

ההדרה והשתקתה – על הזכויות החברתיות בחוקה הישראלית הנרקמת

יובל אלבשן

גם אם הרוב ידחה את כל הצעותינו ואם עוד שנים תעבורנה ולא תהיה לנו חוקה, אני משוכנע שיבוא יום ותיבחר על ידי עמנו ממשלה אשר תקיים את ההבטחה הראשונה שניתנה לעם עם קום המדינה, לאמור: [...] לתת חוקה לעם, ותתקבלנה הערובות התחיקתיות לחירות האזרח ולחירות העם כולו. אני משוכנע שיבוא יום והעם יבחר בממשלה שתעשה את המעשה התחיקתי הזה. כי העם יהיה אז חופשי, קודם כל – חופשי מפחד, חופשי מרעב וחופשי מפחד ההרעבה. יום זה יבוא. יש לי הרושם שהוא קרב והולך.

מנחם בגין¹

א. פתח דבר

מאז ומתמיד היה המשפט אחת הבבואות העיקריות לשאלות הערכיות שהעסיקו את החברה שיצרה אותו, ולהלכי הרוח שאפיינוה אותה שעה. אף שהדבר נכון ביחס לכל רובדי המשפט – הפרטי, המסחרי והציבורי – דומה שהתחום האחרון משקף טענה זו באופן המובהק ביותר. בייחוד נכונים הדברים ביחס למשפט החוקתי, שהוא החלק המהותי של המשפט הציבורי. ואכן, 'החוקה משקפת את יחסי הכוחות בין האזרח לגופי המדינה ובין המוסדות לבין עצמם'² וכן את יחסי הכוחות בין קבוצות האינטרס של האזרחים לבין עצמן³ בעת כינונה, כמו שקבע פיינר באומרו כי 'A constitution is the autobiography of a

1. חבר הכנסת מנחם בגין בדיון בכנסת בנושא חוקה בישראל שנערך ביום א' באב תשט"ז, 9 ביולי 1956. נוסח הנאום המלא נמצא באתר האינטרנט של מרכז בגין, ראו: www.begincenter.org.il/arahim/huka.html
2. 'קרפ', 'חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: ביוגרפיה של מאבקי כח', משפט וממשל, א (תשנ"ג) [להלן: קרפ, 'חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: ביוגרפיה של מאבקי כח'], עמ' 330.
3. Y. Yishay, 'Civil Society in Transition: Interest Politics in Israel', *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 555 (1998), pp. 147-162. המגזר השלישי בישראל, תל אביב 2003, עמ' 199-220.

'power relationship'⁴. החוקה מלמדת אפוא על התפיסות הרווחות באותה תקופה הן בקרב הציבור הרחב והן בקרב מכוני החוקה ומנסחיה, ומשקפת את 'מערכת החיים הלאומיים בתנועתה על פני ההיסטוריה [...] את קצב התפתחותה ואת כיוונה'.⁵

בחינת שינויים שקשורים בחוקה לא רק מלמדת על שינויים בתפיסות השלטון (התפיסה הנוהגת והתפיסה הרצויה) הכרוכים בשינוי בכוחו של השלטון, במידת ריכוזיותו ובכוחו של הרשויות זו כלפי זו, אלא גם משקפת את השיח הציבורי הרווח בעת הדיון על השינויים ואת המציאות החברתית המשתנה.⁶ כך החוקה באשר היא, וכך החוקה הישראלית הנרקמת, שכינונה מלווה את החברה הישראלית עוד מימי טרום המדינה ועד ימינו אנו. השינויים בחוקה הישראלית הנרקמת הם בבואה נאמנה להשתנותן של התפיסות, האמונות ומערכות הערכים הבסיסיות ביותר בחברה, ובמובנים רבים זו אוטוביוגרפיה של החברה הישראלית. מאמר זה יבחון פן אחד מפניה הרבים של החוקה הישראלית – זה שנוגע למחלוקת בדבר אופייה החברתי-כלכלי הרצוי של המדינה, הנע בין הקוטב הסוציאלי-דמוקרטי מזה⁷ ובין הקוטב הנאו-ליברלי מזה.⁸ בהקשר זה החוקה היא מעין ביוגרפיה של מאבקי הכוח בין קבוצת האינטרס המבקשת לצמצם את מעורבותה של הממשלה ולתת כוח רב יותר לידו הנעלמה של השוק החופשי, ובין קבוצת האינטרס המבקשת להרחיב את אחריותה של זו הן בעזרת רשת הביטחון הסוציאלי שהממשלה מספקת והן בעזרת ייסוד מנגנוני כוח שיאזנו את מנגנון הכוח של ההון הפרטי. למחלוקת זו פנים רבות בתוככי חוקה, והיא משפיעה למשל על כל הקשור במבנה מוסדות השלטון,⁹ עצמתם, האיזונים והבלמים ביניהם¹⁰ וכיוצא

4. A. Finer, 'Theory and Practice of Modern Government', London 1949, p. 116.
5. א' ברק, 'את המשפט של העם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו', עלי משפט, ג, 377 (2003), עמ' 380, 387.
6. ברק, שם, עמ' 390. ראו גם: מ' מאוטנר, 'שכל ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים', פלילים, ז (תשנ"ט), עמ' 11.
7. ד' חנין, 'מסוציאלי-דמוקרטיה לניאו ליברליזם', בתוך: מ' מאוטנר (עורך), צדק חלוקתי בישראל, תל אביב 2000 [להלן: מאוטנר, צדק חלוקתי בישראל], עמ' 69-76; ב' קימלינג, 'יחסי מדינה-חברה בישראל', בתוך: א' רם (עורך), החברה הישראלית – היבטים ביקורתיים, תל אביב 1993, עמ' 328-350; י' פלד וג' שפיר, 'משיח של חלוציות לשיח של זכויות: זהות ואזרחות בישראל', בתוך: ח' הרצוג (עורכת), חברה במראה, תל אביב 2000, עמ' 515-538; ד' גוטוויין, "'זהות נגד מעמד": רב תרבותיות כאידיאולוגיה נאו-ליברלית', תאוריה וביקורת, 19 (2001), עמ' 241-257.
8. ד' פילק, 'בריאות עוברת לסוחר: הרפואה הציבורית בישראל בין המדינה, החברה האזרחית והשוק', בתוך: י' פלד וע' אופיר (עורכים), ישראל מחברה מגויסת לחברה אזרחית, ירושלים תשס"א, עמ' 262-280; ד' גוטוויין, 'הדיאלקטיקה של כשל השוויון: השמאל הישראלי בין נאו-ליברליזם לסוציאלי-דמוקרטיה', מקרוב, 3 (2000), עמ' 30-57.
9. Separation of Powers. להסבר מצבה של המושג ראו: ס' מוריסון, ה' קומאג'ד וו' לכטנברג, ההיסטוריה של ארצות הברית (תרגום: א' אורן), תל אביב 2000 [להלן: מוריסון ואחרים, ההיסטוריה של ארצות הברית], עמ' 822.
10. Checks and Balances. שם, עמ' 823.

