

מבוא:

הזכויות החברתיות – רעיון שהגיע זמנו

יורם רבין, יובל שני

“ניתן לעצור צבאות פולשים, אך לא רעיון שהגיע זמנו.”¹

“...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 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.”²

השיח המשפטי בישראל על זכויות-אדם החל לצבור תאוצה רבה מאז נחקקו שני חוקי-יסוד, בשנת 1992³, שניתנה בהם לראשונה הגנה חוקתית מפורשת לזכויות-אדם בסיסיות, כגון הזכות לחיים, הזכות לשלמות גוף, הזכות לכבוד, הזכות לקניין, הזכות לפרטיות וחופש העיסוק. השינוי שחוללו חוקים אלה במשפט הישראלי כבר כונו במקום אחר “מהפכה חוקתית”⁴. במקביל, בהנהגתם של הנשיאים שמגר וברק, גילה בית-המשפט העליון הישראלי

1 V. Hugo *Histoire d'un Crime* (1877): "On résiste à l'invasion des armées; on ne résiste pas à l'invasion des idées"

2 בג"צ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר-אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 359-358 (השופט זמיר) (להלן: עניין קונטרס).

3 חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו; חוקי-יסוד: חופש העיסוק.

4 את הביטוי “מהפכה חוקתית” טבע הנשיא ברק במאמרו “המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות” משפט וממשל א (תשנ"ב) 9, והוא חזר עליו בשורה של פרסומים, וביניהם פסק-דין בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 355-352.

נכונות הולכת וגוברת להגן על זכויות-האדם של תושבי המדינה (מגמה שיש הרואים בה סוג של "אקטיביזם שיפוטי"⁵). כך נפסק, למשל, כי אין להפלות לרעה נשים בקבלה לקורס טיס⁶; כי לא ניתן להחזיק עצירים במעצר ממושך וללא ביקורת שיפוטית⁷; כי יש לפרש בצמצום הוראות פליליות המגבילות את חופש הביטוי⁸; כי אסור לענות נחקרים⁹, ועוד כהנה וכהנה. גם הכתיבה והעיסוק האקדמיים בהגנה על זכויות-האדם התפתחו עד מאוד בעשור האחרון. למרות זאת נדמה כי "המהפכה החוקתית" שהתרחשה בישראל הינה חלקית בלבד. חוק יסוד: זכויות חברתיות, שנועד להעניק מעמד חוקתי גם לזכויות כגון הזכות לחינוך, הזכות לבריאות והזכות לרמת חיים נאותה, לא התקבל בכנסת¹⁰, וסיכויי קבלתו בעתיד הנראה לעין אינם ברורים. גם בית-המשפט העליון נמנע בדרך-כלל מלהכיר בזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (להלן: זכויות חברתיות) באמצעות "חקיקה שיפוטית" או בדרכי פרשנות יצירתיים של מונחים חוקתיים קיימים (כגון הזכות לכבוד). דוגמה לשמרנות השיפוטית שהפגין בית-המשפט העליון בכל הנוגע בפיתוחן של הזכויות החברתיות הוא פסק-הדין בבג"צ 1554/95 עמותת שוחרי גילית נ' שר החינוך, התרבות והספורט¹¹, שבו קבע השופט אור כי בהיעדר עיגון חוקתי מפורש, אין בישראל זכות-יסוד חוקתית לחינוך¹². מכאן שהדין הפוזיטיבי שהתגבש בישראל בשנות התשעים של המאה העשרים יצר הבחנה חדה בין זכויות-האדם ה"קלאסיות" (הזכויות האזרחיות-המדיניות, המכונות גם זכויות מן הדור

-
- 5 על אקטיביזם שיפוטי ראו ר' גביוון, מ' קרמניצר וי' דותן אקטיביזם שיפוטי – בעד ונגד: מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית (תש"ס).
- 6 בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (להלן: עניין מילר).
- 7 בג"צ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241; בג"צ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באיר"ש (טרם פורסם).
- 8 דנ"פ 8613/96 ג'בארין נ' מ"י, פ"ד נד(5) 193.
- 9 בג"צ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817.
- 10 הצעת חוק יסוד: זכויות חברתיות פורסמה בכמה גרסות. ראו למשל: ה"ח 2253, ה"ח 2256, ה"ח 3068.
- 11 בג"צ 1554/95 עמותת שוחרי גילית נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נ(3) 2 (להלן: עניין עמותת שוחרי גילית).
- 12 תוצאותיו הקשות של פסק-דין זה עוֹדְנו לאחרונה בבג"צ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834 (להלן: עניין יתד). על פסק-דין זה ועל פסק-הדין בעניין עמותת שוחרי גילית ראו מאמריהם של י' דותן "בית-המשפט העליון כמגן הזכויות החברתיות", ושל י' רבין "הזכות לקבל חינוך – מעמדה והיקפה בישראל", המתפרסמים בספר זה.

