

# זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם

ד"ר גיא מונדלקי

- מבוא ..... 67  
מבנה הדיון ..... 69
1. זכויות חוקתיות חברתיות-כלכליות בישראל ..... 72  
2. זכויות האדם: מהותו של אדם והיחס בין הפרט לקהילה ..... 76  
א. אוטונומיית הפרט והיכולת לבחור - שתי גישות ..... 76  
ב. העמדת שתי הגישות במבחן - דוגמאות ..... 86  
ג. זכויות חברתיות והשתייכות קהילתית ..... 89  
ד. סיכום הדיון המוסרי ..... 90
3. האם יש קושי אינהדנטי בהגנה המשפטית על זכויות חברתיות? ..... 91  
א. זכויות חברתיות כזכויות חיוביות ..... 93  
ב. טענת העמימות האינהרנטית של זכויות חברתיות ..... 96  
ג. הפרדת רשויות ויכולתו המוסדית של בית המשפט ..... 99  
ד. סיכום: שלילת הטענות בדבר הקושי המשפטי להגן על זכויות חברתיות ..... 102
4. מזכויות חברתיות לממד החברתי של הזכויות כולן ..... 105  
א. אפיון מחדש של זכויות חברתיות-כלכליות ..... 105  
ב. הזכות לבריאות: זכות אטומיסטית וזכות חברתית ..... 106  
ג. זכויות ליברליות: זכויות אטומיסטיות או זכויות חברתיות? ..... 108

1. מרצה בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. מאמר זה נכתב לכבוד ספר ברנזון. בחירת הנושא לספר נובעת ממחויבותו של השופט ברנזון לנושאים חברתיים ולרגישותו החברתית כפי שזו משתקפת היטב במגוון התפקידים בהם שימש ובפסיקתו. אבקש להודות למספר חברים אשר עמלו קשות על טיוטה מוקדמת של מאמר זה: דן אבנון, רות בן-ישראל, אריאל בנדור, אייל גרוס וגיא דוידוב. ניר מרום סייע רבות בהכנת המאמר ובהערותיו. עם חלק מהערות הקוראים אני מקווה כי הצלחתי להתמודד, אחרות תצטרכנה לחכות למאמר הבא. עם ההערה העיקרית אשר התייחסה לאורכו של המאמר הצלחתי להתמודד באופן חלקי בלבד, ועם הקוראים סליחה.

5. התבוננות נוספת בשיח החוקתי המתפתח בישראל  
 וההבחנה בין זכויות חברתיות לזכויות אטומיסטיות 110.....
- א. הכרה מצומצמת בזכויות חברתיות במובן ההיסטורי 112.....
- ב. הגדרת זכויות קודמת להגדרת הטוב החברתי 113.....
- ג. העדפה מוחלטת לזכות הקניין וחופש התווים ותיחום  
 בין הפרטי לציבורי? 116.....
- ד. על מגבלות הדיון הקיים כיום בממד החברתי 118.....
- ה. סיכום: שני ערוצים בפסיקה 120.....
6. הכוח המסביר של ההבחנה בין ממדים חברתיים לממדים אטומיסטיים  
 של שית זכויות -  
 הרתיעה מפני העברת גבולות מקשרים בשית החוקתי 121.....
- א. חירות ההתארגנות 121.....
- ב. הזכות לחינוך 125.....
- ג. הממד החברתי בהקשרים אחרים 129.....
7. מהדסקרפטיבי לנורמטיבי - האפשרויות הקיימות בשיח החוקתי  
 לפיתוח הממד החברתי 132.....
- א. הממד החברתי של זכויות מול אינטרסים חברתיים 133.....
- ב. כבוד האדם וחירותו 138.....
- ג. הזכויות הפרטיקולריות 140.....
- ד. עקרון השוויון 145.....
- סיכום 148.....

## מבוא

הכנסת ובית המשפט העליון הבטיחו "מהפכה חוקתית". המהפכה החוקתית הביאה עמה אפשרויות שלא היו קיימות בעבר. המהפך העיקרי מתבטא בשני מישורים. במישור "הפרקטי" קיימת כיום האפשרות לבטל דבר חקיקה בשל היותו פוגע בזכויות יסוד ואינו עונה על פסקת ההגבלה. במישור האחר, המהפכה החוקתית הביאה להעצמת השיח החוקתי. שיח זה היה קיים גם קודם לכן, אך ללא ספק התמודות החוקתיות מהוות קטליזטור המתעל מגוון נושאים רחב למתחם החוקתי. כמו כן, העצמת השיח החוקתי משנה את תפישת הנושאים במלאכה השלטונית, כמו גם של הציבור כולו, לגבי מקומו של הפרט בחברה.

מה המהפכה חוקתית זו טומנת בחובה לעני, לשכיר, לחסר ההשכלה, לחולה, לקשיש ולמובטל? יש הסוברים כי המהפכה החוקתית טומנת בחובה מהפכה המוגבלת לעשיר, למעביד, למשקיע האסטרטגי, ולשוחרת קורס הטיס.<sup>2</sup> בהסתמך על ביצנים ראשונים לשיח החוקתי יש מקום לסברה כי עיקרה של המהפכה החוקתית ייתרגם למהפכה עבור אלה הזוקים בחברה, אלה הם הפרטים אשר בכוחם לעצב את דרכם בחברה. הם עושים שימוש בשיח החוקתי החדש על מנת להרחיב את מתחם האפשרויות הפתוח לפניהם ולהעמיד במבחן מושכלות יסוד אשר מלוות את החברה הישראלית זה שנים. אין להקל ערך בסוגיות כגון הכנסת נשים לקורס טיס<sup>3</sup> או לדירקטוריונים,<sup>4</sup> ודיון מעמיק בשאלת רישוי בעלי מקצועות.<sup>5</sup> אלה הן סוגיות חשובות, ויש לעודד את הפנייתן לבג"צ ולהשתמש במשפט ככלי להרחבת אפשרויות הפרט. ניתן להתווכח אם תשלום אגרת הרדיו על ידי בעלי מכונות אשר אין בהן מקלט<sup>6</sup> מהווה נושא בעל משמעות חוקתית אשר צריך לצלוח את המהפכה החוקתית. אך יש רבים שאגרת הרדיו ברכב אינה הכעיה הראשונה בסדר העדיפות שלהם שכן אינם יכולים לקנות רכב כלל. ישנם רבים אשר לעולם לא יעבדו במקצועות לגביהם נדרש רישוי. וישנם פרטים אשר לא יעזו לחלום על קורס טיס או על חברות בדירקטוריון.

מדינת ישראל נשענת כיום על מערך מוסדי המייצר אי-שוויון הולך וגדל בין פרטים. תחושת השייכות של פרטים לחברה הולכת ונעלמת. סולידריות חברתית נחלשת, ובמקומה אנו מוצאים נאמנות לקבוצות הזדהות מצומצמות ובעיקר נאמנות של כל פרט לעצמו ולתא המשפחתי הקרוב לו. חוסר השוויון בחברה מותיר פרטים רבים הרוצים לשנות את מצבם ללא מקור תמיכה כלכלי וחברתי. רמת הדיאלוג

2. עמדה זו נסענה באופן המפורש ביותר על ידי א' מרמזר "ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל ד (1997) 133. אך ראו גם: ר' בני ישראל "השלכות חוקי היסוד על משפט העבודה ומערכת יחסי העבודה" שנתון משפט העבודה ד (1994) 27; פ' רדאי "הפרסת זכויות האדם והשימוש לרעה בכוח" משפטים כג (1994) 21; ע' ולצברגר וא' קדר "המהפכה השקטה - עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי היסוד החדשים" משפט וממשל ד (1998) 489.
3. בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94.
4. בג"צ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501; בג"צ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה (טרם פורסם, 11.8.1998).
5. בג"צ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר (טרם פורסם) (להלן: עניין מנהלי ההשקעות).
6. בג"צ 5503/94 סגל נ' יושב ראש הכנסת (טרם פורסם).

החברתי הולכת ומצטמצמת, ואזון קשבת בקרב השלטון, או בקרב פרטים אחרים, הולכת ונהיית מצרך נדיר. תמורות חוקתיות, בין אם הן מהפכה, ובין אם הן מצביעות על שינוי הדרגתי, אינן יכולות להוות עוגן בלעדי לשינוי מעמדם של פרטים בחברה. הצהרת המשפט על כי כל אדם זכאי לכבוד איננה יכולה להבטיח כי אחרים יכבדו. בין מה שהמשפט רוצה לעשות ובין מה שהוא מצליח לעשות בפועל קיים פער. אך על מנת להניע שינוי חברתי על יוצרי המשפט לפחות לנסות ולכוון את השינוי. על מנת להעביר מסר כי כבודו של אדם הנו ערך עליון המחייב אחרים (רשויות השלטון ופרטים אחרים) לכבד, יש להניע את הדינמיקה המורכבת והעדינה שבין משפט וערכי החברה. עד כמה המשפט באמת מנסה בימים אלה, אשר הוכרזו כימי מהפכה משפטית, לגעת בכל פרט ופרט? נדמה כי התמורות החוקתיות של ראשית שנות התשעים בישראל לא הצליחו להעניק לכל אחד תחושת שייכות לתהליכים החברתיים הניזונים ומוזנים את התמורות החוקתיות. התמורות החוקתיות לא העבירו מסר כי ישנם פרטים בחברה, כמו גם קבוצות שלמות, אשר קולם אינו נשמע.

יש התולים תקווה בחקיקת חוקי־יסוד: זכויות חברתיות אשר יהווה את נקודת המפנה האמיתית. על פי עמדה זו, ללא חוקי־יסוד המעגן מפורשות את הזכויות החברתיות, ניוותר עם מגילת זכויות אדם חלקית המעגנת מפורשות את זכויותיהם של העשירים ומתנכרת לצרכים של אחרים. ללא ספק, חוקה אשר אין בה עיגון מפורש של הזכויות המוכרות כזכויות חברתיות, כגון הזכות לתנאי מחיה הולמים, לחינוך, לבריאות, לעבודה ולדיוור, היא חוקה חסרה. היא מבטאת תפישה חלקית מאוד של זכויות האדם ומתנכרת לעובדה כי אין משמעות לזכויות האזרחיות והפוליטיות כגון חופש הביטוי והזכות לבחור ולהיבחר, ללא זכויות חברתיות. הקשר בין הזכויות האזרחיות והפוליטיות ובין הזכויות החברתיות והכלכליות הוא קשר הדוק ובלתי ניתן לגיתוק.

אך יש להימנע מההנחה על פיה הזכויות האזרחיות אשר עוגנו עד כה הן "זכויות של עשירים", ואילו זכויותיהם של אלה הנעדרים עצמה חברתית הן הזכויות החברתיות. ההתמקדות עד כה ברשימת הזכויות הראויה להיכלל בחוקה הנה מוטעית ואף מסוכנת. מידור בין זכויות המעמיד את הדברים כאילו ישנן "זכויות של חזקים" ו"זכויות של חלשים" יביא לנהיתותן של זכויות חברתיות ולסטיגמה של כל הנוקק להישען עליהן. יש לשאוף לכך שכל הזכויות תהיינה נחלתם של כל הפרטים בחברה. במאמר זה אבקש להסיט את מוקד הדיון. המאבק להכרה מפורשת בזכויות חברתיות הוא חסר משמעות כל עוד אין בוחנים את אופן יישומן של כל הזכויות החוקתיות עלי ספר. ביישומן של זכויות חוקתיות ניתן להצביע על שני ממדים הקיימים בכל זכות וזכות. הממד האחד הוא ממד אטומיסטי המקים חיץ סביב הפרט. חיץ זה משמש מגן לפרט מפני התערבות החברה ופרטים אחרים בפעולותיו, בשיקוליו ובערכיו. בד בבד, בכל זכות וזכות קיים ממד חברתי אשר מחפש לקשר בין הפרט והחברה. קישור זה בא להבטיח כי לכל פרט תהיה תחושת שייכות לחברה בה הוא חי. זו שייכות אותנטית אשר נשענת לא על ערכים סימבוליים כי אם על שוויון הודמנויות אמיתי, והכרה בצרכיו של כל פרט כמי שבהכרח תלוי בתברה על מנת לקדם את דרכו.

אם השיח החוקתי המתפתח יתמקד אך ורק בממד האינדיבידואלי של זכויות חוקתיות, אין לצפות כי חוקי־יסוד: זכויות חברתיות, תהיה גרסתו אשר תהיה, יביא לידי שינוי של ממש אשר יבטיח את השתתפות כל הפרטים במהפכה המשפטית והחברתית אשר חוקי־היסוד החדשים נועדו לחולל. פיתוח של הממד האטומיסטי של

זכויות חוקתיות יביא לכך כי גם זכויות המסווגות באופן היסטורי כזכויות חברתיות תהווה כלי בידי החוקים בחברה לחיזוק ולהנצחת מעמדם ולא תוביל להעצמתם של פרטים וקבוצות חלשות. לעומת זאת, פיתוח של הממד החברתי הטמון בכל הזכויות כולן יכול להביא לשינוי חברתי של ממש גם אם לא תחוקקנה באופן מפורש הזכויות החברתיות. כך למשל, ניתן לקשר בין הפרט לחברה גם בעזרת זכות הקניין, ולא רק בעזרת הזכות לרווחה ולתנאי מחיה נאותים. אין טענה זו מורידה מהצורך לחוקק את חוקי־יסודי זכויות חברתיות, אך עיקר ההשפעה של המהפכה החוקתית תלוי באופן יישומן של כל הזכויות כולן בתורת המשפט החוקתית המתחדשת היוצאת משערי הרשות השופטת.

נקודת המוצא של מאמר זה היא כי יש חשיבות לכך שהמהפכה החוקתית תהיה נחלת הכלל. יש להבטיח כי כל פרט ופרט ידגיש כי השיח החוקתי נוגע לו ומקדם אותו ברמה האישית. שאיפה זו טרם זכתה להכרה מלאה בשיח החוקתי המתחדש. יש הסוברים כי הסיבה לכך היא שזכויות חברתיות אינן חשובות. אחרים סוברים כי זכויות חברתיות אינן יכולות לזכות בהגנה משפטית דומה לזו הניתנת לזכויות אזרחיות. שתי טענות אלה דינן להידחות. זכויות חברתיות לא קורצו מחומר שונה. זכויות חברתיות בנויות מאותם החומרים ונשענות על אותה תכלית מוסרית אשר בבסיס זכויות אזרחיות ופוליטיות. אי לכך יש להכליל את כל הזכויות, אזרחיות וחברתיות כאחד, בחוקה החדשה. אך אין די בכך. יש לקדם את הממד החברתי הגלום בכל הזכויות כולן שכן בלעדיו גם ריבויין של זכויות עלי ספר לא ייתרגם למהפכה חוקתית השווה לכל. פיתוח הממד החברתי איננו זר לרשות השופטת. בית־המשפט אינו ליברטרייני ואינו ניאורליברלי. הגם אם הורם המרכזי בפסיקה פיתח את הממד האטומיסטי של זכויות היסוד, הרי שהולכת ומתגבשת תפישה אלטרנטיבית בקרב בתי־המשפט. בחינה מדוקדקת של הפסיקה תגלה כי כיום פועלים בה במקביל שני ערוצים. בית־המשפט בוחן אפשרויות, וחלקן יכולות לקדם את הבטחת המהפכה החוקתית והפצתה בקרב כל פרט ופרט בחברה הישראלית. הערוץ המפתח את הממד החברתי של שיח הזכויות עדיין מהוסס, אך איננו עוד שולי. המהפכה החוקתית הוכרזה אך היא מתקדמת בצעדים הדרגתיים. בצומת דרכים זה, יש חשיבות להאיר את שני המסלולים המתפתחים בפסיקה ולהבינם באופן בהיר יותר. אבחון שני הזרמים יכול לעזור לפתח את הדיון בממד החברתי של זכויות בהסתמך על הקיים.

#### מבנה הדיון

מאמר זה מקיף מספר רב של שאלות ובטרם אפנה לדיון עצמו אבקש להבהיר את אופן הצגת הדברים. חלקו הראשון של המאמר יציג בקצרה את גלגולן של הצעות חוק־היסוד לעניין זכויות חברתיות וכלכליות. סקירה קצרה זו תתאר את המעבר מהמעמד השווה, ואף הבכורה, אשר ניתנה לזכויות החברתיות והכלכליות בעת הניסיונות הראשונים להעביר חוקה לישראל לאחר הקמת המדינה, ועד לנחיתותן הזועקת בהצעת חוק־היסוד האחרונה. שינויים אלה מעידים על התפישה הרווחת כיום לפיה זכויות חברתיות וכלכליות אינן שוות או דומות לזכויות אזרחיות ופוליטיות.

הסבר אחד לנחיתותן של זכויות חברתיות מניח כי מבחינה מוסרית אין אלה זכויות שוות ערך לזכויות האזרחיות והפוליטיות. הגרסה המתונה של טיעון זה מכירה בחשיבותן של זכויות חברתיות אך רואה בהן כמשניות לזכויות האזרחיות והפוליטיות.

הגרסה המקשה יותר סוברת כי זכויות חברתיות בהכרח פוגעות בזכויות האזרחיות ולכן רק פוגעות בפרט ובחברה ולא מקדמות אותם. חלקן השני של המאמר יבסס את השיעון כי הזכויות החברתיות והפוליטיות אינן נופלות בחשיבותן המוסרית מהזכויות האזרחיות והפוליטיות, ובוודאי אין להתייחס אליהן כאל מעמסה על זכויות אדם ועל הדמוקרטיה.

בהנחה כי השיעון הפוליטי לגבי מעמדן השווה של זכויות חברתיות וכלכליות מתקבל, יש לבחון מספר טיעונים שכיחים המנסים להצדיק מעמד שונה לזכויות חברתיות בשיח החוקתי. חלקן השלישי של המאמר יבחן שלוש טענות שכאלה. טענה ראשונה גורסת כי זכויות חברתיות הן "זכויות חיוביות" לעומת הזכויות האזרחיות והפוליטיות הנושאות אופי "שלילי" ולכן לא ניתן להתייחס אליהן בכלים החוקתיים המקובלים. טענה שניה גורסת כי זכויות חברתיות לוקות בעמימות איגהרנטית. טענה שלישית מצביעה על כך שאין בית־המשפט יכול להגן על זכויות חברתיות באופן דומה להגנה שהוא מקנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות, ולכן זכויות אלה מחייבות היעדר שפיטות מוסדית. המייחד את טענות אלה הוא שהן מכירות בחשיבותן הנורמטיבית של זכויות חברתיות אך מצביעות על כך כי אין זה ראוי שהוקי־היסוד יעניקו לבית־המשפט את הכלים להגן על זכויות חברתיות, בדומה לכלים המסורים לו להגנה על זכויות אזרחיות ופוליטיות. אך לעמדתי, יש לדחות את כל שלוש הטענות שכן הן יוצרות דיכוטומיה שגויה בין זכויות אזרחיות ופוליטיות ובין זכויות חברתיות וכלכליות.

בשלב זה של השיעון נותרנו עם נקודת המוצא של נחיתותן של זכויות חברתיות אך ללא הסבר משביע רצון לעמדה זו. הטענה לנחיתותן המוסרית ראויה להידחות, כמו גם הטענה בדבר אופיין השולל את האפשרות לעשות בהן שימוש במסגרת ביקורת שיפוטית. חלקן הרביעי של המאמר יחזור לטיעון המוסרי שפותח בחלק השני, כמו גם לפסיקה, וינסה להסביר את הקושי המיוחד לזכויות חברתיות. קושי זה נעוץ בשני ממדים שונים הטמונים בכל זכות וזכות (אזרחית, פוליטית, כלכלית וחברתית). הממד האחד הוא זה אשר יוצר חיץ בין הפרט ובין החברה, בעוד שהממד האחר מנסה ליצור גשר בין הפרט ובין החברה, כמו גם לעצב את אופיה של החברה כולה. הממד הראשון הוא נוח, פשוט יותר ליישום ונראה על פניו ניטרלי. הממד השני קשה ליישום ומטיל ספק ביכולת להגן על זכויות מבלי לנקוט עמדה ערכית לגבי אופיה הרצוי של החברה. לאור הבחנה זו אטען בחלקו הרביעי של המאמר כי החשש האמיתי איננו מפני זכויות חברתיות, אלא מפני הממד החברתי של כל הזכויות כולן. דחיית הטענות המועלות כנגד זכויות חברתיות בחלק השלישי של המאמר תעיד על כך כי הקישור בין הממד החברתי ובין זכויות חברתיות הוא קישור היסטורי באופיו. אי לכך החשש מפיתות הממד החברתי של זכויות תורגם לחשש מזכויות חברתיות. אך עירוב תחומים זה הביא להסתת הדיון מהבעיה העיקרית.

השאלה אשר עלינו לשאול איננה "אם הזכות לחינוך היא שוות ערך מבחינה נורמטיבית לחופש הביטוי" (כן). כמו כן אין טעם להתעכב על השאלה אם "הזכות לחינוך עמומה יותר מחופש הביטוי" (לא). השאלה אשר יש לשאול היא האם יש לפתח את הממד החברתי של חופש הביטוי ושל הזכות לחינוך, או שמא יש להסתפק בממד האטומיסטי של חופש הביטוי ושל הזכות לחינוך?

חלקו החמישי של המאמר יצביע על כך כי הגם שהשיח הדומיננטי בבתי־המשפט הדגיש עד כה את הממד האטומיסטי, ניתן בכל זאת לזהות את תחילת התפתחותה של

גישה אלטרנטיבית המדגישה את הממד החברתי. זהו הגרעין אשר יש לפתח על מנת להקנות לכל הזכויות את מלוא המשמעות הגלומה בהן. מטרתו של החלק החמישי היא להצביע על כך כי פיתוח הממד החברתי של כל הזכויות החוקתיות איננו מתבכר לדרך בה הפסיקה הולכת כיום. הפסיקה עצמה מציגה אלטרנטיבות שונות, ובפסיקה עצמה גיתן למצוא את הגרעין לפיתוח הממד החברתי.

המעבר מהתמקדות ברשימת הזכויות החוקתיות לממדים שונים של אותה הזכות הוא בעל כוח דסקרפטיבי וגורמטיבי כאחד. חלקו השישי של המאמר יעשה שימוש בהבחנה בין פיתוח הממד החברתי והממד האטומיסטי של זכויות, על מנת לנסות ולהסביר מדוע פסיקת בית-המשפט מתקשה להתמודד עם הממד החברתי, וכיצד היא מנסה לעקוף את הדיון החוקתי בו. הדגמה זו תתבסס על שתי זכויות – חירות ההתארגנות והזכות לחינוך. עם זאת אראה גם כי כאשר לא היה לבית-המשפט מוצא, הוא השכיל להתמודד עם הממד החברתי ועם השאלות הערכיות הקשות אשר מתחייבות ממנו.

נכונות בית-המשפט להתמודד עם הממד החברתי מאפשרת גם הצגת כיוון גורמטיבי להמשך דרכה של הפסיקה. בחלקו השביעי והאחרון של המאמר אצביע על כיוונים אפשריים לקידום הממד החברתי, במסגרת הזכויות הקיימות כיום בחוקי-יסוד כמו גם בחוקי-יסוד פוטנציאליים. מטרת הדיון הגורמטיבי אינה לספק פתרון לכל שאלה חוקתית, כי אם להגדיר את מערך השאלות החוקתיות אשר הממד החברתי מחייב לבחון. השיח החברתי הנמצא כיום במצב עוברי בבית-המשפט יכול להגיע לתוצאות דומות בין אם תחילת הדרך הפרשנית היא בזכות לתנאי מחיה הולמים ובין אם היא בזכות הקניין. תמונת הראי של טענה זו היא שאם בבית-המשפט לא יצמיחו את העובר החברתי שבפסיקתם, גם הוספת הזכויות החברתיות לא תועיל. התמקדות יתר בממד האטומיסטי של הזכות לחינוך תביא לאותן תוצאות כמו הדיון בממד האטומיסטי של כבוד האדם או חירותו.

לסיכום, מטרה של מאמר זה היא להצביע על הצורך בהסטת הדיון מרשימת הזכויות המעוגנות, לאופן הטיפול בהן. ההבחנה האמיתית צריכה להיות בין הממד האטומיסטי והממד החברתי של כל זכות וזכות. אין בכך לשלול את החשיבות הערכית, ואף הפרגמטית, אשר תצמח מהעברת חוקי-יסוד: זכויות חברתיות וכלכליות. עם זאת יש לדעת כי אין להתעקש על העברת החוק בכל מחיר. ככל שהחוק מנציח ברמה הסימבולית תפישה הרואה בזכויות חברתיות כנחותות לעומת זכויות אזרחיות ופוליטיות הרי שהשפעתו הערכית יכולה להיות שלילית. כמו כן, ככל שבית-המשפט לא יפתח את ההתייחסות לממד החברתי של כל זכות וזכות, ישמשו הזכויות החברתיות החדשות כמנוף לאטומיזציה של החברה, כנגד התפישה הגורמטיבית המצדיקה את קיומן מלכתחילה.

ולבסוף, הערה בנוגע לטרמינולוגיה. מטעמי נוחיות אתיחס לזכויות החברתיות והכלכליות כאל "זכויות חברתיות". גם מבחינה מהותית אפיינ אותן בהמשך כמקשה אחת.<sup>7</sup> אל הזכויות האזרחיות והפוליטיות אתיחס בהמשך גם כאל "זכויות ליברליות". כפי שאראה בהמשך, אפיון זה גובע מהבכורה המוענקת להן בתאוריה הפוליטית הליברלית.<sup>8</sup>

7. ראו להלן חלק 4 למאמר.

8. ראו להלן חלק 2.א. למאמר.

## 1. זכויות חוקתיות חברתיות-כלכליות בישראל

לזכויות המסווגות בדרך כלל כזכויות חברתיות וכלכליות אין כמעט כל אחיזה בשיח החוקתי החדש בישראל. מגילת זכויות היסוד השיפוטית אשר קדמה לעיגון החוקתי, עלי-חוקי, של זכויות האדם בחוקי-היסוד של תחילת שנות התשעים לא כללה זכויות אלה.<sup>9</sup> אמנם ניתן לאתר בפסיקת בית-המשפט אמירות בכל הנוגע לחשיבות החינוך או הבריאות, וחשיבות הדיור לפרט, אך לא היה באמירות אלה משום העלאת זכויות אלה לדרגת זכויות יסוד שיפוטיות. בדומה, החקיקה שהתפתחה במהלך העשורים הראשונים של מדינת ישראל העניקה הכרה לחשיבותן של זכויות חברתיות, אך גם הכרה זו לא הלחלה אל תוך השיח של זכויות היסוד השיפוטיות.<sup>10</sup> גם מחוץ לכותלי בית-המשפט לא היתה מודעות מפותחת לזכויות "אחרות" בניגוד להכרה ההולכת וגדלה בחשיבותן של זכויות ליברליות.<sup>11</sup>

אין להסיק כי היעדר התייחסות לזכויות החברתיות בשיח החוקתי בעבר ובהווה מעיד על כך מעמדן במשפט הישראלי סטטי. ניסיונות החקיקה של חוקי-היסוד לדורותיהם מלמדים אותנו על הפיחות אשר חל במעמדן של זכויות אלה.<sup>12</sup> גלגוליה של החוקה בישראל ידועים ואין צורך לפרטם כאן. עוד בסדרם נחל הניסיון המקורי להכין חוקה לישראל את הכישלון אשר הוביל ל"החלטת הררי", עמלה ועדת החוקה של מועצת המדינה הזמנית, בראשותו של זרח ורהפטיג, על טיוטה ראשונית. בהצעה לחוקה שהכין ד"ר יהודה פנחס כהן על פי בקשת הנהלת הסוכנות היהודית ואשר שימשה את הוועדה בעבודתה, ניתן ביטוי נרחב לזכויות החברתיות.<sup>13</sup> ההתייחסות לזכויות חברתיות בהצעה זו משקפת היטב את האתוס הציוני-סוציאליסטי שרווח בעת הקמת המדינה. כך למשל סעיף 21 להצעה קבע כי "מערכת הכלכלה בישראל תושתת על יסודות הצדק החברתי. כל אורח יינה מחלקו הראוי בהכנסות הלאום והמדינה תשקוד על ביטחון הסוציאלי של האזרח. על המדינה לעודד את המאמץ הקואופרטיבי לכל צורותיו." סעיף 22 קבע כי "העבודה היא זכותו של האזרח. המדינה תעשה למען

9. חריג חלקי לכך הוא ההכרה בחירות ההתארגנות ובחירות השביתה, אך גם הכרה זו איננה אלא חריג חלקי המעיד על הכלל. חירות ההתארגנות בארגון עובדים נשענת על שני אדנים. הפן "האזרחי" שלה הוא זה הנובע מחופש ההתאגדות כאופן כללי, בעוד שהפן "החברתי" שלה נוגע לצורך לקדם את מעמדם של עובדים במשק קפיטליסטי. דואליות זו של חירות ההתארגנות מייחדת אותה כזכות המופיעה במסמכים בינלאומיים הן בהקשר של זכויות אזרחיות והן בהקשר של זכויות חברתיות, וראה סעיף 22 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כתבי אמנה כרך 31 בע' 269; סעיף 8 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות כתבי אמנה כרך 31 בע' 205.

10. ראו: פ' רדאי "ארבעים שנה לדיני העבודה" משפטים יט (1990) 787; א' גרוס "ההגנה על זכויות האדם לאור חוקי-היסוד: התקדמות או נסיגה?" עיוני משפט כג (טרם פורסם).

11. לקריאת תיגר על מצב זה, ראו: מ' אטלן "זכויות האדם והאזרח בישראל – מקראה" משפטים כב (1992) 251.

12. על ההיסטוריה של הצעות לחוקה בישראל, ראו: ר' גביוון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה" משפטים כח (1997) 21, 73\*95.

13. י"פ כהן חוקה לישראל: הצעה ודברי הסבר (תל-אביב, מועצת המדינה, 1949); ג' בכור חוקה לישראל (אור יהודה, ספרית מעריב, 1996) 39\*37.



הבטחת רמת-חיים הגונה לכל אורחיה ומתן אפשרות שווה והוגנת לכל אורת למצוא את לחמו". כמו כן קובעת החוקה כי "אמצעי הגנה מיוחדים ייקבעו בחוק לתועלת אמהות וילדים עובדים... הבטחת זכותם של עובדים להתאגד באגודות מקצועיות... הדאגה לבריאות העם תעמוד בראש חובותיה של המדינה... המדינה תבטיח ליהודים ולערבים חינוך עממי ותיכוני גאות."

ההצעה אשר הובאה לפני הוועדה שעסקה בהכנת החוקה נתפשת כיום כאנקדוטה חולפת, אך ללא ספק היא מציגה תפישה סוציאליסטית מובהקת. עם קבלת החלטת הררי, דחתה הכנסת את דרישתו של ח"כ מנחם בגין ז"ל לשריין את זכויות האדם בחוקה. בשנת 1958 חוקק חוק-היסוד הראשון - חוק-יסוד: הכנסת, וועדת החוקה, חוק ומשפט הכריזה כי חוק-היסוד הבא יעסיק בזכויות האדם. משלא באה יזמה שכזו מצד הוועדה, הגיש ח"כ פרופ' קלינגהופר הצעת חוק-יסוד פרטית בשם "חוק-יסוד מגילת זכויות היסוד של האדם". ההצעה כללה בתוכה הן זכויות סוציאליות והן זכויות ליברליות (כך על פי הגדרתו של פרופ' קלינגהופר). לדוגמה, ניתן למצוא התייחסות לזכות לעבוד בצד הזכות ליזמה פרטית בחיי הכלכלה. בהצעת חוק-היסוד קיימת גם התייחסות מפורשת לאיסור אפליה בתעסוקה, שכר הוגן, זכות השביתה, הזכות לביטחון הסוציאלי והזכות לחינוך, לרבות הדרישה כי חינוך חובה יינתן בחינם. הצעה זו של ח"כ קלינגהופר נדחתה על ידי הכנסת בשנת 1964. גם הצעה שהוגשה ב-1982 על ידי ח"כ אמנון רובינשטיין לא הגיעה לקריאה שנייה ושלישית, אם כי מעניין שהצעה זו המסתמכת על הצעת החוק של קלינגהופר השמיטה כבר את הזכויות הסוציאליות. במהלך השנים עד העברת חוק-היסוד החדשים הוכנו מספר הצעות נוספות לרבות הצעה נוספת של אמנון רובינשטיין ושל האקדמיה המשפטית באוניברסיטת תל-אביב.

בשנת 1991 הוכנה במשרד המשפטים הצעת חוק: זכויות היסוד של האדם, אשר לא כללה את הזכויות החברתיות. גם בדיוני ועדת חוקה, חוק ומשפט בכנסת היתה התנגדות רחבה להוספת הזכויות החברתיות להצעת החוק. רק לחץ כבד של ההסתדרות ואנשי אקדמיה הביא להכללת סעיף בהצעה המעגן גם את הזכויות החברתיות.<sup>14</sup> ההצעה הרחבה לא התקבלה ופוצלה למספר הצעות נפרדות - חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק אשר נתקבלו בשנת 1992 והצעות חוק-יסוד: זכויות במשפט, חוק-יסוד: חופש הביטוי וההתאגדות וחוק-יסוד: זכויות חברתיות שטרם נתקבלו. בהצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות מ-1994 נקבע בסעיף הכללי (סעיף 3) כי "לכל תושב הזכות לסיפוק צרכיו הבסיסיים לשם קיום בכבוד אנושי, ובכלל זה בתחומי העבודה, השכר ותנאי העבודה, בתחומי ההשכלה, הלימוד והחינוך, בתחומי הבריאות והרווחה החברתית; זכות זו תמומש או תוסדר בידי רשויות השלטון לפי חוק ובהתאם ליכולתה הכלכלית של המדינה כפי שתקבע בידי הממשלה."<sup>15</sup> בנוסף עוסקת הצעת החוק בזכות להתארגן בארגוני עובדים ומעבידים

14. ראו: R. Ben-Israel "From Aspirations to Rights - Work-Related Socio-Economic Rights in Israel: Myth or reality?" (paper presented in May 1998, Tel-Aviv).

15. הצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות, הי"ח תשנ"ד, 337.

ובזכות לשבות. בהצעת החוק "פסקת הגבלה" דומה לזו שבחוקי-היסוד שהתקבלו מספר שנים קודם לכן.

הצעת חוקי-יסוד נוספת הוגשה על ידי מספר חברי כנסת וקבעה כי "לכל תושב הזכות לקיום בכבוד אנושי, ובכלל זה הזכות לעבודה ולתנאי עבודה ושכר הוגנים, להיגוף היגום עד גמר תיכון, להשכלה, לרמה הולמת של ביטחון סוציאלי, בריאות ורווחה חברתית; זכויות אלו ימומשו בכפוף למגבלות של סבירות ושל יכולתה הכלכלית של המדינה, ובלבד שעקב מגבלות אלא לא ייווצרו פערים חברתיים בין שכבות האוכלוסייה אשר אינם הולמים את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית השואפת לחברה צודקת". הצעה זו כוללת בנוסף גם את זכויות העובדים להתאגד (סעיף 4), ולשבות (סעיף 5) כמו גם הוראה לגבי שוויון תעסוקתי (סעיף 6). גם בהצעה זו הוכנסה "פסקת הגבלה" בדומה לזו שבחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>16</sup> לאחר שנים של התנגדות פוליטית קשה להעברת חוקי-יסוד נוספים, הוחלט ב-1997 להכין הצעת חוקי-יסוד חדשים אשר יכללו את הזכויות שטרם עוגנו בחוקי-היסוד. הסעיף האופרטיבי היחיד בהצעת חוקי-יסוד: זכויות חברתיות של משרד המשפטים הוא סעיף 3 הקובע: "מדינת ישראל תשקוד על קידום ופיתוח התנאים להבטחת הקיום בכבוד אנושי של תושביה, ובכלל זה בתחומי העבודה, החינוך, הבריאות, הרווחה החברתית ואיכות הסביבה, והכל כפי שייקבע בחוק או על פיו או בהחלטות הממשלה." עם זאת הצעה זו איננה כוללת "פסקת הגבלה" כבחוקי-היסוד האחרים. בדברי ההסבר נקבע שמאחר שהזכויות מנוסחות בדרך החיוב אין כל טעם בקביעת פסקת הגבלה. "פסקת הגבלה קובעת את אמות המידה לחקיקה הפוגעת בזכויות, אך החקיקה החברתית אינה באה להגביל את הזכויות המוגנות על פי חוקי-היסוד המוצע כי אם להגשימן וליישמן. חקיקה חברתית באה להגשים וליישם זכויות אלה וסעיף 3 בא לחייב את המדינה לשקוד על קידום ופיתוח התנאים להבטחת הקיום בכבוד אנושי של תושביה."<sup>17</sup> כמו כן זכותם של עובדים להתאגד בארגון עובדים ולשבות הוצאה מהקשרה החברתי והועברה לחוקי-היסוד העוסק בחופש הביטוי וההתאגדות.

בניגוד להצעת חוקי-היסוד מ-1994 והצעת חוקי-היסוד הפרטית, הצעת חוקי-היסוד של משרד המשפטים מהווה נסיגה של ממש בהגנה המוצעת לזכויות חברתיות. למעשה היא איננה מדברת על הגנה כלל כי אם על כך שיש "לשקוד" על קידום ופיתוח הזכויות החברתיות. אין הצעה זו קובעת כל סטנדרט אשר בכלל ניתן להתייחס אל סטייה ממנו כאל פגיעה. אי לכך היעדרה של פסקת הגבלה מההצעה היא מובנת. בהיעדר כל יכולת אופרטיבית לטעון לפגיעה בחובה העמומה של הצעת חוקי-יסוד זו אין כל צורך להציב מבחן המצדיק פגיעה. ההצעה הופכת את הזכויות החברתיות לזכויות אשר כמעט נשללת האפשרות להעמידן במבחן שיפוטי. בכך היא דומה לגישה הרווחת במספר מדינות, שם הזכויות החברתיות נתפשות כזכויות חוקתיות אשר אינן

16. הצעה זו הוכנה על ידי מספר חברי כנסת במהלך הכנסת ה-14, כמו גם בכנסת ה-15 (הוגתה לאחרונה על שולחן הכנסת ב-26.1.98).

17. המבוא לתזכיר חוקי-יסוד: זכויות חברתיות, משרד המשפטים, 25 בינואר 1998.

שפיטות.<sup>18</sup> הצעה זו מביאה לבידול של הזכויות החברתיות והעמדתן במישור נורמטיבי שונה משל חוקי היסוד הקיימים והמוצעים.

על אף ההפחתה במעמדן של הזכויות החברתיות במהלך השנים, ההתמקדות בהצעת חוקי היסוד: זכויות חברתיות כמנוף העיקרי למתן הלגיטימציה המלאה לזכויות החברתיות-כלכליות היא מוטעית. הגם אם יש להקיקת חוקי היסוד משמעות פרקטית וערכית של ממש, הרי שהתכלית של זכויות אלה מוצאת את מקומה גם בשיח החוקתי הקיים כיום, אם כי לא תמיד באופן גלוי. כך למשל, הוצע כבר להרחיב את רשימת הזכויות הנהנות ממעמד על-חוקתי גם לזכויות אשר אינן מעוגנות במפורש בחוקי היסוד הקיימים. הנשיא ברק מונה ברשימה זו בעיקר זכויות ליברליות, אך מוסיף לרשימה גם את הזכות לתנאי מחיה מינימליים (אם כי לא "נאותים") כחלק מהזכות לכבוד.<sup>19</sup> ניתן גם לאתר בשיח החוקתי התייחסות לבעיות הרלוונטיות לזכויות חברתיות במסגרת הדיון על תחולת זכויות היסוד במתחם הפרטי.<sup>20</sup> התייחסויות נוספות אפשר לראות במסגרת הדיון בשוויון, אשר גם לגבי גורסים חלק משופטי בית-המשפט העליון כי יש לו אחיזה, ולו אף חלקית, במסגרת חוקי היסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>21</sup> לכל אלה אחזור בהמשך כאשר אנסה לבחון את עמדתו של בית-המשפט העליון ביחס לזכויות החברתיות-כלכליות, אך לפני כן יש לבחון מדוע זכות הזכויות החברתיות לגישה האמביוולנטית, בניגוד לזכויות האזרחיות? מדוע ההתנגדות לזכויות חברתיות וכלכליות נובעת ממהותן של זכויות אלה, בעוד הוויכוח על הוספת זכויות אזרחיות, דוגמת הופש הביטוי, מתמקד בשאלת הקונסנזוס הפוליטי ובעיקר בשאלות של דת ומדינה?

ניתן להניח שני סוגים של טיעונים כנגד זכויות חברתיות. הטיעון הראשון מניח כי זכויות חברתיות אינן שוות בחשיבותן לזכויות אזרחיות ופוליטיות ולכן אינן ראויות להגנה דומה. בגרסתו החוקה יותר טיעון זה גורס כי זכויות חברתיות אינן רצויות כלל. זהו טיעון הנושא אופי נורמטיבי-ערכי, ולכן התמודדות עם טיעון זה מחייבת תגובה במישור החוקי-משפטי. סוג אחר של טיעונים מניח כי זכויות חברתיות אינן שוות מבחינה נורמטיבית לזכויות אזרחיות ופוליטיות אך אופיין איננו מאפשר להתייחס אליהן באופן כמו אל זכויות אזרחיות ופוליטיות. זו הגישה (לפחות המוצהרת) העומדת מאחורי הצעת החוק מ-1997. גישה זו מניחה כי יש לעגן את הזכויות החברתיות בחוקה על מנת לשמש תמרור ערכי, אך אין מקום להעניק לבית-המשפט את אותם הכלים המוקנים לו לביקורת שיפוטית של פגיעות נטענות בזכויות אזרחיות ופוליטיות. התמודדות עם טיעון זה מחייבת תגובה במישור המשפטי.

לעמדתו דינם של שני סוגי הטיעונים המנסים להצדיק התייחסות שונה לזכויות חברתיות צריך להידחות. בחלק הבא אציג את התנגדותי לטיעון הנורמטיבי המסרב להעניק לזכויות חברתיות מעמד מוסרי שווה לזה של הזכויות האזרחיות והפוליטיות.

18. C. Scott & P. Macklem "Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a New South African Constitution" 141 U. Pa. L. Rev. (1992) 1, 85-114.

19. א' ברק פרשנות במשפט ירושלים, נבו הוצאה לאור, 1994, כרך ג' בע' 423-422.

20. ראו להלן חלק ג.5 למאמר.

21. ראו להלן חלק ג.7. למאמר.

רק לאחר הסרת טיעון זה, ניתן יהיה לפנות לטיעון המוסדי אשר מבחין בין תפקיד הביקורת השיפוטית בכלל הגוגע לזכויות חברתיות להבדיל מזכויות אורתיות ופוליטיות. דיון זה ייערך בחלקו השלישי של המאמר.

## 2. זכויות האדם: מהותו של אדם והיחס בין הפרט לקהילה

### א. אוטונומיית הפרט והיכולת לבחור - שתי גישות

מטרתן של זכויות האדם כולן היא לקדם את חירותו של אדם במונח הרחב - לא רק החירות לצעוק דברי הבל ברחובות, כי אם הזכות המהותית לכל אדם לכתוב את ספר חייו. האדם, ולא המדינה, אך גם לא היד הנעלמה. העמדת הפרט במרכז התמונה כמי שיכול להגיע ולהשפיע על התפתחותו האישית מחייבת בראש ובראשונה תפישה כלשהי את מהות האדם, מעמדו המוסרי והיחס בין הפרט אל הפרטים האחרים ואל קבוצות הזהות בהן הוא לוקח חלק. נקודת האחיזה להבנת דמותו של אדם הייבת להיות מחוץ למשפט, שכן אין למשפט את הכלים לעצב תפישה זו. המשפט חייב להישען על דיון מוסרי חיצוני ולבחור בין אפשרויות שונות. משפט איננו יוצר תפישות מוסריות, אלא מאמץ מתוך הרפרטואר הקיים מחוצה לו.<sup>22</sup>

22. פולמוס קצר בשולי הדברים: יש לשים לב כי עמדה זו איננה מתיישבת עם קביעתו של הנשיא ברק כי חוקת איננה מסמך פילוסופי. לדבריו "השאלה איננה מהו 'כבוד האדם' בפילוסופיה הפוליטית של פלוני או בתפישות המוסר של אלמוני, השאלה הנה, כיצד נתפש 'כבוד האדם' בערכיה של מדינת ישראל." א' ברק פרשנות במשפט (ירושלים, נבו הוצאה לאור, 1994, כרך ג) 318, 421. מחד אני מסכים כי אין להניח שבית המשפט יפעל על פי תאוריה פוליטית אחת ויחידה, וכפי שאראה בהמשך הוא גם איננו עושה זאת. מעבר לכך אני גם מסכים כי חוקת איננה מסמך פילוסופי. מאידך, אינני רואה כיצד ניתן לנתק בין מלאכת העשייה החוקתית, לרבות הפרשנות החוקתית, ובין התאוריה הפוליטית. גם דחיית הנחה של כבוד האדם לפי ההנחות המטאפיזיות של קנט היא טענה העונה על הנחות של תאוריה פוליטית מתחרה. בוודאי ששימוש ברעיונות כמו "כבוד האדם רואה באדם מטרה ולא אמצעי להשגת מטרות של אחרים" מהווה עיגון לתפישה קנטיאנית ואין באמירה המפורשת כי כבוד האדם איננו מונח קנטיאני כדי לשלול את הויקה הבלתי ניתנת לניתוק בין תיאור זה של כבוד האדם והעמדה הקנטיאנית המסורתית. [לסמיכות שכזו לשלילת הרעיון הקנטיאני והסתמכות על יסודותיו, ראו א' ברק "החוקה הכלכלית של ישראל" משפט וממשל ד (1998) 357, 367].

