



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מנהליים

ע"ם 7335/10

לפני: כבוד הנשיא א' גרוניס
כבוד המשנה לנשיא מ' נאור
כבוד השופט א' רובינשטיין

המערער: קצין התגמולים - משרד הבטחון

נגד

המשיבים: 1. משה לופו
2. ארגון נכי צה"ל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב –
יפו בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים מיום 25.7.10
בעת"מ 1860/07, שניתן על-ידי כב' השופטת ד"ר מ' אגמון-
גונן

תאריך הישיבה: כ"ב באדר התשע"ג (4.3.2013)

בשם המערער: עו"ד שרון רוטשנקר

בשם המשיב 1: עו"ד ניר גנאינסקי; עו"ד ליאור טומשין
בשם המשיב 2: עו"ד תמר חיימוביץ-ריכטר; עו"ד ענת קליין;
עו"ד משה מרדלר

פסק-דין

השופט א' רובינשטיין:

א. ערעור המדינה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב – יפו, בשבתו
כבית משפט לעניינים מנהליים (השופטת ד"ר מ' אגמון-גונן), מיום 4.8.10 בתיק עת"ם
1860/07, בגדרו נקבע כי הוראת אגף שיקום נכים במשרד הביטחון מספר 80.23 (להלן
הוראה 80.23), הקובעת את מועד תחילתו של תשלום ההטבות הניתנות מכוח הוראות

האגף, בטלה בשל היותה מפלה בין נכים בהיעדר סבירות ומידתיות, והורה על תשלום ההטבות למשיב 1 החל מיום שחרורו מצה"ל (1998).

הרקע העובדתי

ב. המשיב 1 שירת כלוחם בחטיבת גולני, בין היתר, לתקופות ארוכות בלבנון בפעילות מבצעית. לקראת תום שירות החובה, השתתף המשיב 1 בתרגיל חטיבתי שבמהלכו חש ברע, וכעבור מספר ימים התגלה כי לקה במחלת הסכרת. בינואר 1998 שוחרר המשיב 1 מצה"ל בעקבות המחלה, בפרופיל רפואי 21. מייד עם שחרורו הגיש המשיב 1 תביעה לאגף השיקום, כדי שיכיר בקשר בין תנאי שירותו הצבאי לפרוץ המחלה. תביעה זו נדחתה בהחלטת קצין התגמולים מיום 27.5.98. המשיב 1 עירער על ההחלטה לוועדת הערעור לפי סעיף 33 לחוק הנכים (תגמולים ושיקום) [נוסח משולב], התשי"ט-1959 (להלן חוק הנכים), וזו דחתה את הערעור ביום 26.5.03. על החלטה זו, הגיש המשיב 1 ערעור לבית המשפט המחוזי בתל אביב – יפו. הערעור נתקבל (ביום 25.1.06); נקבע, כי מחלתו של המשיב 1 אכן נגרמה עקב תנאי שירותו הצבאי. בדצמבר 2006 זומן המשיב 1 לוועדה רפואית, שקבעה לו נכות של 65% לצמיתות החל מיום שחרורו. החלטה זו ניתנה קרוב לתשע שנים מיום הגשת התביעה ושנה מיום מתן פסק הדין. ביום 1.6.07 הועבר לחשבונו של המשיב 1 תגמול בסך 310,000 ש"ח. מבחינת רכיבי התגמול השונים, התברר למשיב 1, כי אגף השיקום מבחין בין תגמולים המגיעים מכוח חוק הנכים – ששולמו לו רטרואקטיבית מיום שחרורו (בשנת 1998), לבין תגמולים המגיעים מכוח הוראות אגף השיקום – ששולמו לו רטרואקטיבית רק מהיום בו הוכר כנכה (בשנת 2006). המשיב 1 עתר לבית המשפט לעניינים מינהליים בתל אביב – יפו לביטול ההבחנה, ולעניין זה לבטלות הוראה 80.23 שביסודה.

פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים

ג. בית המשפט לעניינים מינהליים (השופטת מ' אגמון-גונן) קיבל את עתירתו של המשיב 1. בית המשפט קבע, כי הוראה 80.23 קובעת את מועד תחילת תשלום ההטבות בשירותיות, הגורמת לאפליה בין נכי צה"ל, וזאת בחוסר סבירות ובהיעדר מידתיות. בית המשפט ציין, כי אמנם לגיטימיות התשלום האקטיבי של הטבות האגף הוכרה על-ידי בית משפט זה בעבר, אולם הדבר נעשה בהסתמך על שיקולי תקציב שהיו רלבנטיים לאותה תקופה, ובלא שנערך דיון בפגיעה בזכות החוקתית לשוויון, כך שיש להבחין בין המקרה דנא למקרים אלה. כן נקבע, כי המערער לא עמד בנטל הבאת הראיות, אף לא ראיות מינהליות, להראות ששיקולי תקציב הם שעומדים בבסיס הוראה 80.23, ולכך

שביטול ההוראה יביא להכבדה ניכרת על תקציב אגף השיקום. לאור כל זאת פסק בית המשפט כי הוראה 80.23 בטלה, וכי יש להעניק למשיב 1 את כלל ההטבות שניתנו מכוח הוראות אגף השיקום, באופן רטרואקטיבי, החל ממועד הזכאות לקבלת ההטבות מכוח חוק הנכים. מכאן הערעור שבפנינו.

הערעור

ד. ביום 10.10.10, הגיש המערער לבית משפט זה הודעת ערעור ובקשה לעיכוב ביצוע חלקי של פסק-הדין, בגדרה ביקש להשהות את בטלות הוראה 80.23 ביחס לכלל נכי צה"ל, למעט המשיב 1, עד להכרעה בערעור. ביום 17.11.10, קיבל בית משפט זה (השופט ח' מלצר) את הבקשה בקבעו, כי יש בסוגיית מאזן הנוחות בענייננו כדי להצדיק את עיכוב הביצוע החלקי המבוקש, וזאת עד להכרעה בערעור, או עד להחלטה אחרת. נקבע, כי על המערער להגיש הודעה מעדכנת בנוגע להליכי החקיקה המתגבשים בנושא, בתום 6 חודשים.

ה. לשם השלמת התמונה יצוין, כי ביום 13.5.12 קיבל השופט מלצר את בקשת הארגון היציג של נכי צה"ל – ארגון נכי צה"ל – להצטרף כמשיב בערעור (להלן משיב 2); ביום 22.11.12 דחה השופט מלצר את בקשת המשיב 2 לבטל את ההחלטה בדבר עיכוב ביצוע חלקי של פסק הדין מיום 17.11.10; ביום 25.2.13 קיבל בית משפט זה (הנשיא א' גרוניט) את בקשת המערער להוספת מוצג, הוא מכתב התשובה מטעם היועץ המשפטי למערכת הביטחון שנשלח ליועץ המשפטי לממשלה (מיום 16.12.12); וביום 4.3.13 קיימנו דיון בעתירה.

טענות המערער

ו. בערעור נטען, כי לאורך השנים אישר בית משפט זה, לא אחת, את חוקיותה של הוראה 80.23, ובהסתמך על כך פעל המערער לפיה. עוד נטען, כי בימים אלה מצוי בתהליך תיקון מקיף לחוק הנכים וחוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), התש"י-1950 (להלן חוק המשפחות), הכולל שינוי מדיניות ותשלום הטבות מסוימות (אך לא כולן), הניתנות כיום בהתאם להוראות האגפים, באופן רטרואקטיבי, בכפוף לקריטריונים וכללים ברורים לתשלומן. לטענת המערער, ביטול ההוראה מבלי לאפשר למדינה תקופת ביניים לגיבוש החקיקה המתהווה, ייצור בעתיד שני הסדרים – האחד עד למועד התחולה שייקבע בחקיקה העתידית והשני ממועד זה ואילך. לחילופין, נטען, כי אם ידחה הערעור יש להחיל את פסק-הדין פרוספקטיבית, אם בשל

הסתמכותו של המערער על פסיקתו של בית משפט זה בעבר, ואם בשל הכבדה כלכלית ניכרת על תקציב האגפים ביום שלמחרת ביטולה של הוראה 80.23.

טענות המשיבים

ז. המשיב 1 טען, כי ההבחנה בהוראה 80.23 בין שני נכים, שנכותם זהה והגישו תביעתם באותו מועד, רק על בסיס המועד שבו הוכרה נכותם היא שרירותית, ולא שויונית. כן נטען, כי אין המערער יכול לפגוע בעקרון השויון רק מאחר שמדובר ב"הטבה לפנים משורת הדין" שאינה מעוגנת בחקיקה. אדרבא, לגישת המשיב 1, עיגון ההוראה המפלה בהנחיות מינהליות, ולא בדבר חקיקה, מנוגד לפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כמו גם המדיניות שהיא מחילה. עוד נטען, כי שיקולי תקציב אינם מצדיקים הפליה, מה גם שהמערער כשל בביסוס הטענה כי הם שעומדים בבסיס הוראה 80.23, וכך לא הצביע מהי אותה עלות תקציבית הצפויה מביטולה של ההוראה. נטען, כי אין לעכב עוד את ההכרעה בסוגיה, אם בשל חלוף השנים ואם בשל אל הצפויות לחלוף עד שהחקיקה המתגבשת תקרום עור וגידים.

ח. המשיב 2 טען, כי יש לראות בהוראה 80.23 תקנה בת פועל תחיקתי, ומשכך אין ממש בטענה כי ההטבות ניתנות "לפנים משורת הדין". כן נטען, כי ההבחנה בין הטבות שניתנות מכוח החוק לאחרות אינה רלבנטית, מאחר שהמערער הודיע על שינוי מדיניות ברוח פסק-דינו של בית משפט קמא בחקיקה המתגבשת. באשר להליכי החקיקה בנושא נטען, כי אלה מצויים אך בתחילת דרכם, ומשכך אין להורות על השהיה של הצהרת הבטלות, דבר שהוא סעד חריג הניתן במשורה. כן נטען, כי אין למערער על מי להלין בהותרת החלל הנורמטיבי עם ביטול ההוראה, אלא על עצמו, וזאת מאחר שביכולתו לקבוע הוראה חליפית ברוח החקיקה המתגבשת אשר תמלא את החלל שנוצר – מה גם שבענייננו, לטענת המשיב 2, ההיפך הוא הנכון, דווקא ביטול ההוראה ייצור המשך ישיר בין המצב ערב החקיקה המתגבשת לבוקר שאחרי קבלתה.

הדיון

ט. בדיון מיום 4.3.13, חזרו הצדדים על עיקר נימוקיהם בכתבי הטענות. באת כוח המערער טענה, כי לא אחת אישר בית משפט זה את סבירות ההבחנה בהוראה 80.23 לעניין מדיניות מועד התשלומים מכוח החוק ומכוח הוראות האגף, וזאת במספר פסקי דין, האחרון בהם משנת 2011 (ע"ם 5728/09 עבודי נ' משרד הביטחון-קצין התגמולים (לא פורסם, 2.1.11) (להלן ענין עבודי)). הוטעם, כי משרד הבטחון נמצא בעיצומו של

תיקון לחוק הנכים, שבמסגרתו יעוגנו ההטבות הניתנות כיום לפנים משורת הדין בחוק, כך שבעתיד יינתנו באופן רטרואקטיבי, וזאת כשינוי מדיניות ברוח פסק דינו של בית משפט קמא. לפיכך, נטען כי יש להשהות את בטלות הוראה 80.23 עד להחלת החקיקה המתגבשת, באופן שימנע את חלוקת מדיניות התשלומים הנוהגת לשתי תקופות. לחלופין, נטען כי יש להחיל את ההלכה החדשה באופן פרוספקטיבי בלבד – מכאן ואילך – ללא תוקף רטרואקטיבי, וזאת בשל המשמעות התקציבית רחבת ההיקף המוטלת על אגף השיקום, שעומדת כנטען על סך של 155,000,000 מיליון ש"ח (בחישוב מתן ההטבות שבע שנים לאחור לאוכלוסיית הנכים בלבד, לא כולל את השנה האחרונה). נטען, כי לאורך השנים העדיף המערער להרחיב את סל ההטבות שניתנות מכוח הוראות אגף השיקום, וזאת מתוך הנחה שאלה לא תינתנה באופן רטרואקטיבי, תוך הסתמכות על פסיקתו של בית משפט זה, שיש בה כדי למנוע החלה רטרואקטיבית של פסק הדין.

בא כוח המשיב 1 טען, כי ההוראה מפלה בין נכי צה"ל שלא בשל מעשיהם, באופן שאינו עומד בפסקת ההגבלה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לדידו של בא כוח המשיב 1, יש לחלק מחדש את הקופה התקציבית, כך שלא תתקיים הפליה בין נכי צה"ל. כן נטען, כי המערער יכול בכל רגע ליישם את האמור בדבר החקיקה המתגבשת בהוראה פנימית שתבוא במקום הוראה 80.23, וזאת על מנת להחיל את שינוי המדיניות לו טוען הוא – בלא דיחוי. בא כוח המשיב 1 עמד על החלה רטרואקטיבית של האמור בפסק דינו של בית משפט קמא עד 10 שנים אחורנית.

באת כוח המשיב 2 טענה, כי יש להחיל את בטלות הוראה 80.23 רטרואקטיבית, בשל אבני הדרך ותמרורי האזהרה לאורך השנים, עם הכניסה לעידן החוקתי, ונאמר כי לא סבירה בנסיבות הסתמכות המערער על פסיקתו הותיקה של בית משפט זה. למצער, נטען, כי לא ניתן למתוח את הסתמכות המערער מעבר למועד מתן פסק הדין בעת"מ 1173/07 שטאובר נ' קצין התגמולים (2007) (להלן עניין שטאובר) ופסק דינו של בית משפט קמא.