הראשון), שזכו בהגנה חוקתית מלאה, לבין זכויות חברתיות (זכויות מן הדור השני), שלא נכללו בגדר זכויות היסוד המוכרות בדין הישראלי, ונדחקו עקב כך למעמד נורמטיבי נחות. מצב דברים זה עלה בקנה אחד עם השקפות רווחות שלפיהן אופיין הפוזיטיבי של הזכויות החברתיות והעלות הגבוהה של יישומן עושים אותן בלתי־שפיטות מבחינה מוסדית¹³. לכך יש לצרף את דחיקתן של הזכויות החברתיות משיח הזכויות הציבורי בישראל. בשנים הראשונות שלאחר "המהפכה החוקתית" נוצרה כתיבה ענפה שדנה במעמדן של זכויות־האדם בישראל, אך החלק היחסי שהדיון במעמדן של הזכויות החברתיות זכה בו היה זעום למדי. כך, למשל, במהדורה החמישית, משנת 1996, של המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, ספרו החשוב של פרופסור אמנון רובינשטיין, לא הוקדש כל דיון לזכויות החברתיות¹⁴, בעוד שלזכויות מן הדור הראשון הוקדש שער שלם ובו שישה פרקים¹⁵. עם זאת נדמה כי חל לאחרונה שינוי מסוים בכל הנוגע בהתייחסותה של הקהילה המשפטית בישראל לזכויות החברתיות. קולות הולכים וגוברים באקדמיה ומחוצה לה מתחו ביקורת נוקבת על העדפתן של הזכויות מן הדור הראשון על הזכויות מן הדור השני בישראל¹⁶. יתר על־כן, כמה פסקי־דין שפרסם בית־המשפט העליון בעת האחרונה מצביעים על נכונות גוברת להעניק הגנה משפטית לזכויות חברתיות¹⁷. נדמה כי התפתחויות אלה, כמו גם המשבר הכלכלי והלחצים הגוברים על רשתות המגן הסוציאליות הקיימות בישראל,

-
- 13 בהקשר המגמות שרווחו בשנות התשעים וההתעלמות מהזכויות החברתיות ראו מ' מאוטנר "עוצמים עין אחת" משפט נוסף 1 (פברואר 2001) 5.
- 14 ראו א' רובינשטיין וב' מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, תשנ"ז). בפרק המבוא של השער העוסק בזכויות־האדם, בע' 926, נכתב כך: "גם בזכויות החברתיות והסוציאליות, שכל חברה נאורה דואגת להגשימן ולעתים גם לכוללן במסמך חוקתי, אין הספר עוסק, שכן אלה מציבות בדרך־כלל נורמה של התנהגות פוליטית וחברתית, שלרוב אינה ניתנת להכרעה משפטית."
- 15 ראו שם, בשער השביעי, פרקים 28 עד 33. ראו גם י' אלבשן "על נפקדות הצדק החברתי בחינוך המשפטי בישראל" עלי משפט ג (תשס"ג) 7.
- 16 ראו למשל ר' בן־ישראל "דיני עבודה" ספר השנה של המשפט בישראל (א' רוזן־צבי עורך, תשנ"ד) 433; ג' מונדלק "זכויות חברתיות־כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" שנתון משפט העבודה ז (תשנ"ט) 27; א' מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל ד (תשנ"ז) 133.
- 17 רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360; עניין יתד, לעיל הערה 12; בג"צ 3939/99 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד נו(6) 25. כמו־כן ראו דבריו של השופט זמיר בעניין קונטרם, לעיל הערה 2.

מכשירות את הקרקע לקראת בחינה מחדש, באופן מעמיק ושיטתי, של מעמד הזכויות החברתיות בישראל. לדעתנו, אנו ניצבים בפתחו של עידן שבו השאלה אם יש להכיר בזכויות חברתיות אינה שנויה עוד במחלוקת אמיתית, ואילו השאלה האקטואלית שיהיה צורך לעסוק בה בעתיד נוגעת בהשלכות המעשיות של הכרה בזכויות אלה. במילים אחרות, נראה כי הגיע זמנן של הזכויות החברתיות.

