

הזכויות החברתיות והמאבק על אזרחות חברתית בישראל: מעבר לזכות לכבוד

מאת

דפנה ברק-ארז*, אייל גרוס**

א. מבוא

מטרתו של המאמר היא לבחון את התפתחותה של ההגנה על זכויות חברתיות בישראל – הן מבחינת מעמדן בשיח הזכויות הכללי והן בהקשר להגנה על זכויות יסוד במשפט החוקתי הישראלי. הדיון בזכויות החברתיות הוא בעל חשיבות סמלית מיוחדת, במלאת שישים שנה להכרזה האוניברסלית על זכויות האדם, שביקשה להכיר במעמדן השווה של זכויות אלה לצדן של הזכויות האזרחיות והפוליטיות. פרסום ספר לכבודה של השופטת דליה דורנר הוא הזדמנות מתאימה במיוחד לעסוק בכך, בשל תרומתה החשובה להגנה על הזכויות החברתיות בפסיקתו של בית המשפט העליון. כותבים ישראלים אחדים כבר עסקו בשאלת ההכרה בזכויות החברתיות¹, אך בשנים

* פרופסור מן המניין, מופקדת הקתדרה למשפט וביטחון ע"ש סטיוארט וג'ודי קולטון, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

** מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.
1 אנו מודים ליעקב בן-שמש ולירוס רבין על הערותיהם וליוני בק על עזרתו.
ראו למשל ג' מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" שנתון משפט העבודה ז (1999) 65; Y. Shani, Y. Rabin ; "The Israeli Unfinished Constitutional Revolution: Has the Time Come for Protecting Economic and Social Rights?" 37 *Isr. L. Rev.* (2003-2004) 299; א' גרוס "החוקה הישראלית: כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי?" צדק חלוקתי בישראל (מ' מאוטנר עורך, תשס"א) 79; ר' גביוון "על היחסים בין זכויות אזרחיות-פוליטיות ובין זכויות חברתיות-כלכליות" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל (י' רבין, י' שני עורכים, תשס"ה) 25. מאמרה של גביוון הוא אחד הפרקים בספר שלם שהוקדש לנושא זה; ראו זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל (י' רבין, י' שני עורכים, תשס"ה).

האחרונות הוסיף וגיבש בית המשפט העליון את תפיסתו בנושא, בייחוד בעניין עמותת מחויבות לשלום ולצדק חברתי², שעסק בעתירות כנגד תוקפם של קיצוצים בקצבאות של הבטחת הכנסה. תפיסה זו של בית המשפט העליון, המתמקדת בהגנה חוקתית על מינימום של קיום בכבוד, והביקורת עליה יעמדו במרכזו של המאמר. בעיקרו של דבר, המאמר יצביע על הבעייתיות הנובעת מן ההכרה בזכויות החברתיות במסגרת הזכות לכבוד ויעמוד על הצורך בהמרתה של הגישה המתייחסת לזכויות החברתיות כאל קטגוריה נפרדת ומובחנת בגישה המכירה באופי החברתי והחלוקתי של כלל הזכויות. לאור הטיעון המוצג בהמשך הדברים, יש לציין כבר עתה כי אף שהמאמר עושה שימוש במונח זכויות חברתיות, המעוגן במשפט הבינלאומי ובשיח המשפטי המקובל, בעיקרו של דבר הוא קורא תיגר על ההתייחסות המובחנת לקטגוריה של זכויות חברתיות, שמבטאת חלוקה בעייתית ואידיאולוגית בין הזכויות השונות. אדרבה, כל הזכויות הן חברתיות באופיין, שהרי לאף זכות אין משמעות מחוץ להקשר חברתי, ולכל הזכויות יש ממדים חברתיים וחלוקתיים. מבחינה זו ייתכן שמתאים יותר להחליף את המונח השגור זכויות חברתיות בשם מתאים יותר – זכויות רווחה.

לאחר המבוא, תתואר התפתחות ההכרה בזכויות החברתיות במסגרת שיח הזכויות הכללי ותוצג הביקורת על החלוקה הקיימת בו בין שתי קטגוריות מובחנות של זכויות – זו של זכויות אזרחיות ופוליטיות וזו של זכויות חברתיות (בפרק ב). לאחר מכן תיבחן ההיסטוריה של הזכויות החברתיות במשפט הישראלי (בפרק ג) ותוצג הדילמה הפרשנית לגבי החלתם של חוקי היסוד בנוסחם הנוכחי על הגנתן של זכויות אלה (בפרק ד). המאמר יתייחס עוד לבעייתיות המיוחדת הנובעת מן השילוב של אי-הכרה חוקתית בזכויות החברתיות עם הענקת הגנה חוקתית חזקה לזכויות הכלכליות, כלומר הזכויות המגנות על הקניין ואינטרסים רכושיים אחרים (בפרק ה). במרכזו של המאמר עומד הדיון במדיניות השיפוטית של בית המשפט העליון ביחס להגנה על הזכויות החברתיות בישראל (בפרק ו). עם זאת המאמר יתייחס גם למכשולים העומדים בפני אכיפתן של הזכויות החברתיות על ידי ערכאות אחרות (בפרק ז) ויצביע על מגבלותיו של הדיון מהיבט גבולותיו של המשפט החוקתי הישראלי (בפרק ח). הדיון במאמר מוביל בסופו של דבר לעיון ביקורתי במשמעויותיה של הגישה המנחה בפסיקתו של בית המשפט העליון ביחס לזכויות החברתיות, שמגבילה את ההגנה החוקתית עליהן ל"מינימום". בהקשר זה, המאמר יצביע על הבעייתיות הטמונה בזיקה שנוצרה בין ההגנה על הזכויות החברתיות לבין הזכות לכבוד, ויטען כי הכפפתן של הזכויות החברתיות לעיקרון של כבוד האדם תרמה לפיתוחה של התפיסה המינימליסטית ביחס להגנה עליהן. כמשקל נגד לגישה השלטת בפסיקה, המאמר יציע תפיסה חלופית, המכירה בפן החלוקתי של ההגנה על כלל זכויות האדם (בפרק ט).

2 בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פורסם בנבו (12.12.05).

תפיסה זו מבוססת על התובנה שכל הזכויות מציגות הן תביעות שליליות כלפי המדינה (שלא לפעול) והן תביעות חיוביות (לפעול ולהקצות משאבים). בהמשך לכך, המאמר יציב (בפרק הסיכום) על האתגרים הניצבים עדיין בפני המשפט הישראלי במאבק על הגנתן של הזכויות החברתיות.

ב. שיח הזכויות והתפתחות ההכרה בזכויות החברתיות

שאלת ההכרה בזכויות החברתיות כזכויות יסוד היא צל המלווה את התפתחותם של המשפט החוקתי ושל דיני זכויות האדם. החשיבה המודרנית על זכויות האדם הושפעה בראשיתה מהתפתחותה של התאוריה הליברלית במאה השמונה-עשרה ואילך. התאוריה הליברלית התייחסה אל זכויות האדם – בייחוד הזכויות לחיים, לחירות ולקניין – כאל זכויות טבעיות הקודמות למדינה ועל כן המדינה צריכה להימנע מלפגוע בהן³. תאוריה זו אף עמדה ביסודו של המסמך החשוב ביותר של הגנת זכויות האדם אשר נוצר באותה תקופה – מגילת הזכויות של החוקה האמריקנית. בהמשך נמתחה על התאוריה הליברלית ביקורת, שלפיה ההגנה על הזכויות במתכונתה הליברלית אינה מתמודדת עם הבעיה של אי-שוויון כלכלי-חברתי ולמעשה חלק מן הזכויות הנהנות מהגנתה, כדוגמת הזכות לקניין, אף תורמות להנצחתו של אי-השוויון⁴.

ההתייחסות השווה והאינטגרלית להגנה על זכויות האדם – האזרחיות-פוליטיות והכלכליות-חברתיות – אלה לצד אלה בהצהרה האוניברסלית על זכויות האדם משנת 1948, היוותה תגובה מאוחרת לביקורת⁵. כשנתיים לאחר מכן הציג מרשל תאוריה של אזרחות, שכללה שלושה מרכיבים – אזרחי (שענינו הגנת החירויות של כל אדם), פוליטי (שענינו ההשתתפות הפוליטית) וחברתי (שנועד להבטיח רווחה של קיום בהתאם לסטנדרטים הנוהגים בחברה)⁶.

המודעות הגוברת לחשיבותן של הזכויות החברתיות לא כרסמה בדומיננטיות של הזכויות האזרחיות והפוליטיות בשיח המסורתי של זכויות האדם. בשנות השישים של המאה העשרים, כאשר נוסחו האמנות המרכזיות בתחום ההגנה על זכויות האדם, הוכנו

3 ביטוי מרכזי לתפיסה זו ניתן למצוא בכתיבתו של ג'ון לוק. ראו בייחוד ג' לוק על הממשל המדיני – המסכת השנייה (י' אור תרגם, 1948).

4 ביקורת זו באה לידי ביטוי בולט בכתיבתו של קרל מרקס. ראו ק' מרקס "על שאלת היהודים" כתבי שחרות (ש' אבנרי תרגם, 1965).

5 ההצהרה האוניברסלית על זכויות האדם, 1948.

6 T.H. Marshall "Citizenship and Social Class" *Class, Citizenship, and Social Development* (New York, 1964) 71

אמנות נפרדות ביחס להגנה על זכויות אזרחיות ופוליטיות⁷ ולהגנה על זכויות כלכליות וחברתיות⁸. ההפרדה בין שתי האמנות שיקפה את הבדלי הגישות שנתגלעו באותו זמן בין גוש המדינות המערבי (בהנהגת ארצות-הברית) לבין גוש המדינות המזרחי (בראשות ברית המועצות לשעבר). מבחינה מעשית היא הנחילה לשיח הזכויות את הנכונות הרבה יותר של דמוקרטיות ליברליות להגן על זכויות אזרחיות-פוליטיות: ההגנה על הזכויות באמנה על זכויות אזרחיות ופוליטיות נוסחה בשפה החלטית יותר, בהשוואה לנוסחים שאומצו באמנה המקבילה על הזכויות הכלכליות והחברתיות⁹.

במקביל לכך, בשיח הפוליטי והמשפטי שהתפתח סביב הגנתן של הזכויות השונות, חזרו ועלו טענות באשר לאופיין השונה המיוחד של הזכויות החברתיות, אשר אינו מאפשר להגן עליהן באופן שבו מוגנות זכויות האדם האזרחיות והפוליטיות, בין השאר באמצעות ביקורת שיפוטית. הטיעונים המרכזיים שהועלו בהקשר זה התייחסו לכך שהזכויות החברתיות כרוכות בהטלת חובות "פוזיטיביות" על המדינה ושאיפה משפטית מלאה שלהן תגרור התערבות שיפוטית מופרזת בניהול המדיניות הכלכלית של המדינה. בנוסף נטען כי ההגנה החוקתית על זכויות צריכה להיות מוגבלת לאותן זכויות הדרושות להבטחת קיומו של הליך דמוקרטי תקין¹⁰.

מנגד, התומכים בחיזוק ההגנה על הזכויות החברתיות טענו כי גם יישומן של הזכויות האזרחיות והפוליטיות משפיע על הקצאת המשאבים בחברה, ולכן ההבדל בין שני סוגי הזכויות אינו מהותי. ניתן להדגים טיעון זה באמצעות התייחסות לזכות להליך הוגן, שההגנה עליה מחייבת להקצות משאבים על מנת לקיים מערכת משפטית ולוודא כי זו מתנהלת באופן שמבטיח את ההגנה על הזכות. אם כך מתעוררת השאלה: במה שונה זכות זו מהזכות לבריאות, המוגדרת כזכות חברתית? הרי שתי הזכויות דורשות מהמדינה הקצאת

7 האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966 (להלן: אמנת הזכויות האזרחיות).

8 האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966 (להלן: אמנת הזכויות החברתיות).

9 אמנת הזכויות האזרחיות מטילה חובה מידית לכבד ולהבטיח את הזכויות המוגנות בה. לעומת זאת אמנת הזכויות החברתיות מחייבת כל מדינה לפעול "עד כדי מרב האמצעים העומדים ברשותה למען הבטח בשלבים את השימוש המלא בזכויות שהוכרו באמנה" (כאמור בסעיף 2(1) לאמנה).

10 טיעון זה מבוסס על תפיסה פורמלית של הזכויות הדרושות לקיומו של הליך דמוקרטי תקין. לאמיתו של דבר, ניתן לומר שההליך הדמוקרטי מבוסס על ההנחה שהחברה מבטיחה לאזרחיה רמה נאותה של קיום. אנשים רעבים, חולים או חסרי השכלה אינם מסוגלים להשתתף באופן מלא במערכת הבחירות, לא כל שכן להשתתף בה באופן מלא ומשמעותי. כמו כן ניתן להעלות על הדעת שסייגים פורמליים למימושה של הזכות להשתתף בבחירות, כאשר הם מוחלים, קשורים למידת ההגנה על זכויות חברתיות (למשל מבחנים של ידיעת קרוא וכתוב).

