

ביקורת ספרים

הכחולים, האדומים והשופט בתוך: גישה הליכית לביקורת שיפוטית "עם שיניים" ביחס לזכויות החברתיות

בעקבות אסופת המאמרים: EXPLORING SOCIAL RIGHTS: BETWEEN THEORY AND PRACTICE (Daphne Barak-Erez & Aeyal M. Gross eds., 2008)

משה כהן-אליה*

הנרטיב הרווח בקרב ליברלים פרוגרסיביים רבים, אשר משתקף בספר EXPLORING SOCIAL RIGHTS, הוא שההגנה הדלה שבת-משפט מספקים לזכויות "אדומות" (חברתיות) בהשוואה לזכויות "כחולות" (אזרחיות ופוליטיות) נובעת מהטיה של שופטים ושל אליטות שלטוניות לטובת השיטה הקפיטליסטית. אולם, כפי שאראה במאמר-ביקורת זה, זהו הסבר חלקי שמתעלם ממאפיינים הקצאתיים, שהינם דומיננטיים הרבה יותר לגבי הזכויות האדומות ואשר מעוררים קשיים לא-מבוטלים לביקורת השיפוטית. מטרתו של מאמר-ביקורת זה היא להציע לבית-המשפט דרך להיחלץ מהפינה הבעייתית של העיסוק השיפוטי בקביעת סדר עדיפויות הקצאתי, וזאת באמצעות החלת גישה הליכית "עם שיניים" להגנה על זכויות חברתיות. הגישה המוצעת קוראת לשופטים לפתח דוקטרינות שיפוטיות, דוגמת דוקטרינת "ההליך ההוגן בחקיקה", ולהציב דרישה חזקה לשקיפות ולנשיאה באחריות (accountability) מצד נבחרי הציבור כלפי האזרחים. את משמעויותיה של הגישה המוצעת אדגים מתוך התייחסות לפסיקת בג"ץ בעניין **מחויבות**, שבה נקבע כי העותרים לא הצליחו להוכיח שהקיצוצים בקצבאות הבטחת ההכנסה פוגעים בזכותם החוקתית למינימום של

* מרצה בכיר, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים. ברצוני להודות לדפנה ברק-ארוז, לאייל גרוס, לעידו פורת ולגילה שטופלר על שניאותו לקרוא טיוטות מוקדמות של מאמר זה ולהעביר אליי את הערותיהם הטובות. אבקש גם להודות לאילן סבן, עורך חוברת זו, על הערות ממוקדות וחיוניות, ולמרגלית (מגי) אוצרי על עבודת מחקר מועילה.

קיום אנושי בכבוד. אראה כיצד החלת גישה דמוקרטית הליכית "עם שיניים" הייתה עשויה דווקא להוביל לקבלת העתירה.

מבוא. א. התמונה הקודרת. ב. ההסבר. ג. שתי תפיסות של שריון חוקתי של זכויות: 1. זכויות כ"טעמים מוציאים"; 2. זכויות כ"אינטרסים חשובים"; 3. הניקיון של ההבחנה הקונספטואלית. ד. גישה דמוקרטית "עם שיניים" לזכויות חברתיות. ה. פרשת מחויבות: 1. חוסר קוהרנטיות; 2. "טעם ציבורי" וכוחה המחנך של הצביעות; 3. הדוקטרינה של הליך החקיקה הנאות. ו. הערה לסיום.

מבוא

הזוועות שעוללו הנאצים במלחמת-העולם השנייה עיצבו אומנם תודעה אוניורסלית בדבר ההכרח לעגן את זכויות האדם במישור העל-מדינתי (supra-national), אולם תוכנן וזהותן של זכויות האדם נותרו שנויים במחלוקת בין-גושית. בעוד מדינות המערב הסיקו ממלחמת-העולם השנייה את הסכנה לחירות הטמונה בטוטליטריזם, ולכן תבעו לאמץ מגילת זכויות אדם "כחולה", כלומר מגילה שמגינה על זכויות האדם האזרחיות והפוליטיות, מדינות הגוש הקומוניסטי תבעו לאמץ מגילת זכויות אדם "אדומה", כלומר, מגילה התובעת ממדינות לפעול – לרוב בדרך של הקצאה – על-מנת להבטיח את הרווחה הכלכלית של כל אדם ואת השוויון הכלכלי, וזאת באמצעות הגנה על סדרה של זכויות חברתיות. "ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם" של האו"ם, משנת 1948, מכילה אומנם את הזכויות הכחולות והאדומות בכפיפה אחת, אולם כאשר נדרשו המדינות להמיר עקרונות בלתי-מחייבים אלה לכלל אמנות בין-לאומיות מחייבות, הובילה המחלוקת לגיבושן של שתי אמנות נפרדות לכל אחת ממערכות הזכויות הללו.¹ פיצול זה הדגיש את הפערים שבין שתי מערכות הזכויות, תוך הענקת מעמד עדיף לזכויות הכחולות על האדומות. כך, בעוד הגבלת הראשונות כפופה לפסקת הגבלה המנוסחת באופן מחמיר יחסית (בנוסח הדומה לפסקת

1 International Covenant on Civil and Political Rights, Dec. 16, 1966, 999 U.N.T.S. 171; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Dec. 16, 1966, 993 U.N.T.S. 3 (לנוסח העברי ראו האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205 (נפתחה לחתימה ב-1966) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1991); להלן: האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות). על ההבחנה בין זכויות כחולות ואדומות ראו: Tamar Ezer, *A Positive Right to Protection of Children*, 7 YALE HUM. RTS. & DEV. L.J. 1, 6 (2004); Johan D. van der Vyver, *Human Rights in the Twenty-First Century: A Global Challenge*, 8 EMORY INT'L L. REV. 787, 799 (1994) (book review).

ההגבלה הקבועה בחוקי-היסוד (בישראל), הגבלת האחרונות מטילה על המדינות חובה "רכה" בלבד לשאוף למימושן, וזאת בכפוף לכמות המשאבים העומדת לרשותן.² אך האם הפרדה זו מוצדקת? האם הזכויות הכחולות והאדומות נובעות ממערכות ערכים שונות? האם קיימים שיקולים מוסדיים המצדיקים התייחסות שונה אליהן? האם הזכויות האדומות הן אכן זכויות מדרגה שנייה הראויות רק להגנה חלקית?

שאלות אלה עומדות במוקד הספר המצוין בעריכתם של דפנה ברק-ארז ואייל גרוס (2008) SOCIAL RIGHTS: BETWEEN THEORY AND PRACTICE. הספר מכיל מאמרים הכתובים בשפה קולחת, שנכתבו על-ידי טובי החוקרים בעולם ובישראל בתחום הזכויות החברתיות. שאלת מעמדה של זכויות אלה נידונה בספר באופן שיטתי וכולל, הבוחן את הסוגיה כמעט מכל זווית אפשרית. ביטוי לכך ניתן למצוא בחלוקה הפנימית של הספר לפרקים העוסקים בהיבטים תיאורטיים של הזכויות החברתיות, בהיבטים גלובליים ובין-לאומיים שלהן, ובמעמדן החוקתי במשפט הפנימי של כמה מדינות דמוקרטיות (הודו, דרום-אפריקה, קנדה וישראל). הספר בוחן את מעמדה של הזכויות החברתיות הן מנקודת-הראות של כמה זכויות ספציפיות (הזכות לחינוך, לבריאות ולעבודה) והן מנקודת-הראות של קבוצות מוחלשות (אנשים עם מוגבלויות ונשים). בעידן שבו הקפיטליזם הגלובלי מתחזק, רשתות הביטחון הסוציאלי מתרופפות והפערים הכלכליים רק הולכים ומעמיקים, ספר זה מציע עושר של תובנות תיאורטיות ומעשיות חשובות באחת הסוגיות המרכזיות המטרידות את דעת-הקהל, את קובעי המדיניות ואת קהילת החוקרים הביין-לאומית. כל זה הופך אותו לספר-יסוד בעבור כל אדם שהנושא קרוב לליבו.

התייחסות ביקורתית אל ספר הכולל מאמרים של ארבעה-עשר כותבים שונים אינה משימה פשוטה. ספרים מסוג זה נעדרים בדרך-כלל טיעון סדור שניתן להתמודד איתו באופן שיטתי, שכן מטבע הדברים המחברים מחזיקים בדרך-כלל בעמדות שונות, ולעיתים מנוגדות. אולם הספר שלפנינו נמנע מסכנת האקלקטיות שספרים מסוגה כזו עלולים להיקלע אליה. ברק-ארז וגרוס הציבו לספר עמוד-שדרה אידיאולוגי, שניתן לשייכו לזרם הליברלי-פרוגרסיבי. עמוד-שדרה זה יוצר תשתית נוחה להתמודדות שיטתית עם שלל התובנות המופיעות בו.

כדי לקיים דיון סדור במעמדן של הזכויות החברתיות, ארשה לעצמי להכניס את הפרקים השונים בספר למיטת-סדום של "המכנה המשותף", ולהתייחס לתמות העיקריות שעולות מהם. תיאור מכליל כזה אינו עושה אומנם צדק למגוון הדעות המובאות בספר, אולם הוא יאפשר לקורא להבין את הנרטיב הרווח בחוגים ליברליים פרוגרסיביים בנוגע למעמדן של

2 ס' 2 לאמנה הביין-לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, לעיל ה"ש 1, קובע: "מדינה שהיא צד באמנה זו מתחייבת לפעול, הן במאמציה היא, הן בסיוע ובשיתוף פעולה בינלאומיים, במיוחד בתחומי הכלכלה והטכניקה, עד כדי מירב המקורות העומדים לרשותה, למען הבטח, בשלבים, את השימוש המלא בזכויות שהוכרו באמנה זו בכל האמצעים המתאימים, ובמיוחד אימוצם של אמצעי תחיקה" (ההדגשה הוספה).

הזכויות החברתיות – הן במישור התיאורי (מה היקף ההגנה החוקתית שניתנת בפועל לזכויות חברתיות?) והן במישור הנורמטיבי (האם מצב דברים כזה ראוי? האם ראוי לשריין בחוקה זכויות חברתיות? האם בתי-המשפט הם הפורום המתאים ביותר להגנה על זכויות אלה?).

כפי שאראה בחלק א' להלן, הספר משרטט תמונה קודרת למדי בנוגע להיקף ההגנה הניתנת בפועל לזכויות החברתיות במשפט הביין-לאומי ובמשפט החוקתי של מדינות רבות בהשוואה לזכויות האזרחיות והפוליטיות. תמונה זו מקוממת את רוב התורמים לספר, אשר סבורים כי אין הצדקה נורמטיבית לסווג את הזכויות החברתיות כזכויות "נכות", כזכויות הלוקות בפגם גנטי כלשהו. עמדה נורמטיבית זו מבוססת על שני טיעונים עיקריים. ראשית, הזכויות החברתיות מגינות על האינטרס החיוני של "אזרחות חברתית" (social citizenship) – כזו המאפשרת להם להשתתף באופן קומפוטנטי, שווה ומכבד בחיים הפוליטיים, החברתיים והכלכליים של המדינה. לאינטרס זה יש חשיבות ערכית מכרעת, ולכן יש להעניק לו את מלוא ההגנה. שנית, העובדה שזכויות חברתיות מחייבות לעיתים את בתי-המשפט לעסוק בשאלות של הקצאת משאבים אינה מצדיקה יחס שיפוטי שונה אל הזכויות החברתיות. זאת, מכיוון שגם מימושן של הזכויות האזרחיות והפוליטיות מחייב מידה לא-זניחה של עיסוק שיפוטי בשאלות של הקצאה. לכן – וזו הטענה החוזרת ונשנית בספר – אם קיימת בעיה עם עיסוק שיפוטי בחלוקת משאבים, בעיה זו קיימת גם כאשר שופטים פועלים למימושן של זכויות אזרחיות ופוליטיות.

הליברלים הפרוגרסיביים נוטים אפוא לגלות חשדנות כלפי ההסתייגות השיפוטית מהגנה על זכויות חברתיות. חשדם הוא שהסתייגות זו אינה מבוססת על טעמים ענייניים, אלא על הטיה פוליטית, מודעת או בלתי-מודעת, של שופטים המשתייכים לאליטות הגמוניות המאמינות בעיקרו של דבר בעקרונות של שוק חופשי. בחלק ב' למאמר אסביר מדוע חשדנות זו מובילה את העורכים לטעון במבוא לספר כי יש להתייחס לזכויות האדומות ולכחולות באופן זהה, ולפתח גם את המשמעות החלוקתית של הזכויות הכחולות. עורכי הספר סבורים כי ההתייחסות השונה לזכויות האדומות בהשוואה לכחולות מזיקה לקידום תפיסה פרוגרסיבית של זכויות (תפיסה המקדמת את הרווחה האנושית), וזאת משני טעמים: ראשית, היא מקבעת את ההתייחסות אל הזכויות האדומות כאל זכויות מדרג ב'; ושנית, קיבוע זה מעביר מסר שלילי המונע פיתוח פרוגרסיבי, פיתוח חזק, של המובן החיובי של הזכויות הכחולות עצמן.

אך האם ההסבר לתמונת המצב הקודרת של הגנה "נכה" על זכויות חברתיות טמון אך ורק בהטיה פוליטית של שופטים ושל אליטות אחרות? האם באמת אין טעמים מוסדיים, אובייקטיביים, שהופכים את בית-המשפט לפורום לא-מתאים לעסוק במימושן של זכויות חברתיות?

במאמר-ביקורת זה אטען כי לשופטים יש קושי מוסדי אמיתי ומשמעותי בכל הנוגע בטיפול בתביעות למימוש זכויות חברתיות. אף שגם מימושן של הזכויות האזרחיות והפוליטיות מחייב לעיתים הקצאה, קיים עדיין הבדל שבדרגה בינן לבין הזכויות החברתיות מבחינת מינון העיסוק השיפוטי בשאלות של הקצאה, והבדל זה משמעותי. פיתוח המובן

החיובי של הזכויות האזרחיות והפוליטיות מצוי בחיתוליו – הוא ממוקם עדיין בשוליים של הדוקטרינות המשפטיות הרווחות, ונתפס כחריג לכלל. לעומת זאת, מימושן של הזכויות החברתיות כרוך כמעט כולו בתביעה להקצאה.

קיים קשר הדוק בין הבחירה בתפיסת זכויות מסוימת לבין ההתאמה המוסדית של הפורום השיפוטי להכרעה במחלוקות סביב מימושו של זכויות. בחלק ג אציג שתי תפיסות לגבי הצדקת השריון החוקתי של זכויות: זכויות כ"טעמים מוציאים" (exclusionary reasons) וזכויות כ"אינטרסים חשובים". אטען כי לשופטים יש מומחיות מוסדית ולגיטימיות דמוקרטית גדולה יותר בהגנה על זכויות מהסוג הראשון בהשוואה לשני. זכויות אזרחיות ופוליטיות משתייכות לקטגוריה של זכויות כ"טעמים מוציאים". זאת, מהטעם שההיסטוריה לימדה אותנו לחשוך כי הגבלות של זכויות אלה עלולות להיות מודרכות על-ידי שיקולים לא-לגיטימיים, כגון רצון להשתיק ביקורת, עוינות לא-רציונלית כלפי מיעוטים ועוד. זכויות אלה, מעצם טיבן, מעניקות הגנה חזקה מאוד ליחידים שזכויותיהם נפגעו, שכן תביעתם למימוש זכותם אינה מצריכה איזון מול טעמים לא-לגיטימיים אלה. לעומת זאת, הצידוק העיקרי לשריון חוקתי של זכויות חברתיות טמון בהיותן "אינטרסים חשובים". נוסף על כך, מכיוון שתביעות למימוש זכויות חברתיות מציבות על-פירוב דרישה להקצאה, קיים הכרח לאזן מול תביעות אחרות להקצאה – שהן נוגדות אך לגיטימיות – של פרטים וקבוצות אחרות. בחלק זה גם אבחן את "נקיון" ההבחנה הקונספטואלית בין שתי ההצדקות לשריון חוקתי, ואטען שההבחנה בין הזכויות הכחולות לאדומות מבוססת על פערים עמוקים בין שתי תפיסות יריבות בנוגע לשריון חוקתי של זכויות, ולכן ההצעה לבטל את ההבחנה בין שתי מערכות הזכויות היא בעייתית ועלולה ליצור בלבול קונספטואלי.

אדגיש כי אני מבקש לטעון שהגבלות לגבי מימושו של הזכויות החברתיות צריכות להיות רחוקות ללא כל סעד משפטי. ההבחנה הקונספטואלית בין שתי מערכות הזכויות נועדה לסייע לליברלים הפרוגרסיביים להגדיר תפקיד לגיטימי יותר לשופטים בהתדיינויות למימוש זכויות חברתיות. מטרתו של מאמר-ביקורת זה היא להציע לבית-המשפט דרך להיחלץ מהפינה הבעייתית של העיסוק השיפוטי בקביעת סדר עדיפויות הקצאתי, וזאת באמצעות החלת גישה דמוקרטית "עם שיניים" להגנה על זכויות חברתיות. לפי הגישה המוצעת, שתוצג בחלק ד, מטרת הביקורת השיפוטית היא להבטיח באופן דווקני שיתקיים הליך דמוקרטי תקין כאשר זכויות חברתיות נפגעות. גישה דמוקרטית "עם שיניים" קוראת לשופטים לפתח דוקטרינות שיפוטיות, דוגמת דוקטרינת "ההליך ההוגן בחקיקה", ומציבה דרישה חזקה לשקיפות ולנשיאה באחריות (accountability) מצד נבחרי הציבור כלפי האזרחים. בחלק ה של המאמר אדגים את משמעותה של גישה זו מתוך התייחסות לפסיקת בג"ץ בעניין מחויבות³, שבה נקבע כי העותרים לא הצליחו להוכיח שהקיצוצים בקצבאות הבטחת ההכנסה פוגעים בזכותם החוקתית למינימום של קיום אנושי בכבוד. אראה כיצד

3 בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464 (2005) (להלן: עניין מחויבות).

החלת גישה דמוקרטית "עם שיניים", אשר מבוססת לטענתי על חלוקת עבודה ראויה בין מחוקקים לבין שופטים במדינה דמוקרטית, הייתה עשויה דווקא להוביל לקבלת העתירה.

