

זכויות חברתיות ומעמדן החוקתי

בזכויות האזרחיות. הזכות לקיום מינימלי בכבוד היא זכות "מעורבת". יש בה הן היבט חברתי חזק והן היבט אזרחי ברור. היא מוכרת כחלק מכבוד האדם שחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו מכיר בו.

האם הסדר זה מגיח 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 שהכנסת חוללה ב־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 הוא בכל הנוגע לזכויות החברתיות הנוספות? האם מוצדק הוא 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, אם יש ייחוד בזכויות החברתיות?

אם חברה נתונה מכירה בזכויות פוליטיות אזרחיות (להלן – זכויות אזרחיות), כגון פרטיות וחירות

אהרן ברק

מהו מעמדה של הזכויות הכלכליות, החברתיות והתרבותיות בישראל?

לעניין זה נתמקד במספר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות עיקריות, והן: הזכות לחינוך, הזכות לדיור, הזכות לבריאות, מזון ומים, הזכות לביטחון סוציאלי, הזכות ליחסי עבודה הוגנים (לרבות זכות השביתה וההשבתה, הזכות לאגוד עובדים ומעבידים, הזכות למשא ומתן קיבוצי) (להלן – זכויות חברתיות).

אין עוד מחלוקת כי חלקן של הזכויות החברתיות, כגון הזכות לחינוך וזכות השביתה וההשבתה, מהוות חלק מהמשפט המקובל בנסיח ישראל. חלקן של הזכויות החברתיות נכלל בגדרי זכויות האדם המוכרות על ידי חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק. כך, למשל, חופש העיסוק של העובד והמעביד הוא בוודאי חלק מחוקי-יסוד: חופש העיסוק. זכויות הקניין מוכרות בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו. זכות זו מהווה זכות "מעורבת", תוך שהיבטים מסוימים שלה נכללים בזכויות החברתיות והיבטים אחרים



אין עוד מחלוקת כי חלקן של הזכויות החברתיות, כגון הזכות לחינוך וזכות השביתה וההשבתה, מהוות חלק מהמשפט המקובל בנסיח ישראל.

* פרופ' אהרן ברק, נשיא בית המשפט העליון.
** מתוך דברים על-פה שנאמרו ביום עיון על "סביבה, חברה וזכויות אדם" ביום 16.3.2004.
התמונות המלוות את המאמר צולמו בעת ביקורו של הנשיא ברק במכללת "שערי משפט".

על פי השקפתי שלי, יש לקיים שוויון בין זכויות האדם השונות. יש להימנע ממצב שבו זכויות האדם האזרחיות זוכות להכרה ברמה נורמטיבית גבוהה מהזכויות החברתיות.



החברתיות, כשהוא מלווה בביקורת שיפוטית על חוקתיותו של החוק הפוגע בזכויות חברתיות אלה. הפגיעה בזכויות החברתיות – המשקפת את אופייה 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 המדרש.

הטענה העיקרית הנשמעת כנגד עמדתי זו הינה כי גם אם מקבלים את הבטחת השוויון בין הזכויות כנקודת המוצא, הרי זכויות האדם אינן שוות. יש בהן, בזכויות האזרחיות, תכונות המבדילות אותן מהזכויות החברתיות. על פי טענה זו דוקא הרצון להבטיח שוויון בזכויות מוביל למסקנה כי יש ליתן לזכויות האזרחיות הכרה והגנה שונים (ורחבים יותר) מאלה הניתנים לזכויות החברתיות, שהרי השוויון אינו מבטיח זהות, ועשוי לעתים לדרוש טיפול שונה לזכויות שבמהותן הן שונות.

מקובלת עלי הגישה, כי זכויות האדם הן שונות זו מזו, וכי עקרון השוויון עשוי להצדיק טיפול שונה בהן. עם

ממעצר ברמה חוקתית-על-חוקית, מדוע שלא תעניק מעמד שווה לזכויות החברתיות? מה יש בהן, בזכויות החברתיות, שהן מעוררות בעיה מיוחדת במישור החוקתי?

