

**בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק**

**בג"ץ 3390/16
קבוע לדיון 25.1.17**

1. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
2. המוקד להגנת הפרט
3. אלדמיר לטיפול בענייני אסירים וזכויות אדם
4. התנועה העולמית להגנת על הילד
על ידי ב"כ עוח"ד סאוסן זהר ואח'
מרחוב יפו 94, חיפה
טלפון: 04-9501610; נייד: 052-6399147; פקס': 04-9503140

העותרים

נ ג ד

1. הכנסת
על ידי הלשכה המשפטית בכנסת
משכן הכנסת, קריית בן גוריון, ירושלים 91950
טלפון: 02-6753132; פקס': 02-6753495

2. שרת המשפטים
3. המוסד לביטוח לאומי
על ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, ירושלים
טלפון: 02-6466590; פקס': 02-6467011

המשיבים

תגובה מטעם המשיבים 2-3

1. בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד, מתכבדים המשיבים 2-3 (להלן: המשיבים) להגיש את תגובתם לקראת הדיון בעתירה, כדלקמן.
 2. עניינה של העתירה בבקשת העותרים, כי בית המשפט הנכבד יוציא מלפניו צו על תנאי המורה למשיבים לנמק "מדוע לא יבוטל סעיף 3 לחוק העונשין (תיקון מס' 120 והוראת שעה), התשע"ו-2015, בהיותו בלתי חוקתי". יצוין כי בפרסום תיקון החקיקה ברשומות נפלה טעות קולמוס, וכי התיקון מושא עתירה זו הוא תיקון מס' 122 ולא תיקון מס' 120 (תיעשה פניה לגורמים הרלוונטיים לתיקון טעות קולמוס זו בהקדם אפשרי).
- עניינו של התיקון במספר רכיבים, כפי שיפורט בהמשך, ובמסגרת העתירה שלפנינו, נתקף רכיב אחד בלבד של התיקון: שלילת הגמלאות המנויות בסעיף מהוריו של קטין אשר הורשע בעבירת ביטחון כהגדרתה בסעיף 326(ג) לחוק הביטוח הלאומי או בעבירה על פי סעיף 332 לחוק העונשין, שעניינה יידוי אבנים מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור, בתקופה בה שוהה הילד במאסר בגין העבירות האמורות.

3. עמדת המשיבים היא כי תיקון החקיקה האמור חוקק כדין, והוא אינו מצדיק כל התערבות שיפוטית בדבר חקיקה ראשי.

המשיבים יטענו כי תיקון החקיקה מבטא את האינטרס הלגיטימי של המדינה להיאבק בתופעה של ביצוע עבירות של יידוי אבנים וכן עבירות ביטחון חמורות, על ידי קטינים הפועלים ממניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור אחרות. אינטרס זה, מקבל משנה תוקף אף בשל העובדה שתופעת יידוי האבנים הפכה שכיחה במציאות של השנים האחרונות וכן לאור פוטנציאל הסיכון הגלום בה לפגיעה בחייו, גופו, נפשו ורכושו של אדם. המשיבים יטענו עוד, כי אין בתיקון לחוק, מושא העתירה, כדי לפגוע בזכויות חוקתיות מוגנות, ולחלופין, ספק של ממש הוא, אם המדובר בפגיעה שאינה מזערית, ונזכיר את ההלכה לפיה לא יטה בית המשפט הנכבד לפסול חוק בשל פגיעה מזערית בזכות, ותהא זו אפילו זכות יסוד; לחלופי חלופין - ככל שייקבע כי קיימת בענייננו פגיעה בזכות חוקתית מוגנת (והמשיבים סבורים כי כלל אין כך הדבר), הרי שמדובר בפגיעה העומדת בתנאי פסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולפיכך מדובר בתיקון חקיקה חוקתי, שאין כל בסיס להתערבות בו.

4. בתמצית, נציין כבר עתה:

ראשית, אין ממש בטענת העותרים לפגיעה בזכות לקיום אנושי בכבוד של הקטין האסיר, או של בני משפחתו, בתקופת המאסר; קטין שהורשע בעבירה ונגזר עליו עונש מאסר, יקבל בעת ריצוי תקופת מאסרו את כלל צרכיו הבסיסיים, כך שזכותו לקיום מינימלי בכבוד תקיים, גם אם ישללו הגמלאות המשולמות בעניינו. מן העבר השני, ברי כי ככל שילד אינו שוהה בביתו, וצרכיו הבסיסיים מסופקים על ידי המדינה, הוריו אינם נדרשים לשאת בתשלום החוצאות האמורות עבורו, ולכן לא ניתן לטעון שנפגעת זכותם לביטחון סוציאלי או לקיום אנושי בכבוד עקב שלילת הגמלאות בתקופת המאסר.

שנית, כפי שיתואר להלן, אין מדובר במקרה חריג של שלילת גמלאות בעת שאדם זכאי לסיוע כלכלי במימון חלקי או מלא של גורם אחר (בענייננו – המדינה באמצעות שירות בתי הסוהר), וקיימות דוגמאות שונות למקרים דומים, שבהם נשללת זכאות לגמלה בנסיבות בהן האדם זכאי לסיוע כלכלי במימון מלא או חלקי של המדינה או במקרה שבו האדם מקבל סיוע כלכלי מגורם אחר (שאינו המדינה). הדבר מוכר בדין הישראלי מימים ימימה, ובחקשר זה אין בתיקון לחוק מושא ענייננו כל חידוש.

שלישית, אף אין לומר כי נפגעת בענייננו, הזכות לשוויון. לעמדת המשיבים, בענייננו, בבסיס האבחנה שנערכה במסגרת התיקון, עומדים שיקולים ענייניים המצדיקים את ההבחנה בין עניינם של קטינים שנאסרו בעקבות הרשעתם בגין עבירות של יידוי אבנים ובעבירות ביטחון על רקע לאומני או עם זיקה לפעילות טרור, כפי שנקבע בתיקון, ובין עניינם של קטינים שנאסרו על רקע פלילי אחר, לעניין שלילת הגמלאות המשולמות

עבורם. אבחנה זו נסמכת על אדנים מוצקים של פסיקה רבת שנים, והיא איננה מקימה כל מקום להתערבות.

5. בטרם נעמוד על הנימוקים לדחיית העתירה, נבקש לעמוד בתמצית על עיקר הליכי החקיקה של התיקון לחוק.

חוק העונשין (תיקון מס' 122 והוראת שעה), התשע"ו-2015

6. ביום 12.10.15 התפרסמה הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 122 והוראות שעה), התשע"ו-2015 (להלן: התיקון) (הצעות חוק ממשלה, חוברת מס' 985, עמ' 84).

העתק הצעת החוק מצורף ומסומן מ/ש1.

7. הרקע להצעת החוק פורט בדברי ההסבר להצעה, כך:

"על רקע התפשטותה של תופעת יידוי האבנים בתקופה האחרונה, והסיכונים הרבים הכרוכים בה לגוף ולרכוש, מוצע לערוך תיקונים שעיקרם בהחמרת הענישה נגד מידי האבנים לעבר כלי רכב בנסיעה ולעבר הולכי רגל, על דרך של קביעת הוראת שעה בחוק העונשין, התשל"ז-1977..."

8. ברקע לתיקון זה עמד תיקון קודם לחוק העונשין (תיקון מס' 120) (יידוי או ירי של אבן או חפץ אחר), התשע"ה-2014, במסגרתו, בוצע תיקון בסעיף 332א לחוק העונשין, שעל פיו נקבע מדרג ענישה לעבירה של יידוי אבן או חפץ לעבר כלי תחבורה בנסיעה. עוד ברקע לתיקון זה, עמד לנגד עיני המחוקק הצורך להאבק בתופעה החולכת וגוברת בשנים האחרונות של מידי האבנים. וכך נקבע בדברי ההסבר להצעת תיקון מס' 120 הנ"ל:

"מטבע הדברים, יידוי אבנים או חפצים אחרים על כלי תחבורה במהלך נסיעתם עלול לסכן את היושבים ברכב ואת שאר הנוסעים בכביש. בית המשפט העליון עמד על הסכנות הכרוכות בהשלכת אבנים על מכונית נוסעת בע"פ 4307/06 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 22.1.07): 'משליך האבן אינו יודע מה תהא תוצאת מעשהו, האם תפגע האבן בפח הרכב ותטיל אימה בלא נזק פיסי לאדם, או תיפול על הכביש ולא תגרום נזק, או שמא תחדור בעד השמשה ותקפח חיים או תפגע קשות'."

צילום דברי ההסבר להצעת חוק חוק העונשין (תיקון מס' 120) (יידוי או ירי של אבן או חפץ אחר), התשע"ה-2014, מצורף ומסומן מ/ש2.

9. תיקון זה – מס' 120 – התקבל בכנסת ביום 20.7.15, ובהמשך לו פורסם בחודש אוגוסט 2015 עדכון להנחיית פרקליט המדינה מס' 2.19 שכותרתה "מדיניות האכיפה בעבירות של יידוי אבנים". וכך נכתב בעדכון הנחיית פרקליט המדינה:

"תופעת יידוי האבנים לעבר כלי רכב אינה חדשה עמנו, ולרוב חוטאים בה צעירים ואף קטינים. על מציאות קשה זו נכון להגיב ביד קשה, הן כדי לגמול למייד האבנים נוכח סטייתם מן השורה והן כדי להרתיע את הרבים" (עניין גדיר).

1. הנחיה זו עניינה בריבוי מקרים, לו אנו עדים בשנים האחרונות, של יידוי אבנים לעבר כלי רכב, לרבות בזמן נסיעה בצירי תנועה, לעבר אנשי כוחות הביטחון, לעבר מחסומים וכו'.
- מדובר בעבירות חמורות היוצרות סיכון מוחשי לפגיעה בגוף וברכוש, משבשות את אורח החיים התקין, ומבטאות קריאת תיגר על שלטון החוק. הן קלות לביצוע וקשות לאיתור, לחקירה ולמניעה. פעמים, הן משמשות "כרטיס כניסה" לעולם הפח"ע, שלב ראשוני במדרג פעילות הטרור, ממנו עלולה לצמוח פעילות חבלנית חמורה יותר.
2. לצד חומרת התופעה, יש ליתן את הדעת אף להתפשטותה. לפי תעודות עובד ציבור של משטרת ישראל (ראו התייחסות לדוגמה בסיום ההנחיה), חלה בשנים האחרונות עליה ניכרת באופן שיטתי במספר עבירות התקיפה והאלימות באמצעות יידוי אבנים.