א. התמונה הקודרת

שישים שנה לאחר ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, אשר עיגנה לראשונה במסמך בין-לאומי כמה זכויות חברתיות, הפערים בין עשירים לבין עניים רק הולכים ומתרחבים ברוב מדינות העולם. זכויות חברתיות נתפסות על-ידי מוסדות פוליטיים ומשפטיים במדינות רבות בעולם כזכויות "נכות", כזכויות "מדרגה שנייה", ויש להן השפעה זניחה בלבד על רווחתם של המשתייכים לקבוצות מוחלשות במקומות שונים על פני כדור-הארץ. כפי שריטיץ' (Rittich) מציגה זאת, המוסדות הפוליטיים והמשפטיים הבין-לאומיים מגלים ספקנות רבה לגבי המושג "זכויות חברתיות", ואינם מוכנים להביאו בחשבון כשיקול מדיניות רלוונטי.⁴

מעמדן של הזכויות החברתיות בדין הפנימי של המדינות אינו טוב בהרבה. חוקותיהן של מדינות רבות אינן מגינות כלל על זכויות חברתיות או לחלופין מגינות על מספר זניח של זכויות כאלה. הספר מתאר את מצבן של הזכויות החברתיות במשפט הפנימי של המדינות מתוך התייחסות לשלושה מודלים חוקתיים שונים: העדר הגנה חוקתית מפורשת לזכויות חברתיות (קנדה); הכרה חוקתית בעקרונות של צדק חלוקתי כעקרונות מנחים בגיבוש מדיניות ציבורית (הודו); והכרה חוקתית מפורשת בזכויות חברתיות (דרום-אפריקה).⁵

4 Kerry Rittich, *Social Rights and Social Policy: Transformations of the International Landscape*, in *EXPLORING SOCIAL RIGHTS: BETWEEN THEORY AND PRACTICE* 107 (Daphne Barak-Erez & Aeyal M. Gross eds., 2008) *EXPLORING SOCIAL*: להלן: (הספר להלן): (RIGHTS).

5 הספר אומנם מציג שלושה מודלים שונים של הגנה או העדר הגנה על זכויות חברתיות, אולם כל המדינות הללו הן מדינות המשפט המקובל, המבוססות על חשיבה ליברלית. חבל שלא הוצגו מודלים יריבים קונטיננטליים המבוססים על תפיסות אורגניות, המייחדות למדינה תפקיד פעיל יותר בהגשמת הרווחה האישית של היחידים בה. היה מעניין, למשל, להיחשף למעלותיה ולחסרונותיה של תפיסת הזכויות החברתיות בדרגם הסוציאלי-דמוקרטי החזק הקיים במדינות סקנדינביה (ראו, למשל: George S. Katrougalos, *The Implementation of Social Rights in Europe*, 2 COLUM. J. EUR. L. 277, 293–299 (1996)). בגרמניה קיים שריון חוקתי לעיקרון של "מדינת-הרווחה", ואפשר למצוא בפסיקה בית-המשפט החוקתי הגרמני ניצנים של הכרה ברעיון של זכויות חיוביות, אולם גם בגרמניה היקף ההגנה על אינטרסים חברתיים במסגרת החוקה הוא מוגבל ביותר. ראו: Peter Kunig, *The Principle of Social Justice*, in *THE CONSTITUTION OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY: ESSAYS ON THE BASIC RIGHTS AND PRINCIPLES OF THE BASIC LAW WITH A TRANSLATION OF THE BASIC LAW* 187 (Ulrich Karpens ed., 1988). כן ראו אבי בן בטט

המקרה הקנדי הוא דוגמה להגנה מוגבלת מאוד על זכויות חברתיות כזכויות חוקתיות. מצב דברים זה מפתיע, שכן בהשוואה לארצות-הברית – שבה קיימת מורשת ליברטריאנית והיצמדות לקריאה "שלילית" של הזכויות החוקתיות – בקנדה יש מסורת סוציאל-דמוקרטית חזקה יותר,⁶ ולפיכך היה אפשר לצפות שמנסחי הצ'רטר הקנדי על זכויות וחירויות משנת 1982 יכללו בגדרו גם הגנה על זכויות חברתיות. אולם הללו סברו כי לא יהא זה נכון לשריין בחוקה זכויות חברתיות, ואף לא זכויות כלכליות (כגון זכות הקניין או חופש העיסוק), מהטעם שהתחום החברתי-הכלכלי צריך להיות נתון בידי המחוקק, ולא בידי השופט.⁷ כפי שמראה מקלם (MacKlem), בפרק המוקדש לקנדה, האינטרסים שביסוד הזכויות החברתיות מקבלים ביטוי מינימליסטי בלבד בסדרה של דרכים עקיפות שהתווה בית-המשפט העליון הקנדי, ביניהן קביעת כלל פרשנות שלפיו ההוראות של הצ'רטר הקנדי ושל דברי חקיקה נוספים תואמות את מחויבותה של ממשלת קנדה לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות.⁸

התמונה בהודו, לעומת זאת, נראית במבט ראשון מעודדת מעט יותר. אף שעקרונות של צדק חלוקתי לא השתכללו בהודו לכלל זכויות אדם חוקתיות, הם מוזכרים בחוקה כעקרונות מנחים למדיניות ציבורית.⁹ בית-המשפט העליון ההודי השתמש בעקרונות אלה בשנים

ומומי דהן זכויות חברתיות בחוקה ומדיניות כלכלית (נייר-עמדה 49, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2004).

6 בניגוד לארצות-הברית, בקנדה קיימת מפלגה סוציאל-דמוקרטית חזקה. ראו: Robin Elliot, *The Supreme Court of Canada and Section 1: The Erosion of the Common Front*, 12 Ian Holloway, *Case of Judicial Reference: An* QUEEN'S L.J. 277, 281 (1987) Analysis of the Legal Doctrine Relating to Agency Fees in the United States and Canada, 1992 DET. C. L. REV. 961, 966 (1992).

7 לטעמים להעדר הגנה חוקתית על זכות הקניין בקנדה ראו: Alexander Alvaro, *Why Property Rights were Excluded from the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 24 CAN. J. Jean McBean, *The Implications of Entrenching* POL. SCI. 309, 319–320 (1991) Property Rights in Section 7 of the Charter of Rights, 26 ALBERTA L. REV. 548 (1988); Philip W. Augustine, *Protection of the Right to Property under the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 18 OTTAWA L. REV. 55 (1986).

לטעמים להעדר הגנה חוקתית על הזכויות החברתיות בארצות-הברית ראו: Herman Schwartz, *Do Economic and Social Rights Belong in a Constitution?* 10 AM. U. J. INT'L L. & POL'Y 1233 (1995); Frank I. Michelman, *The Constitution, Social Rights, and Liberal Political Justification*, 1 INT'L J. CONST. L. 13 (2003); Kim Lane Scheppele, *Realpolitik Defense of Social Right*, 82 TEX. L. REV. 1921 (2004); Herman Schwartz, *Economic and Social Rights*, 8 AM. U. J. INT'L L. & POL'Y 551 (1993).

8 Patrick MacKlem, *Social Rights in Canada*, in EXPLORING SOCIAL RIGHTS 213.

9 החוקה ההודית נוקטת אומנם לשון של זכות בהתייחסותה לחובת המדינה להבטיח את מימושן של הזכויות החברתיות, אולם ס' 37 לחוקה ההודית קובע כי "הוראות חלק זה לא יהיו אכיפות [אומנם] בכל בית-משפט, אולם העקרונות הקבועים בסעיפיו הם עקרונות יסוד

האחרונות כדי להטיל על הממשלה המרכזית חובות פוזיטיביות להגן על קבוצות מוחלשות בנושאים כגון הזכות לאוכל במקרים של בצורת חריפה והזכות לחינוך חנם עד גיל ארבע-עשרה. אולם, כפי שמסביר קותרי (Kothari), נכונותו של בית-המשפט העליון ההודי להתערב ולתת צווים אופרטיביים למדינה קשורה לקיומה של ביקורת ציבורית חריפה על התנהגות שלטונית צינית ולתמיכה גורפת בהתערבות של בית-המשפט.¹⁰ כך, למשל, נכונותו של בית-המשפט העליון ההודי לחייב את הממשל המרכזי לסייע לאוכלוסייה חלשה באזורים פגועי-בצורת הייתה קשורה לכך שסירובה של הממשלה לסייע לאוכלוסייה זו נתפס בעיני הציבור כתמוה עד מרגיז, במיוחד לנוכח העובדה שמחסני המזון במקומות אחרים בהודו היו מלאים במזון שעמד להירקב. ההצלחה בהודו בהתדיינויות בנושא זכויות חברתיות קשורה אפוא גם לקיומו של מסע ציבורי מקביל או לקיומו של רצון פוליטי. יתר על כן, קותרי מראה שאפילו ניצחון בתיק אינו סוף הסיפור, אלא רק שלב ראשון בתהליך סבוך של אכיפת פסק-הדין האופרטיבי למימוש הזכות החברתית.

אפילו בדרום-אפריקה, שבה הזכויות החברתיות נהנות מהגנות חוקתיות מפורשות, מצב הדברים רחוק מלהשביע רצון. כפי שמציג זאת דייוויס (Davis), אף שבחוקה הדרום-אפריקאית טמונה השאיפה לערוך טרנספורמציה עמוקה בתודעה הציבורית לכיוון ערכי הכבוד והשוויון, קיים מתח בין מטרה זו לבין המדיניות הכלכלית של ממשלת דרום-אפריקה, אשר חותרת לקדם צמיחה כלכלית תוך אימוץ מדיניות ניאור-ליברלית.¹¹ דייוויס טוען כי בית-המשפט העליון הדרום-אפריקאי אימץ גישה מינימליסטית לזכויות החברתיות, וכי הוא נוטה לקבל באופן סוחף את טענת ההגנה של המדינה בדבר קיומם של משאבים מוגבלים, תוך הסתפקות בהחלת סטנדרט שיפוטי מרוסן מאוד של "סבירות" (השאול מתחום המשפט המנהלי). לטענתו, אמת-מידה כזו אינה מתיישבת עם תפיסה המחייבת התייחסות רצינית לזכויות אלה. המקרה הדרום-אפריקאי מלמד כי גם במקרים שבהם הטקסט החוקתי מעגן את הזכויות החברתיות באופן מפורש, בתי-המשפט המופקדים על אכיפת החוקה מסתייגים עדיין ממתן הגנה חזקה לאותן זכויות. הרטוריקה של זכויות חברתיות בולטת אומנם בפסיקתו של בית-המשפט הדרום-אפריקאי, אולם ההשפעה בפועל

בממשל המדינה" (The provisions contained in this Part shall not be enforced by any court, but the principles therein laid down are nevertheless fundamental in the governance of the country and it shall be the duty of the State to apply these principles in making laws"). ראו גם גיא זיידמן "זכויות חברתיות: מבט השוואתי להודו ולדרום אפריקה" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 347, 356 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

10 Jayna Kothari, *Social Rights Litigation in India: Developments of the Last Decade*, in EXPLORING SOCIAL RIGHTS, לעיל ה"ש 4, 172.

11 Dennis M. Davis, *Socio-Economic Rights: The Promise and Limitation – The South African Experience*, in EXPLORING SOCIAL RIGHTS, שם, 193.

של השריון החוקתי של הזכויות החברתיות על איכות חייהם של המוחלשים בדרום-אפריקה היא זניחה, לפי דיוויס.

ב. ההסבר

בראייה פרוגרסיבית, התמונה המסתמנת מתסכלת: בחלק גדול מחוקות העולם אין כלל הגנה על זכויות חברתיות; בחלק קיימת הכרה בזכויות חברתיות, אך היקף ההגנה שניתן להן מוגבל מאוד; ובחוקות שקיימת בהן הגנה טקסטואלית מפורשת לזכויות אלה, בתי-המשפט מספקים לזכויות האדומות הגנה פחותה מזו הניתנת לזכויות הכחולות. מצב דברים זה מחייב הסבר: היש משהו בגנטיקה של הזכויות החברתיות שמונע אותן מלזכות בהגנה חוקתית חזקה? היש סיבה עניינית לכך שהזכויות החברתיות נתפסות כזכויות מסוג ב? התשובה העולה מן הספר היא שאין סיבה עניינית למצב דברים זה; שקיים חשד שהוא נובע מהטיות של האליטות הכלכליות והשיפוטיות נגד הקבוצות המוחלשות;¹² ושבת-המשפט יכולים וצריכים לספק הגנה חזקה לזכויות האדומות, בדומה לזו שהם מעניקים לזכויות הכחולות.

כדי לשכנע שאין סיבה עניינית להפלייתן לרעה של הזכויות החברתיות, על הכותבים להראות שהן אינן לוקות ב"פגם גנטי" כלשהו.¹³ טענת "הפגם הגנטי", המושמעת תדיר בהקשר של הזכויות החברתיות, היא שבניגוד לזכויות האזרחיות והפוליטיות, מימושן של הראשונות כרוך בהקצאה מסיבית של משאבים. הענקת מעמד חוקתי לזכויות החברתיות תעניק לבתי-המשפט כוח הכרעה משמעותי בשאלות של הקצאה, שכן תהא נתונה להם הסמכות לקיים ביקורת שיפוטית על תוקפם של חוקים אשר מסדירים או מגבילים את הזכויות הללו. מצב דברים זה יעורר בעיה חריפה משום העדר מומחיותו של בית-המשפט בתחום זה ומשום העדר לגיטימציה דמוקרטית לעיסוק שיפוטי בהקצאת משאבים. שוללי העיגון החוקתי של הזכויות החברתיות טוענים כי עיגון חוקתי של זכויות אדומות יוביל ל"שיפוטיות-יתר". לדעתם, בתי-המשפט אינם מיומנים דיים להעריך במדויק ובאופן מקצועי את המידה שבה הממשלה והפרלמנט ממלאים אחר דרישותיהן של זכויות אלה, וגם לא יוכלו לקבוע סטנדרטים ברורים להערכה זו מבלי להיכנס באופן חסר תקדים

12 כך, למשל, Rittich, לעיל ה"ש 4, מסבירה את ההגנה המוגבלת על זכויות חברתיות במשפט הבין-לאומי בקיומם של תהליכים גלובליים אשר אינם מאפשרים מימוש של זכויות חברתיות, ביניהם התנגדות של האליטות לזכויות חברתיות; שחיקה של התמיכה הציבורית במהלכים של חלוקה מחדש; והבעיה הידועה והמצערת של "המירוץ לתחתית" (race to the bottom), קרי, קיומן של מדינות מתחרות שאינן מכירות בזכויות חברתיות ואשר נהנות כתוצאה מכך מיתרון בהתמודדות על השקעות מצד תאגידים בין-לאומיים.

13 המונח "פגם גנטי" נלקח ממאמרו של אהרן ברק "זכויות חברתיות ומעמדן החוקתי" שערים למשפט 1, 6 (2005).

לסוגיות מורכבות של מדיניות כלכלית וחברתית. עיגון חוקתי של זכויות חברתיות, על-פי הטענה, יפר בצורה מסוכנת את עקרון הפרדת הרשויות, ויפגע בעיקרון הדמוקרטי היסודי שלפיו מקור הלגיטימציה של ההסדרים המשפטיים הוא בעם, באמצעות נציגים נבחרים הנושאים באחריות כלפי בוחריהם.

הטיפול שפרופ' מייקלמן (Michelman) מספק לחלק נכבד מהטיעונים נגד שריון חוקתי של זכויות חברתיות הוא מחושב ומעודן.¹⁴ בבסיס מאמרו עומד טיעון חוזי רולסיאני לטובת שריון של זכויות חברתיות, שלפיו בהינתן הנחת רציונליות של הפרטים מאחורי מסך הבערות, כל פרט יתבע הכרה חוקתית במעמדו כאדם חופשי, שווה ובעל יכולת לתרום לחיים הפוליטיים, החברתיים והכלכליים של המדינה. מייקלמן מבסס את התיאוריה שלו במידה רבה על תפיסת הזכויות החברתיות כזכויות של "אזרחות חברתית" – תפיסה שאותה פיתח פרופ' ויליאם פורבא (William Forbath).¹⁵ לפי גישה זו, זכויות של אזרחות חברתית מגשימות ערכים חברתיים חיוניים, שכן הן רואות בהשתתפות החברתית מקור אנושי-אישי לסיפוק, לאנרגייה, לגאווה ולהערכה חברתית, ומכאן ההצדקה לשריון בחוקה. מייקלמן סבור כי יש הפרזה בהדגשת ההבדלים בין הזכויות החברתיות לבין הזכויות האזרחיות והפוליטיות ככל שהדבר נוגע במעורבותו של בית-המשפט בהקצאת משאבים. כפי שמייקלמן מציג זאת, "העובדה שזכויות חברתיות מציגות תביעות תקציביות או תובעות פעולה שלטוניות, ולא רק איסור פעולה, אינה מבחינה בין זכויות אלה לבין הזכות החוקתית לקניין, השוויון לפני החוק או הזכויות השליליות".¹⁶

14 Frank I. Michelman, *The Constitution, Social Rights and Liberal Political Justification*, in EXPLORING SOCIAL RIGHTS לעיל ה"ש 4, 21.

15 William E. Forbath, *Constitutional Welfare Rights: A History, Critique and Reconstruction*, 69 FORDHAM L. REV. 1821 (2001); William E. Forbath, *Caste, Class and Equal Citizenship*, 98 MICH. L. REV. 1 (1999). אולם, כפי שמציינים עורכי הספר במבוא (Daphne Barak-Erez & Aeyal M. Gross, *Introduction: Do We Need Social Rights? Questions in the Era of Globalisation, Privatisation, and the Diminished Welfare State*, in EXPLORING SOCIAL RIGHTS לעיל ה"ש 4, 1, 3), הסוציולוג האנגלי מרשל הוא אשר פיתח לראשונה את המושג "אזרחות חברתית": THOMAS H. MARSHALL & TOM BOTTOMORE, *CITIZENSHIP AND SOCIAL CLASS* 8 (Pluto Press 1992, first published in 1964).