משאבים להקמתה של מערכת מינהלית המספקת שירותים לציבור¹¹. המסקנה הנובעת מטיעון זה היא שההבחנה המסורתית בין הזכויות האזרחיות והפוליטיות לבין הזכויות החברתיות, היא בעיקרה אידיאולוגית ואינה משקפת שום דבר מהותני לגבי אופיין של הזכויות השונות¹². למעשה, ההבחנה זו גורמת להדרתן של השאלות החלוקתיות משיח הזכויות פעמיים: ראשית, ההבחנה האמורה מקבעת את מעמדן של הזכויות החברתיות כזכויות "מדרג שני" – זכויות הנחשבת כנחותות או בעייתיות – ובכך דוחקת את השאלות הנוגעות לתנאי החיים המטריאליים אל שולי המשפט החוקתי; שנית, ההבחנה מטשטשת את הצורך להתמודד עם הפן החלוקתי של הזכויות המוגדרות כאזרחיות. כך למשל בהקשרה של הזכות לחופש ביטוי, ההבחנה מטפחת את ההתמודדות עם הפן ה"שליילי" שלה, המתבטא בהתנגדות להתערבות המדינה במימושה של הזכות (על דרך של צנזורה) ומעלימה את הצורך להגן עליה באמצעות הקצאת משאבים שתבטיח גישה לאמצעי התקשורת¹³.

דיון עקרוני זה והטיעונים שהועלו בו¹⁴, משמשים כרקע למחלוקת באשר להגנה על הזכויות החברתיות במשפט החוקתי הישראלי. המאמר בוחן את ההגנה על זכויות אלה במשפט הישראלי – בחוקי היסוד, בחקיקה ובפסיקה (בייחוד פסיקתו המנחה של בית המשפט העליון)¹⁵ – מנקודת המוצא המכירה בחשיבותה של האזרחות החברתית

11 כפי שיובהר בהמשך, ניתן להציג טיעון דומה גם ביחס לזכויות אחרות הנמנות על קבוצת הזכויות האזרחיות והפוליטיות, כדוגמת הזכות לחופש ביטוי. ראו גם להלן הערה 93 והטקסט לידה.

12 ההבחנה הושפעה כאמור מן העמדה שפותחה על ידי פילוסופים כמו ג'ון לוק, שלפיה זכויות נועדו להגביל את כוח הפעולה של המדינה. על השפעתה של התפיסה הלוקיאנית המסורתית ביחס לזכויות כבעלות אופי אינדיווידואליסטי ו"שליילי" על ההכרה החסרה בזכויות החברתיות ראו J.M. Woods "Justiciable Social Rights as a Critique of the Liberal Paradigm" 39 *Texas Int'l L. J.* (2003) 763. ראו גם לעיל הערה 3.

13 להיבטים החלוקתיים של הזכות לחופש ביטוי ראו מ' בירנהק "פתח-דבר: השיח על-אודות השיח" שקט מדברים! – התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל (מ' בירנהק עורך, תשס"ו) 11; ג' פסח "משאבי ביטוי – קווים לדמותם ומתווה להקצאתם", שם, עמ' 299.

14 לספרות נוספת בנושא ראו למשל P. Hunt *Reclaiming Social Rights: International and Comparative Perspectives* (Aldershot, Ashgate, 1996); C. Fabre *Social Rights under the Constitution: Government and the Decent Life* (2000); *Giving Meaning to Economic, Social and Cultural Rights* (I. Merali, V. Oosterveld eds., 2001); D. Bilchitz *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights* (2007); *Exploring Social Rights: Theory and Practice* (D. Barak-Erez, A.M. Gross eds., 2007).

15 ראוי להוסיף כי מדינת ישראל אישרה את האמנה על זכויות חברתיות וכלכליות, כמו גם את האמנה על זכויות אזרחיות ופוליטיות, בשנת 1991.

שמדגישה את הרווחה האנושית¹⁶. בהתאם לכך, הדיון יתמקד בזכויות החברתיות המבטיחות נגישות לקיום ברמה נאותה לכול (תוך הבחנה בינן לבין זכויות אחרות השייכות לספֵרה הכלכלית – זכויות שעניינן הגנה על קניין ואינטרסים רכושיים אחרים, המובחנות מהן ונידונות בהמשך, תוך שימוש במינוח זכויות כלכליות).

ג. ההיסטוריה של הזכויות החברתיות במשפט הישראלי

באופן מסורתי, פסיקתו של בית המשפט העליון התמקדה בהגנה על זכויות יסוד אזרחיות ופוליטיות. התפתחות זו משקפת את ההיסטוריה של המשפט החוקתי בעולם המערבי, שינקה מן המסורת הליברלית. בהקשר הישראלי, היא הייתה תוספת חיונית לאתוס הסוציאליסטי-קולקטיביסטי, שאפיין את מדינת ישראל בתחילת דרכה. אתוס זה התבטא בחקיקה, בפעולותיה של הרשות המבצעת ובהסדרים קולקטיביים בתחומי העבודה והבריאות. אמנם, הזכויות החברתיות לא היוו חלק מן המערך החוקתי¹⁷, אך הן היו חלק מהסדרים קולקטיביים אלו¹⁸ (אם כי בפועל אוכלוסיות שהודרו על רקע לאומי ואתני לא נהנו ממעמד שווה ביחס אליהן¹⁹).

חוקי היסוד משנת 1992 – חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – המשיכו את המסורת המשפטית שבאה לידי ביטוי בפסיקה והתמקדו אף הם בזכויות האזרחיות²⁰ (אם כי לא בכולן, בשל אילוצים פוליטיים והיעדר יכולת לגבש הסכמה על מגילת זכויות אדם מלאה)²¹. עוד קודם לכן, הזכויות הפוליטיות המרכזיות זכו להגנה חוקתית באמצעות חוק-יסוד: הכנסת, שענין עוד בשנת 1958 את הזכות לבחור ולהיבחר

16 ראו לעיל הערה 6. ניתן להוסיף כי נקודת מוצא זו שמכירה בחשיבותה של האזרחות החברתית יכולה להיות מקובלת אף על מי שסבורים כי יש הבדלים מסוימים בין הזכויות האזרחיות-פוליטיות לזכויות שסווגו באופן מסורתי כחברתיות.

17 ניתן להוסיף כי הצעות לחוקה שנוסחו בתקופה הסמוכה להקמת המדינה כללו התייחסות להגנה על זכויות חברתיות.

18 להסדרים החקיקתיים של מדינת הרווחה בישראל ראו למשל ד' ברק-ארו "מדינת הרווחה בישראל – בין החקיקה לביורוקרטיה" עבודה, חברה ומשפט ט (תשס"ב) 175.

19 על רקע זה אף הועלתה הטענה שתנועת העבודה הישראלית הייתה ממוקדת ביעדיה הלאומיים ולא בהגשמתו של צדק חברתי. ראו ז' שטרנהל בניין אומה או תיקון עולם – לאומיות וסוציאליזם בתנועת העבודה הישראלית 1904-1940 (1995).

20 במילים אחרות, פתיחת המהלך החוקתי של חקיקת חוקי יסוד בנושא זכויות אזרחיות ופוליטיות לא הייתה מקרית, לנוכח הדומיננטיות של זכויות אלה בשיח המשפטי והתרבותי בישראל בראשית שנות התשעים.

21 הזכויות האזרחיות-פוליטיות שהיעדר האיזכור המפורש שלהן בולט במיוחד הן הזכות לשוויון, הזכות לחופש ביטוי והזכות לחופש דת.

ואת הזכות לשוויון בבחירות²². ההנחה שהובילה את מי שפעלו לקבלתם של חוקי היסוד על זכויות האדם, לפחות בתחילת הדרך, הייתה שחוקי יסוד אלו יושלמו בהמשך על ידי חוקי יסוד נוספים. הנחה זו סיפקה מענה גם למצדדי הזכויות החברתיות, שסברו כי המשך התהליך של כינון החוקה יביא לכך שזכויות אלה יזכו לעיגון חוקתי בחוק יסוד מיוחד.

בסופו של דבר, כאשר נקטע תהליך אימוצם ההדרגתי של חוקי היסוד בנושא זכויות אדם בשל אילוצים פוליטיים שונים, הפגיעה במעמדן של הזכויות החברתיות הייתה כנראה האנושה ביותר – משום שזכויות אלו לא נזכרו במפורש בחוקי היסוד הקיימים, בשונה מן הזכויות האזרחיות שעמדו במרכזם. אמנם, כמה זכויות אזרחיות חשובות נעדרו אף הן מחוקי היסוד, אך מצבן של הזכויות החברתיות היה קשה עוד יותר, הן משום שחוקי היסוד לא כללו התייחסות מפורשת אליהן (בכפוף לאפשרות לקרוא אל תוך הזכות לכבוד גם משמעות חברתית)²³ והן בשל גישתו הפרשנית של בית המשפט לחוקי היסוד, שכללה בהם בסופו של דבר גם את הזכויות האזרחיות-פוליטיות החסרות, כמפורט להלן.

ד. כבוד האדם ושאלות של פרשנות חוקתית

אחת התוצאות המשמעותיות ביותר של חקיקת חוקי היסוד בשנת 1992 הייתה התהוות מערכת דו-שכבתית של זכויות: הזכויות שנהנו מהכרה במסגרת חוקי היסוד וקיבלו מעמד חוקתי על-חוקי והזכויות האחרות שנכללו בחוקה הבלתי כתובה וכעת נדחקו למעמד משני, ללא ההכרה החגיגית של חוקי יסוד וללא הגנה אפשרית בדמותה של ביקורת שיפוטית מפני חקיקה פוגעת. במילים אחרות, ההסדר החוקתי שלאחר חקיקתם של שני חוקי היסוד על זכויות האדם הגדיר מחדש את קווי המתאר של הדיון החוקתי, בעזרת מערך חלוקה חדה בין הזכויות שזכו למעמד של עליונות הודות לעיגונן בחוקי היסוד לבין הזכויות שמעמד זה נשלל מהן. על רקע זה, שאלת פרשנותם של חוקי היסוד, ובייחוד פרשנותו של המושג רב-המשמעות "כבוד האדם", הפכה לבעלת חשיבות מכרעת. בהקשרו של הדיון בהגנה על הזכויות החברתיות, השאלה שעלתה הייתה אם המושג "כבוד האדם" יפורש ככולל גם זכויות שעניינן קיום בכבוד. שאלה זו קיבלה משנה תוקף לנוכח השינוי שחל במהלך השנים במדיניות הממשלתית בישראל בתחום החברתי והכלכלי: הלחצים של תהליך הגלובליזציה, האילוצים התקציביים המיוחדים לישראל והאידיאולוגיה הממשלתית הניאו-ליברלית,

22 בייחוד בהתאם לפרשנות שניתנה לחוק-יסוד: הכנסת בבג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693.

23 כלומר, בעוד שבזירה הבינלאומית ההפרדה בין הזכויות הובילה לקבלת שתי אמנות נפרדות, בישראל ההפרדה ביניהן הובילה לכך שהזכויות החברתיות נותרו ללא כל הסדרה חוקתית מפורשת.

שהובילו כולם יחד לקיצוץ משמעותי בהטבות הסוציאליות ובהקצבות לאוכלוסיות המוחלשות. תרמו לכך גם השינויים בשוק העבודה שעבר לדפוסי העסקה אינדוידואליים, תוך כרסום במנגנוני ההגנה על עובדים.

