

על מגבלותיהן של הזכויות החיוביות במשפט הישראלי

מאת
ישי בלנק*

א. הקדמה

- ב. זכויות חיוביות וחברתיות: בין פיתוח חברתי-כלכלי לשגשוג אישי
1. מה הבעיה בזכויות חיוביות?
 2. פוליטיקה במקום משפט?

א. הקדמה

במאמר שסימפוזיון זה מוקדש לו מנסח פרופ' מאוטנר את אחד מכתבי התמיכה הסדורים והמקיפים ביותר באשר לצורך ברפורמה רדיקלית של המשפט הישראלי שבמסגרתה תוענק הגנה רחבה לזכויות חיוביות, אשר יקדמו ליברליזם של שגשוג או ליברליזם פרפקציוניסטי. את חשיבותו של מהלך זה הוא מנמק בכך שהדבר מהווה גילום אותנטי ומלא יותר של עקרונות ליברליים קלאסיים, ועל-כן הוא מתבקש באופן תיאורטי. אולם יותר מכך, מסביר מאוטנר, צעד כזה הכרחי לשרידותו של המפעל הציוני בישראל, באשר רק הוא מסוגל להוות משקל-נגד אפקטיבי לניכור המתמשך של קבוצות שונות בחברה הישראלית – ובראשן המזרחים – מן המדינה ומהפרויקט הליברלי. ניכור זה, טוען מאוטנר, מוביל לתמיכה פוחתת של חלקים גדולים יותר ויותר מן הציבור הישראלי בליברליזם ובדמוקרטיה, ולתמיכתם בצורות אנטי-ליברליות של הדת. חזרה זו אל הדת מהווה סכנה ממשית לקיומו העתיד של הפרויקט הליברלי-הציוני בישראל, וניתן למתן אותה על-ידי אימוץ של אתוס משפטי שונה מזה שקודם במשך עשרות השנים האחרונות על-ידי דור המייסדים הליברלי בישראל. אתוס חדש זה יעדיף את קידומן של זכויות חיוביות על אלה השליליות; את הפוליטיקה על המשפט; את רשויות המנהל, המדינה והשלטון המקומי על בתי-המשפט; ואת המשפט הקונטיננטלי על זה האמריקני כמקור השראה וכמודל לחיקוי למשפט הישראלי.¹

בעשורים האחרונים נשמעות קריאות הולכות וגוברות לחיזוק מעמדן של הזכויות החברתיות במשפט הישראלי. במיוחד מאז נחקקו חוקי-סוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-סוד: חופש העיסוק, בשנת 1992, השמיעו מלומדים ביקורת הן על הפרשנות המצמצמת של חוקים אלה על-ידי בתי-המשפט, אשר בחרו להדיר מחוקים אלה את הזכויות החברתיות, והן על כך שחוקי-הסוד עצמם יצרו חוסר איזון מובנה בין ההגנה הרחבה שניתנה לזכויות

* פרופסור-חבר, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל-אביב. אני מבקש להודות לחברי מערכת עיוני משפט וכן לדורי ספיבק, לרועי קרייטנר ולאסי רוזן-צבי על הערות מועילות במיוחד.

1 ראו מנחם מאוטנר "פתח-דבר: ליברליזם בישראל – 'האדם הטוב', 'האזרח הרע' והשגשוג האישי והחברתי" בכרך זה.

הפוליטיות והאזרחיות ולחופש הקניין והעיסוק לבין העדר ההגנה החוקתית על הזכויות החברתיות.² מאמרו של פרופ' מאוטנר מצטרף למגמה זו, ומבקש להוסיף לה מימד היסטורי בדמות העוול שהעדר הזכויות החברתיות גרם למזרחים בישראל לאורך השנים, וכן אזהרה: אם המשפט הישראלי לא ישכיל לפסוע בכיוון שונה באופן מהותי, נתחים הולכים וגדלים מן הציבור הישראלי יפנו עורף לליברליזם הישראלי, ויבחרו לתמוך בדת ובגורמים הפוליטיים הלא-ליברליים שישכילו להיענות לתביעותיהם להכרה, לחלוקה ולכבוד.

אני מסכים עם ניתוחו של מאוטנר ברבר ההפליה המתמשכת של המזרחים (ושל קבוצות מוחלשות אחרות) – בראש ובראשונה הערבים, אך גם עניים בני לאומים ומדינות-מוצא אחרות) על-ידי המדינה ומערכת המשפט שלה, ועם טענתו כי הנחות-המוצא הליברליות והכלים הליברליים הקלסיים של זכויות אזרחיות-פוליטיות תרמו להפליה זו. אולם ברשימה קצרה זו, בצד הבעת תמיכתי בצורך לחזק ולעבות את הזכויות החברתיות בישראל, שהן בליבו של הפתרון שמאוטנר מציע, ברצוני גם להזהיר מפני אופטימיות-יתר בנוגע ליכולתן של זכויות אלה לקדם את השוויון המיחול ואת השגשוג האנושי המלא שמאוטנר שואף לו ולהגביר באופן משמעותי את התמיכה הציבורית בפרויקט הליברלי בישראל. לפיכך, אף-על-פי שאני תומך בעמדתו של מאוטנר שלפיה לזכויות החברתיות ולחזון של הליברליזם המקסימליסטי התומך בהן יש פוטנציאל ממשי לשפר את מצבן של קבוצות חברתיות מוחלשות, כגון מזרחים, ערבים ועניים, התבוננות על ההיסטוריה והתיאוריה של הזכויות החברתיות בישראל מעלה כי יש להיזהר מפני הסתמכות-יתר על זכויות אלה לבדן. זאת, מכמה סיבות.

ראשית, לא ברור שאימוץ פורמלי של זכויות חיוביות-חברתיות ושל ליברליזם של שגשוג יסייע בחלוקה מחדש של העושר בחברה באופן שייתן מענה מספק לצורכיהן של הקבוצות שהופקרו על-ידי המדינה ועל-ידי האליטות הליברליות שמאוטנר מבקרן. דבר זה נכון במיוחד מפני שכבר מימיה הראשונים קידמה מדינת-ישראל קטלוג מרשים של זכויות חברתיות. זאת, בניגוד לארצות-הברית, שבה יש מסורת של ניכור עמוק כלפי זכויות אלה, ואף בניגוד למדינות אירופה, שבהן קודמו זכויות אלה רק עשורים רבים לאחר הזכויות הפוליטיות והאזרחיות, כתיקון לעוולות החברתיות שהתגלו במהלך המאה התשע-עשרה. לפיכך קיים חשש שזכויות חברתיות כשלעצמן, לפחות בהקשר הישראלי, לא יחוללו את השינוי במעמדן של קבוצות מוחלשות חברתית וכלכלית. אומנם, אין הכרח ללמוד מההיסטוריה של הזכויות החברתיות בישראל שהן נועדו לכישלון. זאת, במיוחד מפני שזכויות אלה לא נבעו מאותה תפיסה ליברלית-מקסימליסטית שמאוטנר מפתח במאמרו; אדרבה, ניתן לטעון כי הזכויות החברתיות שפותחו בישראל בתחילת דרכה נבעו מן הצורך

2 ראו, לדוגמה, אייל גרוס "כיצד היתה 'התחרות החופשית' לזכות חוקתית? בנפתולי הזכות לחופש העיסוק" עיוני משפט כג 229, 229-261 (2000); דפנה ברק-ארוז "מדינת הרווחה בישראל – בין החקיקה לבירוקרטיה" עבודה, חברה ומשפט ט 175 (2002); דפנה ברק-ארוז "צדק חלוקתי במקרקעי ישראל: בעקבות בג"ץ הקרקעות החקלאיות (בעקבות בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות)" המשפט י 291 (2005); גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" שנתון משפט העבודה ז 65 (1999).

