

הקלות הבלתי נסבלת של (מינימום) הקיום: על צדק חברתי, הליך "רשלני" והזכות למינימום קיום אנושי יסמין רובין ודקלה צרפתי*

- א. רקע עובדתי
- ב. רקע משפטי
- ג. סטנדרט לקיום מינימלי בכבוד מול מודל המחסור הקיומי
- ד. מחויבות להליך ראוי מול מחויבות לתוצאה: ההבחנה
- ה. מחויבות להליך ראוי לעומת מחויבות לתוצאה: נקיטת עמדה
- ו. הפרת המחויבות להליך בחוק ההסדרים 2003: "חוקה רשלנית?"
- ז. ביטול דבר חקיקה בשל פגם במחויבות ההליכית לזכות
- ח. שלוש הערות מתבקשות: מהומה רבה על לא מאומה - האומנם?
הערה ראשונה
הערה שנייה
הערה שלישית
- ט. סוף דבר לסיפור שהיה ולא יסופר

רשימה זו תעסוק בתוכן החובה המוטלת על המדינה לממש את הזכות החוקתית לכבוד האדם המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אנו נתמקד בזכות לקיום מינימלי בכבוד, שהיא ממרכיבי הזכות לכבוד האדם, תוך דיון בשאלה אם חובת המדינה להגן על זכות זו מחייבת תוצאה חלוקתית מסוימת או שמא החובה המוטלת על המדינה היא להקפיד על הליך החלוקה.

א. רקע עובדתי

בחוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2003), התשס"ג-2002 תוקנו והוספו סעיפים שונים לחקיקה קיימת², ובהם סעיף 17 לחוק ההסדרים, שקובע הסדרים חדשים בחוק הבטחת הכנסה, התשמ"א-1980 (להלן: חוק הבטחת הכנסה). הסדרים אלה מפחיתים 4% עד 23% מגמלאות הבטחת הכנסה של כ-100,000 משפחות³. האגודה לזכויות האזרח, התנועה למלחמה בעוני ועמותת "מחויבות לשלום ולצדק חברתי" עתרו לבג"ץ בעקבות התיקון וטענו כי הקיצוץ פוגע בזכות החוקתית לקיום אנושי בכבוד⁴.

בדיון שהתקיים בבג"ץ ב-22.5.2003 לפני הרכב בראשות השופטת דורנר, תהתה השופטת דורנר כיצד תוכל לקבוע אם נפגעה זכותם של מקבלי הבטחת הכנסה לקיום בכבוד, מבלי שיהיו לפניה נתונים מספריים המציבים את הרף שמתחתיו לא ניתן להתקיים בישראל בכבוד. באת כוח המדינה הודתה כי אין בידיה או בידי הממשלה והכנסת המידע הנדרש. לכן, ביקשה השופטת דורנר מהעותרים להציג לה חוות דעת בדבר הרף

* סטודנטיות בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה. אנו מבקשות להביע את הערכתנו ותודתנו לד"ר אמנון רייכמן, אפי מיכאלי, מתן גולדבלט וד"ר גיא דוידוב שליוו אותנו בכתיבת הארה זו.

1 ס"ח 150 (להלן: חוק ההסדרים או חוק ההסדרים 2003).

2 חוק ההסדרים והשלכותיו הובילו להגשת עתירות רבות. ראו, למשל, בג"ץ 5578/02 מנור ואח' נ' שר האוצר ואח' (טרם פורסם); בג"ץ 4885/03 ואח' ארגון מגדלי העופות אגודה חקלאית שיתופית בע"מ ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' (טרם פורסם); בג"ץ 5304/02 ארגון נפגעי תאונות עבודה ואלמנות נפגעי עבודה בישראל נ' מדינת ישראל - כנסת ישראל ואח' (טרם פורסם); בג"ץ 494/03 עמותת הרופאים למען זכויות אדם ואח' נ' שר האוצר ואח' (טרם פורסם).

3 טיעון משלים בעתירה נגד קיצוץ בקצבאות הבטחת הכנסה (כפי שפורסם באתר האגודה לזכויות האזרח ב-17.7.2003). ניתן לצפייה ב- <http://www.acri.org.il/hebrew-acri/engine/story.asp?id=686>.

4 בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' ממשלת ישראל. נציין כי העותרים משתמשים במונח "קיום אנושי בכבוד", אולם אנו נתמקד במונח "קיום מינימלי בכבוד" בשל ההבחנה שעושה הנשיא ברק, כפי שנציג אותה בהמשך.

הנדרש לקיום מינימלי בכבוד, ואכן, הם הציגו לה חוות דעת שונות לחישוב רף זה. בהמשך עודדה השופטת דורנר את העותרים להוסיף לעתירתם בקשה לחייב את המדינה להגדיר סטנדרט לקיום מינימלי בכבוד. הסעד המבוקש הוסף לעתירה, וב- 5.1.2004 הוציא בג"ץ צו על תנאי המורה למשיבים לנמק מדוע לא ייקבע סטנדרט לקיום אנושי בכבוד. בהמשך נביא בתמציתיות את טענות העותרים והמשיבים לעניין הסטנדרט.

פרשה זו עוררה סקרנות ועניין ציבורי רב, בעיקר בשל האפשרות שבג"ץ יבקר את תשובת המדינה לשאלה מהי הרמה הנדרשת כדי להתקיים בכבוד. גולת הכותרת של העיסוק בפרשה הייתה הסערה שהתעוררה בכנסת, ובייחוד התבטאויותיו של יושב ראש הכנסת לעניין התערבות בג"ץ בתקציב המדינה. ב- 13.1.2004 יוחד דיון במליאה לפסיקותיו האחרונות של בג"ץ בעניין תקציב המדינה ולדברים שנשא הנשיא ברק בטקס ההשבעה לשופטים חדשים שהתקיים בסמוך לאחר מכן. בתום הדיון במליאה, שנמשך כ-4 שעות, התקבלה ברוב קולות סיעות הקואליציה הודעת סיכום, שבה נקבע:

הכנסת רואה בדאגה גלישת בית-המשפט העליון לנושאים שבמובהק הינם בתחום הסמכות של הרשות המבצעת והמחוקקת.

על יסוד של כבוד לרשות השופטת בכלל ולבית-המשפט העליון בפרט, מתריעה הכנסת בפני המשך מגמה זו, העלולה להתפתח למשבר חוקתי בישראל.¹¹

בינתיים פרשה ראש ההרכב בעתירה דנן, השופטת דורנר, מכס השיפוט והרכב השופטים שדן בעתירה הוחלף. בהרכב החדש ישבו השופטים אליהו מצא, מישאל חשין והנשיא אהרן ברק שישב בראש ההרכב.

- 5 להלן כמה מהן כפי שהן מובאות באתר האינטרנט של "מחויבות לשלום ולצדק חברתי" (ניתנות לצפייה במלואן ב- http://www.commitment.org.il/article_page.asp?id=54&scid=26).
- א. סקירה מאת פרויב אברהם דורון הראתה שהמדינה עצמה כבר הגדירה בעבר את הסף לקיום מינימלי בכבוד. שתי ועדות ציבוריות מטעם המדינה דנו בשאלה זו בהרחבה וקבעו כי על רמת ההכנסה של משפחה בת שני הורים ושני ילדים לעבור סף מינימלי בגובה 40% מהשכר הממוצע במשק (כ-2,800 ש"ח). טענת העותרים היא כי לאחר כניסת הקיצוץ בקצבאות לתוקף בסוף חודש יולי, משפחה כזו נאלצת להתקיים מקצבה של הבטחת הכנסה בשיעור של 33% מן השכר הממוצע (כ-2,380 ש"ח). כך שגם על פי הקריטריונים שעוצבו על ידי המדינה עצמה, רמת הקצבאות יורדת מסף המינימום (הסקירה ניתנת לצפייה ב- http://www.commitment.org.il/art_images/files/365691251/doron.doc).
- ב. טיוטת מחקר של חוקרים מהלשכה המרכזית לסטטיסטיקה הציגה שיטה אבסולוטית למדידת קו עוני על פי סל תצרוכת מינימלי למחיה, שכולל מזון, דיור והוצאות נלוות לדיור, חינוך ובריאות, תחבורה ותקשורת. טענת העותרים היא שרמת הבטחת הכנסה לאחר כניסת הקיצוץ בקצבאות לתוקף מצויה באופן חד מתחת לסל התצרוכת המינימלי שנקבע על ידי חוקרים אלה (חוות הדעת ניתנת לצפייה ב- http://www.commitment.org.il/art_images/files/365691251/lamas.doc).
- ג. חוות דעת של מרכז אדווה מראה כי עוד טרם הקיצוץ חיו משפחות רבות המקבלות הבטחת הכנסה בצמצום רב, והוצאותיהן התמקדו בצרכים בסיסיים. פירוש הדבר הוא שממילא חיו משפחות אלה בתנאי קיום מינימליים, שכל כולם מתמקדים בהישרדות. הטענה היא שעקב ההפחתה נאלצות משפחות אלה לבחור בין צורך קיומי אחד למשנהו. (חוות הדעת ניתנת לצפייה ב- http://www.commitment.org.il/art_images/files/365691251/adva.doc).
- 6 צו הביניים ניתן לצפייה ב- <http://62.90.71.124/Files/03/660/003/L15/03003660.L15.htm>. גם כאן משתמשת השופטת דורנר במונח "קיום אנושי בכבוד", אך אנו נתמקד בהמשך במונח "קיום מינימלי בכבוד".
- 7 ראו, למשל, א' גולן "הכבוד של השופטת דורנר" הארץ מאמרים 7.1.2004 (ניתן לצפייה ב- <http://www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArt.jhtml?itemNo=380276>); י' יעזר ור' סיני "המדינה לבג"ץ: אי אפשר להגדיר קיום בכבוד" וואלה! חדשות 16.2.2004 (ניתן לצפייה ב- <http://news.walla.co.il/?w=/506397>); י' יעזר "הפרופטורים של הכנופיה החברתית" מודאגים מהפסיכיות השיפוטית של בג"ץ" הארץ מאמרים 19.2.2004 (ניתן לצפייה ב- <http://www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArtPE.jhtml?itemNo=396072&contrassID=2&subContrassID=2&sbSubContra> (ssID=0)).
- 8 ראו, למשל, ג' אלון וי' לוי "מחריף העימות בין הכנסת לבית המשפט העליון" וואלה! חדשות 14.1.2004 (ניתן לצפייה ב- <http://news.walla.co.il/?w=/491788>); ג' אלון "ריבלין שב ותקף את השופט ברק" וואלה! חדשות 18.1.2004 (ניתן לצפייה ב- <http://news.walla.co.il/?w=/493409>); י' יעזר "ריבלין שוב ותקף את העליון" וואלה! חדשות 23.2.2004 (ניתן לצפייה ב- <http://news.walla.co.il/?w=/509081>).
- 9 הפרשה דנן ובג"ץ 7448, 7443/03 ית"ד - עמותת הורים לילדי תסמונת דאון ואח' נ' משרד החינוך ואח' (טרם פורסם).
- 10 בדבריו טען הנשיא ברק כי הכנסת "שוברת את הכלים" במערכת היחסים שבין הרשות המחוקקת לשופטת בשל ניסיונותיה ליצור דה-לגיטימציה לביקורת השיפוטית ולצמצם את היקף הסמכות של בתי המשפט. ראו, למשל, אלון וליט, לעיל הערה 8.
- 11 ובהמשך: "הכנסת דוחה ניסיונות לדה-לגיטימציה לביקורת על החלטות שיפוטיות הנעשית באופן מנומק וברך-ארץ, ביקורת שהינה לגיטימית ומהווה חלק מהשיח הציבורי בחברה דמוקרטית". בהודעת סיכום זו תמכו 15 חברי כנסת ונגדה הצביעו 12 חברי כנסת. ראו הישיבה התשעים ושלוש של הכנסת השש עשרה מיום 13.1.2004 (להלן: הדיון בכנסת).

