

בג"צ 4822/02  
בג"צ 4824/02  
בג"צ 4862/02  
בג"צ 4901/02  
בג"צ 4913/02  
בג"צ 4953/02  
בג"צ 4997/02  
בג"צ 7435/02

בבית המשפט העליון  
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

**העותרים בבג"צ 4953/02:**

**מ' כ', קטינה, ואח'**

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 עאוני בנא ו/או מיכל פינצ'וק  
ו/או לילה מרגלית ו/או באנה שגרי-בדארנה ו/או נעה שטיין ו/או  
סוניה בולוס

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל  
רח' נחלת בנימין 75, תל אביב 65154  
טל': 03-5608185; פקס: 03-5608165

וכן ע"י:

ב"כ עוה"ד לימור סולומון ו/או יפעת בויער ו/או שרון פרימור-אלדר  
ו/או אביבית אהרונוף  
מהמועצה הלאומית לשלום הילד  
רחוב פייר קניג 38, ירושלים 93469  
טל: 02-6780606, פקס 02-6790606

נגד

**המשיבים:**

1. ממשלת ישראל
  2. שר האוצר
  3. היועץ המשפטי לממשלה
  4. המוסד לביטוח לאומי
- כולם על ידי פרקליטות המדינה  
משרד המשפטים, ירושלים

## תגובה משלימה מטעם העותרים

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 5.3.03, מתכבדים העותרים להגיש תגובה משלימה מטעמם, שתתמקד בנושא היקפה של הזכות לשוויון.

### כללי

עתירה זו עניינה הפלייתם של ילדים, שהוריהם או אחיהם לא שירתו "שירות מזכה", שהוא על פי סעיף 47(4) ו-127(1) (להלן: "הסעיפים" או "התיקון") לחוק **תכנית החירום הכלכלית (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2002 ו-2003)**, **התשס"ב-2002**, (להלן: "החוק"): "שירות סדיר בצה"ל, במשמר הגבול, במשטרת ישראל או במשרד הבטחון וכן שירות לאומי ושירות מילואים במקום שירות סדיר המבוצע בידי עולים חדשים".

בעתירה זו נתבקש בית המשפט הנכבד להכריז על בטלות הסעיפים, אשר מתקנים את חוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב), התשנ"ה-1995 (להלן: "חוק הביטוח הלאומי") באופן **המתנה את גובה קצבאות הילדים בשירות בטחוני** ובכך מפלים לרעה ילדים, שהוריהם או אחיהם לא שירתו שירות בטחוני.

מטרת תגובה זו הינה לחדד את עמדתנו לגבי היקפה של הזכות לשוויון, שהינה זכות על חוקתית הנכללת בזכות לכבוד האדם.

### היקף הזכות לשוויון במסגרת חוק היסוד

#### א. זכות רחבה

1. הזכות לשוויון היא עקרון מרכזי בשיטת משפטנו. סוגיית האפליה נבחנת על רקע ההתפתחות החשובה, שחלה בשנים האחרונות בפסיקת בית משפט נכבד זה בנוגע למעמדה של הזכות לשוויון. הזכות לשוויון נכללת במסגרת הזכות לכבוד, כזכות על חוקתית, שהפגיעה בה תתאפשר רק במגבלות הקבועות בפסיקת ההגבלה הקבועה בחוק היסוד.

אהרן ברק פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית (תשנ"ד) 421 ;  
בג"צ 5394/95 הופרט נ' יד ושם, רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח(3) 353, 360-363 ;

בג"צ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 760 ;  
בג"צ 453/94 שדולת הנשים נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מח(5) 501, 521-522 ;

ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים נ' עיריית נצרת עילית ואח', פ"ד מז(5) 189, 201-203 ;

בג"צ 1113/99 עדאלה נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד נד(2) 164, 186 ;  
אמנון רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, 1996)  
כרך ב 957.

2. חוקי היסוד משנת 1992 שיכללו לא רק את הזכויות המנויות במפורש בהן, אלא אף את נקודת המוצא הפרשנית הכללית בשיח הזכויות המשפטי. נקודת המוצא לדיון חוקתי הינה רחבה ומטרת המכוון בעת חקיקת חוקי היסוד היתה כי זכויות האדם ובהן הזכות לשוויון יפורשו באופן רחב.

וכך מציין פרופ' ברק מיד לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק:

"טקסט חוקתי צריך להתפרש מתוך מבט רחב ומתוך "נדיבות" (generous). הגישה אליו אינה צריכה להיות טכנית, "ליגליסטית" או "פדנטית". טקסט חוקתי קובע את מסגרות הממשל והמשטר ואת היקפן של זכויות האדם והאזרח. לפיכך עליו להתפרש בהתחשב באופיו זה, הקובע את אורחות-חייה של האומה."

אהרן ברק "פרשנותם של חוקי יסוד" משפטים כב (תשנ"ג) 31, 52.

3. בית המשפט פירש זכויות אדם במבט רחב עוד טרם חקיקת חוקי היסוד וכך יש לעשות אף לגבי חוקי היסוד. כפי שנאמר לגבי חופש הביטוי:

"חופש הביטוי רחב הוא ומקיף (ראה להב, "חופש הביטוי בפסיקת בית-המשפט העליון", משפטים ז' (1977) 375). זהו החופש להפיץ ולקבל ידיעות (בג"צ 243/62 פ"ד טז' 2407); זהו החופש לכתוב מחזות וסרטים ולהציגם; זהו החופש "לראות ולשמוע" (בג"צ 549/75 פ"ד מ(1) 751, 763). חופש זה, אינו רק החופש להביע דעות מקובלות. זהו גם החופש להביע דעות חורגות, אשר הרוב סולד מהן. (ראה ע"ב 2/84 שם, עמ' 277). זהו החופש לא רק לשבח את השלטון. זהו גם החופש לבקר את השלטון (בג"צ 351/72 פ"ד כ(2) 814, 811)."

השופט ברק בבג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לבקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421, 434-433.

ר' גס בג"צ 399/85 כהנא נ' הועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 267-268.

4. אף הזכות לשוויון, כמו חופש הביטוי, על אף שאינה מנויה במפורש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הרי שהיא נגזרת מכבוד האדם, ולפיכך יש לפרשה באופן רחב:

"כבוד האדם משמעו מערכת נורמטיבית של עקרונות, חירויות וערכים, אשר במרכזם עומדת ההכרה, כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו. במרכזו של כבוד האדם מונחים קדושת חיי האדם וחירותו. ביסוד כבוד האדם עומדת האוטונומיה של הרצון האישי, וחופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם. ביסוד כבוד האדם עומדת ההכרה באנושיות של האדם, ובערכו כאדם, בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים. כבוד האדם היא החירות של האדם לעצב את חייו ולפתח את אישיותו כרצונו. ביסוד כבוד האדם מונחת ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם... כבוד האדם מבוסס על התפיסה כי כל בני האדם שווים..".

אהרן ברק פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית (תשנ"ד) 319.

בענין נשוא עתירה זאת אמר אף מציע הצעת החוק את דברו בנוגע להיקפה של הזכות לשוויון:

"ברור, שההצעה הזאת, בתוכה, טומנת בחובה את רעיון השוויון הכללי [בכל] מה שנוגע לכבוד האדם וחירותו.."

דברי ח"כ א' רובינשטיין בדיון בהצעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בקריאה ראשונה, ד"כ התשנ"ב 1532.

5. העותרים אינם גורסים, כי היקפה של הזכות לשוויון אינסופי ומכירים בכך כי מצב של הגנה חוקתית "אוטומטית" עלול להביא לזילות בהגנה חוקתית. השאלה שבמוקד הדיון הינה מהו אותו מרחב פגיעה הזוכה להגנה חוקתית? על מנת לענות על שאלה זו, יש לבחון בשלב ראשון האם מתקיימת פגיעה בזכות ובשלב שני האם פגיעה זו זוכה להגנה חוקתית. כך למשל תיתכן פגיעה בשוויון בין יצרני חלב לבין יצרני גלידה אולם סביר להניח כי תהא זו פגיעה בשוויון שלא תזכה להגנה חוקתית. מאידך פגיעה על רקע קבוצתי היא לעולם פגיעה בזכות חוקתית שיש לבחנה על פי פסקת ההגבלה.

ר' רות גביון, זכויות אזרח ודימוקרטיה, (האגודה לזכויות האזרח בישראל, 1986), 16.

6. בגדרי עתירה זו אין צורך לקבוע מסמרות מדויקים לגבי היקפה של הזכות ומרחב השתרעותה. כך, למשל, לעניין חוק יסוד: חופש העיסוק נקבע, כי הוא משתרע על תאגידים כמו גם על פרטים. גם היקפן של ההגנות על חופש הביטוי של חברות מסחריות נדון על ידי בית משפט זה (ר' דעת המיעוט של השופט חשין בבג"צ 606/93 קידום נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1, 26). שאלה יפה היא האם הוא הדין לגבי הזכות לשוויון, אולם לצורך הדיון בעתירה זו ניתן להשאירה בצריך עיון, שכן גם אם יעדיף בית המשפט הנכבד ללכת בדרכי גישתם הפרשנית הצרה של המשיבים, כפי שפורטה בתגובתם המשלימה מיום 6.4.03 (להלן: "כתב התגובה"), הרי שהפגיעה נשוא עתירה זו עולה כדי פגיעה בגרעין של הזכות לכבוד, היות שהיא פוגעת בכבודם של העותרים על רקע השתייכותם לקבוצות יחודיות, שרובן מאופיינות כקבוצות, שאפלייתן "חשודה", וכולן מודרות בחברה הישראלית באופן קבוע.

## ב. תיאוריית המעגלים

7. המשיבים מביאים כתשתית תיאורטית לעמדתם את "תיאוריית המעגלים", המוצגת במאמרה של יהודית קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" משפטים כה (התשנ"ה) 129. תיאוריה זו עושה אבחנה בין שלוש רמות:

(1) מעגל פנימי, הכולל את הזכויות הגרעיניות הפוגעות "בכבוד האנושי במובנו הטבעי והמידי. זה הוא הכבוד שהוא הפוכם של חילול, של ביזוי, של הלבנת פנים, של בושת ועלבון, של פגיעה בצלם".

(2) מעגל שני, הכולל זכויות חוקתיות המופיעות במפורש בטקסט החוקתי (ראו פיסקה 18 לכתב התגובה). המשיבים מעלים את הטענה, כי זכויות, הנמנות על שני המעגלים הראשונים, מוגנות בחוק היסוד ועליהן אין מחלוקת.