להלכה, המושג "כבוד האדם" פתוח לפרשנות המכלילה בו גם הגנה על הכבוד החברתי והקיומי, אך בפועל הפסיקה אימצה בהקשר זה גישה המתמקדת כמעט רק בזכויות האזרחיות והפוליטיות. גישה זו קיבלה את השראתה מכתובתו האקדמית של הנשיא אהרן ברק. הנשיא ברק היה אמנם זה שפתח את הדלת להכרה בזכויות "לא מנויות" במסגרת העיקרון של כבוד האדם, אך במקביל הוא סגר אותה במידה רבה בכל הנוגע להכרה בזכויות החברתיות. בסדרת מאמרים שפרסם על חוקי היסוד גרס הנשיא ברק כי ראוי לפרש את הזכות לכבוד האדם ככוללת מערך שלם של זכויות אזרחיות ופוליטיות השזורות ושלובות במושג הכבוד, לרבות הזכויות לשוויון, לחופש ביטוי, לחופש דת ולחופש יצירה. יתר על כן, מאחר שלשיטתו של הנשיא ברק, בבסיסו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מונח החזון של חופש הפרט, הוא סבר כי יש לפרשו כמגן על האוטונומיה האישית, ובכלל זה גם על עקרון חופש החוזים²⁴. כך, בסופו של דבר הפירוש שהעניק הנשיא ברק לזכות לכבוד האדם החיל זכות זו על כמה זכויות בלתי מנויות נוספות: זכויות אזרחיות וכלכליות שלא נזכרו במפורש בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

בה בעת הנשיא ברק נטה שלא לכלול בגדרו של "כבוד האדם" את הזכויות החברתיות. כאשר הציג לראשונה את פרשנותו לערך של כבוד האדם, הזכויות החברתיות לא נזכרו כלל כחלק מן הזכויות הלא מנויות שיש לכלול בגדרו. בכתיבה מאוחרת יותר וכתגובה לביקורת על עמדת המוצא שלו²⁵, הנשיא ברק אכן התייחס לזכות לתנאי קיום מינימליים כנכללת בגדר הזכות לכבוד. ברם, הכרה זו הוגבלה לתחום של קיום מינימלי בכבוד ולא נתפסה ככוללת זכויות חברתיות אחרות, כדוגמת הזכויות לחינוך, לבריאות או לרווחה²⁶. הזכות לקיום מינימלי בכבוד כללה לפי גישתו של הנשיא ברק את הזכות למחסה זמני, את הזכות שלא לרעוב ואת הזכות לנגישות בסיסית לטיפול רפואי²⁷. הנשיא ברק הסביר כי הוא אינו

24 א' ברק "זכויות אדם מוגנות: היקף ומגבלות" משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 253, 261.
 25 הביקורת הראשונה על פרשנותו של ברק בהקשר זה היא הופיעה אצל ר' בן-ישראל "השלכות חוקי היסוד על משפט העבודה ומערכת יחסי העבודה" שנתון משפט העבודה ד (תשנ"ד) 27.
 26 א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא (תשנ"ד) 271, 285 ("לא כל זכות אדם, המוכרת בחוקות על דבר זכויות אדם, כלולה בכבוד האדם. כך, למשל, מספר זכויות אדם חברתיות, כגון הזכות לחינוך, להשכלה, לבריאות ולרווחה חברתית, הן בוודאי זכויות חשובות ביותר, אך אינן חלק מכבוד האדם. עם זאת, נראה לי כי הזכות לסיפוק צרכים בסיסיים לקיום אנושי, מהווה חלק מכבוד האדם וחירותו").
 27 א' ברק "מבוא" ספר ברנזון, כרך ב, בני סברה (א' ברק, ח' ברנזון עורכים, תש"ס) 7.

חולק על חשיבותן של הזכויות החברתיות, אך מאמין כי ההכרה בהן חייבת להיעשות במסגרת חקיקתו של חוק יסוד מיוחד שיעסוק בכך²⁸.

ה. הזכויות החברתיות והזכויות הכלכליות

צדו השני של מטבע ההגנה החלשה יחסית על הזכויות החברתיות במסגרת חוקי היסוד הקיימים הוא המעמד החזק יחסית של הזכויות הכלכליות שהוכרו באותם חוקי יסוד. הכוונה היא להגנה החוקתית על הזכות לקניין, על חופש החוזים ועל חופש העיסוק – זכויות שהפרשנות המקובלת להן בפסיקה תורמת להגנה על מצב ההחזקות הקנייניות בחברה. מעמדן החוקתי של הזכויות הכלכליות נובע הן מן האופן שבו חלקן מאוזכרות במפורש בחוקי היסוד והן מן הפרשנות שניתנה להן בפסיקתו של בית המשפט העליון.

1. זכות הקניין

זכות זו מעוגנת במפורש בסעיף 3 של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שעמד במרכזם של כמה פסקי דין משמעותיים של בית המשפט העליון²⁹, לרבות עניין בנק המזרחי, שהניח את הבסיס להכרה בביקורת שיפוטית על חקיקה³⁰. השפעתה של זכות הקניין על הדיון החוקתי תלויה בשאלה איזו פרשנות ניתנת לזכות זו. כפי שהסביר מייקלמן, הבחירה המרכזית היא בין גישה רכושית לזכות הקניין לבין גישה חלוקתית לזכות, כלומר בין הבנת הזכות כמובן של שימור הסטטוס-קוו הקיים של ההחזקה בנכסים לבין תפיסתה כבסיס לחלוקת הנכסים באופן שמעניק לכל אדם בחברה אותו מינימום של קניין הדרוש לו לצורך קיום³¹. בעניין בנק המזרחי בחר השופט ברק, אז נשיאו של בית המשפט העליון, בפרשנות הקרובה לתפיסה הרכושית של הזכות לקניין, בקובעו כי הזכות לקניין מופרת כל אימת שחקיקה או החלטה מינהלית אחרת גורמות להפחתה בסך כל האינטרסים שמחזיק אדם³². תפיסה זו של הזכות לקניין נמצאת במתח עם החתירה לחלוקה מחדש, באמצעות התערבות

28 לעמדתו של ברק ראו גם א' ברק "הקדמה" זכויות כלכליות, חברתיות ותורבותיות בישראל (י' רבין, י' שני עורכים, תשס"ה) 5.

29 ראו גם א' גרוס "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 405.

30 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221.

31 ההבחנה בין המשמעות ה"רכושית" למשמעות ה"חלוקתית" של הזכות לקניין מבוססת על F.I. Michelman "Possession v. Distribution in the Constitutional Idea of Property" 72 *Iowa L. Rev.* (1987) 1319.

32 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 30, עמ' 279. פרשנותו של ברק משקפת את עמדתו של בית המשפט בעניין זה.

ממשלתית במשטר הקיים של הנכסים, לשם הגשמת מטרות של צדק חברתי³³. פרשנותו של הנשיא ברק לזכות הקניין ממשיכה להשפיע על התפתחות ההלכה, אם כי פסקי דין מאוחרים יותר נותנים ביטוי למחלוקת באשר להיקף הראוי של ההגנה על זכות הקניין (פסקי דין אלו נעים בין תפיסה של הגנה מוחלטת על הבעלות הקניינית³⁴ לבין תפיסה המייחסת חשיבות לערכים של צדק חלוקתי בהחלטות מינהליות המשליכות על זכויות קניין)³⁵.

2. חופש החוזים

הזכות לחופש החוזים, על השלכותיה הכלכליות הברורות, אינה מוזכרת בחוקי היסוד במפורש. עם זאת חוקי היסוד פורשו כמשתרעים גם עליה. לשיטתו של הנשיא ברק, הן בכתבתו האקדמית³⁶ והן בפסיקתו³⁷, הזכות לכבוד האדם כוללת גם הגנה על האוטונומיה של הרצון החופשי. בהתאם לגישה זו, חופש החוזים זוכה להגנתו של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו. על פי השקפה זו, לכאורה כל הסדר המתערב במערכת החוזית עלול להיחשב כפוגע בחופש של הצדדים לה. כך, חוקים שעניינם הגנה מפני חוזים אחידים או חוקים שנועדו להגנה על זכויות של צרכנים עלולים להיחשב כמגבילים את הזכות החוקתית לחופש חוזים. אכן, הגבלה שכזו לא תיחשב בהכרח כפגיעה בלתי חוקתית בזכות, שכן היא יכולה להימצא מוצדקת ומידתית בהתאם לאמות המידה החוקתיות הקבועות בחוקי היסוד³⁸, אולם מטרידה עצם המחשבה שחקיקה חברתית כזו עלולה להיחשב כ"חשודה" בשל כך שיש בה הפרה פורמלית של הזכות החוקתית לחופש חוזים.

- 33 Michelman, לעיל הערה 31, עמ' 1319-1320. עם זאת יש הטוענים כי במקביל להצהרות העקרוניות בנושא ההגנה הרחבה על זכות הקניין בעניין בנק המזרחי, תוצאתו של פסק הדין מבטאת הגנה חלשה יחסית עליה (בכך שנתנה הכשר חוקתי להסדרים של שמיטת חובות). ראו 'דותן' בית-המשפט העליון כמגן הזכויות החברתיות "זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל" (י' רבין, י' שני עורכים, תשס"ה) 69, 111.
- 34 בג"ץ 2390/96 קריסק נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 625.
- 35 דנ"א 1333/02 הועדה המקומית לתכנון ובנייה רעננה נ' הורביץ, פ"ד נח(6) 289; רע"א 3527/96 אקסלברד נ' מנהל מס רכוש, פ"ד נב(5) 385, 489-498. ניתן להוסיף כי בכתבתו האקדמית בנושא זה העלה ברק את השאלה אם זכות הקניין מכוונת לשימור הסטטוס קוו או שיש להבינה כחלק מן ההגנה על כבוד האדם והותיר אותה פתוחה. ראו א' ברק "החוקה הכלכלית של מדינת ישראל" משפט וממשל ד (תשנ"ז-תשנ"ח) 357, 368.
- 36 ראו ברק, לעיל הערות 26-28.
- 37 ע"א 294/91 חברה קדישא "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464.
- 38 יצוין כי דיני החוזים המודרניים כבר מיתנו את תחולתו הנוקשה של עקרון חופש החוזים, לפחות בכל הנוגע למצבים לא-שוויוניים, כמו בדיני החוזים האחידים ובהקשרים צרכניים באופן יותר כללי. ראו למשל רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון המנוחה מילגרם ז"ל נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145. נוסף על כך דיני החוזים נכונים להשקיף אל מעבר להסכמה

3. חופש העיסוק

הזכות לחופש העיסוק זכתה להגנה מפורשת ורחבה בחוק-יסוד: חופש העיסוק. עוד קודם לכן, קיבלה זכות זו הכרה בפסיקתו המסורתית של בית המשפט העליון. באותה עת, חופש העיסוק פורש כמגן על זכותו של הפרט לבחור באופן חופשי את מקצועו או את משלח ידו³⁹. בהמשך, התרחב תחום השתרעותה של הזכות ובית המשפט החל לפרשה כזכות לעסוק במקצוע או במשלח יד ללא הגבלה או רגולציה מדינתית, על יסוד העיקרון של תחרות חופשית. עם חקיקתו של חוק-יסוד: חופש העיסוק נשתרשה בפסיקה פרשנות רחבה זו של הזכות. התוצאה הנובעת מכך עלולה להיות שחקיקה המסדירה מקומות עבודה או יחסי עבודה תיחשב פוגעת בחופש העיסוק⁴⁰ (אם כי, כאמור, אין הכרח שחקיקה כזו תוקע כבלתי חוקתית, אם בית המשפט יקבע כי היא מקיימת את אמות המידה החוקתיות לפגיעה בזכות)⁴¹.

4. ההטיה האנטי-חלוקתית

להכרה החוקתית בזכויות הכלכליות במסגרת חוקי היסוד של 1992 הייתה השפעה מצטברת של הטיה לטובת שימור מצב החלוקה הקיים. ניתן להדגים זאת באמצעות המקרה של חקיקה בנושא של שכר מינימום. הפרשנות הרכושית של הזכות לקניין, הרעיון של חופש החוזים המבוסס על תאוריית הרצון ותפיסת התחרות החופשית בהקשר של חופש העיסוק יכולים להביא, כל אחד מהם לחוד וכולם גם יחד, לפרשנות שלפיה חקיקה המחייבת תשלום של שכר מינימום פוגעת בזכויות חוקתיות – משום שהיא מגבילה את זכותו של המעסיק לנהל את קניינו כרצונו, להתקשר בחוזים על פי בחירתו ולנהל את עסקו

הפורמלית ולהכיר בזכות הביטול של מי שנכפה להתקשר בחוזה או שהתקשר בו כתוצאה מניצול מצוקה בנסיבות של עושה. במקרים קיצוניים של היעדר רצון עשויה אף להתקבל הטענה של "לא נעשה דבר" שמשמעותה היא הכרה בבטלותו של החוזה. ראו ע"א 8163/05 הדר חברה לביטוח בע"מ נ' פלונית, פורסם בנבו (8.6.07). כל אלה הם סייגים שדיני החוזים עצמם מטילים על חופש החוזים. על כן ראוי שלא לאמץ במשפט החוקתי תפיסה נוקשה של הגנה על חופש החוזים, שאינה מקובלת עוד אף בדיני החוזים עצמם.

39 התקדים הקלסי בנושא זה הוא בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80.

40 הסכנה של שימוש בזכויות המוגנות על פי חוקי יסוד ככלי שרת לתקיפות חוקתיות של חוקי עבודה קיימים ועתידים נידונה על ידי רות בן-ישראל, לעיל הערה 25.

