

נגישות יתר ונגישות חסר לזכויות חברתיות וכלכליות

בהשראת

Daphne Barak-Erez and Aeyal Gross *Exploring Social Rights* (Hart, 2007)

מאת

אמיר פז-פוקס*

מבוא: נגישות יתר ונגישות חסר. א. זכויות חברתיות מול זכויות אזרחיות ופוליטיות.
ב. הזכות לבריאות. ג. חופש העיסוק. ד. הזכות לדיוור ולמגורים. ה. הזכות לחינוך.
ו. הזכות לביטחון סוציאלי. ז. סגירת מעגל.

The global social is at once *emptied* and *filled*: it is emptied of state capabilities to fulfil these rights while filled by normative obligations. I do not, in saying this, deny the importance of social rights imperatives; I do wish to suggest, however, that these imperatives entail labours of construction of social justice that concretize duties of aid and assistance...¹

מבוא: נגישות יתר ונגישות חסר

לעיסוק בזכויות חברתיות וכלכליות (להלן: זכויות חברתיות) יש אופי מיוחד ותבנית מיוחדת. אוסף המאמרים המובא בספר *Exploring Social Rights: Between Theory and Practice* מבקש לערוך מעין "ספירת מלאי" של ההישגים והכשלים, התאורטיים והמעשיים, במדינות שונות ובתחומים שונים של החברה ושל המשפט. האתגר הוא עצום והעמידה בו ראויה לכל שבח. מדוע, עם זאת, יש לומר שהעיסוק בתחום זה "מיוחד"? מכיוון שלאחר מאבק של כמעט ארבעים שנה נראה שמתגבש קונסנזוס בקרב כותבים העוסקים בתאוריה של זכויות, שלפיו הטיעונים המהותיים נגד חשיבותן ומעמדן של

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו; חוקר, המרכז לצדק חברתי, מכון ון-ליר.

1 Upendra Baxi, "Failed Decolonisation and the Future of Social Rights: Some Preliminary Reflections", *Exploring Social Rights* (Aeyal Gross and Daphne Barak-Erez – eds., 2007) 41, p. 48

זכויות חברתיות אינם משכנעים עוד.² עורכי הספר, דפנה ברק-ארז ואייל גרוס, מציינים זאת כבר בפרק המבוא. פרק זה, יש לציין, מציג את הנושא באופן בהיר ומעורר עניין.³ כפי שהמאמרים בספר מבהירים⁴ וכפי שנטען גם בעבר,⁵ המאפיינים של זכויות חברתיות אינם שונים מהותית מהמאפיינים המוכרים של זכויות אזרחיות ופוליטיות (כגון פרטיות, חופש ביטוי, חופש דת וכו'). שני "סוגי" הזכויות מחייבים פעילות אקטיבית של המדינה כדי להביא למימושן האפקטיבי. מימוש אמיתי של זכויות אזרחיות, כמו גם של זכויות חברתיות, מצריך השקעה ניכרת של משאבים. נוסף על כך מוכרת ומקובלת העמדה שלפיה כדי שיהיו לזכויות אזרחיות ופוליטיות משמעות ותוקף נדרשת הכרה בזכויות חברתיות.⁶

מבחינה פורמלית קובעי המדיניות בישראל שותפים לתפיסה זו. החקיקה בישראל עתירה בהסדרים המקנים להלכה זכויות בתחום החינוך, הדיוור, הבריאות והתעסוקה. אמנם הסדרים אלו אינם תמיד נדיבים בהשוואה למדינות המערב; עם זאת, כדי להכיר את הסיבות לאי-השוויון המעמיק, העוני הפושה והמצוקה הגוברת נראה שיש להרים מבט אל מעבר לזכות הפורמלית ולהכיר את פועלה והשפעתה במציאות. כפי שמציינים העורכים בסיום פרק המבוא, לכותבים בספר יש "מחוייבות משותפת להעמקת הרווחה האנושית ולהפחתת אי-השוויון הכלכלי-חברתי".⁷ אכן, קרי ריטיץ' (Rittich) מציינת במאמרה באופן שלא משתמע לשני פנים:

2 Jeremy Waldron, *Theories of Rights* (Jeremy Waldron – ed., 1984) p. 1

3 Daphne Barak-Erez and Aeyal Gross, "Introduction: Do We Need Social Rights?", *Exploring Social Rights* 1, p. 5; Karl Marx, "On the Jewish Question", *The Marx-Engels Reader* (Robert C. Tucker – ed., 1972) 26

4 Frank I. Michelman, "The Constitution, Social Rights and Liberal Political ; Barak-Erez and Gross ; Justification", *Exploring Social Rights*, 21 ; Yuval Shany, "Stuck in a Moment in Time: ; בעמ' 42-45 ; Upendra Baxi The International Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights", *Exploring Social Rights*, 77; Neta Ziv, "The Social Rights of People with Disabilities", *Exploring Social Rights*, 369

5 ראו למשל: גיא מונדלק, "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש – מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם", שנתון משפט העבודה ז (תשנ"ט) 65 ; D.D. Raphael, "Human Rights, Old and New", *Political Theory and the Rights of Man* (D.D. Raphael – ed., 1967) 54; Ruth Gavison, "On the Relationship Between Civil and Political Rights and Social and Economic Rights", *The Globalization of Human Rights* (J.M. Coicaud, M.W. Doyle, A.M. Gardner – eds., 2003) 24; Carl Wellman, *Welfare Rights* (1982)

6 Amir Paz-Fuchs, *Welfare to Work: Conditional Rights in ; (לעיל, הערה 5) ; Social Policy* (2008)

7 Barak-Erez and Gross (לעיל, הערה 3) בעמ' 16 ; Ziv (לעיל, הערה 4) בעמ' 388. כן ראו: Dennis M. Davis, "Socio-Economic Rights: The Promise and Limitation – The South African Experience", *Exploring Social Rights*, 193

[...] social rights remain fundamentally about distributive justice. They are concerned not simply with the provision of basic needs or a safety net for the most destitute [...] they operate as a metric of our commitment to relative social equality.⁸

אם כן, ניתן לומר שהמטרה של זכויות חברתיות (ואולי גם של ספר הבוחן זכויות חברתיות) אינה זכויות חברתיות לעצמן אלא יעדים חברתיים וכלכליים משמעותיים יותר. והנה, בד בבד עם ההכרה הרטורית והתאורטית הגוברת בזכויות חברתיות אנו חוזים, כדברי אברהם דורון, ב"נטישה גלויה" של היסודות הסוציאלי-דמוקרטיים של משטר הרווחה הישראלי ובהמשך – בתהליך אטי של שינוי ביסודות הביטוח הסוציאלי, ש"השבירה החדה שלהם התחוללה בכל העוצמה מתחילת שנות האלפיים".⁹ אף ששפת הזכויות החברתיות גוברת ומתחזקת, צעדי המדיניות שננקטו בעשרים השנים האחרונות הגבילו את הנגישות ואת השירותים הניתנים לקבוצות עניות ותרמו להגדלה של היקף העוני ואי-השוויון.¹⁰

על כן, אם שיח הזכויות (החברתיות) משפיע כלל על מדיניות חברתית-כלכלית, חשוב לבחון לא רק אם בתי המשפט הם הפורום הנכון לדיון בסוגיות של שוויון מעמדי וצדק חלוקתי¹¹ אלא אם שיח הזכויות מקדם או מרחיק אותנו מהיעד שאלינו אנו שואפים להגיע. המאמרים בספר חשוב זה מובילים למסקנה העשויה להיות מתסכלת למצדדים בזכויות חברתיות: בדומה לנגישות למשאבים ולטובין רבים בחברה, גם זכויות אינן נגישות לכולם באופן שווה. מסקנה זו, שעליה אבקש להגן, מובילה לתוצאות בעייתיות ביותר ככל שהדברים נוגעים לזכויות חברתיות. מחד גיסא הנגישות המוגבלת של אוכלוסיות עניות לזכויות מובילה לאפקטיביות מוגבלת בהשגת היעדים החברתיים והכלכליים שזכויות חברתיות אמורות לקדם; מאידך גיסא, דווקא אוכלוסיות חזקות בעלות "נגישות יתר" לזכויות חברתיות משתמשות בשיח הזכויות באופן שמרחיק את אותם יעדים מהשגה. התוצאה הסופית עלולה להיות מדיניות רגרסיבית יותר, המעצימה את אי-השוויון. נקודה זו, העולה באופן מפורש רק בחלק מהמאמרים,¹² נראית מרכזית בעידן שבו צדדים נוגדים משתמשים בשיח החברתי כדי לקדם את סדר היום שלהם.¹³

8 Kerry Rittich, "Social Rights and Social Policy", *Exploring Social Rights*, 107, p. 109

9 אברהם דורון, "עיצוב מדיניות הרווחה בישראל, 2000-2005", *מדיניות חברתית בישראל – מגמות וסוגיות* (אורי אבירם, ג'וני גל ויוסי קטן עורכים, תשס"ז) 33, בעמ' 37.

10 שם, בעמ' 38-39. וכן Rittich (לעיל, הערה 8) בעמ' 111.

11 Davis (לעיל, הערה 7) בעמ' 211.

12 Aeyal Gross, "The Right to Health in an Era of Privatization and Globalization", *Exploring Social Rights*, 289

Ziv (לעיל, הערה 4), במיוחד בעמ' 386.

13 הסתייגות קלה: אף שנדרש מחקר מעמיק יותר בנקודה זו, יש מקום לסברה שהטענה המועלית כאן מבוססת יותר ככל שהדברים נוגעים למדיניות המונהגת במדינות מפותחות

א. זכויות חברתיות מול זכויות אזרחיות ופוליטיות

חשוב להבהיר כבר בשלב זה במה לא תעסוק סקירה זו. אין הכוונה לטענה ששיח הזכויות טומן בחובו הנחה אידאולוגית של חיזוק זכויות אזרחיות ופוליטיות – המוכרות ומעוגנות יותר – על חשבון זכויות חברתיות וכלכליות. ההרתעה מפני סכנת "לוכנריזציה" היא חשובה אבל מוכרת. ב"לוכנריזציה" הכוונה לאימוץ זכויות ליברטריאניות כמו חופש החוזים וזכות הקניין כאמצעי לשמירת הסטטוס-קוו המעמדי, החברתי ואף האתני.¹⁴ מרק טושנט ציין:

It is not just that rights-talk does not do much good. In the contemporary United States, it is positively harmful [...] The image of negative rights overshadows that of positive ones and may obstruct the expansion of positive rights.¹⁵

בדומה, ברק-ארז וגרוס מזכירים את הספקנות שהביע קרל מרקס לגבי היכולת של זכויות לקדם שוויון וצדק חברתי.¹⁶ מרקס טען כי זכויות מקדמות סדר יום ליברלי המצר את יכולתה של המדינה לקדם סדר יום שיעצב את השוק ה"חופשי". רות בן-ישראל הזהירה כבר לפני חמש-עשרה שנה מפני הסכנות האורבות למשפט העבודה עם השלמתה של המהפכה החוקתית החלקית, המעגנת זכויות ליברטריאניות בלבד. לדבריה, מהפכה זו מעוררת את החשש שבית המשפט יפסול את חוקי המגן, את צווי ההרחבה ואת ההסכמים הקיבוציים בהיותם פוגעים בזכויות קנייניות ובחופש החוזים.¹⁷ בן-ישראל ודאי ראתה לנגד עיניה את פסקי הדין של תחילת המאה העשרים בארצות-הברית, שביטלו את חקיקת המגן של העובדים דוגמת שכר מינימום ושעות עבודה מקסימליות בשל פגיעה בחופש החוזים ובזכות הקניין.¹⁸ עמדה זו זכתה, כך

כלפי אזרחי אותה מדינה, ורלוונטית פחות להצלחה המשמעותית יותר של זכויות חברתיות וכלכליות במדינות מתפתחות ובמסגרת מאבקים בינלאומיים. ראו לעניין זה בעיקר את הפרק של יובל שני בספר נשוא סקירה זו: Shany (לעיל, הערה 4); כן ראו: Lisa Forman, "Rights' and Wrongs: What Utility for the Right to Health in Reforming Trade Rules on Medicines?" 10 *Health and Human Rights* (2008) 37.

14 אייל גרוס, "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", עיוני משפט כא (תשנ"ח) 405.

15 Mark Tushnet, "An Essay on Rights", 62 *Texas L. Rev.* (1984) 1363, p. 1386.

16 Barak-Erez and Gross (לעיל, הערה 3) בעמ' 2; Marx (לעיל, הערה 3).

17 רות בן-ישראל, "השלכות חוקי היסוד על משפט העבודה ומערכת יחסי העבודה", שנתון משפט העבודה ד (תשנ"ד) 27.