יש לציין שבאותה עת לא חזרה המדינה לבית המשפט עם המידע הדרוש, על אף הצו שהורה לה לעשות כן. במקום זאת שבה המדינה והעלתה נימוקים לחיזוק טענתה כי אין זה נכון לחייבה לקבוע סטנדרט כמותי, ועליהם נעמוד להלן.¹²

ב-16.3.2004 חזר בו ההרכב החדש מהצו שנתן ההרכב הקודם, ובמקומו הוציא צו על תנאי ובו דרישה מהמדינה לנמק מדוע לא יבוטל הקיצוץ בקצבאות הבטחת ההכנסה.¹³ כנימוק למשיכת הצו ולהחלפתו באחר ציין הנשיא ברק: "ראיתי יותר עוצמה בעתירה המקורית מאשר בסעד שהוסף בדיון הקודם. לדעתי, הצו שקיבלתם בנושא הסטנדרט איננו הבעיה העיקרית ולכאורה תשובת המדינה היא תשובה חזקה, ולא על המסלול הזה תהיה תפארתם של העותרים..."¹⁴. יודגש כי זהו מקרה חריג: המדינה לא עמדה, לפחות לכאורה, בצו בית המשפט, ולאחר חילופי גברי בהרכב השופטים ובד בבד עם התקיימות לחץ מצד הכנסת שינה בית המשפט את תוכנו של הצו.

בקרוב יידרש בג"ץ בהרכב החדש להחלטה בעניין, ומטבע הדברים ייאלץ להידרש לשאלה אם הפרה המדינה את חובתה לממש את הזכות בחוקקה את החוק שנתן בעתירה. אנו מעוניינות, רק לרגע, לחזור בזמן, להקפיא את המצב המשפטי¹⁵ ולדון בשאלה אם מעצם המחויבות לזכות לקיום מינימלי בכבוד נדרש סטנדרט ומה משמעותו, והאם הצו שחייב את המדינה לספק נתונים היה מוצדק, או שמא צדק ההרכב שמשכו והחליפו באחר.

ב. רקע משפטי

כידוע, בשנת 1992 עוגנה הזכות לכבוד האדם בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בית המשפט קבע כי חקיקה זו מהווה "מהפיכה חוקתית"¹⁶, וכי מעמד חוקי יסוד אלו (כמו גם כל חוקי היסוד האחרים) הוא על-חוקי. מאז עוסק המשפט החוקתי הישראלי בפיתוח מודלים פרשניים שונים בדבר היקף הזכויות, ובעיקר הזכות לכבוד האדם, בשאלו אילו ערכים נוספים יחסו בצלחה ויקבלו מעמד של זכות יסוד, ואילו יישארו מחוץ לה. לדעת הנשיא ברק, יש לבחור במודל ביניים המקנה "מרחב מחייה" פרשני¹⁷. הוא אף סבור כי בבסיסו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עומדת תפיסת האדם כיצור חופשי ואוטונומי. בשל זאת הביע הנשיא ברק עמדה כי

- 12 יצוין כבר עתה כי בעצם כך, למעשה, הפרה המדינה את הצו שניתן נגדה.
 - 13 הצו החדש ניתן לצפייה ב-<http://62.90.71.124/files/03/660/003/a23/03003660.a23.HTM>.
 - 14 ראו ציטוט מדבריו של הנשיא ברק ב" יועז "בג"ץ ביטל הדישה לקבוע סף קיום בכבוד" וואלה! חדשות 16.3.2004 (ניתן לצפייה ב-<http://news.walla.co.il/?w=/519271>).
 - 15 הארה זו מתייחסת ברובה למצב המשפטי עד יום משיכת צו הביניים המקורי על ידי ההרכב החדש משום שהיא עוסקת בסטנדרט ובמשמעותיותו.
 - 16 כפי שכינה את ההליכים הללו אהרן ברק. ראו א' ברק "המהפיכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א (תשנ"ב) 9 (להלן: ברק "זכויות אדם מוגנות"). לביקורת על תפיסת הליכים אלו כמהפיכה חוקתית ראו ר' גביון "המהפיכה החוקתית - תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח (תשנ"ז) 21.
 - 17 זאת מאחר שהמונח "כבוד" בהקשרו החוקתי לוקה בעמימות לשונית. בתצהירם טוענים המשיבים כי עמימות זו נובעת מהמטען הדתי והפילוסופי העומד בבסיס המונח "כבוד האדם", מהאתגר שבתרגום מונחים אלה להקשר החוקתי הישראלי וממהותו של כבוד האדם הן כעיקרון על המהווה בסיס לכל הזכויות הנובעות ממנו ובאות להגשימו והן זכות ספציפית. כך, ניתן להעניק למושג "כבוד האדם" פרשנות רחבה, אולם הדבר עלול לייתר את הזכויות האחרות המעוגנות בחוק בטענה שהן כבר כלולות ב"כבוד". מנגד, פרשנות צרה עלולה לעקר את ייחודיות הזכות, את סמליותה הערכית ואת משמעותה. ראו סעיפים 17-20 לתצהיר תשובה מטעם המשיבים בבג"ץ 366/03, 888 מיום 16.2.2004 (ניתן לצפייה ב-<http://www.acri.org.il/hebrew-acri/engine/story.asp?id=820>) (להלן: תצהיר המשיבים).
- לכתיבה הנוגעת לשאלה זו ראו י' קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק יסוד כבוד: האדם וחירותו" משפטים כה (תשנ"ה) 129; סומר "הזכויות הבלתי מנויות - על היקפה של המהפיכה החוקתית" משפטים כח (תשנ"ז) 257; א' ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" משפט וממשל א (תשנ"ג) 253 (להלן: ברק "זכויות אדם מוגנות"). יש לציין שדיון נרחב זה נמצא עדיין בעיצומו, ולאחרונה נקבע בבג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין - אגודה להגנת הסביבה נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם). בפסקה 18 לפסק דינו של הנשיא ברק כי הזכות לאיכות סביבה אוויר אינה נכללת בגדר הזכות לכבוד האדם. לעניין זה ראו נ' ענבל וע' בכמן "וחתיכת שמיים- בעקבות בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין- אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש ממשלת ישראל" הארץ דין ב (התשס"ד) 95.

18 א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ד, כרך שלישי - פרשנות חוקתית) (להלן: ברק פרשנות חוקתית) 417-422.

הזכות לכבוד כוללת זכויות, או למצער מרכיבי זכויות¹⁹, שאינן מזוהרות במפורש בחוק היסוד, כגון הזכות לשוויון, חופש הביטוי, חופש האמונה והדת, חופש היצירה, חופש האסיפה, חופש ההתאגדות וחופש החוזים²⁰. על גישה זו נמתחו דברי ביקורת בקהילייה המשפטית²¹ ומחוץ לה²². אחת הביקורות המשמעותיות נסבה על כך שבמודל של ברק נכללות רק זכויות אזרחיות-פוליטיות, ואף לא זכות אדם חברתית אחת²³. על כן נתפס ברק על ידי מבקריו כנוקט גישה ניאוליברלית התומכת בכלכלת-שוק, מתנגדת להתערבות מדינתית ומתגייסת לתמיכה בצמיחה הכלכלית²⁴. אחרים טענו כי גישתו ליברטריאנית²⁵ ובכך מביאה לידי שמירה על הסטטוס קוו של ההחזקות, מעין "שמירה על הישגים"²⁶.

מאוחר יותר, בהרכבים בראשות הנשיא ברק בפרשות גמון²⁷ ואטרי²⁸, הכיר בית המשפט העליון בכך שהזכות החוקתית לכבוד האדם כוללת גם הגנה על מינימום קיום אנושי. אולם יש לציין כי הנשיא ברק הסתייג מפורשות מקריאת הזכויות החברתיות עצמן לתוך הזכות לכבוד האדם²⁹. מאחר שלשיטתו, זכויות אלו ראויות לעיגון חוקתי עצמאי בחוק-יסוד: זכויות חברתיות³⁰. רוצה לומר, ההכרה המשפטית הפוזיטיבית בזכות זו היא במובן צר: היא מקיפה צרכים בסיסיים הנוצרים לאדם למניעת מחייה בתנאים חומריים משפילים, ואינה מקימה זכות חברתית-כלכלית עצמאית ומלאה.

על כן נראה שקיים קונצנוס מסוים בדבר הכרה בהגנה על מינימום קיום אנושי, אך אין הדבר מלמד על קונצנוס לעניין עיגון החוקתי של זכויות חברתיות-כלכליות בכלל והזכות לקיום בכבוד בפרט, וניכר כי קונצנוס זה מבושש לבואי³¹. נציין כי אם בעתיד הזכויות החברתיות והכלכליות יעוגנו בחוקה (דבר הרצוי, לדעתנו), הדבר עשוי להשליך באופן ישיר על פרשנות הזכות למינימום קיום אנושי במובן הצר שהרי אז תוכל זכות זו להתפתח אל מלוא המרחב החוקתי הראוי לה ולהגן על קיום ראוי בכבוד³². במאמר זה נתמקד בזכות לקיום מינימלי בכבוד בלבד, אך נבקש לציין כי לדעתנו הזכויות החברתיות-כלכליות בכלל, והזכות לקיום ראוי בכבוד בפרט, חשובות לא פחות מן הזכויות האזרחיות ולעתים קרובות אף דרושות כתנאי למימושן, שהרי

- 19 ראו לציין כי חל שינוי מסוים בעמדתו המקורית של ברק במרוצת השנים. מספרו עולה כי גם בגישת הביניים יש כדי לאפשר "מרחב מחייב" רחב למדי, ואילו בפסיקה מאוחרת יותר, אולי בעקבות עמדתה של השופטת דורנר, נע ברק מעמדה מרחיבה זו לעמדה מצומצמת יותר, הגורסת כי רק מרכיבי זכויות יעוגנו. ביטוי לשינוי זה ניתן למצוא בפסק דינו בעניין אדם טבע ודין, לעיל הערה 17.
- 20 על כך ראו ברק "זכויות אדם מוגנות", לעיל הערה 17, בע' 261, וברק פרשנות חוקתית, לעיל הערה 18, בע' 423-433.
- 21 ר' בן-ישראל "השלכות חוקי היסוד על חקיקת העבודה" שנתון משפט העבודה ד (תשנ"ד) 27; פ' רדאי "הפרטת זכויות האדם ושימוש לרעה בכוח" משפטים כד (תשנ"ד) 21; א' מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל ד (תשנ"ז) 133; ע' זלצברגר וא' קדר "המהפיכה השקטה - עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי היסוד החדשים" משפט וממשל ד (תשנ"ח) 489.
- 22 מרמור, לעיל הערה 21, בע' 141, משתמש במבחן "אמור לי מיהם אויביך ואומר לך מי אתה". הוא מצביע על קבוצות אוכלוסייה שונות המרוצות מפסיקת בג"ץ, ומנגד על קבוצות המאוכזבות מפסיקתו.
- 23 ראו בן-ישראל, לעיל הערה 21, בע' 31. כדברי אנדרי מרמור במאמרו: "מעריך זכויות האדם המוגן בישראל בזמן האחרון הוא מעין מערך של זכויות אורח "יאפיות" ההולך ומתעלם יותר ויותר ממערך של זכויות סוציאליות, ומכויות המיעוטים הערבים בישראל ובשטחים". מרמור, לעיל הערה 21, בע' 139.
- 24 ראו בן-ישראל, לעיל הערה 21, בע' 31.
- 25 ליברטריאניזם הוא הענף ה"ימני" בפילוסופיה הפוליטית הליברלית, שמייצגו העיקרי בהגות הפוליטית הוא הפילוסוף רוברט נוזיק. במאמרו טוען מרמור כי מעט הזכויות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הן הזכויות הליברטריאניות הקלאסיות. מרמור, לעיל הערה 21, בע' 140. ראו גם זלצברגר וקדר, לעיל הערה 21, בע' 505.
- 26 לחילופין, מציג אייל גרוס פירוש חלוקתי, שלפיו לכל אחד ואחת יהיה קניין מינימלי הדרוש לקיומו. ראו א' גרוס "החוקה הישראלית: כלי לצדק חלוקתי או נגדי" בתוך צדק חלוקתי בישראל (מ' מאוטנר עורך, תשס"א) 90.
- 27 רע"א 4905/98 גמון נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360.
- 28 בג"ץ 161/94 אטרי נ' מדינת ישראל (לא פורסם).
- 29 ברק פרשנות חוקתית, לעיל הערה 18, בע' 425.
- 30 א' ברק "זכויות חברתיות ומעמדן החוקתי" (דברים ביום עיון "סביבה, חברה וזכויות אדם" מיום 16.3.2004).
- 31 ישנם דיונים ומחלוקות רבים על הצורך בקיומו של חוק-יסוד: זכויות חברתיות וכלכליות ועל אופיו. להרחבה ראו סוגית עיגון של זכויות חברתיות בחוקה (המכון הישראלי לדמוקרטיה, המועצה הציבורית, כינוס 9, א' דרומי עורך, 2002).
- 32 ברק מתאר את הזכות לקיום מינימלי בכבוד כזכות "מעורבת" שיש בה פנים חברתיים ואזרחיים, להבדיל מהזכות לקיום ראוי בכבוד, שהיא בעלת פן חברתי בלבד. הנטייה היא לטווג את הפן החברתי כמטיל חובה חיובית על המדינה להגן על הזכות. לעומתה, הפן האזרחי נתפס כמטיל על המדינה חובה שלילית שלא לפגוע בזכויות אלה.

