהקיצוץ הוא שרירותי, וגרוע מזה – הוא אינו שקוף לביקורת משפטית וציבורית ועל האזרחים ועל בית המשפט העליון להסתפק באמירה הסתמית של המדינה כי הקיצוץ לא ייגרע מן העני, האביון הרש והדל, את כבודו האנושי.

ג. תנאי להבטחת הזכות החוקתית - קביעת סטנדרט לקיום אנושי בכבוד

1. החובה לקבוע סטנדרט

0. הזכות לקיום אנושי בכבוד טומנת בחובה גם מרכיב, המטיל חובה פוזיטיבית על המדינה. שלב ראשון והכרחי במימוש הזכות – אם מבקשים באמת ובתמים להגשימה - הוא שהמדינה תקבע לעצמה מהו לשיטתה הסטנדרט, המחייב אותה במימוש הזכות. סטנדרט ממשי צריך שיציב אמות מידה וקריטריונים למדיניותה של הממשלה להגשמת הזכות ויאפשר בחינה אפקטיבית כי הזכות אינה מופרת.

0. החובה לקבוע סטנדרט מתבקשת מהאופי החוקתי של העניין נשוא עתירה זו. משמעותה של זכות חוקתית היא בכך, שהיא מציבה גבולות לכוחו של השלטון ויוצרת מתחם מוגן, שאינו כפוף למנגנון קבלת ההחלטות הרגיל. לצד הזכות החוקתית עומדת חובת רשויות השלטון לכבד את הזכות ולקיים את התחום המוגן.

0. סעיף 2 לאמנה הבינ"ל לזכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות, אשר נחתמה ואושרה ע"י ישראל, קובע, כי חובת המדינה היא לנקוט צעדים לקראת מימוש הזכות:

"Each State Party to the present Covenant undertakes to take steps... to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures."

0. הבנה זו עולה ביתר שאת גם מעקרונות מאסטריוכט (להלן: "העקרונות"), אשר נקבעו בשנת 1997 ואומצו על ידי ועדת האו"ם לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בשנת 2000. סעיף 15 לעקרונות קובע:

Violations through acts of omission

15. Violations of economic, social, cultural rights can also occur through the omission or failure of States to take necessary measures stemming from legal obligations. Examples of such violations include:...

(f) The failure to monitor the realization of economic, social and cultural rights, including the development and application of criteria and indicators for assessing compliance;

The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, EC 13/2000/12

http://www1.umn.edu/humanrts/instreet/Maastrichtguidelines_.html

0. מנקודת מוצא זו הוציא בית משפט נכבד זה צו על תנאי המורה למשיבים ליתן טעם מדוע לא יקבעו סטנדרט לקיום אנושי בכבוד כמתחייב מחוק יסוד : כבוד האדם וחירותו.

0. בתצהיר התשובה בוחר המשיב, ראש אגף התקציבים באוצר, מר אורי יוגב, לנקוט בלשון כללית ומתחמקת העוסקת בסוגיות באופן "עקרוני", ממעוף הציפור, מבלי לתת לבית המשפט הנכבד תשובה לגבי השאלה מהו הסטנדרט לפיו פועלת המדינה או מדוע היא אינה קובעת סטנדרט כזה. במקום סטנדרט ממשי מציעים המשיבים בתצהיר התשובה סטנדרט "עקרוני-כללי" - קיומה של "רשת מגן אחרונה, שתכליתה למנוע מאדם לחיות בתנאים של מחסור קיומי" (סעיף 6 לתצהיר התשובה).

0. לפי הסטנדרט המוצע על ידי המשיבים לעולם לא ניתן יהיה לטעון, כי המדינה פגעה בזכות החוקתית לקיום אנושי בכבוד מאחר שישנה "רשת בטחון" - תהא זו אשר תהא - שתכליתה (ולא תוצאתה) מניעת חיים בתנאים של מחסור קיומי - יהיו אלה אשר יהיו. הגדרת הסטנדרט באופן זה היא נטולת כל משמעות מעשית להגשמת הזכות ולבחינת הפרתה.