הכרעה

הליכי החקיקה

י. המערער עידכן את בית המשפט מעת לעת באשר לקצב התקדמותם של הליכי החקיקה המתגבשים – אשר לצערי מתעכבים שנים רבות מדי, כפי שהבעתי דעתי בעתירה אחרת שנותרה תלויה ועומדת בסוגיה. זו עמדת היועץ המשפטי לממשלה משנת 2005, שהובאה במסגרתה:

”סך הזכאויות הניתנות באמצעות אגף השיקום וועדת ל’ שלא באמצעות החוק והתקנות, יוצר מערכת הטבות מסועפת, מפורטת ומשוכללת, ממוסדת וקבועה, אשר עומדת בצד החקיקה, מעניקה שורה של הטבות ובהיקפים משמעותיים. מתן הטבות ומענקים שלא לפי חוקי השיקום או תקנות מכוחם, מעורר קושי משפטי מהותי... לא למותר לציין כי מערכת הטבות החסד בהיקפה זה, המופעלת באמצעות אגף השיקום וועדת ל’, קיימת, למיטב ידיעתנו, אך במשרד הביטחון ולא בשום יחידה שיקומית אחרת... עובדה זו יכולה להעלות טענות קשות של אפליה ואבחנה לא ראויה, ככל שהסדרים אלה אינם מוסדרים בחקיקה. בנסיבות אלה, יש מקום לקדם מהלך של הסדרת הפעילות בחקיקה” (עמדת היועץ המשפטי לממשלה מיום 19.7.2005, נספח 1 לעתירה בבג”ץ 9604/10 ארגון אלמנות ויתומי צה”ל נ’ שר הביטחון (2010) (להלן עניין ארגון אלמנות ויתומי צה”ל)) (הדגשה הוספה – א”ר).

יצוין, כי בזמנו, עידכנה באת כוח המדינה את בית משפט זה כי הנושא בטיפול, ו”כעת יש לנו משהו כמעט סופי” (עניין ארגון אלמנות ויתומי צה”ל, פסקה ט”ו לחוות דעתי). כך, גם בהודעת הערעור הנוכחית (מיום 10.10.10) התבקש בית משפט זה “לקבוע כי הוראה 80.23 תמשיך לעמוד בתוקפה עד לגיבוש הסדר חדש בחקיקה, שכתבתו כבר בעיצומה”. כשלוש שנים לאחר מכן נותר לתהות כמה זמן דרוש עוד לחקיקה המיוחלת.

יא. הנה תמונת המצב, כעולה מסיכומי המערער. תזכיר חוק הנכים פורסם ביום 19.11.12 והתקבלו הערות מן הציבור ומן המשיב 2. מאז, באת כוח המדינה עמדה על הקשיים בקידום התיקון לחוק בהודעות העדכון שהוגשו מטעמה, וזאת בשל הרצון להגיע להסכמות על טיוטת התזכיר עם המשיב 2; לעומת זאת הדברים אינם נראים מתקדמים, הצעת חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום) (תיקון מס’ 35), התשע”ב-2012, פורסמה ברשומות ועברה בקריאה ראשונה בכנסת (ביום 18.6.12). על הצעת החוק הוחל דין רציפות (החלטת ממשלה מיום 8.5.13 מס’ 116 (חק/11)), בכפוף לכך שכל התקנת תקנות בעלות השלכה תקציבית תהא בהסכמת שר

האוצר, והיא ממתינה בועדת העבודה, הרווחה והבריאות להכנה לקריאות שניה ושלישית; היא מצויה איפוא בשלב מתקדם יותר. כך או אחרת, לא ברור אימתי יבוא לאויר העולם התיקונים לחוק הנכים ולחוק המשפחות, ובנסיבות אלה, עלינו להכריע בסוגיה שהובאה לפתחנו. אמנם יש בפסק דיננו זה משום שינוי בהלכה שנהגה, ואולי היינו שוקלים במקרה אחר הרחבת הרכב, אך לאמיתם של דברים אין העיקרון שנוי עוד במחלוקת של ממש עם המערערת, אלא אך עיתויו והציפיה לחקיקה, ועל כן לא ראינו צורך בכך.

המסגרת הנורמטיבית

יב. המסגרת הנורמטיבית העיקרית המסדירה את זכויותיהם של נכי צה"ל ומשפחות שכולות הם חוק הנכים, הדין בזכויותיהם של מי שהוכרו כנכים בשל פגיעה שנגרמה להם במהלך ועקב שירותם בצה"ל, וחוק המשפחות, הדין בזכויותיהם של שאריהם של חיילי צה"ל שנפלו בתקופת שירותם. חוקים אלה משקפים את הכרת החברה הישראלית בחוב שהיא חבה כלפי בניה ובנותיה הנקראים לשרת בכוחות הביטחון ונפגעים בזמן השירות ועקב השירות, ולא לה שפלו על הגנתה – "חוב ערכי נעלה" (עניין ארגון אלמנות ויתומי צה"ל, פסקה ח' לחוות דעתי; רע"א 7678/98 קצין התגמולים נ' דוקטורי, פ"ד ס(1), 489, 506 (2005), דברי השופטת א' פרוקצ'יה בחוות דעת המיעוט (עניין דוקטורי)); וכדבריו של ראש הממשלה ושר הביטחון הראשון ד' בן-גוריון, בעת שהציג את הצעת חוק הנכים בפני כנסת ישראל, בספטמבר 1949:

"מלחמת החירות של צבא-הגנה-לישראל לא היתה כולה זרועה נחת, נצחונות וכיבושים. היה גם צד שני למטבע. שולם מחיר יקר... נפלו מאות ואלפים מתפארת הנוער שלנו... אך החללים הם רק חלק מהאבדות. רבים נשארו לשמחתנו בחיים, אך גם הם שלמו מחיר יקר – אבר מן החי. והערב אני מגיש לכם בשם הממשלה, חוק על החוב, נכון יותר – על חלק מהחוב, שאנו חייבים לאלה, שבגופם עזרו לשחרור האומה והמולדת; חוק על תגמול ושיקום לנכי-המלחמה... גודל התגמול שהחוק הזה מעניק לנכה תלוי בגודל אחוז הנכות... התגמול המגיע לנכה הוא נוסף לשיקום הכללי... אנו איננו מבחינים במתן התגמול ובגודלו בין טוראי לקצין. כל נכה-מלחמה מקבל אצלנו תגמול שווה" (דברי הכנסת 2 (התש"ט), עמ' 1572-1573).

וכדבריו של שר האוצר, א' קפלן, בעת שהציג את הצעת חוק המשפחות בפני

הכנסת, במארכ 1950:

“החוק הזה מבטא את הרגשת החובה והאחריות של מדינתנו והעם היושב בציון למשפחות החללים בעד הקרבנות שהקריבו על מזבח החירות והעצמאות. אם כי אנו יודעים, ששום גמול ושום פיצוי איננו יכול לפצות את גודל האבידה, הרי בהבטחת קיומם של קרובי המשפחות, שהיו תלויים בחללי המלחמה, אנו רואים אפשרות למעט את יסוריהם ולהביאם לידי קיום מכובד. החוק הזה בא להבטיח לכל אלה שהיו תלויים בקיומם באיש שנפל, זכות לתגמולים ולשיקום למשך כל ימי חייהם, או ליתומים שנשארו – עד גיל הבגרות... כבוד המדינה יוכיח את עצמו בחקיקת החוק הזה; המדינה מקבלת על עצמה עול לא קל. נוכח החובה הגדולה לגבי האנשים האלה, לא יכבד העול הזה” (דברי הכנסת 4 (התש”י), עמ’ 1051-1052).

יג. במקביל לזכויות שנקבעו בחוקים אלה, גיבש משרד הביטחון מערכת מקיפה של הטבות שהוסדרה לאורך השנים בנהלים פנימיים, הנושאים את הכותרת “הוראות אגף”, ואין לה עיגון בדין (ראו ע’ יעבץ חוק הנכים 309-317 (1999)); הוראות האגף מתחלקות בין אלה המעניקות זכויות נוספות לאוכלוסיות הנכים והשארים, לבין אלה הבאות להסדיר את האמור בהוראות המיטיבות – כזו היא הוראה 80.23 מיום 1.5.03, שעניינה “מועד תחילת תשלום הטבות - עפ”י הוראות אגף השיקום”. אולי כאן המקום לציין, מה שצוין בהרחבה בפסיקה (ראו להלן), כי עסקינן בנושא שכרבים אחרים עבר התפתחויות חברתיות ומשפטיות אשר אין להתעלם מהן. מה שנראה לאורך שנים רבות כלגיטימי ותקף, ואף קיבל את אישורו של בית משפט זה לא אחת, לרבות באשר לענין הרטרואקטיביות (בג”ץ 292/84 בודיק נ’ ראש אגף שיקום (לא פורסם, 24.4.85) (להלן הלכת בודיק) וד”נ 10/85 בודיק נ’ ראש אגף השיקום (27.5.85) ובהמשך בג”ץ 9569/05 קלוש נ’ מדינת ישראל - שר הבטחון (2009) (להלן ענין קלוש); עע”מ 7605/09 פלוני נ’ משרד הביטחון (2010); ענין עבודי), יכול היה “לאבד גובה” – ואכן איבד – ברבות השנים עם שינוי האקלים החברתי והמשפטי. אציין כי שירתי מספר שנים בתקופות שונות (ראו ענין ארגון אלמנות ויתומי צה”ל, פסקה ט’) בלשכת היועץ המשפטי למערכת הביטחון, וברי לי כי מה שנראה בעבר כראוי ונכון, נשתנה בחלוף השנים. ראו לענין שינויים מסוג זה, שהזמן גרמם, אך בהקשר אחר, עע”מ 2408/05 הושעיה נ’ מדינת ישראל - משרד הביטחון (2007), פסקאות ה’(1)-ה’(5) (כן ראו ענין ארגון אלמנות ויתומי צה”ל, שם; בג”ץ 8707/10 הס נ’ שר הביטחון (2011); גם המדינה ערה לשינויים אלה. לאחר עשורים ארוכים של ייחוד, “מעין אוטונומיה”, למערכת הביטחון – באה היענות לעידנים חדשים של יתר שקיפות.

יד. הוראה 80.23, כשמה, מטרתה היתה לקבוע את מועד תחילתו של תשלום ההטבות הניתנות במסגרת אותם נהלים פנימיים – כך שתינתנה רטרואקטיבית לנכה

ממועד החלטת הגורם המוסמך בה נקבעה דרגת הנכות, או למשפחה השכולה ממועד ההחלטה להכיר בחייל שמת כנספה לפי חוק המשפחות (להלן אתייחס לשני המועדים כמועד ההכרה), כלשונם של סעיפים 5 ו-6 להוראה (בנוסח משנת 2005), תחת הכותרת "אופן הטיפול":

"הטבות המשולמות מידי חודש בחודשו"

א. לגבי נכים – ההטבות תשולמנה מיום הועדה הרפואית הראשונה בפניה עמד הנכה, ובה נקבעה דרגת הנכות המקנה לו את הזכאות לתשלום ההטבה.

ב. לגבי משפחות שכולות – מיום מתן ההחלטה להכרה.

הטבות שנתיות

א. לגבי נכים – ההטבות תשולמנה מיום הועדה הרפואית הראשונה בפניה עמד הנכה, ובה נקבעה דרגת הנכות המקנה לו את הזכאות להטבות.

ב. לגבי משפחות שכולות – מיום מתן ההחלטה להכרה (בשנת התקציב השוטפת לאחר ההכרה).

טו. לנכי צה"ל ניתנות איפוא הטבות כספיות משני סוגים: תגמולים מכוח חוק הנכים, ומכוח הוראות אגף השיקום במסגרת התקציב השנתי המאושר לאגף. תגמולים מכוח חוק הנכים משולמים, ככלל, באופן רטרואקטיבי, מיום שחרורו של הנכה משירותו הצבאי, או מיום הגשת התביעה להכרה בנכות, בהתאם לתנאי סעיף 18 לחוק הנכים. הטבות מכוח הוראות אגף השיקום אינן משולמות עד כה, ככלל, באופן רטרואקטיבי, כי אם מיום החלטת המוסמך (במקרה שלפנינו – הועדה הרפואית שקבעה את הנכות), וזאת כאמור בהתאם להוראה 80.23. בענין עבודי קיבל בית משפט זה (פסקה 14, מפי השופט דנציגר) הבחנה בין תכליות התגמולים מכוח חוק הנכים הבאים מכוח דיני הנזיקין, לבין ההטבות שמכוח דיני רווחה (אציין כי הבחנה זו אינה פשוטה בעיניי, בכל הכבוד, אך לא זה המקום להידרש לכך, וכשלעצמי רואה אני את המכלול ככלל בגדרי חקיקה סוציאלית, כפי שנכתב לא אחת; ראו רע"א 4372/12 פלוני נ' קצין התגמולים - משרד הבטחון, פסקה י"ד לחוות דעתי (2012); רע"א 7097/10 זכאי נ' מדינת ישראל, פסקה 14 לחוות דעתו של השופט פוגלמן, וכן חוות דעתי (2012) והאסמכתאות שם).

