

כבוד לעניים: בין כבוד האדם לזכות לביטחון סוציאלי

מאת אמיר פז-פוקס¹

"זה חוק של ייאוש. זה חוק של זכויות אדם לעניים." ח"כ שולמית אלוני (במהלך דיוני הכנסת בקבלת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו).
"זכויות אדם חברתיות, כגון הזכות לחינוך, להשכלה, לבריאות ולרווחה חברתית הן בוודאי זכויות חשובות ביותר, אך אינן חלק מכבוד האדם וחירותו." אהרן ברק

"No more on this, I pray you. Give him food and shelter; When you have covered his nakedness, dignity will follow by itself." Frederich Schiller

במאמר זה מקודמת הטענה שבצד ההכרה הרטורית בזכות לביטחון סוציאלי, בית המשפט מרוקן זכות זו מתוכן מעשי. בצד דחייתו הרטורית את הביקורת כלפי זכויות חברתיות וכלכליות, בית המשפט מאמץ טכניקה שיפוטית המגמדת זכויות אלה, ברוח ביקורת זו ממש. כך, במספר פרשות מרכזיות, בית המשפט דוחה את העתירות אשר במרכזן היתה טענה לפגיעה בזכות לביטחון סוציאלי. בית המשפט קובע שלא הוצגה תמונה שלמה באופן המאפשר מסקנה כי הזכות אכן נפגעה. נימוק זה מזכיר באופן בולט את "טיעון העמימות" אשר משמש את המתנגדים להכרה בזכויות חברתיות וכלכליות. מהלך דומה נקט בית המשפט בנוגע לטיעון המזהיר מפני פגיעה בהפרדת הרשויות כאשר נבחנת מדיניות חברתית-כלכלית.

המסקנה בדבר הקושי לעצב זכות חזקה לביטחון סוציאלי מחייבת לבחון את האפשרות של המערכת המשפטית לטפל בסוגיות עקרוניות אשר לא ניתנות לרדוקציה קלה לשפת הזכויות. בנוסף, היא מעלה את השאלה בדבר תפקידו של המושג כבוד האדם, הניצב במרכז המערכת הערכית והמשפטית בישראל. אחת המסקנות המעניינות והחשובות הנגזרות מהקנייה זו של הזכות לביטחון סוציאלי נוגעת לרף שבית המשפט מציב לפני הטוענים לפגיעה בזכותם לביטחון סוציאלי. רף הוכחתי זה, כך אטען, מוביל לכישלון ידוע מראש של העתירות.

¹ מרצה למשפטים, הקרייה האקדמית אונו.

מבוא

ביום 12 בדצמבר 2005, לאחר למעלה משלוש שנות התדיינות, דחה בית המשפט העליון, בהרכב של שבעה שופטים ובראשם הנשיא ברק, את העתירה הנוגעת לעניין חוקתיות הקיצוץ בשיעורן של גמלאות הבטחת הכנסה (להלן: עניין מחויבות). כמעט מופלא הדבר שסוגיה, המצויה בימים כתיקונם בעיבורם של דיני הביטחון הסוציאלי והמעניינת רק יודעי חן מעטים, זכתה למושב מורחב של שבעה שופטים ולדיונים ערים בתקשורת בימים שלאחרי פסיקת בית המשפט העליון. במבט ראשון ניתן היה לטעון שהעיסוק הנרחב בעניין נובע מטקטיקה של העותרים, אשר ביקשה לאלץ את בית המשפט (ודרכו את המדינה) לקבוע, אחת ולתמיד, מה כוללת המחויבות של מדינת הרווחה כלפי אזרחיה המוחלשים ביותר. בראשיתו של ההליך הסכימה כבוד השופטת דורנר שזוהי המסגרת הנכונה לבחינת הסוגיה והוציאה צו בהתאם. ההרכב המקורי של השופטים הוציא צו על תנאי תקדימי, ולפיו על המדינה להודיע מהו לטעמה "סטנדרט לקיום אנושי בכבוד כמתחייב מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" (החלטה מיום 5 בינואר 2004). לימים, לאחר פרישת השופטת דורנר, החליט נשיא בית המשפט העליון על שינוי ההרכב, וההרכב החדש ביטל את הצו המחייב את המדינה להבהיר מהו המינימום לקיום אנושי בכבוד. אלא שביטול הצו לא מנע מפרשה זו לחדור לתודעה הציבורית בתור "בג"ץ הקיום בכבוד".

מייד לאחר דחיית העתירה נשמעה ביקורת כאילו בית המשפט מתנער מחובתו להגן על אלה הזקוקים יותר מכל לעזרתו, בשל אידיאולוגיה ליברטריאנית אשר, כביכול, שולטת בכיפה המיתמרת מעל גבעת רם. חלק מהביקורת המשיכה קו מוכר, ולפיו בית המשפט מתמיד בסירובו להכיר בזכויות חברתיות-כלכליות (זלצברגר וקדר, 1998, ע' 505-506; מרמור, 1998; רדאי וגולן, 2006). אין בדעתו לומר כאן דבר בעניין זה.

קריאת פסק הדין מלמדת שהעניין הציבורי היה מוצדק, אך לא בשל ההכרה או ההימנעות מהכרה של בית המשפט בזכויות חברתיות וכלכליות. במאמר זה אבקש לטעון שבצד ההכרה הרטורית בזכות לביטחון סוציאלי, בית המשפט מרוקן זכות זו מתוכן מעשי. אצביע על יחסו האמביוולנטי של בית המשפט לזכויות חברתיות וכלכליות ככלל ולזכות לביטחון סוציאלי בפרט. אראה שבצד דחייתו הרטורית את הביקורת כלפי זכויות חברתיות וכלכליות, בית המשפט מאמץ טכניקה שיפוטית המגמדת זכויות אלו, ברוח ביקורת זו ממש. בדרך למסקנה זו אבדוק את האפשרות של המערכת המשפטית לטפל בסוגיות עקרוניות שלא ניתן לתרגמן בקלות לשפת הזכויות, ואצביע על הקושי ההוכחתי שבית המשפט מציב לפני המבקשים להצביע על פגיעה בזכותם לביטחון סוציאלי.

זכויות חברתיות-כלכליות?

כאמור, מהביקורת שנשמעה על פסק הדין ניתן היה להבין שבית המשפט הוציא מלפניו פסק דין המשקף אידיאולוגיה ליברטריאנית וסירב להכיר בתמורות התיאורטיות והמשפטיות המחייבות הכרה גוברת בזכויות חברתיות-כלכליות. אף שיש ביסוס מסוים לביקורת זו, התובנות שמספק פסק הדין בכל הנוגע לשיח המתפתח אודות זכויות חברתיות-כלכליות מעט מורכבות יותר.

הטיעון המבחין בין זכויות אזרחיות ופוליטיות לזכויות חברתיות וכלכליות, אם הוא קיים היום, מתבסס, למעשה, לא על טיב הזכות, אלא על טיב החובה הנובעת ממנה. אבהיר: ההגדרה המשכנעת והרווחת ביותר היום לזכות אדם היא זו שהציע יוסף רז, ולפיה זכות קיימת לפלוני, כאשר יש אינטרס חברתי להטיל חובה על אלמוני (Raz, 1986, p. 166). לאור קשר זה בין הזכות לבין החובה הנובעת ממנה, ניתן לטעון שהבדל משמעותי בין סוגי החובות ילמד על הבדל משמעותי בין סוגי הזכויות המהוות צידוק לחובות. ובכל הנוגע לדינונו: זכויות "חיוביות" (לא כמובן הנורמטיבי כמובן) מטילות על אדם חובה לפעול, ולפיכך מחייבות השקעת משאבים לביצוע החובה (Rosanvallon, 2000, p. 74). תיאור זה נתפס כמאפיין זכויות חברתיות-כלכליות. זכויות "שליליות", לעומתן, מטילות אך חובה להימנע מלפעול ולכן, כך הטענה, אין הן מטילות כל חובה להשקיע משאבים מכל סוג שהוא כדי להביא למימושן. תיאור זה נתפס כמאפיין זכויות אזרחיות-פוליטיות (Fried, 1978, pp.110-114).

בצורתה זו, הגולמית, לא עומדת עמדה זו במבחן הביקורת. הן זכויות אזרחיות-פוליטיות והן זכויות חברתיות-כלכליות מכוננות סיבה ליצירת חובות שליליות וחיוביות. שני סוגי הזכויות כוללים את החובה לכבד, להגן ולהגשים את הזכות (שני, 2005, 332; הנחיות מאסטריכט, 1997, סעיף 6). החובה הנובעת מהפן השלילי של כיבוד הזכות היא חובת המדינה לא להטיל צנזורה דרקונית (בהקשר של הזכות לחופש הביטוי) וחובתה לא לגרש אנשים מביתם ללא הליך הוגן (בהקשר של הזכות לדיוור).² דברים דומים אפשר לומר על חובתה ה"שלילית" של המדינה לכבד את זכויות אזרחיה לחינוך ולבריאות (שני, 2005, 332; Barry, 2005, p. 26). עד כאן באשר לחובה הנובעת מהפן השלילי של הזכות.

אלא שמזה עשורים מספר מכירים בכך שגם כשאין המדינה יוזמת הפרות של זכויות אדם, אין היא רשאית להיות אדישה כאשר אלה מופרות בידי צד שלישי.

² השוו סעיף 26(3) לחוקת דרום-אפריקה:

No one may be evicted from their home, or have their home demolished, without an order of court made after considering all the relevant circumstances. No legislation may permit arbitrary evictions.

המדינה חייבת לא רק לכבד את זכויות אזרחיה ותושביה, אלא גם להגן עליהן. עיקרון זה עוגן באמנות בינלאומיות,³ כמו גם בפסיקה של בתי המשפט (Z. v. United Kingdom, 2001, para. 73). כל הזכויות, ובכללן חופש הביטוי, זכות ההצבעה, זכות הקניין והזכות לחינוך, מחייבות השקעת משאבים (Holmes & Sunstein, 1999, p. 44). "אכן," מסכם אהרן ברק, "אין בזכויות החברתיות כל 'פגם גנטי'. הן דומות לכל הזכויות האחרות" (ברק, 2004, עמ' 147).

חיווק לגישה השוללת את הקשר בין פן חיובי או שלילי לבין סוג הזכות מצוי בחקיקה הישראלית, ואף בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בית המשפט בפרשת **מחויבות הכיר בשני הפנים** (או, בלשונו, בשני ה"היבטים") של הזכות לכבוד (ברק במחויבות, פסקה 12):

חובתה של המדינה היא כפולה: ראשית, מוטלת עליה החובה שלא לפגוע בכבוד האדם. זהו ההיבט ה"שלילי" (ה- status negativus) של הזכות. הוא מעוגן בסעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. שנית, מוטלת עליה החובה להגן על כבוד האדם וחירותו. זהו ההיבט ה"חיובי" (ה- status positivus) של הזכות. הוא מעוגן בסעיף 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. שני ההיבטים (ה"שלילי" [הפסיבי] וה"חיובי" [האקטיבי]) הם חלקים שונים מן השלם, שהוא הזכות החוקתית לכבוד. שניהם נובעים מפירושה של הזכות לכבוד, כפי שהיא מעוגנת בחוק היסוד. אין בכורה להיבט זה לעומת היבט אחר.

בהתעלם מהעובדה שההיבטים הפסיביים והאקטיביים ראויים יותר לאפיין את החובה הנובעת מהזכות (ולא את הזכות עצמה), דברי בית המשפט מהווים תשובה הולמת לניסיון להבחין באופן פשטני בין סוגי הזכויות. ועם זאת, יש מקום לסברה שהמבנה שהציע בית המשפט, כמו גם יישומו במקרה הנדון, הכריעו את הכף בכל הנוגע לעתירה.