לפתח את המדינה, לבנות את האומה ולקדם את הכלכלה, ולא נועדו להוביל לשגשוג אישי של הפרטים בחברה או למיצוי הפוטנציאל הטמון בהם. אשר על-כן, ייתכן שהגנה רחבה על זכויות חברתיות שתנבע מתפיסה מוטת-פרטים ומוטת-שוויון, ולא מעמדה מוטת-חברה ומוטת-פיתוח, אכן תוביל לתוצאות המיוחלות. עם זאת, ההבנה שגם קטלוג מרשים ומקיף של זכויות חברתיות-חיוביות אינו מוביל בהכרח לתוצאות המיוחלות בעבור הפרטים בחברה ראוי שתדריך גם את התומכים העכשוויים בזכויות אלה.

שנית, הזכויות החברתיות שימשו – גם בישראל וגם במקומות אחרים בעולם – לקידום סדר-יום הגמוני מבחינה לאומית, אתנית, תרבותית וכלכלית. לפיכך קיים חשש שתמיכה מסיבית עוד יותר של המדינה בזכויות חברתיות (כגון חינוך, רווחה וסעד) תאפשר לקבוצות החזקות בחברה להטמיע את ערכיהן בקרב כלל האוכלוסייה באופן אפקטיבי יותר. לבסוף, אף שלזכויות חברתיות יש פוטנציאל להיטיב באופן ממשי את מצבן קבוצות מוחלשות מבחינה חברתית, ספק אם הן מסוגלות לערוך שינוי יסודי דיו במבנה הכוח בחברה וליצור חלוקה צודקת של המשאבים החברתיים, מבלי שתיעשה במקביל חלוקה-מחדש, צודקת יותר, של ההון ושל האמצעים המשמשים לייצור הפירות המחולקים בין בני החברה.

הגם שמאמרו של מאוטנר פותח בבעיות תיאורטיות מרכזיות של הליברליזם הישראלי, ליבו של המאמר והכוח שמניע אותו הם טרדות מציאותיות ועכשוויות. הדיונים המופשטים בדבר מקומן ותפקידיהן של קטגוריות כגון "נורמליות", "אנוכיות" ו"הקרבה" בתמונת-העולם הליברלית אינם תיאורטיים כלל ועיקר. הם נטועים בקרקע ההיסטוריה הקונקרטית של הליברליזם הישראלי, ומשרתים את ניתוחו של מאוטנר באשר לסיבות שבגינן הדמוקרטיה בישראל מצויה במשבר לגיטימציה כה עמוק. לשיטתו, משבר זה אינו מכת-טבע או כוח עליון, אלא תוצר של פעולות אנושיות. כמשפטן, מאוטנר מתמקד בתפקידם של המשפט ושל מערכת המשפט במשבר, ואף שאין לראות בשני אלה את האשמים היחידים בחוליי החברה הישראלית כולם, הם מהווים נדבך חשוב בהכנת התופעות החברתיות והבעיות שעליהן הוא מצביע. בכך מאוטנר מתגלה שוב – לא במפתיע לנוכח כתיבתו בשני העשורים האחרונים³ – כחוקר הרואה במשפט חלק ממארג תרבותי וחברתי רחב. המשפט הוא אתר מרכזי, אך בשום אופן לא בלעדי, לבחינת תופעות חברתיות ולאיתור דרכי הפעולה של קבוצות חברתיות, והוא מאפשר הבנה עמוקה יותר של הגורמים לתופעות תרבותיות וכן זיהוי של תוצאיהן.

משבר לגיטימציה זה, טוען מאוטנר, נובע בעיקרו מתופעה חברתית אשר טרם קיבלה תשומת-לב מספקת בכתיבה המשפטית: ההפליה הקשה שהייתה ועודנה מנת-חלקם של המזרחים בישראל.⁴ הפליה זו עומדת בבסיס היחלשותה (אם לא אוכדנה) של התמיכה

3 ראו, לדוגמה, מנחם מאוטנר ירדת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (1993); מנחם מאוטנר על החינוך המשפטי (2002); מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת (2008); MENACHEM MAUTNER, LAW AND THE CULTURE OF ISRAEL (2011).

4 הפליית מזרחים היא נושא שהעיסוק בו רב בכתיבה הסוציולוגית וההיסטורית, אולם בתחום המשפט הכתיבה עליו מועטה ביותר. ראו, לדוגמה, יפעת ביטון "מזרחים במשפט: ה'אין' כ'יש'" משפטים מא 455 (2011); ישי בלנק "ממלכתיות מבוזרת: שלטון מקומי, היפרדות

בפרויקט הליברלי בישראל, והיא שהובילה לקריסת הלכידות בחברה הישראלית. ההפליה העמוקה האמורה ואובדן הלכידות החברתית מעמידים בסכנה את קיומנו במדינה ואת הפרויקט הישראלי בכללותו.

חשיבותו של המאמר נובעת, בין היתר, מכך שהוא מבסס מערכת טיעונים חזקה במיוחד לצורך להפנות עורף להגמוניה הליברלית-המשפטית בישראל: לפנות מבית-המשפט אל הפוליטיקה (כלומר, אל הכנסת, הממשלה והרשויות המקומיות), מתפיסת החירויות השלילית לעבר תפיסת חירויות חיוביות, ומאינדיווידואליזם לאלטרואיזם ולסולידריות. האפקטיביות המיוחדת של המאמר מגיעה מכך שמאוטנר מסביר לא רק מדוע תפנית זו כה חשובה מבחינה עיונית ועקרונית, אלא גם מדוע היא קריטית למי שהמשך קיומה של החברה הישראלית חשוב לו. במילים אחרות, גם מי שאינו מוטרד דווקא מהחשיבה התיאורטית בדבר ליברליזם שלילי לעומת ליברליזם פרפקציוניסטי של שגשוג יכול להשתכנע בדבר הצורך בשינויים האמורים; וגם מי שאינו חושב שהפליית מזרחים היא סוגיה קשה מבחינה מוסרית עשוי להשתכנע שחשוב להפסיק הפליה זו כדי להסיג את גלגל ההתחדדות והאנטי-דמוקרטיה לאחור.

המאמר אף מהווה מעין סיכום והשלמה של גוף כתיבה רחב של מאוטנר עצמו בשנים האחרונות. העיסוק ארוך-השנים של מאוטנר באופייה הרב-תרבותי של ישראל ובצורך לערוך שינויים משפטיים חשובים כדי להכיר באופי הייחודי הזה מקבל במאמרו הנוכחי תפנית מטריאליסטית: את חשיבות ההכרה בערכן של תרבויות וזהויות מבקש מאוטנר להשלים כעת בחשיבותה של חלוקה צודקת יותר של משאבים. אולם במאמר זה מאוטנר מדגיש כי מה שחשוב אף יותר מן הצורך לקדם חלוקת משאבים צודקת הוא לתת דין וחשבון לגבי תחושת הניכור של פרטים המשתייכים לקבוצות מוחלשות בחברה הישראלית, אשר נובעת מקיפוחם המתמשך. תחושת ניכור זו מרחיקה פרטים אלה מן הפרויקט הליברלי, ומקרבת אותם אל הדרת ולמגמות אנטי-דמוקרטיות. אם בכתיבתו הקודמת מיקד מאוטנר את תשומת-הלב בחשיבותה של ההכרה בקבוצות תרבות, כאן הוא מסיט את מבטו לעבר שאלות חלוקתיות באופן מובהק. יש לציין כי אין מדובר בהמרה של סדר-יום הכרת-תרבותי בסדר-יום חלוקתי, אלא בהוספה של נדבך. המאמר אינו מפחית ממשקלם של מעשי מדינה אשר תומכים בקבוצות תרבות שונות או מתעלמים מהן ומדירים אותן; הוא מדגיש, עם זאת, את ההכרח ללוות אותם בחלוקת משאבים ממשיים לאותן קבוצות, ואת התוצאות ההרסניות שהיו לחלוקה הלא-שוויונית של משאבים לבני הקבוצה המזרחית.