הוא הדין למשפחות שכולות, שאף להן הטבות כספיות משני סוגים: כאלה הניתנות בהתאם לחוק המשפחות, וכאלה שניתנו עד לשנת 2005 בהתאם להוראות אגף השיקום, ומשנת 2005 בהתאם להוראות אגף משפחות והנצחה (שהיה בעבר כחלק

מאגף השיקום), הכל במסגרת התקציב השנתי המאושר לאותו אגף. הטבות מכוח חוק המשפחות משולמות, ככלל, באופן רטרואקטיבי, מיום הזכאות או מיום הגשת התביעה, בהתאם לתנאי סעיף 28 לחוק המשפחות. הטבות מכוח הוראות אגף השיקום, או מכוח הוראות אגף המשפחות, אינן משולמות, ככלל, באופן רטרואקטיבי, כי אם מיום ההחלטה על ההכרה, וזאת כאמור בהתאם להוראה 80.23.

טז. לשלמות התמונה יצוין, כי בשנת 2005 כללה הוראה 80.23 התייחסות מפורשת לתחולתה על עניינן של משפחות שכולות, והיא הושמטה עם עדכון ההוראה, ככל הנראה בשל ההפרדה המבנית בין אגף השיקום לאגף המשפחות; ואולם, אגף המשפחות המשיך ככל הנראה, להפנות להוראה 80.23 מאז ועד היום. כעולה מפסקה 2 לסיכומי המערער, חלה הוראה זו גם בעניין נפגעי פעולות איבה הזכאים להטבות לפי חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, התש"ל-1970. עניינם של אלה אינו לפנינו, ואין לנו ידיעה בדבר ההיקף שבו הביטוח הלאומי, המשלם את ההטבות לנפגעי פעולות האיבה, מחיל גם את ההטבות לפני משורת הדין הניתנות לנכי צה"ל ולמשפחות נספי צה"ל. לפחות בעבר הרחוק לא זה היה המצב, אך בחוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה (תיקון מס' 7), התשמ"ב-1982, שונתה הגדרתו של "תגמול", כך שהוא כולל "כל טובת הנאה הניתנת לאדם שחל עליו חוק הנכים או חוק משפחות חיילים, לפי הענין" (כן ראו דברי ההסבר לסעיף 1 בהצעת חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה (תיקון מס' 7), התשמ"ב-1982, ה"ח 391).

מעמדן הנורמטיבי של הוראות אגף השיקום

יז. השאלה שלפתחנו נוגעת לזכות החוקתית לשוויון ולחוקיות הוראה 80.23, אשר יוצרת הבחנה אקראית בין נכי צה"ל שונים, באשר למועד תחילת תשלום ההטבות שניתנות מכוח הוראות האגף, וזאת על בסיס מועד ההכרה בנכותם, שהוא נתון מקרי. במלים אחרות, השאלה היא האם מדיניות התשלום האקטיבי של אותן ההטבות הניתנות לפני משורת הדין, מפלה בין נכים שלא כדין. אפתח ואומר, כי אין לי ספק שלא היתה כל כוונת הפליה, והדברים לא נעשו בזדון; השאלה היא מבחן התוצאה ולא הכוונה. לכן אינני שותף, בכל הכבוד, כל עיקר, לניסוחיו הקשים של בית המשפט קמא כלפי המערער, גם אם מסכים אני לחלק ניכר מהכרעותיו. אף איני עושה איפוא שימוש במילה "שרירותי", המדיפה ריח קשה, כלפי הכרעת המערער – אלא במונח "אקראי", אף שער אני לכך שבית משפט זה השתמש ב"שרירות" גם באופן "ניטרלי" (ראו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 413 (2000), מפי הנשיא ברק (להלן פרשת מנהלי ההשקעות)). מקורו המקראי בדברים כ"ט, יח "כי

בשרירות לבי אלך", ושם מסביר רש"י "כלומר, את שלבי רואה לעשות"; אך בירמיהו (למשל ז', כ"ד, ועוד) מדובר ב"שרירות לבם הרע", ועל כן דומה שהקונוטציה הרגילה היא שלילית. קונקורדנציה חדשה לאברהם אבן-שושן מפרשת שרירות כ"קשיות, עקשות". וכך גם מלון אבן שושן לשונות האלפים "עקשות, קשיות עורף" ואף "הפקרות, רצון חפשי שאין בו כל התחשבות בשכל הישר...". מכאן העדפתי ל"אקראיות".

יח. סבורני, כי בגדרי שאלה זו, איננו נדרשים לטעת מסמרות באשר למעמדן הנורמטיבי של הוראות אגף השיקום – האם לסווגן כתקנות בנות פועל תחיקתי כפי שטוען המשיב 2, או האם לסווגן כהוראות מינהליות המזכות בהטבות לפנים משורת הדין כפי שטוען המערער; כדברי חברתי השופטת ארבל:

"אכן, הרשות המינהלית מחויבת לעמידה בנורמות מסוימות בכל פעולותיה, יהיה סיווגן אשר יהיה. משכך, בין אם נראה בהוראות אגף השיקום תקנות, ובין אם מדיניות הנעשית לפנים משורת הדין או הוראות מינהל בעלות אופי גמיש, אלה וגם אלה אינן חסינות מביקורת שיפוטית ואם מתברר כי נפל בפעולות הרשות פגם כגון שהן מפלות, בלתי סבירות או מבוססות על מטרות זרות או שיקולים בלתי רלוונטיים, עשוי הדבר להוביל לפסילתן (ראו למשל בג"צ 509/80 יונס נ' מנכ"ל משרד ראש הממשלה, פ"ד לה(3) 589 (1989); בג"צ 219/81 שטרית נ' שר החקלאות, פ"ד לז(3) 481, 484 (1983); בג"צ 4422/92 עפרון נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מז(3) 853, 858 (1993); בג"צ 516/86 שהינו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(1) 143 (1989); זמיר, בעמ' 171; דותן, בעמ' 509-559; ברכה, בעמ' 240-241). במובן זה, אין חשיבות לשאלה האם לפלוני אינטרס המוגן באופן אובייקטיבי בדין; במקרה שבו מסור לרשות שיקול דעת להעניק הטבה מסוימת הן לפלוני, הן לאחרים, הרי שאף שאין היא מחויבת להעניק את אותה הטבה כלל ועיקר, משבחרה להעניקה לאחרים, אין היא רשאית לשלול את אותה הטבה מפלוני באין שוני רלוונטי ביניהם (ראו בג"צ 637/89 "חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר, פ"ד מו(1) 191, 201-207 (1991)). כך בדרך כלל, וכך, ביתר שאת, כשמדובר במדיניות של מתן הטבות שמקורן בכספי ציבור... את ההכרעה האם לקתה המדינה באפליה במקרה זה, יש לגזור, איפוא, לא מסיווג ההוראות כתקנות בנות פועל תחיקתי שאופיין מחייב או כהוראות מינהל שאופיין גמיש יותר, אלא על יסוד עצם ההצדקה להבחין בין הקבוצות שעל הפרק" (עצ"ם 4515/08 מדינת ישראל נ' נאמן, פסקאות 15-16 (2009) (להלן עניין נאמן)).

יט. וכאמור, לא אחת עמד בית משפט זה על הצורך בהטמעתן בחקיקה של ההטבות הניתנות מכוח הוראות האגפים, אם נוכח עידננו של שקיפות בפעילות המינהל הציבורי, כך שבניגוד לעבר אין עוד מקום להעברות של כספי ציבור ללא עיגון

סטטוטורי בדין; ואם מן הטעם שהטבות הניתנות לפנים משורת הדין עלולות שלא להקים לאוכלוסיות הנכים והמשפחות זכות שבדין לקבלן, כך שההתערבות השיפוטית מוגבלת בעניינים אלה ועמה הפיקוח. ואולם, "כלל זה בדבר מידת ההתערבות השיפוטית תקף כל עוד ההטבות ניתנות באופן שיווני – שהרי 'אין להפלות נכה אחד על פני רעהו'" (ראו עניין ארגון אלמנות ויתומי צה"ל, פסקאות ט'-י"א לחוות דעתי; בג"ץ 546/83 יסקולקה נ' שר הבטחון (19.12.83)), וממילא "ברור כי מה שאסור על המחוקק לפי פסקת ההגבלה אסור גם, בבחינת קל וחומר, על כל רשות מינהלית" (יצחק זמיר הסמכות המינהלית 187-188 (מהדורה שניה, התש"ע). לפיכך, ניגש לבחינת השאלה שבמוקד.

פגיעה בזכות לשוויון ואיסור הפליה

כ. עקרון השוויון הוא כעמוד אש וכעמוד ענן שלפני משטר דמוקרטי ו"מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (ראו בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698 (1969), דברי השופט (כתארו אז) לנדוי). הוא בחינת אלף-בית, יסוד ראשון במעלה; "בידענו זאת – ידענו הכל; לא ידענו זאת – לא ידענו דבר" (ראו בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 651 (1998), דברי השופט (כתארו אז) חשין). הזכות לשוויון הוכרה כזכות יסוד מן המעלה הראשונה בשיטת המשפט הישראלית עוד בראשית ימי המדינה, בקבלה ביטוי בהכרזת העצמאות ("שויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה"), וכן לאורך השנים בדברי החקיקה של כנסת ישראל ובפסיקתו של בית משפט זה (ראו בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 759-760 (1994), דברי המשנה לנשיא (כתארו אז) ברק (עניין דנילוביץ); בג"ץ 2911/05 אלחנתי נ' שר האוצר, פ"ד סב(4), פסקה 17 לחוות דעתה של השופטת א' חיות (2006) (עניין אלחנתי)). אכן חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו כולל את המונח "שויון", והטעמים לכך ידועים (ראו י' קרפ "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח" משפט וממשל א 323, 345-346 (התשנ"ג); א' רובינשטיין וב' מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל 955-957 (מהדורה חמישית, כרך ב', 1996)), ואולם הוא מתפרש (סעיף 1) "ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל", ובפועל הריהו ציון דרך נוסף בעבור הזכות לשוויון, כזכות חוקתית על-חוקית, שהרי מהו כבוד האדם מבלי לגזור ממנו שוויון בין אדם לחברו, בהטבות שהמדינה מעניקה ובהזדמנויות (ראו א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא(ג) 271, 278-279 (תשנ"ג-תשנ"ד); עניין דנילוביץ, עמוד 760 לחוות דעתו של המשנה לנשיא (כתארו אז) ברק; בג"ץ 6427/02 התנועה

לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, עמודים 36-40 לחוות דעתו של הנשיא ברק (2006).

כא. נגזרתה של הזכות לשוויון היא החובה שלא להפלות, ובידוע, כי על רשות שלטונית לפעול בשוויון בכל פעולה מפעולותיה (ראו בג"ץ 6698/95 קטדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 274 (2000), דברי הנשיא ברק), וכי אסורה עליה הפליה, שהיא "יחס בלתי שווה ובלתי הוגן לשוים" (ראו בג"ץ 1703/92 ק.א.ל קוי אורד למטען בע"מ נ' ראש-הממשלה, פ"ד נב(4) 193, 204 (1998), דברי השופט חשין; עניין אלחנתי, פסקה 17 לחוות דעתה של השופטת חיות).

ודוק, לא כל יחס בלתי שווה עולה כדי הפליה פסולה (ראו בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פסקה 19 לחוות דעתו של השופט לוי (2009)), וכדבריו של השופט (כתארו אז) אור:

"ההפליה, להבדיל מהבחנה בין פלוני למשנהו, משמעותה מנהג שרירותי של איפה ואיפה, שאין לו הצדקה בשל העדר שוני הגיוני משמעותי בנסיבות בין האחד למשנהו" (בג"ץ 678/88 כפר ורדים נ' שר האוצר, פ"ד מג(2) 501, 508 (1989)).

ההבחנה צריכה להתבסס על טעם ענייני המצדיק שוני, על יסוד תשתית עובדתית, וכן עליה לעמוד במבחני הסבירות והמידתיות (ראו בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נ"ג(5) 337, 360 (1999), דברי השופט זמיר) (להלן עניין התנועה המסורתית).

כב. האם מפלה הוראה 80.23 בין נכי צה"ל?

"הבנתו של השוויון מחייבת עריכתן של שתי בדיקות נוספות, הנותנות לו את היכולת לפתור בעיות קונקרטיות: ראשית, מהי קבוצת בני-האדם שכלפיה נדרש יחס שווה. בדיקה זו משיבה על השאלה: 'שויון כלפי מי?'. מכוחה של בדיקה זו נקבעת קבוצת בני-האדם אשר כלפיהם נדרשת התנהגות שוויונית ('קבוצת השוויון' ככינויו של השופט זמיר...). שנית, מה הן דרישות השוויון במסגרת קבוצת השוויון. בדיקה זו משיבה על השאלה: '...כיצד יש לנהוג, על-מנת לקיים שוויון בין הפרטים הנכללים בקבוצה שהנורמה חלה עליה...'" (ראו דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, 345 (2000), דברי הנשיא ברק).

עוד ראו בג"ץ 3792/95 תיאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות, פ"ד נא(4) 259, 281-284 (1997), דברי השופט זמיר (להלן עניין תיאטרון ארצי לנוער); בג"ץ 2223/04 לוי נ' מדינת ישראל, פסקה 15 לחוות דעתה של השופטת (כתארה אז) נאור (2006) (להלן עניין לוי).