0. ברור, כי **בהיעדר אמות מידה ומבחנים אופרטיביים אמיתיים אין גם מתחם חוקתי מוגן והזכות לקיום אנושי בכבוד מאבדת כל משמעות חוקתית והופכת לזכות ערטילאית חסרת ממש**. זאת ועוד, קביעתו של סטנדרט לקיום בכבוד מקדמת שקיפות ציבורית ומחייבת את השלטון להציג בפני הציבור באופן אמיתי ומפורט את העקרונות המנחים אותו בקביעת מדיניותו, קל וחומר כאשר מדובר בתחומים, אשר יש להם השפעה על הקיום של הקבוצות המוחלשות ביותר מבחינה כלכלית בישראל. בסירובם להציג סטנדרט מבקשים המשיבים לדבוק בשיטת "הסמוד" - משל היו אומרים - "יש סטנדרט אולם לא נגלה לכם מהו- סימכו עלינו הסטנדרט שקבענו הוא בסדר". שיטה זו, מנוגדת לכל הליך תקין במדינה דמוקרטית.

ראו גם מיכאל אטלן "מודל לדוגמה של הזכות לתנאי קיום נאותים" מתוך זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות בישראל, (י' שני, י' רבין עורכים), עומד להתפרסם במהלך 2004, עמ' 5 - 10. העתק הפרק צורף לעתירה בבג"צ 888/03 וסומן ע/14.

0. ויודגש **אין העותרים דורשים מהמשיבים לאמץ שיטה זו או אחרת לקביעת סטנדרט**. העותרים הביאו בתגובתם מיום 17.7.03, (להלן: "תגובה משלימה מטעם העותרים") חמש חוות דעת המתייחסות לקביעת סטנדרט. מטרת חוות הדעת היתה לפרוש בפני בית המשפט הנכבד את קשת האפשרויות לקביעת סטנדרט לקיום אנושי בכבוד, ולהראות כי קיימים כלים לכימות שכזה, וכי כלים אלה נהוגים בעולם. לאחרונה פורסמה אף טיוטת מחקר של **הביטוח הלאומי**, המשיב 3, המציגה שיטה לקביעת סטנדרט לקיום אנושי בכבוד, המתבססת על מחקר אמריקאי, שעבר התאמה למשק הישראלי.

ר' מירי סבג אנדלברג, לאה אחדות, פיתוח מדד עוני נסיוני מצד ההוצאות בישראל, בט"ל, ינואר 2004.

<http://www.btl.gov.il/idchunim/onihoz.pdf>

18. אין מחלוקת, כי למדינה יש שיקול דעת בבחירת השיטה שעל פיה יקבע הסטנדרט. ישנן דרכים רבות ומגוונות, בהן המדינה יכולה לספק רשת מגן לאלה הנזקקים לה. המדינה יכולה לבחור בין מתחם של שיטות מקובלות לגיבושן של דרכים אלה, אופן חישובן וטיבן. **המחלוקת היא לעניין התעקשותם של המשיבים שלא לבחור באף דרך מוצעת ושלא לקבוע סטנדרט בעצמם.** המדינה מחויבת בעצם קביעתו של סטנדרט סביר כלשהו להבטחת הקיום האנושי בכבוד. מדיניות, הננקטת מבלי שקיים סטנדרט מחייב כלשהו, הינה בלתי סבירה.
19. קיומו של סטנדרט אין משמעותו, כי המדינה אינה יכולה להפחית את קצבאות הבטחת הכנסה או לערוך שינויים אחרים בתחום המדיניות הכלכלית חברתית. אולם הסטנדרט מחייב, כי הפחתה כזו לא תעשה בשרירותיות וכי השינויים יעשו תוך התייחסות קפדנית לסטנדרט ולעקרונותיו.
20. בחינת קיומו של הסטנדרט יכולה כמובן לקחת בחשבון את מכלול האמצעים, המבטיחים את הקיום האנושי בכבוד. המרכיב המרכזי להבטחת הקיום הוא הגמלה להבטחת הכנסה, שהיא המערכת השיטתית והרצינית ביותר ומהווה את הגרעין הקשה של השמירה על הקיום האנושי בכבוד. אולם, ניתן לקחת בחשבון גם אמצעים אחרים, בהם נוקטת המדינה, כל עוד אין אלו אמצעים ספורדיים וחלקיים, אשר אינם **מובטחים** לכל מי שעשוי להיות זקוק להם. יתר על כן, המדינה אינה יכולה להסתמך על בתי תמחוי ומפעלות קמחא דפסחא כפוטרים אותה מאחריותה לקיום בכבוד של תושביה (סעיף 52 לתגובה המקדמית מטעם המשיבים). **הסתמכות המדינה על הטבות נוספות, שהן ספורדיות, חלקיות ומצטמקות באופן מתמיד, וכן התנערותה מאחריות תוך הפניית הנזקקים לסעד פרטי של בתי תמחוי הם בבחינת לעג לרש, תרתי משמע.**