מהו אותו מבנה שבית המשפט עשה בו שימוש? בית המשפט אמנם הכיר בהיבטים החיוביים והשליליים של החובה הנובעת מהזכות לכבוד. אך יש מקום לבחון אם מעבר לחובה לכבד ולהגן על זכויות (אזרחיות-פוליטיות כמו גם חברתיות-כלכליות) אין מקום לפן נוסף – מימוש הזכות (realization) (Macklem & Scott, 1992, p. 74). פן זה נבלע, על פי רוב, בתוך היבט ה"הגנה" על הזכות, היות ולשניהם משותפת החובה לנקוט פעולה אקטיבית בשל הזכות. ואולם בעוד הגנה על הזכות דורשת את יצירת המבנה המוסדי המאפשר לאחרים לעשות שימוש בזכויותיהם, החובה להביא למימוש הזכות מטילה על המדינה חובה תוצאתית. כך, במסגרת ההגנה על הזכות להפגין, אין מוטלת על המדינה החובה

³ ראו ס' 6 ל-International Convention for Civil and Political Rights (ההרגשה הוספה):
Every human being has the inherent right to life. *This right shall be protected by law.* No one shall be arbitrarily deprived of his life.

לארגן הפגנות, אלא רק לדאוג לתנאים שיאפשרו לאזרחים המעוניינים בכך לארגן ולממש הפגנה הנראית להם אפקטיבית (לוי נ' מפקד המחוז, 1983). בדומה, ייתכן שעל המדינה תוטל חובה להקים מרכזים קהילתיים כדי לאפשר הפעלה של ילדים מחוץ לשעות בית הספר. אך כאשר מוטלת על המדינה חובה להביא למימוש הזכות לחינוך, אין באפשרותה להסתפק בבניית בתי הספר. היא מצופה גם לשלם שכר למורים, להכתיב את הסטנדרטים להוראה ולפקח על יישום הוראותיה. בכל הנוגע לפן זה השאלה אם המדינה עומדת בחובתה נמדדת בקריטריונים של מבחן התוצאה: האם יש תלמידים שאינם לומדים? האם יש חולים שנוזקים לטיפול ואינם מקבלים אותו (על אף רצונם בו)? האם יש דרי רחוב הכמהים לקורת גג? מובן שאם המדינה פועלת באופן הולם לקראת השגת המטרה, תהיה רמת הביקורת כלפיה מוגבלת, גם במקרים שבהם לא הושגה המטרה. כך, ייתכן שמדינה תוכל להוכיח שפעלה באופן סביר קודם להתפרצות מגפה בשל נגיף שלא היה מוכר. שונים הם פני הדברים, כמובן, במקרים שבהם שיקולים כלכליים, למשל, הובילו להחלטה שלא לחסן ילדים מפני מחלה ידועה. החלטה כזו מהווה פגיעה בזכות לבריאות, אשר תחייב הצדקה.

כשביית המשפט כופה על המדינה למלא את חובתה, הוא נתפס כנוהג באופן האקטיביסטי ביותר, תוך סיכון העיקרון החשוב של הפרדת רשויות. דוגמה לכך ניתנה זה לא מכבר, כשביית המשפט חייב את המדינה לשאת בעול מימון הסיוע הדרוש לילד בעל צרכים מיוחדים, המבקש ללמוד בחינוך הרגיל (קודם למתן פסק הדין ניתן הסיוע רק לילד בעל צרכים מיוחדים הלומד בחינוך המיוחד) (ית"ד נ' משרד החינוך, 2000). בית המשפט, מפי השופט דורנר, עיגן את פסיקתו זו בעקרון השוויון. על האילרוץ של הורים לילדים עם מוגבלות לוותר על שילובם במערכת החינוך הרגילה בשל שיקולים כלכליים (ית"ד נ' משרד החינוך, 2000, ע' 847) אמר בית המשפט את הדברים האלה:

אילרוץ כזה פוגע בלב לבו של השוויון המהותי, שביטוי בהסדר בדבר חינוך חנם מתגלם לשאיפה להעניק – על ידי חלוקת תקציבי החינוך – הזדמנות שווה לכל ילדה וילד בישראל למצות את הפוטנציאל הטמון בהם. אכן, מילדים בעלי צרכים מיוחדים, הנשלחים למסגרת של חינוך מיוחד ולא למסגרת של חינוך רגיל משיקולים תקציביים בלבד נשללת הזדמנות זו, ותוצאה מפלה כזאת אין לקבל.

בעקבות פסקי דין מסוג זה נשמעת ביקורת כאילו בית המשפט חוטא לתפיסה העקרונית ולפיה "לרשות השופטת [...] אין שום השפעה לא על החרב ולא על הארנק" (המילטון, 2001, ע' 55; ראו ברק, 2004, ע' 147). חמור מכך, בית המשפט נתפס כפוגע בעיקרון הפרדת הרשויות המבוסס על כך שבעל הכוח (הפרלמנט) נושא באחריות מול בוחריו. עמדה זו נפוצה בהקשר של זכויות

חברתיות-כלכליות. כך נאמר על בית הלורדים האנגלי (Palmer, 2004, 74) שהוא מחזיק –

A deeply embedded judicial conviction that matters of public finance are the preserve of the elected branches of government and not of the courts.

אלא שעמדה זו, אם היא נכונה, היתה צריכה להיות מושמעת גם כשבית המשפט מחייב באופן ברור מימוש זכויות אזרחיות-פוליטיות. והנה, בפסק דין שניתן לאחרונה נקבע שאין המשטרה רשאית להטיל על מארגני הפגנה את הנשיאה בעלויותיה השונות (מטה הרוב נ' משטרת ישראל, 2005). יש ממד אירוני בבחירתו של הנשיא ברק לאזכר את הניתוח המוזכר לעיל, מפרשת מחויבות, בדבר הצורך לתת משקל להיבט החיובי של הזכות. שכן בניגוד לפרשת מחויבות, כאן ממשיך הנשיא ברק ומעניק משמעות אופרטיבית להיבט חיובי זה של הזכות (לחופש ההפגנה). הוא מסיק ש"קביעת תג מחיר למימושה של זכות משמעותה פגיעה בזכותם של אלה שאינם יכולים לעמוד במחירה" (מטה הרוב נ' משטרת ישראל, 2005, פסקה 16).

בהינתן ניתוח זה, בן שלוש הרמות – כיבוד, הגנה ומימוש – כיצד ניתן להבין את הרתיעה מלהכיר בזכויות חברתיות-כלכליות כשוות במעמדן לזכויות אזרחיות-פוליטיות? סקוט ומאקלם צודקים כנראה בטענתם שזכויות אזרחיות-פוליטיות נתפסות כקלות יותר לאכיפה בשל השוואה בין הרמה הראשונה שלהן (כיבוד הזכות) מול הרמה השלישית של הזכויות החברתיות-כלכליות (מימוש הזכות) (Macklem & Scott, 1992). רוצה לומר: טענתם היא שהתפיסה המקובלת רואה זכויות אזרחיות-פוליטיות כ"מחייבות" רק את החובה לכבד את הזכות, בעוד שזכויות חברתיות-כלכליות מחייבות גם את מימוש הזכות. לאור ההסבר לעיל, כוונתם, כמובן, שבכך נערכת השוואה לא הוגנת בין סוגי הזכויות. במסקנה זו יש מידה רבה של אמת. ועם זאת, אין להתעלם מכך שטבען של הזכויות הנידונות משפיע על אופן עריכת השוואה. כך, בעוד שחקיקה המונעת פינוי של אדם מביתו אינה מגשימה את הזכות לדיוור, יהיו רבים שיסתפקו באיסור כל צנזורה כהגשמה של חופש הביטוי (רדאי וגולן, 2006, עמ' 91-92). זכויות חברתיות-כלכליות, מסבירה גביוון, מחייבות מארג אנושי עשיר והדוק יותר, שכן אכיפת חירות הביטוי מחייבת מאמץ חברתי פחות בהרבה בהשוואה להבטחת זכותו של ילד שחור בדרום ארצות הברית לקבל חינוך ראוי (גביוון, 2005, עמ' 46-47). עם זאת, גביוון ממהרת להבהיר שלא מדובר בהבחנה מושגית, ובוודאי לא בהבחנה שיש לה השלכות נורמטיביות המחייבות לראות זכויות חברתיות-כלכליות כבנות מעמד נחות (Plant, 1993, p. 38). מסקנה כאמור היתה גוררת איתה את כלל הזכויות (ובראשן הזכות לבחור ולהיבחר) המחייבות השקעת משאבים רבים כדי להביא למימושן המלא.

אנו למדים אפוא, שהפן של מימוש זכויות אינו זר לפסיקתו של בית המשפט. כשתובנה זו לנגד עינינו, ניתן לחזור לעניין **מחויבות**. במקרה האמור, בית המשפט הכיר בכך שהסוגייה העומדת לבחינה היא אם התיקון **לחוק הבטחת הכנסה**, תשמ"א – 1980, שבמרכזו הקיצוץ בגמלאות, "מפר שלא כדין את ההיבט ה'חיובי' של הזכות לכבוד" (ברק במחויבות, פסקה 13). באופן מעט אירוני, בית המשפט משתמש ברטוריקה של בחינה תוצאתית, כדי לפעור דרך מילוט מהצורך לבחון באופן מהותי את טענת העותרים. הוא קובע שהעותרים לא צלחו את המשוכה הראשונית ולא הוכיחו כלל שהיתה פגיעה בכבוד האדם לאחר הקיצוץ בגמלאות. רוצה לומר, בית המשפט יכול היה לקבוע שהקיצוץ הוביל לפגיעה בכבוד האדם, אבל פגיעה זו מוצדקת, בהיותה מידתית וסבירה. במקום זאת הוא קבע שלא היתה כלל פגיעה בכבוד האדם. ההסבר לכך הוא שלגישתו, תנאי מקדמי להוכחת הפגיעה בזכות בהקשרים חברתיים-כלכליים הוא ראיה לכך שכבוד האדם נפגע "בבחינה תוצאתית ... בהינתן כל מערכות התמיכה והסיוע" (ברק במחויבות, פסקה 23). טכניקה זו שימשה את בית המשפט גם בפרשת **מנור** (מנור נ' שר האוצר, 2002), שם דחה בית המשפט עתירה כנגד הפחתת קצבאות הזקנה בשל העובדה שהעותרים לא פירטו כיצד ישפיע הקיצוץ על מצבם של קשישים אשר זכאים גם לגמלת הבטחת הכנסה. המסקנה העולה היא שהמבקש להצביע על פגיעה בזכות לביטחון סוציאלי חייב להציג לפני בית המשפט את מלוא ההקשר הכלכלי, על נגזרותיו ושלוחותיו. רף הוכחתי זה, אטען בהמשך, נגזר באופן ישיר מאפיון הזכות לביטחון סוציאלי והוא המוביל באופן דטרמיניסטי לכישלון העתירות.

לטעמי, חשוב להדגיש שעל אף הרטוריקה של בית המשפט, אין בפסק דינו כל מבחן תוצאתי אמיתי. רוצה לומר: בית המשפט אינו בוחן את רמת הרווחה של כלל מקבלי הבטחת הכנסה באותו אופן שבו נבחנת רמת הנגישות של ילד הנתון בכיסא גלגלים והמבקש להגיע לכיתתו ולשירותים בבית הספר (בוצר נ', "רעות-מכבים", 1993). לו ביקש לעשות כן, היו בידיו האמצעים הנדרשים, כפי שהם מופיעים בדעת המיעוט של השופט לוי, המוזכרת בהמשך.

אכן, פסקי דין אחרים משופעים אמירות נוקבות, הממחישות את ההשפעה של זכויות יסוד על ההשתלבות של אדם בחברה, בשוק התעסוקה וביחסו עם הרשויות. בניגוד מוחלט לכך, אין בפסקי הדין בעניין **מחויבות ומנור**, למשל, אמירה ולפיה על המדינה לדאוג לכך שלא יהיו אזרחיה ותושביה נסמכים על חסדי אחרים בכל הנוגע למזון, למלבוש או למדור. בהקשר זה יש לשאול: האם הצורך להציג לפני בית המשפט את "כל מערכות התמיכה והסיוע" כולל רק את המערכות השלטוניות, או שמא גם את מערכות התמיכה הקהילתיות והמשפחתיות? בית המשפט רומז לאפשרות האחרונה, באומרו (למעלה מן הנדרש) כי אפשר שגם ביטול מוחלט של מערך הבטחת הכנסה לא יפגע פגיעה בלתי מידתית בכבוד

האדם, אם יש "מערך רחב של אמצעי סיוע ותמיכה, מדינתיים ואחרים" (ברק במחויבות, פסקה 20, ההדגשה הוספה).

