

מהותה של הזכות לקיום בכבוד בישראל כזכות לקיום בתנאים מינימליים או אולי כזכות לקיום בתנאי מחיה נאותים?

אייל חסקל ויואב דגני*

א. מבוא

ב. פסק הדין "עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר"

1. הצגת השאלות שבמחלוקת
2. היקף הזכות לקיום בכבוד במדינת ישראל
3. ביקורת שיפוטית בישראל: מבחן התוצאה או מבחן ההליך
4. נטלי ראיות: הוכחת פגיעה אישית לעומת הוכחת פגיעה קולקטיבית

ג. הזכות לקיום בכבוד בישראל כזכות לקיום בתנאים מינימליים – האומנם?

1. כללי
2. הנימוק המשפטי ושברו
3. הנימוק הכלכלי ושברו
4. הנימוק הסוציולוגי ושברו

ד. סיכום

א. מבוא

בפסק הדין שניתן בפרשת **עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר**¹ דחו ששת שופטי בית המשפט העליון בראשות הנשיא ברק, וכנגד דעתו החולקת של השופט אדמונד לוי, את עתירתן של כמה תנועות חברתיות נגד הקיצוץ בקצבאות הבטחת ההכנסה.² בית המשפט מאן לקבל את טענות העותרים שבקיצוץ בגמלאות הבטחת ההכנסה (במוצע ב-30%), שנעשה בחוק ההסדרים,³ יש משום פגיעה בזכותם החוקתית של מקבלי הגמלאות לקיום בכבוד. הואיל והבין את הזכות החוקתית לקיום בכבוד כזכות מצומצמת אשר מתמצה בזכאות לקיום בתנאים מינימליים בלבד, קבע בית

* סטודנטים בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת חיפה, חברים בכתב העת "הארץ דין".

¹ בג"ץ 366/03 **עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר** (טרם פורסם, 12.12.2005) (ניתן לצפייה ב- elyon1.court.gov.il/files/03/660/003/a39/03003660.a39.HTM; נצפה ב-24.4.2006).

² גמלת הבטחת הכנסה מיועדת לתושבי ישראל החסרים מקור קיום, או שהכנסתם אינה מגיעה לרמה המוגדרת בחוק הבטחת הכנסה, התשמ"א-1980, ס"ח 30. בדרך כלל, אדם המבקש לקבל את הגמלה מחויב להמשיך לחפש עבודה באמצעות שירות התעסוקה של משרד העבודה והרווחה, אלא אם כן החוק פוטר אותו מכך. בניגוד לדמי אבטלה המוענקים על בסיס הכנסתו של היחיד, גמלת הבטחת הכנסה ניתנת לפי ההכנסה של משקי הבית. משק בית מוגדר כקבוצת אנשים הגרים יחד בדירה באופן קבוע רוב ימי השבוע ויש להם תקציב הוצאות משותף למזון. משק בית יכול להיות מורכב מאדם אחד או יותר וגם מאנשים שאינם קרובי משפחה.

הכנסה כספית (ברוטו) של משק בית מוגדרת ככל ההכנסות הכספיות השוטפות של משק הבית, לפני תשלומי החובה (מס הכנסה, ביטוח לאומי וביטוח בריאות). מדובר בכל ההכנסות של כל בני משק הבית מעבודה שכירה או עצמאית, מרכוש, מריבית, מדיבידנדים, מתמיכות מקצבאות ממוסדות ומפרטים, מהכנסות מפנסיות ומכל הכנסה שוטפת אחרת. לא נכללים תקבולים חד פעמיים, כגון ירושה ופיצויים. כמו כן, לא נעשות זקיפות בעבור הכנסות הנובעות משימוש בדיוור עצמי, או בעבור סוגים שונים של הכנסות שאינן כספיות. להרחבה בנושא ראו נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה: www.cbs.gov.il/shnaton53/download/st05_00.doc (נצפה ב-5.5.2006).

³ חוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2003), התשס"ג-2002, ס"ח 150 (תיקון עקיף של חוק הבטחת הכנסה, התשמ"א-1980) (להלן: חוק ההסדרים).

המשפט כי מדובר בקיצוץ חוקתי העומד במבחן הביקורת השיפוטית, שכן לא הוכח כי הפחתת הגמלאות תביא את הזכאים להן לידי מחסור קיומי חמור.

הפחתת גמלאות הבטחת ההכנסה, ככל קיצוץ בתנאים הסוציאליים שאותם מעניקה מדינת ישראל, מעוררת מטיבה שאלות ומחלוקות בעלות היבטים שונים: פוליטיים, משפטיים, כלכליים ועוד רבים אחרים. בתחילת הארה זו נציג את הסוגיות **המשפטיות** המרכזיות שמעלה העתירה דן. ראשונה היא שאלת היקפה של הזכות החוקתית לקיום בכבוד. שנייה, שאלת מושאה של הביקורת השיפוטית בישראל. שלישית, סוגיית נטלי הראיה בהליכים שבהם נטען כי נפגעה זכות חוקתית הנתונה לציבור מסוים.

בהמשך הארה זו, שהוא למעשה גם לב לבה, נתמקד בניסיונו להבין את תפיסתו של בית המשפט העליון באשר למהותה של הזכות החוקתית לקיום בכבוד כפי שהיא משתקפת במשפט הישראלי. נבחן באופן ביקורתי את גישתו המצומצמת של הנשיא ברק באשר לזכות זו, את ההנמקות שביסודה, את מיקומה כחלק מפסיקת בית המשפט העליון ואת שיקולי המדיניות העומדים בבסיסה. ננסה להוכיח כי הפרשנות המינימלית שניתנה לזכות לקיום בכבוד, נעדרת ביסוס הולם, וכשלעצמה אינה ראויה.

ב. פסק הדין "עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר"

1. הצגת השאלות שבמחלוקת

במבט על, נסב הדיון בפרשת **עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר**⁴ על אודות חוקתיות הקיצוץ בשיעורן של גמלאות הבטחת ההכנסה,⁵ שבוצע בחוק ההסדרים.⁶ עם זאת, בחינה מדוקדקת יותר של פסק הדין חושפת שלוש סוגיות "משנה" מהותיות, שבהן מתחבטים השופטים שעה שעושים הם את דרכם להכרעה בעתירה.

ראשונה, סוגיית היקף פרישתה של הזכות לקיום בכבוד במדינת ישראל ומהותה. האם זכות זו טומנת בחובה את הזכות לתנאי מחיה נאותים, או שמא היא מסתפקת בזכות לקיום בתנאים אנושיים מינימליים? **שנייה** היא סוגיית אופייה של הביקורת השיפוטית בישראל: כלום מדובר

⁴ לעיל הערה 1.

⁵ כדי להעמיד דברים על דיוקם, **עיקר** הדיון נסב על שאלת חוקתיות הקיצוץ בגמלאות הבטחת ההכנסה, אולם בד בבד נידונה בעתירה זו חקיקת משנה אשר תוקנה בעקבות החלטת הממשלה לבטל הקלות ופטורים אחדים שהוקנו למקבלי הבטחת ההכנסה. ראו: החלטה 2331 של הממשלה ה-29 "עידוד מקבלי קצבאות להשתלב בשוק העבודה" (30.7.2002). ביטול הקלות ופטורים אלה הוחלו רק על זכאים חדשים להבטחת הכנסה (מי שהחלו לקבל גמלאות הבטחת הכנסה לאחר 1.1.2003).

להלן פירוט ההטבות שבוטלו בתקנות:

1. ביטול הפטור מאגרת טלוויזיה. ראו: תקנה 5(א)8 לתקנות רשות השידור (אגרות, פטורים, קנסות והצמדה), תשל"ד-1974, ק"ת 366.

2. ביטול הנחה בתשלום ארנונה. ראו: תקנה 7(2) לתקנות הסדרים במשק המדינה (הנחה מארנונה), התשנ"ג-1993, ק"ת 92.

3. ביטול הנחה בנסיעות בתחבורה הציבורית. ראו: סעיף 9 לצו פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים (מחירי נסיעה בקווי השירות באוטובוסים), תשס"ג-2003, ק"ת 964.

⁶ לעיל הערה 3.

בביקורת תוצאתית, היינו ביקורת המתמקדת בבחינת התקיימותה של פגיעה אופרטיבית בבעל הזכות שפגע בו החוק, או שמא מדובר בביקורת הליך החקיקה – היינו בחינה אם הפרוצדורה שבה התקבל החוק הפוגע בזכות עומדת בסטנדרט ראוי? היינו, ביקורת על "תפקודה המקצועי" של הכנסת כרשות מחוקקת. **שלישית** היא סוגיית נטלי הראיה בעתירות שבהן מועלית טענת פגיעה בזכות הנתונה לקולקטיב. נשאלת השאלה אם בג"ץ מוכן לקבוע באופן גורף כי נפגעה זכות של קבוצה מסוימת, ועל כן מוכן לזכות קבוצה זו בסעד גורף, או שמא כל עותר ועותר – חלק מן הקולקטיב האמור – צריך להוכיח כי נפגע באופן אישי, ורק אז יוכל בג"ץ להעניק לו סעד אישי.

להלן נציג את הכרעות עמדת הרוב ועמדת המיעוט בכל אחד מן הצמתים האמורים.

2. היקף הזכות לקיום בכבוד במדינת ישראל

"המהפכה החוקתית"⁷ שהתחוללה בשנת 1992⁸ משנחקקו שני חוקי היסוד המקנים במפורש הגנה חוקתית לזכויות אדם יסודיות,⁹ העניקה משנה חשיבות לשיח זכויות האדם בישראל. ענף מרכזי בשיח זה עוסק בזכויות חברתיות בכלל, ובזכות לקיום בכבוד כמכילה מרכיבים חברתיים בפרט. מבין שלל השאלות העולות בהקשר זה,¹⁰ נעמוד להלן בקצרה על הדעות השונות שנתגלו בפסק הדין הנידון בהארה זו באשר להיקף הזכות, ובייחוד באשר לשאלה מהי רמת תנאי המחיה שעליה מגנה הזכות החוקתית.

⁷ ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, 353 (1995). ראו גם: א' ברק "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות" **משפט וממשל א** (תשנ"ב) 9.

⁸ ראוי לציין, כי יש שטוענים שאין מדובר במהפכה קונסטיטוציונית (רבולוציה) כי אם בהתפתחות שיטתית (אבולוציה) שמקורותיה עוד בימי הקמת המדינה. להרחבה ראו: י' מ' אדרעי "מהפכה חוקתית: האמנם?" **משפט וממשל ג** (תשנ"ו-1996) 453.

יתר על כן, יש שטוענים כי אין מדובר ב"מהפכה" של ממש, כי אם במהפכה חלקית ומוגבלת. על פי עמדה זו "המהפכה החוקתית" לא העניקה לבית המשפט הישראלי סמכות הכרעה סופית ביחסיו עם הרשות המחוקקת. להרחבה ראו: י' דותן "חוקה למדינת ישראל" **משפטים** כ"ח (תשנ"ז-1997) 149.

⁹ חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150. חוק יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90.

¹⁰ נבחר כבר בשלב זה, כי ברשימה זו נבחן את שאלת היקפה של הזכות לקיום בכבוד בישראל כזכות ברמה נורמטיבית חוקתית, בלי להתייחס לשאלות פוזיטיביות ונורמטיביות חשובות נוספות הקשורות בזכות זו, ובזכויות חברתיות נוספות כגון מהם ההבדלים בין זכויות אזרחיות-פוליטיות "קלאסיות" ובין זכויות חברתיות? האם לנוכח השוני (אם קיים) בין זכויות אזרחיות-פוליטיות "קלאסיות" ובין זכויות חברתיות, מוצדק להעניק לאחרונות עיגון ברמה נורמטיבית שונה מהראשונות? האם מוצדק להעניק לזכויות חברתיות הגנה שונה מן ההגנה המקובלת באשר לזכויות האזרחיות-פוליטיות?

נציין כי בימינו ההבחנה בין זכויות אזרחיות-פוליטיות "קלאסיות" ובין זכויות חברתיות אינה דיכוטומית כבעבר. עם זאת, נהוג להבדיל בין הזכויות ה"קלאסיות" ובין הזכויות החברתיות על בסיס כמה מבחני משנה (אף שקו הגבול הוא לעתים עמום למדי).

הראשון, אופייה הדומיננטי של הזכות האמורה. ככל שמאופיינת זכות פלונית באופי נגטיבי, ניטה לומר שלפנינו זכות "קלאסית". ככל שמאופיינת זכות אלמונית באופי פוזיטיבי, ניטה לומר כי מדובר בזכות חברתית.