כפי שכבר אמרתי בקצרה, מאוטנר מפנה את חיצי ביקורתו לעבר הליברליזם הישראלי באופן כללי, אולם באופן פרטני יותר הוא ממקד את הביקורת בקבוצה החברתית העיקרית שתמכה לאורך השנים בליברליזם, הלא היא קבוצת האשכנזים החילונים (או ההגמונים-לשעבר הליברלים), ובמוסד המשפטי המזוהה עימם באופן מובהק, הלא הוא בית-המשפט העליון. עתה ברצוני לפנות לבחינה מעמיקה יותר של שתיים מן המסקנות החשובות של המאמר: ראשית, כי פיתוחן של זכויות חברתיות-חיוביות על-ידי בית-המשפט העליון היה משפר באופן משמעותי את איכות חייהם של המזרחים בישראל; שנית, כי הזירה המשפטית

ואי-שוויון בחינוך הציבורי" עיוני משפט כח 347 (2004) ISSACHAR ROSEN-ZVI, TAKING
 .SPACE SERIOUSLY: LAW, SPACE, AND SOCIETY IN CONTEMPORARY ISRAEL (2004)

אינה הזירה הטובה ביותר לפיתוחו של ליברליזם כזה, וכי לצורך זה מוטב לפנות אל הפוליטיקה, קרי, לכנסת, לממשלה ולרשויות המקומיות.

ב. זכויות חיוביות וחברתיות: בין פיתוח חברתי-כלכלי לשגשוג אישי

1. מה הבעיה בזכויות חיוביות?

מאוטנר מבקש, כאמור, להחליף את הליברליזם של הזכויות השליליות ב"ליברליזם פרפקציוניסטי, אשר רואה אומנם ערך חשוב בשימור ההגנה על החירויות השליליות של אזרחי המדינה, אך מבקש להקדים להגנה זו פעולה אקטיבית ונרחבת של המדינה ליצירת תנאים שבהם יוכלו אזרחי המדינה לממש את הפוטנציאל האנושי הגלום בהם, על סוגיו המגוונים"⁵. הגנה אקטיבית כזו תכלול הספקה מדינתית של חינוך, בריאות, דיור ורווחה לאזרחים, וכן את אחריותה של המדינה ל"העשרתם הרוחנית המתמשכת של מבורגרים"⁶. ליברליזם פרפקציוניסטי כאמור יחתור גם לסיכול כל הדרה שהיא, ולכך שהתוצרים החברתיים יחולקו באופן שוויוני בין כלל אזרחי המדינה.

קעת ברצוני לאתגר את אחת ההנחות המשתמעות החשובות של המאמר, והיא שליברליזם כאמור יהווה חידוש לעומת המצב הקיים או לעומת ההיסטוריה של המשפט הישראלי. זאת, לפי שלטעמי, בניגוד לפרק-הזמן שחלף למן שנות שמונים – שלגביו קיים קונסנזוס רחב כי במהלכו נסוגה המדינה מתחומי פעילות רבים שלה, וכי אכן נוצר חוסר איזון בין הזכויות השליליות, שזכו בהגנה בחוקי-היסוד, לבין החירויות החיוביות, אשר הוזנחו⁷ – בשלושת העשורים הראשונים לקיומה, לפחות עד לשנות השבעים, הכירה מדינת-ישראל בקשת רחבה של זכויות חברתיות, אשר היוו חלק מפרויקט הממלכתיות ומהחזון הסוציאליסטי שאותו קידמו הממשלות בהנהגת מפא"י.

לפחות בעשורים הראשונים למן הקמתה התייצבה המדינה באופן מובהק לצידן של הזכויות החברתיות, באמצעות חקיקה של חוקי חינוך, בריאות, רווחה ודיור, ובאמצעות מדיניות ממשלתית, לכאורית לפחות, אשר יישמה חוקים אלה באופן נרחב למדי (בוודאי לנוכח עונייה של המדינה הצעירה). המדינה הקימה מפעלי דיור, בתי-ספר, בתי-חולים ושאר מוסדות שבהם הוענקו שירותים חינם לכלל האזרחים.⁸ המדינה לא הייתה "מדינת שומר-הלילה" המגינה אך ורק על חירויות שליליות; להפך, המדינה והעומדים בראשה קידמו סדריום של מיסוי פרוגרסיבי, הפקעת קרקעות ורכוש וחלוקה-מחדש.⁹ אלא שחלוקה-מחדש

5 מאוטנר, לעיל ה"ש 1, אחרי ה"ש 266, בעמ' 66.

6 שם, אחרי ה"ש 267, בעמ' 67.

7 אייל גרוס "החוקה הישראלית: כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי?" **צדק חלוקתי בישראל** 79, 79-86 (מנחם מאוטנר עורך, 2000).

8 חוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953; חוק לימוד חובה, התש"ט-1949; חוק שירותי הסעד, התשי"ח-1958; חוק הסעד (טיפול במפגרים), התשכ"ט-1969; הקמת מערך של מעונות-יום, טיפות-חלב, ספריות ומפעלי תרבות; הספקת שירותי בריאות ועוד.

9 ראו, למשל, אסף לחובסקי "בתי המשפט והימנעות ממס בשנים הראשונות לאחר קום המדינה: אינטרסים מעמדיים או שיקולים מעשיים?" **מחקרי משפט** כא 575 (2005); יענת

זו נעשתה באופן מפלה ובלתי-מספק.¹⁰ העולים המזרחים שוכנו בפריפריה, ברשויות מקומיות מבודדות ונפרדות, והזכויות החברתיות – דיור, חינוך, בריאות, סעד ועוד – ניתנו על-ידי השלטון המקומי. מפת השלטון המקומי שורטטה באופן שיצר הפליה כלכלית מובנית בין יישובים מבוססים לבין יישובים פריפריאליים, וכך נוצרה מערכת מדינתית נפרדת ולא-שוויונית. ההפרדה ואי-השוויון הללו בהספקת שירותים וטובין היו נכונים לא רק לגבי המזרחים, אלא על אחת כמה וכמה גם לגבי הערבים.¹¹