נדמה שרוח הצו-על-תנאי, אשר הוצא בחלק מוקדם של ההליך, הצביעה על כיוון אחר. הצו דרש מהמדינה לציין מה היקף חובותיה ובאיזו מידה אזרחיה יכולים לסמוך על שירותים ותמיכה שיינתנו להם, אם הם עומדים בקריטריונים אשר נקבעו מראש. כאמור, לימים שונה צו זה, ותהייתנו נשארת תהייה. במקום רוח נחושה זו של מימוש הזכות, הרטוריקה של פסק הדין מרוחקת ומסויגת, כאילו מבקשת להגן על הזכות לביטחון סוציאלי מפני המדינה ומפני צד שלישי. בית המשפט אף מציין שגם כאשר מדובר באדם אשר "דלו אמצעיו ותש כוחו", המדינה תימצא כמפרה את חובתה כלפיו אם היא פועלת באופן לא חוקתי "בין בחקיקה ... ובין במעשה שלטוני אחר" (ברק במחויבות, פסקה 22). ומה צריכה להיות מסקנתנו אם המדינה אינה עושה דבר, בזמן שתש כוחם של רבים מאזרחיה?

אם נשוב לשלוש רמות הניתוח שהוצע לעיל, הרי שבשמירה על הזכות מפני הפרה בידי המדינה אנו מצויים ברמה הראשונה (כיבוד הזכות); בשמירה על הזכות מפני הפרה בידי צד שלישי אנו מצויים ברמה השנייה (הגנה על הזכות); ועדיין נשארת הרמה השלישית, הנעדרת מפסק הדין – מימוש הזכות. אם אין עדויות ברורות לכך שהמדינה או צד שלישי הם האשמים במצבם של נתמכי הבטחת הכנסה ולכך שיש צורך בהגנה מפני המדינה או מפני צד שלישי, האם לזכות לביטחון סוציאלי עדיין יש תוקף ומשמעות?

צינתי לעיל כי יש מקום לחלוק על גישת בית המשפט לא רק בהקשר של המבנה שבו נעשה שימוש לבחינת הסוגייה, אלא גם באופן שבו מבנה זה בא לידי ביטוי ויישום במקרה הנדון. עד כה הוצע שהמבנה החסיר קומה אחת – קומת מימוש הזכות – ושהיתה לכך השפעה ברורה על המסקנה שבית המשפט הגיע אליה, במקרה זה כמו גם במקרים אחרים שבהם נדונו סוגיות חברתיות-כלכליות. אבקש לסיים פרק זה בהצעה שניתן לפעול במסגרת שהכתיב בית המשפט (הגנת הזכות) ועדיין להגיע למסקנה שונה מזו שהוא הגיע אליה.

תומס פוגי מכיר בעוצמה של שיח המתמקד בזכויות אשר מקימות חובה שלילית בלבד. על כן הוא מציע לפעול במסגרת שיח זה ולהרחיב את הטענה שלפיה לאנשים עומדת הזכות לא ליפול קורבן למוסדות בלתי צודקים. הוא גורס (Pogge, 1989, p. 35), שמוסדות חברתיים-כלכליים בתקופת ה-laissez-faire

שקדמה לניו-דיל האמריקני היו בלתי צודקים כיוון שבהינתן מוסדות אלה –

The worst off are not merely poor and often starving, but are being impoverished and starved under our shared institutional arrangements, which inescapably shape their lives.

פוגי טוען, אם כן, שגם אם נניח שזכויות אינן מקימות חובת מימוש, אלא רק חובת הגנה, הרי שההסדרים החברתיים והכלכליים מצדיקים התערבות של המדינה בשם ההגנה על הזכות. רוצה לומר, בעוד שחסידי השוק החופשי עשויים לפטור טענות בדבר מצוקת אנשים ועוניים במשיכת כתפיים, בבחינת "כך דרכו של עולם", ניתן להמשיך את טיעונו של פוגי ולטעון, שכפי שבית המשפט מצווה להגן על זכויותיהם של מקבלי גמלאות מפני ידם הארוכה של בנקים ושל המדינה עצמה, כך מצווה הוא להתגייס לטובת ההגנה על זכויותיהם גם מפני השוק החופשי. זאת משום שהשוק החופשי אינו חופשי כלל ועיקר. הוא מורכב ממוסדות והסדרים מעשה ידי אדם (תאגידים, מוסדות ציבור, חוקים, נהלים לאכיפת החוקים וכו'), אשר מכתיבים את המציאות הכלכלית של אותם אנשים. הימצאות אנשים בעוני חמור אינה מצב טבעי. היא מהווה פגיעה בזכותם לביטחון סוציאלי, ומפני פגיעה זו בית המשפט מחויב להגן. זו הטענה בכללותה. אך אין זה פשוט להוכיח ככלל, ובבתי-המשפט בפרט. לסוגייה זו נעבור כעת.

קשיים באכיפת זכויות חברתיות-כלכליות

העמימות הלכאורית של הפגיעה בזכות

אחת הביקורות הידועות כלפי זכויות חברתיות-כלכליות נוגעת לעמימותן. עמדה זו משמשת ציר מרכזי בפסק דינו של הרוב בפרשת מחויבות. כך מסכם הנשיא ברק את פסק דינו (מחויבות, 2003, פסקה 30):

יודעים אנו כי מצבן הכלכלי של משפחות רבות בישראל הוא קשה מאוד, וכי שכבת העוני בחברה רחבה ביותר; ידיעה זו משותפת לכל אדם החי בארץ ועיניו בראשו. איננו יודעים אם מצבו של אדם כלשהו הגיע לכלל פגיעה בכבוד, כמובנו המשפטי-חוקתי של מושג זה. כדי להגיע למסקנה שיפוטית כזו, שבצדה הוראה למדינה לתקן את המעוות, זקוקים אנו לתשתית עובדתית ראויה. תשתית כזו לא הונחה לפנינו בעתירות אלה. הטענה שנטענה בהן – כללית היא. אף המענה שניתן לה כללי.

לפי טיעון העמימות, הקריטריונים לבחינת הפרה של זכויות חברתיות-כלכליות אינם ברורים כמו אלה המשמשים לבחינת הפרה של זכויות אזרחיות-פוליטיות. למשל: בעוד הדילמה אם לאשר הפגנה מעמידה הכרעה בין "כן" לבין "לא", לא ניתן להעריך באותו אופן מהו חינוך ראוי או סביבה בת-קיימא. מסיבה זו דחו בתי-משפט אמריקניים את הדרישה לכפות על הממשל הקצאת מימון שווה לכל ילדה במערכת החינוך. ההנמקות היו דומות למדי. במקרה אחד (*Burruss v. Wilkerson*, 1969) נאמר שלבית המשפט אין

Neither the knowledge, nor the means, nor the power to fit the varying needs of these students throughout the state.

ובמקרה אחר (Walzer, 1981, 391 גם ראו; McInnis v. Shapiro, 1968, p. 335) נימק בית המשפט את חוסר יכולתו לבחון את הסוגיה בשל העדר discoverable and manageable standards by which a court can determine when the Constitution is satisfied and when it is violated.

אלא שהנמקה זו, התולה את אי האפשרות של בית המשפט להתערב בהחלטת הרשות המבוקרת ב"העדר סטנדרטים" או "העדר ידע", אינה משכנעת. היא משכנעת עוד פחות אם מנסים להרחיב אותה להנמקה כוללת המבקשת להבחין בין זכויות אזרחיות-פוליטיות לזכויות חברתיות-כלכליות (וזהו טענת העמימות). יתרה מזאת: נדמה שגם אין היא מקובלת על בית המשפט העליון הישראלי. צוין לעיל כי עמדתו המוצהרת והעקבית של הנשיא ברק (ועמו רוב הכותבים בסוגייה) שוללת הבחנה בין זכויות אזרחיות ופוליטיות לבין זכויות חברתיות וכלכליות. ובכל זאת, נבהיר: אם המכשול לבחינת הסוגייה הוא הקריטריון להפרת הזכות, הרי שמן המפורסמות הוא שדווקא עולם הזכויות האזרחיות-הפוליטיות מתרווח בתוך שולי עמימות רחבים ונוחים. לא זו בלבד שקשה לתחום את גדרי הזכות עצמה (האם פורנוגרפיה, קריאה לגזענות או פרסום מסחרי נכללים במסגרת חופש הביטוי?), אלא שהקריטריונים לבחינת הפרת הזכות הם כל כולם מעשי ידיו של בית המשפט. כפי שהשופט הולמס הסביר כבר לפני מאה שנה כמעט, אין המדובר ב-"brooding omnipresence in the sky" (Southern Pacific v. Jensen, 1917,) 222 אלא ביצירה עקבית, סדורה ומתמשכת של בתי המשפט לדורותיהם, מעין סיפור בהמשכים (Dworkin, 1986, pp. 228-232) שחלקו לוגיקה וחלקו אידיאולוגיה. הבעייתיות בבחינת ההפרה של זכויות חברתיות-כלכליות מצויה לא במבנה המושגי של הזכויות עצמן, אלא דווקא בהעדר הנכונות של בתי המשפט לבחון אותן באותה מידה של נחישות ותבונה, ובהימנעות מניסיון להבנות מודלים אשר מתווים את היקף הזכות והקריטריונים להפרתה (מונדלק, 2000).

יתר על כן, דווקא המלאכה של הגדרת היקף הזכות האזרחית-הפוליטית וההגנה שהיא ראויה לה נעדרת עוגנים בדמות מדדים אובייקטיביים ומוסכמים ומחייבת הפעלת יצירתיות שיפוטית. לעומת זאת, כשבית המשפט מבקש לבחון הפרה של זכויות חברתיות-כלכליות, באפשרותו לעשות שימוש בקריטריונים להגדרה של רמת חיים, שכר, הוצאות נדרשות לתזונה ראויה ולבריאות בגילאים שונים וכו' (Fabre, 2000, p. 155); להבניית המסגרת לבחינת הזכות לחינוך בארצות הברית, ראו רבין, 2002, 251-267). גופי מחקר מקומיים כמו גם ארגונים בינלאומיים, כגון ארגון העבודה הבינלאומי וועדת האו"ם לזכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות, מציעים גם הם סטנדרטים כאלה (Simon, 1986, p. 1489). יתר על כן, בתי משפט נטו, לעתים, להתחשב במחקרי צרכים כדי לבחון באופן

רציונלי ומושכל טענות הנוגעות לפגיעה בזכויות, כפי שבוודאי לא מתאפשר במסגרת דיונים בהפרות של זכויות אזרחיות-פוליטיות (Rosado v. Wyman, 1970, p. 413). כך גם הוועדה לזכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות, הבוחנת את העמידה בדרישות האמנה לזכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות (1966), מסתמכת על קריטריונים אובייקטיביים כגון שיעור אבטלה, תמותת תינוקות, נשירה מבתי ספר, הקצאה תקציבית ועוד. יובל שני מציינ, למשל, שבדו"ח משנת 1999 מצאה הוועדה ששכר המינימום במקסימו מגיע, בקירוב, רק לחמישית משווי סל המצרכים הבסיסי, ובכך מהווה הפרה לכאורה של האמנה מצד המדינה (שני, 2005, 323; ראו גם אטלן, 2005, עמ' 403).

ואכן, גם בפרשת **מחויבות** אנו מוצאים את התמיהה, המובעת בדעת המיעוט של השופט א' לוי (לוי במחויבות, פסקאות 8 ו-10), באשר לקושי של דעת הרוב להגיע למסקנה המעוגנת בעמדות אמפיריות. כדי להצביע על עושר הנתונים, אשר לא זכו לכל אזכור בפסק דינם של שופטי הרוב, אביא את דבריו בהרחבה:

אף טרם הקיצוץ הנוכחי בגמלאות הבטחת הכנסה, יכולתם של מקבלי גמלת הבטחת הכנסה לקיים עצמם קיום אנושי בכבוד היתה רעועה וחלקית. כך עולה ממחקר שנערך בידי הביטוח הלאומי בשנים 2000-1999, ואשר פורסם לאחרונה (י' קינג, ג' מאור שביט "איכות החיים של מקבלי הגמלה להבטחת הכנסה" המוסד לביטוח לאומי, מינהל המחקר והתכנון, מאירס-ג'וינט-מכון ברוקדייל, 2005).