(3) במעגל השלישי מתמזג ערך כבוד האדם עם עקרון החירות, ומהתמזגות זו נגזרות זכויות אדם נוספות ובהן השוויון.

לעמדת המשיבים זכויות, המנויות במעגל השלישי, ובהן הזכות הרחבה לשוויון, אינן חוסות כלל תחת כנפי חוק היסוד.

8. עמדתנו הינה, כי אף הזכויות המנויות במעגל השלישי זוכות להגנה חוקתית עוד בשלב בחינת הזכות הנפגעת. המלומד דבורקין ניתח בביקורתיות את השיח המשפטי החוקתי, היוצר אבחנה בין זכויות חוקתיות, המצוינות במפורש בטקסט החוקתי, ולכן ניתן לאוכפן בבית המשפט, לבין זכויות יסוד אחרות, שאינן מצויות בטקסט החוקתי, ולכן מתעורר ויכוח האם ניתן לאוכפן בבית המשפט ולהפעיל באמצעותן את מנגנון

הביקורת השיפוטית החוקתית. דבורקין קובע, כי קירבת הזכות ללשון הטקסט החוקתי אינה מעניקה לה את מעמדה ותוקפה המשפטי, אלא **הבחירה הפרשנית**, שעושה בית המשפט, והבנתו למידת חשיבות הזכות במערכת משפט קונקרטית היא זו המתווה את חוקתיותה, אם בכלל, של זכות ספציפית. דבורקין מדגים בהקשר האמריקאי, כי הזכות לשרוף את דגל ארה"ב לא נבעה מקרבה לשונית כלשהי לזכות לחופש ביטוי, כמו גם זכותה של אישה לא להיות מופלית בקבלה לעבודה. הבחירה הפרשנית, גורס דבורקין, היא שהובילה את בית המשפט להכיר בזכויות אלה כחוקתיות, וזאת משום חשיבותן:

"No comparable assumption can explain the supposed distinction between enumerated and unenumerated constitutional rights. The Bill of Rights, as I said, consists of broad and abstract principles of political morality, which together encompass, in exceptionally abstract form, all the dimensions of political morality that in our political culture can ground an individual constitutional right. The key issue in applying these abstract principles to particular political controversies is not one of reference but of interpretation, which is very different."

Ronald Dworkin "Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should be Overruled" 59 U.Chi.L.Rev. (1992) 381, 387-388.

אולם, כאמור, לצורך ההכרעה בעתירה זו אין צורך להכריע במחלוקת זו. בין אם יאמץ בית המשפט הנכבד את הגישה המרחיבה ובין אם יאמץ את הגישה הצרה (המכונה בתגובת המדינה "גישת הביניים") לעניין היקפה של הזכות לשוויון במסגרת חוק היסוד הרי שהפגיעה נשוא עתירה זו ממוקמת במעגל הראשון, מאחר שפוגעת היא בפרטים על בסיס קבוצתי מובחן, ולכן אף לשיטתם של המשיבים היא עולה כדי פגיעה בזכות הגרעינית לכבוד ומשום כך דינה פסלות.

9. כפי שהדגשנו בעיקרי הטיעון, זו היתה גם עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה כפי שהובעה בחוות דעתו, שהופנתה במכתב אל שר האוצר בתחילת הליכי חקיקת החוק:

"כיוון שתוצאת ההפחתה היא פגיעה מיוחדת באוכלוסיות מוגדרות, מדובר בפגיעה בשוויון שיש בה משום פגיעה בכבוד האדם, גם לפי הגישה הממוקדת שאינה רואה כל פגיעה בשוויון כפגיעה בכבוד האדם במובן החוקתי". (עמ' 7 למכתב היועץ).

המכתב צורף לתגובה הראשונה של המשיבים וסומן מש/1.

על אף שהמשיבים פוטרים עצמם כיום מעמדה זו בטענה, כי מכתב היועץ יפה רק לשלב, בו הוצע קיצוץ בגובה של כ-70%, הרי שהמכתב כולל גם הערות עקרוניות לעניין השונות בין הקבוצות, התומכות בעמדת העותרים, שכן **הקטנת אחוז הקיצוץ אינו מרפא את פגם האפליה הגלום בבסיס התיקון**. מכאן עולה, כי הפגיעה הינה פגיעה בזכות לכבוד, ולפיכך יש לבחון את היקף הפגיעה בהתאם למבחנים הקבועים בפיסקת ההגבלה של חוק היסוד, כפי שפורט בהרחבה בעיקרי הטיעון (ר' פרק ה' לעיקרי הטיעון).

## ג. ניתוח חוקתי במשפט המשווה

### קנדה

10. המשיבים מתבססים בעמדתם על המשפט הקנדי, ובעיקר על ההלכה שנקבעה בפסק הדין בענין Law בשנת 1999, ולפיה הניתוח החוקתי יעשה בשלושה שלבים עוד בבחינת הפגיעה בזכות, הקבועה בסעיף 15(1) ל- Canadian Charter of Rights and Freedoms (להלן: "הצ'רטר"), ולא במסגרת פסקת ההגבלה, הקבועה בסעיף 1 לצ'רטר. למרות עמדתם זו של המשיבים, הרי שבדיקה מעמיקה יותר של המשפט הקנדי מעלה, כי הלכה זו, שניתנה פה אחד, מורכבת מרבדים רבים, ואינה סוף פסוק באבולוציה החוקתית הקנדית. מאז ניתנה ההלכה לא קפאה הפסיקה הקנדית על שמריה, והמחלוקת הפרשנית לגבי היקפה של הזכות, בעינה עומדת. כך, למשל, בענין Gosselin, אליו מפנים המשיבים, ניתן אמנם פסק דין ברוח הלכת Law, אולם פסק הדין ניתן ברוב של חמישה מול ארבעה שופטים, ודעת המיעוט, שנכתבה בעיקרה על ידי השופט Bastarache, קראה לחזור למבחנים, שנקבעו בפסק הדין Andrews, שקבע את ההלכה שטרם הלכת Law, לפיה יש לבחון את הפגיעה בזכות במגבלות פסקת ההגבלה, כאשר הנטל הוא על המדינה.

Law v. Minister of Human Resources Development [1999] 1 S.C.R 497;

Gosselin v. Quebec (Attorney General) 2002 SCC 84;

Andrews v. Law Society of British Columbia [1989] 1 S.C.R. 143.

11. כחיזוק לטענתם, לפיה יש לפרש את השוויון באופן צר, טוענים המשיבים כי בית המשפט צמצם את תחולתו של סעיף השוויון כבר בתחילת הדרך של הפרשנות החוקתית בקנדה ופרש את הסעיף "כמתייחס רק להפליה של הקבוצות המנויות בו או של קבוצות בעלות מאפיינים דומים" (ר' פסקה 57 בתגובת המדינה). והנה, סעיף 15 הלז אינו מונה כלל קבוצות אותן אסור להפלות, וממילא גם אינו מגביל את היקפן. הסעיף מונה רשימה של אבחנות אסורות אשר שימוש בהן מהווה אפליה ובית המשפט

קובע פה אחד כי לא רק האבחנות המנויות אסורות, אלא גם כל אבחנה שהינה אנלוגית להן מהווה אפלייה. זאת ועוד, בפסק הדין Andrews, משנה בית המשפט הלכה קודמת, לפיה אבחנה הינה אסורה על-פי סעיף 15 רק בהיותה בלתי סבירה ובלתי מוצדקת, וקובע הלכה רחבה יותר, לפיה די שאדם יצביע על אבחנה מנוייה או אנלוגית אשר ננקטה כלפיו, בכדי להעביר את נטל הצדקת ההבחנה אל כתפיה של המדינה במסגרת פיסקת ההגבלה.

12. על שיטת הפרשנות שהוצעה בפסק הדין Law נמתחה ביקורת משפטית רבה. עיקר הביקורת הופנה כלפי עמימות מבחני העזר, האמורים לבחון את היקף הזכות הנפגעת, ריקונה מתוכן של פיסקת ההגבלה, והעברת נטל ההוכחה לעותר. כך, למשל, כותב המלומד Hogg:

**"The element of human dignity that has now been injected into s. 15 jurisprudence is, in my view, vague, confusing and burdensome to equality claimants.** Although various "contextual factors" were listed in Law to assist in the task of determining whether a distinction impairs human dignity, the factors are not very helpful and the concept of human dignity is inherently vague and unpredictable in its application. The element of human dignity is a revision of the idea that was rejected in Andrews, namely, that s. 15 should be restricted to unreasonable or unfair distinctions. Distinctions that impair human dignity are presumably much the same as unreasonable or unfair distinctions. As McIntyre J. pointed out in Andrews, **by introducing this kind of evaluative step into s. 15, the relationship between s. 15 and s. 1 is confused, and s. 1 is left with little work to do.** Moreover, any increase in the elements of s. 15 has the undesirable effect of increasing the burden of proof on the claimant, who has the burden of proving each element, whereas it is the government who bears the burden of establishing each element of s. 1. Indeed the Court in Law frankly acknowledged this last point, and could only offer that in some cases it would not be necessary for the claimant "to adduce evidence" because it would be "evident on the basis of judicial notice and logical reasoning" that human dignity has been impaired. The fact remains that a failure to persuade the Court (in one fashion or



another) that human dignity is impaired causes the claimant to lose the case.

>strong> In my view, the doctrine established in Andrews is far superior to the new human-dignity rule. It is simpler and less burdensome for the claimant to establish only a distinction based on listed or analogous grounds in order to show a breach of s. 15. Then it is up to the government to satisfy the elements of s. 1 justification, </strong> which is an inquiry that proceeds in accordance with the rules laid down in Oakes, of which the first is the establishment of a benign objective for the law (one that does not impair human dignity). A failure to satisfy the Oakes rules causes the government to lose the case, not the claimant."

P.W. Hogg, Constitutional Law of Canada, Toronto: Carswell, 2001  
Stud. ed. at 1014-1015

לביקורת נוספת על פסק הדין ראו :

B. Baines, "Law v. Canada: Formatting Equality" (2000) 11 Const. F. 65;  
S. Martin, "Balancing Individual Rights to Equality and Social Goals" (2001) 80  
Can. Bar  
Rev. 299 at 319-332;  
J. Ross, "A Flawed Synthesis of the Law" (2000) 11. Const F. 74 ;  
C.D. Bredt & I. Nishisato, "The Supreme Court's New Equality Test: A Critique"  
(September-October 2000) 8 Can. Watch 16.