ראשית, נבחן את השויון החיצוני: כלפי מי חייב אגף השיקום לנהוג בשויון? קבוצת השויון מורכבת מכלל נכי צה"ל שהוכרה נכותם והם זכאים לקבלת ההטבות השונות המעוגנות בהוראות אגף השיקום, בהתעלם מהאמור בהוראה 80.23.

שנית, נבחן את השויון הפנימי – האם נשמר השויון בין חברי הקבוצה; אמנם הוראה 80.23 חלה על כלל חברי קבוצת השויון ללא כל הבחנה, וככל הנראה באה לעולם בכוונה ליצור מכנה משותף בין חברי הקבוצה להשוואה במועד תשלום ההטבות. ברם, תוצאתה היא הבחנה בעלת אופי אקראי, שאינו קשור בהכרח באופן התנהלותם של חברי הקבוצה, אלא במועד שבו הוכרה נכותו של כל אחד מחבריה.

טל מיקרה בו שני נכים בדרגת נכות זהה, שנכותם נגרמה באותו זמן ואופן, מגישים תביעה להכרה בנכותם באותו יום – אלא שהאחד הוכר כנכה על-ידי קצין התגמולים מיד לאחר הגשת התביעה, ואילו על האחר נגזר, מטעם כזה או אחר, הליך משפטי ארוך ומייגע שבסופו הוכרה נכותו. התוצאה היא, כי כל אחד מהם יזכה לקבל את ההטבות ממועד ההכרה בנכותו, גם אם בין שני המועדים פער רב שנים, כפי שאירע במקרה דנא. יוצר איפוא פער בין שניהם אף שבבסיס שוים המה.

משהוראה 80.23 יוצרת הבחנה בין נכי צה"ל בקשר למועד הקובע שממנו תשולמנה הטבות אגף השיקום, מהוה הגבלת תשלום ההטבות ממועד ההכרה בנכות, איפוא, הפליה – גם אם זו אינה מכוונת כשלעצמה. קשה למצוא לכך הצדקה רציונלית. מהם השיקולים שביסוד המדיניות? האם הם ענייניים?

הפליה מטעמים של שיקול סוציאלי ושיקול תקציבי

כג. המערער הטעים, כי בבסיס הוראה 80.23 עומדים רציונלים אשר אושרו על-ידי בית משפט זה בפסיקתו לאורך השנים. הראשון, ראיית אותן הטבות כחלק ממארג הדינים הסוציאליים, סיוע לאוכלוסיית נכי צה"ל בצרכיהם השוטפים והמידיים, וזאת להבדיל מתשלומים למפרע הדומים יותר לפיצויים נזיקיים (פסקאות 24-25 לסיכומי), כך שמדיניות התשלום האקטיבי, ולא הרטרואקטיבי, עולה בקנה אחד עם ראייה זו, כמקובל מקום שעסקינן בפרשנות חקיקה סוציאלית, ושעל כן תהא – אם בכלל – רטרואקטיביות "קצרת מועד"; השני, סדרי העדיפויות בחלוקת התקציב השנתי, במציאות בה משאבי המערער מוגבלים, בחינת "מרוכים צרכי עמך", כך שבאיזון שבין מתן היקף רחב יותר של הטבות סוציאליות לצריכה שוטפת לאוכלוסייה רחבה יותר לבין מתן הטבות רטרואקטיביות – הכף נוטה לראשון, לטעמו של המערער; זאת, על מנת שלא "לפרוץ" את מסגרת תקציבו של אגף השיקום (ונתיחס בכך גם לאגף המשפחות, כמובן), ולמנוע קיצוץ בסל ההטבות לכלל אוכלוסיית הנכים.

כד. השיקול הסוציאלי מקובל עלי באופן כללי, קרי, שיש לראות את ההטבות במשקפיים שיקומיות שבעיקרן צופות פני עתיד. ואולם, בנסיבות דנא הריהו שיקול אקראי של בדיעבד; שהרי ככל שנכה צה"ל היה זוכה בהכרה במועד מוקדם יותר, היו זכויותיו רבות יותר, וגם אם אי אפשר למוד בפלס מדוקדק, זו התמונה בכללותה. ואכן, לטענת המערער נאלץ הוא "למתוח קו" בין שני סוגי התשלומים, הסוציאלי והנזיקי, בשל התקציב המוגבל (פסקה 26 לסיכומי המערער). באמירה זו טמונה ההנחה, כי אילו היה תקציב אגף השיקום מאפשר זאת, היו משולמות ההטבות בנידון דידן למפרע. לכאורה בא כאן השיקול הסוציאלי שני בזמן כדי להסביר את השיקול התקציבי. אכן, כדברי המערער, "אין דיני הרווחה עוסקים בהשבת הגלגל אחורנית", ו"דיני השיקום מבקשים ליתן למוטב זכויות סוציאליות לצרכים שוטפים", ולא כ"פיצוי נזיקי" (פסקאות 24-25 לסיכומי המערער). אולם עינינו הרואות, כי ההטבות מכוח הוראות האגף ניתנות בכל זאת רטרואקטיבית – שהרי הוראה 80.23 מורה על תשלום רטרואקטיבי, בקבעה את המועד ממנו תשולמנה ההטבות מיום ההכרה בנכות. לפנינו איפוא סוג של איזון, שבא משיקולים מעשיים, אך תוצאתו בעייתית.

כה. באשר לטענת המערער לקיומו של שיקול תקציבי, המשמעות היא כי אכן קיימת הפליה בין נכי צה"ל, אך זו נעשית – כנאמר – מטעם של שיקול תקציבי, שלפי הנטען יש לראות בו שיקול ענייני המצדיק את הפגיעה בשוויון.

כו. שיקול תקציבי, כאמור, אינו בלתי מתקבל על הדעת ועל המציאות, ואולם הוא אינו יכול להסביר שוני, העלול לעלות כדי הפליה, על בסיס אקראי לחלוטין של מועד ההכרה בנכות.

שיקול תקציבי: היש תשתית עובדתית?

כז. מושכלות יסוד הן, כי הקופה הציבורית אינה "בור ללא תחתית", וכי פריסתה וחלוקתה של העוגה התקציבית, היא כשמיכה קצרה מכיסוי המצע כולו, נוכח המשימות והאתגרים שבפני המדינה בתחומי החינוך, הביטחון, הרווחה ועוד. על שומרי הסף של התקציב החובה לנהוג בכספי הציבור בזהירות ובאחריות הראויה, שהרי הרשות "כל כולה לא נוצרה כי אם לשרת את הכלל, ומשלה אין לה ולא כלום: כל אשר יש לה מופקד בידיה כנאמן..." (ראו ע"א 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, ירושלים, פ"ד כח(1) 325, 331 (1971); דנ"א 3993/07 פקיד שומה ירושלים 3 נ' איקאפוד בע"מ, פסקה 10 לחוות דעתה של השופטת ארבל (2011) (להלן עניין איקאפוד)). פריצתה של מסגרת תקציב נתונה היא אירוע חריג בנוף המינהלי, ועל שומרי הסף לעשות כל שעל ידם כדי למנעו. על אינטרס ציבורי חשוב זה עמד בית משפט זה לא אחת, בציינו כי משאבים מוגבלים אכן יכולים לעלות כדי שיקול ענייני, ואף להצדיק סטייה מעקרון השוויון (ראו עניין התנועה המסורתית, עמודים 368-369). אולם חשוב ככל שיהיה, אין משמעות הדברים כי הנפת דגל השיקול התקציבי חזות הכל היא, והיא מאדה את שאר השיקולים. יפים לעניין זה דבריה של השופטת ברק-ארז:

"שיקולים תקציביים הם, על-פי רוב, שיקולים ענייניים. רשויות מינהליות פועלות במסגרת של תקציב נתון, וחובתן לפעול למען האינטרס הציבורי בדרך הטובה ביותר מחייבת התחשבות באילוצים תקציביים. אין בכך, כמוכן, הכשר להתחשבות בלעדית בשיקול התקציבי, תוך התעלמות משיקולים אחרים. המשקל שראוי לתת לגורם התקציבי הוא נושא לדיון נפרד – במסגרת עילות הסבירות והמידתיות, ולמעשה גם במסגרת עילת ההפליה (בהתייחס לשאלה אם החיסכון התקציבי הוביל לתוצאות לא-שוויוניות)" (ראו ד' ברק-ארז משפט מינהלי 694-695 (התש"ע) והאסמכתאות שם (להלן ברק-ארז המשפט המינהלי)).

ואכן, למשקל שראוי לתת לשיקול התקציבי במקרה שלפנינו אדרש להלן במסגרת הדיון בעילות הסבירות והמידתיות.

כח. מתן משקל לאתגר התקציבי עמד ביסוד החלטותיו של בית משפט זה בעבר, בהתייחסו להוראה 80.23 ולשיקול התקציבי שבבסיסה. זאת משלא הועלתה או נדונה טענת הפליה, ובמידה רבה בטרם עידן חוקי היסוד ופסיקתו של בית משפט זה, שהקנתה לזכות לשוויון מעמד על חוקי (כפי שציין גם בית המשפט קמא). הנה מדברי בית משפט זה:

“אין בידנו לומר שהנחיה פנימית המעניקה – מטעמי תקציב ותכנונו – הטבות מהסוג האמור רק ממועד מוגדר היא מופרכת עד כדי הצדקת התערבותנו, כל עוד אין אפליה בין נכים שונים לגבי מועד התשלום” (הלכת בודיק, פסקה 2, מפי השופטים לוין, חלימה ושטרסברג-כהן (הדגשות הוספו – א”ר)).

עוד ראו בג”ץ 546/83 יסקולקה נ’ שר הביטחון (לא פורסם, 19.12.85) מפי השופטים בן פורת, בך וגולדברג:

“מכל מקום איננו מוצאים כל פגם באותה הוראה. להפך, הדעת נותנת שחישובי תקציב הניעו את הגורמים הנוגעים בדבר להגיע למסקנה שהתשלומים לגבי העבר, היינו לגבי תקופה שקדמה לשנת התקציב האחרונה, יעדימו בפניהם קשיים שיש למנעם” (הדגשות הוספו – א”ר).

פסיקה זו אוזכרה על-ידי בית משפט זה בהחלטותיו לאורך השנים, אולם בלא שנדונה טענת הפליה לגופה, או הצדקתה מטעמים תקציביים עדכניים (ראו ענין קלוש, פסקה 16 לחוות דעתה של השופטת ארבל; עע”ם 7605/09 פלוני נ’ משרד הביטחון (2010); עע”ם 4539/09 פלוני נ’ קצין התגמולים (2010); ענין עבודי).

כט. ברם, טענה כי שיקול תקציבי הוא שבבסיסה של הוראה 80.23, הינא טענה שבעובדה, ויש לבסס תשתית עובדתית עדכנית התומכת בה – להבדיל מהסתמכות על תשתית עובדתית שהוצגה בפני בית משפט זה בעבר, שהרי “חלוף הזמן ושינוי העתים מקימים סמכות ואף חובה לבדוק ולשקול מחדש” (ראו בג”ץ 26/99 עיריית רחובות נ’ שר הפנים, פ”ד נז(3) 97, פסקה 5 לחוות דעתה של השופטת שטרסברג-כהן (2003)). בכך ניתנת הדעת לטבעה של התשתית העובדתית הנחשפת לשינויים בחלוף השנים; אין להתרפק על ביסוסה בעבר, שאולי אינו נאמן עוד למציאות (ראו עניין התנועה המסורתית, עמוד 369 והאסמכתאות שם).

ל. “הגנת תקציב” העומדת לרשות הוכרה בפסיקה בהקשר לסעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל”ט-1979 (שעניינו בפטור מהשבה כולה או מקצתה). עליה

עמד בית משפט זה בע"א 1761/02 רשות העתיקות נ' מפעלי תחנות בע"מ, פ"ד ס(4) 545, עמודים 42-43 לחוות דעתו של המשנה לנשיא חשין (2006):

"דעתנו היא כי אין לפסול מכול וכול את עילת ההגנה של 'פגיעה קשה בתקציב הרשות'. ואולם, כשם שאין אנו פוסלים עילת הגנה זו מכול וכול כן לא נכיר בה כפשוטה, לכל אורכה ורוחבה. נ'אמר אפוא כי טענה סתמית של 'פגיעה קשה בתקציב הרשות' – באשר היא – לא תוכר כעילת הגנה לגיטימית... שומה עליה על הרשות לטרוח ולשכנע את בית המשפט בעובדות ובמספרים, כי היענות לתביעת ההשבה – תביעה שאם יכיר בה בית המשפט קרוב להניח כי תהיה חלוץ ההולך לפני מחנה תביעות רבות וקשות – עלולה לפגוע ברשות כדי כך שיקשה עליה באורח מהותי לבצע כהלכה אותם משימות ותפקידים שלמענם כוננה מעיקרה.

... השימוש בהגנה זו ראוי לו כי ייעשה בזהירות מרבית. לא נקבל טענה סתמית של פגיעה בתקציב, ועל הרשות ירבץ הנטל להוכיח כי ייפגע התקציב; כי הפגיעה פגיעה משמעותית היא; כי אין בידיה אמצעים חלופיים מעשיים לצמצום הפגיעה בתקציב. עוד נוסיף כי גורם זה של פגיעה משמעותית בתקציב הרשות לא לבדד ישכון, ולעולם יישקל אותו גורם אל מול יתר נסיבות העניין... מסקנתנו הסופית היא אפוא זו, שאמנם נכיר בהגנה של פגיעה חמורה בתקציב הרשות וביכולתה להמשיך ולתפקד כהלכה, ואולם כך נעשה במקרים מוכחים ומבוררים ורק לאחר שהרשות תוכיח את עוצמת הפגיעה ואת היעדרן של חלופות ראויות ומעשיות לתיקונה. מסקנה זו נדרשת כמו מאליה מעקרונות היסוד של השיטה; מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; מעקרון שלטון החוק; מנימוקים של צדק – הן צדק חלוקתי הן צדק מתקן" (ההדגשות הוספו – א"ר).