מטרת הספר

ספר זה מבקש לתרום תרומה לשיח המשפטי המתעצב בישראל באשר למעמדן של הזכויות מן הדור השני. היוזמה לעריכתו צמחה על רקע התחושה שקיים קושי בקידום הדיון בזכויות האמורות בלא יצירת תשתית של ידע בסיסי בנושא, שתאפשר לימוד מסודר של הסוגיה ובחינת השלכותיה השונות. כוונתנו היתה להציג בספר, באופן שיטתי ככל שניתן, את התיאוריה העומדת בבסיס הזכויות החברתיות; את מכלול הזכויות הפרטיקולריות השייכות לקבוצת הזכויות החברתיות; מודלים תיאורטיים ומעשיים ליישומן; ודיון בקשיים ובאתגרים הניצבים בדרך להכרה במעמדן המשפטי. אף שכבר קיימת בישראל כתיבה לא־סדירה בנושא¹⁸, מורגש חוסר בספרי־יסוד (text book) שיציג אותו באופן מסודר ומקיף. חשבנו שספר כזה יהיה יעיל כמקור להפניה בקורסים שאנו ומרצים אחרים מלמדים בכמה מוסדות אקדמיים בארץ בנושא זכויות־אדם בכלל וזכויות חברתיות בפרט. במסגרות אלה קיים יתרון לספר הערוך בשפה העברית ומתמקד בהיבט הישראלי של השאלה.

תחילה התכוונו לכתוב בעצמנו ספר שיבחן את מכלול ההיבטים הקשורים למעמדן של הזכויות החברתיות בישראל, אך אילוּצי זמן הפנו אותנו לדרך אחרת, עריכה של אסופת מאמרים בנושא, ולשם כך הזמנו כותבים המתמחים בהיבטים השונים של התחום להגיש מאמרים מפרי־עטם. בדיעבד אנו סבורים כי היתה זו דרך עדיפה. יתרונו של הספר טמון בכך שהוא מציג חזית רחבה של כמה מבכירי המשפטנים בישראל המצדדים בהכרה בזכויות

18 לספר העוסק בהיבטים מסוימים של הזכויות החברתיות ראו מ' מאוטנר (עורך) צדק חלוקתי בישראל (תשס"א). ראו גם את הפרסומים האחרונים של המכון הישראלי לדמוקרטיה בנושא, א' בן־בסט ומ' דהן זכויות חברתיות בחוקה ומדיניות כלכלית (תשס"ד); סוגיית העיגון של זכויות חברתיות בחוקה (המועצה הציבורית: הכינוס התשיעי, המכון הישראלי לדמוקרטיה, פרסום מס' 11, תשס"ג).

מבוא: הזכויות החברתיות – רעיון שהגיע זמנו

חברתיות. ההנמקות העולות מן המאמרים השונים אינן נגזרות ממקשה אחת ויחידה. קיימות גם מחלוקות באשר לאופן יישומן של זכויות מסוימות ובאשר להיקף הזכויות המוכרות. עם זאת, בסופו של דבר, המכלול העולה מקשת העמדות המוצגות מוביל לעמדה אוהדת הרואה בזכויות חברתיות זכויות-אדם לכל דבר ועניין וקוראת למחוקק ולבתי-המשפט לקדם את ההכרה בהן.

מהן זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות?

בבואנו לערוך ספר זה, היה עלינו להכריע בכמה סוגיות מתודולוגיות שהשפיעו השפעה ניכרת על מבנה הספר ותכניו. ראש וראשון היה עלינו לתחום את הדיון ולהגדיר אילו זכויות ייחשבו זכויות חברתיות.

על השאלה מהן זכויות חברתיות ועל המבדיל בינן לבין זכויות אזרחיות ומדיניות כבר נשפכו קיתונות דיו¹⁹. אם בעבר היה ניתן להבחין בצורה דיכוטומית בין שתי קבוצות הזכויות על בסיס ההבחנה בין זכויות בעלות אופי פוזיטיבי לבין זכויות בעלות אופי נגטיבי, הרי שכיום איבדה הבחנה זו את כוחה. בהקשר זה צודקים המלומדים המציינים כי בשיח זכויות-האדם המודרני ניתן למצוא כמעט בכל זכות-אדם החלה ביחסים בין הפרט לשלטון הן רכיבים פוזיטיביים והן רכיבים נגטיביים²⁰. כך, למשל, ניתן לקרוא אל תוך האיסור על עינויים או הזכות לחיים (שהינם, במקורם, זכויות נגטיביות מובהקות) חובות פוזיטיביות לפעול למניעת עינויים ולהגנת החיים²¹. זכויות "קלסיות" אחרות, כגון איסור ההפליה או הזכות להליך משפטי הוגן, מחייבות תדיר הקצאת משאבים בהיקף ניכר למימושן. למעשה, ניתן לטעון כי

19 לסקירת הדעות בארץ ובחוץ-לארץ בהקשר השאלות האלה ראו את המקורות הבאים: מונדלק, לעיל הערה 16; י' מ' אדרעי "זכויות אדם וזכויות חברתיות" ספר ברנזון (א' ברק וח' ברנזון עורכים, תש"ס, כרך שני) 45; י' רבין הזכות לחינוך (תשס"ג) 82 ואילך.

