

## הקדמה

אהרן ברק\*

מהו מעמדן של הזכויות הכלכליות, החברתיות והתרבותיות בישראל? לעניין זה נתמקד בכמה זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות עיקריות, והן: הזכות לחינוך, הזכות לדיוור, הזכות לאיכות סביבה, הזכות לבריאות, מזון ומים, הזכות לביטחון סוציאלי והזכות ליחסי עבודה הוגנים (לרבות זכות השביתה וההשבתה, הזכות לאיגוד עובדים ומעבידים והזכות למשא-ומתן קיבוצי) (להלן: זכויות חברתיות). אין עוד מחלוקת כי חלקן של הזכויות החברתיות, כגון הזכות לחינוך וזכות השביתה וההשבתה, מהווה חלק מהמשפט המקובל נוסח ישראל. חלקן של הזכויות החברתיות נכלל בגדרי זכויות האדם המוכרות על-ידי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק. כך, למשל, חופש העיסוק של העובד והמעביד הוא בוודאי חלק מחוק-יסוד: חופש העיסוק. זכויות הקניין מוכרות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. זכות זו מהווה זכות "מעורבת", תוך שהיבטים מסוימים שלה נכללים בזכויות החברתיות והיבטים אחרים בזכויות האזרחיות. הזכות לקיום מינימלי בכבוד היא, על-פי גישתי, זכות "מעורבת". יש בה הן היבט חברתי חזק והן היבט אזרחי ברור. היא מוכרת כחלק מכבוד האדם שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מכיר בו. האם הסדר זה מניח את הדעת? היש להכיר בישראל בזכויות חברתיות נוספות? היש להעניק לכל הזכויות החברתיות מעמד חוקתי על-חוקי, בדומה למעמד המוענק לזכויות האדם המוכרות בשני חוקי-היסוד על דבר זכויות האדם? כידוע, המהפכה החוקתית שחוללה הכנסת בשנת 1992 מבוססת, בין השאר, על קיומה של ביקורת שיפוטית על חוקתיותו של חוק הפוגע בזכויות האדם המוכרות בשני חוקי-היסוד על דבר זכויות האדם. האם הסדר זה ראוי בכל הנוגע בזכויות החברתיות הנוספות? האם מוצדק להכיר בביקורת שיפוטית לעניין הפגיעה בזכויות חברתיות חדשות, שאינן נכללות בחוקי-היסוד הקיימים? האין להסתפק אך בהכרה בזכויות החברתיות כזכויות-אדם המעוגנות בחוק או בהלכה הפסוקה, בלא הגנה עליהן על-ידי ביקורת שיפוטית? שאלות אלה ורבות אחרות סובבות סביב השאלה הבסיסית: היש ייחוד בזכויות החברתיות? אם חברה נתונה מכירה בזכויות פוליטיות אזרחיות (להלן: זכויות אזרחיות), כגון פרטיות וחירות ממעצר ברמה חוקתית על-חוקית, מדוע לא תעניק מעמד שווה לזכויות החברתיות? מה יש בהן, בזכויות החברתיות, שהן מעוררות בעיה מיוחדת במישור החוקתי?

\* נשיא בית-המשפט העליון.

התשובות לשאלות אלה אינן פשוטות כלל ועיקר. הן משתנות בוודאי משיטת משפט אחת לרעותה; מדור לדור; מאדם לרעהו. על-פי השקפתי, יש לקיים שוויון בין זכויות האדם השונות. יש להימנע ממצב שבו זכויות האדם האזרחיות זוכות בהכרה ברמה נורמטיבית גבוהה מזו של הזכויות החברתיות. על-כן אין זה ראוי שהזכויות האזרחיות יוכרו בחקיקה ואילו הזכויות החברתיות יישארו כחלק מהמשפט המקובל נוסח ישראל; אין זה ראוי שלזכויות האזרחיות יוענק מעמד חוקתי על-חוקי ואילו הזכויות החברתיות יהיו במעמד "נמוך" יותר. השוויון בין זכויות האדם השונות מצדיק הכרה שווה בהן. מכאן מתבקשת גם תפיסתי כי במקום שלזכויות האזרחיות ניתן מעמד חוקתי על-חוקי המלווה בביקורת שיפוטית על חוקתיותו של החוק הפוגע בזכויות אלה, מן הראוי להעניק מעמד חוקתי על-חוקי דומה לזכויות החברתיות, כשהוא מלווה בביקורת שיפוטית על חוקתיותו של החוק הפוגע בזכויות חברתיות אלה. הפגיעה בזכויות החברתיות – המשקפת את אופיה היחסי של כל זכות-אדם (אזרחית או חברתית) – היא חוקתית אם היא נעשית בדבר חקיקה ההולם את ערכיה של מדינת-ישראל, אם הוא נועד לתכלית ראויה ואם הפגיעה בזכות החברתית אינה עולה על הנדרש.