עוד ראו בע"א 546/04 עיריית ירושלים נ' שירותי בריאות כללית, פסקאות 48-

50 לחוות דעתה של השופטת (כתארה אז) נאור (2009) (להלן עניין עיריית ירושלים):

"השימוש בהגנת הפגיעה בתקציב ייעשה בזהירות. הטענה שתקבל רק אם הוכחה הרשות 'בעובדות ובמיספרים' כי השבה מלאה תפגע בה כך שיקשה עליה באורח מהותי לבצע כהלכה את תפקידיה. אין צורך להחזיר את הדיון בנושא לבית המשפט המחוזי, כפי שנעשה הדבר בפרשת רשות העתיקות (שם הסכום שהרשות עשויה הייתה לחוב בו בהשבה מלאה עלה על תקציבה השנתי פי שישה לערך, ראו פרשת רשות העתיקות, פסקה 69), שכן הבירור העובדתי בעניינו כבר נעשה. מה שהובא-הובא ומה שלא הובא לא הובא... לדעתי אין בנתונים שהציגה העירייה הוכחה של טענת 'הגנת תקציב' בדרגה הנדרשת. כל שקבע בית המשפט המחוזי היה כי הנתונים מלמדים על 'שיבוש במצבה הכספי של העירייה'. אין בכך קביעה כי טענת התקציב הוכחה.

לדעתי הנתונים שהוצגו הם חסרים. כך למשל, לא הציגה העירייה בדיקה והערכה של אמצעי מימון חלופיים לצימצום הפגיעה בתקציב. רמת הפירוט של הפגיעה בתיפקוד העירייה אינה מבססת את אמת המידה הראייתית המחמירה (עובדות ומספרים) וגם לא את אמת המידה ההסתברותית המחמירה (חשש לפגיעה מהותית ביכולת התיפקוד). בנסיבות אלה אני סבורה כי לא הוכחה הגנת התקציב בכל הנוגע להיקף ההשבה לקופת החולים (ראו והשוו פסק הדין המאוחר יותר של בית משפט השלום בעניין חוות הנוער הציוני מיום 29.12.2008, פסקאות 22-26)."

לא. בעתירה שלפנינו לא באה תשתית עובדתית עדכנית לכך ששיקול תקציבי עודנו עומד בבסיס הוראה 80.23, ולמען האמת, לעת הזאת מודה גם המערער כי ההרים שנתגבהו בטיעונו התקציביים היו לגבעות, גם אם לא לצל הרים. רוצה לומר, ניתן לטעון שכל הוצאה תקציבית שהיא מכבידה על התקציב; ואולם, פשיטא כי לא הרי נתח נכבד כהרי שבריר או חלק קטן במונחי התקציב הכולל.

לב. חוששני כי המערער לא הראה "בעובדות ובמספרים", בשני תצהירים שהוגשו מטעמו, כי שיקול תקציבי עדכני עומד בבסיס הוראה 80.23, וכי יש במתן הטבות מכוח הוראות אגף השיקום למפרע ממועד הכולל התחשבות באמת מידה שויונית (ולאו דווקא בהכרח מהמועד הקבוע בחוק הנכים), כדי להקשות משמעותית על אגף השיקום בהתנהלותו בשגרה ובדרגת שיבוש שהדעת אינה סובלת. ההערכות התקציביות שהציג המערער בשני תצהיריו התגלו כלוקות ביתר רב, ונראה שאין בהן כדי לבסס את טענת העלויות הכבדות של ביטול הוראה 80.23.

לג. באשר לתצהיר הראשון, חוששני כי הנתונים בו חושבו והוצגו בפני בית המשפט קמא באורח חסר. הנה הנאמר בתצהיר: "יש במוצע 320 נכים המגישים ערעורים המתקבלים בשנה. משך הטיפול בתיק במוצע הינו שנתיים וחצי. העלות השנתית הממוצעת של הטבות לנכה 50% הינה כ-91,000 ש"ח. הכפלתי את שלושת הנתונים הללו וקבלתי נתון של כ-72,000 מיליון ש"ח בשנה. ערכתי חישוב על בסיס אותו עיקרון לגבי משפחות חיילים שנספו במערכה, הכל כמפורט בשקף המצורף כנספח ב1 לבקשה, וקבלתי תוצאה של כמיליון ש"ח בשנה. חיבור שתי התוצאות מגיע לכ-74 מיליון ש"ח" (סעיף 4 לתצהירו של מר שבתאי מיום 18.5.09) (להלן התצהיר הראשון).

לד. ואולם, עסקינן ב"עובדות ומספרים" שניתן היה להציגם במדויק, בבחינתם במבט לאחור. המערער נדרש לחשב ולהציג, כמה נכים מדי שנה הוכרה נכותם באיחור מכוח הליכים משפטיים, ומה הסכומים שהיו ניתנים להם בגין הטבות האגף למפרע, למשל עד המועד הקובע בחוק הנכים, במקום עד יום החלטתו של המוסמך – כפי שמורה הוראה 80.23. כך גם בשאלה כמה נכים הוכרו באותה שנה ומה הסכומים שניתנו להם בגין הטבות האגף, דבר שהיה מקום להציגו אל מול תקציב האגף באותה שנה. סבורני, כי "הערכה גסה המבוססת על פילוח נתונים חלקי ועל ממוצעים, אומדנים ותחזיות" (סעיף 4 לתצהירו של מר שבתאי) אינה במקומה שעה שהמערער מבקש להראות קיומו של שיקול תקציבי המצדיק פגיעה בשוויון בין נכי צה"ל, ומשעסקינן בנתוני עבר שניתן לכאורה להציגם במדויק.

לה. ויודגש, כי המערער לא טען שבחילוף הנתונים יש כדי להכביד על הרשות יתר על המידה, ועל כן – למשל – תוצג התמונה בחמש השנים האחרונות בלבד. המערער טען, כי הליקויים בהכנת התצהירים נבעו מהעובדה ש"מערכות המחשוב של המערער אינן ערוכות ליתן נתונים מסוג זה, בין היתר משום שעד כה לא שולמו הטבות רטרואקטיבית לזכאים ולכן לא בוצעו תחשיבים ולא נערכו דוחות מתאימים" (פסקה 44 לסיכומי המערער). אולם, אין בעובדה שלא ניתן להוציא פלט נתונים רלבנטי ב"לחיצת כפתור" בין רגע, כדי להצדיק שגיאות בתצהירים, או כדי להעיד על מורכבות החישוב שראוי היה לעשותו, כדרך שעל רשות לערוך מעת לעת בבחינת התשתית העובדתית העדכנית של החלטותיה. וכאמור, הוראה 80.23 אינה שוללת מתן הטבות מכוח הוראות האגף רטרואקטיבית, אלא שהמועד הקובע בה לתשלום ההטבות הוא מועד החלטת המוסמך להחליט ולא מועד מוקדם יותר (כמועד הגשת התביעה למשל), על כן ניתן היה לצפות שאופן החישוב יהיה מוכר למערער.

לו. כפי שציין בית המשפט קמא (עמודים 12-14 לפסק הדין), במהלך חקירתו של המצהיר הנזכר, ששימש בתפקיד ראש תחום תקציבי שיקום נכים ומשפחות שכולות באגף תקציבים במשרד הבטחון, ביום 27.12.09, התגלה כי נפלו טעויות קשות בחישוב האומדן של עלות תשלום רטרואקטיבי של ההטבות. ראשית, בחישוב הפרטני של המשיב 1 נכללה הטבה להחזר תשלום בגין "רכישת רכב רפואי ראשוני בסך 75,000 ש"ח", בין התשלומים שישולמו רטרואקטיבית אם תבוטל הוראה 80.23, וזאת אף שזה ניתן כבר בשנה שלאחר ההכרה בנכותו של המשיב 1, וברור לכל כי אינו זכאי לו בשנית (עמוד 2 שורה 26 ואילך לפרוטוקול מיום 27.12.09). כך, נראה שבחישוב עלויות ביטולה של הוראה 80.23 נכללו גם רכיבים המשולמים לנכים ממילא בעבור

שנת ההכרה בנכותם, ושאינן להביאם באומדן עלויות הביטול. שנית, התגלה במהלך החקירה שהנתון של 320 ערעורים המוגשים במוצע בשנה, כולל בתוכו ערעורים מטעמים של נכים בשיעורי נכות של 0-9 אחוזים שאינם זכאים על פי דין להטבות, ו-10-19 אחוזים שזכאים להטבות חד פעמיות, שממילא אמורות להתקבל עם ההכרה בנכות ואינן להביאן בחישוב העלויות – כך שבמהימנותו של נתון זה אין מנוס מהטלת ספק (עמוד 3 שורה 13 ואילך לפרוטוקול מיום 27.12.09).

לז. באשר לתצהירו של מר אליהו גוטמן מיום 4.1.10 (להלן התצהיר השני), ציין המערער בעצמו כי "לאחר בדיקה מחודשת של הנתונים לקראת הגשת ערעור זה, נסתבר למערער כי גם התצהיר השני (שהגשתו נאסרה) כלל נתונים שאינם מדויקים, וכי ההערכות שניתנו במסגרתו הינן הערכות יתר" (פסקה 44 לסיכומי המערער). למען הסדר הטוב יצוין, כי הערכות היתר בתצהיר השני (המתבסס על שנת 2008 כשנת מבחן), התקבלו, בין היתר, בשל טעויות חישוב פשוטות. כך לדוגמה, לא הובא בחשבון הכולל כי 51% מ-365 הערעורים בשנת 2008 (כנטען בסעיף 5 לתצהיר השני), אינם אמורים לבוא במניין עלויות ביטול הוראה 80.23, שכן עניינם בדרגות נכות של 19 אחוזים ומטה (כאמור לעיל בפסקה ל"ו). כפועל יוצא, נוספו לאומדן עלויות הביטול עשרות מיליוני ש"ח שלא לצורך. לכל שגיאה יש כמובן משמעות והשלכות לגבי התמונה המובאת בפני בית משפט זה; כך לדוגמה, בהתבסס על הנוסחה שהוצגה בתצהיר הראשון בשילוב עם חלק מהנתונים ששונו בתצהיר השני נקבל, כי סך העלויות לשנה הוא כ-8,231,165 ש"ח (לפי 178 ערעורים בשנה, עלות ממוצעת לנכה 18,497 ש"ח, 2.5 שנות טיפול במוצע בתביעה) – עלות נמוכה בהרבה מהמוצהר בתצהיר הראשון (כ-72,000,000 ש"ח). היה ראוי לדייק יותר בהבאת הנתונים למען הצגתה של תמונה עדכנית ומהימנה, ומכל מקום דומה כי גם בהינתן עלויות מסוימות, לא כצעתה.

לח. ראיה נוספת לנטיית המערער להערכת יתר של עלויות ביטול הוראה 80.23, וזאת מעבר לאמור, מצויה בטענתו בפסקה 45 לסיכומיו: "יובהר, כי העלות שחושבה בתצהירים שהוגשו התייחסה לנכי צה"ל בלבד, ולא בוצע תחשיב לגבי קבוצות הזכאים האחרות (משפחות שכולות ונפגעי פעולות איבה)", בכך מבקש המערער לטעון כי העלויות גבוהות מאלה שהוצגו בפני בית המשפט בתצהיריו הקודמים. אולם בתצהיר הראשון נכתב "ערכתי חישוב על בסיס אותו עיקרון לגבי משפחות חיילים שנספו במערכה... וקבלתי תוצאה של כמיליון ש"ח בשנה – חיבור שתי התוצאות מביא לכ-74 מיליון ש"ח" (סעיף 4 לתצהיר הראשון), ובתצהיר השני נכתב "בנוסף, מעבר

לערעוירים על החלטות קצין התגמולים שלפי חוק הנכים, מתנהלים בבתי המשפט גם ערעורים על החלטות קצין התגמולים שלפי חוק משפחות חיילים שנספו במערכה... אומדן עלות ממוצעת נוספות של כ-1 מ' ש"ח לשנה" (סעיף 9 לתצהיר השני). הדברים מדברים בעדם. אולי לקה המערער במקצת בלקות מקצועית מוכרת אצל בעלי תקציבים, מבלי לפגוע, הנוטים להציג תמונה שחורה של קטסטרופה אם יוגדל תקציב פלוני (לפעמים כמובן הם גם צודקים).

לט. ודוק, קשה להלום הפניית בית משפט זה, בשבתו כערכאה ערעורית, לתצהיר שהוגש מטעם המערער בהליך אחר, כמעין "מקצה שיפורים" שני לתצהיר שהוגש לערכאה הדיונית; ראו דברי השופטת (כתארה אז) נאור בעניין עיריית ירושלים – "מה שהובא-הובא ומה שלא הובא לא הובא" (פסקה 48 לחוות דעתה), ובהמשך דבריה (פסקה 53 לחוות דעתה):

"אני סבורה כי גם טענת הגנת התקציב לה טען היועץ המשפטי לממשלה, המבוססת על הערכת פוטנציאל התביעות התלויות ועומדות, לא הוכחה במידת הפירוט הנדרשת ולכן דינה להידחות. הנתונים המלאים צריכים היו להיות מובאים בערכאה הדיונית ולא בכתב טענות בערעור" (ההדגשות הוספו – א"ר).