השני, אוכלוסיית היעד העיקרית שאותה משרתת הזכות. יש שטוענים כי בעוד זכויות אזרחיות "קלאסיות" משרתות את כלל האוכלוסייה, הרי זכויות חברתיות משרתות קבוצות מצומצמות מקרב כלל האוכלוסייה.

השלישי, התהליך ההיסטורי שבו התפתחה הזכות. מקורן של הזכויות האזרחיות "קלאסיות" במאה השמונה עשרה. הן התפתחו כדי לספק לאזרח הגנה מפני רשויות השלטון. זכויות אלה זכו לעיגון חוקתי בכמה מדינות (למשל, ארצות הברית וצרפת). לעומתן, הזכויות החברתיות התפתחו בעיקר במאה העשרים. תכליתן התמקדה בקידום רווחת האדם. במדינות רבות לא זכו זכויות אלה לעיגון חוקתי מפורש (למשל, ישראל).

להרחבה בנושא ראו: י' מ' אדרעי "זכויות אדם וזכויות חברתיות" **ספר ברנזון** כרך ב (נבו, תש"ס-2000). ראו גם: י' רבין וי' שני "הזכויות החברתיות – רעיון שהגיע זמנו" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** (י' רבין וי' שני עורכים, הוצאת רמות – אוניברסיטת ת"א, תשס"ה-2004) 11, 15-19.

להשקפתו של הנשיא ברק, כותב פסק הדין המוביל של דעת הרוב, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו¹¹ מלמדנו, כי לכל אדם בישראל זכות חוקתית כלפי המדינה ורשויותיה,¹² לדרוש כי האחרונות תגנה על כבודו.¹³ אולם לדידו, זכות זו, ככל שהיא נוגעת לתנאי מחייתו של אדם, מתמצה בהבטחת אמצעים חומריים מינימליים המונעים מחסור ומצוקה קיומית, ותו לא.¹⁴ למען הבטחת זכות זו מחויבת המדינה לספק "רשת בטחון מינימלית" אשר תכליתה:

"... להבטיח שלאדם יהיה די מזון ומשקה לקיומו; מקום מגורים, בו יוכל לממש את פרטיותו ואת חיי המשפחה שלו ולחסות מפגעי מזג האוויר; תנאי תברואה נסבלים ושירותי בריאות, שיבטיחו לו נגישות ליכולת הרפואה המודרנית".¹⁵

לאמור, הזכות לקיום בכבוד בישראל הינה זכות חוקתית בעלת היבט "חיובי" מצומצם. על המדינה לספק לאלה שידם אינה משגת "רשת ביטחון מינימלית", אשר על פרטיה נעמוד בפרק ג להלן.¹⁶ ודוקו: הזכות לקיום בכבוד אינה מצמיחה זכות לקבלת גמלה חודשית, לרבות גמלת הבטחת הכנסה,¹⁷ אלא מטילה חובה על המדינה להקים מערך תמיכה וסיוע המבטיח קיום חומרי-בסיסי בכל דרך שתמצא לנכון ולתפעל אותו. יתרה מזו, כל עוד מעניקה "רשת הביטחון" המדינתית הגנה מספקת (או לכל הפחות, כל עוד לא הוכח אחרת), אין לומר כי קיצוץ, ואף קיצוץ משמעותי בגמלת הבטחת הכנסה, מהווה פגיעה בזכות לכבוד.¹⁸

מנגד, לדעתו של השופט לוי, כותב דעת המיעוט, הזכות החוקתית לקיום בכבוד, ככל שהיא נוגעת לתנאי מחייתו של אדם, אינה מסתכמת בסיפוק תנאי מחיה מינימליים הכרחיים על ידי המדינה ורשויותיה.¹⁹ לדעתו, נדבך "הקיום החומרי המינימלי" הוא רק חלק מזכות חיובית אשר היקפה נרחב יותר. לשיטתו, בגדר זכות זו כלולה הזכות לתנאי מחיה נאותים.²⁰ כלומר, אין המדינה

11 לשון סעיף 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו".

12 לשון סעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה".

13 לעיל הערה 1, בפסקה 12 לפסק דינו של הנשיא ברק.

14 שם, בפסקה 15 לפסק דינו של הנשיא ברק.

15 שם, בפסקה 16 לפסק דינו של הנשיא ברק.

16 בפרק ג נעמוד בהרחבה על "רשת הביטחון". עם זאת, נציין כבר בשלב זה כי באומרנו "רשת הביטחון" אנו מתכוונים למכלול המשאבים והאמצעים שאותם מקצה המדינה להבטחת רמה מסוימת של קיום חברתי-כלכלי. באמצעים שאותם מקצה המדינה למניעת עוני ומחסור קיומי, נכללים גם שירותי הבריאות, החינוך, השיכון, הביטחון הסוציאלי, התמחוי ועוד.

17 שם, בפסקה 20 לפסק דינו של הנשיא ברק.

18 שם, בפסקה 19 לפסק דינו של הנשיא ברק.

19 שם, בפסקה 2 לפסק דינו של השופט לוי.

20 שם.

ורשויותיה רשאיות להסתפק במניעת מצוקה קיומית-חומרית בלבד, אלא שמחובתן לאפשר לאדם "תפקוד חברתי סביר בחברה בה הוא חי".²¹

השופט לוי מקבל את טענת דעת הרוב ולפיה אין תשלומי גמלאות הבטחת ההכנסה לבדם מבטיחים את שמירתה של הזכות לקיום בכבוד. עם זאת, הוא סבור כי מנגנון הבטחת ההכנסה הוא הכלי המרכזי להגשמת זכות זו כהלכה.²² על כן, הוא קורא שלא להפריז בהצהרות תיאורטיות על אודות יכולת "רשת ביטחון" כשלעצמה (ובמנותק מגמלאות הבטחת ההכנסה) להגן על הזכות לתנאי מחיה נאותים.²³ המחלוקת, אם כן, ברורה: היא נוגעת הן לעניין הסטנדרט המוגן, והן לעניין ההנחה בדבר מרכזיות הקצבאות להבטחת ההכנסה.

3. ביקורת שיפוטית בישראל: מבחן התוצאה או מבחן ההליך

להשקפתו של הנשיא ברק, בחינת חוקתיותו של חוק הפוגע בזכות יסוד חוקתית היא לעולם בחינה תוצאתית.²⁴ עמדנו על כך שלגישתו לכל אדם זכות לקיום בתנאי מחיה מינימליים. אם כך, הרי שיסכים להניע את גלגלי הביקורת השיפוטית, כל אימת שישוכח לדעת כי דה-פקטו נקלע אדם מסוים, בשל חוק מסוים, למצוקה קיומית. ובאופן כללי, תנאי מקדים לביקורת שיפוטית על חוק שלכאורה פוגע בזכות חוקתית, הוא פגיעה בבעל הזכות, הלכה למעשה.

לעומתו, השופט לוי גורס כי מבחן התוצאה איננו המבחן הבלעדי בכל הנוגע לביקורת שיפוטית. לדעתו, בחינת הליך החקיקה הינה חלק אינטגרלי מהליך הביקורת השיפוטית.²⁵ באומרנו "מבחן הליך" אנו מתכוונים, בעקבות רובין וצרפתי, לבחינה הרגישה גם להוגנות הליך החקיקה.²⁶

מבחן ההליך מטיל על המחוקק נטל "מקצועי" כאשר הוא מבקש לפגוע בזכות יסוד. נטל זה מחייב, בין השאר, להבטיח כי לפני המחוקק תעמוד תשתית עובדתית מוצקה, וכי בידיו יהיו הנתונים אשר באמצעותם יהיה ניתן לבחון את מידתיות האמצעים שנבחרו כדי להגשים את תכלית החקיקה, וכל זאת בהתאמה לאופייה של הזכות הנפגעת ולאוכלוסייה הנפגעת.²⁷ במילים אחרות, מבחן ההליך

²¹ שם, בפסקאות 2-3 לפסק דינו של השופט לוי: "הכיצד זה נוכל לקבוע כי תנאי-מחיה שאינם מקיימים ולו מידה מינימאלית של יחס לרמת-החיים המקובלת בחברה, או אשר מונעים מהאדם הזדמנות, ולו בסיסית, לפתח את עצמו, להגדיר את מטרותיו ושאיפותיו ולפעול להשגתן אינם פוגעים בזכותו החוקתית לכבוד? האמנם האדם שתנאי-מחייתו אינם מאפשרים לו מידה מינימאלית של השתתפות אזרחית, ושמונעים מבעדו מלהתערות בחברה הסובבת אותו ומלהשפיע על הנעשה בה הנו זה אותו אנו משווים לנגד עינינו בדברנו בכבוד?"

²² השופט לוי מדגיש כי דבריו נכונים במיוחד ככל שהם נוגעים לאנשים שאינם יכולים להתפרנס בכוחות עצמם. באופן מעשי, בעבור השייכים לאוכלוסייה זו משמשת גמלת ההכנסה כמקור ההכנסה היחיד. ראו: שם, בפסקה 6 לפסק דינו של השופט לוי.

²³ שם.

²⁴ שם, בפסקה 19 לפסק דינו של הנשיא ברק.

²⁵ שם, בפסקה 22 לפסק דינו של השופט לוי.

²⁶ י' רובין וד' צרפתי "הקלות הבלתי נסבלת של (מינימום) הקיום: על צדק חברתי, הליך 'רשלני' והזכות למינימום קיום אנושי" **הארץ דין** א(2) (התשס"ד-2004) 128, 133.

²⁷ להרחבה בנושא: שם, בעמ' 135-136.

מתעמת עם השיקולים שאותם שקל המחוקק הלכה למעשה, לאור הנתונים שהיו לפניו. עמדתו של השופט לוי מתיישבת עם גישה זו.²⁸

4. נטלי ראיות: הוכחת פגיעה אישית לעומת הוכחת פגיעה קולקטיבית

הנשיא ברק דוגל כאמור בביקורת שיפוטית "תוצאתית". על כן הנשיא קובע, כי בחינת הפגיעה שפוגע החוק בזכות חוקתית, היא לעולם בחינה קונקרטי-אישית.²⁹ משמע, על הטוען כי זכותו החוקתית נפגעה הלכה למעשה על ידי חוק, להוכיח אישית, כי במבחן התוצאה הוא עצמו נמצא מתחת לרף שעליו מגנה הזכות. ובענייננו, לשיטתו של הנשיא ברק לא ניתן לקבוע באופן גורף שקיצוץ בגמלאות הבטחת ההכנסה, המהוות חלק מרשת ביטחון ערטילאית המגנה על הציבור הרחב, עולה כדי פגיעה בזכות לקיום בכבוד בישראל של אותו ציבור. לדעתו, בית המשפט יידרש אך לעתירות אישיות, שבהן יוכיח כל עותר ועותר כי החוק האמור פגע בזכותו לקיום בכבוד.³⁰

לעומתו השופט לוי טוען שבית המשפט רשאי לקבוע שמדובר בפגיעה בזכות, גם אם לא מוכחת לפניו פגיעה אישית בזכותו של פלוני. לשיטתו בית המשפט רשאי להסיק כי מדובר בפגיעה בזכות לא רק מנתונים אישיים שהוצגו לו³¹ אלא גם אם מובאים לפניו נתונים קיבוציים (כגון נתונים סטטיסטיים וחוות דעת כלליות של גופים סוציאליים) שמהם ניתן ללמוד כי קיימים מקרים אישיים וקונקרטיים שבהם המצוקה רבה עד כדי קיום מתחת לרף המוגן על ידי הזכות.³² עבורו נתונים

²⁸ לעיל הערה 1, בפסקה 22 לפסק דינו של השופט לוי.

²⁹ שם, בפסקה 19 לפסק דינו של הנשיא ברק.

³⁰ שם, בפסקאות 30 ו-32 לפסק דינו של הנשיא ברק. ברוח דברים אלה קובע הנשיא ברק כי דלתותיו של בג"ץ פתוחות לפני עותרים אשר יוכיחו באופן אישי, כי הקיצוץ בגמלאות קצבת ההכנסה הביא אותם לידי חוסר קיומי, באופן העולה כדי פגיעה הלכה למעשה, בזכותם החוקתית לקיום בכבוד. בלשונו: "בפסיקתנו זו אין כדי לסתום את הגולל על עתירות שעניינן זכות האדם לקיום בכבוד. זוהי זכות חוקתית... בתי המשפט מוסמכים לאכוף אותה. בהינתן **עתירה נקודתית ומבוססת דיה**, חובתם תהיה לעשות כן. בדחיית העתירות אף אין כדי להתיר למשיבים לנוח. טענתם החמורה של העותרים, כי במדינתנו חיים אנשים שכבודם נפגע, רק מפני שידם אינה משגת לקיים רמת חיים נסבלת, לא נתבררה לאשורה בעתירות אלה, וממילא גם לא נסתרה. על המשיבים לבחון טענה זו לעמקה...."