16 Michelman, לעיל ה"ש 14, בעמ' 24.

טיעון זה, המופיע כחוט-השני במאמרים שונים בספר,¹⁷ מוביל את עורכי הספר להצעה לבטל את ההתייחסות לזכויות החברתיות כאל קטגוריה נפרדת של זכויות נחותות, ולהתמקד בטיפוח מובנן החיובי של הזכויות האזרחיות והפוליטיות. העורכים טוענים כי יצירת שתי קטגוריות של זכויות היא מלאכותית ואף מזיקה.¹⁸ היא מלאכותית מכיוון ששתי מערכות הזכויות יונקות מתפיסה של חירות ושוויון, ולכן אין הבדל רלוונטי ביניהן שמצדיק התייחסות שונה אליהן; והיא מזיקה, ראשית, מכיוון שהיא מורידה את הזכויות החברתיות לדרגה נמוכה יותר, ושנית, מכיוון שהיא משרתת מסר שלילי בנוגע לצורך לפתח את מובנן החיובי של הזכויות האזרחיות והפוליטיות.

הואיל ואין – לדעת העורכים ולדעת רוב התורמים לספר – שונות רלוונטית בין הזכויות האדומות לכחולות, הקורא נותר עם התחושה שאי-אפשר להסביר את ההגנה המוגבלת והחלקית שניתנת לראשונות במסמכים בין-לאומיים ובחוקות של מדינות רבות אלא בהטיה פוליטית של אליטות קפיטליסטיות. אני מבקש לטעון כאן שהסבר זה אינו מספק. להטיות פוליטיות של אליטות כלכליות הגמוניות עשויה להיות אומנם השפעה על ההסתייגות השיפוטית מפיתוח הזכויות האדומות, אולם אין לשכוח שלצד אלה קיימים גם שיקולים ענייניים שיכולים להסביר מדוע זכויות אלה מקבלות הגנה שיפוטית דלה בהשוואה

17 Upendra Baxi, *Failed Decolonisation and the Future of Social Rights: Some Preliminary Reflections*, in EXPLORING SOCIAL RIGHTS לעיל ה"ש 4, 41 (המבקר את ההבחנה בין זכויות אזרחיות לבין זכויות חברתיות, שכן בשתי מערכות הזכויות יש לטענתו גם תביעות חיוביות); Yuval Shany, *Stuck in a Moment in Time: The International Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights*, in EXPLORING SOCIAL RIGHTS שם, 77 (המבקר את הטענה שזכויות חברתיות אינן שפוטות, שכן מימד חלוקתי קיים לטענתו גם בזכויות האזרחיות והפוליטיות, ולכן אין הצדקה להתייחסות נבדלת לזכויות החברתיות כאל זכויות מסוג ב); Eva Brems, *Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights*, in EXPLORING SOCIAL RIGHTS שם, 135 (המראה כי לבית-המשפט האירופי יש נטייה גדולה יותר להגן על מובנן החיובי של הזכויות האזרחיות); Kothari, לעיל ה"ש 10 (המצטט את דבריו של מייקלמן בהסכמה); Daphne Barak-Erez & Aeyal M. Gross, *Social Citizenship: The Neglected Aspect of Israeli Constitutional Law*, in EXPLORING SOCIAL RIGHTS לעיל ה"ש 4, 243 (הטוענים כי בית-המשפט העליון בישראל יצר הבחנה מלאכותית בין זכויות חברתיות לבין זכויות אזרחיות, אשר משתקפת, בין היתר, בנכונותו לכלול בגדר הזכות החוקתית לכבוד האדם את הזכויות האזרחיות (ללא הבחנה בין שוליים לגרעין) אך רק את הגרעין של הזכויות החברתיות); Aeyal M. Gross, *The Right to Health in an Era of Privatisation and Globalisation: National and International Perspectives*, in EXPLORING SOCIAL RIGHTS שם, 289 (הטוען כי הזכות לבריאות היא זכות אדם במלוא מובן המילה); Daphne Barak-Erez, *Social Rights as Women's Rights*, in EXPLORING SOCIAL RIGHTS שם, 397 (המצביעה על הקשרים ההדוקים שבין זכויות נשים, שנהוג לשייכן לזכויות אזרחיות ופוליטיות, לבין זכויות חברתיות).

18 כך טוענים, כאמור, ברק-ארז וגרוס במבוא לספרם (Barak-Erez & Gross, לעיל ה"ש 15, בעמ' 7).

לכחולות. שיקולים אלה קשורים, כך אטען, לשיוכן לשתי גישות שונות לשריון חוקתי של זכויות.

ג. שתי תפיסות של שרייון חוקתי של זכויות

ההצדקה העיקרית לשריון חוקתי של זכויות כחולות היא שזכויות אלה חשופות לפגיעות בלתי-מוצדקות מצד המדינה על יסוד שיקולים לא-ענייניים (תפיסת הזכויות כ"טעמים מוציאים"). לעומת זאת, ההצדקה העיקרית לשריון חוקתי של הזכויות האדומות היא שזכויות אלה נתפסות כמגינות על אינטרסים חיוניים ויסודיים של אנשים (תפיסת הזכויות כ"אינטרסים חשובים"). הברדל קונספטואלי זה משפיע גם על התפקיד ששופטים צריכים למלא במימושה של כל אחת ממערכות הזכויות הללו. מימושן של הזכויות מהסוג של "טעמים מוציאים" מתיישב יותר עם חלוקת עבודה סבירה בין שופטים למחוקקים בהשוואה למימושן של זכויות מהסוג של "אינטרסים חשובים", במיוחד באותם מקרים שבהם מימושן של האחרונות כרוך בתביעות להקצאה.

התביעה לביטול ההתייחסות הנבדלת לזכויות הכחולות ולזכויות האדומות היא בעייתית אפוא מכיוון שהיא יוצרת בלבול קונספטואלי בנוגע למטרת השריון של זכויות בחוקה ולמטרות העומדות ביסודו של עקרון הפרדת הרשויות. גם ההצעה לקדם את ההגנה על הזכויות החברתיות בדרך של פיתוח מסיבי של המובן החיובי של הזכויות הכחולות היא בעייתית, מכיוון שהיא חשופה בדיוק לאותה בעיה מוסדית שהעיסוק השיפוטי בחלוקת משאבים מעורר. מהלך כזה עלול לפגוע בחיוניות הקריטית של ההגנה השיפוטית האנטי-רובנית על הזכויות הכחולות, ולדלל את ההגנה עליהן.

1. זכויות כ"טעמים מוציאים"

רונלד דבורקין, בספרו *TAKING RIGHTS SERIOUSLY*, מתחקה אחר אמת-מידה לזיהוי זכויות חוקתיות.¹⁹ הוא פותח בהצגת השאלה הבאה: אם תחליט הממשלה להפוך את שדרות לקסינגטון במנהטן מרחוב דו-סטרי לרחוב חד-סטרי, האם יש לראות בהחלטה זו משום פגיעה בזכות חוקתית יסודית? ייתכן אומנם שבעבור תושבי מנהטן החלטה כזו פוגעת באופן משמעותי יותר באינטרסים חשובים שלהם בהשוואה לפגיעות בחופש הביטוי שלהם; אולם, כך לפי דבורקין, אמת-המידה לזיהוי זכויות יסודיות אינה טמונה אך בחשיבותו של האינטרס, אלא בעיקר בחשד שההליך הדמוקרטי עלול להיות כושל. לטענתו, תהליך דמוקרטי תקין מתקיים רק כאשר מובאות בחשבון ההעדפות הפנימיות של

¹⁹ Ronald Dworkin, *What Rights Do We Have?* in *TAKING RIGHTS SERIOUSLY* 266 (1977).

אנשים (העדפות של אדם לטובת-הנאה שלו מטובין ומהזדמנויות), ולא ההעדפות החיצוניות שלהם (העדפות של אדם לגבי הענקת טובין או הזדמנויות לאחר). הבאה בחשבון של העדפות חיצוניות במסגרת ההליך הדמוקרטי היא בעייתית, מכיוון שהיא מפרה את העיקרון הבסיסי שלפיו "כל אחד שווה קול אחד". עיקרון זה מופר, לפי דבורקין, שכן העדפה חיצונית של אדם נספרת פעמיים: פעם לטובת עצמו ופעם ביחס לאחר.

מכיוון שקשה לדעת בדיוק אילו חוקים התקבלו כתוצאה מהעדפות חיצוניות, יש צורך בקביעת מערכת של זכויות אזרח חוקתיות אשר מגדירות את ההחלטות הפוליטיות העלולות לשקף העדפות חיצוניות חזקות, ולהוציאן מגדר סמכות הכרעתם המלאה של המוסדות הפוליטיים הרובניים.²⁰ ההיסטוריה מהווה את אמת-המידה לזיהוי ההקשרים שבהם עלולות להתקבל החלטות המשקפות העדפות חיצוניות. הקשרים אלה כוללים הגבלת התבטאויות פוליטיות, פגיעה באינטרסים של קבוצות המזוהות כ"אחר" בחברה, הגבלת החירות הדתית ועוד. משמע, מדובר באותם מצבים רווחים שבהם בני-אדם – בהינתן שהם אינם פועלים מאחורי מסך בערות – מבקשים בו-זמנית את חירותם שלהם ואת הגבלת חירותם של ה"אחרים" (כדי לגונן על תפיסת הטוב שלהם מפני עמדתם של אותם אחרים). ההבחנה של דבורקין בין העדפות חיצוניות לפנימיות היא בעייתית מכיוון שייתכנו העדפות פנימיות שהן גזעניות ולכן פסולות (דוגמת הרצון לא להתרועע עם שחורים במקומות בילוי), וייתכנו העדפות חיצוניות לגיטימיות שאינן צריכות להיפסל (כגון העדפות אלטרואיסטיות).²¹ נכון יותר לדבר על העדפות פסולות או שליליות אשר אסור לשלטון להיות מודרך על-ידיהן²² – שיקולים זרים שאסור למקבלי החלטות, כולל המחוקקים במדינה דמוקרטית, לפעול על יסודם. זכויות בהקשר זה הן למעשה "טעמים מוציאים", כלומר, טעמים מסדר שני אשר מתייחסים ופוסלים טעמים מסוימים מסדר ראשון (כגון גזענות, רדיפות דתיות, סתימת פיות ועוד).²³

תפיסת הזכויות כ"טעמים מוציאים" קשורה לתרבות הפוליטית האמריקאית החשדנית ולהיסטוריה של האומה האמריקאית, אשר הוקמה על-ידי פליטים דתיים שברחו מאירופה בשל רדיפות דתיות ופוליטיות. לחשדנות זו כלפי הכוח השלטוני יש השפעה עמוקה על

20 Ronald Dworkin, *DeFunis v. Sweatt*, in *EQUALITY AND PREFERENTIAL TREATMENT: A PHILOSOPHY & PUBLIC AFFAIRS* 63 (Marshall Cohen, Thomas Nagel & Thomas Scanlon eds., 1977)

21 ANDREW KOPPELMAN, *ANTIDISCRIMINATION LAW* : לדיון ביקורתי בגישתו של דבורקין ראו: AND SOCIAL EQUALITY 19–23 (1996)

22 John H. Ely, *Professor Dworkin's External/Personal Preference Distinction*, 1983 *DUKE L.J.* 959 (1983)

23 Richard H. Pildes, *Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law*, 45 *HASTING L.J.* 711 (1994); Iddo Porat, *The Dual Model of Balancing: A Model for the Proper Scope of Balancing in Constitutional Law*, 27 *CARDOZO L. REV.* 1393 (2006)

האופן שבו המשפט החוקתי האמריקאי מאורגן ומעוצב, וזאת בארבעה מובנים עיקריים. ראשית, זכויות נתפסות כאמור כקונסטרוקציות משפטיות המבוססות על הכללות לגבי השפעות של "טעמים מוציאים" על החלטות מסוימות. שנית, החשד במניעי הפעולה של המדינה מוביל להגדרת הזכויות החוקתיות באופן שלילי בלבד, כלומר, להטלת חובות "אל תעשה" על המדינה, וזאת אפילו במקרים שבהם המדינה פועלת לקידום ערכים ליברליים.²⁴ שלישית, הזכויות החוקתיות אינן חלות במערכת היחסים שבין פרטים. בכך החוקה מבטאת, כלשונו של שטראוס, "הטיה ליברטריאנית" לטובת ריסון הכוח המדינתי על-חשבון ריסון הכוח הפרטי.²⁵ החשש הוא שאגב ההחלה של ערכים חוקתיים עמומים ביחסים שבין פרטים, יושפעו השופטים ממערכת הערכים הסובייקטיבית שלהם. רביעית, החשדות האמריקאית אינה עוצרת ביחס כלפי הממשלה. האמריקאים מגלים חשדות גם כלפי ביקורת שיפוטית שבאה להגשים ערכים מהותיים. על-פי תפיסה אמריקאית רווחת, שהחלה להתפתח בעקבות הערת השוליים המפורסמת בעניין *Carolene Products* משנת 1938, שופטים אינם אמורים להגשים ערכים מהותיים, אלא למקד את ביקורתם בהבטחת תקינותו של ההליך הדמוקרטי.²⁶ אמריקאים רבים נוטים לזהות את עיקר תפקידם של השופטים עם אנטי-רובניות, קרי, עם בלימת ניצולו לרעה של הכוח השלטוני, בין היתר באמצעות זיהוי וסילוק (smoking out) של החלטות של הרוב שהתקבלו על יסוד מניעים פסולים.²⁷ מתפיסת הזכויות של דבורקין עולה כי הזכויות האזרחיות והפוליטיות נועדו להטיל הגבלות על המדינה במקרה של חשד לניצול לרעה של הכוח, וככזו היא מתיישבת עם הדוקטרינה החוקתית האמריקאית. לעומת זאת, נראה שרמת החשד בהקשר של זכויות חברתיות אינה מגיעה לאותה דרגה. זכויות חברתיות, מעצם טיבן, מטילות חובות "עשה" על המדינה, כלומר, נקודת המוצא היא שלמדינה שמור תפקיד חשוב בטיפוח הרווחה אישית של הפרט. יתר על כן, הסיכוי שהחלטה להגביל זכויות כחולות תבוסס על מניעים פסולים גדול יותר בהשוואה לזכויות האדומות. זאת, מכיוון שמימושן של הזכויות

- 24 למשל, דוקטרינת ההגינות או דוקטרינת ההעדפה המתקנת. ראו: David P. Currie, *Positive and Negative Constitutional Rights*, 53 U. CHI. L. REV. 864 (1986).
- 25 David A. Strauss, *Persuasion, Autonomy, and Freedom of Expression*, 91 COLUM. L. REV. 334, 361–369 (1991).
- 26 *United States v. Carolene Products. Co.*, 304 U.S. 144, 152 (1938); וראו גם את הספרות שעסקה בפסק-הדין: Bruce Ackerman, *Beyond Carolene Products*, 98 HARV. L. REV. 713 (1985); Lewis F. Powell, Jr., *Carolene Products Revisited*, 82 COLUM. L. REV. 1087 n. 4 (1982); Louis Lusky, *Footnote Redux: A Carolene Products Reminiscence*, 82 COLUM. L. REV. 1093 (1982).
- 27 JOHN H. ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* (1980) לתמיכה בגישה כזו ראו גם Pildes, לעיל ה"ש 23; 107 *Affirmative Actions*, Jed Rubenfeld, YALE L.J. 427 (1997); Jed Rubenfeld, *The First Amendment's Purpose*, 53 STAN. L. REV. 767 (2001).

האדומות כרוך בהקצאה משמעותית יותר של משאבים, ובהינתן שכמות המשאבים מוגבלת, טיעון של העדר משאבים הוא לעיתים תכופות טיעון תקף. נכון אומנם שטיעונים בדבר משאבים מוגבלים משמשים לעיתים קרובות מדי מסווה להטיה אידיאולוגית של קבוצות-אינטרס הגמוניות נגד החלשים בחברה, ונכון שיש הטיה מבנית נגד המשתייכים לקבוצות המוחלשות בצורה שבה המערכת המדינתית בנויה ומתפקדת,²⁸ אולם חשד זה קטן יותר מן החשד הכרוך בהגבלת זכויות אזרחיות ופוליטיות, ובכל אופן – כפי שאראה בחלק ו של המאמר – ניתן להתמודד עימו באמצעות החלת גישה הליכית לביקורת שיפוטית.

2. זכויות כ"אינטרסים חשובים"

גישה שנייה להצדקת שריון חוקתי של זכויות רואה בו כלי הכרחי להבטחת הערכים המהותיים הטמונים בזכויות אלה. זכויות-היסוד נתפסות, לפי גישה זו, ככלי חיוני לפיתוח האישיות ולהגשמה עצמית.²⁹ כך, בעוד גישת "הטעמים המוציאים" לזיהוי זכויות ממוקדת בטיב הטעמים המנחים את המדינה בבואה לפגוע באינטרסים של הפרט, גישת הזכויות כ"אינטרסים חשובים" ממוקדת בחשיבותם הערכית של אותם אינטרסים.

אף שהמשפט החוקתי האמריקאי מזוהה יותר עם תפיסת הזכויות כ"טעמים מוציאים", ניתן למצוא בו ביטוי גם לגישה ערכית זו של זכויות כ"אינטרסים חשובים", וזאת במיוחד בפסיקותיו של שופט בית-המשפט העליון האמריקאי ברנן (Brennan), הסבור כי יש זכויות שהן יסודיות להתנהגותו האנושית של האדם עד כדי כך שאין להפקירן להכרעות פוליטיות של רוב מזדמן.³⁰ חשיבה כזו באה לידי ביטוי בכמה פסיקות של בית-המשפט העליון

28 ראו, למשל: Iris Marion Young, *Justice and the Politics of Difference* 41 (1990). על-פי יאנג, להבדיל מדיכוי במובן המסורתי – שמשמעו עריצות באמצעות הקבוצה השלטת, דוגמת הנאציזם והקומוניזם – דיכוי במובן הנוכחי אינו מתייחס לכוח עריץ שכופה קבוצות חלשות לעשות פעולות או להימנע מלעשותן, אלא לפרקטיקות היומיומיות של חברה ליברלית עם כוונות טובות. אין כאן בהכרח כוונה רעה מצד גורם עריץ. דיכוי במובן המערבי הוא מבני, ואינו נובע מבחירה של כמה אנשים עם מדיניות. שורשיו מצויים בהנחות הסמויות, בנורמות, בנהגים ובסמלים העומדים ביסודם של כללים מוסדיים. אנשים סובלים בצורה חריפה מהשלכותיהן של הנחות בלתי-מודעות במגעיהם הרגילים שלהם, בתקשורת ובסטריאוטיפים התרבותיים. אי-אפשר לבטל את הדיכוי הזה בדרך של היפטרות משליטים עריצים או בדרך של קבלת כמה חוקים חדשים, שכן דיכוי זה משעתק את עצמו במוסדות חשובים בתחום הכלכלה, הפוליטיקה והתרבות. ראו גם: Guyora Binder, *On Critical Legal Studies as Guerrilla Warfare*, 76 *Geo. L.J.* 1 (1987-1988).