אולם, על פניו, גם בתצהירה של הגב' נועה ליפשיץ מיום 16.1.12 (להלן התצהיר השלישי) אין כדי לבסס את השיקול התקציבי בבסיסה של הוראה 80.23 באופן שבו מבקש המערער לעשות, וזאת אף מבלי שנידרש למהימנותם של הנתונים נוכח הקפיצה במספר הערעורים הממוצע לשנה בתצהיר השלישי ל-1,098, לא פחות – מ-320 ערעורים בתצהיר הראשון ו-365 ערעורים בתצהיר השני.

העלות השנתית המוערכת מביטול הוראה 80.23 בתצהיר השלישי היא כ-14,284,641 ש"ח, וכפי שציין בית המשפט קמא "מחקירת המצהיר מטעם המדינה לא מדובר לא בסכומים גבוהים ולא במקרים רבים" (עמוד 12, שורה 7 לפסק-הדין), זאת בשונה מהמוצהר. דברים אלה מקבלים משנה תוקף לאור היקף תקציבו השנתי של אגף השיקום, ואשר עמד, לדוגמה, בשנת 2008 על סך של 2,623,000,000 ש"ח (עמוד 5 שורה 27 לפרוטוקול מיום 27.12.09), אשר 14,284,641 הם כ-0.5% מתקציבו – וזאת מבלי להקל ראש בהוצאה זו ובכל הוצאה ציבורית. יוצא, כי אשר הוכח במקרה דנא הוא, כמות שציין בית משפט קמא, "שקביעת ההנחיה בדבר תשלומים עתידיים בלבד לא נבעה משיקולים תקציביים, למעט העובדה שתשלום כזה, מטבע הדברים מטיל נטל מסוים נוסף על אגף השיקום" (עמוד 12, שורות 16-18 לפסק-הדין). במצב דברים זה

סבורני, כי קשה להלום ששיקול תקציבי משמעותי לכשעצמו, עודנו עומד בבסיס הוראה 80.23. ואוסיף, ראוי להקפיד בתצהירים בכלל ולא כל שכן כאלה המוגשים לבתי המשפט על דיוק מירבי, והפקת לקחים תהא במקומה.

שיקול תקציבי: עילות הסבירות והמידתיות

מ. גם בהנחת קיומה של תשתית עובדתית עדכנית לקיומו של שיקול תקציבי, לאור אופיה האקראי של הוראה 80.23 – ובכך הדגש – נראה כי בבחינת השיקול התקציבי אל מול הזכות לשוויון בעידן החוקתי ניתן לראשון משקל רב מדי בעיצוב מדיניות המועד הקובע, שממנו תשולמנה הטבות מכוח הוראות האגף. דבר זה חורג ממתחם הסבירות, ובידוע כי "החלטה היא סבירה אם נתקבלה לאחר מתן משקל ראוי לנתונים השונים שיש להביאם בחשבון ואם היא מאוזנת באופן ראוי בין השיקולים הרלוונטיים" (א' ברק מידתיות במשפט, הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 456 (התש"ע) (להלן ברק מידתיות במשפט)). חלוף השנים יצר מציאות שונה, מבחינת המשקל שיש לייחס לשיקול התקציבי מזה והמשקל שיש לייחס לזכות לשוויון מזה. המציאות שונה מזו שהיתה קיימת שעה שפסק בית משפט זה בנושא בעבר, והוראה 80.23 מתקשה לעמוד בעילות הסבירות והמידתיות כיום.

חוסר סבירות

מא. כנודע, על יסוד תכלית החוק, מהות העניין, ערכי היסוד של שיטת המשפט והנסיבות המיוחדות של המקרה יש לקבוע, בין היתר, מהו המשקל הראוי שיש לתת לטעמים שהעלתה הרשות – ובענייננו לשיקול התקציבי (ראו בג"ץ 6051/95 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(3) 289, 347 (1997); עניין התנועה המסורתית, עמוד 363).

מב. אחת מתכליותיו של חוק הנכים היא "ביצירת מערכת תגמולים שיונית שנועדה להיטיב עם מי שנפגעו עקב שירותם למען בטחון המדינה. כשם שאין החוק מבחין בין חיילים על פי דרגותיהם או תפקידיהם בצבא, והכל שווים בפניו, כך הדעת נותנת כי במסגרת השגת תכלית השוויון יבקש החוק להימנע מאפליה בין אוכלוסיית הוותיקה לאוכלוסיית הנכים החדשה ויחתור להשוואת מערכת התגמולים של נכים שפגיעתם זהה" (עניין דוקטורי, פסקה 14 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה). ועוד: בידוע כי "אשר לחוקי הנכים – ובהם חוק התגמולים – גישת בית-המשפט היא, מאז-

ומקדם, כי יש לפרשם ברוחב-לב ולא ביד קמוצה, מתוך רצון להיטיב עם הנכה ושלא להקפיד עמו. חוקים אלה ייעודם הוא להיטיב עם הנכה – בענייננו: עם נכי צה"ל – להיטיב ולגמול טוב למי ששירתו את המדינה ונפגעו בעת שירותם ובקשר עם שירותם, ועל דרך זה יפורשו ויוֹתְלוּ" (ראו דנ"א 5343/00 קצין התגמולים נ' אביאן, פ"ד נו(5) 732, פסקה 15 לחוות דעתו של השופט (כתארו אז) חשין (2002)). כדבריו של המשנה לנשיא חשין בעמדת הרוב בעניין דוקטורי:

"כל נכה הוא לעצמו, וזכותו כלפי המדינה תיקבע על פי עניינו הפרטי ועל פי הדין החל עליו. אמנם נתקשה לקבל כי חיילים שנפגעו באורח שווה לעת מלכותו של דין מסוים יזכו לתגמולים שונים זה-מזה. לא כן במקום שהחיילים נפגעו, גם אם אותה פגיעה עצמה אך בזמנים שונים ולעת מלכותם של דינים שונים... מה טעם נאמר אפוא כי נהגנו בשניים שלא בשוויון?" (ראו עניין דוקטורי, עמוד 550) (הדגשה הוספה – א"ר).

במקרה דנן אכן מדובר ב"חיילים שנפגעו באורח שווה לעת מלכותו של דין מסוים", ולא ראיתי מדוע יש לשנות בענייננו, לאור תכלית חוק הנכים והגישה התומכת בפרשנות המיטיבה עם נכי צה"ל, בין המועד הקובע לתשלום זכויות הניתנות מכוח החוק לבין המועד הקובע לתשלום זכויות הניתנות מכוח נגזרותיו של החוק, בין אם תקנות הן ובין אם הוראות מינהל. אכן, "תכליתו של דבר החקיקה המרכזי בענייני נכי צה"ל, משליכה ודאי על הוראות במדרג נורמטיבי נמוך יותר, שעל המטרות והשיקולים העומדים בבסיסן לעלות בקנה אחד עם אלו של דבר החקיקה הראשי" (ראו עניין נאמן, פסקה 31 לחוות דעתה של השופטת ארבל; י' דותן הנחיות מינהליות 180 (1996)). למצער, יש באמור כדי להשליך על המשקל הראוי שיש לתת לשיקול התקציבי בנסיבות, שהוא נמוך יותר מזה שניתן לו על-ידי המערער, בהודאתו שלו לאמיתה; וכדברי בית משפט זה:

"אפשר שבנסיבות המקרה המשקל של השיקול הענייני יהיה קטן עד כדי כך שהוא לא יצדיק את הקיום של קבוצת שוויון נפרדת. במקרה כזה, ההחלטה להקים קבוצת שוויון נפרדת על יסוד שיקול זה נפגמת לא בשל שיקול זה, אלא בשל משקל בלתי ראוי שניתן לשיקול ענייני. לשון אחרת, המשקל שניתן לשיקול הענייני חורג ממיתחם הסבירות, ובשל כך ההחלטה להקים קבוצת שוויון על יסוד שיקול זה נעשית בלתי סבירה" (עניין תיאטרון ארצי לנוער, עמוד 283, מפי השופט זמיר).

עוד ראו דברי השופט עמית בעע"ם 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וטובלנות נ' עיריית ירושלים, פסקה 37 לחוות דעתו (2010):

”יש לבחון את המשקל שניתן לשיקולים השונים שהרי 'אפשר להקדיח את התבשיל גם כאשר שמים בו את כל המרכיבים הנכונים, אך בכמויות החורגות מן הנדרש במידה ניכרת' (ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי 725-727 (2010)).”

מג. והרי מן העבר השני, ניצבת הזכות לשוויון, אשר יש לומר, כשאר זכויות האדם אף היא אינה מוחלטת; ואולם – זאת לדעת – בין זכות שאינה מוחלטת לזכות שאינה קיימת, יש כברת דרך ארוכה. הזכות לשוויון אינה באה לביטוי בנוסח הוראה 80.23, ולא ניתן לה משקל בהבניית ההוראה; ובידוע, כי יש לתת משקל ראוי לזכות לשוויון, אף בגדרי משאביה המוגבלים של הרשות, כפי שנאמר בעניין התנועה המסורתית, עמ' 366 מפי השופט זמיר:

”רשות מינהלית חייבת למלא את תפקידה במסגרת המשאבים שהוקצו לה על-פי דין. אסור לה לחרוג ממסגרת זאת. לכן היא חייבת לקיים את השוויון במסגרת משאבים אלה. אם מסגרת זאת אינה מאפשרת לרשות המינהלית לקיים את השוויון באופן מלא, ייתכן שיהיה עליה לסטות מן השוויון, במידה ההכרחית.”

וכפי שנקבע בבג"ץ 5496/97 מרדי נ' שר החקלאות, פ"ד נה (4) 540, 558 (2001) מפי השופט זמיר:

”אילוץ תקציבי יכול להיות שיקול ענייני, במיוחד בהקשר של מתן מענקים, לכן הוא עשוי להצדיק שינוי התנאים למתן המענקים. עם זאת אילוץ תקציבי אינו שיקול יחיד; קיימים שיקולים נוספים וכללים שונים שגם אותם צריך להביא בחשבון ולאזן ביניהם לבין עצמם כדי להגיע אל החלטה שיש בה סבירות, מידתיות ושוויון...”

מד. ודוק, אין שיקול תקציבי מקהה את הפגיעה בשוויון ואת תחושת אי הנחת, שלא לומר אי הצדק, של נכה, אשר אקראיות חרצה את גורל הטבותיו לעומת חברו; זאת כאילו חיו בשתי מציאויות מקבילות, בהן הוגשה התביעה באותו מועד, בקו התחלה אחד, אלא שקו הסיום שונה, ותלוי בזמן הטיפול בתביעה על-ידי קצין התגמולים, ובמשך ההליכים המשפטיים עד שהוכרה הנכות, ובמשך הזמן שנדרש לוועדה הרפואית לקבוע את דרגת הנכות. אם כן, ישאל השואל, מה ההיגיון שמאחורי מועד אקראי זה? אין בידנו להשיב לשואל – אכן היגיון קשה למצוא, אך שיקול תקציבי יש; זאת – לא בעידן החוקתי ולא בבחינת השיקול התקציבי במידתיותו כלפי תקציב השיקום. אכן

כפי שציין בית המשפט קמא, טענת הפליה לא נידונה בפסיקתו של בית משפט זה במסגרת אשרור הוראה 80.23 בעבר, וממילא טבועה משמעות שונה בדיון דהאידינא.

מה. הוראה 80.23 מביאה איפוא לכדי תוצאות אקראיות המפלגות בין נכי צה"ל בהיקף ההטבות שניתנות להם, ואינה נותנת ביטוי ראוי לעקרון השוויון – מה שאפשר היה, אולי, אילו נכללו בה קוי תיחום סבירים – כפי שצוין בעניין שטאובר (עמ' 8, שורה 14 ואילך לפסק הדין) – המציבים תקרה של 2.5 שנים (הזמן הממוצע לטיפול בתיק כאמור בפסקה 4 לתצהיר הראשון) לבירור התביעה להכרה בנכות מיום הגשתה. במצב זה, ככל שמועד ההכרה בנכות מאוחר לזמן הגג שנקבע, תינתנה ההטבות למפרע ממועד הגג ולא ממועד ההכרה בנכות (המועד המאוחר יותר). אפשרות נוספת היא הענקת ההטבות למפרע בשנה העוקבת, כך שהדבר לא יפגע בתכנון התקציב של השנה הנוכחית וביעדיו.

מו. סיכומם של דברים הוא שלדעתי הוראה 80.23 אולי ראשיתה סבירה, אך אחריתה דומה שאינה כן.