הטענה כי יש לאמץ תאוריות שונות בהקשרים שונים יכולה להתיישב כשלעצמה עם הרעיון של פרגמטיזם אשר גם הוא הפך להיות רעיון "פילוסופי". אף ללא הקשר לפרגמטיזם הפילוסופי יש לבחון את השאלה - כיצד יודעים איזו גישה לאמץ באיזה מקרה, בבחינת אימוץ כלל בדרה כמו במשפט הבינלאומי הפרטי. לכן לא ניתן לעסוק במלאכה החוקתית ללא נקיטת עמדה פילוסופית, דה'פקטו. הישענות על מקורות המשפט העברי, בין כמערכת משפטית ובין כמערכת המגלמת תפישות מסוימות של מוסר, אף היא עונה על גישה פילוסופית הרואה במורשת הקהילה משום מקור להגדרת הטוב-החברתי כפי שיודגם בהמשך פרק זה. הפנייה לעקרונות בינלאומיים אף היא יכולה להפנות לתפישה אוניברסלית, קנטיאנית או אחרת.

ככל שהטענה בדבר הניתוק בין המלאכה החוקתית והמלאכה הפילוסופית היא עניין של

בחלק זה אבקש לעמת שתי גישות שונות להבנת זכויות האדם. אין בכוונתי לפתח את הדיון על מנת לספק את ההוכחה הניצחת לעליונותה של גישה אחת על פני אחרת, אלא לשרטט את קווי המתאר של ההבדלים הבסיסיים בין שתי הגישות ואת הסיבה להעדפת הגישה הרואה בזכויות חברתיות זכויות שוות ערך לזכויות אזרחיות. בבסיס עמדתי ההנחה האריסטוטלית כי לכל אדם תכלית (telos). כשם שהזרע שואף להגשים את תכליתו ולצמוח לעץ, כך האדם שואף לצמות ולהגשים את תכליתו. הקישור ההדוק בין תכלית האדם לדמוקרטיה הפוליטית אצל אריסטו איננו יכול להיות מועתק למציאות המודרנית, כאשר הפוליטיקה הפכה כיום לאמצעי הנושא אופי שונה מאוד מהדמוקרטיה האריסטוטלית. עם זאת, הנחות היסוד האריסטוטליות שזורות היטב גם בשיח הפילוסופי והחברתי המודרני.<sup>23</sup> ניתן לשמר מהדיון האריסטוטלי את אפיון התכלית של האדם כקשורה קשר הדוק לחברה בה הוא פועל ומתפקד. צמיחתו של אדם נעשית אך ורק תוך כדי תהליך של השתתפות בשלטון-עצמי, על דרך של פעולה משותפת עם אחרים. אין המדובר בתהליך המתבסס על בחירות מדי מספר שנים, כי אם בתהליך של דיאלוג המתייב כבוד הדדי ותחושת שייכות של הכל. הצורך לאפשר לפרט לפתח את עצמו בתוך ההקשר הקהילתי תוך השפעה על אופיה של הקהילה בה

רטוריקה, בבחינת - "בעת שאני [השופט] עוסק בפרשנות החוקה, אינני הייב למקם את עצמי על המפה של התאוריות הפוליטיות במפורש" הדבר מקובל עלי. אך ככל שמשמעותה של הטענה היא "שאינני [השופט] מחויב בהנחות הפילוסופיות ואני יכול ליצור יצירה עצמאית משל עצמי" הרי שיש בכך משום התנכרות לדיון המורכב והמפרה אשר גם מסביר וגם מדריך את בית-המשפט בשיקוליו. טענה שנייה זו איננה מקובלת עלי. היא מובילה לשיח פוויטיביסטי ולאמירות אשר אין להן פשר, כמו "כבוד האדם כולל את חופש החושים אך לא את הזכות לבריאות, להינרך ולדוור". אמירה זו, הגם אם איננה מעוגנת בתאוריה פוליטית זו או אחרת מקבלת כוח עצמאי והופכת להיות תקדים (בין אם תקדים מחייב ובין אם תקדים בעל כוח מדריך, כאשר אינני בטוח שההבחנה בין השניים ברורה במשפט הישראלי) אשר חוזר ומשתנן בפסיקה מאוחרת ומקבל חיים משל עצמו. השרירותיות הפוויטיביסטית לכאורה אשר הולידה אמירה זו נשכחת במהרה. ולבסוף - הערה על ההערה: עניינים רבים הנדונים במאמר זה זוכים להתייחסות בספרו המקיף של אהרן ברק וכמאמריו. אמנם לא התאפקתי להגיב באופן נקודתי בעניין היחס בין המלאכה החוקתית לפילוסופיה, ואף עשיתי זאת בפתח הדברים. בהמשך המאמר אתאפק ולא אפתח עוד בהתדיינות מסוג זה. בחלק ניכר מהדברים אוכל למצוא עיגון תומך לעמדה המוצגת ב"פרשנות חוקתית". בעניינים אחרים אני רואה את הדברים באופן שונה. בכל מקרה אינני רוצה להציג מאמר זה כ"מאמר תגובה" או ביקורת ולכן אסיים את ההלק הפולמוסי בהערות שוליים זו.

על העמדה המכונה כיום ניאואריסטוטלית, ראו:

23. S. Benhabib "In the Shadow of Aristotle and Hegel: Communicative Ethics and Current Controversies in Practical Philosophy" in *Situating the Self* (New York, Routledge, 1992) 23.

כך למשל על יישומה של הגישה האריסטוטלית בהקשר של ערך העבודה והכלכלה הפוליטית המודרנית, ראו:

J.B. Murphy *The Moral Economy of Labor: Aristotelian Themes in Economic Theory* (New Haven, Yale University Press, 1993).

הוא לוקח חלק, מחייב הכרה בצורך של כל פרט ביכולויות (capacities) בסיסיות.<sup>24</sup> בהסתמך על ניסיונה המעניין של מרת'ה נוסבאום,<sup>25</sup> ניתן לנסות ולהגדיר את יכולויות היסוד של הפרט אותן יש לפתח. אלה כוללות את היכולת של אדם לחיות את חייו במלואם מבלי למות בטרם עת ומבלי שחייו יהפכו לחסרי תוחלת וטעם; היכולת לחיות בבריאות טובה – ומכך נגזרת הדרישה למוון, למהסה, לאפשרות להתקשרות חברתית ומינית והיכולת לנוע ממקום למקום; היכולת להימנע מסבל וליהנות מתויות טובות; היכולת להתקשר באופן חברתי עם אחרים; היכולת לבחון פנימה הישגים ולהגדיר מטרות; היכולת להכיר בצרכים של אחרים; היכולת ליהנות מההנאות הטריביאליות של החיים – לצחוק, לשחק וכיוצא באלה; היכולת לחיות את חייו ומאווייו של הפרט עצמו ולא להגשים את חייהם של אחרים. מעל לכל אלה ניצבת היכולת של הפרט לבחור, היכולת לכתוב את סיפור חייו – הכוללת את היכולת להחליט בסופו של כל פרק על התוכן של הפרק הבא. היכולת להחליט עצמאית מתי לסיים את הפרק הנוכחי ולהתחיל את הפרק הבא. הספר הוא ספר אישי, אך הוא מכוון לקריאה על ידי אחרים, כשם שספריהם של אחרים משפיעים ומקריינים על מלאכת הכתיבה של הפרט האחר. ולכן, תהליך היצירה האישי הוא בהכרח חלק מתהליך היצירה הציבורי.

הייחוד שבעמדה זו הוא בכך שהוא מציב כיוון להתפתחות האדם אשר חי כאן ועכשיו, על כל בעיותיו ומצוקותיו. הכרה בכך שלכל אדם סיפור חיים שונה, מניחה אדם קונקרטי עם שם, עבר, ונסיבות חברתיות אשר מגדירות את מצבו של האדם. לכל אדם רקע ייחודי משלו המעוצב משילוב של רקע חברתי, תרבותי והיסטורי ובחירות אישיות בעבר אשר עיצבו את האפשרויות להמשך. לגבי כל אדם ואדם, בהינתן סיפור חייו האישי, אשר לעולם אינו נכתב בתנאים של יצירה אישית, יש לבחון כיצד ניתן להרחיב ולקדם את יכולויות אותו פרט. ההנחה לגבי קידום היכולת האישית של אדם לעצב את סיפור חייו הנה הנחה נורמטיבית (מגדירה את הרצוי), ולא הנחה דסקרפטיבית (מגדירה את הקיים). ההנחה הנורמטיבית ("יש לקדם את יכולויות הפרט") מעניינת ובעלת ערך רב אך ורק משום שהיא שוללת את קיומה של הנחה דסקרפטיבית דומה ("לפרטים קיימות ממילא היכולויות הנדרשות").

בכסיס עמדה זו עומד הרצון לאפשר לאדם לבחור. אך כשעושים רדוקציה מושגית שכזו מטשטשים את ההבחנה בין עמדה זו, או עמדות דומות לה, ובין עמדות יריבות דוגמת זו המבוטאת בספרו של מילטון פרידמן "החופש לבחור".<sup>26</sup> הבחירה האישית והאדונויות של אדם לגורלו משותפת, באופן זה או אחר, למרב התאוריות הקיימות כיום. ההבדל אם כן נעוץ בהבנת תהליך הבחירה ומשמעות המונח בחירה, ומכך גם

24. ההעדפה לדגש על היכולויות (capacities) על פני משאבים (resources) או הזדמנויות (opportunities) מבוססת על עבודתו של אמרטיה סן כפי שזו התפתחה מאמצע שנות השבעים. לסקירה מקיפה של עמדתו, ראו:

A. Sen *Inequality Reexamined* (New York, Oxford University Press, 1992).

25. M. Nussbaum "Aristotelian Social Democracy" in *Liberalism and The Good* (Edited by B. Douglass, G. Mara & H. Richardson, New York, Routledge, 1990) 203-252.

26. מ' פרידמן ור' פרידמן החופש לבחור: עיקרי הכלכלה החופשית (תל-אביב, דביר, 1988).

נגזר ההבדל המתייחס למקומו של אדם בקהילה בה הוא חי. כשם שהמונח "בחירה" כשלעצמו הוא חסר משמעות שכן הוא עונה על דרישות כל תאוריה פוליטית, כך גם מונחים אחרים אשר הפכו להיות חלק אינטגרלי בשיח החוקתי החדש בישראל - אוטונומיית הרצון, חירות וכבוד, כולם בגדר מונחים חסרי ייחוד אשר אינם מעניקים הכוונה ערכית ברורה.

בניגוד לתפישה הניאו-אריסטוטלית, אוטונומיית הרצון הפרטי כפי שפותחה על ידי עמנואל קנט הניחה רצון מושגי, מטאפיסי. בהינתן הנחה זו, קבע קנט כי: [The] complete equality of men as subjects in a nation is completely consistent with the greatest inequality in the quantity and degree of possessions they have, whether these be physical or mental superiority over others, or fortuitously acquired external goods, or, to speak generally, rights (of which there can be many) with respect to others. And, thus, the welfare of one very much depends on the will of another (that of the poor on that of the rich), one must obey (as the child its elder or the wife her husband) while the other commands, and one must serve (as laborer) while the other pays...

From this idea of the equality of men as subjects in the commonwealth also comes this formula: Every member of the commonwealth must be permitted to attain any degree of status (to which a subject can aspire) to which his talent, his industry, and his luck may bring him.<sup>27</sup>

המידור הברור כל כך בעיני קנט בין היעדר השוויון בכל הנוגע למשאבים העומדים בפני הפרט ובין השוויון במובן של הצו הקטגורי, שהוא החוק המוסרי אשר הכל מחוקקים בעצמם, הוא מידור אשר זכה לאתר מכן בביקורת רבה. ידועה מכל היא הביקורת של קרל מרקס על הישגיה המוסריים של תקופת הנאורות. על פי מרקס הישג המהפכה הפוליטית מתבטא בכך שזו הביאה לשחרור החברה מכבלי השיטה הפיאודלית. המהפכה הפוליטית החזירה את הפרט למרכז. אך עם המהפכה שוחררו גם כל הכבלים החברתיים שמנעו את התפתחותו של האדם האגואיסטי. וכדברי קרל מרקס:

"הבה ונקבע בראש ובראשונה כי מה שקרוי בשם זכויות האדם, באבחנה מזכויות אזרח המדינה, אינן אלא זכויות איש החברה האזרחית, דהיינו זכויות האדם האגואיסטי, התלוש מעל רעהו ומן הקהילייה...".  
החירות אפוא היא הזכות לעשות כל דבר שאינו מזיק לזולת. התחום שבתוכו יכול כל יחיד לפעול מבלי להזיק לאחרים נקבע על ידי החוק בדיוק באותה מידה שגבולם של שני שדות נתחם על ידי יתד. זוהי שאלת חירותו של האדם בתור מונאדה מבודדת ומסוגרת בתוך עצמה.

27. I. Kant "Theory and Practice" in *Perpetual Peace and Other Essays on Politics, History, and Morals* (T. Humphrey editor and translator, Indianapolis, Hackett, 1983) 73-74.

...החירות כאחת מזכויות האדם איננה מתבססת על זיקתו של האדם אל רעהו, כי אם להיפך, על ניתוקו של האדם מרעהו. היא עצמה זכותה של הניתקות זו, היא עצמה זכות היחיד המצומצם ומועמד על עצמו.  
...זכות הקניין אפוא היא זכותו של האדם ליהנות מרכושו בהתאם לרצונו... באורח שרירותי, מבלי להזדקק לאנשים אחרים ולהתחשב בהם, ללא תלות בחברה, ולעשות בו ככל העולה על רוחו: זוהי זכות ההנאה האנוכית. ...חירות זו היא הגורמת לכך שכל אדם יראה בזולתו לא את מימוש-עצמו, אלא סייג לעצמו...

אף לא אחת ממה שקרוי זכויות האדם אינה מתעלה אפוא מעל לאדם האנוכי, מעל לאדם כפי שהוא מצוי בחזקת איש החברה האזרחית, כשהוא מוגבל לתחום האינטרסים הפרטיים שלו ולתחום רצונו השרירותי הפרטי ומנותק על ידי כך מן הכלל. לא זו בלבד שאין האדם מתגלה על ידי זכויות האזרח בתור יצור בן-מינו: חיי האדם בתור יצור בן-מינו, החברה, מתגלית כמסגרת שהיא חיצונית ליחידים, כסייג לאי-תלותם המקורית. הניקה היחידה המקשרת את בני האדם כאן היא הכוח הטבעי, הצורך והעניין הפרטי, שמירת קניינים ואישיותם האנוכית.

...

המהפכה הפוליטית ביטלה אם כן את אופיה הפוליטי של החברה האזרחית.

...

האמנציפציה הפוליטית היא העמדת האדם מצד אחד על היותו איש החברה האזרחית, על היותו יחיד אנוכי בלתי תלוי בזולת, ומצד אחר על היותו אזרח-המדינה, על היותו אישיות מוסרית. רק משעה שיקלוט האדם האינדיבידואלי המציאותי לתוך עצמו את אזרח-המדינה המופשט ויעשה על ידי כך ליצור בן-מינו בחייו האמפיריים, בעבודתו האינדיבידואלית ובתנאי-החיים האינדיבידואליים, רק משעה שיכיר האדם ב"כוחותיו הסגוליים" כבכוחות חברתיים ויארגנם בהתאם לכך ולא יראה עוד את הכוח החברתי מנותק ממנו בדמותו של כוח פוליטי - או, רק אז, תוגשם האמנציפציה האנושית במלואה.<sup>28</sup>

ביקורתו של קרל מרקס מצביעה על מחלוקת לגבי היחס שבין תפיסת האדם המושגית כפי שעולה מתאוריות האמנה החברתית, ובין מצבו של האדם בפועל. מחלוקת זו לגבי מצבו של אדם, הקשר בין המושגי לממשי, דרך ההתייחסות הראויה לזכותו של אדם על נכסיו (רוחניים וגשמיים כאחד), ואופיו של האדם המונח ביסוד הגישות השונות לא נותרה דיכוטומית. התפתחות החשיבה הפוליטית במאה העשרים הביאה לזרמים רבים אשר לעתים נוח להציגם כדיכוטומיים ("ליברלי" מול "קתילתי", כפי שיוסבר בהמשך), אך הלכה למעשה הם כוללים מגוון של תאוריות אשר אינן ממוקמות כולן על רצף חד-ממדי.<sup>29</sup>

28. ק' מארכס "לשאלת היהודים" מבחר כתבים פוליטיים (א' יסעור עורך, תל-אביב, ספרית פועלים, 1983) 96, 115-110.

29. S.A. Gardbaum "Law, Politics and the Claims of Community" 90 Mich. L. Rev. (1992) 685.



ביחס לקטע המובא של עמנואל קנט, הליברליזם המודרני, כפי שמוצג על ידי ג'ון רולס, מציג שתי נקודות מפנה חשובות.<sup>30</sup> האחת היא העמדה הליברלית כי עקרונות הליברליזם אינם מטאפיסיים, כי אם "פוליטיים", והאחרת היא כי לאדם אין זכות קנייה (במובן של *moral entitlement*) על נכסיו הרוחניים והגשמיים שכן הישגיו של אדם אינם אך ורק מעשה ידיו כי אם תוצר של יחסי הגומלין בין הפרט לחברה. אך הפיתוח הליברלי המודרני עדיין משמר את תפישת האדם המושגית שכן עקרונות הצדק מפותחים על ידי פרטים נעדרים זהות, עבר וקשר קהילתי מאחורי מסך הבערות. בכך יש רק מקצת קידום האדם הממשי. יש הסוברים כי הפרוצדורה הרולסיאנית לקביעת כללי הצדק מוטה מלכתחילה בכך שהיא נעשית על ידי האדם המופשט. הבחירה הנעשית על ידי האדם המופשט מאחורי מסך הבערות איננה בחירה אשר באמת יכולה לקדם את הפרטים החלשים בחברה.<sup>31</sup> במילים אחרות, האדם המושג מאחורי מסך הבערות אינו יכול לקדם את יכולת הבחירה והאוטונומיה של האדם הממשי מעברו האחר של המסך.

מעבר לכך, רולס קובע את קדימות אותן זכויות אשר מקדמות את הפרט במנותק ממעמדו בחברה ומיכולתו לממשן על פני אותן זכויות שמטרתן לסייע לאוכלוסיות חלשות יותר. פיתוח התפישה הליברלית הוביל להנחה לפיה הסיוע הנדרש לאותן אוכלוסיות מצטמצם בעיקר לחלוקה מחדש של הכנסות על דרך מיסוי והענקות מהמדינה.<sup>32</sup> כך נוצר מצב לפיו הזכויות הראשוניות מביאות לתוצאה אי-שוויונית אשר מתוקנת באופן דפנסבי על דרך של העברת כספים מיד ליד. כפי שאטען בהמשך הדיון, הדבר תואם את מבנה חוקי-היסוד החדשים ובעיקר את האפשרות להגן על קידומם של אינטרסים חברתיים על דרך "פסקת ההגבלה" בחוקי-יסוד אלה.<sup>33</sup> הגם שהליברליזם המודרני משאיר מרחב תמרון המאפשר הכרה במצבם של פרטים אשר אינם יכולים לבחור את דרכם ועתידם בקהילה הממשית בה הם לוקחים חלק, פיתוחו בפועל מהווה לעתים קרובות עיגון לשמירה על התיחום בין מצבו הסוציו-אקונומי של הפרט, הגתפש כשייך להתרחשויות במתחם הפרטי, ובין מעמדו

30. J. Rawls *A Theory of Justice* (Cambridge U.S.A., Harvard University Press, 1971); J. Rawls *Political Liberalism* (New York, Columbia University Press, 1993).

31. M. Minow *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion and American Law* (Ithaca, Cornell University Press, 1990) 146-156.

32. הדבר נובע מעמדתם של רולס ודוורקין בנוגע לצורך בחלוקה שוויונית של "משאבים בסיסיים" (primary resources). ככל שמשאבים בסיסיים מתייחסים לחירויות היסוד, הרי שאלה קודמים לחלוקה שוויונית של משאבים ממוניים. ככל שאלה מתייחסים למשאבים ממוניים הופכת ההבטחה ל"משאבים בסיסיים" לתכנית רווחה של מיסוי והענקות (transfer and tax). ראו:

R. Dworkin "What is Equality? Part 1: Equality of welfare" 10 *Philosophy and Public Affairs* (1981) 185, chapter 5;

J. Rawls *A Theory of Justice* (Cambridge U.S.A., Harvard University Press, 1971), sections 11, 43;

J. Bohman "Deliberative Democracy and Effective Social Freedom: Capabilities, Resources, and Opportunities" in *Deliberative Democracy* (Edited by J. Bohman & W. Rehg, Cambridge U.S.A., MIT Press, 1997) 321.

33. ראו להלן חלקים 5.7 ד. ו-7.א. למאמר.

של הפרט כאזרח שווה זכויות הנתפש כשייך למתחם הציבורי. השיח הליברלי הוטה לעתים קרובות לאפיקים אשר מנציחים חוסר שוויון חברתי. בדומה, השיח הליברלי המודרני הותיר על כנו את התפישה לפיה האדם הממשי, בהינתן הנגישות לתנאי מינימום מובטחים, הוא אדם בוחזר ואשר מצבו ומעמדו בחברה הם תוצר של בחירה אישית. ניתן להתווכח אם זה הפיתוח המתחייב מהתורה הליברלית, אך דומה שפיתוח זה הפך לדומיננטי בשיח הליברלי החדש.

על השיח הליברלי הדומיננטי ניתן להרכיב שתי גישות נוספות אשר חברו יחד לבסיס האידאולוגיה הניאו-ליברלית<sup>34</sup> - התועלתנות והליברטריניזם. הליברטריניזם, אשר למרות הקרבה הפונטית לליברליזם חולק על מרבית הנחות היסוד שלו, מתבסס על הנחות פשוטות המדגישות את זכות הבעלות וחופש החוזה, תוך התעברות מינימלית של הקהילה ביכולתו של הפרט להסתמך על שני אלה.<sup>35</sup> הליברטריניזם אשר זכה לתהודה חזקה יותר בשיח הפוליטי מאשר בשיח הפילוסופי

34. במהלך מאמר זה אני מבחין בין תאוריות פוליטיות ובין אידאולוגיות. תאוריה פוליטית מקורה בהגות אקדמית הפועלת על בסיס חשיבה (reasoning) המחויבת במתודה הדיסציפלינרית של הפילוסופיה ומדעי המדינה. יש לדמיין את מרחב התאוריות הפוליטיות כמסדרון אשר ממנו מתפצלות תאוריות שונות. בכל חדר בו מיוצגת תאוריה אחת ניתן לנהל שיח הפועל על פי הנחות אותה תאוריה ואשר יכול להביא לתוצאות שונות. כך ניתן לנהל שיח תועלתני אשר לדעת אחר מהמשתתפים בשיח יביא לתוצאה דומה לזו אשר מגיע אחד מהמשתתפים בשיח בהדר הליברטריניזם. אך הצטלבות זו של דעות הגה מקרית. כל חדר מתיר למשתתפיו מרחב גדול לזויכות מחד, אך זה מוגבל בהנחות היסוד מאידך.

השימוש במונח "אידאולוגיה" מתייחס לפנומן חברתי המקשר פרטים ההולכים בתלם אחד. ההנחות התאורטיות המביאות כל אחד לתלם זה משניות. המדובר בקבוצה של פרטים המתבוננים על סדרה רחבה של שאלות באופן אחיד. כך למשל אידאולוגיה ניאו-ליברלית כוללת עמדה חברתית אליה מגיע מגוון רחב של פרטים הבאים, כל אחד עם הנחות היסוד שלו, אך כמכלול הם נוטים להציג עמדה אחידה לגבי יתרונות השוק האחיד, חשיבות הקניין הפרטי, היעדר נכונות להכיר בנחיתות קבוצתית תוך דגש על חשיבות המאמץ האישי של כל פרט ופרט, ותפקיד מינימלי למדינה. אני משתמש במונח ניאו-ליברלי על מנת להבחין מהליברליזם הרוליסיני המהווה תאוריה פוליטית ולא אידאולוגיה. הניאו-ליברליזם נקרא לעתים קונסרביטיביזם. יש לשים לב כי לעתים קרובות ליברליזם כאידאולוגיה מתייחד דווקא לגישה החברתית השמאלנית הדוגלת בהתערבות בשוק החופשי על מנת לקדם שוויון בקהילה, תפקיד רחב למדינה, הכרה בנחיתות קבוצתית ורצון לעזור "לחלש". המיונים והמינוחים כולם שרירותיים ובאים בדרך כלל לייצג מגמות חברתיות ולא דווקא תאוריה מדינית ברורה.

ראו לעניין זה את האפיון של אידאולוגיה אצל:

D. Kennedy *A Critique of Adjudication (fin de siècle)* (Cambridge U.S.A., Harvard University Press, 1997) 39-70.

35. הדובר העיקרי של הליברטריניזם הוא Robert Nozick.

R. Nozick *Anarchy, State, and Utopia* (Oxford, Blackwell, 1974).

בכתיבה המשפטית ניתן למצוא ביטוי נרחב לליברטריניזם בכתיבו של Epstein ולדוגמה -

R. Epstein "In Defence of the Contract at will" 51 *U. Chi. L. Rev.* (1984) 947.

אם כי לעתים רבות הנחותיו מעידות על אוריינטציה תועלתנית דווקא. ראו לדוגמה:

R. Epstein *Simple Rules for a Complex World* (Cambridge U.S.A., Harvard University Press, 1995).

מתנגד לבחינת היכולת של פרטים להשתמש בשתי זכויות מרכזיות אלה על פי קנה מידה חלוקתי זה או אחר, שכן אין אפשרות להכפיף את חירותו של הפרט לקני מידה חברתיים של חלוקה צודקת. על פי הליברטריניזם, המקצת שהתיר הליברליזם לאדם הממשי הזקוק לעזרה על מנת לפתח את יכולותיו להיות אדון לעצמו ולשותף פעיל בחיים הציבוריים, נלקח ממנו בטענה כי כל סיוע שכזה בהכרח יהווה פגיעה אסורה באחר.

התועלתנות אשר מניחה את ההנחות הפוכות לליברטריניזם, והתומכת בחלוקת משאבים יעילה בחברה, דווקא מאפשרת פיתוח יישומים פוליטיים אשר מטרתם לעזור לאדם שיכולותיו דלות.<sup>36</sup> עם זאת, בפועל התפתחה התועלתנות כבסיס חזק לאידאולוגיה פוליטית המשלבת ידיים, לא פעם, עם הליברטריניזם. הבירה זו אינה מפתיעה. בבסיס שתי גישות אלה עומדת תמונת האדם הרציונלי הפועל בכוחות עצמו ובמנותק מהחברה. לליברטריין החברה איננה אלא מטרה אשר יש לצמצמו למינימום שכן כל ישותה היא נטל על הפרט. לתועלתן החברה איננה אלא מצרף פרטיה. אין לחברה השפעה של ממש על יכולתו של הפרט לפתח את יכולותיו, על הבנתו את עצמו, את מניעיו, רצונותיו ואת סדרי העדיפויות שלו.<sup>37</sup>

כנגד האידאולוגיה הפוליטית הנתלית בליברליזם, ליברטריניזם ותועלתנות, לעתים קרובות ללא הבחנה ביניהם, עומדת האידאולוגיה הפוליטית הנתלית בגישות אחרות. הגישה הניאו-אריסטוטלית שהוצגה קודם לכן מאופיינת בהנחה לפיה ניתן לקבוע תכלית בסיסית של האדם המקשרת בין החברה לפרטיה. זוהי תכלית הנגזרת מהבנה מופשטת של האדם הממשי (להבדיל מהליברליזם המספק לנו כלים להבנה הממשית של האדם המופשט). בצדה עומדות גישות נוספות אשר הוסות לעתים תחת המטרייה של הגישות הקהילתיות (communitarianism). גישות אלה תומכות בתפישה של האדם הממשי כמי שחי בקשר חברתי ואשר רצונותיו והעדפותיו אינם אך ורק תוצר של הנעה פנימית, כי אם של התנסותו הממשית בקהילות בהן הוא חי. הגדרת הטוב-החברתי מעצבת את האדם, ואיננה רק סך ההעדפות הפנימיות כפי שגורם התועלתן. הטוב-החברתי קיים ואיננו ניתן לרדוקציה ולשלילה כפי שעושה הליברטריין. הטוב-החברתי הוא תוצר של אינטראקציות ממשיות, התנסויות, והתבוננות ממשית של פרטים בחברה נתונה, ולא של תוצר התרגיל הפילוסופי הנעשה מאחורי מסך הבערות. רק באופן זה ניתן לתת משמעות מלאה למהותו של האדם בחברה ולפתח ממנה את המוסדות הפוליטיים (והמשפטיים) המחייבים את קידום יכולתו של הפרט להיות אדון לעצמו. כאמור, בעוד שתפישת הפרט-המייצג-את-העדיפותיו-וערכיו נתפשת כשיקוף המציאות בתורות המונינות את האידאולוגיה הניאו-ליברלית, הרי שבקרב הגישות הקהילתיות זוהי הנחה המשקפת את המצב הרצוי והמחייבת בחינה של הקשר ההכרחי והבלתי ניתן לניתוק שבין הפרט ובין הקהילה בה

36. היו אף שטענו כי ההיגיון התועלתני מחייב חלוקה מחדש של כל המשאבים בחברה עד להשוואת התועלת השולית של כל אדם מהדולר האחרון לחלוקה, ראו: P. Singer "Famine, Affluence and Morality" 1 *Philosophy and Public Affairs* (1972) 229.

37. R.H. Pildes & E.S. Anderson "Slinging Arrows at Democracy: Social Choice Theory, Value Pluralism, and Democratic Politics" 90 *Colum. L. Rev.* (1990) 2121.

הוא חי. מייקל סנדל היטיב לבטא את היחס שבין הפרט והקהילה (או קהילות) להן הוא שייך בביקורתו על "האדם הליברלי":

Conceived as unencumbered selves [as liberalism suggests], we must respect the dignity of all persons, but beyond this we owe only what we agree to owe. Liberal justice requires that we (as defined by the neutral framework), respect people's rights,... not that we advance their good. Whether we must concern ourselves with other people's good depends on whether , and with whom, and on what terms, we have agreed to do so.

...The liberal attempt to construe all obligations in terms of duties universally owed or obligations voluntarily incurred makes it difficult to account for civic obligations and other moral and political ties that we commonly recognize. It fails to capture those loyalties and responsibilities whose moral force consists partly in the fact that living by them is inseparable from understanding ourselves as the particular persons we are - as members of this family or city or nation or people, as bearers of that history, as citizens of this republic...

Some of the special responsibilities that flow from the particular communities I inhabit I may owe to fellow members, such as obligations of solidarity. Others I may owe to members of those communities with which my own community has some morally relevant history...[O]bligations of membership presuppose that we are capable of moral ties antecedent to choice.<sup>38</sup>

הגישות הקהילתיות אינן דיכוטומיות לחלוטין לליברליזם. הן מורכבות ממספר הנחות יסוד אשר ניתן לשלבן בדרכים שונות תוך יצירת גישות שונות אשר אינן ניתנות לסיווג בקצה אחד או אחר. כך למשל משנתו של יורגן הברמס שזורת בין מרכיבים של הגישה הפרוצדורלית, בדומה לרולס, ובין יסודות המאפיינים את הגישות הקהילתיות היחסיות.<sup>39</sup> בדומה לעמדתו של רולס מתפש הברמס ליצור פרוצדורה שתגדיר את הטוב-החברתי ולא תצטרך להניח אותו מלכתחילה, אך הפרוצדורה היא כזו המתרחשת בעולם הממשי והנהוויית על ידי מכלול הפרטים אשר צריכים לקחת בה חלק. גם כאן, הגם אם אין הגדרה אפריורית של טוב-חברתי, נשמרת ההנחה הקהילתית כי יש להתבונן על החוויה הממשית ולבחון כיצד הכללים המסדירים את החברה מעצבים את תודעתו ויכולותיו של הפרט להשפיע על הסובב אותו כחלק מהתהליך שבו הפרט מעצב את דרכו הוא. הדגש אצל הברמס הוא ביצירת דיאלוג חברתי רציונלי בו לכל הפרטים גישות שווה ואפקטיבית לדיאלוג. דיאלוג אשר איננו עומד בתנאים הנדרשים להיותו חברתי רציונלי נעדר את התוקף המוסרי הנדרש

38. M.J. Sandel *Democracy's Discontent: America in Search of a Public Philosophy* (Cambridge U.S.A., Harvard University Press, 1996) 14-15.

39. J. Habermas *The Theory of Communicative Action* (Boston, Beacon Press, 1984)

(distorted communications). נגישות שווה מחייבת כי לכל אדם תהיה אפשרות ממשית, ולא רק מושגית, לקחת חלק בדיאלוג החברתי, שכן בהיעדר היכולת של קבוצות ופרטים להשפיע על תהליך קומוניקטיבי זה תתקבל תוצאה המנציחה חוסר שוויון ומזינה דיאלוג לקוי גם בעתיד. השיח הפוליטי איננו יכול להתנתק מהמציאות החברתית.<sup>40</sup>

הבזק לא ממצה זה לתוך מגוון התאוריות הפוליטיות הלוקחות חלק בדיון העכשווי נועד להצביע על כך כי העקרונות המעוגנים בחוקה הישראלית - חירות האדם, כבודו, אוטונומיית הרצון והסכמה, אינם מונחים המסבירים את עצמם. אלה מונחים טעונים אשר הבהרתם מחייבת התייחסות חוץ משפטית. במישור הרלוונטי להמשך הדיון ניתן להצביע על שתי אפשרויות עיקריות המעצבות את הדיון. במחיר של הפשטה החוטאת למורכבות הטיעון בתאוריות הפוליטיות העכשוויות, הגישה הראשונה היא הגישה הסוברת כי האדם מייצר מעצמו את צרכיו ואת טעמיו על פי נטיות לבו ורצונותיו. בתהליך זה השפעת החברה איננה מעניינת. ההיפך הוא הנכון. הפרטים המייצרים מעצמם את מערך האינטרסים שלהם הם אלה הקובעים את אופיה של החברה. על פי העיקרון הדמוקרטי הליברלי, החברה היא מצרף האינטרסים החוברים זה לזה בתהליך דמוקרטי. מכך נגזרת השיבותן של הזכויות האזרחיות-הפוליטיות. חופש הביטוי, חופש ההתאגדות, חירות התנועה, זכות הקניין וחופש החוים, הזכות של אדם לשלמות גופו - כל אלה מבטיחים כי כל אדם יוכל להמשיך ולהגדיר את מערך האינטרסים שלו. אלה הן הזכויות אשר רולס מעניק להן כדימויות על פני העיקרון של חלוקה מחדש לטובת אלה הנמצאים במצב הנחות ביותר בחברה. אלה הן הזכויות אשר התועלתנים מחייבים על מנת להבטיח הליכי קבלת החלטות ראויים. אלה הן הזכויות אשר הליברטריאנים מצדיקים משום שהן מאפשרות לכל אדם לבנות חומה מגינה סביב עצמו אשר תחסום את כניסת החברה למתחם של האדם-המייצר-ערכויו. יחד עם עקרונות של דמוקרטיה פרוצדורלית ותיחום בין המתחם הפרטי לציבורי, תוך העצמת הפרטי, השאיפה היא להבטיח לפרט את אותם הכלים הנדרשים לתהליך היצירה הפרטית.

לעומת גישות אלה, הגישות האלטרנטיביות רואות באדם כמי שבהכרח חי בהקשר חברתי. צרכיו, כמו גם הישגיו, אינם תוצר של תהליך פנימי ופרטי.<sup>41</sup> הן מרחב התמרון של הפרט בהגדרת צרכיו, כמו גם הסטנדרט החברתי לקביעת הצרכים המעמידיים אדם במרכז החברה, הם בגדר נתון המעצב את תהליך הבחירה האישי. הבחירה האישית בהכרח גם משפיעה על בחירתם של אחרים ולכן חייבת לשקלל את השפעת הפרט על השותפים לו בקהילה. לפרט אשר מעמדו שולי בחברה, מטעמים סוציו-אקונומיים, או מטעמים אחרים של היותו חלק מקבוצה שולית בחברה, אין את היכולות הנדרשות לכתוב פרקי-חיים בספרו אשר יוכרו, יוערכו ויתוגמלו על ידי אחרים בחברה. כמו כן, אין לאותו פרט את היכולת לכתוב פרקים בספר חייו אשר אינם מתיישבים עם המקובל בחברה מבלי שהדבר יוביל להחרפת מצבו השולי בחברה. הפרט אינו יכול לשנות את המערך החברתי והמוסדי הנמסר לו כנתון. לפרטים רבים, הזכויות הליברליות, כמו גם ההליך הדמוקרטי, והעצמת כוחו של המתחם הפרטי על

40. Jurgen Habermas "Hannah Arendt's Communications Concept of Power" in *Philosophical-Political Profiles* 171 (MIT U.P. 1985).

41. J. Nedelsky "Reconceiving Rights as Relationship" 1 *Rev. Const. Studies* (1993) 1.

פני הציבורי, אינם מתורגמים להרחבת מתחם היכולויות האישיות. אותם פרטים רואים אל מולם חברה עוינת אשר הכלים בהם היא עושה שימוש להבטיח כי חלק מהפרטים יוכלו להחליט עבור עצמם במנותק מהחברה, הם אותם כלים אשר לאחרים מהווים את המחסום לקידום יכולויותיהם האישיות. אותן זכויות אשר מהוות מגן לחלק מהאוכלוסייה מהוות חרב לאחרים.

הגם שהדבר איננו בהכרח מתחייב מהליברליזם הרולסיאני (ובעיקר מפיתוחיו האחרונים), הפוליטיקה הליברלית המתבססת על שלושת האדנים של תועלתנות, ליברליזם וליברטריניזם, הביאה לרדוקציה מוסדית של חירויות ליברליות המגדירות את כללי המשחק המאפשרים לכל פרט, ובעזרת ההליך הדמוקרטי גם לחברה כולה, להשפיע על הגדרת "הטוב" החברתי. הזכויות הליברליות מבטיחות לכולם כי הטוב האישי והחברתי יתגבשו מעצמם ובאופן בלתי תלוי מאופן הגדרת זכויות היסוד. אופיו של החינוך, אופיה של עבודה, אופיו של השוויין יתגבשו כולם כחלק מתהליך הגדרת הטוב החברתי. הדגש הוא על בניית כללים התומכים בפרוצדורה הדמוקרטית ומאפשרים את קיומה. מקורם של כללים אלה כאמור הוא באדם המופשט והעצמאי. יישומם של כללים אלה הוא על אדם ממשי אשר לעולם איננו עצמאי ומנותק מהקהילה.

#### ב. העמדת שתי הגישות במבחן - דוגמאות

במעבר מהמופשט לממשי נמצא כי זכויות היסוד הליברליות אינן עומדות בהבטחה. לדוגמה, בניגוד לתפישה הליברלית הסוברת כי חירות הביטוי היא חירות יסודית אשר בעזרתה יוכלו רבים להבטיח קיומן של זכויות אחרות, מצביעות הגישות האלטרנטיביות על כך שקבוצה הולכת וגדלה בקהילה לומדת כי חופש הביטוי נותר כהבטחה ללא ביטוי. כיצד ניתן להשתמש בחופש הביטוי אם איננו מאמין כי ביטוי ישנה דבר? אם המציאות והניסיון המר מלמדים אותי שגם אם אקרא בקול רם ברחובות - אף אחד לא יקשיב? מדוע אין מי שיקשיב לקולם של עובדי הרכבת בדימונה אם אלה לא ישרפו צמיגים במהלך מספר שבועות? מדוע נשיא המדינה לא יתעניין בסוגיית חישוב הפנסיה של עובדים אם אלה לא ישביתו את נמל התעופה? מדוע קולו של חולה האיידס הרוצה בתרופה שתאריך או תציל את חייו לא נשמע, ומה הוא צריך לעשות על מנת שיישמע? והרי ממילא ימות, ולכן אין לו השפעה אלקטורלית בשיטה הדמוקרטית. יש לציין כי שאלות אלה אינן מניחות כי אין לסגור את תחנת הרכבת, או להשאיר את הפנסיה התקציבית על כנה, או לכלול כל תרופה שהיא בסל התרופות. דוגמהות אלה באות להדגיש כי זכויות האזרח והזכויות הפוליטיות במשטר הדמוקרטי אינן מקיימות את ההנחה כי ניתן לגבש כללי צדק מופשטים אשר תרגומם לחיי הפרט והקהילה בפועל יבטיחו כי (א) במישור האישי: הפרט תמיד עושה שימוש בחירויות אלה על מנת לגבש את זהותו העצמית. חיי המציאות אינם מתנהלים על פי הרעיון המושגי של שוק הרעיונות, (וב) במישור הכלל חברתי: דווקא ההחלטות הנכונות יתקבלו (הטוב החברתי). להבדיל מתפישתו של הברמס, חופש הביטוי במובנו הליברלי הוא החופש להשמיע, אך לא הזכות לכך שאחר יקשיב. אין דרישה לכך שביטוי יהיה אפקטיבי. אין דרישה לנגישות שווה הבוחנת את היכולת להשפיע כיכולת תלוית קשר חברתי ומעמד סוציו-אקונומי. ההבדל בין שתי הגישות ניתן להדגמה נוספת בהתייחסות החברתית לתופעת

העוני. הגישה הליברלית ואחיותיה תופשות את מצבו של העני כתולדה של בחירה אישית. העובדה שיש פרטים המעדיפים לעבוד קשה וישנם אנשים המעדיפים לא לעבוד כלל היא תולדה של בחירה אוטונומית. מעבר לכך, באמתחתו של כל אדם מגוון הזכויות הליברליות וכולם שווים בפני המדינה. אם המערכת החברתית כיום קשה או אינה מיטיבה עם העניים, הדרך להביא לשינוי היא על ידי שימוש בחירויות היסוד על מנת להשפיע על מדיניות חברתית שתעזור לעני. על מנת שזה יקרה, על העניים לעזור לעצמם ולהשתמש בקולם ובחופש הביטוי שלהם באופן מסודר על מנת להשיג הישגים בהליך החקיקתי. אם יש בעייתיות בהסדרים קיימים, קבוצות עניים יכולות להאיר אותה במסגרת השיח הפוליטי. גם אם הליברליזם מצביע על אפשרות לחלוקה מחדש של משאבים על מנת לעזור לעני, חלוקה זו מוגבלת בשתי דרכים. ראשית היא איננה יכולה לפגוע בזכויות היסוד עצמן, ולכן היא מוגבלת לאמצעים הכוללים בעיקר סובסידיות והענקות מדינה. אין בגישה זו משום ניסיון לשנות את מערך הזכויות הבסיסי והמבנה החברתי-כלכלי אשר יצר את העוני, ובעיקר לאור ההנחה שהעוני הוא גם תוצר של בחירות אישיות כושלות. שנית, הליברליזם ניוון מהתועלתנות ומהליברטריניזם ומצביע כי גם הענקות מהמדינה על דרך של קצבאות וסובסידיות משבשות את הבחירה האישית האוטונומית ויוצרות תמריצים שליליים לעני, ועל ידי כך מנציחים את מצבו החברתי.<sup>42</sup> מרבית העניים בחברה נתפשים כ"עניים לא-ראויים" אשר מצבם הוא תולדה של בחירה אישית בתנאים חברתיים מפנקים.<sup>43</sup>

הגישה החלופית לא מקבלת את שתי ההנחות – הן במישור גיבוש הטוב-החברתי והן בהגדרת הטוב-האישי. במישור האישי – בניגוד לגישה הליברלית המניחה כי הפעלת הרצון על ידי הפרט נעשית על ידי האדם-המייצר-ערכו, הגישות האלטרנטיביות סוברות כי יש להניח שבחירתו של הפרט היא תוצר של מגבלות חברתיות המגדירות ומצמצמות את מתחם בחירתו.<sup>44</sup> השאלה הרלוונטית איננה – "בואו נראה מה בחר כל פרט ונלמד מכך על העדפותיו", אלא "בואו ונראה כיצד ניתן להרחיב את מרחב האופציות ואפשרויות הבחירה לפרט". בעניין זה צודקים התועלתנים המאירים את התמריץ השלילי המעוגן בחלק מהענקות לעניים מטעם המדינה. עם זאת המסקנה המתבקשת איננה להתיר לעני להמשיך בבחירתו

42. C. Murray Losing Ground (New York, Basic Books, 1984).

43. J.F. Handler *The Poverty of Welfare Reform* (New Haven, Yale University, Press, 1995).

44. הקשר בין עוני ובין תנאים סביבתיים הביא למחקר האנתרופולוגי המדבר על "תרבות העוני".  
O. Lewis "The Culture of Poverty" 215 (4) *Scientific American* (1966) 19-25  
reprinted in Peter Robson (Ed.) *Welfare Law* 11 (1992).

עם זאת מעניין לציין כי בארצות הברית נעשה שימוש פוליטי ציני בתיעוד של "תרבות העוני" שכן בהתאם לתפישה לפיה אדם ארון לבחירתו נטען שאין לצפות מהעניים שינסו לצאת מתרבות העוני ולכן גם אין כל טעם לסייע להם בכך. כחלק מתהליך הלגיטימציה החברתית לעמדה מתנצרת זו מקימו של עוני והשלכותיה על הפרט נסו הקונסרבטיבים להבלוט את אותם חלקים של המחקר האנתרופולוגי המציגים את "תנו" של העוני, כמו הקשר בקרב קהילת העניים והתארגנויות לא פורמליות בשכונות העוני.