20 לדעות אלה ראו אדרעי, שם, בע' 75; מ' אטלן "זכויות האדם והאזרח בישראל – מקראה" משפטים כב (תשנ"ג) 251, 254; וכן: J. Waldron "Can Communal Goods Be Human Right?" *Liberal Rights—Collected Papers, 1981–1991* (Cambridge, 1993) 339, 343.

21 ראו למשל י' שני "ביתי אינו מבצרי: אלימות במשפחה כסוג של עינוי אסור על פי המשפט הבינלאומי" המשפט ז (תשס"ב) 151.

במדינה כישאל, שסעיף הביטחון מהווה בה את אחד מסעיפי ההוצאה הגדולים ביותר בתקציב המדינה, הזכות לחיים היא הזכות היקרה ביותר. באופן דומה, חלק מן הזכויות מן הדור השני כוללות רכיבים נגטיביים. כך, למשל, הזכות לחינוך כוללת חופש בחירה בין זרמים חינוכיים; הזכות לבריאות כוללת איסור על נקיטת מעשה שלטוני העולה כדי פגיעה בבריאותם של התושבים; והזכות לדור כוללת איסור על סילוק דייר מדיירתו. ניתן אומנם להגן על העמדה כי זכויות חברתיות כוללות רכיב פוזיטיבי דומיננטי יותר מזה המצוי בהרכבן של זכויות אזרחיות ומדיניות, אך זו אמת־מידה מבדילה עמומה למדי. כך, למשל, לא ברור מהו אופיה הדומיננטי של הזכות להליך משפטי הוגן: הימנעות המדינה מהשפעה בלתי־ראויה על עצמאות הזרוע השיפוטית (רכיב נגטיבי), או הקמת מערך של בתי־משפט נגשים ועילים (רכיב פוזיטיבי)? או מהו אופיה הדומיננטי של הזכות לחיי משפחה: החופש להקים משפחה (רכיב נגטיבי), או הזכאות לתמיכה כלכלית שתאפשר את קיומה של המשפחה (רכיב פוזיטיבי)? יתר על־כן, יישומו של מבחן "האופי הדומיננטי" תלוי בתיחום היקפן של הזכויות השונות. כך, למשל, לא ניתן להשיב על השאלה מהו אופיה הדומיננטי של הזכות לייצוג משפטי מבלי להתייחס לתוכנה של הזכות ולהיקפה. הפן הנגטיבי של הזכות קובע את הזכות של הפרט להיות מיוצג על־ידי עורך־דין לפני כל רשויות המדינה. עם זאת, הפן הנגטיבי אינו מונע הכרה גם בפן הפוזיטיבי של הזכות, קרי: זכותו של הפרט לקבל שירותי עורך־דין וסיוע משפטי על־חשבון המדינה. משמע, אופי הזכות תלוי בתוכנה ובהיקפה, כפי שהוגדרו בשיטת המשפט.

הבחנה אפשרית אחרת הינה ההבחנה המתבססת על זיהויה של אוכלוסיית־היעד העיקרית הצפויה ליהנות מן הזכויות. בעוד זכויות אזרחיות ומדיניות, כגון הזכות לחופש ביטוי או הזכות לפרטיות, מספקות הגנה הן על החזק והן על החלש, הן על העשיר והן על העני, הזכויות החברתיות מספקות הגנה בעיקר לאוכלוסיות נזקקות וחסרות אמצעים. הטענה היא כי מרכז הכובד של הזכויות מן הדור השני הינו הענקת שירותים ממשלתיים, כגון תעסוקה, בריאות, חינוך, דיור והבטחת הכנסה, וכי אוכלוסיות בעלות אמצעים היו מסוגלות לספק לעצמן שירותים אלה בתשלום גם בהיעדר מעורבות ממשלתית פעילה. אולם גם הבחנה זו אינה נקייה מספקות. ראשית, יש שירותים חברתיים יקרים במיוחד (בעיקר בתחום הבריאות) שרק מתי מעט יכולים לממןם בכוחות עצמם. האם בהקשר זה יש לראות בכל תושבי המדינה אוכלוסייה נזקקת? אם כן, מה מבדיל שירותים כאלה משירותי ביטחון או שפיטה שהספקתם נופלת לגדר הזכויות מן הדור הראשון? שנית, אף שאוכלוסיות מבוססות היו עשויות לממן מכספן שירותים פרטיים חלופיים לשירותים החברתיים, בפועל הן בעלות פוטנציאל הנאה מזכויות חברתיות שאינן נופל מזה המצוי בידי "שכבות המצוקה". כך, למשל, הזכות לדמי אבטלה, שהיא חלק מן הזכות לביטחון סוציאלי, עשויה להיות משמעותית יותר לאדם