18 לדוגמה: *Lochner v. New York* 198 U.S. 45 (1905); *Adkins v. Children's Hospital* 261 U.S. 525 (1923); *Adair v. United States* 208 U.S. 161 (1908); *Tyson & Brother v.*

נדמה, לפריחה מחודשת בעידן הנאו-ליברלי שהחל בארצות-הברית בשנות השמונים ובישראל בשנות התשעים.¹⁹ יתר על כן: הנשיא ברק אף תרם לחשש זה כשקבע לאחר "המהפכה החוקתית" של שנת 1992 כי "זכויות אדם חברתיות, כגון הזכות לחינוך, להשכלה, לבריאות ולרווחה חברתית הן בוודאי זכויות חשובות ביותר, אך אינן חלק מכבוד האדם וחירותו".²⁰

אף שביקורת זו חריפה ונוקבת בהקשר הפוליטי, חשוב לומר שהיא אינה מבקשת להציע בחינה חלופית של מערכת המשפט דווקא. במילים אחרות, הנחת המוצא היא שהחוקה משפיעה על בית המשפט ולכן שינוי של מרכיבי החוקה יביא לשינוי באופן בו מתקבלות הכרעות. כדברי פרנק מייקלמן במאמר הפותח את הקובץ נשוא סקירה זו, החוקה היא ביטוי לערכים ולאידאלים לאומיים אשר "חודרים ומכוונים את הפרשנות השיפוטית ואת שיקול הדעת השיפוטי".²¹ גם דפנה ברק-ארז ואייל גרוס טוענים שהדרך הטובה ביותר לתיקון חוסר האיזון בין זכויות אזרחיות ופוליטיות לזכויות חברתיות בישראל תהיה באמצעות הוספת חוק יסוד המעגן זכויות חברתיות במפורש.²²

במובן המתודולוגי מדובר דווקא בגישה שמרנית-פורמליסטית ולכן אין להתפלא על כך שבכירי המערכת המשפטית המוסדית שותפים לה. נשיא בית המשפט העליון לשעבר, אהרן ברק, ציין כי הוא טרח וצילם את חוקת דרום-אפריקה, הכוללת עיגון של זכויות חברתיות וכלכליות, העבירה לידי שר המשפטים והציע לתרגמה ולקבלה כלשונה. הנשיא ברק אף ביקר באופן חריף את ההצעה הלא-מספקת, לטעמו, של משרד המשפטים לחוק-יסוד: זכויות חברתיות, באומרו כי אלו "בכלל לא זכויות, אלה ערכים"²³ – ורמז כי אילו היו זכויות חברתיות מעוגנות באופן מפורש היה באפשרותו לפסוק באופן שונה במידה ניכרת. בהערת אגב יש להעיר כי הנימה הפורמליסטית של דברים אלו מעוררת מידה של פליאה. ביקורת לא מבוטלת נמתחה על ברק על כך

Banton 273 U.S. 418 (1927); *New State Ice Co. v. Liebmann* 285 U.S. 262 (1932);
Weaver v. Palmer Bro. Co. 270 U.S. 402 (1926)

19 למשל אהרן יורן, "המהפכה החוקתית במיסוי בישראל", משפטים כג (תשנ"ד) 55; Richard A. Epstein, *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain* (1985). לטיעון בדבר ההשפעה השלילית של שיח הזכויות על היכולת לקדם סביבה בת-קיימא ראו: אריה ונגר וגלעד אוסטרובסקי, "שיח הזכויות ואיכות הסביבה – הילכו שניים יחדיו?", מעשי משפט ב (תשס"ט) 39, בעמ' 44.

20 אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך א', 1992) בעמ' 285, 419; לביקורת ראו: בן-ישראל (לעיל, הערה 17).

21 Michelman (לעיל, הערה 4) בעמ' 22.

22 Daphne Barak-Erez and Aeyal Gross, "Social Citizenship: The Neglected Aspect of Davis; Israeli Constitutional Law", *Exploring Social Rights*, 243, p. 261 (לעיל, הערה 7) בעמ' 207.

23 יובל אלבשן, זרים במשפט – נגישות לצדק בישראל (תשס"ה) בעמ' 122-123.

ש"יבא" אל הספירה החוקתית זכויות – דוגמת הזכות לשוויון, לחופש ביטוי, לחופש דת ולחופש החזים – שאינן מעוגנות בטקסט של חוק היסוד, ולא זו בלבד אלא שמנסחי חוק היסוד שקלו את הכנסתן ודחו אותן במפורש.²⁴ והנה, דווקא בהקשר של זכויות חברתיות וכלכליות ראה ברק צורך בחקיקת יסוד מפורשת כדי להביא לשינוי בסדר היום החברתי-משפטי.²⁵ לסיכום: דיון זה (הזוכה למקום של כבוד בספר) חשוב למדי, אבל כאמור לא לכך מכוונים דבריי בסקירה זו.

ברצוני להעלות את האפשרות שנוקן של הזכויות החברתיות והכלכליות עצמן יעלה על התועלת לאותן שכבות אוכלוסיה שלהן הן אמורות לסייע. טענה זו משלימה במידה מסוימת את הביקורת כלפי השימוש בליטיגציה משפטית כדי לחולל שינוי חברתי. לפי ביקורת זו, פנייה לערכאות משפטיות יוצרת רק אשליה של תיקון בעודה משמרת את יחסי הכוח על כנם.²⁶ הטיעון יתמקד בקו התפר שבין ההמשגה של הזכויות החברתיות לבין הפרשנות הניתנת להן בשטח. בניגוד לביקורת המוכרת, אין בעמדה המובאת משום הכרעה חד-משמעית בגנות הפעולה המשפטית בשם הזכויות החברתיות כדי לקדם שוויון וצדק חלוקתי; ייתכן בהחלט שפרשנות אחרת של זכויות חברתיות (ושל זכויות ככלל) הייתה עשויה לקדם יעדים ראויים אלו. עם זאת, יש מקום לבחון אם המדיניות החברתית והפרשנות המשפטית הנוהגת לזכויות חברתיות – בישראל ובמדינות אחרות – מרחיקות אותנו מיעדים אלו.

ההסבר למצב משונה זה כרוך באופן הדוק לשאלת הנגישות. על הבחינה של "נגישות חסר" לזכויות חברתיות וכלכליות, שהוצגה לעיל, יש להוסיף גם ניתוח של תופעה שאכנה "נגישות יתר". על פני הדברים המונח לוקה בסתירה פנימית: סוגיית הנגישות אמורה לטפל בבעיה של מחסומים בפני שימוש שווה בזכות הפתוחה לכל. עם זאת, הסתפקות בפן זה של נגישות תצר את הדיון באופן שיעלים חלק חשוב מהניתוח. זאת, מכיוון שלא ניתן לבחון בעיה מערכתית של תת-שימוש במשאב חברתי (במקרה זה: זכויות) בלא לבחון את צדה השני של הבעיה – עודף שימוש באותו משאב. החשיבות של התייחסות כאמור מתחדדת לאור הקשר החזק בין השניים. להלן אטען שנגישות היתר של קבוצה אחת מעצימה את בעיית הנגישות של קבוצה אחרת.

24 הלל סומר, "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית", משפטים כח (תשנ"ז) 257; הדיון בהכללתן של זכויות שאינן מנויות במפורש בחוק היסוד התקיים במשך פרק זמן מוגבל מיד לאחר קבלתו של חוק היסוד (ראו: בג"ץ 454/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501), אולם כוחו של בית המשפט להכליל זכויות מסוימות תחת מטריית "כבוד האדם" נתפס כיום כ"הנחת עבודה".

25 לתהייה דומה ראו: Barak-Erez and Gross (לעיל, הערה 22) בעמ' 246, ובקנדה: Patrick Macklem, "Social Rights in Canada", *Exploring Social Rights* 213, p. 232.

26 נטע זיו, "עריכת דין לשינוי חברתי בישראל – מבט לעתיד לאחר שני עשורי פעילות", מעשי משפט א (תשס"ח) 19, בעמ' 24 וההפניות שם.

הכיצד? ברוב המכריע של המקרים, נגישות יתר באה לידי ביטוי ברצון של קבוצות חזקות להוציא עצמן (to opt out) ממערכת אוניברסלית האמורה לשרת את כל האוכלוסייה באופן שווה. הסכנה הטמונה בדינמיקה זו כבר ברורה תאורטית ומתועדת אמפירית: בתכלית הקיצור, קבוצות חזקות אינן מרוצות מרמת השירות שהממשל או הרשות המקומית מספקים (למשל: בתחומי החינוך והבריאות) ומקימות מנגנונים פרטיים לאספקת שירותים (בתי ספר, סל תרופות, שירותי שמירה). בעולם המינוחים שטבע הכלכלן אלברט הירשמן (בהקשר מעט שונה), אוכלוסיות חזקות מעדיפות "לצאת" (exit) מהשירות הציבורי על ידי הקמת שירותים פרטיים במקום להשמיע קול (voice) לשיפור השירות.²⁷ בשל העובדה ששכבות מבוססות אלו אינן נזקקות לשירותים הללו, נרשמת השלכה פוליטית קטנה יותר להידרדרות של רמת השירות והכוחות שיש להם אינטרס להיאבק בכשלים ניהוליים ודמוקרטיים באספקתו – נעלמים.²⁸ יתר על כן: מכיוון ששכבות אלה ממשיכות לממן את השירות (באמצעות מסים) אך לא משתמשות בו, הן עשויות אף לתמוך בקיצוץ של תקציבי השירות הציבורי.²⁹ בהמשך, השירות הציבורי נהפך להיות "שירות לעניים" שגם מעמד הביניים וגם אנשים החיים בעוני אינם רוצים להיות משוייכים עימו.³⁰ במדינת רווחה שיווית זו, מסביר אספינג-אנדרסן, העניים נסמכים על המדינה וכל היתר – על השוק.³¹ זאת ועוד: אף שקבוצות חזקות אינן משתמשות בשירותי הרווחה הניתנים בעין על ידי המדינה, אין בכך כדי לומר שהן לא נהנות מהטבות כספיות. כוחן הפוליטי של קבוצות אלו הוביל לכך שאחד המרכיבים של ההוצאה הציבורית שגדל במהירות הגבוהה ביותר הוא ההכרה בהוצאות מס עבור תכניות רווחה "פרטיות".³² חשוב יותר לענייננו: הבסיס לדרישה אחרונה זו – שהציבור יממן את מדינת הרווחה הפרטית – מוצא עיגון בשיח הזכויות החברתיות דוגמת הזכות לביטוח רפואי פרטי או לקבלת תלושים (vouchers) לחינוך.

27 Albert O. Hirschman, *Exit, Voice and Loyalty* (1970)

28 Clayton P. Gillette, "Opting Out of Public Provision", 73 *Denver U. L. Rev.* (1996) 1185.

29 שם, שם.

30 Paul Starr, "The Meaning of Privatization", 6 *Yale Journal of Law and Policy Review* (1988) 6.

31 Gosta Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism* (1990) p. 25

32 שם, בעמ' 26; Jacob S. Hacker, *The Divided Welfare State* (2002). אברהם דורון הזהיר מפני תופעה זו בישראל לפני יותר מעשור; ראו אברהם דורון, *זכות האוניברסאליות – האתגרים של המדיניות החברתית בישראל* (ירושלים, מאגנס, 1997), בעמ' 32. ראו גם את הדיון הער לאחרונה סביב ההכרה לצורכי מס בהוצאות עבור תשלום למטפלת, בעקבות פסקי הדין של בית המשפט המחוזי בתל-אביב – עמ"ה 1213/04 ורד פרי נ' פקיד שומה גוש דן (פורסם בנבו, ניתן ביום 3.4.2008, להלן – עניין ורד פרי) ושל בית המשפט העליון – ע"א 4243/08 פקיד השומה נ' ורד פרי (פורסם בנבו, ניתן ביום 30.4.2009, להלן – עניין פקיד השומה).

דינמיקה זו קשורה לשיח הזכויות החברתיות בשל הנכונות של בית המשפט להעביר את הזכויות החברתיות והכלכליות דרך המסגרת של הפרדיגמה הליברטריאנית, תוך התעלמות מההקשר המיוחד שממנו נובעות זכויות אלו. במקרים אלו בית המשפט מעדיף לאמץ תפיסה "אטומיסטית" של זכויות ולא פרשנות "חברתית" שלהן.³³ הסכנה היא שפירוש כזה עלול לרוקן חוקים סוציאליים מתוכן.³⁴ במסגרת סקירה זו אוכל להציע רק כמה כיווני מחשבה ראשוניים על אודות הזכויות החברתיות המוכרות והמבוססות: בריאות, חינוך, דיור, תעסוקה וביטחון סוציאלי.

ב. הזכות לבריאות

על פני הדברים ניתן לומר שהסתמכות משפטית על הזכות לבריאות הובילה להישגים לא מבוטלים לציבור החולים והנזקקים לשירותי בריאות. עם זאת, בבואנו לבחון את פועלה של הזכות לבריאות אנו מוצאים שאת ההישגים שלה ניתן לזקוף במקרים רבים (אם כי לא באופן גורף) למקורות ערכיים ומשפטיים אחרים, חיצוניים לזכות לבריאות. מאידך גיסא, כשהתעוררו נסיבות שבהן מתן משקל לזכות לבריאות היה עשוי להביא לתוצאה שונה במידה ניכרת, התקשו בתי המשפט להעניק לה משקל כאמור. בבואנו להגן על טענה זו יהא זה מועיל להשתמש בהצעתם של סוזן מרקס ואנדרו קלפהאם (הצעה שאייל גרוס קיבל באהדה במאמרו) באשר למשמעויות המעשיות של הזכות לבריאות.³⁵ לפי גישתם, שיח הזכויות צריך להשפיע על הזכות לבריאות בשלושה הקשרים: (1) מניעת אפליה; (2) מציאת מענה למחוייבויות גרעיניות (core obligations) וחיוניים; (3) חיוב המדינה לנקוט צעדים, בהתאם ליכולתה, כדי לקדם נגישות לבריאות ולשירותי בריאות לכל חלקי האוכלוסייה. יש לשים לב שרק ההקשר השלישי נותן ביטוי ברור לתועלת העשויה לצמוח מהזכות לבריאות; שני ההקשרים האחרים מתמקדים בעקרונות משפטיים עצמאיים שאינם תלויים בעוצמתה של הזכות לבריאות. נפרט. ההקשר הראשון – מניעת אפליה – מוכר במשפט בהקשרים שונים ומגוונים, ואין סיבה להניח שהוא לא יחול גם בהקשר של זכויות חברתיות, ובהן הזכות לבריאות.³⁶

33 מונדלק (לעיל, הערה 5); Ziv (לעיל, הערה 4) בעמ' 371; Patrick Macklem and Craig Scott, "Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a New South African Constitution", 141 *U. of Penn. L. Rev.* (1992) 1.