### ארצות הברית

13. בית המשפט האמריקאי קבע כי בהעדר ראיות אחרות, חזקה שהמחוקק פעל באופן רציונאלי. עם זאת מוסיף בית המשפט בהערת שוליים כי חזקה זאת תצומצם כאשר דבר החקיקה הנדון נחזה על פניו כמצוי בתחום ספציפי של איסור חוקתי. התיקון ה-14 "Equal Protection of the Laws", המגן על הזכות לשוויון, נחשב ככולל את כל הזכויות המנויות בחוקה, ולפיכך כל פגיעה בו נבחנת תחת הנחת חוקתיות צרה. לענין זה אין אף צורך בהוכחה, כי מדובר בפגיעה בקבוצה ספציפית, די בכך שהחוק מפר או מונע את זכותו של כל אדם לזכויות המנויות על מנת לקבוע שיש פגיעה חוקתית.

לפיכך, הניתוח המשפטי שעורכים המשיבים באשר לדרישת הכוונה המפלה - אינו מדויק.

U.S. v. Carolene Products Co. 304 U.S. 144 (1938) fn. 4.

14. יתרה מזו, על אף שהמשיבים טורחים ומביאים מובאות ארוכות מן הדין האמריקאי, הרי שבניגוד למשפט הקנדי, המבנה החוקתי של הזכות לשוויון בדין האמריקאי הינו שונה באופן מהותי מזה הנוהג בשיטת משפטנו, ולפיכך קשה לקבל השראה מהשוואה לשיטה זו. יפים לענין זה דברים של השופט חשין:

”שיטת-משפט הנוהגת בארץ פלונית, נמשלת היא לענף הצומח על עץ-החיים- והדעת באותה ארץ. תושבי אותה ארץ יאכלו מפרי העץ וטוב להם, שהרי העץ צמח בגנם ועל אדמתם. ואילו אנו, שהעץ לא צמח בגננו ועל אדמתנו, כיצד זה שנאכל מפריו ולא נחוש לבריאותנו? המשפט אינו אלא בבואה של חיי החברה והמדינה. ואם נקרב פנינו אל ראי של זרים, הלא נראה את פניהם-שלהם ולא את פנינו-שלנו?... ככל שמדברים אנו בטכניקות משפטיות לפיתרון של שאלות, אינני רואה מניעה להיעזר בשיטות משפטיות זרות. הוא הדין בנוסחות מיסגרת משפטיות, נוסחות החפות מתכנים מהותיים... ענייננו כאן הוא בריקמתה הרגישה של החברה, באורחות-חיים, בהשקפת-עולם, במוסר החברתי - בתכנים הצומחים ממעמקי נפש האדם והחברה. הנוכל להביאם אלינו ולא יירע לנו? נשקיף סביב-סביב לנו וידענו על-נקלה כי אנו בשלנו בעוד אחרים בשלהם”.

בג"צ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661, 723-724.

### **ביקורת על שיטת הניתוח המוצעת על ידי המשיבים**

15. כאמור, במודל המוצע מנסים המשיבים לבצע שני מהלכים המביאים לפגיעה בזכויות אדם:

ראשית, צמצום היקף הביקורת השיפוטית, על ידי מיקוד הניתוח העיקרי עוד בשלב הפגיעה בזכות, ובכך צמצום השימוש במבחני פיסקת ההגבלה. לצורך זה מציעים המשיבים שימוש במבחני עזר עמומים.

שנית, העברת הנטל, המוטל על כתפיהם הרחבות של המשיבים לכתפיהם הצרות של העותרים.

## א. עמימות

16. המבחנים, אשר נקבעו בהלכת Law, אינם מספקים, ועלולים להוביל לעמימות חוקתית גדולה. הדבר עולה אף מתגובת המשיבים עצמם, אשר מחד גיסא מתיימרים לדבוק במבחנים אלה, אך מאידך גיסא מדגישים במפורש כי:

"אלה הם מבחני עזר בלבד. כמו כן אין מדובר במבחנים מצטברים או הכרחיים, אלא בכלי עזר בלבד. בסופו של יום קיים הכרח לבחון כל מקרה של פגיעה בשוויון לגופו. כך, לעיתים, גם פגיעה לא מהותית, אם היא מבוססת על תכלית פסולה, יכולה לעלות כדי השפלה, ופגיעה מהותית, המבוססת על תכלית ראויה, אינה עולה כדי השפלה". (פיסקה 113 לכתב התגובה).

17. עינינו הרואות, אף המשיבים מדגישים, כי השיטה אינה מהווה כלי אמין, ולמעשה יש לבחון כל מקרה לגופו. למרות זאת, מוכנים המשיבים לוותר על מבחני פיסקת ההגבלה, המבוססים זה עשור בפסיקה הישראלית ובפסיקה הקנדית כפי שפורט לעיל, ולהעדיף על פניהם מבחני עזר, המהווים מעין "חתול בשק", שאמינותם אינה ברורה, ואשר מראש נאמר לגביהם, כי אינם הכרחיים וכי ממילא יש לבחון כל מקרה לגופו. מבחני פיסקת ההגבלה פותחו לכדי אמינות ובהירות, ובהם יש לדבוק.

## ב. נטל ההוכחה

18. במשפט המנהלי והחוקתי, מוטל על העותר בשלב ראשון להראות ספק בחוקיות החוק. משהורם נטל זה, כפי שהתרחש ללא ספק בענין נשוא עתירה זו עת מצא לנכון בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי, עובר נטל הראייה בשאלה האם הפגיעה החוקתית נעשתה כדין, אל כתפי המשיבים להציג ראיות חד משמעיות ומשכנעות כי הפגיעה עומדת במבחני פסקת ההגבלה. הרעיון, העומד ביסוד תיאורית הוכחה זו, הוא שהצד שהוא קרוב יחסית לעובדות, הוא זה שנושא בנטל הוכחתן.

ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221; ראו את עמדותיהם של הנשיא ברק (עמ' 428-429) והשופט ד' לוי (עמ' 458-459).

19. אף במקרה שלפנינו המידע, הנתונים, והידע הרלבנטי מצוי בידי המשיבים. כך למשל, לגבי היקף האוכלוסיה הנפגעת מהתיקון נאלצו העותרים להסתמך על פרסומי המשיב 4 (ר' סעיף 10 לעתירה). רק במהלך הדיון בעתירה שהתקיים ביום 13.10.02, נאלצו המשיבים להודות, כי בדיקה יסודית יותר העלתה, שהנתונים עליהם התבסס התיקון היו שגויים, וכי בפועל יפגע התיקון ב-375,000 משפחות ולא ב-223,000 כפי שסברו תחילה.

20. זאת ועוד, להעברת הנטל ישנה משמעות רבה יותר ככל שקיים חשש להבחנה חשודה יותר. כך, למשל, קבע המחוקק את סעיף 9 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 ואת סעיף 6 לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, המעבירים את הנטל בצורה כמעט אוטומטית לשכמו של מי שנטען כנגדו כי הפלה. בחוקו חוקים אלה הביע המחוקק את עמדתו, לפיה בהתעורר טענת הפליה "חשודה", ישנה הצדקה להעברת נטל ההוכחה ולא רק נטל הבאת הראיות לנתבע. חוקי איסור ההפליה בעבודה ובאספקת מצרכים ושירותים חלים על גופים פרטיים, שעליהם אמור לחול סטנדרט מקל מזה שחל על המדינה. מקל וחומר ניתן להסיק, שעקרון זה חל גם על הזכות החוקתית לשוויון, ולפיכך ראוי, כי הנטל יוטל על המדינה, כפי שנעשה באמצעות מבחני פסקת ההגבלה.

21. אף במשפט האמריקאי, כאשר נבחנת חוקתיות פעולות, המבוססות על סיווג החשוד כמפלה (suspect classification), נדרשת בדיקה קפדנית ומוטל על הרשות נטל שכנוע מהותי וראייתי כבד להצדקת הפגיעה בזכות. רק אינטרס ציבורי חיוני, שלא ניתן להשיגו באמצעים מפלים פחות, עשוי להצדיק פגיעה זו. Brown v. Board of Education 347 US 483 (1954).

22. מהנאמר לעיל עולה, כי בשערי חוק היסוד יש להכניס זכויות רחבות ככל האפשר. לאחר שבשלב ראשון תזוהה פגיעה בזכות יסוד, הרי שהצדקתה של פגיעה זו תבחן רק בשלב שני, במסגרת מבחני פסקת כאשר הנטל על המשיבים.

אולם, כאמור, גם אם יחליט בית משפט נכבד זה לאמץ את גישתם הצרה של המשיבים לענין היקף הפגיעה בזכות לכבוד, הרי שבענין נשוא עתירה זו עולה הפגיעה בעותרים עד כדי פגיעה בכבוד מאחר שמדובר בהפליה על רקע קבוצתי, שביסודה עומדת ייחוס מעמד נחות למופלים, והבא על רקע היותן קבוצות מוחלשות המצויות בשולי החברה הישראלית.

## ניתוח על פי הגישה הפרשנית הצרה

### 1. היקף הפגיעה בכבוד

23. התיקון לחוק פוגע בזכות לשוויון באופן העולה כדי פגיעה בכבודם של העותרים ומשפחות אחרות במצבם, ומהווה משום כך הפרה של זכות יסוד חוקתית. הפגיעה בכבוד, הכלולה במעגל הפנימי, אינה מתמצית אך ורק בעקרון ההשפלה כפי שמנסים לטעון המשיבים, כי אם בפגיעה בזכות הגרעינית לכבוד האנושי, במובנו הטבעי.

היטיב לתאר זאת השופט חיים כהן :

"הכבוד האסור בפגיעה והזכאי להגנה אינו רק שמו הטוב של האדם, כי אם גם מעמדו בין שווים. הפגיעה בכבודו אינה רק בהוצאת שם רע או בעלבונות וגידופים, אלא גם בהפליה וקיפוח, במשוא פנים ובהתייחסות גזענית או משפילה. ההגנה על כבוד האדם אינה רק באיסור לשון הרע, כי אם גם בהבטחת שוויונו בזכויות ובסיכויים, ובמניעת הפליה כלשהי מחמת מין, דת, גזע, לשון, דעה, השתייכות פוליטית או חברתית, ייחוס משפחתי, מקור אתני, רכוש או השכלה".