מחקר זה מגלה תמונת מציאות קשה במיוחד אודות אוכלוסיית מקבלי הבטחת הכנסה. עולה ממנו כי 20 אחוזים מהמשפחות המקבלות הבטחת הכנסה דיווחו שבמהלך חמש השנים האחרונות קרה שלא היה להן איפה לגור. 20 אחוזים מתוך משפחות אלו דיווחו שנתרו ברחוב או השתכנו במקלט ציבורי או במרתף בבית של קרובי משפחה (עמ' 5). אף רמת הצפיפות בדירות בהן מתגוררות משפחות המקבלות הבטחת הכנסה נמצאה גבוהה יותר בהשוואה לרמת הצפיפות בדירות בהן מתגוררות משפחות שאינן מקבלות הבטחת הכנסה, וחלק ניכר מהמשפחות מתגוררות בדירות שמצב תחזוקתן לקוי (עמ' 6). ועוד דווח, כי ב- 21 אחוזים מהמשפחות המקבלות הבטחת הכנסה אין לכל אדם מיטה משלו, ואילו 43 אחוזים מהמשפחות אינן מחממות את דירתן בחורף גם כאשר קר (עמ' 10). זאת ועוד: נמצא כי 40 אחוזים ממקבלי הבטחת הכנסה דיווחו על כך שנמנעו מקניית תרופות להן נזקקו מחמת חוסר אמצעים. 64 אחוזים דיווחו על הימנעות מקבלת טיפול שיניים בעת הצורך. רובם ככולם ציינו את הסיבה כחוסר יכולת לשלם על הטיפול (עמ' 17-18). לבסוף, 28 אחוזים מהמשפחות דיווחו כי הן אינן אוכלות בשר או תחליפיו אפילו פעם בשבוע, שבעה אחוזים מהמשפחות דיווחו שתמיד

או שברוב הזמן אין להן מספיק אוכל ו-24 אחוזים מהן דיווחו שלפעמים הן סובלות ממחסור במזון. סך הכול, נמצא שכשליש מהמשפחות המקבלות הבטחת הכנסה סובלות ממחסור במזון תמיד או ברוב הזמן (עמ' 19).

בנתונים אלה, שנאספו, כאמור, בידי הביטוח הלאומי – והלא הוא עצמו המשיב שבפנינו – יש כדי ללמד, אף **על-פי המודל המצמצם המוצע בידי המדינה**, על פגיעה מהותית בזכות לקיום אנושי בכבוד של קבוצה חברתית רחבה. תמיהה עמוקה מתעוררת נוכח מצב דברים זה, בו האחראי על איסוף נתונים קשים אלה – הוא ולא אחר – מתייצב בפנינו וטוען כי זכותם של מקבלי גמלת הבטחת הכנסה לקיום אנושי בכבוד אינה נפגעת כתוצאה מהקיצוץ בגמלתם.

...

אני סבור, כי הנתונים – "העובדות החברתיות" – הניצבים בפנינו אינם מותירים את טענת העותרים לפגיעה בזכות לקיום אנושי בכבוד בלתי-מבוססת. הם מרימים את נטל ההוכחה הראשוני ביחס לפגיעה בזכות. ... במצב דברים זה, שומה היה על המשיבים להוכיח כיצד, על-פי שיטתם, הזכות לכבוד-האדם אינה נפגעת חרף הקיצוץ העמוק בגמלאות הבטחת הכנסה.

נראה ברור, שמצע עובדתי לא היה חסר לבית המשפט בפרשת **מחויבות** כדי לגבש עמדה מושכלת ורציונאלית בדבר עצם הפגיעה בזכות. אלא שיש לשים לב שמצע עובדתי זה, גם כשהוגש, היה מצע כולל, המהווה ניתוח חברתי-סוציולוגי. יש מקום לסברה שלבית המשפט יש קושי עקרוני לקבל ממצאים מסוג זה כבסיס להכרעה. שהרי, ניתן לטעון, אם עיקר עיסוקו של בית המשפט הוא בבחינת הפרתן של זכויות, מאליו מובן שמדובר בהפרת זכויות של אנשים קונקרטיים אשר להם שם, ביוגרפיה ותצהיר המוגש לבית המשפט. כך ניתן להסביר את החשיבות המכריעה שבית המשפט מעניק להיעדרם של תצהירים מעודכנים המבהירים את מצבם של שני אזרחים שצורפו לעתירה, גב' רובינובה ומר פדלון. בעוד שהתצהירים הוגשו בינואר 2003, ניתן פסק הדין בדצמבר 2005. אלא שמעבר לכך שלא העותרים הם אלה שצריכים לשאת במלוא המעמסה של התמשכות ההליך, חשוב לשאול: מדוע יש לייחס למצבם הכלכלי של שני אזרחים חשיבות כה משמעותית במסגרת עתירה חוקתית עקרונית? לו היו מצליחים שניהם, ביד המקרה ובמאמץ גדול, למצוא עבודה מכניסה אשר תחליף אותם ממעגל העוני, האם בכך היתה מתייתרת העתירה? האם בכך היה כדי להצביע על מצבם של כל נתמכי גמלאות הבטחת ההכנסה?

מסקנתי היא אפוא, שבית המשפט צריך ללמוד לבחון הפרת זכויות, גם כאשר מונחים לפניו רק ניתוחים ומדדים של גורמי ממשל, של המוסד לביטוח לאומי ושל גופים בלתי תלויים אחרים. נרחיב מעט בנקודה זו כעת.

מדיניות חברתית-כלכלית או זכויות חברתיות-כלכליות?

על פני הדברים, בית המשפט העליון מצהיר על כך שקיימת זכות חוקתית לביטחון סוציאלי, כנגזרת של הזכות לכבוד. בפסק דין חשוב לעניין זה, נאמרו הדברים האלה (גמזו נ' ישעיהו, 1998, עמ' 375):

כבודו של האדם כולל בחובו [...] הגנה על מינימום הקיום האנושי [...] אדם המתגורר בחוצות ואין לו דוור, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הרעב ללחם, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטרי, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הנאלץ לחיות בתנאים חומריים משפילים, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע.

אולם בטרם נסיק שלמלים חגיגיות אלה ניתנה משמעות אופרטיבית, יש חשיבות לציין את שנדרש מבית המשפט באותה פרשת גמזו (דותן, 2005, עמ' 116): פרופ' גמזו עזב את הארץ בשנת 1973, וחזר אליה רק כעשרים שנה מאוחר יותר. כל אותה תקופה השאיר גמזו את אשתו עגונה ולא שילם מזונות עבור בתו. חוב המזונות הצטבר לסך של מיליון ורבע ש"ח. פסק הדין נסב סביב פרשנות סעיף 69(ה) לחוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז – 1967, וביתר פירוט: פסק הדין בחן אם ניתן לפרש סעיף זה באופן שיאפשר תשלום החוב לשיעורין, אף שפסק הדין המחייב במזונות לא קבע כי התשלום יתבצע לשיעורין. בנוסף בחן פסק הדין אם מצבו הכלכלי הקשה של החייב מהווה כשלעצמו "טעמים מיוחדים" לפי ס' 69(ה) הנ"ל באופן שיאפשר קביעת החוב לשיעורין. בית המשפט העליון, כידוע, ענה בחיוב על שתי שאלות אלה.

פירוט הרקע העובדתי של פרשת גמזו נועד להבהיר את המרחק המשפטי הרב שיש לגמזו בטרם יוסק כי פסק הדין בעניין זה ביסס זכות חוקתית חזקה לרווחה ולביטחון סוציאלי. יש לשים לב כי לא אינטרס ציבורי בטהרתו עמד מול זכותו של פרופ' גמזו לחיים בכבוד, אלא זכותן של אשתו ובתו לקבל את דמי המזונות המגיעים להן באופן מידי ככל האפשר. האינטרס הציבורי, ככל שניתן לאתרו, פועל כאן לשני הכיוונים: הן בדאגה לכך שאנשים לא ידעו מחסור חמור, והן בצורך לאכוף חיובים ולאפשר לאנשים לממש זכויותיהם.

לעומת פרשת גמזו, במקרים כמו אלה שנבחנו בפרשות מחויבות ומנור עומדים אינטרסים ציבוריים מובהקים יותר (אינטרס כלכלי-פיסקאלי לצמצום הוצאות המדינה, הרצון בהגדלת שיעור המועסקים במשק) מול אותה זכות לקיום בכבוד. ואכן זהו המקום לבחון את עוצמתה של הזכות. שכן כל חשיבותה של

זכות אשר זכתה להכרה מצויה בהשפעתה על החלטות מוסדיות, גם אם התוצאה של מתן משקל לזכות תהיה פגיעה באינטרסים חברתיים מסוימים (Dworkin, 1997, p. 90; Harel, 1997, p. 111). במקרה של הזכות לביטחון סוציאלי, היא אמורה, בגרסתה המצמצמת ביותר (וזה הגירסה שמגבש בית המשפט), להיות "חומת מגן אחרונה בפני עוני ומחסור" (מנור נ' שר האוצר, 2002, עמ' 737-738). אלא שכפי שאראה מייד, ההגנה על הזכות לביטחון סוציאלי נעשית, עד עתה, רק מכוח עקרונות משפטיים אחרים, אם הם חלים במקרה הנדון. במקרים שבהם האינטרס לביטחון סוציאלי נדון בטהרתו, אין באפשרותו לגבור על אינטרסים חברתיים כלליים (ובעיקר כלכליים).

יטען הטוען: הרי בישראל, כמו גם במדינות אחרות, מספר רב של מקרים שבהם הסתיים בהצלחה המאבק המשפטי להגנה על זכותם של מקבלי גמלאות. התשובה לטענה זו היא שהסתכלות קרובה יותר תראה, שבמקרים שבהם נחל המאבק לביטחון סוציאלי הצלחה כאמור, היה זה בשל עקרונות חיצוניים לזכות לביטחון סוציאלי (Reich, 1965, pp. 1252-1255; Fabre, 2000, p. 177). כך, בפרשה אמריקנית מרכזית בוטלה שלילת הגמלאות בשל הפגיעה בזכות להליך הוגן – הגמלאות נשללו, במקרה זה, בלא שניתנה לזכאים זכות טיעון (Goldberg v. Kelly, 1970). בפסק דין חשוב אחר בוטלה שלילת גמלאות מאם חד-הורית שגרה עם גבר שאינו אבי ילדיה, כיוון שעלה בבירור שמטרת התקנה של משרד הרווחה המקומי היתה למנוע סוג כזה של "מגורים בחטא" (ללא נישואין) ובכך היוותה שיקול זר ופסול (King v. Smith, 1968). במקרים אחרים נאסרה שלילת הגמלאות בגין פגיעה בזכויות יסוד אחרות, כגון מניעת אפליה של קבוצות לא פופולאריות (United States Dept. of Agriculture v. Moreno, 1973), חופש הדת (Sherbert v. Verner, 1963), חופש התנועה (Shapiro v. Thompson, 1969) וחופש המצפון (Speiser v. Randall, 1958).

ואולם אין לנו צורך להרחיק עדותנו כדי להוכיח טענה זו. בשולי פרשת מחויבות עצמה נדונו גם הפטור מתשלום אגרת הטלוויזיה וההנחות בתעריפי הארנונה והנסיעה בתחבורה ציבורית שמקבלי הגמלאות נהנו מהם קודם לקיצוץ. וגם כאן, בעוד הטענה בדבר פגיעה בזכות לקיום בכבוד בשל הקיצוץ בגמלאות נדחתה על הסף, מתעכב הנשיא ברק (מחויבות, 2003, פסקה 27) על הפגיעה בזכויות מקבלי הגמלאות בשל ביטול ההנחות האמורות, שכן, לדבריו –

מדובר בשני סוגי שירותים, שהם בסיסיים לחייו החברתיים של האדם בימינו. יש בהם כדי לאפשר לאדם לקחת חלק פעיל ומעורה בסביבתו. באמצעותם הוא יכול להיחשף למציאות התרבותית, החברתית והמדינית הסובבת אותו. הם מאפשרים מימוש מהותי של זכויות יסוד (חופש הביטוי, הזכות למידע, חירות התנועה).