הטענה העיקרית הנשמעת נגד עמדותי זו הינה שגם אם מקבלים את הבטחת השוויון בין הזכויות כנקודת-המוצא, אין זכויות האדם שוות. יש בהן, בזכויות האזרחיות, תכונות המבדילות אותן מהזכויות החברתיות. על-פי טענה זו, דווקא הרצון להבטיח שוויון בזכויות מוביל למסקנה כי יש ליתן לזכויות האזרחיות הכרה והגנה שונות (ורחבות יותר) מאלה הניתנות לזכויות החברתיות, שהרי השוויון אינו מבטיח זהות, ועשוי לעיתים לדרוש טיפול שונה לזכויות שונות במהותן.

מקובלת עלי הגישה כי זכויות האדם שונות זו מזו וכי עקרון השוויון עשוי להצדיק טיפול שונה בהן. עם זאת, חולשתה של גישה זו היא בכך שאין היא מבחינה בין שלוש שאלות נפרדות. השאלה הראשונה הינה: האם מוצדק, לנוכח השוני בין הזכויות האזרחיות לחברתיות, להעניק להן הכרה נורמטיבית שונה? המוצדק, למשל, להכיר בפרטיות כזכות אדם חוקתית על-חוקית, אך לא להעניק הכרה דומה לזכות לחינוך? השאלה השנייה הינה: מהו היקף הפרישה של זכות נתונה ברמה נורמטיבית נתונה? כך, למשל, האם חופש הביטוי כולל בחובו גם את הביטוי הגזעני? האם הזכות לחינוך משתרעת גם לעבר הזכות של הורים לחנך את בנם בעצמם? השאלה השלישית הינה: האם מוצדק, לנוכח השוני בין הזכויות השונות, להעניק להן הגנה שונה? אכן, עלינו להבחין בין ההכרה בזכות פלונית בהיקף מסוים לבין מידת ההגנה הניתנת לה, כפי שהדבר מתבטא בחקיקה התואמת את דרישותיה של פסקת ההגבלה. כך, למשל, גם אם הדיבור הגזעני הוא חלק מחופש הביטוי, אין הוא זוכה בהגנה, שכן מותר לשיטת המשפט לקבוע כי דיבור גזעני מהווה עברה פלילית, ובלבד שיסודות העברה והעונש שבצידה הינם מידתיים.

עתה, שיש בידינו כלים "מעודנים" יותר להתמודדות עם בעיית הזכויות החברתיות, נפנה להשיב על כל אחת משלוש השאלות שעמדנו עליהן. השאלה הראשונה הינה: האם מוצדק להעניק לזכויות החברתיות הכרה ברמה נורמטיבית שונה (ונמוכה יותר) מזו המוענקת לזכויות האזרחיות? היש בזכויות החברתיות "פגם גנטי" המצדיק נחיתות מעין זו? כך, למשל, יש הטוענים כי הזכויות האזרחיות הינן "שליליות" באופיין, באשר הן אוסרות על המדינה לפגוע בהן. לעומת זאת, הזכויות החברתיות הינן "חיוביות" באופיין, והן מטילות על המדינה חובות פוזיטיביות להגן עליהן. הטענה הינה כי זכויות-אדם – ובוודאי ברמה נורמטיבית על-חוקית – הן רק הזכויות הנגטיביות. טענה זו בטעות יסודה. ההבחנה בין חובות "שליליות" לחובות "חיוביות" היא עניין של דרגה וצורת הצגה. על כל פנים, זכויות האדם האזרחיות כוללות בחובן לא רק היבט שלילי (לא לפגוע בהן), אלא גם היבט חיובי (להגן עליהן). כך הדבר באשר לחיים, לגוף ולכבוד האדם. על המדינה מוטלות החובה השלילית לא לפגוע בהם (סעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו) והחובה החיובית להגן עליהם (סעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). אין כל צידוק לשלול מהזכויות החברתיות את אופיין כזכויות-אדם הראויות להגנת החוק – ולהגנה חוקתית על-חוקית בדומה לזכויות האזרחיות – רק בשל האופי החיובי שהוא דומיננטי בהן. אין כל הסבר מניח את הדעת ברמה "הגנטית" מדוע יוענק לזכויות אזרחיות אחדות מעמד חוקתי על-חוקי והדבר יימנע מהזכויות החברתיות. אין גם כל אפשרות הגיונית להבחין בין זכות אזרחית לזכות חברתית. מדוע הזכות לקיום מינימלי בכבוד עשויה להיתפס כזכות-אדם "מעורבת", ואילו הזכות לקיום ראוי בכבוד היא "רק" זכות חברתית, ועל-כן אינה ראויה להגנה חוקתית? זכות הקניין – האם היא זכות אזרחית או זכות חברתית? הזכות למשפחה – האם היא זכות אזרחית או חברתית? היכן נמקם את זכויות הילד?