צילום הנחיית פרקליט המדינה מס' 2.19 מצורף ומסומן מש/3.

10. אף ברקע לתיקון שבמוקד העתירה דנן – מס' 122 - עמד צורך זה, להיאבק בתופעה של ריבוי יידוי אבנים על ידי קטינים. במסגרת התיקון הוצע, בין היתר, לקבוע עונשי מינימום לעבירות הרלוונטיות וכן הוצע לתקן את סעיף 329(א)(2) לחוק העונשין כדי לעגן את הפסיקה הקיימת ולפיה העבירה חלח גם לגבי ניסיון לפגוע באדם באמצעות אבן.

כמו כן, הוצע הרכיב בתיקון העומד במוקד העתירה דנן, ולפיו יתוקן חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ו-1995, כך שייקבע "כי יישללו גמלאות מהוריו של ילד שהורשע בעבירת ביטחון כהגדרתה בסעיף 326(ג) לחוק הביטוח הלאומי 1995 או בעבירה לפי סעיף 332 לחוק העונשין שבוצעה מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור, בתקופה שבה חילד נמצא במאסר עקב הרשעה כאמור" (עמ' 86 לדברי ההסבר להצעת החוק).

- יצוין, כי בעתירתם מציינים העותרים מפורשות כי העתירה דנן מתמקדת בסעיף 3 לתיקון החקיקה, קרי – אך ורק לחלק האמור הנוגע לתיקון לחוק הביטוח הלאומי (סעיף 5 לכתב העתירה).

11. בסעיף 3 להצעת החוק נקבע כך :

3. בחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 (להלן – חוק הביטוח הלאומי) –
 (1) בסעיף 325 –
 (א) האמור בו יסומן "א" ובו המילים "של שלושה חודשים או יותר" – יימחקו;
 (ב) אחרי סעיף קטן (א) יבוא:
 "(ב)(1) ילד כהגדרתו בסעיף 238, שהורשע בעבירת ביטחון כהגדרתה בסעיף 326(ג) או בעבירה לפי סעיף 332 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), הילד לא יבוא במניין הילדים לעניין הסעיפים המנויים בפסקת משנה (1)(ב), לעניין סעיפים 68 ו-74(ב)(2), ולעניין חוק הבטחת הכנסה וחוק המזונות (הבטחת תשלום), התשל"ב-1972;
 (2) בסעיף 326(ג), אחרי "בזיקה לפעילות טרור" יבוא "בסימן זה – עבירת ביטחון"."

12. בסעיף 4 להצעת החוק נקבע מועד תחילתו של החוק, כדלקמן :

4. סעיף 325 לחוק הביטוח הלאומי, כנוסחו בסעיף 3 לחוק זה, יחול לגבי עבירה שנעברה ביום תחילתו של חוק זה ואילך."

13. בדברי ההסבר לסעיפים 3 ו-4 פורט הרקע לתיקונים המוצעים, וכך, בין היתר, נקבע:

"בנוסף, ועל רקע תופעת יידוי האבנים בידי ילדים קטינים ומשום שצורכי הקיום של ילד הנמצא במאסר מסופקים בבית הסוהר, מוצע להרחיב את סעיף 325 כך שהגמלאות הבאות לא ישולמו להוריו של ילד שהורשע בעבירת ביטחון, כהגדרתה בעסיף 326(ג) לחוק הביטוח הלאומי, או בעבירה לפי סעיף 332 לחוק העונשין שעניינה יידוי אבנים לעבר כלי תחבורה בנסיעה מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור, בתקופה שבה הילד שוהה במאסר עקב ההרשעה בעבירה כאמור:

1. קצבת ילדים;

2. מענק לימודים;

3. תוספת בעבור הילד לגמלת הבטחת הכנסה או לתשלום לפי חוק המזונות (הבטחת תשלום), המשולמים להורים לפי חוק הבטחת הכנסה, חוק המזונות (הבטחת תשלום) או סעיף 68(ג) לחוק הביטוח הלאומי;

4. תוספת בעבור הילד לקצבת נכות, קצבת שאירים, קצבת תלויים וקצבת זקנה, המשולמות להוריו.

עוד מוצע לקבוע כי בתקופת המאסר הילד לא יבוא במניין הילדים לעניין הגמלאות שישללו.

עוד מוצע לקבוע כי הוראות סעיף 325, כנוסחו בהצעת החוק, יחולו על עבירה שנעברה ביום תחילתו של חוק זה ואילך.

עוד הובאה בדברי ההסבר להצעת החוק, התייחסות להשפעתה של ההצעה על זכויותיהם של ילדים, וכך נכתב:

"התיקון המוצע לסעיף 325 יפגע בהכנסתה של משפחתו של ילד שהורשע בעבירת ביטחון או בעבירה לפי סעיף 332 לחוק העונשין בגובה הקצבאות או התוספות לקצבאות שישללו כמפורט בסעיף 3 לעיל ומובן כי הפחתה בהכנסה המשפחתית יכולה להשפיע גם על סיפוק צורכי הילדים במשפחה. עם זאת, יצוין כי ההפחתה תהיה בתקופת המאסר שבה הילד ממילא מקבל את צורכי הקיום הבסיסיים בבית הסוהר ואינו גר בביתו".

14. ביום 12.10.16 נתקבלה הצעת החוק בקריאה ראשונה במליאת הכנסת והועברה לוועדת חוקה חוק ומשפט לתכנה לקריאה שנייה ושלישית. ביום 20.10.15 דנה ועדת החוקה, חוק ומשפט בהצעת החוק ואישרה אותו לקריאה שנייה ושלישית.

15. במסגרת דיוני הוועדה עמדה הגב' נורית בלובשטיין, נציגת פרקליטות מחוז ירושלים, על היקף תופעת מיידים האבנים, וכך עולים דבריה מפרוטוקול הוועדה:

"זו מכת עיר ומדינה, ובמיוחד מכת עיר. אני לא יודעת אם נמצאים כאן נציגי המשטרה, אבל אנחנו מקבלים מהמטה ומהמחוז של המשטרה סטטיסטיקות שמדברות על כמות האירועים, עלייה, גרפים. אני רואה פה מול עיני, כאשר אנחנו ב-2015 ועוד לא סיימנו את השנה, שכאשר מדובר על מגמת ידווי האבנים בירושלים, מדובר על עלייה בין 2014 ל-2015 של 97% באופן יחסי".

צילום העמוד הרלוונטי מפרוטוקול הוועדה מצורף ומסומן מש/4.

16. ביום 2.11.15 אושר התיקון לחוק במליאת הכנסת; התיקון פורסם ברשומות ביום 5.11.15 (ס"ח 2506).

החוק בנוסחו הסופי כפי שפורסם ברשומות צורף כנספח 1/ע לעתירה.

17. ביום 21.4.16 הוגשה העתירה דנן נגד הכנסת. עוד באותו היום קבע בית המשפט הנכבד כי העתירה תיקבע לדיון בפני הרכב והורה כי תגובת הכנסת תוגש עד 21 יום לפני מועד הדיון. ביום 16.11.16 הוגשה בקשה מטעם העותרים לצירוף שרת המשפטים והמוסד לביטוח לאומי כמשיבים לעתירה. ביום 17.11.16 התקבלה בקשה זו וביום 22.11.16 הומצאה העתירה לפרקליטות המדינה.

18. למען שלמות התמונה יצוין, כי במהלך הטיפול בעתירה דנן, התברר כי יישומו של תיקון החוק על ידי המוסד לביטוח לאומי טרם החל, וזאת משלא עובד והועבר המידע הנדרש לצורך יישומו לידי הגורמים הרלוונטיים. בעקבות בחינת הדברים ופתרון הסוגיה, החל המוסד לביטוח לאומי בחודש ינואר שנה זו ביישומו של החוק. מהגורמים המוסמכים נמסר, כי על פי בדיקה עדכנית נמצאו שבעה אסירים קטינים, הנכנסים לגדרו של התיקון, קרי גמלאות אלו ואחרות היו אמורות להישלל ממשפחותיהם ולא נשללו בפועל עד כה; בעניינם יבוצע קיזוז הגמלאות רטרואקטיבית (בהתאם לסמכות המוסד לביטוח לאומי מכוח סעיף 315 לחוק הביטוח הלאומי, המאפשר למוסד לנכות גמלאות ששולמו בטעות או שלא כדין מתשלומים המגיעים למקבל התשלום).

עמדת המשיבים - דין העתירה להידחות

19. המשיבים יטענו כי דין העתירה להידחות, שכן אין בתיקון החקיקה מושא העתירה, כדי לפגוע בזכויות חוקתיות מוגנות, ולחלופין, המדובר בפגיעה מזערית, אשר אינה מקימה עילה להתערבות בית המשפט הנכבד בדבר חקיקה ראשי, בהתאם לפסיקת בית המשפט הנכבד; לחלופי חלופין - ככל שייקבע כי קיימת בענייננו פגיעה בזכות חוקתית מוגנת (והמשיבים סבורים כי כלל אין כך הדבר), הרי שמדובר בפגיעה העומדת בתנאי פסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולפיכך מדובר בתיקון חקיקה חוקתי, שאין כל בסיס להתערבות בו, כאמור.

20. כידוע, הבחינה החוקתית נעשית בשלושה שלבים. השלב הראשון של הבחינה החוקתית בוחן אם התיקון לחוק פוגע בזכות אדם המעוגנת בחוק יסוד ומוגנת בו. אם התשובה שלילית, מסתיימת הבחינה החוקתית. אם התשובה חיובית, יש לעבור לשלב השני. השלב השני בוחן אם הפגיעה בזכות החוקתית היא כדין. בשלב זה יש לבחון אם התיקון לחוק מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. אם התשובה חיובית מסתיימת הבחינה החוקתית. לעומת זאת, אם התשובה שלילית יש לעבור לשלב השלישי הבוחן את תוצאות אי החוקיות. (ראו על כך בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם באר"ש, 20.8.08) (להלן: עניין המפקד הלאומי) וכן בג"ץ 1661/05

המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 544-549 (2005) (להלן: עניין המועצה האזורית חוף עזה)).