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

24. אף במשפט הקנדי אין דרישה שהפגיעה תהווה השפלה, אלא מדובר בפגיעה מהותית בכבוד. כך, למשל, בפסק הדין בעניין Gosselin, אשר ניתן אך לפני מספר חודשים והמיישם לכאורה את הלכת Law, מתייחסת אף דעת הרוב לפגיעה בכבוד כרחבה יותר מגדר פגיעה בכבוד האדם כדי השפלה :

"A key marker of discrimination and denial of human dignity under s. 15(1) is whether the affected individual or group has suffered from "pre-existing disadvantage, vulnerability, stereotyping, or prejudice" "Gosselin v. Quebec (Attorney General), 2002 SCC 84, para. 30

וראו גם פסקה 403 לפסק הדין, הקובעת כי :

Differential treatment becomes discriminatory when it violates the human dignity and freedom of the individual. This will be the case where the differential treatment reflects a stereotypical application of presumed personal or group characteristics, or where it perpetuates or promotes the view that the individual concerned is less capable or less worthy of respect and recognition as a human being or as a member of Canadian society"  
Gosselin, LeBel J., para. 403.

## 2. פגיעה בכבודם של ילדים

25. העיקרון, העומד בבסיס אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד, הוא עיקרון הכבוד - כבודם של ילדים כבני אדם. תחת עיקרון זה חוסות הזכויות המוענקות לילדים מכוחה:

"The Convention on the rights of the child is about the human dignity of the child. The value of human dignity is the normative umbrella under which all the rights stated in the Convention exist"

Ending All Physical Punishment of Children in Europe (Barcelona Seminar October 19, 1997) The Convention on the Rights of the Child- Protecting Children's Human Dignity, By Judith Karp, Vice-Chair of the Committee on the Rights of the Child

עיקרון אי האפליה והזכות לשוויון נובעים מזכותו של הילד לכבוד:

"The four general principles of the Convention, also termed as rights, namely non discrimination, the best interest of the child, the right to life survival and development and the respect for the views of the child are all about derivatives of the child's right to have his or her human dignity protected"

(שם, שם).

26. הזכות לשוויון מקבלת משקל מיוחד כאשר מדובר בילדים (כמפורט בסעיף 27 ואילך לעתירה ובסעיפים 18-20 לעיקרי הטיעון). זכותם של ילדים שלא להיות מופלים לרעה, ובמיוחד לא בשל מעשיהם או בשל מעמדם של הוריהם, היא זכות, הקבועה בסעיף 2 לאמנת האו"ם בדבר זכויות הילד (להלן: "האמנה"), המבטאת את ייחודיותם של ילדים לעומת בוגרים. בניגוד לבוגרים, אשר על פי רוב נוקטים במעשים או מביעים עמדה מתוך בחירה חופשית ואחריות למעשיהם, לילדים אין אפשרות בחירה והם תלויים בהחלטות הוריהם במישורים רבים. **הפגיעה בשוויון, עפ"י האמנה, מתרחשת כל אימת שילד מופלה ביחס לילדים אחרים, אף כאשר אין המדובר באפליה קבוצתית.**

"This right has a special meaning when applied to children, This is because children's sense of their inner worth and self esteem is more fragile, it has not yet matured. The damage caused by discrimination to the child's self confidence and perception and to his ability to consider

himself or herself on the same footing as others equal, recognized and accepted - may be irreparable. His or her self-image may be impaired throughout his life by the rejection and the pain experienced with it."

Human Dignity and the Convention on the Rights of the Child by Judith Karp, member of the U.N. Committee on the rights of the Child

27. זאת ועוד, לעניין הזכות לשוויון הדגישה ועדת האו"ם לזכויות הילד, כי יישום העקרונות שבסעיפים 2 (עיקרון השוויון) ו-3 (עיקרון טובת הילד) לאמנה אינו יכול להיות כפוף למגבלות תקציביות. הוועדה ביקשה להבטיח, כי אי-אפליה וטובת הילד יהיו השיקולים הראשונים במעלה כאשר קובעים חלוקה של תקציב ומשאבים. ואף יותר מכך - הוועדה קוראת למדינות לפעול באופן אקטיבי ולהפעיל העדפה מתקנת כלפי ילדים מקבוצות פגיעות ומופלות לרעה.

Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, Fully revised edition, 2002, Unicef, p.4.

28. במובן זה הפגיעה בקצבאות הילדים על בסיס אי שירות צבאי על ידי הוריהם מהווה דוגמה קיצונית לאפליה בלתי צודקת ופגיעה בזכותם של ילדים להיות מוגנים מפני אפליה כזו. אין מקום להטיל על ילדים לשאת באחריות - המוסרית, החברתית או המשפטית - של אי השירות של הוריהם בצבא או בשירות מזכה אחר, וזאת ללא כל קשר לסיבה שבשלה לא שירתו הוריהם בצבא. משמע, אין "להעניש" את הילדים על מחדלם של הוריהם, עליו אין ולא היתה להם כל שליטה.

לענין זה ראו גם ההערות המסכמות של ועדת האו"ם לזכויות הילד, ביחס ליישום האמנה בדבר זכויות הילד ע"י מדינת ישראל (הערות מיום 9.10.02), בסעיף 26 :

"The Committee is concerned that discrimination, contrary to article 2 of the Convention, persists in the state party, and that non-discrimination is not expressly guaranteed constitutionally. In particular, the committee is concerned about... Inequalities in the enjoyment of economic, social and cultural rights of Israeli-Arabs... and other minorities...;"

ר' באתר נציבות זכויות האדם של האו"ם :

[www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CRC.C.15.Add.195.En?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CRC.C.15.Add.195.En?OpenDocument)

### 3. פגיעה מהותית בזכות לשוויון

#### א. שונות רלבנטית

29. בתוך הגדרה גרעין הכבוד נכללת אף אבחנה, הפוגעת בשוויון המהותי. תנאי להשגת שוויון מהותי הינו בחינת עצם ומידת הרלבנטיות של השונות, בכל מקרה נתון, בשים-לב למטרה הפרטיקולארית, שלשם השגתה מיושמת ההבחנה. משמע, **הזיקה הנדרשת בין התכונות המיוחדות המצויות באחד ואינן מצויות בזולתו, ובין המטרה שלשם השגתה מותר להעדיף את הראשון על פני השני, חייבת להיות ישירה וקונקרטי.**

ר' בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94, 110.

30. **בענייננו לא קיימת שונות רלבנטית בין הילדים, המתירה יחס שונה כלפיהם.** העותרים לא חלקו על חוקתיותן של הטבות ליוצאי צבא בחוקים אחרים. אולם כפי שפורט בהרחבה בסעיף 52 לעיקרי הטיעון, כל דברי החקיקה האחרים, המיטיבים עם חיילים משוחררים, מתאפיינים בקווים משותפים, שאינם נמצאים בדבר החקיקה נשוא עתירה זו: **בכולם מדובר בהטבות, בכולם ניתנת ההטבה אך ורק למי שהינו חייל בהווה או מי שלא מכבר השתחרר, לאחר ששירת פרק זמן משמעותי.** באף אחד מהחוקים לא הוענקה הטבה שאין בה הגבלת זמן ולמי שאי-פעם שירת בשירות מזכה, ובעיקר: כל ההטבות מוענקות לזכאים עצמם. אף אחד מהחוקים אינו מעניק הטבה לבני משפחותיהם של החיילים, ואף אחד מהם אינו קושר בין זכויותיהן הסוציאליות של משפחות החיילים לבין שאלת השירות המזכה של מי מבניהן.

31. לעומת זאת המשיבים טוענים, כי השוני בין קבוצת בעלי שירות מזכה לבין שאר הקבוצות באוכלוסייה רלבנטי, וכי השוני בשיעורי הקיצבה הוא פרופורציונלי למידת השונות בין שתי הקבוצות באוכלוסייה; לכן, טוענים המשיבים, יש מקום לספק בדבר עצם קיומה של פגיעה בשוויון (סעיף 31 לכתב התשובה).

32. טענה זו אינה עולה בקנה אחד עם עמדת היועץ המשפטי לממשלה, המחדד את הצורך בהמנעות מקביעת אבחנה בלתי מוצדקת, בהתייחסו לסעיף נשוא עתירה בנוסחו בטרם חקיקת החוק:

"עקרון השוויון מחייב הנהגת יחס שווה לאנשים, כאשר אין ביניהם שוני שהוא רלבנטי לענין הנדון. מתן הטבות לאנשים ששירתו בצבא אין בו כשלעצמו, כדי לפגוע בעקרון השוויון. חוק קליטת חיילים משוחררים, התשנ"ד-1994 קובע הסדרים למתן הטבות לחיילים ששוחררו משירות. אנשים ששירתו בצבא זוכים למשכנתאות מוגדלות, להעדפה בקבלת מלגות לימוד ולהקלות במיסוי, בתקופה שלאחר שירותם. אין לדעתי, פגם בכל אלה, כהוקרת המדינה למי ששירתוה. אך



**ברור כי לא כל הבחנה בין יוצאי צבא למי שלא שירתו בצבא היא סבירה ומוצדקת. יש לבחון כל עניין לגופו, ולהביא בחשבון בין היתר את הגדרת האוכלוסייה הזכאית להטבה ואת התקופה בה ניתנת ההטבה וכן לעמוד על היחס בין זכויותיהם של אלה ששרתו לבין אלה שלא שרתו" (עמ' 5 למכתב היועץ, ההדגשה הוספה).**

מדברים אלה עולה המסקנה, כי בענייננו מתקיימת פגיעה מהותית בעקרון השוויון מאחר שהבחנה אינה סבירה ואינה מוצדקת: הטבה עם יוצאי צבא אין לה דבר וחצי דבר עם הרעיון שבבסיס מתן קצבאות ילדים. **דמם של ילדיהם של יוצאי צבא אינו סמוק יותר מדמם של ילדיהם של מי שלא שרתו בצבא ומשום כך נשללת מהם הזכאות לקצבת ילדים מוגדלת יותר.** הפגם הגלום בבסיס התיקון, שעיקרו אפליה - לא נרפא. ולפיכך מדובר בפגיעה בכבודם של ילדים. קשה הפגיעה שבעתיים כאשר מדובר בילדים, שרובם משתייכים מלכתחילה לקבוצות הסובלות מהדרה בחברה הישראלית.

33. בשנת 1992, בעת שדנה הכנסת בביטול קצבת יוצאי צבא, שעוגנה בתוספת לחוק חיילים משוחררים (להבדיל מפגיעה במסגרת חוק הביטוח הלאומי) התבטאו חברי הכנסת נגד הקיצבה, בשל היותה מפלה. יפים לענייננו דבריו של ח"כ צוקר:

"(...) זוהי הבעיה של הפרופיל, של הדמות, של האופי של החברה הישראלית. (...) מה לשכיבה במארבים ולקצבאות לילד בן שנה, אני אינני מבין (...) כל ילד במדינת ישראל זכאי לקצבה בגין העובדה שהוא ילד, ללא קשר למהות, לאופי, ללאום, לתכונות ולמוצא של אבא שלו או של אמא שלו". (ההדגשה הוספה).