אף שגם הטענות נגד ביטול הטבות אלה נדחו, בסופו של יום, עולה בבירור שבית המשפט אינו חולק על כך שלפניו פגיעה בזכות, הראויה לבחינה ביקורתית. הנשיא ברק מודה כי "יש להצר על כך" שהתשלומים ייפלו מעתה במלואם על כתפי מקבלי הגמלאות. הוא מבהיר ש"הגישה לאמצעי תקשורת ולכלי תחבורה זמינים וזולים היא חיונית לתפיסת האדם כחלק מן הכלל". ההשלכות הנובעות מפגיעה ביכולת ההתניידות הקלה והזמינה יכולות להיות מרחיקות לכת, שכן "יכולתו של אדם להגיע ממקום למקום בצלילות נסבלת עשויה להיות הכרחית לפרנסה, לקיום חיי משפחה תקינים, לניהול חיים חברתיים מלאים" (מחויבות, 2003, פסקה 27).

ואולם כשסוגיית הקיום בכבוד נשאר עומדת בטהרתה, מתברר שחסר לה המשקל הסגולי הנדרש כדי לגבור על אינטרסים חברתיים אחרים, ובראשם אינטרסים כלכליים. במצבים מעין אלה תוקפים את בית המשפט ההרורים בדבר סמכותו לפסוק הלכה ברורה, והוא משמיע דברים המהווים הד לביקורת אודות האקטיביזם של בתי המשפט בכלל, ובסוגיות חברתיות-כלכליות בפרט.

הבנייה (או שמא הבנה) אחרת של הזכות לביטחון סוציאלי היתה מובילה במקרים מסוימים למסקנות משפטיות, חברתיות וכלכליות אחרות. שכן, כפי שכבר הוסבר, במקום שבו זכות מוכרת, היא גוברת על השקלול הכולל של הרווחה המצרפית. כך, אפשר שהאזנה לקווי הטלפון של כלל אזרחי המדינה תוביל להפחתת הפשיעה, אך צעד זה אינו ננקט (בין השאר) לאור חשיבות הזכות לפרטיות.

במקרה של הזכות לביטחון סוציאלי, לעומת זאת, אנו מוצאים שהזכות מהווה תוצר של שקלול חברתי כולל, והאינטרס החברתי הכללי נמצא רומס את אותו אינטרס אינדיווידואלי אשר, לפי ההנחה, הצדיק הטלת חובה (Simmonds, 1998). רוצה לומר: הצידוק והעיון של זכויות כגון הזכות לפרטיות, לחופש דת, לחופש ביטוי מצויים בתפיסות ליברליות הנובעות מהאוטונומיה של האדם, ועל כן הן נתפסות כקודמות מושגית לרווחת הכלל, ואינן תלויות בה. לעומתן, הזכות לביטחון סוציאלי נתפסת כנגזרת של אותה רווחה מצרפית.

דוגמאות מוחשיות לכך נמצאות בפסיקת בית המשפט. כך, בפרשת **מנור** בוחן הנשיא ברק את התכלית הראויה של החוק הנדון, ומציין שבעוד "היקפה של הזכות לביטחון סוציאלי הוא תלוי משטר" (מנור נ' שר האוצר, 2002, ע' 736), התכלית של "הבראת המשק" "חשובה לשם שמירתו של המבנה החברתי, אשר בתורו מבקש להגן על זכויות האדם" (בג"צ מנור, 2002, 740). בהקשר של זכויות עובדי קבלני כוח אדם מציין הנשיא ברק שלעתים "ראוי לפגוע בזכויות אדם כדי לקיים מסגרת חברתית השומרת על זכויות האדם" (תנופה נ' שר העבודה, 1997). ובמקום אחר כתב הנשיא ברק כי "שאלת מעמדה הנורמטיבי והיקפה של הזכות לביטחון סוציאלי [...] נגזרת, מבחינה מהותית, מאופיו של המשטר הכלכלי-

סוציאלי הנוהג בחברה נתונה. היא משקפת את האתוס של אותה חברה. היא מבטאת החוסן הכלכלי של מְשָׁקָה" (רופאים לזכויות אדם נ' שר האוצר, 2003, עמ' 334). קשה לחשוב על דוגמה ברורה יותר ל"היבלעות" זכות בתוך מסגרת השיקולים הכוללת. במצב דברים זה, אומר נייג'ל סימונדס (Simmonds, 1998, p. 145; Chan, 1995), זכויות הרפכות למעין אחיזת עיניים, שכן הן extend only to the point where our actions ceased to make a contribution to the collective project.

גם אם אין נכונות לקבל ביקורת זו כמכוננת לתיאוריה של זכויות בכללותה (כפי שהיא אכן כוונה), ניתן בהחלט לראותה כניסוח הולם של הביקורת כלפי גישת בתי המשפט לזכויות חברתיות-כלכליות ובהן הזכות לביטחון סוציאלי. ברוח זו ניתן להבין את האופן שבו מיכאל אטלן מבקש להצדיק את התוכנית הממשלתית מרווחה לעבודה. אטלן מציין ש"תוכנית מרווחה לעבודה, שאינה שוללת את הזכות להבטחת הכנסה, אלא רק מחייבת שיתוף פעולה בתום לב עם ניסיונות ההשמה התעסוקתית המוצעים, אינה בגדר פגיעה ברשת הביטחון הסוציאלי אלא חלק ממנה עצמה!" (אטלן, 2005, עמ' 417-418).

הקושי בדברים אלה נראה ברור על פניהם. אף שבתוכנית הישראלית אין כוונה לשלול את הזכות לביטחון סוציאלי (זאת, בניגוד לתוכנית האמריקנית, אשר כללה הצהרה מפורשת כאמור (Personal Responsibility and Work Orientation) (Reconciliation Act, 1996, sec. 401(b)), איזה תפקיד מושגי נותר לזכות זו אם כל כולה ספוגה בתוך המדיניות הממשלתית? רוצה לומר: אם מדיניות הביטחון הסוציאלי והזכות לביטחון סוציאלי חד הן, הרי מניה וביה לא תיתכן פגיעה בזכות במסגרת המדיניות, שכן כל שינוי במדיניות כולל גם שינוי בזכות עצמה.

נביט לרגע בהחמרות אשר הוספו במסגרת תוכנית מרווחה לעבודה האחרונה: הפחתת סכומי הגמלאות, החמרת עילות הפטור ממבחן תעסוקה (הן בשל הורות והן בשל עילה רפואית), מתן שיקול דעת רחב ל"מתכנן יעדים תעסוקתי" (המועסק בידי תאגיד עסקי) לשלול גמלה מהמשתתף (בניש, 2006, עמ' 132-126), הטלת חובה על מבקשי עבודה להגיע למרכזים משך 30-40 שעות, חובת השתתפות בתוכנית שירות בקהילה, קיצוץ בתוכניות להכשרה מקצועית. כל שינוי כאמור מעצב מחדש את רשת הביטחון הסוציאלי, ולפי דברי אטלן (ולעמדותיו יש הד בתוכניות מעבר לים [Paz-Fuchs, 2008]) רשת הביטחון הסוציאלי האמורה כוללת את הזכות לביטחון סוציאלי במתכונתה החדשה. בבחינת: אמור לי מה המדיניות הסוציאלית, ואומר לך מה זכותך לביטחון סוציאלי.

רמז מְטָרִים לגישה זו נמצא כבר בדברי הנשיא ברק בספרו שיקול דעת שיפוטי (1987, עמ' 255; ראו גם בנק המזרחי נ' מגדל, 1993, עמ' 438; ברק, 1994, עמ' 205). כך נאמר שם:

שיקולים סבוכים של מדיניות כלכלית או חברתית, אשר לעתים קרובות אף שנויים הם במחלוקת, הדורשים מומחיות ומידע, ואשר עשויים להיב הנחת הנחות והיפותיזות, שהן מצידן מחייבות הנחות נוספות, רצוי לו לשופט להיזהר מהפעלתם.

התחום המשפטי של ביטחון סוציאלי חשוף כנראה במיוחד לאפשרות מיסמוס הזכויות הרלוונטיות והכפפתן לשיקולי מדיניות חברתית, כלכלית ומוסרית (פז-פוקס, 2005).⁴ כך, כשבית הדין הארצי לעבודה התבקש לקבוע כי שימוש ברכב אינו צריך לשלול זכאות לגמלת הבטחת הכנסה, קבע הנשיא אדלר (מרזוק נ' המוסד לביטוח לאומי, 1998, עמ' 389) כי –

השימוש ברכב אינו נחוץ להבטיח קיום מינימלי בכבוד. שינוי במדיניות השוללת גמלת הבטחת הכנסה ממי שמשתמש ברכב כרוך בהקצאת משאבים מתאימים. על-כן, בית-דין זה לא ישנה את מדיניותו בסוגיה זו.

וגם בית המשפט העליון האמריקני, כשנטען לפניו שקביעת סכום גג לגמלה (משפחה לא זכאית להגדלת הגמלה עבור ילד אשר נולד כאשר המשפחה נהנתה מגמלאות) פוגעת בזכויות של ילדים למשפחות גדולות, קבע שסוגיית הזכויות כלל לא רלוונטית (Dandridge v. Williams, 1970, pp. 483, 487):

For here we deal with state regulation in the social and economic field, not affecting freedoms guaranteed by the Bill of Rights ... The intractable economic, social, and even philosophical problems presented by public welfare assistance programs are not the business of this Court.

אכן אמירות אלה מבטאות בבירור את אחד הטיעונים המסורתיים כנגד הכרה בזכויות חברתיות וכלכליות (מדינה, 2005, עמ' 156). לפי הטיעון האמור, כשבית המשפט נותן תוקף לזכויות מסוג זה, אין הוא יכול להימנע מלגלוש להתוויית מדיניות כלכלית רחבה. אלא שבעשותו כן, כך הטיעון, בית המשפט פוגע בהפרדת הרשויות ועוסק בתחומים שבהם אין לו יתרון יחסי או אפשרות לפקח על התוצאה הסופית.

להבחנה זו, בין מדיניות שאינה כפופה לביקורת שיפוטית, מצד אחד, לבין בחינה של פגיעה בזכויות אדם, המהווה את מטה לחמו של בית המשפט, מצד אחר, יש כמובן שורשים מוצקים בתורת המשפט. נביא הגישה, ככל הנראה, הוא רונלד דבורקין. בדיוק לפני 40 שנה פירסם דבורקין את מאמרו החשוב, ובו הטיעון שמדיניות כרוכה בהצבת יעד כלכלי, חברתי או פוליטי שהחברה מבקשת להשיגו (Dworkin, 1967, p. 23). לפי דבורקין, שיקולים מסוג זה שמורים

⁴ בהקשר זה יש לציין את האמירה העמומה (דקדוקית ומהותית) של א' ברק ולפיה "כבוד האדם אינו מדינת הרווחה של המאה העשרים" (ברק, 1994, עמ' 285). עמדה זו מובאת שוב, בשינויי נוסח קלים, בספרו של ברק (ברק, 1994, עמ' 419).

למחוקק ואינם מעניינו של בית המשפט. בעוד המחוקק עוסק במדיניות, בית המשפט אמון על סטנדרטים שונים: כללים ועקרונות. עקרונות הם אמות מידה המתחייבות לא לשם השגת תועלת מצרפית (כלכלית, חברתית או אחרת) אלא בשל שיקולי צדק או הוגנות. עקרונות, הוא מבהיר בכתיבה מאוחרת יותר, מהווים את הצידוק לזכויות בעוד שמדיניות מהווה את הבסיס להשגת יעד קולקטיבי (Kaplow, 1992, p. 560; Dworkin, 1975, pp. 1059-1060). נראה די ברור שהבחנה זו, גם בהינתן העובדה שמדובר בהצגה גולמית ובלתי הוגנת שלה, כרוכה בקשיים. ואכן, היא זכתה לביקורת לא מבוטלת מצד יוסף רוז, אשר תהה אם אין אפשרות להציג כל עיקרון כמדיניות וכל מדיניות כעיקרון (Raz, 1972, 1978). כך, למשל, אייל גרוס בוחן את הקלות שבה הפכה מדיניות של תחרות חופשית ל"זכות יסוד" (גרוס, 2000; ראו גם ברק, 1998, עמ' 370-369; מנחם נ' שר התחבורה, 1995, עמ' 266).