התשובות על שאלות אלה אינן פשוטות כלל ועיקר. הן משתנות בודאי משיטת משפט אחת לרעותה; מדור לדור; מאדם לרעהו. על פי השקפתי שלי, יש לקיים שוויון בין זכויות האדם השונות. יש להימנע ממצב שבו זכויות האדם האזרחיות זוכות להכרה ברמה נורמטיבית גבוהה מהזכויות 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 תהיינה במעמד "גמור" 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 הוא להעניק מעמד חוקתי-על-חוקי דומה לזכויות

מקובלת עלי הגישה, כי זכויות האדם הן שונות זו מזו, וכי עקרון השוויון עשוי להצדיק טיפול שונה בהן.

זאת, חולשתה של גישה זו בכך שאין היא מבחינה בין שלוש שאלות נפרדות.

א. השאלה הראשונה הינה, אם מוצדק הוא, לאור השוני בין הזכויות האזרחיות לחברתיות, להעניק להן הכרה נורמטיבית שונה? המוצדק הוא, למשל, להכיר בפרטיות כזכות אדם חוקתית-על-חוקית, אך לא להעניק הכרה דומה לזכות לחינוך?

ב. השאלה השנייה הינה, מהו היקף הפריסה 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?

ג. השאלה השלישית הינה, האם מוצדק הוא – לאור 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 להגנה, שכן מותר לשיטת המשפט לקבוע כי דיבור גזעני מהווה עבירה פלילית, ובלבד שיסודות העבירה והעונש שבצידה הוא מידתי.

עתה, שיש בידינו כלים "מעודנים" יותר להתמודדות עם בעיית הזכויות החברתיות נפנה להשיב על כל אחת משלוש השאלות עליהן עמדנו. השאלה הראשונה הינה אם מוצדק הוא להעניק לזכויות החברתיות הכרה ברמה נורמטיבית שונה (ונמוכה יותר) מאשר לזכויות האזרחיות? השאלה השנייה הינה האם מוצדק להעניק לזכויות החברתיות "פגם גנטי" המצדיק נחיתות מעין זו? כך, למשל, יש הטוענים כי הזכויות האזרחיות הן "שליליות" באופיין, באשר הן אוסרות על המדינה לפגוע בהן. לעומת זאת, הזכויות החברתיות הן "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 (שלא לפגוע בהן) אלא גם היבט חיובי (להגן עליהן). כך הדבר באשר לחיים, לגוף ולכבוד האדם. על המדינה מוטלת החובה השלילית שלא לפגוע בהם (סעיף 2) והחובה החיובית להגן עליהם (סעיף 4).

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 סיבה מניח את הדעת ברמה "הגנטית" מדוע יוענק למספר זכויות

אין כל הסבר מניח את הדעת ברמה "הגנטית" מדוע יוענק למספר זכויות אזרחיות מעמד חוקתי-על-חוקי והדבר יימנע מהזכויות החברתיות.



המוכר בחוקי־סוד: כבוד האדם וחירותו. וכך כתבתי בפרשה אחת:

"כבודו של האדם כולל בחובו... הגנה על מינימום הקיום האנושי... אדם המתגורר בחוצות ואין לו דיור, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הרעב ללחם, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטרי, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הנאלץ לחיות בתנאים חומריים משפילים, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע".

**כל זכות אדם עולה כסף,
ואין בכך למנוע ביקורת
שיפוטית על הפגיעה
בהן. אמת, בתי המשפט
לא 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.**

על כן, "חוק הפוגע באיכות הסביבה באופן הגורם לפגיעה במינימום הקיום האנושי פוגע בכבוד האדם ובחירותו". השאלה הינה, אם ניתן להכיר, כחלק מכבוד האדם וחירותו, בזכויות חברתיות נוספות? האם זכות השביתה וזכות ההשבחה הן חלק מכבוד האדם וחירותו? האם הזכות לחינוך ראוי ולדיור ראוי — מעבר לחינוך יסודי מינימלי ומעבר לדיור מינימלי לחסרי־בית הוא חלק מכבוד האדם וחירותו? האם פגיעה באיכות סביבה ראויה — ראויה ולא מינימלית — פוגעת בכבוד האדם?