"הקלוקלת". במקום, יש לבחון כיצד החברה מאורגנת ומדוע היא מייצרת את העוני המתמשך.<sup>45</sup> האפשרות להמשיך לעבוד ללא ביטחון תעסוקתי בעבודות משמיות תמורת הכנסה אשר איננה יכולה להחזיק משפחה ברמה כלכלית מינימלית, איננה יוצרת תמריץ של ממש לחזרה למעגל העבודה. גם אם ישנם עניים אשר מצבם הוא תולדה של בחירה אמיתית בין מספר אופציות, מרבית העניים שבויים במבנה חברתי אשר איננו מותיר להם מרחב תמרון רב.

כך למשל, האם החד-הורית חייבת לתמך בין העלות הגבוהה של מעון יום, מגבלות משתנות על הזכאות להענקות המדינה, גישה עוינת של החברה כלפי האם המשאירה ילדיה בידי אחרים, ומבנה שוק עבודה המתייחס אל האם החד-הורית כאל "הדגם" הנתון ביותר של קבוצת העובדות שממילא אינן מהימנות שכן הן לוקחות ימי חופשה לטפל בילדים חולים ובזמן חופשות בית הספר. בין עבודה גרועה אחת לאחרת, בין אימפרוביזציה אחת לאחרת, וניסיון לשרוד מתודש לתודש, מחויבת אותה אם חד-הורית, ובעיקר אם היא ענייה, להתמודד עם הביקורת הגלויה והסמויה על בחירותיה הקודמות ואף על מוסריותה.<sup>46</sup> לאותה אם חד-הורית האפשרות המוצעת להשתמש בזכויותיה הפוליטיות על מנת להניע שינוי במישור החברתי ובמנגנון הדמוקרטי נראית לא מציאותית. למי שלא חוותה תחושת העצמה (empowerment) אישית וחברתית במשך שנים, ואולי אף מעולם, אין כל תקווה כי מגילת זכויות האדם האזרחיות והפוליטיות היא המפתח לשינוי מצבה האישי. היא צודקת. הדמוקרטיה הליברלית רואה בכל שווים נושאי זכויות, אך לאותה אם חד-הורית השוויון המושגי איננו מתורגם למציאות הפוליטית הדמוקרטית. יש להביא בחשבון כי המנגנון הדמוקרטי מחייב בחינה של יחסי עצמה בחברה, תוך מתן ביטוי לאלה שקולם "אינו עובר טוב" בשוק הרעיונות.<sup>47</sup>

שתי הדוגמאות מאירות את הקושי היישומי של ההנחה הדסקרפטיבית לפיה כל אדם בוחר באופן חופשי את האופן בו יכתב ספר חייו. הצורך בהגברת דיאלוג, להבדיל מהדגשת חופש ביטוי של הפרט, שווה לתוך מבנה זכויות היסוד התבוונות החרגת מהפרט המבודד והמדגישה את האינטראקציה של הפרט עם סביבתו. ההתבוונות הממסדית על העוני כעל תוצר של בחירה אישית שולל מאתנו פיסת מציאות קשה במדינה אשר בה פערי הכנסות הם בין הגבוהים ביותר בקרב המדינות

45. התשובה הניאו-מרקסיסטית הקלאסית לשאלה זו מיוצגת היטב על ידי:

F.F. Piven & R.A. Cloward *Regulating the Poor: The Functions of Public Welfare* (New York, Pantheon Books, 1972); H.J. Gans "The Positive Functions of Poverty" *78 Am. J. Soc.* (1972) 275.

לגישות אחרות המתארות את השפעת המבנה החברתי על התפתחות העוני, ראו:

J.F. Handler & Y. Hasenfeld *The Moral Construction of Poverty: Welfare Reform in America* (Newbury Park, Sage, 1991).

46. L. White "No Exit: Rethinking Welfare Dependency From a Different Ground" *81 Geo. L. J.* (1993) 1961.

47. J. Knight & J. Johnson "What Sort of Political Equality Does Deliberative Democracy Require?" in *Deliberative Democracy* (Edited by J. Bohman & W. Rehg, Cambridge U.S.A., MIT Press, 1997) 279.



הדמוקרטיה;<sup>48</sup> עובדה המקרינה באופן משמעותי על הליך הבחירה האישי של הפרט. במשותף, מבהירות שתי דוגמאות אלה כי ללא מתן ביטוי ממסדי לאותן זכויות חברתיות וכלכליות אשר מאפשרות לאדם להשפיע על גורלו, קולו של אדם לא יישמע. מצוקה לא נשמעת היטב. השכלה, הכנסה, בריאות ומעמד כלכלי-חברתי הם השופר היחיד.

### ג. זכויות חברתיות והשתייכות קהילתית

העצמת הפרט ועיצובה של חברה בה לכל פרט יכולויות היסוד המאפשרות לו לכתוב את ספר חייו, מחייבת הכרה בזכויות היסוד אשר חורגות מהרשימה המקובלת של זכויות ליברליות - הזכויות החברתיות-כלכליות. המרובר בזכות לחינוך, לבריאות, לדיוור, לתנאי מחיה הולמים, לעבודה מספקת (הן במובן של sufficient והן במובן של fulfilling), לביטחון סוציאלי, לסוציאליזציה ולשיתוף בחיי תרבות. זכויות אלה נותנות ביטוי לחירות האדם ומעניקות משמעות ועומק לתפישה של אוטונומיית הפרט. הן מחייבות התבוננות על הפרט במסגרת הקהילה בה הוא חי, ולא על הפרט כישות נפרדת. מכאן גם הקישור ההדוק בין זכויות חברתיות למושג של social citizenship כפי שפותח על ידי מרשל.<sup>49</sup> בעוד שהזכויות הליברליות בפרשנותן הקלאסית מבטיחות השתתפות הפרט בחיים האזרחיים והפוליטיים, שני ממדים אלה של citizenship אינם שלמים ללא השתתפות חברתית המחייבת את ההכרה בזכויות החברתיות. המונח citizenship, אשר תרגומו הישיר הוא "אזרחות" למעשה רחב מהתפישה של אזרחות במובנה המשפטי כסטטוס של אדם במדינה. המדובר בהשתייכות לקהילה. הקהילה יכולה להיות קהילה מדינית, אך גם קהילה חברתית, קהילת עבודה או אף קהילה מקומית כמו עיר או שכונה. הדרישה לקיומם של שלושת ממדי ההשתייכות לקהילה באה להבטיח את השתלבותו המלאה והשוויונית של הפרט בחיי הקהילה, ולא רק את השתייכותו הפורמלית אותה הוא יכול לנצל באופן מושגי לו רק היו לו את הכלים לכך.

הרחבת מושג ההשתייכות לקהילה מחויר אותנו לתפישה האריסטוטלית הרואה ביכולת האינטראקציה של הפרט עם הקהילה משום הגשמת תכלית האדם. היכולת לקחת חלק בחיים הציבוריים באופן אפקטיבי מחויבת כחלק מתהליך מימוש התכלית האישית. התפישה הדמוקרטית חייבת להתפרש על יותר מאשר איסוף מידע על רצונות הפרטים. על פי עמדתו של הברמס החיים הציבוריים מחייבים הסכמה רציונלית בין שווים ולא רק הכרעה רובנית. עמדות אחרות רואות גם בתהליך ההשתתפות בחיים הציבוריים כתהליך המשנה את העדפות הפרט, את הבנתו את עצמו, ובעל ערך חיובי המקנה עצמה אישית על דרך של השתתפות פעילה.<sup>50</sup> בחירתו האישית של הפרט היא תהליך רפלקסיבי המחייב בחינת הפרט ביחס לאלה הסובבים אותו.

48. י' עוזאד ונ' ישראלי "עוני ואישוויון בהתחלקות ההכנסות: השוואה בינלאומית" סקירה שנתית 1995/6 - המוסד לביטוח לאומי 209.

49. T.H. Marshall "Citizenship and Social Class" reprinted in *Citizenship and Social Class* (Pluto Press, London, 1992).

50. על ההבחנה בין הגישות השונות של דמוקרטיה ועל היחס בין תפישת הפרט וערכיו ובין ההשתתפות בחיים הציבוריים, ראו:

מוגבלותן של הזכויות האזרחיות והפוליטיות ליצור את התנאים הנדרשים לפיתוח האדם וליצירת התנאים הנדרשים לתהליך דמוקרטי אשר שואף ליותר מאשר לקביעות רובניות, מהייב כי הזכויות החברתיות והכלכליות תהיינה בעלות מעמד שווה לזכויות הליברליות (אזרחיות ופוליטיות) הקלאסיות. בניגוד לפיצול של קנט בין השוויון בזכויות פוליטיות והיעדר השוויון במשאבים ובמעמד חברתי, העמדה הנתמכת על הכרה באדם הממשי וזיקתו לקהילה שוללת את האפשרות לפצל בין ההשתייכות הפוליטית להשתייכות בחיי הקהילה בפועל. עמדה זו קיבלה ביטוי בהצהרת טהראן (1968) של האו"ם:

Since human rights and fundamental freedoms are indivisible, the full realization of civil and political rights without the enjoyment of economic, social and cultural rights is impossible. The achievement of lasting progress in the implementation of human rights is dependent upon sound and effective national and international policies of economic and social development.<sup>51</sup>

מאוחר יותר, בהצהרת וינה (1993) ניתן לכך ביטוי נוסף המקשר בין הזכויות השונות ועקרון הדמוקרטיה וההשתייכות הקהילתית. בין השאר קובעת הצהרת וינה כי:

Democracy, development and respect for human rights and fundamental freedoms are interdependent and mutually reinforcing. Democracy is based on the freely expressed will of the people to determine their own political, economic, social and cultural systems and their full participation in all aspects of their lives. In the context of the above, the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms at the national and international levels should be universal and conducted without conditions attached. The international community should support the strengthening and promoting of democracy, development and respect for human rights and fundamental freedoms in the entire world.<sup>52</sup>

#### ד. סיכום הדיון המוסרי

הצהרת טהראן איננה תמיד מעידה על יישום הכלל הנוהג במשפט הבינלאומי,<sup>53</sup> ובוודאי שלא במשפט הישראלי. עם זאת היא מבטאת היטב את העמדה האינטגרטיבית

J. Elster *The Foundations of Social Choice Theory* (Cambridge, Cambridge University press, 1986) 103-132; Jurgen Habermas "Three Normative Models of Democracy" I *Constellations* (1994) 1.

"Proclamation of Teheran" in *Final Act of the International Conference on Human Rights* Teheran, 22 April to 13 May 1968, U.N. Doc. A/CONF. 32/41 (1968).

"Vienna Declaration and Programme of Action" in *World Conference on Human Rights*, Vienna 14-25 June 1993, U.N. Doc. A/CONF.157/23 (1993).

.53 ראי: Scott & Macklem, לעיל הערה 18.

הרואה בהשתייכות לקהילה כמחייבת את שלושת הרבדים של זכויות אזרחיות, פוליטיות וחברתיות-כלכליות-תרבותיות, כרבדים המשלימים זה את זה. כאמור בראשיתו של חלק זה, אין ביכולתי במסגרת זו לפרוש את הדיון המוסרי כולו ולהתמודד עם כל טענה המועלית על ידי הצדדים השונים לדיון. שתי הגישות אשר עומתו כאן רואות את אוטונומיית הפרט והיכולת לבחור באור אחר. גישה אחת מניחה את דמותו של האדם כמי שניחן ביכולת בחירה אוטונומית המנותקת מהחברה כולה. מכאן גם נגזרת התפישה של זכויות האדם כזכויות אשר באות לשמר לפרט מתחם בו הוא יכול לייצר את ערכיו באופן אוטונומי ובמנותק מהחברה. גישה זו רואה בזכויות האדם כיוצרות חיץ בין הפרט לחברה. מנגד עומדת הגישה הרואה באדם האוטונומי כמי שיכול לתבור לקהילה בה הוא חי. הפרט איננו יכול לפעול לבדו, ופיתוח אוטונומיית הפרט מחייב יצירת גשר המעצים כל פרט ופרט במסגרת התקשרותו הבלתי גמנעת עם הסובבים אותו. גישה זו רואה בתפקיד זכויות האדם כמקשרות בין הפרט לחברה.

לעמדת הגישה המניחה את הצורך לקשר בין הפרט ובין החברה היא עמדה התופשת באופן מדויק יותר את מהותו של האדם ואת מקומו בחברה. הגחה זו תלויה את המשך מאמר זה. למי שאינו מקבל טענה מקדמית זו, לא נותר אלא מעט לחפש בהמשך. למי שמכיר באפשרות לקבל טענה זו, הרי שהמשך הדיון ינסה להציע הסברים נוספים לנחיתותן של זכויות חברתיות וכלכליות בשיח החוקתי בישראל, כמו גם את הדרכים בהן ניתן לפתח שיח זה בכיוונים אשר יענו על הצורך בפיתוח יכולויות היסוד של כל פרט ופרט בחברה.

### 3. האם יש קושי אינהרנטי בהגנה המשפטית על זכויות חברתיות?

הדיון בצורך לתת לזכויות חברתיות וכלכליות מעמד מוסרי וגורמטיבי שווה לזכויות האזרחיות והפוליטיות התמקד עד כה בנקודת המבט החוץ-משפטית. אם מתקבלת הגישה לפיה אין כל צידוק חוץ-משפטי לנחיתותן הקיימת של זכויות חברתיות וכלכליות, כי או יש לבחון אם המשפט עצמו מחייב נחיתות שכזו. בעוד שהמתקפה המוסרית על זכויות חברתיות וכלכליות באה בדרך כלל מנקודת מבט ליברטרינית או תועלתנית, נדמה כי חלק ניכר מהביקורת המשפטית על היכולת לקדם את הזכויות החברתיות באותו האופן ובאותה מידה בה אנו מקדמים זכויות אזרחיות ופוליטיות באה בעיקר מהליברליזם ואף מקרב תומכי הגישה הקהילתית.<sup>54</sup> ביקורת זו דוחה את הטענה כי אין חשיבות גורמטיבית לזכויות חברתיות, אך סוברת כי אין אפשרות להכיר בהן כזכויות על-חוקיות הנותנות כוח בידי בית-המשפט לפסול חוקים, תקנות והחלטות מנהל, כמו גם לעצב את תוכנן על דרך של פרשנות. ניתן להצביע על שלוש טענות היכולות לתמוך בביקורת זו. הראשונה היא זו המסבירה את נחיתותן של זכויות חברתיות בכך שאלה זכויות חיוביות אשר מימושן קשה לעומת הזכויות הליברליות

54. ראו לדוגמה: C.R. Sunstein *The Partial Constitution* (Cambridge U.S.A., Harvard University Press, 1993) 9-10, 138-140, 147-149, 338-346.

שהן זכויות שליליות. הטענה השנייה מסבירה את מעמדן של זכויות חברתיות בכך שאלה זכויות הלוקות בעמימות יתר. הטענה השלישית מסתמכת על השתיים הראשונות ומוסיפה כי הטיפול השיפוטי בזכויות חברתיות מחייב את בתי המשפט בקביעת מדיניות חברתית הפורצת את הגבולות הראויים של הפרדת רשויות ואשר לבית המשפט אין את הכלים הראויים להתמודד עם המלאכה הנדרשת. המשותף לשלוש הטענות הוא שאף על פי שאין הן פוסלות את התוקף המוסרי והנורמטיבי של זכויות אלה, הן גורסות כי בית המשפט איננו הרשות המתאימה להבטיח את קיומן. טענות אלה מציעות לעתים להעביר את המוקד להגנה על זכויות אלה מבית המשפט לרשות המחוקקת והמבצעת, כמו גם לחברה. התומכים בטענות אלה רואים בזכות החוקתית משום ערך עליון אשר איננו נמדד רק במידת ההגנה אשר הוא מקבל בבית המשפט, אלא גם ביכולת של הערך להנחות את האזרחים והרשויות. הזכות החוקתית מבטאת כלי מדריך ומכוון, ואין להתייחס אליה באופן דוקני ככלי עבודה המסור לידי הרשות השופטת.

לו היו טענות אלה מתקבלות היה בכך כדי להצדיק את הטיפול השונה להן זוכות זכויות חברתיות במשפט הישראלי. מה שנראה, לכאורה, כהתייחסות לזכויות אלה כאל נחותות, הוא למעשה תוצר של מגבלות הנעוצות במבנה המשפט והמערכת המשפטית. אך לעמדתי, אין די בכך, ולא ניתן להתייחס לזכויות אשר מוגבלות אפריורי לתפקיד של "ערך מכוון" כזכויות שוות לזכויות חוקתיות הנותרות בידי בית המשפט כוח רב לבקר את מעשי הרשויות האחרות כמו גם את מעשיהם של פרטים. בחלק זה אנסה לשלול טענות מסוג זה.<sup>55</sup> מאחר שטענות אלה אינן שוללות את מעמדן המוסרי של הזכויות החברתיות, הרי שהן מתמקדות בהנחות דסקרפטיביות לעניין יישומן, אך ההנחות הדסקרפטיביות שגויות או מוקצנות. על דרך של בחינת הפסיקה אנסה להראות כי כל הטענות לגבי מגבלות המלאכה השיפוטית ותפקידה של הרשות השופטת מנסות להציג באופן דיכוטומי גבול ברור בין זכויות אזרחיות ופוליטיות ובין זכויות חברתיות וכלכליות. דיכוטומיות אלה אינן עומדות במבחן הפסיקה הקיימת.

הדיון בכל אחת מהטענות נועד לטשטש את הדיכוטומיות הנטענות, וזאת על מנת לשלול את ההנחה לפיה זכויות חברתיות יוצרות בעיות משפטיות המחייבות התייחסות מיוחדת. בסוף חלק זה אצביע על כך כי גם אם הטענות צריכות להידחות לגופן, הן מצביעות על מאפיינים ייחודיים של זכויות חברתיות אשר יכולים להצביע על הקושי האמיתי הכרוך בקידומן וביישומן. עולה מכך כי הטענות אותן אשלול אינן מופרכות, אך המסקנה המתבקשת מהן שונה בתכלית מהמסקנה לפיה יש להעניק לזכויות חברתיות מעמד שונה מזה של זכויות אזרחיות. במקום, המסקנה היא כי יש לטשטש את ההבחנה בין זכויות חברתיות וזכויות אזרחיות ופוליטיות ולהעביר את כובד המשקל של השיח החוקתי החדש לממד החברתי של כל הזכויות כולן. על כך ארחיב בחלק הרביעי של המאמר.

55. לתיאור מקיף יותר של טענות אלה ואחרות ולתגובה דומה לזו המוצעת כאן, ראו Scott & Macklem, לעיל הערה 18.

## א. זכויות חברתיות כזכויות חיוביות

ההבחנה הקלאסית בין זכויות חיוביות ושליליות גורסת כי הזכות השלילית היא זו אשר מורה לאחרים לסגת ממתחם הפרט, בעוד שהזכות החיובית דורשת מהחברה או מאדם אחר לפעול באופן אקטיבי על מנת לקיים ולקדם את זכותו של הפרט.<sup>56</sup> על פי הבחנה זו יש הרואים בחופש הביטוי, לרוגמה, בגדר זכות שלילית המחייבת את המדינה להימנע מפגיעה בחופש הביטוי של אזרחיה ותושביה, בעוד שהזכות לבריאות דורשת מהמדינה להשקיע ולפתח מערכת בריאות אשר תיתן מענה לצורכי הבריאות של כלל תושביה או לפחות לאלה אשר אינם יכולים לרכוש שירותי בריאות בשוק החופשי. ההבחנה בין הזכות החיובית לזכות השלילית מניחה כי קל יותר להימנע מפגיעה מאשר לפעול באופן אקטיבי על מנת להבטיח כי לא תהיה פגיעה.<sup>57</sup>

הסיווג המסורתי בין זכויות חיוביות ושליליות תואם את החלוקה ההיסטורית בין רשימת הזכויות האזרחיות-פוליטיות (הליברליות) ובין הזכויות החברתיות-כלכליות. עם זאת יש לציין כי תיחום זה לא התקבל בעת חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>58</sup> אך עמדת הכנסת איננה נעוצה אך ורק בנכונות רדיקלית לסטות מהפרידגמה השלילית של זכויות, אלא משקפת גם את הקושי שבהבחנה בין זכות חיובית לשלילית. כשבוחנים את יישומן של הזכויות השונות מגלים כי אין תיחום ברור בין סוגי הזכויות השונות, ולמעשה כל זכות מפנימה פנים חיוביים ושליליים כאחד. וכך, הגם אם לזכויות חברתיות יש מרכיב חיובי חזק, הרי שלפחות ניתן היה לצפות כי הפן השלילי שלהן יתקבל כמובן מאליו. מכל מקום, ככל שלזכויות ליברליות יש פן חיובי היה ניתן לצפות כי פן זה לא יקודם כלל. מעבר לכך, הבדיקה לגבי כל אחת מהזכויות או פניה השונים – אם הוא חיובי או שלילי – אינה קלה ליישום שכן הדבר מחייב הגדרת רף אשר ביחס אליו נבחן את סיווג הזכות.

56. החיבור הקלאסי המסביר את ההבחנה בין הזכות החיובית לשלילית הוא:  
I. Berlin "Two Concepts of Liberty" in *Four Essays on Liberty* (London, Oxford University press, 1969) 118.  
לביקורת על עמדתו של ברלין, ראו:  
C. Taylor "What's Wrong With Negative Liberty?" 2 *Philosophy and the Human Sciences: Philosophical Papers* 211 (1985).  
יש אשר הצביעו כי ההבחנה אשר מציע ברלין בין זכות חיובית ושלילית איננה מביאה למסקנות אשר לעתים מייחסים לה, ובעיקר לטענה כאילו ליברליזם שולל את הזכות החיובית או רואה בה כנחותה לעומת הזכות השלילית. ראו לדוגמה:  
W. Kymlicka *Liberalism, Community, and Culture* (Oxford, Oxford University press, 1989) 93.  
לעמדת גישתו של קימליקה צודקת ואין לייחס לברלין גישה לפיה זכויות חיוביות משניות לשליליות. כמו כן ניתן לפתח את הליברליזם באופנים רבים, כפי שעושה זאת קימליקה בספרו, לעיל. עם זאת, הטיעון החוזר ונשנה בדבר חשיבות ההבחנה, ומגוון הפיתוחים של הליברליזם אשר בכל זאת הניח את בלעדיות הזכות השלילית מצדיק את הדיון המוצע כאן.
57. הפן ההפוך של טענה זו הוא הגורס כי קל יותר לאתר פגיעה אקטיבית בזכויות מאשר פגיעה במחל.
58. בעוד שמרבית הסעיפים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מורים על כך ש"אין לפגוע" בזכויות, סעיף 4 לחוק-יסוד קובע כי "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו" (ההדגשה שלי – ג' מ']. ראו גם ברק, לעיל הערה 19, בע' 361-367.

ראשית, בכל זכות חברתית קיים גם גרעין שלילי. הזכות לתנאי מחיה בסיסיים תומנת בחובה את הזכות של אדם שהמדינה לא תשלול ממנו את כל הכנסתו ותותיר אותו ללא כלום. הזכות לחינוך דורשת כי המדינה לא תעביר חוק האוסר על הורים לשלוח את ילדיהם לבתי ספר, או חוק האוסר על לימודים במוסדות להשכלה גבוהה. הזכות לבריאות תופר אם המדינה תעביר חוק האוסר על אסירים, או חיילים, או כלל התושבים במדינה לקבל טיפול רפואי. דוגמאות אלה נראות רחוקות מהמציאות הישראלית, שכן המדובר בחוקים דרקוניים השוללים לחלוטין את יכולת הבחירה של הפרט. עם זאת, ככל שאנו רואים בחוקים אלה משום פגיעה בזכויות, למעשה אנו מכירים בחשיבותן של הזכויות החברתיות עצמן. פגיעות מסוג זה הן כל כך קשות שנדמה כי גם ללא הכרה חוקתית מפורשת בזכויות החברתיות, בוודאי ימצא בית-המשפט את הדרך לבטלן, ולמשל על דרך קביעה כי יש פגיעה בזכות קניין או הזכות לחירות.<sup>59</sup>

לעומת הפן השלילי אשר ניתן למצוא בכל זכות חברתית, ניתן לאתר גם פן חיובי בכל הזכויות אשר מסווגות באופן קלאסי כזכויות שליליות. ההנחה לפיה זכויות ליברליות אינן מטילות חובות אקטיביות איננה נכונה מבחינה מושגית ואיננה עולה מיישום זכויות אלה בבית-המשפט. חופש הביטוי בגרעינו מפורש כזכות שלילית,<sup>60</sup> אך גם זכות זו הורחבה מעבר לגרעין ההיסטורי שלה. כך לדוגמה בבג"צ 153/83 לוי נ' מפקח המחוז הדרומי של משטרת ישראל<sup>61</sup> חופש הביטוי וחירות ההפגנה פורשו באופן המחייב את המשטרה להשקיע משאבים באבטחת הפגנות, ואין די בטיעון היעדר המשאבים על מנת לשלול מאדם את חירות ההפגנה. בהקשר של זכויות עצירים, הורה בית-המשפט כי "אם אמנם נפגע צלם האדם של העציר, כי אז זכאי הוא לא רק לכך שהמדינה לא תפגע בכבודו כאדם, אלא אף תגן על כבודו".<sup>62</sup> כך גם בתפר שבין ההגנה על כבוד האדם וביטחון ועקרון השוויון נקבע בבג"צ 205/94 נוף נ' מדינת ישראל משרד הביטחון כי "זכותו של אדם לגדל זקן היא חלק מכבוד האדם".<sup>63</sup> בוודאי שהוראה סתמית האוסרת על גידול זקן היתה מהווה פגיעה בזכות שלילית. אך דרישתו של עקיבא נוף כי המדינה חייבת לספק לו מסכת אב"כ המותאמת לבעלי זקן נתקבלה בחיוב, כאשר בית-המשפט העליון אומר כי אין בשיקולים תקציביים משום טיעון המצדיק פגיעה בבעלי זקן.<sup>64</sup> הזכות לשוויון כשלעצמה הוכרה כזכות המחייבת הפניית משאבים מתאימים ליצירתה, ולא ניתן

59. השוו, י' קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" משפטים כה (1995) 129, 139, 146.

60. א' דיין-אורבך "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי" עיוני משפט כ (1996) 377, 423-422.

61. פ"ד לח(2) 393 (להלן: עניין לוי).

62. בש"פ 3045/94 עיסוי נ' מדינת ישראל, דיגים עליון לט 435.

63. פ"ד ג(5) 449.

64. עם זאת יש לשים לב כי בפסק דין זה הבעיה היתה אפליה בין בעלי זקן מטעמי דת ובין בעלי זקן חילוניים. השופט מצא מציין כי המדינה היתה רשאית שלא לממן לאף אחד מסכה מיוחדת, אך משבחרה לממן את המסכות המיוחדות לקבוצה הדתית עליה לנהוג בשוויון כלפי כל מגדלי הזקן. עולה מכך כי אין כאן אמירה כללית הקובעת שעל המדינה לספק מסכות גז מיוחדות לבעלי זקן כחלק מהרצון לשמירה על כבוד האדם. אמירה רחבה יותר בעניין זה ניתן למצוא בבג"צ 168/91

להסתמך על העלות הכרוכה בקידום השוויון כטיעון מונע. וכך, רוב השופטים בבג"צ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון<sup>65</sup> סברו כי העלות של גיוס נשים לקורס טיס איננה יכולה למנוע קבלתן של נשים לקורס טיס.

כאשר בוחנים את הפסיקה העוסקת בשאלת העלות הכרוכה במימושן של זכויות נראה כי ההגדרה של זכות כזכות שלילית אינה מעלה ואינה מורידה. למעשה היא שגויה גם מהבחינה האנליטית. כך למשל, את תביעתו של עקיבא נוף למסכת אב"כ ניתן להציג כתביעה למימוש זכות חיובית המחייבת את המדינה להשקיע בייצור ובחלוקה של מסכות אב"כ ייחודיות לכל בעלי הזקן. עם זאת, ניתן להציג את תביעתו כתביעה לנהוג בשוויון כלפי כל בעלי הזקנים ומשהחליטה המדינה לייצר ולספק מסכות אב"כ לבעלי זקן, אין היא יכולה לשלול מסכה זו מקבוצה מסוימת של בעלי זקן. הטענה הראשונה מציגה את זכותו של העותר כזכות חיובית ("יש לספק..."), בעוד שהטענה השנייה מציגה את זכותו של העותר כזכות שלילית ("אין לשלול..."). גם תביעתם של הפלשתינאים תושבי השטחים לקבלת מסכות אב"כ שילבה בין תביעה למימוש זכות חיובית ובין תביעה למימוש זכות שלילית.<sup>66</sup> ככל שהמסכות היו במחסנים והמדינה נמנעה מלהפיצן לתושבי השטחים הרי שהיתה בכך פגיעה בזכות השלילית של אדם לביטחונו ולשלמות גופו. ככל שנדרש היה לייצר מסכות נוספות, התביעה היתה למימוש זכות חיובית הדורשת הקצאת משאבים ומאמץ להבטחת ביטחונם ושלומו גופם של תושבי השטחים. אם התבדל בין התביעות הוא תלוי קיומן של מסכות במחסן, נראה כי ההבחנה המהותית בין זכות חיובית וזכות שלילית הופכת להיות דלה מאוד ככל שהדבר נוגע לבסיסה המוסרי.

גם ביחס לזכויות חברתיות ההבחנה בין הזכות החיובית לזכות השלילית איננה חד־משמעית. אם מכירים בזכות יסוד של אדם לביטחון סוציאלי, ותוקפים החלטה של המדינה לשלול מאוכלוסייה מבוגרת את קצבת הזקנה, ניתן לראות בכך טענה על פגיעה בזכות שלילית. במקרה זה המדינה יכולה להתגונן כי קצבאות הזקנה תומרו בעזרה חלופית לאוכלוסייה הנזקקת. אך אם נשללה כל עזרה מאוכלוסייה זו, נפגעה זכותם ביחס למצבם הנתון ערב הפגיעה. בהקשר זה הקצבה שהיתה נהוגה במשך שנים היא הרף ממנו אין להפחית, וכל הפחתה נתפשת כפגיעה שלילית בזכות (ולכן הסעד הוא "אין לפגוע"). לעומת זאת, אם נראה בקצבת הזקנה משום מתנת חסד של המדינה כלפי אזרחיה אשר ניתן לשלול אותה כשם שניתן היה לא לספק מלכתחילה, כי אז תביעת האוכלוסייה שנלקחה ממנה הקצבה כמוה כתביעה למימוש זכות חיובית (שאו הסעד הנדרש הוא "יש לספק").<sup>67</sup> ההכרה בקצבת הזקנה כאמצעי למימוש זכות אדם

מורכוס נ' שר הביטחון, פ"ד מה(1) 467, (להלן: עניין מורכוס) שם עלתה לדיון התחלטה שלא לחלק מסכות אב"כ לתושבי השטחים. בעניין זה אומר בית־המשפט העליון כי "חובתה של המעצמה המתוקה אזור בתפיסה לוחמתית, לדאוג לביטחונה ולשלומה של האוכלוסייה האזרחית (במקרה הנדון - היהודים והערבים גם יחד). במסגרת חובה זו מוטלת על מפקדת האזור החובה לצייד את האוכלוסייה המקומית באמצעי הגנה ראויים מפני סכנות הכרוכות בפעולות איבה". שם, בע' 470.

65. פ"ד מט(4) 94 (להלן: עניין מילר).

66. עניין מורכוס, לעיל הערה 64.

ולא כמתנת חסד הופכת תביעה שכזו לתביעה בגין פגיעה בזכות שלילית דווקא, ולא, כמקובל לחשוב, לתביעה למימוש זכות חיובית. ההבחנה בין שתי דרכי ההתבוננות על אותה תביעה בדיוק נובעת מהגדרת אופיו של הרף ממנו נסוגה המדינה וממיקומו.<sup>68</sup> אם נראה ברף כמקבע את הזכות, כי אז סטייה ממנו מהווה פגיעה בזכות שלילית. אך אם נקבע את הרף "בגובה האפס" ואת הרמתו בגדר פריבילגיה שאיננה מחייבת, כי אז תביעת הזכאים היא למימוש זכות חיובית.<sup>69</sup> עולה מאלה כי ההבחנה בין זכות חיובית לשלילית הגנה הבחנה קשה, וכשלעצמה אין בה כדי לעגן את נחיתותן של זכויות חברתיות.

#### ב. טענת העמימות האינהרנטית של זכויות חברתיות

טענת העמימות המיוחסת לזכויות חברתיות קשורה קשר הדוק לסיווג בין זכות חיובית וזכות שלילית. ההנחה היא כי קל לנו לאתר פגיעות בזכות במובן של מעשה הסוטה מהעיקרון של "אל תפגע". צנזורה מהווה פגיעה ברורה בחופש הביטוי. משפט בו לא ניתנת לנאשם הודמנות למסור את גרסתו מהווה הפרה ברורה של זכותו למשפט הוגן. לעומת זאת, הטענה לפיה חופש הביטוי מחייב את המדינה לדאוג לפיתוחו של כל פרט ופרט על מנת שגם יהיה לו דבר מה מעניין לתרום לדיון מעוררת תמיהה. האם יש ללמוד מכך כי המדינה מחויבת להפוך כל אדם לאינטלקטואל? האם הדבר מצדיק גם התייחסות פטרנליסטית? וכמובן – מה לגבי הבעיה התקציבית? האם יש גבול להיקפה של הזכות? אך נדמה כי בעיית העמימות חוקה במיוחד בקרב הזכויות המגוונות בדרך כלל בגדר הזכויות החברתיות. כאשר קובעים כי לכל אדם זכות לבריאות הדבר מחייב הגדרה מקדמית של בריאות. האם בריאות מחייבת תקינות גופנית מוחלטת, או שמא די בממוצע חברתי כלשהו? האם המדובר בבריאות במידה

67. עמדה שכזו יכולה להישען על התפישה לפיה "אין לאדם זכות קנויה ביחס למדיניות כלכלית זו או אחרת." ראו לעיגון עמדה זו ולדיון בה את בג"צ 4806/94 ד.ש.א. איכות הסביבה בע"מ נ' שר האוצר ואח', להלן הערה 212 וטקסט גלויה.

68. השוו:

S. Bandes "The Negative Constitution: A Critique" 88 Mich. L. Rev. (1990) 2271-2273.

D.P. Currie "Positive and Negative Constitutional rights" 53 Univ. Chi. L. Rev. (1986) 864.

69. ניתן לערוך אנלוגיה בין הבחנה זו ובין הבחנה המוכרת היטב בתחום דיני העבודה החוויים. בבג"צ 239/83 מילפלדר נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא(2) 210 קבע בית המשפט העליון כי התנהגות חוזרת ונשנית של המעסיק המתבטאת במתן הטבות כספיות או אחרות יוצרת רווייה בחוזה העבודה אשר סטייה ממנה מחייבת את הסכמת העובד. הסכמת העובד נדרשת מכוח העיקרון כי שינוי חוזה מחייב את הסכמת שני הצדדים לחוזה. אך אם רואים בפריבילגיה הניתנת לעובד כמתנת חסד, ממילא הרעה בתנאים נמדרת תמיד ביחס לחוזה העבודה ביום כריתתו, גם אם זה נחתם לפני עשרות שנים ואין קשר בינו ובין המציאות הנוהגת אצל המעסיק. לעומת זאת, אם רואים התנהגות סדירה המשנה את תנאי העבודה של העובד כמשנה את תוכן החוזה, מוסס הרף אשר ביחס אליו אנו בוחנים את הזכות, ותביעת העובד כלפי המעסיק אשר מעוניין לפתע להוריד את הרף באופן חד-צדדי היא תביעה למניעת פגיעה בזכות קיימת ("אין לפגוע") ולא תביעה להעלאת הרף ("יש לפעול באופן חיובי על מנת לקיים").



הראויה להישרדות, או גם בבריאות הנפש המבטיחה קיום מאושר יותר? הזכות לתנאי מחיה נאותים מעלה בעיות קשות עוד יותר שכן קיומה מצריך הגדרה כלשהי של חיים נאותים. גם כאשר לעתים ממירים זכות זו בזכות לתנאי מחיה בסיסיים, עדיין ניתן ללמוד מהמחלוקת הקשה לגבי אופן מדידת העוני כי הגדרת רמת תנאים זו הנה ערכית ופוליטית מיסודה.<sup>70</sup>

כפי שנטען ביחס לטיעון המסביר את נחיתותן של הזכויות החברתיות בשל כך שהן זכויות חיוביות לכאורה, גם בהקשר של טיעון העמימות אין אחיזה להבחנה בין סוגי הזכויות. הזכויות הליברליות לוקות באותה עמימות בה לוקות הזכויות החברתיות. מכל מקום, גם בזכויות החברתיות ניתן למצוא גרעין ברור וודאי אשר אינו יכול לשלול את תוקפן המוסרי המחייב התייחסות שיפוטית דומה לזו של הזכויות הליברליות.

ההנחה לפיה חופש הביטוי, הזכות להליך הוגן, כבוד האדם, זכות הקניין, זכות הפרטיות ושאר הזכויות המסוגלות בפוליטיקה הליברלית כזכויות יסוד, הן זכויות בעלות גרעין ברור של מידה הנובעת מבחינה ומהגדרה שיפוטית אינטנסיבית במשך שנים רבות. לחופש הביטוי מתחם רחב של התפרשות אשר תיחמו נתון למחלוקת.<sup>71</sup> זכות הקניין רחוקה מלהיות זכות מונוליתית אשר היקפה ברור ואחיד על פני שיטות משפט שונות.<sup>72</sup> הזכות לפרטיות היא זכות מאוחרת לשאר הזכויות הליברליות אשר באה לענות באופן כמעט שיורי על פגיעות אשר נתפשו כצורמות אך שלא ניתן היה לסווגן בגדר הזכויות הקיימות.<sup>73</sup> גם כיום היקפה איננו ודאי והנושאים המשויכים אליה והנעים בין בדיקות רפואיות כפויות לדיוור ישיר של הצעות קוסמות לטיוילים בחו"ל מעידים על אקלקטיות ולא על מבנה ערכי סדור, ואף הבסיס המושגי המסביר את תיחום הזכות איננו אחיד וברור.<sup>74</sup> על אף אופיו של חופש החוזים קיים ויכות בין תפישה המקשרת בין חופש החוזים לתחרות בתנאים של היעדר התערבות חיצונית, ובין תפישה מתחרה הדוגלת בחופש מוסדר ומווסת תוך הגדרת כללי משחק הוגנים.<sup>75</sup> לעומת היעדר האחידות בהיקף הזכויות הליברליות קל יותר לראות בשלילת זכויותיהם של פרטים וקבוצות מיעוט לעסוק במסחר ולחיות מפרי עמלם, להתחנך בבתי ספר של המדינה, ואף לגווע ברעב בעת בצורת מתמשכת כאשר תקציבים רבים מופנים להאדרת ארמונות השליט, משום פגיעות קשות בזכויות האדם. בהנחיות

70. א' דרון "הגדרת העוני ומדידתו: הסוגיה שלא באה על פתרונה" מתוך בזכות האוניברסליות: האתגרים של המדיניות החברתית בישראל (ירושלים, מאגנס, 1995) 81.

71. א' דיין-אורבך, לעיל הערה 60.

72. א' גרוס "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוקי-סוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט כא (1998) 405.

73. L.D. Brandeis & S.D. Warren "The Right To Privacy" 4 Harv. L. Rev. (1890) 193.

74. השווו בין:

R. Gavison "Privacy and the Limits of the Law" 89 Yale L. J. (1980) 421; J.C. Inness Privacy, Intimacy and Isolation (New York, Oxford University Press, 1992).

75. ראו לדוגמה: נ' כהן "ה'שוויון' מול חופש החוזים" המשפט א (1993) 131; כמו כן ראו את הדיון בד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441, להלן הערה 191.

מאסטריכט בנוגע לפגיעה בזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות מ-1997<sup>76</sup> נעשה ניסיון לפתח הנחיות קודמות אשר מבהירות את הגרעין והשוליים של זכויות חברתיות.<sup>77</sup> כך למשל קיים מדרג בין שלוש רמות של כיבוד הזכות החברתית: החובה לכבד את הזכות (respect), החובה להגן על הזכות (protect) והחובה לממש את הזכות (fulfill). בעוד שהחובה לכבד את הזכות מחייבת את המדינה שלא לפגוע במקורות מחיה קיימים ללא שתספק אלטרנטיבה, החובה להגן על הזכות חלה על המדינה ביחס לגורמים פרטיים המנסים לפגוע במקורות מחיה, והחובה לממש את הזכות דורשת מהמדינה לנקוט צעדים אקטיביים לקדם את רמת המחיה של אזרחיה ותושביה. הניסיון לקבוע מדרג לגבי תוכנן של זכויות מוכר גם בישראל. גם כאן מטרת ניסיונות אלה היא להבהיר את תוכנן של זכויות, גם כאשר אין המדובר בזכויות המסווגות בהכרח ברשימה המקובלת של זכויות חברתיות. כך למשל יהודית קרפ ניסתה להבנות את תוכנו של המונח "כבוד האדם" בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על ידי שרטוט מעגלים קוצנטריים מהגרעין של כבוד האדם לשוליים הרחבים שלו.<sup>78</sup> לאחרונה פעל השופט חשין באופן דומה בנסותו לצקת תוכן ליחס המדינה כלפי פרטיה, כאשר הבחין בין שלושה מודלים אשר המצומצם ביניהם הוא זה של "כל ששוא עליו לא תעשה לחברך", מעליו המודל של "ואהבת לרעך כמוך" והרחב ביותר הוא "אהבת האדם והחסד".<sup>79</sup>

העמימות של היקף הזכות גדלה ככל שמתקדמים במדרג ומטילים תובות קשות יותר על המדינה, אך בכל הנוגע לחובה לכבד את הזכות חובת המדינה יחסית ברורה וניתנת לבחינה וליישום. כאם נחיל את המדרג המוצע בהנחיות מאסטריכט האירופאיות על זכויות ליברליות נראה כי גם לגביהן העמימות גוברת ככל שעולים במדרג. החובה לכבד את חופש הביטוי ברורה היא, אך פחות ברורה היא החובה להגן על הזכות, והראיה היא שתחולת חופש הביטוי במתחם הפרטי ומידת ההגנה הראויה לו במתחם זה איננה ברורה במשפט הישראלי.<sup>80</sup> כפי שהוצג בפרק הקודם, החובה לממש את חופש הביטוי קיימת בהקשר של שיטור בהפגנות, אך אין דוקטרינה ברורה התוחמת את חובות המדינה "לממש", להבדיל מ"לא לפגוע".

76. אלה אינן הנחיות בעלות תוקף מחייב אלא תוצר של צוות חשיבה אשר הוקם ביזמת ה-International Commission of Jurists ומרכזים אקדמיים לזכויות אדם: **Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights**, Maastricht, January 22-26, 1997. את המסמך ניתן למצוא ב-  
<http://www.law.uu.nl/english/sim/instr/maastr.asp>

77. **The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**, U.N. ESCOR, Commission on Human Rights, 43d Session, Annex, Agenda Items 8 & 18, at 1, U.N. Doc. E/CN.4/1987/17 (1987).

78. קרפ, לעיל הערה 59.

79. בג"צ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר-אגף המכס והמע"מ (טרם פורסם).

80. ראו את המחלוקת בין הערכאות בדב"ע ג/223-3 פלסטיין פוסט בע"מ - יחיאל, פר"ע כז 436, וכן: א' ברק "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה" משפטים כז (1996) 223.

הקושי הגדול של זכויות חברתיות נובע מנחיתות רבת-שנים. ככל שמידת הבהירות ביחס לחופש הביטוי גדולה יותר מהבהירות הקיימת ביחס לזכות לתנאי מחיה מינימליים, נראה כי הדבר נובע מהיעדר ניתוח משפטי סדור של הזכות לתנאי מחיה נאותים במדינות השונות ובפורומים בינלאומיים. הבעיה היא של טובב ומסובב. ככל שזכויות חברתיות יידחקו מחוץ לכותלי פורומים שיפוטיים בשל נחיתותן ובשל בעיית העמימות, כך תרבה העמימות לגבי משמעותן. הדרך הטובה ביותר להבהרת עמימות היא על דרך של התעמתות שיפוטית עם המשמעות הגלומה בזכויות אלה. אין הדבר בגדר מלאכה שיפוטית לא מוכרת. קשה לדמיין את המשפט הפרטי בישראל ללא מונחים עמומים שזכו להבהרה מקיפה בפסיקה, כגון סבירות, תום-לב ורשלנות, מונחים עמומים שזכו לטיפול מקיף בפסיקה.<sup>81</sup>

ללא ספק, קיים קושי בהבהרת היקפן של הזכויות החברתיות. עם זאת, הקושי נובע משילוב של גורמים הכוללים נחיתות היסטורית של זכויות אלה בד בבד עם המאטריה הייחודית שזכויות אלה מעלות. כפי שיוצג בהמשך, בעוד שהמחוקק (והמכונן) ובתי-המשפט לא נרתעו מלקדם זכויות ליברליות על אף העמימות המיוחסת להן, אין כל סיבה שלא לקדם גם זכויות חברתיות. טיעון העמימות נכון ככל שהוא מוצג כטיעון של מידה ולא כטיעון של איכות. כלומר, מידת העמימות שונה, אך אין ההבדל עולה כדי הבדל איכותי המצדיק את נחיתותן של הזכויות החברתיות.