2. היעדרו של סטנדרט מאפשר הליך חקיקה רשלני

א. היעדר תשתית עובדתית

21. קיומה של תשתית עובדתית הוא חיוני לשמירה אמיתית על זכויות יסוד ולגיבוש עמדת המחוקק באופן התואם את הזכות החוקתית.
22. הצגת הסטנדרט טרם החקיקה היתה מאפשרת למחוקק לקבל את החלטותיו תוך הבנת המשמעויות וההשלכות של החקיקה על הזכות החוקתית ומתוך הסתמכות על נתונים. יתר על כן, הצגת הסטנדרט בפני המחוקק מחייבת אותו לקחת אחריות על משמעויות חקיקתו

ואינה מאפשרת לו להתחמק מאחריות לפגיעה בזכות החוקתית בטענה שלא הבין את השלכות הצבעתו.

0. הליך החקיקה במקרה דנן מדגים, שהיעדרו של סטנדרט פגם בפועל בחקיקת התיקון הנדון. בדיון, שהתקיים בפני בית המשפט הנכבד ביום 21.5.03, הודתה ב"כ המשיבים, כי בפני המחוקק לא עמדו נתונים על ההשלכות של התיקון על יכולתם של מעוטי אמצעים להתקיים בכבוד לאחר הקיצוץ.

0. הנה כי כן, **שאלת המפתח שהיתה חייבת לעמוד בלב הדיון- האם גובה הבטחת ההכנסה שלאחר הקיצוץ מאפשר קיום אנושי בכבוד - לא נשאלה ולא נדונה באופן אמיתי**. קיומו של סטנדרט – שכאמור קיימת חובה לקובעו לשם יציקת תוכן ממשי להכרה בזכות - היה מונע מצב זה.

0. זהו מצב אבסורדי, שכן אין מתירים הפעלת מכונה רועשת, ארובה מזהמת, מאפיה, בית מזון מבלי שעשייתם תלווה בקריטריונים, סטנדרטים, אמות מידה ומבדקים מדעיים והנה הרשות ניתנה לקבל החלטות דרסטיות והרות גורל הנוגעות לגרעין הקשה של הקיום של רבבות משפחות ללא קנה מידה, ללא סטנדרט וללא בחינה אמפירית.

0. היעדרה של תשתית עובדתית חמור שבעתיים כאשר בקבלת החלטות הנוגעות לזכויות יסוד עסקינן. קיומה של תשתית עובדתית היא חיונית לשמירה אמיתית על זכויות יסוד ולגיבוש עמדת המחוקק באופן התואם את הזכות החוקתית. כדבריו של השופט דב לוין בפרשת בנק המזרחי:

"המגמה שצריכה להנחות אותנו בשאיפה לקיים את זכויות היסוד המוגנות שבחוקה המתגבשת, היא להקפיד על כך שבבוא המחוקק לחוקק חוק רגיל, יראה לנגד עיניו תמיד את זכויות היסוד המוגנות; ימנע ככל האפשר וככל המתחייב מלפגוע בהן, ואם נדרש הדבר לעשות את המאמץ הראוי שהפגיעה תעמוד בתנאי סעיף ההגבלה, בין היתר בכך שלא תעלה במידתה על הנדרש. חקיקה כזו מחייבת בטבע הדברים בחינה קפדנית של החלופות השונות האפשריות להשגת התכלית שצריכה להיות ראויה. לכן, עד שהמחוקק אומר את דברו, צריכה להיות מונחת בפניו תשתית עובדתית פרי מחקר ועיון של מומחים לדבר על בסיס כזה יוכל לגבש לעצמו עמדה התואמת את ההוראה החוקתית ולנסח את החוק בהתאם."