שהשתכר שכר גבוה לפני פיטוריו מאשר לאדם שהשתכר שכר מינימום. בנסיבות כאלה יהיה איפוא קשה לדעת בוודאות אם מטרת הזכות היתה להגן דווקא על נטולי האמצעים. הבחנה נוספת בין שתי הקבוצות נעוצה בתהליך ההתפתחות ההיסטורי השונה של שתי קבוצות הזכויות השונות. הזכויות האזרחיות-הפוליטיות, שהחלו מתפתחות עוד במאה השמונה-עשרה על-מנת להגן על הפרט מפני השלטון, מצאו את דרכן לכמה מסמכים חוקתיים רבי-השפעה, כגון מגילת זכויות האזרח האמריקאית וההכרזה הצרפתית בדבר זכויות האזרח. מנגד, הזכויות החברתיות והכלכליות, שהתפתחו בשלב מאוחר יותר (מסוף המאה התשע-עשרה ובמיוחד במאה העשרים) במטרה להביא לידי ביטוי ערכים של סולידריות חברתית וקידום רווחת האדם, נותרו במדינות רבות בלא עיגון חוקתי מפורש²². מכאן שההבדל העיקרי בין שתי קבוצות הזכויות נעוץ בעיתוי ובהקשר ההיסטורי של יצירתן. הזכויות מן הדור הראשון נוצרו על רקע אידיאולוגיית ה-*laissez faire*, ואילו הזכויות מן הדור השני על רקע עלייתה של מדינת-הרווחה והסוציאליזם. כתוצאה מהתפתחות זו ובמיוחד מהרקע הרעיוני השונה שעמד בבסיס שתי הקבוצות, נתפסו הזכויות מן הדור הראשון כזכויות נגטיביות, ואילו הזכויות מן הדור השני נתפסו כזכויות פוזיטיביות. דימוי זה הוביל לנכונות גבוהה יותר לשילוב זכויות אזרחיות ומדיניות במסמכים חוקתיים כמו גם באמנות בינלאומיות אופרטיביות²³. לימים, כאשר השתנתה ההשקפה הפוליטית-החברתית ודרישות במספר הולך וגדל הופנו כלפי המדינה על-מנת שתספק שירותים לתושביה, נוסחו דרישות אלה בדרך-כלל תוך הסתמכות על התשתית החוקתית הקיימת, ששיקפה בעיקר את עולם הזכויות מן הדור הראשון. אף שדרישות אלה יצקו תכנים פוזיטיביים אל תוך הזכויות האזרחיות-המדיניות, וטשטשו אגב כך את ההבדל בינן לבין הזכויות החברתיות, לא היה אפשר לדרוש את סיפוקן במישרין של זכויות אחרונות אלה, שכן הן נותרו בלתי-מעוגנות בחוקות המדינתיות ובאמנות הבינלאומיות המרכזיות.

הניסיון הישראלי ממחיש היטב את הטענה האמורה. הגם שבעשורים הראשונים לקיומה נשלטה ישראל על-ידי מפלגות בעלות מכוונות סוציאליסטית, ואף-על-פי שהיא כללה שורה ארוכה של מנגנונים חברתיים המאפיינים מדינת-רווחה, נקלטו בדין המקומי, כתוצאה

22 לסיבות השונות להיעדרן של זכויות חברתיות מן החוקה האמריקאית, ראו: Cass R. Sunstein "Why Does the American Constitution Lack Social and Economic Guarantees". Available from the SSRN Electronic Paper Collection (2003) [http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=375622]

23 ראו למשל: 4, European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, 4, Oct. 1950, 213 U.N.T.S. 222.