### ג. הפרדת רשויות ויכולתו המוסדית של בית-המשפט לטפל בזכויות חברתיות

בהמשך לטענות בדבר היותן של זכויות חברתיות זכויות חיוביות או זכויות הלוקות בעמימות יתר נטען כי זכויות אלה מחייבות את בית-המשפט בקביעת מדיניות ציבורית אשר לבית-המשפט אין את הכלים לקבוע, והתורגת מתפקיד בית-המשפט במערכת ראויה של הפרדת רשויות. התמונה הקשה העומדת מאחורי טענה זו היא של העני אשר פונה לבית-המשפט וטוען כי נפגעה זכותו לתנאי מחיה נאותים, והדורש מבית-המשפט, הלכה למעשה, לאתר סעיפים תקציביים ולגבש מדיניות תמיכה בעני. תמונה קשה זו מטרידה ממספר טעמים. ראשית, מימושה של זכות העני מחייבת הפניית משאבים ואין זה ראוי שבית-המשפט יהפוך להיות האחראי על תקציב המדינה. ביקורת שיפוטית על התקציב איננה דומה לעריכת התקציב. שנית, קיימות דרכים שונות לתמוך בעני כאשר אין הדרכים דומות זו לזו. ניתן לספק לעני השלמת הכנסה, אך בכך ייתכן שיוצרים תמריץ שלילי אצל אותו עני לחפש עבודה. ניתן לספק לעני הכשרה מקצועית אך בכך מונעים ממנו סעד מידי לו הוא זקוק עד שימצא עבודה. הבעיה נהיית מורכבת עוד יותר משום שאין כל דרך להמליץ על שיטה זו או אחרת ללא בחינת כל שאר העניינים במצבו של העותר, על אף שהם אינם מיוצגים. להבדיל ממקרה בו מוטלת צנזורה בלתי סבירה על עיתון הגוררת סעד פשוט המורה על הפסקת הצנזורה, לא ניתן לטפל בבעייתו של העני מבלי לטפל במכלול הפרטים הנמצאים במצבו ואף בקהילה כולה. הענקות ייחודיות לעני יוצרות סטיגמה ולעתים אף מקשות עליו להשתלב מחדש בשוק העבודה. לעומת זאת ניתן להורות על הענקות

81. ראו באופן כללי: מ' מאוסנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה - לשאלת תורת המשפט של החקיקה" משפטים יז (1987) 321.

לקבוצה חלשה באוכלוסייה (לדוגמה – אמהות חד הוריות אשר אינן יכולות לעבוד בהיקף מלא או לעבוד כלל), אם כי אפשרות זו מהייבת השקעה כספית גדולה יותר אשר תגיע באופן חלקי גם לפרטים אשר אינם מתחת לקו העוני. בעיה זו מתחדדת עוד יותר כאשר הענקות נושאות אופי אוניברסלי.<sup>82</sup> מעבר לכך, השיקולים בעיצוב מדיניות ביחס לעניים הם שיקולים מורכבים ואין באפשרות בית המשפט ללמוד שיקולים אלה במסגרת טיפול בעתירתו של הפרט.

תמונה מטרידה זו אכן הופכת את בית המשפט לזירה פוליטית בה מעצבים מדיניות חברתית, אך אין היא מתחייבת מהכרה בזכויות חברתיות, אם נפרק תמונה זו למרכיביה נראה כי אין באף לא אחד מהמרכיבים משום בעיה מיוחדת. גם כמכלול, ההנחה לפיה בית המשפט יעצב מדיניות למלחמה בעוני במסגרת עתירתו של עני אחד היא בוודאי מופרכת, ובידי בית המשפט כלים אחרים אשר אינם מהווים פגיעה בתפקיד השיפוטי המסורתי, בהפרדת רשויות וביתרון היחסי של הרשות השופטת. ראשית, החשש מהפיכת בית המשפט העליון לרשות ערעור על תקציב המדינה, תוך מתן סמכויות גורפות לשינוי התקציב ופגיעה בתפקידי הרשות המבצעת והרשות המחוקקת, הוא מוגזם. סעדים בשל פגיעה בזכויות חברתיות יחייבו לעתים הוצאות מתקציב המדינה לתיקון הפגיעה, אך אין בכך משום חידוש. כפי שנטען בראשית פרק זה, גם סעדים על הפרת זכויות אזרחיות ופוליטיות כגון הזכות להפגין או זכותו של בעל זקן להבטחת שלומו, גררו בצדם עלויות רבות. בית המשפט איננו מתקצב תיקון זכויות. בית המשפט רשאי לשקול את השאלה התקציבית אך בחינתו מתמקדת באופן התקצוב והשיקולים העומדים מאחוריו, כפי שהוסבר בעניין מילר ובפסקי הדין בנושא מסכות האב"כ. העובדה כי להחלטה מסוימת אשר נועדה לתקן מצב של פגיעה בזכות יסוד יש השלכה תקציבית איננה יכולה לשלול התערבות שיפוטית. עיקרון זה קיים גם מחוץ לשיח החוקתי. כך למשל בבג"צ 3627/92 ארגון מגדלי הפירות בישראל בע"מ נ' ממשלת ישראל<sup>83</sup> ביטל בית המשפט גיסיון של הממשלה להתנער מחובתה על פי חוק פיצויי נפגעי אסון טבע, ככל שניסיון זה התבסס על הטענה של מצוקה תקציבית. אמנם בית המשפט לא הורה לממשלה לשלם לחקלאים על הגזקים שנגרמו להם כתוצאה מנוקי הטבע, אך בכל זאת הורה לשר החקלאות לשקול את זכאותם של החקלאים באופן ענייני. לעתים נכון היה בית המשפט גם להורות על תיקון פגיעה בזכות יסוד כגון שוויון, על דרך של הטלת נטל תקציבי על גוף פרטי, כפי שנעשה בפסקי הדין העוסקים באפליה בתעסוקה.<sup>84</sup> ככלל, שיקול תקציבי נתפש כשיקול רלוונטי אך הוא איננו יכול להוות מחסום קשיח בפני בחינה מהותית של כיבוד זכויות.

בהמשך לטענה זו יש גם לבחון את השאלה אם יכול בית המשפט לשקול שיקולי מדיניות רחבים במסגרת הדין במקרה הבודד. האם יכול בית המשפט להשוות את אופן הניתוח הסטטיסטי שמציג צד אחד לעומת זה אשר מציג צד אחר? האם יכול בית-

82. א' דרון בזכות האוניברסליות: האתגרים של המדיניות החברתית בישראל (ירושלים, מאגנס, 1995).

83. פ"ד מו(3) 387.

84. בג"צ 104/87 ד"ר נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749; בג"צ 721/94 אלי-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749.

המשפט לקבל "עובדות חברתיות" כפי שהוא מקבל ובוחר "עובדות היסטוריות"<sup>85</sup> מיומנות בית המשפט בקבלת עובדות היסטוריות היא ללא ספק גדולה יותר מאשר בקבלת עובדות חברתיות. עם זאת, אין להפריז בקושי של הערכת עובדות חברתיות. השימוש בעובדות חברתיות שכיח בארצות הברית ונעשה בו שימוש מקיף אף במסגרת הדיון לגבי זכויות ליברליות קלאסיות. השימוש ברגרסיות בהוכחת אפליה אף הוא שכיח בין כותלי בית המשפט האמריקאי. ללא ספק קיימת אפשרות רבה למניפולציה בהצגת העובדות החברתיות לפני בית המשפט, אך בידיו הכלים המסורתיים בהם הוא עושה שימוש להערכת עובדות היסטוריות תוך דגש על בחינת מקורות האינפורמציה ולא דווקא הערכת תוכנו. משקלה של עדות חברות הטבק כי אין כל נזק בעישון איננו דומה למשקלה של עדות דומה המובאת על ידי האגודה למלחמה בסרטן. למאמר אקדמי שעמד במבחן הביקורת האקדמית יש משקל שונה מלסקר של חברת סקרי דעת קהל מסחרית. עם זאת, העובדה כי בית המשפט יכול להתמודד עם עדויות חברתיות איננה מחייבת כי בית המשפט הוא הפורום הראוי ביותר להתמודדות זו. כך למשל יש הטוענים כי בית המשפט אוסף את העדויות על העובדות החברתיות מקבוצות ושרולות של בעלי אינטרסים אשר יש להם עניין מיוחד בהצגת העובדות באור זה או אחר.<sup>86</sup> זאת ועוד, לשרולות חזקות יכולה להיות השפעה גדולה יותר בערכאות מאשר לקבוצות חלשות. חשש זה הוא אמיתי אך אין בו כדי להצביע על שוני ניכר בין המצב בהיכל המשפט ובין המצב בוועדות המוקמות על ידי הרשות המבצעת והרשות המחוקקת. העובדה שהליכי חקיקה ניוונים מהשפעה חזקה של שדולות וקבוצות בעלי אינטרסים ידועה ומתועדת היטב.<sup>87</sup> אין לבית המשפט היסרון מוסדי מיוחד אל מול תופעה זו. אי לכך, גם הבעיה של שקלול עדויות בנוגע לעובדות חברתיות היא שאלה של מידה אשר משתקללת במסגרת בעיית גטל ההוכחה,<sup>88</sup> אך איננה חוסמת את האפשרות לעסוק בזכויות חברתיות.

85. על הסיווג בין שני אלה, ראו: ברק, לעיל הערה 19, בע' 479-480.

86. דבר זה יכול להיעשות על דרך של הגשת טיעונים בכתב כ"ידיד בית המשפט" (amicus curiae), ובישראל שכיח יותר המצב של הצטרפות ארגונים כעותר ציבורי.

87. על מעמדן של קבוצות אינטרסים בתאוריה של דמוקרטיה, ראו:

R.A. Dahl *A Preface to Democratic* (Chicago, the University of Chicago Press, 1956).  
הניתוח הכלכלי אף הוא מצביע על תפקידם הרציונלי של קבוצות אינטרסים ועל אופן השפעתן על תהליך החקיקה:

G.S. Becker "A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence" 98 *Q.J. Econ.* (1983) 371

על ההשלכות של השפעת בעלי האינטרסים על תהליך הפוליטי, ראו:

J.H. Ely *Democracy And Distrust* (Cambridge U.S.A., Harvard University Press, 1980); C.R. Sunstein "Interest Groups in American Public Law" 38 *Stan. L. Rev.* (1985) 29.

על הסיבה מדוע לא כל קבוצת בעלי אינטרסים יכולה להתארגן כך שתהיה בעלת השפעה אפקטיבית על תהליכי החקיקה, ראו: M. Olson *The Rise and Decline of Nations* (New Haven, Yale University Press, 1982).

88. ראו דיון, להלן הערה 186 וסקסט גלווה.

הבעיה השנייה העולה מהתמונה האפוקליפטית המיוחסת לטיפול בזכויות חברתיות היא שבית-המשפט יצטרך, במסגרת קביעת הסעד על פגיעה בזכות, לגבש מדיניות החורגת מהשאלה התקציבית גרידא, ואשר תכלול מפרט ברור לגבי אופן הטיפול בפגיעה. גם בעיה זו דינה להתגמד.<sup>89</sup> בית-המשפט העליון מטפל בסוגיות קשות ומורכבות גם במסגרת זכויות היסוד הליברליות. בעיית הגיור אשר הובאה לפני בית-המשפט אינה מחייבת את בית-המשפט להקים מוסדות גיור חדשים. לגבי בעיית גיוס חרדים לשיבות, הגם אם לא זכתה עד כה לסעד מבית-המשפט העליון, אין לצפות כי בית-המשפט ירכיב תכנית גיוס וויסות משאבי אנוש בצה"ל. גם כאשר בית-המשפט קבע כי יש לתת הגנה למפגינים בעניין לוי שהוזכר קודם לכן, לא קבע בית-המשפט כיצד על המשטרה להיערך על מנת לקיים את חובתה להבטיח את זכות ההפגנה. לעתים הסעד הקונקרטי הוא ברור. במקרים אלה יכול בית-המשפט לתת את הסעד הנדרש, כפי שקרה בבג"צ 721/94 אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ<sup>90</sup> שם הושוו זכויותיו של הדייל ההומוסקסואל לזכויותיהם של עמיתיו ההטרוסקסואלים. במקרים אחרים ייאלץ בית-המשפט לתת הנחיה כי יש לממש זכות מסוימת ללא פירוט כיצד הדבר צריך להיעשות, כפי שאירע בנוגע לזכות להפגין או לחלוקת מסכות האבי"כ. בית-המשפט יכול אפילו להנחות את הרשות המבצעת או המחוקקת לפעול באופן אקטיבי להסדיר עניין מסוים על מנת להבטיח הגנה לזכות.<sup>91</sup> לעתים יכול בית-המשפט לפסול חוק, תקנה או הנחיה תוך מתן הסבר מדוע אלה פוגעים בזכות יסוד פגיעה אסורה, ולהשאיר את המלאכה המתקנת כולה בידי הרשות המוסמכת.<sup>92</sup> וכך, יכול בית-המשפט להבהיר כי מדיניות הרווחה של מדינת ישראל אינה יכולה לסבול מצב בו אדם עני אינו מקבל תמיכה כלל ולהורות לרשויות המתאימות לתקן פגיעה זו בזכות לתנאי מחיה נאותים. אם מצבו של העני הנו תוצר של ביטול זמני של מוסד הבטחת ההכנסה בישראל במסגרת חוק ההסדרים, יכול בית-המשפט לבטל את החלק הרלוונטי בחוק ההסדרים ולהשאיר את מלאכת עריכת התקציב מחדש לרשויות המוסמכות תוך הבהרה כי זכויותיו של העני אינן הפקר. תפקידו של בית-המשפט הוא בהכרח להכריז על פגיעה בזכות, אך אין הכרח שבית-המשפט יקבע בכל מקרה מדיניות חלופית על מנת לקדם את הזכות.

#### ד. סיכום: שלילת הטענות בדבר הקושי המשפטי להגן על זכויות חברתיות

הניסיון להסביר את מעמדן הנחות של זכויות חברתיות לעומת זכויות ליברליות מתבסס על אפיונים מסוימים של זכויות חברתיות כגון היותן חיוביות, עמומות או מצריכות התערבות שיפוטית החורגת מגדר הכלים המסוריים לרשות השופטת ומעקרון הפרדת הרשויות. לזו היו טענות אלה גכונות, הדבר היה מוביל לחוסר שפיטות מוסדית של זכויות חברתיות, אך לא לערעור חשיבותן המוסרית או הנורמטיבית. במסגרת הדיון בחלק זה ניסיתי לבחון כל אחת מטענות אלה בנפרד, ולהצביע על כך כי אין

89. על מגוון הסעדים החוקתיים באופן כללי, ראו: ברק, לעיל הערה 19, 792-701.

90. פ"ד מה(5) 749 (להלן: עניין דנילוביץ).

91. בג"צ 161/94 אטרי נ' מדינת ישראל, דינים עליון לה 702.

92. ראו לדוגמה בג"צ 516/86 שהינו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(1) 143.

טענות אלה משקפות את התפתחות הפסיקה לגבי זכויות כלכל. אין זה נכון לומר כי זכויות חברתיות הן "חיוניות" לעומת זכויות ליברליות הנושאות "אופי שלילי". בכל הזכויות פן שלילי ופן חיובי. אין זה נכון לומר כי זכויות חברתיות הן עמומות ואילו זכויות ליברליות הן בעלות קווי מתאר ברורים. בכל הזכויות היבטים ברורים אשר פגיעה בהם תהיה "זועקת לשמים" בעוד שהיבטים אחרים של הזכות יחייבו התמודדות ערכית קשה יותר לגבי היקפה ועומקה. אין זה נכון לומר כי זכויות חברתיות מחייבות את בית המשפט להתערבות המטשטשת את הגבולות בין רשויות המדינה ולקביעת מדיניות חברתית, בעוד שזכויות ליברליות מחייבות התערבות שיפוטית מצומצמת יותר המתאימה לתפקיד המסורתי של הרשות השופטת. כל הזכויות כולן מחייבות את הרשות השופטת לעמוד על המשמר ולהבטיח מפני פגיעה בזכות, ולעתים התערבות שיפוטית מחייבת פתרונות יצירתיים אשר יבטיחו את תיקון, או את הפסקת הפגיעה, מבלי שבית המשפט יתבוס את כובעו של המהוקק או של שר האוצר.

ההתמודדות המוצעת עם שלוש הטענות נועדה בראש ובראשונה לדחות את האופי הלוגי המציג את מעמדן של זכויות חברתיות כמתחייב באופן אינהרנטי מתוכנן. אך האופן שבו נדחו טענות אלה למעשה חושף כי מבחינה משפטית אין הבדל תהומי בין סוגי הזכויות החוקתיות. נכון, הגרעין "השלילי" של חופש הביטוי מוכר יותר, ולכן גם רחב יותר, מזה של הזכות לחינוך. נכון, הגרעין החיובי והעמום של הזכות לחינוך רחב יותר מזה של חופש הביטוי. אכן, בית המשפט יצטרך להיות יצירתי יותר בבחירת הסעדים החוקתיים על פגיעה בזכות לתנאי מחיה נאותים. אך אלה הם הבדלים של מידה בלבד. מידת ההבדל המיוחס לסוגי הזכויות נובעת גם ממידת הנכונות של בתי המשפט בעבר מלחקור ולחשוף את ההיבטים השונים של הזכויות החברתיות. התיחום בין הזכויות איננו תוצאה של הבחנות לוגיות אלא של התפתחויות היסטוריות.

הרשימה המקובלת של זכויות חברתיות מחד ושל זכויות אזרחיות ופוליטיות מאידך היא רשימה בעלת גוון היסטורי. העובדה כי במסגרת חופש הביטוי וההפגנה מוכן בית המשפט לאכוף על המדינה להקצות משאבים ולהפוך אותה לזכות בעלת היבטים חיוביים איננה הופכת את חירות ההפגנה לזכות המסווגת בגדר הזכויות החברתיות. העובדה שלזכות לחינוך יש גם גרעין שלילי כלכלי זכות ליברלית איננה מעבירה אותה לקטגוריה של הזכויות האזרחיות הקלאסיות. המידור בין הקבוצות כיום הוא תולדה של פרוגרמות פוליטיות שונות. כפי שאראה בהמשך, לזכות הקניין פוטנציאל חברתי משמעותי, אך הפרוגרמה הניאו-ליברלית לקחה עליה בעלות ולכן היא מסווגת בדרך כלל במסגרת הזכויות הליברליות ולא במסגרת הזכויות החברתיות. במרבית המאמרים בנושא של זכויות חברתיות וכלכליות לוקחים כנתון את רשימת הזכויות המופיעה באמנה הבינלאומית לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (CESCR). יש המוסיפים לרשימה זו מגוון של זכויות נוספות אשר לא נכנסו עד כה לרשימת הזכויות המקובלת, לרבות חלק מהזכויות התרבותיות וזכויות דורות עתידיים. הקטגוריה של זכויות חברתיות וכלכליות הפכה להיות קטגוריה שיווית של כל הזכויות הנמצאות מחוץ לערוץ המרכזי של זכויות ליברליות.

ניתן לתת משמעות לרעיון של זכויות כלכליות-חברתיות כזכויות השמות את הדגש על מעמדו הסוציו-אקונומי של הפרט להבדיל ממעמדו כאזרח. גישה זו הולכת בעקבות הביקורת המרקסיסטית אשר גורסת כי לא ניתן לדבר על מימוש הזכויות האזרחיות בהינתן מעמד חברתי וכלכלי נחות. גישה זו תואמת את הפרוגרמה הסוציאל-דמוקרטית אשר שמה דגש על צדק חלוקתי של משאבים בחברה והמתנגדת

להעצמת מתחם הפרט והתחרות החופשית העומדים במרכז הפרוגרמה הפוליטית הניאו-ליברלית. הסבר זה נכון מהבחינה ההיסטורית. הוא נשען על ההליכים בזירה הבינלאומית אשר הביאו להפרדה בין שתי האמנות, האחת לזכויות אורתיות ופוליטיות (ICCPR) והאחרת לזכויות הכלכליות, חברתיות ותרבותיות (CESCR).<sup>93</sup> הוא נשען על התפתחויות חוקתיות בארצות הברית אשר הוינה את התודעה החוקתית של ארצות רבות אחרות, אם כי לא של הקונטיננט.<sup>94</sup> עם זאת, גם אם הסבר זה נכון בממד ההיסטורי הוא איננו מספק במישור האנליטי, ולכן הוא גם גורר את הטיעונים השגויים כנגד זכויות חברתיות. הטיעונים שנמנו קודם לכן כנגד זכויות חברתיות מהווים לא פעם מסווה להתנגדות אידאולוגית וערכית לקידום מדיניות השונה מזו המוכתבת על ידי האידאולוגיה הניאו-ליברלית.

עולה מכך, כי יש לדחות את הטענות הלוגיות לכאורה המנסות לדחוק את הזכויות החברתיות מתוך לכותלי בית המשפט. הטענה הכללית לפיה בחינת מעמדן של זכויות איננה יכולה להתמצות בבדיקת מעמדם בפסיקה נכונה היא, אך אין היא מספקת. לגבי כל הזכויות יש לבחון את מעמדם באופן רחב יותר. ככל שמנסים להחיל מבחנים שונים למעמדם של זכויות שונות, יוצרים הייררכיה של זכויות אשר איננה מתאימה לתפישת המוסרית הנורמטיבית הרואה בכל הזכויות שוות.<sup>95</sup>

ייתכן כי די בתשובותי לטענה המוסרית בדבר נחיתותן של זכויות חברתיות, כפי שהובאה בחלקו הקודם של המאמר, או בתשובותי לטענות המוסדיות-משפטיות בחלק זה, ובכך ניתן לסגור את הדיון כולו. אך נראה לי כי אין זה סוף הדרך. מחד, התשובה החוץ-משפטית לטענה בדבר נחיתותן של זכויות חברתיות מכתובה את הצורך בהכרה בזכויות אשר מקדמות את יכולותיו של כל פרט ופרט בחברה. זכויות מצריכות לקשר בין פרטים ובחברה, ולא די בפיתוח שיח זכויות אשר מרים חיץ בין פרט לפרט. הקושי בקידום מטרה זו איננו נעוץ בנחיתותן של "זכויות ייעודיות" אשר כל מטרתן לקדם את יכולות הפרט בתוך החברה. מנקודת מבט פנים-משפטית אין זכויות מ"סוג אחד" הנבדלות בטיבן מזכויות המסוגלות כ"סוג אחר". מה אם כן הקושי בפיתוח שיח זכויות, תהיינה הזכויות אשר תהיינה, המקדם את התכלית המוצהרת של פיתוח הקשר שבין הפרט לחברה? חלקו הבא של המאמר מציע להסיט את הדיון משאלת סיווג הזכויות הנשענת על דיכוטומיות מדומות המנסות להצדיק רשימה זו אחרת של זכויות מקובלות ורשימה שנייה של זכויות נחותות. במקום, יש לבחון את הדרך בה מיושמות כל הזכויות כולן.

93. על ההיסטוריה של שתי האמנות ראו את הסקירה הביקורתית של ג'בלה המדגיש את המתח האידאולוגי-כלכלי שהביא לפיצול האמנות:

F. Jhabvala "On Human Rights and the Socio-Economic Context" 31 *Neth. Int'l. L. Rev.* (1984) 149.

94. על התפתחות הזכויות בארה"ב בראי ביקורת, ראו:

M.J. Sandel *Democracy's Discontent: America in Search of a Public Philosophy* (Cambridge U.S.A., Harvard University Press, 1996); M. Minow *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion and American Law* (Ithaca, Cornell University Press, 1990).

95. ראו W. Forbath "Caste, Class and Citizenship" *Yale L.J.* (forthcoming, 1999).



#### 4. מזכויות חברתיות לממד החברתי של הזכויות כולן

##### א. אפיון מחדש של זכויות חברתיות-כלכליות

ניתן להציע אפיון שונה של זכויות חברתיות וכלכליות אשר מפנה עורף להקשר ההיסטורי, אשר יכול להאיר ולהסביר את הקושי האמיתי הגלום בטיפול השיפוטי במכלול הזכויות. אפיון זה מבטל למעשה את המידור בין שתי רשימות הזכויות. המאפיין של זכויות חברתיות וכלכליות הוא שהמדובר בזכויות אשר הפעלתן על ידי אחד בהכרח מערבת ומשליכה על אחר. לא כך זכויות היסוד הליברליות ביישומן הליברלי הקלאסי. השימוש על ידי פרט בחופש הביטוי שלו איננו שולל מאחר להשתמש בביטויי שכנגד, היכולת של פרט אחד להתאגד, למשל במפלגה פוליטית, איננו שולל את זכותו של אחר להקים מפלגה בעלת מצע הפוך. יכולתו של הפרט לבחור באמונתו איננה משפיעה על בחירת הדת או האמונה של האחר, יכולתו של אחד לנסוע לנתניה, איננה פוגעת בזכותו של האחר לעבור לדימונה. הליברליזם מניח כי מצפוננו של אחד אינו תלוי ואינו משפיע על זה של אחר.

כניגוד לאינדיבידואליזם העומד מאחורי הגרעין של זכויות היסוד הליברליות, זכויות כלכליות, כשמן הן, מניחות את הגחת היסוד של הכלכלה - הגחת המחסור, ולכן מחייבות סדרי עדיפויות בין כל הפרטים הנהנים מהזכויות. כך ניתן להתייחס לזכות הקניין - מתן זכות קניינית לאחד, ייתכן שתשלול את זכותו הקניינית (או הזכות הקניינית המלאה) של האחר. בתחרות בין מספר פרטים על זכות הקניין, ייתכן שרק חלקם יזכו ובוודאי לא כולם יוכלו לקבל את כל מה שרצו. ולכן, הקצאת זכויות קניין מחייבת התמודדות עם המישור הכלל חברתי ולא רק עם הפרט עצמו. המונח זכויות חברתיות מבטא עמדה דומה אם כי הדגש הוא על פן אחר של אותה הבעיה. מימושן של זכויות חברתיות מחייב פתרונות אשר מבנים (structure) את הקשר החברתי שבין הפרט והחברה בה הוא חי. קשר זה מחייב התבוננות אורגאנית בחברה כמכלול ולא רק בפרט. בעוד שהסעד הניתן לעיתונאי שצונזר הוא היתר פרטום, הסעד הניתן בשל פגיעה בזכות לחינוך יצריך לעתים רבות התאמה שתשפיע ישירות גם על תלמידים אחרים. מימוש חירות ההתארגנות בארגון עובדים של קבוצת עובדים אחת ייתכן שתפגע ביכולת ההתארגנות של קבוצת עובדים אחרת. אלה הן זכויות המחייבות אלמנט מסוים של סולידריות, ומעצם טיבה של סולידריות חברתית, חלק מהפרטים נהנים וחלק "נפגעים". אי אפשר להיטיב עם כולם, והדבר מתקשר היטב להנחת המחסור.

הסיבה להבדל בין הזכויות הליברליות בפרשנותן הקלאסית ובין הזכויות החברתיות נעוצה בתפישה המקדמית לגבי מקומו של האדם בחברה. תפקידן של זכויות בקרב התומכים בגישה הרואה באדם ישות שלמה אשר פועלת ומייצרת את ערכיה בעצמה הוא להבטיח את אותו מתחם של אוטונומיה פרטית מפני פלישת החברה. לעומת זאת מערך הגישות הרואה באדם כישות אשר בהכרח תלויה בסביבתה, ואשר אוטונומיית הרצון של הפרט מחייבת להבטיח כי תלות זו מאפשרת ותומכת בפרט לקדם את עצמו ולא מונעת בעדו, מחייב פיתוח שיה זכויות אשר יוצר את הקשר בין הפרט ובין החברה. ההבחנה הנכונה אם כן היא בין זכויות אינדיבידואליסטיות, או אוטומיסטיות, ובין זכויות חברתיות וכלכליות. הזכות האוטומיסטית היא זו המתבוננת בפרט כישות עצמאית ומנותקת, לעומת הזכות

החברתית הכלכלית המתבוננת בפרט כחלק מהקהילה בה הוא לוקח חלק.<sup>96</sup> על פי אפיון זה עולה כי שתי רשימות הזכויות אשר התפתחו באופן היסטורי מפוצלות באופן שגוי. הזכות לחינוך יכולה להיות זכות אטומיסטית אשר יוצרת חיץ סביב הפרט ומבטיחה שכל פרט יכול להתחיל על כך שהוא רוצה ללמוד.<sup>97</sup> לעומת זאת חופש הביטוי יכול להתפרש כזכות חברתית המבטיחה שאחרים יקשיבו או את זכותו של הפרט לביטוי אפקטיבי. לדקונסטרוקציה של הקטגוריות המקובלות של זכויות קיימת חשיבות קונסטרוקטיבית של ממש. לעמדתה, הקושי המלווה זכויות חברתיות כלכליות הוא שאלה זכויות שהפעלתן מחייבת את הרשות השופטת לנקוט עמדה לגבי היחס המקשר בין הפרט ופרטים אחרים תוך העברת קווי גבול שמלאכת עיצובם קשה לו. בעוד שבניית חיץ בין הפרט והחברה, כפי שמתבקש ביישום המרכיב האטומיסטי בכל הזכויות, הוא מלאכה פשוטה יחסית, עיצוב הקשר שבין הפרט לפרטים אחרים ולקהילה כולה, כפי שמתבקש מיישום המרכיב החברתי-כלכלי בזכויות כולן, הוא מלאכה מורכבת.

#### ב. הזכות לבריאות: זכות אטומיסטית וזכות חברתית

ניתן להדגים את הקושי העולה מהדיון בזכויות חברתיות בבחינה מושגית של הזכות לבריאות.

הזכות לבריאות במובן שכל אדם זכאי לקבל טיפול רפואי, יכולה להתפרש כזכות המונעת מהמדינה לשלול גישה של אזרחים מסוימים לשירותי בריאות. לפי עמדה צרה זו, גם אם שירותי בריאות יופרטו לחלוטין הרי שאין בכך כדי לשלול מאדם את הזכות לטיפול רפואי. כפי שטענתי, העמדה הליברלית מניחה שכל אדם פועל באופן רציונלי, מבחינתו, ובוחר את ערכיו ואת סדרי עדיפויותיו. ולכן, לא ניתן לומר שהזכות לבריאות נשללה ממי שהחליט שלא לקבל טיפול רפואי שכן הדבר יקר לו מדי. כל עוד האופציה לטיפול רפואי קיימת, הבחירה של אותו אדם שלא לקבל טיפול רפואי או לרכוש אותו, ולו גם הדבר נובע מעלות גבוהה של הטיפול הרפואי עצמו,

96. בדומה, הזכויות התרבותיות וזכויות של קהילות מיצוטים דומות יותר באופיין לזכויות החברתיות שכן הן עוסקות במערכות היחסים שבין קהילות, תוך הכרה בתלות ההדדית האינהרנטית בין קהילות שונות. בעוד שהזכויות החברתיות בוחנות את הקשר בין פרטים בחברה, הזכויות התרבותיות בוחנות את הקשר בין קהילות. מאמר זה אינו דן ישירות בסוגיה של זכויות תרבותיות.

97. ככל הנוגע לחינוך של ילדים, ה"פרט" מוגדר כתא המשפחתי שכן מניחים כי ההחלטה על החינוך מופקדת בידי ההורים. הגדרה מיוחדת זו של "פרט" השוללת, לפחות באופן חלקי, את הפעלת אוטונומיית הרצון של הילד מטעמים פטרנליסטיים, איננה נקייה מבעיות שכן פיתוח אוטונומיית הפרט הוא תהליך נלמד. ככל שהיכולת להפעיל את אוטונומיית הרצון הפרטי היא פונקציה של גיל, המרת אוטונומיית הרצון של הילד בוו של הוריו מוצדקת. אך אוטונומיית הרצון איננה אך ורק עניין ביולוגי התלוי בהתפתחות ביולוגית כי אם גם תהליך של למידה על דרך ניסוי וטעייה תוך בחינת ההשלכות. מרכיב זה של התפתחות אוטונומיית הרצון הפרטי מעוכב בשל ההכשר, במסגרת שית זכויות, לפטרנליזם בתא המשפחתי. אמנם מערכת החינוך יכולה לפצות על פטרנליזם זה אך לעתים רבות מערכת החינוך עצמה היא הייררכית ופטרנליסטית כשלעצמה ומחנכת לתלות ולקבלה, ולא לעצמאות מחשבתית וליצירה.

היא בחירה של האדם האוטונומי אשר יש לכבדה. הזכות קודמת להגדרת הטובה החברתית והטובה האישי ואלה מתגבשים תוך הפעלת אוטונומיית הרצון הפרטי. ולכן אם מסתפקים בהגדרה האטומיסטית של הזכות לבריאות נמצא כי משמעותה של הזכות הוא שאין לפגוע בבחירה האוטונומית של הפרט אשר בחר לקבל טיפול רפואי. לעומת זאת, אם ניתן משמעות חברתית כלכלית לזכות הבריאות, ונניח כי הבחירה של אדם היא תלויה מעמדו ויכולתו, ונניח כי תכליתן של זכויות חברתיות היא, כאמור, להרחיב את מגוון האפשרויות הממשיות (ולא המושגיות) הפתוחות לפני הפרט בחברה, כי אז הזכות לבריאות נעשית מורכבת בהרבה. על פי עמדה זו, הפרטה מוחלטת של מערכת הבריאות ללא מתן מענה לאותו אדם אשר מטעמי עלות איננו יכול עוד להרשות לעצמו לפנות לקבלת טיפול רפואי, מהווה פגיעה בזכות לבריאות. זכותו של הפרט לבריאות מחייבת תשתית חברתית המבטיחה כי טיפול רפואי יהיה במסגרת מתחם הבחירה הממשי של הפרט. אך אם כל מה שהחברה מציעה לפרט זו מערכת בריאות חברתית דלה, ללא משאבים, ועם הרופאים שנפלטו ממערכת הבריאות הפרטית, כאשר מרבית האוכלוסייה צורכת שירותי בריאות על פי יכולתה הכלכלית, עדיין קשה לומר כי נתקיימה זכותו של הפרט לבריאות. במקרה זה הפרט אינו יכול באמת לקבל טיפול רפואי הולם, וחמור מזה – הקוטביות שבין המערכת החברתית למערכת הפרטית מחזקת את הסטיגמה המלווה בקבלת השירותים החברתיים הגרועים ממילא. קוטביות זו פולטת את מקבלי השירות הציבורי ממעגל בעלי היכולת וההשפעה בחברה.

על מנת להעניק לפרט גישה לשירותי בריאות יש להבטיח כי לכל פרט תהיה נגישות לשירותי בריאות בעלי רמה סבירה. יצירת מערכת בריאות כפולה המורכבת ממערכת אחת אשר תלויה ביכולת תשלום אישית ואחרת אשר מספקת את המינימום ההכרחי לכל נזקק מבטיחה את נחיתותה של המערכת הציבורית. על מנת למנוע מערכת דואלית שכזו יש להבטיח כי המערכת הציבורית תהיה אוניברסלית. ככל שגדל הביקוש לשירותים פרטיים מעל ומעבר למערכת האוניברסלית כך קטן כוחה של המערכת הציבורית. מכאן מתחדדת הבעיה של זכויות חברתיות. קיומן של זכויות חברתיות מחייב הכרה בעיקרון כלשהו של סולידריות. לסולידריות חברתית וכלכלית ישנם גוונים רבים. אך המשותף לגוונים אלה הוא ההכרה בגורל משותף של הציבור. על מנת לשמר מבנה סולידרי יש גם לנקוט אמצעים של כפייה על חלק מהחברה ולו על מנת למנוע קיטוב מערכת הבריאות לשני רבדים. עולה מכך כי פתיחת מתחם הבחירה של אחד מחייב סגירת מתחם הבחירה של אחר. ההכרה בהיבט הכלל החברתי של פתיחה וסגירת אפשרויות בפני פרטים, היא ההופכת את הקהילה ממערכת של פרטים החיים תחת צלה של מערכת משפט אחת למערכת חברתית אשר ערבה זו לזו. אין סתירה בין סולידריות לקניין פרטי. אין סולידריות מחייבת חיים קיבוציים. הקיבוץ הוא אך ורק גוון אחד של תפיסת הסולידריות. חברת ביטוח פרטית היא גוון אחר.

אין הדיון כאן מעיד על כך כי רק שיטת בריאות ציבורית מקיפה, דוגמת זו הקנדית, עונה על דרישות הזכויות החברתיות. הדיון נועד להדגים את עצם העובדה שבעוד שגישה אטומיסטית להיקף הזכות תגרוז את פיתוח השיח החוקתי בסוג אחד בלבד של מקרים (שלילה חוקית של טיפול רפואי מאדם), השיח החברתי כלכלי מניח כי יש לדיון החוקתי תרומה גם בבחינת מצבים נוספים. לשיטה אוניברסלית של שירותי בריאות גם חסרונות בצדה, ולפתוח לחלק מהאוכלוסייה. לשיטה סלקטיבית חסרונות משלה. אין בית המשפט צריך להכריע בין שיטות שונות. אך בית המשפט

יכול להיכנס ולדון בטענות חוקתיות הגורסות כי מבנה מערכת הבריאות ואופן מימונה הפכו את נגישותו של חלק מהאוכלוסייה לשירותים אלה לבלתי אפשרית או לוקה בחסר. התלטה לסגור את כל המוסדות הציבוריים לטיפול במפגרים היא עניין חוקתי גם אם קיימים פתרונות פרטיים מגוונים למפגרים. כך יש גם להפנים אל תוך השיה החוקתי החלטה לבטל את "סל הבריאות" בחוק ביטוח בריאות ממלכתי אשר תגרוור בעקבותיה סלי בריאות מינימליים בעלי משקל שונה, כשהמאחד אותם זה שלילת כמעט כל שירותי הרפואה ממי שאינו מחויק בביטוחים משלימים או למי שתרומתו לביטוח היא נמוכה על רקע הכנסתו.

הכרה בזכות החברתית-כלכלית לבריאות, להבדיל מהזכות האטומיסטית לבריאות, מחייבת שרטוט גבולות בין הפרט לפרטים אחרים ובין הפרט לחברה כולה. גבולות אלה אינם יוצרים חיץ בין הפרט ובין פרטים אחרים. גבולות אלה נועדו לחבר את הפרט האחד לשאר הקהילה. גבולות אלה נועדו להבטיח כי שום פרט לא יישאר ללא טיפול רפואי בשל כך שהבחירה הנתונה לפרט אם לרכוש שירותים רפואיים או לא הנה בחירה פיקטיבית המתעלמת ממעמדו הכלכלי או החברתי של הפרט. ההכרה בזכות לבריאות לא נועדה אך ורק לפתוח לפרט את האפשרות הממשית לרכוש או לקבל שירותי בריאות, אלא גם לעצב את תודעתו. פרטים אשר באופן קבוע אינם מהווים חלק ממערכת הבריאות הקהילתית ייטו לייחס חשיבות משנית יותר לבריאותם. הפרטה מוחלטת של שירותי הבריאות תוך סכסוד כלשהו לפרטים אשר אינם יכולים לרכוש שירותי בריאות במחירי שוק יוצרת סדרי עדיפות שונים אצל פרטים. מערכת שכזו איננה ניטרלית לערכים המתגבשים אצל כל פרט ופרט שכן גם למערכת שכזו אפקט המכוון את התפתחות התודעה האישית של הפרט. הבריאות נתפשת כמצרך, וגם אם השירות מסובסד, רכישת המצרך הוול נכנסת לאותה רשימה בה מנויים מצרכי יסוד אחרים כגון מזון ושכר דירה.

אם כן, תפישה חברתית-כלכלית של זכויות מכירה בתלות בין החלטותיו של הפרט ובין החלטות של פרטים אחרים בחברה ומביאה תלות הכרחית זו לשיח החוקתי. להכרה זו חשיבות שכן היא שוללת את ההנחה לפיה בניית חיץ סביב הפרט, כפי ששואפת לעשות הזכות האטומיסטית, מהווה מעשה ניטרלי ביחס להעדפות הפרט. הזכות החברתית מכירה בכך שיש להרחיב את מתחם האופציות הממשיות העומדות לפני הפרט, ושלא ניתן ליצור שיח זכויות הנמנע מלנקוט עמדה ערכית כלשהי ביחס לאופן הבחירה של הפרט מתוך מתחם האופציות המוגדל.

ג. זכויות ליברליות: זכויות אטומיסטיות או זכויות חברתיות?

רשימת הזכויות החברתיות כפי שזו מתבטאת בהצעת הוקייסוד: זכויות חברתיות באה למלא את החלל אשר התפישה האטומיסטית של זכויות ליברליות מותירה. פרשנות אטומיסטית לזכויות ליברליות מותירה על כנה את ההנחה שכל אדם מגבש את הנחותיו, את ערכיו ואת סדרי העדיפויות שלו בכוחות עצמו. ככל שהזכויות לחינוך, לבריאות, לעבודה, ולתנאי מחיה נאותים גותרות כזכויות אטומיסטיות, אין הן יכולות למלא חלל זה. רק תפישה כלשהי של סולידריות חברתית ובחינת ההקשר החברתי במימושן של זכויות אלה יכולים לקדם את מעמדו של הפרט הנשען על זכויות אלה. עם זאת, גם ההנחה לפיה זכויות ליברליות הן בהכרח זכויות אטומיסטיות איננה הכרחית. היא אמנם משקפת התפתחות היסטורית, אך לא התפתחות המתחייבת מעצם מהותן של זכויות אלה.

טשטוש ההבחנות בין זכויות אזרחיות ופוליטיות ובין זכויות חברתיות וכלכליות אשר הוצע בחלקו הקודם של המאמר, מעיד כי אין לייחס את התפישה החברתית של זכויות אך ורק לזכויות המוצעות בהצעת הוקייסוד: זכויות חברתיות. חופש הביטוי איננו חייב להיות רק הזכות של אדם לומר את שעולה על דעתו, כי אם גם זכותם של כל הפרטים כולם לדיאלוג איכותי בו תהיה לכל אחד נגישות אפקטיבית לקחת חלק בדיאלוג.<sup>98</sup> הזכות לפרטיות איננה צריכה להצטמצם רק ליצירת חיץ סביב הפרט על מנת למנוע חדירה של אחרים למתחם פרטי זה. הזכות יכולה לשמש גם כאמצעי להעצמת הפרט אשר תאפשר לו לעצב את זהותו ביחס לאחרים.<sup>99</sup> הזכות לקניין איננה חייבת להתפרש כזכותו של אדם שאחרים לא ייגעו בקניינו, כי אם גם הזכות של אדם לכך שיהיה לו קניין המצדיק הגנה.<sup>100</sup> חופש ההתאגדות יכול להתבסס על התפישה האטומיסטית לפיה אין לשלול מאדם להתאגד עם אחרים, וכל מה שאדם יכול לעשות בעצמו הוא רשאי לעשות במשותף עם אחרים. תפישה חברתית של הזכות רואה בהתאגדות תנאי הכרחי לקידום אינטרסים אשר הפרט איננו יכול לקדם בכוחות עצמו. האפשרות להתאגד איננה רק גזירה מחירותו של אדם לעשות כרצונו, כי אם אמצעי חברתי חיוני אשר בלעדיו לא ייתכנו חיים תקינים. התאגדות העונה על תכלית זו ראויה לתמיכה רחבה יותר מאשר התחברות בין אדם לאדם הנובעת אך ורק מיהסי גומלין כלכליים של "תן וקח".<sup>101</sup>

משמוזעים כי בכל הזכויות כולן קיים ממד חברתי, עולה כי אין להטיל את כל המלאכה החברתית אך ורק על הזכויות המסווגות באופן מסורתי כזכויות חברתיות. הממד החברתי המחפש לקשר בין פרטים בחברה ולעצב את החברה קיים בכל זכות וזכות. ניתן לסבור כי גישה זו לאפיון של זכויות חברתיות מעידה כי למעשה מדובר בבעיה החוקתית המוכרת של איזון בין זכויות ואינטרסים. כך לדוגמה, איזונים בין חופש הביטוי ובין זכויות אחרות כגון זכותו של אדם לשמו הטוב, או לאינטרסים חברתיים כגון "דמוקרטיה מתגוננת" או הסדר הציבורי, מקובלים בפסיקה. איזונים אלה מכירים בכך שלא כל אדם הוא אי, וכי פרטים פועלים בהקשר חברתי נתון. עם זאת יש לשים לב כי הממד החברתי של כל הזכויות מחייב חשיבה שונה. הבעיה העולה בהקשר של הגדרת היקף הזכויות החברתיות (בין אם אלה הזכויות המסווגות באופן היסטורי ככאלה ובין אם אלה זכויות ליברליות) היא שהזכות עצמה מפנימה מתח דיאלקטי. חופש הביטוי איננו רק זכותו של כל פרט להתבטא (זכות אשר יש לאון בהמשך עם אינטרסים מתנגשים), כי אם זכות שהיקפה ותוכנה נקבעים מלכתחילה על פי הגדרת הטוב החברתי – קידום יכולויותיו הממשיות של הפרט. זאת ועוד, ההיקף של הממד החברתי של כל זכות וזכות מחייב להבין כי הזכות מחייבת לפתח את יכולויותיהם של פרטים על דרך של יצירת חיץ בד בבד עם בניית גשר בין הפרט לסובבים אותו. היטיב לבטא מתח זה דנקן קנדי כאשר תיאר את הבעיה שבבסיס כל שיח הזכויות. הפרט רוצה להרחיק אחרים ממנו אך באותה עת הוא רוצה להזמיןם

98. Habermas, לעיל הערה 39.

99. Inness, לעיל הערה 74.

100. ראו דיון מפורט בסוגיה זו להלן חלק ג.7 של המאמר.

101. S. Leader Freedom of Association (New Haven, Yale University Press 1992) 21-25, 35-36.

קרוב אליו.<sup>102</sup> יכולתו של אחד לקדם את בריאותו באופן אינדיבידואלי מסתמכת על מצב סוציו-אקונומי אשר מהווה בין השאר תוצר של מערכת כללים חברתית ממנה הוא נבנה. יכולתו של אחר אשר איננו יכול לקדם את מצבו הבריאותי בכוחות עצמו היא היוצרת את תלותו באותה מערכת של כללים ממנה נבנה החוק. וכך, הממד החברתי של כל זכויות האדם שבוי בדיאלקטיקה אשר מעצם טבעה לעולם איננה נותנת הכוונה ברורה לרשות השופטת, וזו גותרת עם ההכרעה הערכית אשר אינה ניתנת להסוואה בשיח פוויטיביסטי פורמלי.