התשובה על שאלות אלה אינה פשוטה כלל ועיקר. מקובל עלי כי כבוד האדם וחירותו אינו צריך להתפרש כחל רק על היבטים "אזרחיים". חוק היסוד לא מבחין בין היבט "אזרחי" להיבט "חברתי". עם זאת, לעניין שני היבטים גם יחד, מתעוררת שאלה של גבולות. היכן יוצב הגבול, וכיצד תימנע התוצאה לפיה כל הזכויות (האזרחיות והחברתיות גם יחד) תיתפסנה כחלק מכבוד האדם וחירותו? תוצאה כזו נוגדת כל גישה פרשנית חוקתית ראויה. עלינו לפרש את כבוד האדם וחירותו כאחת הזכויות (האזרחיות והחברתיות) ולא כמכלול

אזרחיות 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 לשאלה הראשונה, קמה ועומדת הטענה כי אין זה ראוי לאפשר ביקורת שיפוטית על חוקתיותן של הזכויות החברתיות, שכן הדבר אינו תואם את אופייה של הביקורת השיפוטית ושל התפקוד 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 למנוע ביקורת שיפוטית על הפגיעה בהן. אמת, בתי המשפט לא 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 מוכרות זכויות חברתיות כזכויות חוקתיות־על־חוקיות בישראל? הכרה כזו יכולה לבוא רק במסגרת שני חוקי היסוד על דבר זכויות האדם. כפי שראינו, על פי השקפתי — ובית המשפט העליון בהרכב של תשעה שופטים הסכים עמי בעניין זה — זכויות אדם לקיום מינימלי בכבוד מהוות חלק מכבוד האדם וחירותו



כרך שלישי, 1984) עמ' 357. במסגרת זו, איני רואה כל אפשרות פרשנית 'לחוס' לתוך הזכות לכבוד את הזכות לאיכות סביבה ראויה. אכן, אם הזכות לאיכות סביבה ראויה כלולה בכבוד האדם, כי אז כל זכויות האדם הפוליטיות, האזרחיות, החברתיות והכלכליות נכללות בה. לא זו הדרך לפרשנות חוקתית ראויה. אמת, הפרשנות החוקתית אינה פתטית; אינה לגליסטית (ראו ע"א 8821/83 הנ"ל, בעמ' 430); אמת, הפרשנות החוקתית נעשית מתוך "מבט רחב" (הנשיא אגרטל בד"ב 13/60 היעוץ המשפטי לממשלה ג' מתאנה, פ"ד טז 430). אך הפרשנות החוקתית היא פרשנות משפטית; היא חלק מתורת הפרשנות שלנו. תורה זו אינה אומרת כי הטקסט הוא כחומר ביד היוצר; תורה זו אינה קובעת כי ניתן לחוס לתוך לשון חוק היסוד את כל שנראה ראוי ורצוי. גם לפרשנות יש גבולות. קביעה פרשנית כי הזכות לכבוד האדם כוללת בחובה זכות אדם לאיכות סביבה ראויה חורגת מגבול הפרשנות. אכן, המבקש להכיר בזכות חוקתית לאיכות סביבה ראויה כחלק מחוקי היסוד צריך לשכנע את הכנסת לעשות כן.

השאלה השניה הינה, מהו היקף הפריסה של הזכויות החברתיות? דבר זה משתנה ממדינה למדינה ומחברה לחברה. הוא מותנה בגישה "החברתית" על אותה חברה. הדעות השונות מתבטאות בהיקף השונה לו זכות הזכויות החברתיות. הוא משתנה גם בגדרן של הזכויות

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. בהתייחס לשאלה אם פגיעה באיכות סביבה ראויה – ראויה אך לא מינימלית – פוגעת בכבוד האדם, בפרשת אדם טבע ודין [בג"צ 4128/02 אדם טבע ודין נ' ראש ממשלת ישראל ואח', טרם פורסם], כתבת:

"פרשנות חוקתית של הזכות לכבוד חייבת לקבוע את מידותיה החוקתיות. אין לצמצמה אך לעיויים ולהשפלה, שכן בכך נחטיא את התכלית המונחת ביסודה; אין להרחיבה באופן שכל זכות אדם תיכלל בה, שכן בכך בייתר את כל זכויות האדם האחרות הקבועות בחוקי היסוד. פרשנותה הראויה של הזכות לכבוד צריכה לנווט עצמה בין שני הקצוות (ראו א' ברק, פרשנות חוקתית

