

חוקתיזציה של זכויות חברתיות —  
על "זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל"  
(יורם רבין ויוכל שני עורכים<sup>1</sup>) ואחרית דבר בעניין  
בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ'  
שר האוצר<sup>2</sup>

פרנסס רדאי \* וערן גולן \*\*

- א. הקדמה
- ב. ייחודן של זכויות חברתיות וכלכליות
- ג. הטיפול בזכויות חברתיות על ידי רשויות המדינה
- ד. בין מחוקק, ממשלה, בתי משפט והחברה האזרחית
- ה. חוקתיזציה של זכויות חברתיות
- ו. אחרית הדבר בעניין פרשת עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי

א. הקדמה

הספר "זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות בישראל", בעריכת יורם רבין ויוכל שני, מרכז אוסף מאמרים הדנים באספקטים שונים של זכויות האדם החברתיות והכלכליות, ובכך זוכה לראשונה ענף זה של תורת זכויות האדם — שהזנחה יחסית לזכויות האזרחיות והפוליטיות — למקום בספרות המשפטית הישראלית. הזכויות

\* פרופסור למשפטים ומנהלת מרכז קונקורד, לקליטת נורמות בינלאומית בישראל, בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי המכללה למינהל; ראש הקתדרה לדיני עבודה ע"ש ליברמן באוניברסיטה העברית בירושלים; יו"ר האגודה ללימודים פמיניסטיים וחקר המגדר.

\*\* עורך דין.

1 י' רבין וי' שני (עורכים) זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל (הוצאת רמות, תשס"ה).

2 בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר (טרם פורסם, החלטה מיום 12.12.2005) (עותק שמור במערכת) (להלן: פרשת עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי).

החברתיות נכללו לצד הזכויות האזרחיות והפוליטיות בהצהרת זכויות האדם האוניברסלית משנת 1948<sup>3</sup> ובשתי האמנות משנת 1966: האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות<sup>4</sup> והאמנה הבינלאומית בדבר זכויות חברתיות וכלכליות<sup>5</sup>. עם זאת, עד העשורים האחרונים לא צברו הזכויות הכלכליות והחברתיות תאוצה בשיח זכויות האדם. לכן כונו זכויות אלו "הדור השני" של זכויות האדם. מרבית המאמרים בספר נוגעים להיבטים המשפטיים המקומיים של זכויות אלו, אך גם מקומם של המשפט הבינלאומי והמשפט ההשוואתי וכן היבטים כלכליים וסוציולוגיים שלהן לא נפקד מספר זה. על כך יש לשבח את העורכים על שהשכילו לרכז קובץ מאמרים מקיף בנושא ולהפוך אותו נגיש לקורא הישראלי.

למפעל זה חשיבות מיוחדת בעידן הגלובליזציה הניאו-ליברלית, שבו גדלו הפערים הכלכליים בין האוכלוסיות המוחלשות לבין בעלי ההכנסות הגבוהות<sup>6</sup>, בין מדינות<sup>7</sup>, בתוך מדינות<sup>8</sup> ובתוך הפירמה העסקית. כך, למשל, במרבית המדינות החברות בארגון לשיתוף פעולה כלכלי ופיתוח, ה־OECD (Organization for Economic Co-operation and Development), התרחב אי־השוויון בעשורים האחרונים לעומת העבר. ישראל, למרבה הצער, מהווה אחת הדוגמאות הקיצוניות לעקומה חדה של הגדלת הפערים<sup>9</sup>. במציאות זו, הדיון בזכויות החברתיות, המבטאות רצון לאזן בין ליברליזם ובין רווחה, רלוונטי באופן מיוחד בישראל.

בשעת עריכת הספר, כמו גם בשעת כתיבת ביקורת ספרים זו, אין בישראל חוק־יסוד: זכויות חברתיות וכלכליות. אמנם מאז קום המדינה הונחו הצעות לחוק־יסוד, חלקן פרטיות וחלקן ממשלתיות, אך הממשלה הכשילה אותן בעקבות. ענת מאור מציינת במאמרה בספר את הסיבות לכישלון זה: מדיניות הממשלה

3 Universal Declaration of Human Rights, 1948, G.A. res. 217 A (III)

4 אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, מס' 1040, ע' 269 (להלן: "האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות").

5 אמנה בינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, מס' 1037, ע' 205 (להלן: "האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות").

6 א' אטקין "מקום מגורים ורמת שכן בישראל, משנת 1993 עד שנת 2000", מרכז אדווה 2003 [http://www.adva.org/UserFiles/File/makom%20megurim&%20sahar%2093-2000.pdf]

(last visited on 4.1.2007)

7 The World Bank *World Development Report 2006, Overview: Equity and Development* [http://siteresources.worldbank.org/DEC/Resources/84797-1104785060319/Cairo\_University\_1210final.pdf] (last visited on 4.1.2007)

8 המוסד לביטוח לאומי "נספח לוחות עוני ואי־שוויון: מדד ג'יני לאי שוויון בהתחלקות ההכנסה הפנויה במדינות נבחרות לפי סולם שקילות של לוקסמבורג" הסקירה השנתית לשנת 2004

ב' 418, מס' 05B47A88/0/skira\_2004.pdf] (last visited on 4.1.2007)

9 מ' דהן "עליית אי השוויון הכלכלי" ממעורבות ממשלתית לכלכלת שוק: המשק הישראלי 1985–1998: קובץ מחקרים לזכרו של פרופ' מיכאל ברונגו (תשס"א, א' בן בסט עורך) 610;

ל' אחדות, ר' כהן ומ' אנדבלד "עוני ואי־שוויון בהתחלקות ההכנסות" הסקירה השנתית לשנת 2004, לעיל הערה 8, בע' 79, 80–117.

שהונעה לכיוון הניאר-ליכרלי על ידי משרד האוצר בעשורים האחרונים; חוסר התענינות של הקהילייה האקדמית וארגוני זכיות האדם "עד להתעשתותם", כלשונה; אדישותה של הרשות השופטת והעדפת הזכיות האזרחיות על פני החברתיות על ידי חברי הכנסת שעסקו בזכיות האדם<sup>10</sup>.

בהיעדר חוק-יסוד: זכיות חברתיות וכלכליות, מקור ההשראה העיקרי לפיתוח זכיות חברתיות בישראל מצוי בנורמות של המשפט הבינלאומי, כפי שמסביר היטב יובל שני במאמרו בספר<sup>11</sup>. על פי האמנה הבינלאומית בדבר זכיות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, מוטלת חובה כמעט מוחלטת על מדינות שאשררו את האמנה להבטיח את הגרעין הקשה של הזכיות: נגישות לאוכל, טיפולי בריאות בסיסיים, חינוך יסודי וקורת גג; באשר ליתר הזכיות, מוטלת על המדינות החובה לפעול בהדרגתיות למימושן, ועליהן אף נטל השכנוע לכך שאי-הצלחתן לעשות זאת היא מוצדקת.