ישיבה שלושים וחמש של הכנסת השלוש עשרה, 9 בדצמבר 1992.

34. בשולי הדברים יצויין, כי גם לו היה ממש בעמדתם של המשיבים, לפיה השונות הינה רלוונטית, טענה, שהעותרים כופרים בה מכל וכל, הרי שלענין זה יפים דבריה של השופטת שטרסברג-כהן:

"לא די בהיותה של שונות רלוונטית כדי לסתום את הגולל על טענת ההפליה, שכן, שונות רלוונטית הניתנת לתיקון או לנטרול כדי להשיג שוויון, ראוי לתקנה או לנטרלה, אם כי לא בכל מחיר (...) באותם מקרים שבהם היא ניתנת לניטרול במחיר סביר, ראוי לתקנה ולנטרלה על מנת להשיג שוויון".

בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94, 119, 121.

35. בנסיבות אלה, בהתחשב בהיקף הפגיעה ובגודל האוכלוסיה הנפגעת, ראוי היה כי המשיב ברצונו לתגמל יוצאי צבא, היה בוחר בחלופה אחרת לעשות כן, חלופה שגלומה בה הטבה ולא הרעה, חלופה שהיא בעלת קשר הדוק לחייל עצמו, לזמן שירותו ומוגבלת בזמן. חלופה שאינה פוגעת בעקרון השוויון ואינה גורמת להדרתן של קבוצות מוחלשות בחברה הישראלית.

#### **ב. אבחנה על בסיס קבוצתי – אפליה**

36. במשפט הישראלי כמו גם בשיטות משפט אחרות נקבע זה מכבר, כי אבחנה על בסיס קבוצתי, שאינה מבוססת על שוני רלוונטי, הינה אפליה ולפיכך פסולה. אף המשיבים מפנים למונח "אפליה מקובעת" (בסעיף 89 לכתב התגובה) ומציינים, כי הפליה על רקע קבוצתי הינה חמורה יותר מהפליה אישית. אבחנה זו עושה אף הפסיקה הישראלית:

" 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 "

בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 132.

#### **ג. הדרה ודימוי שלילי**

37. אכן, כפי שעולה מתגובת המשיבים, חלק מהקבוצות הנפגעות מהתיקון נהנות מההגנה ה"קלאסית" של הזכות לשוויון, וזאת בשל היות חבריהן מיעוט לאומי או היותן בעלי מוגבלות. יחד עם זאת, גם קבוצות אחרות כאמהות חד הוריות, עולים חדשים או מי שהשתחרר משירות צבאי מסיבות סוציאליות, אינן מהוות את השדרה החזקה בחברה הישראלית. מדובר בקבוצות, הרחוקות ממוקדי הכח הפוליטיים, הסובלות מהדרה חברתית וסוציאלית, והנאבקות על מחייתן ועל מקומן בחברה הישראלית. הבחירה לפגוע כלכלית דווקא בקבוצות אלה, ותחת זאת להיטיב עם מי שנהנה מכח פוליטי ונמצא בלב הקונצנזוס, וכל זאת במסגרת חקיקה, שאמורה להיטיב על בסיס סוציאלי, אך מחדדת את האפליה הגלומה בבסיס התיקון, ואת הפגיעה בכבוד האדם של חברי הקבוצות המופלות.

לענין אבחנה, הבאה על רקע הדרה מתמשכת, יפים דבריו של פרופ' דניאל סטטמן:

"מתי איפוא חוסר שוויון גורר פגיעה בכבוד במובן של השפלה? כאשר בבסיס חוסר השוויון מונחת תפיסת עולם (מודעת פחות או מודעת יותר) שלפיה בני הקבוצה שהם מושאי היחס הלא שוויוני אינם ראויים להיות

חברים מלאים בחברה, בשל מינם, גזעם, דתם וכיוצא באלה... קיימת זיקה הדוקה בין השפלה לבין דחייה חברתית. מי שמקבל מסר של דחייה מהחברה שהוא חי בתוכה סובל מירידה בהערכה העצמית שלו או בכבוד העצמי שלו. בהתאם להבנה זו, התשובה לשאלה אם אין שוויון הוא בגדר פגיעה בכבוד אינה תלויה במידת אי השוויון, אלא בטעמים העומדים ביסודה." (ההדגשה אינה במקור).

דניאל סטטמן "שני מונחים של כבוד" עיוני משפט כד (2001) 541, 579.

אף בית המשפט העליון של קנדה קבע, כי כאשר קבוצה, הנפגעת מאבחנה, היא כזו אשר סבלה בעבר הדרה ואפלייה, יהווה רקע זה אינדיקציה לכך שגם במקרה הנוכחי מדובר באפלייה, שכן ישנה סבירות גבוהה שגם האבחנה הנוכחית נגועה באותן דעות קדומות מן העבר, במודע או בתת מודע.

היטיבה לתאר זאת נשיאת בית המשפט העליון הקנדי McLachlin, בדעת הרוב בפסק הדין Gosselin:

"A key marker of discrimination and denial of human dignity under s. 15(1) is whether the affected individual or group has suffered from "pre-existing disadvantage, vulnerability, stereotyping, or prejudice": Law, at para. 63. Historic patterns of discrimination against people in a group often indicate the presence of stereotypical or prejudicial views that have marginalized its members and prevented them from participating fully in society. This, in turn, raises the strong possibility that current differential treatment of the group may be motivated by or may perpetuate the same discriminatory views. The contextual factor of pre-existing disadvantage invites us to scrutinize group-based distinctions carefully to ensure that they are not based, either intentionally or unconsciously, on these kinds of unfounded generalizations and stereotypes"

Gosselin, para. 30.

מהדברים לעיל עולה, כי בענייננו מתקיימת פגיעה בשוויון, פגיעה על בסיס אבחנה קבוצתית של קבוצות מוחלשות ומודרות, העולה כדי פגיעה בכבוד האדם.

38. בניגוד לנטען בתגובת המשיבים, לפיה מדובר בחוק ניטראלי (סעיף 133 לתגובת המשיבים) הרי שהחוק יוצר הדרה ודי בבחינת נתוני הביטוח הלאומי, מהם עולה, כי **התיקון לחוק פוגע בעיקר בחלשים הנזקקים ביותר** (סעיפים 10-12 לעתירה), על מנת להוכיח בכך. הקיצוץ בקצבאות הילדים של מי שלא שירתו שירות מזכה מעביר מסר ברור ונחרץ לקבוצות אוכלוסיה של עולים, אנשים עם מוגבלות, ערבים ומי שאינם מתגייסים מסיבות סוציאליות, לפיו הן שונות מן הכלל המקובל ו"שוות פחות" - פשוטו כמשמעו. יפים לענין זה דבריו של השופט (כתוארו אז) ברק, הממחישים כי פעולה, אשר פוגעת בתחושה של חברה סולידרית ומעבירה מסר של אי שייכות - היא הפליה:

**"אכן, אין לך גורם הרסני יותר לחברה, מאשר תחושת בניה ובנותיה כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשות שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם."**

בג"צ 1/88, 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו ואח', פ"ד מב(2) 309, 332 (ההדגשה הוספה).

39. עצם איגודן של קבוצות מוחלשות אלה יחד, ותיגון כאוכלוסיה שאינה תורמת ולכן זכאית לפחות, מהווה טיפוח של סטריאוטיפים והדרה חברתית. מכיוון שמלכתחילה מדובר בקבוצות, המאופיינות בשוליות ובהיעדר הון חברתי, כלכלי ותרבותי, הרי שהתיקון אך מוסיף ודוחק קבוצות אלה אל מחוץ למעגל החברתי תוך החמרת תחושות אי השייכות והדחייה שלהן.

40. המשוואה החברתית העולה ממצב דברים זה ברורה - שוויון, משמעו השקעה בשילוב חברתי. הפלייה מתבטאת בהדרה חברתית ויצירת ניכור בין קבוצות מיעוט מוחלשות לבין השכבה החזקה והמשפיעה חברתית. פרשנות משפטית, הנועלת את שערי בית המשפט בפני קבוצות מודרות, אך תחזק את תחושת הקיפוח והאפליה של המשתייכים לקבוצות אלה.

עוד על הדרתם של ערבים, אנשים עם מוגבלויות, עולים חדשים וקבוצות נוספות: נעמה ישובי "הדרה ודימוי שלילי - אי שוויון בתקשורת הישראלית" (האגודה לזכויות האזרח בישראל, 2001).

#### 4. בטחון סוציאלי כחלק מכבוד האדם

41. כפי שפורט בעתירה הזכות לכבוד כוללת בחובה במקרה נשוא עתירה זו, לא רק את הזכות לשוויון, ודגש מיוחד באשר לזכותם של ילדים לכבוד, אלא גם את הזכות לבטחון סוציאלי. כפי שהיטיבה לתאר זאת השופטת דורנר, בהתייחסה לקצבת זיקנה, אשר כמו גם קצבת הילדים, מהווה חלק ממערך הבטחון הסוציאלי:

”הצורך להרחיב את מעגל המבוטחים התחזק גם לנוכח המגמה להכיר **בביטחון סוציאלי כזכות-אדם חברתית וכמרכיב חיוני בשמירה על כבוד האדם**. זכות זאת - שהוכפפה ליכולת הכלכלית של כל מדינה ומדינה - הוכרה כבר בשנת 1948, בסעיף 22 להכרזה האוניברסלית על זכויות האדם (Universal Declaration of Human Rights). הזכות לביטחון סוציאלי, לרבות ביטוח לאומי, מעוגנת גם באמנה הבינלאומית לזכויות כלכליות, סוציאליות וחינוכיות שנכנסה לתוקף בשנת 1976 (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Article 9).

בג"צ 890/99 חלמיש נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד נד(4) 423, 430 (ההדגשה הוספה).