בחלקו הבא של המאמר אבקש להדור לתוך הדוקטרינה החוקתית המתפתחת כיום, ולהראות כי גם אם עיקרה תומך בהשקפה לפיה הפרשנות המקובלת לזכויות היא הפרשנות הקלה לשופט אך הקשה לחלקים רבים באוכלוסייה – הפרשנות המדגישה את הממד האטומיסטי, הולכת ומתגבשת גם פרשנות אלטרנטיבית המדגישה את הצורך להכרה גם בממד הרחב יותר – הממד התברתי. אי לכך, הקריאה לפיתוח הממד החברתי של כל הזכויות כולן איננה זרה למערכת המשפט הישראלית ולאופן שבו היא מתגבשת בשנים האחרונות מאז שהשיח החוקתי צבר תנופה.

##### 5. התבוננות נוספת בשיח החוקתי המתפתח בישראל וההבחנה בין זכויות חברתיות לזכויות אטומיסטיות

לאור ההבחנה המוצעת בין זכויות חברתיות (קרי: הממד החברתי של כל הזכויות כולן) ובין זכויות אטומיסטיות (קרי: הממד האטומיסטי של כל הזכויות כולן), הרי שזכויות חברתיות קיימות כבר בחוקה הישראלית וגיתן לעשות בהן שימוש על מנת להרחיב ולפתח את מתחם הבחירה הממשי של הפרט. תמונת הראי של טענה זו היא כי אם יתוקקו את חוקי-יסוד: זכויות חברתיות אין בכך הבטחה כי פרשנותו של חוקי-יסוד זה תביא להרחבה משמעותית של יכולת הבחירה הממשית של כל פרט ופרט. ככל שהזכויות המנויות בחוקי-יסוד תפורשנה כזכויות אטומיסטיות בלבד, השפעתו של חוקי-יסוד החדש תהיה לכל היותר ערכית בלבד, וייתכן שאף שלילית.

על מנת לפתח תורת משפט המדגישה את הממד החברתי ניתן להיאחז בקצוות שונים המפוזרים בפסיקה הקיימת כיום. בפסיקה ניתן לאתר את השיח הדומיננטי האטומיסטי, ואת תחילתו של שיח אלטרנטיבי-חברתי. המעבר לשיח המדגיח את הממד החברתי אם כן הוא מעבר המדגיח המשכיות, ולא קטיעה של החשיבה המשפטית שהתפתחה בישראל. בחלק זה אבקש להתמקד ברמה הדסקרפטית ואניח לטיעון הנורמטיבי בדבר הצורך לפתח את הממד החברתי כנתון. ברצוני להדגים את קיומו של צומת הדרכים בפסיקה הקיימת, וזאת על מנת להאיר את האפשרויות הגלומות בבחירת דרך זו או אחרת.

הגישה המוצעת כאן להבנת הפסיקה הקיימת שונה מזו שנטענה לאחרונה, לפיה בית-המשפט העליון סיגל לעצמו עמדה ליברטריינית, ולפחות ניאור-ליברלית.<sup>103</sup> לעמדתו, טענה זו איננה עומדת במבחן מדויק של הפסיקה. על פי טענה זו יש להבין את הטיפול בשיח הזכויות החוקתי החדש, כמו גם בכל תחומי המשפט האחרים, לרבות

102. D. Kennedy "The Structure of Blackstone's Commentaries" 28 Buff. L. Rev. (1979) 205.

103. ראו מרמור, לעיל הערה 2.

הלא חוקתיים, כבא לקדם עמדה חוץ-משפטית ערכית קוהרנטית. אך אם נבחן את פסיקת בית-המשפט העליון נראה כי עמדת בית-המשפט רחוקה מלהיות ליברטריינית או ליברלית, ולמעשה איננה מעגנת באופן קונסיסטנטי תאוריה פוליטית זו או אחרת.<sup>104</sup> אילו ההגחה לפיה בית-המשפט פועל על פי קווים ליברליים או ליברטרייניים היתה נכונה, היינו מצפים לראות מספר קווים משותפים בפסיקה: הכרה מצומצמת בזכויות חברתיות, קידום ההגחה לפיה זכויות יסוד קודמות להגדרת הטוב-החברתי ואינן מוכתבות על ידו (כמתחייב מהשיח הליברלי), או העליונות המוחלטת של זכות הקניין וחופש החוזים על פני כל מטרה חברתית (כמתחייב מהשיח הליברטרייני), ותיחום ברור בין המתחם הפרטי והציבורי תוך העצמתו של הפרטי. אך עיון מדוקדק יותר במספר דוגמאות מצביע על גישה פחות קוהרנטית. היעדר דבקות אידאולוגית בעמדה אחת דווקא, או לחלופין, דבקות בתאוריה פוליטית זו או אחרת, צריכה להוות כיום יתרון שכן דווקא קיומן של גישות שונות מאפשר פיתוח תוך הסתמכות על הקיים, ולא תוך שבירת הקיים. אפנה, אם כן, להאיר את שני הזרמים בפסיקה הקיימת.<sup>105</sup>

104. ראו לעיל הערה 22.

105. הריון בעמדתו של בית-המשפט העליון, חייב להסתמך על דוגמאות קונקרטיות. מרביתן של הדוגמאות המובאות כאן הן מתחום העבודה. הסיבה לכך היא בראש ובראשונה פרקטית. תחום העבודה זוכה לטיפול מקיף יותר בפסיקה מאשר תחומים אחרים כגון חינוך, דיור או בריאות בהם השיח החוקתי, או לבר-חוקתי, טרם התגבש. קיומו של בית הדין לעבודה העלה את חשיבותו של תחום זה לאור התפתחות פסיקתית אינסטיטוטית. גם באופן היסטורי נושא העבודה מגלם בתוכו את המתח בין הפרשנות הליברלית לפרשנויות חברתיות, וכפי שחלק מהדוגמאות תנהיגה הוא מגלם היטב את המתח המוצע כאן בין זכות אטומיסטית לזכות חברתית. אך הסיבה הפרקטית לריבוי ההתייחסויות לתחום העבודה נעוצה גם במהות. לעבודה תפקיד מרכזי הן בתאוריה פוליטית והן בספרות המשפטית.

ראו לדוגמה בהקשר הסוציולוגי:

*The Nature of Work: Sociological Perspectives* (Edited by K.I. Erikson & S.P. Vallas, New Haven, Yale University Press, 1990).

בהקשר הכלכלי:

*Labor Economics and Industrial Relations* (Edited by C. Kerr & P.D. Staudohar, Cambridge U.S.A., Harvard University Press, 1994).

העבודה, הן כמקור להכנסה והן כמקור לפיתוח האישיות ולמימוש עצמי, קשורה בקשר הדוק לכל הזכויות החברתיות. בישראל, כמו במדינות רבות אחרות, גם הביטחון הסוציאלי, החינוך והבריאות קשורים באופן מוסדי לחיי העבודה.

G. Esping-Andersen *The Three Worlds of Welfare Capitalism* (Princeton, Princeton University Press, 1990); D. Charny "The Employee Welfare State in Transition" 74 *Texas L. Rev.* (1996) 1601.

עובדה זו מעצימה גם את נחיתותם החברתית והכלכלית של אותם פרטים אשר אינם משולבים בשוק התעסוקה, בין אם מבחירה, ובין אם מחוסר יכולת. בדומה, פערי הכנסות בשוק העבודה מתגלגלים והופכים לפערים גם במישורים חברתיים אחרים. כך גם הוויית העבודה של אותם עובדים הנמצאים במצב של תתי-תעסוקה, או במצב של תעסוקה זמנית משפיעה על תפישתם את עצמם ואת מקומם בחברה. הטיפול ב"בעיית העבודה" לכן מחייב התמודדות עם המתח שבין תפישתם של זכויות אטומיסטיות ובין תפישתם של זכויות חברתיות-כלכליות.

## א. הכרה מצומצמת בזכויות חברתיות במובן ההיסטורי

מגילת זכויות האדם החוקתית החדשה מעוגנת בחוקי-היסוד הכתובים, והטענה המופנית כלפיה היא כי אין היא כוללת את הזכויות החברתיות המקובלות. גם אם חופש העיסוק היה יכול להתפרש כזכות הקשורה קשר הדוק לעבודה, הפרשנות לה זכתה חירות יסוד זו הופכת אותה כמעט באופן מוחלט לזכות העצמאי או לזכותם של עסקים לפעול בסביבה של תחרות חופשית, ובאופן מפורש קבע הנשיא ברק כי חופש העיסוק הנו החופש להעסיק ולא הזכות לעבוד.<sup>106</sup> וכך, יחד עם חופש הקניין, זכות הפרטיות, חופש התנועה, חירות אישית ושלמות גופו וכבודו של אדם, מתגבשת רשימת זכויות ליברליות בהתאם להגדרה המקובלת-היסטורית של זכויות אלה.

עם זאת, ידוע כי רשימת הזכויות המעוגנת מפורשות בחוקי-היסוד איננה תוצר של הסדרה מכוונת וקוהרנטית, כי אם של הליכים פוליטיים אשר הותירו מחוץ לחוקי-היסוד חלק מזכויות היסוד הליברליות המובהקות כגון חופש הביטוי, ההפגנה, הדת והאמונה.<sup>107</sup> העמדה של מרבית השופטים בבית-המשפט העליון היא כי ניתן להרחיב את רשימת הזכויות הקיימות כיום על דרך גזירתן מהזכויות המנויות במפורש בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>108</sup> חלק ניכר מהשופטים סבור כי ניתן לגזור את עקרון השוויון מרשימה זו. חופש החוים אף הוא עוגן במונח "חירות האדם" על דרך גזירה כפולה לפיה מחירות האדם נגזרת אוטונומיית הרצון הפרטי שלו, וחופש החוים נגזר מאוטונומיית הרצון הפרטי. עמדתו של הנשיא ברק לגבי גזירת הזכויות החברתיות הקלאסיות מחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו איננה מעידה על נכונות לפרוץ את דלת אמות הרשימה המקובלת ובעיקר הוא דוחה את הכללת זכויות אלה או משאירן בצדך עיון.<sup>109</sup> הכרה חלקית בזכויות חברתיות הוא מוכן לקבל ככל שהדבר נוגע למקרים החמורים ביותר של היעדר אמצעים כלכליים כלל.

לכאורה תיאור זה מתזק את הטענה כי עמדת בית-המשפט העליון הולכת עקב אחר אגודל על פי רשימת הזכויות הליברליות ואיננה מגלה אהדה רבה לזכויות החברתיות. עם זאת יש לשים לב כי בין הזכויות אשר ממשיכות לקבל אזכור כזכויות יסוד, גם אם לא בהכרח כזכויות יסוד על-חוקיות, נכללות גם הזכות להתארגנות בארגון עובדים והנגזרת שלה - הזכות לשבות.<sup>110</sup> הזכות להתארגן בארגון עובדים שונה במהותה

106. א' ברק "החוקה הכלכלית של ישראל" משפט וממשל ד (1998) 357, 369; נ' כהן "תחרות מסחרית וחופש העיסוק" עיוני משפט יט (1995) 353; א' גרוס "כיצד היתה התחרות החופשית לזכות חוקתית? בנתולי הזכות לחופש העיסוק, מחופש העיסוק לחופש העסק" עיוני משפט כג (טרם פורסם, תשנ"ט).

107. על הרקע לחקיקת חוקי-היסוד, ראו: י' קרפ "חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו - ביוגרפיה של מאבקי כוח" משפט וממשל א (1993) 323.

108. ראו את הניתוח המפורט של סוגיה זו אצל: ה' סומר "הזכויות הבלתי מנויות - על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח (1997) 257.

109. ברק, לעיל הערה 19, ע' 419-422; ברק לעיל הערה 106.

110. על מעמדה של חירות השביתה לאחר חקיקת חוקי-היסוד ראו: בג"צ 1074/93 הי"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מט(2) 485 (להלן: עניין בזק) דב"ע 41\*27/11 ההסתדרות הכללית - מכתשים מפעלים כימיים בע"מ, עבודה ארצי (1) 35; על חירות ההתארגנות ראו דב"ע נה/4\*30 "עמית" - הסתדרות עובדים מכבי - מרכז השלטון המקומי, פד"ע כט 61; בג"צ 7029/95 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(2) 63.



מזכות ההתאגדות הכללית שכן היא זכות המסוגלת באופן היסטורי כחלק מהזכויות החברתיות. תכליתה של חירות ההתארגנות בארגון עובדים היא להעצים את העובדים ביחסיהם עם מעסיקיהם. העצמה זו מתייחסת למתחם הפרטי הכלכלי של יחסי עובד-מעביד, ולא דווקא למתחם הציבורי. כמוה גם זכות השביתה.<sup>111</sup> מעבר לכך, בית-המשפט גילה נכונות עקרונית להכרה בחופש לחינוך,<sup>112</sup> אם כי באופן מסויג. הזכות לתנאי מחיה מינימליים מוכרת הן ברשימתו של הנשיא ברק לגבי רשימת הזכויות אותן ניתן לגזור מ"כבוד האדם וחירותו" ואף הוזכרה בפסקת בית-המשפט.<sup>113</sup> כך גם הזכות לדיוור הוזכרה, באמרת אגב, כנגזרת מכבוד האדם.<sup>114</sup>

### ב. הגדרת זכויות קודמת להגדרת הטובה-החברתית

מאפיין של השיח הליברלי הוא כי קביעת זכויות היסוד קודמת להגדרה של הטובה-החברתית אותו זכויות אלה נועדו לקדם. עיקרון זה מעוגן במתודה הליברלית המוצעת על ידי רולס לפיה קביעת הזכויות נעשית מאחורי מסך הבערות כאשר אין בידי המשתתפים בתהליך גיבוש עקרונות הצדק מידע כלשהו לגבי הטובה-האישי שלהם, וכפועל יוצא מכך גם אין בידיהם אינפורמציה לגבי הטובה-החברתית כפי שזה נקבע באופן דמוקרטי בחברה הממשית. אצל הליברטריאניזם עיקרון זה חזק עוד יותר ונובע מהתנגדות עקרונית לעצם ההנחה כי קיים טוב-חברתי או תוצאה כלשהי אשר ראוי לקדם. גיבוש עקרונות הצדק, לרבות זכויות האדם, נגזר מהכנה של מושג חירות האדם כמושג המהווה חיי קשיח בין הפרט ובין החברה ואיסור שעבוד האדם ויצירתו לצורכי החברה מטעם כלשהו.

הדוגמה המובהקת לשיח הזכויות המגדיר את היקף הזכות בהתעלם מהגדרת הטובה-החברתית היא זו של חופש הביטוי. היקפו של חופש הביטוי מוגדר באופן רחב וכולל את הביטוי הפוליטי והאומנותי, הביטוי המסחרי ואף הביטוי הגזעני.<sup>115</sup> את

111. ראו לעיל הערה 9.

112. בג"צ 7715/95 עמותת שוחרי גילית ואח' נ' שר החינוך, התרבות והספורט ואח', פ"ד נ(3) 2. אשר יידון בהרחבה בהמשך, להלן הערה 158 וטקסט נלווה.

113. ברק, לעיל הערה 19, ע' 422-423; ע"א 7038/93 סלומון נ' סלומון, תקדין עליון (3) 95:551; בג"צ 161/94 אטרי נ' מ"י (טרם פורסם). עם זאת יש לציין כי המדובר בתנאי מחיה מינימליים ולא בתנאי מחיה נאותים.

114. רע"א 2700/95 נגולה נ' חזן, פ"ד נ(1) 338. יש להדגיש כי השופט שטרסברג-כהן איננה מציינת כי הזכות לדיוור שוכנת במונח "כבוד האדם" כחוק-היסוד, אלא מסתפקת בציון כללי של הקשר בין כבוד האדם והזכות ליהנות מקורת גג.

115. ברק, לעיל הערה 19, בע' 376-374. וראו גם בג"צ 80/88 Universal City Studios Inc. נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22, 33; בג"צ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255; בג"צ 606/93 קידום יזמות ומורלות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1; בג"צ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661. בפרשה אחרונה זו, כמו גם בקודמות לה, מבהיר השופט ברק "לעניין היקפו של חופש הביטוי, אין בודקים אם הביטוי הוא אמת או שקר; אין בודקים את תוכנו; אין בודקים את תוצאותיו" [ההדגשה שלי - ג' מ']. שם, בע' 676.

היקף הזכות המוגדרת באופן רחב והמקפידה להיות ניטרלית לתוכן הביטוי ולאופן הצגתו מאזן בית-המשפט בשלב השני עם אינטרסים נוגדים. הרטוריקה היא של שוק רעיונות ושל אוטונומיה אישית להביע עמדה. הביטוי הפוליטי של כהנא הוא חלק אינטגרלי מחופש הביטוי, כמו הביטוי הלאומני של מפלגות ערביות, כמו הביטוי המסחרי, כמו עמדה פובליציסטית בתכנית דוקומנטרית, כמו תאטרון-מחאה, ואף כמו פורנוגרפיה. אין הדבר אומר כי כל אלה יעמדו במבחן איווני האינטרסים, אך אין תפישת כלשהי של טוב-חברתי משפיעה על עצם הכללתם הא-פריורית בחופש הביטוי עצמו.<sup>116</sup> אך גם ביחס לחופש הביטוי אין עמדת בית-המשפט אחידה. כך למשל השופט שמגר יוצר מדרג פנימי לחופש הביטוי כאשר לביטוי מסחרי מעמד נחות יחסית במסגרת חופש הביטוי.<sup>117</sup> כך גם עמדתו המסויגת של השופט חשין לגבי הקשר בין חופש הביטוי ופורנוגרפיה.<sup>118</sup> בדומה, השופט מצא מתנגד להכללת הביטוי הגזעני בקרב ההתבטאויות המוגנות על ידי חופש הביטוי.<sup>119</sup> זאת ועוד, לאחרונה נכון היה בית-המשפט להורות לשר החינוך להקדין תכנית על גוער הומוסקסואלי, לא בשם חופש הביטוי הניטרלי. עם זאת, הנכונות לבחון לגופה את התפישת החברתית ביחס להעדפה מינית התחדדה יותר בהקשר של עקרון השוויון, תוך הדגשת השינוי הערכי בחברה הישראלית.<sup>120</sup> עמדה זו שונה באופן מובהק מהדיון בהומוסקסואליות בפסיקה האמריקאית אשר נטתה להימנע מלעסוק בתופעה, ובמקום זאת התמקדה בשאלות השוליות לתופעה עצמה, כגון שאלת הפרטיות של אדם בביתו.<sup>121</sup>

גם מחוץ לשיח החוקתי במובנו הצר ניתן לראות לאחרונה התייחסות שונה אשר מגדירה את מערך הזכויות של הפרט על פי תפישת של הטוב-החברתי. על אף שאין מדובר בשיח זכויות חוקתיות, המתודה השיפוטית מלמדת כי בית-המשפט מכיר

116. לתפישת שונה לעניין קביעת היקף חופש הביטוי עצמו, ראו: אורבך-דיין, לעיל הערה M.J. Sandel *Democracy's Discontent: America in Search of a Public Philosophy* (Cambridge U.S.A., Harvard University Press, 1996).  
בהקשר הספציפי של פורנוגרפיה כביטוי, ראו את עמדתה של מקינן ב:  
C.A. MacKinnon "Not A Moral Issue" 2 *Yale L&P Rev.* (1984) 321.  
117. בג"צ 6218/93 ד"ר כהן נ' לשכת עורכי-הדין, פ"ד מט(2) 529, 550-551.  
118. בג"צ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נג(5) 661.  
119. ע"פ 2831/95 הרב אלבה נ' מ"י, פ"ד נג(5) 221.  
120. בג"צ 273/97 האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' שר החינוך והתרבות והספורט (סרם פורסם).  
עמדה נחרצת יותר בדבר שוויון מוסרי ניתן למצוא אצל השופטת דורנר בעניין דנילוביץ, לעיל הערה 90.  
יש לציין כי יש המבקרים פסקי דין אלה על כך שאין הם עושים די על מנת להכיר במערכת יחסים הומוסקסואלית כבחירה לגיטימית וטבעית לכל עניין ודבר. ראו לדוגמה: י' יונאי "הדין בדבר נטייה תר-מינית – בין היסטוריה לסוציולוגיה" משפט וממשל ד (1998) 531-587; א' הראל "בתי-המשפט והומוסקסואליות – כבוד או סובלנות?" משפט וממשל ד' (1998) A. Harel "Gay rights in Israel: A New Era?" 1 *Int'l. J. of Discrimination and the Law* (1996) 261-278.  
121. לביקורת על גישה זו, ראו:  
M.J. Sandel "Moral Argument and Liberal Toleration: Abortion and Homosexuality" 77 *Ca. L. Rev.* (1989) 521.

בתוצאות החברתיות של הקביעה השיפוטית ובוחר בפתרון השיפוטי על פי רצונו לקדם את הטובי החברתי. דוגמה מובהקת לכך היא בג"צ 5168/93 מור נ' בית הדין הארצי לעבודה<sup>122</sup> שם נדונה ההגדרה של "משתתף חופשי" (freelance) כסוג של קשר עבודה אשר איננו קשר של עובד-מעביד ולא של קבלן-מוזמן. בעניין מור נוקטים השופטים ברק וגולדברג עמדה המגודת באופן קוטבי לתפישה הליברלית-ליברטרינית. לעמדתם, התיחום בין ההגדרה של עובד בתחום משפט העבודה ובין מעמד של משתתף-חופשי אשר איננו עובד איננו תיחום טבעי. משותפת לעמדות שני שופטים אלה היא הבחינה של התוצאה החברתית אשר יביא תיחום זה או אחר.<sup>123</sup> לעומתם, נראה כי השופט טל מבכר את המתודה הליברלית. השופט טל מנתק בין קביעת התיחום המשפטי בין עובד למשתתף-חופשי ובין התוצאה הערכית הנובעת ממנו. לעמדתו, אם התוצאות הנובעות מכך אינן רצויות (כמובן של החלה מצומצמת של דיני העבודה על מערכות יחסים אשר אינן מסווגות כיהסי עובד-מעביד) הדבר צריך להיות מטופל על ידי המחוקק ולא בבית-המשפט. עם זאת יש לציין כי ניתוח עמדתו של השופט טל כמייצגת תפישה חוץ-משפטית ליברלית כשלעצמו אינו נקי מספקות. עמדתו של השופט מעוגנת במתודה פרויטיביסטית מובהקת השוללת באופן גורף את ההנחה לפיה עמדתם של שופטים מעוגנת בתפישה ערכית חוץ-משפטית.<sup>124</sup> בעניין דומה אשר נפסק לאחר עניין מור, נראה כי עמדת השופטים ברק וגולדברג ממשיכה להחזיק בכורה, כאשר השופט ברק מוסיף ומסביר כי "הגישה המקובלת עלינו הנה, כי המשפט הוא מכשיר חברתי. מושגי המשפט נועדו להגשים מטרות חברתיות. הם כלי שרת להשגת יעדים חברתיים".<sup>125</sup>

עד כמה ניתן ללמוד מהמתודה השיפוטית בעניין מור לגבי עמדת בית-המשפט בשיתח החוקתי?

פסק הדין בעניין מור עוסק בשאלות בעלות זיקה של ממש לשיתח החוקתי, וזאת משני טעמים. ראשית, עניין מור עוסק בתיחום מעמד העובד, עניין אשר הוגדר בפסיקה פעמים רבות כעניין הדומה לסטטוס. ככל שסטטוס גורר אחריו מערכת ברורה של זכויות וחובות, הגדרת הסטטוס עצמה היא בגדר הכרעה יסודית בעלת השלכות לשיתח החוקתי עצמו. מעבר לכך, הקביעה כי אדם הוא בגדר "עובד" או בעל סטטוס אחר היא קביעה בעלת השלכות מרחיקות לכת לו נכיר בוכות לעבודה, לביטחון סוציאלי ולתנאי מחיה גאותים. הבעיה הנדונה בעניין מור במונחים שאינם חוקתיים היא חלק אינטגרלי מהשיתח החוקתי המתבקש במסגרת זכויות חברתיות וכלכליות,

122. פ"ד (4) 628 (להלן: עניין מור).

123. הנשיא ברק מציין במפורש כי גם כיום מועסקים רבים עדיין וקוקים להגנות משפט העבודה, ולכן יש להטות את הגבול העובר בין עובד למי שאינו עובד באופן אשר יעניק את הגנת משפט העבודה לאוכלוסיית מועסקים גדולה יותר. בעוד שהשופט גולדברג מסכים עם הנשיא ברק לגבי המתודה השיפוטית הראויה (קביעת מעמד על פי התוצאות החברתיות והכלכליות שקביעה זו תגרו), הוא חולק על הנשיא לגבי הבנתו את המבנה החברתי והכלכלי הקיים כיום ואת תוצאות קביעת התיחום הראוי בין מי שעובד ושאינו עובד. הבנתו את הטוב החברתי טוברת כי כיום יש ציבור רחב אשר אינו וקוק עוד להגנות המסורתיות של משפט העבודה, ולכן אין סיבה להרחיב את הקלסיפיקציה של מעמד העובד.

124. Kennedy, לעיל הערה 34.

125. דגנ"צ 4601/95 סרוסי חי יוסף נ' בית הדין הארצי לעבודה, תקדין עליון (3) 98, 1154, בע' 1156.

ועצם הנכונות של שניים מהשופטים להתרחק מהמתודה הפוויטיביסטית-ליברלית אל תוך המתודה המגדירה זכויות על פי קביעת הטוב-החברתי, כשלעצמה, מלמדת כי אין מקום להניח שהשיח הליברלי נהיה לשיח הבלעדי בבית-המשפט העליון.

ג. העדפה מוחלטת לזכות הקניין וחופש החוזים ותיחום ברור בין הפרטי לציבורי?

בניגוד לעמדה הליברלית המכירה בצידוק המוסרי של הקצאת משאבים באופן לא שוויוני על מנת לקדם את מעמד החלשים בחברה, העמדה הליברטריינית אוסרת על כל פגיעה בזכויות היסוד, לרבות זכות הקניין וחופש החוזים על מנת לקדם תוצאה חברתית זו או אחרת. נראה כי כאן שלילת העמדה הגורסת כי בית-המשפט פועל על פי סכמה ליברטריינית קלה במיוחד. עצם נכונותו הנדיבה של בית-המשפט להכשיר, על סמך פסקת ההגבלה, פגיעות בחופש החוזים וזכות הקניין מלמדת כי אין בית-המשפט נוקט יראת כבוד ליברטריינית כלפי זכות הקניין וחופש החוזים הנגזר מכבוד האדם. מכך שניתן לטעון כי פסיקה זו או אחרת מקדמת תוצאה המזוהה עם הנחות האידיאולוגיה הניאו-ליברלית,<sup>126</sup> רחוקה הדרך עד לטענה כי יש כאן פעולה התואמת תאוריה פוליטית קשיחה כגון זו המוצעת על ידי הליברטרייניזם.

מרכיב נוסף המאפיין את השיח הליברלי מתייחס לתיחום שבין הפרטי לציבורי תוך העצמת המתחם הפרטי על מנת למקסם את האפשרות של הפרט לקבוע לעצמו את ערכיו ואת הגדרת הטוב האישי שלו, ללא כל הפרעה מהחברה (private ordering)<sup>127</sup> וזכויות הפרט הן חלק מהסטטוס של הפרט כאזרח במדינה ומיקומן הוא לכן במתחם הציבורי, ואילו במתחם הפרטי קובעים דיני החוזים והקניין. הכרה מפורשת בהבדל המהותי שבין הדין החל על המתחם הפרטי ובין זה החל על המתחם הציבורי ניתנה לאחרונה בבג"צ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר-אגף המכס והמע"מ.<sup>128</sup> בעניין קונטרס מוסכם על השופטים כי מערכת היחסים שבין פרטים לבין עצמם מחייבת התייחסות שונה מזו החלה בין המדינה ובין הפרט. חובת תום הלב החולשת על המשפט הפרטי שונה מחובת ההגינות של המדינה כלפי פרטיה.

אך התנחה כי חל תיחום ברור בין הציבורי לפרטי איננה באה לידי ביטוי ברור בפסיקה. ההיפך הוא הנכון. מחד, אפשר בית-המשפט העליון לייבא את הזכויות החוקתיות לשיח הפרטי בדיני החוזים והקניין.<sup>129</sup> ערכאות ראשונות כבר יישמו

126. זלצברגר וקידר, לעיל הערה 2.

127. על התפקיד של private ordering באידאולוגיה הליברלית, ראו:

M. Trebilcock *The Limits of Freedom of Contract* (Cambridge U.S.A., Harvard University Press, 1993); [נקודת מבט של יעילות כלכלית]; C. Fried *Contract as Promise* (Cambridge U.S.A., Harvard University Press, 1981) [נקודת מבט דאונטולוגית]; F.A. Von Hayek *The Road to Serfdom* (London, Routledge, 1962).

128. טרם פורסם (להלן: עניין קונטרס).

129. לדוגמה: ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (בחוזים); ע"א 4837/92 "אליהו" חברה לביטוח נ' בורבה, פ"ד מט(2) 257 (בנויקין).

עיקרון זה להבטחת שוויון הודמגויות בהקשרים שונים.<sup>130</sup> בולט הדבר בעיקר בתחום העבודה, שם נעשה שימוש בשיח החוקתי כאמצעי הגנה לעובדים, ולדוגמה על דרך של יבוא הזכות לפרטיות אל המערכת החוזית.<sup>131</sup> ייתכן שאף חופש הביטוי הוכר כחל במערכת היחסים שבין עובד למעביד.<sup>132</sup> קיימות אף התייחסויות חלקיות וזהירות לגבי תחולה של עקרון השוויון במערכת יחסים זו. עקרון השוויון מעוגן באופן חלקי, אם כי רחב, בהוק שוויון הודמגויות בעבודה, אשר כשלעצמו מבטא הכרה בהדירת עקרונות ציבוריים אל מתחם הפרט. אך בית המשפט העליון ובית הדין לעבודה כבר הצביעו על כך כי לאיסור אפליה של קבוצות מוגדרות יש אחיזה גם ללא הסדר חוקי מפורש.<sup>133</sup> זאת ועוד, בית הדין הארצי לעבודה הכיר, אם כי בזהירות רבה, שכאשר מדובר בהבחנה אשר איננה מתבססת על עילות מוכרות (דת, מין, לאום, העדפה מינית, גיל ועוד), עדיין עקרון השוויון מחייב.<sup>134</sup> כלומר, עקרון השוויון כפי שנעשה בו שימוש ביחסי העבודה הפרטיים יכול להוות עיגון ליצירת זכות גלובלית וגורפת להתייחסות שוויונית מצד המעביד. בית המשפט ובתי הדין לעבודה לא הסתפקו ביבוא חדיסטי של זכויות מהמתחם הציבורי הפרטי. בית המשפט נתן תוקף, בהכירו בשביתה מעין פוליטית (שביתה בה עובדים מוחים כנגד הריבון ולא כנגד המעביד, בכל הנוגע לתנאי עבודתם), לשימוש בזכות אשר תכליתה לאון בין כוחם של עובדים ומעסיקים (המתחם הפרטי) על מנת להשפיע על מהלכים במתחם הציבורי. בכך יוצר בית המשפט עירוב תחומים אשר איננו מתאפשר על ידי שיח ליברלי.<sup>135</sup>

החלת זכויות חוקתיות במתחם הפרטי, כמו גם יבוא זכויות הנוגעות למתחם הפרטי אל המתחם הציבורי, איננה נקייה מספקות, ויישומה בפועל יכול גם לשמש את האידאולוגיה המזוהה עם העמדה הניאו-ליברלית.<sup>136</sup> מעבר לכך, בעצם ההכרה ביבוא

130. ולמשל: ת.ה. 4583/96 (חי') האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' מרים מצקין (לא פורסם) [שוויון ביחסי משכיר-שוכרים]; ה.פ. 2014/94 (ת"א) תכנית מחפור ואח' נ' יעקב טל ואח' (לא פורסם) [חובת השוויון חלה על בעל מסעדה]; ת.א. 11258/93 (י"ם) נעאמה נ' קיבוץ קליה (לא פורסם, 24.4.1996) [חובת השוויון חלה על בעלת אתר גופש].

131. דב"ע 470/97 אוניברסיטת תל-אביב - ההסתדרות הכללית, עבודה ארצי לא (1) 177.

132. דב"ע נג' 3223 פלסטיין פוסט בע"מ - יחיאל, פד"ע כז 436.

133. דב"ע לג' 325 ועד אנשי צוות דיילי אוויר - חזין, פד"ע ד 365; בג"צ 721/94 אליעל נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילוכין, פ"ד מח(5) 749. [פסק דינה של השופטת דורנר]; בג"צ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה (טרם פורסם, 11.8.1998).

134. דב"ע נו' 3182 המרכז הרפואי שערי צדק - ד"ר פרט, עבודה ארצי כס(1) 312.

135. כך למשל בארצות הברית גישת בית המשפט העליון בעניין בזק, לעיל הערה 110 היתה נדחית על בסיס תיחום בין הפרטי לציבורי, וראה:

**Jacksonville Bulk Terminals Inc. v. International Longshoremen's Association**  
AFL-CIO 450 U.S. 1029; **International Longshoremen's Association, AFL-CIO v. Allied International, Inc.** 456 U.S. 212.

כך גם האפשרות להחיל את חופש הביטוי במסגרת יחסי עובד-מעביד היתה נדחית על בסיס הסירוב להחיל את התיקון הראשון לחוקה על מערכת יחסים פרטית, וראה:

**Veno V. Meredith** 515 A.2d. 571.

על השלכות התיחום הנוקשה בין הפרטי לציבורי ביחסי עבודה ככלל, ראו:  
K. Klare "The Public-Private Distinction in Labor Law" 130 U. Pa. L. Rev. (1982) 1358.

136. רדאי, לעיל הערה 2.

זכויות מהציבורי לפרטי אין הבטחה שהתוצאה אכן תהיה לעזור למי שמבחינה חברתית מוגדר כ"חלש". כך למשל, בתחום העבודה יבוא זכויות ציבוריות למערכת יחסים פרטית תמיד גורר אחריו את הצורך במלאכת איזון האינטרסים שכן בפסיקה הישראלית לצד המעביד תמיד עומדת זכות הקניין.<sup>137</sup> ההכרה בזכות העובד לפרטיות היא בעלת השיבות בכל הנוגע לתקפותם של מבחני מיון, שימוש בבחינות גרפולוגיות, מבחני התאמה, אמצעי מעקב ושיטות ניהול.<sup>138</sup> עם זאת, בהינתן מיעוט הפסיקה בנושא זה עד כה יש לומר בזהירות כי באיזון שבין קניין ופרטיות קניין גבר.<sup>139</sup> באיזון בין חופש הביטוי וקניין, קניין גבר.<sup>140</sup> באיזון בין חופש העיסוק וחופש החוים בצד זכותו הקניינית של המעסיק על סודותיו המקצועיים, חופש העיסוק העניק לעובדים הגנה חלקית בלבד.<sup>141</sup> דוגמאות אלה מעידות כי השטוש שבין הפרטי לציבורי איננו מיועד לקדם אידאולוגיה זו או אחרת. שטוש התחומים פותח אפשרויות חדשות בפני בית המשפט אך איננו מבטיח תוצאות ברורות.

#### ד. על מגבלות הדיון הקיים כיום כממד החברתי

הדוגמאות עד כה תומכות בכך שאין בית המשפט מגלה גישה עקבית, וכי ניתן לאתר ניצנים בפסיקתו בכל הנוגע להכרה בממד החברתי, על פני פרשנות ליברלית-אטומיסטית של היקפן ועומקן של זכויות חוקתיות. ניצנים אלה אינם מופיעים אך ורק בהקשר אחד. הם אינם מופיעים אך ורק אצל שופט זה או אחר. מעבר לכך, ניצנים אלה אינם נותנים ביטוי מלא לנדרש בהכרה כממד החברתי. גם כאשר התוצאה תואמת את זו המבוקשת על ידי אלה התומכים באידאולוגיה החברתית, היא איננה בהכרח תואמת את המתודה הנדרשת על ידי אלה הגורסים כי יש לפתח את הדיון הערכי והמוסרי הנדרש על ידי הממד החברתי. באופן קונקרטי יותר, נכונות בית המשפט לטפל בממד החברתי התמקמה עד כה בעיקר בפסקת ההגבלה. המתודה השיפוטית המתחילה להסתמן היא שהסדר חברתי אשר נועד לעזור לקבוצה הלשה מוכרז בשלב הראשון כפוגע בזכות יסוד, ולאחר מכן הוא מוצל משינוי הטורפות של חוק היסוד על דרך של חבל ההצלה המסור לבית המשפט בפסקת ההגבלה.

137. העמדה הרווחת כיום בבית הדין רואה בפררוגטיבה הניהולית נגזרת של זכות הקניין. ראו לדוגמה: דב"ע ג/223-3 פלסטיין פוסט בע"מ - יחיאל, פד"ע כו; 436 דב"ע נז/27-41 ההסתדרות הכללית - מכתשים מפעלים כימיים בע"מ, עבודה ארצי ל(1); 35 דב"ע נד/1-4 ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י - התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פד"ע כס 601. עם זאת יש לציין כי פסקי דין רבים אינם מבהירים במדויק את אופיה של הפררוגטיבה הניהולית מעבר לעובדה כי המדובר ב"כוח" במובן ההופלדייני.

138. ראו למשל: דב"ע נז/129-3 פלוטקין - אחים איינוברג בע"מ, עבודה ארצי ל(2) 264; דב"ע 470/97 אוניברסיטת תל-אביב - ההסתדרות הכללית, עבודה ארצי לא(1) 177.

139. דב"ע מח/16-3 הסתדרות עובדי המדינה - מדינת ישראל, פד"ע כא 38; א' מיטל "הערת פסיקה - החייב עובד להעמיד עצמו לבריקה רפואית בניגוד לרצונו?" שנתון משפט העבודה ב (1991) 121.

140. דב"ע ג/223-3 פלסטיין פוסט בע"מ - יחיאל, פד"ע כו 436.

141. בג"צ 1683/93 יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מו(4) 702.

דוגמה מובהקת למתודה זו ניתן למצוא בבג"צ 450/97 תנופה שירותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה<sup>142</sup> בו עתרו מספר חברות כוח אדם כנגד חוק העסקת עובדים דרך קבלני כוח אדם והתקנות אשר הוצאו על פיו בכל הנוגע לדרישה מחברות כוח אדם להמציא ערבות בנקאית או ערובה אחרת. טענתן היתה כי הוראות אלה פוגעות בחופש העיסוק שלהן. בהסתמך על האלגוריתם השיפוטי שהוצג בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי<sup>143</sup> בית-המשפט בחן ראשית אם החוק והתקנות אכן פוגעות בזכות יסוד חוקתית, ואכן נמצא כי יש בחוק זה משום פגיעה בחופש העיסוק. בשלב השני בדק בית-המשפט אם הפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה המאפשרים פגיעה "כדי לקיים יעדים לאומיים". במסגרת בחינה זו מצא הנשיא ברק כי התכלית המונחת ביסוד החוק והתקנות היא תכלית ראויה שכן היא "נועדה להבטיח את זכויות העובד ורווחתו. היא באה למנוע פגיעה חמורה בביטחון הסוציאלי של העובד. [התקנות] משרתות מטרה חברתית חשובה הרגישה לזכויות האדם".

מתודה שיפוטית זו הקובעת ראשית אם נפגעה זכות, ורק לאחר מכן, במסגרת הדיון בפסקת ההגבלה פונה לבחון את השאלה הכלכלית-חלוקתית, מגיעה אולי לתוצאה הרצויה על ידי התומכים באידאולוגיה חברתית, אך אינה מעניקה משקל מספיק לחשיבות הממד החברתי בפיתוח שיח זכויות. לצד החיוב, התוצאה של פסק הדין בעניין תנופה אינה משמרת את סדר העדיפויות הליברלי לפיו שמירה על זכויות מסוימות קודמת לאפשרות לחלוקה צודקת. כמו כן, התוצאה איננה מקדשת את חופש העיסוק כזכות הנושאת אופי כמעט לבר-קנייני על פני אינטרסים חברתיים. עמדת בית-המשפט, המסתמכת על פסקת ההגבלה, בהחלט מאפשרת פגיעה בזכויות יסוד על מנת לקדם תכליות חברתיות מותרות. לצד השלילה, מתודה זו יוצרת הייררכיה לפיה הממד האטומיסטי של זכות הקניין או של חופש העיסוק הם בגדר "זכות" ואילו הממד החברתי אשר נועד לקדם את הפרט ואת זיקתו לחברה על דרך של מתן ביטחון סוציאלי הם "אינטרסים" המצדיקים פגיעה בממד האטומיסטי של הזכות. עניין תנופה מדגים אם כן כי גם הגרעין של שיח זכויות המכיר בממד החברתי איננו מצליח להתנתק משאלת סיווג הזכויות. פסק דין זה עדיין משמר מבנה לפיו זכויות ליברליות קלאסיות מהוות את הזכויות הראשוניות, ואילו זכויות חברתיות, המתורגמות בעיקר לאינטרסים חברתיים, מקומן במערך ההגנה המגולם בפסקת ההגבלה. מתודה שיפוטית המדגישה את הממד החברתי בכל הזכויות היתה בוחנת אם יש לפרוש את חופש העיסוק וזכות הקניין גם על הטענה לה טוענות חברות כוח האדם. מתודה זו היתה מחייבת לבחון אם ההכרה בחופש העיסוק של חברות כוח האדם מקדמת את חופש העיסוק של פרטים או מסייגת אותם. היא היתה מחייבת לעמת מול אותם פרטים שיכולויות היסוד שלהם ותפקודם בחברה יקודם כתוצאה מהטלת דרישת הערבות את הפרטים אשר יכולויותיהם נפגעות. עימות זה היה נעשה עוד בשלב הראשון הבוחן אם בכלל נפגעה זכות יסוד, ולא במדרג הייררכי של פגיעה (בזכות) - הגנה (על

142. דינים עליון כרך נד 238 (להלן: עניין תנופה).

143. פ"ד מט(4) 222, 428 (להלן: עניין בנק המזרחי).

אינטרס). השמירה הקיימת בפסיקה על הבחנה בין זכויות כאלה לאחרות, או בין זכויות לאינטרסים מסבירה גם את הקושי בעמדתה של השופטת דורנר אשר מדגישה עוד יותר את האינטרס הסוציאלי הלגיטימי אשר בבסיס חוק העסקת עובדים דרך קבלני כוח אדם. השופטת דורנר מסווגת את זכותה של חברת כוח האדם כזכות שהיא במהותה כלכלית ולכן איננה בגדר זכות-על.<sup>144</sup> מנגד היא מציינת כי החוק העומד לביקורת שיפוטית הוא בגדר תחיקה סוציאלית שתכליתה להגן על עובדים. על כך היא אומרת כי "ייהרר בית-המשפט משנה והירות שלא לפגוע בזכויות קיבוציות של עובדים לטובת זכויות אינדיבידואליות כגון חופש העיסוק וחופש הקניין". עמדה זו מעניקה משנה תוקף לזכויות של העובדים ושמה אותן במעמד שווה, כמעט, לאלה הנטענות על ידי חברות כוח האדם. עמדה זו גם מכירה בזכויות הקיבוציות של עובדים, אם כי איננה מבהירה במדויק מהן אותן זכויות קיבוציות.<sup>145</sup> אך יש לשים לב כי עמדה זו גם יכולה לשמש כחרב פיפיות בכל הנוגע לזכויות חברתיות וכלכליות שכן גם את זכויות העובדים ניתן לסווג כזכויות כלכליות ומרגע שהזכות לה טענו חברות כוח האדם איננה "זכות-על" כדבריה, גם זכויות העובדים נופלות בדרגתן הגורמטיבית באופן דומה. כפי שנגזר מהדיון בתלקיו הקודמים של המאמר, וכפי שאטען עוד בהמשך, זכויות חברתיות וכלכליות ראוי שתעמודנה באותה רמה נורמטיבית כמו זכויות אחרות. הדרך היחידה בה ניתן להימנע מהמסר הכפול של הייררכיה נורמטיבית של זכויות ושל סיווג זכויות לקטגוריה זו או אחרת, היא לפנות ולבחון את הממדים התברתיים של כל הזכויות כולן.

#### ה. סיכום: שני ערוצים בפסיקה

לסיכום חלק זה, ניתן להצביע על מגמות שונות בפסיקת בית-המשפט העליון. הדגם הדומיננטי הוא אכן הליברלי המדגיש את הפן האטומיסטי. על פי דגם זה, ההכרה הניתנת לזכויות יסוד מוגבלת בעיקרה לזכויות היסוד הליברליות. היקפן של זכויות

144. תפישה דומה עולה מפסיקתה בעניין מנהלי ההשקעות, לעיל הערה 5, פסקה 9 לפסק דינה של השופטת דורנר.