ואכן, נראה כי בית המשפט עתיד להיות "מוצף" בעתירות מסוג זה. ראו למשל ר' סיני "מאות מקבלי קצבאות יעתרו לבג"ץ כדי להוכיח שזכותם ל"קיום בכבוד" נפגעה" (לא פורסם). ניתן לצפייה ב- www.yedid.org.il/NewsMain.asp?id=429 (נצפה ב-24.4.2006).

³¹ לעיל הערה 1, בפסקה 7 לפסק דינו של השופט לוי.

³² ב-17 ביולי 2003 הגישו עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי והאגודה לזכויות האזרח בישראל שלוש חוות דעת כלכליות בדבר המינימום הדרוש למחיה בכבוד של אדם מבוגר ושל ילד לבית המשפט העליון בפרשה דנן. חוות דעת אלו מלמדות כי הקיצוץ בקצבאות הבטחת ההכנסה שבוצע באמצעות חוק ההסדרים גרם לכך שמשפחות רבות בישראל אינן מגיעות לסף הקיום המינימלי האמור. נפרט בקצרה את מסקנות חוות הדעת שצוינו לעיל.

אחת מחוות הדעת שהוגשו היא חוות הדעת של פרופ' אברהם דורון. מחוות דעת זו נלמד כי בהתאם להמלצות ועדה ממשלתית משנות ה-70, רמת ההכנסה המינימלית למשפחה שלה שני ילדים תעמוד על 40% מן השכר הממוצע במשק (כ-2800 ₪). הקיצוץ בקצבאות הבטחת ההכנסה מביא לידי כך שמשפחה שלה שני ילדים תיאלץ להתקיים מקצבה של הבטחת הכנסה ששיעורה 33% מן השכר הממוצע במשק (כ-2,380 ₪). להרחבה ראו: א' דורון "סקירת התפתחות ספי הכנסת מינימום במערכת הבטחת הכנסה הישראלית" (2003) (ניתן לצפייה ב- www.commitment.org.il/art_images/files/365691251/doron.doc) (נצפה לאחרונה ב-18.10.2006).

חוות הדעת של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה מלמדת כי סל התצרוכת המינימלית למחיה בישראל בשנת 2001 (הכולל הוצאות מזון, דיור ואחזקת דירה) עומד על 3,473 ₪. סל דומה למשפחה שלה שני ילדים עומד על 6,994 ₪. קצבת הבטחת הכנסה למשפחה בעלת שני ילדים לאחר הקיצוץ, העומדת על כ-2,380 ₪, אינה מספקת להוצאות "סל המחיה" שהוצגו לעיל. להרחבה ראו: ט' קפלן וי' אלפנדרי "מדידת העוני בישראל" (2003) (ניתן לצפייה ב- www.commitment.org.il/art_images/files/365691251/lamas.doc) (נצפה לאחרונה ב-18.10.2006).

קיבוציים-סטטיסטיים אלה הם בבחינת "עובדות חברתיות" שיש בכוחן להוכיח בצורה מבוססת כי קיצוץ בשיעור מסוים כבר הביא אנשים מסוימים אל מתחת לזכאותם על פי חוק היסוד. לכן לפי השקפתו אין לפנינו אך סיכון או אך השערה בעלמא.³³

נבקש להעיר בשלב זה, כי קיים קשר אפשרי (אם כי לא הכרחי) בין היקף הזכות לבין קביעת סף ראייתי בנוגע לפגיעה בה. לפי גישה זו, לא הרי פגיעה בזכות לקיום בתנאים מינימליים כפגיעה בזכות לקיום בתנאים נאותים. בעוד פגיעה בזכות לקיום בתנאים מינימליים תדרוש הוכחה פוזיטיבית ומוחלטת לפגיעה בזכות, הרי פגיעה בזכות לקיום בתנאים נאותים תסתפק ביצירת ספק בדבר יכולת הקיום בכבוד. נבהיר דברינו. לשיטתנו, אימוץ תפיסה רחבה של הזכות לקיום בכבוד עשויה להיות מתורגמת בסופו של דבר גם להעצמת השיח והרטוריקה המשפטיים והציבוריים בעניינה של זכות זו. העצמת השיח בעניינה של הזכות יכול אף להעלות על נס את מעמדה (החברתי) של הזכות. במציאות זו, שבה עשויה הזכות לקיום בכבוד להיתפס על ידי החברה הישראלית כזכות יסוד רמת מעלה מאין כמוה, עשויה כל פגיעה בזכות האמורה להתקבל כפוגענית מאין כמוה. לכן, מלבד כוחה המשפטי, עשויה טענת הפגיעה בזכות לקיום בכבוד (כזכות רחבה), לזכות לתוקף אמוציונלי עוצמתי. העצמה זו עשויה להשפיע על בית המשפט. בית המשפט עשוי להעדיף מלכתחילה את הזכות הרחבה לקיום בכבוד על פני זכויות או אינטרסים אחרים, באופן שבו כל ספק באשר לפגיעה בזכות הרחבה "יספק" את הסף הראייתי הנדרש להוכחת פגיעה בזכות חוקתית.³⁴

ג. הזכות לקיום בכבוד בישראל כזכות לקיום בתנאים מינימליים – האומנם?

1. כללי

הדיון באשר להיקפה של הזכות לקיום בכבוד בישראל אינו עוד דיון משפטי תיאורטי. עסקינן בדיון אנושי ממשי. מאחורי "מילים משפטיות יפות" מסתתרים בני אנוש, בני אנוש המתמודדים מדי יום ביומו עם הכרעות קיומיות קשות: בחירה בין מזון לתרופות, בין תרופות לחימום, בין חימום לחינוך הילדים ועוד. בקובעו את היקף זכותם לקיום בכבוד של בני אנוש אלה – הלא היא הזכות של כולנו – כזכות לקיום בתנאים מינימליים, הנשיא ברק מסתפק בהנמקה כללית ומרומזת (יש שעשויים לסבור שמדובר בהנמקה לקונית). לפסק דינו מצטרפים חמישה שופטים נוספים. התייחסות חסרה זו (ויש שיאמרו חוסר התייחסות) לסוגיה מהותית ובעלת משמעויות קיומיות כאלה, הינה, לגישתנו, תמוהה. נדמה לנו כי זכות זו ראויה לדיון – בין דיון משפטי, פילוסופי, סוציולוגי, כלכלי או פסיכולוגי – מעמיק יותר.³⁵

חוות הדעת של מרכז אדווה מלמדת כי משפחות המקבלות קצבאות הבטחת הכנסה נאלצו עוד בטרם הקיצוץ לבחור בין צורך קיומי אחד למשנהו. להרחבה ראו: www.commitment.org.il/art_images/files/365691251/adva.doc (נצפה לאחרונה ב-18.10.2006).

³³ לעיל הערה 1, בפסקאות 8-10 לפסק דינו של השופט לוי. לדעה זו שותפה גם השופטת בייניש. לעיל הערה 1, בפסקה 2 לפסק דינה של השופטת בייניש.

³⁴ להשוואה ראו: MARK KELMAN, A GUIDE TO CRITICAL LEGAL STUDIES 290-295 (1987).

³⁵ להשקפה דומה ראו: א' קמיר "המלך עירום: לא אקטיביזם שיפוטי, לא מהפכה חוקתית ולא כבוד האדם בפסיקת בג"ץ בזכות לקיום בכבוד" (לא פורסם) www.notes.co.il/orit/15190.asp (נצפה ב-24.4.2006).

בפרק זה נעמוד על ההנמקות שבהן הנשיא ברק מבסס את תפיסתו באשר להיקפה של הזכות לקיום בכבוד כזכות לקיום בתנאים מינימליים. אף שלדעתנו מדובר בהנמקות חסרות, ניתן להצביע על שלושה ענפים שבהם מעוגנת תפיסתו של הנשיא ברק: משפטי, כלכלי וסוציולוגי. נבחן הנמקות אלה לגופן, נבחן את מיקומן בראי ההלכה הפסוקה ואף ננסה להצביע על שיקולי מדיניות אשר עשויים לעמוד, לדעתנו, בבסיסן של ההנמקות הכתובות.

2. הנימוק המשפטי ושרו

לשיטתו של הנשיא ברק, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מעגן כאמור את הזכות לקיום, בתנאים מינימליים. הזכות החוקתית לקיום בכבוד מוגדרת בצמצום; ההסבר לכך, שניתן בכלליות רבה, הוא כפול: ראשית, היעדר עיגון מפורש לזכויות חברתיות-כלכליות "רחבות" בחוק היסוד. הדבר נלמד לדעת הנשיא הן מ"שתיקתו" של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בעניין, והן מאי הבשלתן של הצעות חקיקה שונות לידי חוק יסוד: זכויות חברתיות.³⁶ שנית, אי הסכמה פוליטית באשר להיקפה של הזכות החוקתית לכבוד.³⁷

עמדתו זו של הנשיא ברק באשר להיקפה המצומצם של הזכות לקיום בכבוד לא גרמה להפתעה, שכן היא עולה בקנה אחד הן עם רצף הלכות אשר נפסק זה מכבר בבית המשפט העליון,³⁸ והן עם כתיבתו האקדמית של הנשיא ברק בנושא הספציפי של הזכות לכבוד האדם והיחס בינה לבין התנאים הנדרשים לקיום אנושי.³⁹

³⁶ לעיל הערה 1, בפסקאות 13 ו-15 לפסק דינו של הנשיא ברק.

ראו למשל: סעיפים 21-25 להצעת "חוקה לישראל" שהוגשה למועצת המדינה הזמנית בשנת 1949. י' כהן **חוקה לישראל – הצעה ודברי הסבר** (תש"ט-1949). ניתנת לצפייה ב- www.huka.gov.il/wiki/makor/20.pdf (נצפה ב-24.4.2006).

ראו גם: הצעת חוק יסוד: מגילת זכויות היסוד של האדם, תשכ"ד-1963, ד"כ 38, 784 (תשכ"ד). ניתנת לצפייה ב- www.huka.gov.il/wiki/makor/38.pdf (נצפה ב-24.4.2006).

ראו גם: הצעת החוק משנת 2002 מטעם ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת. הצעת חוק יסוד: זכויות חברתיות, ה"ח התשס"ב 213. ניתנת לצפייה ב- www.knesset.gov.il/laws/heb/FileD.asp?Type=2&LawNum=3068&SubNum=1 (נצפה ב-24.4.2006).

ראו גם: כעשרים הצעות חוק פרטיות אשר הועלו בחמש השנים האחרונות. ניתנות לצפייה באתר הכנסת, בתפריט החקיקה, הצעות חוק פרטיות. www.knesset.gov.il/privatelaw/plaw_display.asp (נצפה ב-24.4.2006).

³⁷ דברי הנשיא ברק, לעיל הערה 1, בפסקה 13 לפסק דינו: "... אין מדינה שבה זכה אגד הזכויות החברתיות לעיגון חוקתי מפורש ומוסכם, כמדינה בה הנושא נתון עדיין למחלוקת שטרם הוכרעה בידי המוסדות המכוננים".

³⁸ בג"ץ 94/161 **אטרי נ' מדינת ישראל**, תק-על-1283 (1)94, 1284 (1994). רע"א 4905/98 **גמזו נ' ישעיהו**, פ"ד נה(3) 360, 375-376 (2001). רע"א 5368/01 **יהודה נ' תשובה**, פ"ד נח(1) 214, 221 (2003). ע"א 9136/02 **מיסטר מאני ישראל בע"מ נ' רייז**, פ"ד נח(3) 934, 942-943, 953 (2002). בג"ץ 4128/02 **אדם טבע ודין נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד נח(3) 503, 518 (2004). בג"ץ 3512/04 **שזיפי נ' בית הדין הארצי לעבודה** (טרם פורסם), 29.12.2004, בפסקה 3 לפסק דינה של השופטת ארבל. (ניתן לצפייה ב- elyon1.court.gov.il/files/04/120/035/r05/04035120.r05.HTM; נצפה ב-24.4.2006).