21. כידוע, וכפי שבית המשפט הנכבד חזר ושנה בפסיקתו, על עותר המבקש להביא לביטולה של חקיקה ראשית מוטל נטל ראשוני, כבד משקל, להוכיח קיומה של פגיעה בזכות חוקתית מוגנת. ביסוד פסיקה זו ניצבת מושכלת היסוד החוקתית, לפיה חקיקתה הראשית של הכנסת נהנית מחוקת חוקתיות, ולפיכך רק במקרים יוצאי דופן יתערב בית המשפט הנכבד בחוק של הכנסת, המבטא את רצון נבחריו הדמוקרטיים של הציבור (ראו, לדוגמה: ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 428-429 (1995); בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, (פורסם באר"ש, 12.12.05) (להלן: עניין עמותת מחויבות לשלום)). היטיב לבטא זאת המשנה לנשיא מ' חשין, בעניין עמותת מחויבות לשלום, עת נדרש לריסון השיפוטי הננקט בהפעלת ביקורת שיפוטית חוקתית כלפי חקיקה ראשית:

"זהיר-זהיר נלך עד שנורה על פסלותה של הוראה שבחוק הכנסת ולו במקום שהדברים אמורים: בזכויות-יסוד של היחיד. זהירות-יתר זו עטפה עצמה בדוקטרינה, ואותה דוקטרינה מזהירה אותנו באורח מפורש ומפורט מפני התערבות במעשי חקיקה של הכנסת, שמא יעבור בית המשפט ויחרוש שלא בהיתר בשדה של הרשות המחוקקת... לענייננו – שלא יאמר, כי בפגיעה בזכותו של היחיד חייבת שתהא פגיעה מהותית, פגיעה יסודית ועמומה. פגיעה שיש בה עוצמה שלילית בכמות. במשקל ובמידה כדי כד שמכריעה היא חוראת-חוס מפורשת" [פסקה 5 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין; ההדגשה הוספה – הח"מ].

22. ביסוד הלכה זו עומד עקרון הכיבוד ההדדי בין הרשויות והריסון העצמי שנוקט בית המשפט הנכבד במאטריה זו של ביטול חקיקת הכנסת. לעניין זה ראו דברי כב' המשנה לנשיאה א' ריבלין בבש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 11.2.10) (להלן: עניין פלוני), בו אמנם ביטל בית המשפט הנכבד סעיף בחוק, אך הדברים משקפים את הרציונאל הכללי של הריסון השיפוטי העקרוני השורר בתחום זה:

"בית המשפט העליון עמד לא פעם על הצורך לנהוג איפוק וריסון מרבי בהפעלת הסמכות להכריז על בטלותם של חוקים בשל היותם נוגדים את הוראות חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. "הכרזה על בטלותו של חוק או חלק ממנו היא עניין רציני. לא על נקלה יעשה כן השופט... בבטלו חקיקה ראשית, השופט מסכל את רצון המחוקק. הצידוק לכך הוא בכפיפותו של המחוקק להוראות חוקתיות-על-חוקיות, שהוא עצמו קבען... עם זאת, נדרשת לכך זהירות שיפוטית רבה" (בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, פסי 19 לפסק-הדין של הנשיא ברק (1997))." (ההדגשה הוספה – הח"מ).

כן ראו דבריה של כב' השופטת (כתוארה אז) מ' נאור בעניין פלוני האמור, כדלקמן:

"ביטול חוק הינו מוצא אחרון. השאיפה החוקתית היא לאיזון בין הערכים המתנגשים ולא להכרעה ביניהם." (ההדגשה הוספה – הח"מ).

23. משאמרנו זאת, פנויה הדרך לבחון האם עלה בידי העותרים להרים את הנטל להוכחת קיומה של פגיעה בזכות חוקתית שיש בה, כלשונו של המשנה לנשיא מ' חשין, להכריע הוראת-חוק מפורשת.

בחינה חוקתית - שלב ראשון: הפגיעה בזכות החוקתית

24. בעתירה נטען כי התיקון לחוק פוגע במספר זכויות חוקתיות של העותרים. המשיבים סבורים כי דין טענות העותרים להידחות וכי אין מדובר בענייננו בפגיעה חוקתית. להלן נדון בטענות העותרים.

פגיעה בזכות לקיום מינימאלי בכבוד ובזכות לביטחון סוציאלי

25. לטענת העותרים, שלילת הגמלאות בהתאם לתיקון לחוק פוגעת בזכות לקיום מינימאלי בכבוד ופוגעת בזכות הורי הקטין לכבוד. לטענת העותרים, עבור הורים ממעמד סוציו-אקונומי נמוך, יש בשלילת הגמלאות כדי לפגוע בקיומם המינימאלי בכבוד. עוד טוענים העותרים, כי שלילת מכלול הגמלאות על פי התיקון לחוק מהווה פגיעה בזכותם של הורי הקטין לביטחון סוציאלי.

26. יצוין כבר עתה, כי הזכות לביטחון סוציאלי טרם הוכרה בפסיקה כזכות נפרדת, ועל כן, ייערך הדיון להלן בשאלת הפגיעה בזכות לקיום מינימאלי בכבוד ובשאלת הפגיעה בביטחון סוציאלי, במאוחד. ראו לעניין זה קביעתה של כב' השופטת ארבל בבג"ץ 7245/10 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה (פורסם באר"ש, 4.6.13), להלן: עניין החיסונים):

"אעיר כי ככל שהעותרים טוענים לפגיעה בזכות לביטחון סוציאלי, במובחן מהזכות לקיום מינימאלי בכבוד, הרי שהם לא הציגו כל ביסוס לקיומה כזכות חוקתית, ולא טענו כלל לתוכנה של זכות זו להבדיל מהזכות לקיום מינימאלי בכבוד. בית משפט זה טרם עמד על מעמדה והיקפה של הזכות לביטחון סוציאלי במשפט הישראלי (ראו בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(2004) 729, 737 (1)) להלן: עניין מנור (עניין עמותת הרופאים, בעמ' 333), והעותרים לא הרחיבו בשאלה זו, ונראה כי חלקם כלל לא עמדו על ההבדלים בין שתי הזכויות. משכך, לא ראיתי כי יש מקום לדון בנפרד בשאלת הפגיעה בזכות זו."

27. כפי שיפורט להלן, עמדת המשיבים היא כי אין בשלילת הגמלאות המשולמות להורי הקטין בעבור ילדם בזמן תקופת מאסרו, כדי לפגוע בזכותם לקיום מינימאלי בכבוד ולביטחון סוציאלי.
28. בדברי ההסבר להצעת החוק, אשר הובאו לעיל, צוין במפורש כי שלילת הגמלאות כפי שנקבעו בתיקון לחוק נעשתה "על רקע תופעת ידוי האבנים בידי ילדים קטינים ומשום שצורכי הקיום של ילד הנמצא במאסר מסופקים בבית הסוהר". דברי ההסבר התייחסו מפורשות להשפעתה של ההצעה על זכויותיהם של ילדים, אך הוברר כי על אף שיש בתיקון המוצע כדי לפגוע בהכנסתה של משפחתו של ילד שחורשע בעבירות המנויות בתיקון, מדובר בהפחתת הגמלאות לתקופה סצובה "בתקופת המאסר שבה תילד ממילא מקבל את צורכי הקיום הבסיסיים בבית הסוהר ואינו גר בביתו". דומה, כי הדברים מדברים בעד עצמם, ולמשפחתו של הקטין שחורשע לא אמור, על דרך הכלל, להיגרם חסרון כיס כתוצאה משלילת הגמלאות, שעה שאלו נועדו לספק את צרכי הקטין, והללו מסופקים בתקופה הרלוונטית על ידי בית הסוהר שבו הוא שוהה.
29. בהקשר זה, קובע סעיף 11ב לפקודת בתי הסוהר את חובת המדינה לספק תנאי כליאה הולמים לאסירים, וכך קובע הסעיף:
- "11ב. (א) בסעיף זה, "אסיר" – למעט עצור שטרם הוגש נגדו כתב אישום.
- (ב) אסיר יוחזק בתנאים הולמים שלא יהיה בהם כדי לפגוע בבריאותו ובכבודו.
- (ג) אסיר יהיה זכאי, בין השאר, לכל אלה:
- (1) תנאי תברואה הולמים, תנאים שיאפשרו לו לשמור על ניקיונו האישי, טיפול רפואי הנדרש לשם שמירה על בריאותו, ותנאי השגחה מתאימים לפי דרישת רופא של שירות בתי הסוהר;
- (2) מיטה, מזון ושמכות לשימושו האישי, והחזקת הפצים אישיים כפי שייקבע בתקנות;
- (3) מי שתייה וכן מזון בכמות ובהרכב המתאימים לשמירה על בריאותו;
- (4) בגדים, מוצרים לשמירה על ניקיון אישי ומצעים בכמות ובתנאים שייקבעו בפקודת השירות;
- (5) תנאי תאורה ואוורור סבירים בתא;
- (6) הליכה יומית באוויר הפתוח, בתנאים ובמועדים שייקבעו בתקנות; זכות זו ניתנת להגבלה מטעמים של שמירה על שלומו של האסיר.
- (ד) עיקר זכויות האסירים וחובותיהם במקום המאסר יפורסמו במקום בולט במקום המאסר.
- (ה) מבקר המשרד לביטחון הפנים ימסור לשר, אחת לשנה, דין וחשבון על יישום סעיף זה.
- (ו) השר רשאי לקבוע בתקנות הוראות לביצוע סעיף זה, וכן הוראות בדבר תנאים נוספים שלהם יהיה זכאי אסיר בבית הסוהר".