145. בסיווג המסורתי, הזכויות הקיבוציות של עובדים מתייחסות להיבטים של משפט העבודה הקיבוצי. אך בעניין תגופה מדובר בחקיקת מגן אשר באופן מסורתי מסווגת כשייכת בעיקר למשפט העבודה האינדיבידואלי. חקיקת המגן מבטיחה זכויות לעובדים כפרטים, להבדיל מהעצמת עובדים על דרך של מתן תוקף לפעילות קיבוצית מתואמת. סיווג זה איננו נקי מספקות שכן גם בחקיקת המגן יש ביטוי להגנה על מעמד העובדים. ראו: ע' ירלין "תום הלב במשפט העבודה בישראל: מן הכלל אל הפרט" עיוני משפט כג (טרם פורסם). ההתייחסות לבעיה העומדת בבסיס עניין תגופה כאל בעיה של זכויות קיבוציות ייתכן שמעידה על הכרה משמעותית יותר בממד התברתי, שכן חופש העיסוק של חברות כוח אדם משפיע באופן משמעותי על חופש העיסוק והזכות לתנאי מחיה נאותים של שכירים אשר השימוש השכיח בחברות כוח אדם להעסקתם מצמצמת את אפשרויות הבחירה שלהם בשוק העבודה. על פי אינטרפרטציה זו, ההכרעה בדבר היקפו של חופש העיסוק מחייבת להתמודד עם ההשלכה כי חופש העיסוק של אחד איננו מרחיב את חופש העיסוק של האחר, וכי יש לקבוע את היקפו של חופש העיסוק באופן אשר יקדם את היכולויות של אלה הווקקים ביותר להגנה החוקתית מבין מכלול הפרטים הטוענים להגנה על חופש העיסוק.



אלה איננו נקבע על פי התוצאה החברתית. ככל שהשימוש בזכות יסוד מביא לתוצאה חברתית שאיננה רצויה, הרי שניתן לטפל בבעיה זו על דרך איזון בין הזכות ובין אינטרסים חברתיים אחרים. במקביל מתפתח גם דגם אלטרנטיבי המתייחס באופן חיובי יותר לממד החברתי. על פי דגם זה יש מקום להכיר גם בזכויות אשר חורגות מהסיווג המסורתי של זכויות אזרחיות ופוליטיות. דגם זה אף מכיר בכך שהיקפן של זכויות חייב להביא בחשבון את התוצאה החברתית של היקף זה או אחר הניתן לזכות, ומסתייג מהנהגה לפיה היקף הזכויות צריך להיות ניטרלי לערכים חברתיים אלה או אחרים. בחינת התוצאה החברתית של קביעת היקף הזכות אף מצדיק את הרהבת התחולה של זכויות חוקתיות גם למתחם הפרטי. עם זאת, בחלקו האחרון של הדיון הצבעתי על כך כי גם דגם זה איננו מצליח להתגבר על התפישה המסורתית של סיווג זכויות, או סיווג בין זכויות לאינטרסים לגיטימיים.

בחלקיו הבאים של המאמר, אבקש להצביע על היתרון בפנייה להבחנה בין ממדים שונים של זכויות, במקום ההתעקשות על סיווג זכויות ומיקומן ההיררכי, הן במישור הדסקרפטיבי המסביר את אופן פעולת בית המשפט, והן במישור הנורמטיבי לקראת פסיקה עתידית אשר תיתן את מלוא המשמעות הראויה לממד החברתי ולתכלית העומדת מאחוריה.

#### 6. הכוח המסביר של ההבחנה בין ממדים חברתיים לממדים אטומיסטיים של שיתח זכויות – הרתיעה מפני העברת גבולות מקשרים בשיתח החוקתי

הטענה לפיה כל זכות מפגימה בתוכה ממד חברתי, כמו גם ממד אטומיסטי, פותחת פתח חדש להבין את התפתחות הפסיקה ואת החשש של הרשות השופטת מאימוץ השיח החברתי-כלכלי. הפסיקה מעידה כי המדובר בחשש, אך לא במניעה מוחלטת. בחלק זה של המאמר אבקש להדגים ביתר פירוט את הכוח המסביר של ההצעה להסיט את הדגש מסיווג זכויות לאבחון בין שני ממדים שונים של כל הזכויות להבנת התפתחות הפסיקה. הדגמה זו תתמקד בשתי זכויות – חירות ההתארגנות והזכות לתינוך. לטענתי, אין המדובר בחשש הנובע דווקא מהסיה ניאו-ליברלית או ליברטריינית של בית המשפט כפי שהציעו אחרים. הקושי העומד בפני בית המשפט לפתח את הממד החברתי הוא עצום ומעמיד במבחן את הלגיטימציה של הפעילות השיפוטית. בהמשך אנסה להצביע כי מקום שבית המשפט העליון נקלע לסיטואציה בה לא היה מנוס מלפנות לדיון בממד החברתי של זכויות הוא אכן עשה זאת. עצם נכונותו לעשות כן מעידה על מצבור האפשרויות העומדות כיום לפני בית המשפט. לבסוף, בעוד שחלק זה מתמקד בכוח התיאורי של ההבחנה בין שני הממדים של זכויות, חלקו הבא של המאמר יצביע על ההשלכות הנורמטיביות של מיון זה, הן ביחס לזכויות הקיימות כבר במפורש בחוקי היסוד החדשים, והן לגבי הזכויות העתידות לבוא כאשר יתקבל חוקי יסוד: זכויות חברתיות.

#### א. חירות ההתארגנות

חירות ההתארגנות בארגון עובדים נמנית בדרך כלל הן בקטגוריה של זכויות חברתיות והן בקטגוריה של זכויות אזרחיות ולכן, מבין הזכויות החברתיות, חירות

ההתארגנות היא זו אשר התאקלמה באופן הטבעי ביותר בשיח זכויות היסוד פרי יציר הפסיקה עוד בטרם "המהפכה החוקתית". עם זאת, לאור תיאור הבעייתיות של זכויות חברתיות ובחינת הפרשנות שניתנה לזכות זו, אין להבין את קליטתה של חירות ההתארגנות רק על רקע סיווגה הכפול. בדרך בה יושמה חירות ההתארגנות בפסיקה הישראלית עולה כי המדובר בקליטה של זכות אוטונומית אשר תוכנה מצטמצם לעיקרון לפיו כל אדם, אם הוא בוחר בכך, יכול להתארגן בארגון עובדים כרצונו. הבחירה להצטרף היא בחירה אישית ואוטונומית, ובחירתו של אחד איננה צריכה להשפיע כלל על בחירתו של האחר. בשורה ארוכה של פסקי דין העוסקים בבעיות של ארגוני עובדים מציינים בית הדין לעבודה ובית המשפט העליון בפתח הדברים כי הבעיה העולה לדיון איננה בעיה הנוגעת לחירות ההתארגנות.<sup>146</sup> הטעם לכך הוא שבכל המקרים האלה, ולמעט פסק הדין המנחה בבג"צ 789/78 אופק נ' שר הפנים<sup>147</sup> (שם עתרו שוטרים כנגד שלילת זכות ההתארגנות שלהם בארגון שוטרים), לא שללו מאדם את האפשרות להצטרף לארגון עובדים. במילים אחרות, בכל המקרים הללו לא פגעו באותו חיץ שבין הפרט ובין החברה אשר משאיר בידי הפרט את הבחירה האישית אם להצטרף לארגון עובדים ולאיוה. אמנם בית הדין לעבודה הכיר בכך שחירות ההתארגנות טומנת בחובה גם היבט קיבוצי הכולל את זכותם של עובדים ומעבידים להקים ארגונים ולפעול באמצעותם לקידום ענייניהם בכל הנוגע לתנאים וליחסי עבודה, לרבות קביעת תקנון והסדרה פנימית של ענייני הארגון.<sup>148</sup> אך גם הכרה זו היא בעלת אופי היוצר חיץ בין הקולקטיב ובין המדינה. הממד הקיבוצי של חירות ההתארגנות בהקשר זה רואה בקיבוץ כמעין פרט ומותיר לקיבוץ אוטונומיה בנייהול ענייניו. לאחרונה בית הדין לעבודה אף היה מוכן לפתח את חירות ההתארגנות בשני כיוונים נוספים. האחד הוא זה הקובע כי חירות ההתארגנות טומנת בחובה גם את הזכות שלא להתארגן כלל.<sup>149</sup> שנית, בית הדין היה מוכן אף להטיל על פרטים (ולא רק על המדינה) את החובה להימנע מפגיעה בחירות ההתארגנות של אחר.<sup>150</sup> גם הרחבות אלה אינן מטשטשות את האופי האוטונומי של הזכות.

146. לדוגמה: דב"ע לב/51-1 ליאון - ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י, פד"ע ו 197; דב"ע מב/52-2 ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י - אגודת העובדים הבכירים בפז, פד"ע יד 367; דב"ע מח/51-1 ארגון עובדי בנק המזרחי המאוחד בע"מ - ההסתדרות הכללית - הסתדרות הפקידים, עובדי המנהל והשירותים, פד"ע כא 283; דב"ע מד/52-2 שקט - ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י, פד"ע יז 140; דב"ע נה/430-4 "עמית" - הסתדרות עובדים מכבי - מרכז השלטון המקומי, פד"ע כט 61; כג"צ 7029/95 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(2) 63; דב"ע נה/428-4 ארגון סגל המחקר במערכת הביטחון - ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י, עבודה ארצי כט(1) 325.

147. פ"ד לג(3) 480.

148. דב"ע לב/51-1 ליאון - ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י, פד"ע ו 197. וראו גם: פ' רדאי "ארגוני עובדים - פריבילגיות ופיקוח" עיוני משפט ט (1983) 543.

149. דב"ע נב/412-4 ההסתדרות הכללית - צים, פד"ע כו 3.

150. דב"ע 410/98 "דלק" - חברת הדלק הישראלית בע"מ - הסתדרות העובדים הכללית החדשה - האגף לאיגוד מקצועי (טרם פורסם, 29.10.1998); דב"ע נו/3209 מפעלי תחנות בע"מ - יניב, עבודה ארצי כט(2) 325. תשיבותה של חירות ההתארגנות למעשה בולטת עוד יותר בפסיקה של הערכאה הראשונה בפרשה זו (השופטת ורדה וירטילבנה), ראו: תב"ע נה/3995-3 (ת"א) יניב - מפעלי תחנות בע"מ גת/תפוז, עבודה אזורי ח 498.

בחנינה מדוקדקת יותר מעלה כי לו היו גותנים לחירות ההתארגנות תוכן של זכות חברתית אמיתית, מרבית פסקי הדין אשר פותחים בהצהרה כי אין הם עוסקים בבעיה של חירות ההתארגנות היו הופכים להיות פסקי דין חוקתיים מובהקים. כך למשל, בדב"ע לב/51-1 ליאון - ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י<sup>151</sup> חירות ההתארגנות של הקבוצה (ההסתדרות) היוותה עוגן אשר שלל מהאחים והאחיות בקופת חולים כללית להקים ארגון משלהם. בדב"ע מד/52-2 שקט - ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י<sup>152</sup> חירות ההתארגנות של הקבוצה (ההסתדרות) שללה מהסתדרות המהנדסים גיוס חברים אשר אינם רוצים להיות חברים בהסתדרות הכללית. ככלל, הפסיקה בנושא של ארגוני עובדים תמכה במשך שנים בהבטחת ההגמוניה ההסתדרותית על דרך של הערמת קשיים בפני כל מי שרצה להתחרות בהסתדרות או לפעול במנותק ממנה.<sup>153</sup> הפרשה בעניין עמית (דב"ע נה/430-4 "עמית" - הסתדרות עובדים מכבי - מרכז השלטון המקומי ובג"צ 7029/95 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' בית הדין הארצי לעבודה)<sup>154</sup> היא המקרה המובהק ביותר של הרחקת הדיון מזירת חירות ההתארגנות אף על פי שמדובר בנייתוח בעל אופי חברתי מובהק של חירות ההתארגנות עצמה.

המתודה השיפוטית בעניין עמית, בבית הדין והן בבג"צ, מעידה על כך שבית המשפט איננו רוצה לעסוק בסוגיה הקשה במסגרת השיח החוקתי. בשתי הערכאות מוענק לחירות ההתארגנות מקום של כבוד על דרך של דיון בחשיבותה של חירות ההתארגנות, אך בהמשך מציינים בית הדין הארצי ובג"צ כי הבעיה העולה באותה פרשה איננה בעיה של חירות ההתארגנות. עם זאת, הדיון מגלה כי ניתן להבין אמירה זו רק אם גייסם לחירות ההתארגנות ממד אטומיסטי מוגבל תקובע כי אין לשלול מאדם את האפשרות להצטרף לארגון עובדים. בממד החברתי-כלכלי, הצטרפות לארגון עמית היתה מביאה לאבדן משמעותי של כוחה של ההסתדרות ולשינוי מהותי במבנה מערכת יחסי העבודה בישראל, תוך פגיעה באפקטיביות של ארגוני העובדים בישראל ככל שהדבר נוגע למשא ומתן קיבוצי. הדבר היה יכול גם להשפיע על מגמות קיימות בהתרחבות פערי ההכנסות בחברה הישראלית ולריבוד החברתי. אפשרות זו איננה פסולה על פניה ומהווה נתיב אפשרי, ולגיטימי מבחינה ערכית, להתפתחות חברתית בכל הנוגע להסדרת שוק העבודה ויחסי העבודה. הדיון בממד החברתי של זכויות איננו מחייב את השארת ההגמוניה ההסתדרותית על כנה. הדיון בממד החברתי מחייב לבחון כיצד קביעת תוכנה של חירות ההתארגנות יקדם את יכולויותיהם של פרטים בחברה; מי ירוויח ומי יפסיד; האם החברה הישראלית עושה די להבטיח את כוחם של אלה אשר אינם בעלי עצמה כלכלית במשק? כל אלה אינן שאלות פשוטות ותשובות עליהן אינן חד-משמעיות, ומהיבנות דיון בין השאר בעובדות חברתיות, כמו גם באופי החברה ובערכי היסוד שלה. שאלות אלה אכן עולות הן מהוויכוח בין

151. פד"ע ו 197.

152. פד"ע יז 140.

153. ג' מונדלק "יחסים בין ארגוני עובדים: על ביוור מערכת יחסי העבודה בישראל" שנתון משפט העבודה ו (1996) 219.

154. דב"ע נה/430-4 "עמית"-הסתדרות עובדים מכבי - מרכז השלטון המקומי, פד"ע כט 61; בג"צ 7029/95 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(2) 63.

שופטי הרוב והמיעוט בבית הדין הארצי והן מעמדת בית המשפט העליון המובאת בעיקרה בקולו של השופט זמיר. ולכן נראה כי בית המשפט איננו ניטרלי להשפעות חברתיות של כניסת עמית לזירת ארגוני העובדים, אך הוא מעוניין להרחיק את הדיון מהשיח החוקתי. הדיון בעניין עמית הוא לכן אנומלי. מחד גיסא הוא עוסק באופן מעמיק בממד החברתי של חירות ההתארגנות, ומאידך גיסא הוא מתנער מההקשר החוקתי. כיצד ניתן להבין גישה זו?

הסבר אפשרי למתודה השיפוטית בעניין עמית הוא שכתבי המשפט רוצים להשאיר את חירות ההתארגנות ואת הדיון השיפוטי בה במרכז הלגיטימציה החברתית והפוליטית. על פי גישה זו, בית המשפט יקבע כי היתה פגיעה בחירות ההתארגנות אך ורק במקרים החמורים ביותר בהם המדינה ורשויותיה שוללות מאדם את האפשרות להצטרף לארגון עובדים. בדרך זו נשמר הקונסנזוס החברתי סביב חירות ההתארגנות. שלילת הזכות האטומיסטית להתארגנות היא שלילה קשה אשר איננה מתיישבת עם המקובל על רוב החברה. אך עניין עמית היווה אתגר מורכב יותר. הכרה בעמית היתה פוגעת בחלק ועוזרת לאחרים. נדרשה במקרה זה הכרעה חברתית לגבי אופי החברה כולה. נדרשה הכרעה בין חירות ההתארגנות של חלק (אלה הרוצים להצטרף לעמית) ובין חירות ההתארגנות של אחרים (אלה אשר רצו כי יהיה ארגון עובדים העוסק במערכת יחסים קיבוצית באופן אפקטיבי). האיזון החוקתי-חברתי שדרש עניין עמית לא היה בין זכויות שונות המתנגשות זו בזו, אלא בין זכות ההתארגנות של חלק אל מול זכות ההתארגנות של אחרים. לא ניתן היה לקדם את זכות ההתארגנות של הכל.

ניתן להצביע על הסבר נוסף הדומה לראשון אך גם שונה ממנו במעט. על פי הסבר זה, בית המשפט איננו רוצה לערב בשיח החוקתי את הממד החברתי. הממד החברתי מחייב הגדרה של הזכות על פי התוצאה החברתית הרצויה. הוא מחייב נקיטת עמדה ערכית לגבי הטוב-החברתי בשלב מקדמי להגדרת היקף הזכות. על כן, בית המשפט פועל מתוך ההנחה שההיבטים החברתיים אינם צריכים להיות חלק מהשיח החוקתי. בעוד שההסבר הראשון מתמקד בלגיטימציה החברתית שמחפש בית המשפט לפסיקתו, ההסבר השני מעלה טענה מהותית בדבר שימור השיח החוקתי ותיחומו למקרים אשר יש עליהם קונסנזוס ברור. את הטענה הראשונה ניתן עוד לקבל בהבנה כלשהי תוך הכרה בקושי העצום העומד בפני הרשות השופטת בחברה פלורליסטית. הטענה השנייה צריכה להידחות מכל וכל. מידור השיח החוקתי אך ורק לשיח זכויות אטומיסטיות יכול להביא למצב בו זכויות נשמרות למראית עין, אך לגבי רבים אין הן בעלות משמעות. ככל שאנו מקבלים את תיאור פעולתו של ארגון עמית כפי שזה מופיע בפסק הדין של בית המשפט העליון, כניסתו של ארגון עמית כארגון עובדים היתה יכולה להביא לפגיעה בכל המוסד של משא ומתן קיבוצי ובאפשרות האפקטיבית של עובדים רבים להבטיח את מעמדם בשוק העבודה באופן זה. נכון, לעובדים אלה היתה נשמרת הזכות האטומיסטית להיות חברים בארגון עובדים כרצונם, אך אפשרות זו לא היתה מקדמת בדבר את יכולותיהם בחברה.<sup>155</sup>

155. לדיון ביחס בין נקיטת המבט האטומיסטית והקיבוצית של חירות ההתארגנות והיסודות הערכיים שבפסיקה בעניין עמית, ראו:

F. Raday "Trials and Tribulations of Associated Newspapers in Foreign Forums" 26 *Ind. L. J.* (1997) 235; G. Mundlak "The New Labor Law as a Social Text: reflections on social values in flux" 3 *Israel Studies* (forthcoming, 1999).

בניגוד לעמדת בית הדין הארצי לעבודה ובית המשפט העליון בעניין עמית, דווקא הפסיקה המוקדמת בנושא חירות ההתארגנות מדגימה היטב את האפשרויות הגלומות בשיח החוקתי וכיצד הן ממומשות. ביטוי לחירות ההתארגנות כזכות חברתית, להבדיל מזכות אטומיסטית, ניתן לאתר בפסיקת בית הדין הארצי לעבודה כאשר הנשיא ברייב ב"פרשת הכבאים"<sup>156</sup> ציין כי חירות ההתארגנות איננה מצטמצמת אך ורק לזכות להצטרף לארגון עובדים. לעמדתו חירות ההתארגנות נועדה לקדם תכלית מוגדרת של העצמת עובדים בחברה ובמשק, ולכן יש להבטיח כי המדינה תעניק לשותפים למשא ומתן הקיבוצי את הכלים הנדרשים להסדרה עצמית של שוק העבודה. עולה מכך כי חירות ההתארגנות היא הזכות להצטרף לארגון אפקטיבי. השיח בפרשה זו היה שיח חוקתי באופיו בעל ממד חברתי מובהק. עם זאת, בהמשך הפסיקה, כאשר רצה בית הדין לעבודה להגדיר את הזכויות הנלוות לחירות ההתארגנות על מנת שזו תהיה אפקטיבית, כגון זכותו של הארגון שייוועצו בו בכל הנוגע לתנאים וליחסי עבודה, וחובת המעסיק לגלות מידע על מנת שיתאפשר ניהול משא ומתן אפקטיבי, בחר בדרך כלל בית הדין לעשות זאת על דרך גזירה מחובת תום הלב של המשפט הפרטי, ולא על דרך של שיח חוקתי.<sup>157</sup> שוב אנו עדים לאותה רתיעה מלפתח את הממד החברתי של הזכות, הגם שהמדובר בזכות המסווגת באופן היסטורי בין הזכויות החברתיות כלכליות.

התפתחות הפסיקה בנוגע לחירות ההתארגנות ממחישה היטב כי עיגון מפורש בעתיד של חירות ההתארגנות בחוקי היסוד איננו מבטיח כי יינתן תוכן לחירות זו החורג מהממד האטומיסטי. הדבר מדגיש כי אין זה משנה מהי רשימת הזכויות המנויות עלי ספר במפורש, כמו מה התוכן הניתן להן, והאם נכון בית המשפט לפתח את הממד החברתי כלכלי המעוגן בכל הזכויות כולן.

### ב. הזכות לחינוך

באופן היסטורי, הזכות לחינוך היא זכות חברתית מובהקת. אמנם ניתן לגזור את הזכות לחינוך מחופש הביטוי והדעה, אך גזירה שכזו תהפוך את חופש הביטוי עצמו לזכות חברתית המחייבת הקצאת משאבים והבניית מוסדות החינוך על מנת לפתח תודעה שתהפוך את הביטוי לאפקטיבי ולמשפיע. כזו היא למעשה זכות החינוך בדיון האריסטוטלי, שם החינוך חייב להיות ציבורי על מנת להבטיח כי למדינה יש את היכולת הנדרשת לעצב את התוכן החינוכי לקידום התכלית האולטימטיבית של השתתפות בחיים הציבוריים. הזכות לחינוך לא זכתה להכרה של ממש בפסיקה הישראלית, ובוודאי לא כזכות חוקתית בשיח הזכויות יציר הפסיקה בעבר. רק לאחרונה נכון היה בית המשפט להתעמת עם טענה שהועלתה והעשירה את השיח המנהלי המקובל, לפיה הפסקת תכנית לקידום של ילדים הגדלים בתנאים של קיפוח

156. דב"ע שס/418 הסתדרות הכללית - עיריית תל אביב, פר"ע יב 32.

157. דב"ע נב/42 חברת תרכובות ברום בע"מ - הסתדרות הכללית-מועצת פועלי באר שבע, פר"ע כג 456 (חובת ההיוועצות); דב"ע 410/98 "דלק"-חברת הדלק הישראלית בע"מ - הסתדרות העובדים הכללית החדשה-האגף לאיגוד מקצועי (טרם פורסם, 29.10.1998) (חובת הגילוי של אינפורמציה רלוונטית למו"מ).

ומצוקה מהווה פגיעה בזכות לחינוך של אותם ילדים. בית המשפט אשר יכול היה לתחום את הדיון בבג"צ 7715/95 עמותת "שוחר יל"ת" נ' שר החינוך, התרבות והספורט<sup>158</sup> לשאלת הסבירות של החלטת הרשות המבצעת, בהר לדון בטענות העמותה בדבר הזכות החוקתית לחינוך, עצם נכונות זו, די בה כדי להצביע על האפשרות להתדיר את הזכות לחינוך אף ללא עיגון חוקתי מפורש. מכל מקום, אופן הטיפול בזכות מצביע על כך כי גם אם זו תעוגן מפורשות בחוק יסודי: זכויות חברתיות, אין בכך הבטחה כי בית המשפט יהיה נכון להתמודד עם הממד החברתי, להבדיל מהאטומיסטי, של אותה זכות.

בעניין גיל"ת פוסק השופט אור כנגד העותרים על בסיס העילה המקובלת של סבירות. עם זאת הוא בוחר לדון במקביל גם בהיבט החוקתי. עמדתו נראית על פני הדברים פוטיביסטיית. ברמה המהותית בדבר עצם השיבותה של זכות לחינוך בחברה מספק השופט אור בראשית דבריו עיגון חוק לממד החברתי, באומרו: "אכן, החינוך הוא מכשיר חברתי אשר לא ניתן להפריז בחשיבותו. מדובר באחת הפונקציות החשובות ביותר של הממשלה והמדינה. החינוך הוא חיוני לקיומו של משטר דמוקרטי חופשי, חי ומתפקד. הוא מהווה יסוד הכרחי למימושו העצמי של כל אדם. הוא חיוני להצלחתו ולשגשוגו של כל פרט ופרט. הוא חיוני לקיומה של חברה, שבה חיים ופועלים אנשים המשפרים את רווחתם ותורמים, בתוך כך, לרווחתה של הקהילה כולה."<sup>159</sup> השופט אור מוסיף ומצביע על הקשר ההדוק בין הזכות לחינוך ובין זכויות אזרח וזכויות פוליטיות, באומרו: "החינוך הוא, בלי ספק, מכשיר חשוב בהבטחת זכויות ותירויותיו של כל פרט ופרט, ובמימושו של הזכויות הפוליטיות הבסיסיות הנתונות לו, ובהן חופש הביטוי, והזכות לבחור ולהיבחר."<sup>160</sup>

בהמשך מחפש השופט אור אחר המקור הנורמטיבי לזכות חוקתית לחינוך. לעמדתו אין אפשרות לגזור זכות זו מחוק יסודי: כבוד האדם וחירותו. הוא מוסיף ומציין כי מגילת העצמאות איננה בהכרח מקור נורמטיבי לזכויות חוקתיות ומשאיר את ההכרעה בעניין זה בצריך עיון. מעבר לכך הוא נוקט עמדה אטומיסטית באומרו כי גם אם מגילת העצמאות מבטיחה "חופש חינוך" לא ברור כיצד ניתן לגזור מכך גם חובה אופרטיבית על המדינה לספק חינוך לטף. הוא מבהיר כי "הזכות לחופש החינוך", על פי פשוטה, באה להבטיח חירות ובחירה בחינוך. כך למשל, הורים המבקשים ליתן חינוך דתי לילדיהם, שמורים להם החופש והבחירה להקנות להם חינוך כזה. ובדומה, להורים החפצים להקנות לילדיהם חינוך אחר, שאינו דתי, תחופש לבחור בעבורם בחינוך כזה. אך הזכות לחופש לחינוך, כשלעצמה, אינה כוללת את חובתה של המדינה לספק חינוך כזה או אחר."<sup>161</sup> בהמשך, שולל השופט אור גם מקורות נורמטיביים אחרים דוגמת מגילת האו"ם בעניין זכויות הילד משום שזו איננה מבטיחה זכות לחינוך בגיל הרך. לבסוף, מכיר השופט אור בעקרון השוויון כרלוונטי למקרה, אם כי לא בנסיבות העובדתיות של המקרה הספציפי. עולה מכך כי לו היתה עמדת משרד החינוך מפלה כלפי אוכלוסייה שכזו ולא היתה מזהה את צרכיה המיוחדים, כי

158. פ"ד נ(3) 2 (להלן: עניין גיל"ת).

159. שם, 24.

160. שם, 25.

161. שם, 27.

או ייתכן שהיה מתערב על בסיס עקרון השוויון. הדבר נותר בגדר ספקולציה. השופטים טל ודורנר השאירו את הסוגיה החוקתית בצריך עיון, ובבקשה לדיון נוסף אף ציין הנשיא ברק כי לאור עמדה זו אין בפסק הדין משום הכרעה לגבי מעמדה של הזכות לחינוך.<sup>162</sup>

הדיון המפורט בעניין גילית מצביע על הדומיננטיות של שיח הזכויות האטומיסטי בבית המשפט העליון, גם כאשר המדובר בזכויות המסוגלות כזכויות חברתיות. ייתכן שהשופט אור היה מוצא את העיגון הנורמטיבי אותו הוא מחפש בנרות לו היה קיים חוק יסודי: זכויות חברתיות המעגן את הזכות לחינוך במפורש, אך מהתייחסותו הקצרה להצעת החוק עולה כי לא היה בכך לשנות את עמדתו כי הזכות לחינוך היא זכות אטומיסטית ולא זכות חברתית כלכלית כהגדרתה במאמר זה. בעוד שהעיגון המהותי אשר מציע השופט אור לחשיבותה המוסרית של הזכות לחינוך דומה לזה המוצע על ידי התאוריות הפוליטיות המחפשות אחר פיתוח יכולויותיו של הפרט, תוך הכרה במעמדם הממשי הנחות של חלק מהפרטים באוכלוסייה, התרגום של המהות המוסרית לשיח הזכויות החוקתי מפיל חלק מהמשמעויות הנגזרות מעמדה זו.<sup>163</sup>

לא ברור כי עניין גילית היה המקרה המובהק בו היה צריך להעלות את הטענה החוקתית או לדון בה. על פי עובדות פסק הדין לא התנכר משרד החינוך לצרכים המיוחדים של אוכלוסיית הפעוטות בהם טיפלה עמותת גילית, ולעובדה שפעוטות אלה זקוקים לתמיכה מיוחדת על מנת שיוכלו להשתלב במערכת החינוך הרגילה לכשיגדלו. הקושי שעלה בפרשה היה נעוץ בתמיכה הפרטנית והמקיפה אותה הציעה עמותת גילית ואשר שללה את האפשרות להפוך תכנית זו לתכנית רחבת היקף בהינתן המגבלה התקציבית. אך משרד החינוך חיפש אמצעים אחרים לקדם את אותה אוכלוסייה.<sup>164</sup> המקרים הקשים ביחס לזכות החינוך הם מקרים בהם זכותו של אחד לחינוך מתנגשת בזכותו של אחר לחינוך כאשר אין המדובר בחלוקת העוגה התקציבית גרידא.<sup>165</sup> כך למשל, פתיחת תכנית הלימודים לשיקול דעת כל בית ספר בנפרד יכולה לקדם את הזכות לחינוך של הקהילה המקומית אשר תחליט על משמעות החינוך באותה קהילה קטנה. עם זאת יש לצפות כי הדבר יביא לפערים באיכות

162. דנג"צ 5456/96 יצחק נ' שר החינוך, דינים עליון 27.

163. עם זאת יש לשים לב לעמדתו של השופט אור לסוגיית השוויון ולהסתמכותו על פסק דין של הנשיא ברק בבג"צ 7081/93 בוצר נ' מועצה מקומית "מכביס-רעות", פ"ד (נ1) 19 אשר ניתן בסמוך למועד מתן פסק הדין בעניין גילית, שם נדונה זכותו של ילד נכה לכך שיתאימו את בית הספר על מנת לאפשר לו ללמוד במוסד. במקרה זה העתירה התקבלה ואף הוטלה חובה אפירמטיבית להתאים את בית הספר לצורכי הילד. כפי שאטען בחלקו הבא של המאמר, עקרון השוויון מספק פתח לפיתוח עתירי, של שיח זכויות חברתיות.

164. השוו לבג"צ 5129/92 קרמן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד (מז) 678 שם נדונה שאלת הפרשנות והסבירות של תקנה אשר שללה גמלת שירותים מיוחדים מהביטות הלאומי להורים אשר ילדם האטיסטי היה במוסד הממומן באופן חלקי (אך ניכר) על ידי ההורים.

165. להדגמה יפה של הבעייתיות, ראו: ר' גביון "האם שוויון מחייב שילוב? המקרה של מערכת החינוך הממלכתי ביפו" (טרם פורסם, 28 למאי 1998). [המחברת מתארת את ניסיונותיהם של הורים חוקים "לברוח" מתכנית האינטגרציה שנקבעה בכנסת ב-1968, ובעיקר על רקע אופיה המיוחד של יפו בה מתגוררים יהודים וערבים זה בצד זה].

תכניות הלימוד כאשר משווים את היכולת של מורים והורים לפתח ולקדם חינוך קהילתי בקהילות מבוססות לעומת קהילות בעמדה סוציו-אקונומית נמוכה יותר. היתר לבתי ספר לממן את פעילותם על דרך של הכנסת פרסומת מסחרית וחסויות מסחריות לשטח בית הספר תיטיב את מצבם הכלכלי של בתי ספר באזורים שמצבם הסוציו-אקונומי גבוה יותר ותחדד את הפערים בין בתי ספר. ככל שהדבר יכול לקדם את תקצוב החינוך בבית הספר האמיד, הדבר מתחדד את הפערים התקציביים, ואת נחיתותם של בתי ספר בהם האוכלוסייה פחות אמידה. המרת תקצוב ציבורי לבתי ספר בתקצוב עצמי על בסיס מסחרי גם מפחיתה מהלחץ התקציבי הציבורי ומשתדלנות של ארגוני הורים ומורים המתבססת בדרך כלל על פעילות ההורים באזורים אמידים יותר. כך הופך התקציב הציבורי להיות פגיע יותר לזעזועים פוליטיים ולקיצוצים. בדומה, רצונם של ההורים ביישוב כרמי-יוסף להקים בית ספר אשר ישרת את הקהילה, במנותק מהמועצה האזורית אשר הרכב האוכלוסייה שלה הסרוגני יותר, נטען בשם הזכות לחינוך. לעומת זאת, רצונה של המועצה למנוע את בריחת כל המשפחות האמידות לבית ספר קטן וסלקטיבי והשארת כל היתר בבית הספר האזורי, אף היא נטענת בשם הזכות לחינוך. כך גם לגבי שילוב בעלי מוגבלויות בקהילה החינוכית.

בדומה לדיון בעניין עמית, גם כאן ניתן לטעון כי מאחר שאלה הן שאלות קשות יש להוציא אותן מחוץ לשיח החוקתי. עמדותי לגבי טענה זו בהקשר של חירות ההתארגנות ישימה גם כאן. קיים מתחם של סבירות. קיים מתחם של מידתיות. קיים מרחב שיקול דעת המאפשר לבית המשפט שלא להעמיד את עצמו בנעלי שר החינוך. לעומת זאת לא ניתן להוציא כל מחלוקת חברתית מחוץ לשיח החוקתי בשם הקונסנזוס. כפי שהודגם קודם לכן לגבי הזכות לבריאות, קיים שלב שבו הפרטת מערכת החינוך על דרך של מתן סמכות לקהילה המקומית לקבוע את תכני הלימוד, לתקצב את עצמה ולסגן את תלמידיה, תהפוך להיות החלטה שכמוה שלילת החינוך האפקטיבי מחלקים אחרים באוכלוסייה. באופן בלתי תלוי היכן מעבירים את הקו בין המותר לאסור, העברת הקו חייבת להיעשות במסגרת השיח החוקתי. לא ניתן להותיר מתחם חוקתי דל כל כך המתנכר לקושי הממשי של פרטים בחברה לקדם את יכולותיהם באופן עצמאי, תוך תקצוב אישי ותוך שיתוף פעולה מהסוג של quid-pro-quo עם מספר פרטים נוספים.

הדיון בזכות לחינוך מדגים את הפוטנציאל (לאו דווקא החיובי) בהוספת זכויות עתידיות לחוקי-היסוד הקיימים. הדיון כאן מתבסס בעיקרו על מקרה יחיד ויש להזהר מלהיתלות בכל מילה וניואנס של ההכרעה השיפוטית. עם זאת יש לשים לב למגמה דומה העולה ביחס לזכות לעבודה, ולדברי בית הדין לעבודה: "הזכות לעבוד או החירות לעבוד היא אכן מזכויות היסוד של כל אדם, אך אין זכות זו, או חירות זו, מכוונת לעבודה במקום עבודה מסוים או אחר, והיא אינה מאיינת את זכותו של מעביד, במסגרת הפרדוגטיבה הניהולית שלו לפטר עובד מחמת צמצום בעסקו או הפרת משמעת חמורה מצדו של עובד...זאת ועוד: חופש העיסוק אינו הזכות להיות מועסק".<sup>166</sup> גם אם ברור מאליו כי הזכות לעבודה איננה יוצרת לאדם זכות קנויה לעבודה זו או אחרת הדומה לזכותו של אדם להביע את דעתו בציבור, עמדתו של בית הדין (אשר ניתנה ללא כל קשר בפסק דין העוסק בשאלות אשר המרחק בינו לבין

166. דב"ע נה/264-3 קייסי - מוסך אופיר ש' ארמוזה בע"מ (לא פורסם).



שאלות חוקתיות רב עד מאוד) מעידה על נטייתו הטבעית לשיח אטומיסטי של זכויות כפי שראינו גם בהקשר של חירות התארגנות.<sup>167</sup>

### ג. הממד החברתי בהקשרים אחרים

כפי שהודגם בחלקים הקודמים של מאמר זה, ההנחה לפיה הזכויות הקיימות כיום אינן זכויות חברתיות שגויה היא. מרגע שחופש ההפגנה הורחב באופן המצריך הקצאת משאבים להבטחת המפגינים, הדבר מחייב יצירת סדרי עדיפויות חברתיים. ככל שעקרון השוויון מחייב הגדרה מהותית של מיהם השווים ומיהם השונים תוך פעולה אפירמטיבית לקידום השווים הנמצאים במצב נחות, הדבר מעיד על הכנסת ממד חברתי לתוך השיח החוקתי. המדובר בזכויות שבאופן היסטורי הן זכויות ליברליות אשר בית המשפט הרחיב את הגרעין האטומיסטי שלהן.

דווקא בשנים האחרונות נדרש בית המשפט להתעמת חזיתית עם הממד החברתי של זכויות בהתאם להגדרה המוצעת כאן. המדובר באירועים אשר לא הותירו לבית המשפט מנוס מליצור גבולות אשר אינם יכולים להיות מוגבלים ליצירת חיץ בין הפרט ובין החברה. המדובר בגבולות המחייבים מלאכה דיאלקטית של קישור והפרדה בד בבד. בניגוד לרתיעה המתמשכת של בית המשפט מלפתוח את השיח החוקתי לממד החברתי (להבדיל מההכרה בממד האטומיסטי) כפי שהודגם ביחס לחירות התארגנות והזכות לחינוך, במקרים אלה לא רק שבית המשפט היה מחויב בהכרעה החברתית, הוא אף הסכים להפנים את ההכרעה החברתית אל תוך השיח החוקתי. אבקש להדגים טענה זו בדוגמה אחת, אם כי לא היחידה.<sup>168</sup>

167. נרמה כי העמדה לפיה חופש העיסוק איננו "זכות להיות מועסק" מקורה בטעות מושגית. הזכות האטומיסטית לעיסוק היא הזכות לעסוק כמה שהפרט רוצה. ההנחה לפיה אין זכות להיות מועסק מבוססת על הרחבת הזכות גם לפן החיובי (ראו ברק, לעיל הערה 19, 686). לכשמרחיבים באופן זה את היקף הזכות לעיסוק מתקבלת תוצאה אשר לכאורה יכולה לחוות הגנה לעובדים מפני פיטורים ושמירה על עבודתם (job security). ללא ספק אין הדבר מתקבל על הדעת. אך זו איננה הדרך הנכונה לגזור את הפן החיובי של הזכות. טעות זו נובעת מהעמימות שבבסיס ההבחנה בין הפן החיובי והפן השלילי של זכויות. אם ננקוט גישה המבחינה בין הממד האטומיסטי והממד החברתי, הרי שהממד החברתי של חופש העיסוק הוא זה אשר דורש מהמדינה (ואולי אף ממעסיקים) ליצור את התשתית הראויה על מנת להבטיח כי הבחירה בעיסוק תהיה בחירה אמיתית בין אפשרויות. כאשר שיעור האבטלה בחברה עולה ומתקרב ל-10 אחוז מכלל האוכלוסייה העובדת, הרי שזו הפגיעה בממד החברתי של חופש העיסוק. הבעיה איננה בפיטורי עובד זה או אחר, כי אם בהיעדר תשתית כלכלית שתבטיח תעסוקה לכל. על פי גישה זו, מס מעסיקים המוטל על מעסיקים אשר אינם מכשירים את העובדים שלהם באופן שיאפשר להם להיקלט בשוק העבודה לאור סיום עבודתם דוגמת זה המוטל בצרפת, או הקלות מס למעסיקים אשר מגדילים את היקף כוח העבודה שלהם באופן משמעותי, הם ביטוי לממד החברתי של חופש העיסוק (ולא פגיעה בזכות קניין או בעקרון השוויון). ולכן יש לומר כי הפן החברתי של חופש העיסוק הוא הפן אשר מעניק משמעות מלאה לבחירה האישית בעיסוק.

168. ניתן להצביע גם על עניין נחמני כדוגמה למגמה המתוארת כאן, ובעיקר לעמדת הרוב בדיון הנוסף – דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד (4) 661. ראו גם את הביקורת של סיגל דוידוב-מוטולה על ההכרעה הראשונה של בית המשפט העליון; ביקורת המתישבת היטב עם רוח מאמר זה. ס' דוידוב-מוטולה "פסק דין פמיניסטי? היבט נוסף על פרשת נחמני" עיוני משפט כ (1996) 221.

סדרה של מקרים המדגימה היטב את נכונות בית-המשפט בהקשר זה היא זו אשר עוסקת בשאלת אחדות המצבות בבתי העלמין הצבאיים. זהו מקרה מובהק של מתח בין סולידריות המשפחות השכולות ובין רצון המשפחה הפרטית לביטוי אישי של שכול. בעוד שבראשית דרכה של הפסיקה החדשה בנושא ביכר בית-המשפט לדון בבעיה במונחים של המשפט המנהלי,<sup>169</sup> על פי עילת הסבירות, ובמנותק מהשיח החוקתי, המשך הפסיקה מועבר למתחם החוקתי. אך כבר בפרשה הראשונה, עוד בטרם נשור השיח החוקתי בשאלה, דחה בית-המשפט את הטענה האטומיסטית לפיה "כשבהר העותר שיקירו ייקבר בבית קברות צבאי, הרי שקיבל על עצמו לכפוף את עצמו להוראות הכרוכות בדבר".<sup>170</sup> טענה זו שהועלתה על ידי פרקליטות המדינה ניסתה להשתמש בטיעון ההסכמה, כפי שעולה לא פעם בהקשר הליברלי של אוטונומיית הרצון של הפרט, על מנת להדוף כל התערבות שיפוטית. טענה זו ניסתה לצייר התערבות שיפוטית כפגיעה באוטונומיית הרצון ועל רקע מציאות השכול בישראל ראויה היתה להידחות.<sup>171</sup>

המעבר מהשיח המנהלי לשיח החוקתי איננו חד. בדיון הראשון בעניין ויכסלבאום, בג"צ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון,<sup>172</sup> עדיין בוחרת עמדת הרוב התומכת באחדות המצבות בבתי העלמין הצבאיים לעגן את עמדתה מחוץ לשיח החוקתי תוך ציון סבירות ההחלטה של המועצה הציבורית להנצחת החייל. עמדת המיעוט של השופט ברק פונה לשיח החוקתי. השופט ברק מאזן בין עקרון האחדות של הכיתוב על גבי מצבות ובין כבוד האדם של הנפטר ומשפחתו. עצם ההפרדה של עקרון האחדות כאינטרס עצמאי מחוץ לכבוד האדם מעידה כי אין השופט ברק מזהה כאן מתח המופנם בעצם המונח "כבוד האדם", והדבר מתיישב היטב עם עמדתו הקונסיסטנטית לפיה זכויות היסוד הן אטומיסטיות וכל מערך האינטרסים האחרים מופנה לעבר פסקת ההגבלה.<sup>173</sup>

בדיון הנוסף, דנג"צ 3299/93 ויכסלבאום נ' שר הביטחון,<sup>174</sup> נזנח שוב השיח החוקתי המפורש אך הדומיננטיות של העיסוק בכבוד האדם מעידה כי עמדתו החוקתית של ברק נשזרה אל תוך הדיון ואיננה ניתנת עוד לניתוק. השופט שלמה לוין משמר את נקודת המבט האטומיסטית של השופט ברק המובילה אותו לראות בעקרון האחדות פטרנליזם על תוכן הכיתוב על גבי מצבות חיילים שנפלו במילוי תפקידם. אך עמדותיהם של השופטים דורנר ומצא "מרוככות" יותר. בדבריהם הם מדגישים כי אין סתירה בין הגישה הקולקטיביסטית אשר רווחה בעבר ובין כבוד האדם. כללי האחדות "ניחמו את המשפחות השכולות". הם אפשרו למשפחות לקרב את יקיריהן לכלל האוכלוסייה. יש לזכור כי במסגרת אלה התומכים באחדות נמצאים הורים שכולים אחרים. עם זאת, כבוד האדם מחייב מתן ביטוי גם לביטוי אישי של שכול. השופטים מצא ודורנר מדגישים את האפשרות לאינטגרציה של שתי התפישות: "אין

169. בג"צ 1438/91 גנוסר נ' שר הביטחון, פ"ד מה(2) 807.

170. שם, בע' 809.

171. דחיית טענה מקדמית זו מתיישבת היטב גם עם עמדת הרוב בע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 אשר נגעה בשכול בהקשר אחר.

172. פ"ד מו(2) 812.

173. ראו עניין תנופה, לעיל הערה 142, ולהלן והדיון בסעיף 7.5.

174. פ"ד מט(2) 195.