מדינת ישראל שאשררה את האמנה, מחויבת לנורמות אלה. אחת המדינות שאכן קלטה אותן לחוקתה היא דרום אפריקה, שבשנת 1996 ניסחה חוקה המהווה מודל לדוגמה שעליה כותב גיא זיידמן<sup>12</sup>. גם נשיא בית המשפט העליון השופט אהרן ברק<sup>13</sup>, הרואה בה מקור להשראה ולפרשנות, הרבה להזכירה. בבג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, שנדון לאחר פרסום הספר, המחיש בית המשפט העליון שזכיות האדם המעוגנות במשפט הבינלאומי מחייבות את מדינת ישראל<sup>14</sup>. במקרה הנדון, הגן בג"ץ על זכיות הפלסטינים לגישה לעבודה, לעיסוק בחקלאות, לחינוך ולבריאות, שהופרו בעקבות בניית גדר ההפרדה<sup>15</sup>; זכיות אלה הן במהותן זכיות חברתיות וכלכליות.

## ב. ייחודן של זכיות חברתיות וכלכליות

בחלק הכללי של הספר<sup>16</sup> המחברים דנים בהתפתחות המושגית של זכיות האדם

10 ע' מאור "חוק פעור בספר החוקים: הצעת חוק-יסוד: זכיות חברתיות וכלכליות — כרוניקה של כישלון החקיקה" זכיות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל, לעיל הערה 1, בע' 195. עם זאת, יש לציין כי גם בתקופה האחרונה הוגשו הצעות חוק פרטיות שבאו לעגן את הזכיות החברתיות בחוק-יסוד.

11 שני "זכיות כלכליות, חברתיות ותרבותיות במשפט הבינלאומי: איזה שימוש יכולים בתי-המשפט הישראליים לעשות בהן" זכיות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל, לעיל הערה 1, בע' 297.

12 ג' זיידמן "זכיות חברתיות: מבט השוואתי להודו ולדרום אפריקה", שם, בע' 347.

13 א' ברק "הקדמה", שם, בע' 5, 8-9.

14 בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם, ההחלטה מיום 15.9.2005), תקדין עליון 3333 (3) 2005.

15 שם, בפסקאות 102-116 לפסק דינו של הנשיא ברק.

16 "שער ראשון: זכיות כלכליות, חברתיות ותרבותיות: מבט כללי והשוואתי" זכיות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל, לעיל הערה 1, בע' 23.

החברתיות והכלכליות. אחת הסוגיות המרכזיות היא אם יש להתייחס לזכויות אלו באופן שונה או זהה מאשר לזכויות האדם הפוליטיות והאזרחיות. באופן מסורתי, הגישה הייתה שיש שוני אינהרנטי בין הדור הראשון של הזכויות, הפוליטיות והאזרחיות, לבין הדור השני, החברתיות והכלכליות. הגישה המבחינה בין שני הדורות התבססה, בין היתר, על הטענה שאי-אפשר לאכוף זכויות חברתיות באותו האופן שאוכפים זכויות אזרחיות ופוליטיות, בהיותן זכויות "עשה" ולא "אל תעשה", ולכן הן יחסיות ותלויות העדפות מדיניות של כל מדינה ומדינה.

מרבית המחברים בספר, הדנים בסוגיה תאורטית זו, סוברים שהניסיון המסורתי להציב את הזכויות החברתיות והכלכליות כבעלות משקל פחות לעומת הזכויות האזרחיות והפוליטיות אינו מוצדק<sup>17</sup>. אותם מחברים מסבירים שלא תמיד נכון שזכויות חברתיות הנן מסוג "עשה" או שזכויות אזרחיות הן מסוג "אל תעשה". יתר על כן, לא תמיד עלות מימושן של זכויות חברתיות גבוהה יותר מזו של זכויות אזרחיות ופוליטיות. המחברים מציגים דוגמאות להמחשת הזהות בין שתי קבוצות הזכויות, אך אין לדעתנו בדוגמאות אלו כדי להעלים את ההבדל המשמעותי שנשאר על כנו, כפי שנדגים.

ניתן להבחין בשלושה סוגים שונים של עלויות הכרוכות באכיפת זכויות האדם: עלויות שיטור ושפיטה — אלו עלויות מנהליות של אכיפת זכויות האדם על ידי רשויות המדינה: כגון שירותים לשמירת הסדר הציבורי הכוללים את המשטרה ואת מערכת בתי המשפט. עלויות אכיפה אלו זהות לגבי שתי קבוצות הזכויות<sup>18</sup>. עלויות השוויון — אלו עלויות שבאות לתקן הפליה קבוצתית בחברה. בספר מופיעים מאמרים חשובים בנושא השוויון בין קבוצות סקטוריאליות, כגון מאמרה של דפנה ברק-ארז על שוויון מגדרי<sup>19</sup>, של מרואן דל על המיעוט הערבי<sup>20</sup>, של יובל מרין על הזכות לחיי משפחה ולנישואין<sup>21</sup> ושל נטע זיו על אנשים עם מוגבלויות<sup>22</sup>. חלק מהמחברים מציינים את העלות הגבוהה של מניעת הפליה כחלק מהעלות של זכויות אזרחיות: כך, למשל, מתארת רות גביוזן את שילובן של אוכלוסיות מוחלשות בחינוך ואת הכנסת נשים לתפקידים שונים בצבא<sup>23</sup>. לעומת

17 ברק, לעיל הערה 13, בע' 5; שני, לעיל הערה 11, בע' 297; ר' רבין "הזכות לקבל חינוך — מעמדה היקפה בישראל" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל, לעיל הערה 1, בע' 567; ר' גביוזן "על היחסים בין זכויות אזרחיות-פוליטיות ובין זכויות חברתיות-כלכליות", שם, בע' 23, 25; מ' אטלן "מודל לדוגמה של הזכות לתנאי קיום נאותים", שם, בע' 395.

18 גביוזן, לעיל הערה 17, בע' 43.

19 ד' ברק-ארז "פמיניזם חברתי וזכויות חברתיות של נשים", זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל, לעיל הערה 1, בע' 855.

20 מ' דלאל "חברה, כלכלה ומשפט: הרהורים ביקורתיים", שם, בע' 941.

21 י' מרין "הזכות לחיי משפחה ולנישואין (אזרחיים) — משפט בינלאומי ומקומי", שם, בע' 663.