די מפליא אפוא, שקטגוריזציה כה בעייתית, כגון זו המבחינה בין מדיניות לזכויות, משמשת את בתי המשפט באופן כה שגור דווקא בהקשר החברתי-הכלכלי. היה מקום, לכאורה, לבחור באחת משתי אפשרויות: כניסה לעובי הקורה של סוגיות חברתיות-כלכליות סבוכות מתוך עמדה עקרונית של הגנה אפקטיבית על זכויות אדם; השנייה, הצהרה ברורה שבית המשפט אינו הפורום לבחינה של זכויות חברתיות וכלכליות כלל ועיקר. דרך הביניים שבתי המשפט, בישראל ובעולם, בוחרים בה – הכרה רטורית בזכויות חברתיות-כלכליות תוך הכפפתן למדיניות חברתית-כלכלית, תהא אשר תהא – מוקשית היא ואינה ראויה. היא מציגה מצג של זכות הנבחנת באופן אמיתי, בעוד שלמעשה היא מרוקנת מכל תוכן. היא נעדרת כוח להשפיע על מדיניות, והופכת לאחיות עיניים בלבד.

הגיעה העת לסיכום ביניים. עד לנקודה זו ביקשתי להראות שהגישה השוללת את האפשרות להכיר בזכויות חברתיות וכלכליות, ובכללן הזכות לביטחון סוציאלי, אינה עומדת במבחן הביקורת. זכויות חברתיות וכלכליות אינן שונות מהותית מזכויות אזרחיות ופוליטיות והנימוקים להכרה בשני סוגי הזכויות דומים, ואף זהים לעתים. ציינתי גם שעמדה זו, השוללת הבחנה בין סוגי הזכויות, מקובלת על רוב הכותבים ועל רוב בתי המשפט בעולם המערבי, ובכלל זה בית המשפט העליון הישראלי. אך כאן אנו מגיעים לנקודת הקושי. על אף הרטוריקה המכירה במעמד השווה של סוגי הזכויות, הכרעות בית המשפט מצביעות על פער משמעותי בתפיסת משקל הזכויות. יתר על כן, בדחותו את העתירות והתביעות ליישום הזכויות, נזקק בית המשפט בדיוק לאותם טיעונים (כגון טיעון העמימות וטיעון המדיניות) ששימשו את מתנגדי ההכרה בזכויות חברתיות-כלכליות ושאת מסקנתם, כאמור, הוא דחה באופן חגיגי ונמליץ.

ולאחר דברים אלו, לפנינו עדיין אתגר משמעותי: הבהרת חשיבותו של פסק הדין בעניין **גמזו** (ופסיקה דומה), שאוזכר לעיל ואשר הפיח רוח במפרשיהם של

תומכי הזכויות החברתיות והכלכליות. האם לא ניתן לומר כי פסק דינו זה של בית המשפט מעמיד את הזכות לביטחון סוציאלי כנגזרת חוקתית ישירה של כבוד האדם, ובכך כעיקרון חוקתי מהמעלה הראשונה?

כבוד האדם וההגנה על הזכות לביטחון סוציאלי: מציאות או חלום?

מסגרת מושגית

מן המפורסמות שקבלת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בשנת 1992 היתה תוצר של פשרה פוליטית, אשר אפילו יוזמה, ח"כ אמנון רובינשטיין, לא היה שלם עימה לחלוטין (קרפ, 1993). אך יש מידה לא מבוטלת של אירוניה בבחירת המילים של ח"כ שולמית אלוני לתיאור אכזבתה: "זה חוק של ייאוש. זה חוק של זכויות אדם לעניים" (דברי הכנסת, 1992, עמ' 1240). אירוניה מדוע? מכיוון שאפשר שדווקא העניים הם הקבוצה אשר באופן המובהק ביותר מודרת מהיכולת להיעזר בחוק היסוד. בנקודה זו אבקש לגעת כעת.

ככל שהדבר מפתיע, 15 שנה לאחר הכתרת כבוד האדם כעיקרון חוקתי ראשון במעלה במשפט הישראלי, הכתיבה אודות היקף תחולתו ומשמעותו האמיתית עדיין מצומצמת (קמיר, 2005, עמ' 106-107). עם זאת, כבר בימים הראשונים שלאחר קבלת חוק היסוד הצביע השופט חיים כהן על כך שהמילה כבוד "עמוסה היא ממשעויות רבות, שהחשובות שבהן הן *respect, dignity, honor*" (כהן, 1994, עמ' 32). במחקר חדש, מבקשת אורית קמיר להרים את הכפפה שהשליך השופט כהן, ולתור אחר אותם מובנים של כבוד האדם, המקבילים למונחים בשפה האנגלית הנעדרים תרגום ישראלי מקובל (קמיר, 2005, עמ' 19-42).

בצד העניין הרב הגלום באיתור דגשים שונים אשר להם (כמעט) רק שם משותף, חשוב גם להאיר את הפן המרכזי של אותו מונח לצורך הבחינה הרלוונטית. בהקשר המשפטי משתמשים מרבית הכותבים בתחום ורוב חוקות העולם המעמידות את כבוד האדם במרכז שיח זכויות האדם דווקא במונח *dignity*, "כבוד סגולי" בתרגומה של קמיר (1993, p. 167; Dworkin, ; Englard, ; 2000, p. 178; Fletcher, 1984; Henkin, 1992; Murphy, 1980, p. 745; McCrudden, 2006; Kretzmer & Klein, 2002, עמ' 545 הערה 5).

⁵ כמו כן, ניתן למצוא את המונח *Dignity* כעיקרון מכוון בחוקות של גרמניה (העיקרון היחיד בחוקה שלא ניתן לגרוע ממנו), אירלנד, דרום-אפריקה, הודו, יוון, יפן, ספרד, פולין, פורטוגל, פינלנד וקובה. בהקשר הבינלאומי, *Dignity* מופיע במבוא למגילת זכויות האדם של האומות המאוחדות, בהצהרה האוניברסלית לזכויות אדם, באמנות הבינלאומיות לזכויות אזרחיות ופוליטיות ולזכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות, בהצהרה פילדלפיה של ארגון העבודה הבינלאומי, במגילה החברתית האירופית ובמגילה האירופית לזכויות אדם.

יש מקום לבחון מהו אותו "כבוד סגולי". קמיר (2005, 27-35) קובעת שזהו – ערך ליברלי, מודרני, "רזה" [...] הוא אוניברסלי ומוחלט, אך מסתפק במועט: מטרתו, מגננית במובהק, היא לקבוע רף תחתון להתנהגות בין אישית. Dignity נועד לסמן קו אדום שאין לחצות אותו ביחסי אנוש בשום נסיבות [...] הוא הכלל האחרון במשחק ההישרדות של חברה גלובלית המנסה לרסן אלימות ולמנוע הכחדה הדדית [...]. הטיפול בכבוד הסגולי מתמקד, לרוב, בשלילת התנהגויות הפוגעות באנושיותו של האדם.

תיאור זה, אשר לטעמי תופס באופן מדויק את פרשנות בתי המשפט את "כבוד האדם", לא יוצר בסיס לאופטימיות יתרה באשר לאפשרות לגזור זכות לביטחון סוציאלי מהעיקרון המכונן של כבוד האדם. למעשה, בהיותו ערך ליברלי ו"רזה", יש בו משום הטיה רבה יותר לכיוון (אשר נשלל, כזכור, גם בידי הנשיא ברק) המבקש להבחין בין זכויות חברתיות-כלכליות לזכויות אזרחיות ופוליטיות. הוא משתלב עם ההצהרה של הנשיא ברק, המובאת בראש מאמר זה, ולפיה "זכויות אדם חברתיות, כגון הזכות לחינוך, להשכלה, לבריאות ולרווחה חברתית הן בוודאי זכויות חשובות ביותר, אך אינן חלק מכבוד האדם וחירותו" (ברק 1994א, עמ' 419; ברק, 1994ב, עמ' 285; לביקורת ראו בן-ישראל, 1994, עמ' 31).

עם זאת, הנשיא ברק מציין ש"מהותו של כבוד האדם בשני הקשרים אלה [החייבי והשלילי; א.פ.פ.] צריכה להיות זהה, אם כי הפעולות הפוגעות והפעולות המגינות הן מטבען שונות" (ברק, 1994ב, עמ' 273). גישה זו, מצידה, מהווה בסיס עיוני להכרעה כדוגמת זו של פרשת גמזו, ולפיה כבודו של אדם כולל גם הגנה על מינימום הקיום האנושי ובכלל זה דיור, הגנה מפני רעב, טיפול רפואי אלמנטרי וכו'.

כיצד ניתן ליישב את ההכרעה בפרשת גמזו עם ההכרעה במקרים אחרים (כדוגמת פרשת מחויבות) שבהם נמנע בית המשפט מלהעניק סעד לעותרים שבפניהם רק טענות המעוגנות בזכות לביטחון סוציאלי? הנסיבות העובדתיות בפרשת גמזו צוינו לעיל. שם גם הועלתה ההשערה, בניגוד למקרים שגורים שבהם מתבקש סעד על בסיס הזכות לביטחון סוציאלי, שלא אוצר המדינה עמד מול זכותו של פרופ' גמזו לרווחה מינימלית, אלא משפחתו. אפשר שבכך טמון הסבר מסוים לפסק הדין אשר היום ניתן בהחלט להכתירו כ"יצא דופן" (השוו סולומון נ' סולומון, 1993, 580; אטרי נ' מדינת ישראל, 1994).

ואולם כעת ניתן להציע הסבר נוסף, ציני מעט פחות.

יש לשים לב שכאשר הנשיא ברק קובע מיהו אותו אדם אשר נגזל ממנו כבודו כאדם, הוא מצייר לנו תמונה עגומה ומדכאת: אדם אשר נעדר תנאי קיום מינימליים, רעב ללחם, מחוסר דיור ונטול גישה לטיפול רפואי אלמנטרי. מאליה עולה השאלה: ומה בדבר אדם המתגורר עם משפחה בת חמש נפשות בדירת חדר; או אדם שנסמך על עמותות המחלקות מזון למיגור הרעב; או אישה בעלת נגישות

לשירותי בריאות בסיסיים בלבד שאין ביכולתה לשלם עבור ניתוח שישפר את איכות חייה מכיוון שאין ביכולתה לממן ביטוח רפואי משלים; או אישה אשר שעובדת 12 שעות ביום בחברת כוח אדם, ללא ביטחון סוציאלי, פנסיה או אפשרות לצאת לחופשה כלשהי, מחשש שתאבד את מקום עבודתה? האם גם אנשים אלה מייצגים אדם ש"כבודו כאדם נפגע"?

בשאלות אלה אין כוונה להתריס, אלא להעלות את הסברה שדברי הנשיא ברק בעניין גמזו שירטטו מינימום של כבוד האדם, אשר בא לברך ויצא מקלל, במובן כפול. ראשית, מכיוון שכל אדם שתנאי חייו משופרים במידה מועטה ביחס לאותו מינימום משפיל ומדכא אשר התווה ברק, אין לומר עליו כי "כבודו כאדם נפגע". ואכן, בפרשת מחויבות דוחה הנשיא ברק את עמדת העותרים שביקשו להציב רף גבוה מעט יותר כביטוי לדרישה הנובעת מהגנה על כבוד האדם. ברק (מחויבות, 2003, פסקה 15) אומר כי –

חוקי היסוד מגינים על הזכות לכבוד, ובגדרה על היבט הקיום החומרי, הנדרש לצורך מימוש הזכות לכבוד. בראייה זו, זכותו של אדם לכבוד היא גם הזכות לנהוג את חייו הרגילים כבן-אנוש, בלא שתכריע אותו המצוקה ותביא אותו לכלל מחסור בלתי-נסבל.