41 לדיון מפורט יותר בכך ראו א' גרוס "כיצד הייתה 'התחרות חופשית' לזכות חוקתית?" עיוני משפט כג (תש"ס) 229.

כשהוא חופשי מהגבלות שלטוניות⁴². בית המשפט יוכל אמנם "להציל" חקיקה זו, אך נקודת המוצא לדיון תהיה שהיא מפרה זכויות חוקתיות. זאת לעומת תפיסה אחרת וראויה יותר, שלפיה חקיקה המחייבת תשלום של שכר מינימום היא חקיקה מקדמת זכויות⁴³. חשוב להדגיש כי ההתפתחות בכיוון זה אינה הכרחית. בית המשפט העליון יכול עדיין לבחור בדרך פרשנית אחרת, שיש לה כאמור גם ביטויים בפסיקה. הוא יכול לפרש את הזכות לקניין ככוללת בחובה משמעות חלוקתית⁴⁴, להימנע מלקרוא אל תוך חוקי היסוד זכות חוקתית לחופש החוזים המבוססת על תאוריית הרצון⁴⁵ ולחזור לפרשנות של הזכות לחופש העיסוק באופן שימקד אותה בזכותו של כל אדם להרוויח את מחייתו⁴⁶ (להבדיל מזכותו לחופש מרגולציה שלטונית). בהתאם לפרשנות חלופית זו, חקיקה חברתית, למשל בתחום של שכר מינימום, לא תתפרש כהפרה של זכויות חוקתיות אלא דווקא כפעולה המקדמת הגנה על זכויות – על מנת להבטיח שלכל אדם תהיה זכות לקניין מינימלי או שכל אדם יוכל לבחור בעבודה המאפשרת לו קיום ראוי.

מכל מקום, המשפט החוקתי של ישראל סובל מחוסר איוון בין הזכויות הכלכליות לבין הזכויות החברתיות, מאחר שהוא כולל הכרה רחבה בזכויות הכלכליות לצד הכרה מינימלית בזכויות החברתיות. במלים אחרות, לא זו בלבד שהזכויות החברתיות כשלו ברכישת מעמד מלא בזכויות חוקתיות, אלא שנוסף על כך עליהן להתחרות בזכויות הכלכליות מעמדה של נחיתות חוקתית.

42 למעשה הרעיון כי חוק שכר המינימום אכן פוגע בחופש העיסוק אכן נשמע בישראל. ראו מ' גולדברג חופש העיסוק והגבלות (1999), 167-168. לביקורת על השקפה זו ראו גרוס, לעיל 41, עמ' 252.

43 באופן כללי יותר, קיימת סכנה כי התפתחות במתכונת זו תיצור מעין "לוכנריוזציה" ישראלית, תוך השאלה מן הכותרת המשמשת לדיון בפסיקתו של בית המשפט העליון של ארצות-הברית בשליש הראשון של המאה העשרים בעקבות פסק הדין בעניין *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), שבו בית המשפט העליון האמריקני פירש את החוקה באופן ששימר את חלוקת העושר הקיימת במסגרת הסטטוס קוו. ראו C. Sunstein "Lochner's Legacy" 87 *Colum. L. Rev.* (1987) 873; L. Tribe *American Constitutional Law* (New York, Foundation Press, 2000), 1343-1346; M.J. Horowitz *The Transformation of American Law 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy* (New York, Oxford University Press, 1992), 33-63.

44 ראו לעיל הערה 35.

45 על ידי אימוץ תפיסתם של דיני החוזים המודרניים עצמם לגבי אי-התאמתו של חופש החוזים במובנו הקלטי למצבים שבהם שורר חוסר שוויון, כמוסבר לעיל בהערה 38.

46 בהתאם לגישה שבאה לידי ביטוי בתקדים היסודי בעניין *בו'רנו*, לעיל הערה 39. ההגנה על זכותו של אדם לעבוד למחייתו במשלח ידו באה לידי ביטוי גם בפסיקתו העדכנית של בית המשפט העליון בכל הנוגע לתוקפן של תניות להגבלת עיסוק לאחר סיום העבודה אצל המעביד. ראו ע"א 6601/96 *AES System Inc.* נ' סער, פ"ד נד(3) 850.

1. מגמות שיפוטיות ביחס להגנה על זכויות חברתיות**1. מעמדן של הזכויות החברתיות בפסיקה החוקתית המוקדמת**

פסיקתו של בית המשפט העליון בנושא הזכויות החברתיות, בתקופה שלאחר חקיקת חוקי היסוד של שנת 1992, שיקפה את אי-הבהירות בנוגע למעמדן של זכויות אלו במשפט החוקתי של ישראל. פסקי הדין שניתנו בתחום זה נעו בין דחייה מוחלטת של הכרה בזכויות החברתיות לבין עמדות התומכות ברמה מסוימת של הכרה בהן.

גישה אחת שבאה לידי ביטוי בפסיקה צידדה בדחיית ההכרה בזכויות חברתיות כזכויות בעלות מעמד חוקתי כל עוד הן לא עוגנו במפורש במסגרת חוק יסוד. פסק הדין המייצג קו זה של הנמקה, בעניין עמותת שוחרי גילת, נסב על עתירה נגד ההחלטה להפסיק את מימונה של תכנית חינוך לילדים הסובלים מתנאים של חסך סביבתי. לא זו בלבד שהעתירה נדחתה, אלא שפסק הדין העיקרי, אשר נכתב על ידי השופט אור, התייחס במפורש לכך שהזכות לחינוך אינה יכולה להיות מוכרת כזכות חוקתית בהיעדר בסיס לכך בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו⁴⁷. פסק דין זה מדגים באופן ברור את ההשפעה השלילית שנודעת לחסרונה של הכרה מפורשת בזכויות החברתיות במסגרת חוקי היסוד. בנסיבות העניין, העתירה נסבה על החלטה מינהלית בנושא של הקצאה תקציבית ולא קראה לביקורת שיפוטית על תוקפו של חוק. על כן מבחינה פורמלית בית המשפט לא נדרש כלל לפנות לחוקי היסוד. ניתן היה לדרוש בעתירה תוך התייחסות למעמדה של הזכות לחינוך כזכות יסוד בלתי כתובה, ברוח פסיקתו המסורתית של בית המשפט העליון לפני עידן חוקי היסוד. למרות זאת פסק דינו של השופט אור לא הבחין בין שאלת ההכרה בזכות לחינוך כחלק מן החוקה הבלתי כתובה של ישראל לבין השאלה של הכרה בזכות זו לצורך ההגנה החוקתית העל-חוקתית עליה במסגרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כתוצאה מכך, פסק דינו דחה באופן מוחלט את הרעיון של הגנה חוקתית על זכות החינוך, כל עוד זו לא זכתה להכרה מפורשת בחוק יסוד⁴⁸.

47 בג"ץ 1554/95 עמותת שוחרי גילת נ' שר החינוך, פ"ד נ(3) 2. לביקורת על פרשנות זו היוצרת קשר בין עיגונה של זכות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לבין מעמדה כזכות יסוד פסיקתית, שניתן להגן עליה מפני החלטות פוגעות של הרשות המבצעת ראו גם ג' גונטובניק "המשפט החוקתי: כיווני התפתחות שלאחר המהפכה החוקתית" עיוני משפט כב (תשנ"ט-תש"ס) 129.

48 במקביל ראוי לציין כי מבחינה פורמלית, ההתייחסות למעמדה החוקתי של הזכות לחינוך לא הייתה חיונית להכרעת הדין ולכן ניתן לטעון כי אינה הלכה מחייבת. שני השופטים האחרים שהצטרפו לפסק דינו של אור עשו כן ללא התייחסות לשאלה זו. למעשה הבקשה לקיים דיון נוסף במקרה זה נדחתה על יסוד ההנמקה שלא נקבע בו כל תקדים מחייב. ראו דנג"ץ 5456/96 יצחק נ' שר החינוך, פורסם בנבו (27.11.96).

במקביל ניתן גם פסקי דין אחרים ששיקפו גישה חיובית יותר להכרה במעמדן המשפטי של זכויות חברתיות. בהקשר זה, פסק דינו של השופט זמיר בעניין קונטרם⁴⁹ נחשב כנקודת ציון חשובה, אף שמבחינה פורמלית הוא לא עסק במישרין בנושא זה. בפסק דינו ביטא השופט זמיר את ההשקפה שלפיה המדינה נושאת בחובה הנגרמת לדאוג לאזרחיה (לצורך הכרה בחובה המוטלת עליהם לפעול בהגיונות כלפי המדינה). לשיטתו של השופט זמיר, על זכויות האדם לשרת לא רק את "האדם השבע", אלא להבטיח שכלל הפרטים בחברה ייהנו בפועל, ולא רק להלכה מזכויות אדם⁵⁰. בעניין חלמיש⁵¹, השופט דורנר הביעה תמיכה קונקרטיית יותר בעמדה שלפיה הזכות לכבוד האדם כוללת בחובה גם את הזכות לביטחון סוציאלי. במקרה זה העותר היה אזרח ישראלי שחי מחוץ לישראל וביקש לקבל קצבת זקנה. השופט דורנר קיבלה את העתירה במובן זה שהורתה לרשויות לשקול אם קיימת הצדקה להתקין תקנות חדשות בנושא זכויות הביטוח הלאומי של תושבי חוץ. עם זאת כאשר הוחלט לאחר שיקול דעת נוסף שלא להרחיב את הזכויות גם לתושבי חוץ, בית המשפט העליון נמנע מלהתערב וקבע כי ההחלטה שהתקבלה היא סבירה בהתחשב בנסיבות הכלכליות של המדינה⁵². כתוצאה מכך, בסופו של דבר פסק דינה של השופט דורנר בעניין זה, בדומה לעמדות שהביע השופט זמיר בעניין קונטרם, היה לבעל משמעות הצהרתית בלבד.

הגישה הדומיננטית בפסיקה, לפחות לעת עתה, היא עמדתו המעודכנת של הנשיא ברק, שלפיה ההכרה החוקתית בזכויות החברתיות מוגבלת להגנה על הזכות לתנאי קיום מינימליים⁵³. אחד מפסקי הדין המרכזיים שקידמו תפיסה זו ניתן בעניין גמזו⁵⁴. בנסיבות העניין, בית המשפט העליון דן בעתירתו של אדם, שנדרש לשלם את חובות המזונות שלו לאשתו ולבתו, לאחר שנמנע מלעשות כן במשך שנים רבות. בית המשפט העליון קיבל את טענתו כי לצורך ההכרעה באשר לאופן הפריסה של התשלומים יש לתת משקל לזכותו של החייב לכבוד האדם, ובכלל זה לקיום אנושי בסיסי. השופט ברק דן בחובה להגן על כבוד האדם של הנתבע חסר האמצעים וקבע:

- 49 בג"ץ 164/97 קונטרם נ' משרד האוצר, פ"ד נב(1) 289.
 50 שם, עמ' 339-341. לפסק הדין, ראו גם ג' גונטובניק "הקהילה הליברלית וזכויות רווחה כזכויות יסוד: עיון בהלכת קונטרם" ספר יצחק זמיר – על משפט, ממשל וחברה (י' דותן, א' בנדור עורכים, תשס"ו) 323.
 51 בג"ץ 890/99 חלמיש נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד נד(4) 423.
 52 בג"ץ 8313/02 אייזן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד נח(6) 607. בקשה לדיון נוסף בנושא נדחתה בדנג"ץ 7873/04 אייזן נ' המוסד לביטוח לאומי, פורסם בנבו (19.1.05).
 53 בג"ץ 161/94 אטרי נ' מדינת ישראל, פורסם בנבו (1.3.94); ע"א 7038/93 סולומון נ' סולומון, פ"ד נא(2) 577.
 54 רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360.

”כבוד האדם כולל... הגנה על קיום אנושי מינימאלי... אדם החי מחוץ לבית שאין לו דיור, הוא אדם שכבודו כאדם הופר; אדם רעב ללחם הוא אדם שכבודו כאדם הופר; אדם שאין לו גישה לשירותי בריאות בסיסיים הוא אדם שכבודו כאדם הופר; אדם שצריך לחיות בתנאים פיזיים משפילים הוא אדם שכבודו כאדם הופר... נכון הדבר לכבודו של כול אדם; נכון הדבר לכבודו של בעל חוב שלא יכול לשלם את... חוב המזונות שלו”⁵⁵.

כך, זכותן של האישה והבת למזונות עומתו עם זכותו של הבעל והאב לסטנדרט מינימלי של חיים בכבוד. בהתאם, בית המשפט העליון הורה על פריסת החוב על פני תקופה, באופן שיבטיח התחשבות בזכות לכבוד האדם של החייב.