מהשפעתן ההיסטורית של שיטות משפט זרות (בעיקר הדין האנגלי ובדין האמריקאי), כמעט אך ורק זכויות מן הדור הראשון, שכונו בדרך-כלל זכויות-יסוד שאינן כתובות "עלי ספר" או משפט מקובל נוסח ישראל²⁴. גם חוקי-היסוד שנחקקו בשנת 1992 לא כללו זכויות חברתיות. אף שבית-המשפט העליון בישראל נכון בדרך-כלל להטיל על המחוקק שורה ארוכה של חובות פוזיטיביות בנוגע ליישומן של זכויות מן הדור הראשון (למשל, בהקשר של עקרון השוויון²⁵), הוא לא גילה עד כה נכונות רבה לעשות מהלך דומה בנוגע לזכויות מן הדור השני, זאת, בין השאר, הואיל ומבחינה פורמלית לא נקלטו זכויות אלה ולא הוכרו על-ידי המחוקק הישראלי. לטעמנו, המבחן המתאים לזיהוי ולתיחום של קבוצת הזכויות החברתיות נשואת ספר זה הינו מבחן משולב המורכב מכל המבחנים שצויינו לעיל, אם כי משקל מיוחד ניתן להקשר המשפטי-ההיסטורי שבו נוצרו הזכויות. לגישתנו, אין כיום הבדלים אינהרנטיים מהותיים בין הזכויות מן הדור השני לבין הזכויות מן הדור הראשון: שתי קבוצות הזכויות נתפסות יותר ויותר כזכויות מעורבות בעלות רכיבים פוזיטיביים ורכיבים נגטיביים, וההבדל ביניהן הינו עניין של דרגה, ולא של מהות. גם אין הבדל מהותי מבחינת חשיבותן של הזכויות ומבחינת האפשרות של המערכת המשפטית להכיר בהן (הגם שייתכן כי לגבי רכיבים פוזיטיביים המצויים בחלק מן הזכויות החברתיות, כמו בחלק מן הזכויות האזרחיות והמדיניות, מתחייב מודל יישום שונה מזה הנהוג באשר לרכיבי זכויות נגטיביים).

נראה לנו איפוא כי אמת-המידה המשמעותית המבחינה בין שתי קבוצות הזכויות מצויה במעמדן השונה בדין הפוזיטיבי בישראל, במדינות רבות אחרות בעולם ובמידה מסוימת גם בדין הבינלאומי. הכרה מוגבלת זו נובעת מסיבות היסטוריות בעיקרן, אך אין היא נובעת מנחיתות רעיונית מכוונת. המאפיינים הנוספים שנזכרו לעיל – אופי פוזיטיבי דומיננטי, כמו גם ייעוד סוציאלי של הגנה על שכבות אוכלוסייה חלשות – מהווים אמות-מידה משלימות המסייעות בזיהוי זכויות חברתיות שלא נכללו תמיד במסמכים המפרטים את רשימת הזכויות מן הדור השני. נראה לנו כי הגדרה זו, המתמקדת בזכויות "נחותות" (כביכול) מבחינה נורמטיבית, גם עולה בקנה אחד עם תכלית הספר: קידום הדיון בזכויות שלא קיבלו עד כה ביטוי מלא בשיח הזכויות הישראלי.

24 כך, למשל, חופש הביטוי הוכר בפסקי-הדין המפורסם בבג"צ 73/53 "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, שם צעד השופט אגרנט בעקבות פסיקה אמריקאית בנושא חופש הביטוי. וראו ע' שפירא "בית-המשפט העליון כמגן זכויות היסוד של הפרט בישראל – מבצר משוריין או נמר של נייר?" עיוני משפט ג (תשל"ג) 625.

25 ראו למשל עניין מילר, לעיל הערה 6, בע' 112.

הזכויות והנושאים השונים שהספר עוסק בהם

נקודת-המוצא שאימצנו בתיחום הזכויות הנידונות בספר היתה איפוא הקשרן ההיסטורי-המשפטי של הזכויות. מסמכים מרכזיים הנותנים ביטוי להבדלים בהקשר זה בין הזכויות מן הדור הראשון לזכויות מן הדור השני הינם שתי אמנות זכויות האדם של האו"ם משנת 1966 - האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות והאמנה בדבר זכויות חברתיות²⁶, שישראל הצטרפה לשתייהן. אמנות אלה נוצרו על רקע הוויכוח ההיסטורי באשר למעמדן של הזכויות מן הדור השני, והן משקפות את החלוקה ההיסטורית בין קבוצות הזכויות (על אף שגם האמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות מתפרשת כיום כמטילה חובות פוזיטיביות רבות על המדינות החברות). רשימת הזכויות הפרטיקולריות שהשער השני של הספר עוסק בהן מבוססת בעיקרה על רשימת הזכויות הקבועה באמנה בדבר זכויות חברתיות, כפוף לכמה שינויים. לצערנו, בשל אילוצי זמן ומקום, לא עלה בידינו להכליל בקובץ מאמר בנושא הזכות לביטחון סוציאלי. נוסף לדיון המתחייב בכל אחת מהזכויות שבאמנה, צירפנו לספר פרק העוסק בזכויות מן הספירה הדיונית, כגון זכות הגישה לערכאות והזכות לסיוע משפטי, שעל-אף היותן קשורות קשר אמיץ לזכויות האזרחיות מן הדור הראשון (כגון הזכות להליך משפטי הוגן), הן מקיימות את המאפיינים של זכויות מן הדור השני: הכרה מוגבלת של מערכת המשפט, אופי פוזיטיבי דומיננטי וחשיבות מיוחדת מבחינתן של שכבות אוכלוסייה חלשות. נימוק אחר להכללתן של זכויות אלה בקובץ נעוץ בהיותן תנאי להגנה ומימוש באמצעות בתי-המשפט של הזכויות החברתיות (כמו גם של יתר זכויות-האדם)²⁷.