30. חנה כי כן, סעיף 11ב האמור קובע כי אסיר יחזק בתנאים הולמים שלא יהיה בהם כדי לפגוע בבריאותו או בכבודו. אסיר יהיה זכאי, בין היתר, לתנאי תברואה הולמים, טיפול רפואי, מיטה, בגדים, מי שתייה ומזון, תנאי תאורה ועוד. זאת ועוד, אסירים קטינים זכאים לתנאים נוספים, כך למשל, בהתאם לסעיף 26 לפקודת נציבות שירות בתי הסוהר מס' 04.08.00 שכותרתה "החזקת קטינים במעצר/ מאסר", נקבע כי "תפריט התזונה של קטין המוחזק במאסר יותאם, בכמותו ובאיכותו, לגילו של הקטין והתפריט יהיה מועשר במרכיבי מזון כמו סידן ומוצרי חלב" וסעיף 27 לפקודה זו קובע כי לקטין יינתנו שירותי חינוך. אם כן, כאמור, קטין שהורשע בעבירה ונגזר עליו עונש מאסר, יקבל בעת ריצוי תקופת מאסרו את כלל צרכיו הבסיסיים, כך שזכותו לקיום מינימלי בכבוד תקיים. מן העבר השני, ברי כי ככל שילד אינו שוהה בביתו, וצרכיו הבסיסיים מסופקים על ידי המדינה, חוריו אינם נדרשים לשאת בתשלום תהוצאות האמורות עבורו, על כן לא ניתן לטעון שנפגעת זכותם לביטחון סוציאלי או לקיום אנושי בכבוד מטעם זה.

31. יצוין, כי אין מדובר במקרה חריג של שלילת גמלאות בנסיבות אלה, וכי קיימות דוגמאות שונות למקרים דומים, שבהם נשללת זכאות לגמלה בנסיבות בהן האדם זכאי לסיוע כלכלי במימון מלא או חלקי של המדינה או במקרה שבו האדם מקבל סיוע כלכלי מגורם אחר (שאינו המדינה).

כך למשל, סעיף 325 לחוק הביטוח הלאומי. תשנ"ה-1995 (להלן: חוק הביטוח הלאומי) קובע כי "אסיר 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" (ההדגשה הוספה – הח"מ). ויצוין, כי עיקרון זה, לפיו לא תשולם גמלה לאסיר בעת תקופת מאסרו, נקבע בסעיף האמור עוד קודם לתיקון שבמוקד העתירה דנן.

סעיף 307 (א) לחוק הביטוח הלאומי קובע כי אם גוף ציבורי נושא ביותר ממחצית הוצאות החזקה של אדם, ואותו אדם זכאי לקצבה, תשולם הקצבה בחלקה לזכאי ובחלקה לגוף הציבורי (ואם יש לו תלויים – ישולם להם חלק מהקצבה), ובלבד שבידי האדם יוותרו לפחות 20% מהגמלה, וכך נקבע בסעיף:

"נמצא זכאי לקצבה במוסד, וגוף ציבורי שהשר קבע בצו נושא ביותר ממחצית הוצאות החזקה בו, תשולם הקצבה בחלקה לזכאי ובחלקה לגוף הציבורי; היו לזכאי תלויים שהם תושבי ישראל, ישולם להם חלק מהקצבה." (ההדגשה הוספה – הח"מ).

סעיף 3 לחוק הבטחת הכנסה. תשמ"א-1980 קובע כי אדם הנמצא במוסד וכל החזקתו היא על חשבון אוצר המדינה (או גופים אחרים המפורטים בסעיף), לא יהיה זכאי לגמלה לפי חוק זה, וכך קובע הסעיף:

"לא יחיו זכאים לגמלה לפי חוק זה –

(1) אדם הנמצא במוסד וכל החזקתו היא על חשבון אוצר המדינה, הסוכנות היהודית לארץ ישראל, רשות מקומית או גוף אחר שנקבע בתקנות;

(2) אדם המשרת שירות סדיר בצבא-הגנה לישראל ואשתו;

(3) חבר בתאגיד האחראי לכלכלת חבריו;

... [ההדגשה הוספה – הח"מ].

יצוין שגמלת הבטחת הכנסה אינה משולמת בתקופת המאסר גם מכוח הוראת סעיף 23 לחוק הבטחת הכנסה, שמאמצת את הוראת סעיף 325 לחוק הביטוח הלאומי שהוזכרה לעיל.

דוגמה נוספת הדומה (אך לא זהה) לענייננו, שכן הסיוע ניתן בכסף ולא בעין ובידי גורם שאינו המדינה, נמצא בהוראת סעיף 196 לחוק הביטוח הלאומי שלפיה לא ישולם כפל גמלאות לנכה, אשר מעבידו או קופת גמל משלמים עבורו דמי מחלה, וכך קובע הסעיף:

"196. (א) נכה זכאי לגמלה לפי פרק זה...

(ב) הזכות לגמלה לפי פרק זה תתחיל בתום 90 ימים מהתאריך הקובע, ובלבד שאם במועד זה מקבל הנכה דמי מחלה ממעבידו או מקופת גמל כמשמעותה בסעיף 180, תתחיל הזכות בתום התקופה שבעדה שולמו דמי המחלה כאמור." (ההדגשה הוספה – הח"מ)

כמו כן ראו הוראה דומה בסעיף 155 לחוק הביטוח הלאומי לעניין ביטוח תאונות.

32. בבסיס הוראות אלו, כמו גם בבסיס הוראות התיקון מושא העתירה דנן, עומדת התפיסה כי בנסיבות בהן האדם זכאי לקבלת סיוע והבטחת ביטחון סוציאלי מהמדינה, מגורם ציבורי אחר או אף מגורם פרטי, לגיטימי לסייג את הזכאות לגמלה, וזאת בין אם הסיוע האחר ניתן בעין או בכסף, בין אם הגמלה משולמת לפי צרכים, בדרך של גמלה המותנית במבחן הכנסות, ובין באמצעות בחינה של המקורות האחרים המספקים סיוע כלכלי דומה ושילת הזכאות מאדם המקבל סיוע אחר, כבענייננו.

33. ויודגש, כי תפיסה זו עומדת בעינה, בין אם רואים בגמלאות המשולמות עבור הילד, כשייכות להורי הקטין (ראו למשל סעיף 2 לפסק דינה של כבי השופטת חיות, בבג"ץ בעניין החיסונים) ובין אם רואים בהן כשייכות לילד עצמו (ראו לעניין זה למשל, סעיף 25 לפסק דינה של כבי השופטת ארבל, שס), שכן כך או כך, מסופקים צורכי הילד במהלך מאסרו על ידי שירות בתי הסוהר, ובכך נגרעות ההוצאות המשולמות עבורו על ידי הוריו במהלך תקופה זו. לפיכך, לא ניתן לטעון כי נפגעת הזכות של מי מחם לקיום מינימאלי בכבוד או לביטחון סוציאלי בהתבסס על הטעם כי נשללו הגמלאות המשולמות עבור הילד בתקופה זו.

34. בבג"ץ בעניין החיסונים דחה בית המשפט הנכבד עתירות שעניינן תיקון 113 לחוק הביטוח הלאומי, שהורה על הפחתת קצבת ילדים להורה שילדיו לא קיבלו את החיסונים הנדרשים לפי הנחיות מנכ"ל משרד הבריאות. שם קבע בית המשפט הנכבד בפסק דינו כי הגשמתה של הזכות לקיום אנושי מינימאלי בכבוד אינה חייבת להיעשות באמצעות תשלום קצבאות ילדים וכי יש להוכיח ששלילתן של קצבאות אלו תביא לפגיעה בזכות במקרה נתון בחתאם לנסיבותיו. כך למשל, קבעה כב' השופטת ברק-ארוז, בסעיפים 23-24 לפסק דינה:

"...הגשמתה של הזכות לקיום אנושי בכבוד אינה חייבת להיעשות באמצעות תשלום קצבאות ילדים, ובמצב המשפטי הנוכחי אף אין זה ברור כלל כי הן משולמות לשם כך. כעניין של מדיניות, ועל מנת לקדם תכליות ציבוריות-לאומיות שונות, בחר המחוקק הישראלי לדאוג לרווחתן של משפחות עם ילדים, באשר הן, ללא קשר למצבן הכלכלי.

24. בתנאים חקיקתיים שבהם המדינה אינה דואגת לאמצעי קיום לאוכלוסיות מוחלשות, תשלום קצבאות הילדים עשוי להבטיח, הלכה למעשה, את הקיום בכבוד שלהן. אולם, בעת הזו לא חוכח בפנינו כי הזכאות לקבל קצבאות ילדים נועדה לשמור על הקיום האנושי בכבוד או חיונית לשמירתה, וכי על כן בנסיבות העניין התנייתה של זכאות זו אינה כשלעצמה התניה על זכות חוקתית. אין בדברים אלה כדי לשלול את האפשרות להוכיח, כי במקרה נתון, או בשל שינויים אחרים במערך הרווחה בישראל, קיצוץ בקצבאות הילדים יביא לפגיעה בזכותם של יחידים לתנאים בסיסיים של קיום בכבוד." (ההדגשה הוספה – הח"מ).

עוד נקבע בסעיף 42 לפסק דינה של כב' השופטת ארבל כך:

"העותרים לא הצביעו על נתונים כלשהם המוכיחים את טענתם בדבר הפגיעה בזכות לחיים בכבוד של משפחות אשר התיקון יחול עליהן. ההפחתה בקצבת הילדים כשלעצמה אינה יכולה לבסס תשתית להוכחת הפגיעה. "הזכות לכבוד, ואף הזכות לקיום בכבוד, אינה הזכות לגמלה חודשית בסכום מסוים" (עניין עמותת מחויבות, עמ' 485)." (ההדגשה הוספה – הח"מ).

35. כאמור, במקרה של התיקון דנן, אין בשלילת הגמלאות כדי לפגוע בזכות לקיום מינימאלי בכבוד, משצורכי הילד מסופקים בתקופת מאסרו על ידי המדינה. ויודגש, כי בעניינו, בדומה לבג"ץ בעניין החיסונים, מדובר בשלילה של חלק מהגמלאות המשולמות להורים, שכן נשלל רק חלק הגמלה המיועד עבור הילד השוהה במאסר, לתקופת מאסרו הקצובה, מבלי ששלילת גמלאות עבור ילדים אחרים ככל שישנם. גם בכך יש כדי להבטיח שלא תהיה פגיעה בקיום המינימאלי בכבוד של משפחתו של הקטין.