אכן, טרם איחרנו את המועד. אנו נמצאים במלוא המהלך החוקתי בישראל. מספר הצעות חוק-יסוד: זכויות חברתיות פורסמו בעבר. מקווה אני כי עתה נתונים בידינו כלים מדויקים יותר להתמודד עם השאלה, אם רוצים אנו בזכויות אלה בכלל וברמה חוקתית-על-חוקית בפרט. הגיע הזמן שלא לשבור את חראי, אלא להסתכל בו ולראות מי אנו, ומה חפצנו.

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. מעניין לציין כי בתיקון שנעשה לחוקה ההודית ב-2002 הוסף סעיף (A21) המעניק זכות חוקתית לחינוך, בזו הלשון:

The state shall provide free and compulsory education to all children of the age of six to fourteen years in such manner as the State may, by law, determine.

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 הוא לטפל בזכויות החברתיות ברמה חוקתית-על-חוקית. אין להסתתר מאחורי טיעונים "פורמליים" שעניינם אופייה של הזכות, והקשיים בקביעת מידת היקפה וההגנה עליה. יש להתמודד במישרין עם השאלה איזו חברה אנו, מהן שאיפותינו החברתיות, ובאיזה מידה מוכנים אנו להגשים אותן. לא עוד קלישאות אלא ניתוח מעמיק של הבעיה, על היבטיה השונים. יש להצטער שדבר זה לא נעשה בעבר.

אכן, טרם איחרנו את המועד. אנו נמצאים במלוא המהלך החוקתי בישראל. מספר הצעות חוק-יסוד: זכויות חברתיות פורסמו בעבר. מקווה אני כי עתה נתונים בידינו כלים מדויקים יותר להתמודד עם השאלה, אם רוצים אנו בזכויות אלה בכלל וברמה חוקתית-על-חוקית בפרט. הגיע הזמן שלא לשבור את הראי, אלא להסתכל בו ולראות מי אנו, ומה חפצנו.

הרפואי המוענק לכל אדם, וזאת בגדרי המקורות הקיימים. על כן, עשוי הדבר להטיל חובה – בגדרי היכולת הכספית – לרכוש תרופות שיש בהן כדי לתת מרפא. הנה כי כן, 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 שבתי המשפט אינם יכולים להתמודד עימהן, ואין היא מטילה על בית המשפט תפקיד החורג מהמקובל במסגרת עקרון הפרדת הרשויות. הוא הדין בזכות החוקתית לאיכות סביבה ראויה.

השאלה **השלישית** הינה, מהי מידת ההגנה הניתנת לזכויות החברתיות. אפילו נקבע עניין מסוים כנופל לגדר היקפה של הזכות, עדיין ניתן שלא להגן על עניין זה ואף לאסור אותו בחקיקה, ובלבד שזו הולמת את ערכיה של מדינת ישראל, היא נועדה לתכלית ראויה, ופגיעתה בזכות החוקתית-על-חוקית אינה עולה על הנדרש (סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). כך, למשל, קובע סעיף 29(1) לחוקה של דרום אפריקה, 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, בתנאים מסויימים, להגביל את הזכות לחינוך בסיסי. כמובן, כל שיטת משפט תקבע את ההגבלות המקובלות

החברתיות עצמן. עם זאת, המשותף לרבות מהזכויות החברתיות – אם גם לא לכולן – היא העובדה שהגשמתן הלכה למעשה קשורה בקשר הדוק להקצאת המקורות הכספיים הלאומיים של המדינה. דבר זה מוצא, כמובן, את ביטוי בהגנה הניתנת על הזכויות הללו בכל שיטת משפט, והוא פרי חקיקה ספציפית התואמת את פסקת ההגבלה (עליה 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.

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

הוראה זו מבחינה יפה בין טיפול רפואי במצבי חירום (שאינו 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). כן מבחינה היא בין שני אלה לבין הצורך לקדם את הטיפול