במילים אחרות, דווקא אותם עשורים שבהם ננקטה ההפליה הקשה והמובהקת ביותר כלפי קבוצות שונות בחברה הישראלית – בראש ובראשונה המזרחים והערבים – היו גם העשורים שבהם הגנה המדינה, לפחות באופן מוצהר ורשמי, על קשת רחבה למדי של זכויות חיוביות-חברתיות. לפיכך אי-אפשר לומר שהמשפט הישראלי היה מאז ומעולם עוין כלפי הזכויות החיוביות והחברתיות, ועל-כן קשה גם לייחס את החלשתם של המזרחים (ושל קבוצות אחרות כגון הערבים) אך ורק – או אפילו בעיקר – להעדר זכויות חברתיות במשפט הישראלי. אל מול "צירוף מקרים" היסטורי זה ניתן לטעון כי אף-על-פי שבעשורים הראשונים לקיומה הגנה המדינה על קשת רחבה של זכויות חברתיות, לא נעשה הדבר מתוך אידיאולוגיה של ליברליזם מקסימליסטי התומך בשגשוג אישי ובשוויון עמוק, אלא כחלק מן המאמץ לפיתוח כלכלי וחברתי בשירותו של מפעל בינוי האומה. כלומר, מחדלה של המדינה בכל הנוגע בהענקה שוויונית של הזכויות החברתיות לכלל אזרחיה נבע מהבסיס הרעיוני השגוי שעליו נשענה הענקתן של זכויות אלה: במקום לאמץ את התפיסה הליברלית-המקסימליסטית של מאוטנר, תמכה המדינה בפיתוח חברתי-כלכלי (בין היתר באמצעות הספקת חינוך, בריאות ורווחה לאזרחיה), ועל-כן הייתה מוכנה להקריב פרטים וקבוצות שונים על מזבח זה, כאשר הדבר התבקש לנוכח אילוצים שונים.

אולם גם אם טענה זו נכונה – והמדינה קידמה אומנם זכויות חברתיות אולם לא על בסיס ליברליזם חיובי של שגשוג אישי ועל-כן כשלה בהפליה בין אזרחים ובמיוחד הפלחה לרעה את אזרחיה המזרחים – לקח אפשרי שחשוב לטענתנו להסיק מכך הוא שבזכויות חברתיות לבדן אין די, גם אם הן נובעות מתפיסה של ליברליזם מקסימליסטי. יש אפוא לעדן את הטענה המושמעת במאמרו של מאוטנר, ולומר כי דווקא הזרוע המבצעת של המדינה ובית-המשפט העליון – ולא המשפט הישראלי כולו – הם שנמנעו במהלך אותם עשורים מלקדם את הזכויות החברתיות ומלהגן עליהן. ואם כך הם פני הדברים, אזי את חיצי הביקורת יש להפנות לא רק כלפי בית-המשפט העליון (כפי שנדרמה שמאוטנר עושה), אלא אולי דווקא נגד המדינה וזרועותיה. יתר על כן, אולי אין מקום להחמיר עם בית-המשפט העליון, שכן דווקא את הזכויות השליליות הוא ראה כזנחות ומופקרות, כפי שניסח זאת

הולצמן-גזית "מאבק הקרקעות בארץ-ישראל: השלכות לעניין היקף הביקורת השיפוטית על הפקעת קרקעות במגזר היהודי – ניתוח היסטורי" ספר ויסמן – מחקרי משפט לכבודו של יהושע ויסמן 73 (2002).

- 10 מאוטנר, לעיל ה"ש 1. אף שמאוטנר מראה בעצמו את האופן המפלה שבו סופקו הזכויות החברתיות, הוא אינו מתייחס לאפשרות שיש בכך כדי להפחית את האמונה בטובן העקרוני.
- 11 ראו ישי בלנק "מקומו של ה'מקומי': משפט השלטון המקומי, ביור ואי-שוויון מרחבי בישראל" משפטים לד 197 (2003); בלנק, לעיל ה"ש 4; יששכר (איסי) רוזן-צבי "מקום הצדק: משפט השלטון המקומי ואי-צדק חברתי" עיוני משפט כח 417 (2004).

מאוטנר עצמו במקום אחר, ואפילו כמאומות על-ידי המדינה האקטיבית ועל-ידי הזכויות החיוביות, ועל-כן אין פלא שהוא בחר לקדם אותן ולהגן עליהן, בהעדר חוקה ובהעדר הגנה חוקית (או חוקתית).¹²

אולם למעשה דומה שיש לטעון טענה חזקה אף יותר, דווקא לנוכח ניתוחו של מאוטנר, שהרי אותן זכויות חברתיות שהעניקה המדינה הן שהעמיקו למעשה את הפערים בין מזרחים לבין אשכנזים ובין יהודים לבין ערבים. העובדה שהמדינה הקימה ערים חדשות והעניקה דיור חינם לנזקקים היא שגרמה לבידודם הגיאוגרפי של המזרחים (בעיריות-הפיתוח), שכן המדינה שיכנה עולים מזרחים בערים פריפריאליות ומנותקות משאר האוכלוסייה, ולנוכח בידוד גיאוגרפי זה, דווקא העובדה שבת-הספר היו בת-ספר ממלכתיים המנוהלים על-ידי הרשויות המקומיות הובילה לכך שתלמידים מזרחים לא למדו עם אשכנזים, וערבים לא למדו עם יהודים.¹³ לפי טענה זו, ככל שהמדינה מחויבת לקטלוג רחב יותר של זכויות חברתיות, ועוסקת יותר בחלוקה מחדש, כן גובר החשש שהיא תחלק את הזכויות הללו דווקא לקבוצות מועדפות, ותמנע אותן מקבוצות מוחלשות מבחינה פוליטית ומבחינה חברתית. כאמור, אין הכרח שכל הקצאה של זכויות חברתיות תיעשה באופן מפלה או מקפח. מאוטנר מציע נתיב חדש ובסיס עיוני חדש שאכן עשויים לצמצם סכנה זו: מחויבות ליברלית כלפי כל פרט ופרט לשוויון מהותי, לטיפוח יכולותיו ולשגשוגו המלא. מחויבות כאמור עשויה לסכל כוונות רעות, גזענות, לאומנות או סתם איזון אינטרסים המעדיף את הפיתוח החברתי-הכלכלי על זכותם של פרטים שונים לשוויון מהותי. עם זאת, סכנה של הפליה ושל ניצול לרעה של הזכויות החברתיות תתקיים גם אם יאומץ העיקרון המנחה של מאוטנר, כפי שאראה להלן.

ב"ביקורת מצע גותהא" – הביקורת הקטלנית על מצעה של המפלגה הסוציאל-דמוקרטית הגרמנית בשנת 1875 – מסביר קרל מרקס כי מושג הזכות הליברלי מוביל מעצם טבעו לאי-שוויון במציאות.¹⁴ אנשים, מסביר מרקס, לעולם אינם שווים זה לזה – לא בכוח עבודתם, לא בכישוריהם, לא בעבודתם בפועל, לא בצורכיהם ועוד. על-כן, אם הם "זכאים" לכל מיני דברים באופן שווה, הם זכאים למעשה לאי-שוויון. במילים אחרות, הזכות הליברלית – בין שהיא שלילית ובין שהיא חיובית – היא זכות לאי-שוויון.¹⁵ בכך מרקס מניח את היסוד לביקורת לא רק של מערך הזכויות השליליות של המדינה הליברלית, אלא גם של הזכויות החיוביות, החלוקתיות.

הביקורת המוכרת על מערך הזכויות הליברליות נוגעת דווקא בחירויות השליליות – קניין, ביטוי, תנועה ועוד – ובעובדה שעניינם אינם נזקקים להן ואף אינם מוטבים מהן במציאות אלא ברמה העקרונית בלבד. כן נטען במסגרת ביקורת זו כי הניטרליות של זכויות

12 מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי, לעיל ה"ש 3.

13 ראו בלנק, לעיל ה"ש 4.

14 קרל מרקס "ביקורת מצע גותהא" כתבים נבחרים כרך ב 7-34 (1957).