ניתן לראות בפסק הדין בעניין גמזו אבן דרך בהתפתחות ההגנה על זכויות חברתיות, אך לא ניתן להתעלם מכך שאף הוא נקט רק בגישה המינימלית לזכויות החברתיות (שהחליפה את הגישה שלא הכירה בהן כלל). בית המשפט העליון נמנע מלהכיר בזכות חוקתית לסטנדרט הולם של קיום והגביל בכך את התערבותו למקרים שבהם הזכויות החברתיות נשללות באופן כמעט מוחלט. נוסף על כך, בעניין גמזו הזכות לקיום מינימלי זכתה להגנה בהקשר של התדיינות בין צדדים פרטיים. בשל כך, פסק הדין לא נדרש להתמודדות עם הסוגיה של כפיית חובות פוזיטיביות על המדינה. לכן אף שעניין גמזו סלל את הדרך להכרה חוקתית מסוימת בזכויות החברתיות, הוא עשה זאת באופן מוגבל ביותר והותיר בגדר “קרובות משפחה עניות” של הזכויות האזרחיות והפוליטיות⁵⁶.

2. הכרסום בזכויות החברתיות בחקיקה וגבולות הביקורת השיפוטית

ההשלכות של גישת המינימום לזכויות חברתיות התבהרו במסגרת כמה עתירות סמוכות שהוגשו כנגד היבטים שונים של החקיקה שהוציאה לפועל את התוכנית הכלכלית אשר קיצצה בהיקפן של גמלאות וקצבאות בראשית שנות ה-2000. חקיקה זו שיקפה תהליכים חברתיים ופוליטיים רחבים שקידמו את שחיקתה של מדינת הרווחה ואת התגברותן של מגמות ההפרטה. דווקא על רקע זה, רשת הביטחון שיכלו לספק הזכויות החברתיות הפכה להיות מכריעה במיוחד. אולם בפועל, הורדת הזכויות החברתיות למעמד של זכויות מדרגה שנייה והוצאתן מחוץ לתחום פריסתה של הזכות החוקתית לכבוד האדם תרמה להעצמתם של תהליכים אלו.

55 שם, עמ' 375-376.

56 נוסף על כך נמתחה ביקורת על יישומה של ההגנה על זכויות חברתיות לשם הגנה על מי שבמשך שנים נמנע מלספק אמצעי קיום לאשתו ולבתו. ראו נ' רימלט “איזה כבוד ראוי להגנה” הארץ (3.4.01).

כאשר הוגשו עתירות אלה כנגד הקיצוצים בתוכניות רווחה קיימות (הן במישור הסטטוטורי והן במישור המינהלי), ביקשה הממשלה מבית המשפט העליון לדחות על סמך העמדה העקרונית שלפיה אין זה מתפקידו של בית המשפט להתערב בנושאים של מדיניות והקצאות תקציביות. כך, נושא הזכויות החברתיות הפך לסלע מחלוקת בדיון על גבולות עוצמתו המוסדית של בית המשפט העליון.

הלכה למעשה, תגובתו של בית המשפט לאיום זה הייתה חיזוקה של הדבקות בגישת המינימום להגנה החוקתית על הזכויות החברתיות, גישה שהובילה בסופו של דבר לדחיית העתירות. במילים אחרות, דחיית העתירות נבעה לא רק מן התפיסה הצרה שהנחתה את רוב השופטים לגבי פרשנותו של המושג כבוד האדם, אלא גם מתפיסה מוסדית הנזהרת מפסילת החלטות שזכו לעיגון בחקיקה ראשית (להבדיל מהחלטות מינהליות גרדא).

דוגמה בולטת לגישה זו ניתן למצוא בעניין מנור⁵⁷, שבו נידונה עתירה נגד קיצוץ בקצבת הזקנה. העותרים תקפו את חוקתיותו של קיצוץ זה, בטענה שהוא מפר את הזכות לקיום בכבוד, את הזכות לביטחון סוציאלי ואת הזכות לקניין. בית המשפט העליון קיבל, כנקודת מוצא לדיון, את העמדה שלפיה הזכות לרמת חיים בתנאים מינימליים נופלת בגדרו של כבוד האדם⁵⁸, אך בכל זאת דחה את העתירה. הנשיא ברק הסביר כי העותרים לא הצליחו להראות שזכותם זו אכן הופרה (בהנחה שלא נעשה קיצוץ במקביל בקצבאותיהם של הזכאים להבטחת הכנסה). הנשיא ברק אף היה מוכן לקבל את הטענות כי הזכות לביטחון סוציאלי מוגנת בגדרה של זכות הקניין החוקתית, אך הוסיף כי מכל מקום, הקיצוץ שנדרש לפניו עומד באמות המידה החוקתיות שנקבעו בחוקי היסוד. שני השופטים האחרים בהרכב, השופטים גרוניס וריבלין, הצטרפו לנשיא ברק, אם כי נמנעו מלהכריע בשאלה אם יש להכיר בזכות לביטחון סוציאלי כאחד הביטויים של זכות הקניין.

שנה לאחר מכן זכו להתברר גבולות ההגנה החוקתית על הזכויות החברתיות בפסק הדין העקרוני בעניין עמותת מחויבות לשלום ולצדק חברתי⁵⁹, שנקבע לדיון בפני הרכב מורחב של שבעה שופטים. עתירה זו תקפה את חוקתיותם של קיצוצים משמעותיים בקצבאות של הבטחת הכנסה, באופן שהביא להפחתה ממוצעת שלהן בשיעור של כשלושים אחוז (נוסף על קיצוצים נוספים בהטבות נלוות שקיבלו הזכאים לקצבאות). העותרים טענו כי שינויים אלה פגעו בפן החברתי של הזכות החוקתית לכבוד. לעומת זאת עמדת המדינה הייתה כי הקיצוצים האמורים לא פגעו בזכות לקיום בכבוד. המדינה אף טענה בכלליות כי את ההגנה על הזכות יש לבחון לא רק בהתייחס לתשלומים הישירים הניתנים לנזקקים כהבטחת

57 בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729.

58 שם, עמ' 736.

59 עניין עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי, לעיל הערה 2.

הכנסה, אלא גם מתוך שימת לב למתכונות תמיכה ולשירותים אחרים הניתנים על ידי הרשויות.

כבר למן השלבים הראשונים של התנהלותו חשף הליך זה את ההתנגדות המיוחדת להגנה חוקתית על הזכויות החברתיות. בתגובה להגשת העתירה הוציאה השופטת דורנר צו על תנאי, שבו הורתה לפרט מהו הסטנדרט לקיום אנושי בכבוד המנחה את המדינה בפעילותה⁶⁰. החלטה זו גררה ביקורת פוליטית וציבורית חריפה, אשר התבססה על העמדה העקרונית שלפיה אין זה מתפקידו של בית המשפט להתערב בתחום של קבלת החלטות כלכליות (וזאת במקביל לטענתה של המדינה כי החקיקה בנושא לא פגעה בתנאי הקיום המינימליים, שאת אמות המידה לקביעתם היא נמנעה מלספק)⁶¹.

בסופו של דבר, העתירה נדחתה לגופה על ידי ההרכב המורחב של בית המשפט העליון שדן בה על בסיס העקרונות שנקבעו בפסקי הדין הקודמים, מבלי שנקבע סטנדרט של קיום בכבוד. הנשיא ברק, אשר כתב את פסק הדין העיקרי, חזר וקבע כי הזכות לכבוד האדם כוללת גם זכות פוזיטיבית לרמה מינימלית של קיום, אבל לא יותר מכך. הנשיא ברק קיבל את טיעון המדינה כי הזכות לכבוד האדם מופרת רק במקרים שבהם מחסור חומרי מונע מהאדם להתקיים, ובכך עיצב את ההגנה על הזכות לכבוד בהתאם לתפיסה שכונתה בפסק הדין "מודל המחסור הקיומי"⁶². לגישתו של הנשיא ברק, תפקידה של המדינה הוא להבטיח את קיומה של רשת ביטחון, אשר תשמש ערובה לכך שלכל אדם יהיה את המינימום הדרוש לו לקיום, מקום מגורים שבו יוכל לקיים חיי משפחה ולממש את פרטיותו, תנאים סניטריים הולמים ושירותים בריאותיים המספקים גישה למתקנים רפואיים מודרניים⁶³. בהתאם

60 הצו על תנאי ניתן על ידי השופטת דורנר כראש ההרכב שבו היו חברים גם השופטים ג'ובראן וחיות. לשון החלטה היה כדלקמן: "על יסוד עתירות אלה שהובאו היום לפני בית-משפט זה, מצווה בית המשפט כי ייצא מלפניו צו על-תנאי המכוון אל המשיכים והמורה להם להתייבב וליתן טעם מדוע לא יקבעו סטנדרט לקיום אנושי בכבוד כמתחייב מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" (החלטה מיום 5.1.04).

61 בהמשך, לאחר פרישתה של השופטת דורנר שונה ההרכב שדן בעתירה ובוטל הצו על תנאי שהוצא על ידיה. לתגובתה של השופטת דורנר לביקורת שנמתחה על החלטתה בעניין זה ראו א' קדר, פ' אלון, ע' לרון, ע' רום "ריאיון עם השופטת (בדימוס) דליה דורנר" דין ודברים א (תשס"ה) 15, 57.

62 המשגה זו הוצעה על ידי המדינה. ראו עניין עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי, לעיל הערה 2, פסקה 2 לפסק דינו של השופט לוי.

63 הנשיא ברק סיכם את עיקרי השקפתו בנושא כך: "ניתן להניח, אפוא, לענייננו – בלא לקבוע מסמרות בדבר – כי מחובת המדינה על-פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נגזרת החובה לקיים מערכת שתבטיח 'רשת מגן' למעוטי-האמצעים בחברה, כך שמצבם החומרי לא יביאם לכלל מחסור קיומי. במסגרת זו עליה להבטיח שלאדם יהיה די מזון ומשקה לקיומו; מקום מגורים, בו יוכל לממש את פרטיותו ואת חיי המשפחה שלו ולחסות מפגעי מזג האוויר; תנאי

להגדרה זו, הנשיא ברק סבר כי העותרים לא עמדו בנטל ההוכחה הנדרש מהם וכשלו להראות שזכותם לכבוד הופרה כתוצאה מהקיצוצים בקצבאות להם. הוא הסביר שקיצוצים אלה, כשלעצמם, אינם מהווים הוכחה מספקת להפרת הזכות, מאחר שהפגיעה בכבוד צריכה להיות מוערכת לאור תנאי החיים של כל אדם בכללותם, ואילו בפני בית המשפט לא היו עובדות מספקות בהתייחס לכך על מנת לקבוע כי הזכות הופרה. לכאורה, פסק הדין הותיר דלת פתוחה לאפשרות שנזקקים יוכיחו כי המדינה לא דאגה להם לתנאי קיום מינימליים, אולם בפועל נקבע בו רף גבוה מאוד לצורך הוכחה כזו. כמו כן, פסק הדין מחייב כל נזקק או נזקקת לפנות להתדיינות פרטית מפרכת, מבלי שיהיו מצוידים באמצעים או בכוחות הנדרשים להצלחה במסלול קשה ובודד זה. השופטת ביניש ביטאה גישה מקלה יותר ביחס לרף הראייתי שיוצב בפני עותרים מסוג זה לשם העברת נטל ההוכחה ביחס לחוקתיותו של חוק פוגע; אך בנסיבות העניין, אף היא הצטרפה לפסק דינו של הנשיא ברק. בניגוד לכך, דעת המיעוט של השופט לוי נתנה ביטוי לעמדה שונה לגמרי. לשיטתו של השופט לוי, יש לפרש את הזכות לכבוד האדם ככוללת את הזכות לתנאים נאותים של קיום, וזאת בניגוד לגישת המינימום של הנשיא ברק. בהמשך לכך סבר השופט לוי כי הנתונים שהוצגו על ידי העותרים הוכיחו שתיקוני החקיקה אשר כנגדם עתרו אמנם הפרו את זכותם לכבוד. בהקשר זה, השופט לוי ציטט מתצהיר שהוגש על ידי אחת העותרות ואשר ממנו עלה כי הקצבאות המקוצצות שהיא מקבלת (בתוספת דמי המזונות שלהם היא זכאית) אינן מכסות את עלות הצרכים הבסיסיים שלהם היא נדרשת. השופט לוי סבר כי תגובתה של המדינה לא הייתה מספקת משום שהיא לא הוכיחה, ולמעשה אף לא ניסתה להוכיח, קיומה של רשת ביטחון המסוגלת להבטיח את יכולתם של אנשים נעדרי הכנסה לקיים חיים בכבוד.