באלה.¹¹ מחלוקת זו משפיעה גם על דרך אכיפת החוקה¹² ובייחוד על מנגנון הביקורת השיפוטית¹³ שלה, וכן על מיהות נמעניה (תושבים, אזרחים או כל בני האדם הנעים בשטח הריבונות). בכל אלה לא אעסוק כאן. במאמר זה אתמקד בפן אחד של מחלוקת זו, המשתקף בזכויות הזכות להיכלל במגילת זכויות האדם (שהיא חלק חשוב בחוקה) ובהיקף ההגנה החוקתית המוענקת להן. בעצם נעסוק במחלוקת סביב שילובן של 'הזכויות החברתיות' בחוקה הישראלית.

לא בכדי המחלוקת בדבר שילובן של הזכויות החברתיות בחוקה – ובשלב הראשון במסגרת חוק יסוד: זכויות חברתיות – היא בגדר מקרה אופטימלי לבחינת התמורות בשיח הציבורי הישראלי בנושאי כלכלה וחברה. דומה שאין כמו ההיסטוריה של הצעת חוק זו כדי להאיר את התמורות המפליגות שעבר השיח הציבורי והמשפטי בישראל עם השנים, שכן בניגוד לתהליכים חוקתיים מקבילים בעולם,¹⁴ שבהם מראש לא שולבו הזכויות החברתיות במאמץ החוקתי,¹⁵ בראשית המאמץ החוקתי בישראל זכו הזכויות החברתיות למעמד של בכורה, ועם השנים הודרו משם כמעט לחלוטין עד לתחיתן החלקית והמוגבלת למדי בשנות התשעים.¹⁶ במילים אחרות, בהמשך הדברים אנסה להוכיח כי בתחילה היה לזכויות החברתיות מקום שאינו מוטל בספק במגילת זכויות האדם הישראלית, ובהדרגה הן נדחקו לסטטוס של זכויות מדרג שני, שנדמות להטבות סוציאליות שהמדינה נותנת ברוב חסדה, ולא לזכויות אדם שנדרשות בזכות על ידי בעליהן.

וכך, אם בראשית הדיון בחוקה לישראל היה זה חבר הכנסת קלינגהופר מן המפלגה הליברלית – היינו מן הימין הכלכלי האידיאולוגי דאו – שכלל זכויות חברתיות כגון הזכות לביטחון סוציאלי, הזכות לחינוך חובה חינם והזכות לתנאי תעסוקה ועבודה הוגנים במסגרת חוק יסוד: מגילת זכויות היסוד של האדם שהוא יום, הרי שלושה עשורים לאחר מכן יהיה חבר הכנסת אמנון רובינשטיין – חבר כנסת מטעם מפלגת מרצ, שמתיימרת לייצג את

11. ראו: J. Nedelsky, *Private Property and American Constitutional Government*, Chicago, IL 1990, p. 12.

12. א' ברק, 'ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק', משפט וממשל, ג (תשנ"ו), עמ' 403.

13. במילים אחרות, על השאלה למי נתונה המילה האחרונה ביחס לפרשנות החוקה. להבנת הביקורת השיפוטית – ה"Judicial Review" – ראו: ד' קרצמר, 'מברגמן וקול העם לבנק מזרחי – הדרך לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אדם', משפטים, כח (תשנ"ז), עמ' 359. ליישום אצלנו ראו ע"א 6821/93 – 'בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואחרים נגד מגדל כפר שיתופי', פסקי דין, מט (4), עמ' 221.

14. למשל זה האמריקני: מוריסון ואחרים, ההיסטוריה של ארצות הברית, עמ' 696 ואילך. כן ראו: C. Fabre, *Social Rights under the Constitution*, Oxford 2000 [hence: Fabre, *Social Rights*], pp. 152-182; לתיאור מעודכן של ההליך החוקתי בדרום אפריקה (1992-1995) על שילוב הזכויות החברתיות שבו ראו: <http://www.constitution.org.za> (נבדק לאחרונה ב-10 באוגוסט 2004).

15. בשל ניגודם לאינטרס של מכוני החוקה: Nedelsky, לעיל הערה 11.

16. ראו: מ' אטלן, 'זכויות האדם והאזרח בישראל – מקראה', משפטים, כב (1992) [להלן: אטלן, 'זכויות האדם והאזרח בישראל'], עמ' 251.

השמאל החברתי האידיאולוגי – שימנע את הכללת הזכויות החברתיות זכויות שוות מעמד לשאר הזכויות האזרחיות בתוך מערכת חוקי היסוד. תמורה זו מתמצת את השינוי שעבר השיח הישראלי בין עידן מדינת הרווחה לעידן הפרטתה. בעידן ההגמוניה של מדינת הרווחה גם גורמים מרכזיים בימין הכלכלי קיבלו את הזכויות החברתיות כעניין טבעי ומובן מאליה, אבל למן שנות השבעים גורמים מרכזיים בשמאל יכולים לאיין את מימושן בלי שהדבר יעורר ולו תמיהה קלה.

הדרתן של הזכויות החברתיות אל מחוץ לשיח החוקה הישראלי הייתה מוחלטת במובן זה שהמאמץ הנאו-ליברלי מיקד את הדיון הציבורי לא בשאלה אי זה חוק יסודי זכויות חברתיות החברה הישראלית צריכה, אלא במניעת כינונו של חוק כלשהו. במובן זה הסרת הצעות החוק מעל סדר היום של החקיקה והטלת ספק בצורך לחוקק חוק יסודי כזה סייעה להשתיק את הוויכוח הציבורי ולמנוע הטלת ספקות בהגמוניה שרכשה לעצמה הגישה הנאו-ליברלית. הדבר נכון במיוחד לשיח החוקה שהתפתח בשנות התשעים – שיח שלימים יכונס תחת הכותרת 'המהפכה החוקתית' – ושבמסגרתו היעדר חוק יסודי זכויות חברתיות סייע לקבע את הנאו-ליברליזם ברמה של החוקה הישראלית כשיטה החברתית-כלכלית ההגמונית והיחידה. גם ההשתקה של סיפור הדרתן של הזכויות החברתיות בשיח הציבורי לא הייתה מקרית. היא נועדה לשלול מתומכיהן את הלגיטימציה ההיסטורית בשיח המשפטי הישראלי. כדי להבין זאת, די אם נשווה את הדיון בזכויות החברתיות לדיון ביחסי דת ומדינה. כל דיון בנושא דת ומדינה פותח במאבק שהתנהל סביב סוגיה זו החל בחיבור מגילת העצמאות והמשך בדיונים על החוקה וכלה בפשרה ההיסטורית של חבר הכנסת הררי.¹⁷ במובן זה כל אחד מן הצדדים מקנה לעמדתו לגיטימציה מעצם עיגונה ברגע המכונן של יצירת המערכת הערכית והחוקתית של מדינת ישראל. ההשתקה של סיפור הדרתן של הזכויות החברתיות הביאה לידי כך שהתביעה להכללתן תופיע בשיח הציבורי של שנות התשעים כתביעה חדשה געדרת לגיטימיות היסטורית, ונטל השכנוע בכורה לשלבן בחוקה הישראלית מוטל אפוא על כתפי מצדדיה ולא להפך. ככזאת היה אפשר גם לדחותה בקלות מרובה.