ע"א 6281/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 461 (ההדגשה הוספה).

0. בית המשפט בארה"ב, בהתיחסו לפגיעה בזכויות המעוגנות בתיקון הראשון לחוקה, קובע מפורשות כי **המדינה חייבת לתמוך את צעדיה בתשתית עובדתית**:

“When trenching on first amendment interests, even incidentally, the government must be able to adduce either empirical support or at least sound reasoning on behalf of its measures. As in Quincy Cable TV, we reluctantly conclude that the FCC has not done so in this case, but instead has failed to ‘put itself in a position to know’ whether the problem that its regulations seek to solve ‘is a real or fanciful threat’... Accordingly, we have no choice but to strike [it] down.”

Century Communications Corp v. FCC, 835 F.2d. DC 292 (1987) (ההדגשה הוספה)

על הצורך בתשתית עובדתית בחקיקה ראו גם :

Harold J. Krent, Turning Congress into an Agency: The Propriety of Requiring Legislative Findings, Case Western Reserve L Rev, 46 Case W. Res. 731 (1996)

ב. השוואת הליך חקיקתו של חוק הבטחת הכנסה להליך חקיקת התיקון

28. הליך עיצובו וחקיקתו של חוק הבטחת הכנסה, התשמ"א-1980 (להלן: "חוק הבטחת הכנסה") ארך 4 שנים וכלל דיונים ארוכים ובדיקת השלכותיו לעומק. על הליך חקיקתו של חוק הבטחת הכנסה פורט בהרחבה בעתירות (ראו סעיפים 25-28 לעתירה בבג"צ 888/03).

29. חקיקת חוק הבטחת הכנסה הסתמכה על עבודתן של שתי ועדות ציבוריות, אשר דנו בסוגיית הצרכים הבסיסיים הדרושים למחיה. **על יסוד בדיקה מעמיקה ורב תחומית נקבע סף מינימום מפורש להכנסה הדרושה לקיום אנושי בכבוד**. הועדות הציבוריות ישבו על המדוכה זמן רב, ובסופו של תהליך מקיף וממושך נקבע, כי רמת ההכנסה המינימלית למשפחה בת שני ילדים עומדת על 40% מהשכר הממוצע במשק. הסף שנקבע על ידי הועדות שימש בפועל לעיצוב חוק הבטחת הכנסה ועל פיו נקבע שיעורה של הגמלה בחוק הבטחת הכנסה. ראו בהרחבה בתגובתם המשלימה של העותרים, כמפורט בסקירתו, של פרופ' אברהם דורון, חתן פרס ישראל לשנת תשס"ד, שצורפה וסומנה ע/18.

30. לעומת זאת, חקיקת התיקון דן נעשתה באופן חפוז ביותר במסגרת חקיקת חוק ההסדרים לשנת 2003. חקיקת התיקון כולו, המכיל למעלה ממאה סעיפי משנה, ארכה 3 ישיבות בלבד בועדת הכספים של הכנסת. במהלכן, כפי שעולה מהפרוטוקולים של הישיבות, נדונו גם

סעיפים נוספים בחוק ההסדרים וגם סעיפי חוק אחרים. הדיונים עצמם התקיימו במהלך הבחירות המוקדמות במפלגות השונות, ולפיכך חברי ועדה רבים כלל לא נכחו במהלך הדיונים. (ראו סעיפים 47 – 57 לעתירה בבג"צ 336/03; סעיף 35 לעתירה בבג"צ 888/03).

0. כמו כן ראוי להדגיש כי התיקון נעשה במסגרתו של חוק ההסדרים שישנם ספקות חוקתיים אשר למעמדו. חוק ההסדרים איננו ככל החוקים אלא הולך הוא כחבל אחרי הדלי אחרי חוק התקציב. בניגוד לחוק רגיל שבו רשאית הכנסת לחוקקו במועד הנוח לה ולהשקיע בו שעות דיון ועיון רבים וממושכים הרי שמעל ראשו של חוק התקציב עומד שעון חול מאיים, שאם לא יחוקק החוק עד ליום האחרון של החודש השלישי שלאחר תחילת שנת הכספים רואים את הכנסת כאילו החליטה על התפזרותה (ראו סעיף 20 לחוק יסוד: הממשלה). ובפועל חוק התקציב נסמך על חוק ההסדרים וחישובי התקציב מבוצעים בהנחה שחוק ההסדרים מתקבל ואי חקיקת חוק ההסדרים עלולה להביא לאי קבלת חוק התקציב ומי הוא חבר הכנסת שיתייחס בשוויון נפש לאפשרות כי כיסאו יימשך מתחתיו.