³⁹ א' ברק **פרשנות במשפט כרך שלישי** – פרשנות חוקתית (נבו, תשנ"ד-1994) 422-423. בלשונו של הנשיא ברק: "על כן ספק בעיני אם ניתן להסיק מכבוד האדם זכות לחינוך, להשכלה, לבריאות ולרווחה חברתית. יחד עם זאת, ניתן להסיק מכבוד האדם את הזכות לסיפוק צרכים בסיסיים לקיום אנושי".

ראו גם: א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" **מבחר כתבים** כרך א (ח' ה' כהן וי' זמיר עורכים, נבו, תש"ס-2000) 437.

עם זאת, לדעתנו, בסופו של דבר נימוקיו של הנשיא ברק אינם משכנעים. היצמדותו להנמקות שהוצגו לעיל, כמו גם הישענותו על פסיקה קודמת שהושפעה מהנמקות אלו, אינה עולה בקנה אחד עם תורתו הפרשנית-חוקתית הכללית,⁴⁰ ובייחוד עם תפיסת הזכויות החברתיות שהביע כחלק מחוקה עתידית.⁴¹

ענייננו בתחימת גבולותיה של זכות חברתית ברמה נורמטיבית נתונה. וביתר פירוט, אנו בוחנים את היקף פרישתה של הזכות החיובית לכבוד המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. נוסחה של נורמה זו – "כל אדם זכאי להגנה ... על כבודו".⁴² – הוא רחב וכללי. מובן כי אין הוא מתיימר להסביר באופן ממצה את היקף זכותו (החיובית) של אדם לכבוד. לפיכך, נדרש הצירוף "כבוד האדם" לפרשנות. בחינת שיטתו הפרשנית של ברק בהיבטים אחרים של הזכות מראה כי זכותו החוקתית של אדם לכבוד כוללת, לדעת הנשיא ברק, בין היתר את זכותו לשוויון (או לפחות מרכיבים של זכות זו, ככל שהם קשורים במישרין לביטוי האוטונומיה האנושית),⁴³ את חופש הביטוי ועוד זכויות נוספות.⁴⁴ מיותר לציין כי זכויות אלה – שזכות להיקף פרישה רחב למדי⁴⁵ – אינן מעוגנות במפורש בחוקי היסוד, ואף הצעות לעגן בחוקי יסוד טרם הבשילו ונחקקו.⁴⁶ על כן, תמוה

ראו גם: א' ברק **שופט בחברה דמוקרטית** (2004) 138. הנשיא ברק מדגיש כי: "כבוד האדם נפגע כאשר אדם חי בתנאי חיים משפילים השוללים את צלם האדם שבו, כבוד האדם מניח הבטחת מינימום של קיום אנושי (חומרי ונפשי)".

40 אשר להבנת היקפה של הזכות החוקתית לכבוד המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ראו: א' ברק **פרשנות במשפט** כךך שלישי – פרשנות חוקתית (נבו, תשנ"ד-1994) 420-422.

41 א' ברק "הקדמה" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** (י' רבין וי' שני עורכים, הוצאת רמות – אוניברסיטת ת"א, תשס"ה-2004) 5-10.

42 סעיף 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

43 ראו: בג"ץ 7052/03 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים** (טרם פורסם, 14.5.2006), בפרשה זו בחן בית המשפט העליון אם הוראות חוק האזרחות פוגעות באופן בלתי חוקתי בזכותם החוקתית לכבוד של אזרחי מדינת ישראל אשר מבקשים להתאחד עם בני זוגם או עם ילדיהם כדי לקיים חיי משפחה במדינת ישראל. ראו גם: בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (טרם פורסם, 11.5.2006). בפרשה זו בחן בית המשפט העליון אם ההסדר הקבוע בחוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומונתם, התשס"ב-2002 הוא הסדר חוקתי.

44 ברק, לעיל הערה 40, בעמ' 421-422, 423-426. א' ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" **משפט וממשל א** (תשנ"ג-1993) 253, 261. ראו גם: א' ברק **שופט בחברה דמוקרטית**, לעיל הערה 39, בעמ' 142.

45 בעניין הזכות לשוויון ראו: בג"ץ 5394/92 **הופרט נ' יד ושם**, פ"ד מח(3) 353, 362 (1994) (להלן: פרשת הופרט). בג"ץ 454/94 **שדולת הנשים נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מח(5) 501, 522-526 (1994) (להלן: פרשת שדולת הנשים). בג"ץ 721/94 **אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ**, פ"ד מח(5) 749, 759-760 (1994) (להלן: פרשת אל-על). בג"ץ 4541/95 **מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(4) 94, 131-133 (1995) (להלן: פרשת מילר).

בעניין הזכות לחופש ביטוי ראו: ע"א 105/92 **ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית**, פ"ד מז(5) 189, 201 (1993) (להלן: פרשת ראם). בג"ץ 2481/93 **דיין נ' מפקד מחוז ירושלים**, פ"ד מח(2) 456, 468 (1994) (להלן: פרשת דיין).

46 ראו למשל בעניין חופש הביטוי: הצעת חוק יסוד: חופש הביטוי וההתאגדות (ניתנת לצפייה ב- www.knesset.gov.il/privatelaw/data/15/1570.rtf; נצפה ב-24.4.2006).

ראו גם כמה הצעות חוק יסוד הנוגעות לזכות לשוויון שטרם נתקבלו: הצעת חוק יסוד: שוויון ושותפות אזרחית מלאה, התשס"ד-2004 (ניתנת לצפייה ב- www.knesset.gov.il/privatelaw/data/16/2197.rtf; נצפה ב-24.4.2006). הצעת חוק יסוד: השוויון האזרחי (ניתנת לצפייה ב- www.knesset.gov.il/privatelaw/data/16/2028.rtf; נצפה ב-24.4.2006). הצעת חוק יסוד: השוויון (ניתנת לצפייה ב- www.knesset.gov.il/privatelaw/data/16/360.rtf; נצפה ב-24.4.2006).

בענינו נימוקו הראשון של הנשיא ברק בדבר היעדר עיגון מפורש לזכות "רחבה" לקיום בכבוד בחוקי היסוד שפורטו לעיל, כנימוק השולל היקף רחב לזכות החוקתית לקיום בכבוד.⁴⁷

להזכירנו, נימוקו המשפטי השני של הנשיא ברק הוא, כי אין הסכמה פוליטית להיקף הזכות לקיום בכבוד. אנו מסכימים לדעת הנשיא ברק, כי היקפה של נורמה חוקתית אשר אינה קבועה במפורש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, נגזרת, בין היתר,⁴⁸ ממידת ההסכמה לה, הן בקרב הרשות המכוננת והן בהשקפה של כלל החברה בעניינה.⁴⁹ אולם, כלום ניתן לאתר מחלוקת באשר להרחבת ההיקף המינימלי של הזכות לקיום בכבוד בקרב חברי הרשות המכוננת? אנו מתקשים לאתר מחלוקת כזו.⁵⁰ יתרה מזו, הכיצד אין טענתו של הנשיא ברק בדבר "חוקה מוסכמת" מונעת מן הזכות לשוויון⁵¹ – הגם שהושמטה במכוון מחוקי היסוד בשל התנגדות הסיעות הדתיות⁵² – לזכות למעמד חוקתי, בעוד היא מונעת זאת מן הזכות לקיום בתנאי מחיה נאותים?⁵³ על רקע זה, נדמה לנו כי נימוק "היעדר ההסכמה" הוא נימוק מכני למדי ואינו משכנע.

זאת ועוד, נדמה לנו כי דווקא השקפתו של הנשיא ברק על מהותה של הזכות החוקתית לכבוד מחייבת הכרה בזכות לקיום בתנאי מחיה נאותים. בלשונו:

⁴⁷ נבקש להעיר כי ייתכן שיש לסייג את טענתנו האחרונה בדבר חוסר עקיבות בהשקפתו של הנשיא ברק על מעמדן החוקתי של זכויות שלא זכו לעיגון מפורש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מפסיקתו האחרונה של הנשיא ברק אנו למדים כי הוא נוטה להכיר ברמה החוקתית רק ב"גרעיני" של זכויות אשר לא נקבעו במפורש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (כגון הזכות לשוויון ולחופש הביטוי). בפסיקתו האחרונה טוען הנשיא ברק כי בפרשות **הופרט**, **שדולת הנשים**, **אל-על, מילר**, **דיין וראם** (לעיל הערה 45) ניתן למצוא ביטוי לגישה המרחיבה את הזכות החוקתית לכבוד, כזכות הכוללת את כל זכויות האדם, ובכלל זה את הזכות לשוויון ולחופש הביטוי. כיום, טוען הנשיא ברק, ראוי לפרש את הזכות החוקתית לכבוד בצורה מצומצמת יותר. ראוי לדעתו לפרש את הזכות החוקתית לכבוד ככוללת אך את "גרעיני" של זכויות יסוד אשר אינן מצוינות במפורש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר קשור בקשר ענייני והדוק לכבוד האדם. להרחבה ראו: בג"ץ 7052/03 **עדאלה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, פסקה 39 לפסק דינו של הנשיא ברק (טרם פורסם, 14.5.2006). בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פסקאות 30-44 לפסק דינו של הנשיא ברק (טרם פורסם, 11.5.2006).

⁴⁸ בין היתר ולא בלעדית. כפי שמציין הנשיא ברק: "הפרשנות החוקתית הראויה מתחשבת בתכלית חוקתית או בייקטיבית, אף אם זו שונה מהתכלית החוקתית (הסובייקטיבית) שעמדה לנגד עיני יוצרי החוקה". א' ברק **פרשנות במשפט** כרך שלישי – פרשנות חוקתית (נבו, תשנ"ד-1994) 170-171.

⁴⁹ בפרק זה נימנע מדיון בהשקפה החברתית על היקפה של הזכות לקיום בכבוד. לדיון בעניין: ראו פרק 4 להלן.

⁵⁰ לא נמצאו בדיונים שנערכו במליאה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אזכורים למחלוקת בעניין.

⁵¹ לפסיקה בת זמננו הדנה ביחס שבין הזכות לכבוד לבין הזכות לשוויון כזכויות חוקתיות ראו: בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (טרם פורסם, ניתן ב-11.5.2006), פסקאות 26-44 לפסק דינו של הנשיא ברק. בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ פסק ברוב דעות כי "חוק טל" פוגע בזכותם החוקתית לשוויון של "המתגייסים הרגילים" לצה"ל באמצעות הפלייתם לעומת תלמידי הישיבות הזכאים להסדר דחיית שירות. נקבע כי פגיעה זו בזכות לשוויון מקימה למעשה פגיעה בזכות החוקתית לכבוד המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

⁵² ה' סומר "הזכויות הבלתי-מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" **משפטים** כח (תשנ"ו) 257, 274-277 (ניתן לצפייה גם ב- www.idc.ac.il/publications/files/143.pdf; נצפה ב-24.4.2006).

ראו גם: י' קרפ "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח" **משפט וממשל** א (תשנ"ג-1993) 323, 336-338.

⁵³ ניתן להניח, אם כי הנחה זו אינה נקייה מספקות, כי דווקא הזכות לקיום בתנאים נאותים (המוגשמת באמצעות סיוע נרחב של המדינה), מקובלת על הסיעות הדתיות. יש לכך שורשים רבים במסורת היהודית. להרחבה בנושא זה ראו: מ' ויגודה "בין זכויות חברתיות לחובות חברתיות במשפט העברי" **זכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות בישראל** (י' רבין וי' שני עורכים, הוצאת רמות – אוניברסיטת ת"א, תשס"ה-2004) 239-258.

"כבוד האדם הוא, אפוא, חופש עיצוב האישיות של כל אדם. כבוד האדם הוא האוטונומיה של הרצון הפרטי, וחופש הבחירה. כבוד האדם הוא הערך של האדם, קדושת חייו והיותו בן חורין".⁵⁴

לדעתנו, אדם שאין לו היכולת הכלכלית הדרושה לתפקוד חברתי סביר בחברה שבה הוא חי, איננו אדם בן חורין. ספק אם אדם, שמדינתו חייבת לספק לו תנאי קיום מינימליים ותו לא, יצליח להתערות, להשפיע, להתפתח ולשגשג בחברה שבה הוא חי, וספק אם יצליח לעצב את אישיותו ולהגשים את רצונותיו בחברה כזו. להשקפתנו, וברוח דבריו של הנשיא ברק בספרו **פרשנות חוקתית**, שהובאו לעיל, התשובה היא שלילית. כבודו של אדם, אמנם תחילתו בחיים שאינם כרוכים במורא מפני מחסור קיומי, אך עיקרו ביכולתו של אדם להעניק לחייו ערך ומשמעות.⁵⁵ כבודו של אדם משתכלל כאשר נתונה לו (ולו במידה מינימלית) האפשרות לשאוף להתפתחות עצמית ולשגשג בחברה שבה הוא חי.⁵⁶ על כן, לדעתנו יש לגזור מן הזכות לכבוד את הזכות לקיום בתנאים נאותים המאפשרים לאדם לקוות כי יוכל להתפתח כחבר בחברה אנושית.⁵⁷ עוד אנו סבורים כי אין להסתפק בזכות לתנאי קיום מינימליים שיש בהם כדי להבטיח חיים, אך אין בהם היכולת להעניק לחיים אלה טעם ותוחלת; אין מדובר בשימוש בכסף לצורכי מותרות, אלא בשימוש בכסף כדי להצליח לחיות ברמה העולה על תנאי קיום המבטיחים חיים בלבד.