את ההדרה מן החוקה ואת ההשתקה בדיון הציבורי יש להבין על רקע התהליך הכללי של משפוט (Judicialization) השיח הציבורי הישראלי.¹⁸ בין שאר מאפייני תהליך זה נמצא גם 'המשפוט החקיקתי', שבמסגרתו מחלוקת שהוסדרה קודם לכן באמצעות תהליכים חוקי-משפטיים על ידי מוסדות ומבנים חברתיים אחרים (הסדרי סטטוס קוו, הסכמות בין מפלגות וכיוצא באלה), מוצאת עתה את פתרונה באמצעות הכלים המשפטיים הרשמיים של השיטה, קרי על ידי הכרעה מנוסחת והסדרה פורמלית באמצעות ספר החוקים והחוקה שלנו.¹⁹ ככל שתהליך זה מתעצם, כך 'זירת ההתגוששות של השקפות עולם ושל אינטרסים' מועתקת

17. על פשרה זו ראו עמ' 375.

18. ראו: י' גל נור, 'על המשפוט של החיים הציבוריים בישראל', משפט וממשל, ז (תשס"ד) [להלן: גל נור, 'על המשפוט של החיים הציבוריים בישראל'], עמ' 355.

19. שם, עמ' 358-359.

מזירות אחרות, כמו זו הפוליטית, אל זירת החקיקה.²⁰ מכאן מטרתם של מתנגדי חוק יסוד: זכויות חברתיות ושל משיקטי סיפור הדרתן ברורה. תחת הכסות האובייקטיבית לכאורה שלו הפך עולם המשפט לחלק מהמהפכה הנאו-ליברלית שהתגעשה על החברה הישראלית. ולא זו בלבד, אלא שהכסות המשפטית סייעה רבות להפיכת ערכיה של מהפכה זו למעין ערכים מוסכמים ולהבניית האתוס הנאו-ליברלי כאתוס שבקונצנזוס. במילים ברורות יותר, ההדרה והשתקתה הן שסייעו לכך שהמהפכה החוקתית בישראל לבשה אופי נאו-ליברלי מובהק.²¹ ההדרה והשתקתה האלה הן הנושא של מאמר זה, וכדי להבהיר את הטענות, יחולק הדיון כך:

החלק השני יוקדש לסקירת נקודות המפתח בהיסטוריה של הזכויות החברתיות בחוקה הישראלית – החל בעבודת ועדת החוקה של מועצת המדינה הזמנית בראשות ד"ר זרח ורהפטיג ועד פיזור ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת החמש עשרה בראשותו של חבר הכנסת אופיר פז-פינס. אף שחוקה איננה יצירתו של המחוקק בלבד, אלא היא מכלול יצירתם של עוד שותפים כמו בית המשפט העליון (בעיקר במושבו כבית דין גבוה לצדק), אנשי הארגונים לקידום זכויות האדם בישראל וחברי האקדמיה המשפטית, תוקדש הסקירה בעיקרה להצעות המרכזיות שנידונו הן במסגרת המוסדות המוסכמים של מדינת ישראל – קרי מועצת המדינה הזמנית והכנסות שלאחריה – והן מחוץ למגרש הפרלמנטרי, במסגרת תנועות כמו 'חוקה לישראל' וארגונים חברתיים אחרים. שילוב התנועות והארגונים החוץ-פרלמנטריים נחוץ משום שבפעולותיהם יש כדי ללמד על השיח הציבורי, על המגמות השולטות בו בתקופתם ועל התרחבות תופעת המשפוט, שמביאה יותר ויותר קבוצות כוח שאינן מצליחות להביא לידי שינוי חברתי באמצעות הזירות הציבוריות הקלאסיות (כמו זו הפוליטית), לנסות ולרתום את החוק 'להכרעות שאינן מבוססות על נורמות מוסכמות או על פשרות בנות קיימא'.²² כך תנועת 'חוקה לישראל' בשנות השמונים, וכך קואליציית הארגונים לקידום חוק יסוד: זכויות חברתיות בסוף שנות התשעים.

בחלק השלישי נבקש לעמוד על השלכותיה המרכזיות של הדרה זו. בראש ובראשונה אטען כי המציאות הישראלית של ימינו, להבדיל מזו של העשור הראשון של המדינה, היא מציאות שעובדת לפי משטר חוקתי.²³ כלומר המערכת הפוליטית, המערכת השיפוטית, מערכת החינוך ושאר רשויות השלטון נוהגות כאילו כוננה חוקה פורמלית²⁴ בישראל, באופן שמאפשר ביקורת שיפוטית לביטול חוקים אל מול הכנסת. במציאות כזאת להדרת הזכויות החברתיות נפקות נוספת, שחורגת מעצם אי-אספקת אותן זכויות לאלה שנוקקים

20. שם, עמ' 362.

21. א' מרמור, 'ביקורת שיפוטית בישראל', משפט וממשל, ד (תשנ"ז), עמ' 133.

22. גל נור, 'על המשפוט של החיים הציבוריים בישראל', עמ' 362.

23. להבחנה בין 'משטר חוקתי' ובין 'חוקה' ראו הערות שוליים 131-137 להלן.

24. להגדרות בסיסיות בנושא ראו הערות 131-137 להלן.

להן. מאחר שהזכויות החברתיות הן תנאי שבלעדיו אין הנאה משאר זכויות האדם, הרי שבהדרה טמונה פגיעה אנושה באפשרותן של האוכלוסיות המוחלשות²⁵ ליהנות משאר הזכויות (בעיקר הליברליות) שכן עוגנו בחוקה.

ההדרה משמשת אפוא אמצעי להרחקת אותן אוכלוסיות מהחוקה ומהכוחות שהיא מעניקה לאלה שחוסים תחת כנפיה. זאת ועוד, כשהיא לעצמה ההדרה מונעת מאותן אוכלוסיות לקדם את האינטרסים שלהן באמצעות מערכת המשפט ובעיקר באמצעות בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ ובתי המשפט המנהליים האחרים. הנכונות של בתי המשפט לתת פתרונות שיפוטיים לבעיות חדשות שמגיעות אליהם קלושה למדי כשלא עומד לרשותם עורף חוקתי בדמות חוק יסוד: זכויות חברתיות או למצער קונצנזוס בדבר הצורך לחוקק אותו. דוגמה לכך היא הפסיקה הענפה בתחום חופש הביטוי, שאף שלא עוגנה בחוק יסוד, סייע הקונצנזוס בדבר הצורך לעגנה – שמלווה את מדינת ישראל מאז הקמתה – בידי השופטים לבצר את מעמדה העל-חוקתי של חירות זו גם בהיעדר חוק פורמלי. ההדרה והשתקתה של הזכויות החברתיות הביאו לידי פסיביות שיפוטית ('משפוט-חסר'²⁶), שבולט דווקא על רקע האקטיביזם השיפוטי בתחומי משפט אחרים.