0. החיפזון בחקיקת התיקון מנע הצגת חלופות למחוקק, שלא יכול היה לגבש חקיקה באופן המודע להשלכותיה על זכות היסוד לקיום אנושי בכבוד. במהלך הליך החקיקה לא הוצג כל סטנדרט, רף או כל נתון אלטרנטיבי בדבר הגדרת הזכות לקיום אנושי בכבוד. הרף שנקבע על ידי הועדות לא הוצג כלל למחוקק ונזנח, ובמקומו לא הוצג מסד נתונים כלשהו. **הליך החקיקה הרשלני אפשר את פרימת רשת הביטחון הכלכלית באופן חפוז ופגום כל כך שהסף שנקבע על ידי הועדות כלל לא הוצג למחוקק והמחוקק ירד מתחת לסף שנקבע מבלי שהיה מודע לירידה זו, ולהשלכות על פגיעה בזכויות היסוד.**

0. היעדרו של סטנדרט הוא משמעותי גם לשורה של שינויים מערכתיים - בנוסף על ההפחתה החדה בגמלאות הבטחת ההכנסה - המשנים עד היסוד את מערכת ההגנה על הקיום האנושי של משפחות מעוטות הכנסות בישראל. כל זאת ללא כל סטנדרט או קנה מידה (ראו סעיפים 28 - 31 לתגובתם המשלימה של העותרים).

3. ביקורת שיפוטית

0. המשיבים טוענים כי העברת התיקון דגן תחת שבט הביקורת השיפוטית תהיה בבחינת הפרה של עיקרון הפרדת הרשויות והתערבות לא ראויה בעניין של מדיניות, שיש לה גם השלכות תקציביות. יש לדחות טענה זו.

0. ביקורת שיפוטית היא חיונית בכל הנוגע לשמירה על זכויות יסוד והיא נתונה לסמכותו של בית המשפט. הזכות לכבוד נחקקה כזכות חוקתית על-ידי הרשות המכוננת. גם המשיבים מסכימים, כי הזכות לכבוד כוללת את הזכות לקיום אנושי בכבוד, הנהנית אף היא ממעמד חוקתי. תפקידו של בית המשפט הוא לפקח, כי זכות זו תקוים הלכה למעשה וכי הרשויות האחרות לא יפגעו בזכות יסוד זו. כדברי הנשיא ברק:

"... ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק היא חלק אינטגרלי של מהות הדמוקרטיה, שכן דמוקרטיה אינה רק שלטון הרוב. דמוקרטיה היא גם שלטונם של ערכי היסוד וזכויות האדם כפי שנתגבשו בחוקה... דמוקרטיה היא גם דמוקרטיה 'מהותית'... כאשר הרוב שולל זכויות אדם מהמיעוט, הוא פוגע בדמוקרטיה... על כן, ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק מתגברת על מה שמכונה ה-counter majoritarian dilemma... טול מהדמוקרטיה החוקתית את שלטונם של ערכי היסוד, ופגעת בעצם קיומה. הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק מאפשרת לחברה להיות כנה עם עצמה ולכבד את תפיסותיה הבסיסיות".

בנק המזרחי, לעיל, 423-424.

0. הביקורת השיפוטית לא רק שאינה פוגעת בעקרונות הפרדת הרשויות אלא דווקא מקיימת אותם במובן המקובל והעמוק יותר של איזונים ובלמים. תפקידו זה של בית המשפט שריר וקיים גם בהקשר של זכויות חוקתיות חברתיות-כלכליות, לא כל שכן כשמדובר בזכות הכה גרעינית של קיום בכבוד.