"דיבורים על הזכות לפרטיות נשמעים מגוחכים באוזניו של מחוסר דיוור"³³. אכן, אם תופסים את חירויות האדם במובן העמוק והרחב שלהן, לדעתנו ראוי ש"החירות מנוקקות"³⁴ תהא אחת מהן. אנו מאמינות כי רק הכרה משמעותית בזכות לקיום ראוי בכבוד תקדם את רווחת האדם ואת הצדק החברתי בישראל³⁵, אולם הארה זו תעסוק בפן המשפטי הפוזיטיבי, קרי הדין המצוי.

ג. סטנדרט לקיום מינימלי בכבוד מול מודל המחסור הקיומי

כאמור, הזכות לקיום מינימלי בכבוד מוכרת בפסיקה בית המשפט כחלק מהזכות לכבוד האדם. בעבר ניתן היה לנתח את החובה המוטלת על המדינה מכוח זכות זו (או מכוח כל זכות אחרת) בהסתמך על ההבחנה בין זכויות שליליות המטילות חובה להימנע מעשיית דבר מה ובין זכויות חיוביות המטילות על המדינה חובה לעשות עשייה אקטיבית מסוימת. דומה כי הייתה נטייה להכיר בזכויות חוקתיות כמטילות על המדינה חובות שהן בעיקרן שליליות. אלא שכיום ההבחנה הקלאסית בין זכויות חיוביות ובין זכויות שליליות אינה מספקת במקרה זה, שכן הזכות לקיום מינימלי בכבוד כוללת מעצם טיבה היבטים חיוביים.

אכן, כפי שנראה בהמשך, גם הצדדים לעתירה הסכימו כי הזכות לקיום מינימלי בכבוד מטילה חובה פוזיטיבית על המדינה. המחלוקת התעוררה בשאלת היקף החובה הפוזיטיבית. כדי לענות על שאלה זו הציגו הצדדים מודלים פרשניים שונים בדבר היקף חובת המדינה.

בתצהירים טוענים הארגונים כי הדרך היחידה להגשים את הזכות לקיום מינימלי בכבוד היא להגדיר סטנדרט ממשי ומחייב שיציב אמות מידה וקריטריונים למדיניות הממשלה³⁶. להשקפתם, החובה לקבוע סטנדרט נגזרת ממשמעותה של זכות חוקתית ככזו היוצרת "מתחם מוגן" שאינו כפוף למנגנון קבלת ההחלטות הרגיל³⁷. העותרים אף סברו כי בלי סטנדרט כלשהו, בלתי אפשרי להרים את נטל ההוכחה ולהוכיח כי המדינה הפרה את חובתה כלפי האזרח מאחר שבהיעדר אמות מידה בהירות ומבחנים אופרטיביים הזכות לקיום מינימלי בכבוד מאבדת ממשמעותה והופכת לערטילאית ועמומה³⁸. לדידם, בשעה שרשויות השלטון מגבשות דעתן ומקבלות החלטות בעניין, חיוני ואף הכרחי כי הסטנדרט ישמש להן תשתית עובדתית, כפי שנעשה בכל תחום חקיקה אחר. קל וחומר במקרה דנן, שבו אי-קביעת סטנדרט נראה אבסורדי בגלל ההשלכות כבדות המשקל על חייהן של אלפי משפחות³⁹. על כן, היעדרו של סטנדרט מונע מהמחוקק לקבל אחריות מלאה למשמעויות חקיקתו⁴⁰. הסטנדרט יקדם שקיפות ציבורית ויחייב את השלטון להציג לפני הציבור באופן אמיתי ומפורט את העקרונות המנחים אותו בקביעת מדיניותו⁴¹. נציין כי העותרים אינם מבקשים שהמדינה תאמץ סטנדרט מסוים, אלא מקובלת עליהם כל שיטה, זו או אחרת, לאימוץ סטנדרט⁴².

33 גרוס, לעיל הערה 26, בע' 87.

34 "the freedom from want", כפי שהיטיב לבטא זאת בנאומו בשנת 1945 נשיא ארצות הברית דאז פרנקלין ד' רוזוולט על אף גישתו השמרנית-ליברלית. ראו: <http://www.wwnorton.com/college/history/ralph/workbook/ralprs36b.htm>.

35 השופט זמיר עומד על חשיבות ערכים אלו בחברה דמוקרטית בבג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר - אנף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 340.

36 סעיף 9 לעיקרי טיעון מטעם העותרים מיום 11.3.2004 בשתי העתירות בבג"ץ 366/03, 888 (ניתן לצפייה ב- <http://www.acri.org.il/hebrew-acri/engine/story.asp?id=832>) (להלן: תצהירים הראשון של העותרים).

37 שם, בסעיף 10.

38 שם, בסעיפים 15-16.

39 שם, בסעיפים 21 ו-25.

40 שם, בסעיפים 22 ו-26.

41 תצהירים הראשון של העותרים, לעיל הערה 36, בסעיף 16.

42 שם, בסעיף 17.

מאידך גיסא, המדינה טוענת שקביעת סטנדרט כמותי, מדויק, קשיח, על-חוקי ועל-זמני⁴³ כדי להגן על הזכות לקיום מינימלי בכבוד אינה מחויבת מחוק היסוד⁴⁴. המשיבים שוללים את המודל שהוצע על ידי העותרים מאחר שלדידם, קשה להגדיר רף מינימום להגנה על זכות חוקתית⁴⁵, ובנוסף, סעד מסוג זה הוא חדשני⁴⁶, ולא נשמע כמותו בישראל או בשיטות משפט אחרות⁴⁷. לדידם, חדשנותו ורגישותו של סעד מיוחד זה מחייבות התפתחות הדרגתית⁴⁸, בייחוד בשל ההשלכה הכלכלית על משאבי המדינה⁴⁹. לכן מציגה המדינה מודל חלופי של קיום סטנדרט עקרוני כללי לקיום המינימלי בכבוד. לדידה, הסטנדרט הראוי מתבטא במתן "רשת מגן אחרונה" שתכליתה למנוע מאדם לחיות בתנאים של מחסור קיומי, המבזה ומשפיל את אנושיותו ופוגע בליבת כבוד האדם⁵⁰. היא מכנה מודל זה "מודל המחסור הקיומי". לדידה, יציקת התוכן לחובת המדינה תיעשה על ידי הכנסת והממשלה בגלל המטריה המורכבת והרגישה, לפי יכולת המשק הלאומי ועל פי סדרי עדיפויות חברתיים-כלכליים⁵¹. במילים אחרות, לפי המדינה די בקביעת עיקרון הגנתי, ואת פרטיו יש להותיר בידי הרשת המחוקקת והרשות המבצעת בהתחשב בכל מקרה לגופו.

מאופן הצגת הדברים עולה כי ניתן לממש את הזכות בשני אופנים. האחד הוא קביעת סטנדרט ספציפי או רף: כל אדם זכאי לסכום מסוים בחודש כדי להתקיים בכבוד. השני הוא קביעת סטנדרט עקרוני כללי: כל אדם זכאי לרשת ביטחון אחרונה על ידי בחינה פרטנית של נסיבות כל מקרה ומקרה. לכאורה ניתן לטעון כי מודל הסטנדרט שהציגו הארגונים משמעו מחויבות המדינה לתוצאה כלשהי, ואילו מודל המחסור הקיומי, משמעו כי אין מחויבות לתוצאה כללית, אלא קיימת מחויבות אחרת להימנע ממצב שבו ייקבע בדיעבד כי אדם זה או אחר מצוי בנסיבותיו בלא המינימום הנדרש לקיום בכבוד כפי שזה נקבע במקרה הנדון. על רקע תפיסה זו ניתן להבין את ההד הציבורי סביב דרישת סטנדרט שיחייב את המדינה להגדיר רף כמותי קשיח על-חוקי ועל-זמני לקיום המינימלי בכבוד ויגרום לבג"ץ לקיים ביקורת שיפוטית כה פולשנית על תקציבי הרווחה, כאילו היה הוא המחוקק או קובע המדיניות. לטעמנו, תפיסה שונה של הסטנדרט הייתה מונעת הד שכזה, כפי שננסה לטעון.

ד. מחויבות להליך ראוי מול מחויבות לתוצאה: ההבחנה

מחויבות לתוצאה כשמה כן היא: אף אדם לא יימצא רעב לפת לחם, לא יתגורר בחוצות ולא יחיה בתנאים חומריים משפילים⁵². לעומת זאת, משמעות הסטנדרט כמחויבות להליך היא שכאשר המדינה פוגעת בזכות, היא מחויבת להעמיד לפניה תשתית עובדתית נאותה, להכיר את האוכלוסייה הנתמכת בידי המדינה מכוח הזכות, לשקול את השלכות הפגיעה באוכלוסייה זו ולגבש בסופו של יום קריטריונים כלליים בהתחשב

43 תצהיר המשיבים, לעיל הערה 17, בסעיפים 6, 8, ו-39.

44 שם, בסעיף 4.

45 שם, שם.

46 שם, בסעיף 5.

47 שם, בסעיף 4.

48 תצהיר המשיבים, לעיל הערה 17, בסעיפים 8-9.

49 שם, בסעיף 9.

50 שם, בסעיפים 6, 8 ו-23. המשיבים סומכים עצמם על הפירוש שנותן הנשיא ברק עצמו לזכות לכבוד האדם, ככוללת רק את ההגנה על המינימום הדרוש לאדם כדי להימנע ממחיה בתנאים חומריים משפילים. לטעמם, הפרשנות הקיימת לזכות לכבוד האדם וההיסטוריה החקיקתית בתחום הזכויות החברתיות מצביעות על כך שאין להרחיב את היקף חבות המדינה על דרך הפסיקה. כמו כן, הגנה רחבה על הזכות לקיום בכבוד תביא לידי זילות הזכות ולידי החלשת חוסנה מפני זכויות ואינטרסים אחרים.

51 שם, בסעיף 6.

52 עניין גמזו, לעיל הערה 27.

בנתונים אלו. הליכים אלה נועדו למנוע, או לפחות למזער ככל שניתן, את התוצאה הלא רצויה, היינו מצב של אדם הנופל אל מתחת למינימום הדרוש לקיומו בכבוד.