36. לאור האמור לעיל, המשיבים יטענו כי אין בשלילת הגמלה המשולמת להורי הקטין, בעבור ילדם במהלך תקופת מאסרו, כדי לפגוע בזכותו של הילד או של ההורים לקיום מינימאלי בכבוד או כדי לפגוע בביטחונם הסוציאלי, ומן הראוי לשוב על הדברים שנאמרו בהקשר הנדון בדברי ההסבר להצעת החוק:

"התיקון המוצע לסעיף 325 יפגע בהכנסתה של משפחתו של ילד שהורשע בעבירת ביטחון או בעבירה לפ סעיף 332 לחוק העונשים בגובה הקצבאות או התוספות לקצבאות שישללו כמפורט בסעיף 3 לעיל ומובן כי הפחתה בהכנסה המשפחתית יכולה להשפיע גם על סיפוק צרכי הילדים במשפחה. עם זאת, יצוין כי הפחתה תהיה בתקופת המאסר שבה הילד ממילא מקבל את צרכי הקיום הבסיסיים בבית הסוהר ואינו גר בביתו".

משאמרנו כל זאת, נמצא כי לא מתקיימת פגיעה בזכות חוקתית במקרה דנן, כפי שגם הוראות אחרות השוללות גמלה מאחר שצרכי המבוטח מסופקים ממקור אחר אינן פוגעות בזכות חוקתית, ואין אנו נכנסים כלל לגדרי הניתוח החוקתי בהתאם למבחני פסקת ההגבלה.

נוסיף, לחלופין בלבד ולמען הזחירות, כי אף לו היתה מתקיימת פגיעה בזכות חוקתית בענייננו, הרי שספק של ממש הוא, אם המדובר בפגיעה שאינה מזערית, ונזכיר את ההלכה לפיה לא יטה בית המשפט הנכבד לפסול חוק בשל פגיעה מזערית בזכות, ותהא זו אפילו זכות יסוד. עמדת המשיבים היא כי גם אם ניתן בענייננו להצביע על פגיעה בזכות (ולעמדת המשיבים, אין כך הדבר), הרי שבוודאי אין המדובר בענייננו בפגיעה מהותית, יסודית ועמוקה העשויה להצדיק התערבות חוקתית כאמור (השוו: בג"ץ 366/03 מחויבות לצדק חברתי נ' שר האוצר; בג"ץ 3434/96 הפנונג ואח' נ' יו"ר הכנסת ואח', פ"ד נ(3) 57 (1996)). בענייננו, נזכיר, כי שלילת הגמלאות היא רק לתקופת מאסרו של הקטין ולא מעבר לכך; כמו כן, הקטין מקבל את הדרוש לו מהמדינה בתקופת מאסרו, והוריו ממשיכים לקבל את הגמלאות המגיעות להם עבור יתר ילדיהם בתקופת מאסרו של הקטין שהורשע, כך שמבלי להקל ראש אף לרגע בטענות העותרים, קשה לבסס בענייננו פגיעה כה עמוקה (אף לו היתה מתקיימת פגיעה), המצדיקה שימוש בנשק יום הדין של התערבות חוקתית בדבר חקיקת ראשי, כפי המבוקש.

נעבור עתה לבחינת הטענה הבאה לפגיעה בזכות חוקתית, שהועלתה במסגרת העתירה – הטענה לפגיעה בזכות לשוויון.

פגיעה בזכות לשוויון

37. העותרים טוענים כי התיקון פוגע בשוויון, ולטענתם, "הלכה למעשה, התיקון מוביל לאבחנות בלתי רלוונטיות בין קבוצות שוויון: במבחן התוצאה התיקון לחוק מכווון כנגד ילדים פלסטינים לרבות תושבי מזרח ירושלים ובכך הוא מפלה על רקע לאום; ההבחנה

בין אסירים פליליים לבין ביטחוניים אינה רלוונטית ונפסלה ע"י בג"ץ במקרים דומים אחרים; ההבחנה שמייצר התיקון לחוק מנוגדת לדיני העונשין ולתורת הענישה" (סעיף 18 לעתירה).

38. אין חולק בדבר מעמדה וחשיבותה של הזכות לשוויון בשיטתנו המשפטית. ואולם, בענייננו יטענו המשיבים, כי ישנה הצדקה להבחנה שנערכה במסגרת התיקון מושא העתירה דנו, ולפיה שלילת הגמלאות בתקופת מאסרו של קטין, תחול במקרה שהקטין הורשע בעבירה של יידוי אבנים או עבירת ביטחון כפי שהוגדר בתיקון לחוק, ולא תחול על קטינים שהורשעו בעבירות אחרות.

39. כפי שפורט לעיל, ברקע התיקון לחוק, עמדה מטרתו של המחוקק להיאבק בתופעה החמורה של יידוי אבנים על ידי קטינים, תופעה שהפכה שכיתה בשנים האחרונות ואשר יש בה כדי להביא לפגיעה בגופו, נפשו ורכושו של אדם ואף לקיפוח חיי אדם. כחלק ממאבק זה, ביקש המחוקק להחמיר את הענישה מחד גיסא, כפי שפורט בהרחבה לעיל, ומאידך גיסא, ביקש לפעול בכלים נוספים שאינם פליליים למניעת התופעה. מטרתו של המחוקק היא לתמרץ את הוריהם של הקטינים המהווים אפטרופסיהם החוקיים, להפעיל את סמכותם ההורית ולפעול אל מול ילדיהם למניעת ביצוע העבירות, ובכך להוסיף נדבך למאבק בתופעה שהפכה למכת מדינה.

40. המשיבים יטענו, כי נוכח היקף התופעה וחומרתה, והצורך להתמודד מול איום מיידי האבנים הפועלים מתוך מניע לאומני ובזיקה לפעילות טרור, ישנה הצדקה להבחנה שמייצר החוק בין קטינים שהורשעו על רקע זה אל מול אסירים קטינים אחרים, והמדובר בהבחנה מותרת בין שתי קבוצות בעלות שונות רלוונטיות. ויוער, כי הדברים האמורים נכונים בין אם הגמלאות שייכות לילד ובין אם הן שייכות להוריו (כזכור, השאלה למי שייכות הגמלאות לא הוכרעה בבג"ץ בעניין החיסונים, וראו בעניין זה פסקה 34 לעיל), וזאת בשים לב לכך שמטרת התיקון היא להילחם בתופעת מיידי האבנים הקטינים, תוך תמרוץ הוריהם לפעול למניעת ביצוע עבירות אלו על ידי ילדם, ומכאן שישנה שונות רלוונטית הן ביחס לקבוצות האסירים הקטינים והן ביחס לקבוצות ההורים של אסירים אלו.

הכל, כפי שיפורט לחלן.

41. בית משפט נכבד זה קבע פעמים רבות כי שוויון אינו מחייב זהות. כך, בבג"ץ 7427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא (1) 619, 677 (2006), נקבע כדלקמן:

"שוויון אינו מחייב, איפוא, זהות (ראו בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מז(4) 297, 299). "עקרון השוויון אינו שולל דינים שונים לאנשים שונים. עקרון השוויון דורש כי קיומו של דין מבחין זה

יוצדק על-פי טיב העניין ומהותו. עקרון השוויון מניח חיומם של טעמים עניינים המצדיקים שוני (פרשת ק.א.ל., עמ' 236). בצדק ציינה השופטת ד' דורנר, כי "עקרון השוויון אינו פועל בחלל חברתי ריק. השאלה אם במקרה זה או אחר נוהגת הפליה בין שווים, או שמא מדובר ביחס שונה כלפי שונים, מוכרעת על סמך התפיסות החברתיות המקובלות" (בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 779). (ההדגשה הוספה).

ראו גם בבג"ץ בעניין החיסונים, שם קבע בית המשפט הנכבד כדלקמן:

"ההבדל בין הפליה פסולה לבין הבחנה מותרת נעוץ כידוע בשאלת סיומה של שונות רלוונטית בין הסבוצות שלהן העניקה הרשות יחס שונה" (בג"ץ 6758/01 ליפשיץ נ' שר הביטחון, פ"ד נט(5) 269, 258); עניין יקותיאל, פסקה 35, 37 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. על מנת לקבוע כי נפגעה הזכות לשוויון יש לבחון מיהי קבוצת השווים לצורך העניין הנידון. **קבוצת השווים תיסבע בהתאם לתכלית הנורמה הנבחנת. מהות העניין ונסיבות המסרה. וכן בהתאם לתפיסות חברתיות מקובלות** (בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל, פסקה 37 (פורסם בנבו) (22.5.12) (להלן: עניין נסר); עניין נאמן, פסקה 18 לפסק דיני; עניין התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 677; בג"ץ 1213/10 ניר נ' יריר הכנסת, פסקה 14 לפסק דינה של הנשיאה ביניש[פורסם בנבו] (23.2.12) (להלן: עניין ניר); בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503, 513 (2000)); עניין וותאד, בעמ' 119, 122; עניין יקותיאל, פסקה 36 לפסק דינה של הנשיאה ביניש).

ראו עוד: בג"ץ 2018/10 אודט ישראל נ' שר הפנים (פורסם באר"ש; 30.11.11).

42. לעמדת המשיבים, בענייננו, בבסיס ההבחנה שנערכה בתיקון עומדים שיקולים ענייניים המצדיקים את ההבחנה בין קטינים שנאסרו בעקבות הרשעתם בגין עבירות של ידוי אבנים ובעבירות ביטחון על רקע לאומני או עם זיקה לפעילות טרור, כפי שנקבע בתיקון, ובין קטינים שנאסרו על רקע פלילי אחר, לעניין שלילת הגמלאות המשולמות עבורם. יוצא מכך, כי טענת העותרים לאפליה פסולה, אינה עולה בקנה אחד עם אופן בחינתו של עקרון השוויון בשיטתנו המשפטית. כפי שיפורט להלן, לעבירות על רקע בטחוני יש מימד חומרה מיוחד שכן בנוסף לכוונת העבריין לפגוע באדם מסוים או בקבוצה של אנשים, פיגוע טרור טומן בחובו כוונה לפגוע בחברה כולה באמצעות פגיעה באדם מסוים, שהפוגע בוחר אותו בדרך כלל באקראי, ובאמצעות הפגיעה באותו אדם הוא מבקש לפגוע בחברה כולה. תפיסה זו הוכרה בדין הישראלי מימים ימימה, הן בספר החוקים והן בפסיקת בית המשפט הנכבד, ועל רקע הדברים ברורה השונות הרלוונטית המתקיימת בענייננו, שמכוחה אין המדובר בענייננו כלל באפליה פסולה, כי אם בהבחנה מותרת וראויה.