0. תפקידו זה של בית המשפט הודגש גם על ידי בתי משפט בעולם. כך, למשל, בפרשת Campaign for Fiscal Equity (להלן: "פרשת Fiscal") נדרש בית המשפט העליון של מדינת ניו-יורק לשאלה, האם עמדה המדינה בסטנדרט, שנקבע לחובתה החוקתית לספק חינוך נאות? בית המשפט דשם קבע כי יש לספק חינוך ראוי, "sound basic education", אשר יתברר בין היתר בהתאם למטרות חברתיות דוגמת היכולת לעבוד, להצביע ולהיות חבר בחבר מושבעים. אשר למקומו של בית המשפט, גם בהקשר של הזכות החוקתית החברתית לחינוך, קבעה הנשיאה הנכבדת Kaye בדעת הרוב:

"... it is the province of the Judicial branch to define, and safeguard, rights provided by the New York State Constitution, and order redress for violation of them".

Campaign for Fiscal Equity v. The State of New York, Respondents. No.74 Court of Appeals of New York (2003),p. 42.

0. תפקיד זה הודגש גם על-ידי ועדת האו"ם לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות:

"... It is sometimes suggested that matters involving the allocation of

resources should be left to the political authorities rather than the courts. While the respective competences of the various branches of government must be respected, it is appropriate to acknowledge that courts are generally already involved in a considerable range of matters which have important resource implications. The adoption of a rigid classification of economic, social and cultural rights which puts them, by definition, beyond the reach of the courts would thus be arbitrary and incompatible with the principle that the two sets of human rights are indivisible and interdependent. It would also drastically curtail the capacity of the courts to protect the rights of the most vulnerable and disadvantaged groups in society."

General Comment 9 The Domestic Application of the Covenant (E/C.12/1998/24; 3/12/98), Paragraph 10 (ההדגשה הוספה)

0. לאור זאת, הענקת חסינות מפני ביקורת שיפוטית לרשויות השלטון, כאשר הן מקבלות החלטות הנוגעות לזכויות אדם בסיסיות, שקיבלו הכרה חוקתית תהיה בגדר הפרת תפקידו של בית המשפט.

0. הפעלת ביקורת שיפוטית מוצדקת במיוחד כאשר ישנו חשש לפגיעה במיעוט ובחלש. מאחר שיצירתו של סטנדרט לקיום בכבוד היא כלי חיוני בראש ובראשונה להגנה על השכבות המוחלשות ביותר בחברה הישראלית - שהשפעתן הפוליטית והשפעתן בקרב מקבלי ההחלטות היא אפסית - הרי שישנה הצדקה חזקה לכך שבית המשפט, כמוסד אנטי-רובני, יורה לשלטון ליצור כלי זה.

0. במובן המצומצם ביותר, תפקידו של בית המשפט לדאוג לכך שבעת קבלת החלטות הנוגעות לזכויות יסוד תהיה הקפדה יתירה על הליך פרוצדורלי תקין וכי ימולאו כל החובות ההליכיים המחייבים את בעלי השררה בכל פעולה ועל אחת כמה וכמה בפעולה הנוגעת בזכויות יסוד של הפרט. בכלל זה, החובה לקבל החלטות על בסיס תשתית עובדתית מוצקה ובהליך סביר.

0. מעבר לכך, תפקידו של בית המשפט להבטיח, כי המדינה תנקוט אמצעים להגשמת זכויות היסוד. כפי שקבע בית המשפט החוקתי בדרום אפריקה, בפרשת TAC:

The Constitution contemplates rather a restrained and focused role for the courts, namely, to require the state to take measures to meet its constitutional obligations and to subject the reasonableness of these measures to evaluation. Such determinations of reasonableness may in fact have budgetary implications, but are not in themselves directed at rearranging budgets. In this way the judicial, legislative and executive functions achieve appropriate constitutional balance.

Minister of Health v. TAC Treatment Action Campaign CCT 8/02, 5 July 2002, p.26.

(להלן: "פרשת TAC")

0. ואכן, בפרשת Grootboom קבע בית המשפט החוקתי בדרום אפריקה, כי הממשלה לא עמדה במחויבותה לספק באופן ממשי את צורכיהם של הנוזקים לדיור בהתאם לסעיף 26(2) לחוקת דרום-אפריקה והוציא צו אשר חייב את הממשלה ליזום, לממן, ליישם, לפקח ולנהל באופן אקטיבי תכנית דיור.