מטבע הדברים, ביקורת שיפוטית על ההליך תתמקד בביקורת על איסוף הנתונים ושקילתם, גיבוש מבחנים מידתיים והעברת התקציבים בהתאם לנתונים אלו. זאת, בעוד המחויבות לתוצאה נמדדת על פי אמות מידה חדות הבודקות את המצב בשטח בכל רגע נתון: אם הושגה התוצאה הנדרשת, אם לאו. אם כן, המחויבות ההליכית, הרכה יותר, מסתפקת במבחנים שיש בהם אלמנט של גמישות בדבר התוצאה הסופית, מבחנים הנשענים, למעשה, על פיתוחה של עילת הסבירות. ודוק: הסטנדרט בהליך כזה משמש רק כמדד שניתן לבסס עליו החלטה רציונלית⁵³. בטרם נתח סוגיה זו נייחד כמה מילים נוספות להבחנה.

טלו את הזכות לביטחון⁵⁴. באופן אינטואיטיבי, האם מצב שבו אדם נפגע בהתקפת טרור, משמעו כי נפגעה זכותו החוקתית לחיים ולשלמות גופו? האם לא די בתקציב השנתי הרחב שמקציבה המדינה למגנוני הביטחון השונים כדי לקיים את חובתה בתחום הזכויות החוקתיות לחיים ולשלמות הגוף, המפורטות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? רוצה לומר, האם לא ניתן לזהות מחויבות רכה יותר מהמחויבות לתוצאה הסופית, קרי מחויבות להליך שמשמעה שקילת הזכות ונקיטת אמצעים סבירים כדי לממשה⁵⁵?

שאלת המחויבות לזכות כמחויבות להליך או לתוצאה נידונה זה מכבר בפרשות שונות, וניתן לזהות עמדות שונות של שופטים בעניין. בפסק דין בנק המזרחי גרס השופט חשין כי הכנסת רשאית לפגוע בחוק יסוד כל עוד תאמר זאת במפורש⁵⁶. הדרישה לאמירה מפורשת מחייבת את הכנסת להיות מודעת מודעות מלאה לפגיעה בזכות היסוד, מודעות להליך השינוי ולהשלכות. פירושו של דבר, שהשופט חשין מדגיש את מחויבות הכנסת להליך תקין. בפרשת אליס מילר השופט מצא לא חייב את הצבא לתוצאת שילוב נשים, אלא דרש שייערך ניסוי לשלב נשים בתפקידי לחימה בצה"ל⁵⁷, כלומר פסק דינו מחייב את הצבא לשקול את הזכות להעניק שוויון לנשים ולבחון את השלכות יישומה, ולפיכך ניתן לראות את פסק הדין הזה כמחייב את רשויות הצבא לנקוט הליך תקין בהתחשב בזכויות ובאינטרסים המעורבים. גם בפרשת אגודת דרך ארץ מצא השופט לנדוי לנכון לקבוע כי חוק מימון הבחירות אינו עומד בדרישת סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, כיוון שהכנסת לא פעלה בהליך שהביא בחשבון את הצרכים של כל המפלגות כולן, קרי דרישה להליך ראוי⁵⁸. מכאן שביקורת על ההליך אינה עניין חדשני⁵⁹.

בפסק דין שדולת הנשים⁶⁰, שבו נדונה שאלת הייצוג ההולם, דן השופט מצא בתפיסה התוצאתנית אך משלב את הדיון גם בדרישות שהן במהותן דרישות הליכיות: קביעת קריטריונים גמישים לעניין הניסיון, למשל, כדי לאפשר הגדלת קבוצת הנשים שתוכל להתמודד על תפקידי דירקטוריון. בכך נבחנת סבירות הקריטריון, ולא רק - ואף לא בעיקר - התוצאה המספרית.

53 ד' גוטליב "העדר רציונליות במדיניות התעסוקה של הממשלה" עבודה חברה ומשפט י (תשס"ד) 257.
54 הזכות לביטחון מעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו דרך הזכות לחיים והזכות לשלמות הגוף. הכוונה כאן לתביעה חוקתית בשל פגיעה טהורה בזכות חוקתית, ולא לתביעה נזיקית בשל הפגיעה בגוף (בהיקש מע"א 2781/93 דעקה נ' בית חולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526).
55 מובן שדוגמה זו מובאת באופן פשטני שהרי הגשמת הפן התוצאתי באופן מושלם מופרעת לעתים על ידי התנהגותם של צדדים שלישיים.
56 ע"א 6281/93 ואח' בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח' נ' מגדל כפר שיתופי ואח', פ"ד מט(4) 221, 550-570.
57 בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מט(4) 94, 115-116.
58 בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ ואח' נ' רשות השידור ואח', פ"ד לה(4) 1, 10-9.
59 בג"ץ 3975/95 קניאל נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(5) 459, 493. בפרשה זו החוק לא בוטל מאחר שהוכח כי ההליך התנהל באופן תקין. עדיין, מפרשה זו ניתן לגזור כי לבג"ץ תהיה הסמכות לבטל חוק אם ההליך לא התנהל באופן תקין. גם בבג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל ואח', פ"ד מט(1) 661, בוטלה החלטה של הכנסת בשל ניהול הליך לא תקין.
60 בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מח(5) 501.

סקירה זו מלמדת כי קיימת הבחנה (גם אם לא פורמלית) בין המחויבות להליך ובין מחויבות לתוצאה. לדעתנו, שתי המחויבויות אינן שקולות זו לזו מבחינת רמת המחויבות. המחויבות התוצאתית היא מחויבות קשה יותר לעומת המחויבות הרכה יותר להליך, כלומר קיים ביניהן מדרג ברור. בנוסף, ייתכן שהמדרג קיים גם משום שהמחויבות התוצאתית כוללת בתוכה את המחויבות ההליכית, שהרי בלא הליך תקין (תשתית עובדתית ושקילת הזכות) קלוש הסיכוי להגיע לתוצאה המספקת את הזכות החוקתית. מכך עולה כי המחויבות לתוצאה תקינה טומנת בחובה לפחות מרכיבים מסוימים של מחויבות להליך ראוי. ניתן אף לטעון כי ייתכנו מצבים שהרשות לא תצא בהם ידי חובתה אם תגיע לתוצאה הראויה מבלי שקיימה הליך ראוי, משל היה הדבר משחק מזל, מאחר שבמחויבות להליך טמונים ערכים עצמאיים. שמירה על הליך ראוי מחויבת מכוח סדרי ממשל דמוקרטיים תקינים, היא מאפשרת שקיפות (שהיא עצמה תנאי הכרחי לדמוקרטיה השתתפותית, ככל שעסקינן ב"השתתפות מודעת", דהינו בהשתתפות הנשענת על מידע מספק). כמו כן יש בדרישת השמירה על ההליך התקין כדי "לחנך" את הרשות ולהקנות כלי עבודה לעתיד, והיא מאפשרת ראייה כוללת של כלל הזכויות והחובות ושל חלוקת המשאבים ביניהן.

לעניין זה נציין את הקשר הברור בין דרישות פרוצדורליות ובין המחויבות להליך. לגישתנו, מטרת הפרוצדורה היא לכוון את הרשות לשקול את כל השיקולים ולתת להם משקל ראוי. כך, למשל, נראה שבלא קיום הדרישה לחוקק חוק בשלוש קריאות, שהיא דרישה פרוצדורלית, לא יהיה דיון מספק בעניין שבא החוק להסדיר. אם כך, התנאים הפרוצדורליים הם בבחינת התנאי המקדמי לקיומו של הליך ראוי. לכן הבחינה אם התקיימו דרישות פרוצדורליות, היא אבן בוחן ראשונית וחשובה לשאלה אם התקיים הליך ראוי⁶¹.

לאור כל זאת מסקנתנו היא כי אם נקבע שרשות מחויבת לתוצאה, פועל יוצא מכך ברוב המקרים הוא מחויבותה להליך כמחויבות נמוכה יותר. אמנם ייתכנו מצבים שהמחויבות לתוצאה תקינה בהם אף שלא קיים הליך תקין, וודאי ייתכנו מצבים שהמחויבות להליך תקין קוימה בהם מבלי שהובילה לעמידה בסטנדרט תוצאתי. עם זאת, נראה כי אם המדינה תקיים את ההליך הראוי, מרבית הסיכויים הם שתתקבל התוצאה הראויה, או לפחות תוצאה הקרובה במידה מספקת לתוצאה הראויה. לפיכך נראה כי ניתן לשרטט מדרג בין המחויבות להליך, המצויה בדרגה נמוכה יותר, למחויבות לתוצאה, המצויה בדרגת נוקשות גבוהה יותר המכילה על פי רוב לפחות מרכיבים מן הדרגה הנמוכה יותר. שרטוט מדרג זה יראה כי קיים ספקטרום מדורג של מחויבויות, מן המחויבות ההליכית אל המחויבות התוצאתית. לשם השלמת התמונה, נציג דרגות מחויבות שונות שעולות בפסיקה, וננסה ליישם דרגות מחויבות אלו על הזכות לקיום מינימלי בכבוד, בשינויים המחויבים. נציין כי ספקטרום המחויבויות הוא רציף, והדוגמאות להלן אינן אלא תחנות על הספקטרום שאיתרנו בפסיקה.

המחויבות החלשה ביותר היא מחויבות להתבסס על תשתית עובדתית נאותה שתכלול את כל הנתונים הרלוונטיים לעניין והשלכותיהם, ועל בסיס תשתית זו לקבל החלטה מנומקת. כך, למשל, תפס הנשיא שמגר את מחויבות שר הפנים בפרשת שעון הקיץ⁶². לעניין הזכות לקיום מינימלי בכבוד, דרגת מחויבות זו תבטא בקביעת גובה גמלת הבטחת הכנסה על בסיס נתונים כמו סל צריכה מינימלי והשלכות צמצום הגמלה על המשפחות הנתמכות בה. היעדר תשתית שכזו תוביל לקביעה כי המדינה לא עמדה במחויבותה המינימלית. במדרגה הבאה קיימת מחויבות הליכית במהותה, אך אקטיבית יותר מקודמתה בכך שעל הרשות מוטלת הן חובה להסיר חסמים והן חובה לנקוט צעדים מעשיים שיקדמו את הגשמת הזכות האמורה, בעיקר הפיכת

61 להרחבה ראו בג"ץ 5131/03 ליצמן נ' יושב ראש הכנסת ואח' (טרם פורסם).

62 בג"ץ 297/82 ברגר ואח' נ' שר הפנים, פ"ד (לו) 29, 49.

הזכות התיאורטית לנגישה בפועל לקהל היעד שאינו מממש זכותו. לדעתנו, סוג כזה של מחויבות ניכר בדרישתו של השופט מצא מהצבא לעניין הניסוי האקטיבי לשלב נשים בצה"ל⁶³. לעניינו, מחויבות כזו תתבטא בהרחבת נגישות הנתמכים בגמלאות למגננוני הרווחה⁶⁴.

במדרגה השלישית המחויבות להליך היא הגבוהה ביותר. בשלב זה לא מדובר אך על מאמץ אקטיבי להגשים את הזכות, אלא על שינוי סדרי עדיפויות ועיצובם מחדש ובעקבות זאת הגמשת קריטריונים חלוקתיים או הקשחתם. רמת מחויבות זו היא שהנחתה את השופט מצא בדרישתו מהממשלה לשנות את סדרי עדיפויותיה (העדפת הערך שבשילוב נשים על פני ניסיון מקצועי) ועקב כך להגמיש את הקריטריונים לשילוב נשים כחברות דירקטוריון⁶⁵. לעניינו, היות שהזכות לקיום מינימלי בכבוד היא זכות חוקתית, ראוי שיעוצבו מחדש הקריטריונים לנגישות הזכות כך שיהיו מקלים יותר. הדבר יביא לידי מימוש מיטבי של הזכות בהתאם למעמדה כזכות חוקתית.