43. יחס מחמיר למי שביצעו פשע על רקע לאומני ביחס למי שביצעו פשע שאינו על רקע לאומני מצוי זה מכבר בהוראת סעיף 326 לחוק הביטוח הלאומי, הקובעת שלילת קצבאות מאדם שנגזר עליו עונש מאסר של עשר שנים או יותר בשל ביצוע עבירות על רקע

לאומני. הנה כי כן, בנושא דומה לענייננו (in pari materia), כבר הכיר הדין בשלילת קצבאות ממבצעי פשיעה לאומנית, כלגיטימית, אף במקום בו אין הדין שולל גמלאות ממבצעי פשיעה על רקע אחר.

דוגמא נוספת ליחס המחמיר לעבירות על רקע לאומני או בויקה לפעילות טרור באה לידי ביטוי בהוראות חוק המאבק בטרור, התשע"ו – 2016, אשר נכנס לתוקפו לאחרונה, ביום 1.11.16. כך למשל, בדברי ההסבר להצעת חוק האמור נכללה התייחסות נרחבת להיבטים הייחודיים של תופעת הטרור, המצדיקים נקיטת פעולות שונות כדי להילחם בתופעה זו:

"מטרת החוק המוצע לתת בידי רשויות המדינה כלים מתאימים בתחום המשפט הפלילי והציבורי, לשם התמודדות עם איומי הטרור שבפניהם ניצבת מדינת ישראל, וזאת לאור ייחודה של תופעת פשיעה זו. הבא לידי ביטוי בעוצמת הפגיעה שלה, מחד גיסא. ובמושי לתיאבס 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 במרב 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. כך, למשל, פעיל טרור עשוי לפעול באופן עצמאי או להשתייך לארגון טרור, פעולת טרור עשויה להתבצע באמצעות כלי נשק קונבנציונלי, בלתי-קונבנציונלי או בכל אמצעי אחר, יעדי הטרור עשויים להיות אנשים או רכוש, מטרה מוגדרת מראש או שרירותית וכן הלאה.

...

לצורך התמודדות עם תופעת פשיעה חמורה ומורכבת זו, מוצע לתת בידי רשויות החוק מגוון כלים בתחום המשפט הפלילי והציבורי, שתכליתם היא מניעת התקיימותם ופעילותם של ארגוני הטרור, מניעה וסיכול של פעילות טרור, פגיעה בתשתית הארגונית והפיננסית המזינה אותה, וכמובן - תפיסת העבדיינים והבאתם לדין, והכל בשים לב למאפיינים המיוחדים של פעילות הטרור, כמתואר לעיל, לקשיים בהתמודדות עם תופעות פשיעה מיוחדת זו ולסיכון שהיא טומנת בחובה לביטחון מדינת ישראל ותושביה ולסדרי השלטון בה."

44. ואכן, חוק המאבק בטרור כולל הסדרים שונים שנועדו לסייע באכיפה אפקטיבית נגד פעולות טרור, ובכלל זה הוראות בעניין החמרת ענישה למבצעי מעשי טרור, הוראות ייחודיות הנוגעות לתפיסה וחילוט רכוש טרור, סמכות לסגירת מקומות המשמשים לפעילות של ארגוני טרור, וכיוצא באלה.

45. העותרים נסמכים בטיעונם, בין היתר על פסיקתו של בית המשפט הנכבד בדנג"ץ 204/13 צלאח נ' שב"ס (פורסם באר"ש, 14.4.2015) (להלן – עניין צלאח). באותו עניין, נדונה שאלת ההצדקה להבחנה בין אסירים פליליים וביטחוניים, לעניין מניעת טובת ההנאה של לימודים אקדמיים באוניברסיטה הפתוחה. נקבע, פה אחד, כי מניעת הלימודים האקדמיים מן האסירים הביטחוניים העותרים דשם – נעשתה על ידי המדינה כדין. כלל השופטים (שבעת שופטי ההרכב דשם) הסכימו כי יש בסיס להבחנה העקרונית בין שתי קבוצות האסירים, הגם שבהנמקותיהם השונות לדחיית העתירה – נחלקו השופטים.

לעמדת המדינה, שוגים העותרים, בכל הכבוד, הן בפרשנותם לקביעות בית המשפט הנכבד בעניין צלאח, והן ביישומן על ענייננו.

וכך קבעה כב' הנשיאה נאור בסעיף 15 לפסק דינה בעניין צלאח:

"נוכח האמור לעיל. נשורת המוצא לדיוננו היא. כי ייתכנו חבדלים בין תנאי חמאסר של אסירים ביטחוניים לבין תנאי חמאסר של אסירים פליליים. עם זאת, החלטה להטיל מגבלות מיוחדות על אסירים ביטחוניים אינה יכולה לחיות שרירותית. ככל החלטה מינהלית, גם החלטה כזו צריכה לעמוד באמות מידה של סבירות ומידתיות. לפיכך, ההלכה הנוהגת היא, כי יש מקום לחבדל בין אסיר ביטחוני לבין אסיר פלילי בנוגע לתנאי חמאסר רק אם הדבר מתחייב מצורכי סדר וביטחון או לפי שיקולים עניינים אחרים, ורק במידה הנדרשת לפי שיקולים אלה (עניין קונטאר, בעמוד 504; כן ראו: רע"ב 823/96 ואנונו נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נא(2) 873, 879-878 (1997))."

כב' הנשיא (בדימי) גרוניס קבע בפסק דינו כי יש מקום להבחנה בין שתי קבוצות האסירים כשתי קבוצות שוויון נפרדות ועל כן ניתן להחיל עליהן תנאי מאסר שונים. כך למשל, קבע כב' הנשיא (בדימי) גרוניס בסעיף 14 לפסק דינו:

"דעתי היא כאמור, כי עצם השייכות לקבוצת האסירים הביטחוניים מצדיקה התייחסות שונה מזו הקיימת לגבי אסירים פליליים. על-כן, אף שאסירים פליליים רשאים ללמוד באוניברסיטה הפתוחה, רשאי שירות בתי הסוהר למנוע מאסירים ביטחוניים את אותם לימודים נוכח סיווגם. כל זאת, בלא קשר לשאלה מי מממן את הלימודים ובלא שקיימת חובה לבצע בדיקה פרטנית לגבי כל אסיר ביטחוני המבקש ללמוד באוניברסיטה הפתוחה."

וכן נקבע בסעיף 10 לפסק דינו של כב' הנשיא (בדימי) גרוניס:

"בכך, מסכים אני לעמדת חברתי הנשיאה, שלפיה אם מוחלט ליתן לקבוצת אסירים פלונית הטבה, וגם אם מדובר בהטבה שאין חובה על המדינה לתיתה, יש להעניקה באופן שוויוני (פיסקה 20 לפסק-דינה). עם זאת, החובה להעניק

הטבה לאסירים באופן שוויוני נכונה היא באשר לאסירים השייכים לאותה "קבוצת שוויון". כאשר מדובר בהטבה הניתנת לאסירים שאינם ביטחוניים ושאינה ניתנת לאסירים ביטחוניים, איז מעום לשמיעת טענה בדבר פגיעה בשוויון. שכן מדובר באסירים המשתייכים לקבוצות שוויון שונות. אכן, כפי שנקבע בבית משפט זה (בדברים המובאים גם על-ידי חברתי בפסק-דינה), "אין חולק כי גם לאסירים זכות לשוויון ביניהם" (רע"ב 3969/97 מדינת ישראל נ' אבו רביע, פ"ד נא(5) 470, 477 (1997)). אולם, כפי שנקבע עוד באותו עניין, הבחנה בין שתי קבוצות אסירים היא מותרת, כאשר "תכונותיהם ונסיבותיהם של חברי שתי הקבוצות אינן זהות" (שם, בעמ' 480; ויצוין שבאותו עניין נקבע כי ההבחנה בין אסירים תושבי חוץ לבין אסירים תושבי ישראל לעניין שיבוצם במסגרות שיקום שונות אינה מהווה אפליה פסולה). לסיכום, עמדתי היא שנוכח ההבדלים המהותיים בין קבוצת האסירים הביטחוניים לבין קבוצת האסירים שאינם ביטחוניים, הרי בעצם סיווגם של אסירים לאחת הקבוצות משתייכים הם לקבוצת שוויון נפרדת, המצדיקה החלה של תנאי מאסר שונים והפוסלת טענה לאפליה אסורה. כך גם קבענו בפסק-הדין התמציתי נשוא הדיון הנוסף.

46. לחבדיל, בענייננו, ואף שבית המשפט הכיר כאמור בהבחנה בין אסירים ביטחוניים לפליליים, אין התיקון יוצר הבחנה בתנאי הכליאה בין קבוצות האסירים, ואף אין מדובר בהבחנה במתן הטבה בין הקטינים שהורשעו בגין העבירות המנויות לתיקון לאסירים אחרים. ההבחנה היא בין הוריהם של אסירים שתשלום הגמלאות בעבור ילדם נשללות מהם בהתאם לתיקון ובין הוריהם של אסירים קטינים שאינם נכנסים בגדר התיקון. לעמדת המשיבים, הבחנה זו נעשתה תוך שקילת שיקולים ענייניים, ובשל הצורך הלגיטימי להילחם בתופעה, במסגרתה קטינים מבצעים באופן שכיח עבירות ביטחון ובפרט, יידוי אבנים. כאמור, מטרתו של המחוקק היא לתמרץ את הוריהם של הקטינים המהווים אפוטרופסיהם החוקיים, להפעיל את סמכותם ההורית ולפעול אל מול ילדיהם למניעת ביצוע העבירות, וכך להוסיף נדבך למאבק בתופעה שהפכה למכת מדינה. מתן יחס מחמיר לתופעה חמורה ומסוכנת זו הינו מוצדק וענייני, ולפיכך, ההבחנה שיוצר התיקון, מוצדקת אף היא.