34 אייל גרוס, "כיצד היתה 'התחרות החופשית' לזכות חוקתית? בנפתולי הזכות לחופש עיסוק" עיוני משפט כג (תש"ס) 229.

35 Susan Marks and Andrew Clapham "Health", *International Gross* (לעיל, הערה 12); (2005) 197, p. 208. *Human Rights Lexicon*.

36 ראו גם: Barak-Erez and Gross (לעיל, הערה 3) בעמ' 405. לאפקטיביות של טענת אפליה ככלי למימוש זכויות חברתיות של אנשים עם מוגבלות ראו: Ziv (לעיל, הערה 4) בעמ' 384-380; לדוגמאות חשובות באשר לאפקטיביות של טענות אפליה באיחוד האירופי בהקשרים של דיור, בריאות, ביטחון סוציאלי ותעסוקה ראו: Eva Brems, "Indirect

אכן, הזכות לשוויון נראית ריקה מתוכן אם לבנים נהנים משירותים שאינם ניתנים לשחורים בתחומי החינוך, הבריאות והדיור. כפי שצינו דפנה ברק־ארז ואייל גרוס בפרק המוקדש לזכויות חברתיות בישראל, בית המשפט העליון עשה שימוש בעקרון השוויון כדי לקדם את הזכות לחינוך (לילדים עם מוגבלות³⁷) ואת הזכות להטבות סוציאליות (לבני זוג מאותו המין³⁸).³⁹

עם זאת, כפי שצינו המחברים, העיקרון של מניעת אפליה יכול להתקיים גם בלא מתן משקל ניכר לזכות לבריאות; יתר על כן: המקרים שהוזכרו התייחסו לאפליה "קלאסית", הנוגעת לסטטוס אזרחי־פוליטי ולא למעמד חברתי־כלכלי.⁴⁰ האם ניתן להרחיב תפיסה זו ולטעון ששירותי הבריאות לעשירים צריכים להיות זהים לשירותי הבריאות לעניים? פרנק מייקלמן טען כבר לפני יותר מארבעים שנה שזהו הנתיב המבטיח ביותר להשגת תוצאות אפקטיביות לקידום הרווחה של אלו שאינם יכולים לשלם עבורה:

The equal protection clause is the constitutional text which most naturally suggests itself to one who would claim a legal right to have certain wants satisfied out of the public treasury, insofar as he means to found his argument upon a comparison of burdens and opportunities which must otherwise accrue to the relatively rich and the relatively poor.⁴¹

ברם, טענה זו לא צברה אוהדים בפסיקה הישראלית או הזרה. כך, אף שעניין *Roe v. Wade*⁴² מוכר לרבים כפסק הדין שביסס את הזכות לבצע הפלה בארצות־הברית, פחות מכירים את עניין *Harris v. McRae*,⁴³ שבו נדחתה תביעה למימון הפלות למי שאין ידה משגת. כפי שקבע שופט המיעוט מרשל, פסק דין זה הוא "מהלך שהצליח למנוע מהעניים את הגשמת זכותם החוקתית כפי שנקבעה בעניין *Roe v. Wade*".⁴⁴ בישראל

Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights" *Exploring Social Rights* 135, pp. 158-162.

- 37 בג"ץ 7081/93 בוצר נ' מועצה מקומית "מכבים-רעות", פ"ד נ(1) 19.
 38 בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749.
 39 Barak-Erez and Gross (לעיל, הערה 22) בעמ' 253-252.
 40 ראו: Henry Rose "The Poor as a Suspect Class Under the Equal Protection Clause: An Open Constitutional Question" *Nova L. Rev.* (forthcoming).
 41 Frank I. Michelman, "On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment", 83 *Harvard L. Rev.* (1969) 7, p. 11.
 42 *Roe v. Wade, District Attorney of Dallas County* 410 U.S. 113 (1973).
 43 *Harris, Secretary of Health and Human Services v. McRae* 448 U.S. 297 (1980).
 44 שם, בעמ' 338.

דחה בית המשפט העליון, בעניין ישראלי,⁴⁵ עתירה לביטול של גביית תשלום "השתתפות" בשיעור 70% ממחיר הניתוח מאשה בעלת חירשות שאינה ניתנת להסדרה אלא באמצעות ניתוח להשתלת "שתל שבלולי". בעת הגשת העתירה עמד מחיר הניתוח על 100 אלף ש"ח – סכום שהיה מחסום ממשי בפני הטיפול שתבעה העותרת, מורה ואם חד-הורית. עניין ישראלי הוא רק דוגמה לתופעה רחבת היקף שתועדה במחקרים בעשור האחרון. לפי מחקרים אלו, בין 15% ל-20% מהאוכלוסייה בישראל מוותרים על שירותי בריאות או על תרופות בשל דרישות ה"השתתפות העצמית" שהונהגו בשיעור הולך וגדל.⁴⁶

נקודה זו היא קריטית לדיוננו. מדיניות המאפשרת באופן פורמלי לכלל האוכלוסייה לצרוך שירותי בריאות, אולם מדירה באופן מעשי את האוכלוסיות שאינן יכולות לשלם עבורה, יוצרת שתי שכבות (two tiers) במערכת הבריאות. אייל גרוס הוא אחד הכותבים הישראליים הראשונים לנסח את הבעייתיות במדיניות זו: הנגישות לשירותי בריאות היא שנפגעת בשל הסיכור באפליה הנוצרת בשל השירות הרפואי השונה הניתן למי שהפרוטה בידו לעומת זה שניתן למי שאין בידו להשיגה.⁴⁷

ההקשר השני של הזכות לבריאות – חיוב המדינה לעמוד בהתחייבויות "גרעיניות" – גם הוא אינו מחייב פנייה ישירה לזכות לבריאות. למעשה, ככל שמוקד העניין העומד לבחינה "גרעיני" יותר כך אנו מתקרבים לזכויות משמעותיות וקונסנזואליות בהרבה מהזכות לבריאות – הזכות לשלמות הגוף ולחיים עצמם.⁴⁸ מסיבה זו אני מתקשה לקבל את מסקנתו של גרוס, שלפיה פסק דינו של בית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה בעניין TAC⁴⁹ הוא דוגמה לאופן שבו הזכות לבריאות עשויה לשמש כלי לביקורת מדיניות באופן שישרת את האוכלוסיות המוחלשות.⁵⁰ באותו מקרה חייב בית המשפט החוקתי את הממשל לתכנן וליישם – במסגרת המשאבים המוגבלים הקיימים – תכנית שתביא למיגור הדרגתי של העברת נגיף האיידס מנשים הרות הנושאות את הנגיף לעובר שלהן. אמנם, פסק דין זה העניק משקל ניכר לזכות לחיים ראויים ולחשיבות של נקיטת מדיניות סבירה; אבל לא במקרה הושם בו דגש על "הגרעין המינימלי" (minimum core). בבואו להסביר את החובה הנובעת מאותו גרעין מינימלי פירט בית המשפט כי מדובר הלכה למעשה בחובה לקיים חיים בכבוד או אף את החיים עצמם:

45 בג"ץ 2974/06 ישראלי נ' הועדה להרחבת סל הבריאות (פורסם בנבו, 11.6.2006); ראו: דיון אצל Barak-Erez and Gross (לעיל, הערה 22) בעמ' 253.

46 ראו: מחקרים של מכון ברוקדייל והסתדרות הרפואית הישראלית, הנדונים אצל אייל גרוס, "בריאות בישראל בין זכות למצרך", זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל (יובל שני ויורם רבין עורכים, תשס"ה) 437, בעמ' 481-491.

47 ראו: גרוס (לעיל, הערה 34).

48 ראו גם: Brems (לעיל, הערה 36); Ziv (לעיל, הערה 4).

49 *Minister of Health v. Treatment Action Committee (No. 2)* [2002] (1) SALR (CC).

50 Gross (לעיל, הערה 12) בעמ' 319.

This minimum core might not be easy to define, but includes at least the minimum decencies of life consistent with human dignity [...] It is clear from the evidence that the provision of nevirapine will save the lives of a significant number of infants even if it is administered without the full package and support services that are available at the research and training sites [...] These sites cater for approximately 10% of all births in the public sector and it is unthinkable that government would gamble with the lives or health of thousands of mothers and infants.⁵¹

ההיגיון הטמון בבסיסו של פסק הדין בעניין *TAC* מתחדד בבואנו להשוותו עם עניין *Soobramoney*, שניתן על ידי בית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה שנים מספר קודם לכן.⁵² במקרה זה, חולה סכרת חשוך מרפא נזקק לטיפול של מכשיר דיאליזה כדי להאריך את חייו. בשל מחסור באמצעים (לבית החולים היו רק עשרים מכשירים) ובשל סדרי עדיפויות של מערכת הבריאות (הטיפול היה רק מאריך את חייו אך לא מציל אותם), סירב בית החולים לאפשר לחולה את הנגישות לטיפול. פנייתו לבית המשפט החוקתי בשם הזכות לקבלת שירותי בריאות לא צלחה והוא נפטר זמן קצר לאחר מכן. כיצד ניישב בין שני פסקי הדין? אפשרות אחת תהיה לומר שבית המשפט החוקתי הכיר בטעותו ותיקן אותה בעניין *TAC*; אפשרות מתקבלת יותר על הדעת היא שהזכות לחיים – ולא הזכות לבריאות – הכריעה את הכף בשני המקרים. כאשר בכוחו של הטיפול הרפואי היה כדי להציל חיים – בית המשפט חייב אותו, אולם במקרה שבו דובר בדחיית הבלתי־נמנע, לא היה בזכות לטיפול רפואי כדי לגבור על שיקול הדעת של מקבלי ההחלטות בממסד הרפואי.⁵³

הקבלה לשני פסקי דין אלו ניתן למצוא בפסיקה של בית הדין האירופי לזכויות אדם. בעניין *D v. United Kingdom*⁵⁴ ביטל בית הדין גירוש של אדם חולה במחלה קשה מבריטניה בשל העובדה שבכך היה נמנע ממנו כל סיכוי לטיפול הומני. לעומת זאת, במקרים רבים אחרים אישר בית הדין את הגירוש ולרוב סירב אפילו לדון בתביעה לגופה, שכן המחלה לא הייתה חמורה דיה או – כשדובר באיידס – לא הגיעה לשלב מתקדם "מספיק".⁵⁵ בדומה, תביעה של ילד בן 17 הסובל משיתוק שרירים למימון של

.TAC, para. 28, 57 51

.Case CCT 32/97 *Soobramoney v. Minister of Health (Kwazulu-Natal)* 52

לעמדה דומה (תוך הנמקה מעט שונה), שלפיה עניין *TAC* אינו סוטה מהלכת 53

Soobramoney, ראו: Davis (לעיל, הערה 7) בעמ' 202-200.

D. v. United Kingdom ECHR 1997-III 777 54

Brems (לעיל, הערה 36) בעמ' 141. 55

התקנת זרוע מכנית על כיסא הגלגלים שלו נדחתה על ידי קרן ביטוח הבריאות ההולנדית, ובהמשך גם על ידי בית הדין האירופי לזכויות אדם.⁵⁶ ניתן לסכם נקודה זו בעזרת פסקי הדין של בית המשפט העליון הישראלי בעניין לוזון⁵⁷ ובעניין רופאים לזכויות אדם (להלן – רל"א).⁵⁸ בבג"ץ לוזון דחה בית המשפט תביעה להכללת תרופה חדשנית לטיפול בסרטן המעי הגס במסגרת סל התרופות. בבג"ץ רל"א נדחתה עתירה נגד שלילת הזכות של קבוצות שונות באוכלוסייה להיכלל במנגנון ביטוח הבריאות הממלכתי, בהן פליטים ובני זוג של תושבים ואזרחים פלסטינים שמעמדם לא הוסדר. שני פסקי הדין כוללים התייחסות להיקף הזכות לבריאות והדברים תואמים את המסקנה לעיל. בעניין לוזון ציינה הנשיאה ביניש כי זכות זו מהווה אגד כולל של זכויות הקשורות לבריאות האדם ובכללן הזכות לפרטיות המטופל, הגנה על האוטונומיה שלו על ידי הענקת מידע מלא והזכות להיעדר הפליה במתן שירותי בריאות.⁵⁹ הנשיאה ביניש אף קיבלה בהסכמה את דברי הנשיא לשעבר ברק בבג"ץ רל"א, שלפיהם הזכות לבריאות כוללת את הזכות ל"טיפול נאות לאדם הנתון במצוקה גופנית מיידית".⁶⁰ לגופם של דברים דחה בית המשפט את שתי העתירות בקובעו שהזכות לבריאות לא כוללת את הזכות להיכלל במנגנון הבריאות הממלכתי או את הזכות למימון ציבורי של תרופות חדשות עבור אוכלוסיות נזקקות, בהתאמה. נמצא, אם כן, שהזכות היא אפקטיבית יותר כאשר היא נתמכת בעקרונות משפטיים חיצוניים (אפליה, פרטיות, אוטונומיה).