22 נ' זיו "אנשים עם מוגבלויות — בין זכויות חברתיות לצרכים קיומיים", שם, בע' 813.

23 גביוזן, לעיל הערה 17, בע' 43.

זאת, יש מי שרואה עליות אלה כעליות של זכיות חכרתיות<sup>24</sup>, ומדגים זאת בזכות המיעוט הערבי לתקצוב שווה שהוכר בכג"ץ 1113/99 עדאלה נ' שר הדתות<sup>25</sup>. למעשה, הזכות לשוויון ועלות מימושה שייכות באופן זהה לשתי קבוצות הזכיות – ואכן נקבע איסור הפליה בסעיף זהה בכל אחת משתי האמנות משנת 1966, האמנה הבינלאומית בדבר זכיות אזרחיות ומדיניות והאמנה הבינלאומית בדבר זכיות כלכליות, חכרתיות ותרבותיות. יתרה מזו, הזכות לשוויון דורשת חלוקה שוויונית של המשאבים הקיימים ואינה מטילה עליות תקציביות נוספות. לכן היא זהה עבור שתי קבוצות הזכיות ואינה מעלה את הבעייתיות הייחודית של הזכיות החכרתיות – כלומר העליות התקציביות החלוקתיות.

עליות תקציביות חלוקתיות – אלו עליות מימנם של שירות, תשתית או גיוס כוח אדם הנדרשים למימוש הזכות. לכן מימוש זכיות אלו דורש קביעת עדיפויות תקציביות. גם כאשר לעליות אלו המחברים מציגים דוגמאות בניסיון להוכיח שאין הבדל מהותי בין זכיות אזרחיות לבין זכיות חכרתיות. כך, למשל, מוצגת העלות הגבוהה של מימון בחירות כעלות הבאה להבטיח את הזכות האזרחית להצביע<sup>26</sup> ועליות הביטחון המבטיחות את הזכות לחיים<sup>27</sup>. המחברים מציגים גם דוגמאות של זכיות חכרתיות אשר אינן כוללות עליות חלוקתיות, דוגמת חופש ההתארגנות, החופש של הורים לבחור את חינוך ילדיהם והזכות לחיי משפחה.

לגישתנו, יש להבחין אמיתית בין קבוצות הזכיות מבחינת העליות החלוקתיות. הדוגמאות הסותרות הבחנה זו הן מעטות, ואינן מוכיחות את הכלל. כלל, זכיות חכרתיות מתאפיינות בצורך למצוא מקור מימון מתמשך, וההגדרה הכמותית של זכיות אלו הנה חלק ממהות הזכות. אי-אפשר לממש את הזכות לבריאות ללא מילוי סל הבריאות בתוכן כמותי; לא ניתן לממש את הזכות לחינוך בלי לקבוע כמה תלמידים יהיו בכיתה ואין משמעות לביטחון סוציאלי בלי לקבוע מה גובה הקצבאות. יתר על כן, הזכיות החכרתיות מצריכות תשתיות מיוחדות – כגון מתקנים, שטח וכוח אדם; וחומרים – כגון בתי חולים, בתי ספר ולשכות תעסוקה. הן ההגדרה הכמותית והן התשתיות וכוח האדם מצריכים עדכון תקציבי מתמיד. לסיכום חלק זה, ניתן לומר שהמחברים תרמו לסדיקת הגבול ההרמטי בין זכיות חכרתיות לזכיות אזרחיות. הניתוח והדוגמאות שהובאו על ידם מצליחים להראות שאין הבדל מהותי בין חלק מהעליות של שתי קבוצות הזכיות (עליות שיפוט ושיטור ועליות השוויון), ובכך הם ערערו את ההבחנה הפורמלית המסורתית בין

24 י' דותן "בית-המשפט העליון כמגן הזכיות החכרתיות" זכיות כלכליות, חכרתיות ותרבותיות בישראל, לעיל הערה 1, בע' 69, 95.

25 בג"ץ 1113/99 עדאלה נ' שר הדתות, פ"ד נד(2) 164; כמו כן ראו בג"ץ 6488/02 הועד הארצי לראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל נ' ועדת המנכ"לים לטיפול נקודתי ביישובים (טרם פורסם, החלטה מיום 2.6.2004), תקדין עליון 2004(2) 2581.

26 גביון, לעיל הערה 17, בע' 42.

27 י' רבין וי' שני "מבוא: הזכיות החכרתיות – רעיון שהגיע זמנו" זכיות כלכליות, חכרתיות ותרבותיות בישראל, לעיל הערה 1, בע' 11, 16.

זכויות חברתיות כזכויות מסוג "עשה" לבין זכויות אזרחיות כזכויות מסוג "אל תעשה". לעומת זאת, המחברים הטוענים ל"משוואה" (Equivalence) בין שתי קבוצות הזכויות, אינם מתמודדים עם השוני המהותי בעלויות החלוקתיות ביניהן. לעומתם, ברק מדינה ויואב דותן אינם מקבלים את התזה בדבר המשוואה, והם אכן מתייחסים להבדל בעלויות חלוקתיות כבעיה שיש להתמודד עמה<sup>28</sup>.

### ג. הטיפול בזכויות חברתיות על ידי רשויות המדינה

החלק השני של הספר<sup>29</sup> מרבה לדון בטיפול המדינה בזכויות החברתיות בתחומי החינוך, הבריאות, הביטחון הסוציאלי ותנאי העבודה. מהמאמרים אפשר ללמוד על דגם התנהלות של רשויות המדינה – הכנסת, הממשלה ובתי המשפט – בנוגע לזכויות האדם החברתיות. נבחן את הטיפול בזכויות הפרטיקולריות, ולאחר מכן נעמוד על הדגם הממלכתי שמתגלה.

בריאות – מאמרו של אייל גרוס<sup>30</sup> סוקר בהרחבה ובאופן מעמיק את המבנה המשפטי של אספקת שירותי הבריאות בישראל. רק בשנת 1994 חוקקה הכנסת את חוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד–1994 (להלן: "חוק ביטוח בריאות ממלכתי"), המיועד להעניק שירותי בריאות בסיסיים באופן שוויוני לכל תושבי המדינה. מאז חקיקת החוק העבירה הממשלה באמצעות חוקי ההסדרים במשך 246 שינויים לחוק, שתרמו כולם לצמצום שירותי הבריאות ולאי-שוויון בין החולים. יתרה מכך, הממשלה קידמה, כפי שגרוס מציין, הפרטה כפועל של מערכת הבריאות, שבה הבריאות הופכת ל"מצרך". מגמה זו יצרה אי-שוויון באספקת המשאבים, ועל כך מתחה ביקורת הוועדה לזכויות חברתיות וכלכליות של האו"ם<sup>31</sup>. גרוס מסיק שהשינויים במימון של הבריאות פוגעים בזכות לבריאות ובשוויון במשפט ואינם מידתיים. בעתירה שהוגשה לבג"ץ<sup>32</sup>, שבה התבקשה המדינה לפעול על פי ההמלצות של מועצת הבריאות לעדכון של הבריאות, דחה בית המשפט את הבקשה, תוך שהוא נמנע מלהיכנס לעובי הקורה בדבר מהותה של הזכות. על כך מותח גרוס ביקורת חריפה ומשכנעת: "במקרה הישראלי [...] צריכת הבריאות נעשית תלויה יותר ויותר ביכולת תשלום אישית ואף ספק אם מערכת זו מספקת את המינימום ההכרחי"<sup>33</sup>.