על רקע משמעויות אלה תירשם במקום סיכום אזהרה: המשך תהליכי ההדרה וההשתקת עלול להפוך את החוקה הישראלית הנרקמת לחוקה לעשירים בלבד, לקבע את עליונות האחרונים בזירה המשפטית ולסייע בידי אלה שטוענים ש'מערכת המשפט, מגילת זכויות האדם ושלטון החוק בכלל הם כלים שנועדו לשרת את האליטות ואותן בלבד ועל כן חייבים להילחם בהם'.²⁷

ב. הבהרות מושגיות

קודם שניגש לליבת המאמר עלי להעיר שתי הערות חשובות. הראשונה נוגעת למושג 'הזכויות החברתיות':²⁸ את זכויות האדם²⁹ מקובל לחלק לשלוש קבוצות: זכויות

25. להגדרות ראו: י' אלבשן, 'נגישות האוכלוסיות המוחלשות בישראל למשפט', עלי משפט, ג (תשס"ד), עמ' 497.

26. גל נור, 'על המשפוט של החיים הציבוריים בישראל', עמ' 373.

27. אלבשן, שם, עמ' 530.

28. הקורא היודע ח"ן מוזמן לדגל היישר אל החלק השלישי.

29. Y. Dinstein, 'Human Rights: The Quest for Concretization', in: *Israel Yearbook on Human Rights*, Jerusalem 1971 [hence: Dinstein, 'Human Rights: The Quest for Concretization'], p. 65; לחלוקת אחרות ראו: Fabre, *Social Rights*, pp. 1-8; לקטגוריזציות זכויות אחרות ראו: א', סבן, 'הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו', עיוני משפט, כו, 241 (תשס"ב) [להלן: סבן, 'הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני'], עמ' 256-247; W. Kymlicka, *Multicultural*.

אזרחיות-פוליטיות³⁰ (להלן יכוננו 'הזכויות האזרחיות' - Civil Rights); זכויות תרבותיות-חברתיות-כלכליות³¹ (להלן יכוננו 'הזכויות החברתיות' - Social Rights); וזכויות קבוצתיות³² (Group Rights). שתי הקבוצות הראשונות מתייחסות לזכויות המוקנות לאדם כפרט אוטונומי המנותק מסביבתו, ואילו הקבוצה השלישית מתייחסת לזכויות המוענקות לאנשים כשהם חלק מאיגודים או מקבוצות, מתוך הכרה שזהותו של אדם כוללת לא רק מרכיבים אוטונומיים, אלא גם מרכיבים שמקורם בקשריו החברתיים והבין-אישיים.³³

בקבוצה הראשונה - זכויות אזרחיות-פוליטיות - נכללות הזכויות המאפשרות לקיים את שיטת המשטר הדמוקרטית כגון הזכות לחירות ולביטחון, חופש המחשבה והביטוי, חופש האספה וההתאגדות, הזכות להליך משפטי הוגן וכל הזכויות הפוליטיות המאפשרות השתתפות במעשה השלטוני (דוגמת חופש הדעה הפוליטית, הזכות לבחור, הזכות להקים מפלגה והזכות למקלט מדיני). בקבוצה השנייה - זכויות תרבותיות-חברתיות-כלכליות - נכללות כל הזכויות המאפשרות לאדם באשר הוא אדם להתקיים בכבוד ובכללן הזכות

T. H. Marshall, 'Citizenship, New York, NY 1995, Chapters 2, 3, 6, 7 and Social Class', in: Idem (ed.), *Class, Citizenship & Social Development*, New York, NY 1964

30. להבהרה מושגית ראו: 'האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות', כתיב אמנה, 31 (1991), עמ' 269. כן ראו: ר' גביוון, 'זכויות האדם', בתוך: ר' גביוון וח' שניידור (עורכים), *זכויות האדם והאזרח בישראל - מקראה*, ירושלים 1991 [להלן: גביוון ושניידור, המקראה], עמ' 25-35; ר' גביוון, 'ההגנה על זכויות האדם', שם, עמ' 90-99.

31. להבהרה מושגית ראו: 'האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות', כתיב אמנה, 31, עמ' 205. כן ראו: Marshall, לעיל הערה 29. הבחנה קרובה רואה בזכויות הנכנסות לקטגוריה של איכות חיי אדם 'זכויות רווחה' (Welfare Rights), ראו: י' קדמן, 'זכויות הילד - התפתחותן ההיסטורית', סקירה חודשית, 37 (1990), עמ' 2. כן ראו: K. D. Ewing, 'Social Rights and Constitutional Law', *Public Law*, 104 (1999). במאמר זו אתייחס לשתי הקבוצות כהיינו הן משום נפקותם הוזה ביחס לעניים ולמוחלשים.

32. חשוב לציין כי אין הכוונה למה שמקובל לכנות Collective Rights. להרחבה ראו: סכן, 'הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני', Kymlicka, לעיל הערה 29; סעיף 27 לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כתיב אמנה, 31, עמ' 269. עוד ראו: N. Glazer, 'Individual Rights against Group Rights', in: Kamenka & Tay (eds.), *Human Rights*, New York, NY 1978, pp. 87-103; J. Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and in Practice*, Ithaca, NY 1989, pp. 149-154; מ' מושקט, *זכויות האדם בראי השוואה*, פרשת ואלדהיים והמאבק לשלום, תל אביב 1990, עמ' 102-106.

33. א' בנבנשתי, 'פרד אבל שווה בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים', עיוני משפט, כא, 769 (תשנ"ח), עמ' 775-787; להכרה חלקית של המחוקק בזכויות הקהילה הדתית-לאומית-יהודית ראו סעיפים 13, 15, 18 ל'חוק חינוך ממלכתי התשי"ג 1953'; הכרה חלקית של בג"ץ בעיקר ביחס למיעוט הערבי-ישראלי ראו סעיפים 29-31 לבג"ץ 6698/95 - 'עאדל קעדאן נגד מינהל מקרקעי ישראל', פסקי דין, נד (1), עמ' 258, וראו ע"א 105/92 - 'ראם מהנדסים נגד עיריית נצרת עלית', פסקי דין, מז (5), עמ' 189. מנגד, להתעלמות מוחלטת מזכות קבוצה חרדית לחינוך עצמאי ראו בג"צ 8437/99 - 'רשת גני חב"ד נגד שר החינוך', תקדין עליון, 2000 (2), עמ' 21-23.