29 H.L.A. Hart, *Between Utility and Rights*, 79 *Colum. L. Rev.* 828, 848 (1979); Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* 779 (2nd ed. 1988).

30 ראו את דעת המיעוט של השופט ברנן בפרשת *Herbert v. Landon*, 441 U.S. 150 (1979). ההנחה העומדת ביסודה של תפיסה זו היא שיש זכויות שהן בסיסיות להתנהגות האנושית

האמריקאי, אשר איתר זכויות יסודיות שאין להן ביטוי מפורש בחוקה, כגון הזכות לפרטיות,³¹ חופש התנועה³² והזכות להביא ילדים לעולם.³³ הלוגיקה המט-טקסטואלית שביסוד מהלך שיפוטי כזה היא שזכויות אלה מושתתות על ערכים חיוניים הקשורים לצורך של האדם לממש את עצמו, ולפיכך – וחרף העדרה של הוראה מפורשת בחוקה – יש לתפוס אותן כזכויות יסודיות.

ביטוי מובהק ביותר לגישה ערכית כזו להצדקת שריון חוקתי של זכויות ניתן למצוא בגרמניה שלאחר מלחמת-העולם השנייה. תוצאות המלחמה הבהירו לגרמנים את הצורך לערוך טרנספורמציה ערכית עמוקה בתודעתם של הגרמנים מגזענות להומניזם. כדי לממש מטרה שאפתנית זו, פסק בית-המשפט החוקתי הגרמני, עוד בשנות החמישים, כי על חוקת גרמניה חולש "משטר ערכים מדרגי ואובייקטיבי" (Objective Wertrangordnung).³⁴ זכויות מעוגנות בחוקה הגרמנית בשל חשיבותן הערכית, ומשקלן היחסי נגזר מן המידה שבה הן מקדמות את הערך העליון בחוקה, הוא כבוד האדם.³⁵ לתפיסה חוקתית כזו יש כמה השלכות דוקטרינריות חשובות. ראשית, ריבוי השימוש בשיח של ערכים, שהוא מעצם טיבו מופשט ובלתי-מוגדר, הוביל לפיתוח מושגי זכויות רחבים מאוד בגרמניה, עד כדי כך שנפסק שם כי לאנשים יש זכויות-יסוד להאכיל יונים בפארק, לעשן מריחואנה ולרכב על

ולמשטר הדמוקרטי עד כדי כך שאין להתיר להליך הדמוקרטי הרגיל להתיר פגיעה בהן. לעומת זאת, זכויות שההצדקה לקיומן מושתתת על קידום הרווחה הכללית ניתנות להגבלה לשם הגדלת תועלת הכלל.

31. Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

32. Shapiro v. Thomson, 394 U.S. 618 (1969).

33. Zablocki v. Redhall, 434 U.S. 374 (1978).

34. HAURST DREIER, DIMENSIONEN DER GRUNDRECHT – VON DER WERTORDNUNGSJUDICATURE ZU DEN OBJECTIVE RECHTLICHEN GRUNDRECHTSGEHALTEN (1993), 19.

35. למעשה, כבוד האדם מהווה מעין נקודת שיווי-משקל ארכימדית של המשפט החוקתי הגרמני. כך, למשל, בפרשת Lüth 7 BVerfGE 198 (1958) (להלן: פרשת Lüth) דן בית-המשפט החוקתי בתוקפו של צו מניעה האוסר על אדם לקרוא להחרמת סרטים של יוצר נאצי לשעבר. באותה פרשה נקבע כי חופש הביטוי של הקורא לחרם כלכלי קרוב יותר לערך כבוד האדם מאשר האינטרסים הכלכליים של יוצר הסרטים. בפרשת "מפיסטו" (30 BVerfGE 173 (1971)) דן בית-המשפט בחוקתיותו של צו האוסר פרסום ספר המבוסס על דמותו האוטנטית של שחקן תיאטרון ששיתף פעולה עם המשטר הנאצי. בית-המשפט החוקתי החיל את משטר הערכים המדרגי. הוא בחן את הזיקה שבין הערכים המתנגשים לבין הערך העליון של כבוד האדם, וקבע כי חופש היצירה אומנם קרוב לערך כבוד האדם, אולם שמו הטוב של אדם מהווה חלק בלתי-נפרד מכבוד האדם, ולנוכח הפגיעה בגרעין הזכות לשם טוב, זכות זו גוברת. באופן מפתיע, למרות הזוועות שחוללו הנאצים במלחמת-העולם השנייה, לא אימצו הגרמנים את המודל החשדני האמריקאי. עם זאת, הוראות אחדות בחוקה – כגון עקרון הדמוקרטיה המתגוננת, המבנה הפדרלי של גרמניה, האיסור לפגוע בגרעין הזכויות וקביעת ערך כבוד האדם כערך שפותח את החוקה – מהוות תגובת-נגד על הניסיון ההיסטורי המר.

סוסים.³⁶ שנית, מכיוון שלמדינה שמור תפקיד חשוב בטיפוח הרוחה האישית של האדם, החוקה נתפסת כמעניקה לפרטים גם זכויות חיוביות כלפי המדינה, ולא רק שליליות.³⁷ טיפוח הזכויות החיוביות קשור גם לכך שהערך של מדינת-רוחה מוגדר בחוקת גרמניה כערך שאי-אפשר לשנותו, אף לא באמצעות תיקון חוקתי.³⁸ שלישית, הזכויות והערכים החוקתיים מקרינים גם על ענפי המשפט האחרים, ובכלל זה גם על ענפי המשפט הפרטי. בגרמניה זכויות האדם מחייבות גם גורמים פרטיים, באמצעות פרשנות של מושגי-ססתום במשפט הפרטי (דוקטרינת ה-Drittwirkung).³⁹ רביעית, ביסוד החוקה הגרמנית עומדת תפיסה אורגנית המניחה אמון הדדי ושיתוף-פעולה בין כל האורגנים הפועלים במסגרת הישות הגרמנית לשם הגשמת ערכי-היסוד המבטאים את רוח האומה החדשה. מכיוון שבית-המשפט החוקתי הוא זרוע של הישות האורגנית הגרמנית, הוא אינו נתפס כממלא תפקיד אנטי-רובני, כמו בארצות-הברית, אלא כממלא תפקיד פוליטי מרכזי ביצירת טרנספורמציה ערכית בתודעה הגרמנית.⁴⁰

תפיסה חוקתית הרואה את ההצדקה לשריון חוקתי של זכויות כטמונה בחשיבותן הערכית היא בעייתית בשני מובנים עיקריים. ראשית, אין אמות-מידה ברורות להכרעה בשאלה מהו אינטרס חיוני התורם באופן הדוק לפיתוח אישיותו של האדם⁴¹ או איזה ערך

Mattias Kumm, *Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement*, in *LAW, RIGHTS AND DISCOURSE: THEMES FROM THE LEGAL PHILOSOPHY OF ROBERT ALEXY* 131 (George Pavlokos ed., 2007) (הטוען כי יש כיום נטייה מופרכת בגרמניה לכלול בתוך הזכויות כל מיני אינטרסים שוליים).
David Currie, *Positive and Negative Constitutional Rights*, 53 U. CHI. L. REV. 864 (1986). לדוגמה, בית-המשפט פסק כי ההוראה המבטיחה את החירות לבחור מסלול לימוד מסוים מחייבת את המדינה גם לממן את הלימודים. ראו: 33 BVerfGE 303, 330 (1972). במקרה אחר פסק בית-המשפט החוקתי כי מזכותו של העובר לחיים מתחייב לא רק שביצוע הפלות הוא אסור, אלא שגם על המדינה להגן על העובר מסכנות הנובעות מהשפעתה של הסכיבה החברתית של האם ומתנאי חייה על נטייתה לבחור בהפלה. המדינה צריכה לפעול כדי להבטיח לאישה שמצבה הכלכלי והתעסוקתי לא יורע במקרה שתבחר לא להפיל. ראו את פסק-הדין השני בעניין ההפלות – 88 BVerfGE 203 (1993) (לתרגום פסק-הדין ראו: DONALD KOMMERS, *THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY* 349 (second edition, 1997)).

ס' 20 לחוקת גרמניה. 38

DAVID CURRIE, *THE CONSTITUTION OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY* 182–187 (1995). ראו גם פרשת *Lüth*, לעיל ה"ש 37, בעמ' 48. 39

בית-המשפט החוקתי נתפס באירופה כפתרון ראוי, מכיוון שאין מדובר בביקורת שיפוטית רגילה (אשר אירופים רבים התנגדו לה, במיוחד בשמאל), אלא באורגן שהוא פוליטי במידה רבה, חלק מן המדינה. ראו: ALEC STONE SWEET, *GOVERNING WITH JUDGES: CONSTITUTIONAL POLITICS IN EUROPE* 40 (2000).

אישיותו של האדם היא סובייקטיבית באופן מובהק, וקשה לקבוע לה אמת-מידה אובייקטיבית ושפיטה. בפרשת *Rochin v. California*, 342 U.S. 165, 172 (1952), רמז בית-המשפט העליון האמריקאי לאמת-מידה הבוחנת את תרומתה של הזכות הנתונה לחיים בעלי

מקדם יותר את הערך העליון של כבוד האדם.⁴² קושי זה מתעצם כאשר הטקסט החוקתי אינו מגן כלל על אותו אינטרס או כאשר הוא אינו מדרג אותו בין זכויות או ערכים שונים, ולכן אין אמות-מידה ברורות לדירוג כאמור.⁴³ שנית, גישה ערכית לזיהוי הזכויות אינה מנביעה באופן לוגי תפיסה מרחיבה של זכויות, אולם המציאות מלמדת ששופטים הפועלים בסביבה חוקתית כזו נוטים לאמץ מושגי זכויות רחבים, תוך הגדלת היקף התחומים הכפופים לביקורת שיפוטית חוקתית.⁴⁴ תפיסה חוקתית כוללתית,⁴⁵ המרבה לזהות אינטרסים כחיוניים או כיסודיים, עלולה להוביל לכך שבת-המשפט יאלצו, כעניין שבשגרה, לאזן בין זכויות וערכים מתנגשים. הנסיונות החוזרים ונשנים "לצבוע" את המתודולוגיות השונות לעריכת איזונים, דוגמת דרישת המידתיות, כאנליטיות,

משמעות של אדם, וזאת מתוך התייחסות להיסטוריה, למסורת, לקיומן של אמות-מידה קהילתיות נאורות ולהסכמה חברתית. פסיקה זו עוררה ביקורת רבה. ELY, למשל, סבר שכאשר שופטים מעצבים את ערכי-היסוד, הם עושים זאת בהתאם לערכיו של המעמד הבינוני-הגבוה. לטעמו, קשה להסביר מדוע התפיסות של הזכויות האזרחיות והפוליטיות הן ה"יסודיות", בעוד ההגנה על זכויות חברתיות הינה "חשובה" בלבד, ולא "יסודית". ELY, לעיל ה"ש 27, בעמ' 43–47. ראו גם את ביקורתו של: ROBERT H. BORK, THE TEMPTING OF AMERICA: THE POLITICAL SEDUCTION OF THE LAW 60 (1990), שלפיה בית-המשפט מחליט מהן הזכויות היסודיות לפי תפיסתו האישיות של כל שופט; וכן את תהייתו של השופט הרלן (Harlan) בפרשת Shapiro v. Thomson, 394 U.S. 618 (1969), בדבר מקור כוחו של בית-המשפט לקבוע מהן הזכויות היסודיות ולתת להן הגנה מיוחדת.

42 Carl Schmitt, *Die Tyrannei der Werte*, SAKULARIZATION UND UTOPIA: ERNST FORSTHOFF ZUM 65. GEBURTSTAG 37, 45 (Deoring und Greve Hrsg., 1967); Wolfgang Zeidler, *Grundrechte und Grundenscheidungen der Verfassung im Widerstreit*, 53 DEUTSCHEN JURISTENTAGES 1–29 (1980); Erhard Denninger, *Freiheit – Wertordnung – Pflichtordnung: Zur Entwicklung der Grundrechtjudicatur des Bundesverfassungsgericht*, 30 JURISTENZEITUNG 545 (1975); Helmut GEORLICH, WERTORDNUNG UND GRUNDGASSETZ 140 (1973); KLAUS STERN, DAS STAATSRECHT DER BUNDESREPUBLIK DEUTCHLAND, Band III/1 913 (1988).

43 Erhard Klein, *Preferred Freedoms-Doktrin und Deutsches Verfassungsrecht in Grundrecht*, SOCIAL ORDNUNG UND VERFASSUNGSGERICHTSBARKEIT: FESTSCHRIFT FÜR ERNST BENDA ZUM 70 GEBURSTAG 135 (E. Klein Hrsg., 1995) (המצביע על אי-התאמת הדוקטרינה האמריקאית של הזכויות המועדפות לתנאים של המשפט החוקתי הגרמני).

44 בישראל בית-המשפט מכליל בתוך הזכות לכבוד האדם קשת של זכויות נוספות הקשורות באופן הדוק לאוטונומיה של הרצון החופשי. ראו הלל סומר "הזכויות הבלתי-מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח 257 (1997). זה המצב גם בגרמניה (ראו Kumm, לעיל ה"ש 36 וכן Kumm, להלן ה"ש 45). מעניין שגם בארצות-הברית, באותם מקרים ספורים שבהם השתמש בית-המשפט באמת-מידה של חשיבות הזכות, הוביל הדבר להכרה בזכויות חוקתיות נוספות שאינן מנויות בצורה מפורשת בחוקה.

45 כן מכנה קום את הגישה הגרמנית. ראו: Mattias Kumm, *Who's Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law*, 7 GERMAN L.J. 341 (2006).

כאובייקטיביות וכמדעיות⁴⁶ אינם צולחים בדרך-כלל, והכרעות שיפוטיות "איזוניות" חשופות לבעיה חריפה של סובייקטיביזם שיפוטי.⁴⁷ כפי שהציג זאת ביקל (Bickel), איזונים שיפוטיים ועיסוק שיפוטי בשאלות של מדיניות הם בעייתיים, דווקא מכיוון שהפורום השיפוטי הוא עצמאי, סביל ונבדל. נבדלות זו מונעת מבית-המשפט גישה למכלול האינטרסים והשיקולים של כלל האזרחים במדינה – גישה שהיא תנאי לעיצוב מדיניות ראוייה.⁴⁸

זכויות כחולות (המשתייכות לקטגוריה של זכויות כ"טעמים מוציאים") אינן חשופות באותה דרגה לבעיות מסוג זה. הן מוגדרות באופן צר יותר, המותר תחום פעולה שלטוני רחב מחוץ לביקורת שיפוטית חוקתית, ומימושן אינו כרוך בדרך-כלל באיזונים, אלא באיתורם ובסילוקם של אותם מניעים פסולים (תוך התמקדות במבחני הקשר אמצעי-מטרה המצויים ב"פסקת ההגבלה" הכללית או בזו הפנימית להתוויית הזכות המוגנת). זכויות חברתיות, לעומת זאת, הן זכויות מהסוג של "אינטרסים חשובים". הטענות המוצגים לטובת ההגנה עליהן קשורים לחשיבותן לערכים חיוניים – כגון פיתוח הרווחה האישית של האדם,⁴⁹ פיתוח האוטונומיה שלו⁵⁰ והערך הדמוקרטי שבאזרחות חברתית – ופחות לחשד

46 ביטוי מובהק לניסיון להציג את האיזון כסוג של חשיבה מדעית אפשר למצוא אצל: ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS (2002). לדיון טוב בהקשר של הפסיקה הישראלית ראו מיכאל דן בירנהק "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית-המשפט העליון בהכרעות ערכיות" מחקרי משפט יט 591 (2003).

47 ראו: Burt Neuborne, *Notes for a Theory of Constrained Balancing in First Amendment Cases: An Essay in Honor of Tom Emerson*, 38 CASE W. RES. L. REV. 576, 578 (1988) ("judicial balancing has been subjected to deserve academic criticism... because it licenses a judge to engage in overtly subjective decision-making that replicates and occasionally displaces, identical thought-processes already carried out by a politically responsible official").

48 ALEXANDER BICKEL, THE SUPREME COURT AND THE IDEA OF PROGRESS 175 (1970).

49 Katherine G. Young, *The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content*, 33 YALE J. INT'L L. 113, 133–134 (2008). ראו גם את דבריו של השופט אדמונד לוי בעניין מחויבות, לעיל ה"ש 3, פס' 1 לפסק-דינו: "הזכות לקיום אנושי בכבוד הנה חלק בלתי-נפרד מהזכות לכבוד האדם. קשה להפריז בחשיבותה של זכות בסיסית זו. "חיים המתאפיינים במאבק תמידי לתנאי מחיה בסיסיים עומדים בסתירה מוחלטת לרעיון של כבוד האדם" ... היא משמשת תנאי ואין-בלתו ליכולת לממש זכויות-יסוד אחרות, שהרי, בלשונו היפה של השופט זמיר, "אסור שזכויות האדם ישמשו רק את האדם השבע, צריך שכל אדם יהיה שבע, כדי שיוכל ליהנות, למעשה ולא רק להלכה, מזכויות האדם" ... חירות אמיתית – הכוללת אף את החירות ממחסור – אינה אפשרית מבלעדיה..."