לא ניתן להפריז בחשיבותו של התקדים שנקבע בעניין עמותת מחויבות לשלום ולצדק חברתי, המשקף באופן נאמן את מצבן של הזכויות החברתיות במשפט החוקתי של ישראל. מחד גיסא, פסק הדין מבהיר כי הרטוריקה של קיום בכבוד הפכה לחלק אינטגרלי מדיני זכויות האדם של ישראל. מאידך גיסא, פסק הדין חושף את חילוקי הדעות ביחס למידת ההגנה על הזכויות החברתיות – הן בתאוריה והן במעשה. ראשית, לשיטתם של רוב השופטים, ההכרה בזכויות אלו כחלק מן ההגנה החוקתית על כבוד האדם מוגבלת לגישת המינימום. שנית, בית המשפט העליון אימץ מדיניות ברורה של איפוק מרבי בנוגע לאכיפתן של הזכויות החברתיות כאשר הן מוגבלות על ידי חקיקה ראשית המתפקדת כמכשיר מרכזי בקידומה של מדיניות ממשלתית. לבסוף, פסק הדין גם ממחיש את הפער בין העמדה השלטת, המכירה רק בזכות מינימלית לקיום בכבוד האדם, לבין הדעה הנוגדת, שבאה לידי

תברואה נסבלים ושירותי בריאות, שיבטיחו לו נגישות ליכולות הרפואה המודרנית"; שם, פסקה 16 לפסק דינו של הנשיא ברק.

ביטוי בדעת המיעוט, שדגלה בתפיסה של סטנדרטים ראויים (להבדיל ממינימליים) בהגנה על הזכות לכבוד האדם⁶⁴.

3. שוויון זכויות חברתיות

עקרון השוויון, הקשור באופן מסורתי דווקא להגנה על הזכויות האזרחיות והפוליטיות, משמש מקור אפשרי נוסף להגנה על הזכויות החברתיות במצבים שבהם הסוגיה המרכזית העומדת על הפרק היא החלוקה השוויונית של ההנאה מזכויות אלה. כך למשל פסק הדין בעניין בוצר⁶⁵, שקבע כי בתי ספר חייבים להיערך להשתלבותם של ילדים בעלי מוגבלויות על בסיס שווה, תרם להגנה על זכויות חברתיות של נכים⁶⁶. בדומה, פסק הדין בעניין דנילוביץ⁶⁷, שעסק באיסור על הפליה המבוססת על נטייה מינית⁶⁸ וקבע כי מעסיקים חייבים להעניק הטבות הניתנות לבני זוגם של עובדים גם לבני זוג מאותו מין, הרחיב בפועל את ההגנה על זכויות חברתיות של עובדים. האפשרות להסתמך על הזכות לשוויון היא

64 לדיון נוסף בפסק הדין המסביר את האיפוק שגזר על עצמו בית המשפט בזיקה לביקורת שהוטחה בבית המשפט העליון ראו פ' רדאי, ע' גולן "חוקתיות של זכויות חברתיות" המשפט 21 (2006) 89, 96. פסק דין נוסף שבו בית המשפט סירב להתערב בחקיקה פוגעת הוא בג"ץ 494/03 עמותת רופאים לזכויות אדם – ישראל נ' שר האוצר, פ"ד נט(3) 322. במקרה זה העתירה התייחסה לתיקון שצמצם את הגדרת המושג "תושב" לצורך קביעת הזכאות לביטוח בריאות ממלכתי, באופן שזו התבססה על סוג אשרת השהייה ולא על נסיבות עובדתיות המגבשות תושבות. העותרים טענו כי תיקון זה פגע בזכויות החברתיות של אנשים, אשר לפני כן נחשבו לתושבים מהיבט זיקתם העובדתית למדינה, אף שלא החזיקו באשרת השהייה הנדרשת. העתירה נדחתה. השופט ברק הבהיר כי לא כל הזכויות המוענקות בפועל על ידי החקיקה הקיימת הן מחויבות המציאות מן הבחינה החוקתית. בהתייחס לזכות לבריאות שעליה נסבה העתירה, השופט ברק הבהיר כי רק היבטים מסוימים שלה מוגנים במסגרת הזכות לכבוד האדם. היבטים אחרים של הזכות עשויים לקבל הגנה במסגרת ההגנה על שלמות הגוף, אך לא יותר מכך. מכל מקום, הובהר כי ההגנה על הזכות לבריאות אינה חייבת להיעשות על ידי החלתו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי.

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

66 להגנה על זכויות חברתיות של אנשים עם מוגבלויות ראו גם נ' זיו "אנשים עם מוגבלויות – בין זכויות חברתיות לצרכים קיומיים" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל (י' רבין, י' שני עורכים, תשס"ה) 813.

67 בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749.

68 לדיון מפורט יותר בפסק הדין ראו A. Gross "Challenges to Compulsory Heterosexuality: Recognition and Non-Recognition of Same-Sex Couples in Israeli Law" *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European and International Law* (R. Wintemute, M. Andenas eds., 2001) 39.

חשובה במיוחד, בהקשר זה, לנוכח האימוץ הפורמלי של התפיסה שלפיה הזכות לשוויון היא חלק מן הזכות לכבוד האדם⁶⁹.

התקדימים שהגנו על הזכויות החברתיות באמצעות עקרון השוויון הם חשובים, אך מוגבלים למקרים שבהם נחשפת הדרה מכוונת של קבוצות שסבלו מהפליה היסטורית, להבדיל ממצבים של הפליה על רקע כלכלי גרדא. טרם התגבשה הלכה ברורה באשר לחוקיותה של הבחנה המבוססת על מצב כלכלי⁷⁰. בעניין הופרט של בית המשפט העליון את האפשרות של הספקת שירותים חיוניים רק למי שיכולים לשלם עבורם ובכך ביטא עמדה של הגנה על מיעוטי יכולת, אולם בית המשפט הגביל עמדה זו רק לפעילות השייכת לגרעין הנחשב ל"חיוני" ולמצבים שבהם המחיר הנדרש מקשה על הנגישות לשירות⁷¹. דוגמה לכך ניתן להביא מעניין ישראלי, שבו נדונה עתירתה של אישה שהלכה ואיבדה את שמיעתה ולכן נזקקה לניתוח להתקנת שתל "שבלול" באוזן הפנימית כדי להציל את יכולת השמיעה שלה. ניתוח זה אמנם היה כלול בסל הבריאות, אך ניתן בכפוף להשתתפות בשיעור של שבעים אחוז מן התשלום על ידי החולה (בסכום כולל של כ-70,000 שקלים). העותרת, אם חד-הורית שעבדה כמורה, לא יכלה לעמוד בתשלום זה. עתירתה למימון הניתוח התבססה לא רק על הזכות לבריאות אלא גם על הזכות לשוויון כנגזרת של הזכות לכבוד האדם. ברם, בית המשפט העליון סירב להתערב במקרה זה, בהדגישו כי העניין נשקל על ידי הוועדה המוסמכת לקבל החלטות בנושא היקפו של סל הבריאות⁷².

69 פירוש רחב זה הוצע בזמנו על ידי נשיא בית המשפט העליון דאז אהרן ברק ובהדרגה זכה לתמיכה. בהמשך לכך הוא אומץ בפסיקה עקרונית של בית המשפט. ראו בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פורסם בנבו (11.5.06); בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פורסם בנבו (14.5.06).
70 להשוואה ראו F. Michelman "The Supreme Court 1968 Term, Foreword: On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment" 83 *Harv. L. Rev.* (1969) 7.

71 בג"ץ 5394/92 הופרט נ' יד ושם, פ"ד מח(3) 366, 353 ("דרישת התשלום תהווה הפליה רק אם חסרי אמצעים אינם מסוגלים או מסוגלים בקושי רב לעמוד בו; וטובת ההנאה או השירות שבעבורם נדרש התשלום הם חיוניים או חשובים עד כי אין הצדקה לתלות את קבלתם ביכולת התשלום של הפרט"). במקרה זה נסבה העתירה על החלטתו של מוסד יד ושם לאפשר הנצחה אינדיווידואלית של אנשים שנספו בשואה במתכונת רחבה מן הסטנדרט המקובל של ההנצחה תמורת תשלום. בית המשפט דחה את העתירה, בהסבירו שניתן לאפשר הנצחה נוספת תמורת תשלום, כל עוד מובטח מינימום של הנצחה לכל הנספים. ניתן להוסיף כי בסופו של דבר החליט מוסד יד ושם לבטל מדיניות זו בשל המחאה הציבורית שהיא עוררה, אך העיקרון המשפטי של הבחנה בין מינימום (שביחס אליו אין להפלות) לבין שירות נוסף (שניתן להתנות בתשלום) נותר בעינו.

72 בג"ץ 2974/06 ישראלי נ' הוועדה להרחבת סל הבריאות, פורסם בנבו (11.6.06). מחוץ למסגרת של הדיון המשפטי, ראוי לציין, כי אף שהעותרת לא קיבלה סעד במקרה זה, ההתדיינות היוותה חלק מתהליך שמשך תשומת לב לבעיה של ההשתתפות העצמית הגבוהה בסוג זה של ניתוח, שבסופו של דבר בוטלה על ידי הממשלה (החלטת ממשלה 406 מיום

4. הזכות לחינוך והתפתחותה של הכרה חלקית בזכויות החברתיות

לצד העתירות שבהן נקט בית המשפט העליון בגישה מצמצמת בכל הנוגע להגנה על זכויות חברתיות, ניתן להצביע גם על פסקי דין שבהם באה לידי ביטוי פתיחות גדולה יותר להגנה עליהן. באופן כללי, נכונותו של בית המשפט לקבל עתירות שעניינן זכויות חברתיות גדולה יותר כאשר עתירות אלו תוקפות פעולות מינהליות (להבדיל מביקורת על חקיקה ראשית). עם זאת כפי שעולה מן הדין עד כה, גם בתחום המינהלי לא ננקטה תמיד גישה אחידה. כך למשל ככלל, נכונותו של בית המשפט להגן על הזכות לחינוך היא גבוהה יותר, באופן שמשקף, ככל הנראה, את הקונצנזוס הרחב יותר בחברה הישראלית בכל הנוגע לחשיבותו של החינוך הציבורי⁷³.

התקדים המוביל בכל הנוגע להגנה על הזכות לחינוך (מן ההיבט של הזכות לקבל חינוך במימון המדינה) נקבע בעניין יתד⁷⁴, אשר דן בשילובם של ילדים הלוקים בתסמונת דאון במסגרת החינוך הרגיל. השופט דורנר, שכתבה את פסק הדין המרכזי, הגדירה בו את הזכות לחינוך כזכות יסוד והביאה סימוכין לכך מאמנות בינלאומיות וממסמכים חוקתיים ממדינות אחרות. מכיוון שעתירה זו נסבה על מדיניות מינהלית (שצידדה במתן שירותי סיוע לילדים במסגרת החינוך המיוחד) בית המשפט העליון היה יכול להגן על הזכות לחינוך על סמך מגילת הזכויות הפסיקתית ולהימנע מהכרעה בשאלת היקפה של הזכות לכבוד, כפי שהיא מעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (מבלי להתעמת עם גישתו של השופט אור בעניין שוחרי גילת). פסק הדין שניתן לטובת העותרים התבסס על הזכות הפסיקתית לחינוך, כמו גם על הוראות החקיקה הרלוונטית – חוק חינוך מיוחד, תשמ"ח-1988 המכיר בזכותם של ילדים בעלי מוגבלויות להשתלב במערכת החינוך הרגילה. בית המשפט העליון קבע כי תקציב המדינה לשנה העוקבת יידרש להביא בחשבון את זכויותיהם של ילדים בעלי צרכים מיוחדים להשתלב במערכת החינוך הרגילה. בהמשך לפסק הדין, הכנסת חזרה ותיקנה את החוק, באופן שהכיר באופן מפורש בזכותם של ילדים בעלי מוגבלויות לקבל

27.8.06). לגישה של אי-התערבות בעתירות שעניינן הזכות לבריאות וסל הבריאות ראו גם בג"ץ 4004/07 טרונישבילי נ' משרד הבריאות, פורסם בנבו (8.2.07). ניתן להוסיף עוד כי בית המשפט מנסה לסייע לעותרים הזקוקים לטיפול רפואי על דרך תיווך בדין ודברים שלהם עם המדינה, תוך הימנעות מהתערבות פורמלית בהחלטות בתחום זה. להחלטה שבה בית המשפט מנחה את המדינה לנסות ולמצוא דרך לסייע לעותרת שמצבה הכלכלי והרפואי קשה ראו למשל בג"ץ 5185/07 זוייב נ' משרד הבריאות, פורסם בנבו (4.7.07).

73 באופן כללי ראו י' רבין "הזכות לקבל חינוך – מעמדה והיקפה בישראל" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל (י' רבין, י' שני עורכים, תשס"ה) 567.