לעבודה מספקת, הזכות לרמת הבריאות הגבוהה ביותר הניתנת להשגה, הזכות לדיוור הולם, הזכות לביטחון סוציאלי, הזכות לקניין, ומעל כל אלה – החירות ממחסור³⁴ (המכונה גם הזכות לתנאי קיום נאותים). נוסף על כל אלה, בחלק של הזכויות התרבותיות נכללות גם הזכות לחינוך חינם והזכות להשתתף בחיי התרבות.³⁵ הקבוצה השלישית – זכויות קבוצתיות – כוללת כאמור זכויות שמקורן בשונותה של הקבוצה שהפרט חבר בה בתוך המדינה, ונכללות בה למשל זכותה של הקבוצה להגדרה עצמית, הזכות לפיתוח ולשימור מורשת תרבותית, הזכות לחינוך עצמאי והזכות לניהול עצמי, לצד זכויות המיעוט להקצאה ולייצוג מיוחדים בסדרי השלטון המרכזי.³⁶

ההערה השנייה מתייחסת לעצם קבלת החלוקה שהובאה למעלה. חשוב לציין כי בעשורים האחרונים קמו עוררים רבים שטענו כי החלוקה איננה נכונה, שכן אין הבדל אמתי בין סוגי הזכויות. אין הבדל של ממש בין הזכות לעבוד ובין הזכות לבחור, בין חופש הביטוי ובין החירות ממחסור. את ההבחנה בין שתי הקבוצות של זכויות הפרט מקובל להסביר ברציונל משני סוגים. הראשון מתייחס לכך שהזכויות החברתיות 'חיוביות' ומצריכות השקעת משאבים כדי לקדם (המדינה תעניק חינוך חינם, בריאות מספקת וכדומה), בניגוד לזכויות האזרחיות ה'שליליות', המחייבות את המדינה רק להימנע מלהפריע להן (המדינה לא תמנע חופש הביטוי של אזרחיה). הרציונל השני מתייחס לעמימותן של הזכויות החברתיות ביחס לזכויות האזרחיות (חופש ביטוי הוא דבר ברור, ואילו הזכות לדיוור הולם היא תלויה חברה וזמן), ועל כן מחייבות ריסון שיפוטי של בתי המשפט. כאמור, שני סוגי ההסברים הופרכו בעשורים האחרונים בספרות ענפה, שכן גם הזכויות האזרחיות עולות משאבים רבים (חופש הביטוי מחייב את המדינה להקצות משאבים לכל הקשור בשמירה על זכויות האזרחים להפגין, וגם הזכויות להשתתף במעשה השלטוני עולות ממון רב), וגם העמימות היא תוצאה של חוסר מעש שיפוטי, שהרי גם 'חופש ביטוי' הוא מושג יחסי ועמום, שלולא היתה יצירה שיפוטית רבה כל כך שמלטשת כל פאה ופאה בו, היה נותר לא ברור כמו המושג 'בריאות נאותה'.³⁷ מכאן שהחלוקה משרתת אינטרסים של מי שביקשו להבדיל בין סוגים של אותן זכויות כדי לתת רק למקצתן מעמד של זכויות חוקתיות שישלל מזכויות אחרות; לקדם קבוצה

34. תרגום של המונח שטבע הנשיא פ' ד' רוזוולט 'Freedom of Want'.

35. ראו: 'Dinstein, Human Rights: The Quest for Retization'. כדאי להדגיש כי המאמר מציין אך ורק את זכויות הבסיס הכלולות בקבוצות, אך עם השנים פותחו לכל אחת מהן וריאציות של תת-זכויות נוספות. כך, למשל, לזכות לעבודה התלוו עם הזמן תת-זכות לעבודה ששכר הולם בצדה והתת-זכות לעבודה מספקת (במובן של סיפוק אישי, ובלעז: Fulfilling Work).

36. ראו הערה 8 לעיל. סבן, 'הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני', עמ' 249-256, Kymlicka, לעיל הערה 29.

37. להפרכת טיעונים אלה ראו: ג' מונדלק, 'זכויות חברתיות כלכליות בשיח החוקתי החדש', שנתון משפט העבודה, 1 (תשנ"ט) [להלן: מונדלק, 'זכויות חברתיות כלכליות בשיח החוקתי החדש'], עמ' 65 ובעיקר בעמודים 91-104; י' אדרעי, 'זכויות אדם וזכויות חברתיות', בתוך: א' ברק וח' ברנזון (עורכים), ספר ברנזון, ב, עמ' 45; י' אלבשן, 'השעון המקולקל מסרב לנוע', משפט נוסף, 1 (2001), עמ' 9.

אחת ולא לקדם את זולתה.³⁸ החלוקה לזכויות סייעה כאמור הן להדרתן של הזכויות החברתיות והן להשתקתן. זאת גם הסיבה שמעצבי תחום החוקה בשיח הציבורי הישראלי אימצו חלוקה זו בשמחה כה רבה למן שנות השבעים.³⁹ אף שאני מסכים לרוב הביקורת על חלוקת הזכויות לקבוצות, אשתמש בה לצורך מאמר זה בלבד הן משום הנוחות והן משום קוצר היריעה.

ג. תמצית ההיסטוריה של הזכויות החברתיות⁴⁰

כאמור, בניגוד לעולם האנגלו-אמריקני, בישראל זכו הזכויות החברתיות לעמוד במרכז הצעות אופרטיביות לחקיקה כבר בראשית השיח על החוקה במדינה ובתקופה שקדמה להקמתה. נדמה כי נקודת הפתיחה היתה הטובה מכולן בכל הקשור למיצוב הזכויות החברתיות, הן ברמת ההצהרה (כאשר בהכרות העצמאות נאמר מפורשות כי 'מדינת ישראל תבטיח שוויון חברתי [...]') והן ברמה המעשית, כאשר עוגנו הזכויות החברתיות בהצעת החוקה הראשונה. על ניסוח ההצעה הראשונה לחוקה לישראל הופקדה ועדת החוקה של מועצת המדינה הזמנית בראשות ד"ר זרח ורהפטיג.⁴¹ מחמש הטיוטות להצעת חוקה שנידונו, נבחרה לשמש כבסיס עיקרי לעבודת הוועדה הטיוטה שכתב ד"ר יהודה (ליאו) פנחס כהן, מזכיר הוועדה המדינית של הסוכנות היהודית. מעניין לציין ששתי הצעות אחרות – זו של ד"ר איתמר פרוינד וזו של ורנר פראושטטר – נדחו גם בשל היותן אנטי-סוציאליסטיות לדידו של יושב ראש ועדת החוקה ורהפטיג, כאשר ורהפטיג כלל ושילב במושג זה גם ערכים דתיים כמו 'עיון יום שבת כיום מנוחה לעובדים'.⁴²

בהצעתו של כהן – שנפתחה במילים המרוממות 'אנחנו בני ישראל, בתינו שבח והודיה לאל בורא עולם שהוציאנו מעבדות לחירות והשיב אותנו אל הארץ אשר נשבע לאבותינו, קיימנו וקבלנו את דברי החוקה הזו' – נכללו בין הזכויות המנויות באחד עשר עמודיה זכויות חברתיות רבות.⁴³ בסעיף 21 למשל היתה כתובה ההצהרה כי 'מערכת הכלכלה בישראל תושתת על יסודות הצדק החברתי. כל אזרח ייחנה מחלקו הראוי בהכנסות הלאום, והמדינה תשקוד על ביטחונם הסוציאלי של האזרח'. באותו סעיף גם נקבע כי המדינה תעודד את המאמץ הקואופרטיבי לכל צורותיו. לא זו בלבד, אלא שהסעיף הבא בטיטה – סעיף 22 –

38. Fabre, *Social Rights*, pp. 152-182; להשפעת החלוקה על פעילות ארגוני זכויות האדם הלא-משלתיים (NGO) בתחום ראו: אטלן, 'זכויות האדם והאזרח בישראל', עמ' 251.