שנית, יש בגישה זו משום קריאת כיוון הנוגעת לדרך הוכחת הפגיעה בכבוד האדם. בנקודה זו נרחיב בחלק השני של פרק זה.

מן הכלל אל הפרט: הוכחת הפגיעה בכבוד האדם

ניתן, כמובן, לחשוב על מכלול שלם של השלכות אופרטיביות שעשויות לנבוע מהדיון המושגי שהוצג לעיל. במסגרת הנתונה כאן, אבקש לציין השלכה הקשורה כאמור לפן ההליכי (פרוצדורלי) הנובע מגישת בית המשפט בעניין מחויבות. לטענתי, גישת בית המשפט לזכות לביטחון סוציאלי מעמידה רף גבוה יתר על המידה לפני עותרים המבקשים להוכיח פגיעה בזכותם החוקתית.

הצהרה על קיומה של זכות משנה לא רק את מערך הכוחות המהותי, אלא גם את האופן שבו בית המשפט בוחן את הטענות עצמן. עדות ברורה למסקנה זו מצויה בטרמינולוגיה של בית המשפט האמריקני, המקטלג פגיעה בקבוצה מסוימת של זכויות (לחופש ביטוי, שוויון, חופש דת ועוד) כ"חשודה" (suspect). הכוונה בכך שבית המשפט יבחן באופן ביקורתי למדי כל חשד להפרה של זכות המנויה בקבוצה האמורה. והנה, אפשר שמכלל הן נשמע לאו. רוצה לומר: אם בית המשפט מתקשה במתן תוקף אמיתי לזכות מסוימת (במקרה זה לביטחון סוציאלי), האם ייתכן שהוא יהפוך את הדרך להוכחת הפגיעה לקשה באופן משמעותי?

נבואה זו אכן הגשימה עצמה בפרשת מחויבות. למעשה, אין מנוס מהקביעה שלאור מעמדה הנחות של הזכות לביטחון סוציאלי, הוכחת הפגיעה בכבוד האדם

בהקשר הסוציאלי מחייבת, למעשה, הוכחת מסכנות ואומללות. חשש זה מקבל ביטוי ברור וממשי בפרשת **מחויבות**, שם קובע הנשיא ברק (מחויבות, 2003, פסקה 22) כי –

כדי שיתאפשר לבית המשפט לתת [צו המחייב את המדינה לעמוד בחובתה], יש להניח לפניו תשתית עובדתית מלאה, ממנה ניתן יהיה להסיק את הפגיעה בכבוד. כך, ייזקק בית המשפט לפירוט, המבוסס בתיעוד מתאים, של מקורות ההכנסה ושל ההוצאות השוטפות והקבועות בהן נושא אותו אדם (השוו, למשל, למידע שנדרש להציג מערער המבקש פטור מהפקדת ערבון: רע"א 3297/90 רביבו נ' בנק הפועלים [החלטה מיום 13.9.1990, לא פורסמה]). ייבחן תפקודם של כלל מערכי התמיכה המדינתיים והאחרים המסייעים לאותו אדם, ופעולתו-שלו מולם למיזוי זכויותיו. נדרש יהיה להבהיר האם האדם עובר, ומה הן החלופות התעסוקתיות העומדות בפניו.

בכל הכבוד, ההקבלה בין זכות יסודית לביטחון סוציאלי (יש להכיר בה "כזכות אדם חברתית וכמרכיב חיוני בשמירה על כבוד האדם" – חלמיש נ' המוסד לביטוח לאומי, 1999, עמ' 429; מגור נ' שר האוצר, 2002, עמ' 738) ולבקשת פטור מהפקדת ערבון מתמיהה. בעניין **רביבו**, המוזכר לעיל, קובע הרשם (כתוארו אז) שמואל צור כי –

המבקש פטור מתשלום אגרה או מהפקדת ערבון מחמת עונו חייב להיכבד וליתן לבית תמונה מלאה ועדכנית של מצבו הכלכלי. לא ניתן להיזקק לבקשות הכוללות פרטים חלקיים ובלתי שלמים. עיינתי בתלושי השכר שצורפו לשני התצהירים. המבקשים הם שכירים אך אין לומר שהכנסתם דלה עד כדי חוסר יכולת.

ראשית, יש לציין כי גם באשר לקביעת פטור מתשלום אגרה ניתן להעדיף גישה אחרת, אשר מבינה יותר את מצבו של מבקש הפטור. כך, בפרשה מאוחרת (רוטה נ' נצבטייב, 2000, עמ' 717; ראו גם רבין, 2005, עמ' 776-781) עומד הרשם בועז אוקון על חשיבות זכות הגישה לערכאות וקובע:

הפניה לקבל פטור אינה פנייה של מה בכך. היא מחייבת צירופם של נתונים, של טפסים ושל תצהיר. אך זה אינו העיקר: הצורך לדרוש פטור מחמת עונה עולה כדי בידודם של מבקשי הפטור. הוא מחייב אותם "להתפשט" מבחינה כלכלית [...] קיום זכויות יסוד מוגנות משנה את פני העולם המשפטי. אל לקיום להיתפס כתופעה שטחית אשר יכולה לשנות את מערך הזכויות, אך שינתה בפועל מעט.

אולם מעבר לדיון בדבר ההליך הראוי לקביעת פטור מאגרה, יש לשאול: האם זהו ההליך הנדרש להוכחת טענה חוקתית? מאליו מובן שלא נערך מבחן דומה בהקשר של זכויות אזרחיות ופוליטיות (האם באמת נשקפת סכנה ברורה ומיידית

אם יאושר פרסום הספר?). אולם חמורה מהדרישה הדיונית היא, כמובן, הדרישה המהותית. בתחום הביטחון הסוציאלי הולכים ומצטברים המחקרים האמפיריים המאששים את הטענה שאנשים הזכאים לגמלה נמנעים מלבקשה, בין השאר, אם בקשת גמלה כרוכה במבחן הכנסה המחייב לעבור הליך משפיל של הוכחת נזקקות (ון-אורשוט, 1999). פרופ' וים ון-אורשוט מעריך שבעוד דרישת הֶקְסֶר (non take-up – הימנעות של זכאים מלפנות לקבלת גמלה) של גמלאות אשר אינן כוללות מבחן הכנסה היא שולית, הרי שדרישת החסר במקרה של גמלאות הכוללות מבחן הכנסה עשויה לעלות על 50 אחוז (van Oorschot, 1995, pp. 17-33, 215). המחקר גם מציין שהימנעות זו קשורה באופן הדוק לסטיגמה של גמלאות כאמור, המתייגת אנשים כ"עניים" כעניין של הגדרה ביורוקרטית ובראש חוצות (van Oorschot & Schell, 1991, p. 192). דוגמה זו רק מוכיחה את הטענה, שהביע הנשיא ברק לא פעם, ולפיה חיבור הדוק בין היבטים מינהליים להיבטים מהותיים של זכויות. מכאן, גם אם הנגישות לזכות שווה וצודקת (וניתן לחלוק על כך במקרה זה) אפשר שההשפלה תבוא, כלפי אוכלוסיות מסוימות, דרך ההליך ליישומה (Margalit, 1996, p. 280).

אל מול גישה זו ניתן אך להביט בערגה מסוימת לגזירה שהיתה נהוגה בעבר ולפיה, לדברי ח' כהן, "לכבודם של העניים גזרו, למשל, שטקסי הקבורה והתכריכים יהיו זהים לעשירים ולעניים, או: בנות ישראל יצאו למחול בכלי לבן שאולים 'שלא לבייש את מי שאין לו'" (כהן, 1994, עמ' 36 הערה 133). במקום גזירה שכזו, המבקשת להכיל במקום להדיר, אנו מוצאים שדווקא בית המשפט הוא היוזם דרישות ראייתיות אשר אינן מקובלות בדיונים חוקתיים. ניתן לציין כאן את דבריו של דני סטטמן, הבוחן את המונח שנתפס כעומד במנוגד לכבוד האדם: "המאפיין החשוב ביותר של השפלה הוא תחושה של הֶדְרָה חברתית" (סטטמן, 2001, עמ' 559). לא זו, אף זו: כפי שצוין לעיל, אילו היה צורך בממצאים מהימנים להוכחת עוצמת הפגיעה, ראיות כאמור היו לפני בית המשפט. שופט המיעוט, א' לוי, ציטט בהרחבה ממחקרים שערך הביטוח הלאומי לעניין "איכות החיים של מקבלי גמלת הבטחת הכנסה". מוטב היה לו דעת הרוב היתה גם היא מסתפקת בנתונים מסוג זה, המאפשרים קבלת החלטה מושכלת וראויה, ולא מעמידה דרישות לפירוט מצוקת פרטים בתוך ההקשר החברתי. קשה להעלות על הדעת פגיעה עמוקה יותר בכבוד האדם מאשר אותה דרישה להוכחת מסכנות.

סיכום: במקום כבוד

במאמר זה טענתי שבעוד שבית המשפט מעלה על נס את הזכות לביטחון סוציאלי כנובעת מהעיקרון החוקתי של כבוד האדם, הוא למעשה רוקן אותה מתוכן מעשי. כאשר בית המשפט נדרש להכריע במקרה קונקרטי המעלה לדיון את הזכות לביטחון סוציאלי, הוא נוטה לדחות את העתירה בנימוקים שמהווים הד לתפיסות עקרוניות השוללות באופן גורף הכרה בזכויות חברתיות וכלכליות. תפיסות אלה, יש להזכיר, נדחו בידי בית המשפט.

אחת המסקנות האפשריות מהמקובץ היא שהעמדה האידיאולוגית של בית המשפט שוללת, למעשה, הכרה אמיתית בזכות לביטחון סוציאלי, ואין כל עיקרון מכונן, כבוד האדם או אחר, שיוכל להביא לתוצאה אחרת. ניתוח שכזה, מבית מדרשו של הריאליזם המשפטי, הוא בוודאי אפשרי, אולם אינו היחיד האפשרי (למסקנה דומה ראו Englund, 2000, pp. 1922-1923).

כחלופה לו, ניתן להציע את האפשרות שבית המשפט ושופטיו פתוחים לעיגון הזכות לביטחון סוציאלי, אולם הטיעונים המתבססים על כבוד האדם אינם מספקים את המצע הראוי לכך. יש מקום לסברה שהזכות לביטחון סוציאלי, אשר מחייבת רמת סולידריות לא מבוטלת, אמון קהילתי ובין אישי מבוסס ותפיסת הוגנות מפותחת, אינה יכולה להישען על ערך ליברלי כמו כבוד האדם. ואכן, רבה היא הכתיבה המקשרת בין כבוד האדם לבין עיקרים ליברליים אחרים, כגון אוטונומיה, חופש הרצון ובחירה חופשית (Englund, 2000, pp. 1918-1921); סטטמן, 2001, עמ' 571-576). לעומת זאת, קיימת חשדנות מסוימת כלפי האפשרות לגזור את הזכות לביטחון סוציאלי (וזכויות חברתיות וכלכליות אחרות) מהעיקרון של כבוד האדם (McCrudden, 2006).

אם כן, הזכות לביטחון סוציאלי צריכה אולי להיסמך על עיקרון מכונן אחר כדי להבהיר את החשיבות שבעיגונה כזכות יסוד בעלת השלכות משמעותיות. עקרון השוויון המהותי (הרחב מהדרישה להעדר אפליה) יכול למלא, לטעמי, משימה זו באופן ראוי (Dworkin, 1990, p. 324; Michelman, 1973, p. 989; Rawls, 1971, p. 476). על הזכות לביטחון סוציאלי נאמר שהיא מיועדת "להגביל את תחולת אי-השוויון" (Buchanan, 1981, p. 235; Scanlon, 1973, p. 1064). עקרון השוויון הוא, מטבעו, עיקרון "קהילתי" הנטוע בהקשר חברתי וכלכלי נתון. גישה חלופית זו אינה נטולת קשיים. ראשית, מקומו של עקרון השוויון בשיח המשפטי והחברתי רעוע בהרבה בהשוואה לזה של כבוד האדם. שנית, וחשוב יותר לענייננו, אפשר שהקשיים שהועלו במסגרת מאמר זה ישובו ויקשו על מתן

משקל בעל משמעות לזכות לביטחון סוציאלי, גם אם ניסיון זה ייעשה במסגרת הקשר שנגזר מעקרונות השוויון. עם זאת, לטעמי, נאמנות לתפיסה אמיתית של שוויון וצמצום ההשפעה החברתית של פערים כלכליים עשויה להוות את הבסיס האידיאולוגי, המוסרי ואף המשפטי למצב רעיוני משכנע (אף) יותר לעיגון הזכות לביטחון סוציאלי (גרונס, 2000, עמ' 70). סוגייה זו ראויה לפיתוח מעמיק במסגרת נפרדת.