#### 5. יישום המבחנים המוצעים על ידי המשיבים

42. בפסק דין Law הקנדי קבע בית המשפט ארבעה מבחנים לבחינת הסוגיה (ראו סעיף 67 לתגובת המשיבים). מבחנים אלה אינם חופפים במלואם את המבחנים, המוצעים על ידי המשיבים, והם כוללים גם את השאלה האם מדובר בקבוצה חלשה ופגיעה, שסבלה מאפליה הסטורית, המבוססת על סטריאוטיפים ודעות קדומות. לעניינינו הקבוצות הנפגעות עומדות במבחן זה, כפי שתואר לעיל. בכל אופן נדגים, כי גם יישומם של מבחני העזר הסלקטיביים, המוצעים על ידי המשיבים, מוביל למסקנה, כי הענין נשוא עתירה זו מהווה דוגמא לפגיעה מהותית בשוויון העולה עד כדי פגיעה בכבוד. נבחן אותם אחד לאחד כפי שהובאו על ידי המשיבים בכתב תגובתם.

#### א. חומרת הפגיעה וסוג האינטרס שנפגע

43. לטענת המשיבים פגיעה כלכלית קטנה או פגיעה לא משמעותית אינה גורמת להשפלה, לכן אין מדובר בעניינינו באפליה על אף שהבחנה באה על רקע קבוצתי. מסקנה נמהרת

זו, לפיה פגיעה כלכלית "קטנה" על רקע קבוצתי אינה פגיעה בכבוד, אין לה אחיזה במשפטנו. טענה זו, מחברת למעשה שתי טענות נפרדות:

1. פגיעה כלכלית אינה עולה כדי פגיעה בכבוד.
2. פגיעה בשל אבחנה קבוצתית עולה כדי פגיעה בכבוד.

מסקנתם של המשיבים, לפיה הטענה הראשונה מאפילה את הטענה השניה ובכך מאיינת את הפגיעה הקבוצתית בשל היותה פגיעה כלכלית, הינה תמוהה. הטענה הראשונה יתכן שנכונה היא לגבי חברות מסחריות, אולם בענייננו לא מדובר בפגיעה כלכלית עסקית, כי אם בפגיעה בזכויות סוציאליות, החיוניות במקרים רבים לתא המשפחתי. כפי שהודגם בעתירה, הרי שמנתוני הבטוח הלאומי עולה, כי מרבית הקבוצה הנפגעת היא זו הנזקקת ביותר לסיוע הכלכלי הגלום בקצבת הילדים. לפיכך המסקנה, כי כל פגיעה כלכלית אינה עולה כדי פגיעה בשוויון, הינה שגויה בנסיבות אלה. עולם העסקים והמסחר, התנהלותו התחרותית ועקרונותיו המשפטיים אינו יכול ואף אינו ראוי לשמש השראה לדיני הרווחה. פגיעה בזכויות חברתיות, פוגמת במרקם הסוציאלי, מפרה את עקרון השוויון, ומערערת את בסיס הסולידריות החברתית. אין זכותו של אדם לקיום מינימלי בכבוד כזכותו של מוסד כלכלי להבטיח את פעילותו העסקית. אין זכותו של ילד לשוויון הזדמנויות כזכותה של התאגדות כלכלית לסיכוי מסחרי.

עוד על פגיעה באינטרסים עסקיים מסחריים ואבחנתם מפגיעה מהותית בזכויות ר': בג"צ 606/93 קידום נ' רשות השידור, פ"ד מח (2) 1, 17 (ובעיקר פסקה 18 לפסק דינו של השופט חשין).

44. זאת ועוד, טענת המשיבים, כי פער של 20% "אינו כה מופלג", ומאחר שהקבוצה הנפגעת מקבלת את מירב הקיצבה הרי החוק מידתי (סעיפים 134-136 בתגובה) הינה מופרכת. כפי שהודגם בעיקרי הטיעון, מדובר בסכומים, העשויים להגיע עד לגובה של אלפי שקלים בחודש למשפחה (סעיף 55 לעיקרי טיעון).

מנתוני הביטוח הלאומי עולה, כי לפחות 24% מכלל המשפחות עם ילדים תוגדרנה על פי אומדן כחסרות "שירות מזכה". שיעור זה הולך ועולה עם גודל המשפחה: מכ-15% במשפחות עם ילד אחד לכ-56% במשפחות עם 7 ילדים ויותר. בהתחשב בעובדה, כי גודל המשפחה מהווה מדד להיקף העוני, קרי משפחות גדולות יותר הן בדרך כלל עניות יותר, הרי שהתיקון לחוק פוגע בעיקר בחלשים הנזקקים ביותר (סעיפים 10-12 לעתירה).

45. המשבר הכלכלי, העוני, האבטלה, הגידול בפערים ובאי-השוויון נותנים אותותיהם בילדים ובמשפחותיהם. הכלי המרכזי להתמודדות עם מצב משברי זה הן מערכת

התמיכות ותשלומי ההעברה של המדינה, המבטאים את המדיניות החברתית כלפי ילדים בישראל. קצבאות הילדים הינן המנגנון היחיד בישראל לתגמול משפחות עבור מספר הילדים שהן מגדלות. שלילתן או צמצומן למינימום ישללו כל תגמול עבור ההוצאות שבגידול ילדים. ממחקר השוואתי בינלאומי לעניין תשלומי העברה ותמיכה בילדים עולה, כי מדינת ישראל מפעילה סל רווחה פשוט וחד-ממדי, הנסמך רובו ככולו על מרכיב קצבאות הילדים שאינן מותנות הכנסה. במבט השוואתי ישראל אינה מובילה בתמיכתה בילדים. לפיכך, הרטוריקה המושמעת לעתים בדבר הדאגה החברתית לרווחתם של ילדים בישראל אין לה הרבה על מה לסמוך, והימרה כאילו מדינת ישראל מצטיינת במחויבותה לילדים ולצורכיהם אינה נשענת על קרקע בטוחה כלל ועיקר.

גיוני גל ואשר בן-אריה "תשלומי העברה ותמיכות למשפחות עם ילדים בפרספקטיבה משווה" בטחון סוציאלי מס' 63 (דצמבר 2002), 69, 94-95.

אף ועדת האו"ם לזכויות הילד, כשדנה ביישום האמנה בדבר זכויות הילד ע"י מדינת ישראל, מצאה לנכון לבקר את הפגיעה בזכות לתנאי קיום נאותים של ילדים כתוצאה מהתיקון:

"Adequate standard of living

The Committee notes the States Parties activities to improve support for vulnerable families (e.g. single parent families), but it is concerned at the recent cuts in the budget for social welfare and at the very high percentage of children living in poverty particularly those living in large families, in single parent families and Arab families."

Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child, p.8 (9.10.2002).

### ב. תכלית החקיקה הפוגעת

46. בשיטת משפטנו, המבחן לפגיעה בשוויון הינו מבחן תוצאתי, ולפיכך אין צורך להוכיח כוונה להפלות. על-פי מבחן זה אין נפקא מינה למניע העומד מאחורי המדיניות או החקיקה, די בתוצאה המבחינה בין הקבוצות בכדי להוכיח את קיומה של הפליה. לענין זה יפים דברי השופט זמיר:

"הכלל הוא, שכל הפליה פסולה, גם אם היא מוכחשת. הסוואה לא תציל הפליה. המהות קובעת ולא הצורה... אמור מעתה, די בכך שמשרד ממשלתי מבצע את חוק התקציב באופן היוצר הפליה פסולה, כגון על יסוד

דת או לאום, כדי לפסול את הביצוע, ואין בכך כדי להכשיר את ההפליה שלא הוכחה כוונה להפלות או שהכוונה להפלות מוכחשת. מילים יפות אינן מספיקות להכשיר מעשים רעים. הפסול שבהפליה טמון במעשה ההפליה.

בג"צ 1113/99 עדאלה נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164, 176.

47. בסעיף 113 לתשובתם מפנים המשיבים לפסקה 26 בפסק הדין Gosselin, לפיה יש לעיתים מקום לבחון את הכוונה וזאת על אף שעל פי הצ'רטר ניתן לבסס טענת הפליה פסולה על בסיס תוצאתי בלבד. אולם קריאת פסקה 27 של אותו פסק הדין מגלה, כי משקל הכוונה תלוי בנסיבות המקרה ומכל מקום, אין הוא אמור לכסות על אפליה:

I emphasize that a beneficent purpose will not shield an otherwise discriminatory distinction from judicial scrutiny under s. 15(1). Legislative purpose is relevant only insofar as it relates to whether or not a reasonable person in the claimant's position would feel that a challenged distinction harmed her dignity.&quot; ;

Gosselin v. Quebec (Attorney General), 2002 SCC 84, para. 27 .

בפרשת Gosselin ביקשו התובעים לפסול חוק, שהעניק למובטלים עד גיל 30 קצבאות רווחה בגובה של שליש מהקצבה שהוענקה לבני 30 ומעלה. המדינה קבעה, כי השתתפות מי שגילו עד 30 בקורסי הכשרה תזכה אותו בקיצבה גבוהה יותר. התובעים טענו להפליה על בסיס גיל. המדינה טענה, כי על אף הפגיעה המיידית במקבלי קצבאות רווחה, שגילם פחות מ-30, הרי שבטווח הארוך המדיניות תיטיב עמם, שכן קורסים אלה יעניקו להם כלים לעבוד ולשפר את מצבם הכלכלי בעתיד, ולפיכך החוק הינו חוקתי. בנסיבות דשם יתכן, כי ניתן היה לאתר תכלית חקיקה ראויה, אולם בענייננו כלל לא עולה טענת הטבה לילדים הנפגעים בטווח זה או אחר. לאור הנאמר לעיל, הרי שמסקנתם של המשיבים לפיה יש לתת משקל רב לתכלית החקיקה (ר' פסקה 113) הינה חפזיה ונעדרת עיגון, ואף לגישת הרוב ב-Gosselin, הינה מרחיקת לכת.