28 ב' מדינה "חובתה של המדינה לספק צרכים בסיסיים: מ'שיח של זכויות' ל'תיאוריה של מימון ציבורי", שם, בע' 131. דותן, לעיל הערה 24, בע' 88.

29 "שער שני: הזכויות הפרטיקולריות השונות" זכויות כלכליות, חברתיות ותרכותיות בישראל, לעיל הערה 1, בע' 393.

30 א' גרוס "בריאות בישראל – בין זכות למצרך", זכויות כלכליות, חברתיות ותרכותיות בישראל, לעיל הערה 1, בע' 437.

31 שם, בע' 492.

32 בג"ץ 9163/01 שירותי בריאות כללית נ' שר האוצר, פ"ד נו(5) 521.

33 גרוס, לעיל הערה 30, בע' 530.

חינוך – במאמרו על הזכות לחינוך, מציין יורם רבין<sup>34</sup> כי על אף התקיקה המסדירה את מערכת החינוך, ועל אף חוק זכויות התלמיד שנכנס לתוקף בשנת 2000, אין בחקיקה הישראלית שום ערובה לסטנדרטים מינימליים של חינוך. גם כאן נמנע בית המשפט העליון מלקבוע שיש זכות חוקתית לחינוך החוסה בגדרו של כבוד האדם. רבין הביע תקווה שבעתיד יכיר בית המשפט בזכות לחינוך כזכות יסוד חוקתית, אולם מאז פרסום דבריו אלו, שוב השאירה השופטת ביניש את השאלה בצריך עיון<sup>35</sup>.

זכויות סוציאליות – מראשית קיומה של המדינה, העמידה הכנסת בסיס איתן לזכויות סוציאליות בחוק ביטוח לאומי ובאמצעות הקמתו של המוסד לביטוח לאומי כגוף אוטונומי, המגייס כספים מכלל האוכלוסייה לצורך מימון הקצבאות בענפי הביטוח השונים: נכות, זקנה, אבטלה, קצבאות ילדים, תאונות עבודה ופשיטת רגל. מאז מחצית שנות השמונים, החל כרסום מתמיד באוטונומיה של המוסד לביטוח לאומי<sup>36</sup>, בכיסוי הביטוחי ובגובה הקצבאות.

ישראל דורון בחן את השפעת מדיניות הקיצוץ בזכויות סוציאליות על אוכלוסיית הקשישים<sup>37</sup>. דורון מייחס את הקיצוצים לאווירה הניאורליברלית ולחששות שיצר משרד האוצר סביב תופעת ההזדקנות. הוא מציין את הניסיונות החוזרים ונשנים לצמצם את היקפן של קצבאות הזקנה, את ההתנגדות לחקיקת חוק פנסיה ממלכתית ואת הניסיונות לבטל את הזכויות מכוח חוק האזרחים הוותיקים, תש"ן 1989. המאמר של דורון נכתב עוד לפני הקיצוצים בקצבאות הזקנה בחוק התכנית להבראת כלכלת ישראל בשנת 2003<sup>38</sup>. נגר קיצוצים אלה הוגשה עתירה לבג"ץ<sup>39</sup> אשר נדחתה על ידי בית המשפט בנימוק שהורדת גובה הקצבה איננה מהווה פגיעה בזכות יסוד, היות שאין מדובר בקשישים המקבלים קצבת הבטחת הכנסה, ולכן אין פגיעה בזכות היסוד החוקתית לקיום מינימלי בכבוד.

בנוסף, שנה אחר שנה, הופחתו בחוקי הסדרים במשק זכויות סוציאליות למיניהן. בין היתר, הופחתו באופן שיטתי הזכויות לדמי אבטלה<sup>40</sup>. כמו כן, הוגבלה הזכאות

34 רבין, לעיל הערה 17, בע' 567.

35 בג"ץ 7351/03 ועד הורים עירוני ראשון-לציון נ' שרת החינוך, התרבות והספורט (טרם פורסם, ההחלטה מיום 18.7.2005), תקדין עליון 2005(3), 506, שם נקבע, על פי פרשנות לחוק לימוד חובה, תש"ט 1949, שאין לגבות תשלום עבור בחינות בגרות.

36 א' דורון "שינוי מעמדו של המוסד לביטוח לאומי" ביטחון סוציאלי 67 (תשס"ה) 39.

37 דורון "זקנה וזכויות כלכליות וחברתיות: יחסי גומלין בין הזדקנות החברה הישראלית ובין מעמדן של הזכויות הכלכליות והחברתיות במשפט הישראלי" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל, לעיל הערה 1, בע' 893.

38 חוק התכנית להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2003 ו-2004) תשס"ג-2003.

39 בג"ץ 5578/02 מגור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729 (להלן: פרשת מגור).

40 ג' גל "על מטוטלת ביטוח האבטלה בישראל, 1972-2003" ביטחון סוציאלי 67 (תשס"ה) 109. בעניין זה הוגשה בתחילת שנות התשעים עתירה לבג"ץ כנגד הפגיעה בזכות לביטוח סוציאלי, אך בעקבות המלצת בג"ץ, נמשכה העתירה. פרנסס רדאי ייצגה את העותרים.

לקצבת הבטחת הכנסה<sup>41</sup>. לאחרונה הופעלה בישראל תכנית ויסקונסין (מהל"ב), הכופה על מקבלי קצבאות הבטחת הכנסה להשתתף בתכנית, שאם לא כן תישלל גמלתם<sup>42</sup>. מיכאל אטלן דוחה במאמרו<sup>43</sup> את הטענה של אברהם דורון<sup>44</sup>, שלפיה תכנית ויסקונסין מסמלת פגיעה ברשת המגן האחרונה ונסיגה מערכי היסוד של מדינת הרווחה; לדברי אטלן, התכנית מעורדת עבודה הוגנת ואחריות אישית. דברים אלו יפים אולי בתאוריה, אך במציאות שבה שיעור האבטלה גבוה, קשה לראות כיצד אמצעי "עידוד" אלו משיבים עובדים לשוק העבודה.