כדי להשלים את הטיעון המרכזי לא די להצביע על כך שהשיח סביב הזכות לבריאות לא מקדם באופן משמעותי את הצדק החלוקתי בתחום זה. יש להראות כי הוא עלול להביא להרחבת פערים. אפשר שאין זה מקרי שמאמרו של אייל גרוס בקובץ זה, הדין בזכות לבריאות,⁶¹ מעלה בצורה הישירה ביותר את הסכנה שמודעות גוברת לשיח הזכויות החברתיות תביא דווקא להרחבת הפערים ולחיזוק הקשר בין מעמד כלכלי לבין מצב בריאותי. שאלת הנגישות לזכות רלוונטית במיוחד בתחום הבריאות, כנראה בשל היותו המורכב ביותר מבין התחומים שבמוקד הזכויות החברתיות. מסקנה זו נובעת משילוב של כמה גורמים: ראשית, הקשר הישיר בין בריאות לבין הזכות הגרעינית לחיים אינו מובהק כל כך בזכויות כגון דיור וחינוך, למשל; שנית, ההתפתחויות הטכנולוגיות והשקעת המשאבים הנלווית אליהן הן לאין ערוך ניכרות יותר; שלישית (ובאופן שאינו בלתי-קשור), תחום הבריאות חשוף הרבה יותר לתופעות ולמדיניות רחבות היקף כגון

56 Brems (לעיל, הערה 36) בעמ' 149; *Sentges v. the Netherlands* ECHR 8 July 2003.

57 בג"ץ 3071/05 לוזון נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 28.7.2008).

58 בג"ץ 494/03 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר האוצר, פ"ד נט(3) 322.

59 בג"ץ לוזון (לעיל, הערה 57) פסקה 9 לפסק דינה של הנשיאה.

60 בג"ץ רופאים לזכויות אדם (לעיל, הערה 58) בעמ' 334; בג"ץ לוזון (לעיל, הערה 57) פסקה 10, 14.

61 Gross (לעיל, הערה 12) בעמ' 289.

גלובליזציה והפרטה. אכן, כבר בפתח דבריו העיר גרוס שהמבנה הייחודי של מערכת הבריאות ושל שיח הזכויות המבקש להביא למיזוג בין אינטרסים פרטיים וציבוריים עשוי להעניק הגנה יתרה דווקא לאינטרסים פרטיים ולהביא להרחבה של פערי אי-השוויון.⁶²

דוגמה לתרומה זו של מערכת המשפט להרחבת הפערים נמצאת בהחלטתו של בית המשפט העליון של קנדה לבטל את החקיקה של מדינת קוויבק, ששללה את האפשרות של תושבי המחוז לרכוש לעצמם ביטוח רפואי פרטי ל"מקרים רפואיים חיוניים".⁶³ דעת המיעוט באותו מקרה הזהירה שהחלטת בית המשפט, המבוססת לכאורה על הזכות לבריאות, תוביל למעשה ליצירה של מערכת רפואית מדורגת (two-tiered system), שבה תהיה ליכולת התשלום השפעה מכרעת על נגישות לשירותי רפואה (כמו האפשרות לקצר זמני המתנה לניתוח) ועל איכות הטיפול הרפואי, באופן שיוביל לפגיעה בשירות שמקבלים אלה שאין בידם לשלם עבורו. בית המשפט הדגיש את האינטרס הסביר של אדם לקצר את תקופת ההמתנה לניתוח, אולם הפרדיגמה האינדיבידואליסטית מובילה לתוצאה המאפשרת רק למעטים שהפרוטה בכיסם לממש אינטרס זה.⁶⁴

ההשלכות של מערכת מרובדת על נגישות לשירותי בריאות מתחדדות לאור ממצאים המלמדים שבני המעמדות הנמוכים חולים ונזקקים לטיפול רפואי בשכיחות גבוהה יותר.⁶⁵ זאת ועוד: בסדרת מחקרים שנערכו בבריטניה נמצא כי הסיכויים של בני מעמד הביניים לקבל ניתוח מעקפים היו גבוהים ב-40% מאלה של בני המעמדות הנמוכים, אף שהתמותה בקרב המעמדות הנמוכים ממחלות לב גבוהה יותר. מסקנות דומות נתגלו לגבי ניתוחים להחלפת ירך ולטיפול בסרטן. ההסבר שניתן לתופעה זו מתקשר לדין לעיל: העשירים יודעים לגשת לרופא במהירות רבה יותר כשהם חושדים שמהו אינו כשורה, מבטאים את עצמם באופן בהיר וברור, יודעים לדרוש טיפול ויכולים לפנות זמן ממקום העבודה ביתר קלות ולהגיע גם לבתי חולים מרוחקים, אם הדבר נדרש.⁶⁶ שרון אסיסקוביץ ניתח את ההשלכות של "סחף" מהמגזר הציבורי למגזר הפרטי באופן התואם את הניתוח לעיל. לדבריו, בהינתן התחרות בין המגזר הציבורי למגזר הפרטי על משאבים כגון כסף, כוח אדם ותשתיות, ובהינתן העובדה שהמגזר הפרטי משרת בעיקר את צרכיהן של השכבות החזקות, יכולת ההישרדות של מגזר ציבורי ראוי מתערערת.⁶⁷

62 שם, בעמ' 292; ראו גם: דני פילק, "השפעת המשפט על מסחורם של שירותי הבריאות בישראל", מעשי משפט ב (תשס"ט) 167, בעמ' 176.

63 *Chaoulli v. Quebec (A-G)* [2005] 1 SCR 791.

64 Gross (לעיל, הערה 12); Macklem (לעיל, הערה 25), בעמ' 240.

65 שם, בעמ' 306.

66 Brian Barry, *Why Social Justice Matters* (2005).

67 שרון אסיסקוביץ, "אזרחות וממדים של נגישות למערכת הבריאות בישראל – בעקבות חוק ביטוח בריאות ממלכתי", נגישות לצדק חברתי בישראל (מימי איינשטדט וג'וני גל עורכים, תשס"ט) 135.

מעבר לכך, גרוס מדגיש בצדק רב שהזכות לבריאות חייבת לכלול התייחסות לא רק לשירותי בריאות אלא גם לבריאות עצמה, ומכאן – לגורמים העשויים להשפיע על תחלואה כגון תנאי תברואה, זיהום ורפואה מונעת. ואכן, מחקרים מצביעים על הרחבה משמעותית של הפערים בין תוחלת החיים בעשירון העליון לבין תוחלת החיים בעשירון התחתון במדינות מפותחות.⁶⁸

ג. חופש העיסוק

גיא סטנדינג הכריז שהמאה העשרים היא "המאה של האדם העובד": מתביעה לזכויות במקום העבודה בתחילת המאה, לדרישה לתעסוקה מלאה באמצע המאה ועד להטלת חובה לעבוד דרך תכניות רווחה לעבודה, על צורותיהן השונות, לקראת סוף המאה.⁶⁹ אין זה המקום לבחון אם ההצהרה מבקשת להוכיח יותר מדי בניתוח התהליך ההיסטורי, אבל היא מזכירה עד כמה מרכזית העבודה בחיינו כמקור מרכזי להכנסה, מצד אחד, וכמסגרת לסיפוק עצמי וביטוי עצמי – ולחלופין: כמנגנון המאפשר דיכוי ויוצר תסכול מתמשך – מצד אחר.⁷⁰

כמו כן, האבחנה של סטנדינג מזכירה שהמונח האנגלו-אמריקני – "הזכות לעבוד" – עשוי לעטות תכנים משתנים עם חלוף הזמן. בה במידה, גם המונח המקביל בשיח המשפטי הישראלי – "חופש העיסוק" – מחייב פרשנות. ניתן להציע ארבע פרשנויות כאמור, משמאל לימין של הרצף האידאולוגי החברתי-כלכלי.⁷¹ בקצה השמאלי חופש העיסוק עשוי להתפרש כ"זכות לעבוד" (right to work) ובתור שכזה לחייב את המדינה (או את המעביד במגזר הפרטי) לספק עבודה במקום ובזמן שהאבטלה מקשה על השגת עבודה בשוק החופשי. שנית, חופש העיסוק עשוי לגרור זכויות קונקרטיות במקום העבודה (rights at work) ובכלל זה זכות לשכר הוגן, לתנאי עבודה הולמים ולאפשרות להתארגן.⁷² שלישית, חופש העיסוק יכול לקבל ביטוי של חופש כפשוטו. ככזה, המדינה חייבת להימנע מלהגביל את האפשרות של האדם לעסוק בתחומים מסוימים, כראות

68 Barry (לעיל, הערה 66); UNDP *Human Development Report 2005 – Summary* (New York, UNDP) http://hdr.undp.org/en/media/hdr05_summary.pdf. ניתן לצפייה באתר Leonard Doyle, "American inequality highlighted by (15.8.2008); (15.8.2008)"; "30-year gap in life expectancy", *The Independent* (17 July 2008) <http://www.independent.co.uk/news/world/americas/american-unequality-highlighted-by-30year-gap-in-life-expectancy-869736.html>. (נצפה לאחרונה ביום 15.8.2008).

69 Guy Standing, *Global Labour Flexibility* (1999) p. 337.
70 Guy Mundlak, "The Right to Work – The Value of Work", *Exploring Social Rights* 341, p. 342.

71 ראו גם: גרוס (לעיל, הערה 34).

72 ראו: ע"ע (ארצי) 359/99 לויין – רשות השידור, פד"ע לו 400; ע"ק (ארצי) 1003/01 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – אי.סי.איי טלקום בע"מ, פד"ע לו 289.

עיניו; פסק הדין מראשית ימי המדינה – בג"ץ בז'רנו⁷³ – אימץ גישה כזו. לסיום, בקצה הימני של המפה החברתית-כלכלית, אפשר להבין את חופש העיסוק כזכותם של יזמים ועצמאים בשוק החופשי לפעול בסביבה של רגולציה מינימלית.

באופן מעט מפתיע, חופש העיסוק קיבל בארצות המערב, ובכלל זה בישראל, פרשנות העומדת בין הגישה השלישית לרביעית.⁷⁴ פרשנות זו נגזרת מתפיסה של שוק חופשי ושל הימנעות ככל שניתן מהסדרת הקשרים בין מעסיקים פוטנציאליים למועסקים פוטנציאליים. הגישה הרביעית קיבלה ביטוי ברור בדברי הנשיא ברק, שלפיהם "חופש העיסוק אינו הזכות להיות מועסק, אינו הזכות לעבוד ואינו הזכות שלא להיות מפוטר מעבודה. חופש העיסוק הוא החופש להעסיק או שלא להעסיק [...] בבסיס חופש העיסוק מונחת התחרות החופשית בין פרטים".⁷⁵

הגישה השלישית קיבלה ביטוי במקרים שבהם הביאה פעולת המדינה להכבדה ניכרת על יכולתו של אדם למכור את כוח עבודתו לאחרים, לעתים עד כדי מניעה של אפשרות זו כליל. הנשיא לשעבר ברק קבע כי "חופש העיסוק הוא החופש של הפרט לעסוק (או לא לעסוק) במשלח-יד הנראה לו ראוי. הוא במהותו זכות 'הגנתית', הפועלת כרגיל, כנגד פגיעה בה על-ידי הרשות השלטונית. חופש העיסוק אינו מעניק, כרגיל, זכות 'אקטיבית' לפעולה מטעם הרשות השלטונית".⁷⁶ עמדה זו תואמת את טענתו של מונדלק שלפיה ההיבט ה"כלכלי" של הזכות – ולא ה"חברתי" שלה – הוא המודגש. היבט זה בא לידי ביטוי לא רק בהבניה של המונח "זכות" אלא גם בזו של המונח "עבודה", שכן חשיבותה של זו האחרונה טמונה בערכה הכלכלי לחברה ולא בתמורה שמבצעה מפיקים ממנה.⁷⁷

בדומה, בית משפט העליון בקנדה פירש את חופש העיסוק ככזה שלא כולל את הזכות לנהל משא ומתן קיבוצי או לשבות.⁷⁸ מסיבה זו, עבודה שאינה בשכר (התנדבות, חינוך הילדים, סיעוד הקשישים במשפחה) אינה נתפסת כ"עבודה".⁷⁹ יש לשים לב שהדגש הניתן לתמורה הכלכלית המופקת על ידי המדינה או התאגיד – ולא לתמורה הכלכלית של מבצעי העבודה – מקנה לגיטימציה לדרוש מאדם לעבוד כתנאי לקבלת

73 בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80.

74 גרוס (לעיל, הערה 34); דב"ע נז/44-4 חיפה כימיקלים בע"מ – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע ל 216.

75 אהרן ברק, "החוקה הכלכלית של ישראל", משפט וממשל ד (תשנ"ח) 357, בעמ' 369.

76 בג"ץ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נג(4) 673, בעמ' 692; להרחבה ראו: גרוס (לעיל, הערה 34); גיא דוידוב "הזכות לעבוד כזכות קהילתית ואישית והפוטנציאל החוקתי שלה", זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל (לעיל, הערה 46) 533.