סוגיות מתודולוגיות אחרות

שתי בעיות נוספות שהתחבטנו בהן היו: האחת, מהן השאלות הדוקטרינריות שראוי

-
- 26 אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, מס' 1041, ע' 269 (להלן: האמנה בדבר זכויות אזרחיות); אמנה בינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, מס' 1037, ע' 205 (להלן: האמנה בדבר זכויות חברתיות).
- 27 ראו ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577. ראו גם ' רבין "זכות הגישה לערכאות - מזכות רגילה לזכות חוקתית" המשפט ה (תשס"א) 217, 222.

לעסוק בהן? האחרת, אילו הן קבוצות האוכלוסייה בעלות הצרכים המיוחדים או המציבות אתגרים מיוחדים בכל הנוגע ביישום הזכויות החברתיות לגביהן? באשר לבעיה הראשונה, החלטנו להתמקד בשאלות הבאות: היש מקום להכיר בזכויות חברתיות כזכויות משפטיות וכזכויות חוקתיות? האם מכירים בישראל בפועל בזכויות אלה? מה המצב בכל הנוגע בהכרה בזכויות אלה בשיטות משפט זרות ובשיטות משפט הנהנות ממעמד נורמטיבי במסגרת הדין הישראלי (לפחות כמקור לפרשנות נורמות), הדין העברי והדין הבינלאומי? באשר לבעיה השנייה, לצד דיון עקרוני-כללי בזכויות הכלכליות, החברתיות והתרבותיות ודיון ספציפי בזכויות הפרטיקולריות, סברנו כי ראוי לכלול בספר גם דיון באתגרים המיוחדים הכרוכים ביישום הזכויות הללו בנוגע לאוכלוסיות עם צרכים מיוחדים. דיון זה מתבקש מאופיין של הזכויות החברתיות כזכויות שנועדו להגן על אוכלוסיות נזקקות, לכן כללנו בספר דיון בזווית-הראייה של נשים, של המיעוט הערבי בישראל, של אנשים עם מוגבלויות ושל אוכלוסיות מבוגרות. מגבלות מקום מנעו אותנו מלהקדיש התייחסות למגזרי אוכלוסייה נוספים, כגון ילדים, עולים חדשים, חסרי תושבות (כולל עובדים זרים) ותושבי שכונות מצוקה.

מבנה הספר

הספר בנוי משלושה שערים. השער הראשון, העוסק בשאלות העקרוניות המתעוררות בנוגע לזכויות החברתיות, נפתח במאמרה של פרופ' רות גביון, הסוקר באופן השוואתי וביקורתי את הנימוקים המסורתיים להבחנה בין זכויות מן הדור הראשון לזכויות מן הדור השני. מאמר שני בשער זה הוא מאמרו של פרופ' יואב דותן, המוקדש ברובו לטיעון העיוני בשאלה מדוע ראוי לשמר את ההבחנה בין שני סוגי הדורות של הזכויות, והבוחן באופן אמפירי, הלכה למעשה, את מידת ההגנה שבית-המשפט העליון מעניק לזכויות חברתיות. ממצאי המחקר מצביעים על פער בין ההשקפה המקובלת על חלק ניכר מהעוסקים בתחום לבין המציאות עצמה כפי שהיא עולה מן הנתונים שאסף הכותב. מאמר כללי נוסף בחלק זה הינו מאמרו של ד"ר ברק מדינה, הדן בכלים המצויים בידי בתי-המשפט לצורך הפעלת ביקורת שיפוטית על החלטות שלטוניות בנושאים כלכליים וחברתיים. חברת-הכנסת לשעבר, ענת מאור, סוקרת במאמרה בנושא ההיסטוריה החקיקתית של הצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות את הגלגולים השונים שעברה ההצעה ואת הלקחים שניתן ללמוד מכך. שלושת המאמרים הנוספים המצויים בשער הראשון של הספר עוסקים במעמדן של הזכויות החברתיות בשיטות