50 JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM (Oxford University Press 1988, first published in 1986). לפי רז, האידיאל של אוטונומיה מחייב את המדינה לדאוג לקיום מגוון של אפשרויות שביניהן יוכלו אנשים לבחור, שכן בלא קיומו של מגוון כזה החופש לבחור חסר משמעות. מי שמבלה את כל חייו בנסיונות להתחמק מחיה טרפת המבקשת את נפשו אינו

לגבי טיב המניעים העומדים ביסוד הגבלתן. עם זאת, קשה לומר שקיים "קונסנזוס חופף" (overlapping consensus), במובן שאותו טבע רולס,⁵¹ לגבי ההצדקות להגנה מיטבית על זכויות אלה. הזכויות האדומות מזוהות עם השמאל הפרוגרסיבי, אשר תובע לרסן את כוחות השוק וקורא למדינה לגלות מעורבות גדולה יותר בהגנה על זכויות של קבוצות מוחלשות בחברה. לעומתם, ליברטריאנים וחסידיו שוק חופשי סבורים שהמדינה צריכה לצמצם עד למינימום את התערבותה בשוק. מחלוקת זו הובילה את רולס לקבוע, בספרו POLITICAL LIBERALISM, שכללי הצדק אינם מכריעים בשאלת הבעלות על אמצעי הייצור או בשאלת הלגיטימיות של התערבות הממשלה בשוק.⁵² לשיטתו, יש להסתפק בהגנה על היבטים חיוניים ומינימליסטיים של הזכויות החברתיות, שאותן הוא מכילל בגדר "טובין ראשוניים" (primary goods).

יתר על כן, ההיבט ההקצאתי המשמעותי הכרוך במימושן של הזכויות החברתיות הופך אותן לבעייתיות במיוחד, וזאת במסגרת – שהיא כאמור בעייתית מלכתחילה – של תפיסת הזכויות כ"אינטרסים חשובים". איזונים שיפוטיים בשאלות של הקצאה מעוררים קושי חמור עוד יותר מהבחינה המוסדית (בהשוואה לאיזון בין ערכים), שכן לפורום השיפוטי אין הראייה המוסדית הכוללת הנדרשת לשם הכרעה בשאלות של הקצאה. בהינתן משאבים מוגבלים, קבלת תביעה משפטית להקצאה שקולה לקפיצה לא-הוגנת ל"ראש התור".⁵³ הפורום השיפוטי, יש לזכור, מתאים להכרעות בסכסוכים פרטניים בין מספר מוגבל של מתדיינים. מכיוון שקבלת תביעה שהמדינה תקצה משאבים למטרה מסוימת כרוכה תמיד בפגיעה באנשים אחרים, על העותרים לצרף את כל מי שעלול להיפגע מההכרעה השיפוטית. כך נוצרת בעיה של צירוף מספר אין-סופי כמעט של משיבים, דבר ההופך את הפורום השיפוטי לפורום לא-מתאים – בהשוואה לפורומים הייצוגיים, ובעיקר בהשוואה למחוקק – להכרעה בשאלות של הקצאה.⁵⁴

בעיה זו מחריפה לנוכח הקושי השיפוטי לקבוע מה הסף הנדרש לצורך מימוש הזכות החברתית. בעוד מימושן של זכויות מהסוג של "טעמים מוציאים" כרוך לרוב במתן צו "אל

אוטונומי, במובן זה שאין בידי מגוון אפשרויות לבחור מהן מלבד הבחירה בין המשך נסיונותיו להתחמק מהחיה לבין ויתור על המאבק.

51 JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM (Columbia University Press 1995, first published in 1993). המושג "קונסנזוס חופף" הוא מושג פוליטי, ולא אפיסטמולוגי, כלומר, הוא נובע מהתובנה שיציבותן של דמוקרטיות ליברליות מערביות נובע מהסכמה בפועל של רוב האזרחים לשיטת משטר המבוססת על עקרונות של חירות ושוויון.

52 שם, בעמ' 338 (אי-אפשר לקבוע מסמרות בשלב המקורי בשאלת עדיפותו של הקפיטליזם על הסוציאליזם).

53 MARK KELMAN & GILLIAN LESTER, JUMPING THE QUEUE: AN INQUIRY INTO THE LEGAL TREATMENT OF STUDENTS WITH LEARNING DISABILITIES 195–226 (1997).

54 Lon Fuller, *The Form and Limits of Adjudication*, 92 HARV. L. REV. 353 (1978). כן ראו: DAVID M. BEATTY, THE ULTIMATE RULE OF LAW 124–125 (2004).

תעשה", לשופטים אין מומחיות מוסדית לקבוע את היקף ההקצאה הנדרש לשם מימושה של הזכות החברתית החוקתית, ואין להם ההבנה הנדרשת בתחום החברתי-הכלכלי. כפי שהציג זאת השופט גולדברג בעניין בנק המזרחי, תהליך של הגבלת זכויות בתחום החברתי-הכלכלי הוא תהליך "מורכב המושתת הן על מדיניות והן על רזי חישובים אקטואריים סבוכים, אשר לא אחת שנויים במחלוקת בין כלכלנים"⁵⁵. אפשר אומנם לטעון שמומחיות היא דבר נרכש – ששופטים יכולים לרכוש מומחיות בתחום החברתי, בדיוק כפי שהם למדו להכריע בהתדיינות בנושאים של רשלנות רפואית – אולם קו הגנה זה בעייתי מכיוון שהוא מבוסס על טיעון מעגלי (תמיד יהיה אפשר לטעון ששופטים יכולים לרכוש מומחיות בכל נושא), המעקר מכל תוכן את משמעותו של המושג "מומחיות מוסדית"⁵⁶.

3. הניקיון של ההבחנה הקונספטואלית

בטרם אפנה להגדיר את התפקיד שבת-המשפט צריכים למלא בהגנה על זכויות חברתיות, ברצוני להתייחס לטענות אחדות שעשויות להתעורר בנוגע לנקיונה של ההבחנה הקונספטואלית בין שתי הגישות לשריון של זכויות חוקתיות ולשיוכן של הזכויות הכחולות והאדומות אליהן.

טענה ראשונה תהיה ששתי הגישות להצדקת שריון חוקתי הן מצטברות, ואינן מוציאות זו את זו. כך, החשד לקיומו של הליך פגום בעת פגיעה באינטרסים מסוימים מהווה בארצות-הברית תנאי הכרחי לשריון חוקתי, אבל לא תנאי מספיק. הזכויות החשודות הן גם זכויות שנתפסות כמשרתות ערכים ליברליים חשובים.⁵⁷ מן הצד האחר ניתן לטעון גם שהמשמעות הערכית הקריטית המיוחסת בגרמניה לערך של כבוד האדם קשורה לשימוש שעשו הנאצים בבני-אדם כאמצעים בלבד. אולם בעובדה ששני קווי ההצדקה לשריון חוקתי

55 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 576 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי).

56 ברק-ארז וגרוס טוענים בצדק במבוא לספרם (Barak-Erez & Gross, לעיל ה"ש 15, בעמ' 8) כי התדיינות משפטיות שקשורות לזכויות כחולות, דוגמת חופש הביטוי, עשויות להיות מורכבות וכרוכות בהערכת סיכונים – למשל, לבטחון המדינה – לא פחות מהתדיינות הקשורות לזכויות אדומות. אולם על טיעון זה ניתן להשיב כי אף אם מורכבותה של כל הכרעה בשאלה חברתית דומה לזו של הכרעה בנוגע לזכות כחולה, המינוח הגבוה יותר של עיסוק בשאלות של הקצאת משאבים בסוגיות חברתיות הופך את המורכבות הטיפוסית של הכרעות לגבי זכויות אדומות לגדולה יותר.

57 למעשה, ככל שעל הפרק עומד אינטרס יסודי יותר של אדם, הנטייה לגלות חשדנות גדלה. ראו, למשל, מחקרים מתחום הפסיכולוגיה הקוגניטיבית, שמהם עולה כי החשד של בני-אדם גדל כאשר על הפרק עומד אינטרס חיוני, כגון רכישת דירה. Steven Fein, *Effects of Suspicion on Attributional Thinking and Correspondence Bias*, 70 J. PERSONALITY & SOC. PSYCHOL. 1164, 1165 (1996).

עשויים לפעול באופן מצטבר במשפטן החוקתי של מדינות אין כדי לפגוע בהבחנה הקונספטואלית בין שתי הגישות. נוסף על כך, קשה להתכחש לכך שהתפיסה החשדנית להצדקת שריון חוקתי של זכויות דומיננטיות יותר בארצות-הברית, בעוד התפיסה הערכית דומיננטית יותר בגרמניה. לכן נכון יותר למקם את שתי המדינות בנקודות שונות על-גבי רצף שבין שתי הגישות, כך שארצות-הברית קרובה יותר לקוטב החשדני של ההצדקות לשריון חוקתי של זכויות, בעוד גרמניה קרובה יותר לקוטב הערכי.

טענה שנייה תשלול את שיוכן של הזכויות הכחולות לתפיסת הזכויות כ"טעמים מוציאים" ואת שיוכן של הזכויות החברתיות לתפיסת הזכויות כ"אינטרסים חשובים", מכיוון שגם מימושן של הזכויות האזרחיות והפוליטיות כרוך בהקצאה, ולכן ההגבלות המוטלות עליהן אינן מבוססות בהכרח על מניעים פסולים. כך, הזכות להליך הוגן מחייבת הקמת מערכת של בתי-משפט; מימוש הזכות להפגין מחייב הקצאת שוטרים להגנה על המפגינים; והזכות לקניין מחייבת הקמת כוח שיטורי להבטחת מימושה.⁵⁸

טענה זו מזכירה את הוויכוח שהתקיים בחוגים אקדמיים בארצות-הברית עם קבלתו של Americans with Disabilities Act בתחילת שנות התשעים. ביחס לחוק זה (הדומה לחוק הישראלי לשוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות, משנת 1998)⁵⁹ נטען שהוא מהווה ניתוק מהתפיסה המקובלת של איסור הפליה,⁶⁰ ושהוא טובע מושג חדש של שוויון,⁶¹ שכן הוא מכיר בזכותו של אדם עם מוגבלות לתבוע חלוקה מחדש במסגרת זכותו ל"התאמה סבירה". כריסטיין ג'ולס (Christine Jolls), לעומת זאת, הראתה באופן משכנע כי הדרישה להתאמות ולהקצאה כבר מוטמעת עמוק בדוקטרינות הקיימות בארצות-הברית בנוגע לעקרון איסור

58 יוסף מ' אדרעי "זכויות אדם וזכויות חברתיות" ספר ברנוון כרך שני – בני סברה 45, 74 (אהרן ברק וחיים ברנוון עורכים, 2000): "גם הכרה בזכויות אזרחיות עולה במשאבים. הכרה גרידא בחופש הביטוי אינה עולה משאבים, אך כך גם בעצם ההכרה גרידא בזכות לחינוך, לעבודה או לבריאות. ואולם, גם הזכויות האזרחיות המובהקות, בפירושו הנאור של בית המשפט העליון שלנו, עולות ממון. הכרה בכבוד האדם מחייבת בניית מתקני כליאה אנושיים; הכרה בחופש ההפגנה מצריכה משאבים ציבוריים, וכך גם כיבוד זכותו של הציבור לדעת. הכרה סתם בזכות החיים אינה עולה בישראל ולא כלום, ואולם ההגנה על זכות זו עולה בישראל יותר מכל זכות אחרת. הזכות לחופש האמונה בפירושה בישראל מביאה למימונו של משרד הדתות, והכרה בזכות הקניין עולה ממון רב בהפעלת מערכת השמירה על הרכוש הפרטי באמצעות מערכת המשפט, המשטרה וזרועות אכיפת החוק."

ראו גם בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל (פורסם בנבו, 12.12.2006).

59 חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998, ס"ח 152; Americans with Disabilities Act of 1990, Pub. L. No. 101-336, 104 Stat. 327 (1990).

60 Samuel Issacharoff & Justin Nelson, *Discrimination with a Difference: Can Employment Discrimination Law Accommodate the Americans with Disabilities Act?* 79 N.C. L. REV. 307, 315 (2001).

61 Linda Hamilton-Krieger, *Foreword-Backlash Against the ADA: Interdisciplinary Perspectives and Implications for Social Justice Strategies*, 21 BERKELEY J. EMPL. & LAB. L. 1 (2000).

ההפליה שנקבע בחקיקה מסועפת של איסור הפליה, כגון באיסור ההפליה התוצאתית ובאיסור ההפליה הסטטיסטית.⁶² אף שג'ולס הסתפקה בטיעון דסקריפטיבי, היו שגזרו ממנו גם טיעון נורמטיבי שלפיו המובן השלילי של עקרון איסור ההפליה ומובנו החיובי משרתים מטרת זהות: למגר את מצב הפיפות של קבוצות מודרות בחברה.⁶³

אכן, אי-אפשר להתכחש לעובדה שבתי-המשפט ברחבי העולם פיתחו מובנים חיוביים של הזכויות האזרחיות והפוליטיות, וכי מימושן כרוך לא אחת בהקצאת משאבים.⁶⁴ אולם תהא זו טעות להניח שזה מצב הדברים השכיח ככל שהדבר נוגע בזכויות הכחולות. זכויות אלה נתפסות לרוב כזכויות שליליות, קרי, כמציבות תביעה למדינה לא לצנזר, לא לשקול שיקולים גזעניים, לא לכפות תפיסות דתיות או מוסרניות וכדומה. הצגת תביעה להקצאה לצורך מימוש זכויות אלה היא עדיין החריג לכלל, ואינה בגדר מצב הדברים השכיח.⁶⁵ קיים אפוא הבדל דרגה מבחינת היקף ההיבט ההקצאתי הנדרש לשם מימושה של כל אחת ממערכות זכויות אלה.

נראה גם שבחלק מהמקרים שבהם פיתח בית-המשפט העליון בישראל את מובנן החיובי של הזכויות הכחולות היו סיבות רציניות לחשוד כי טיעון העלויות שהציגה המדינה שימש מסווה למניעים פסולים. אפשר להדגים זאת באמצעות התייחסות לפסיקתו של בית-המשפט העליון בעניין אליס מילר, אשר נהוג להביאה כדוגמה לפיתוח המובן החיובי של עקרון איסור ההפליה ושל זכויות כחולות בכלל.⁶⁶ באותה פרשה טענה המדינה כי סירובה לגייס נשים לקורס טיס אינו נובע מתפיסות מינניות (סקסיסטיות) פסולות (המגולמות במימרה המגונה "הטובים לטיס, הטובות לטייסים"), אלא מן העלויות הכרוכות במימושה של מדיניות שוויונית זו.⁶⁷ אולם מכיוון שהעלויות הכרוכות בהתאמת קורס הטיס לנשים היו בעיקרן עלויות-מְעַבֵּר (או עלויות זניחות אחרות שהיה אפשר להתגבר עליהן בקלות), התעורר החשד שהן הועלו כרציונליזציה של מניעים פסולים. השילוב של עלויות תשומה זניחות עם הבחנות "חשודות" בנוגע לקבוצות המזוהות עם ה"אחר" בחברה עורר את

Christine Jolls, *Commentary: Antidiscrimination and Accommodation*, 115 HARV. L. REV. 642 (2001).

Samuel Bagenstos, "Rational Discrimination," *Accommodation, and the Politics of (Disability) Civil Rights*, 89 VA. L. REV. 825 (2003).

STEPHEN HOLMES & CASS R. SUNSTEIN, *THE COST OF RIGHTS: WHY LIBERTY DEPENDS ON TAXES* (1999).

Mark Kelman, *Market Discrimination and* : במאמרו החשוב: *Groups*, 53 STAN. L. REV. 833 (2000).

בג"ץ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995).

שם, פס' 11 לפסק-הדין. כך, למשל, בין העלויות שצוינו במסגרת תצהיר שהוגש לבית-המשפט בעניין זה, מנתה המדינה את תקופת השירות הצבאי הקצרה יותר של נשים (בין היתר, בשל תקופות היריון), שבעטייה תושג "תפוקה פחותה" מנשים טייסות, ואת עלות התאמתם של המתקנים הצבאיים לנשים טייסות.

החשד בדבר קיומם של מניעים פסולים. אכן, עיון בפסיקות נוספות שבהן נידונו ונדחו טענות בדבר קיומן של עלויות (לרוב זניחות) בהקשרים של קבוצות "חשודות" – כגון ערבים,⁶⁸ נשים⁶⁹ ואנשים זקנים⁷⁰ – מראה מדוע יש סיבה רצינית לחשוד שנעשה בהן שימוש כרציונליזציה של גזענות, מינניות (sexism) וגילנות (ageism), בהתאמה.⁷¹ ביטול ההבחנה בין הזכויות הכלולות לזכויות האדומות ופיתוח מסיבי של מובן החיובי של הראשונות, כפי שמציעים עורכי הספר שלפנינו, עלול ליצור בלבול קונספטואלי ולטשטש את מובנה המקורי של כל אחת ממערכות הזכויות. עקרון "היושרה שבחוק" (Integrity in the Law) של דבורקין מחייב את בתי-המשפט לפתח דוקטרינות משפטיות באופן הדומה לכתיבת רומן ספרותי בשרשרת. שופטים, כמו כל אחד מהכותבים בשרשרת הספרותית, חייבים לשמור על עקביות ביחס להיגיון של הדברים שנכתבו קודם, ובכך להעניק ליצירה השיפוטית הכוללת את הלכידות ההכרחית.⁷² החשש הוא שהימצאות כללים משפטיים המבוססים על לוגיקות שונות באותה אכסניה עלולה ליצור בלבול וחוסר לכידות באופן שבו בתי-המשפט מפרשים את הכלל המשפטי, ולענייננו – להוביל להתרופפותן של ההגנות המשפטיות ההחלטיות אשר ניתנות (או אמורות להינתן) לזכויות הכחולות בישראל.⁷³

ד. גישה דמוקרטית "עם שיניים" לזכויות חברתיות

בדמוקרטיה חוקתיות שבהן שופטים מופקדים על אכיפת הנורמות החוקתיות מתעוררת אפוא בעיה משמעותית בשריון חוקתי של זכויות חברתיות, בעיקר בשל הספקות הרציניים

- 68 בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 27.2.2006) (להלן: עניין ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל), שם פסק בתי-המשפט שהתקיימה הפליה תוצאתית בחלוקת המשאבים למגזר הערבי, כאשר בנסיבות העניין היה אפשר לחשוד שמדובר בהפליה מכוונת.
- 69 לדיון בטיעוני עלויות בהפליה נגד נשים בהיריון כמסווה למינניות ראו: Diana L. Zimmerman, *Geduldig v. Aiello: Pregnancy Classifications and the Definition of Sex Discrimination*, 75 COLUM. L. REV. 441, 444 (1975).
- 70 דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330 (2000); בג"ץ 6051/95 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(3) 289 (1997) (עלויות בהעסקת דיילים מבוגרים כמסווה לגילנות).
- 71 לעיתים גם הסתמכות תמת-לב ורציונלית על הכללות קבוצתיות שמנבאות עלויות עלולה להזין ולהעצים הכללות לא-רציונליות נגד קבוצות פגיעות, ולתת בכך הסבר "רציונלי" לעמדת הנחיתות המוסרית והחומרית של קבוצות מסוימות. ראו: Cass R. Sunstein, *The Anticaste Principle*, 92 MICH. L. REV. 2410, 2418 (1993); Owen M. Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause*, 5 PHIL. & PUB. AFF. 107, 157 (1976).
- 72 RONALD DWORKIN, *LAW'S EMPIRE* 228–232 (1986).
- 73 ראו את ההתייחסות בחלק ה להלן לעניין מחויבות, לעיל ה"ש 3.