Neither section 26 nor section 28 entitles the respondents to claim shelter [95] or housing immediately upon demand. The High Court order ought therefore not to have been made. However, section 26 does oblige the state to devise and implement a coherent, co-ordinated programme designed to meet its section 26 obligations. The programme that has been adopted and was in force in the Cape Metro at the time that this application was brought, fell short of the obligations imposed upon the state by section 26(2) in that it failed to provide for any form of relief to those desperately in need of access to housing.

[96] In the light of the conclusions I have reached, it is necessary and appropriate to make a declaratory order. The order requires the state to act to meet the obligation imposed upon it by section 26(2) of the Constitution. This includes the obligation to devise, fund, implement and supervise measures to provide relief to those in desperate need.

Government of the Republic of South Africa v. Grootboom 2001 (1) SA 46 (CC) 2000 (11) BCLR 1169 (CC), Paragraph 95-96. (ההדגשה הוספה)

0. כך גם בית המשפט הגבוה ביותר של מדינת ניו-יורק, בפרשת Fiscal לאחר שהגיע למסקנה כי המדינה אינה מקיימת את הזכות החוקתית לחינוך ראוי ("sound basic education") הורה בצו למדינה כי היא חייבת:

"... ascertainment the actual cost of providing a sound basic education in New York City. Reform to the current system of financing school funding and managing schools should address the shortcomings of the current system by ensuring, as a part of that process, that every school in New York City would have the resources necessary for providing the opportunity for a sound basic education"

Campaign for Fiscal Equity vs. State of New York, supra, p. 51

0. לפיכך, חיוב המדינה לקבוע סטנדרט מתבקש כאשר זכות טומנת בחובה מרכיב פוזיטיבי. אפילו בארצות הברית, שבה מסורת שמרנית ביותר בהקשר של זכויות חברתיות-כלכליות, בית המשפט מצא לנכון להורות למדינה לקבוע מהו התקציב הדרוש להבטחת חינוך נאות.

0. תפקידו של בית המשפט הוא להבטיח קיומו של הליך דמוקרטי וכי החלטות בכלל, ועל אחת כמה וכמה החלטות הנוגעות לזכויות אדם, יתקבלו מתוך אחריות ציבורית ובשקיפות. כדברי בית המשפט בפרשת TAC:

"The courts will guarantee that the democratic processes are protected so as to ensure accountability, responsiveness and openness, as the Constitution requires in section".

TAC, supra, p.25.

0. יצירת סטנדרט לקיומה של הזכות לקיום אנושי בכבוד מגדילה את השקיפות הציבורית של השלכות ומשמעויות של המדיניות שנוקטת המדינה מאפשרת לציבור להבין את המדיניות ומחייבת את המחוקק ואת הממשלה לקחת אחריות על מדיניות זו.

0. לא למותר לציין כי בית המשפט הנכבד כבר קבע, כי שיקולים תקציביים אינם מוחלטים, אלא עשויים להידחות כאשר מדובר בפגיעה בזכויות אדם. לא כל שכן כשמדובר בזכות גרעינית כל כך כגון הזכות לקיום אנושי בכבוד. כך למשל, פסק בית משפט נכבד זה:

"הגנה על זכויות אדם עולה כסף, וחברה המכבדת זכויות אדם צריכה להיות נכונה לשאת במעמסה הכספית' אכן, כאשר מדובר בשיקול כספי בלבד, כי אז ניתן לומר שהחברה צריכה לשלם את המחיר".

בג"ץ 4541/94, אלס מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94, 113.

ראו גם :

בג"ץ 7081/93 בוצר נ' מועצה מקומית מכבים-רעות, פ"ד נ(1) 19.

בג"ץ 1113/99 עדאלה נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164.

4. העדר סטנדרט - יצירת נזק ראייתי חוקתי והעברת נטל ההוכחה למשיבים

0. היעדרו של סטנדרט משליך גם על נטל ההוכחה הראשוני בדבר הפגיעה בזכות החוקתית. באי קביעתו של סטנדרט יוצרים המשיבים חוסר וודאות באשר להיקף הפגיעה בזכות לקיום אנושי בכבוד. בכך גורמים המשיבים למצב של מעין **נזק ראייתי חוקתי**, אשר מצמצם מאוד את מתחם האפשרויות של העותרים להוכיח את הפגיעה בזכות. מקום שהמידע הרלבנטי מצוי בידי המשיבים, על נטל ההוכחה לעבור אליהם.