לאחרונה נדרש בג"ץ לסוגיית ההפחתה של קצבת הבטחת הכנסה בחקיקה של הכנסת בפרשת עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי<sup>45</sup>. בפסק דינו סירב בג"ץ, ברוב דעות, לפסול את החקיקה או להצהיר שהיא איננה חוקתית. בפסק דינו בחר הנשיא ברק, שאליו הצטרפה דעת הרוב, לפרש את זכות היסוד לכבוד האדם כ"רשת מגן" למעוטי-האמצעים בחברה, כך שמצבם החומרי לא יביאם לכלל מחסור קיומי<sup>46</sup>. לעומתו, השופט אדמונד לוי, בדעת המיעוט, ראה את הזכות לכבוד האדם כזכות ל"רמת חיים נאותה", כפי שנקבע בסעיף 11(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, וקבע כי "על תנאי-מחייתו של אדם לאפשר לו תפקוד חברתי סביר בחברה בה הוא חי"<sup>47</sup>. תפיסת היסוד שהנחתה אותו היא ש"האדם הוא חלק מחברה [...] זכויות האדם הנן, אפוא, זכויותיו בחברה מאורגנת; הן עוסקות בפרט וביחסיו עם זולתו [...] מכאן, שכבוד האדם הוא כבודו כחלק מחברה ולא כמי שחי על אי בודד"<sup>48</sup>. על השלכותיו של פסק הדין נעמוד בהרחבה בהמשך.

תנאי עבודה — מדינת ישראל התפארה במערכת מקיפה של חוקי מגן, שנחקקו החל בשנות החמישים והשישים, ושיצרו תנאי מינימום בעבודה: הגבלת מספר שעות עבודה; גמול שעות נוספות; תשלום שכר במועד; פיצויי פיטורין; חופשה שנתית; חופשת מחלה וחופשת לידה. בשנת 1987 השלימה הכנסת מלאכה זו בחקיקת חוק שכר מינימום, תשמ"ז-1987. מדיניות זו קיבלה השראה מעקרונות

41 ב' סבירסקי "רשת הביטחון הסוציאלי בהיבט מיגדרי, קצבת הבטחת הכנסה", מרכז אדווה [http://www.adva.org/UserFiles/File/reshet%20bitahon%20sociali\_1.pdf] (last visited on 4.1.2007)

42 מבט ביקורתי על התכנית ניתן למצוא אצל א' בניש "יישום תכנית ויסקונסין בישראל — היבטים משפטיים" עבודה, חברה ומשפט יא (תשס"ו) 121.

43 אטלן, לעיל הערה 17, בע' 417.

44 א' דורון "מסעד לעבודה": איום על רשת המגן במערכת הביטחון הסוציאלי הישראלית" ביטחון סוציאלי 57 (תש"ס) 37.

45 פרשת עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי, לעיל הערה 2.

46 שם, בפסקה 16 לפסק דינו של הנשיא ברק.

47 שם, בפסקה 3 לפסק דינו של השופט לוי.

48 שם, שם.



המשפט העברי המודגמים במאמרו של מיכאל ויגודה<sup>49</sup>. בנוסף, החקיקה קבעה תשתית למערכת יחסי עבודה קיבוציים ונתנה תוקף משפטי מידי וקונגטי להוראות אישיות בהסכמים קיבוציים. שוק העבודה התנהל על בסיס ההנחה שהחוקים מספקים את מינימום התנאים ההכרחיים ושההסכמים הקיבוציים משיגים את תנאי העבודה ההוגנים. בעשורים הראשונים לקיומה של המדינה, פיקחה הסתדרות העובדים על קיומם של תנאי העבודה על פי חוק ועל פי הסכמים קיבוציים; יותר מ-80% מהעובדים היו חברים בהסתדרות ותנאי עבודתם הוסדרו בהסכמים קיבוציים. מאז שנות התשעים, עם ההתדרדרות בכוחה של הסתדרות העובדים, שעליה נרחיב להלן, חל דילול בתחולתם של ההסכמים הקיבוציים ובאכיפה של חוקי המגן במקומות עבודה: החל עידן של הפרה גלויה של חוקי המגן על ידי המעסיקים<sup>50</sup>; העסקה באמצעות קבלני כוח אדם בתנאי עבודה ירודים<sup>51</sup> וניצול עובדים זרים (חוקיים ולא חוקיים כאחד). בהתפתחות תופעות אלו היה לממשלה תפקיד מרכזי.

המדינה לא החליפה את תפקיד הסתדרות העובדים בפיקוח על תנאי העבודה על ידי אכיפה מנהלית ופוליטית. משאבי הפיקוח שעמדו לטובת המדינה (22 פקחים), הוקדשו החל משנות התשעים בעיקר למניעת עבודה אסורה של יהודים בשבת. מדיניות זו גרמה לכך שעד שנת 2004 חוקי עבודה רבים הלכה למעשה כלל לא נאכפו. בעקבות דו"ח חריף של מבקר המדינה<sup>52</sup> נעשה שינוי ארגוני במשרד התעשייה המסחר והתעסוקה, אך לא נוספו משאבי כוח אדם לאכיפה. לאחרונה העריך אלי פז, סמנכ"ל במשרד התעשייה, המסחר והתעסוקה, שנדרשת תוספת של 340 פקחים על מנת לאכוף את חוקי המגן, וטען ש"הממשלה חטאה כלפי חוקי העבודה מתוך ההנחה שכלל שעלות העבודה נמוכה יש יותר צמיחה במשק"<sup>53</sup>.

#### ד. בין מחוקק, ממשלה, בתי משפט והחברה האזרחית

##### הכנסת והממשלה

אף על פי שהכנסת הניחה יסוד לזכויות חברתיות בתחום העבודה והביטחון הסוציאלי בחקיקה, היא אינה שומרת על זכויות אלו תחת התקפת משרד האוצר

49 מ' ויגודה "בין זכויות חברתיות לחובות חברתיות במשפט העברי" זכויות כלכליות, חברתיות ותורבותיות בישראל, לעיל הערה 1, בע' 233.

50 ראו פרוטוקול מס' 339 משיבת ועדת העבודה והרווחה של הכנסת מיום 22.3.2005 [http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/avoda/2005-03-22-01.html] (last visited on 4.1.2007).

51 ר' נדיב העסקה באמצעות קבלני כ"א – ישראל, 2000, משרד העבודה, הרשות לתכנון כח אדם [http://www.moit.gov.il/cmstamat/Rsrc/koach/tichnun\_koach\_adam/tichnun\_pirsu\_mim/pir\_skirot/xkablant.pdf] (last visited on 4.1.2007).