לגבי התאמת הפורום השיפוטי לאכיפת זכויות אלה. אולם מכך לא נובעת בהכרח המסקנה ששופטים אינם צריכים לספק מידה של הגנה לאינטרסים החיוניים של האזרחים, כולל בעת מימוש זכויותיהם החברתיות.

קודם לכן אמרתי כי ככלל הגבלות על זכויות אדומות "חשודות" פחות מהגבלות על זכויות כחולות. אולם אי-אפשר להשתחרר עדיין מן החשד שהשימוש בטיעונים של משאבים מוגבלים עלול, במקרים מסוימים, לשמש סיפור-כיסוי נוח להסוואת הטיות מצד האליטות הכלכליות כלפי המוחלשים בחברה. גם העובדה שזכויות חברתיות קשורות לאינטרסים חיוניים של בני-האדם, ושהעדרן עלול לפגוע בהליך הדמוקרטי עצמו,⁷⁴ מחייבת את בית-המשפט להשגיח בשבע עיניים שהגבלת הזכויות התקיימה בהליך תקין. כפי שאראה, אימוץ גישה הליכית "עם שיניים" בביקורת שיפוטית על הגבלות של זכויות חברתיות לא רק מתיישב עם תפיסה נכונה של עקרון הפרדת הרשויות, אלא עשוי גם להעניק הגנה חזקה יותר לאותן זכויות בהשוואה להגנה הניתנת להן במסגרת התפיסה הקיימת במשפט החוקתי הישראלי.

מורשתו של נשיא בית-המשפט העליון לשעבר אהרן ברק היא "גרמנית" יותר מאשר "אמריקאית", כלומר, תואמת יותר את תפיסת הזכויות כ"אינטרסים חשובים" מאשר את תפיסתן כ"טעמים מוציאים". בתקופת כהונתו הדומיננטית של ברק, אימצו שופטים מושגי זכויות רחבים,⁷⁵ הכירו במובן החיובי של זכויות,⁷⁶ החילו זכויות חוקתיות במשפט הפרטי,⁷⁷ ופעלו באופן נמרץ לעיצוב תודעה דמוקרטית ליברלית.⁷⁸ אולם תפיסה "גרמנית" רחבה זו לא סייעה בטיפוח הגנה חזקה לזכויות החברתיות במשפט הישראלי. אף שבית-המשפט העליון היה נכון להכיר בהיבטים מינימליים של זכויות אלה כחלק מהזכות

74 Frank I. Michelman, *Welfare Rights in a Constitutional Democracy*, 1979 WASH. U. L.Q. 659, 674–680 (1979).

75 אנחנו חיים כיום בעידן שבו כל אינטרס כמעט מוגדר כזכות. הנטייה בישראל היא לכלול בגדר כל זכות קשת גדולה של אינטרסים אישיים, ולמקד את הדיון בתוקפן של ההגבלות המוטלות עליהם (במסגרת תנאיה של פסקת ההגבלה). ראו לעניין זה בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 5–6 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 20.8.2008).

76 בג"ץ 7081/93 שחר בוצר נ' מועצה מקומית "מכבים-רעות", פ"ד נ(1) 19 (1996); בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל (פורסם בנבו, 12.12.2006).

77 ת"א (שלום י-ם) 11258/93 אברהים נעאמנה נ' קיבוץ קליה (פורסם בנבו, 1.9.1996) (להלן: עניין נעאמנה); ת"א (שלום ת"א) 15/97 שמסיאן נ' מסעדת גני רוזמרי (פורסם בנבו, 12.1.1999); ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992); אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 163 (יצחק זמיר עורך, 1993).

78 מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת (2008); אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית (2004).

החוקתית לכבוד האדם, נכונותו של בג"ץ לקבל עתירות למימוש זכויות חברתיות נותרה צרה מאוד, והשפעתה של זו על קידום רווחתם של העניים בישראל היא זניחה עד אפסית.⁷⁹ חודשים ספורים לפני פרישתו של אהרן ברק מבית-המשפט העליון, הציע השופט גרוניס הצעה יריבה לזו של ברק לחלוקת עבודה בין מחוקקים לבין שופטים. בהשראת התפיסה ההליכית של אילי (Ely), קרא גרוניס למקד את הביקורת שיפוטית בתיקון כשלים בהליך הדמוקרטי (כגון אי-נשיאה באחריות, פגיעה בזכויות פוליטיות, הפליית מיעוטים פגיעים). על-פי גישתו של אילי (כפי שהיא מנוסחת בפסק-דינו של השופט גרוניס): "בית המשפט אמור לדאוג לכך שהרשויות האחרות לא תפגענה בהסדרים המאפשרים להביא לידי שינוי פוליטי. הוא מקביל את תפקידו של בית המשפט לזה של שופט במשחק ספורטיבי... האחרון אינו אמור להשפיע בהחלטותיו על תוצאותיו של המשחק, אלא עליו להקפיד על כך שהספורטאים ישחקו על פי כללי המשחק."⁸⁰ ולענייננו: לשופטים אסור להטות את תוצאות המשחק הפוליטי שבין הכחולים לבין האדומים, שכן אין להם המומחיות והלגיטימציה הדמוקרטית הנדרשות לשם הכרעה במחלוקת בין שתי הקבוצות. אם לא כן, הכרעה מהותית במקרה כזה עלולה להישמע בערך כך: "We like Nozick, you like Rawls. We win 6:3. Statute invalidated."⁸¹ השופט צריך להקפיד, עם זאת, שהליך ההגבלה של הזכויות יהיה הוגן.

הצעתו של גרוניס עוררה ביקורת חריפה מצד אהרן ברק באותו פסק-דין, בין היתר בטענה שהיא לוקה בסתירות פנימיות, שהיא מבוססת על תפיסה רזה מדי של הדמוקרטיה, ששום בית-משפט לא אימץ אותה כתפיסה מנחה, ושהיא אינה קוהרנטית ביחס לתפיסה החוקתית הישראלית.⁸² לביקורת זו התייחסתי בהרחבה במקום אחר, שם הראיתי כי אף שהתיאוריה ההליכית אינה מושלמת, בעידן הפוסט-מודרני, שבו ניתן לבקר בצורה אפקטיבית כל תיאוריה של ביקורת שיפוטית, עלינו לבחור מבין גישות לא-מושלמות. בחירה זו חייבת להיעשות מתוך רגישות להקשר ולתנאים הסוציו-פוליטיים של כל מדינה ומדינה. טענתי העיקרית במאמר המוקדם הייתה שההצדקה להחלת גישה המתמקדת

79 Barak-Erez & Gross, לעיל ה"ש 17.

80 בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, פס' 7 לפסק-דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 11.5.2006) (להלן: עניין התנועה לאיכות השלטון).

81 ELY, לעיל ה"ש 27, בעמ' 58.

82 עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 80, פס' 75 לפסק-דינו של הנשיא ברק. כך, בתמצית, מציג אהרן ברק את ביקורתו: "[הגישה ההליכית] שגויה מתוכה; היא מבוססת על תפיסה צרה ובלתי ראויה של הדמוקרטיה; היא אינה מקובלת בארצות-הברית שם נוצרה, ובמדינות אחרות בהן נוהגת ביקורת שיפוטית; היא זרה למבנה החוקתי שלנו וסותרת את כל פסקי הדין החוקתיים שלנו."

בשמירה על כללי המשחק הדמוקרטיים היא חזקה במיוחד בחברות שסועות, דוגמת החברה הישראלית, שבהן מתקיימת מחלוקת חריפה בין קבוצות חברתיות יריבות על ה"טוב".⁸³ ברצוני להדגיש, עם זאת, שגם מי שמסתייג מתחולתה הכללית של הגישה ההליכית במשפט החוקתי הישראלי עשוי לראות את ההבטחה הטמונה בה לקידום ההגנה על זכויות חברתיות, וזאת משתי סיבות עיקריות: ראשית, המציאות מלמדת כי החלת גישה "ערכית" לביקורת שיפוטית בנוגע לזכויות חברתיות הובילה להגנה דלה במיוחד לאותן זכויות בישראל ובעולם; שנית, התמקדות בגישה הליכית לביקורת שיפוטית מרחיקה את הביקורת השיפוטית מהפינה הבעייתית של עיסוק בשאלות של סדר עדיפויות בהקצאה לשאלת ההליך שבו גובשה הקצאה זו. הגישה ההליכית מאפשרת לבתי-המשפט להתמודד עם החשד לקיומם של מניעים פסולים בהליך ההקצאה; היא מבוססת על מומחיות שיש לשופטים בתחום של פרוצדורה; והיא מבוססת על חלוקת עבודה ראויה במדינה דמוקרטית בין מחוקקים לבין שופטים: מהות למחוקק והליך לשופט.

איני מתכוון לפתוח "חזית" במאמר-ביקורת זה אל מול שלל ההצעות שהועלו בספרות המשפטית בישראל בנוגע לאופנים שבהם בתי-המשפט צריכים להגן על הזכויות החברתיות. כך, גיא מונדלק, במאמר חלוצי בתחום, קרא לפיתוח המימד הפרוגרסיבי (החיובי) של הזכויות האזרחיות והפוליטיות (עמדה שבאופן חלקי לפחות מקובלת גם על עורכי הספר מושא ביקורת זו);⁸⁴ וגיא דוידוב קרא למקד את הביקורת השיפוטית בהגנה על הגרעין של הזכויות החברתיות.⁸⁵ שתי ההצעות חשופות לדעתי לביקורת אפקטיבית. את ההצעה של מונדלק ניתן לבקר על כך שהיא בסך-הכל מסיטה את הבעייתיות של העיסוק השיפוטי בהיקף ההקצאה מהזירה של הזכויות האדומות לזירה של הזכויות הכחולות. נוסף על כך, הימצאות כללים משפטיים המבוססים על לוגיקות שונות באותה אכסניה עלולה ליצור בלבול וחוסר קוהרנטיות באופן שבו בתי-המשפט מפרשים כללים משפטיים. הבעייתיות העיקרית בהצעתו של דוידוב למקד את הביקורת השיפוטית בפגיעה בגרעין הזכויות מצויה, כמובן, בקושי העצום להגדיר את היקפו של אותו גרעין.⁸⁶ המשותף לכל

83 משה כהן-אליה "לקראת נוסח הליכי של פסקת ההגבלה" משפט וממשל י 521, 531-540 (2007).

84 גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד חברתי של זכויות האדם" שנתון משפט העבודה ז 65 (1999).

85 גיא דוידוב "ביקורת חוקתית בעניינים בעלי השלכה תקציבית" הפרקליט מט 345, 376-382 (2007).

86 גם המשפט ההשוואתי מדגים היטב את הקושי העצום בהגדרת גרעין הזכויות. בגרמניה מעולם לא נפסל חוק רק מהטעם שהוא פוגע בגרעין הזכויות. קיימת אומנם ספרות גרמנית עשירה בתחום, אולם היא לוקה בעמימות רבה. באחד המקרים (2 BVerfGE, 285 (1953)) ציין בית-המשפט החוקתי כי היקף הגרעין של הזכות תלוי במאפייניה ובחשיבותה החוקתית, וכי יש לבדוק מה נותר מהזכות לאחר הגבלתה. אולם אמירות מעין אלה נותרו מופשטות, ולא סיפקו הנחיה טובה לבתי-המשפט. לעומת ההימנעות העקבית של בית-המשפט החוקתי

אותן הצעות הוא הכוונת בית-המשפט להתערבות מהותית לא-זניחה בשאלות של היקף ההקצאה; והתערבות כזו, כמבואר למעלה, היא בעייתית. יתרונה של הגישה ההליכית, בהשוואה לגישות מהותיות יותר בתחום הזכויות החברתיות, הוא בצמצום משמעותי של הצורך להידרש לשאלות של טיב ההקצאה והיקפה, ובכך שההידרשות אליהן, אם קיימת בכלל, היא מכשירנית (אינסטרומנטלית) בלבד, לצורך חשיפת המניע הפסול, או משנית (אינסידנטלית) לרצון להבטיח את תקינות ההליך הדמוקרטי.⁸⁷

ה. פרשת מחויבות

אבקש כעת להדגים את המשמעויות של החלת גישה דמוקרטית "עם שיניים" בהקשרן של הזכויות החברתיות על-ידי התייחסות לפסיקת בג"ץ בפרשת מחויבות.⁸⁸ באותה פרשה נטען כי הקיצוצים העמוקים בקצבאות המוסד לביטוח לאומי, ובעיקר בקצבאות הבטחת הכנסה, מהווים פגיעה בלתי-מוצדקת בזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד, אשר מעוגנת בחוק-

הגרמני מקביעת מסמרות באשר להיקף הגרעין של הזכויות, הוזכרו בתורכיה שלל של מבחנים לאיתור הגרעין, ביניהם אם הגבלת הזכות מובילה לפגיעה בהנאה סבירה מהזכות, אם קשה כעת באופן קיצוני להפעיל את הזכות, אם הזכות נהפכה לחסרת משמעות, אם יש איסור מפורש או מובלע ליהנות מהזכות, אם יש פגיעה קשה במטרות ההגנה על הזכות, אם הוטלו הגבלות מראש על הזכות, אם החוק עמום עד כדי כך שהוא ניתן לפרשנויות רבות, אם הזכות מבוטלת ואם ההגבלה קבועה. לסקירת המבחנים התורכיים ראו: Essin Orucu, *The Core of Rights and Freedoms: The Limits of Limits*, in HUMAN RIGHTS: FROM RHETORIC TO REALITY 38, 49–51 (Tom Cambell et al. eds., 1986). עם זאת, גם אורוקו מצביע על הקושי הרב ביישום המבחנים במקרים קונקרטיים.

87 יואב דותן טען לאחרונה שיש הצדקה להגנה חוקתית על זכויות חברתיות רק באותם מקרים שבהם הן תנאי למימושן של הזכויות האזרחיות והפוליטיות. לכן, לדעתו, יש הצדקה להגנה חוקתית על הזכות לחינוך, ולא על הזכות החברתית להיות מועסק. ראו יואב דותן "בית-המשפט העליון כמגן הזכויות החברתיות" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 69 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004). במובן מסוים גישה זו עולה בקנה אחד עם ההיגיון של הגישה ההליכית, שכן התייחסות בה אל הזכויות החברתיות היא מכשירנית (באיזו מידה הן מקדמות את מטרה של תקינות ההליך הדמוקרטי). עם זאת, גם גישה זו הופכת את בית-המשפט לזירת הכרעה בשאלות משמעותיות של הקצאה לגבי זכויות מהסוג של הזכות לחינוך – שאלות אשר אין לבית-המשפט מומחיות מוסדית להכריע בהן. הרי אחד הטיעונים של ELY, לעיל ה"ש 27, לטובת הגישה ההליכית הוא הטיעון בדבר מומחיות בשאלות של הליך ובדבר העדר מומחיות בשאלות של הקצאה וערכים (לטיעון ברוח דומה, הקושר בין הזכויות החברתיות לבין תקינות ההליך הדמוקרטי, ראו Michelman, לעיל ה"ש 74). לכן מי שמצדד בגישה הליכית לביקורת שיפוטית לא יוכל להצדיק הגנה חוקתית ושיפוטית שווה לזכות לחינוך כמו לחופש הביטוי, אף שהזכות לחינוך מהווה תנאי להגנה על חופש הביטוי. זאת, מהטעם שהזכות לחינוך תובעת התערבות שיפוטית מסיבית בשאלות של הקצאה בהשוואה למידת ההקצאה הכרוכה בהתערבות שיפוטית למימוש חופש הביטוי.

88 עניין מחויבות, לעיל ה"ש 3.

יסוד: כבוד האדם וחירותו. אבקש לטעון כאן (בסעיף 11 להלן) שהימצאותן של הזכויות האדומות באכסניה משותפת עם הזכויות הכחולות לא זו בלבד שאינה מקדמת את ההגנה על הראשונות, אלא עלולה אף להקרין לשלילה על מעמדן של השניות. עוד אטען שהחלת גישה דמוקרטית "עם שיניים" הייתה מובילה לתוצאות חיוביות יותר מנקודת-ראות פרוגרסיבית, וזאת באמצעות פיתוח שני סוגים של הנמקה שיפוטית: האחד, תביעה מחמירה לשקיפות, תוך שימוש בטכניקה של "כוחה המחנך של הצביעות" (ראו להלן סעיף 2); והאחר, פיתוח משמעותי יותר של דוקטרינת "הליך החקיקה הנאות" (ראו להלן סעיף 3). סביר להניח שמימוש קפדני של דרישות אלה היה מוביל לקבלת העתירה בפרשת מחויבות, ומספק בכך הגנה חזקה יותר לזכויות החברתיות. אקטיביזם שיפוטי כזה הוא לגיטימי מכיוון שהוא מבוסס על חלוקת עבודה ראויה במדינה דמוקרטית בין שופטים לבין נבחרים.