על דוקטרינת הנזק הראייתי בנוזקין ראו :

אריאל פורת, אלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה וליישומה

במצבים טיפוסיים של אי ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כא (1998) 191 ;

ע"א 2245/91 ברנשטיין נ' עטיה, פ"ד מט (3) 709 ;

ע"א 6160/99 דרוקמן נ' בית החולים לניאדו (תק-על 2001 (1) 1006);

ע"א 2989/95 קורנץ נ' מרכז רפואי ספיר, פ"ד נא (4) 687.

0. בנסיבות דנן יש בסיס להעביר את נטל ההוכחה הראשוני אשר לפגיעה בזכות החוקתית אל כתפי המשיבים, כלומר לקבוע, כי על המשיבים מוטל מלכתחילה להוכיח, כי התיקון אינו פוגע בזכות החוקתית לקיום אנושי בכבוד. זאת, מאחר שהתיקון לחוק התקבל, כפי שהודו המשיבים, בהיעדר תשתית עובדתית חיונית. וזאת ביתר שאת, לאחר שבית המשפט נתן בידם הזדמנות להציג בדיעבד סטנדרט לקיום אנושי בכבוד והמשיבים התחמקו מלעשות כן.

0. למען הסר ספק, יובהר כי העותרים סבורים כי בעתירותיהם ובטיעון המשלים מטעמם עמדו בנטל המוטל עליהם לבסס את הטענה בדבר פגיעת התיקון בזכות החוקתית לקיום מינימלי בכבוד, או לכל הפחות לעורר ספק מהותי אשר לחוקיות התיקון. משהורם נטל זה, עובר נטל הראיה בשאלת הפגיעה החוקתית אל כתפי המשיבים. יפים לענין זה דבריו של השופט זמיר :

" מוטל על העותר הטוען נגד החוקיות של חוק, תקנה או החלטה מינהלית, הנטל לעורר ספק מהותי בחוקיות. אולם, משעורר העותר ספק כזה (בין אם הוצא צו על-תנאי ובין אם לא הוצא צו כזה) שוב אין בית המשפט חייב להסתפק בראיות שהובאו בפניו על ידי העותר. למשל, אם העותר הצליח לעורר ספק מהותי בחוקיות השיקולים של הרשות או בסבירות של ההחלטה, אך לא הצליח להביא די ראיות

כדי שבית המשפט יוכל לקבוע בפסקנות אם ההחלטה חוקית או אינה חוקית, בית המשפט אינו חייב לדחות את העתירה בשל חוסר ראיות. הוא רשאי לנקוט יוזמה ולדרוש מן הרשות להשיב על שאלות מסויימות או להביא בפניו ראיות נוספות כפי שיקבע: תצהירים, מסמכים, ועוד... בהליך מינהלי בית המשפט אמור, לא רק להכריע בסכסוך בין שני צדדים, אלא גם לשמור על העקרון של שלטון החוק. על פי עקרון זה, אם נתעורר ספק מהותי בחוקיות של החלטה מינהלית, ראוי לברר ספק זה, כדי שלא תישאר החלטה בלתי-חוקית על כנה., בית המשפט עשוי לפעול לחיזוק תשתית הראיות, לפי הצורך, עד שיוכל להכריע לגוף העניין בשאלת החוקיות של ההחלטה המינהלית "

בג"צ 6055/95, צמח נ' שר הבטחון פ"ד נג(5) 241, 268.

52. אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לעשות את הצו על תנאי למוחלט ולהוציא צו על תנאי לגבי יתר הסעדים בעתירות.

היום, 11 במרץ 2004

שרון אברהם-ויס, עו"ד
ב"כ העותרים בבג"צ 888/03

אבישי בניש, עו"ד
ב"כ העותרים בבג"צ 366/03

U:\שרון_עתירות\הבטחת הכנסה\כתבי בי-דין\standard_final.doc