52 דו"ח מבקר המדינה 254 לשנת 2003 ולחשבונית שנת הכספים 2002, 820.

53 ראו הודעה לעיתונות מטעם הוועדה לענייני ביקורת המדינה מיום 23.8.2005, על ישיבתה של ועדת המשנה של הוועדה לענייני ביקורת המדינה לנושא אכיפת חוקי עבודה. [http://www.knesset.gov.il/spokesman/heb/Result.asp?HodID=5947] (last visited on 4.1.07)

בתוקי ההסדרים, אלא פועלת כחותמת גומי<sup>54</sup>. היא אף לא התגברה על התנגדות משרד האוצר להקדיש משאבים לצורכי פיקוח ואכיפה. בתחום אחד, הוא הטיפול בעובדים זרים, הכנסת היא אף זו שלקחה את הזימה, והסדירה בחקיקה את האפשרות לנצל מאות אלפי עובדים זרים<sup>55</sup>. הסיבה איננה נסתרת: נגד כל הצעה לייקר את עלות העבודה של עובדים זרים ובכך לשפר את מצבם, ניצב לוכי של חקלאים, קבלנים וחברות כוח אדם המצליח למנוע שינוי מהותי.

### בית המשפט העליון

בע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו<sup>56</sup>, הכיר בית המשפט העליון לראשונה בזכויות האדם החברתיות וזאת בדבר הזכות לקיום מינימלי בכבוד כחלק מן הזכות לכבוד האדם. בשנים האחרונות פיתח בית המשפט העליון, במישור ההצהרתי, את המושג של זכויות חברתיות כזכויות יסוד. אולם למעט הזכות לקיום מינימלי, הוא לא העניק לזכויות חברתיות מעמד חוקתי בגדרו של כבוד האדם. כך בעניין הזכות לחינוך, וכך כפי שמסביר אורן פרז<sup>57</sup> בעניין הזכות לאיכות הסביבה. כפי שקבע הנשיא ברק, עמדת בית המשפט היא שהיקפן של הזכויות החוקתיות לביטחון סוציאלי הגו תלוי משטר, ובמשטר ליברלי, לעומת משטר סוציאלי-דמוקרטי, כפי שנקבע בפרשת מגור: "הזכות החוקתית לביטחון סוציאלי משתרעת על הבטחת קיום מינימאלי בכבוד"<sup>58</sup>. נוסף לעמדה עקרונית ומצמצמת זו, אנו למדים על רתיעתו של בית המשפט העליון לחייב את המדינה בעלויות תקציביות כבדות, כשאלו מוצגות על ידי המדינה כמחסום למימוש הזכות. כך בעניין אלמנות צה"ל<sup>59</sup>, וכך בנוגע לקיצוצים בקצבאות הבטחת הכנסה<sup>60</sup>.

### החברה האזרחית

התעוררות השיח בעניין הזכויות החברתיות התרחשה על רקע ההתדרדרות בכוחם של המפלגות הסוציאלי-דמוקרטיות וארגוני העובדים, שלהם היה תפקיד מרכזי בשמירה על תנאי העבודה ומדיניות הרווחה במאה ה-20. כפי שנכתב במקום

54 ראו בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, ההחלטה ניתנה ביום 27.9.2004), תקדין עליון 2004(3) 2762.

55 בג"ץ 4542/02 עמותת קו לעובד נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם), פדאור 03(7) 728 ובייחוד פסקאות 27, 51 לפסק הדין.

56 ע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360.

57 א' פרז "זכויות חברתיות-כלכליות ואיכות הסביבה" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל, לעיל הערה 1, בע' 725.

58 פרשת מגור, לעיל הערה 39, בפסקה 9 לפסק דינו של הנשיא ברק; ראו עוד פרשת עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי, לעיל הערה 2.

59 בג"ץ 6758/01 ליפשיץ נ' שר הביטחון (טרם פורסם, החלטה מיום 21.1.2005), תקדין עליון 2004(1) 3636, בפסקה 11 לפסק הדין.

60 ראו ס' 102 לתצהיר תשובה מטעם המשיבים בפרשת עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי, לעיל הערה 2 (עותק שמור במערכת).

אחר, התדרדרות זו איננה תולדה של שינויים מבניים בלבד אלא גם של מדיניות ניאו-ליברלית מכוונת<sup>61</sup>. בישראל, החל בחקיקת חוק ביטוח בריאות ממלכתי בשנת 1994 וכלה בחקיקת חוק תכנית החירום הכלכלית בשנת 2002–2003<sup>62</sup>, הממשלה, באישור הכנסת, החלישה במידה רבה את כוחם של ארגוני העובדים ואת מעמד המשא ומתן הקיבוצי<sup>63</sup>. היחלשות ארגוני העובדים הובילה לפיחות בתנאי העבודה מול המעביד הציבורי והפרטי כאחד ואפשרה יד חופשית למשרד האוצר להפחית מהזכויות הסוציאליות הקבועות בחוקים ובהסכמים.

בצד היחלשותם של ארגוני העובדים<sup>64</sup>, החלו לפרוח ארגונים לא ממשלתיים. ארגונים אלו אינם פועלים על בסיס של כוח כלכלי אוטונומי, אלא על בסיס תרומות ומענקים. פעילותם הנה הכרחית להגנה על זכויות חברתיות וכלכליות; הם אוספים נתונים ומביאים, באמצעות התקשורת, לידיעת הציבור מקרים של פגיעה בזכויות אדם ואף יוזמים הליכים בבתי משפט<sup>65</sup>. פעילותם של ארגונים אלו בתחומי התקשורת, המשפט והחינוך גרמה לשינוי חברתי ולמודעות ציבורית. עם זאת, ארגונים אלו, שלא כמו ארגוני העובדים, אינם מהווים מוקד כוח פוליטי או כלכלי עצמאי שיכול להעמיד "מאזן אימה" מול המדינה או מול השוק הפרטי<sup>66</sup>. התועלת של ארגונים אלו תלויה לא מעט במערכת בתי המשפט<sup>67</sup> שרק שם הרטוריקה, השכנוע וההסתמכות על זכויות אדם יכולים להביא תוצאות ממשיות מול המדינה. העמדת האכיפה המשפטית של זכויות חברתיות במרכז סדר היום של הדוברים למדיניות רווחה מסמלת את הכישלון של המנגנונים הקלאסיים והיעילים ביותר לשמירה על זכויות אלה. אין בהסתמכות על זכויות האדם כדי להחליף באפקטיביות את הכוח הפוליטי של מפלגות בכנסת בעלות מצע חברתי ואת הכוח הכלכלי של ארגוני עובדים במקומות העבודה. הכישלון הוא באי-שמירה על המסגרות

F. Raday "The Decline of Union Power — Structural Inevitability or Policy Choice?" 61 *Labour Law in an Era of Globalization: Transformative Practices and Possibilities* (New York, J. Conaghan, M. Fischl & K. Klare eds. 2004) 353

62 חוק תכנית החירום הכלכלית (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקצוב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2002 ו-2003), תשס"ב–2002.