77 Mundlak (לעיל, הערה 70) בעמ' 344.

78 Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.), [1987] 1 S.C.R. 313

Macklem (לעיל, הערה 25) בעמ' 234.

79 Mundlak (לעיל, הערה 70) בעמ' 351-352; Ziv (לעיל, הערה 4) בעמ' 372.

גמלאות מטעם המוסד לביטוח לאומי, גם כשברור שעבודה אינה מחלצת מעוני. ⁸⁰ כך, למעשה, נהפכת הזכות לעבוד לחובה לעבוד. ⁸¹ מכאן מובן גם כי אף שהמערכת המשפטית מגנה מפני אפליה שרירותית על רקע דת, גזע, מין, נטייה מינית וכו', היא אינה מתיימרת להבטיח שוויון בחלוקת ההכנסות. נקודה זו חשובה במיוחד לאור העובדה שפערי שכר בלתי-סבירים בשוק העבודה הולכים ומתעצמים ומהווים סיבה מרכזית להתרחבות אי-השוויון בחברה בכללותה. ⁸²

לפי מונדלק, בכך מתמלאת הזכות לעבוד בתוכן בעייתי, בלשון המעטה, שכן מדובר ב"זכות להיות מנוצל", להיות כפוף למערכת היררכית ולציית להוראות המעסיק המונע משיקולי רווח והפסד. ⁸³ על פני הדברים, ניתן היה לומר שהזכות לעבוד אמורה למנוע מהרשות מלהתערב בתעסוקה שנטל על עצמו אדם בהסכמה "חופשית"; ברם מן המפורסמות היא ש"הסכמה חופשית" לא מכשירה תצורות עבודה לא לגיטימיות. כך, אדם לא יכול למכור את עצמו לעבדות, והגבלה על עיסוק בזנות נתפסת בעיני רבים כמוצדקת, בין השאר מטעמים פטרנליסטיים. אפשר שהאיסור לשמש כדור אנושי, הנזרק על ידי קהל צוהל במועדון, הוא הרחבה מתבקשת של עיקרון זה. ⁸⁴ עם זאת, אין לצפות שהעיקרון יורחב הרבה מעבר לפרקטיקות צורמות במיוחד. העיסוקים המלוכלכים, המשפילים והמסוכנים (Dirty, Dangerous and Demeaning) שציין מונדלק – ניקוי דם במפעלי בשר, עבודה עם חומרים כימיים במפעלי יזע, טיהור שדות מוקשים או טיפול סיעודי המתבצע על ידי נשים שעזבו את משפחותיהן ונסעו אלפי קילומטרים למטרה זו – כל אלו ימשיכו להיחשב עבודה שניטלה מתוך רצון חופשי והסכמה מלאה, ועל כן חסינה מהתערבות משמעותית על ידי המדינה. חסינות זו משמרת כמובן את יחסי הכוח בין הצדדים ומאפשרת למעביד, שהוא לרוב הצד החזק במשוואה, לתרגם את כוחו הכלכלי לתביעות קונקרטיות.

עם זאת, חשוב לומר שניתוח זה מאפיין ביתר שאת עובדים בשוק העבודה השניוני והוא רלוונטי פחות לעובדים במרום שוק העבודה הראשוני. ⁸⁵ במילים אחרות, ראייה

80 לפי דו"ח המוסד לביטוח לאומי, שיעור העוני בקרב משפחות עובדות עומד על יותר מ-46%: המוסד לביטוח לאומי ממדי העוני והפערים בהכנסות 2006/7 – ממצאים עקריים (2008).

81 Mundlak (לעיל, הערה 70) בעמ' 359-358; Paz-Fuchs (לעיל, הערה 6) בעמ' 181-194.

82 Rittich (לעיל, הערה 8) בעמ' 121-118; Polly Toynbee and David Walker, *Unjust*; Rewards: Exposing Greed and Inequality in Britain Today (2008).

83 Mundlak (לעיל, הערה 70) בעמ' 345.

84 ראו: האיסור על "הטלת גמדים" במסבאות בצרפת; *Wackenheim v. France* (Case No. 854/1999), UN Doc CCPR/C/75/D/854/1999 (2002).

85 מנחם יערי, המלצות להמשך הפעלת תוכנית השילוב של מקבלי גמלאות קיום במעגל העבודה (האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים, ירושלים, 2007) בעמ' 121; בנק ישראל, דוח שנתי (תשנ"ו) 188; יוסי תמיר וזהר נוימן מסוגלות תעסוקתית וקיטוב בשוק התעסוקה

פחות הומוגנית של שוק העבודה עשויה להביאנו למסקנה שפרשנות זו עשויה גם לשרת עובדים בעלי כוח מיקוח ניכר ברצותם להתנער ממחויבויות שנטלו על עצמם כלפי מעסיקים.⁸⁶ אם כן, חופש העיסוק מבטא אינטרס של מעסיקים ושל עובדים בעלי כוח מיקוח ניכר ולא את זה של העובדים החלשים במשק.⁸⁷

פרשנותו של בית המשפט לחופש העיסוק לא רק שאינה תורמת להגנה על האינטרסים של העובדים הזקוקים לסיוע – אפשר שבמקרים רבים היא אף מזיקה להם. כך ציין הנשיא לשעבר ברק כי חוק המטיל חובה להעסיק (למשל: אנשים עם מוגבלות) פוגע בחופש העיסוק.⁸⁸ באופן דומה, בתי המשפט בישראל⁸⁹ ובעולם⁹⁰ קבעו שהפרקטיקה של "מפעל סגור", המחייבת (דרך ההסכם הקיבוצי) להעסיק רק חברים בארגון עובדים, פסולה בהיותה פוגעת בחופש העיסוק ובזכות לא להתאגד. אף שההצדקה לפרקטיקה זו (של מפעל סגור) אינה פשוטה כלל ועיקר, מובן כי פסיקה זו פוגעת במידה ניכרת בכוחם של ארגוני עובדים ומקדמת תפיסה אינדיבידואליסטית של יחסי עבודה.

כמו כן, בית המשפט העליון בישראל קבע כי חוק שיש בו כדי להגביל את חברות הביטוח מפעולה בתחום הפנסיוני יש בו משום פגיעה ניכרת בחופש העיסוק של התאגידים.⁹¹ דעת המיעוט אף קבעה שיש לפסול את החוק, אך דעת הרוב קבעה שעל אף הפגיעה האמורה החוק עומד בתנאי של פסקת ההגבלה שבחוק היסוד. בעניין מנהלי ההשקעות⁹² ביטל לראשונה בית משפט הוראת חוק של הכנסת שהגבילה במידה העולה על הנדרש את חופש העיסוק של מי שעסקו בניהול תיקי השקעות. כפי שציין אייל גרוס, בשני המקרים הללו התייחס בית המשפט בחשדנות לניסיון של המחוקק להגן על השקעותיהם של שכירים רבים במסגרת פנסיונית או במסגרת תיקי ההשקעות שלהם.⁹³

מאמרו של מונדלק בקובץ זה עוסק גם במשמעויות המגדריות של הפרשנות שניתנה לזכות לעבוד. אכן, השילוב בין היבטים מעמדיים להיבטים מגדריים ליווה את הדיון

(קבוצת המחקר במדיניות חברתית, בית הספר לעבודה סוציאלית, האוניברסיטה העברית, תשס"ח).

86 כך לעניין ביטול תניות הגבלת עיסוק, ראו: ע"א 6601/96 AES System Inc. נ' סער, פ"ד נד(3) 850; ע"ע (ארצי) 164/99 פרומר – רדגארד בע"מ, פד"ע לד 294.

87 אנדרי מרמור, "ביקורת שיפוטית בישראל", משפט וממשל ד (תשנ"ז) 133.

88 אהרן ברק, "חוק יסוד: חופש העיסוק", משפט וממשל ב (תשנ"ד) 195.

89 דב"ע נב/4-12 ההסתדרות הכללית – צים, פד"ע כו 3.

90 R. v. Advance Cutting and Coring Ltd [2001] 3 SCR 209 (Canada); Complaint 12/2002 Confederation of Swedish Enterprise v. Sweden (ECSR 15 May, 2003);

Young, James & Webster v. The United Kingdom [1983] IRLR, ECtHR.

91 בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441.

92 בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367.

93 גרוס (לעיל, הערה 34).

המעניין שהתעורר לאחרונה סביב הדרישה להכיר לצורכי מס בהוצאות עבור תשלום למטפלת. דרישה זו התקבלה על דעתו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב⁹⁴ וזכתה להסכמתו של בית המשפט העליון.⁹⁵ הסוגיה רלוונטית לענייננו בשל העובדה שהתובעת זכתה לייצוג של נעמ"ת ושדולת הנשים בישראל, ובעיקר בשל העובדה שבתי המשפט הסתמכו בפסיקתם על שיח הזכויות החברתיות ככלל ועל הזכות להגשמה עצמית הבאה לידי ביטוי בזכות לעבוד (או "חופש העיסוק") בפרט.⁹⁶

אלא, שבהיותו הוצאה מוכרת, ייטיב הסדר זה רק עם משפחות הנמצאות בשני העשירונים העליונים ומשלמות מס בשיעור גבוה. זאת ועוד: מדיניות זו נראית אפקטיבית בצורה מוגבלת בלבד אם בכוונתה לעודד נשים לצאת לשוק העבודה, שכן אשה העומדת בפני האפשרות לצאת לעבוד ולהרוויח שכר מינימום כלל לא תיהנה מההסדר. זאת, בניגוד להסדרים אלטרנטיביים דוגמת מנגנון נקודות הזיכוי הקיים (שאפשר להופכו לנדיב יותר) או סבסוד של מעונות יום, הצפויים לשרת קודם כל את המשתכרות שכר נמוך.⁹⁷ יתר על כן: עלותו העצומה של הסדר זה (כשלושה מיליארד ש"ח לשנה, לפי הערכה של רשות המסים)⁹⁸ עשויה להקשות על היישום והשמירה של ההסדרים החלופיים.

ד. הזכות לדיור ולמגורים

לאור העניין הגובר והולך בשנים האחרונות בהיבטים שונים של הזכות לדיור ולמגורים יש להצר על כך שלא הוקדש לה (ולזכות לביטחון סוציאלי, הנדונה להלן) פרק ייעודי בספר המקיף נשוא סקירה זו. עם זאת, יש לציין שכותבים שונים התייחסו להשפעה של זכות זו על מדיניות ממשלתית, במסגרת סקירה של מדינות מסוימות⁹⁹ או במסגרת ניתוח מוסדות אזוריים ובינלאומיים.¹⁰⁰ כך אנו למדים שהזכות לדיור הובילה

94 עניין ורד פרי (לעיל, הערה 32).

95 עניין פקיד השומה (לעיל, הערה 32).

96 שם, פסקה י"א לפסק דינו של השופט רובינשטיין; עניין ורד פרי (לעיל, הערה 32) פרק הדין.

97 מחלקת המחקר והמידע של הכנסת, הכרה בהוצאות טיפול בילדים כהוצאה מוכרת למס הכנסה (הכנסת, 9.8.2004).

98 מירב ארלוזורוב "רשות המסים: עלות ההכרה בהוצאות על טיפול בילדים – כ-10 מיליארד ש"ח" דה-מרקר (8 באפריל 2008). ההערכה של 10 מיליארד ש"ח, המופיעה בכותרת הכתבה, כוללת את האפשרות לתבוע הכרה בהוצאות מטפלת עבור שבע השנים האחרונות.

<http://www.themarker.com/tmc/article.jhtml?log>

.=tag&ElementId=skira20080408_972727

99 Davis (לעיל, הערה 7); "Social Rights Litigation in India: Developments of the Last Decade", *Exploring Social Rights* 171

Shany (לעיל, הערה 4) בעמ' 84, 86, 93; Brems (לעיל, הערה 36) בעמ' 150-153.

את בית המשפט החוקתי של הודו¹⁰¹ ואת זה של דרום-אפריקה¹⁰² להגן על חסרי הבית מפני פינוי ואף לדרוש מהמשלה להוציא לפועל מדיניות שתביא להקטנת התופעה. יתר על כן: יובל שני מצביע על כך שמוסדות אזוריים ובין-לאומיים ציוו גם על מדינות מתועשות החברות ב-OECD לדאוג לצרכים של אוכלוסיות מודרות, החיות במחנות אוהלים ארעיים, בשם הזכות לדיור.¹⁰³ לכאורה, אם כן, זכות חברתית חשובה זו מגשימה את יעדיה ומשפיעה על מדיניות באופן שמקדם הגנה על הקבוצות החלשות ביותר באוכלוסייה.

בכל זאת, בחינה מדוקדקת יותר של הפסיקה לאור האמור לעיל עשויה להוביל למסקנה מסויגת מעט יותר. פסקי הדין ההודיים החשובים בעניין *Olga Tellis*¹⁰⁴ ובעניין *Ahmedabad*,¹⁰⁵ למשל, שביטלו החלטה לפנות מחוסרי דיור ממדרכות בומביי ו"להחזירם" ליישובים שמהם הגיעו, הסתמכו במידה לא מבוטלת על הזכות לחיים בשל אפשרויות הקיום המוגבלות בכפרים. הדאגה לצרכים הבסיסיים של אוכלוסייה הנמצאת בסיכון גבוה לא הורחבה למקרים שבהם הצורך בסיוע הוא קיומי ומייד פחות.