74 בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834. לפסק הדין ראו גם י' רבין, ק' מידר "בית המשפט תוקע יתד: על הזכות לחינוך והזכות לשוויון בחינוך בשדה החינוך המיוחד" המשפט ח (תשס"ג) 541.

תמיכה וסיוע במסגרת של מערכת החינוך הרגילה. עם זאת הלכה למעשה, התקציב הנדרש ליישום החוק לא הוקצה לכך על ידי משרד האוצר, באופן שחייב את העותרים לחזור ולפנות לבית המשפט. גם במקרה זה העתירה התקבלה ובית המשפט פסק כי יש לפרש את החקיקה בנושא לאור חובתה של המדינה לספק חינוך לכל תושביה⁷⁵.

טיפולו של בית המשפט בעתירות אלה, שנסכו על תחום החינוך, הוא בסיס לתקווה ולמפח נפש גם יחד. מחד גיסא, פסקי הדין שתוארו מבטאים את המחויבות הנמשכת של בית המשפט להגנה על הזכות לחינוך. פסקי דין אלו אף חוללו שינויים חשובים בתחומים שבהם עסקו⁷⁶. מאידך גיסא, פסקי דין אלה מבהירים פעם נוספת כי ניצחונות בבית המשפט אינם מובילים בהכרח לשינויים ממשיים במערכות ביורוקרטיות, שבהן תלוי בסופו של דבר מימושו של הזכויות⁷⁷. חרף עמדתו הברורה של בית המשפט העליון בדבר צדקתם של העותרים בעניין יתד, נדרשו זמן נוסף והתדיינויות המשך על מנת להביא ליישומו של התקדים שנקבע בו⁷⁸. כמו כן, עניין יתד ופסקי הדין שבו בעקבותיו הסתמכו על עיגון סטטוטורי מנדטורי של הזכאות שנידונה בהם. בהתאם לכך, בית המשפט ראה עצמו מנוע מללכת בעקבותיהם במקרה אחר שבו העותרים טענו לשילוב של ילדים בעלי מוגבלויות צעירים יותר, שביחס אליהם החקיקה קובעת רק הסדר של יישום הדרגתי של הזכאות⁷⁹. ניתן להוסיף כי למרות שבית המשפט קיבל עתירות בנושאי חינוך גם בכמה הקשרים נוספים⁸⁰, אף לא אחד מפסקי דינו התעמת במישרין עם הבעיה החברתית המרכזית בתחום החינוך בישראל: אי-השוויון הגדל בין עשירים לעניים על רקע הנהגת מנגנונים של הפרטה סמויה במערכת החינוך והפערים ההולכים וגדלים בין הרשויות המקומיות השונות⁸¹.

- 75 בג"ץ 6973/03 מרציאנו נ' שר האוצר, פ"ד נח(2) 270. בקשה לשימוע נוסף נדחתה בדנג"ץ 247/04 שר האוצר נ' מרציאנו, פורסם בנבו (10.5.04).
- 76 בסופו של דבר, הפסיקה בעניין מרציאנו, שם, הצליחה לגרום לכך שיועברו 250 מיליון שקל לשם סיוע לילדים עם מוגבלויות המשולבים במערכת החינוך הרגילה.
- 77 לדיון בטיעון זה ראו ברק-ארז, לעיל הערה 18; D. Barak-Erez "The Israeli Welfare State: Growing Expectations and Diminishing Returns" in *The Welfare State, Globalization and International Law* (E. Benvenisti, G. Nolte eds., 2004) 103.
- 78 בעיה זו אינה קשורה לכאורה להכרה המשפטית בזכות לחינוך, אך משקפת את התלות המובנית של ההגנה על הזכויות החברתיות ברצונן הטוב של המערכות השלטוניות, מבחינת הפן המעשי של מימושו.
- 79 ראו בג"ץ 5597/07 אלו"ט – האגודה הלאומית לילדים אוטיסטים נ' שרת החינוך, פורסם בנבו (21.8.07).
- 80 ראו בג"ץ 7374/01 פלונים נ' מנכ"ל משרד החינוך, פ"ד נו(6) 529. במקרה זה התבקשה המדינה לממן העברה של ילד לבית ספר אחר לאחר שסבל מבעיות חברתיות חמורות בבית הספר המקורי.
- 81 לאי-שוויון בחינוך בישראל ראו י' בלנק "ממלכתיות מבוזרת: שלטון מקומי, היפרדות ואי-שוויון בחינוך הציבורי" עיוני משפט כח (תשס"ה) 347; Y. Blank "Brown in Jerusalem: A

תקדים חשוב של הגנה על זכויות חברתיות מפני החלטות מינהליות פוגעות, מחוץ לתחום של חינוך ציבורי, ניתן בעניין קו לעובד⁸², שבו התקבלה העתירה נגד מדיניות "הכבילה" של עובדים למעסיקים שהיו מעורבים בהגעתם הראשונית לארץ. מדיניות זו אפשרה למעסיקים מקומיים לנצל את עובדיהם הזרים, שלא היו יכולים לעזוב את משרותיהם בלי לאבד את האשרות שקיבלו לעבודה ולשהייה בישראל. פסק הדין שפסל את מדיניות "הכבילה" הוא בעל חשיבות רבה מבחינת ההגנה על הזכויות החברתיות של מהגרי העבודה בישראל. במקביל, יש לשים לב כי מבחינה פורמלית הזכויות שבית המשפט העליון הגן עליהן במקרה זה היו זכויות ליברליות קלאסיות: חירות הפרט, כבוד האדם וחופש העיסוק. במלים אחרות, בנסיבות העניין, בית המשפט העליון התבקש להגן על עובדים מפני הגבלה ממשלתית בכל הנוגע לניידותם בין מעסיקים, החלטה הפוגעת גם בזכות לחופש עיסוק, שנהנית ממעמד חוקתי איתן.

ז. זכויות חברתיות מחוץ לבית המשפט העליון

בחינת מדיניותו של בית המשפט העליון ביחס לזכויות החברתיות חשובה להבנת מעמדן בשיטה המשפטית, אך חושפת רק ממד מוגבל של המאבק על הגנתן. לאמיתו של דבר, היום-יום של אכיפת הזכויות החברתיות אינו מתרחש בבית המשפט העליון, אלא בא לכלל ביטוי בהתמודדות עם החלטות של רשויות מינהליות, ובהמשך לכך, בהליכים המתקיימים בפני ערכאות שיפוטיות נוספות, במקרים רבים בית הדין לעבודה, שלו מוקנית הסמכות הייחודית בעניינים הנוגעים לביטוח לאומי ולביטוח בריאות. ההתמודדות עם הליכים אלה מחייבת ידע, תעצומות נפש וייעוץ משפטי שאינם נמצאים תמיד בהישג ידם של הנוגעים בדבר, הנמנים, על פי רוב, על הקבוצות החלשות והנזקקות ביותר של החברה הישראלית. על כך ניתן להוסיף כי החלטתו של בית המשפט העליון בעניין עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי ביקשה להמיר התדיינות עקרונית על מעמדן של הזכויות החברתיות

Comparative Look on Race and Ethnicity in Public Schools" 38(3) *The Urban Lawyer* 367 (2006). למגוון ולהיקף של מתכונות הפרטה בישראל ראו ד' ברק-ארוז "המשפט הציבורי של הפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" עיוני משפט ל (תשס"ח) 461. בבג"ץ 6914/06 ארגון הורים ארצי [ע"ר] נ' מדינת ישראל – משרד החינוך, התרבות והספורט, פורסם בנבו (14.8.07) בית המשפט העליון הביע, אגב אורחא, דאגה מן ההשפעה הנמשכת של גביית תשלומי השתתפות שונים מן ההורים על השוויון במערכת החינוך, אולם הוא דחה את העתירה שנסבה על תשלומי הורים, מאחר שלא נמצא בסיס משפטי לטענות שהועלו על ידי העותרים (והתמקדו בחובתו של משרד החינוך לקיים הליכי היוועצות ביחס אליהם).

82 בג"ץ 4542/02 "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פורסם בנבו (30.3.06).

בהליכים פרטיקולריים שיתמקדו בכל מקרה ומקרה, ובכך תרמה להעתקתו של המאבק מבית המשפט העליון, לפחות באופן חלקי.

ח. זכויות חברתיות וגבולות המשפט החוקתי בישראל

עד כה התמקד הדיון במשפט החוקתי הגרעיני של מדינת ישראל, ללא התייחסות לשאלות המיוחדות הנוגעות לשטחים שנכבשו על ידי ישראל ואשר המשפט הישראלי אינו חל בהם, או לשאלות בעניינם של אלו הכפופים להחלטות של רשויות ישראליות, אך אינם אזרחי ישראל או תושביה (בייחוד תושבי השטחים ומהגרי עבודה). חשוב להבהיר כי ההגנה המוגבלת על הזכויות החברתיות במשפט הישראלי, כפי שתוארה עד כה, משתרעת באופן מצומצם אף יותר ביחס למקרים אלה. הדיון בסוגיות אלה חורג מתחומיו של המאמר, אך חשוב להזכיר על מנת להבהיר את מגבלותיו של הדיון הנוגע רק לשטח ישראל ולאזרחי ישראל.

1. שטחים שעליהם לא חל המשפט הישראלי

מאז מלחמת ששת הימים ישראל שולטת בשטחים שנכבשו על ידיה ושעליהם לא חל המשפט הישראלי (אלא רק המשפט המקומי ששרר במקום ובנוסף עליו המשפט הבינלאומי החל על שטח כבוש וחקיקת הביטחון של המפקד הצבאי). בית המשפט העליון אמנם קבע כי פעילות הצבא בשטחים כפופה לעקרונות הכלליים של המשפט הציבורי הישראלי, אך נמנע מלהכריע בשאלה אם גם חוקי היסוד פורשים את הגנתם על תושבי השטחים⁸³. לגופו של עניין, אין ספק שלפעילות הצבא בשטחים יש השלכות משמעותיות לא רק על הזכויות האזרחיות והפוליטיות של תושביהם, כי אם גם על מצבם החברתי-כלכלי. כך למשל ההגבלות על חופש התנועה בשטחים שמקורן במשטר המחסומים ובגדר ההפרדה, פוגעות באופן חמור בנגישותה של האוכלוסייה הפלסטינית לקבלת טיפול רפואי, לחינוך ולתעסוקה. באופן חלקי, השאלות הנוגעות להגנה על זכויותיהם החברתיות של תושבי השטחים נידונו בהקשר של בניית גדר ההפרדה, אך בסופו של דבר זכויות אלו זכו להגנה

83 בית המשפט העליון החיל את ההגנה המורחבת הניתנת בחוקי היסוד על אזרחים ישראלים בשטחים, אך שאלת התחולה הכללית של הגנה זו בשטחים נשארה תלויה ועומדת. ראו בג"ץ 1661/05 מועצה אזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 560; בג"ץ 8276/05 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל, פורסם בנבו (12.12.06), פסקה 22 לפסק הדין.

חלקית בלבד נוכח הצורך לאזן ביניהן לבין שיקולי ביטחון⁸⁴. מעבר לכך, פסקי הדין שעסקו בחוקיותם של קטעים ספציפיים של גדר ההפרדה ופתרו בעיות פרטיקולריות בהקשר זה, נמנעו מלהתמודד עם הבעייתיות הבסיסית של חיים של בצילם של הסדרי מעבר בין אזורים.

2. מהגרי עבודה

היקף הזכויות החברתיות של מי שאינם אזרחים או תושבים הוא מוגבל ביותר ועל פי רוב מתמקד במניעת מצבים קיצוניים של ניצול, כפי שעולה מעניין קו לעובד. מעבר לכך, הלכה למעשה, הקשיים שאותם חווים העובדים הזרים בישראל נובעים בעיקר מכך שמערכת המשפט בישראל אינה נגישה מבחינתם – בשל חוסר מידע וחוסר יכולת מעשית לתבוע את זכויותיהם⁸⁵.

ט. מגבלותיה של הזכות לכבוד והמעבר מזכויות חברתיות לתפיסה חלוקתית של הגנה על זכויות

כיצד יש להעריך את מעמדן הנוכחי של הזכויות החברתיות במשפט החוקתי הישראלי? שאלה זו נדונה על רקע המגבלה הבסיסית הנובעת מחוקי היסוד משנת 1992, שלא כללו הגנה מפורשת על זכויות אלה. נטייתו הראשונית של בית המשפט העליון הייתה להדיר את הזכויות החברתיות מתחום תחולתם של חוקי היסוד, למעט החריג של הזכות לקיום מינימלי בכבוד. בהמשך, בית המשפט החל לפרוס הגנה חזקה יותר על הזכויות החברתיות, אך לא במצבים של ביקורת שיפוטית על חקיקה פוגעת. עם זאת נחיתותן הבסיסית של הזכויות החברתיות לא השתנתה. רק השפעתה צומצמה.