39. ראו טקסט גלויה להערה 106 להלן.

40. להלן יוצגו רק ההצעות העיקריות שמשקפות נאמנה את התמורות בשיח הציבורי בעת העלאתן לדיון הציבורי.

41. ג' בכור, חוקה לישראל, ירושלים 1996 [להלן: בכור, חוקה לישראל], עמ' 37.

42. שם, עמ' 38 ואילך.

43. י"פ כהן, חוקה לישראל: הצעה ודברי הסבר, תל אביב 1949.

קבע, מלבד זכותו של כל אזרח לעבודה, כי 'המדינה תעשה למען הבטחת רמת חיים הגונה לכל אזרח ומתן אפשרות שווה והוגנת לכל אזרח למצוא את לחמו'. בהמשך הדברים מוסדרות הזכות להתאגדות עובדים, הזכות לרמת הבריאות הגבוהה ביותר הניתנת להשגה (או בלשון ההצעה 'הדאגה לבריאות העם תעמוד בראש חובותיה של המדינה'), הזכות להינרך עממי ותיכוני נאות' ועוד. בנוסף דאגה הקבוצה לציין את הצורך בהגנה מיוחדת על זכויותיהן החברתיות של קבוצות פגיעות במיוחד כמו הערבים, הנשים (ובלשון ההצעה 'האמהות'⁴⁵) והילדים העובדים.

כלומר, המאמץ החוקתי הישראלי כלל בתחילתו השקפה חברתית שלמה הן בנוגע לזכויותיהם החברתיות של אזרחי המדינה ולחובותיה הנגדיות של המדינה לממשן, והן בנוגע לצורך לקדם ערכים של צדק חברתי ובמיוחד של העצמה אל מול קבוצות פגיעות ומוחלשות. הקורא את ההצעה אינו יכול שלא להתרשם מהסולידריות החברתית המובנית בה, סולידריות שהיא הבסיס שאין בלתו לזכויות החברתיות. תפיסת עולם זו עלתה גם מהשיח הציבורי שהתנהל באותה תקופה בנוגע לעצם כינון החוקה. בדיונים שהתנהלו בכנסת באותה עת הטרידה את באי הבית בכלל – ואת דוד בן-גוריון בפרט⁴⁶ – השאלה מהי הדרך ליישב את רעיון החוקה עם רעיונות הקולקטיבי, הערבות ההדדית והצורך בקידום רווחת הכלל,⁴⁷ בייחוד על רקע של מודל החוקה האמריקני, שלבש לבוש אינדיבידואליסטי.⁴⁸ בן-גוריון עמד על כך באופן מפורש כשציין את הדברים האלה:

התבלטו שני צ'מפיונים של חירות האזרח: ח"כ בגין וח"כ יערי. אבל יש להצטער על כך שהם לא הגדירו מה זאת חירות. האם חירות פירושה כל הישר בעיניו יעשה? [...] במשטר אמיתי של חירות יש לכבד זכויות הזולת, כבודו, חייו, ענייניו, צרכיו ויש לכבד זכויות הכלל, [...] ורק החוק יכול לקבוע הגבול שבין חירות – לא זו שקבוצה מסוימת עושה מונופולין לעצמה אלא חירותו של כל אזרח – ובין זכויות הזולת [...] הדגשים שלי.⁴⁹

44. מבחינה פמיניסטית יש בכך כדי ללמד על תפיסת האישה כאם באותה תקופה, אלא שיש לזכור כי היה מדובר בעיקר בזכויותיהן של האימהות העובדות. ראו גם: א' קמיר, פמיניזם, זכויות ומשפט, ירושלים 2002, עמ' 1-493; ב' מלמן, "אגדת שרה": מגדר, זכרון וארץ ישראליות 1917-1990, ציון, ג' (2000), עמ' 343-378; י' עצמון (עורכת), התשמע קולי, ייצוגים של נשים בתרבות הישראלית, תל אביב 2001, עמ' 277-302.

45. בכור, שם. י"פ כהן, חוקה לישראל: הצעה ודברי הסבר.

46. ש' אהרונסון, 'חוקה לישראל – הדגם הבריטי של דוד בן-גוריון', פוליטיקה, 2 (1999), עמ' 9.

47. א' בן רפאל, "חברה בשבי הפוליטיקאים" ומתקפת הרדיקליזם החדש', מפנה, אפריל (1997), עמ' 54-60.

48. ראו: בכור, חוקה לישראל, עמ' 31 ואילך.

49. דברים בישיבת הכנסת, ג' אדר תש"י, 20 בפברואר 1950. מבחר תעודות, עמ' 143. ראו גם: ש' אהרונסון, 'חוקה לישראל – הדגם הבריטי של דוד בן-גוריון', עמ' 22 ואילך.

מדברים שאמר בן-גוריון במקומות אחרים עולה כי במונח 'צרכיו' של אדם הוא מכוון לזכויותיו החברתיות של האדם,⁵⁰ ובמונח 'זכויות הכללי' הוא אינו מתכוון רק לאינטרסים של ביטחון המדינה, אלא גם לזכויות הנוגעות לרווחת האדם בהיותו חלק מקולקטיב – זכויות של פרט שהוא חלק מאגד של אנשים שקשורים זה לזה בסולידריות חברתית.⁵¹ באופן זה בתחילת דרכו תאם המאמץ החוקתי את השיח הציבורי ואת הלכי הרוח ששררו במדינה שהוקמה זה מקרוב.

קבלת הצעתו של חבר הכנסת יזהר הררי על ידי הכנסת ב-13 ביוני 1950, שקבעה כי 'הכנסת הראשונה מטילה על ועדת החוקה, חוק ומשפט להכין הצעת חוקה למדינה. החוקה תהייה בנויה פרקים פרקים באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסוד: בפני עצמו. החוקים יובאו לפני הכנסת [...] וכל הפרקים יאוחדו לחוקת המדינה' – סתמה למעשה את הגולל על קבלת הצעה מגובשת זו של ועדת החוקה בראשית ד"ר והרפטיג.⁵² במסגרת הדיונים בכנסת לקראת קבלת החלטתו של הררי, שהיתה בבחינת פשרה בין שוללי החוקה ובין מצדדי כינונה באופן מידי, הועלתה שוב עמדתו של בן-גוריון בדבר החשש ששופטים יסכלו מהלכים נחוצים לרוב העם שיפגעו במיעוט, כפי שקרה לפי פרשנותו בעניין ה'ניו-דיל' של רוזולט בארצות הברית.⁵³