על רקע התפיסה המשפטית-אקדמית של הנשיא ברק בדבר הזכות לכבוד (כפי שהוצגה בספרו **פרשנות חוקתית**), התקשינו להבין את נסיגתו ממנה בכל הקשור דווקא להיקפה של הזכות לקיום בכבוד. והרי נסיגה זו אינה מתבקשת מעמדתו הכללית של הנשיא באשר לאפיונו של מושג כבוד האדם ואף מנוגדת לה במידת מה. לו היינו נדרשים להעלות השערה, כיצד נוצר חוסר סימטריה זה בין הגישה לזכות לחופש הביטוי ובין הגישה לזכות לתנאי מחיה נאותים, היינו מצביעים על כך ששורשיה של נסיגה זו נטועים במקום ובזמן שבהם מתפקד בית המשפט העליון הישראלי.

אנו חיים בתקופה שבה בית המשפט נאלץ להתמודד חדשות לבקרים עם התקפות חברי כנסת,⁵⁸ אנשי אקדמיה,⁵⁹ אנשי עיתונות וחוגים שונים בציבור בטענות של אקטיביזם שיפוטי. על רקע זה ייתכן שבפסיקה המכירה בזכות מצומצמת לקיום בכבוד ביקש בית המשפט, בין היתר, "לקנות

⁵⁴ ברק, לעיל הערה 40, בעמ' 421.

⁵⁵ א' קמיר "על פרשת דרכי כבוד: ישראל בין מגמות של הדרת כבוד (honor), כבוד סגולי (dignity), הילת כבוד (glory) וכבוד מחיה (respect)" **תרבות דמוקרטית** 9 (תשנ"ה-2005) 169. (ניתן לצפייה ב- http://sitemaker.umich.edu/Orit_Kamir/files/honorhebrew.pdf (נצפה ב-5.5.2006).

⁵⁶ להשוואה ראו: J. ROLLS, A THEORY OF JUSTICE (OXFORD UNIVERSITY PRESS, 1973). בספרו "תיאוריה של צדק" טוען רולס טענה "מרוככת" יותר ולפיה עקרון הצדק – הקודם לעקרון השוויון – מבטא עקרונות של הוגנות (Fairness). הוא טוען שהוגנות פירושה קיום סביר **מינימלי** לכל פרט על פי מציאות החברתית שבה הוא חי.

⁵⁷ לניתוח המושג כבוד האדם בחברות בקהילייה אנושית ראו א' רייכמן "כבוד האדם מלא עולם: הזכות לכבוד האדם בחברות בקהילייה המוסרית" **משפט וממשל** ז(2) 469 (תשס"ה-2004).

⁵⁸ ראו, למשל, דבריו של יו"ר הכנסת רובי רבלין בכנס של המכון הישראלי לדמוקרטיה. www.idi.org.il/hebrew/article.asp?id=1479 (נצפה ב-24.4.2006).

⁵⁹ להרחבה ראו: ר' גביון מ' קרמניצר וי' דותן **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"צ בחברה הישראלית** (מאגנס, תש"ס-2000).

זמן".⁶⁰ אנו סבורים כי בית המשפט בוחר לפרש את הזכות לקיום בכבוד באופן צר (זכות לתנאי מחיה מינימליים), כדי שיוכל לעת עתה להימנע מפסילת חקיקה (שנחקקה לאחר שנת 1992) המעגנת מדיניות כלכלית-חברתית. לא מן הנמנע כי פירוש עכשווי של הזכות לקיום בכבוד, כזכות רחבה, יביא את בית המשפט לידי קביעה בעתירות כעתירה דנן כי נפגעה הזכות החוקתית לקיום בכבוד, וייתכן שהדבר יגרום לפסילתם של חוקים שיועמדו במבחן הביקורת השיפוטית. הדבר עשוי להביא לידי היווצרות "גל" עתירות שעניינן פגיעה בזכות (רחבה) לקיום בכבוד, שיאלצו את בית המשפט לבדוק במבחי פסקת ההגבלה חוקים ("כלכליים") רבים.⁶¹ אם אכן יוגשו עתירות רבות מסוג זה, ובהנחה שחלקן יתקבלו, עשוי בית המשפט לבטל תוכניות כלכליות שהותוו בחקיקת הכנסת ושנאכפו על ידי הממשלה. נדמה לנו כי בית המשפט – המואשם תכופות באקטיביזם – מעדיף בשלב זה ליצור מעין דיאלוג עם הרשויות (ובעיקר עם הרשות המחוקקת), שתכליתו לתת אפשרות לרשויות עצמן לשנות את המדיניות הפוגענית, ולהימנע מפסילה גורפת של המדיניות הכלכלית. בגישתו זו בית המשפט מונע ביקורת כלפיו על "אקטיביזם", נמנע מהתערבות בעניינים הנתונים לסמכותן של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת, ומפגיעה ביציבות המשק. במילים אחרות, בפרספקטיבה היסטורית נראה לנו שעתירות אלו הן "מוקדמות מדי". המהפכה החוקתית טרם התבססה דיה כדי לאפשר מהלכים נרחבים כגון דא. זאת ועוד, טרם התפתח השיח המקצועי-משפטי המאפשר לבית המשפט לבסס את היקפן של הזכויות החיוביות.⁶²

ייתכן אף שבמסגרת זו בית המשפט מבקש להעביר את התוכניות הכלכליות (החוקות) לשיפוטו של הציבור. לפי גישה זו, יש יתרון בכך שהציבור ישפוט לחומרה תוכניות אלה וישמיע קולו נגדן. עם זאת (לפחות כך אנו מעריכים), הטכניקה שנקט בית המשפט אינה סוגרת את הדלת, שכן במקרים שבהם "רשת הביטחון" כשלה, יגיעו עתירות אישיות לבית המשפט. לכן, אם ניסיון לדיאלוג זה לא ימצא אוזן קשובה, בית המשפט עשוי להסיר את הכפפה ולתת פירוש מרחיב לזכות לקיום בכבוד, פירוש העולה בקנה אחד עם הבנת הזכות החוקתית לכבוד כזכות שתכליתה לתת אפשרות לשגשוג ולהתפתחות בחברה, כהבנתו של הנשיא ברק.⁶³ אנו משערים שבית המשפט ינקוט דרך זו

⁶⁰ נבקש להעיר בשלב זה, כי אין אנו יוצאים מנקודת מוצא הגורסת שביטול המשפט העליון מייצג אידיאולוגיה ליברטריאנית בכל הקשור לפרשנות חוקי היסוד. להרחבה בנושא זה ראו א' מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל" **משפט וממשל** ד 133, 134-142 (1997). ראו גם ע' זלצברג וא' קדר "המהפכה השקטה – עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי היסוד החדשים" **משפט וממשל** ד 489, 502-513 (1998). לתחושתנו, פסיקתו של בית המשפט העליון בשאלות הקשורות לכלכלה ולחברה מלמדות כי בית המשפט מגלה רגישות מסוימת בכל הקשור לשאלות חלוקתיות. על כן לדעתנו בית המשפט מבקש לקנות זמן, ולא לפסול מטעמים ליברטריאנים עתירות מסוג זה על הסף. להרחבה בנושא ראו י' דותן "בית המשפט העליון כמגן הזכויות החברתיות" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** (י' רבין וי' שני עורכים, הוצאת רמות – אוניברסיטת ת"א, תשס"ה-2004) 69, 109-119. ראו גם: א' רייכמן "הגירעון הדמוקרטי וחוקיות התוכנית הכלכלית" **עבודה, חברה ומשפט** 10, 307, 315-316 (2004).

⁶¹ ראו בעניין זה: חקיקה הקשורה למגוון נושאים חברתיים-כלכליים שתוקנה בעקיפין על ידי חוק ההסדרים. לדוגמה, תחום הבריאות: קיצוץ בסל הבריאות, הגדלת התשלומים לביטוח הבריאות, שינוי מבני בקופות החולים. תחום הביטחון הסוציאלי: קיצוץ בתקציבים לילדים בסיכון, בשירותי הנכים והמוגבלים, בקצבאות הנכים ובקצבאות הילדים. למידע נוסף על אודות השלכות החוק על זכויות חברתיות-כלכליות ראו: ש' סבירסקי, א' אטקין ובי' סבירסקי "מבט על התקציב 2003 – הצעת חוק התקציב והצעת חוק ההסדרים (2002) ניתן לצפייה ב- www.adva.org/ivrit/mabat2003/mabat2003-1-new.htm#c1 (נצפה ב-24.4.2006).

⁶² ג' מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד חברתי של זכויות האדם" **ספר ברנזון** כרך ב – בני סברא 183 (א' ברק וחי' ברנזון עורכים, נבו, תש"ס-2000).

⁶³ לעיל הערה 54.

כמוצא אחרון, אם וכאשר הרשויות לא יבינו את המסר האמור. במצב זה, ולאחר שימוצה ניסיון ההידברות עם הרשויות, לא ייוותר לבית המשפט אלא לקחת את ההחלטה בידיו, וזאת כאשר "הקרקע כבר מוכנה". כלומר, כשיובן כי אין הרשויות, המחוקקת והמבצעת, מוכנות לשנות את עמדתן, לא יוכלו האחרונות וגם לא תוכל החברה לומר כי הופתעו ממהלכו ה"דרסטי-אקטיביסטי" של בית המשפט.

נעיר כי יש שיגרסו כי בכך בית המשפט שומר את "הונו המוסדי" לעת מצוא.⁶⁴ לבית המשפט, כמו לכל ישות, בין משפטית ובין לאו, הון מוגדר אשר באמצעותו מתאפשרת הפעילות השיפוטית. פסיקה חדשנית או "אקטיביסטית" בלשון אחרים, היא פסיקה "יקרה", פסיקה המצריכה הקצאת הון שיפוטי רב. ייתכן שבתקופה זו, שבה בית המשפט נדרש להכרעות קשות בתחומים שונים ומגוונים, בית המשפט מעוניין להשתמש בהונו השיפוטי בהדרגה, כלומר בית המשפט אינו מעוניין "להשקיע" את כל הונו בפסיקה חדשנית-אקטיביסטית אחת ולקבוע זכות מרחיבה לקיום בכבוד, אלא מעדיף לתת במדורג פתרונות נקודתיים לאנשים פרטיים⁶⁵ למען יוכל להישען על הונו השיפוטי גם כדי לבסס פעילות שיפוטית בעתיד.

בשולי הדברים, ובניתוק מן ההקשר החברתי-פוליטי שבו מתפקד בית המשפט העליון, ייתכן שנסיגתו של הנשיא ברק מתפיסת הזכות לכבוד, דווקא בכל הקשור לזכות לקיום בכבוד, קשורה במגבלותיה של הדוקטרינה המשפטית. להערכתנו, ייתכן שהנשיא ברק בחר בפירוש מצמצם של הזכות לקיום בכבוד כדי להימנע מקביעה שקיימת פגיעה בזכות זו, שכן ספק אם בית המשפט היה ערוך להתמודדות עם פגיעה בזכות חוקתית לפי האיזונים הקבועים בפסקת ההגבלה. נדמה לנו שהדוקטרינה הקשורה בפסקת ההגבלה טרם התפתחה דיה בפסיקתו של בית המשפט העליון. להשקפתנו, בית המשפט מצוי כיום בעיצומו של פיתוח דוקטרינה זו.⁶⁶ ייתכן, אם כן, שלבית המשפט דרוש זמן נוסף לביסוס הלכה דוקטרינאלית סדורה ומבוססת באשר לפסקת ההגבלה.