המדרגה הבאה והאחרונה היא מחויבות תוצאתית. מחויבות זאת מצמצמת באופן מוחלט את שיקול הדעת של הרשות, וניתן לטעון להפרת מחויבות זו אם התוצאה המצופה לא מושגת. בפרשת עדאלה, שעסקה בשילוט בשפה הערבית, לא הסתפק הנשיא ברק בחיוב הרשות ברמת המחויבות של הדרגה השלישית, כפי שהוצגה לעיל, אלא הטיל חובה תוצאתית - החובה לספק שילוט בשפה הערבית לצד השפה העברית והאנגלית. ביטוייה של רמת מחויבות זו במימוש הזכות לקיום מינימלי בכבוד יהיה קביעת רף כמותי שייצג קיום מינימלי בכבוד, ואשר ירידה ממנו תהיה הפרת הזכות והמחויבות לתוצאה. נציין כי בפרשת עדאלה הסתייג השופט חשין מהטלת מחויבות כה קשה על הרשות והעדיף לתת לרשות הזדמנות לשקול את השיקולים ואת השלכותיהם ולפעול בעניין לפי מתחם הסבירות הנתון לה⁶⁶. במונחינו, מעדיף השופט חשין לחייב את הרשות במחויבויות הליכיות בלבד, שבהן נשקל כל מקרה לגופו. דבר זה מחזק את טענתנו שמחויבות לתוצאה היא נוקשה יותר, ורק לעתים רחוקות תחויב בה הרשות⁶⁷.

לאחר שהצגנו את מדרג המחויבויות הרצף, ברצוננו לבחון למה מחויבת המדינה במסגרת חובתה לממש זכות לקיום מינימלי בכבוד.

ה. מחויבות להליך ראוי לעומת מחויבות לתוצאה: נקיטת עמדה

כעת אנו מעוניינות לטעון כי במימוש הזכות לקיום מינימלי בכבוד, לאור המשפט הפוזיטיבי, המדינה מחויבת אך להליך. ננסה להצדיק טענה זו על ידי בחינת עקרון הפרדת הרשויות בכלל, מעורבות בית המשפט בשיקולים תקציביים ואמון הציבור במערכת בפרט.

טענו לעיל כי גם במחויבות להליך קיימות דרגות שונות, אולם אנו מבקשות שלא להכריע מהי דרגת המחויבות להליך של המדינה ולהשאיר שאלה זו בצריך עיון. לגופו של עניין, ניכר כי המדינה הפרה את המחויבות ההליכית ברמתה הנמוכה ביותר בחקיקת חוק ההסדרים, כפי שנטען בהמשך.

63 עניין מילר, לעיל הערה 57.

64 דוגמה מעניינת הממחישה בדיוק את המחויבות במדרגה זו, עלתה בשיחה שקיימנו עם עובדת המוסד לביטוח לאומי, שסיפרה על מאמצי המוסד לביטוח לאומי לשפר את השירות ולהרחיב את נגישות המוסד לאוכלוסיות הנתמכות בו. כך, למשל, לאחר התמוטטות מפעלי "אתא" ו"סולתם" יצאו עובדי מחלקת האבטלה של המוסד לביטוח לאומי אל המפעלים עצמם כדי לקבל מאלפי המובטלים תביעות לדמי אבטלה. מטרת פעילות זו הייתה למנוע מאותם אלפי מובטלים להמתין בתורים הארוכים והצפופים שבסניף הביטוח הלאומי כדי להגיש את תביעותיהם.

65 עניין שדולת הנשים, לעיל הערה 60, בע' 527-529.

66 בג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ואח' נ' עיריית תל-אביב-יפו ואח', פ"ד נו(5) 393. עם זאת, נראה שסעד זה הוא פרטני וחריג, ובדרך כלל מחויב בג"ץ במחויבויות הליכיות במהותן.

67 נציין כי מדובר כמובן בתוצאה כלפי ציבור לא מסוים (כמו מקבלי גמלת הבטחת הכנסה), שהרי בכל פסק דין יש מחויבות לתוצאה כלפי הצדדים המתדיינים.

הסוגיה דגן נעוצה בלב לבו של **עקרון הפרדת הרשויות**. הרשות המחוקקת, כידוע, מטרתה לחוקק חוקים ובכך להתוות מדיניות ועל הרשות המבצעת ליישמה⁶⁸. מהקביעה כי המדינה מחויבת לתוצאה בתחום הזכויות החברתיות, נגזר כי לבית המשפט הסמכות למתוח ביקורת שיפוטית על התוצאה שהושגה. דבר זה עלול להוביל להתנגשות חזיתית בין הרשויות⁶⁹, ולהגביר את הסיכוי שחלילה, צווים של הרשות השופטת לא יכובדו במלואם על ידי הרשויות האחרות - מצב הקרוי "משבר חוקתי", שממנו חוששים גורמים פוליטיים שונים⁷⁰. לעומת זאת, ביקורת שיפוטית על הליך מתבקשת מעקרון הפרדת הרשויות ומשיטת "האיזונים והבלמים"⁷¹. מכאן שאין מדובר בביקורת על הכנסת עצמה, אלא ביקורת שנועדה להגן על הליכי החקיקה שבכנסת מפני הרשות המבצעת (לחצי משרד האוצר והממשלה) המנסה להביא לידי אישורם של חוק ההסדרים וחוק התקציב⁷².

יתרה מזו, כידוע, בית המשפט בוחן אם נפגעה הזכות לאור חוקי היסוד הקיימים ופרשנותם. אמנם נקבע כי הזכות לקיום מינימלי בכבוד חוסה תחת כנפי הזכות לכבוד האדם, אך במהותה זו זכות חברתית, ובגלל היעדרה (לצערנו) של חקיקת יסוד בתחום הזכויות החברתיות, נראה כי ראוי שבית המשפט ינקוט ריסון שיפוטית ויגביל עצמו לבדיקת המחויבות ההליכית למימוש הזכות.

בנוסף, היות שעסקינן במדיניות כלכלית צופה פני עתיד, אם בית המשפט יחליט החלטה שתתברר בעתיד כמוטעית, הוא לא יהיה האורגן שיישא במחיר החלטתו המוטעית, מאחר שאיננו גוף נבחר⁷³. לעומת זאת, אם הכנסת תאמץ תכנית שתתגלה בעתיד כמוטעית, יוכל הציבור לגלות דעתו על כך באמצעות הבחירות הכלליות לכנסת. מכאן שפועל יוצא מהקביעה כי המדינה מחויבת לתוצאה, הוא סמכות בג"ץ לביקורת שיפוטית על התוצאה, ודבר זה יבטא ביתר שאת את המתח הא-רובני⁷⁴ ואת משמעויותיו⁷⁵. לכן נראה שעדיף יהיה להטיל על בית המשפט את התפקיד לוודא כי המדינה מחויבת להליך, אך לא להטיל עליו לוודא מחויבות לתוצאה שהוא עצמו שותף בעיצובה.

זאת ועוד, מחויבות לתוצאה קשורה בקשר הדוק להקצאת המשאבים הכלכליים של המדינה ולגיבוש זמינותם⁷⁶. מכיוון שבית המשפט הוא גוף המגיב על עתירות ספציפיות, ומכיוון שנשען הוא אך על התשתית המובאת לפניו בהליך אדוורסרי, נעדר הוא את הראייה הכוללת של כלל משאבי המדינה. לפיכך עלולות הכרעותיו בענייני הקצאת משאבים גלובליים לפגוע בצדדים שלישיים⁷⁷. כמו כן, קביעת ביקורת שיפוטית ברמת התוצאה תציב בפני בית המשפט קושי מקצועי שכן נעדר הוא כלים מקצועיים לבחינה מיטבית של הקשר בין המדיניות הנדונה ובין התוצאה שאליה מחויבות הרשויות להגיע, ולכן עלולות הכרעותיו להיות לא יעילות. יש גם לזכור כי לעתים לא מדובר בשיקולי יעילות בלבד, אלא גם בשיקולים ערכיים ואידיאולוגיים

68 א' רובינשטיין וב' מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, תשנ"ז, כרך א) 331.
69 אחת הסיבות שהניעו את השופט חשין בפרשת עדאלה, לעיל הערה 66, להימנע מלחייב את המדינה במחויבות תוצאתית, הייתה שיקולים מוסדיים של הפרדת רשויות.
70 ראו הדין בכנסת, לעיל הערה 11.
71 להרחבה ראו התיאוריה של אילי כי על בית המשפט להתערב בהליך ולהבטיח ייצוג הולם בקבלת החלטות: J.H. Ely Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review (Cambridge, Mass., 1980) 73-104.
72 א' רייכמן "הגירעון הדמוקרטי וחוקתיות התוכנית הכלכלית" עבודה חברה ומשפט י (תשס"ד) 307, 314.
73 שם, טיעון זה מועלה תכופות במקרים שבהם בית המשפט מבקר מדיניות וחקיקה, אולם טיעון זה מקבל משנה תוקף, כשמדובר במדיניות כלכלית.
74 להרחבה ראו P. W. Hogg Constitutional Law of Canada (Carswell, 2002).
75 רייכמן, לעיל הערה 72, בע' 314.
76 לדיון מפורט בנושא התערבות בית המשפט בתקציב המדינה ראו תצהירי העותרים והמשיבים, לעיל הערות 17, 36, 47; בג"ץ 240/98 עדאלה נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 167.
77 מאז ומתמיד לבית המשפט הייתה בעיה להתערב בתקציבי הרשות. ראו, למשל, דברי השופט חשין בע"א 6926/93 מספנות ישראל בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ ואח', פ"ד מח(3) 749, 779. קל וחומר עת מדובר בתקציב ממשלתי.

שמוטב שייקבעו על ידי נבחרי הציבור⁷⁸. בית המשפט ייטיב לקיים ביקורת שיפוטית על הליך דווקא בשל היותו גוף אדוורסרי. ביכולתו לבחון את ההליך תוך שמיעת טענות הצדדים ולהפעיל מבחנים ראייתיים שיעידו על טיב ההליך ואיכותו, מבחנים שבהפעלתם נהנה הוא מיתרון המקצועיות⁷⁹. כך המדינה תוכל להרים את נטל הראיה כי נקטה אמצעים סבירים להגשמת הזכות בכפוף למגבלותיה התקציביות אם תציג הליך תקין.

שיקול כבד משקל נוסף הוא **אמון הציבור במערכת המשפט**. אם בית המשפט יקבע רף מדויק או יבקר רף כלשהו, הוא ייתפס על ידי הציבור כנוקט עמדה פוליטית כלשהי, קפיטליסטית או סוציאליסטית. נראה כי למרות החזקה שהשופט הוא ניטרלי, יתקשה הציבור הרחב לקבל זאת, בשל הטיעונים הערכיים שבהם ישתמשו השופטים, ובשל התוצאה שאליה יגיעו בסופו של דבר. דבר זה עלול לפגוע באמון הציבור בבית המשפט, והרי "חוסר אמון בשפיטה הוא תחילת סופה של החברה"⁸⁰. יתרה מזו, אנו מאמינות כי ביקורת שיפוטית על ההליך תגביר את אמון הציבור במערכת המשפט מאחר שהיא תאפשר שקיפות רבה יותר לציבור, והציבור יחוש כי יש מי ששומר על הדמוקרטיה. כך, הגברת השקיפות תוביל גם להגברת האמון בממשל. אם כך, נימוקים אלו מובילים אותנו להעדיף הטלת מחויבות הליכית על המדינה במימוש הזכות לקיום מינימלי בכבוד.