היעדר מידתיות

מז. עילת המידתיות הוכרה כעילת ביקורת במשפט המינהלי, המהוה מעין המשך רעיוני ישיר של עילת הסבירות שקדמה לה בזמן (ראו ברק-ארז המשפט המינהלי, עמוד 771; ברק מידתיות במשפט, עמוד 456), על היחס ביניהן עמד השופט (כתארו אז) חשין:

“עילת הסבירות הפכה בתחום המשפט המינהלי – כמוה כעולת הרשלנות בתחום דיני הנזיקין – ל'עילת מסגרת' שתכניה יכולים שישתנו מעניין לעניין ומתקופה לתקופה, על-פי תנאי המקום והזמן. בשלב הבא ילדה עילת הסבירות הלכות, עילות ושברי-עילות למיניהם, ובצד כל אלה יצאו ממנה ראשי-בית-אב שקנו להם שם לעצמם. אחד מראשי בית-אב אלה היא עילת המידתיות. וכיחס הסבירות לחוקיות כן יחס המידתיות לסבירות. בהשתחררה מבית אמה, יכולה הייתה עילת המידתיות לפתח את עצמה באורח עצמאי וחופשי, וכך ייאמר עליה: בתחילה (אם כי לא בתחילת-התחילות) דרה עילת המידתיות בבית הסבירות, אך לימים יצאה מביתה זה, ובכוחה-שלה בנתה לה בית משל-עצמה. כך מציגה עילת המידתיות לפנינו כלי-ניתוח חד וחרף מעילת הסבירות הכללית; כך ניתן בידנו מכשיר משוכלל יותר לבחינה רציונלית של מעשי-המינהל. כל דברים אלה לא

אמרנו אלא להגדיל תורה ולהאדיר, שהרי בין-כך ובין-כך כולנו נסכים כי מבחן המידתיות עמנו הוא לבחינת שיקול-דעתה של רשות בת-סמך" (בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 777, 728 (1999)).

מח. כאמור, שיקול תקציבי עשוי להיות לגיטימי במסגרת גיבושה של מדיניות התשלום האקטיבי של תשלום הטבות מכוח הוראות האגף, וזאת חרף האקראיות שבהחלת מדיניות זו וסטיית מעיקרון השוויון, ככל שיעמוד באמת המידה של מידתיות (ראו בג"ץ 6893/05 לוי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 876, 890 (2005) מפי הנשיא ברק):

"הבחנה תקציבית – התחשבות בעלויות הכרוכות בהחלטה המינהלית נחשבת לגיטימית. עם זאת, יש להוסיף ולבחון אם יש לה מקום גם כאשר היא מובילה לתוצאה הפוגעת לכאורה בשוויון...
ב. לעתים, ההבחנה המבוססת על השיקול התקציבי היא שרירותית ונובעת מן הצורך להגביל את היקף תחולתה של ההחלטה כדי למנוע חריגה תקציבית. אלה הם פני הדברים כאשר הרשות המבצעת או הרשות המחוקקת מגבילות את היקף התחולה של הסדר מיטיב (במישור הזמן) בשל מחסור במקורות תקציביים. בית המשפט העליון היה נכון להכיר בלגיטימיות של הסדרים כאלה, בקובעו שההבחנה השרירותית לכאורה עומדת במבחני המידתיות (בהיעדר חלופת פעולה אחרת)" (ברק-ארז המשפט המינהלי, עמודים 694-695).

מט. מבחן המידתיות נחלק לשלושה מבחני משנה מצטברים; על מהותה ויסודותיה של עילת המידתיות שב ועמד בית משפט זה בגדרי בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית טוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 839-840 (2004) בדברי הנשיא ברק:

"עקרון המידתיות קובע כי החלטה של רשות מינהלית היא כדין רק אם האמצעי השלטוני אשר ננקט לשם הגשמתה של התכלית השלטונית הוא במידה הראויה. העיקרון של מידתיות מתרכז אפוא ביחס בין המטרה שמבקשים להגשים לבין האמצעים הננקטים להגשמתה... נקבעו שלושה מבחני משנה עקרוניים, המעניקים תוכן קונקרטי לעקרון המידתיות... מבחן המשנה הראשון קובע כי נדרש קשר של התאמה בין המטרה לבין האמצעי. האמצעי אשר הרשות המינהלית נוקטת צריך להיות גזור להשגת המטרה אשר הרשות המינהלית מבקשת להשיגה. האמצעי שנקט המינהל צריך להוביל באופן רציונלי להגשמתה של המטרה. זהו מבחן האמצעי המתאים או האמצעי הרציונלי. מבחן המשנה השני קובע כי האמצעי אשר הרשות המינהלית

נוקטת צריך לפגוע בפרט במידה הקטנה ביותר. מבין מגוון האמצעים שניתן לנקוט להגשמת המטרה יש לנקוט אותו אמצעי שפגיעתו פחותה. זהו מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. מבחן המשנה השלישי קובע כי הנזק שנגרם לפרט מהאמצעי שהרשות המינהלית נוקטת להגשמת מטרותיה צריך להיות ביחס ראוי לתועלת שאמצעי זה יביא. זה מבחן האמצעי המידתי (או המידתיות 'במובן הצר')... רק אם שלושת מבחני משנה אלה מתקיימים ניתן לומר כי האמצעי שנקט על-ידי הרשות השלטונית בהגשמת מטרותו הוא מידתי".

נ. לטעמי, קשה להלום כי הוראה 80.23 עומדת במבחני המשנה השני והשלישי, כך שנראה כי היא לוקה בהיעדר מידתיות.

נא. ראשית, דומה כי מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה אינו מתקיים בענייננו; כדי להגיע למסקנה שמדיניות התשלום האקטיבי מיום החלטת המוסמך היא בגדר האמצעי שפגיעתו פחותה בזכות לשויון, למען שמירה על מסגרת תקציבית ותכנון נאמן, היה על הרשות להציג עלויות משוערות של אמצעי זה ואלה החלופיים לו, ועמד על כך בית המשפט קמא בפסק-דינו (ראו גם בג"ץ 4638/07 אלאקסא אלמובארק בע"מ נ' חברת חשמל, פסקה 11 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן (2007)). יפים דבריה של פרופ' ד' ברק-ארז בספרה:

"העיקרון המחייב להעדיף את האמצעי הפוגע פחות בזכויות האדם הוא נקודת מוצא חשובה... הפסיקה הכירה בכך שהתחשבות באילוצים תקציביים היא אחת מאמות המידה שמותר לרשות להביאן בחשבון. ניתן איפוא לקבוע כי מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה אמור להיות מיושם ביחס לבחירה בין חלופות שעלויותיהן דומות... גישה זו מאפשרת להעדיף דרך פעולה יקרה במידת מה ולהתייחס אליה כאל חלופה לכל דבר ועניין, גם אם קיימת שונות תקציבית בינה לבין ההחלטה המקורית, אם חלופה זו פוגעת פחות בזכויות אדם" (ברק-ארז המשפט המינהלי, עמוד 780).

בנקל ניתן לחשוב על חלופות נוספות, כדוגמת הפחתה קטנה של כלל ההטבות הניתנות לאוכלוסיית נכי צה"ל מכוח הוראות האגף, כדי לפצות על ההחזר הרטרואקטיבי ממועד המקדם את עקרון השויון. אולם שיעור העלויות אינו בפנינו כדבעי.

נב. אכן, יישום המבחן תלוי בהפרש שבין עלות החלופות השונות. ברם, תקרת ההפרש במקרה שלפנינו היא מיליונים ספורים לשנה, אם תבוטל הוראה 80.23 – מבלי

להקל ראש בהוצאה זו מתקציב אגף השיקום. לא אחת ציין בית משפט זה, כי הוצאתן של זכויות אל הפועל עשויה לעלות בכסף, אך חברה המחשיבה את זכויות היסוד צריכה להיות ערוכה ומזומנה לשלם את מחיר מימושן:

"אכן, בבחינת היקף ההטבות שיש להעניק לנכי צה"ל אין להתעלם משיקולי תקציב ומן הצורך לקבוע סדר עדיפויות בהקצאתו. ואולם כשעל שולחננו מונחת טענה לפגיעה בזכות לשוויון, יהיה משקלם של אלה במסגרת האיזון, מצומצם יחסית, ולא על בסיסם לבד תיקבע 'קבוצת השוויון', שהרי זה מכבר נקבע כי כדי לממש זכויות יסוד-ומי כזכות לשוויון זכות יסוד- נדרשים אמצעים כספיים, וכי 'חברה המכבדת זכויות אדם צריכה להיות נכונה לשאת במעמסה הכספית' (אהרן ברק, פרשנות במשפט: כרך ג'- פרשנות חוקתית, 528 (1994); בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995))" (עניין נאמן, פסקה 25 לחוות דעתה של השופטת ארבל).

כאמור, לא הוצגו בפנינו העלויות השונות של החלופות, וממילא נראה כי המחיר שהוצג חלקית בפנינו אינו מצדיק פגיעה ממשית בזכות לשוויון.

נג. ספק אם בענייננו מתקיים גם המבחן הקרוי "מידתיות במובן הצר", הוא היחס בין התועלת הצומחת מהשגת התכלית הראויה לבין היקף הפגיעה בזכות החוקתית (ראו עניין לוי, פסקה 31 לחוות דעתה של השופטת (כתארה אז) נאור); חשיבותו של האינטרס הציבורי בשמירה על גדריו של תקציב אגף השיקום ושמירה על מסגרתו אינה שנויה במחלוקת. אולם היקף הפגיעה בזכות לשוויון במקרה דנא רחב, והמסקנה היא כי קביעת מועד ההכרה בנכות כמועד ממנה תשולמנה הטבות האגף אינה מקיימת יחס ראוי בין התועלת לציבור הטמונה בשיקול התקציבי, לבין הנזק לנכי צה"ל שנפגעה זכותם לשוויון.

התוצאה האופרטיבית, לרבות שאלת ההסתמכות

נד. סוף דבר, סבורני כי אין לקיים את מדיניות תשלום ההטבות מכוח הוראות אגף השיקום ממועד ההכרה, כפי שמורה הוראה 80.23, ויש לקבוע איפוא כי הוראה 80.23 בטלה.

נה. אולם כאן לא תמה דרכנו, שהרי אין בית משפט זה "יכול להסתפק בקביעת בטלות ולהותיר את תוצאותיה של קביעה זו לעבר ולעתיד ללא התייחסות וללא מענה"

(ראו עניין אלחנתי, פסקה 37 לחוות דעתה של השופטת חיות). יש לתת את הדעת במקרה דנא הן לסוגיית התחילה והן לסוגיית התחולה של ההכרזה על בטלות הוראה 80.23, שהרי "התחולה עוסקת בשאלת המקרים שפסק הדין מכסה במציאות, כלומר על מי הוא חל: על מקרים שבעבר, על מקרים שבהווה או על מקרים שבעתיד. שאלת התחילה עוסקת במועד כניסת פסק הדין לתוקף" (י' מרזל "השעיית הכרזת הבטלות" משפט וממשל ט' 44 (התשס"ו) (להלן מרזל); פרשת מנהלי ההשקעות, עמ' 406, מפי הנשיא ברק).

נו. באשר לסוגיית התחילה, המערער ביקש סעד של השעיית ההכרזה על בטלות הוראה 80.23 עד לעיגון ההטבות הניתנות כיום מכוח הוראות אגף השיקום בחקיקה המתגבשת, שבה תוחל מדיניות של תשלום רטרואקטיבי גם לגביהן (פסקאות 46-54 לסיכומי המערער); ואולם, "בית-המשפט יעשה שימוש בסמכות ההשעיה הנתונה לו רק במקרים מיוחדים המצדיקים זאת" (ראו פרשת מנהלי ההשקעות, עמ' 416-417, מפי הנשיא ברק), ונראה כי המקרה דנא אינו בא בקהלם. כאמור, הגיעה עת ההכרעה (ראו פסקאות י"א-י"ב מעלה), לאחר תקופה ארוכה מאוד, בה ליוה בית משפט זה את הליכי החקיקה המתגבשים, תוך קבלת עדכונים מעת לעת באשר לקצב התקדמותם, וזאת כשברקע הפליה מתמשכת כלפי נכי צה"ל ומשפחות שכולות, על-ידי קביעת מועד אקראי. יפים דבריו של הנשיא ברק בבג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נה(2) 255, 262-263 (2000) לענייננו:

"ההשעיה השיפוטית אינה אמורה להחליף את תפקידה החקיקתי של הכנסת. היא גם לא נועדה ללוות באופן שוטף את תהליך החקיקה. ההשעיה השיפוטית נועדה להיות אמצעי חריג ויוצא-דופן כדי לאפשר הבאתה של בעיה לטיפולו של המחוקק. משם והלאה צריך המחוקק, באמצעים החוקיים העומדים לרשותו, לטפל בפתרונה של הבעיה. זאת ועוד, השעיה של הצהרת בטלות הינה פעולה חריגה ומוגבלת בזמן. כפי שצינו בהחלטתנו באשר לארכה השלישית, 'אסור לה להשעיה להפוך את קערת אי-החוקיות על פיה. אסור לה ליהפך לעניין שבשיגרה'... אם ניעתר לבקשה לארכה רביעית, מה ימנע בקשה חמישית, שישית ושביעית? ...השעיה שיפוטית נועדה 'להקפיא' זמנית הצהרה על אי-חוקיות כדי לאפשר לגורמים המוסמכים (כגון הכנסת או הממשלה) לשקול במהירות מה הן הפעולות הנדרשות לדעתם בעקבות ההצהרה על אי-החוקיות. השעיה שיפוטית לא נועדה ללוות את הגורמים המוסמכים בהתלבטויותיהם, והיא לא באה לאפשר להם לדחות את הצורך בהכרעות הענייניות שהם נדרשים לקבל. אכן, ההשעיה השיפוטית הינה, מעצם טבעה, תרופה של עזרה ראשונה. אין להפוך אותה לחלק מהטיפול הרגיל והשיגרת... יש גבול לכוחו של

בית-המשפט לשמר מצב בלתי חוקי. במתן ההארכה השלישית הגענו לקצהו של אותו גבול. אנו מתבקשים בהארכה הרביעית לחצות אותו גבול, וזאת לא נוכל לעשות".