לסיכום נקודה זו, הנימוק המשפטי-פורמלי עצמו אינו תומך לשיטתנו בגישתו של הנשיא ברק, שכן כנימוק פורמלי נדרשת עקיבות בין עמדתו של הנשיא ברק לעניין השוויון וחופש הביטוי לבין עמדתו לעניין תנאי המחיה הנאותים: אם הראשונים כלולים בכבוד האדם, אין סיבה שהאחרונים יוצאו ממנו, לא כל שכן לאור נחיצותם של תנאי המחיה הנאותים להגשמת העצמית של האדם (אשר לדעת ברק הוא-הוא הערך הפרקטי שביסוד כבוד האדם). עם זאת, ניתן להבין את עמדתו של ברק, בעיקר לעניין נטל הראיה (ופועלה של דרישה זו בחיי המעשה, היינו דחיית הדיון לגופו של עניין עד אשר יובא עותר ספציפי שרשת הביטחון כשלה בהגנה עליו) לאור ניתוח "הפוליטיקה של השפיטה", כמהלך הממוקם בהקשר חברתי-מקצועי מסוים.⁶⁷

⁶⁴ ראו, למשל: A. M. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS (1962). ראו גם רייכמן, לעיל הערה 60, שם.

⁶⁵ לעיל הערה 1 פסקאות 31-32. הנשיא ברק מציין כי אף שהעיתרה דן נדחתה, עדיין עומדת לפרטים, אשר זכותם לקיום בכבוד נפגעה, האפשרות לעתור באופן אישי לבג"ץ.

⁶⁶ להשוואה, ראו את הפיתוחים היצירתיים של פסקת ההגבלה שאותם מציג בית המשפט העליון בבג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה כנסת ישראל**, בפסקאות 84-119 לפסק הדין של שופטי הרוב (טרם פורסם, 9.6.2005).

⁶⁷ רייכמן, לעיל הערה 60, בעמ' 309.

3. הנימוק הכלכלי ושברו

הנשיא ברק מתייחס גם לאפיונה הכלכלי של הזכות לקיום בכבוד, כאשר הוא קובע את היקף הזכות לקיום בכבוד כסיפוק תנאי מחיה מינימליים:

"... לא הרי מדינה שחוסנה הכלכלי הוא כשל מדינה מפותחת, כהרי מדינה שמצבה כשל מדינה נחשלת... ואף לא הרי מדינה שלה מערך חקיקתי מקיף של בטחון סוציאלי, כמדינה המקיימת מסגרת סעד ראשונית וחלקית".⁶⁸

הגם שמדובר כאמור בהתייחסות קצרה, נבקש לייחד להיבט הכלכלי כמה הערות. אזכור חוסנה הכלכלי של המדינה ותפיסת העולם הכלכלית שלה, מלמד כי היקפה של הזכות לקיום בכבוד נגזר, בין היתר, מן ההוצאות הכלכליות הכרוכות בהפעלתה. אכן, מימוש הלכה למעשה של הזכות לקיום בכבוד, בהיקף כלשהו, כפוף בסופו של דבר למגבלת המשאבים העומדים לרשות המדינה ולסדר העדיפויות המדיני-כלכלי. אולם בל נשכח כי לעיגון זכות רחבה לקיום בכבוד נודעים גם יתרונות כלכליים. לכן לדעתנו הכרה בהיקף זה או אחר של הזכות לקיום בכבוד מחייב ניתוח תועלת לעומת עלות.⁶⁹ ניתוח זה נעדר מפסק הדין.

מחקרים מלמדים כי עיגון ברמה החוקתית של זכויות חברתיות רחבות, ובכלל זה הזכות לקיום בכבוד, הינו כלי לבלימת אי שוויון בחלוקת העושר הלאומי.⁷⁰ צמצום אי השוויון מביא לידי ירידה בסבירות שיתממש הסיכון לתסיסה חברתית ולזעזועים פוליטיים העלולים לערער את קיומו של המשטר הדמוקרטי.⁷¹ תסיסה זו גורמת נזקים רבים וכבדים במישור הפרטי והחברתי: אלימות (הן פרטית והן של התארגנויות חתרניות), פשיעה (בעיקר עבירות רכוש), שביתות תכופות, ניסיונות להפיכה פוליטית אלימה וכמובן פגיעה בלכידות החברתית על רקע מאבק מעמדות.⁷² פגיעה בלכידות זו עלולה לגרום לחברי הקהילה להעדיף את טובתם האישית והעכשווית ולהחציף את הסיכונים שבפעולתם, משל "אני ואפסי עוד" ו"אחרי המבול". הוצאות מניעת נזקים אלה, ולא כל שכן תיקונם,

⁶⁸ לעיל הערה 1, בפסקה 13 לפסק דינו של הנשיא ברק.

⁶⁹ א' בן-בסט ומ' דהן **זכויות חברתיות בחוקה ומדיניות כלכלית** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, תשס"ד-2004) 102.

⁷⁰ שם. כמו כן ראו גם: A Alesina & R Perotti, *Income Distribution, Political Instability, and Investment*, 40(6) EUR. ECON. REV. 1203 (1996). G Bertola, *Market Structure and Income Distribution in Endogenous Growth Models*, 83 AM. ECON. REV. 1184 (1993). R Perotti, *Growth, Income Distribution and Democracy – What the Data Say*, 1(2) J. ECO. GROWTH 149 (1996).

⁷¹ למשטר הדמוקרטי עצמו השפעות סותרות על הצמיחה הכלכלית. השפעות אלה מקוזות זו את זו. ראו: J Tavares & R Wacziarg, *How Democracy Affects Growth*, 45(8) EUR. ECON. REV. 1341 (2001).

בן בסט ודהן שותפים לדעה זו. יתרה מזו, לשיטתם מעבר ממשטר שאינו דמוקרטי במובן המהותי (היינו משטר שבו הזכויות הפוליטיות והאזרחיות מועטות) מניב גידול בצמיחה. ראו: א' בן-בסט ומ' דהן **זכויות חברתיות בחוקה ומדיניות כלכלית** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, תשס"ד-2004) 52. ראו גם את ניתוחו של אמריטה סן, זוכה פרס נובל לכלכלה: A.K. SEN, *COLLECTIVE CHOICE AND SOCIAL WELFARE* (1970). A. K. SEN, *ON ECONOMIC INEQUALITY, (1973). A.K. SEN, POVERTY AND FAMINES: AN ESSAY ON ENTITLEMENT AND DEPRIVATION* (1984).

⁷² D. A. HIBBS, *MASS POLITICAL VIOLENCE: A CROSS-SECTION ANALYSIS* 9-11, 21-65 (1970)

יקרות. יתרה מזו, התערערות הסדר החברתי והפוליטי מייצרת אי ודאות גם בשוק הכלכלי. בעקבותיו ההשקעות הקיימות במשק קטנות והשקעות עתידיות נמנעות.⁷³ שבתות ממושכות פוגעות ביעילות הייצור ובפריונו, ובתפקודם התקין של השווקים. עינינו רואות כי אי ודאות זה, בסופו של דבר, מביא לידי פגיעה בצמיחת הכלכלית של המדינה.⁷⁴ לכן, מחויבות (חוקתית) של המדינה לזכות רחבה לקיום בכבוד, היא כלי לצמצום אי השוויון (כמטרה לעצמה), להגברת היציבות החברתית, הכלכלית והפוליטית, ובד בבד גם כלי לקידום הצמיחה במשק.

מובן כי כנגד תועלת זו שבעיגון זכות חוקתית רחבה לקיום בכבוד עומדות הוצאות. ראשית, ככל שהיקפה של הזכות נרחב יותר, מחויבת המדינה להקצאת משאבים ותקציבים גדולה יותר. שנית, הגנה על זכות רחבה לקיום בכבוד עלולה לפגוע ברווחה החברתית בשל פגיעה בזכויות חוקתיות אחרות כגון הזכות לקניין או לחופש העיסוק.⁷⁵ שלישית, זכות רחבה לקיום בכבוד עלולה לפגוע בתנאים מסוימים במוטיבציה ליצור, ביכולת למימוש כישרון אישי, ועל כן גם לדכא צמיחה כלכלית ועלייה ברמת החיים.⁷⁶

דיון ביתרונות ובחסרונות עיגון הזכויות לקיום בכבוד נעדר כאמור מפסק הדין. למיטב הבנתנו, טוב היה לו היה בית המשפט בוחן את שאלת היקפה של הזכות החוקתית לכבוד, בין היתר, ב"משקפיים כלכליות" (היינו במונחי עלות ותועלת). כך ראוי לדעתנו לנהוג כל אימת שסוגיה משפטית עשויה להשפיע על כלכלת המדינה ועל רווחת תושביה. ייתכן אף שבחינה כזו הייתה עשויה להביא לידי תפיסה שונה של היקפה של הזכות לקיום בכבוד. ייתכן, למשל, שבית המשפט היה נותן דגש רב יותר להיבט ההליכי של הזכות, שכן ניתן לטעון שההליך שבמסגרתו קובעת המדינה את "רשת הביטחון" הוא מרכיב חשוב בהענקת הלגיטימציה לקיצוץ; פגמים בהליך, כגון היעדר נתונים בדבר המינימום החודשי הדרוש לקיום בכבוד בישראל, או הליכי חקיקה הנסמכים על "חוק הסדרים", עלולים לפגוע באמון הציבור ובלכידות החברתית.⁷⁷ הימנעותו של בית המשפט מ"דיון כלכלי" כזה אינה מפתיעה. לשיטתנו, מדובר בהימנעות מכוונת של בית המשפט מדיון בסוגיות תקציביות אשר ביסודן ישנם שיקולי מדיניות.⁷⁸ נעמוד על כך בקצרה.

⁷³ התסיסה החברתית גורמת פגיעה הן ברכוש והן בנפש. נוצר מצב שבו הגנת המשטר על זכות הקניין אינה יעילה עוד. לכן, ובאופן טבעי, לא יסכנו משקיעים את הונם במשטר כזה. בן-בסט ודהן, לעיל הערה 64, בעמ' 55-56.

⁷⁴ לעיל הערה 71, בעמ' 51-52.

⁷⁵ שם, בעמ' 101.

⁷⁶ שם, בעמ' 80-81. בהנחה שמימוש זכות סוציאלית ממומן באמצעות מיסוי, ובהנחה שהיצע עבודתם של פרטים מושפע הן משיעורי המס והן מגודל הקצבאות, יש שטוענים (שם, שם) כי מדיניות רווחה מהווה תמריץ שלילי לעבוד. קל וחומר שככל שהזכות הסוציאלית היא רחבה יותר, כך התמריץ השלילי לעבוד הוא גדול יותר.

⁷⁷ להשוואה: בג"ץ 5578/02 **מנור נ' שר האוצר**, פ"ד נט(1) 729 (2004); בג"ץ 4885/03 **ארגו מגדלי העופות בישראל** **אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נט(2) 14 (2004).

⁷⁸ בראייה כלכלית ניתן לדבר על שיקולים אלה, כעל הוצאות כלכליות נוספות. ראוי לציין בהקשר זה כי בראייה כלכלית יש בהימנעות מהתדיינות בבתי המשפט (כשלעצמה) משום חיסכון בעלויות אדמיניסטרטיביות הכרוכות בהליך המשפטי. ראו:

S. Shavell, *An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts*, 9 J.L. STUD. 463, 465 (1980).

ראשית, יש שטוענים כי כל דיון הקשור להיקפן של הזכויות החברתיות, לרבות הזכות לקיום בכבוד, נתפס כדיון כלכלי אשר יש להשאירו לזירה הפוליטית, כלומר לטיפולן של הכנסת ושל הממשלה.⁷⁹ על כך מוסיפים כי מטעמים של הפרדת רשויות, הרשות השופטת אינה נדרשת לעסוק בסוגיות אשר ההכרעה בהן משפיעה על הקצאת תקציבי המדינה.⁸⁰ עליה להותיר עניינים אלה לטיפולן של הרשות המחוקקת, אשר תעצב מדיניות, ושל הרשות המבצעת, אשר תוציא מדיניות זו אל הפועל. לדעתנו, לנוכח רמת המעורבות השיפוטית הנהוגה בישראל, אין בטיעון זה ממש. בפועל, כל דיון באשר להיקפה של זכות, בין אזרחית-פוליטית ובין כלכלית-חברתית, מחייב את בית המשפט להכריע בנוגע לתקציבה וליכולתה הכספית של המדינה. בעידן שבו בית הדין הגבוה לצדק מכריע בעניין היקף חופש הביטוי, והאמצעים שיש להקצות לטובת קיום הפגנה,⁸¹ מחייב את צבא ההגנה לישראל להשקיע משאבים רבים כדי שלא להפלות טייסות פוטנציאליות,⁸² ראוי גם שידון בהיקף המשאבים שאותם צריכה המדינה להשקיע לטובת אזרחיה הנזקקים.⁸³ יתרה מזו, בתקופתנו, שבה בית המשפט נמנע מלהדיר רגליו מנושאים אשר בלב לבו של סדר היום הפוליטי,⁸⁴ החשש שבית המשפט יתפס כ"עוסק בפוליטיקה" ולא במשפט אם ייכנס לעובי הקורה הכלכלית נראה לנו בלתי מבוסס.⁸⁵

שנית, יש שטוענים כי דיון כלכלי רציני בהיקפה של הזכות לקיום בכבוד אינו מעשי בשל עמימותה של הזכות.⁸⁶ נטען כי קשה מאוד (ואולי אף בלתי אפשרי) להציב רף כמותי לזכות לקיום בכבוד מלבד אותו רב מינימלי ברור של קיום במחסור.⁸⁷ אם קשה לקבוע רף כזה, ודאי קשה לדון בעלויות ובתועלות הקשורות לאותו רף. לשיטתנו יש לדחות גם טיעון זה. היקפן של זכויות אזרחיות-

⁷⁹ יובל אלבשן מציין טיעון זה בנתחו את הגורמים להימנעות בית המשפט העליון מלקדם את הזכויות החברתיות בישראל. ראו: "אלבשן" השעון המקולקל מסרב לנוע" **משפט נוסף: כתב עת לענייני משפט וחברה** 1 (2001) 9.