משמעות הרבר שבשל כיבוד הצורך לביטוי אישי יש לוותר על שורת האחידות. נהפוך הוא: אינן ראוי בין קיום האחידות בעינה לבין ההתחשבות ברצונו האישי של הפרט ליתן ביטוי אישי לכאבו, עשוי להביא לקביעת מתכונת אחידה, שבגדרה יינתן לפרט להביע את רחשי לבו.<sup>175</sup>

עניין ויכסלבאום אינו מעיד בהכרח על תהליך אינדיבידואליזציה של החברה לפרטיה. אמנם בית-המשפט מצביע על מגמות של תהליך שכזה בחברה ונותן להן ביטוי בפסיקתו ובתוצאה הסופית. אך אינדיבידואליזציה, כמו קולקטיביזם, אינם אלא אמצעים לביטוי כבוד האדם. הקולקטיביזם הדורסני של העבר לא הועיל לכבוד האדם, בדיוק כמו שהסרת כל אחידות מבתי העלמין לא היתה מועילה, ואף אחד מההורים השכולים, לרבות לא העותרים, לא הציע לעבור למסגרת המזונית לחלוטין את ההיבט הקולקטיביסטי. שלילת ההיבט הקולקטיביסטי-סולידרי היתה יכולה להביא לקומודיפיקציה של הזיכרון לנופלים בכפוף לכללי שוק ולהבלטת ההבחנות בין ה"ראויים יותר" ל"ראויים פחות".<sup>176</sup> על מנת לממש את כבוד האדם יש לתת ביטוי לאחידות המבטאת את השכול הלאומי והקושרת את המשפחה השכולה למשפחות אחרות ולקהילה כולה, כמו גם לביטוי אישי המשאיר את כל אלה מחוץ למתחם הכאב האישי של המשפחה.<sup>177</sup> בחירתה של משפחה אחת בהכרח משפיעה גם על משמעות הבחירה של אחרת. לא ניתן לנתק את בחירתה של משפחה אחת מהבחירה של משפחות אחרות אשר אינן פועלות כקולקטיב אך מרכיבות את הקהילה שכל משפחה אשר שכלה את בנה בעל כורחה משויכת לה. אפילו שונות הביטוי שמשפחה אחת רוצה להעניק לשכול הפרטי שלה, וזאת על מנת להצהיר על ייחודה של הרגשתם, מגיחה כי משפחות אחרות יצרו את הסטנדרט אשר רק ביחס אליו ניתן להצהיר על שונות. הביטוי האינדיבידואלי תמיד מחייב את קיומו המקדמי של הביטוי הקולקטיבי. ולכן, מתן ביטוי אמיתי ל"כבוד האדם" מחייב העברת גבולות המנסים לקשור בין פרטים ולהפריד ביניהם באותה העת.

על מנת לתת ביטוי אמיתי לזכותן של משפחות הנופלים לכבוד יש להפנים הן את הערך הקולקטיביסטי והן את הערך האינדיבידואלי אל תוך המונח "כבוד האדם". במובן זה עושה השופט ברק רק את מחצית הדרך. הוא נותן ביטוי לשני הערכים, אך הערך האינדיבידואלי מעוגן בזכות ואילו הערך הקולקטיביסטי מעוגן בעיקרון המתאזן עם הזכות. עם זאת יש לשים לב כי מחצית הדרך, ואף יותר מזה כפי שעולה מפסק דינם של השופטים מצא ודורנר, נעשתה. אין האיזון מופקד בידי ניטרליות המעוגנת בעילת הסבירות. נושא השכול נוגע בעצבים חשופים של מושג "כבוד האדם" ועל פניו ראוי יותר לשיח חוקתי מאשר נושאים רבים אחרים הנגזרים כיום מכבוד האדם, כפי שיובהר בהמשך.<sup>178</sup>

175. שם, עמ' 207.

176. הפיכת השכול למצרך בהכרח מכפיפה אותו לתנאי שוק וליכולת תשלום של המשפחות לביטוי כאבן. על כך ראו: בג"צ 5394/92 הופרט נ' ייד ושם", רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מת(3); 353; ובאופן כללי:

M.J. Radin *Contested Commodities* (Cambridge U.S.A., Harvard University Press, 1996).

177. על מורכבות קשר דיאלקטי זה, ראו: ב' גור אבן תחת אבן (ירושלים, כתר, 1997).

178. ראו להלן חלק 7.ב.

ההבחנה בין הממד האטומיסטי והממד החברתי של כל זכות מאירה את הקשיים העומדים בפני בית המשפט בפיתוח שיח זכויות חברתיות. אך להטת הדגש מרשימת הזכויות לאופן בו מטפלים בזכויות עצמן כות לא רק במישור הדסקרפטיבי, כי אם גם במישור הנורמטיבי. הכרה בצורך בפיתוח הממד החברתי של שיח הזכויות מהייבת לנתב את השיח החוקתי הקיים לאפיקים חדשים. בחלקו האחרון של מאמר זה אצביע על כיוונים רצויים להתפתחות השיח החוקתי. בהתאם לטיעון אשר פותח עד כה, אנסה להצביע על הכות הקיים בזכויות המנויות כיום בחוקי היסוד על מנת לפתח את הממד החברתי, ולא דווקא על ניסוח כזה או אחר של הצעת חוקי יסוד; זכויות חברתיות. הזכויות החברתיות קיימות כבר עלי ספר במפורש. אין הזכויות הקיימות במפורש ממצות את רשימת הזכויות להן ישראל ראויה בחוקתה, אך אין חלקיות הרשימה מונעת מלקדם שיח חברתי חדש בבית המשפט.

#### 7. מהדסקרפטיבי לנורמטיבי – האפשרויות הקיימות בשיח החוקתי לפיתוח הממד החברתי

הדוגמאות אשר הובאו עד כה לגבי השיח החוקתי החדש, כמו גם עמדת בית המשפט העליון בהקשרים לבריתותיים, מעידות על הקושי האמיתי של בית המשפט במעבר משיח זכויות אטומיסטיות לשיח זכויות חברתיות. עתידן של זכויות חברתיות בישראל לכן איננו תלוי אך ורק בעיגון של זכויות חדשות במסגרת חקיקת היסוד. התרומה של הוספת זכויות מפורשות ערכית היא, אך ככל שיתפתח שיח זכויות חברתיות יזוותר השיח החוקתי חסר, ללא הכרה בתלות ההכרחית של אדם בקהילה בה הוא חי ובעיצוב ההכרחי של תלות זו על מנת לקדם את יכולתו של כל אדם ולהרחיב את יכולותיו הנדרשות על מנת לעצב באופן אישי את ספר חייו.

פיתוח הגרעין האטומיסטי של הזכויות המסווגות באופן קלאסי כזכויות ליברליות לעבר הממד החברתי מעיד על כך כי אנו נמצאים בתחילתה של התפתחות חוקתית פוטנציאלית. אך יש לזכור כי המשפט איננו פועל בחלל ריק וכי עיצוב ההתפתחות המשפטית תלוי בערכים החברתיים המזינים אותו. הנכונות לשרטט גבולות המקשרים, להבדיל מגבולות היוצרים חיץ, בין פרטים, כפופה לתהליכים חברתיים גיאוליברליים המחפשים את הניתוק. ההכרעה השיפוטית לוקחת חלק בגיבוש הזהות החברתית ועיצוב אופיה של הקהילה. נכונותו של בית המשפט להתמודד עם שאלות אלה איננה מבטיחה קידומה של אידאולוגיה חברתית זו או אחרת, אך היא יוצרת את המשבצות המשפטיות ההכרחיות אשר בלעדיהן לעולם לא תתאפשר יצירת התנאים להתפתחות הפרט התלוי ומעוצב על ידי הקהילה בה הוא חי. במילים אחרות, כל עוד דבק בית המשפט בממד האטומיסטי של שיח הזכויות לא תיתכן הכרה במהותו האמיתית של האדם הממשי הנאבק על הרחבת יכולותיו ובהכרה בויקתו לקהילה. הכנסת הממד החברתי לשיח החוקתי תפתח את הפתח להכרה שכזו, אך כשלעצמה איננה מבטיחה דבר. גאה לי כי מי שמצפה כי בית המשפט יקדם אידאולוגיה ערכית מגובשת המנותקת מתהליכים חברתיים בקהילה עצמה, תולה ציפייה מוגזמת בתפקיד בית המשפט.<sup>179</sup> כל שניתן לצפות בשלב זה הוא לפיתוח התשתית המשפטית אשר

179. Kennedy, לעיל הערה 34.

לפחות לא תסגור את הדלת בפני אידאולוגיות חברתיות מסוימות, ושיתן להן לגיטימציה והזדמנות הוגנת במסגרת השיח החוקתי החדש.

#### א. הממד החברתי של זכויות מול אינטרסים חברתיים

בחוקי היסוד הקיימים כיום קיימת פסקת הגבלה המאפשרת פגיעה בזכות בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הגדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו. גם בניסיון האחרון להרחיב את רשימת חוקי היסוד העוסקים בזכויות האדם מופיעה פסקת הגבלה דומה (למעט בהצעת החוק; זכויות חברתיות).<sup>180</sup> לפסקת ההגבלה תפקיד חשוב בתורת המשפט החוקתית המתפתחת לאחרונה. כיום זו המשבצת השמורה להכרה באינטרסים חברתיים וכלכליים. בדוגמאות שהובאו עד כה צוין תפקידה של פסקת ההגבלה ככלי אשר קידם הכרה בערכים המתנגשים עם הגדרת הזכויות האטומיסטיות. במספר הקשרים הכיר הנשיא ברק בשיקולים חברתיים על דרך של צידוק פגיעה בזכות כפי שמתאפשר מפסקת ההגבלה. עמדתו ברורה היא: דמוקרטיה מחייבת שמירה על זכויות אדם, אך אין הדבר אומר כי אין לאפשר פגיעה בזכויות אדם בדמוקרטיה. לעמדתו, בכל דמוקרטיה יש צורך לעתים לפגוע בזכויות אדם והדבר מתיישב היטב עם הרעיון הדמוקרטי. שיטה זו באה לידי ביטוי מובהק בפסק הדין התקדימי בעניין בנק המזרחי, שם נקבע כי גם אם "חוק גל" פוגע בזכות הקניין, הפגיעה מוצדקת היא שכן היא באה לקדם ערכים חברתיים.<sup>181</sup> מפרשה זו גם נגזרה הבחינה הרושלבית על פיה בוחנים ראשית אם נפגעה זכות יסוד, ואם זכות שכזו אכן נפגעה, פונים לבדוק אם הפגיעה עומדת במבחני פסקת ההגבלה. על כן קובע הנשיא ברק כי עקרון האחידות הוא בגדר סיבה חברתית המצדיקה פגיעה כלשהי בזכות משפחות הנופלים לכבוד ולהבעה אישית של שכול. בדומה, הטעמים החברתיים להגנה על העובד מצדיקים את הפגיעה בחופש העיסוק של חברות כוח האדם.

האם פסקת הגבלה מיתרת את הדיון בממד החברתי-כלכלי של זכויות? במקום להכניס את הממד החברתי-כלכלי להגדרת היקף הזכויות ומהותן, נדון באותם השיקולים ממש במסגרת פסקת ההגבלה.<sup>182</sup> ממילא כל פגיעה בזכות יסוד מחייבת את מבחן פסקת ההגבלה ולכן אין סדר הבחינה משנה, והעיקר שבית המשפט ייתן את דעתו להיבטים החברתיים המתבקשים מהדיון. טענה זו שובה את הלב. היא מאפשרת לתחום את הזכויות באופן פשוט על דרך הגדרה אטומיסטית, ובאותו הזמן להכניס את הממד החברתי-כלכלי במסגרת הדיון בפסקת ההגבלה. די במספר פסקי דין אשר יבהירו כי הטעמים הסוציאליים מאחורי חקיקת המגן עונים באופן מושגי על הנדרש

180. ראו לעיל חלקו הראשון של מאמר זה.

181. לעיל הערה 143.

182. ראו למשל את הטיפול בשיקולים העולים במסגרת פסקת ההגבלה אצל השופט גולדברג בבג"צ 5503/94 סגל נ' יושב ראש הכנסת (טרם פורסם): "עניין לנו בחוק כלכלי בו משמשת הגשמת התכלית (ייעול הגבייה) 'חריב' ו'מגן' גם יחד. שכן, סוג הזכות הנפגעת עקב הגברת ייעול הגבייה, שהיא זכות כלכלית, וזה לזכות הנפגעת אלמלא הוגברה יעילות הגבייה, שאף היא זכות כלכלית".

בפסקת ההגבלה על מנת להבטיח כי התכלית של חוקי המגן תעמוד במבחן השיפוטי גם לאחר המהפכה החוקתית. אמנם, לו עקרון המידתיות היה מתפרש באופן המצר את מתחם הפעולה של המחוקק באופן משמעותי, כי אז השימוש בפסקת ההגבלה היה בעל אפקט מגביל. אך מאחר שבהקשר של אינטרסים חברתיים בית המשפט העליון איננו נוטה להכביד יתר על המידה במסגרת פסקת ההגבלה, שתי האפשרויות לכאורה נותרות דומות,<sup>183</sup> עמדה זו איננה נקייה מספקות.

ראשית, לחוקה המתפתחת יש השפעה ערכית של ממש. כמו שחוקה ללא הכרה בזכויות המנויות באופן היסטורי עם הזכויות החברתיות מתעלמת מפן מהותי של תכלית האדם ויחסו לחברה, כך גם חוקה המזויה את הממד החברתי-כלכלי לפסקת ההגבלה. נבחן לדוגמה את התקיפה החוקתית האפשרית של חוק שכר מינימום. מדוע זכות הקניין במובנה האטומיסטי מקבלת את הבכורה, והכנסת מינימום לכל עובד היא אינטרס המצדיק (או לא מצדיק) פגיעה? מדוע לא נהפוך את סדר הדברים ונאמר כי זכותו של כל אדם להכנסה שתבטיח לו קיום בכבוד היא זכות היסוד, וכי האינטרס הקנייני של מעסיקים הוא בגדר אינטרס חברתי המצדיק (או לא מצדיק) פגיעה?<sup>184</sup> לכאורה, אם סדר הצגת הדברים איננו משנה, הרי ששתי האפשרויות המוצגות כאן זהות. עם זאת די ברור שאין זהות בין שתי האפשרויות, ובמציאות החברתית הקיימת כיום בישראל, האפשרות השנייה יכולה לעורר חיוך ספקני. דוגמה נוספת ברוח דברים אלה ניתן להביא בקשר לעמדתו של הנשיא ברק לגבי אופיה של החוקה הכלכלית.<sup>185</sup> לעמדתו אין החוקה מעדיפה פרוגרמה חברתית-כלכלית זו או אחרת, אך "נקודת המוצא לדיון היא של כלכלה חופשית". כלומר, כל ניסיון לרגולציה מחויב לעמוד במבחן פסקת ההגבלה. לעומת זאת, כל ניסיון להפרטה עונה, לכאורה, על הגתת נקודת-המוצא ולכן ישלול את הצורך בקפיצה על משוכות פסקת ההגבלה. האם זו ניטרליות חברתית? "כלכלה חופשית" כמו חירות האדם היא מונח ג'נרי, קליט, ונשמע טוב. אך כלכלה חופשית איננה זהה לחירות האדם או כבודו. מדוע כלכלה חופשית זוכה למעמד הבכורה, בעוד שניסיונות רגולטיביים של הכלכלה מחויבים בבחינה נוספת?

למרות אחדות התוצאות במקרה זה או אחר, ההבדל בין שתי הגישות אינו דק ואין המדובר בהבדל סמנטי גרידא. ניתן גם להצביע על הבדלים פרקטיים של ממש בין שתי הגישות. כך למשל מסביר הנשיא ברק כי נטל ההוכחה על הטוען לפגיעה בזכות חוקתית הוא על הטוען עצמו. משהרים נטל זה, עובר הנטל לצד האחר להוכיח כי נתקיימו תנאי פסקת ההגבלה.<sup>186</sup> אי לכך, ההגדרה האטומיסטית של הזכות תקל על מלאכת הטוען לפגיעה בזכות החוקתית והעברת מלאכת הצידוק והקושי ההוכחתי לטוען לעמידתו בפסקת ההגבלה. לו היינו רואים בבעיה משום הגדרה של היקף הזכות

183. ראו את עמדתה של השופטת דורנר בעניין תנופה, לעיל הערה 142, ובעניין מנהלי ההשקעות, לעיל הערה 5.

184. יש לציין כי דווקא זכות הקניין הפרטי לא עוגנה בחלק מהחוקות בעולם מתוך רצון מפורש שלא להעלותה לרמה על-חוקית.

185. ברק, לעיל הערה 106.

186. ברק, לעיל, הערה 19, בע' 373-374, 478-481. יש לציין כי ברק מציין ש"אין להטיל על הטוען לחוקתיות החוק נטל כבד מנשוא." הנטל בו הוא תומך הוא זה הקנדי, הדומה לנטל בהליכים אזרחיים - "עודף הראיות או נטייה של מאזן ההסתברות".

כי או שני הצדדים היו צריכים להתחרות כשווים עוד בשלב הראשון. לצורך ההדגמה נניח כי חקיקת המגן בתחום דיני העבודה עומדת למבחן. על פי הגישה האחת, די לארגון מעסיקים העותר לבית-משפט כדי לטעון לאי-חוקיותה להראות כי יש כאן פגיעה בחופש הקניין, חופש החוזים וחופש העיסוק. גישה אטומיסטית להגדרת היקף זכויות אלה תבטיח כי שלב התקיפה יהיה קצר מאוד, ומיד יועבר הנטל להוכחת העמידה בפסקת ההגבלה לצד הטוען לחוקתיות החוק. חולשת הצידוק המוצע על ידי המדינה יפעל כנגדה. אך אם נניח כי בהגדרת היקפן של הזכויות הנ"ל יש לבחון את הממד החברתי-כלכלי עוד בשלב הגדרת היקף הזכות, כי אז הנטל הוא על העותרים להוכיח מדוע היעדר הסדרה של שוק העבודה (בכל הנוגע לחוק העומד בפני תקיפה חוקתית) רצויה היא. חולשת הטיעון של העותרים תפעל כנגדם.

ניתן להתחקות אחר ההבדל המהותי בכל הנוגע למקומם של היבטים חברתיים בשיח הזכויות החדש משולי מחלוקת השופטים בעניין קונטרם.<sup>187</sup> עיקרה של פרשה מעניינת זו – אם האזרח חב חובת הגינות כלפי השלטון – איננו שייך למאמר זה.<sup>188</sup> אך על מנת לענות על שאלה עקרונית זו פונה בית-המשפט, באופן ישיר ומפורש לתאוריה פוליטית וזאת על מנת לאפיין את מערכת היחסים בין הפרט ובין המדינה. פנייה זו מבורכת היא, וכאמור בחלקו השני של מאמר זה – אף מותיבת. השופט זמיר, במטרה לעגן את עמדתו לגבי השאלה הקונקרטית, מציג תפישה המכירה בקשר הבלתי ניתן לניתוק בין הפרט ובין הקהילה בה הוא נמצא. באחת ההצהרות החזקות ביותר של בית-המשפט העליון בכל הנוגע לממד החברתי-כלכלי של זכויות היסוד, אומר השופט זמיר בעניין קונטרם:

"מדינת ישראל היא דמוקרטיה מהותית, שבה כל המוסדות היציגים מונחים על ידי ערכי יסוד, ובמרכזם כבוד האדם וחירותו, במטרה לשרת את האדם באשר הוא אדם.

... לפי תפישתו של הנשיא ברק, 'משטר דמוקרטי מבוסס על הכרה בזכויות האדם של הפרט... תפקידו של השלטון הוא לקיים חברה אשר תכבד זכויות אדם...'. אכן, זאת היא תפישה רווחת של המשטר הדמוקרטי בימינו ובמקומנו. אך, לשיטתי, זאת היא תפישה חלקית. משטר דמוקרטי הוא יותר מאשר הכרה והגנה על זכויות האדם. זכויות האדם הן, ערך עליון, אמנם, אך לא ערך יחיד. האדם הוא יותר מאשר אגד זכויות. הוא גם אגד של צרכים, נטיות ושאיפות. לפיכך אין לומר כי תפקיד השלטון הוא לכבד את זכויות האדם. נקודה. אכן, זהו תפקיד ראשון במעלה. אך זהו רק אחד התפקידים. יש לומר גם, בנשימה אחת, שתפקיד נוסף הוא לקדם את רווחת האדם. כל אדם. ועוד תפקיד הוא לעשות צדק חברתי. צדק לכל. זכויות האדם אינן אמורות להאפיל על רווחת

187. לעיל הערה 128.

188. אבקש להדגיש כי אני עוסק כאן בשוליים של פסק דין זה, אם כי שוליים עקרוניים. אין בדיון זה כל התייחסות לשאלה המרכזית שעמדה לדיון והיא זו הנוגעת לחובת הפרט כלפי המדינה. אי לכך גם אבקש להדגיש כי גם אם עמדתו של השופט זמיר כפי שתובא בהמשך מתיישבת היטב עם הגישה הננקטת במאמר זה, אין אני נוקט עמדה לפיה המסקנה אשר מגיע אליה השופט זמיר ככל הנוגע לחובת הפרט כלפי המדינה היא זו המתחייבת מהנחות היסוד שלו.

האדם ועל הצדק החברתי. אסור שזכויות האדם ישמשו רק את האדם השבע. צריך שכל אדם יהיה שבע, כדי שיוכל ליהנות, למעשה ולא רק להלכה, מזכויות האדם. זהו תפקיד משולב. ואין להטיל תפקיד זה על השלטון בלבד. זהו, בראש ובראשונה, תפקיד החברה. כלומר, זהו תפקיד של כל אחד מאתנו.

...

כך אני רואה את האמנה החברתית. האמנה החברתית אינה עובדה היסטורית, שאפשר לקבוע את תוכנה, אף לא מסמך משפטי, שאפשר להתווכח על משמעותו. האמנה החברתית אינה אלא רעיון הנותן ביטוי לדמות הרצויה של החברה.

...אני רוצה לראות את המדינה כשותפות. כמובן, לא שותפות במובן של המשפט הפרטי, אף לא שותפות כיחס משפטי, אלא שותפות כתפישה רעיונית, שתבוא במקום התפישה של המדינה כשלטון. המדינה, לפי תפישה זאת, היא מפעל משותף של כל האזרחים.

...

תפישת השותפות עשויה להשפיע על מערכת הזכויות והחובות של האזרח מזה והמנהל הציבורי מזה. השותפות אינה מתמצה בבחירות תקופתיות... השותפות פירושה מתן הודמנות אמיתית לאזרח להשתתף בניהול השוטף של ענייני המדינה, ואפשרות מעשית לפעול ולהשפיע מיום ליום, ולא רק בדרך של בחירות".<sup>189</sup>

הגם שעמדתו של השופט זמיר אינה מפנימה במפורש את הממד החברתי אל תוך הגדרת הזכויות, הרי שהיא נותנת מעמד נורמטיבי לממד החברתי מעצם הגדרתה של המדינה כשותפות. אל מול עמדה זו מביא הנשיא ברק עמדה כמעט דומה, לפיה: "משטר דמוקרטי מבוסס על הכרה בזכויות האדם של הפרט. זכויות אלה טבעיות הן לאדם כאשר הוא אדם. זכויות אלה לא באו לו לאדם מהשלטון, והן קודמות לשלטון. תפקידו של השלטון הוא לקיים חברה אשר תכבד זכויות אדם. כמובן, החיים המשותפים בחברה מחייבים לעתים לפגוע בזכויות האדם. לא ניתן להגן על זכויות האדם בלא לפגוע בזכויות האדם. משטר דמוקרטי אינו מתאפיין בכך שהוא אינו פוגע בזכויות האדם. זכויות האדם אינן מרשם לכיליון לאומי. משטר דמוקרטי מתאפיין בכך כי הפגיעה בזכויות האדם נעשית לתכלית המקדמת זכויות אדם, והפגיעה אינה מעבר למידה הדרושה. משטר דמוקרטי מאפשר פגיעה בזכויות אדם כדי לקיים מסגרת חברתית השומרת על זכויות האדם. הזכות של הפרט והפגיעה בה יונקים ממקור משותף.

...

מניתוח זה לא נובע כי הפרט אינו חב כלל בחובות כלפי השלטון. דמוקרטיה אינה רק זכויות אדם. דמוקרטיה היא גם חובות אדם - חובות כלפי הפרטים האחרים וחובות כלפי השלטון. אכן, דמוקרטיה מבוססת על חיים משותפים, ועל אינטרסים לאומיים. השלטון פועל למען הציבור. לשם כך יש להעניק לו זכויות (במובן הרחב) שאם לא כן לא יוכל להגשים את האינטרס הכולל. מתן

189. שם, פסקאות 42-44 לפסק דינו של השופט זמיר.



זכויות לשלטון משמעותו הטלת חובות על הפרט כלפי השלטון. חובות אלה באות לאפשר לשלטון להגשים את היעדים המוטלים עליו במשטר הדמוקרטי. הן נגזרות מהחיים המשותפים ומהצורך לקדם את הירותו של כל פרט ופרט. הן מבוססות על תפישה של מדינת רווחה מודרנית ועל סולידריות חברתית. הן נגזרות מתפישה הרואה את הפרט כמי שמעוצב על ידי החברה, ולפיכך קיים באישיותו, בהכרח, 'פן חברתי' ממנו נשאב הצורך הפנימי להתחשב בכלל. כמו כן הן נגזרות מדרישת החברה כלפי הפרט, בהיותו חלק מהחברה, לפעול למען הכלל. הן פרי האיזון בין צורכי הכלל לזכויות הפרט.

...חובות הפרט הן חובות המבוססות על תפישת האדם בחברה דמוקרטית ועל תפקיד השלטון במשטר דמוקרטי. נקודות המוצא שלהן הן חירות הפרט, מהד גיסא, ותפקיד השלטון, מאידך גיסא.<sup>190</sup>

למרות הדמיון הרב בין שתי העמדות הרי שאלה מציגות תפישות שונות, אשר הדיון בפסקת ההגבלה עוזר להבין. עמדתו של השופט זמיר רואה במדינה שותפות ומשותפות זו נגזרות הזכויות והחובות של הפרטים. עמדתו של הנשיא ברק רואה בזכויות כקודמות למדינה. החובות הן תולדה של ההכרח הנקרא מדינה; הכרח אשר נועד להבטיח ולהגן על זכויות הפרט. ולכן, למרות ההכרה בחשיבותה של סולידריות לקהילה, הנשיא ברק מחייב איזון נקודתי לגבי כל פגיעה בזכות יסוד. מעמדתו עולה כי המדובר בזכויות אטומיסטיות אשר כנגדן עומדים אינטרסים ציבוריים, ולא זכויותיהם של אחרים. אכן גם הנשיא ברק מדגיש כי המקור הנורמטיבי של זכויות ושל אינטרסים חברתיים הוא אותו מקור - הרעיון הדמוקרטי. ייתכן כי התפתחות הפסיקה המבחינה בין זכויות לאינטרסים חברתיים, ובין זכויות וחובות אכן תבהיר כי אין הבדל בין שתי המתודות. עם זאת בשלב ההתפתחות היוצרת של תורת המשפט החוקתית בישראל, יש חשיבות להבחנה בין שתי הגישות. על מנת לסכמן ניתן להציגן באופן הבא:

"הגישה המפצלת": על פי גישה זו זכויות הפרט קודמות. זכויות אלה הן בעיקרן אטומיסטיות. אכן יש לאפשר פגיעה בזכויות אלה שכן זכויות הפרט אינן הזות הכל במשטר דמוקרטי. עם זאת, כל פגיעה בזכות בשם אינטרס חברתי חייבת לעמוד במבחני פסקת ההגבלה או בנוסחאות איזון אחרות בהן מעמדן הנורמטיבי של זכויות ככל הנראה גבוה יותר. הזכות קודמת לכל, ואילו מערך האינטרסים אשר מביאה עמה המדינה חייב לעמוד במבחן קשה. הזכות היא טבעית, ואילו האינטרס הוא פוליטי. הזכות קודמת לטוב-החברתי. "הגישה האינטגרטיבית": על פי גישה זו זכויות הפרט הן זכויות אשר מפנימות לתוכן את המתח בין משמעות הזכות כבונה חיץ סביב הפרט וממד הזכות אשר מקשר בין הפרט לאחרים. ממד זה יכול להתבטא בכך שההכרעה בדבר היקף הזכות תהווה חובה להלק מתקהילה ורווחה לאחרים. כאשר מפנימים מתח זה אל תוך הגדרת הזכות ברור כי לא כל פרט מעריך את הזכות באותה המידה. עם זאת, כל הגדרה, בהכרח, לא תרצה את הכל. יש להבין כי הממד החברתי-כלכלי של זכויות מחייב הכרעות קשות. הכרעות אלה נעשות

190. שם, פסקאות 3, 7-8 לפסק דינו של הנשיא ברק.

בשלב הגדרת הזכות ולא במסגרת פסקת ההגבלה. היקף ותוכן הזכות הם פרי תוצר של שותפות ואינם קודמים לה. הזכות מתגבשת על פי הטוב-החברתי וזה קודם לה.

כפי שהצבעתי קודם לכן - עצם הוספת זכויות נוספות לרבות אלה המנויות ברשימה הקלאסית של זכויות חברתיות-כלכליות-תרבותיות, אינו מבטיח כי בית-המשפט יפנים את הממד החברתי-כלכלי אל תוך הגדרת הזכות והיקפה. גם זכויות נוספות יכולות להתפרש כזכויות אטומיסטיות. אך האם הזכויות הקיימות כיום (כמו גם חדשות שתיתוספנה) מאפשרות להפנים את הממד החברתי? לעמדתי האפשרות קיימת כפי שיובהר בסעיפים הבאים.

### ב. כבוד האדם וחירותו

כבוד האדם, חירותו ואוטונומיית הרצון של הפרט הפכו להיות מונחים שגורים עד כדי כך שהם מועלים על נס בכל דיון אפשרי. בעוד שהדיון בעניין קונטרם, כמתואר בסעיף הקודם, מהווה חידוש מרתק במתודה הפסיקטית המתבטאת בנכונות לרדת לנבכי התאוריה הפוליטית על מנת להבהיר את מושגי היסוד, בדרך כלל אין כמעט כל הסבר לגבי מיהו האדם? מהו כבודו? מה משמעות חירותו? ומהי אוטונומיית הרצון הפרטי? מעבר לעמימות מושגים אלה, הם גם לוקים במידה מסוימת של אימפריאליזם משפטי, ומאיימים להשתלט על השיח החוקתי ולייתר את הצורך בזכויות הפרטיקולריות. גם אם נניח בצד את שאלת רציית האימפריאליזם של מונחי שסתום ו"זכויות מסגרת", נראה כי העמימות המונחת בבסיס "כבוד האדם וחירותו" מצטיירת כבעייתית במיוחד. אבקש להדגים זאת לגבי המונח "כבוד".

אחת הגישות המקובלות בשיח החוקתי, עוד בטרם הושקה המהפכה החוקתית, היא לגזור מכבוד האדם את אוטונומיית הרצון של הפרט, וממנה לגזור את חופש החושים. על פי הגישה המפצלת, הדבר מביא לכך שיוצרים חיץ בין פרטים ובין החברה, ומעלים את חופש החושים, במובנו האטומיסטי, לדרגה חוקתית. מכאן כל ניסיון לקדם ערכים אחרים חייב לעמוד במבחני איוון המניחים פגיעה בזכות יסוד.<sup>191</sup> הסכנה בגזירה כפולה זו היא שחל ריתוק בין הגרעין הערכי שבמונח "כבוד האדם" ובין הגדרת מהות הזכות. כך למשל, בפסיקת בית הדין הארצי לעבודה, מאוכר בית הדין את פסיקת הערכאה הראשונה, שם הוסבר כי "עקרון השוויון צריך להתאזן עם טענת המערערים לזכותם לממש את האוטונומיה של הרצון הפרטי שלהם באופן שיפעל לרווחתם הכלכלית ולא-תחרות מבהוץ".<sup>192</sup> המערערים במקרה זה הם בראש ובראשונה בית החולים שערי צדק, מנכ"ל בית החולים ומנכ"ל מתלקה בבית החולים הפועלים כשלושים של הארגון כנושאי משרה בו. מהי בדיוק אוטונומיית הרצון הפרטי

191. דוגמה לגישה זו ניתן למצוא בפסק דינו של השופט נרק בד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441 אשר מאזן בין חופש החושים ובין עקרון השוויון. גישה שונה ניתן לראות בפסק דינו של הנשיא שמגר באותו עניין אשר רואה בחופש החושים ככולל את עקרון השוויון, ולכן אין הוא צריך לאזן בין השניים.

192. דב"ע נו/182-3 המרכז הרפואי שערי צדק - ד"ר פרט, עבודה ארצי כט(1) 312.

של שערי צדק? והאם בכלל לגיטימי למנהל ביה"ח להפעיל את אוטונומיית הרצון הפרטי, כאשר אותו מנהל קשור בחוזה עם ביה"ח (אליו אכן נכנס תוך הפעלת אוטונומיית הרצון הפרטי) לפיו הוא חייב לפעול על מנת לקדם את האינטרס הכללי של ביה"ח. ההנחה לפיה לתאגיד קיימת אוטונומיית רצון פרטי משכיחה כי אוטונומיית הרצון פותחה בתאוריה הפוליטית כניסיון לאבתן בין האדם ליצורים אחרים, ובין האדם החופשי לבעל הסטטוס הפיאודלי, האקסטרפולציה לפיה אוטונומיה זו חלה גם באופן ישיר וזהה גם על ישות משפטית כתאגיד איננה ברורה מאליה כלל וכלל.

הגישה האינטגרטיבית מחייבת לבחון את היקף המונח "כבוד האדם" על דרך של מתן תוכן חוקי-משפטי לרעיון של כבוד. בית-המשפט העליון, ואף במאמרים העוסקים בחוק-היסוד<sup>193</sup>, עוסקים רבות בשאלה אם ניתן להכניס זכויות אשר אינן מפורטות בחוק-היסוד במפורש בדל"ת אמות המונח "כבוד האדם". אך בדומה למתודה השיפוטית של השופט אור בעניין גילית, הדיון מפנה בעיקר לנימוקים פוזיטיביסטיים, דוגמת האם חופש הביטוי אשר לא הועבר בחוק-היסוד ראוי ש"יכנס" בדלת האחורית לגדר השיח החוקתי, וכיצד הדבר מתיישב עם כוונת המחוקק (מכונן)? וכיצד ניתן לתת ביטוי להבדלי הלשון בסעיפים השונים של חוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו? השופט ברק<sup>194</sup> מציין כי חופש הביטוי, השוויון, חופש התנועה וחופש ההתאגדות ואף חופש ההתקשרות החוזית אכן נכנסים בגדר המונח "כבוד האדם", אך את חירות השכיחה הוא משאיר בצריך עיון. הוא מניח שהזכות להכנסה החיונית לקיום אכן נכנסת למשבצת של "כבוד" האדם, אך לא בהכרח זכות לבריאות, להינוך או לתעסוקה. כיצד מסבירים הבחנות אלה? מהי בדיוק דמותו של האדם העומדת לעיני בתי-המשפט כאשר הם עושים הבחנות שכאלה? כיצד לומדים בתי משפט את היקף המונח "כבודו של אדם" או חירותו?

בהיעדר תפישה מגובשת של מהו בדיוק כבוד האדם, ומהי דמות האדם אותה אנו שמים מול עינינו, ניתן לזהות שימוש לא ברור ולא מדויק (ולאו דווקא שימוש יתר או שימוש פחות מדי) של המונח כבוד. כך לדוגמה, בדב"ע נא/421-4 הסתדרות הכללית, הסתדרות המהנדסים בישראל - תכנון המים לישראל בע"מ<sup>195</sup> הועמדה בפני בית הדין הארצי לעבודה השאלה העקרונית - האם חובת המעביד היא בבסיסה לספק לעובד עבודה בפועל או רק שכר? עמדת בית הדין היתה כי בבסיס הקשר בין עובד למעביד קיימת אך ורק החובה לספק שכר. בית הדין מגדיר מספר חריגים, רובם נוגעים למקרים בהם שכר המשתלם לעובד בזמן שהוא מושבת מעבודתו איננו מהווה תחליף מלא להכנסה שהיה העובד מקבל אילו היה עובד בפועל. בית הדין מציין בסוף רשימת החריגים גם את החריג העוסק בכבוד, כלומר: אם אי-העסקת העובד תפגע בכבודו אין המעביד יוצא ידי חובתו אם הוא משלם שכר בלבד אך לא מספק עבודה בפועל. המסר הערכי העולה מפסיקה זו הוא שקשר העבודה הוא בראש ובראשונה מקור להכנסה ולא מקור למימוש עצמי, להגדרה עצמית ולפיתוח האישיות. דווקא כאן

193. ה' סומר "הזכויות הבלתי מנויות" - על היקפה של המהפכה ההוקתית" משפטים כח (1997) 257.

194. א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא (1994) 271.

195. פד"ע כג 3. יש לציין כי פסק דין זה ניתן לפני חקיקת חוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו ואין לדעת אם הדבר היה משנה לו השאלה היתה עולה לאחר חקיקתו.

נדמה כי הגדרה ברורה יותר של מיהו האדם ומהו כבודו היתה מחייבת קביעת בררת מחדל הפוכה לפיה חובת המעביד היא לספק עבודה בפועל. התפישה הכלכלית-אינסטרומנטלית של קשר העבודה, להבדיל מתפישה הרואה בעבודה משום תהליך הקשור בקשר הדוק לערך האדם מעצבת את תפישת האדם את עצמו ואת ערכו האינסטרומנטלי בחברה.<sup>196</sup> עמדה זו מפחיתה מכבודו של אדם.

דוגמה הפוכה ניתן להעלות מדב"ע גד/41-4 ההסדרות הכללית החדשה – התעשייה האווירית לישראל בע"מ (פרשת רמת"א), שאף היא נדונה בבית הדין הארצי לעבודה.<sup>197</sup> בעמדת המיעוט נקבע כי העברת עובדים ממעביד למעביד מהווה פגיעה בכבוד העובדים משום שהדבר מעיד כי העובד נתפש כמצרך. עמדת המיעוט רואה בהעברת עובדים ללא הסכמה מפורשת של העובד משום פגיעה בעקרון תום הלב ובכבוד האדם. אך ניתן להקשות ולשאול מדוע העברת עובדים ממעביד למעביד בעת הליך רה"ארגון בו כלל העובדים ממשיכים לבוא לאותו מקום עבודה היא עניין של פגיעה בכבוד האדם? כאשר מדובר בעזרת בית אשר בעלי הבית אומרים לה ללכת לנקות אצל חברם הגר בדיר חזירים, ניתן להבין היכן הפגיעה האישית בכבודה של העובדת. זו מרגישה כמי שמועברת ממעסיק אחד לאחר כאילו אין היא אלא מכונת ניקיון. אך אין הדבר דומה לכך כאשר מדובר בציבור גדול של עובדים העובר כמקשה אחת, ללא שינוי במקום העבודה. אכן, עמדת המיעוט מחוקת את העמדה האסטרטגית של העובדים במהלך רה"ארגון, ואילו עמדת הרוב מציבה אותם בנקודה הלשה יותר. ייתכן שמערך הכוחות במשק מחייב עמדה זו, וייתכן שאת האחרת, וההכרעה בין השתיים איננה חיונית כאן. עם זאת, ככל שההכרעה נוגעת להשפעת הכלל המשפטי על עמדה אסטרטגית של צדדים למערכת יחסים קבוצית, ההכרעה צריכה להיעשות על פי שיקולים שונים אשר יעזרו להכריע בין טובת הצדדים בקונפליקט הקונקרטי ובקונפליקטים עתידיים מסוג זה. אין זה ראוי שכל קונפליקט, חשוב ככל שיהיה, ינותב להכרעה על פי זכותו של אדם לכבוד, או שכבוד האדם ייהפך להיות אמצעי-העל לאיזון כוחות כלכלי אסטרטגי.

המשבצת המשפטית כיום של כבוד האדם נותרה חלולה בעיקרה וכמונה שסתום לקידום טיעון משפטי כזה או אחר. השימוש במונחי השסתום ובנגזרות מהם הוא לעתים שימושי-יתר ולעתים שימוש-פחת, בדרך כלל ללא הסבר מדויק למונח "כבוד", וכתוצאה הדבר מביא לטריוויאליזציה של מושגי יסוד. על פי הגישה האינטגרטיבית יש לחזור לשאלה הבסיסית ביותר – מהו אדם ומהו כבודו. אין זו שאלה קלה אך קפיצת הדרך אל עבר עיגון חופש החושים במונחי הניאו-ליברלי איננה יכולה להוות את התשובה.

### ג. הזכויות הפרטיקולריות

על פי הגישה האינטגרטיבית כל זכות יסוד טומנת בחובה ממד חברתי. לא ניתן

196. שתי תפישות אלה של קשר העבודה מבוססות על ההבחנה בין labor ו-work ומשמעותה, ראו: H. Arendt *The Human Condition* (Chicago, The University of Chicago Press, 1958) 38-49; 68-75.

197. פד"ע כט 601 [עתידה לבג"צ תלויה ועומדת בעת כתיבת המאמר].

להפריד את הממד החברתי ולהפכו לאינטרס המצריך לעבור את משוכות פסקת ההגבלה. הממד החברתי מחייב דיון א-פריורי בהגדרת טיבה והיקפה של הזכות. אדגים את הדבר ביחס לזכות הקניין, תוך אזכור האפשרויות הגלומות גם במספר זכויות נוספות.

באופן היסטורי, זכות הקניין נהייתה לעוגן הבטוח של האידאולוגיה הניאו-ליברלית.<sup>198</sup> ולכן, זכות הקניין משמשת תמרון האהרה העיקרי בקרב אלה הרואים במהפכה החוקתית סכנה לקידומן של זכויות חברתיות. אך היקפה של זכות הקניין טרם הוברר דיו. האם זו הזכות של המעביד לנהוג כלפי עובדיו כרצונו?<sup>199</sup> האם זו הזכות של בעלי הקניין הפרטי להרחיק מעליהם את הנוקיים? האם זו הזכות שבעטייה יעבירו את כל חקיקת המסים, הביטוח הלאומי ודיני העבודה תחת ביקורת חוקתית על מנת לבחון שמא התמיכה בעני ובשכיר איננה ראויה? האם זה השער לעידן Lochner<sup>200</sup> בפסיקה הישראלית - עידן שבו כל התערבות חקיקתית בשוק תבוטל על ידי בית-המשפט?

ספק אם זוהי העמדה השיפוטית הרווחת כיום. ראשית, המגמה המסתמנת היא לתת ביטוי נרחב למטרות חברתיות במסגרת פסקת ההגבלה ולהקל בהקשר זה בדרישת המידתיות. מעבר לכך, ככל שפסיקת בית-המשפט נשענת גם על אדנים תועלתניים (ומקומו של השיח הכלכלי במשפט הולך ומתחזק), ידוע כיום כי ניתן להצדיק התערבות חקיקתית במונחים של כשלי שוק. ולכן ככל שההנחה היא שזכות הקניין נחוצה על מנת לשמר שוק חופשי, אין הדבר בהכרח יעיל. אך בכך אין די על מנת להבטיח מ"לוקנריות בסגנון ישראלי" (תוך התאמה לתנאי הארץ ולתושביה). האם על מנת לעזור לחלש לפתח את מערך היכולויות אשר יוכל לעזור לו להיות חלק אינטגרלי מהחברה, יש צורך לאתר כשל שוק, או להתגונן בעזרת פסקת ההגבלה?<sup>201</sup> על פי הגישה האינטגרטיבית יש לפנות לבחינה מהודשת של זכות הקניין.

זכות הקניין גלומות אפשרויות רבות. על פי העמדות המסורתיות, הזכות הקניינית קודמת להגדרת הטובה-החברתית. ביטוי קיצוני לעמדה זו ניתן לראות בתאוריה הפוליטית הליברטריינית הגורסת כי לאדם קניין על עצמו, על כוח עבודתו ועל פירות עבודתו. אך גם הגישה המשפטית הקלאסית שיקפה תפישה זו.<sup>202</sup> כנגד הגישה המסורתית ניתן להצביע על מספר גישות המטילות ספק בהנחות המקובלות לגבי הקצאת זכויות קניין. המשותף לגישות אלה הוא שהן מטילות בספק את ההנחות הפשוטות לפיהן ניתן לדעת למי יש קניין ואף את כל התוצאות הנגזרות מכך. הגישות האלטרנטיביות גורסות כי הקצאת הזכות הקניינית, על כל מרכיביה, או חלקם, תלויה

198. J. Nedelsky *Private Property and the Limits of American Constitutionalism* (Chicago, University of Chicago Press, 1990).

199. לעיל, הערה 137.

200. *Lochner v. N.Y.* 198 U.S. 45 (1905). על תקופת Lochner והשפעותיה בארצות הברית כיום, ראו: C.R. Sunstein "Lochner's Legacy" 87 *Colum. L. Rev.* (1987) 873.

על חשש מה בישראל, ראו: בן-ישראל, לעיל הערה 2; גרוס, לעיל הערה 72.

201. ראו את הדיון בפרק זה בפסק הדין בעניין תנופה, לעיל הערה 142 וסקסט נלווה.

202. כך למשל Honore קובע כי משיש לאדם זכות קניין, הוא רשאי לעשות בקניין כרצונו, ואף מונה 13 דברים אשר ניתן לעשות בקניין. ההנחה היא שאם יש קניין, התוצאות ברורות.

בסובי-החברתי אותו רוצים להגשים. ולכן, בעוד שהגישה הקלאסית פועלת על פי הפרדיגמה הליברלית בה הזכות קודמת לטוב, גישות אלטרנטיביות אלה מתאימות לפרדיגמה האלטרנטיבית לפיה הגדרת הטוב קודמת לזכות.