בהקשר השאלה הראשונה קמה ועומדת הטענה כי אין זה ראוי לאפשר ביקורת שיפוטית על חוקתיותן של הזכויות החברתיות, שכן הדבר אינו תואם את אופיים של הביקורת השיפוטית ושל התפקיד השיפוטי. הזכויות החברתיות – כך נטען – קשורות קשר אמיץ ליכולת הכספית של המדינה, ואין לערב את בתי-המשפט בהקצאת המקורות הלאומיים. אין לקבל גישה זו. כל זכות-אדם עולה כסף, ואין בכך כדי למנוע ביקורת שיפוטית על הפגיעה בהן. אמת, בתי-המשפט אינם צריכים להיות מעורבים בהקצאת המקורות הכספיים של המדינה; אך בכך ניתן לטפל בקביעת היקפה של הזכות ומידת ההגנה עליה. אין לכך השפעה על עצם מעמדה החוקתי העל-חוקי של הזכויות החברתיות.

בהקשר זה מתעוררת בישראל שאלה של משפט מצוי. השאלה הינה: עד כמה זכויות חברתיות מוכרות כזכויות חוקתיות על-חוקיות בישראל? הכרה כזו יכולה לבוא רק במסגרת שני חוקי-יסוד על דבר זכויות האדם. כפי שראינו, על-פי השקפתי, זכויות-אדם לקיום

(3) No one may be refused emergency medical treatment."

הוראה זו מבחינה יפה בין טיפול רפואי במצבי חירום (שאין למנוע אותו, יהא מחירו אשר יהא, ואשר על-פי גישתי, הוא חלק מכבוד האדם) לבין זכות הגישה לשירותי הבריאות הקיימים (שאינה מבטיחה תרופה אם זו אינה מצויה ברשותו של בית-החולים). היא מבחינה גם בין שני אלה לבין הצורך לקדם את הטיפול הרפואי המוענק לכל אדם, וזאת בגדרי המקורות הקיימים. על-כן הדבר עשוי להטיל חובה - בגדרי היכולת הכספית - לרכוש תרופות שיש בהן כדי לתת מרפא. הנה כ-כך, לפנינו הוראה מקיפה המשקפת את תפיסתה החברתית של דרום-אפריקה. אין כל "פגם גנטי" בזכות לבריאות המונע את מעמדה כזכות חוקתית על-חוקית. אין היא מעוררת בעיות משפטיות שבת-המשפט אינם יכולים להתמודד עמהן, ואין היא מטילה על בית-המשפט תפקיד החורג מהמקובל במסגרת עקרון הפרדת הרשויות.

השאלה השלישית הינה: מהי מידת ההגנה הניתנת לזכויות החברתיות? אפילו נקבע עניין מסוים כנופל לגדר היקפה של הזכות, ניתן עדיין לא להגן על עניין זה ואף לאסור אותו בחקיקה, ובלבד שהיא הולמת את ערכיה של מדינת-ישראל, נועדה לתכלית ראויה ופגיעתה בזכות החוקתית העל-חוקית אינה עולה על הנדרש (סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). כך, למשל, סעיף 29(1) לחוקה של דרום-אפריקה קובע לעניין הזכות לחינוך:

"Everyone has the right -

- (a) to a basic education, including adult basic education, and
- (b) to further education, which the state, through reasonable measures, must make progressively available and accessible."

עם זאת, זכות זו אינה מוחלטת. פסקת ההגבלה הכללית (סעיף 36) החלה על כל זכויות האדם (האזרחיות והחברתיות גם יחד) חלה גם על הזכות לחינוך. על-כן ניתן להגביל, בתנאים מסוימים, את הזכות לחינוך בסיסי. כמובן, כל שיטת משפט תקבע את ההגבלות המקובלות עליה. בכך היא תשקף את מרכזיותו של החינוך בתפיסתה הבסיסית ואת מקומו בהקצאת מקורותיה הלאומיים. אין כל "פגם גנטי" בזכות לחינוך, או בכל זכות חברתית אחרת, שאינו מאפשר לטפל בה בכלים המקובלים עלינו לטיפול בזכויות החברתיות.

המסקנה שלי מניתוח זה הינה כי אין בזכויות החברתיות כל "פגם גנטי". הרי הן ככל זכות אזרחית. כל שיטת משפט צריכה לתת דין-וחשבון לעצמה אם ראוי לטפל בזכויות החברתיות ברמה חוקתית על-חוקית. אין להסתגר מאחורי טיעונים "פורמליים" שעניינם אופיה של הזכות והקשיים בקביעת מידת היקפה וההגנה עליה. יש להתמודד במישרין עם השאלה איזו חברה אנו, מה הן שאיפותינו החברתיות ובאיו מידה אנו מוכנים להגשים אותן.