1. חוסר קוהרנטיות

אף שהעותרים בפרשת מחויבות עשו מאמץ משמעותי להוכיח את הפגיעה בזכותם למינימום של קיום אנושי בכבוד שנגרמה בשל הקיצוץ המשמעותי בעיקר בקצבאות הבטחת הכנסה,⁸⁹ פסק בית-המשפט שהעותרים לא הצליחו להרים אפילו את הנטל הנדרש להוכיח את עצם הפגיעה בזכותם החוקתית לכבוד. בית-המשפט הדגיש כי ההכרעה בשאלה אם נפגעה הזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד אינה נידונה באופן מופשט, אלא היא "קונקרטית ותוצאתית", וכי הנטל המוטל על שכמם של העותרים להוכיח קיומה של פגיעה קונקרטית כזו הוא כבד.⁹⁰

89 מחוות-דעתו של השופט אדמונד לוי בפסק-הדין עולה שורת ההוכחות שהובאה על-ידי העותרים: תצהירי העותרים שהוגשו בבג"ץ 888/03 (עתירה שאוחדה עם עניין מחויבות, לעיל ה"ש 3); הביטוח הלאומי איכות החיים של מקבלי הגמלה להבטחת הכנסה (יהודית קינג וגדעון מאור שביט עורכים, 2005); וחוות-דעת של יושבת-ראש איגוד העובדים הסוציאליים בישראל. ראו עניין מחויבות, לעיל ה"ש 3, פס' 9 לפסק-דינו של השופט אדמונד לוי.

90 ראו עניין מחויבות, לעיל ה"ש 3, פס' 19 לפסק-דינו של הנשיא ברק: "על העותרים להראות, שעל אף מכלול השירותים, חיים בארצנו אנשים שכבודם נפגע מפני שתנאי הקיום החומריים שלהם אינם מספיקים. בנטל זה לא עמדו העותרים. הפחתה – ולו הפחתה משמעותית – בשיעור גמלאות הבטחת הכנסה, אינה מלמדת כשלעצמה על פגיעה בכבוד. אכן, אין ספק שיהיה בהפחתת הגמלאות כדי להכביד עוד על חייהם, הקשים ממילא, של הזכאים להבטחת הכנסה. המדינה מניחה כי הכבדה זו תמריץ אנשים להשתלב במעגל העבודה, תצמצם את פרקי הזמן לאורכם מקבלים אנשים הבטחת הכנסה, ולאורך זמן תבטיח רווחה גדולה יותר לציבור כולו ועלייה ברמת חייהם של העניים מתוכו. בד בבד היא מתחייבת כי יתר מערכות התמיכה יספקו את התנאים המתחייבים להבטחת הכבוד. גם הנחות אלה אין בכוחנו לבחון באופן ערטילאי ומופשט. הבחינה היא לעולם קונקרטית ותוצאתית."

קביעת רמת נטל מחמירה להוכחת עצם הפגיעה בזכויות עומדת בניגוד קוטבי למדיניות השיפוטית הנוהגת בישראל ובעולם בנוגע להוכחת פגיעה בזכויות כחולות. מתכונת הניתוח החוקתי המקובלת היא שהעותר צריך להוכיח את הפגיעה בזכותו החוקתית ואילו המדינה צריכה לשכנע בהתקיימות תנאיה של פסקת ההגבלה.⁹¹ עיון בפסיקתם של בתי-המשפט בארץ ובעולם מלמד כי הנטל של הוכחת פגיעה בזכויות כחולות הוא נטל קל מאוד. נדירים המקרים שבהם בתי-המשפט פוסקים כי לא הוכחה "פגיעה" בזכויות כחולות.⁹² ברוב המקרים הדיון החוקתי מתנקז עד-מהרה לשאלה אם הפגיעה בזכות מוצדקת, תוך הסבת נטל השכנוע ונטל הבאת הראיה אל המדינה.⁹³ נראה כי בית-המשפט הטיל בפרשת מחויבות נטל כבד על העותרים להוכיח את הפגיעה בזכות בשל המשמעויות המוסדיות הבעייתיות של הכניסה שהתבקשה ממנו כאן להערכת התקיימותם של תנאי פסקת ההגבלה: דיון כזה היה מחייב את בית-המשפט להיכנס לליבן של ההכרעות הפוליטיות ולעסוק בשאלות של חלוקת משאבים – תחומים אשר אין לו כאמור מומחיות לעסוק בהם ואין לו גם לגיטימציה דמוקרטית לכך. בית-המשפט פסק אומנם כי היבטים מסוימים (מינימליים) של הזכויות החברתיות מוגנות במסגרת הזכות החוקתית לכבוד האדם,⁹⁴ כך שהזכות לכבוד האדם נהפכה למעשה לאכסניה משותפת הן לזכויות אדומות והן לזכויות כחולות שאינן מנויות.⁹⁵ אולם הימצאותן של שתי מערכות הזכויות הללו באכסניה משותפת לא פתרה את הקושי המוסדי של שופטים לעסוק בשאלות של חלוקת משאבים, אלא רק העבירה את הבעיה לזירה שונה. אין פלא אפוא שהגנאלוגיה השונה של הזכויות האדומות הובילה את

- 91 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 477–479 (1993). ראו גם עניין: R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103. לפי פסיקה זו, נטל הראיה ונטל השכנוע כי הפגיעה בזכות עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה מוטלים על המדינה, וברמת הוכחה של מאזן הסתברות. גישה זו אומצה גם על-ידי בתי-המשפט בניו-זילנד. ראו: Ministry of Transportation v. Noort, [1992] 3 N.Z.L.R. 260, 283 (C.A).
- 92 כהן-אליה, לעיל ה"ש 83, בעמ' 540–547. לפסק-דין חריג, שעורר ביקורת בשל חריגותו, ראו את פסק-דינו של השופט חשין בבג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 14.5.2006) (להלן: עניין עדאלה).
- 93 יש לציין כי במקרים שבהם בית-המשפט דן בזכויות "כחולות" בעייתיות, דוגמת זכות הקניין, כללי הנטל משתנים. כך, למשל, בעניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 55, נטה בית-המשפט לאמץ גישה מקילה ביחס לנטל שעל המדינה לשאת בהצדקת הפגיעה בזכות הקניין. לעומת זאת, ככל שמדובר בזכויות כחולות מובהקות, בית-המשפט מטיל על המדינה נטל כבד מאוד. ראו, למשל, בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נגד (5) 241 (1999) (תקופות מעצר של חיילים) (להלן: עניין צמח).
- 94 עניין מחויבות, לעיל ה"ש 3, פס' 15–16 לפסק-דינו של הנשיא ברק.
- 95 עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 80, פס' 30–43 לפסק-דינו של הנשיא ברק (כבוד האדם כולל את כל ההיבטים הקשורים בקשר הדוק לאוטונומיה של הרצון החופשי); עניין עדאלה, לעיל ה"ש 92 (הזכות לקיים חיי משפחה היא חלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם).

בית-המשפט לקביעת כללי נטל מחמירים במיוחד להוכחת הפגיעה בזכויות אלה ולדחיית העתירה, וזאת למרות הימצאותן באותה אכסניה עם הזכויות הכחולות.⁹⁶ בראייה פרוגרסיבית, פסיקת בג"ץ בעניין מחויבות היא בעייתית לא רק מכיוון שהיא לא סיפקה הגנה לזכויות אדומות, אלא גם (ואולי בעיקר) מכיוון שהיא עלולה להקרין גם על חלוקת נטלי ההוכחה בעתירות עתידיות למימוש זכויות כחולות. סביר להניח שבהתדיינויות עתידיות בנוגע להגבלת זכויות כחולות תסתמך פרקליטות המדינה על הפסיקה בעניין מחויבות כדי להצדיק הסבת נטל חמור על העותרים גם באותם מקרים.⁹⁷ הדבר עלול ליצור בלבול וחוסר לכידות בפסיקה, ולהוביל לדילול בלתי-מוצדק של ההגנה על זכויות כחולות ולהגנה מוגבלת ביותר על האינטרסים של פרטים במימוש זכויותיהם החברתיות. על רקע זה ניתן להבין את מנסחי הצ'רטר הקנדי, אשר החליטו להותיר מחוץ לחוקה הן את הזכויות הכלכליות (כגון זכות הקניין וחופש העיסוק) והן את הזכויות החברתיות, מתוך הבנה שהעיסוק השיפוטי במימושן מעורר בעיות חריפות של לגיטימיות ושל מומחיות. הבחנה חדה כזו מאפשרת הגנה חזקה על הזכויות האזרחיות והפוליטיות, מבלי להסתכן ב"הקרנה" שלילית של עמדה שיפוטית סבילה שתיווצר בתחום הזכויות החברתיות והכלכליות על העמדה השיפוטית בנוגע לראשונות.⁹⁸

96 בעיה מסוג דומה התעוררה בפסיקת בג"ץ בעניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 55. כאשר בחנו השופטים את המידה שבה חוק גל (חוק ההסדרים במגזר החקלאי המשפחתי, התשנ"ב-1992) פוגע בזכות הקניין באופן שמקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הם היו חלוקים מאוד בנוגע לכללי הנטל: השופטים ברק ורב לוין פסקו כי המדינה צריכה לשאת בנטל השכנוע ובנטל הבאת הראיות להצדקת הפגיעה בזכות הקניין; השופטים שמגר וחשין סברו כי המדינה צריכה לשאת רק בנטל השכנוע, ואילו העותרים צריכים לשאת בנטל הבאת הראיות; ואילו השופטים גולדברג ובך סברו כי העותרים צריכים לעמוד בשני סוגי הנטלים כדי להוכיח את אי-התקיימות תנאיה של פסקת ההגבלה. נראה שהסיבה למחלוקת זו קשורה לכך שהכרעות שיפוטיות הנוגעות במימוש זכות הקניין חשופות לבעיות חריפות של חוסר במומחיות ובלגיטימציה דמוקרטית. היטיב להציג זאת השופט מצא, אשר הצטרף לעמדת השופטים שמגר וחשין באותה פרשה, תוך שהוא מסייג את פסיקתו באומרו כי "אפשר שגישה זו הולמת רק פגיעות בעלות אופי כלכלי". סוגיה זו לא הוכרעה גם בעניין צמח. ראו עניין צמח, לעיל ה"ש 93, פס' 24 לפסק-דינו של השופט זמיר.

97 לטיעון דומה נגד קביעת איסור הפליה של חיילי מילואים במסגרת חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, ס"ח 38, ראו משה כהן-אליה "שלוש הסתייגויות ממפעל ההרחבה של איסורי ההפליה בחקיקת העבודה בישראל" עבודה, חברה ומשפט יא 195, 209-211 (2005).

98 איני טוען כאן שאין כל הצדקה לעיגון חוקתי של הזכויות החברתיות. לנוכח העובדה שהתפיסה החוקתית הרווחת בישראל היא שאי-אפשר לקיים ביקורת שיפוטית על תוקפו של חוק אלא אם כן הוא פוגע בהוראה חוקתית, דרך-המלך להבטיח ביקורת כזו היא לעגן את הזכויות החברתיות בחוקה תוך ציון העובדה שהן כפופות לפסקת הגבלה "הליכית". אפשרות נוספת, שבה אדון להלן בחלק ה-3, היא להחיל את דוקטרינת "הליך החקיקה הנאות" על זכויות חברתיות מבלי לעגן אותן בחוקה.

2. "טעם ציבורי" וכוחה המחנך של הצביעות

חשיבה שיפוטית בכיוון "דמוקרטי" התקיימה בשלבים מוקדמים יותר של ההתדיינות בעתירה בעניין מחויבות. עמדת המדינה הייתה שהיא מחויבת לכך שאנשים לא יחיו מתחת למינימום הנדרש לקיום בכבוד, אולם באותה עת סירבה המדינה להציג נתונים המגדירים מהו אותו מינימום הכרחי לקיום אנושי בכבוד שהיא מחויבת אליו. ההרכב שדן בעתירה באותה עת (השופטים דורנר, חיות וג'ובראן) הוציא צו על-תנאי המחייב את המדינה לנמק "מדוע לא יקבעו סטנדרט לקיום אנושי בכבוד כמתחייב מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו"⁹⁹. הוצאת הצו-על-תנאי עוררה סערה ציבורית, ומליאת הכנסת אף קיבלה הודעת סיכום הרואה "בדאגה את גלישת בית המשפט העליון לנושאים שבמובהק הינם בתחום הסמכות של הרשות המבצעת והמחוקקת"¹⁰⁰. תגובה זו של מליאת הכנסת – יחד עם פרישתה של השופטת דורנר מבית-המשפט העליון והרחבת ההרכב הדין בעתירה, כך שבראשו עמד כעת הנשיא ברק – הובילה את ההרכב החדש לביטול הצו-על-תנאי שחייב את המדינה לנמק מהי אמת-המידה לקביעת המינימום לקיום אנושי בכבוד. תחת זאת הוצא צו על-תנאי (מהסוג המקובל יותר) המחייב את המדינה לנמק מדוע היא לא הפרה לדעתה את הזכות החוקתית לכבוד האדם.¹⁰¹

החלטת בית-המשפט העליון לבטל את הצו-על-תנאי שחייב את המדינה להגדיר את המינימום הדרוש לקיום אנושי בכבוד היא מצערת, מכיוון שהוחמצה כאן הזדמנות לבסס את ההגנה על זכויות חברתיות על גישה הליכית לביקורת שיפוטית. הצו-על-תנאי, כפי שנוסח על-ידי הרכב השופטים המקורי בראשות השופטת דורנר, בוסס על חשיבה ראויה שלפיה אין כל הצדקה דמוקרטית להימנעות של המדינה מהגדרת המינימום הדרוש לקיום אנושי בכבוד, וזאת חרף הביקורת שעורר הצו-על-תנאי בכנסת. הרי שופטי ההרכב המקורי לא נטלו על עצמם את הכוח להגדיר מהו סף ההקצאה הנדרש לשם מימוש הזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד; הם בסך-הכל תבעו מהנבחרים לגלות עקביות ביחס לעמדתם-הם,

99 החלטה במסגרת בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 5.1.2004).

100 ד"כ 233, 8821 (התשס"ד).

101 החלטה במסגרת בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 16.3.2004), שבה נקבע כי: "בהסכמת הצדדים, אנו רואים כאילו הוצא צו-על-תנאי בעתירות, על פי ניסוחן המקורי. בכך יש לבטל את הצו-על-תנאי שהוצא ביום 5.1.2004, מבלי שהדבר ימנע מהצדדים מלהתייחס לעניין שהועלה באותו צו-על-תנאי במסגרת עמדתם לצו-על-תנאי שיצא מלפנינו היום. המדינה תסכם את עמדתה בתוך 45 יום (כולל פגרת הפסח). העותרים ישיבו בתוך 45 יום מקבלת תשובת המדינה. על בסיס התשובות נחליט אם לשמוע טיעונים נוספים בעל-פה, והאם יש מקום להרחבת ההרכב. אם ההרכב יורחב, ישמעו גם טיעונים בעל-פה."

וזאת מתוך תובנה קומונסנסית שאי-אפשר לאחוז את המקל משני קצותיו: גם לטעון שהם מכבדים את הזכות וגם להימנע מלהגדיר את היקפה.

נחזור לרגע למאמרו הפותח של מייקלמן בספר בעריכתם של ברק ארו וגרוס. מייקלמן מודע לקשיים שביקורת שיפוטית בתחום של הקצאה מעוררת, ולכן הוא מציע להסתפק בעיגון חוקתי של אינטרסים באזרחות חברתית לא כסדרה של זכויות חברתיות חוקתיות, אלא כמערכת של "עקרונות מנחים". סטייה מעקרונות אלה מחייבת את המדינה להצביע על "טעם ציבורי מצדיק" (public reason).¹⁰² הדרישה הרולסיאנית לקיומו של טעם ציבורי מצדיק היא העומדת ביסודה של גישת הדמוקרטיה הדליברטיבית, שסביבה מתקיים שיח רחב-היקף בקרב אנשי התיאוריה הפוליטית.¹⁰³ התביעה מהמדינה להציג טעם ציבורי מצדיק חשובה אומנם לביקורת שהיא מעודדת צביעות, קרי, שהיא מניעה קבוצות-אינטרס לצבוע את הטענות המגוריים שלהם במונחים של אינטרס הכללי. אולם לצביעות עצמה יש סגולה חשובה, שכן ביסודה עומדת בושה באינטרס הצר, המגורי, העומד בבסיסו של הטעם המקורי. תרבות דמוקרטיה, התובעת מהמדינה ומקבוצות נוספות לפעול לטובת האינטרס הכללי, עשויה לשמש כלי אפקטיבי להגנה על זכויות האדם בכלל ועל זכויות חברתיות בפרט.

כך מציג אלסטר את מה שהוא מכנה "כוחה המחנך של הצביעות" (the civilizing effect of hypocrisy):

Generally speaking, the effect of an audience is to replace the language of interest by the language of reason and to replace impartial motives by passionate ones. The presence of a public makes it especially hard to appear motivated merely by self-interest. Even if one's fellow assembly members would not be shocked, the audience would be. In general, this civilizing force of hypocrisy is a desirable effect of publicity... Publicity

102 מייקלמן מציין בהקשר זה כי גם רולס מבחין בין החובה לא לפגוע בזכויות אזרחיות ופוליטיות, שהיא חובה נוקשה למדי, לבין הדרישה לכבד את האזרחות החברתית, שהיא רכה יותר. ככל שמדובר בפגיעה באינטרס של אזרחות חברתית, די להציג "טעם ציבורי". ראו John Rawls, *The Idea of Public Reason Revisited*, in: כן ראו: Michelman, לעיל ה"ש 14. COLLECTED PAPERS 573 (Samuel Freedman ed., 1999).