ברומה לפרשנות הנהוגה באשר לזכות לעבוד, גם הזכות לדיור ולמגורים זוכה כמעט באופן בלעדי לפרשנות המקנה לה משמעות "שלילית" – כהגנה מפני פעולה של השלטון.¹⁰⁶ לזכות לדיור עוצמה הולכת ופוחתת כעיקרון מניע לסיוע אפקטיבי של הרשויות לאוכלוסיות שפתרונות הדיור שלהן אינם מספקים. כך, בישראל, אנו חוזים ב"גוויעת הדיור הציבורי"¹⁰⁷ ולמעשה בהפסקה של מימון תכניות כגון פרויקט שיקום שכונות.¹⁰⁸

Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation (1985) 3 SCC 545 (India); *Ahmedabad Municipal Corporation v. Nawab Khan* (1997) 11 SCC 121 (India)

Government of the Rep. of South Africa v. Grootboom (2001) 11 BCLR 1169 (CC) 102 (South Africa).

103 כך קבעה ועדת האו"ם לעניין זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות לגבי החובה של אירלנד וכך קבעה הוועדה האירופית לעניין זכויות חברתיות בתביעה של בני ובנות הרומא ששהו ביוון. ראו UNESCO, "Conclusions and Recommendations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Ireland" (5 June 2002) UN Doc E/C.12/I/Add.77 para 32-33; Complaint 15/2003 *European Roma Rights Centre v. Greece* (ECSR, 8 December 2004) Shany; *Greece* (ECSR, 8 December 2004) בעמ' 84, 93.

104 *Olga Tellis* (לעיל, הערה 101).

105 *Ahmedabad Municipal Corporation v. Nawab Khan* (לעיל, הערה 101).

106 *Brems* (לעיל, הערה 36) בעמ' 152.

107 אמילי סילברמן, "גוויעת הדיור הציבורי בישראל", ידיעות אחרונות, (14.10.2007), ניתן לצפייה באתר: <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3459237,00.html> (נצפה לאחרונה ביום 15.8.2008); ראו גם: גיא ליברמן, "יעקב ברוש, מנכ"ל עמידר: מדינת ישראל רוצה להפטר מהדיור הציבורי", דה-מרקר, (26.6.2009) ניתן לצפייה באתר http://www.themarket.com/tmc/article.jhtml?ElementId=skira20090626_1095703 (נצפה לאחרונה ביום 26.6.2009).

108 עמי צדיק, "פרויקט שיקום שכונות – תמונת מצב" (מחלקת המחקר והמידע של הכנסת, 2006).

יתר על כן: ככל שהדבר נוגע לאוכלוסיות מודרות, גם ההיבט ה"הגנתי" של הזכות לדיוור מוגבל למדי. כך, במסגרת האיזונים שביצע בית המשפט הישראלי הוא נמנע באופן מוחלט מהתערבות בהחלטות להרוס בתים של משפחות מחבלים שביצעו פעולות טרור.¹⁰⁹ אף שסיטואציה זו ייחודית במידה רבה למציאות המשפטית בישראל, יש לציין שגם בתי משפט אחרים מקנים לזכות לדיוור הגנה אפקטיבית בעיקר כשהאיום עליה כרוך באיום על רבדים אחרים בחייו של אדם, כמו זכותו לחיי משפחה וזכותו לפרטיות.¹¹⁰ פרשנות זו באה לידי ביטוי גם בפסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם בעניין *Marzari*.¹¹¹ במקרה זה דחה בית הדין תביעה של אדם שדרש שרשויות איטליה יימנעו מלסלקו מביתו. מרכיב חשוב בתביעה הייתה העובדה שהעותר סבל ממוגבלות נדירה שחייבה אותו לעצב את הדירה באופן שיתאים לצרכי הייחודיים – אך הנה, השילוב של הפגיעה בזכות לבריאות ובזכות לדיוור לא היו בעיני בית הדין טעם מספיק לביטול הפקעת הנכס.

כך הם פני הדברים ככל שהדבר נוגע לצרכים של אוכלוסיות מוחלשות בהגנת הזכות לדיוור. שונים פני הדברים בבואנו לבחון את היכולת של אוכלוסיות חזקות למקסם את העוצמה של זכות זו באופן שמדיר אוכלוסיות חלשות יותר ומרחיב את המופעים הפיזיים של הפערים החברתיים והכלכליים.

כך, ניתן לומר שאחת התופעות המדאיגות במדיניות התכנון והדיוור בישראל נוגעת לשימוש הציני בעיקרון שלפיו לאדם זכות לבחור את מאפייני מגוריו,¹¹² כדי לטעון בזכות יכולתן של השכבות המבוססות להשתלט על שטחים ציבוריים ולסגור אותם בפני "אחרים" באופן שחוקיותו מוטלת בספק.¹¹³ בשנת 2004 קיבלה מועצת מנהל מקרקעי ישראל את החלטה מס' 1015, המאפשרת ליישוב קהילתי קטן (עד 500 בתים) להקים ועדת קבלה שבכוחה לסנן את המבקשים לקנות בית ביישוב בשל "אי-התאמה חברתית". עם הזמן התברר כי קריטריון זה הוביל "לריכוזה של אוכלוסייה בעלת מאפיינים חברתיים-כלכליים גבוהים במיוחד [...] מנגנון זה בעייתי במיוחד מכיוון שהישובים

109 גרוס (לעיל, הערה 34); דוד קרצ'מר, "ביקורת בג"צ על הריסתם ואטימתם של בתים בשטחים", ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (יצחק זמיר עורך, תשנ"ג) 305 Dan ; Simon, "The Demolition of Homes in the Israeli Occupied Territories", 19 *Yale Journal of International Law* (1994) 1
110 *Akdivar v. Turkey* ECHR 1996-III 1192; *Marzari v. Italy* (1999) 28 EHRR CD 175 (להלן – עניין Marzari).

111 עניין Marzari, שם.

112 אמנם בהקשרים המתוארים להלן אין ציון מפורש של "הזכות לדיוור", שכן מינוח זה מיוחס בעיקר לאינטרסים של עניים ומחוסרי בית; עם זאת, ההקשר הכולל, הפיזי והקהילתי, דומה למדי ומחייב בחינה תחת מסגרת מושגית אחת.

113 אמנון להבי, "קהילות מגורים חדשות בישראל – בין הפרטה להפרדה", דין ודברים ב (תשס"ו) 63; בג"ץ 9554/01 כדן נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו); בג"ץ 5601/00 דוירי נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו).

הקהילתיים יושבים על אדמות מדינה, ואף-על-פי-כן אינם מאפשרים נגישות שווה אליה לכל האזרחים.¹¹⁴ אכן, הדרך ליצירת יישובים יוקרתיים (exclusive) עוברת דרך הדרה (exclusion) של ה"אחר", העני, האם החד-הורית, הנכה והערבי.¹¹⁵ יתר על כן, בשנים האחרונות שועתקה פרקטיקה זו למרכזי הערים תוך יצירת "קהילות סגורות" (gated communities). בקהילות אלו אפשר למנות את גבעת אנדרומדה ביפו, צמרות בהרצליה, סביוני רמת אביב וסי אנד סאן בתל-אביב, נאות גולף בקיסריה, כפר הים בגבעת אולגה ומגדלי שרביב בחיפה. שכונות אלו משווקות כיודעין "שכונה פרטית", "מתחם פרטי", "עיר בתוך עיר" וכו'.¹¹⁶ חומות משסעות את המרחב העירוני ויוצרות שכונות המיועדות לאלפיון העליון, תוך השתלטות על שטחים ציבוריים. ה"פרישה של המצליחים" (secession of the successful) מחלישה את התשתית הכלכלית, התקציבית והאזרחית בערים וביישובים הכפריים הוותיקים. תופעה זו מרדדת את "האמנה החברתית" לתפיסה חוזית של "דבר תמורת דבר" (quid pro quo), שכן התושבים האמידים מבקשים לקבל בדיוק את השירות עבורו הם משלמים ומסרבים לשלם עבור שירות ממנו הם לא נהנים (למשל: סלילת כבישים בשכונות אחרות בעיר).¹¹⁷

ה. הזכות לחינוך

ההשלכות של הזכות לחינוך, בישראל ובכלל, רחוקות מלהיות חד-משמעיות מנקודת מבט חברתית כוללת. סיבות אפשריות לייחוד של הזכות לחינוך בהשוואה לזכויות חברתיות אחרות קשורות בחוסר האפשרות להפריד בין היבטים מימוניים, היבטים תוכניים של תכנית הלימודים, וסביבה חברתית ותרבותית במסגרת הלימודים; ההיבטים הפטרנליסטיים הכרוכים בזכות; והאינטרסים של ההורים, מחד גיסא, ושל המדינה, מאידך גיסא, שהילדים יקבלו חינוך ראוי ההולם את תפיסת עולמם.¹¹⁸

114 אורן יפתחאל, "בינוי אומה וחלוקת המרחב ב'אתנוקרטיה הישראלית': התיישבות, קרקעות ופערים עדתיים", עיוני משפט כא(3) (תשנ"ח) 637, בעמ' 652.

115 ישי בלנק, "ממלכתיות מבוזרת: שלטון מקומי, היפרדות ואי-שוויון בחינוך הציבורי", עיוני משפט כח (תשס"ד) 347, בעמ' 371; חיים יעקובי וארו צפדיה, "על גיבוש זהות טריטוריאליה – לאומיות ומרחב בקרב מהגרים בלוד", תיאוריה וביקורת 24 (תשס"ד) 45; ארו צפדיה, "במסווה הפרטה וקהילתיות – עמדה ביקורתית כלפי שיח ליברלי בנושא קהילות מגורים חדשות בישראל", דין ודברים ב (תשס"ו) 141; עתירה בנושא תלויה ועומדת: בג"ץ 3552/08 קמפלר נ' מינהל מקרקעי ישראל.

116 להבי (לעיל, הערה 113) בעמ' 100-101.

117 Gillette (לעיל, הערה 28).

118 בלנק (לעיל, הערה 113) בעמ' 363-364; וכן: Yoram Rabin, "The Many Faces of the Right to Education", *Exploring Social Rights* 265, pp. 265-266.

עם זאת, ניתן לראות התייחסות התואמת במידה לא מבוטלת את המסגרת התאורטית שפורטה לעיל. בפרשת ית"ד¹¹⁹ קבעה השופטת דורנר שהזכות לחינוך מחייבת לקבל את תביעתם של ילדים הלוקים בתסמונת דאון למימון ציבורי כדי לאפשר את שילובם במסגרות ממלכתיות ולא להסתפק במסגרת "ייחודיות". אף שחשיבותו של עניין ית"ד אינה ניתנת לערעור, יש לציין שיותר משעסק פסק הדין בזכות לחינוך כפשוטה, הוא שלל את הפגיעה ב"לב ליבו של השוויון המהותי"¹²⁰, כדברי השופטת דורנר. בדומה, בית המשפט מאתר פגיעה בזכות לחינוך כאשר קיימת הפליה על רקע השתייכות קבוצתית. לעומת זאת, הבחנה בין תלמידים נעשית על רקע תקציבי.¹²¹ תובנה זו עשויה להסביר מדוע השופט אור – שסירב לראות את הזכות לחינוך כזכות חוקתית בעניין שוחרי גיל"ת¹²² – לא התקשה להסכים עם פסק הדין בעניין ית"ד. למעשה, הוא אף לא הזכיר את הזכות לחינוך במסגרת פסק דינו.

והנה, אף שהזכות לחינוך אינה בהכרח בת משמעות אפקטיבית עבור אוכלוסיות מוחלשות, שונים פני הדברים עבור בעלי אמצעים. כך, הזכות לחינוך יכולה, בקלות יחסית, להיתפס כזכות לבחור מוסד חינוכי.¹²³ אלא שהזכות לבחור מהווה מרכיב מכונן בתפיסה הליברטריאנית של שוק חופשי ומשרתת בעיקר את אלו שיש בידם את האמצעים "לבחור". לפי פרשנות זו מדובר בזכות מסוג חירות, המטילה על המדינה חובה להימנע מהתערבות ברצונם של אזרחים (במקרה זה – הורים) להקים בתי ספר פרטיים כרצונם, לדרוש שכר לימוד ולהכתיב את תוכני הלימוד.¹²⁴

אמנם לעתים הדרישה לבחור בית ספר מונעת על ידי רצון להגן על תרבותה הייחודית של קהילה אתנית או תרבותית ייחודית ומהחשש שתרכות זו תישחק במסגרת החינוך הממלכתי;¹²⁵ אך לא זה המקרה הבעייתי המעסיק אותנו כאן. האיום רחב-ההיקף על מערכת החינוך הממלכתי אינו נובע מקבוצות תרבותיות מוגדרות היטב שמספר החברים בהן מצומצם, אלא מדינמיקה של פרישת התלמידים הטובים ביותר מהמערכת

119 בג"ץ 2599/00 ית"ד - עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834 (להלן – עניין ית"ד).

120 שם, בעמ' 847; אך ראו גם: Rabin (לעיל, הערה 118) בעמ' 282.

121 עניין ית"ד (לעיל, הערה 117) בעמ' 843.

122 בג"ץ 1554/95 עמותת "שוחרי גיל"ת" נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נ(3) 2; ברם, צודקים דפנה ברק-ארו ואייל גרוס בהבחנתם שלפיה הואיל ומוקד הדיון עסק בהחלטה מנהלית לא היה כל צורך להכריע בשאלת חוקתיות הזכות; Barak-Erez and Gross (לעיל, הערה 22).