משלב זה עלה הנושא של העיגון החוקתי של הזכויות החברתיות בחוקי היסוד בהודמנויות אחדות.⁵⁴ ההצעה החשובה הראשונה היתה של חבר הכנסת י"ה קלינגהופר, שהגיש 'הצעת חוק יסוד: מגילת זכויות היסוד של האדם'.⁵⁵ בהצעה זו נכללו כמה זכויות חברתיות כמו הזכויות לביטחון סוציאלי; לחינוך⁵⁶ ולתנאי תעסוקה ועבודה הוגנים, לצד זכויות ליברליות כמו הזכות ליזמה פרטית בחיי הכלכלה.⁵⁷ הצעה זו אמנם נדחתה עקב התנגדות הממשלה ב-1964,⁵⁸ אך בעצם העובדה שמי שנמנה על מייסדי המפלגה הליברלית כלל בהצעתו את

50. ד' בן-גוריון, ממעמד לעם: פרקים לבירור דרכה וייעודה של תנועת הפועלים, תל אביב 1976.
51. שם, שם; ש' טבת, 'בן-גוריון מזכיר ההסתדרות', בתוך: ש' אבינרי (עורך), דוד בן-גוריון: דמותו של מנהיג תנועת הפועלים, תל אביב 1988.
52. נ' ינאי, 'המעבר למדינת ישראל ללא חוקה', בתוך: ו' פילובסקי (עורכת), המעבר מישוב למדינה, תל אביב 1990, עמ' 23.
53. דברי הכנסת, תש"י, עמ' 816 ואילך.
54. במאמר זה אעמוד רק על ההצעות המרכזיות בעיני או שנדמה לי שהן מייצגות מגמה וגישה בתקופתן. אין הכוונה לסקור את ריבוא ההצעות הפרטיות או האחרות שניתנו בנוגע למגילת זכויות האדם הישראלית. לסקירה שכזאת – גם אם לא מעודכנת – ראו: א' רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, ירושלים ותל אביב תשנ"א, עמ' 704 ואילך. כן ראו: 'חוק יסוד: זכויות האדם: דיוני הוועדה לחוקי יסוד בכנסת העשירית', פרסום הכנסת, תשמ"ד.
55. י"ה קלינגהופר, 'מגילת זכויות האדם: הקפאון שבחקיקה', בתוך: י' זמיר (עורך), ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי, ירושלים 1993, עמ' 137 ואילך. הצעתו נדחתה ב-1964.
56. קלינגהופר אף הגדיל לעשות וקבע כי מימוש זכות זו ייעשה רק בדרך של חינוך חובה חנם.
57. מונדלק, 'זכויות חברתיות כלכליות בשיח החוקתי החדש', עמ' 73.
58. דברי הכנסת, 38 (תשכ"ד), עמ' 801.

הזכויות החברתיות המרכזיות יש כדי ללמד על חוזקן דאו ועל הקונצנזוס הציבורי שהיה מנת חלקן, קונצנזוס עצמת, בין השאר, גם משום שלא רק למפא"י ולמפלגות הלוויין האידיאולוגיות שלה היתה מחויבות לאספקתן, אלא גם לממשיכי דרכו של ז'בוטינסקי.⁵⁹ דווקא הצעה זו, המובאת מהאופוזיציה הימנית כלכלית, היא המייצגת במידה המובהקת ביותר את חוזקן של הקונצנזוס באשר למרכזיותן של הזכויות החברתיות בשני העשורים הראשונים של המשפט החוקתי בישראל, שני עשורים שבהם ניהלה מפא"י מדיניות כלכלית-חברתית שמאלית מובהקת בכל ההיבטים, לרבות הגנה מוחלטת על זכויות העובדים וכן 'תעסוקה מלאה וצמיחה, הקמת שירותי רווחה, טיפוח של כלכלה שיתופית ובעלות ציבורית על חלק גדול מן המשק',⁶⁰ ובשיח הציבורי שולטת ההגמוניה של הכלכלה המרחיבה במלוא עוזה.

על ההצעה המרכזית החשובה הבאה שהועלתה לדיון הציבורי היה חתום דיקן הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים, פרופ' בנימין אקצין. ההצעה הוכנה ביוזמת מסדר 'בני ברית' במשך כמעט שלוש שנים,⁶¹ והיא נדחתה ב-1965. אקצין ביכר שלא להידרש לסוגיות כלכליות-חברתיות בשל היותן לדידו שנויות במחלוקת.⁶² גם על כך זוכה ההצעה לביקורת לא מעטה.⁶³ לא בכדי אקצין מבכר שלא להיכנס לנושאים אלה. בשלב זה מתחילים להיווצר בקיעים ראשונים בחומה ההרמטית שהגנה על הכלכלה המרחיבה ועל מדינת הרווחה הישראלית. זה השלב שמתחילות להתערער האקסיומות הסוציאליסטיות בדבר אופן ניהול חיי המדינה והכלכלה. הצעתו של אקצין משקפת אפוא את הבלבול ואת ההתחבטות שמתחילים להיות מנת חלקו של הציבור באשר לדרך הנכונה לניהול חיי החברה בישראל. תקופה זו יש בה גם משום נקודת מפנה מבחינת התהליכים הכלכליים של המשק הישראלי. אחרי כמעט שני עשורים סוציאליסטיים יזמו ראש הממשלה לוי אשכול ושר האוצר פנחס ספיר ריסון כלכלי, שבעקבותיו התחוללו מיתון חריף ואבטלת המונים. רבים ראו במיתון את 'קו פרשת המים מבחינת המדיניות המאקרו כלכלית של מפא"י: לראשונה היא נקטה מדיניות כלכלית ימנית מובהקת'.⁶⁴ מאותו מיתון ואילך 'ניכר שינוי מגמה ימינה במדיניות הכלכלית של מפא"י ולימים של מפלגת העבודה ושותפתה מפ"ם'.⁶⁵ אחד הביטויים

59. ראו: ר' בילסקי בן חור, כל יחיד הוא מלך: המחשבה החברתית והמדינית של זאב ז'בוטינסקי, תל אביב 1988, עמ' 105 ואילך.

60. א' בראלי, 'מציבור עובדים להמון גלמוד', ארץ אחרת, 12 (2002), עמ' 30.

61. ב' אקצין, הצעת חוקה למדינת ישראל, ירושלים 1992 (הדפסה מחודשת).

62. ר' גביוון, 'המהפכה החוקתית - תיאור מציאות או נבואה המגשימה את עצמה', משפטים, כח (תשנ"ז) [להלן: גביוון, 'המהפכה החוקתית - תיאור מציאות או נבואה המגשימה את עצמה'], עמ' 81.

63. ראו למשל ביקורתו של שר המשפטים דאו ד"ר דב יוסף, הארץ, 11 בנובמבר 1962, עמ' 4.

64. א' בראלי, 'מציבור עובדים להמון גלמוד', ארץ אחרת, 12 (2002), עמ' 28.

65. שם, עמ' 30.