15 מרקס מסביר זאת באופן הבא: "זכות שווה זו [לקבלת התמורה בעבור עבודתך] הנה זכות בלתי-שווה לגבי עבודה בלתי-שווה. אין היא מכירה בהבדלי-מעמדות, משום שכל אדם איננו אלא פועל, כמו כל אדם זולתו; אבל היא מכירה, בשתיקה, בכשרונות אינדיבידואליים הבלתי-שווים, ומכאן, בכושר-ההספק הבלתי-שווה, ככזויות-יותר טבעיות. לפיכך, זכות משפטית זו מיוסדת על אי-שוויון, לפי תוכנה – כמו כל זכות משפטית." שם, בעמ' 15.

אלה היא תיאורטית גרידא, מכיוון שבפועל זכויות שליליות אלה פועלות באופן מובהק לטובתם של המעמדות האמידים, בעלי הקניין. כך, למשל, במאמרו "לשאלת היהודים" מותח מרקס ביקורת על זכויות האדם והאזרח, וטוען כי במהותן הן זכויות "בורגניות", אשר מגינות, בסופו של יום, דווקא על הקניין ועל הביטחון.¹⁶ קניין וביטחון, מסביר מרקס, יש דווקא לאנשים ממעמד כלכלי מבוסס; לעניים ממילא אין קניין, ועל-כן אין הם זקוקים להגנה עליו, ואף ביטחון אין להם, ועל-כן הם אינם זקוקים שיגנו עליו. כלומר, הזכויות השליליות למיניהן – לביטוי, להפגנה, לקניין ועוד – פועלות באופן לא-שווה על העני ועל העשיר, ועל-כן מנציחות ואולי אף מגדילות את אי-השוויון.

ב"ביקורת מצע גותהא" מוסיף מרקס נדבך חשוב לביקורת הזכויות הליברליות, שעל-פיו גם הזכויות החיוביות – אלה העוסקות בחלוקה הצודקת של המשאבים, דוגמת הזכות לקבלת שירותים וטובין מן המדינה – עלולות להנציח (או אף להגדיל) את אי-השוויון. זאת, לפי שגם הזכויות החיוביות מנוסחות באופן שמבקש להשיג "חלוקה צודקת ושווה" של הרווחים החברתיים. אף שמדובר בניסוח ספציפי הלקוח ממצע המפלגה הסוציאלי-דמוקרטית של תקופתו, הרעיון המונח בבסיס המצע רווח עד היום (ראו, למשל, את הסיסמה "העם דורש צדק חברתי" של מחאת קיץ 2011, ואת הדגש ב"צדק חלוקתי" של המאבק הסוציאלי-דמוקרטי בישראל), ועל-כן גם חלק ניכר מביקורתו של מרקס (אף אם לא כולו) רלוונטי עדיין גם לתקופתנו.

מרקס מבקר ניסוח זה מכמה סיבות. ראשית, ניתן להבין "חלוקה צודקת" באופנים רבים, לרבות חלוקה שקושרת צדק לגמול בעבור עבודה או בעבור כישורים, למשל, ואשר מחלקת על-כן יותר דווקא למי שעובד יותר או למי שכישרויו גבוהים יותר. בעוד ליברלים שונים עשויים לתפוס עקרון חלוקה כזה כצודק, מרקס רואה בו דווקא מקור לאי-שוויון ולחוסר צדק. נוסף על כך, השוויון של הזכות לחלוקה צודקת גורר אי-שוויון בפועל, מפאת הצרכים השונים של אנשים שונים. אף שעל בעיה זו ניתן להתגבר לכאורה על-ידי זכויות חיוביות פרוגרסיביות – כלומר, כאלה שניתנות דווקא למחוסרי האמצעים, לחסרי הכישרון ולאלה שאינם עובדים – בעיית הניטרליות של הזכות קיימת עדיין ברוב המקרים.¹⁷

בעיה קשה יותר שמרקס מצביע עליה בהקשר של הזכויות החיוביות, ואשר דומה כי היא אחת הקשות מכולן בהקשר של ישראל והפליית המזרחים, היא שחלוקה מחדש על-ידי הכרה בזכויות חיוביות לא תפתור בהכרח את הבעיות הקיימות במבנה הכלכלי הבסיסי, ועל-כן אי-אפשר להיות בטוחים שהיא אכן תשפר באופן משמעותי את מצבם

16 קרל מרקס "לשאלת היהודים" כתבי שחרות 33 (שלמה אבינרי עורך, 1977).

17 לדיון החשוב והמתמשך על-אודות ה"אוניורסליות" של זכויות חיוביות-חברתיות יש קשר הדוק לדיון הנוכחי. ככל שמתן הזכויות החברתיות הוא אוניורסלי, הוא בעייתי יותר, לפחות מבחינתה של הביקורת המרקסיסטית על הניטרליות של הזכויות ועל כך שהן עלולות לשמר את פערי הכוחות ואי-השוויון, ולא להקטין אותם. עם זאת, אוניורסליות מובן גם כאחד התנאים העיקריים להמשך תמיכתם של מעמדות-הביניים בזכויות החיוביות, ועל-כן ויתור עליו משמעו סיכון של המשך קיומן של זכויות חיוביות. בהעדר אוניורסליות, יסירו המעמדות החזקים יותר את תמיכתם הפוליטית במימון המדינתית של זכויות אלה. לפיכך אין פלא שזכויות חיוביות אלה הן גם רגרסיביות ועל-כן מקדמות את אי-השוויון, כטענתו של מרקס.

של המזרחים (או של חסרי האמצעים באופן כללי יותר). לפי מרקס, הבעיה נעוצה בכך שאמצעי הייצור מצויים בידיהם של מעטים, ועל־כך חלוקת הפירות – תוצריה של פעילות הייצור – לעולם לא תצליח לגבור על הפערים העמוקים והיסודיים בחלוקת ההון עצמו. אכן, כפי שמאוטנר מראה במאמרו, הבעיה בחברה הישראלית עמוקה בהרבה מחלוקה לא־שוויונית של פירות ההון והמשאבים; ההפליה והחולשה נובעות מחלוקה לא־שוויונית של ההקצאות המקוריות והבסיסיות: הון מטריאלי, סמלי וחברתי הנמצא בידיהן של קבוצות חברתיות דומיננטיות, אשר נמנעות מלחלקו לבני קבוצות חברתיות אחרות. מבחינתו של מרקס, חלוקת המשאבים היא תוצר אוטומטי של אופן הייצור, קרי, של חלוקת ההון בחברה. המחשבה על חלוקת הפירות כמנותקת מחלוקת/אופן הייצור היא "בורגנית", כאשר היא שרויה באשליות המצדיקות את חלוקת האמצעים הלא־שוויונית. שימת הדגש של המפלגה הסוציאלי־דמוקרטית בחלוקה־מחדש היא אפוא טעות עמוקה, טוען מרקס בביקורתו האמורה, כאשר היא מניחה שניתן – מושגית ומעשית – להפריד בין ייצור לבין חלוקה; שניתן להשאיר את הייצור בידיים מעטות, פרטיות ולא־שוות, ולחלק את הרווחים באופן שוויוני. כאמור, אין די סיבות להניח שדבר זה ברי־ביצוע, שכן יש להניח שהקבוצות החזקות יעשו כל שביכולתן כדי לשבש סכמות חלוקה שוות.