47. לאור האמור לעיל, יטענו המשיבים, כי בענייננו ביצע המחוקק הבחנה מותרת ולגיטימית בכך שייחס חומרה יתרה לעבירות יידוי האבנים ועבירות הביטחון על רקע לאומני או בעלות זיקה לפעילות טרור. משהבחנה שנערכה הינה הבחנה לגיטימית, לעמדת המשיבים, היא אינה מהווה פגיעה אסורה בזכות לשוויון.

לסיכום עניין זה ראו דבריה של כב' השופטת ברק ארז, בפסקה 57 לפסק דינה בבג"ץ בעניין החיסונים :

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

48. לחלופין, יטענו המשיבים, כי אף אם מתקיימת פגיעה בזכות החוקתית לשוויון, היא עומדת במבחני פסקת ההגבלה אשר נקבעו בפסיקתו של בית המשפט הנכבד.

בחינה חוקתית שלב שני: האם הפגיעה בזכות החוקתית היא כדינו (פסקת ההגבלה)

49. המשיבים יטענו, כי אף אם קיימת פגיעה בזכות חוקתית המעוגנת בחוקי היסוד, הרי שפגיעה זו מצויה במתחם המידתיות החוקתי. כידוע, "השלב השני של הבחינה החוקתית בוחן האם הפגיעה בזכות החוקתית היא כדין. אכן, קיימת הבחנה בין היקפה של הזכות לבין מימושה כדין. על יסוד הבחנה זו חוזרת ונשנית בפסיקה ובספרות האמירה כי זכויות האדם אינן מוחלטות אלא בעלות אופי יחסי" (עניין המפקד הלאומי, עמ' 3190).

50. נוסחת האיזון שעל בסיסה נערך האיזון בין הערכים המתנגשים, מצויה במסגרת פסקת ההגבלה המופיעה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולפיו: "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". פסקת ההגבלה נותנת ביטוי לרעיון שזכויות האדם אינן מוגנות כדי מלוא היקפן. "בכך מודגשת התפיסה כי הפרט חי בגדריה של חברה וצרכיה של חברה ומטרותיה הלאומיות עשויים לאפשר פגיעה בזכויות אדם... עם זאת להגבלות על זכויות האדם יש גבולות. אלה קבועים בפסקת ההגבלה." (עניין המועצה הארצית חוף עזה).

51. ארבעה תנאים מופיעים בפסקת ההגבלה. המשיבים סבור כי כל ארבעת התנאים מתקיימים בקשר לתיקון שבענייננו, וכי לפיכך אין הצדקה להתערבות שיפוטית במקרה זה. הדברים יפורטו, בתמצית האומר, להלן:

52. **התנאי הראשון הוא כי הפגיעה היא בחוק או לפי חוק** - בנידון דידן מדובר בתיקון לחוק הביטוח הלאומי, המהווה חקיקה ראשית. ברי, כי התנאי הראשון מתקיים.

53. **התנאי השני הוא כי התיקון הולם את ערכיה של מדינת ישראל** - תכליתו של התיקון להאבק בתופעה של ביצוע עבירות יידוי אבנים וכן עבירות ביטחון ממניע לאומי ובזיקה לפעילות טרור על ידי קטינים, כפי שמונה הסעיף. הנה כי כן, תיקון חוק זה, שבמרכזו

שמירה על חיי אדם ורכושם, ומאבק בטרור המבקש לכרסם ביסודותיה של המדינה, הולם את ערכי מדינת ישראל.

54. התנאי השלישי הוא כי התיקון לחוק הוא לתכלית ראויה - כמפורט לעיל, התכלית העומדת בבסיס התיקון לחוק היא תכלית מניעתית, הנועדה לעודד את הוריהם של קטינים, המהווים אפטרופסיהם החוקיים, לפעול למניעת ביצוע עבירות על ידי ילדיהם, אשר יש בהן כדי לסכן חיי אדם ורכוש ולפגוע בביטחון המדינה.

כידוע, תכלית חברתית תהא ראויה אם זו נועדה "להגשים מטרה ציבורית או חברתית חשובה, לצורך קיומה של תשתית לחיים בצוותא במסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם ולקדמן" (פסקה 45 לפסק דינה של כב' הנשיאה ביניש בבג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, הטיבת זכויות האדם ואח' נ' שר האוצר (פורסם באר"ש, 19.11.09) (להלן: עניין המרכז האקדמי)).

ברי כי דברים אלו נכונים לענייננו, כאשר במרכז התיקון עומד המאבק בטרור, הנא לידי ביטוי במקרה זה בתופעת יידוי אבנים על ידי קטינים, הפוגעת ביחידים ובחברה כולה, ובמטרה להגן על זכותם של כלל תושבי המדינה לחיים ולשלמות גופם ורכושם.

בניגוד לנטען על ידי העותרים, אין מדובר בתכלית ענישתית כנגד הורי הקטין המורשע ואף כי יש בתיקון מימד מסוים של הכבדה על הורי הקטין, אין בכך מימד של ענישה, שכן כפי שפורט בהרחבה לעיל, אותן גמלאות שנועדו למלא את צרכיו הבסיסיים של הילד, מסופקים לו בעת מאסרו על ידי שירות בתי הסוהר. על כן, מדובר בתכלית שהיא במהותה מניעתית ונועדה לתמרץ מעורבות הורים בחיי ילדיהם הקטינים ומניעתם מביצוע העבירות המנויות בתיקון.

על היותה של התכלית מושא ענייננו בבחינת תכלית ראויה, ניתן ללמוד אף מהיחס שהתוותה פסיקת בית המשפט הנכבד לתופעת יידוי האבנים, בכלל זאת על ידי קטינים. ראו, בהקשר זה, למשל ע"פ 196/16 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 10.5.16):

"אין חולק כי העבירות בהן הורשע המערער הינן חמורות על פי כל קנה מידה, שכן המעשים שביצע טומנים בחובם סכנה רבה לשלום הציבור ולביטחונו. האלימות על רקע לאומני, המלווה אותנו בתקופה האחרונה, היגה קשה ומדאיגה, ומחייבת את בתי המשפט להתייחסות עונשית הולמת. בין היתר, מדובר בתופעה של ידוי אבנים לעבר מכוניות חולפות, אשר מגלמת בחובה סכנה מוחשית לנוסעי הרכב, וזאת מלבד זריעת תחושה של חוסר ביטחון, אימה ופחד, שכן ידוע לכל כי אבן הפוגעת ברכב נוסע עלולה לגרום לפגיעות חמורות בנפש. במקרה דנן, התבררה הסכנה מוחשית, כאשר כתוצאה מהשלכת האבנים על ידי המערער וחברו נגרמו למתלוננים באישום הראשון נזקים משמעותיים, והם נזקקו לתפרים בראשם. אף גילו הצעיר של המערער, אין בו כדי להפחית באופן משמעותי מחומרת הדברים, לנוכח העובדה כי רבים ממבצעי העבירות בסוג זה של עבריינות הינם קטינים, וכידוע הוא כי אין הבדל של ממש בין אבן, אותה יידה קטין,

לבין אבן שהושלכה על ידי עבריין בגיר (בש"פ 2807/14 מדינת ישראל נ' פלוני [פורסם בנבו] 16.4.2014); בש"פ 7171/00 מדינת ישראל נ' האמד [פורסם בנבו] (8.10.2000)."

לאור האמור לעיל, ברי כי התכלית העומדת בפני התיקון דן היא תכלית ראויה.

55. התנאי הרביעי הוא תמידיות – התנאי הרביעי והאחרון לחוקתיות הפגיעה בזכות אדם המוגנת בחוקי יסוד הוא שהפגיעה הינה "במידה שאינה עולה על הנדרש". תנאי זה מורכב משלושה מבחני משנה: מבחן הקשר תרצינונלי, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, ומבחן המידתיות "במובן הצר".

56. מבחן המשנה הראשון- מבחן הקשר הרצינונלי: "האמצעי שנבחר צריך להוביל באופן רצינונלי להגשמתה של המטרה" (עניין המפקד הלאומי, פסקה 50 לפסק דינה של השופטת נאור). בעניינו, עמדת המשיבים היא כי יש בתיקון לחוק כדי להשיג את המטרה שעליה עמדנו לעיל.

סעיף 14 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, קובע כי הורים הם האפוטרופוסים הטבעיים של ילדיהם. בסעיף 15 לחוק נקבע, כי "אפוטרופסות תהורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו". מטרת התיקון דן היא לתמרץ את הורי הקטין, אפוטרופסיו החוקיים, לפעול למניעת ביצוע העבירות המנויות בסעיף על ידי ילדם. בפרט, מבקש התיקון להתמודד עם עבירת ידוי אבנים, אשר הפכה כאמור בשנים האחרונות לעבירה שכיחה המבוצעת על ידי קטינים (ראו בעניין זה פסקה 13-14 לעיל). משהורים הם האפוטרופוסים הטבעיים של ילדיהם, הם בעלי יכולת משמעותית למנוע מילדיהם לבצע את העבירה. בשלילת הגמלאות מהורי הקטין ישנה הכבדה מסוימת על ההורים, אשר יש בה כדי לעודדם לפעול כאמור, ועל כן יטענו המשיבים כי מתקיים קשר רצינונלי בין האמצעי למטרה.

לפיכך, התיקון לחוק עומד במבחן המשנה הראשון.

57. מבחן המשנה השני- מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה: "מבחן המשנה השני למידתיות הוא מבחן האמצעי שפגיעתו בזכות האדם היא הפחותה. לא נדרש שהאמצעי שנבחר יהיה באופן מוחלט הפוגעני פחות, אלא שיהיה בגדרו של מבחן המידתיות: 'החובה לבחור באמצעי שפגיעתו פחותה, אינה שקולה כנגד החובה לבחור באמצעי שבאופן מוחלט הוא הפוגעני פחות... יש להשוות, איפוא בין האפשרויות הרצינונליות, תוך בחירה של אותה אפשרות, אשר בנסיבות הקונקרטיות יש בכוחה להשיג את התכליות הראויות תוך פגיעה פחותה בזכויות האדם' (פרשת עדאללה פסקה 68 לפסק דינו של כבוד השופט ברק)" (סעיף 51 לפסק דינה של כב' השופטת (כתוארה אז) נאור בעניין המפקד הלאומי)[ההדגשה הוספה – הח"מ]. בית המשפט קבע, כי קיים מתחם של אמצעים

מידתיים, אשר בידי המחוקק לבחור ביניהם. לעניין מתחם המידתיות בבחירת האמצעי על ידי המחוקק, ראו עניין המרכז האקדמי, בעמוד 2436).