⁸⁰ שם. ראו גם: א' ברק "הקדמה" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** (י' רבין וי' שני עורכים, הוצאת רמות – אוניברסיטת ת"א, תשס"ה-2004) 7. ר' גביון "על היחסים בין זכויות אזרחיות-פוליטיות ובין זכויות חברתיות-כלכליות" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** (י' רבין וי' שני עורכים, הוצאת רמות – אוניברסיטת ת"א, תשס"ה-2004) 66. "דו"ח" **בית המשפט העליון כמגן הזכויות החברתיות" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** (י' רבין וי' שני עורכים, הוצאת רמות – אוניברסיטת ת"א, תשס"ה-2004) 69, 87, 84.

⁸¹ בג"ץ 2481/93 **דיין נ' מפקד מחוז ירושלים**, פ"ד מח(2) 456 (1994). בג"ץ 153/83 **לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל**, פ"ד לח(2) 393 (1984).

⁸² בג"ץ 4541/95 **מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(4) 94, 106-105, 113-110, 124-123, 142-141 (1995). ראו התייחסות נוספת של בית המשפט העליון לסוגיית תקציב הצבא בבג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(5) 241, 281-282, 290 (1999).

⁸³ מובן, שקשה להשוות את העלויות הכרוכות בהבטחת שוויון לטייסות באמצעות הקמת מנגנון שיאפשר להן להשתלב בשוויון בתהליך הכשרת טייסי חיל האוויר בישראל, למשל, לעלויות הכרוכות במדיניות של הבטחת הכנסה. אולם לשיטתנו אין לפסול באופן עקרוני את אפשרותו של בית המשפט לדון בסכסוכים שבהם מעורבות שאלות שההכרעה בהן היא הכרעה "יקרה" (כרוכה בהוצאות).

⁸⁴ בעיקר בנושאים הקשורים לענייני דת ומדינה.

⁸⁵ אלבשן, לעיל הערה 79, בעמ' 10.

⁸⁶ להרחבה בסוגיית העמימות ראו: ג' מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" **ספר ברנזון** כרך ב (נבו, תש"ס-2000) 183, 216-219.

⁸⁷ נעיר כי גם כימות הרף המינימלי אינו כה פשוט. קיימות דעות סותרות באשר לסכומים המאפשרים קיום מינימלי בכבוד בישראל (למשל: הבדלים בין נתוני ביטוח לאומי לבין נתוני מס הכנסה). להרחבה ראו: א' גרינברג "היבטי קיום אנושי מינימאלי: חישובים ומחשבות **חשובות ומסיים** (2004) 38.

אייל חסקל ויואב דגני "מהותה של הזכות לקיום בכבוד בישראל כזכות לקיום בתנאים מינימליים או אולי כזכות לקיום בתנאי מחיה נאותים" **הארץ דין** ג(2) 124 (התשס"ו)

פוליטיות קלאסיות,⁸⁸ גם הוא אינו תמיד נהיר וברור, ולמרות זאת, לא נמנע בית המשפט מעריכת דיון מעמיק בהיקפו, בין היתר תוך בחינת הזווית הכלכלית.⁸⁹ יתרה מזו, ישנם מודלים תיאורטיים⁹⁰ ונתונים אמפיריים⁹¹ – שמהם ניתן ללמוד על אפשרויות שונות להכרה בהיקף זה או אחר של הזכות לקיום בכבוד (מלבד ההכרה ברמה המינימלית), לרבות התועלות והעלויות הגלומות בה.

שלישית, יש שטוענים כי בית המשפט אינו מסוגל להבין ולשקול הסברים כלכליים המוצגים לפניו, המצריכים הבנה כלכלית, הבנת דו"חות סטטיסטיים וכיוצא באלה.⁹² גם טיעון זה אינו נקי מספקות. לטענתו של ד"ר מונדלק בית המשפט הישראלי מסוגל להעריך "עובדות חברתיות" (המבוססות בין היתר על מחקרים כלכליים, סוציולוגיים, סוציאליים, פסיכולוגיים) המוצגות לפניו כשם שעושה זאת בית המשפט האמריקני.⁹³

4. הנימוק הסוציולוגי ושברו

כאמור, גישתו של הנשיא ברק לעניין היקף הזכות לכבוד האדם נשענת בעיקרה על נימוקי הפרדת רשויות ועל תפקידו של ההליך הפוליטי בעיצוב החברה. עם זאת, בכתבתו של ברק יש מקום נכבד לתפיסות הנוהגות בחברה כחלק מן המקורות הפרשניים שאליהם הרשות השופטת נדרשת לפנות בבואה לפרש זכויות. ובלשונו:

"לצורך אפיונה של הזכות, יידרש השופט להתחשב בנסיבות הזמן והמקום, בערכי היסוד של החברה ובאורחות חייה, במוסכמות החברתיות והפוליטיות ובמציאות הנורמטיבית... בהתייחסו להבחנות אלה (ואחרות), יגשים השופט את המובן המודרני – הרלוונטי של הזכות לקיום בכבוד".⁹⁴ (ההדגשות הוספו)

ובהמשך קובע הנשיא ברק את הדברים האלה:

⁸⁸ להרחבה על אודות ההבחנה בין זכויות אזרחיות "קלאסיות" לזכויות חברתיות: ראו לעיל הערה 9.

⁸⁹ למשל, הזכות לקניין. ראו למשל: ע"א 6291/95 בן יקר גת חברה להנדסה ובנין בע"מ נ' הוועדה המיוחדת לתכנון ולבנייה מודיעין, פ"ד נא(2) 840, 825 (1997). ע"א 3901/96 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נו(4) 913, 936-944 (2002).

⁹⁰ מ' אטלן "מודל לדוגמא של הזכות לתנאי קיום נאותים" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל (י' רבין וי' שני עורכים, הוצאת רמות – אוניברסיטת ת"א, תשס"ה-2004). אטלן מבסס את המודל שלו בעיקר על אמנת האו"ם בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות. ראו: אמנה בינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205 (נחתמה ב-1996) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1991).

⁹¹ שם, בעמ' 422-435. אטלן מציג את המודל הדרום-אפריקני כדוגמה מעשית למערכת משפטית המכירה בזכות לקיום בכבוד כזכות לקיום בתנאים נאותים.

⁹² י' דותן "בית המשפט העליון כמגן הזכויות החברתיות" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל (י' רבין וי' שני עורכים, הוצאת רמות – אוניברסיטת ת"א, תשס"ה-2004), 69, 88.

⁹³ ג' מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" ספר ברנזון כרך ב (נבו, תש"ס-2000), 183, 222-223.

⁹⁴ לעיל הערה 1, בפסקה 13 לפסק דינו של הנשיא ברק.

"נמצא, כי כבודו של האדם במדינת ישראל תלוי במכלול תנאי חייו, כפי שהם משתקפים ממצבה של החברה ומערכי היסוד המנחים אותה. כבוד האדם נפגע, אם אותו אדם מבקש לקיים חיי-אנוש בחברה לה הוא משתייך, אך מוצא כי דלו אמצעי ותש כוחו לעשות כן".⁹⁵

מדברים אלה עולה ש"אורחות חייה" של החברה מנחים את הנשיא ברק גם בפרשנות היקפה של הזכות לכבוד האדם. אין זאת כי הוא מבין את התפיסה החברתית הנוהגת, כמחייבת לפרש את הזכות במצומצם וכי פרשנות זו מתיישבת עם "המוסכמות החברתיות והפוליטיות" ועם "המציאות הנורמטיבית" (אם אינה מתחייבת ממוסכמות אלו או ממצאות זו).

הנשיא ברק אינו מביא בפסק הדין כל תימוכין סוציולוגיים לעמדה זו השייכת לכאורה לחברה, ולפיה כבוד האדם נפגע, לעניין תנאי הקיום, רק כאשר "תש כוחו" לקיים חיי אנוש. לא ברור כיצד תפיסת הנשיא ברק בנוגע לגישת החברה, מתיישבת, למשל, עם מחקרם הסוציולוגי של ד"ר גל ופרופ' דורון מהאוניברסיטה העברית.⁹⁶ לטענתם, ההשקפה החברתית המקובלת היא שהנדרש לאדם כדי להתקיים קיום מינימלי בכבוד איננו דבר קבוע אלא נתון לשינויים על פי צרכים ונסיבות משתנים,⁹⁷ כלומר היקפה של הזכות הוא יחסי ותלוי-חברה. במדינות רבות בעולם, ובהן בריטניה, שבדיה, ארצות הברית, פינלנד וצרפת, אומצה על רקע זה המלצת האיחוד האירופי לקבוע רמת הכנסה של מינימום לקיום בכבוד שתשקף כראוי את היקף הזכות, על בסיס כלל ה-Poverty Threshold.⁹⁸ לפי כלל זה, היקף הזכות נקבע על ידי גורמים ממשלתיים, גופים המופקדים על מערכת הביטחון הסוציאלי, איגודים מקצועיים וגופים אקדמיים.⁹⁹ ההיקף נקבע מתוך שקלול סל צרכים ומוצרים בסיסי. מרכיב המזון משמש בחישוב מרכיב מרכזי. בנוסף, בתחשיב מובאות בחשבון גם הוצאות ביגוד ומגורים. קביעת רמת ההכנסה שנועדה להבטיח מינימום לקיום בכבוד קשורה תמיד בזמן ובמקום, מושפעת מן ההעדפות הערכיות והפוליטיות של הקובעים אותה ובעיקר זוכה בהכרה פורמלית מהשלטון.¹⁰⁰ לאחר שקלול הקריטריונים האמורים, מתרגמים את התוצאה למחיר המאפשר רכישת המוצרים והשירותים שבשקלול. קביעה זו מתחשבת גם ב**יחסינות** ובמרחק שבין רמות ההכנסה והצריכה של האוכלוסיה הנזקקת לרמות ההכנסה והצריכה של קבוצות אוכלוסייה

⁹⁵ שם, בפסקה 22 לפסק דינו של הנשיא ברק.

⁹⁶ גי גל וא' דורון "מי צריך מינימום לקיום בכבוד?" **מפנה – במה לענייני חברה** 43 (התשס"ד – 2004) 5. ראו יישום הכלל, למשל, בפסק הדין של בית המשפט לפשיטות רגל בקנזס:

Matthew T. Cisneros v. Management Adjustment, 95-41174-7 (1997). פסק הדין המלא ניתן לצפייה ב- www.washlaw.edu/bankrupt/cases/1997/19970910/95411747.0910.html (נצפה ב-12.8.2000). נציין שמדובר בסוגיה חדשה למדי והפסיקה בה מעטה. אנו מצטרפים למסקנות ועדת כץ וסבורים כי יש לאמץ את הרעיון גם בישראל, במיוחד לנוכח הפערים הגדולים ברמת הכנסת אזוריה.

⁹⁷ שם.

⁹⁸ שם.

⁹⁹ שם.

¹⁰⁰ שם.