48. זאת ועוד, בסעיף 124 לתגובתם מעלים המשיבים את הטעון שבבסיס ההבחנה חבויה אף התכלית של מניעת השתמטות. כאמור, בפני מרבית הקבוצות, הנפגעות מתיקון החוק, כלל לא עומדת אפשרות להתגייס, ולפיכך לא ניתן להאשמן בהשתמטות. יתרה מזו, מאחר שמדובר על הוריהם אשר זה מכבר לא התגייסו, הרי שתמריץ עתידי להימנעות מהשתמטות אינו רלבנטי בנסיבות אלה. יצוין, כי חלופת ההתנדבות המצומצמת המוצעת על ידי המשיבים אינה חלופה "אמיתית" הן משום שהיא מיועדת למאתים וחמישים גברים בשנה בלבד (כפי שעולה מהפרטים הנוספים שנמסרו לעותרים), והן משום שהשירות הצבאי הינו אוניברסאלי. המחוקק בחר לפטור משירות צבאי אזרחים ערבים, אנשים עם מוגבלויות ונשים נשואות, וכן להעניק פטור



למי שתורתו אומנתו ולפרטים שונים מסיבות שונות. **משעשה כן אין הוא יכול להעניש את ילדיהם של אנשים, המשתייכים לקבוצות אלה.** במילים אחרות, המדינה אינה יכולה לאחוז את המקל בשתי קצותיו, לאמור: מצד אחד - ישנם אנשים הפטורים מחובת שירות מזכה, וההחלטה בידם אם להתנדב למרות הפטור; ומצד שני - להטיל "קנס" על אלו שנמנעו מלהתנדב. משמעות ההרעה היא, כי מעתה אין מדובר עוד בהתנדבות, אלא במעשה שנכפה על ה"מתנדבים" כדי שלא תקוצץ הקיצבה שהם מקבלים ב-20% נוספים על אלו שקוצצו לכלל האוכלוסייה.

### מטרה זרה

49. גם אילו היתה תכלית החקיקה היתה תכלית ראויה כפי שטוענים המשיבים, הרי שכפי שפורט בעיקרי הטיעון, ומבלי לחוות עמדה, יתכן כי מטרה זו בפני עצמה הינה ראויה במסגרת חוק אחר, כפי שפורט בסעיף 38 ואילך לעיקרי הטיעון. אולם במקרה דנן מדובר במטרה, שהינה **מטרה זרה לחוק** ולמטרתו כפי שזו הוגדרה בסעיף 1: צמצום הגרעון. **הבדיקה עד כמה תכלית החוק ראויה אינה נעשית בחלל ריק, אלא אל מול המסגרת החקיקתית, בה היא באה לידי ביטוי.** לפיכך, אף תכלית, העשויה להיחשב כראויה באופן תיאורטי, תיחשב כבלתי ראויה אם כדי לממשה נחקה הוראה הזרה למסגרת בה שולבה. כך, למשל, אף שמוסכם על הכל, כי התכלית של עידוד שמירת החוק ומניעת עבריינות הינה תכלית ראויה, סביר כי לא תאושר הוראה בחוק הגורעת מקצבאות הילדים במשפחות בהן אחד ההורים ריצה עונש מאסר. בדומה לכך, אף שהתכלית של מניעת עישון ועידוד הפסקת העישון יכולה להיחשב כתכלית ראויה, ודאי שלא ניתן לצמצם את קצבאות הילדים במשפחות בהן ההורים מעשנים.

50. בפרשת ק.א.ל נדונה טענתה של העותרת, כי היא מופלית בהשוואה לחברת אל-על, משום שהמדינה חדלה לסבסד את הוצאות האבטחה שלה, בעוד התמיכה באל-על צומצמה בשיעור של 20% בלבד. בין היתר טענה העותרת, כי ההטבה ניתנה לאל-על בשל הפסדיה, משום שאינה טסה בשבת. בקבלו את עמדת העותרת, כתב השופט חשין:

"לא מצאנו הצדק לאותו עירוב של מין בשאינו מינו, לאמור לפיצויה של אל-על בשל הוצאות האבטחה שהיא נושאת בהן, אך בשל כך שהושבתה בשבת."

בג"ץ 1703/92 ק.א.ל קווי אוויר למיטען נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(4) 193, 210.

51. המשיבים הדגישו את חשיבותם של השיקולים הערכיים. אך שיקולים ערכיים אלה ראוי שיהיו רלבנטיים לקידום מטרתו של החוק הנדון. קשר זה אינו מתקיים בעניין

נשוא העתירה: אין כל קשר ענייני בין הרצון לפצות יוצא צבא בגין שירותו לבין קצבאות הילדים, המיועדות לרווחתם של הילדים כחלק מהתא המשפחתי:

"מטרת קצבת הילדים... - כשמה כן היא. מטרתה להקל על משפחות שלהן ילדים קטינים. תכלית החוק הייתה להקל ולתמוך במשפחות עת ילדיהם קטינים".

עב' (ת"א) 1191/98 קלנר נ' המוסד לבטוח לאומי, תק-עב 99 (2), 1172, 1177.

52. אף בית המשפט העליון בארה"ב פסק, כי אין לעשות שימוש בחקיקה סוציאלית כדי לקדם מטרות הזרות לה. כך פסל בית המשפט חוק, אשר מנע תשלום קצבאות ילדים לאמהות, המתגוררות עם גברים שאינם בני זוגן החוקיים. בית המשפט קבע, כי אין למנוע תשלומי רווחה כדי להשיג מטרה הזרה לחוק, כגון פיקוח על התנהגותן המינית של אמהות המקבלות תשלומי רווחה.

King v. Smith 392 US 309 (1968).

53. זאת ועוד, קצבת הילדים היא מנגנון לחלוקת הכנסות אופקית בין אלה שיש להם ילדים לבין אלה שאין להם ילדים. מטרתה, בין השאר, לתקן את אי-השוויון בחלוקת ההכנסות במשק. במובן זה הקיצוץ בקצבאות, על מנת לתגמל יוצאי צבא, קיצוץ אשר יעמיק את הפערים בחברה, **זו גם למטרת חוק הביטוח הלאומי ולא רק למטרת החוק** נשוא עתירה זו.

גיוני גל ואשר בן-אריה "תשלומי העברה ותמיכות למשפחות עם ילדים בפרספקטיבה משווה" בטחון סוציאלי מס' 63 (דצמבר 2002) 69, 71.

54. הנה כי כן עולה, כי גם אם תכלית החקיקה היא צמצום הגירעון התקציבי, הרי שפגיעה בקצבאות הילדים להורים שלא שירתו בצבא - מהווה מטרה זרה לחוק התכנית הכלכלית ולחוק הביטוח הלאומי ולכן יוצרת אפליה פסולה.

## ג. האם מדובר בהבחנה המתבססת על מאפיינים רלבנטיים של הקבוצה הנפגעת

### 1. הגדרת קבוצה

55. כפי שהראינו, ההבחנה מתבססת על מאפיינים, שכלל אינם רלבנטיים לילדים הנפגעים, תוך יצירת קבוצה מלאכותית. אין בכוחם של הילדים לשנות את מצבם, שכן ראשית הדבר היה תלוי באדם אחר - הוריהם, ושנית, אף בפני הורים אלה לא תמיד

עמדה אפשרות אמיתית להתגייס לצבא. כך, למשל, אף אחד מהעותרים ההורים לא יכול היה לבחור לשרת בצבא גם לו מאוד רצה. משמע, אין קשר בין התוצאה: קיצוץ קצבאות הילדים לבין מאפיינים רלבנטיים של הקבוצה הנפגעת.

56. החוק נשוא עתירה זו הוא ש"שובר" באופן מלאכותי את כלל קבוצת ההורים ויוצר בכך את הקבוצה הרחבה של "הורים שאינם משרתים בצבא", קבוצה המורכבת ממספר קבוצות מיעוט. בפס"ד התיאטרון הארצי לנוער נבחן עניין היווצרותה של קבוצה ייחודית מסוימת (קבוצת שוויון כפי שכונתה באותו פס"ד) על בסיס שיקולים זרים, ונקבע כי משהונחו שיקולים זרים בבסיס היווצרותה של אותה קבוצה הרי מדובר בפגיעה בעקרון השוויון, כדבריו של השופט זמיר:

"אמור מעתה: חובת השוויון, שבדרך כלל רואים אותה כמקשה אחת, היא בעצם חובה כפולה. כדי לצאת ידי חובה צריך, ראשית, להחליט מהי קבוצת השוויון. החלטה זאת ניתנת לביקורת שיפוטית כמו כל החלטה מנהלית: אפשר לפסול אותה אם היא מבוססת על שיקולים זרים, לוקה בחוסר סבירות, וכיוצא באלה. שנית, לאחר שקבוצת השוויון נקבעה, חובה היא להחליט באופן שוויוני בתוך קבוצה זאת. גם החלטה זאת, כמובן, ניתנת לביקורת שיפוטית: אפשר לפסול אותה אם היא מפלה על יסוד שיקולים זרים, וכיוצא בכך."

בג"צ 3792/95 תיאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאומנויות, פ"ד נא(4) 284, 259.

## 2. הפגיעה בילדים ולא בהורים

57. טענת המשיבים, לפיה אין פגיעה בילדים, משום שהזכות לקבל קיצבה מוקנית להורה ולא לילדיו (סעיף 121 לכתב התגובה) - הינה חסרת בסיס. על אף שההורים הם מקבלי הקיצבה בפועל, הרי שלא לחינם מכונה הקיצבה "קצבת ילדים", וגובהה תלוי במספרם ובעצם קיומם של ילדים במשפחה. זאת ועוד, חיילים משוחררים, שאינם הורים לילדים, אינם זכאים לקצבה זו.

58. קיצבת ילדים נמנית על סוג הקצבאות שנועדו למימון הוצאות נוספות, כמו קיצבת ילד נכה ושירותים מיוחדים לנכים. אלה קצבאות, שאין בהן אלמנט ביטוחי ואין דרישה לתקופת אכשרה טרם קבלתן. כשם שקיצבת ילד נכה ניתנת להורה עבור העלויות המיוחדות של טיפול בילד שהוא נכה, כך קצבאות הילדים ניתנות להורים, שיש להם ילדים, על מנת לסייע בעלויות המיוחדות של גידול ילדים. לכאורה, לשיטת המשיבים ניתן היה אף להתנות גמלה לילד נכה בשירות צבאי של הוריו.

59. השופט חיים כהן התייחס אף הוא לסוגיה למי שייכת קיצבת הילדים, לילד או להורהו, וכך קבע:

"אין כל ספק בלבי בדבר פירושו הנכון של חוק הביטוח הלאומי: לפי סעיף 105 זכאי "הורה מבוטח" לקצבה "בעד כל ילד"; אבל יש דברים בגו שלפי סעיף 110 לא ישולם הכסף לידי "הורה מבוטח", כי אם דווקא לידי האם: סימן וראיה שאין הקצבה בגדר הכנסה של ההורים המבוטחים, אלא כסף נאמנות הוא שהאם מופקדת על הוצאתו "בעד" הילדים ומטעמם. ואם אין כאן הכנסה של האם, שהיא מקבלת את הכסף לידיה כאפוטרופא ונאמנת בלבד, על אחת כמה וכמה אין כאן הכנסה של האב, שאינו מקבל את הכסף לא לידי ולא לרשותו ולא להנאתו... ולא זו בלבד שזאת היא הפרשנות היחידה המתבקשת מלשון החוק והמתיישבת עמה, אלא כוונת המחוקק בהקציבו קצבה לילדים תושם לאל ותסוכל כליל, אם קצבתם של הילדים תיחשב להכנסת הוריהם..."