מבוא: הזכויות החברתיות - רעיון שהגיע זמנו

משפט אחרות. מאמרו של ד"ר מיכאל ויגודה סוקר את מעמדן של הזכויות האמורות במשפט העברי. מאמרו של ד"ר יובל שני סוקר את מעמדן של הזכויות האמורות במשפט הבינלאומי. משותפת לשתי הסקירות המסקנה כי ניתן לייבא במישרין את ממצאיהן אל הדין הפוזיטיבי בישראל, וזאת לנוכח המעמד המשפטי המיוחד שיש בארץ הן לדין העברי והן לדין הבינלאומי. הרשימה האחרונה בשער הראשון הינה סקירתו של ד"ר גיא זיידמן בדבר הדין המשווה בהודו ובדרום-אפריקה. המשפט המשווה בהקשר של זכויות חברתיות עשוי לשמש מקור השראה למחוקק הישראלי, כמו גם לבתי-המשפט, בכואם לדון בבעיות דומות, ומכאן חשיבותה של הרשימה.

השער השני עוסק בזכויות הפרטיקולריות הכלולות ברשימת הזכויות החברתיות. השער נפתח במאמרו של עו"ד מיכאל אטלן, המציג מודל תיאורטי ליישום הזכות לתנאי מחיה נאותים. מאמרו של ד"ר אייל גרוס עוסק בזכות לבריאות, ואילו ד"ר גיא דוידוב מטפל בזכות לעבוד. עוד כלולים בשער זה שני מאמרים מפרי-עטו של ד"ר יורם רבין: האחד עוסק בזכות לחינוך והאחר דן בזכויות חברתיות מן הספרה הדיונית. מאמר נוסף הוא מאמרו של ד"ר אורן פרז העוסק בזכות לאיכות סביבה נאותה, והמציג גישה מסויגת למדי באשר לתועלת שבשיח הזכויות בנוגע לאינטרסים סביבתיים. חותם את השער השני מאמרו של ד"ר גרשון גונטובניק, הדן, מפרספקטיבה רחבה, במתח שבין שיח הזכויות לבין הזכות לתרבות.

השער השלישי דן בבעיות ואתגרים מיוחדים ביישום זכויות חברתיות לפי חתך של מגזרים שונים. בשער זה מצוי מאמרה של פרופ' דפנה ברק-ארז בנושא זכויות חברתיות של נשים; מאמרו של ד"ר ישראל דורון בנושא זכויות חברתיות של מבוגרים. עוד מופיעים בחלק זה של הספר מאמרה של ד"ר נטע זיו בנושא זכויות חברתיות של אנשים עם מוגבלויות ומאמרו של עו"ד מרוואן דלאל בנושא הזכויות החברתיות של המיעוט הערבי בישראל.

תודות

ספר זה לא היה יכול לצאת לאור בלא עזרתם ותמיכתם של גורמים אחדים. בראש ובראשונה ברצוננו להודות לכותבים, שהתנדבו להקדיש ממיטב זמנם ומרצם על־מנת לתרום את מאמריהם לפרויקט זה, וכן לכבוד נשיא בית־המשפט העליון, אהרן ברק, שניאות להקדים הקדמה לספר. כמו־כן נבקש להודות לקבוצת עוזרי מחקר חרוצה ואיכותית שסייעה לנו רבות בעבודת העריכה. עם קבוצה זו של תלמידיו ובוגריו של בית־הספר למשפטים של המסלול האקדמי, המכללה למינהל, נמנים אירית הדדי, מיכל כחלון, קרן מידר, אורית נינאי־יוסיפוביץ, יוסי רחמים, יערה אלון, בועז סגל, אלעד שילד, יעל פרידמן והילה נתנאלי. על עבודתם של עוזרי המחקר ניצחה עורכת־דין כרמית דוד, שהשקיעה בפרויקט שעות עבודה רבות בהריצות ובמסירות רבה. מגיעה לה על כך תודה מיוחדת מקרב לב. ברצוננו להודות גם לחברי צוות ספריית בית־הספר למשפטים של המסלול האקדמי, המכללה למינהל, שעזרו רבות והקדישו מזמנם לאיתור מקורות שונים. לבסוף נבקש להודות לקרן המחקר של בית־הספר למשפטים של המסלול האקדמי, המכללה למינהל, שמימנה באופן נדיב את העסקתם של עוזרי המחקר, לד"ר תמר גדרון, דיקן בית־הספר, על תמיכתה האישית בהוצאת הספר, וכן להוצאת רמות ולצוות שטיפל בהפקת הספר מטעמה. ללא תמיכתם, לא היה ניתן להביא את הספר לדפוס בזמן קצר יחסית.