123 Yoram Rabin (לעיל, הערה 118) בעמ' 273-277.

124 יורם רבין, הזכות לחינוך (תשס"ב); לעניין ההבחנה בין זכויות "חיוביות" ו"שליליות" ראו: מונדלק (לעיל, הערה 5).

125 מקרה מוכר הוא פסק דינו של בית המשפט העליון האמריקני: *Wisconsin v. Yoder* 406 U.S. 205 (1972).

הציבורית, הנתמכת בתפיסה שלפיה "זכותו של אדם לבחור לילדו מוסד חינוכי פרטי, חלופי למסגרת הממלכתית".¹²⁶ כדברי ניר מיכאלי:

ההורים, העמותות והרשתות היזמיות משתמשות בערוץ המשפטי כאשר הן נתקלות בהתנגדויות מצד משרד החינוך או הרשויות המקומיות. בפסיקותיו, נוטה בית המשפט להעדיף את הזכות לחינוך או את חופש העיסוק על סמכויות המדינה ובכך מחליש את יכולתה של המדינה להיאבק כנגד פתיחתן של מסגרות פרטיות. בשלהי כהונתה כשרת חינוך, תקפה פרופ' יולי תמיר את בית המשפט העליון שלדבריה "רואה בחינוך שוק חופשי ומתייחס לפתיחת מוסדות חינוך כמו לפתיחת חנויות מכולת. בגלל בתי המשפט קשה לנו מאוד לסגור מוסדות פרטיים".¹²⁷

אכן, בעניין בית הספר "עתיד" של תנועת הסיינטולוגיה קבע השופט גרוניס כי אין לחלוק על כך שמשרד החינוך החליט בתום לב ולאחר הליך ממושך של מעקב ובדיקה שיש לסגור את בית הספר בשל רמה פדגוגית נמוכה ותכנית לא מספקת. על אף האמור בוטל צו הסגירה משום שלטעמו של בית המשפט לא ניתן משקל ראוי ל"אוטונומיה של ההורים באשר להחלטות הנוגעות לחינוך ילדיהם, ובמקרה זה לגבי חינוכם".¹²⁸ ברוח דומה החליטה השופטת שרה פריש (ביושבה כיו"ר ועדת ערר לפי חוק הפיקוח על בתי הספר) לקבל את הערעור של עמותת הורים להפעיל בית ספר פרטי בחיפה, אף שלא עמד בתנאים שנקבעו בתקנות של משרד החינוך לעניין מספר התלמידים המינימליים בכיתה ובשכבה. בסירובה לקבל את עמדת משרד החינוך קבעה השופטת פריש כי "אין ספק כי להורים ישנה זכות יסוד טבעית להחליט באשר לאופן חינוכם של ילדיהם".¹²⁹

השימוש בזכות כדי להינתק מהחוויה הקולקטיבית וליצור מסגרת אליטיסטית ומדירה רלוונטית במיוחד במקרה של הזכות לחינוך. כדברי ישי בלנק, "איכותו של החינוך נקבעת לא על-פי רמת התשתיות מספר שעות הלימוד ואיכות המורים; לימוד הוא תהליך קולקטיבי ואינטראקטיבי [...] תלמידים אינם רק צורכים חינוך 'איכותי' או 'גרוע'; הם גם מי שעושים אותו טוב יותר או טוב פחות באמצעות השתתפותם".¹³⁰ אכן,

126 בג"ץ 4363/00 ועד פוריה עלית נ' שר החינוך, פ"ד נו(4) 203, בעמ' 221.
127 ניר מיכאלי, "הפרטה במערכת החינוך" גבולות ההפרטה (יצחק גלנור ואמיר פז-פוקס – עורכים, צפוי להתפרסם, תש"ע). מקור הציטוט: אור קשתי, "יולי תמיר: ביהמ"ש העליון עלול לגרום לפירוק מערכת החינוך", הארץ (18.2.2009).
128 עת"מ (ת"א) 1294/01 בית הספר עתיד נ' משרד החינוך (פורסם בנבו) (29.8.2001), פסקה 21.
129 יולי חרומצ'ניקו, "שופטת: על משרד החינוך לתת רישיון לבי"ס פרטי בחיפה", הארץ (17.3.2006).
130 בלנק (לעיל, הערה 115) בעמ' 377.

המחקר מגלה כי המנבא הטוב ביותר לרמת החינוך אינו הכספים המושקעים במערכת או גודל הכיתה אלא איכותם האנושית של החברים לכיתה.¹³¹ מעבר לכך, הפרדות בתחום הדיור והמגורים קשורה באופן הדוק להפרדות בתחום החינוך, שכן האחד מזין את האחר. הפרדות במגורים מבטיחה מימון "עצמי" נדיב יותר על ידי רשות מקומית בעלת נכסים מניבים;¹³² באופן משלים, "הבריחה הלבנה" (white flight) של קבוצות הורים חזקות ממרכזי הערים הוזנה במידה לא מבוטלת מהחשש של הורים מבוססים שילדיהם "חלשים" ייכנסו לבית הספר של ילדיהם. הורים אלו עזבו ליישובים פרבריים וקהילתיים, שעלות המחיייה בהם גבוהה, או שיצרו קהילות סגורות ובתי ספר ייחודיים בתוך הערים הגדולות.¹³³

התמיכה של חלק מהציבור האמריקני בחלוקת "תלושי חינוך" (school vouchers) לוקחת את התפיסה הזו לקצה הלוגי שלה. על פי מדיניות זו, כל אזרח מקבל מהממשל "תלוש" שערכו ברהשוואה לעלות החזקה של ילד בבית ספר ציבורי. מקבל התלוש יכול להשתמש בו כדי לשלוח את ילדו לבית ספר פרטי. מעמד הביניים החזק, שביקש לעזוב את בתי הספר הציבוריים, גם הודיע על חוסר נכונותו להמשיך ולממן אותם. כך הולכת ומצטמצמת האמנה החברתית והחינוך נהפך לסחורה מושלמת.

1. הזכות לביטחון סוציאלי

במסגרת סדר הזכויות החברתיות, הזכות לביטחון סוציאלי היא רשת המגן האחרונה. הזכות להבטחת הכנסה תוארה כ"חומת מגן אחרונה בפני עוני ומחסור".¹³⁴ ברם, תמונת הראי של קביעה זו היא התובנה שבניגוד לזכויות חברתיות אחרות שנדונו כאן (בריאות, חינוך, דיור), על פי רוב הזכות לביטחון סוציאלי "תעניין" רק את חברי וחברות האוכלוסיות הנזקקות ביותר. אם הזכויות החברתיות מתקשות להגן באופן אפקטיבי על אוכלוסיות מוחלשות באופן כללי, הציפייה היא שכך יהיו פני הדברים בבחינת קל וחומר כשבמוקד הדיון עומדת זכות שמלכתחילה מוכוונת להגנה על האינטרסים של אלה שאינם נהנים מנגישות איתנה למוקדי הכוח בחברה.

אכן, הזכות לביטחון סוציאלי כמעט רוקנה מתוכן בצמד פסקי דין שניתנו בישראל – תחילה בבג"ץ מנור ומאוחר יותר, וביתר שאת, בבג"ץ מחויבות.¹³⁵ בשני מקרים אלו הוגשו עתירות נגד קיצוץ בשיעורי גמלאות הביטוח הלאומי (קצבת זקנה וקצבת הבטחת

131 Gillette (לעיל, הערה 28) וההפניות שם.

132 בלנק (לעיל, הערה 115) בעמ' 404.

133 שם, בעמ' 377-391.

134 בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729, בעמ' 737-738.

135 בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר (פורסם בנבו), פסקה 20 (להלן – עניין מחויבות). שתי הפרשות נדונות בהרחבה אצל Barak-Erez and Gross (לעיל, הערה 22) בעמ' 250-252.

הכנסה, בהתאמה). בשני המקרים נטען כי הקיצוץ פוגע אנושות ביכולתן של האוכלוסיות החלשות להתקיים בכבוד ובכך חותר תחת זכות חברתית בסיסית – הזכות לביטחון סוציאלי. העובדה ששתי העתירות נדחו אינה מפתיעה לאור הרתיעה של בתי המשפט בישראל ובעולם מהתערבות במדיניות חברתית וכלכלית בכלל, ובהקשר של ביטחון סוציאלי בפרט.¹³⁶ הנשיא לשעבר ברק הרי כתב כי "מרחב התימרון החוקתי הנתון לרשויות השלטוניות בגדרי החוקה הכלכלית רחב למדי".¹³⁷ התמיהה מתעוררת מקריאת ההנמקות לפסקי הדין, שנכתבו בשני המקרים על ידי ברק. מהלך הטיעון שלו מבהיר עד כמה רחוק בית המשפט מלהשתכנע מהכוח המניע של הזכות לביטחון סוציאלי.

כידוע, ברוב המכריע של המקרים בית המשפט מקל מאוד בשלב הראשון של הבחינה החוקתית – שאלת הפגיעה בזכות יסוד – ועורך את הבחינה החוקתית בגדרי פסקת ההגבלה של חוקי היסוד. זאת, משום שבית המשפט נכון להכיר בפגיעה בזכות יסוד גם כשברור לחלוטין שהפגיעה היא שולית ביחס למטרה שהחוק הפוגע מבקש להגשים. כך, למשל, קבע בית המשפט כי כל ירידת ערך ברכוש (למשל לצורך הפקעה או בשל מיסוי) פוגעת בקניין,¹³⁸ כי הרשעת אדם בעברה שעונשה מאסר פוגעת בזכות לחירות,¹³⁹ וקיבל כפשוטה את הטענה שאיסור העסקה של יהודים בשבת פוגעת בחופש העיסוק.¹⁴⁰ עתירות מסוג זה נדחו רק לאחר שנבחנה עוצמת הפגיעה ועמידתה בתנאי המידתיות שבפסקת ההגבלה.

שונים פני הדברים כאשר לפגיעה המוחשית בזכות לביטחון סוציאלי. על אף הקיצוץ הניכר בשיעורי הגמלה (במקרים מסוימים עד 30%), לא מצא לנכון בית המשפט לקבוע כי במקרה זה הייתה פגיעה בזכות (לביטחון סוציאלי) ולעבור לבחון את תנאי המידתיות במתכונת המקובלת בהקשרים חוקתיים אחרים. במקום זאת קבע בית המשפט כי בהקשר של ביטחון סוציאלי יש לבחון את "כל מערכות התמיכה והסיוע"¹⁴¹ בטרם ייקבע כי נפגעה זכותו של אדם. מסקנה זו עומדת בקנה אחד עם תפיסתו של בית הדין האירופי לזכויות אדם.¹⁴² עם זאת, כפי שהזדמן לי להעיר במקום אחר, לפחות בהקשר הישראלי, רמז בית המשפט (למעלה מן הנדרש) כי "אפשר שגם ביטול מוחלט של מערך הבטחת

136 Brems (לעיל, הערה 36) בעמ' 155.

137 ברק (לעיל, הערה 75) בעמ' 378; ראו גם: בג"ץ לשכת מנהלי ההשקעות (לעיל, הערה 92); גיא דוידוב, "ביקורת חוקתית בעניינים בעלי השלכה תקציבית", הפרקליט מט (תשס"ח) 345.

138 בג"ץ 9333/03 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד ס (1) 277; ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט (4) 221; גרוס (לעיל, הערה 34).

139 ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו (5) 529, בעמ' 541.

140 בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' רוזנצווייג (פורסם בנבו).

141 עניין מחויבות (לעיל, הערה 135).

142 Brems (לעיל, הערה 36) בעמ' 156.

ההכנסה לא יפגע פגיעה בלתי מידתית בכבוד האדם, אם יש מערך רחב של אמצעי סיוע ותמיכה, מדינתיים ואחרים." 143 מעניין שבית המשפט העליון בקנדה דחה עתירה דומה, מסיבות דומות למדי. 144

מה בדבר ההצלחות (הספורות יחסית) של תביעות בשם הזכות לביטחון סוציאלי? בדומה לניתוח של גישת בית המשפט בבואו לעסוק בזכויות חברתיות אחרות, אפילו את ההצלחות הללו אפשר להסביר באופן שמטיל צל מסוים על היכולת לראות בה כוח מניע לקידום שוויון וצדק חברתי. בהקשר הישראלי יש לבחון את פסק דינו החגיגי של בית המשפט העליון בפרשת גמזו. 145 באותה פרשה הצהיר בית המשפט על כך שהזכות לביטחון סוציאלי נגזרת מכבוד האדם. בקבלו את הערעור, פסק בית המשפט שחוב המזונות של פרופ' גמזו, שתפח לסכום של יותר ממיליון ש"ח, יכול להיות משולם לשיעורין וזאת – אך משום מצבו הכלכלי הקשה של החייב. בטרם נברך על מהלך זה יש להכיר במוגבלות הפסיקה. ראשית, ההגנה שניתנה לפרופ' גמזו כרוכה בגרעין הקשה של הזכות לביטחון סוציאלי. 146 בדומה לאמור בנוגע לזכות לבריאות, שלילת גרעין זו מסכנת במידה לא מבוטלת את החיים עצמם. שנית, יש לשים לב מי נדרש לשאת בעול הנובע מזכותו של גמזו: בניגוד למקרים אחרים – ה"עלות" של הזכות אינה נופלת על המדינה אלא על אשתו (אותה השאיר עגונה) ועל בתו של גמזו, שמהן גזל את זכותן למזונות. שלישית וכנגזר מהאמור לעיל, עשור ויותר לאחר פסק הדין בעניין גמזו לא הורגש כל שינוי רוחב (או שינוי עומק) בפסיקה, ברטוריקה או במהות של בתי המשפט, ובכלל זה של בית המשפט העליון. פסק הדין נותר בבדידות חגיגית ומזהרת.