נז. בנוסף, בטלות הנורמה שבמוקד אינה מעוררת צורך למנוע "חלל נורמטיבי", מצב המהווה לא פעם שיקול משמעותי בעת מתן סעד של השעיית ההכרזה על בטלות (ראו מרזל, עמ' 41; פרשת מנהלי ההשקעות, עמ' 416-417, מפי הנשיא ברק; כג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 28 לחוות דעתו של הנשיא ברק (2006)); הצהרה על בטלות הוראה 80.23, משמעה שהטבות מכוח הוראות אגף השיקום תינתנה למפרע כנהוג בתגמולים הניתנים מכוח חוק הנכים, באופן שבו תיכנס לתוקפה המדיניות העתידה ממילא לבוא עלינו לטובה, במסגרת התיקון המקיף לחוק הנכים המבושש לבוא (פסקה 49 לסיכומי המערער). יש בכך כדי ליצור גשר להחלת מדיניות תשלום רטרואקטיבית בציר הזמן שבין ערב החלתו של התיקון לבוקר שלאחריו. השארת ההוראה על כנה עד להחלת התיקון, מעבר להנצחת ההפליה לאורך תקופה בלתי מבוטלת שאת משכה איננו יודעים, היא אשר יוצרת שתי תקופות, וזאת כאשר ההסדר החדש צפוי לחול רק על תביעות להכרה בנכות שיוגשו מיום כניסת התיקון לחוק הנכים לתוקף ואילך (שם). לפיכך, כאמור, אין להיעתר לבקשה זו מטעם המערער.

נח. באשר לסוגיית התחולה, המערער התייחס בסיכומיו לדוקטרינת התחולה בזמן של הלכות חדשות, וטען כי ככל שתבוטל הוראה 80.23 יש להגביל את התוצאה המשפטית לתחולה פרוספקטיבית בלבד. לטענת המערער, אינטרס ההסתמכות הלך והפך משמעותי יותר עם פסיקותיו של בית משפט זה לאורך השנים – בעת שאישר את הלכת בודיק לא אחת (ועמד על חוקיותה של הוראה 80.23) – כך שסל ההטבות הניתנות מכוח הוראות אגף השיקום הורחב, בהנחה שלא יידרש תשלום רטרואקטיבי בעבור ההטבות הכלולות בו. ושוב כאמור, לטענת המערער, לעלויות המשתמעות של ביטול הוראה 80.23, אשר הצטברו לאורך השנים, יהיו השלכות תקציביות כבדות על אופן פעילותו של אגף השיקום (פסקאות 55-60 לסיכומי המערער).

נט. אכן, הלכה שיצאה מלפני בית משפט זה היא, כי נקודת המוצא העקרונית היא ליתן תוקף פרוספקטיבי ורטרואספקטיבי להלכה שיפוטית חדשה (ראו רע"א 8925/04 סולל בונה בניין ותשתיות בע"מ נ' עזבון המנוח אחמד עבד אלחמיד ז"ל, פ"ד סא(1) 126, פסקה 5 לחוות דעתו של הנשיא ברק (2006) (להלן הלכת סולל בונה)). אולם לצד הכלל שוכן חריג לפיו יכול להינתן תוקף פרוספקטיבי בלבד בנסיבות מסוימות:

”שלילת הרטרופקטיביות של ההלכה בתורת חריג מוצדקת רק כאשר קיים אינטרס הסתמכות הראוי להגנה, וכאשר אין בדין הכללי הגנה על אינטרס זה המונעת פגיעה, או כאשר מחיר ההיזקקות להגנת הדין הכללי הוא כה כבד עד כדי להופכה לבלתי כדאית. שאז, ראוי לשלול את הרטרופקטיביות, וליתן להלכה החדשה תוקף פרוספקטיבי בלבד.

46. בכך לא מתמצה מבחנו של החריג. קיום הסתמכות שהחלה רטרופקטיבית של הלכה חדשה תפגע בה, עדיין אינו מביא בהכרח, ובכל מקרה, לשלילת תחולתה הרטרופקטיבית של ההלכה החדשה. אינטרס ההסתמכות אינו מוחלט. יש לאזן בינו לבין מלוא הערכים והעקרונות המתנגשים עמו” (דנ”א 3993/07 פקיד שומה ירושלים 3 נ’ איקאפוד בע”מ, פסקאות 45-46 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ’יה (2011) (להלן עניין איקאפוד)).

ס. לפיכך, הנטל המוטל על המבקש שלא להחיל הכרעה שיפוטית באופן רטרואקטיבי, הוא כבד, שהרי עליו להראות שפסיקה זו היא בבחינת הלכה חדשה; עליו להראות שבהתבסס על ההלכה הקודמת נוצר אינטרס הסתמכות משמעותי ולגיטימי, שהוא סביר ואשר נפגע כתוצאה משינוי ההלכה. בעל דין אינו יכול לבוא בפני בית המשפט ולטעון להסתמכות כאשר היה עליו לצפות את השינוי המשפטי הקרב; ועל בית המשפט להשתכנע כי אין בדין הכללי כדי להגן על אינטרס ההסתמכות האמור. ולעתים, גם בכל אלה לא יהא כדי לסייג את ההלכה החדשה (ראו עניין מבטחים, פסקאות 32-33 לחוות דעתה של הנשיאה ביניש).

סא. סבורני, כי במקרה זה, בין השאר נוכח העובדה שבית משפט זה הכיר בהוראה 80.23 גם בענין עבודי שניתן בינואר 2011, כחמישה חודשים אחרי פסק הדין נשוא ענייננו, יש מקום להחיל את ההלכה החדשה מיום פסק דיננו זה ואילך; זאת – בשל הסתמכותו של המערער, כפי שיפורט, והכל למעט המשיב 1 אישית, שלגביו יחול פסק הדין קמא כנתינתו.

סב. אכן, בענייננו קם למערער אינטרס הסתמכות הראוי להגנה. אציין במישור הלשוני, במאמר מוסגר, כי הביטוי ”אינטרס הסתמכות” נראה לי מקדמת דנא כלא מוצלח, שהרי אדם מן הישוב הקורא אותו לא ימהר להבינו. מהו האינטרס בדיוק? די טעמי במונח ”הסתמכות”; ”לפלוגי היתה הסתמכות הראויה להגנה”. ונשוב לענייננו, בטלות הוראה 80.23 מביאה לשינוי, הלכה למעשה, של מדיניות התשלומים שבה נקט המערער במשך שנים ארוכות, ואשר על טיבה עמד בית משפט זה בהלכת בודיק, שאישרה אותה; ההסתמכות על הלכת בודיק הייתה משמעותית וסבירה, משאזכרה

במהלך השנים על-ידי בית משפט זה, בלא שסויגה, ותוך שיושמה בכתי המשפט האחרים כלשונוה (ראו בבית משפט זה הלכת סולל בונה, פסקה 18 לחוות דעתו של הנשיא ברק; עניין איקאפוד, פסקה 1 לחוות דעתה של השופטת (כתארה אז) נאור)). עדות להסתמכותו של המערער נמצא גם באופן שבו בחר לנתב כספים, שנוספו לאורך השנים לתקציב אגף השיקום, למען הרחבת סל ההטבות הניתנות לאוכלוסיית הנכים מכוח הוראות האגף, תחת ניתובם לשינוי מדיניות התשלומים, וזאת תוך מחשבה מבורכת להקל על אוכלוסיית נכי צה"ל בהתמודדותם היומיומית עם הקשיים השונים. הוא לא תיאר לעצמו כי יידרש לשלם רטרואקטיבית. אכן, פסק הדין קמא יכול היה להדליק נורה מהבהבת בפני המערער, אך משניתן פסק הדין בענין עבודי לאחר פסק הדין נשוא ענייננו, יש ליתן לכך משקל.

סג. נראה כי יש לקבוע את מועד פסיקתנו זו כמועד התחולה. אכן, שקלתי אם להחיל על הנושא גישה, שלפיה, גם אם "מסביב יהום הסער" ולא נעשה מעשה חקיקתי, היה על המערער לצפות, מאז פסק הדין קמא למצער, את השינוי המשפטי בהלכה; האופק השתנה במהלך השנים. הלכת בודיק היא בת כ-30, ובידוע כי "עם השתנות העיתים יכול שתשתנינה אף ההלכות... חלוף הזמן נושא עמו יכולת - אף צורך מובנה - לבחון מחדש הלכות שלעבר..." (ראו דנ"א 3112/05 חוגלה קימברלי שיווק בע"מ נ' בדש, פסקה 8 לחוות דעתו של המשנה לנשיא חשין (2005)). כדבריו של הנשיא ברק בבג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) (1993) 796, 749:

"ספרה של ההלכה השיפוטית הוא פתוח, וכל העת נכתבים בו פרקים חדשים. אלה נבנים על העבר, משקפים את ההווה, ומהווים תשתית לעתיד. התנועה היא בלתי פוסקת. השינוי הוא מתמיד".

סד. ואכן, סברתי תחילה שאולי לא ניתן למתוח את הסתמכותו של המערער לאחר למועד פסק דינו של בית משפט קמא, ממנו היה על המערער לצפות שינוי בגישה – נוכח מעמדה של הזכות לשוויון, והקושי להציג תשתית עובדתית משמעותית ומדויקת בנושא התקציבי. הרהרתי גם בתמרורי האזהרה שחלף על פניהם המערער עד למפגשו בתמרור "עצור" (ויוזכר, כי המערער משך את הערעור שהוגש לבית משפט זה בעניין שטאובר במסגרת הסכמת הצדדים, וזאת בידיעה בדבר המתנה להכרעה בנושא). ואולם, משבית משפט זה עצמו, לאחר פסק הדין קמא, הלך בתלם ההיסטורי בפרשת עבודי, קם ספק האם לא יכול היה המערער לחשוב שמא עדיין ינהג עולם כמנהגו. בכך שונה הדבר מפרשת איקאפוד, שם נאמר: "אכן, פסק הדין של בית המשפט המחוזי כמוהו

למצער כתמרור אזהרה נוסף ופקיד השומה (ובענייננו המערער – א"ר) נטל על עצמו את הסיכון הכרוך בהתעלמות מאותו תמרור. יש להדגיש גם כי הגשת ערעור מחייבת מעורבות של יעוץ משפטי... מדובר אפוא בהתעלמות "מדעת" ובמילים אחרות, בנטילת סיכון מובהקת" (ראו עניין איקאפוד, פסקה 3 לחוות דעתה של השופטת (כתארה אז) נאור), ו"גם פסק דינו של בית משפט הסוטה שלא כדין מתקדים המחייב אותו, בר תוקף הוא" (ראו שם, פסקה 4 לחוות דעתה של השופטת נאור והאסמכתאות שם). בענייננו, אל התמרור הצהוב המהבהב של בית המשפט קמא הצטרף "אור ירוק" של בית משפט זה, בדמות ענין עבודי, ומכאן ההבחנה.

סה. לפיכך, נראה לנכון לסייג את תחולתה של הכרעה זו, כאמור, למועד מתן הינתנו של פסק דיננו.

סו. באשר למשיב 1 אישית, איננו רואים לגרוע מאשר פסק לו בית המשפט קמא רטרואקטיבית, הטעם הוא "הטעם הכללי של הצורך במתן תמריץ למתדיין, במקרים הראויים לכך, לפעול לשינוי ההלכה הקיימת" (ראו ע"א 4243/08 פקיד שומה גוש דן נ' פרי, פסקה 35 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (כתארו אז) ריבלין (2009)). לגביו אישית איננו נעתרים איפוא לערעור.

סז. הערעור מתקבל איפוא חלקית במוכן זה שפסק הדין קמא (למעט לגבי המשיב 1) יחול אך על החלטות שניתנו מהיום. בטל עיכוב הביצוע שניתן בהחלטתו של השופט מלצר מיום 17.11.10. אציע שלא לעשות צו להוצאות.

ש פ ט

המשנה לנשיא מ' נאור:

אני מסכימה.

ה מ ש נ ה-ל נ ש י א

לאחר שעיינתי בפסק-דינו של חברי, השופט א' רובינשטיין, שוכנעתי שהגיעה העת להשוות את מועד התחולה של הטבות המוענקות לנכי צה"ל שעה שמדובר בהטבות המוענקות מכוח הוראות פנימיות של משרד הביטחון להטבות המוענקות על פי חוקי הנכים. ההבדל במועד התחולה יוצר אבחנה בלתי ראויה בעלת אופי אקראי, לעניין ההוראות הפנימיות, בין שני נכים שנפגעו או חלו בצורה דומה באותו יום ושהגישו תביעותיהם במועד אחד וכאשר ההכרה בנכותם נעשתה במועדים שונים. בעבר, אכן ניתן הכשר עקיף על ידי בית משפט זה לאבחנה האמורה ואף אני הייתי צד לכך (עע"ם 7605/09 פלוני נ' קצין התגמולים (25.3.2010); עע"ם 4539/09 פלוני נ' קצין התגמולים (15.11.2010)). ברם, עם חלוף השנים, ומשהסדרת העניין בחקיקה מתעכבת, אין מנוס אלא להביא בדרך שיפוטית לתיקונה של האפלייה. אני מסכים, איפוא, לפסק-דינו של חברי, השופט א' רובינשטיין, לרבות בשאלת התחולה של פסק-הדין.

ה נ ש י א

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' רובינשטיין.

ניתן היום, כ"ו בטבת התשע"ד (29.12.2013).

ש ו פ ט

המשנה לנשיא

ה נ ש י א