הרחקתן של הזכויות החברתיות מסדר היום החוקתי החדש ובמקביל לכך הענקתן של מעמד חוקתי מלא לזכויות הכלכליות שלהן מגמה אנטי-חלוקתית תרמו לדעיכתה של האזרחות החברתית בישראל. תהליכים אלו מצטרפים לתמורות חברתיות ופוליטיות רחבות יותר – שחיקתה של מדינת הרווחה בישראל (הקיצוצים בקצבאות הרווחה והפרטת

84 ראו בג"ץ 2056/04 מועצה מקומית הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807; בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פורסם בנבו (15.9.05).

85 לבעייתיות המיוחדת של הגנה על מהגרי עבודה ראו ג' מונדלק "עובדים או זרים בישראל? חוזה תשתית והדפיציט הדמוקרטי" עיוני משפט כז (תשס"ג-תשס"ד) 423. לנגישות המוגבלת של עובדים זרים להתדיינות שיפוטית, לרבות בשל קשיי שפה, ראו גם י' רבין "זכויות חברתיות מהספירה הדיונית" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל (י' רבין, י' שני עורכים, תשס"ה) 765.

השירותים החברתיים) והשינויים בשוק העבודה (בעיקר המעבר מהסכמי עבודה קיבוציים להסכמים אישיים, המקנים תנאי העסקה פחות יציבים מבעבר).

התפתחותה של הפסיקה מלמדת כי גישת המינימום ביחס להגנתן של הזכויות החברתיות, שאומצה על ידי בית המשפט העליון, אינה מצליחה לספק להן הגנה אפקטיבית במרבית המקרים המגיעים לדיון משפטי. גישה זו ניתנת ליישום רק במקרים הקיצוניים ביותר – כאשר נשללים מאדם כמעט לחלוטין התנאים החומריים המינימליים הדרושים לו לקיום. למעשה, תוצאה זו נובעת במידה רבה משעבודן של הזכויות החברתיות למושג כבוד האדם. הקישור לסוגיית הכבוד מסיט את תשומת הלב הרחק משאלות של חלוקה ושוויון אל עבר מודל המבוסס על השפלה. בהתאם לכך, מתאפשרת הגנה על פרטים רק מפני חסכים (בתחומים של רווחה, חינוך, בריאות, ביטוח לאומי, דיור ומזון) העולים כדי השפלה, אך לא מתאפשר כל דיון בהגנה על זכויות אלו מעבר למינימום ההכרחי. את תוצאותיה של גישה זו ניתן לראות גם בהחלטות השיפוטיות הניתנות מחוץ לבית המשפט העליון, על ידי ערכאות אחרות. בתחום הבריאות למשל שימש המודל המינימלי בסיס לדחיית עתירות של אזרחים שנזקקו לטיפול אשר לא זכה לכיסוי במסגרת סל הבריאות⁸⁶.

אכן, התדיינות שעניינה הגנה על זכויות כרוכה תמיד בסיכון שפסקי הדין יכירו רק במקרים קיצוניים יחסית של הפרתן ובכך יתנו אישור עקיף לפגיעות האחרות בהן⁸⁷, אולם סיכון זה התממש באופן חריף במיוחד בכל הנוגע להגנה על הזכויות החברתיות בישראל, בשל אימוצה של הגישה המינימלית ביחס אליהן. גישת המינימום תרמה בעקיפין גם לחוסר הנכונות השיפוטית לעשות שימוש בזכות לשוויון לשם הגנה על הזכויות החברתיות בתחום החורג מן הגרעין שנתפס כחיוני. על רקע מגמה כללית זו בולטים כחריגים בייחוד פסקי דין שנסבו על הזכות לחינוך – הן משום שזוהי זכות הנהנית כנראה ממעמד יותר קונצנזוסואלי בישראל, והן משום שפסקי הדין שעסקו בה לא חייבו ביקורת שיפוטית של חקיקה ראשית. זהירותו המוסדית של בית המשפט העליון כפי שהיא באה לידי ביטוי בפסיקה בתחום הזכויות החברתיות הייתה, לפחות בחלק מן המקרים, זהירות יתר. אכן, בית המשפט אינו נושא באחריות העיקרית להגנה החסרה על הזכויות החברתיות. הזירה המרכזית להגנה עליהן היא הזירה הפוליטית – במתכונת של חקיקה רגילה ושל חקיקת חוקי יסוד נוספים. עם זאת יש לשים לב לנקודות הבאות: ראשית, בית המשפט עצמו החיל באופן נרחב יחסית את העיקרון של כבוד האדם גם על זכויות שאינן מנויות במפורש בחוק היסוד. התפיסה

86 ראו א' גרוס "בריאות בישראל: בין זכות למצרך" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל (י' רבין, י' שני עורכים, תשס"ה) 47.

87 לטיעון כללי באשר לנטייתו של שיח הזכויות להוביל להגנה עליהן רק במצבים של פגיעות קיצוניות יחסית השווה *D. Kennedy The Dark Side of Virtue: Reassessing International Humanitarianism* (2004) 32.

שלפיה החלתו של עיקרון פרשני זה לגבי זכויות חברתיות צריכה להיות מצומצמת להגנה על המינימום הקיומי בלבד אינה מובנת, ובכל מקרה אינה מבוססת על עיקרון חוקתי ברור. זכויות אזרחיות ופוליטיות שזכו להכרה פרשנית במסגרת הזכות לכבוד האדם לא הוכפפו לאותה גישת מינימום. שנית, תפיסה זו מבוססת במידה רבה על הטענה שהזכויות החברתיות, להבדיל מזכויות אחרות, כרוכות בעלויות ולכן אכיפתן צריכה להיעשות בזהירות רבה יותר. אולם לאמיתו של דבר, כפי שכבר הוסבר, גם הגנה על זכויות אזרחיות ופוליטיות "קלאסיות" מחייבת נשיאה בעלויות לא מבוטלות⁸⁸. כך למשל בעניין נוף⁸⁹ בית המשפט חייב לספק מסכות אב"כ יקרות לבעלי זקנים בשם ההגנה על הערך של כבוד האדם. בדומה לכך, בעניין מטה הרוב⁹⁰ נקבע כי העלויות הכרוכות בהפגנה אינן יכולות לשמש טעם לאי-הכרה בזכות להפגין ואף אין לחייב בהן את המפגינים. למעשה, בית המשפט העליון נחשף לביקורת חריפה במיוחד מצד המערכת הפוליטית בשל העלויות שהיו כרוכות בפסיקתו, דווקא כאשר הורה על מיגון מלא של מערכת החינוך באזורי ספר שסבלו מהתקפות ירי – כלומר, בהתייחס להגנה על זכויות שאינן מוגדרות כ"חברתיות" (בייחוד הזכות לביטחון אישי)⁹¹. המסקנה הנובעת היא שההבחנה בין הזכויות האזרחיות והפוליטיות לבין הזכויות החברתיות מטושטשת גם מבחינת העלויות הכרוכות בהגנה עליהן. על כן יש להחליף את ההבחנה החדה בין שתי הקטגוריות של הזכויות בתפיסה המכירה ברצף של זכויות וגורסת שלהגנה על זכויות יש תמיד פן חברתי וחלוקתי⁹².

בהקשר זה חשוב גם לקרוא תיגר על התפיסה המקובלת לפיה המשמעות המעשית של ההגנה על הזכויות הנחשבות אזרחיות היא ברורה, ואילו להגנה על הזכויות המכונות חברתיות אין כביכול שיעור (בהתחשב בכך שניתן לספק שירותים חברתיים ברמות שונות). למעשה, במקרים לא מעטים דווקא ההגנה על הזכויות החברתיות היא קונקרטיה ומתוחמת יותר בהשוואה להגנה על הזכויות האזרחיות והפוליטיות המסורתיות. כך למשל, בכל הנוגע להגנה על חופש הביטוי, ניתן לתהות אם נגזרת ממנה חובה להבטיח גישה לאמצעי

88 לטענה שהגנה על זכויות כרוכה תמיד בעלויות השווה S. Holmes, C.R. Sunstein, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes* (1999).

89 בג"ץ 205/94 נוף נ' משרד הבטחון, פ"ד נ(5) 449.

90 ראו בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, פורסם בנבו (12.12.06). מעניין להשוות תקדים זה לעניין ישראלי, לעיל הערה 72. שני פסקי הדין עסקו בדרישה לתשלום הנכפה על אזרחים אשר מבקשים לממש זכות. למרות זאת, בעוד שבהקשרו של חופש הביטוי דרישת התשלום נתפסה כפוגעת בזכות באופן בלתי חוקי, בהקשרה של הזכות לבריאות בית המשפט נמנע מלהגיע למסקנה דומה.

91 בג"ץ 8397/06 ווסר נ' שר הביטחון, פורסם בנבו (29.5.07).

92 השוו גם מונדלק, לעיל הערה 1.

התקשורת השונים (לרבות הפרטיים), ואם כן, באלו נסיבות ובכפוף לאלו מגבלות⁹³. זו כמובן שאלה מורכבת שהתשובה לה כלל אינה מובנת מאליה. לעומת זאת בהקשרה של הזכות לבריאות, נראה כי קיומה של מערכת רפואית נגישה ושוויונית מהווה ביטוי מספק להגנה על זכות זו. כלומר, נדמה שדווקא הדרכים להוצאתה של ההגנה על הזכות לבריאות מן הכוח אל הפועל ברורות יותר בהשוואה לאתגרים שמזמנת ההגנה על חופש הביטוי בתנאים של תקשורת מודרנית.

י. סיכום: זכויות חברתיות במבט לעתיד

הגם שהמשפט החוקתי של ישראל אינו מוגבל עוד להכרה בזכויות אזרחיות ופוליטיות בלבד, הוא אינו מבטיח הגנה מלאה על הזכויות החברתיות כזכויות אדם שוות מעמד לזכויות האזרחיות והפוליטיות. האזרחות החברתית הינה עדיין אזרחות מ"דרגה שנייה" בהשוואה לאזרחות האזרחית והפוליטית.

הדרך הטובה ביותר לחיזוק ההגנה על הזכויות החברתיות היא כמובן חקיקתו של חוק יסוד שיכיר בהן ויביא את ההפליה בין הזכויות השונות אל קיצה. למעשה, הצעות בכיוון זה הוגשו ונדונו בשנים שחלפו מאז 1992, אולם אף אחת מהצעות אלה לא צלחה, הן בשל ההססנות הכללית לגבי השלמת הפרויקט החוקתי, והן בשל סירובה של הממשלה לתמוך בחוק יסוד אשר יגביל את גמישות פעילותה בתחום הכלכלי. על רקע זה, העמדה הממשלתית שהוצגה בדיונים שהתקיימו בנושא צידדה בנוסח שיכיר בזכויות החברתיות באופן הצהרתי בלבד, ללא האפשרות של אכיפה באמצעות בתי המשפט שנוהגת לגבי הזכויות האזרחיות והפוליטיות⁹⁴.

באחריות הראשונית להגנה החלשה על הזכויות החברתיות נושאת הכנסת – הן כרשות מחוקקת והן כרשות מכווננת. אין ספק כי הזירה הפוליטית היא המקום המתאים לקביעת מסגרת ההגנה על זכויות חברתיות ולחתימה לתיקון אי-השוויון הקיים בחברה, אולם במקביל, בתי המשפט צריכים אף הם לפעול בתחום זה – על ידי פריסתה של רשת ביטחון

93 השו"ד' ברק (ארז) "חופש הגישה לאמצעי התקשורת: חופש הגישה לאמצעי-התקשורת – איזון אינטרסים בתחומי הזכות לחופש-ביטוי" עיוני משפט יב (תשמ"ז) 183.

94 ראו ע' מאור "חור פנור בספר החוקים: הצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות-כלכליות – כרוניקה של כשלון החקיקה" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל (י' רבין, י' שני עורכים, תשס"ה) 195; אייל גרוס "הפרדוקס של חוקה בהסכמה: בחינה דרך סוגיות השוויון, הנטייה המינית והזכויות החברתיות" הפרקליט מט (תשס"ח) 333.

דפנה ברק-ארז, אייל גרוס

הזכויות החברתיות והמאבק על
אזרחות חברתית בישראל: מעבר לזכות לכבוד

שתגן על יחידים וקבוצות שהמערכת הפוליטית זנחה את אחריותה כלפיהם – מתוך תפיסה
שמכירה בכך ש"זכויות האדם השונות הינן תלויות הדדית ובלתי ניתנות לחלוקה"⁹⁵.

95 "All human rights are universal, indivisible, and interdependent and interrelated" World
Conference on Human Rights, Vienna 14-25 June 1993, Declaration and Programme of
Action, Paragraph 1(5)