58. המשיבים יטענו, כי התיקון דן עומד במבחן זה. אף אם נניח כי מתקיימת פגיעה בזכות לשוויון בין הוריו של קטין שביצע עבירה המנויה בסעיף ובין הורים לאסירים קטינים אחרים או בין האסירים הביטחוניים הקטינים לאסירים אחרים, מדובר בפגיעה מוגבלת ומידתית ביחס לתכלית אותו מבקש התיקון לקדם. כך, הגמלאות הניתנות להורים עבור ילדם נשללות אך ורק לתקופת מאסרו, בה כאמור, הוא מקבל את צרכיו הבסיסיים על ידי המדינה. כמו כן, מדובר בשלילת הגמלה המשולמת עבור הקטין האסור בלבד, בעוד שאין פגיעה בגמלאות המשולמות להורים עבור ילדיהם האחרים.

59. לגבי טענת העותרים כי שירות בתי הסוהר אינו מספק את כלל צרכי האסיר והורי האסיר נדרשים להעביר לקטין כספים לצורך קנייה בקנטינה (עמ' 28 לעתירה), המשיבים יטענו כי דין טענה זו להידחות. כאמור, כלל צרכיו הבסיסיים של האסיר מסופקים על ידי שירות בתי הסוהר בתקופת מאסרו ובהקשר זה, כאמור לעיל, אסירים קטינים מקבלים תפריט תזונה מותאם בכמותו ובאיכות, לגילו של הקטין המועשר במרכיבי מזון כמו סידן ומוצרי חלב. מנגד, הסדר הקנייה בקנטינה הינו בבחינת הטבה לאסירים, ואינו מהווה משום זכות קנויה לאסיר. כך, תקנה 19 לתקנות בתי הסוהר, תשל"ח-1978, קובעת כי "מנהל בית הסוהר רשאי, על-פי כללים שקבע הנציב, להעניק לכלל האסירים או לסוג אסירים או לאסיר מסויים טובות הנאה מעבר לזכויות מוקנות שנקבעו בהיקוק, כגון: ביקורים, מכתבים, חופשות, קניית מצרכים, האזנה לשידורים בכלי-תקשורת או צפייה בהם (להלן - טובות הנאה), המותנות בהתנהגותו הטובה של האסיר המסויים או בסוג בית הסוהר או האגף שבו הוא מוחזק או במצב בבית הסוהר" [ההדגשות הוספו – הח"מ]. בהקשר זה יצוין, כי בהתאם לתקנה 19(ב) "מנהל בית הסוהר רשאי, לפי שיקול דעתו, למנוע מאסיר שהתנהגותו איננה טובה או מסוג אסירים בבית הסוהר או מכלל האסירים בבית הסוהר טובות הנאה; מניעת טובות הנאה תיעשה על-פי כללים שקבע הנציב". אם כן, ככל שכתוצאה מהתיקון נוצרת הבחנה בפועל באפשרות הקנייה בקנטינה בין האסירים הקטינים הנכנסים לגדר התיקון ובין אסירים אחרים, ברי כי משמדובר בחטבה שאינה עולה כדי זכות קנויה של האסיר ומשישנה הצדקה להבחנה בין האסירים במקרה זה, מדובר בפגיעה מידתית, העומדת במבחן המידתיות.

60. לבסוף מבקשת המדינה למנוע – באופן מוגבל ומידתי – מקטינים לבצע עבירות של יידוי אבנים ועבירות ביטחון ממניע לאומני ועם זיקה לפעילות טרור, שיש בהן לחתור תחת יסודותיה. זאת, על ידי עידוד החורים להפעיל את סמכותם ההורית. ברי כי ישנה הכבדה מסוימת על הורי הקטין אשר גמלאותיו נשללות בתקופת מאסרו בהתאם לתיקון, אך מדובר בהכבדה מוגבלת ומידתית לתכלית ראויה של הצלת חיים ורכוש.

ראו והשוו לעניין זה את הדברים שנקבעו על ידי כבוד השופט סולברג, בסעיף 4 לפסק דינו בבג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הבטחון (פורסם באר"ש, 31.12.14), בשינויים המחויבים ובהתאמות הנדרשות לענייננו:

"אין בעצם הפגיעה בבני משפחה מחבל כדי לעשות את הריסת הבית לבלתי-חוקית, גם על פי כללי המשפט הבינלאומי...אכן, בענישה בפלילים, שלא כמו בהרתעה לפי תקנה 119, המיקוד הוא במי שהורשע בעבירה, ולא בבני משפחתו; אך כפי שצינתי בעניין קואסמה הנ"ל –

"גם בהליכים פליליים שמטרתם עונשית...נפגעים בני משפחה חפים מפשע. מאסר של אדם בגין עבירה פלילית שביצע, בהכרח פוגע ברעייתו, בילדיו, בשאר קרוביו, מבחינת צרכיהם הגשמיים והרוחניים. אין צורך להכביר במילים על החסכים המתלווים תדיר למאסרו של אדם, שבהם נושאים קרוביו"

61. לאור האמור לעיל, המסקנה היא כי האמצעי שנבחר עומד בתנאי מתחם הסבירות של האמצעי שמידתו פחותה.
62. מבחו המשנה השלישי- מבחו המידתיות במובן הצר: כאן יש לבחון אם הגשמת התכלית הראויה שקולה כנגד הפגיעה בזכויות האדם. מדובר במבחן ערכי המאזן בין ערכים ואינטרסים מתנגשים על פי משקלם. מבחן הנותן ביטוי לשאלת הסבירות (ראו בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים (פורסם באר"ש, 14.5.06), פסקאות 74-75 לפסק דינו של הנשיא ברק). במסגרת זו, נדרש איזון ערכי של יחס סביר בין הפגיעה בזכות לבין היתרון החברתי הנובע מן הפגיעה (סעיף 55 לפסק דינה של כבוד השופטת (כתוארה אז) נאור בעניין המפקד הלאומי והתפניות שם).
63. המשיבים סבורים כי בענייננו מתקיים גם מבחן המשנה השלישי, בחתקיים איזון סביר בין התכלית חראויה והלגיטימית שמרכזה מניעת פגיעה בחיי אדם וברכוש ובין הפגיעה בשוויון.
64. על התכלית שעליה מבקשת החקיקה להגן וחיבותה כבר עמדנו לעיל. המשיבים יטענו כי אף בהנחה ובית המשפט הנכבד יקבע כי קיימת בענייננו פגיעה בזכות חוקתית, הרי שעוצמת הפגיעה אינה עוצמת חמורה. אף אם נניח לצורך הדיון כי מתקיימת פגיעה בעיקרון השוויון (וזאת מבלי להיכנס לשאלה האם מדובר בפגיעה בשוויון הנגרמת להורי הקטין או לקטין עצמו), המדובר הוא בפגיעה לתקופה קצובה לפרק זמן המאסר והפגיעה היא בגמלאות המשולמות עבור הילד, אשר צרכיו מסופקים בתקופה זו על ידי שירות בתי הסוהר, ויתר הגמלאות המשולמות להורים, עבור ילדיהם האחרים, אינן נשללות. על כן, הפגיעה אינה עולה כדי פגיעה חמורה.
65. על החשיבות שבעוצמת הפגיעה בזכות, במסגרת האיזון המתבצע אגב מבחן המשנה השלישי, ראו דברי כב' הנשיאה בינוש בסעיף 12 לפסק דינה בעניין המפקד הלאומי:

"... ובלשונו של השופט י' זמיר: מבחינה עקרונית רמת ההגנה על זכות יסוד צריכה לעמוד ביחס ישר לדרישת החשיבות של הזכות ולעוצמת הפגיעה בזכות... בהתאם לדברים אלה, נקבע בפסיקתו של בית משפט זה כי בכל שהזכות הנפגעת הינה בעלת ערך חברתי רב וככל שעוצמת הפגיעה בה היא מקיפה וחריפה, כך תדושנה מטרות חשובות ומהותיות יותר על מנת לקיים את דרישת התכלית הראויה במסגרת "פסקת ההגבלה" ... ובעיקר במבחן המשנה השלישי שבמסגרתו נבחן היחס בין מהות ועוצמת הפגיעה לבין התועלת הצומחת ממנה...." (ההדגשה הוספה – ש.ר.).

סיכום

66. נוכח כל האמור לעיל, המשיבים יטענו, כי דינה של העתירה להידחות. לשיטת המשיבים, העתירה דן אינה מניחה בפני בית המשפט הנכבד את התשתית העובדתית והמשפטית ההכרחית לשם הושטת הסעד המבוקש בה - ביטול חקיקה ראשית של כנסת ישראל.
67. לשיטת המשיבים, לא עלה בידי העותר להוכיח קיומה של פגיעה בזכות לקיום מינימאלי בכבוד; בזכות לביטחון סוציאלי ובעיקרון השוויון; לחלופין בלבד, המדובר פגיעה מזערית, שאינה מקימה עילה להתערבות בית המשפט הנכבד בדבר חקיקה ראשית; ואף אם נניח שהוכחה פגיעה כאמור, יטענו המשיבים כי התיקון עומד במלואו במבחני פסקת ההגבלה.
68. סעיף 18 לתגובה נתמך בתצהירה של הגב' דבורה לילך- בן ישעיהו, ממונה בכירה הנתלת מנהל גמלאות במוסד לביטוח לאומי.

היום, כ"א בטבת תשע"ז

19 בינואר 2017



סיגל אבנון, עו"ד

עוזרת לפרקליט המדינה



אבי מילקובסקי, עו"ד

סגן בכיר בפרקליטות המדינה