63 פ' רדאי וג' נועם (ארגוני עובדים ומשא ומתן קיבוצי בישראל — מבט אל המאה ה-21" משפטים לד' 39, 58–59; מ' מירוני "השימוש בחקיקה לפגיעה בזכויות הסכמיות ולהשגת שינויים מבניים — היבטים של דיני עבודה ויחסי עבודה" עבודה, חברה ומשפט י (תשס"ד) 269.

64 י' כהן, י' הברפלד, ג' מונדלק וי' ספורטא "שיעור העובדים המאורגנים באיגודי עובדים ושיעור הכיסוי של הסכמים קיבוציים: עבר, הווה ועתיד" עבודה, חברה ומשפט י (תשס"ד) 15.

65 דוגמה לכך היא פרשת עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי, לעיל הערה 2. העתירה הוגשה לאור הקיצוצים בקצבת הבטחת הכנסה.

66 י' ישי "דמוקרטיה למען העם? קביעת מדיניות הרווחה בישראל" ביטחון סוציאלי 56 (1999) 126.

67 ג' מונדלק "חמישים שנה להפעלת חוק הביטוח הלאומי: החגיגות יתקיימו בבית המשפט" ביטחון סוציאלי 67 (תשס"ה) 83.

הפוליטיות והכלכליות האוטונומיות כמקור להגנה על הרווחה. עם זאת, כישלון זה הנו חלק מהמציאות הישראלית, ואי אפשר להתעלם ממנו. במציאות זו, החוקתיזציה של זכויות חברתיות והביקורת השיפוטית על פיהן מהווה הכרח אתי, חינוכי ומעשי.

### ה. חוקתיזציה של זכויות חברתיות

המשמעות של מתן הכרה חוקתית לזכויות חברתיות היא מתן עדיפות לזכויות אלה בהיררכיה של הנורמות המשפטיות. שני היבטים למשמעות זו: היבט ראשון הוא במישור הנורמטיבי, שבו מתן תוקף חוקתי לזכויות חברתיות מבטא הכרעה ערכית – על כך אין חולקים מחברי המאמרים בספר<sup>68</sup>; ההיבט השני נוגע למנגנון בעל הסמכות ליישם את הזכות החברתית ולקבוע את התקציב למימושה – על כך חלוקים המחברים השונים. ברק<sup>69</sup>, גביון<sup>70</sup> ודוהן<sup>71</sup>, מסיבות שונות, קובעים שבתי המשפט אינם הזירה להכריע את הכף כשמדובר בעדיפויות תקציביות. הנשיא ברק אומר זאת בצורה חריגה: "אמת בתי המשפט אינם צריכים להיות מעורבים בהקצאת המקורות הכספיים של המדינה; אך בכך ניתן לטפל בקביעת היקפה של הזכות ומידת ההגנה עליה"<sup>72</sup>. לעומת זאת, ענת מאור<sup>73</sup> ויובל שני<sup>74</sup> רואים צורך בביקורת שיפוטית גם כאשר מדובר בקביעת עדיפות תקציבית.

דעתנו היא, שבמציאות הישראלית דרושים הן הענקת תוקף חוקתי לזכויות החברתיות והן מתן סמכות לביקורת שיפוטית. לאור החתירה ההולכת וגוברת תחת רשת הביטחון החברתית מצד הממשלה, תוך הסכמת הכנסת לאשר החלטות בעניין זכויות חברתיות כחלק מהמדיניות התקציבית של האוצר, ולאור המדיניות השומטת את הקרקע מתחת לזכויות החברתיות, לרבות אלו המעוגנות בחקיקה – מקור ביקורת אוטונומי שיפקח על מימושה של הזכויות החברתיות הנו חיוני. בית המשפט הוא המועמד הטבעי לתפקיד זה בהיותו עצמאי ומקצועי ובהיותו מופקד בישראל, כמו גם במדינות אחרות, על שמירת שלטון החוק וכיבוד זכויות האדם. אולם אין ספק שכאשר מדובר בהכרעה שיש בה כדי להשפיע על החלוקה התקציבית, לעתים קרובות בסכומי עתק, חסרים לבית המשפט כלים וכוה לקבוע את הממד הכמותי של הזכות החברתית. הצורך למצוא פתרון חוקתי מיוחד

68 גביון, לעיל הערה 17, בע' 66. גביון נוטה לאמץ פיתרון שידגיש את שוויון המעמד העיוני והערכי בין כל זכויות האדם.

69 ברק, לעיל הערה 13, בע' 7.

70 גביון, לעיל הערה 17, בע' 66. יש לציין כי גביון מבקשת להגביל את כוח הביקורת השיפוטית לגבי כל זכויות האדם (פוליטיות ואזרחיות) ולא רק לגבי זכויות חברתיות.

71 דוהן, לעיל הערה 24, בע' 88–97.

72 ברק, לעיל הערה 13, בע' 7.

73 מאור, לעיל הערה 10, בע' 215–216.

74 שני, לעיל הערה 11, בע' 341–345.

לזכויות החברתיות מומחש אמפירית, כשבמצב הקיים בית המשפט נמנע מכל האפשרויות, הן מהצהרה על הפרת זכותן והן מקביעת מסמרות באשר לממד הכמותי של הזכות. התוצאה יוצרת חלל ריק חוקתי. עם זאת, יש כמה דרכים להתמודד עם קושי זה ובכך עוסקים דוידוב ואטלן<sup>75</sup>.