אכן, אף אם אין דוחים את הטענה שאופן הייצור והבעלות באמצעי הייצור משפיעים באופן אוטומטי על חלוקת הפירות שלהם, אין ספק שקיימות סיבות טובות לחשוב – כפי שהראו מדעני חברה רבים בעשורים האחרונים – שבעלי ההון מפעילים מאמצים רבים כדי להותיר בידיהם חלקים גדולים ככל האפשר גם מהפירות של הונם, על־ידי שתדלנות הן אצל המחוקק והן בקרב המנהל הציבורי.¹⁸ במילים אחרות, גם אם ניתן לסכל בדרכים שונות את החלוקה ה"אוטומטית" של הפירות לבעלי ההון והאמצעים, הללו משקיעים הון ומחשבה כדי לוודא שסכמות שונות של חלוקה־מחדש של הון ופירות לא יצאו לפועל. פעולות אלה נעשות הן במישור הפרלמנטרי והן במישור של הרשות המבצעת, באמצעות שדלנים (לוביסטים) ואידיאולוגים שונים הפועלים כדי לסכל העברות שונות לידיהן של קבוצות חסרות אמצעים וקבוצות מודרות מבחינה חברתית.¹⁹ פעילות זו מסבירה מדוע קבוצות חברתיות מוחלשות אינן מצליחות לשלוט באופן משמעותי באמצעי הייצור, גם לאחר שנים של שינוי איטי שבמסגרתו הן זוכות בנתח גדול יותר ויותר מפירות הפיתוח החברתי־הכלכלי. לפי תפיסות אופטימיות, חלוקה צודקת ושווה של פירות ההון תוביל, במרוצת השנים, לכך שגם העניים יוכלו להשיג שליטה באמצעי הייצור ובהון. אולם גם אם יחידים מבין חברי הקבוצות המודרות מצליחים לעשות זאת, הפעילות הנמשכת של העשירים והחזקים מצליחה לסכל את השינוי האבולוציוני האמור או לפחות לעכב אותו כך שהוא ימשך זמן רב מדי (שבמהלכו ההפליה והקיפוח נמשכים). המקרה הישראלי מדגים

18 גוף ספרות רחב־ממדים בתחום תיאוריית הבחירה הציבורית עוסק בניתוח תהליכים מסוג זה. ראו, למשל: & George J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, 2 BELL J. ECON. & MAN. SCI. 3 (1971).

19 ראו, למשל, את כתבת התחקיר במסגרת תוכנית הטלוויזיה "עובדה" על־אודות פעילותם של שדלנים: "המושכים בחוטים: מי באמת מפעיל את הכנסת?" (כתבתם של עמרי אסנהיים ואפרת לכטר, קשת, 7.2.2012).

זאת לפחות באופן חלקי, כפי שניתן לראות במאמרו של מאוטנר ובמחקרים אחרים העוסקים בהתמשכותו של הפער הכלכלי בין מזרחים לבין אשכנזים בישראל.²⁰

יתר על כן, לא זו בלבד שזכויות חברתיות אינן משנות את החלוקה הבסיסית של האמצעים וההון בחברה, הן עלולות אף ליצור חלוקה רגרסיבית. המדינה, אשר נשלטת פעמים רבות דווקא על-ידי הקבוצות החזקות (המסוגלות להתארגן ביתר קלות), מחלקת את העושר החברתי באופן שמשרת את האינטרסים של החזקים, ולא דווקא את אלה של החלשים והנוזקים. כך, באופן פרדוקסלי, דווקא הזכויות החיוביות והפעלתנות של המדינה מאפשרות לעיתים לקבוצות החזקות להיטיב עם עצמן אף יותר מאשר במדינה "קטנה" המגינה רק על זכויות שליליות. אכן, גם התומכים במדינה חזקה, המקדמת מערך של חירויות חיוביות וזכויות חברתיות, רואים פעם אחר פעם כיצד המדינה – לא ה"קטנה" וה"שלילית", אלא דווקא הפעלתנית והנמרצת – פועלת תחת השפעתן החזקה של הקבוצות החזקות ומתעלמת מאלה החלשות. טענה זו נטענה לא רק על-ידי מרקסיסטים, אלא גם על-ידי כותבים רבים המזוהים עם תיאוריית הבחירה הציבורית, אשר הראו כיצד קבוצות חזקות ומאורגנות היטב קונות אחיזה (capture) במנגנוני המדינה, ומנווטות את פעולותיה כך שהיא תיטיב דווקא עם קבוצות חברתיות חזקות ותפלה לרעה את חברי הקבוצות המודרות והמוחלשות.²¹ דוגמות לכך אפשר למצוא במחקרים המראים כיצד מנגנוני רגולציה שונים הופנו דווקא כדי להיטיב עם תעשיינים²² – גם אם הם תוכננו לכתחילה כדי לרסן אותם – וכיצד הטבות שונות מקדמות חלוקת משאבים דווקא לבעלי אמצעים.²³

מקור נוסף למוגבלותו של שיח הזכויות הליברלי – גם זה של השגשוג האישי – נובע מטיבן היחסי של הזכויות: גם הזכויות החברתיות והחיוביות הן יחסיות, שוויוניות ומוענקות במגבלות התקציב ובכלכלה של מחסור. כך, הזכות לדיוור עשויה להיות מובסת על-ידי זכות הקניין של הזולת, על-ידי הזכות לביטחון שמחייבת השקעת כספים דווקא בצבא ועוד; הזכות לחינוך אינטגרטיבי עשויה להיות מובסת על-ידי זכותם של ההורים לחנך את ילדיהם כרצונם; הזכות לבריאות עלולה להיות מוגבלת על-ידי שיקולי תקציב. מובן שאין בטענה

20 ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 1, והמחקרים שאליהם הוא מפנה.

21 ראו, לדוגמה, איל בנבנשתי "שיתוף הציבור בהליך המינהלי" ספר יצחק זמיר 119 (2005). במדינת-ישראל משמעותו של עיקרון זה היא לעיתים דווקא העצמה של קבוצות מיעוט חברתיות, אשר מצליחות להשיג יתרון יחסי לעומת גודלן באוכלוסייה, לפחות בסוגיות מסוימות. הפוליטיקה הרב-מפלגתית, יכולת הארגון והנאמנות הגבוהה של קבוצות שונות מעניקות להן עוצמה יחסית, אשר מיתרגמת להישגים פוליטיים ניכרים.

22 ראו, לדוגמה: Todd Lewan, *Industry Watch: Dark Secrets of Tobacco Company Exposed*, 7 TOBACCO CONTROL 315 (1998); Samuel Huntington, *The Marasmus and the ICC: The Commission, the Railroads, and the Public Interest*, 61 YALE L.J. 467 (1951).

23 פרשת שיח חדש היא אך דוגמה אחת לכך. במקרה זה הושמעה הטענה – שאף התקבלה על-ידי בית-המשפט – כי ההטבות התכנוניות שהוענקו על-ידי מנהל מקרקעי ישראל היטיבו דווקא עם אלה שממילא היו להם קרקעות, אך לא עם אלה שלא היו להם קרקעות חקלאיות. ראו בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש – למען השיח הרמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25 (2002).

זו כדי לשלול את הפוטנציאל הרדיקלי הטמון בזכויות חיוביות. העובדה ששיקולים שונים עשויים להביס אותן אינה סיבה טובה לא לתמוך בזכויות אלה, בוודאי כאשר הן משמשות משקל-נגד לזכויות אחרות, כגון זכות הקניין, המגינות פעמים רבות על פרטים חזקים. עם זאת, יש בעובדה זו כדי להפחית, ולו במעט, את התקווה כי זכויות אלה יחוללו את השינוי הדרמטי בחלוקת הכוח בחברה הישראלית.