מינימלי בכבוד - בין אם נראה בהן זכויות אזרחיות ובין אם נראה בהן זכויות חברתיות - מהוות חלק מכבוד האדם וחירותו המוכר בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. השאלה הינה: האם ניתן להכיר בזכויות חברתיות נוספות כחלק מכבוד האדם וחירותו? האם זכות השביתה וזכות ההשבתה הן חלק מכבוד האדם וחירותו? האם הזכות לחינוך ראוי ולדיוור ראוי - מעבר לחינוך יסודי מינימלי ומעבר לדיוור מינימלי לתסריטית - הוא חלק מכבוד האדם וחירותו? התשובה על שאלות אלה אינה פשוטה כלל ועיקר. מקובל עלי כי כבוד האדם וחירותו אינו צריך להתפרש כחל רק על היבטים "אזרחיים". חוק-היסוד אינו מבחין בין היבט "אזרחי" להיבט "חברתי". עם זאת, לעניין שני היבטים גם יחד, מתעוררת שאלה של גבולות: היכן יוצב הגבול וכיצד תימנע התוצאה שכל הזכויות (האזרחיות והחברתיות גם יחד) ייתפסו כחלק מכבוד האדם וחירותו? תוצאה כזו נוגדת כל גישה פרשנית-חוקתית ראויה. עלינו לפרש את כבוד האדם וחירותו כאחת הזכויות (האזרחיות והחברתיות), ולא כמכלול כל הזכויות (האזרחיות והחברתיות). היכן יוצב הגבול? על-פי גישתי, יש לכלול במסגרת כבוד האדם וחירותו אותם היבטים (אזרחיים וחברתיים) הנגזרים ממושג-היסוד של כבוד האדם ושל חירות האדם. מושג זה משמעותו חופש הרצון, האוטונומיה הפרטית ועיצוב האישיות.

השאלה השנייה הינה: מהו היקף הפרישה של הזכויות החברתיות? דבר זה משתנה ממדינה למדינה ומחברה לחברה. הוא מותנה בגישה "החברתית" של אותה חברה. הדעות השונות מתבטאות בהיקף השונה שהזכויות החברתיות זוכות בו. הוא משתנה גם בגדרן של הזכויות החברתיות עצמן. עם זאת, המשותף לרבות מהזכויות החברתיות - אם גם לא לכולן - הוא העובדה שהגשמתן הלכה למעשה קשורה בקשר הדוק להקצאת המקורות הכספיים הלאומיים של המדינה. דבר זה מוצא כמוכן את ביטויו בהגנה הניתנת לזכויות הללו בכל שיטת משפט, והוא פרי חקיקה ספציפית התואמת את פסקת ההגבלה (שבה נדון בגדרי השאלה השלישית). עם זאת ניתן לתת לכך ביטוי גם בגדריה של הזכות עצמה, תוך שיקוף מידת הרגישות של אותה שיטת משפט לזכויות החברתיות. טול את הזכות לבריאות, מזון, מים וביטחון סוציאלי הקבועה בחוקתה החדשה של דרום-אפריקה (סעיף 27):

"(1) Everyone has the right to have access to -

- (a) health care services, including reproductive health care; and
- (b) sufficient food and water, and
- (c) social security, including, if they are unable to support themselves and their dependants, appropriate social assistance.

(2) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of each of these rights.

ומי שסבור כי הניתוח הקצר שלי לא פתר את בעיותיו, אלא עורר אותו למחשבה ולהרהור באשר לזכויות החברתיות - לו ספר זה מיועד. הוא מתמודד לעומק עם הדיכויים השונים שהזכויות החברתיות מעוררות. לא עוד קלישאות, אלא ניתוח מעמיק של הבעיה, על היבטיה השונים. יש להצטער שדבר זה לא נעשה בעבר. יבורכו עורכיו של קובץ זה שנטלו על עצמם משימה זו עתה. טרם איחרנו את המועד. אנו נמצאים במלוא המהלך החוקתי בישראל. הצעות אחדות לחוקי-יסוד: זכויות חברתיות פורסמו בעבר. בזכותם של ספר זה ושל פרסומים אחרים נתונים בידינו עתה הכלים המדויקים יותר להתמודד עם השאלה: האם אנו רוצים בזכויות אלה בכלל וברמה חוקתית על-חוקית בפרט? הגיע הזמן לא לשבור את הראי, אלא להסתכל בו ולראות מי אנו ומה תפצנו. ספר זה מעמיד ראי זה לפנינו. יבורך המסתכל.