אולם יש לציין שבמקרים חריגים לא ראוי שעמידה במחויבות ההליכית תהא סוף פסוק. רוצות אנו לומר, במקרים חריגים שבהם הרשות עמדה במחויבותה להליך תקין וראוי אך התוצאה היא קשה ובלתי נסבלת, ראוי יהיה להעביר את התוצאה תחת שבט הביקורת השיפוטית. אנו צופות שבמקרים כאלה יופיעו לפני בית המשפט אנשים מסוימים, אשר בנסיבותיהם כשל ההליך החלוקתי. אמנם מתן סעד במקרה זה יעניק, מטבע הדברים, סעד גם לציבור בלתי מסוים שנפגע מהתוצאה הקשה, אך דומה שהשימוש במבחן המידתיות הצר המצוי בפסקת ההגבלה, הלא הוא שקלול הנזק לעומת התועלת, יאפשר ביקורת על תוצאה חריגה כדי לתת סעד פרטני. לדעתנו, בארסנל הסעדים הראוי למטרה זו, יימצאו החריג החוקתיים⁸¹ או הסעד מן הצדק⁸². שימוש בכלים אלו נחוץ היות שהוא "גלגל הצלה" אחרון בעבור אנשים שחיים מתחת לרף הקיום המינימלי בכבוד. יתרה מזו, הכלים הללו יעזרו לשמר את אמון הציבור במערכת המשפט, שכן בלעדיהם בג"ץ ייתפס כאילו הוא אך משתמש ברטוריקה של עזרה לחלשים, אולם למעשה עושה יד אחת עם גורמי ההון ומסרב להורות על עזרה אמיתית ומהותית לאוכלוסיות הנזקקות. אנו מקוות כי מצבים אלו יהיו מעטים ביותר משום שבאמצעות הליך תקין לרוב לא יתקבלו תוצאות כה קשות, כאמור.

1. הפרת המחויבות להליך בחוק ההסדרים 2003: "חקיקה רשלנית?"

התיקון לחוק הבטחת הכנסה נידון בחוק ההסדרים 2003. טכניקה חקיקתית זו, כפי שנראה, בעייתית כשהיא לעצמה, ועל אחת כמה וכמה באופן שבו הופעלה ב-2003 על ידי הממשלה, על ידי משרד האוצר ועל ידי כנסת ישראל.

78 ראו דבריו של יושב ראש הכנסת ראובן ריבלין בג' אלון "הפסיקה החברתית" של בג"ץ הרגיזה ח"כים" הארץ 12.1.2004 א.5.
79 רייכמן, לעיל הערה 72, בע' 317.
80 בשג"ץ 327/85 צבן נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד (4) 141, 148. לאמון הציבור בשפיטה ראו עוד בג"ץ 5364/94 ואח' ולנר ואח' נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית ואח', פ"ד מט(1) 758.
81 להרחבה ראו A. M. Bickel The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics (Indianapolis 1962).
82 סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה. ראו עוד בג"ץ 3512/02 עמותת "הפורום לזכויות קיום בנגב" ואח' נ' משרד התשתיות ואח', פ"ד נו(2) 102; א' בנדור "ארבע מהפיכות חוקתיות" משפט וממשל 1 (תשס"א-ס"ג) 305. נציין כי אנו מודעות לכך שגם התערבות חריגה כזו עלולה להציג את בית המשפט כנוקט עמדה פוליטית כלשהי, והדבר ייצור פגיעה באמון הציבור במערכת כאמור. אולם סעדים אלו יוענקו במשורה, ועדיפה פגיעה מזערית כזו מהשאר התוצאה הקשה על כנה.

השימוש בטכניקה החקיקתית הקרויה "חוק ההסדרים" נעשה לראשונה ב-1985 כחלק מתוכנית חירום לייצוב המשק. מאז הפך הדבר נוהג מקובל ומשלים לחוק התקציב השנתי. חוק ההסדרים מוגש כל שנה לכנסת כהצעת חוק ממשלתית ומאגד אוסף חוקים ותיקוני חקיקה שהממשלה רואה צורך באישורם המהיר. חרף זאת, הדיון בחוק ההסדרים, להבדיל מהדיון בחוקים האחרים, לא נידון בוועדות הנושאות של הכנסת, אלא מועבר כמקשה אחת לוועדת הכספים והיא דנה בו בפרק זמן קצוב.

החוק מוגש למליאה חודשיים לפני אישורו ובכך מוקצה לחברי הכנסת זמן קצוב וכמעט בלתי אפשרי לדיון בחוק⁸³, בעיקר בהתחשב בכך שלחוק סעיפים רבים, ועד מועד ההצבעה נערכים בו תיקונים רבים. בתנאים אלו ובגלל העומס המוטל על חברי הוועדה, נמנעת מהחברים האפשרות ללבן ולשקול כל סעיף וסעיף כראוי. הליך חקיקה זה בעייתי אף משום שחברי הכנסת שיושבים בוועדת הכספים לא בקיאים בכל הנושאים הנידונים לעומת הוועדות הנושאות. דבר זה פוגע באיכות החקיקה הסופית, הנשענת על דיון בלתי ממצה ולא מקצועי⁸⁴. זאת ועוד, הוועדה הגנה קואליציונית⁸⁵, ובראשה עומד חבר כנסת מטעם הקואליציה, והדבר מאפיל על הדיון האובייקטיבי בקבלת ההחלטות.

ביקורת נוספת על חוק ההסדרים מופנית כלפי תופעת ה"טרמפיסטים". הכוונה למצב שבו הממשלה מצמידה לחוק ההסדרים חוקים ותיקונים נוספים שלעתים אף לא קשורים ליעדי התקציב של אותה שנה. מדובר בחוקים שהממשלה לא מצליחה לגרום לאישורם בדרך רגילה, והיא מנצלת את ההליכים המזורזים של החוק כדי להעבירם⁸⁶. בעת האחרונה ניתן להבחין כי גם חברי הכנסת אינם נרתעים מצירוף הצעות חוק שלהם לחוק ההסדרים. מהלך זה פוגם בביקורת הפרלמנטרית והציבורית על הרשות המחוקקת והמבצעת. ראוי לציין כי העובדה שלחברי הכנסת ישנה היכולת לצרף הצעות חוק לחוק ההסדרים מלמדת כי הממשלה אינה כל יכולה בניהול הליך קבלת חוק ההסדרים, וכי לחברי הכנסת ישנו הכוח להשתתף בניווט הליך החקיקה.

מלבד הכשלים הללו חוק ההסדרים נעדר שקיפות, דיווחיות ואחריות (accountability) הנדרשים מכוח סדרי ממשל דמוקרטיים תקינים. שקיפות ודיווחיות חסרים לא רק כלפי הציבור הרחב, אלא גם כלפי השרים וחברי הכנסת עצמם. הדרישה לקיום שקיפות היא שהחומר יוצג בצורה ברורה כך שניתן יהיה לעמוד על משמעותו⁸⁷. חוק ההסדרים מנוסח על דרך תיקונים לחקיקה אחרת, ופעמים רבות לא ניתן לעמוד על משמעותם במנותק מהחוק המתוקן בכללותו⁸⁸. השימוש בטכניקה זו אפוא מונע מחברי הכנסת את היכולת לקיים דיון משמעותי בהשלכות השונות העולות מקבלת סעיפי חוק ההסדרים, ובאופן ספציפי נמנעת מהם היכולת להעריך באיזו מידה מופר האיזון שהושג בחוקים השונים שמתקן חוק ההסדרים.

כשלים אלו ואחרים עולים מהליך קבלת חוק ההסדרים לשנת 2003 בכלל, ומתיקון לחוק הבטחת הכנסה בפרט. בתצהירים השני מציינים העותרים ליקויים שונים, ולהלן תמציתם: התיקון התקבל בהליך בזק, בלא דיון אמיתי ובדיקת חלופות; הדיון נערך בוועדת הכספים של הכנסת, בניגוד לחוות הדעת של היועצת המשפטית של הכנסת שטענה כי על הדיון להתנהל בוועדת העבודה, הרווחה והבריאות; הדיון ארך שעות ספורות בלבד על אף אורכו של החוק, ואנשי האקדמיה המומחים לתחומים שנידונו, לא זומנו; רוב חברי הכנסת לא נכחו

83 ד' נחמיאס וע' קליין חוק ההסדרים בין כלכלה לפוליטיקה (תשנ"ט) 4.

84 בג"ץ 3106/04 האגודה לזכויות האזרח נ' הכנסת ואח' (טרם פורסם) (להלן: פרשת חוק ההסדרים). בתאריך 31.5.2004 הוחלט לדחות את העתירה, אך טרם פורסמו נימוקי פסק הדין.

85 נחמיאס וקליין, לעיל הערה 83, בע' 20-25.

86 שם, שם.

87 שם, שם.

88 שם, שם.

בדיון; גובה הגמלאות החדש הוקרא בחטף, בלא התייחסות כלל להשלכות וניכר כי העובדה שמדובר במטריה חוקתית, לא הובהרה לחברי הוועדה⁸⁹.

על תחושת חוסר האונים שליוותה את חקיקת החוק עמד חבר הכנסת שאול יהלום מהמפד"ל:

מי מגן על כבודה של הדמוקרטיה? אדוני יודע שלא הגנו...
על מה האגודה לזכויות האזרח הגישה בג"ץ? קודם כול על כך שהדברים נבדקים בצורה חטופה, בצורה חובבנית, בצורה לא מקצועית...
...
... כאשר אני רואה דבר כזה, שהכנסת הורסת את עצמה, מביאה את עצמה לידי זילות על-ידי חוק ההסדרים, מה, לא לצעוק געוואלד, געוואלד...
...
אנחנו שברנו את הכלים בחוק השילוב ובחוק ההסדרים ובולזול שלנו בחוקים שאנחנו קיבלנו.⁹⁰

לאור כל האמור לעיל, היו שכינו את חוק ההסדרים "חקיקה רשלנית"⁹¹.

עולה כי בלתי אפשרי משום אורך היריעה (112 עמודים ו-1037 סעיפים!)⁹² וקוצר הזמן שהכנסת תוכל לעמוד על המשמעויות של הזכות לקיום מינימלי בכבוד ועל השלכות צמצום הגמלאות על מימוש הזכות. לסיכום, הדרך שנקטה הממשלה, ובעקבותיה הכנסת, לא עמדה, כך מצאנו, בדרישת ההליך התקין למימוש הזכות. לפיכך, לדעתנו, האופן שבו פעלה הכנסת ב-2003 מחייב תגובה שיפוטית שתבוא להגן על הזכות החוקתית לקיום מינימלי בכבוד⁹³.

ז. ביטול דבר חקיקה בשל פגם במחויבות ההליכית לזכות

המדינה טוענת כי עד היום לא נפסל חוק בשל פגם שנפל בהליך החקיקה הקבוע בתקנון הכנסת, אף שבית המשפט מוסמך לכך אם יימצא פגם היורד לשורשו של עניין. אל לו לבית המשפט להשתמש בסמכותו בענייננו, לדעת המדינה⁹⁴. אכן, סביר לעת הזאת⁹⁵ שבית המשפט יתקשה לקבל את טענתנו בדבר ביטול התיקון

89 סעיפים 41-47 לתגובה מיום 12.7.2004 לתצהיר התשובה מטעם העותרים בבג"ץ 336/03, 888 (ניתנת לצפייה ב- <http://www.acri.org.il/hebrew-acri/engine/story.asp?id=891> ולתולן: תצהירי השני של העותרים). (acri/engine/story.asp?id=892)

90 הדיון בכנסת, לעיל הערה 11. השר זבולון אורלב תיאר את האופן שבו עברה הצעת חוק ההסדרים 2004 בשלב הדיון בממשלה: עד השעה 2:50 לפנות בוקר הצליחו שרי הממשלה להפחית את הקיצוץ, ובשעה זו שר האוצר הפתיע את הממשלה בקיצוץ נוסף שנדרש בגמלאות או בחינוך ובבריאות. ובשעה כזו מאוחרת לאחר שמונה עשרה שעות דיון השרים נאלצו להצביע:

... אני ביקשתי לדחות את הדיון כיוון שכל שרי הממשלה לא יודעים על מה הם הצביעו, אין להם מושג על מה הם הצביעו באיזה קיצוץ מדובר... איש לא יודע בכמה כסף מדובר, באיזה אוכלוסייה...
זאת החלטה אומללה שאני מתבייש בה שאני חבר בממשלה שכך מתקבלות החלטות אם הציבור ידע אין קובעים את גורלו...