הקשר אחר שבו האינטרס של אדם בביטחון סוציאלי מקבל גיבוי מוחשי הוא כשאפשר לנסח את הטיעון במונחי אפליה. בית הדין הארצי לעבודה ביטל תקנה של קרן מבטחים בשל העובדה שקבעה שיעור גמלה נמוך יותר במחצית לאלמן בהשוואה לאלמנה. 147 הנמקה דומה (בהקשר מרשים יותר) נתן בית המשפט החוקתי בדרום-אפריקה בקובעו שהדרת תושבים שאינם אזרחים מתכניות ביטוח סוציאלי אינה יכולה לעמוד בשל זכותם לשוויון. 148 אף שדייויס צודק בהעריכו את פסק הדין

143 אמיר פז-פוקס, "כבוד לעניים – בין כבוד האדם לזכות לביטחון סוציאלי", ביטחון סוציאלי 75 (תשס"ח) 9, בעמ' 15-16; הציטוט לקוח מפסק דינו של הנשיא ברק בעניין מחויבות (לעיל, הערה 135) פסקה 20.

144 פרשת *Gosselin v. Quebec* [2002] 4 S.C.R. 429 עסקה בשלילת גמלת קיום מנתמכים בני פחות משלושים שנה. בית המשפט הקנדי קבע כי לא הוכחה כל פגיעה מהותית הנובעת משלילת הקצבה. ראו גם: Macklem (לעיל, הערה 25) בעמ' 237-238.

145 רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360.
146 פז-פוקס (לעיל, הערה 143) בעמ' 21-22; Barak-Erez and Gross (לעיל, הערה 22) בעמ' 248-249.

147 ע"ע (ארצי) 1407/01 פידלמן נ' מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ (פורסם בנבו, 17.10.2004).

148 *Khosa v. Minister of Social Development* (2004) SA 505 (CC).

כ"אמיץ", אין הוא בהכרח "כיוון חדש", כדבריו.¹⁴⁹ קשה להעריך שפסק דינו של בית המשפט היה זהה אילולא היה בהטבות הניתנות לאזרחי המדינה בסיס להשוואה באופן שמקים טענת אפליה.

פרק זה נפתח בהכרה בכך שהזכות לביטחון סוציאלי היא חריגה במשפחת הזכויות החברתיות, שכן היא רלוונטית במידה רבה רק לשכבה מוחלשת במיוחד באוכלוסייה. יוצא מכך שתופעת "נגישות היתר" לזכות לא אמורה לקבל ביטוי בהקשר זה – אך הנה גם כאן אנו מוצאים, אמנם במקרים חריגים יחסית, שלאוכלוסיות חזקות יותר עומדת נגישות טובה יותר לזכות. בעיקר אמורים הדברים בכל הנוגע לגמלאות אוניברסליות (הניתנות לכלל האוכלוסייה) ולגמלאות ביטחוןיות, שמטרתן שמירה על רמת החיים שהמבוטח התרגל אליה. בקבוצה הראשונה ניתן לציין את קצבת הזקנה; בקבוצה השנייה נכללים קצבת השארים שהוזכרה לעיל ודמי האבטלה.

סוגיית התושבות, שהיא תנאי מקדמי לזכאות בתחום הביטחון הסוציאלי, עשויה להמחיש נקודה זו. פסק דינו של בית המשפט בעניין רל"א קבע, כזכור, שההדרה של בעלי אשרה של תושב ארעי מתחולת הביטוח הסוציאלי היא לגיטימית, ושהטענה כי מדובר באפליה "לוקה בכלליות יתר".¹⁵⁰ מעבר לכך, סקירה של פסיקת בתי הדין לעבודה בהקשר זכאותם של ערביי ישראל לקצבת זקנה, למשל, מגלה כי בתי הדין נקטו פרשנות "מסויגת ומצומצמת" לגבי מבחן התושבות, תוך ביצוע פעולה של "פיקוח והדרה בצורה סמויה".¹⁵¹ כך הם פני הדברים גם עבור עובדים זרים שאין חולק כי הם יושבים בישראל: "לגבי הזכות לביטחון סוציאלי המדינה נוקטת בעמדה נוקשה [...] השוללת כמעט לחלוטין את זכויות העובד הזר בתחום זה".¹⁵²

לעומת זאת, בית המשפט בחן את סוגיית התושבות באופן שונה כשמיכאל חלמיש, טייס חיל האוויר בעברו (עובדה חשובה זו צוינה בפסק הדין), ביקש לקבל את קצבת הזקנה הישראלית שלו ממקום מושבו בארצות-הברית, שם התגורר בחמש השנים האחרונות.¹⁵³ בית הדין קיבל את העתירה ודרש מהמוסד לביטוח לאומי להתקין תקנות שיביאו לידי ביטוי את הגמישות הנדרשת לאור מציאות החיים המשתנה והגברת הניידות של המבוטחים בין מדינות.¹⁵⁴

יובל אלבשן העיר שאין זה מקרי כי "שני פסקי הדין המרכזיים שניתנו בתחום הזכויות החברתיות [קרי: הביטחון הסוציאלי, א' פ' פ'], פרשת גמזו ופרשת חלמיש, היו

149 Davis (לעיל, הערה 7) בעמ' 207-208.

150 בג"ץ רופאים לזכויות אדם (לעיל, הערה 58) בעמ' 334.

151 טל גולן, "מבחן התושבות בהענקת קצבת הזקנה", ביטחון סוציאלי 69 (2005), 32, בעמ' 51.

152 גיא מונדלק, "עובדים או זרים בישראל? חוזה התשתית והדפיציט הדמוקרטי", עיוני משפט כז (תשס"ג) 423, בעמ' 476.

153 בג"ץ 890/99 חלמיש נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד נד(4) 423.

154 שם, בעמ' 429; יש לציין שבפועל לא השתנה המצב המשפטי עד היום. ראו: דנג"ץ 7873/04 אייזן נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 19.1.2005).

מקרים שבהם נדון עניינם של מי שמקובל לכנות 'מלח הארץ'." 155 ודני גוטוויץ מסכם: "מה שבית המשפט העליון מוכן לעשות במקרים של גמזו וחלמיש הוא נמנע מלעשות כאשר מדובר במי שמשתייכים לקבוצות החלשות בחברה." 156

ז. סגירת מעגל

מקובל לטעון, במידה רבה של צדק, שמדינת הרווחה תהיה איתנה יותר ככל שהיא תספק שירותים אוניברסליים יותר לכלל האזרחים ולא תיהפך למדינת רווחה לעניים בלבד. המאמרים הכלולים בספר *Exploring Social Rights* מצביעים באופן מאיר עיניים, אמפירית ותאורטית, על ההיבטים המגוונים של טענה זו. ההשלכות של חוסר שוויון והמוגבלות של הצדק החברתי באים לידי ביטוי במגוון הקשרים – בריאות, חינוך, תעסוקה, דיור וביטחון סוציאלי – שיש ביניהם קשרים אמיצים חשובים. הזכויות הרלוונטיות לתחומי חיים אלו נראות אמצעי מבטיח לקידום רווחתם של בני ובנות החברה, עשירים ועניים כאחד.

סקירה זו ביקשה לתרום לעושר זה בטענה שלפיה ייתכן כי דווקא חיזוק הזכויות החברתיות הרלוונטיות לכלל האוכלוסייה (בריאות, חינוך, עבודה, דיור) עלול להביא לנסיגתה של מדינת הרווחה. זהו מצב הדברים כאשר בעלי אמצעים משתמשים ב"נגישות היתר" שלהם לזכויות באופן המוביל בסופו של יום לצמצום השירותים האוניברסליים. מצד שני, ככל שהמערכות הללו של מדינת הרווחה נהפכות סלקטיביות יותר, כך רבים יותר נופלים לרשת המגן האחרונה ולזכות לביטחון סוציאלי. 157 הגיבוי שנתן בית המשפט העליון לזכות זו מהוסס והיכולת להצביע על פגיעה בזכות זו בשל מדיניות כלכלית – מוגבלת למדי. הסבר אפשרי לתופעה זו עשוי להיות הפיל שנמצא במרכזו של החדר ושממנו ביקשנו לחמוק כבר בתחילתה של סקירה זו: המופעים הכואבים ביותר של הפערים החברתיים בתחומי הבריאות, החינוך, התעסוקה והדיור הם בסופו של יום תוצר של יחסי כוח ומתחים מעמדיים כוללים, שאינם ניתנים לרדוקציה לסכסוך אינדיבידואלי. סוגיות אלו בדיוק נמצאות מחוץ להישג ידה וליכולתה של המערכת המשפטית. 158

155 יובל אלבשן (לעיל, הערה 23) בעמ' 56, 62-64.

156 דני גוטוויץ, "מ'מהפיכה חוקתית' להפיכת נגד' – ההיגיון המשפטי של משטר ההפרטה בישראל", מעשי משפט א (תשנ"ח) 47, בעמ' 53; ראו: יואב דותן, "בית המשפט העליון כמגן הזכויות חברתיות", זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל (לעיל, הערה 46) 69, בעמ' 108-109.

157 דורון (לעיל, הערה 32).

158 פז־פוקס (לעיל, הערה 143); Morton J. Horowitz, "The Jurisprudence of *Brown* and the Dilemmas of Liberalism", 14 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* (1979) 599.

ראוי להבהיר: מובן שניתן לאתר במדינות מפותחות הישגים משפטיים משמעותיים החייבים את הצלחתם לשיח של זכויות חברתיות. עם זאת, קשה להתעלם מהתמונה הכוללת פערים כלכליים וחברתיים הולכים וגדלים בין עשירים לעניים באותן מדינות, המובילים את החלקים העניים בהן לרמת חיים המקבילה לזו של העולם השלישי.¹⁵⁹ על כן, אם הקשיים בנגישות לזכויות חברתיות וכלכליות מכבידים על אנשים החיים בעוני לממש את זכויותיהם, בשעה ששיח הזכויות (ובכלל זה שיח הזכויות החברתיות) פועל כדי לאפשר לשכבות המבוססות להתבדל מהאוכלוסייה הכללית ובכך להעמיק שסעים חברתיים, ייתכן שיש מקום ל"ספירת מלאי" ולבחינה אם שכרם של מי שמחפשים הגשמה של צדק חברתי יוצא בהפסדם. יתר על כן: נטען כאן שאותם פערים עצמם מאפשרים ומקדמים, בהליך של היוון חוזר, הבניה של זכויות חברתיות באופן שיגשים אידאולוגיה של שוק חופשי או ריקון זכות חברתית גרעינית מתוכן, כמו במקרה של הזכות לביטחון סוציאלי.

במסגרת הניתוח של דעיכת מדינת הרווחה יש לבחון את האופן שבו מדיניות חדשה יוצרת פוליטיקה חדשה (new policies create new politics).¹⁶⁰ יתרה מזו: פירסון מסביר שמדיניות נהפכת לאפקטיבית וקשה לשינוי (entrenched) ככל שייצירתה מתמשכת לאורך זמן, ככל שקשה לאתר את האחראים לניסוחה והפצתה וככל שהיא מביאה ליצירה של קבוצות אינטרס חדשות הדואגות לשימורה של המדיניות החדשה.¹⁶¹ תובנה זו ניתנת ליישום על שיח הזכויות, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בסקירה זו. שיח זה, המופעל מלמטה (בעידוד ובהסכמה של בית המשפט) יוצר לאורך זמן קבוצות אינטרס מובחנות המדירות את עצמן מרצון מהמסגרת החברתית הכוללת. ככזה הוא מבנה תפיסה של זכויות חברתיות, המבוססת על תפיסה אטומיסטית, ליברלית, המזניחה את הייחוד של זכויות חברתיות, שבמרכזו התפקיד של קידום השוויון והדאגה לאלו שמזלם לא שפר עליהם.

נבקש לסיים דווקא בנימה אופטימית. בצד נורות אזהרה המאירות את הצדדים החשוכים של עולם הזכויות, המופיעות לכל אורכו של *Exploring Social Rights*, יש גם לענות לאתגר של בעיית הנגישות באמצעות שינויים מערכתיים במבנה התכניות, באמצעות שינויים מבניים במערך ובתפקוד של הפקידות ובאמצעות ההכשרה של הפרופסיות. כפי שהאידאולוגיה השלטת נבעה ממדיניות וכוחות בשטח, כך ייתכן שהדרך לשנותה לא תעבור בשיח מופשט וחגיגי של זכויות. ייתכן שדווקא שילוב של זכויות קונקרטיות בתחומים השונים¹⁶² עם שינויים בירוקרטיים ו"משעממים", המרחיבים ומקילים על נגישות, יגביר את הידע של הלקוחות על זכויותיהם ויאפשר להם לממש את זכויותיהם, וכך יביא לשינויים המיוחלים באופן אפקטיבי ומהיר יותר משיח הזכויות החגיגי.

Doyle 159 (לעיל, הערה 68).

Paul Pierson, *Dismantling the Welfare State* (1994) p. 39 160

שם. 161

Ziv (לעיל, הערה 4) בעמ' 392.