כך למשל, לפני 25 שנים, בדב"ע לג/3-9 "צרי" – חברה לתעשייה פרמצבטיקה וכימית בע"מ – ד"ר ריקס,<sup>203</sup> קבע נשיא בית הדין לעבודה דאז כי לעובדים יש זכות מעין קניינית במקום עבודתם. מטרת הקביעה היתה להתגבר על המכשלה שבסעיף 2(3) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), (התשל"א-1970), אשר מנעה את האפשרות להשיב עובד למקום עבודתו אם נמצא שפוטר שלא כדין. כלומר, אם הפגיעה בעובד היתה בזכות קניינית כי או אין בעיה עם מגבלות החוק העוסק בסעדים חוזיים, אך לאמירה זו השלכה מרחיקת לכת. כך למשל בתב"ע נז/10-4 (חי) חיפה כימיקלים בע"מ – רביב,<sup>204</sup> קובע השופט מייבלום כי אין להתייחס אל עובדים המתבצרים במפעל בעת שביתה כאל מי שהוא "בר-רשות" על פי הלכות דיני הנוזיקין. הגם שהשופט מייבלום איננו מתייחס מפורשות להלכת הזכות המעין קניינית, עמדתו גורסת כי לעובדים קמה זכות ייחודית מכוח היותם עובדים כבר שנים במפעל. לעמדה זו קיימת גם תמיכה בספרות המשפטית הביקורתית. ברוח זו מתאר ג'וזף סינגר מקרה בו ג'נרל מוטורס החליטו לסגור מפעל בצפון ארצות הברית ולהעבירו למקסיקו. העובדים גייסו מספיק כסף על מנת לרכוש את המפעל, אך החברה בכל זאת העדיפה להרוס את המפעל ולא למוכרו. לו היו מכירים בזכות מעין קניינית של העובדים, בדומה לזיקת הנאה מכוח שנים, ניתן היה להעניק להם זכות קדימה לעניין רכישת המפעל. על פי גישה זו הקניין משקף מערכת יחסים של תלות הדדית והסתמכות.<sup>205</sup> להבדיל מהגישה המסורתית לקניין השמה חיץ בין הפרט לחברה, גישה זו סוברת כי זכות הקניין מתגבשת דווקא בגלל התלות של הפרט בסובבים אותו.<sup>206</sup>

עמדה שונה מבטאה מרגרט ג'יין רדין הגורסת כי הקניין הוא ביטוי לכבודו של אדם ולאישיותו.<sup>207</sup> בהסתמך על משנתו של הגל היא מבחינה בין קניין אשר הקשר שלו לאישיות הוא זניח, ובין קניין המהווה חלק אינטגרלי מהאישיות. גישה זו מדגישה פחות את הקשר בין הפרט-חברה-קניין, ויותר את הפרט-אישיות-קניין. דגש חזק יותר על הפן החברתי ניתן לראות אצל ויליאם סיימון<sup>208</sup> הסובר כי לזכות הקניינית קשר הדוק לרעיון הדמוקרטי. בהתבסס על הגישה הרפובליקנית, סיימון מדגיש את הצורך בקניין על מנת להבטיח השתתפות אפקטיבית בהליכים הפוליטיים. זכות הקניין יכולה

A.M. Honore "Ownership" in *Oxford Essays in Jurisprudence* (Edited by A.G. Guest, New York, Oxford University Press, 1961).

כיצד רוכשים קניין? עיסוקה של העמדה הקלאסית בסוגיה זו מוכירה לעתים את הדיון של לוק, שכן היא עוסקת במקרים "פיקנטיים" של מציאת אבדה וספינות טרופות, אך לא בהיבטים הקשים של הכלכלה המודרנית המניחים מהסור. כמו אצל לוק, הגישה הליברלית מכירה בכך שקניין איננו מתחלק שווה בשווה אך מתעלמת מההשלכות החברתיות הגובעות מכך.

203. פד"ע ד 477 (להלן: עניין צרי).

204. עבודה אזורי ג 812.

205. J.W. Singer "The Reliance Interest in Property" 40 *Stan L. Rev.* (1988) 611.

206. לעמדה דומה ראו גם אצל: Nedelsky, לעיל הערה 198.

207. M.J. Radin "Property and Personhood" 34 *Stan. L. Rev.* (1982) 957.

208. W.H. Simon "Social-Republican Property" 38 *UCLA L. Rev.* (1991) 1335.

לשמש כמנוף לקידום שוויון פוליטי תוך יצירת תלות וזיקה הכרחית בין הזכויות הפוליטיות המעוגנות היטב בשיח החוקתי בישראל, ובין מבנה החברה והרכבה. גישות אלה באות להבטיח קיומו של קניין לכל פרט, להבדיל מתיחום קניינו של הפרט, אם קיים, מפני הסובבים אותו. בדומה, אייל גרוס,<sup>209</sup> המתבסס על תפישתו הרפובליקנית של פרנק מייקלמן<sup>210</sup> מתאר את הגישה המסורתית כמתארת את זכות הקניין כזכות של *keeping*, לעומת הגישות האלטרנטיביות המדגישות את הפן של *having*. בהקשר של האידאולוגיה החברתית המבססת את הצורך בהכרה בזכויות המסוגלות באופן היסטורי כזכויות חברתיות, ניתן גם להצביע על התפישת של "הקניין החדש" אשר גובשה במקור על ידי צ'ארלס רייך, הרואה בזכות של הפרט כלפי המדינה בכל הנוגע להענקות מהמדינה (רשיונות, רישוי, קצבאות וכל כיוצא באלה), זכות קניינית.<sup>211</sup> רייך מתאר את הקמתה של מדינת הרווחה על בסיס המהפכה התעשייתית. המעבר מפיאודליזם לחברה המושתתת על שוויון הניה כי זכות הקניין תקדם את חירותו של אדם. אך עם הצטבר קניין בידי חלק קטן מהאוכלוסייה וחלק אחר נמצא ללא כל קניין, מדינת הרווחה באה להפקיע עניינים מסוימים מהפעולה של השוק החופשי ובכך לקדם שוב את חירותו של אדם. אך כיום, מדינת הרווחה התעצמה והיא מתנהגת באדנות כלפי האזרחים כמו שבעל האחוזה נהג כלפי אריסיו, וכמו שמחוקקי הקניין הפרטי נהגו כלפי אלה שהיו שווים להם (לכאורה) טרם קמה מדינת הרווחה. רייך רואה במדינת הרווחה המודרנית ניאו-פיאודליזם. הדבר מביא לסיוג העצמאות של הפרט ולפגיעה בזכויותיו. לדעת רייך, הפתרון מעוגן בהכרה בזכות קניינית של הפרט כלפי המדינה בכל הנוגע להענקות ובדרך זו להחזיר את הפרט למרכז התמונה. הדבר מחייב מעבר מתפישת של פרוגרסיבית המדינה להחליט על הענקות כרצונה, לסייגן ולשנותן, למבחן המחייב את המדינה להראות אינטרס מוצדק לשינויים במערך הקצבאות ולהפנים גם את האינטרס של הפרט, ולא רק את האינטרס הציבורי הנטען. גישה זו הועמדה במבחן בבג"צ 4806/94 ד.ש.א. איכות הסביבה בע"מ נ' שר האוצר,<sup>212</sup> שם נקבע כי תמריץ שנקבע למעסיקים לפי החוק לעידוד המגור העסקי (קליטת עובדים) (הוראת שעה), התשנ"א-1991, איננו עולה כדי זכות קניין במובנה החוקתי. בית המשפט התבסס על הכלל המקובל לפיו אין לאדם זכות קנויה ליישום מדיניות כלכלית כלשהי. על פי כלל זה לא נראה כי ניתן יהיה להכיר בפגיעה קניינית כלשהי כאשר שוללים מאדם, או מציבור שלם, הבטחת הכנסה, שכן זכותו של המקבל הבטחת הכנסה אף היא בגדר "מדיניות כלכלית" אשר איננה מקנה לשום אדם זכות קניינית מוגנת.<sup>213</sup> יש לקוות כי הפתח שהשאיר השופט זמיר בעניין ד.ש.א. "לאפשרות שזכות לקבל תמריץ, מן הממשלה או מגוף ציבורי אחר, תיחשב כזכות מיוחדת לזכות קניין כמשמעותה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו",<sup>214</sup> יאפשר לאבחן בין סוגים שונים של הענקות על פי מידת ההסתמכות של הפרט על הענקות אלה

209. גרוס, לעיל הערה 72.

210. F.I. Michelman "Property as a Constitutional Right" 38 Wash. &amp; Lee L. Rev. (1981) 1097.

211. C.A. Reich "The New Property" 73 Yale L. J. (1964) 733.

212. דיגים עליון, נד 214 (להלן: עניין ד.ש.א.).

213. ראו, לעיל הערה 69 וסקסט גלוזה.

214. לעיל הערה 212, פסקה 5 לפסק דינו של השופט זמיר.

למחייתו. יישום הגישה האינטגרטיבית במקרה זה מצריך דיון מקדמי לגבי אופיה של הזכות הנפגעת. אין זכותה של חברה המשקללת את צעדיה על מנת לזכות בהטבה זו או אחרת, כזכותו של הפרט נעדר ההכנסה, וניתן לאבחן בין המקרים על בסיס מהותי הרואה בזכות הקניין משום הבטחה הקשורה קשר הדוק לכבוד, לפיתוח יכולויות אישיות כמו גם ליכולת להשתתף בחיים הציבוריים.

וכך, בניגוד לעמדה הליברלית המסורתית הרואה בזכות הקניין כזכות השמה חיץ בין הפרט ובין הסובבים אותו ומגינה על מתחם אוטומיטי, ניתן לפרוש תפישה העושה שימוש בזכות הקניין על מנת לעודד קשר בין פרטים ולהגן על הפרט על דרך הכרה בתלות הממשית של הפרט בקהילה. הגישות הקנייניות המתוארות כאן מצביעות על הממד החברתי-כלכלי הטמון באופן אינהרנטי בזכות הקניין. יותר מכל זכות אחרת זכות הקניין היא זכות המחייבת התבוננות בממד החברתי-כלכלי, שכן גם על פי הגדרתה הליברלית היא מתיישבת עם העיסוק הכלכלי בהנחת המחסור ובעיסוק הסוציולוגי ביחס לקהילה בה הוא לוקת חלק.<sup>215</sup> היטיב לבטא תפישה זו יוסף אדריעי בתיאורו את הקניין כתוצר של "פרויקט חברתי" בו לא ניתן לבחון את קניינו של האחד ללא בחינת המכלול החברתי אשר הוליד את ערך הקניין עצמו.<sup>216</sup>

ניתן לתהות אם את כל המטרות היפות המתוארות בגישות האלטרנטיביות לקניין לא היה עדיף לקדם באופן מפורש על דרך של הוספת הזכויות החברתיות? למעשה אין זה משנה כל עוד התכלית החברתית-כלכלית של יצירת קשר בין פרטים בקהילה מבוססת במסגרת הגדרת זכויות היסוד, ולא במסגרת פסקת ההגבלה. עצמתה ההיסטורית של זכות הקניין אף יכולה להוות מנוף חזק יותר לממד החברתי מאשר הזכויות אשר סובלות מנחיתות היסטורית. בחברה המקדשת קניין, מעמדו של "הקניין החדש" עדיף על פני מעמדה של הזכות לביטחון סוציאלי. מעבר לכך יש לשים לב כי הגישה האינטגרטיבית דורשת את שזירת הממד החברתי לתוך הגדרת הזכויות כולן. טענה זו איננה רק נורמטיבית. גם ברמה הדסקרפטיבית קשה להניח כי בית-המשפט יוכל לנהל תורת-משפט חוקתית כפולה לפיה זכות הקניין מתפרשת באופן אוטומיטי ואילו זכויות חברתיות מפנימות את הממד החברתי. גם אם דואליות פרשנית שכזו אפשרית הרי שהדבר מבטיח את חיזוק הטענה לפיה זכויות חברתיות הן זכויות בעייתיות אשר שומר נפשו ירחק מהן.

אף על פי שזכות הקניין מדגימה היטב את האפשרות הגלומה בגישה אינטגרטיבית להרחבת הממד החברתי, אין היא הזכות היחידה. הגישה האינטגרטיבית יכולה לחול על כל זכות וזכות. המשמעות האמיתית של גישה זו היא שאנו מניחים כי קיים מתח פנימי בתוך כל זכות, להבדיל מהמתח המוכר בין זכויות שונות (קניין מול הכנסה מינימלית) או המתח בין זכויות ועקרונות או אינטרסים (כבוד האדם מול עקרון האחידות, או תופש העיסוק מול מטרות סוציאליות). הדיון במתח הפנימי לזכות מחייב טיפול בממד החברתי-כלכלי. אין הדבר מחייב אימוץ אידאולוגיה סוציאליסטית. דיון

215. תשוו גם לדיון אצל ח' רגן "פרשנות בדיני קניין, הבית המשותף ובעיית הפעולה המשותפת" עיוני משפט כ (1996) 45.

216. י"מ אדריעי "על חוקה דקלרטיבית וחוקה קונסטיטוטיונית - מעמדה של זכות הקניין החוקתית במדרג זכויות האדם" משפטים כ"ח (1997), 461, 489-488; י"מ אדריעי "זכויות אדם וזכויות חברתיות" ספר ברנזון כרך ב (טרם פורסם, תשנ"ט).



זה רק מחייב מתן הזדמנות שווה לאידאולוגיות שונות תוך שקיפות לעמדה הערכית שבבסיס ההכרעה בהיקף הזכות. כך למשל חופש העיסוק איננו יכול להיות הזכות האטומיסטית לנהל עסק מבלי שאחרים יתערבו, שכן הוא מחייב דיון בהיבט של התשתית הכלכלית והחברתית על ההחלטה האישית לבחור בעיסוק ולעבוד בו.<sup>217</sup> חופש הביטוי מפנים בתוכו מתח בין הרצון לאפשר לכל אחד להתבטא כאוות נפשו, ובין הרצון לקדם ביטוי אפקטיבי הקשור קשר הדוק לאיכות החיים הציבוריים בקהילה.<sup>218</sup> הזכות לפרטיות איננה רק הזכות שאחרים לא יפלושו למתחם פרטי שלי, אלא גם הזכות שלי לעצב את מעמדי בחברה – פרטיות כשליטה.<sup>219</sup> הזכות להורות איננה רק הזכות שאחרים לא יתערבו בשיקולי הפרט אם להיות הורה אלא גם ביצירת התנאים אשר יאפשרו לו לממש את החלטתו.<sup>220</sup> חירות ההתארגנות איננה רק הזכות שאחרים לא יתערבו בשיקולי הפרט אם להתארגן בארגון עובדים או לא, אלא גם הזכות לכך שתשתית ההתארגנות תהיה כזו המאפשרת לארגוני עובדים לפעול באופן אפקטיבי.<sup>221</sup> וכך ניתן להדגים את הגישה האינטגרטיבית לשוירת הממד החברתי בכל זכות וזכות.

#### ד. עקרון השוויון

חלק ניכר משופטי בית המשפט העליון נקטו עמדה בדבר מעמדו של עקרון השוויון מאז תקיפת חוקי היסוד החדשים, וחלקם העניקו לו מעמד חוקתי על-חוקי כשל הזכויות המנויות במפורש בחוקי היסוד.<sup>222</sup> השוויון איננו ככל זכות אחרת. האמירה לפיה לכולם יש זכות להיות שווים היא אמירה סתומה. הזכות ליחס שוויוני איננה מגדירה שני פרמטרים מרכזיים – שוויון של מה, ושוויון למי.<sup>223</sup> אי לכך יש לדבר על עקרון השוויון המתייחס לשוויון בזכויות ("השוויון של מה"), ולתת מענה לגבי אופן יישום עקרון השוויון ("שוויון למי"). עקרון השוויון איננו יכול להיות תחליף לזכויות הפרטיקולריות, ובכך הסרונו כתחליף לטיפול בממד החברתי-כלכלי של זכויות אלה. עם זאת, מרבית הפגיעות בזכויות חברתיות הן סלקטיביות ומכוונות כלפי קבוצה אחת או אחרת. ייתכן שגם פגיעה בזכות באופן אוניברסלי תגרוור אחריה תוצאה אשר עקרון השוויון במובנו המהותי (להבדיל מהפורמלי), יראה בה כאפליה פסולה. אפליה ניתן לאתר כאשר קיימת התייחסות שונה לשווים או התייחסות שווה לשונים. מרביתן של הפגיעות בממד החברתי של זכויות הן פגיעות סלקטיביות בקבוצות מסוימות בקהילה ולא דווקא פגיעות באוכלוסייה כולה. קבוצות מסוימות

217. גרוס, לעיל הערה 106.

218. דיין-אורבך, לעיל הערה 60.

219. נ' אלקין-קורן וג' מונדלק מה לדיוור ישיר עם הזכות לפרטיות? – פרטיות כשליטה (טרם פורסם).

220. דוידוביטסולה, לעיל הערה 168.

221. ראו לעיל הערות 157-146 וטקסט נלווה.

222. על עמדות השופטים השונים ביחס למעמדו של עקרון השוויון לאחר "המהפכה החוקתית", ראו אצל סומר, לעיל הערה 108.

223. השוו לעמדתו של השופט חשין בבג"צ 6051/95 דקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה (טרם פורסם, 24.6.1997).

מוכרות היטב כבר בפסיקה הקיימת, ובעיקר גשים עשו כבר דרך (אם כי לא מספקת) אל תוך עולם המשפט אשר הכיר באפלייתן המובנית במערכות החברתיות הנוהגות. עם זאת, אין בית המשפט מתעקש על סיווג קבוצות נחותות כפי שעושה בית המשפט העליון בארצות הברית, ואף נחיתות כלכלית הוכרה כעילה לטענת השוויון. בנוסף לכך, תפישת השוויון הפורמלי נזנחה כבר בפסיקה לטובת שוויון מהותי.<sup>224</sup> זאת ועוד, חובת השוויון מעוגנת לא רק בהתייחסות החברה אל פרטיה, אלא גם חודרת לפסיקה הדנה במערכות היחסים בין פרטים תוך הכרה שמבנה המתחם הפרטי יכול שיפעל כעריץ כלפי קבוצות הלשות לא פחות מהשלטון.<sup>225</sup>

מה היחס בין טענת אפליה ובין טענה המבוססת על הממד החברתי בזכויות? לדוגמה (היפותטית), שלילת קצבאות ביטוח לאומי ממשפחות חד-הוריות יכול שתביא לדיון חוקתי על דרך של טענה בפגיעה לזכות בתנאי מחיה נאותים, אך ניתן להביא מקרה שכזה לשיח החוקתי גם על דרך של טענה לפגיעה בעקרון השוויון. תפישות חוץ-משפטיות התומכות בפיתוח יכולויות הפרט על מנת להרחיב את מתחם האפשרויות שלו להתפתח בקהילה, יכולות להוות בסיס לעיגון טענת אפליה שכזו. כזו היא הדרך האריסטוטלית אשר איננה מסתפקת בטענה לפיה יש לנהוג באופן שווה ביחס לשווים, אלא גם מספקת את הקריטריון המהותי לקביעת ההסדר השוויוני.<sup>226</sup> נחיתות סוציו-אקונומית והיסטוריה של דיכוד חברתי בישראל יכולים לשמש כבסיס לטענת אפליה בחלוקת משאבים במסגרת השיח החוקתי הקיים.

לשימוש בעקרון השוויון על מנת לטפל בממד החברתי-כלכלי עצמה מיוחדת.<sup>227</sup> בעוד שהגישה האינטגרטיבית הנטענת כאן מבקשת מבית המשפט לבחון את המתח האינהרנטי לזכויות אשר נובע מהמדד החברתי, על פני תחיתן זכויות אטומיסטיות, יש להכיר בכך כי המדובר במלאכה לא פשוטה. על אף דחיית הטענות בדבר היותן של זכויות חברתיות וזכויות חובבות הלוקות בעמימות והמהייבות אקטיביזם שיפוטי מסוג מיוחד, הרי שללא ספק הממד החברתי-כלכלי איננו חף מבעיות אלה. אלה אינן בעיות תאורטיות והן מחייבות את בית המשפט לדיון מורכב וערכי הנשען על הנחות חוץ-משפטיות, ואשר מקשה על ביסוס לגיטימציה רחבה כפי שנדרש לשיח חוקתי. בכך יתרוננו של עקרון השוויון. לדוגמה – כאשר משרד העבודה משתתף בשכר הלימוד של ילדי אמהות עובדות-שכירות בגני ילדים ובמעונות יום, ושולל סיוע דומה לגשים עובדות-עצמאיות, ניתן לטעון כנגד מדיניות זו בשם הזכות לתנאי מחיה נאותים, הזכות לחינוך ואף הזכות לעבודה.<sup>228</sup> הדבר מחייב מלאכה לא פשוטה של

224. בג"צ 528/88 אביטן נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד (ג) 297, 299.

225. ראו לעיל הערה 130.

226. אריסטו מודע היטב לצורך בחלוקה צודקת בין פרטים כאשר המשאבים מוגבלים. השוויון האריסטוטלי אשר כה רבות נוהגים להזכיר אותו איננו מסתפק באמירה הכללית לפיה יש לחלק באופן שווה בין שווים, אלא גם קובע כיצד קובעים מיהם השווים. השווים תמיד נקבעים על פי תכלית החלוקה, והתכלית האריסטוטלית נתונה ומעוגנת בחומר או בפעולה. חלוקה צודקת מתקיימת כאשר מחלקים טובין על פי תכליתם. וכך, החליל הטוב ביותר למנגן החליל הטוב ביותר ובוודאי לא למרבה במחיר, או לעומד בראש התור.

227. אבקש להודות לאילן סבן על שעזר לי להכיר בהיבט זה.

228. הדוגמה מבוססת על בג"צ 281/82 שילה-אשכנזי נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד (ז) 95.

הגדרת תנאי מחיה נאותים או של הסטנדרט הנדרש על מנת לתמוך בזכות החינוך והעבודה. לעומת זאת, כאשר הטענה הנטענת היא של אפליה, אין צורך לדון בהגדרה של תנאי מחיה נאותים. ההנחה היא שהמדינה בחרה להבטיח תנאי מחיה ברמה מסוימת לתושביה. הטענה הנטענת היא שאין להפלות, לגבי הסטנדרט בו בחרה המדינה, בין עובדות המסווגות כשכירות ובין עובדות המסווגות כעצמאיות. במקרה זה הטענה איננה על מהות או חיוניות ההטבה כי אם על אופן חלוקתה.

את חזקו של הטיעון המתבסס על עקרון השוויון ניתן לראות בפסיקה בנושא של חלוקת מסכות האב"ב.<sup>229</sup> במקרים אלה בית-המשפט לא נדרש לשאלה אם חלה על המדינה חובה לספק מסכות אב"ב. כל שנתבקש זה לבחון את הקריטריונים לחלוקה ואם אלה מופעלים באופן שוויוני. המדינה היא שקבעה את המרכיב של "שוויון של מה", ואילו בית-המשפט עסק בשאלה "שוויון למי". דרך זו של הצגת הדברים הופכת את הדיון בעקרון השוויון לדומה יותר לדיון בזכות שלילית (אין להפלות). היא מבהירה את העמימות הכרוכה בממד החברתי-כללי (המדינה היא שקבעה כי יש להעניק הטבה מסוימת לאזרח ולא בית-המשפט). הדיון בעקרון השוויון מרחיק את בית-המשפט מזירת עיצוב-המדיניות שכן בית-המשפט רק מעביר תחת שבט ביקורתו מדיניות קיימת ואיננו צריך ליצור מדיניות חדשה. הטיעון בנושאים בעלי ממד חברתי-כלכלי על דרך עקרון השוויון מתאים למגבלות הרשות השופטת ולאופיה.<sup>230</sup>

הדוקטרינה שפיתח בית-המשפט העליון כיום מורכבת יותר ומתקדמת יותר מזו אשר נוגעת ישירות בממד החברתי-כלכלי של זכויות. אי לכך היא יכולה לשמש כר נרחב לפיתוח הממד החברתי בעקיפין. עם זאת יש לשים לב כי בדוקטרינה זו יש גם מספר "מוקשים" בכל הנוגע לזכויות חברתיות. ראשית, יש להימנע מאבהנה מקדמית בין אפליה של קבוצות אוכלוסייה מסוימות, דוגמת אפליה של נשים, אשר יש לטפל בה במסגרת חוקתית, ובין אפליה על בסיס אחר, דוגמת אפליה על בסיס סוציו-אקונומי. כך למשל, השופטת דורנר בעניין מילר תוחמת את העיסוק באפליה במישור החוקתי אך ורק לאפליה "משפילה". רק אפליה שכזו, לעמדתה, ראוי שתכלול במסגרת "כבוד האדם".<sup>231</sup> גישה זו טובה היא ותרומתה לחידוד המושג של "כבוד האדם" חשובה. עם זאת יש להיזהר מללכת על פי הפסיקה האמריקאית, אליה מפנה השופטת דורנר, אשר מבחינה באופן קטגורי בין סוגים שונים של אפליה, כאשר אפליה על בסיס סוציו-אקונומי, להבדיל מאפליה על בסיס של מין או גזע, זוכה להגנה נחוצה ביותר. אפליה של חולים לעומת אוכלוסייה בריאה, של עניים לעומת

229. לעיל הערה 64 וטקסט גלויה.

230. יש לציין גם כי העיקרון של due process וכללי צדק טבעיים יכולים לעתים להיות לעור במקרים שכאלה. זו היתה דרכו של רייך במאמרו על הקניין החדש. היתרון בהכרה בזכות האזרח הקניינית להענקות מהמדינה הבטיחה כי שלילת הענקות אלה תחויב בהוראה של התיקון ה-14 לחוקה האמריקאית הדורש due process בעת פגיעה בזכות קניין. אין המדובר בבחינה מהותית של זכאות כי אם בבחינה פרוצדורלית של אופן פעולת השלטון. מחד גישה זו היא מינימליסטית כאמצעי לקידום הממד החברתי, ומאידך כותה הוא בהתמקדות בהיבט הפרוצדורלי בלבד. על ביקורת גישה מינימליסטית זו ראו:

W.H. Simon "Rights and Redistribution in the Welfare System" 38 *Stan. L. Rev.* (1986) 1431, 1486-1503.

231. לעיל הערה 65.

אלה ששפר מזלם, של נכים קשים לעומת נכים "קלים", וכיוצא באלה, יכולה להיות משפילה לא פחות מאפליה של נשים לעומת גברים. התיחום בין האפליה המשפילה והאפליה אשר ראוי לדון בה מחוץ לשיח החוקתי (ולמשל במסגרת עילת הסבירות בלבד) איננו יכול להיעשות על ידי סיווג מקדמי של סוגי אפליה, אלא חייב להיות קונטקסטואלי.

בהמשך ניתן להצביע על קושי נוסף במסגרת הדוקטרינה בנושא השוויון. בפסיקה התקבל העיקרון כי כאשר בוחנים אם ישנה אפליה פסולה אין להתייחס למקרי גבול קשים הנובעים מהחלת מדיניות זו או אחרת.<sup>232</sup> במילים אחרות, עצם קיומם של פרטים בודדים אשר מצבם שונה באופן משמעותי מזה של הכלל איננו יכול לעגן טענת אפליה. עמדה זו מקריבה את אלה שבשוליים לטובת החברה כולה. ככל שמדובר בקבוצת שוליים מתחלפת ונעדרת מאפיין מאחד, וככל שטענת האפליה נוגעת להיבט נקודתי בהי איתם פרטים, ניתן לקבל עמדה זו. זו בחירה ערכית של ממש המעידה על התמודדות חברתית-כלכלית, ואשר יש לבקר או לקבל אותה בכל מקרה לגופו. אך כאשר מדובר בקבוצת שוליים כרונית, ולדוגמה - קבוצת העניים אשר אינם יכולים לשלם היטלים הנדרשים על מנת לקבל שירות כזה או אחר, אפילו אין המדובר בשירות חיוני, כי אז ייתכן שדוקטרינת "מקרי הגבול הקשים" תהווה עוגן להנצחת נחיתותם של אותם פרטים בחברה. בבג"צ 5129/92 קרמן נ' בית הדין הארצי לעבודה נקבע כי העובדה שישנם פרטים שאינם יכולים לשלם את המחיר הנדרש על מנת להבטיח טיפול בילדיהם האוטיסטים במסגרת מוסדית איננה יכולה לעגן טענה של חוסר סבירות (ולמעשה של אפליה).<sup>233</sup> שנים קודם לכן נקבע כי העובדה שהנכים הקשים ביותר (אלה אשר אינם יכולים לנהוג בכוחות עצמם) אינם יכולים ליהנות מפטור מתשלום מכס לרכישת רכב, איננה שוללת את סבירות ההגבלה המנהלית על מתן הפטור. הגם שבית המשפט מכיר בכנות הקושי שהציג העותר הנכה, הוא ראה בו משום מקרה חריג ומצער אשר איננו מעיד על הכלל.<sup>234</sup> אם אותם פרטים ואותן קבוצות ימצאו את עצמם גם בשוליים כאשר ביטול סל-הבריאות האחד יטען במסגרת טענת אפליה, הרי ששוליותם בחברה תהפך לעניין נורמטיבי.

## סיכום

יש להיזהר מהסקת מסקנות אידאולוגיות נחרצות ממאמר זה, הן במישור התיאורי שלו והן במישור הנורמטיבי. במישור התיאורי המאמר מנסה להצביע על כך כי קיימות כיום מגמות שונות בתפישת בית המשפט העליון את מעמדן של זכויות חברתיות. אין המדובר בחלוקה ברורה של שופטים ואין בכוונתי "לספור ראשים". מוקד הדיון הוא בקושי האמיתי והכן של הרשות השופטת להתמודד עם הבעייתיות האינהרנטית שבזכויות החברתיות. במישור הנורמטיבי, תחילתו של מאמר זה היא בהצגה של תאוריות פוליטיות בעלות השלכה נורמטיבית ברורה. אך עיקר השימוש בתאוריה הפוליטית כאן היה על מנת להבהיר את מהות הקשר שבין הפרט והקהילה. אין אני

232. בג"צ 5129/92 קרמן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד (4) 678; בג"צ 5503/94 סגל נ' יושב ראש הכנסת (טרם פורסם).

233. שם.

234. בג"צ 332/62 שפניר נ' שר האוצר, פ"ד יז 574.

מציע כי בית המשפט יבחר בתאוריה זו או אחרת וישמה בפסיקתו. אין אני יודע כיצד ניתן לעשות תהליך בחירה שכזה, ואין אני חושב כי יש לי מעמד של ממש בתעמולת הבחירות. הכיוון הנורמטיבי של מאמר זה הוא צנוע יותר. טענתי היא כי יש לפתח את הממד החברתי של זכויות חוקתיות שכן ממד זה מקנה הזדמנות אמיתית והוגנת לתאוריות שונות להתחרות על לבו של בית המשפט. ככל שהממד החברתי יותר בשולי הדברים, בשיח המנהלי או אף בפסקאות ההגבלה, התחרות אינה הוגנת. ההנחה לפיה הממד האטומיסטי ניטרלי, שכן הוא מותיר בידי הפרטים את הבחירה, הנחה שגויה היא.

מאמר זה יוצא כנגד ההנחה לפיה ההבחנה בין זכויות חברתיות לזכויות אזרחיות ופוליטיות היא הנחה בעלת משקל אנליטי. אין זכויות "כאלה" וזכויות "כאלה". מימושן של הזכויות המשויכות לרשימה האחת תלוי בקיומן ובמימושן של הזכויות ברשימה האחרת. הקשר בין רשימות הזכויות כל כך הדוק עד שאין בלבי ספק שחלק מהפגיעות הקשות ביותר בזכויות המיוחסות לרשימה של זכויות חברתיות תטופלנה היטב בשיח החוקתי גם ללא הכללתן בחוקי-היסוד במפורש. אין בלבי דבר על האקטיביזם השיפוטי ואינני מזהה כל היפר-אקטיביזם בפעולה השיפוטית בישראל. המדובר ביצירתיות שיפוטית, הנבדלת מארכאיות שיפוטיות, וזו האחרונה יכולה להיות אקטיביסטית לא פחות מהיצירתיות. במסגרת היצירתיות הראויה יש לפתח את הנכונות להתמודד עם הממד החברתי-הכלכלי של כל הזכויות כולן. כפי שממד זה הוגדר, המדובר בממד של שיח הזכויות אשר מכיר כי בתוך כל זכות יש מתח פנימי אשר איננו ניתן לפתרון לוגי אלא אך ורק לפתרון ערכי. בהתקיים הנחת המחסור (הפן הכלכלי) וההנחה כי בין הפרט והקהילה יש קשר מורכב של תמיכה הדדית המגדיר את מהותם וטבעם של פרטי הקהילה (הפן החברתי), הממד החברתי של זכויות חייב להימנע מהנחות אטומיסטיות.

ככל שנוסיף זכויות המסוגלות באופן היסטורי בזכויות חברתיות אך נשמר את ההנחה האפריורית לפיה הזכויות כולן הן אטומיסטיות, לא תצמח שום תועלת מחקיקת חוקי-יסוד: זכויות חברתיות. ככל שהממד האטומיסטי של הזכות לעבוד יוביל להעמדת חוק שכר מינימום במבחן פסקת ההגבלה; ככל שהזכות לחינוך תהווה חרב כנגד ניסיונות לאינטגרציה או הגברת השוויון במערכת החינוך בישראל; ככל שהזכות לבריאות תנגח ניסיונות למערכת בריאות סולידרית; ככל שחירות ההתארגנות תעלם מהעובדה שבכל מערכת יחסי עבודה קיבוציים יש מרכיב "בריא" והכרחי של כפייה – כך עדיף שלא יועבר חוקי-יסוד: זכויות חברתיות כלל. זכויות חברתיות ללא ממד חברתי הן בגדר שתקני חינוך לממד האטומיסטי של זכות הקניין וחופש החושים אך תחת הלגיטימציה של יישום "ערכים חברתיים" בשיח החוקתי המתחדש. לעתים יש להעדיף את דחיית השיח החוקתי על מנת לשלול את הלגיטימציה לפגיעה בערכים שזכויות אלה נועדו להגן עליהם.<sup>235</sup> אמנם ציינתי כי חוקה בה מנויות אך ורק הזכויות

235. זו הטענה המושמעת על ידי זרמים מסוימים ב-CLS, אליה לא התייחסתי במאמר זה, ולו מהטעם הפרגמטי שאני מאמין כי עדיין פתוחה הדרך לפני השיח החוקתי בישראל להפנים את חשיבותו של הממד החברתי. על טענה זו, ראו:

M. Tushnet "An Essay on Rights" 62 *Texas L. Rev.* (1984) 1363; P. Gabel "The Phenomenology of Rights-Consciousness and the Pact of the Withdrawn Selves" 62 *Texas L. Rev.* (1984) 1563.

כמו כן ראו הסתייגות דומה המבוססת באופן זהיר אצל גביוון, לעיל הערה 12, בע' 117-122.

אשר באופן היסטורי משויכות לרשימת הזכויות האזרחיות והפוליטיות היא חוקה חסרה המקרינה על תפישה צרה של מהות האדם ומקומו בחברה. להוספת זכויות לרשימת הזכויות יש לכן משקל ערכי המביא את חשיבותן לתודעה. עם זאת, המשקל הערכי יצטמצם עד מאוד לו המשמעות שזכויות אלה תקבלנה תהיה משמעות אטומיסטית. ההבטחה הערכית בהוספת הזכויות המסווגות כזכויות חברתיות-כלכליות היא אך ורק בכך שהדבר יקרין על המתודה השיפוטית ביחס לכל הזכויות כולן.

מדינת ישראל היא מדינה בעלת שסעים רבים, אך אין להציג עובדה זו כמונעת מפיתות תורת משפט המכירה בממד החברתי. כתברה, ישראל היא מדינה הנחלצת מסבך עמוק ודורסני של קולקטיביזם ומתהליך של הומוגניזציה חברתית מכוונת. המשפט שלקח חלק בהליכים אלה צועד ביחד עם התמורות החברתיות. אך כאן טמונה הסכנה. המוסדות החברתיים של פעם, לרבות המשפט, אינם מתאימים עוד למציאות היום. ברמה החברתית אין קל מלצייר פרוגרמה הנשענת על האידאולוגיה הגיאורליברלית. המוטו הוא להפריט. ההנחה היא שכל פרט יבחר מעתה לעצמו. דחיקת החברה ופינוי הדרך לפרט היא פרוגרמה אטרקטיבית משום שהיא שואבת את כוחה מקשיי העבר ומפשטות הפעלתה בעתיד. ברמה המשפטית היא יכולה למצוא אוויר קשבת שכן ניתן להתאים לה את השיח האטומיסטי הרואה בשוק חופשי, בבחירה חופשית, ובתחרות חופשית משום בררת מחדל שכל סטייה ממנה מחייבת תהליך שכנוע דפנסיבי. האלטרנטיבה היא ליצור משהו חדש. משהו שאיננו דורסני ומשתק כמו שהיה בעבר, אך גם לא משאיר כל אחד לעצמו במערכה. יצירה שכזו קשה במיוחד. גם במשפט הדבר מחייב מלאכה מורכבת יותר היוצרת זכויות שבד בבד מקשרות ומרחיקות בין פרטים. אין הדבר סותר תחרות, שווקים ובחירה חופשית, אך אין הנחה א־פריורית כי אלה תמיד עדיפים. מעבר לכך, כמו שאין אמת בהנחה שהאדם באמת יכול להיות חופשי מההקשר החברתי והתרבותי, גם לא יכולה להיות הנחה ששוק או תחרות חופשיים הם שמות גרדפים להיעדר התערבות משפטית. חופש הפרט מחייב הכרה בקשר בין פרטים, וחופשיות המוסדות החברתיים מחייבת הכרה כי אין דבר שכזה "שוק לא מוסדר". הסדרה היא היוצרת את החופש, והשאלה שיש לשאול היא מה ההסדרה הראויה ליצור תנאים של חופש אמיתי.

שתי הערות נוספות מחייבות מסיכום זה. האחת נוגעת לטענה האפשרית כי הדיון בממד החברתי של זכויות מחייב אימוץ אידאולוגיה בעלת גוון סוציאליסטי. הבהרתי כבר כי לעמדתי אין זו המסקנה המתחייבת. הדיון בממד החברתי רק מאפשר הודמנות הוגנת לכל אידאולוגיה בין כותלי בית המשפט. אם נחזור לדוגמה של חוק שכר מינימום, הרי שאין מניעה מלהעמיד חוק שכזה למבחן חוקתי. ככל שניתן לעגן אמפירית כי חוק שכר מינימום יוצר רמה מסוימת של אבטלה, בד בבד עם העלאת השכר של חלק מהאוכלוסייה העובדת ביחס לשכר שהיה נקבע ללא חוק זה, הרי שיש להעמיד במבחן את הבחירה בין הטבה עם חלק מהאוכלוסייה המחייבת פגיעה באחרים.<sup>236</sup> מתודה אטומיסטית-מפוצלת מניחה א־פריורית כי חוק שכר מינימום פוגע בזכות הקניין (של מעבידים) והזכות לעבודה (של העובדים המובטלים). טענות אידאולוגיות ואמפיריות בדבר חיוניות שכר מינימום במשק חייבות לבוא כטענות דפנסיביות במסגרת הדיון בפסקת ההגבלה. התחרות בין האידאולוגיה הקונסרבטיבית

236. ההנחה האמפירית כאן איננה מובנית מאלה. ראו בעניין זה:

Review Symposium "Myth and Measurement: The New Economics of Minimum Wage" 48 Ind. & Lab. Rel. Rev. (1995) 827.

הרואה בעין שלילית התערבות ב"שוק החופשי" ובין אידאולוגיה סוציאל-דמוקרטית הרואה בשכר מינימום משום הסדרה חיונית איננה תחרות שווה. האחת מהווה נקודת מוצא והאחרת צריכה להצדיק את עצמה. לעומת זאת הממד החברתי הגלום בזכות הקניין, הזכות לעבודה והזכות לתנאי מחיה נאותים מחייב הגדרה של זכויות אלה עוד בשלב הראשוני. יש להעמיד במעמד שווה את הטענה לפיה למעסיק זכות קניינית השוללת התערבות בקביעת השכר ואת הטענה כי חוק שכר מינימום מקדם תפישת קניינית המבטיחה כי לכל פרט יהיה קניין כלשהו (בעבודה, בשכר, בסטטוס חברתי), ומשום כך אין להכיר בפגיעה בזכות הקניין מלכתחילה. במסגרת הדיון בממד החברתי יש להעמיד גם למבחן גוקב את השאלה בדבר כבודם של המובטלים ומה המחיר החברתי הנדרש על מנת להבטיח הכנסה הוגנת לכל עובד. יש להיזהר מאמירות קשות, כגון שהמובטלים הם "מקרים גבוליים" אשר אינם מעידים על הטוב-החברתי שבבסיס הסדרי שכר מינימום.<sup>237</sup> בהנחה ששכר מינימום אכן יוצר אבטלה יש כאן מתח קשה אשר השיח החוקתי חייב לפתור באופן ערכי.<sup>238</sup> הדיון הערכי מעלה את רמת השקיפות הערכית בבסיס פסיקת בית-המשפט. משמעמידים לדיון את הממד החברתי כתלק מהשיח החוקתי אין אפשרות להסתתר מאחורי הנמקה פוזיטיביסטית. ללא הכרעה ערכית מפורשת בעיית החוקתיות של חוק שכר מינימום איננה ניתנת לפתרון.

מכאן ניתן לפנות לטענה השנייה אשר ניתן להעלות כנגד שזירת הדיון בממד החברתי בשיח החוקתי. על פי טענה זו הדבר יביא להרחבה בלתי סבירה ולא רצויה של השיח החוקתי. את השיח החוקתי יש לשמר אך ורק למקרים הקשים ביותר, לפגיעות החמורות ביותר.<sup>239</sup> לא רצוי להפוך כל התדיינות במדיניות חברתית ל"שיח חוקתי". גם טענה זו לדעתי צריכה להידחות משני טעמים. ראשית, המונח "שיח חוקתי" איננו מתייחס אך ורק לאקט הקיצוני ביותר במשפט החוקתי (זה אשר כונה "גשק לא קונבנציונלי") - ביטול חוק של הכנסת. השיח החוקתי רובץ על כל תחומי ההתדיינות המשפטית. הוא מקדין על החלטות בדבר סבירות חקיקת משנה. הוא מקדין על פרשנות חקיקה. הוא מקדין על מערכות יחסים חוזיות בין פרטים. השיח החוקתי רובץ על דוגמאות רבות שהובאו כאן ואשר לא נגעו להעמדת חקיקה במבחן חוקי-היסוד.<sup>240</sup> פיתוח הממד החברתי של זכויות היסוד מתחייב דווקא בשל ההשפעה מרחיקת הלכת של השיח החוקתי על כל שאר תחומי המשפט.

237. ראו את הדיון ב"מקרי גבול קשים" לעיל הערה 232, וסקסט נלווה.

238. השווה: ירלין, לעיל הערה 145.

239. טענות דומות, אם כי במישור שונה, מועלות למשל על ידי גביוון, לעיל הערה 12, הטוענת כי עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 143, לא היה המקרה הראוי לדיון בשאלת מעמד חוקי-היסוד ביחס לחקיקת הכנסת, או על ידי השופט זמיר הנוקט עמדה והירה מפני הרחבת זכויות היסוד בטענה כי אין להפוך את השיח החוקתי לכזה הנוגע בכל עניין ודבר (כך בעניין בנק המזרחי לגבי זכות הקניין, או בבג"צ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מת(5) 441 לעניין עקרון השוויון).

240. ראו את הדיון במאמר זה בפרשות מסכות האב"כ, בדיני איסור אפליה בשוק התעסוקה, בעיסוק בסטטוס בעניין מור, בהגדרה של ארגון עובדים בעניין עמית, בסבירות החלטת שר החינוך בעניין גילית, בסבירות החלטתה של המועצה להנצחה בעניין ויכסלבאום, בדיון על חובת הפרט כלפי השלטון בעניין קונטרם, בהשפעת השיח החוקתי על יחסים חוזיים ודיני הנויקין, בסיווג זכויות העובד בעניין צרי, ועוד.

שנית, גם אם יש לצמצם את השיח החוקתי ולשמרו למקרים הקשים ביותר, טענה שאין אני צריך לנקוט לגביה עמדה כאן, הרי שהטיעון העולה ממאמר זה תורם להבנת מערכת השיקולים לגבי אופן הצמצום. אסור שצמצום השיח החוקתי ייעשה על דרך של העדפת זכויות ליברליות קלאסיות על פני זכויות חברתיות כלכליות ותרבותיות. כל הזכויות כולן תומכות זו בזו. מעבר לכך, ביישום הקלאסי של זכויות הפרט לא היה מקום לחלק לא מבוטל באוכלוסייה בשיח החוקתי. מי שהיה קורא את הפסיקה החוקתית (במובנה המצומצם) היה למד מעט מדי על מצבם של העניים, הקשישים, ההולים, התלמידים, המיעוטים, ועל הקושי שבפיתוח התנאים הנדרשים על מנת לשזור את אלה אל תוך המסלול המרכזי של החברה. בדומה, אין לצמצם את השיח החוקתי על דרך של העדפת הממד האטומיסטי של שיח הזכויות על פני הממד החברתי. ההשפעה של פגיעה קלה יחסית בזכות לבריאות (אפילו מעבר ל-*de minimis*) של החוקים בחברה ייתכן שתהיה מצומצמת מאוד ביחס לביטול כל ההסדרים הסולידריים בחקיקת הבריאות. צמצום או תיחום השיח החוקתי צריך להיעשות על פי סוג ועצמת הפגיעה בפרט ובחברה, ולא על דרך של סיווג מושגי של זכויות. ולכן, העמדה המבוטאת במאמר זה איננה עוסקת בשאלת היקף השיח החוקתי, אלא בתוכנו.

במהלך הדיון הארוך ניסיתי להקיף מספר רב של סוגיות והיבטים של הבעייתיות בבסיס הממד החברתי. בסוף הדרך ייתכן שכבר נשכח האדם אשר מהותו ואופיו הביאו לפתיחת מסע עיוני זה. על העושים במהפכות חוקתיות לזכור כי אין תועלת ברשימת הזכויות עלי ספר, אם אלה אינן מצליחות לשנות את החוויה הבסיסית אליה מתעורר אדם מדי בוקר. אם הבוקר של היום דומה לזה של אתמול, ואין לאדם להאמין כי כך יהיה גם בכל בוקר מעתה ועד עולם, וכי ספרו כתוב, ולא נותר אלא להפוך דף על מנת לגלות כי ההמשך ידוע מראש, דומה לעבר ואולי אף רע יותר, הרי שכל שנותר זה אותו טעם מר של תסכול, מיאוס, ציניות ואפאתיות אשר מגלמים את הפגיעה הקשה בזכויות האדם.