דברים מראיון בתכנית הרדיו "מה בוער" ב"גלי צה"ל" מיום 16.9.2003, כפי שמופיעים ב"ש" אברהם-ויס וד' פריבך-חפץ "עתירה: לבטל את חוק ההסדרים לשנת 2004" (29.3.2004) (ניתן לצפייה ב- <http://www.acri.org.il/hebrew-acri/engine/story.asp?id=841>). ציטוטים נוספים ניתן למצוא שם ובדיון בכנסת, לעיל הערה 11.

91 דבריו של פרופ' ספיבק שנישאו בכנס אקדמי שהתקיים בסוף אפריל 2003 באוניברסיטת חיפה. כפי שמצוטט במאמרו של רייכמן, לעיל הערה 72, בהערת שוליים 66.

92 א' בניש "חוק ההסדרים: מפלצת תחיקתית במרתפי הכנסת" עורך הדיון 42 (תשס"א) 60.

93 היות שרשימה זו מתמקדת בזכות לקיום מינימלי בכבוד, לא ציינו בגוף הרשימה כי ייתכן שנפגעו זכויות נוספות על ידי חוק ההסדרים, לדוגמה הזכות להליך הוגן והזכות לייצוג. להרחבה ראו "הצעת חוק ההסדרים התשס"ג-2003 הסתייגויות האגודה לזכויות האזרח" (ניתנות לצפייה ב- <http://www.acri.org.il/hebrew-acri/engine/story.asp?id=522>).

94 ראו גם עניין ליצמן, לעיל הערה 61.

95 אין לשלול התפתחות עתידית שבה התעלמות הכנסת מביקורת בית המשפט שנמתחה בעניין ארגון מגדלי העופות, לעיל הערה 2, תוביל ליתר מעורבות שיפוטית. עם זאת נציין כי היועץ המשפטי לממשלה לשעבר, אליקים רובינשטיין, קבע הנחיה שמטרתה להביא לידי יתר פיקוח על הנושאים המועלים במסגרת חוק ההסדרים. ראו ר' כוכבי "היועץ המשפטי מקשה על האוצר "להגניב" תיקוני חקיקה לחוק ההסדרים" -NFC- חדשות 9.1.2004 (ניתן לצפייה ב- <http://www.nfc.co.il/archive/001-D-37823-00.html?tag=16-30>).

לחוק הבטחת הכנסה בשל הפרת המחויבות ההליכית לזכות מאחר שהעתירה בדבר אופן חקיקת חוק ההסדרים נדחתה⁹⁶.

עם זאת, ראוי להצביע על ההבדל בין הטענות והסעדים המבוקשים. בעתירת חוק ההסדרים התבקש ביטול חוק ההסדרים בשל הליך חקיקתו. במקרה דנן הסעד המבוקש הוא ביטול התיקון לחוק הבטחת הכנסה שהתקבל בהליך לא תקין שפגע בזכות, וחיוב הרשויות לקבל החלטה חדשה לאחר קיום הליך ראוי. לפיכך, עם כל הכבוד לתשובת המדינה, טיעוננו לא נסב על חוק ההסדרים ועל הליך חקיקתו כשהוא לעצמו⁹⁷, אלא על הליך חקיקת חוק ההסדרים כאינדיקציה להפרה של מחויבות המדינה לפן ההליכי של הזכות לקיום מינימלי בכבוד, כפי שנתגלתה בתיקון לחוק הבטחת הכנסה.

כך ניתן לישוב את האמור ברשימה זו עם פסיקת בג"ץ בעתירת ארגון מגדלי העופות⁹⁸, שהתקבלה זה עתה. בפרשה זו טענו העותרים נגד הליך חקיקתו של פרק החקלאות בחוק ההסדרים 2003 וביקשו לבטל את החוק בשל ההליך או לחילופין בשל תוכנו הפוגע מעל לנדרש בזכויותיהם.

בפסק דינה מציגה השופטת ביניש את מודל "הליך החקיקה הנאות" המתפתח לאטו בכתיבה האקדמית האמריקנית⁹⁹, אולם מגיעה למסקנה שאין להטיל על הכנסת חובה דווקנית לקיים הליך חקיקה נאות, משיקולים של ריסון שיפוטי. לדעתה, לא כל פגם בהליך אשר היה נחשב כיוורד לשורש העניין בהחלטה מנהלית ייחשב ככזה בחקיקת הכנסת. מכאן שהשופטת ביניש מציבה רף גבוה מאוד לביטול חקיקה בשל פגם שנפל בה, כך שרק פגמים חמורים ביותר יביאו לידי ביטולה¹⁰⁰. ודוק: אמנם העתירה נדחתה, אך הפתח לביקורת עתידית נפתח.

כאמור, אנו טוענות שההליך הרשלני מעיד על הפרת המחויבות לפן ההליכי של הזכות. לדעתנו, יש מקום להטיל מחויבות להליך נאות שעה שהכנסת או הממשלה מקבלות החלטות העלולות לפגוע בזכויות חוקתיות. לדעתנו, במצבים אלו ראוי שהרף יהיה נמוך יותר כך שגם פגמים חמורים פחות יצדיקו ביטולה של החקיקה מעצם פגיעתה במחויבות לזכות, גם כאשר אלו לא מצדיקים ביטול החוק עצמו עקב הליך חקיקה כושל. מכאן, שהאבחנה כי קיים פגם הליכי לזכות שעלול להיות מופר בהליך חקיקה רשלני יכולה להניב מסקנה שונה במקרה דנן מהמסקנה שאליה הגיעה השופטת ביניש.

כיום הכלי לביטול חקיקה בשל פגיעה בזכויות יסוד מוגנות הוא פסקת ההגבלה שבחוקי היסוד החדשים. פסקה זו עצמה בוחנת את מידתיות התוצאה, אולם לתפיסתנו, במבחן השני שבעילת המידתיות, הלא היא הדרישה לאמצעי שפגיעתו פחותה, מגולמת הדרישה להליך ראוי¹⁰¹. בלא הליך ראוי, קרי תשתית עובדתית ראויה ובדיקת ההשלכות והחלופות, לא יעמדו המשיבים בנטל ההוכחה שאכן נקטו את האמצעי שפגיעתו פחותה. מכאן, שניתן לתקוף את ההליך שהתקיים בעקיפין באמצעות עילת המידתיות בלא קשר לתוצאה¹⁰².

⁹⁶ ניכר כי הנחיה זו אכן תגביל במידת מה את כוחו של משרד האוצר להביא לידי אישור תיקונים במסגרת חוק ההסדרים, ואנו רואות בה הנחיה ברוכה.

⁹⁷ פרשת חוק ההסדרים, לעיל הערה 84.

⁹⁸ על אלה הוגשה עתירה נפרדת שם.

⁹⁹ עניין ארגון מגדלי העופות, לעיל הערה 2.

¹⁰⁰ שם, בפסקה 27 לפסק דינה של השופטת ביניש.

¹⁰¹ שם, בפסקאות 28-29 לפסק דינה של השופטת ביניש. על פי קביעה זו ניתן לטעון שלמעשה כמעט סותם פסק הדין את הגולל מפני שלילת תוקפו של חוק על בסיס פגמים הליכיים. אם במקרה מעין זה שנדון שם לא ראויה התערבות, מתי יהיה אי-פעם סיכוי להתערבות?

¹⁰² גם בפסק דינה של השופטת ביניש נבחן תוכן החוק באמצעות פסקת ההגבלה, אולם שם נבחנה התוצאה ואילו אנו קוראות לבחינת ההליך.

¹⁰³ שהרי גם אם תהיה תוצאה סבירה *de facto*, יש סיכוי רב שבלא הליך תקין היא לא תעמוד במבחן המידתיות כי לא ניתן יהיה להוכיח שננטקו אכן האמצעי שפגיעתו פחותה.

ח. שלוש הערות מתבקשות: מהומה רבה על לא מאומה - האומנם?

הערה ראשונה

כזכור, דרישת בית המשפט מן המדינה להצביע על הסכום הנדרש לשם קיום בכבוד עוררה סערה רבה. אנו תוהות שמא הסערה הזו הייתה אך "סערה בכוס תה". תהייה זו מתעוררת מאחר שלדעתנו, הצדדים אינם חלוקים בהכרח בשאלת הדרישה לקביעת רף כמותי שעצם ההימצאות תחתיו מרימה כשהיא לעצמה את נטל ההוכחה נגד המדינה בגין הפרת הזכות. אמנם, המדינה טענה שוב ושוב נגד הוצאת אותו צו על תנאי כי משמעותו היא קביעת סטנדרט המחייב תוצאה כמותית מדויקת, קשיחה, על-חוקית ועל-זמנית. הצגת הסטנדרט ככזה אכן מעלה ספק אם נכון לקבעו בדרך של ביקורת שיפוטית.

להשקפתנו, ייתכן שטענות אלו מיותרות היות שנדמה כי הארגונים לא ביקשו בהכרח תוצאה כמותית, מדויקת, קשיחה, על-חוקית ועל-זמנית. ניתן להבינם כמבקשים, לכל הפחות, קיומו של הליך נאות, כלומר ניתן להפחית קצבאות או לערוך שינויים תקציביים, ובלבד שלפני הכנסת והממשלה עומדת תשתית עובדתית איתנה המאפשרת שקילת כל השיקולים והפנמת כל המשמעויות הכרוכות בקיצוץ זה או אחר. כך תישמר, למצער, השקיפות הציבורית¹⁰³.

לחילופין, גם אם טועות אנו בהערכתנו זו, ומטרתם העיקרית של העותרים היא השגת תוצאה מוגדרת, קריאה מעמיקה של תצהיר הארגונים תלמד כי בכל אופן הם לא התכוונו לחייב את המדינה בתוצאה נוקשה, אלא בתוצאה מרוככת יותר. הבנת גישת הארגונים בדרך זו עולה בקנה אחד עם העיקרון החוקתי הידוע כי זכויות האדם אינן מוחלטות, אלא יחסיות, וממילא כל סטנדרט יחייב תוצאה מרוככת בלבד¹⁰⁴.

על כן תוהות אנו אם החזרה העקיבה בתצהיר המדינה על הצגת הסטנדרט כמחייב תוצאה נעשתה באופן מודע וסלקטיבי (ואולי אף אסטרטגי).

באחד מתצהיריה טוענת המדינה כי במדינות שונות מוטלת על המדינה חובה לנקוט אמצעים סבירים בלבד, ובעצם, נראה כי המדינה עצמה מוכנה להתחייב להליך ראוי. לכן נראה שכאן היו יכולים הצדדים להגיע לפשרה כי אכן יוצב סטנדרט, אולם הוא יפורש כמחייב את המדינה להליך ראוי בלבד, קרי מחויבות נמוכה ומימוש הזכות בכפוף לאמצעים הסבירים של המדינה. להשקפתנו, דרך זו מבטאת איזון ראוי בין השיקולים השונים, והיא תחייב את המדינה לממש את הזכות באופן מיטבי באמצעות הליך ראוי. הדבר נכון ונדרש לא רק באשר לחוק הבטחת הכנסה ולחוק ההסדרים 2003, אלא גם באשר לחוקי התקציב הבאים בפרט¹⁰⁵ ולפעולות שלטוניות המשליכות על הזכות לקיום מינימלי בכבוד בכלל.

הערה שנייה

לבית המשפט הזדמנות נוספת להיכנס בעובי הקורה. סביר להניח שבפסק הדין שבעתירה זו או בפסקי דין עתידיים תיבחן תשובת המדינה באמצעות פסקת ההגבלה. כידוע, השימוש במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה מניב בהכרח תוצאה כלשהי (פעולת המדינה היא אמצעי שפגיעתו פחותה, או לא). לשם ההדגמה, נניח כי הזכות לקיום מינימלי בכבוד עומדת על רף Z , המדינה קובעת כי הקיצוץ בקצבאות יהיה X , הפוגע ב Z , ואילו בית המשפט מקבל את טענת העותרים כי Y פוגע פחות ועומד גם במבחן המידתיות הצרה. במצב זה Y

103 ראו תצהירים הראשון של העותרים, לעיל הערה 36, בסעיף 19; תצהירים השני של העותרים, לעיל הערה 89, בסעיף 173.