לבסוף, טענה חזקה במיוחד המושמעת נגד הזכויות החיוביות היא שהן יכולות אומנם להתפרש באופן פרוגרסיבי, ניטרלי ומאפשר, אולם הן עלולות דווקא לקבל מובנים שאותם תקבע קבוצת הרוב באופן אינטרסנטי ומדיר. במילים אחרות, העובדה שמדובר בשירותים המסופקים על-ידי המדינה – חינוך, סעד, דיור ועוד – מחייבת את המדינה ליצוק לתוכם תוכן קונקרטי, אשר מושפע בהכרח מתפיסות ערכיות ספציפיות. משכך, התכנים של אותן זכויות חיוביות הם פעמים רבות דווקא תכנים ערכיים של קבוצות דומיננטיות בחברה. כך, החינוך הממלכתי והשידור הציבורי עשויים להיות מנוצלים כדי להפיץ ולחנך דווקא לערכים לאומניים, אתניים, מעמדיים או דתיים מסוימים, תוך קיפוח ערכים מתחרים; דיור ממלכתי עשוי להיות כזה שיעודד היפרדות במקום שילוב, ויקדם אינטרסים אתניים (כגון "ייהוד" של שטחים שונים) או מעמדיים; מערכות הסעד עשויות לפעול לעידוד מודלים משפחתיים והוריים מסוימים תוך קיפוח והדרה של מודלים חלופיים; חוקים המסייעים לתעשייה יבקשו למקם אותה דווקא באזורי עדיפות לאומית שישרתו קבוצות מסוימות, ולא את כלל האזרחים. לכל אלה אנו יכולים לראות עדויות גם בשנת המשפט שחלפה (תשע"ב) וגם בקודמותיה.²⁴

עם זאת, למרות הסכנות השונות הטמונות בהרחבתן של הזכויות החיוביות, אין לראות בבעיות אלה, לדעתי, סיבות מכריעות שבעטיין ראוי כי נימנע מלהרחיב את הקטלוג של הזכויות החברתיות בישראל או מלהעניק להן הגנה משפטית חזקה יותר (הן ברמה החוקתית והן ברמה החוקית). העובדה שאין בזכויות החברתיות כשלעצמן כדי לתקן את העיוותים העמוקים בחברה הישראלית אינה מבטלת את השיפור המשמעותי שזכויות חברתיות שונות יכולות לחולל בחייהם של אנשים מקבוצות חברתיות מוחלשות מבחינה כלכלית וחברתית. נוסף על כך, עצם העובדה שהזכויות החברתיות יכולות להיות מנוצלות לשם קידום סדר-יום הגמוני אין משמעה שניצול כזה הינו הכרחי. מכל מקום, ניצול אפשרי זה אינו ייחודי לזכויות חברתיות, אלא קיים גם ביחס לזכויות השליליות – שהמדינה מפעילה אותן פעמים רבות מנקודת-מבטה של ההגמוניה התרבותית, הלאומית והדתית – ועל-כן ביקורת זו, ככל שהיא נכונה, אמורה להחליש את התמיכה בשיח הזכויות בכללותו, ולא את התמיכה בזכויות החברתיות דווקא. לבסוף, זכויות – כפי שהראו אנתרופולוגים וסוציולוגים בעשורים האחרונים – אינן מוגדרות רק על-ידי המחוקק ועל-ידי המדינה; זכויות הן גם פרקטיקות יומיומיות של קבוצות מוחלשות ושל פרטים נטולי סמכות מדינתית רשמית, והן מוגדרות

24 ראו, למשל, בג"ץ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה(3) 365 (1981) (עתירה נגד מחיקת ההיסטוריה של המזרחים בתוכנית הטלוויזיה "עמוד האש"); בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני ערבים בישראל נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 27.2.2006) (עתירה נגד שרטוט של מפות עדיפות לאומית שתוצאתן הייתה הפליה של יישובים ערביים).

במידה לא־פחותה על־ידי "חיייהן החברתיים", כפי שטען וילסון.²⁵ מכאן שגם אם לכתחילה הן נוצרות ואף מופעלות על־ידי קבוצות חזקות, גם פרטים וקבוצות מוחלשות מפעילים אותן לטובתם ועושים בהן שימוש מעצים.

לפיכך מודעות לסכנות אלה יכולה לשמש תרופת־נגד להן (באופן חלקי לפחות), וניתן לדרוש – על־ידי עיצוב של כללים מנהליים וכללים שיפוטיים – שגם תרבויותיהן וערכיהן של קבוצות מודרות ישוקפו ויקודמו בתוכניהן של הזכויות החברתיות. יתר על כן, גם את הטייתן של הזכויות החיוביות לעבר שירותים הדרושים למעמדות החזקים, ולא לדווקא לאלה החלשים, ניתן למתן על־ידי ביקורת שיפוטית (או פרלמנטרית). מבלי להיכנס לפרטיה, ביקורת שיפוטית כאמור תתמקד לא רק בתכלית החברתית הכללית של הזכויות החברתיות, אלא גם בחובה להעניק אותן בשוויון מהותי – דבר המחייב התייחסות לשגשוגו האישי של כל אחד מהפרטים האמורים ליהנות מזכות זו. תפיסת השגשוג האישי, במסגרת פרשנות זו, תחייב את בתי־המשפט לשים לב לאפשרות של ניצול הזכויות השונות והפיכתן לכלי בידי קבוצות חזקות מבחינה כלכלית או הגמוניות מבחינה תרבותית ולאומית. על־כן יהא על בתי־המשפט לפעול לא רק להשגת מינימום כלשהו של "קיום בכבוד", למשל, אלא גם לחלוקת משאבים צודקת יותר ולהפסקת הכפפתן של קבוצות שונות.

2. פוליטיקה במקום משפט?

אם כך הם פני הדברים, ובכך אנחנו מגיעים להנחה השנייה של מאוטנר, אולי הצעתו לפנות למדינה, לרשויות המקומיות ולפוליטיקה מבוססת על אמונה מופרזת בטובם של מוסדות אלה ובעדיפותם על בתי־המשפט. לנוכח ביצועיהם הבלתי־מספקים של המחוקק ושל המדינה – גם בעשורים האחרונים, ולא רק בשנות החמישים והשישים – האין זה ראוי דווקא לפתח הגנות משפטיות רחבות יותר, ולא מצומצמות יותר? האם לא יהא נכון לתת דווקא אמון רב יותר בבתי־המשפט – שאינם חשופים באופן כה בוטה לאינטרסים של בעלי ההון ושליחיהם השדלנים – ולקוות שיגנו על בני הקבוצות החלשות? לבסוף, האם יש סיבה מספקת לברור בין מוסדות המשפט השונים שיכולים לקדם זכויות חברתיות, קרי, להכריע אם ראוי לפנות לבתי־המשפט או שמא נכון יותר לפנות למדינה? האם לא יהיה רצוי דווקא לדרוש מכל מוסדות המשפט השונים להגן על זכויות אלה ועל תפיסת הליברליזם המקסימליסטי של מאוטנר?