מקורות

- אטלן, מ' (2005). מודל לדוגמה של הזכות לתנאי קיום נאותים. בתוך י' רבין וי' שני (עורכים), **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** (עמ' 395-435). תל-אביב: רמות.
- בניש, א' (2006). יישום 'תוכנית ויסקונסין' בישראל – היבטים משפטיים. **עבודה, חברה ומשפט, יא**, 154-121.
- בג"צ 161/94 אליהו אטרי נ' מדינת ישראל (לא פורסם).
- בג"צ 7081/93 בוצר נ' מועצה מקומית "רעות-מכבים" נ(1) 19.
- בג"ץ 890/99 חלמיש נ' המוסד לביטוח לאומי נד(4) 423.
- בג"צ 2599/00 ית"ד ואח' נ' משרד החינוך ואח' נו(5) 834.
- בג"צ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז לח(2) 393.
- בג"צ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל (טרם פורסם, ניתן ביום 12.12.2006).
- בג"צ 5578/02 מנור נ' שר האוצר נט(1) 729.
- בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה פ"ד נז(1) 235.
- בג"צ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי ואח' נ' שר האוצר ואח' (טרם פורסם).
- בג"ץ 494/03 רופאים לזכויות אדם נ' שר האוצר נט(3) 322.
- בג"צ 450/97 תנופה, שירותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה נב(2) 433 בה"נ 6857/00 רוטה נ' נצבטייב נד(4) 707.
- בן-ישראל, ר' (1994). השלכות חוקי היסוד על חקיקת העבודה. **שנתון משפט העבודה**, ד, 47-27.
- ברק, א' (1987). **שיקול דעת שיפוטי**. ירושלים: פפירוס.
- ברק, א' (1994א). **פרשנות במשפט**. ירושלים: נבו.
- ברק, א' (1994ב). חוק יסוד: חופש העיסוק. **משפט וממשל, ב**, 218-195.
- ברק, א' (1994ג). כבוד האדם כזכות חוקתית. **הפרקליט, מא**, 298-271.
- ברק, א' (1998). החוקה הכלכלית של ישראל. **משפט וממשל, ד**, 380-357.
- ברק, א' (2004). **שופט בחברה דמוקרטית**. תל-אביב: כתר.

- גביוון, ר' (2005). על היחסים בין זכויות אזרחיות-פוליטיות ובין זכויות חברתיות-כלכליות. בתוך י' רבין ו' שני (עורכים), **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** (עמ' 25-67). תל-אביב: רמות.
- גרוס, א' (2000). החוקה הישראלית: כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי. בתוך מ' מאוטנר (עורך) **צדק חלוקתי בישראל** (עמ' 70-96) תל-אביב: רמות.
- גרוס א' (2000). כיצד היתה 'התחרות החופשית' לזכות חוקתית? בנפתולי הזכות לחופש עיסוק. **עיוני משפט, כג**, 229-261.
- דב"ע 4/98 מרוזק נ' המוסד לביטוח לאומי, פד"ע לג 385.
- דברי הכנסת** (1992).
- דותן, י' (2005). "בית המשפט העליון כמגן הזכויות החברתיות", בתוך י' רבין ו' שני (עורכים), **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** (עמ' 69-129). תל-אביב: רמות.
- הנחיות מאסטריכט בנוגע להפרת זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות** (1997).
- המילטון, א' (2001) **הפדרליסט** (א' אמיר – תרגום). ירושלים: שלם.
- ן-אורשוט, ר' (1999). מגבלות המיקוד: על הסיבות מרובות המישורים לאי מיצוי זכויות. **ביטחון סוציאלי**, 56, 193-208.
- זלצברגר, ע' וקדר, א' (1998). המהפכה השקטה - עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי היסוד החדשים. **משפט וממשל**, ד, 489-520.
- כהן, ח' (1994). ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית – עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. **הפרקליט, ספר היובל**, 9-36.
- מדינה, ב' (2005). חובתה של המדינה לספק צרכים בסיסיים: מ"שיח של זכויות" ל"תיאוריה של מימון ציבורי". בתוך י' רבין ו' שני (עורכים), **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** (עמ' 131-194). תל-אביב: רמות.
- מונדלק, ג' (2000). זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש. **שנתון משפט העבודה**, ז, 65-152.
- מרמור, א' (1998). ביקורת שיפוטית בישראל. **משפט וממשל**, ד, 133-140.
- סטטמן, ד' (2001). שני מושגים של כבוד. **עיוני משפט, כד**, 541-553.
- ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי פ"ד מט(4) 221.
- ע"א 7038/93 סולומון נ' סולומון נא(2) 577.
- פז-פוקס, א' (2005). רפורמת רווחה בין הקפיטליזם לפטריארכיה. **עבודה חברה ומשפט**, י, 339-361.
- קמיר, א' (2005). **שאלה של כבוד: ישראליות וכבוד האדם**. ירושלים: כרמל.
- קרפ, י' (1993). חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח. **משפט וממשל, א**, 323-384.
- רבין, י' (2002) **הזכות לחינוך**. ירושלים: נבו.
- רבין, י' (2005). "בית המשפט העליון כמגן הזכויות החברתיות", בתוך י' רבין ו' שני (עורכים), **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** (עמ' 765-810). תל-אביב: רמות.
- רדאי, פ' וגולן, ע' (2006). חוקתיזציה של זכויות חברתיות. **המשפט**, 21, 89-96.

- רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו נה(3) 360.
- רע"א 3297/90 רביבו נ' בנק הפועלים (החלטה מיום 13.9.1990, לא פורסמה).
- שני, י' (2005). "בית המשפט העליון כמגן הזכויות החברתיות", בתוך י' רבין וי' שני (עורכים), *זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל* (עמ' 297-346). תל-אביב: רמות.
- Barry, B. (2005) *Why Social Justice Matters*. Cambridge: Polity.
- Buchanan, A. (1981). "Deriving Welfare Rights from Libertarian Rights" in P.G. Brown, C. Johnson, P. Vernier (Eds.), *Income Support* (pp. 233-246). Totowa, N.J.: Rowman and Littlefield.
- Burruss v. Wilkerson* (1969) 310 F. Supp 572, 574, *affirmed* 397 U.S. 44 (1970).
- Chan, J. (1995). "Raz on Liberal Rights and Common Goods" *Oxford Journal of Legal Studies*, 15, 15-31.
- Dandridge v. Williams* (1970) 397 US 471.
- Dworkin, R. (1967). The Model of Rules. *University of Chicago Law Review*, 35, 14-46.
- Dworkin, R. (1975). Hard Cases. *Harvard Law Review*, 88, 1057-1109.
- Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Cambridge: Harvard.
- Dworkin, R. (1990). Equality, Democracy and Constitution: We the People in Court. *Alberta Law Review*, 28, 324-346.
- Dworkin, R. (1993). *Life's Dominion*. London: HarperCollins.
- England, I. (2000). Human Dignity: From Antiquity to Modern Israel's Constitutional Framework. *Cardozo L. Rev.*, 21, 1903-1929.
- Fletcher, G. (1984). Human Dignity as a Constitutional Value. *University of West Ontario Law Review*, 22, 171-200.
- Fabre, C. (2000). *Social Rights Under the Constitution*. Oxford: Oxford.
- Fried, C. (1978). *Right and Wrong*. Cambridge: Harvard.
- Goldberg v. Kelly* 397 U.S. 254 (1970).
- Harel, A. (1997). What Demands are Rights?. *Oxford Journal of Legal Studies*, 17, 101-114.
- Henkin, L. (1992). Human Dignity and Constitutional Rights. In M. Meyer and W. Parent (Eds.), *The Constitution of Rights: Human Dignity and American Values* (pp. 210-228). Ithaca: Cornell.
- Holmes, S. & Sunstein, C. (1999). *The Cost of Rights*. London: WW Norton.
- Kaplow, L. (1992). Rules versus Standards: An Economic Analysis. *Duke Law Journal*, 42, 557-629.
- King v. Smith* (1968) 392 US 309.

- Kretzmer, D. & Klein, E. (Eds.) (2002) *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*. The Hague: Kluwer Law.
- Macklem, P. & Scott, C. (1992). Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees: Social Rights in a New South African Constitution. *U. of Penn. L. Rev.*, 141, 1-148.
- Margalit, A. (1996). *The Decent Society*. Cambridge: Harvard.
- McCrudden, C. (2006). *Human Dignity*. Retrieved on April 27, 2006 from <http://ssrn.com/abstract=899687>
- Michelman, F. (1973). In Pursuit of Constitutional Welfare Rights. *U of Pennsylvania L Rev*, 121, 962-1019.
- McInnis v. Shapiro* (1968) 293 F Supp 327.
- Murphy, W.F. (1980). An Ordering of Constitutional Values. *Southern California Law Review*, 53, 703-760.
- Palmer, E. (2000). Resource Allocation, Welfare Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, 20, 63-88.
- Plant, R. (1993). Free Lunches Don't Nourish. In G. Drover & P. Karens (Eds.), *New Approaches to Welfare Theory* (pp. 33-48). Aldershot: Elgar.
- Pogge, T. (1989). *Realizing Rawls*. Ithaca: Cornell.
- Pogge, T. (2002). *World Poverty and Human Rights*. Cambridge: Polity.
- Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard UP.
- Raz, J. (1972). Legal Principles and the Limits of Law. *Yale Law Journal*, 81, 823-854.
- Raz, J. (1978). Professor Dworkin's Theory of Rights. *Political Studies*, 26, 123-137.
- Raz, J. (1986). *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon.
- Reich, C. (1965). Individual Rights and Social Welfare. *Yale Law Journal*, 74, 1245-1257.
- Rosado v. Wyman* (1970) 397 US 397.
- Rosanvallon, P. (2000). *The New Social Question*. Princeton: Princeton.
- Scanlon, T. (1973). Rawls's Theory of Justice. *University of Pennsylvania Law Review*, 121, 1020-1069.
- Shapiro v. Thompson* (1969) 394 US 618.
- Sherbert v. Verner* (1963) 374 US 398.
- Simon, W.H. (1986). Rights and Redistribution in the Welfare System. *Stanford Law Review*, 38, 1431-1516.
- Simmonds, N. (1998). Rights at the Cutting Edge. In M. Kramer, N. Simmonds & H. Steiner *Debate Over Rights* (pp. 112-232). Oxford: Clarendon.

- Paz-Fuchs, A. (2008). *Welfare to Work: Conditional Rights in Social Policy*. Oxford: Oxford.
- Personal Responsibility and Work Orientation Reconciliation Act (1996).
- Southern Pacific v. Jensen* (1917) 244 US 205.
- Speiser v. Randall* (1958) 357 US 513.
- United States Department of Agriculture v. Moreno* (1973) 413 US 528.
- Van Oorschot, W., & Schell, S. (1991). Means-testing in Europe: a Growing Concern. In A. Sinfield et al (Eds.), *The Sociology of Social Security* (pp. 187-211). Edinburgh: Edinburgh.
- Van Oorschot, W. (1995). *Realizing Rights*. Aldershot: Avebury.
- Walzer, M., (1981). Philosophy and Democracy. *Political Theory*, 9, 379-399.
- Z. v. United Kingdom* (2001) 34 European Court of Human Rights Reports 97.