103 ראו, למשל: AMY GUTMANN & DENNIS THOMPSON, *DEMOCRACY AND DISAGREEMENT* (1996); DELIBERATIVE DEMOCRACY (Jon Elster ed., 1998); DELIBERATIVE POLITICS: ESSAYS ON DEMOCRACY AND DISAGREEMENT (Stephen Macedo ed., 1999); JOHN S. DRYZEK, *DELIBERATIVE DEMOCRACY AND BEYOND: LIBERALS, CRITICS, CONTESTATIONS* (2000); DELIBERATIVE DEMOCRACY AND HUMAN RIGHTS (Harold Koh & Ronald C. Slye eds., 1999); DEBATING DELIBERATIVE DEMOCRACY (James S. Fishkin & Peter Laslett eds., 2003).

does not eliminate base motives, but forces and induces speakers to hide them.¹⁰⁴

דינמיקה ציבורית זו מאפשרת לבתי-המשפט לעשות את מה שהם מיומנים לעשות: להפשיל שרוולים, לחקור את העובדות ולחלץ את המניע האמיתי, תוך הצבת דרישה נוקשה לשקיפות. הצו-על-תנאי המקורי בעניין מחויבות פעל לעשות בדיוק את זה: הוא חשף את העובדה שהמדינה, באופן צבוע, מתהדרת בנוצות של הגנה על המינימום הדרוש לקיום אנושי בכבוד מבלי שהיא עומדת מאחורי מילים אלה.¹⁰⁵ כאשר בית-המשפט פועל לחשיפת מצב דברים זה, הוא ממלא תפקיד דמוקרטי בעל ערך: הוא מעביר מידע שהוא חיוני לאזרחים במדינה דמוקרטית לשם הערכת פעולתה של הממשלה ועיצוב פועלם ביחס אליה הן בשיח הפוליטי והן מאחורי פרגוד הקלפי. התערבות שיפוטית כזו מתיישבת כאמור עם חלוקת התפקידים בין שופטים לבין מחוקקים במדינה דמוקרטית, שכן היא אינה כרוכה בקביעת מידת ההקצאה הנדרשת, אלא מציבה דרישה חזקה לשקיפות ולהליך תקין בשלב גיבושן של ההחלטות בנוגע לחלוקת המשאבים.¹⁰⁶

3. הדוקטרינה של הליך החקיקה הנאות

הקיצוצים הנרחבים בקצבאות, אשר נידונו בפרשת מחויבות, הועברו בכנסת במסגרת חוק ההסדרים במשק המדינה. חוקי ההסדרים למיניהם מוגשים לכנסת כהצעות חוק ממשלתיות. הם כוללים סדרה של תיקונים להוראות חוק שונות, והליך חקיקתם מזוהה. מקורם של חוקי ההסדרים בתוכנית הכלכלית לייצוב המשק בתקופת ההיפר-אינפלציה של שנות השמונים. חוקים אלה נהפכו ברבות השנים לכלי נוח ויעיל בידי הממשלה בכואה לקדם מדיניות כלכלית, לרוב ניאו-ליברלית, וזאת על-חשבון תקינותו של ההליך הדמוקרטי.¹⁰⁷ הגירעון הדמוקרטי הכרוך בחקיקה זו קשור, בין היתר, לשלושה מאפיינים של חוק ההסדרים ושל

Jon Elster, *Deliberation and Constitution Making*, in DELIBERATIVE DEMOCRACY 97, 104
111 (Jon Elster ed., 1998).

105 איני טוען כאן שהממשלה הסתירה את השיקול הכספי או הונעה משיקולים מגזריים. אני סבור שהצביעות הממשלתית טמונה בטענה הדו-פרצופית של המדינה שהיא מכבדת את זכותו של אדם למינימום של קיום אנושי בכבוד אבל מסרבת להגדיר את היקפה של הזכות.

106 ראו גם את פסיקתו של בית-משפט השלום בעניין נעאמנה, לעיל ה"ש 77. בית-המשפט קבע אומנם שדרישת תום-הלב אינה מציבה דרישה לנהוג בשוויון בין צדדים למשא-ומתן, אלא רק דרישה הליכית לחשוף פרטים רלוונטיים. על הנהלת פארק המים בקליה היה לפרסם ברבים שאין היא מאפשרת לערבים לפקוד את הפארק. בהינתן תרבות דמוקרטית שרואה בהתנהגות גזענית דבר פסול (טעם מוציא), די היה בהצבת דרישה הליכית כזו להכתיב תוצאה מהותית.

107 אמנון רייכמן "הגירעון הדמוקרטי וחוקתיות התוכנית הכלכלית" עבודה, חברה ומשפט י 307 (2004).

הליך חקיקתו. ראשית, חוק זה נידון כמקשה אחת בוועדת הכספים, ולא בוועדת הכנסת הנושאית, שם יושבים חברי-כנסת שפיתחו מומחיות בתחום. שנית, תיקוני החקיקה המופיעים בו נידונים בצמוד לדיונים בחוק התקציב, ומטבע הדברים מוקצה זמן קצר בלבד לדיון בהם, אף שמדובר לא פעם בסוגיות כבדות-משקל, הכרוכות לעיתים ברפורמות במשק ובפגיעה בזכויות חברתיות. הדיונים בחוק התקציב ובחוק ההסדרים מתמשכים אל תוך השעות הקטנות של הלילה, ותוך כדי כך מופעל לחץ על חברי-הכנסת לאשר את חוק ההסדרים יחד עם חוק התקציב, שאם לא כן יוקדמו הבחירות לכנסת. שלישית, חוק ההסדרים מנוסח באופן מסורבל, כסדרה של תיקונים לחוקים אחרים, דבר שמצריך מאמץ רב מצד חברי-הכנסת כדי להבין את משמעותם של תיקונים אלה. בכך מופר עקרון-יסוד של שקיפות ונשיאה באחריות (accountability) מצד פקידי הממשלה כלפי חברי-הכנסת וכלפי הציבור כולו.¹⁰⁸

העותרים בפרשת מחויבות תקפו את הליך החקיקה הלא-דמוקרטי והחפז של חוק ההסדרים, אולם בית-המשפט דחה טענה זו, תוך שהוא מפנה לפסיקתו המנחה בעניין ארגון מגדלי העופות.¹⁰⁹ בפרשה זו דן בית-המשפט בעתירות התוקפות את הליך חקיקתו של אחד הפרקים בחוק ההסדרים משנת 2003, אשר הנהיג רפורמות מבניות בענף החקלאות. בית-המשפט ציין אומנם שהליך קבלתם של חוקי ההסדרים הוא בעייתי, שכן הוא מקשה מאוד את קיומו של דיון מעמיק וממצה בהוראות החוק,¹¹⁰ וככזה הוא מפר את האיזון הראוי – על-פי עקרון הפרדת הרשויות – בין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת בהליך החקיקה.¹¹¹ עם זאת, דחה בית-המשפט את העתירה תוך שהוא מאמץ גישה מרוסנת מאוד, ונמנע מלקבוע כי על המחוקק חלה חובה חוקתית כללית לקיים "הליך חקיקה נאות". בית-המשפט יתערב, כך נפסק, רק כאשר חוקי ההסדרים יסבו פגיעה חמורה במרקם החיים הפרלמנטריים, וזו לא התקיימה בנסיבותיה של העתירה.¹¹²

איני מתכוון במאמר-ביקורת זה להיכנס לעובי הקורה של הדיונים בדבר הלגיטימיות של הערכה שיפוטית לגבי "איכותו" או "נאותותו" של הליך החקיקה. אין ספק שהכרעות שיפוטיות בשאלות כגון מה היקף הביסוס העובדתי הנדרש לצורך הצדקת הסדרה שלטונית, או עד כמה ארוכים צריכים להיות הדיונים בוועדות הכנסת, הן קשות ומעוררות בעייתיות הן

108 דוד נחמיאס וערן קליין חוק ההסדרים בין כלכלה לפוליטיקה 20–25 (1999). ראו גם יסמין רובין ודקלה צרפתי "הקלות הבלתי נסבלת של (מינימום) הקיום: על צדק חברתי, הליך 'רשלני' והזכות למינימום קיום אנושי" הארת דין א(2) 128 (2004); אבישי בניש "חוק ההסדרים: מפלצת חקיקתית במרתפי הכנסת" עורך הדין 42, 60 (2003).

109 בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004).

110 שם, בעמ' 34.

111 שם, בעמ' 36.

112 בית-המשפט הסתמך על ההלכה בבג"ץ 652/81 שריד נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לו(2) 197 (1982), שקבעה כי בג"ץ יתערב בהליכים פרלמנטריים פנימיים של הכנסת רק כאשר תעלה טענה לפגיעה חמורה במרקם החיים הפרלמנטריים.

במישור המעשי והן מהזווית של עקרון הפרדת הרשויות.¹¹³ אולם אין להתעלם מכך שגם הימנעות שיפוטית מהתערבות גורמת פגיעה, וחמורה לא פחות, בתקינותו של ההליך הדמוקרטי,¹¹⁴ וכי דווקא התערבות שיפוטית תפעל לחיזוקה של הרשות המחוקקת מול הרשות המבצעת.¹¹⁵ כל שאני מבקש לטעון כאן הוא שהאיזון בין תקינותו של ההליך הדמוקרטי לבין עקרון הפרדת הרשויות צריך להיות מוטה לטובת הראשון באותם מקרים שבהם האינטרסים שנפגעים הם כאלה שחיוניים לכל אדם לשם שמירה על המינימום הדרוש לקיום אנושי בכבוד, ולכן בהקשרים אלה בית-המשפט צריך להיות נכון יותר להתערב.¹¹⁶

על-כן מטרידה במיוחד הסתמכותו האוטומטית של הנשיא ברק בפרשת מחויבות על הפסיקה בעניין ארגון מגדלי העופות לצורך דחיית הטענה כי הליך הפגיעה בזכויות החברתיות היה לא-תקין. הבעייתיות של חוק ההסדרים גילה כאשר נעשה בו שימוש להרעת מצבן של אוכלוסיות מוחלשות, תוך התרופפות של רשתות הביטחון החברתי שהמדינה אמורה להעניק לאזרחיה. טענת הפגיעה בזכויות החברתיות הייתה אמורה להוביל את בית-המשפט לאמץ גישה ביקורתית יותר ככל שהדבר נוגע בהליך הגבלת הזכויות, תוך הצבת דרישה מחמירה לקיומו של הליך הוגן קודם לפגיעה בזכויות. אכן, בתי-המשפט

113 ראו, למשל: A. Christopher Bryant & Timothy J. Simeone, *Remanding to Congress: The Supreme Court's New "On the Record" Constitutional Review of Federal Statutes*, 86 CORNELL L. REV. 328, 331 (2001); Ruth Colker & James J. Brudney, *Dissing Congress*, 100 MICH. L. REV. 80, 122 (2001).

114 בארצות-הברית קיימת ספרות עשירה הדנה בהצעה להחיל את החובה לקיים הליך חקיקה נאות, וזאת בעקבות כמה פסקי-דין שבהם החיל בית-המשפט העליון על המחוקק הפדרלי סטנדרטים מחמירים יחסית השאובים מתחום המשפט המנהלי, תוך תביעה חזקה לביסוס עובדתי של סיווג סוגיה מסוימת כמתאימה להסדרה ברמה הפדרלית. ראו, למשל: *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995); *Board of Trustees v. Garrett*, 531 U.S. 356 (2001) לתמיכה במגמה זו, אם כי זהירה, ראו: Philip P. Frickey & Steven S. Smith, *Judicial Review, The Congressional Process, and the Federalism Cases: An Interdisciplinary Critique*, 111 YALE L.J. 1707 (2001). לגישה הרואה בדוקטרינה של הליך החקיקה הנאות דרך טובה לבקר ולסנן השפעות לא-לגיטימיות ולא-שקופות של שדולנים הפועלים בשירות קבוצות-אינטרס מסוימות, ראו: Victor Goldfeld, *Legislative Due Process and Simple Interest Group Politics: Ensuring Minimal Deliberation through Judicial Review of Congressional Processes*, 79 N.Y.U. L. REV. 367 (2004).

115 טל גולן "הגירעון הדמוקרטי של חוק ההסדרים ושחיקתה של מדינת-הרווחה הישראלית" משפט וממשל יב 247, 313 (2007).

116 יש לשים לב לכך שהסטנדרט שהחיל בית-המשפט להתערבות בחוקי ההסדרים הוא מחמיר מאוד. אכן, היועץ המשפטי לממשלה מני מזוז מצוטט במאמרו של גולן (שם, בעמ' 311) כאומר "שאם במקרה קיצוני כזה לא התערב בית-המשפט, הוא לא יתערב בשום מקרה אחר הנוגע בחוק ההסדרים".

בישראל¹¹⁷ וברחבי העולם¹¹⁸ נוטים לפרש את הדרישה לקיום בסיס חוקי (prescribed by law) להגבלת זכויות כמציבה דרישה מחמירה יותר לבקרה דמוקרטית במקרים של פגיעות משמעותיות בזכויות היסוד. בית-המשפט בעניין מחויבות היה צריך אפוא לדון מחדש בהצדקות להימנעותו מלבקר את תוקפו ההליכי של חוק ההסדרים שנידון באותה פרשה, ולהחיל בישראל גישה "עבה" יותר של דוקטרינת "הליך החקיקה הנאות" במקרים שבהם עולה טענה בדבר פגיעה בזכויות חברתיות.

ו. הערה לסיום

אני מניח שהתורמים השונים לספרם של ברק-ארז וגרוס יראו בגישה המוצעת במאמר זה גישה שאינה מספקת הגנה משמעותית, שכן היא מתמקדת רק בהליך ההקצאה, ולא בתוכנה או בהיקפה. אולם האם קיים בסיס תיאורטי משכנע שעשוי להצדיק הטלת וטו שיפוטי על הכרעות דמוקרטיות בנושאים של הקצאה שהתקבלו בהליך דמוקרטי תקין? האם בסיס תיאורטי זה יספק הצדקה כזו בנדיבות או בצמצום רב? האם הניסיון ההיסטורי אכן מלמד אותנו שאנחנו יכולים לסמוך על שופטים שיקצו באופן ראוי את המשאבים בחברה? הרי רק בתחילת המאה היו אלה בדיוק החוגים הפרוגרסיביים שתקפו את בית-המשפט העליון האמריקאי בפרשת *Lochner* על התערבות יתר בנושאים של מדיניות כלכלית.¹¹⁹ מה בדיוק

117 כך, בית-המשפט פירש בצורה מחמירה את הדרישה לקיומו של בסיס חוקי על-מנת לאפשר לשב"כ לקיים פרקטיקות של עינויים. ראו בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג' (4) 817 (1999). באופן דומה, כאשר בית-המשפט מגדיר מהו הסדר ראשוני, הוא מביא בחשבון בעיקר את חשיבותו של הנושא. ראו בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב' (5) 481 (1998); עניין ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל, לעיל ה"ש 68.

118 כך, למשל, בפרשת *Malone* קבע בית-המשפט האירופי לזכויות אדם כי חוק האזנות הסתר הבריטי אינו עומד בדרישת הבסיס החוקי, מכיוון שהוא נעדר אמות-מידה ברורות ליישומן. בית-המשפט הדגיש באותה פרשה את הסכנה הגדולה יותר הקיימת לפגיעות שרירותיות בזכויות האדם בנסיבות שבהן השלטון פועל בסתר. *Malone v. The United Kingdom*, 82 Eur. Ct. H.R. (Ser. A) 30, 45-46 (1984). עיון בפסיקה הקנדית מלמד אף הוא שההקפדה על מימושה של דרישת הבסיס החוקי התקיימה בעיקר בנסיבות שבהן עמדו על הפרק חוקי צנזורה אומנותית וחוקים לגבי הליכים פליליים. ראו: *Re Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors*, [1984] 45 O.R.2d 80, 82.

119 הביקורת הריאליסטית על *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) הוצגה כביקורת מתודולוגית, ולא אידיאולוגית, אף שחלק ניכר מהריאליסטים השתייכו לזרם הפרוגרסיבי. הריאליסטים טענו שההנמקה בפסק-הדין לקתה בפורמליזם קיצוני, שכן שופטי הרוב הסיקו באופן "לוגי" מהמושג "חירות" את האיסור להגביל את שעות העבודה במאפיות. לטענת הריאליסטים, ההכרעה בשאלות מהסוג שנידון באותו מקרה היא פועל יוצא מאיזון בין שיקולי מדיניות נוגדים, וכי הפורום המתאים ביותר לערוך את האיזון האמור הוא הפורום הרבני. יש

השתנה כאן שמצדיק כעת התערבות שיפוטית אקטיבית בשאלות של מדיניות חברתית-כלכלית, תוך הצבת דרישה משפטית אקטיבית כלפי המחוקק להקצאה? תהיה זו טעות לראות בגישה המוצעת כאן גישה "רוזה" מדי. סביר להניח שיהיו דווקא חוגים מהימין הכלכלי אשר יראו בגישה המוצעת משום ניסיון מתוחכם לקדם סדר-יום אדום באצטלה של תיאוריה הליכית לביקורת שיפוטית.¹²⁰ התוצאות הפרוגרסיביות שהיו נובעות אילו יושמה גישה כזו בעניין מחויבות רק מאששות חשד כזה. יהיו אשר יהיו ההשלכות הפוליטיות הכרוכות ביישום גישה דמוקרטית "עם שיניים" בהקשרן של הזכויות החברתיות, גישה זו מבוססת על חלוקת עבודה ראויה במדינה דמוקרטית בין שופטים לבין מחוקקים: קביעת מדיניות חברתית-כלכלית וקביעת סדרי עדיפויות בתחום ההקצאה צריכות להיות שמורות בידי של המחוקק, ואילו תפקידו של השופט הוא להבטיח שכללי המשחק הדמוקרטיים בנוגע להליך ההקצאה יהיו הוגנים, שקופים ומכילים.

לשים לב לכך שהשופט פרנקפורטר, ממובילי הזרם הריאליסטי בתחילת המאה, שמר על עקביות מתודולוגית גם כאשר עקביות זו הובילה לתוצאה לא-פרוגרסיבית (למשל, בפסק-הדין: *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951), שבו קבע כי המחוקק הוא שצריך לאזן בין חופש ההתארגנות של קומוניסטים בארצות-הברית לבין האינטרס החיוני של שמירה על הסדר הציבורי בתקופת המקרתים).

¹²⁰ טענות מסוג זה הושמעו בארצות-הברית נגד הגישה ההליכית של אילי. בורק, למשל, טען שכל שהדבר נוגע בשאלת התקיימותם של החריגים לביקורת שיפוטית, כגון מיהי קבוצת מיעוט פגיעה, נתון לשופטים שיקול-דעת נרחב להחזרת הערכים הסובייקטיביים שלהם BORK לעיל ה"ש 41, בעמ' 194–199. ראו גם: Richard A. Posner, *Democracy and Distrust*, Revisited, 77 VA. L. REV. 641, 649 (1991), הטוען כי תהא זו טעות לחשוב שגישתו של אילי מצרה בהכרח את הביקורת השיפוטית.