104 כלומר אין רק תוצאה אפשרית אחת ויחידה על-חוקית ועל-זמנית, אלא קיים מתחם מצומצם של תוצאות, מהתוצאה המינימלית העומדת בתקן ועד התוצאה הראויה ביותר. גם אם תוצאה הנמצאת במתחם זה אינה הראויה ביותר, היא תתקבל ותיחשב כתוצאה מרוככת. התוצאה המרוככת מגלמת את רעיון "מרחב התמרון" למחוקק. ראו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 386-387; עניין מנור, לעיל הערה 2, בפסקה 14 לפסק דינו של השופט ברק.

105 ג' דוידוב "הרפורמה הכלכלית החברתית 2002-2003: מבט רב תחומי" עבודה חברה ומשפט י (תשס"ד) 219.

ייקבע כאמצעי המקיים את דרישת החוקתיות. מכאן שהתוצאה של פסק הדין היא שהזכות לקיום מינימלי הועמדה על Z-Y, ובמובן מסוים זוהי קביעת תוצאה וביקורת על התוצאה הקודמת, Z-X. דוגמה פשטנית זו מבטאת את הביקורת השיפוטית על תוצאה שנערכה עד כה תוך שימוש בפסקת ההגבלה, גם בלי השימוש במושג "סטנדרט"¹⁰⁶.

מכאן שהסטנדרט כתוצאה מקובל ושכיח בפסיקה, אולם עיסוק בפרשה מעניינת זו העלה על נס את ההבחנה בין פן הליכי ובין פן תוצאתי שהייתה קיימת מימים ימימה באופן לא רשמי. בגלל הליך החקיקה "הרשלני" שהתנהל בחקיקת חוק ההסדרים והעיסוק המשפטי והתקשורתי המרובה בפרשה, נצפה כי בפסק הדין בעניין הזכות החוקתית לקיום מינימלי בכבוד, ייבחנו הן הפן התוצאתי והן הפן ההליכי של הזכות מאחר שפן זה חשוב לא פחות, כפי שפירטנו.

הערה שלישית

במקומות רבים לאורך הרשימה חזרנו והדגשנו את הערך המוסף של קיום הליך ראוי מהנימוק של סדרי ממשל דמוקרטיים תקינים. נהיר כי ניהול הליך ראוי מחייב כל רשות מרשויות השלטון, ובכללן את הרשות השופטת. לכן אנו מבקשות להסב את תשומת לבם של הקורא והקוראת להליך החריג של משיכת הצו שהתנהל במקרה דנן. הערה זו מהווה סטייה מן הנושא המרכזי של רשימה זו, אולם חשנו שתהיה זו עצימת עיניים להתעלם מכך.

כשהשופטת דורנר ביקשה לבדוק אם אכן נפגעה זכותם של מקבלי גמלאות הבטחת הכנסה, היא ביקשה מהמדינה נתונים עובדתיים. אולם המדינה הודתה, כאמור, כי אין בידיה נתונים כאלו. אז דרשה השופטת דורנר מהמדינה שתציג לפניה סטנדרט הנדרש למינימום קיום אנושי. כזכור, דרישתה עוררה סערה ציבורית תקשורתית.

מאחר שכאמור ההרכב הוחלף והשופטת דורנר לא נימקה דרישתה, מעוניינות אנו אך לשער שכאשר היא דרשה כי יובא לפניה סטנדרט, למעשה היא סברה כי החלטות, ראוי להן שיתקבלו על בסיס נתונים עובדתיים (מעין "חינוך" הרשות)¹⁰⁷. לפיכך, במונחינו אנו, נשער כי הסטנדרט נתפס בעיני השופטת דורנר כסטנדרט הליכי. אולם נוצר מצב שבו חששה הכנסת שאם יוצג סטנדרט לפני בית המשפט, הלה יבקרו ויקבע למעשה הגדרה של רף תוצאתי הנדרש למינימום הקיום. כזכור, תפיסת הצו ככזה כמעט גרמה ל"משבר חוקתי".

ההרכב החדש בראשות הנשיא ברק משך את הצו. תופעה חריגה זו מעלה חשש לפגיעה באמון הציבור בבג"ץ משום שעלולה להתפתח תפיסה כי זהות השופט משפיעה על פסק הדין¹⁰⁸. אמנם, אין להתעלם מכך שבמשיכת הצו על ידי ההרכב החדש היה מעין "כיבוי שריפות" כדי למנוע את אותו "משבר חוקתי"¹⁰⁹. עם זאת, ניתן לצפות מבית המשפט למחויבות לאושיות ההליך השיפוטי, כפי שמצפים אנו למחויבות להליך החקיקתי מבית המחוקקים.

106 דוגמה לביקורת על תוצאה מבלי להשתמש במונח "סטנדרט" היא בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד (נג) 241, 271-281.

107 גם בעניין ברגב, לעיל הערה 62, ביקש השופט שמגר לחנך את הרשות.

108 ראו Planned Parenthood of Southern Pa. v. Casey, 505 U.S. 833 (1992). ראו לעניין זה גם ד"ר 23/60 בלן נ' המוציאים-לפועל של צוואת המנוח ריימונד ליטווינסקי, פ"ד טו 71, 75-76. השופט זילברג מבטא שם חשש כבד כי "במרוצת הזמן ייהפך מוסד שיפוטי זה מ"בית-משפט" ל"בית-שופטים", אשר כמספר חבריו כן מספר דעותיו, בכל אחת ואחת מן השאלות לאין ספור שניקרו על דרכו במהלך שיפוטו".

109 נעזר ונציע כי זהו השיקול שהנחה את ההרכב בראשות הנשיא ברק בעת משיכת הצו. שהרי למה לדון בעתירה בעוד הסטנדרט מעיב מעל, כשניתן לדון בעתירה ולהשיג את אותן תוצאות אופרטיביות גם בלא השימוש בסטנדרט (כפי שהראינו לעיל בהערה השנייה) ובכך להימנע מהתנגשות חזיתית בין הרשויות וממשיכת אש מיותרת מהתקשורת?

ט. סוף דבר לסיפור שהיה ולא יסופר

הזכות לקיום מינימלי בכבוד בכלל, ופרשת הצו לסטנדרט ומשיכתו בפרט, מעלות שאלות רבות מהתחום המשפטי והתורת-משפטיים¹¹⁰. בשל קוצר היריעה נאלצנו להתמקד בפן אחד מני רבים. בחרנו להתמקד בסטנדרט כמבטא שני סוגי מחויבויות: הליך לעומת תוצאה. כפי שהראינו, סיווג זכות כמחייבת הליך או תוצאה (בדרגות שונות) אינו חדש בפסיקה גם אם הוא נערך תחת שם אחר. לכן, לגישתנו, ניתן היה לקבוע באיזה סוג סטנדרט מבין השניים מדובר: אמת מידה לקבלת החלטות על בסיס תשתית ראויה ושקילת הזכות והפגיעה בה או שמא רף מדוד לציון הרמה המינימלית המדויקת שמגיעה לאדם מכוח הזכות. קביעת רמת מחויבות הייתה מכריעה בשאלה מהו היקף הזכות שאליה מחויבת המדינה, וזו אכן השאלה שבה נחלקו הצדדים.

לגישתנו, משיקולים של הפרדת רשויות ואמון הציבור במערכת המשפט ראוי לפרש את הסטנדרט לזכות לקיום מינימלי בכבוד כמחייב הליך בלבד, ואת עוצמת המחויבות להליך אנו נותיר לעת עתה בצריך עיון. כפי שהראינו, חקיקת התיקון לחוק הבטחת הכנסה הייתה "חקיקה רשלנית", והדבר מעיד על הפרה בוטה של המחויבות ההליכית לזכות אפילו בדרגתה הנמוכה ביותר.

כאמור, הצו שמחייב את המדינה לסטנדרט עודו בתוקף ובקרום יידרש בג"ץ לסוגיה. מסקנתנו כאמור היא כי דיון זה יכול להיערך גם בלא סטנדרט, מכוח הזכות עצמה. סוגי המחויבויות נגזרים מהיקף ההגנה הניתנת לזכות, ואנו תופסות את המושג "סטנדרט" כשם נרדף להיקף מחויבותה של המדינה. אם כך, הסיווג של מחויבות לזכות כמחויבות להליך או לתוצאה (על דרגותיה) נולד מהסטנדרט, ואנו מקוות שלא יגווע עמו. דיון עתידי נרחב בסוגיית סיווג מחויבויות לזכות כמחויבות להליך או לתוצאה יפרה את השיח המשפטי הקיים. בחרנו לקרוא לרשימתנו "הקלות הבלתי נסבלת של (מינימום) הקיום"¹¹¹ כדי להדגיש את הקלות שבה גזר המחוקק את גזר דינו של רבבות משפחות התלויות ב-600 ש"ח נוספים כדי להתקיים לפחות במינימום הכבוד¹¹². את פסק דינו בעניין ארגון מגדלי העופות, מסיים השופט חשין בקריאה נרגשת לכנסת: "כי הנאמר כדבר המשורר (קהלת א, ט) כי "מֵה-שְׁהִיָּה הוּא שְׁיֵהָיָה וּמֵה-שְׁנַעְשָׁה הוּא שְׁיַעֲשָׂה וְאִין כָּל-חֶדֶשׁ תַּחַת הַשָּׁמַשׁ" נקווה כי לא כך יהיה. נקרא אפוא לכנסת כי תהיה כנסת, תשמיע קולה, כי תפקח ותבקר כמצופה ממנה. ובכבודה של הכנסת נתכבד כולנו. התתעשת הכנסת ותתקן דרכיה? לכנסת וליושב-ראש הכנסת פיתרונים"¹¹³. אנו מצטרפות לקריאתו.

עד אז גורל משפחות אלו, ועמו עקרון הסולידריות החברתית, מצוי בידיו של בג"ץ, ואנו מקוות כי גם בהיעדרו של סטנדרט יפקח בג"ץ על ההליך האמור ועל אלו שיבואו אחריו. אל לו לבג"ץ לחשוש כי ביקורת על ההליך תהווה "גלישה מדאיגה" לעניינים שבמובהק אינם בתחומם¹¹⁴. נהפוך הוא, פיקוח מחמיר על ההליך רצוי ואף מחויב מעצם היות בג"ץ מגן זכויות היסוד בישראל.

110 ישנן שאלות רבות מהתחום המשפטי והתורת-משפטי הנוגעות לפרשה זו ונותרו פתוחות, ורק עליהן ניתן לכתוב רשימות ארוכות ומרתקות. מה יקרה בפעם הבאה כשהכנסת תקים קול צעקה? מה המשמעות של התערבות הכנסת בהליכים שיפוטיים תלויים ועומדים? כיצד הדבר מתיישב עם עקרון הפרדת הרשויות? מה על החשש כי הציבור יראה את פסיקת בית המשפט כמושפעת מזהות השופט הדין בתיק?

111 השם הוא פרפראזה לשם ספרו המפורסם של מילן קונדרה, הקלות הבלתי נסבלת של הקיום (ר' בונדי מתרגמת, תשמ"ה).

112 ראו דבריה של ח"כ אורית נוקד (העבודה- מימד):

... אנחנו חייבים להבין, שלא ייתכן שתתקבל החלטה כה משמעותית לחייהם של רבבות ללא נתונים שיפרטו כיצד הדבר ישפיע עליהם. זה גבול שהמדינה לא יכולה לחצות. ...

... הקיצוץ הקשה בקצבאות הבטחת הכנסה הוא בעל משמעות רחבה מאוד ומעלה דילמות מינהליות, אתיות וערכיות לגבי אופן קבלת ההחלטות של האוצר, הממשלה וחברי הכנסת.

הדיון בכנסת, לעיל הערה 11.

113 עניין ארגון מגדלי העופות, לעיל הערה 2, בפסקה 9 לפסק דינו של השופט חשין.

114 הדיון בכנסת, לעיל הערה 11, מתוך הודעת הסיכום.