איני חולק אפוא על טענתו הבסיסית של מאוטנר שלפיה בית־המשפט העליון טיפח וקידם דק את הזכויות השליליות, ובכך מעל באחריותו כלפי קבוצות חלשות – בעיקר כלפי המזרחים והערבים, אך גם כלפי מהגרים, אתיופים, רוסים וחרדים. אני סבור, עם זאת, כי אין להתיימש ממערכת בתי־המשפט בכללותה, מחד גיסא, ואין לתלות תקוות־שווא במחוקק ובמדינה, מאידך גיסא. ראשית, בניגוד לטענתו של מאוטנר, אני סבור שגם בבית־המשפט העליון (ובוודאי בערכאות השיפוטיות הנמוכות), בדיוק כמו במדינה, בבית־המחוקקים וברשויות המקומיות, מתנהל זה שנים רבות מאבק אידיאולוגי בין שמרנים ופרוגרסיבים. בכל אחת מזירות יצירת המשפט – המחוקק, המדינה ובתי־המשפט – ישנם אלה המעוניינים

Richard Ashby Wilson, *Afterword to "Anthropology and Human Rights in a New Key": The Social Life of Human Rights*, 108(1) AM. ANTHROPOLOG. 77 (2008).

לצמצם את מחויבותה של המדינה כלפי אזרחיה ואת הסולידריות החברתית, ולעומתם אלה המעוניינים להרחיב. אין כל רע בכך שהמאבק יתנהל גם בבת-המשפט; להפך, בתי-המשפט מסוגלים להגן הן על הזכויות השליליות והן על הזכויות החיוביות של קבוצות מיעוט, לעיתים טוב יותר מהמדינה ומהמחוקק, ואין לזנוח תפקיד חשוב זה.²⁶

לטענה האפשרית כי בית-המשפט העליון מורכב מנציגים של קבוצת ההגמונים-לשעבר ועל-כן הוא מוטה באופן מובנה לעבר האינטרסים, הערכים והתרבות של קבוצה זו יש אכן משקל רב, ואין ספק שהיא עשויה להסביר חלק מהקיפוח של מזרחים ומהימנעותו של בית-המשפט מלפתח באופן משמעותי את הזכויות החברתיות. עם זאת, ביקורת זו תקפה ביחס לכלל פסיקותיו של בית-המשפט העליון, אשר לא רק מייצג קבוצה חברתית מסוימת, אלא גם כפוף – בכל הרכב שהוא – לשמרנות הטבועה במערכת המשפטית, ועל-כן מהווה גורם שמרני וממתן מטבעו, כפי שהראו חוקרים שונים.²⁷ מכל מקום, ניתן להשיב על טענה זו שגם המערכות האחרות – ובמיוחד המדינה – מורכבות מקבוצות אליטה או לפחות מועדות ללחצים ולהשפעה ניכרת של קבוצות אלה, ועל-כן המאבק צריך להתמקד בהשפעה מתמדת על הרכבן ותוכנן של מערכות המשפט כולן, ובביקורת מתמדת של כלל ענפיה של מערכת המשפט.

שנית, במבנה הקיים אין כל סיבה טובה לסמוך על המחוקק ועל המדינה שיעשו את עבודתם טוב יותר מאשר בעשורים האחרונים. לשם כך נדרשת לא רק חשיבה מחודשת על הליברליזם שלנו ועל הצורך לאמץ מידות של אזרחות טובה; הדמוקרטיה שלנו עצמה נדרשת ליהפך לדמוקרטיה רדיקלית אם ברצונה להמשיך להתקיים כצורת משטר המציבה חלופה אמיתית לעריצותו של המיעוט. את המבנים הקיימים יש להמיר ולשנות למבנים אשר יעודדו את היכולות והשגשוג האישי לא רק במובן של דברים שיינתנו על-ידי המדינה לאזרחיה, דוגמת חינוך, בריאות וכיוצא באלה; על המבנים הדמוקרטיים לשקף את ההכרח שהאזרחים שלנו ישתתפו באופן מלא יותר בהליך הפוליטי, ולא רק באמצעות "שיתוף ציבור" נקודתי כזה או אחר. משבר הפרלמנטריזם והדמוקרטיה הייצוגית, שעליו התריע התיאורטיקאי הגרמני קרל שמיט, הוא שמביס את הדמוקרטיה הישראלית, לא פחות מהקיפוח הנמשך של קבוצות גדולות בחברה.²⁸ חוסר האמון (המוצדק לעיתים קרובות מדי) במדינה ובמחוקק – ולא רק בבת-המשפט – מכרסם ללא הרף בלגיטימיות של המשטר; והקפיטליזם

26 מאוטנר עצמו מביא דוגמות לפסיקה כזו של בית-המשפט העליון בשנים האחרונות. ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 53-54. שורה של פסקי-דין שניתנו ביחס לייצוג הולם של נשים וביחס להעדפה מתקנת של נשים ומיעוטים אחרים מצביעה אף היא על מגמה כאמור, אשר חורגת מהגנה על זכויות שליליות גרידא או מהגנה על שוויון במובנו הצר. ראו, לדוגמה, בג"ץ 4541/93 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1993); בג"צ 10026/01 עדאלה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נז(3) 31 (2003); בג"צ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נה(5) 15 (2001).

DUNCAN KENNEDY, A CRITIQUE OF ADJUDICATION (FIN DE SIÈCLE) 215-235 (1998). 27

CARL SCHMITT, THE CRISIS OF PARLIAMENTARY DEMOCRACY (Ellen Kennedy trans., 1988). ראו גם את הניתוח של משבר הדמוקרטיה והפרלמנטריזם שערכתי עם רוזן-צבי: ישי בלנק ויששכר רוזן-צבי "הצעת חוק העיריות: הווה ללא עבר, רפורמה ללא עתיד" חוקים 1, 49-117 (2009).

העמוק על היבטיו הסוציאלי-דמוקרטיים – ולא רק הליברליזם השלילי – הוא שמנציח את אי-השוויון העמוק, וממנו נובע הניכור ההולך וגובר כלפי הליברליזם הישראלי. במקום אחר עמדתי על החשיבות המיוחדת שיש ברפורמה מעמיקה יותר של המוסדות הדמוקרטיים שלנו.²⁹ הסתת המבט שמאוטנר מציע לעבר המחוקק והמדינה – ולעבר הפוליטיקה בכלל – היא חשובה מאין כמוה, כאשר היא מהווה מפנה מהשלכת היהב המופרזת של הכוחות הפרוגרסיביים על בתי-המשפט, משל היו הם המקום היחיד שבו ניתן לתקן את עוולות המדינה. אולם אין די בכך שהמדינה תספק זכויות חיוביות. ראשית, עליה לעשות זאת באופן שונה מכפי שעשתה זאת בעבר: עליה לספק את הזכויות בשוויון אמיתי, ולא להפוך אותן לאמצעי נוסף להפליה לרעה של מזרחים, ערבים וקבוצות חברתיות מוחלשות נוספות; עליה להימנע מלהעניק זכויות אלה באופן לא-שוויוני, ומליצוק בהן תוכן שמשמעותו אינדוקטרינציה ערכית של קבוצות הרוב, תוך התעלמות מתרבותן ומערכיהן של קבוצות מיעוט. שנית, על בתי-המשפט לפקח באופן עמוק וקפדני יותר על תוכנן של זכויות אלה ועל האופן שבו הן מסופקות. לשם כך יש לפתח כללים שיוודאו, בהתאם להמלצותיו של מאוטנר, כי הרשויות מקדמות את שגשוגם האישי והקבוצתי של פרטים מאוכלוסיות מודרות, ובמיוחד נמנעות מלהעניק את הזכויות באופן מדיר וסגרגטיבי. שלישית, כאמור, כדי שהזכויות החברתיות יענו על צורכיהן של קבוצות מוחלשות, על המוסדות הפוליטיים שלנו לעבור רפורמה שתבטיח דמוקרטיזציה עמוקה והיענות גדולה יותר לציבורים שנותרים כיום באופן שיטתי מחוץ למשחק הפוליטי.