ע"א 281/78 סין נ' הרשות המוסמכת לצורך חוק רדיפות הנאצים, תשי"ז-1957, פ"ד לב(3) 408 (ההדגשות הוספו).

קביעה זו נתמכת בהוראות רבות, המצויות בחוק הביטוח הלאומי ובתקנות הנלוות אליו, ובהן הוראת סעיף 73 לחוק הביטוח הלאומי הקובעת, כי קצבת ילדים איננה נחשבת "הכנסה" של ההורה לעניין פקודת מס הכנסה (הוראה דומה מצויה גם בחוק הסיוע המשפטי, שאף הוא לא רואה בקצבת הילדים משום "הכנסה" לעניין חישוב זכאותו של אדם לקבלת סיוע משפטי).

כמו כן, קיימות הנחיות של המוסד לביטוח לאומי, לפיהן הזכאות לקצבת ילדים חלה לא רק על ילדים שהוריהם מבוטחים, כי אם גם על ילדים הנמצאים בארץ בגפם, כגון ילדים עולים שעלו לארץ ללא הוריהם וילדים שהגיעו לארץ מאזור שארע בו אסון המוני וחוק השבות חל עליהם.

ר' אתר המוסד לביטוח לאומי, <http://www.btl.gov.il>

אף טענת המשיבים, כי קצבאות הילדים דומות לסיוע בדיוור (סעיף 122) הינה מופרכת מאחר שסיוע בדיוור (הקצאת דירה ו/או סיוע בשכר דירה) מותנה בעמידה בקריטריונים שונים כמו מאפיינים סוציו-אקונומיים שונים, לרבות מיצוי כושר השתכרות והכנסה משפחתית על פי נהלי משרד הבינוי והשיכון. מספר הילדים הינו קריטריון אחד במערכת שיקולים רחבה, מה שאין כן בקצבאות הילדים, אשר נשענות על קריטריון יחיד- מספר הילדים במשפחה.

## ד. היקף הקבוצות הנפגעות

60. טענתם של המשיבים, לפיה חקיקה הפוגעת בקבוצה מוגדרת אחת בלבד, ומסמנת אותה כנחותה ולא ראויה, הינה פוגענית יותר מחקיקה, המביאה לפגיעה במספר רב של קבוצות (פיסקה 113 לכתב התשובה) הינה תמוהה, בעיקר לנוכח העובדה, כי בתוך קבוצה מלאכותית זו, כפי שפורט לעיל, כלולות בעיקר הקבוצות עליהן נמנים העותרים: ערבים, אנשים עם מוגבלויות, עולים חדשים, חד הוריות ומי שלא התגייס מסיבות רפואיות - מדובר בקבוצות מיעוט מקופח, אשר לא שירתו בצבא בשל השתייכותם זו. אף היועץ המשפטי לממשלה התריע בטרם חקיקת החוק, כי הוא עומדת לפגוע במיוחד בקבוצות מסוימות:

"מדובר בפגיעה מאוד קשה, שתפגע בעיקר במשפחות גדולות. הפגיעה תחול בצורה בלתי פרופורציונלית על אוכלוסיות מסוימות: ערבים, חרדים, אנשים עם מוגבלויות ואנשים שלא שירתו שירות מלא מסיבות סוציאליות" (עמ' 6 למכתב היועץ).

61. ההסכמה, כי ישנה פגיעה בקבוצה אחת מובחנת, למשל ערבים, אינה מותרת מקום לטענה, כי קיום פגיעה בקבוצה נוספת, כמו אנשים עם מוגבלויות, מבטל את האפליה הקבוצתית כלפי כל קבוצה בנפרד. די בכך שמרבית הנפגעים מאפליה משתייכים לקבוצות מובחנות מוגנות ובשל השתייכותם זו לא שירתו - על מנת להסיק אפליה.

62. באותו אופן יש לדחות את הנחת המשיבים, לפיה על מנת שאפליה תחשב כקבוצתית, עליה לפגוע בכל הפרטים בקבוצה. טענה זו שגויה מיסודה. על מנת להסיק מסקנה לגבי הקבוצה כולה יש לבחון את הנתונים הסטטיסטיים לגבי הממוצע הקבוצתי, ומכאן להסיק מסקנות לגבי כלל הקבוצה. יתכן שישנם פרטים בקבוצה שאינם נפגעים, אולם אין חריג מעיד על הכלל. באותו אופן, העובדה כי אשה פלונית נמצאת ברשימת מקבלי השכר הגבוה במשק, אינה מעידה על מצב השתכרותן של קבוצת הנשים במשק.

63. מרבית הקבוצות, הנפגעות מחוק זה, מוכרות כקבוצות מוחלשות. אף המחוקק עצמו (בהליך חקיקה תקין ולא בהליך חקיקה מזורז כדוגמת ההליך בעתירה דכאן) החליט להעניק העדפת המתקנת לקבוצות אלה, ובתשס"א תוקן סעיף 15א לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959, כך שיקבע חובה לייצוג הולם של קבוצות שונות בקרב העובדים בשירות המדינה, ובהן נשים, אנשים עם מוגבלות ובני האוכלוסייה הערבית. בדיון שנערך בכנסת בהצעה לתיקון החוק, ביום 11.12.00, ביקש שר השיכון (דאז) נתן שרנסקי לכלול בתיקון גם את קבוצת העולים, בטענה כי גם קבוצה זו מופלית לרעה.

64. בהערות המסכמות של ועדת האו"ם לזכויות הילד, בעניין יישום האמנה בדבר זכויות הילד ע"י מדינת ישראל, שפורסמו לאחר שהועדה בחנה דו"חות אודות מצב זכויות הילדים בישראל, ושמעה את נציג המדינה באותו עניין, הביעה הוועדה עמדתה לגבי הקיצוצים המוצעים על-ידי ממשלת ישראל ואשר הובאו בפניה. לדעת הוועדה, הקיצוצים, ובעיקר אלה הנוגעים לרשת הביטחון הסוציאלית, **עלולים לפגוע דווקא בקהילות הכי פגיעות בחברה בישראל. כמו כן הדגישה הוועדה, כי על הממשלה לנהוג במדיניותה הכלכלית בשוויון כלפי כל האזרחים במדינה :**

"Against the backdrop of a declining economy, the Committee is concerned that the proposed budget cuts in social spending will negatively affect the economic, social and cultural rights of children of the most vulnerable groups .

The Committee recommends that the State party:

ensure the economic, social and cultural rights of all children, to the maximum extent of available resources ;

continue to prioritize and target budgetary allocation for children belonging to **the most vulnerable groups** (e.g. Israeli-Arab children, Bedouins, children of foreign workers, etc.); and systematically assess the impact of budgetary allocations on the implementation of child rights"

Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child (9.10.2002)

#### ה. הבחנה, המעניקה הטבה לקבוצה מסוימת, במטרה לקדם אותה מעמדה נחותה או לתגמל אותה מטעמים ראויים, אינה מביאה להשפלת קבוצות אחרות

65. אכן, הטבה לקבוצה אחת אינה מביאה בהכרח להשפלת הקבוצות האחרות. אולם במקרה נשוא העתירה ישנם כמה פרמטרים, המביאים למסקנה, כי אף מבחן זה אינו מתקיים: ראשית, קבוצת המשרתים בצבא אינה "קבוצת מעמד נחותה" כפי שהציגו אותה המשיבים. מדובר בקבוצה, הנמצאת בלבו של הקונצנזוס הישראלי, באשר השירות הצבאי מהווה תנאי כמעט הכרחי לשיתוף בחיי החברה הישראלים (עד לפני שנים אחדות אף קריטריון בקבלה לעבודה בשרות המדינה), וישנן מסגרות שונות של גמול, מענקים, סיוע וקליטה, המעוצבים ומיועדים לחברי קבוצה זו לבדם. שנית, בהקשר הרחב לא ניתן להתעלם מהעובדה, שמרוב חברי הקבוצות המופלות אינם יכולים לשרת שרות מזכה מסיבות שאינן בשליטתם. כך, למשל, לא ניתנה לאנשים הבחירה אם להיות מוגבלים פיזית אם לאו, והם לא תרו אחר מוגבלות בכדי להשתמט

משרות כלשהו. באופן דומה, אף הורים ערבים לא זכו לבחור האם לשרת בצבא אם לאו. נוכח מצב זה, מתן הטבה לקבוצה אחת, חזקה ומרכזית בחברה, בהכרח מביא לפגיעה בכבודן של הקבוצות האחרות, המוחלשות, המודרות, וברובם המכריע של המקרים - הנעדרות אפשרות אמיתית להצטרף לקבוצת הזכאים.

66. זאת ועוד, טיעונם של המשיבים, לפיו מדובר בהטבה ומשום כך זו אינה אפליה, מעלה כשל לוגי, שכן העדפת הרוב א-פריורית מעלה חשד של הפלית המיעוט. העובדה, שהמיעוט מורכב ממספר קבוצות, או מקבוצות ויחידים - אינה יכולה לרפא את נגע האפליה. כך, למשל, לו היתה קובעת מדינה אירופאית הטבה רק לנוצרים לא ניתן היה לפטור את טענת האפליה רק באמצעות הקביעה, כי מאחר שהפגיעה היא ביהודים, מוסלמים, בודהיסטים ואחרים, הרי שאין כאן אפליה. באותו אופן לא ניתן לאפשר הנחה במס רק לאשכנזים בישראל, תוך פגיעה במי שאינו אשכנזי יהודי, קרי, יהודים אחרים, מוסלמים, דרוזים, נוצרים ואחרים. כאמור, ניתוח זה הינו תיאורטי בלבד, מאחר שבכל מקרה, על אף נסיונם הרטורי של המשיבים, לא מדובר בהטבה לרוב, כי אם בהרעה למיעוט, כפי שעולה אף מבחינה מבנית, שהרי התיקון אינו משנה את ערך "נקודת הקצבה" ואינו קובע "תוספת" כלשהי לנקודת הקצבה אלא קובע הפחתת גובה קצבאות הילדים לכולם, אולם מרע יותר עם מי שלא שירת שירות מזכה (ר' סעיף 68 לעיקרי הטיעון).

היום 22 במאי 2003

---

שרון אברהם-ויס, ע"ד

לימור סולומון, ע"ד

ב"כ העותרים