ישנם שלושה מודלים בסיסיים לסמכות הביקורת השיפוטית החוקתית בסוגיה זו. המודל ראשון נותן לבית המשפט סמכות הצהרתית בלבד בדומה לנעשה על פי החוקה באירלנד, הקובעת שאין אכיפה של הוראות בעניין זכויות חברתיות. פתרון זה אמנם יכול להוביל למודעות ציבורית בדבר הפגיעה בזכויות החברתיות על ידי המחוקק, אלא שפתרון זה אינו נושא כוח פורמלי להניע מנגנון כלשהו לתיקון הפגיעה. המודל השני הוא שבמקרה שבו בית המשפט קובע שהופרה זכות חברתית, הוא יחזיר את הסוגיה לדיון מחודש לגוף המחליט על מנת שזה ימצא פתרון שיתקן את הפגיעה. זהו המודל שאומץ בחוק זכויות האדם הבריטי מ-1998<sup>76</sup>. מודל זה אומץ על ידי השופט לוי בדעת מיעוט בפרשת עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי. בפתרון זה מתעוררת השאלה מה גורלן של הפרות זכויות חברתיות שלא באות לתיקון למרות המלצת בית המשפט; במקרה זה ניתן אולי לבחון את הפתרונות שמעניקים מנגנוני ההתגברות שבחוקה הקנדית ובחוק־יסוד: חופש העיסוק בישראל<sup>77</sup>. המודל השלישי מאפשר לבית המשפט לפסוק בעניין התקצוב של מימון הזכות החברתית, בכפוף למגבלות תקציביות סבירות. זה המודל שאומץ בחוקה הדרום אפריקנית<sup>78</sup>. גם מודל זה מצריך, כנראה, מנגנון הדומה למנגנון ההתגברות על מנת לקבוע מהן מגבלות תקציביות סבירות. לכל אחד מהמודלים ניתן להוסיף מנגנון פרוצדורלי שבו מחויבת המדינה לערוך תכניות לתיקון הפגיעה בזכויות חברתיות, לרבות קביעת לוחות זמנים, חובת דיווח ומעקב של בית המשפט אחר ביצוען<sup>79</sup>.

## 1. אחרית הדבר בעניין פרשת עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי

פרשת עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי ממחישה את המסקנות של מחברי ביקורת ספרים זו. לעניין תפקידו של בית המשפט, החלטתם של ששת שופטי בית המשפט העליון

75 ג' דוידוב "הזכות לעבוד כזכות קהילתית ואישית והפוטנציאל החוקתי שלה" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל, לעיל הערה 1, בע' 533, 557-558; אטלן, לעיל הערה 17, בע' 427-432.

76 Human Rights Act 1998, Ch. 42, (Eng.)

77 ס' 8 לחוק־יסוד: חופש העיסוק מאפשר לחוק הפוגע בזכות יסוד לעמוד על כנו למשך 4 שנים אם התקבל ברוב של חברי הכנסת ונאמר בו במפורש שהפגיעה האמורה נעשתה על אף האמור בחוק־יסוד: חופש העיסוק.

78 The Constitution of the Republic of South Africa, 1996

79 אטלן, לעיל הערה 17, בע' 427-432.

ברעת הרוב, הבאה לידי ביטוי בפסק דינו של הנשיא ברק, מגמדת את הפוטנציאל של ביקורת שיפוטית על זכויות חברתיות, כל עוד אין בישראל חוק יסוד: זכויות חברתיות. במישור העקרוני, נתן פסק הדין פרשנות מצמצמת לזכות האדם החברתית הגרעינית ביותר – הזכות לקיום אנושי, בקבעו שהזכות היא לקיום חומרי מינימלי, כזו שמונעת מחסור קיומי בלבד. אולם האיפוק של בית המשפט לא מעיד רק על מזג שיפוטי; הוא מעיד על החסר החוקתי. הנשיא ברק מסביר שאין עיגון חוקתי מפורש של זכויות חברתיות או של הזכות לשוויון בישראל, וכי בבואו לבחון זכויות אלה בגדר הזכות לכבוד האדם אין בית המשפט חופשי לאמץ גרסה נרחבת. עוד קבע הנשיא ברק ש"אין מדינה שבה זכה אגד הזכויות החברתיות לעיגון חוקתי מפורש ומוסכם, כמדינה בה הנושא נתון עדיין למחלוקת שטרם הוכרעה בידי המוסדות המכוננים"<sup>80</sup>. יש לזכור שבכרים אלו נאמרו על רקע התקפות מרובות על בית המשפט בשנים האחרונות – על ידי חברי כנסת, על ידי חוגים דתיים ועל ידי אנשי אקדמיה והעיתונות – על כך שבית המשפט נוקט אקטיביזם שיפוטי ורטוריקה של "מהפכה חוקתית". גם בפרשת עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי עצמה, כשהשופטת דורנר הוציאה צו ביניים שהורה למדינה להגדיר מהו הסטנדרט המינימלי לקיום בכבוד (צו שנהפך מאוחר יותר על ידי הנשיא ברק עם פרישתה של השופטת דורנר), נמתחה ביקורת ציבורית חריפה, שערערה את הלגיטימיות להתערבות בית המשפט בנושא חברתי-כלכלי<sup>81</sup>.

משפנה הנשיא ברק לבחון את יישומה של הזכות לקיום מינימלי בכבוד על עובדות המקרה, הוא קבע שלא ניתן למדוד את הפגיעה בכבוד האדם רק לאור הקיצוץ בקצבת הבטחת הכנסה, אלא יש אף להתייחס למכלול האמצעים שמעמידה המדינה לרשות אלו שאינם מסוגלים להתקיים בזכות עצמם. לכן, אף שקוצצה גמלת הקיום של העותרים בשליש, קבע הנשיא ברק שהעותרים לא הרימו את נטל ההוכחה הראשוני להראות שכבודם נפגע. כאן נדמה לנו שבית המשפט עבר מתחום הזהירות לתחום ההימנעות המוחלטת. קריאה של חוות דעת המיעוט של השופט לוי מדגימה את האלטרנטיבה שעמדה בפני בית המשפט. השופט לוי מציג את מטרתו של חוק הבטחת הכנסה כאמצעי המרכזי והעיקרי לספק את הצרכים החיוניים, וזאת כדי למנוע מצוקה כלכלית בקרב קבוצות חלשות באוכלוסייה<sup>82</sup>. הוא מסיק שההפחתה בשליש היא הוכחה לכאורה לפגיעה בכבוד האדם, הואיל וטרם הקיצוץ הציג המוסד לביטוח לאומי את איכות החיים

80 שם, בפסקה 13 לפסק דינו של הנשיא ברק.

81 " יועז ריבלין שוב תוקף את העליון" הארץ 23.4.04; ראו דברי יושב ראש הכנסת, חבר הכנסת ראובן ריבלין: "לנוכח המציאות הבוקעת ועולה מן הכיוון אליו חותר בית המשפט העליון [...] נגיע אולי למצב שבו יהיה עלינו לגדור את בית המשפט בסיינים ברורים אשר יגבילו את סמכויותיו ויקצצו בכנפיו". הדברים נאמרו בכנס של המכון הישראלי לדמוקרטיה מיום 22.5.2003 בנושא "הדמוקרטיה הישראלית במבחן השעה" [http://www.idi.org.il/hebrew/article.asp?id=1479] (last visited on 4.1.2007).

82 פרשת עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי, לעיל הערה 2, פסקאות 6–7 לפסק דינו של