נבחרות אחרות באותה חברה.¹⁰¹ באמצעות בדיקת עלות סל המוצרים הבסיסי לעומת ההכנסה המצויה וההכנסה הרצויה, ניתן לבחון את עומק הפערים החברתיים. בין היתר, נעשים סקרים בקרב הציבור הרחב, ובהם נשאלים האנשים מהם לדעתם המשאבים המינימליים הנדרשים לבני אדם בחברה כדי להתקיים קיום מינימלי. משוב ישיר זה מאפשר לחברה עצמה להשתתף במישרין בקביעת היקף הזכות לקיום מינימלי.¹⁰² במילים אחרות, גישת האיחוד האירופי כוללת מרכיבים מהותיים והליכיים כאחד.

בישראל הוקמה ועדה בעלת מאפיינים דומים בשנת 1963, שכונתה "ועדת כץ", והיא קבעה את הנדרש לאדם כדי לשמור על תנאי מחיה מינימליים.¹⁰³ המלצות הוועדה אומצו בהדרגה בחקיקה.¹⁰⁴ בעייתיות מסוימת טמונה בעובדה שהפסיקה לא התייחסה במפורש למסקנות ועדת כץ. אמנם ועדת כץ אימצה תפיסה שונה לחלוטין מהתפיסה שאותה הנשיא ברק מאמץ, אך היעדר התייחסות בפסיקה לסטנדרט זה מחזק את עמדתו של ברק שאין תפקידו של בית המשפט להתערב. מנגד, הסבר שניתן לתת לאי יישום הכלל על ידי הנשיא ברק בפסק דינו, וקביעת הלכה חדשה על פיו, יכול להיות החשש מהתערבות החברה בתקציבי המדינה. הרי אם ייערכו אותם סקרים בקרב הציבור, סביר בהחלט להניח שהם יקבעו מחיר סל מינימלי גבוה למדי. הדבר יכביד על תקציב המדינה. הסבר זה נתמך בעובדה שבשנת 1967, בעת מסירת ממצאי הוועדה, לא היה בכוחו של משרד הסעד להגדיל את סכומי התמיכה כדי לספק למשפחות הנזקקות את סלי המינימום לצריכה כפי שנקבעו על ידי הוועדה. הממשלה לא הייתה מוכנה להקצות את המשאבים שהיו דרושים להגדלת התמיכות. עם זאת הייתה הסכמה שיש צורך דחוף לעשותן.¹⁰⁵ ייתכן גם שברק לא רצה שהחברה תתערב התערבות יתר בהחלטות תקציביות מסוג זה. אם אחת משתי הסיבות האלה היא הסיבה שבגינה בחר ברק להתעלם ממסקנות ועדת כץ, מוטב היה שירחיב דבריו על שיקולים אלה במקום לתמוך את החלטתו בנימוק שלכאורה כך גם סבורה החברה, נימוק שלדעתנו אינו מבוסס דיו. במחקרם, ד"ר גל ופרופ' דורון מהאוניברסיטה העברית מציגים "השקפה חברתית" שהקיצוץ הדרסטי שנעשה בשיעור גמלאות הבטחת ההכנסה מעמיד בסכנה את המשך קיומה של רשת המגן האחרונה שנועדה להבטיח את הקיום בכבוד של משפחות במצוקה, והוא עלול להוריד רבבות משפחות אל מתחת לרמת המינימום הנחוצה לקיום בכבוד בחברתנו. נראה שהמדינה חזרה בה

101 שם, בעמ' 6.

102 שם.

103 שם, בעמ' 7. בשנת 1963 מינה שר הסעד אז את "הוועדה לקביעת צרכיו של הנזקק" בראשות ד"ר ישראל כץ, מנהל בית הספר לעבודה סוציאלית באוניברסיטה העברית. מטרת הוועדה הייתה לקבוע את סל צרכיו של הנזקק ומדד לחישוב מכסת התמיכה המבוססת על סל התצרוכת של הנזקק. הוועדה החליטה לאמץ כבסיס לצריכת מזון את דפוסי הצריכה הקונקרטיים של משפחות בקרב אוכלוסיות ברמות הכנסה נמוכות. הוועדה בחרה סטנדרט תזונתי מקובל כבסיס מדעי לקביעת סל צריכת המזון, וכך קבעה סל מזונות ששיקף את דפוסי הצריכה של משפחות ברמות הכנסה נמוכות. הוועדה תרגמה את הסל שהתקבל למחיר כספי. לדוגמה, רכישת מזון לנפש בסל הצריכה לשנת 1963 הועמדה על סך 35.2 לירות ישראליות לחודש. בהמשך אף ניסתה הוועדה לבחון ולקבוע מרכיבי סל צריכה נוספים כגון לבוש, בריאות וחינוך, אך מצאה כי אין באפשרותה לקבוע את הרף המינימלי בתחומים אלה, ולכן נקבע כי מאחר שההוצאה למזון היוותה כ-53% מכלל תקציב ההוצאה לצריכה, ההוצאה לכל יתר הצרכים נקבעה בשיעור 47% הנתורים.

104 ראו באתר של האגודה לזכויות האזרח את סקירת התפתחות ספי הכנסת המינימום במערכת הבטחת ההכנסה הישראלית: www.acri.org.il/hebrew-acri/engine/printfactory.asp?id=688.

105 לעיל הערה 96, בעמ' 8.

ממסקנות העבר של הוועדה בעניין המינימום לקיום בכבוד.¹⁰⁶ מסקנת מחקרם הינה כי המדינה אינה מבטיחה עוד מינימום לקיום בכבוד לתושבים שאין ביכולתם להשיג בכוחות עצמם את המשאבים הכספיים הנחוצים לקיומם.¹⁰⁷

מסקנת ד"ר גל ופרופ' דורון היא, כאמור, שיש לשקלל את אורחות החברה בקביעת הזכות לקיום בכבוד. מסקנה זו עולה לכאורה בקנה אחד עם דבריו המצוטטים של הנשיא ברק. עם זאת, נראה שהנשיא ברק אינו יוצק לזכות זו את אותו התוכן שיוצקים מחקרים אמפיריים כגון המחקר שצוין לעיל.

מכאן, שאף אם נאמץ היקף מצומצם של הזכות לכבוד האדם, היקף זה צריך להתחשב בתפיסות החברה כב"עובדות חברתיות", ולפי הבנת המומחים, הקיצוץ הממשלתי פוגע בזכות ונדרש שינוי מהותי ומיידי שלה לפי תפיסת החברה.

עינינו רואות, כי גם אם נסטה מהדרך שאותה הצענו ברשימה זו, ונקבל את פרשנותו של הנשיא ברק לזכות לקיום בכבוד כזכות המבטיחה קיום בתנאים מינימליים – הקיצוץ פוגע בזכות לכבוד. אנו סבורים כי אם הנשיא ברק היה מפרש את הזכות לכבוד כמבטיחה תנאי מחיה נאותים, לא הייתה ברירה אלא לקבל את הצעתם של ד"ר גל ופרופ' דורון, גם אם שלא במתכוון. משמעות הדבר היא שבהגדרת תנאי מחיה נאותים, בית המשפט היה מביא בחשבון את אורחות החברה בקביעת אותו הסף לתנאי מחיה נאותים אלה.

ד. סיכום

ברשימה זו הצגנו את פסק הדין שניתן בפרשת **עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר**.¹⁰⁸ הצומת המשפטית שבמהות פסק הדין הינו היקפה של הזכות לקיום בכבוד בישראל: זכות לתנאי מחיה נאותים או זכות לקיום בתנאים מינימליים. הנשיא ברק בדעת הרוב קבע, כי הפירוש המתאים הינו זכות לקיום בתנאים מינימליים, ובהגיעו לכלל מסקנה שלא הוכחה פגיעה בזכות זו, דחה את העתירה. בית המשפט קבע, שאם אדם טוען לפגיעה בזכות לקיום בכבוד, עליו להוכיח שהוא מנסה לקיים חיי-אנוש בחברה שאליה הוא משתייך, אך מוצא כי דלו אמצעיו ותש כוחו לעשות כן, ולגישתנו זהו רף הוכחה גבוה.¹⁰⁹

ניסינו לברר מהם השיקולים שמפרט הנשיא ברק בהגיעו לכלל המסקנה שצוינה לעיל, ואף ניסינו לבדוק מהם השיקולים הנסתרים, שהיו עשויים להביא לידי החלטתו. מבחינה משפטית, הוא גורס, שיש לפרש את הזכות לקיום בכבוד כזכות לקיום בתנאים מינימליים בעקבות היעדר עיגון מפורש לזכויות חברתיות-כלכליות "רחבות" בחוק היסוד, ובגלל אי ההסכמה הפוליטית להיקפה של הזכות החוקתית לכבוד. ראשית, הראינו, כי תפיסה זו אינה עולה בקנה אחד עם גישתנו לפרשנות

¹⁰⁶ שם.

¹⁰⁷ שם, בעמ' 9.

¹⁰⁸ לעיל הערה 1.

¹⁰⁹ שם, בפסקה 22 לפסק דינו של השופט לוי.

לשון החוק ותכליתה במקרים קרובים. שנית, נראה לנו כי זהו רק מסווה לסיבה האמיתית שבגינה בית המשפט מעדיף להימנע מפסילת חקיקה כלכלית-חברתית, והיא החשש שפסילת חקיקה זו ומתן פירוש רחב לזכות לקיום בכבוד יביאו לידי הצפת בית המשפט בעתירות שעניינן פגיעה רחבה בקיום בכבוד, הצפה שממנה ייתכן שבית המשפט מעוניין להימנע בשלב החוקי שבו אנו נתונים. ייתכן שבית המשפט מעדיף להמתין ולא לתת לעת עתה פסיקה המקנה פירוש רחב לזכות, אלא להכין את הקרקע לפירוש עתידי כזה, עת יבשיל השיח הציבורי. כך שומר בית המשפט על "הונו השיפוטי" ומפזר אותו בהדרגה. לפי תפיסת שימור ההון השיפוטי, בית המשפט מעדיף לדבוק תחילה בפתרונות נקודתיים במקרים פרטיים, בתקווה שהרשויות הנבחרות ימלאו את חובתן החוקתית להגן על כבוד האדם שלא על פי צו שיפוטי.

שיקול נוסף הינו שיקול כלכלי: נראה כי אליבא דברק, היקפה של הזכות לקיום בכבוד נגזר, בין היתר, מ-ן העלויות הכלכליות הכרוכות בהפעלתה. אכן, לפירוש הזכות לקיום בכבוד כזכות לקיום בתנאי מחיה נאותים, יש עלות כספית, אך הראינו כי לצד זאת לעיגון זכות רחבה לקיום בכבוד גם יתרונות כלכליים. לכן לדעתנו הכרה בהיקף זה או אחר של הזכות לקיום בכבוד מחייבת ניתוח תועלת מול עלות. ניתוח זה נעדר מפסק הדין. דנו במחקרים המראים כי עיגון זכויות חברתיות רחבות מצמצם את אי השוויון בחלוקת העושר הלאומי ומביא לידי יציבות פוליטית.

הנשיא ברק תומך דעתו גם בנימוק סוציולוגי, ולפיו הוא מתחשב ברצון החברה, וכך מגיע לכלל מסקנה שהעותרים לא עמדו בנטל ההוכחה משום שלא הוכיחו כי תש כוחו של האדם. רק כשיוכח מקרה פרטי כזה, ימצא בית המשפט כי נפגעה הזכות ויפנה לדיון בפסקת ההגבלה. האם אכן זהו רצון החברה? אנו סוברים שהנשיא ברק כמשפטן אינו חייב לקבל עמדה זו, גם אם היא קיימת, והטלנו ספק בקיומה של תפיסה זו בקרב החברה. ניסינו לבסס דברינו באמצעות אימוץ מחקרם הסוציולוגי של ד"ר גל ופרופ' דורון מהאוניברסיטה העברית, הגורסים כי הגיעה העת לאמץ כלל של Poverty Threshold, ולפיו ייקבע מחיר המביא בחשבון הוצאות משפחה, בעיקר הוצאות מזון, והוא יהיה הרף לקביעת קיום מינימלי בכבוד.

מסקנתנו מבדיקת נימוקי הנשיא ברק היא כי הוא היה צריך להגיע לכלל פירוש אחר לזכות לקיום בכבוד בישראל, פירוש הקובע שמדובר בזכות לקיום בתנאי מחיה נאותים, או למצער לקבוע רף ראייתי נמוך יותר, שיעיד על פגיעה בזכות לקיום בתנאי מחיה מינימליים. הראינו לאורך רשימה זו מדוע נימוקיו של הנשיא ברק אינם מחויבי המציאות. נראה לנו כי הבסיס המשפטי לקבלת תפיסה מוסרית ומשפטית, המצביעות על פסילת החוק, נמצא כבר היום, והגיעה העת שבית המשפט יאמר את דברו בסוגיה.