המרכזיים לשינוי המגמה הוא כרסום מדורג במחויבות להגנה על הזכויות החברתיות שנתפסו בעיקר כזכויותיהם של העובדים.⁶⁶

על רקע זה התחילה החלופה הליברלית לקרום עור וגידים חוקתיים. בשנת 1973 הגישה לכנסת ועדת החוקה חוק ומשפט הצעת חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח.⁶⁷ את ההצעה ניסח צוות בראשותו של חבר הכנסת בנימין הלוי בשיתוף משרד המשפטים. במובנים רבים הצעה זאת מסמלת את תחילת מעשה ההדרה של הזכויות החברתיות. הצעה זו, שכללה את רוב הזכויות האזרחיות כמו חופש התנועה, חירות אישית, חופש המחקר והיצירה, חופש הדת וחופש הביטוי, כוללת רק את הזכויות החברתיות-כלכליות הליברליות כגון חופש העיסוק, חופש החוזים וזכות הקניין.⁶⁸ שאר הזכויות החברתיות לא זכו לאזכור למעט 'התאגדות באיגודים מקצועיים להגנת ענייניהם הכלכליים והסוציאליים' שנכללה תחת חופש ההתאגדות הכללי.⁶⁹ על רקע החולשה הפוליטית של מציעה והיעדר תמיכה ציבורית בכנסת השביעית לא נידונה ההצעה לגופה.⁷⁰ עם כינונה של הכנסת השמינית נמשך הדיון בהצעה⁷¹ אך ללא תוצאה, עד שאוינה חקיקתה לגמרי.⁷²

עם עליית הליכוד לשלטון ב-1977 קיבלה התפנית הכלכלית-חברתית ימינה גושפנקה רשמית. מן המחצית הראשונה של שנות השמונים הבשילו התנאים לקידום הפרטת הכלכלה הישראלית - הפרטה שכללה לא רק העברת בעלויות לידיים פרטיות, אלא גם צמצום תפקיד המדינה בתחומי אחריות רבים, לרבות בתחומי החינוך, הבריאות, הרווחה והתעסוקה.⁷³ אך טבעי הוא שעיון זכויות חברתיות יחבל במהלך זה, שהגיע לשיאו באמצע שנות השמונים, ומכאן הכורח להדירן.

מגמה זו באה לידי ביטוי בולט בהצעת חוק היסוד שהעלה בכנסת העשירית חבר הכנסת פרופ' אמנון רובינשטיין. לאמתו של דבר אין מדובר בהצעה חדשה. רובינשטיין מבכר לחזור ולהעלות לדיון את הצעתו המוקדמת של פרופ' קלינגהופר, ומגיש אותה כהצעת חוק פרטית בשם: 'הצעת חוק יסוד: מגילת זכויות היסוד של האדם, התשמ"ב'.⁷⁴ בהסכמת משרד המשפטים ההצעה מועברת לוועדת המשנה לחוקי יסוד של ועדת החוקה של הכנסת בראשות

66. שם, שם.

67. הצעת חוק 1085, התשל"ג, עמ' 448.

68. סעיפים 7, 8, 9 להצעת החוק, שם.

69. סעיף 13 להצעת החוק, שם.

70. לסקירה מלאה ראו פסק דינו של הנשיא ברק בע"א 6821/93 - 'בנק המזרחי המאוחד בע"מ נגד מגדל כפר שיתופי', פסקי דין, מט (4), עמ' 221, עמ' 400-401. ראו גם: להב וקרצ'מר, 'מגילת זכויות האדם והאזרח בישראל: הישג קונסטיטוציוני או אחיות עיניים', משפטים, ז (1976), עמ' 154.

71. דברי הכנסת 38 (תשכ"ד), עמ' 1566.

72. שם, 73 (תשל"ד), עמ' 2485.

73. א' ארנון, 'היד הנעלמה והיד הגלויה', ארץ אחרת, 12 (2002), עמ' 21.

74. הצעת חוק 1612, התשמ"ג, עמ' 111.

שולמית אלוני.⁷⁵ בגמר הדיונים מונחת ההצעה על שולחן הכנסת. בדברי ההסבר להצעה מסביר פרופ' רובינשטיין כי 'הצעת חוק זו חוברת בידי פרופ' קלינגהופר והוגשה על ידו בכנסת החמישית [...] כשההצעה לא איבדה מחיוניותה וישימותה במהלך השנים שחלפו מאז. להיפך [...]'.⁷⁶ אלא שבהמשך מסביר פרופ' רובינשטיין כי 'ההצעה מוגשת לקריאה ראשונה בנוסח מתוקן ומקוצר' כשבין היתר 'ועדת המשנה לחוקי היסוד של ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת מצאה לנכון להפריד בין הזכויות האזרחיות והזכויות הסוציאליות'.⁷⁷ אלא שבחינת ההצעה מלמדת שהזכויות החברתיות לא רק 'הופרדו' מאלה האזרחיות, אלא שהן נשמטו לגמרי ואינן נזכרות בהצעה על כל 55 סעיפיה.⁷⁸ הזכויות לביטחון סוציאלי, לחינוך חובה חינם ולתנאי תעסוקה הוגנים שבהצעת קלינגהופר נמחקו.

נקודה זו מסמלת בעצם את שיא הדרתן של הזכויות החברתיות מהחוקה הנרקמת. מה שבעשוריה הראשונים של המדינה היה טבעי ונדמה ככורה שאי אפשר להשלים את החוקה בלעדיו, מוצא מהטקסט והופך להיות סרח עודף לה. לא יד המקרה הביאה את חבר הכנסת רובינשטיין לעשות כן, שכן מהלך זה מתאים היטב לתפיסת עולמו ביחס לעיגון זכויות חברתיות בחוקה. עדות לתפיסת עולם זו עולה מדברים שכתב רובינשטיין בדברי ההקדמה לשער 'זכויות האדם' בספרו המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל⁷⁹ בזה הלשון:

גם בזכויות החברתיות והסוציאליות, שכל חברה נאורה דואגת להגשימן ולעיתים גם לכוללן במסמך חוקתי, אין הספר עוסק שכן אלה מציבות בדרך כלל נורמה של התנהגות פוליטית וחברתית שלרוב אינה ניתנת להכרעה משפטית.⁸⁰

גם המשנה ליועץ המשפטי לממשלה דאז, הגברת יהודית קרפ, מעידה שלמעשה גם אם לא להלכה, הרי למעשה הוחלט שלא לכלול את הזכויות החברתיות במגילת הזכויות.⁸¹ בד בבד עם השלמת מעשה ההדרה מתחילה השתקתו בשיח הציבורי. וכך, בדבריו בכנסת במסגרת הדיון על הצעת החוק רובינשטיין מציין:

הצעת חוק זו, אם תקבל, תשלים כמעט את מלאכת החקיקה, את חיבור החוקה, שהוטלה בהכרות העצמאות על האסיפה המכוננת, שהפכה להיות הכנסת הראשונה. כזכור לנו, חברי הכנסת, האסיפה המכוננת לא מילאה את התפקיד החשוב שהטילה עליה הכרות העצמאות. במקום מילוי התפקיד הזה היא קבעה כי החוקה תינתן פרקים-

75. B. Bracha, 'The Protection of Human Rights in Israel', *Israel Yearbook on Human Rights*, 12 (1982), p. 110

76. הצעת חוק 1612, התשמ"ג, עמ' 111.

77. שם, עמ' 112.

78. שוב למעט זכות ההתאגדות באיגודים מקצועיים – סעיף 37 להצעה.

79. א' רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, תל אביב וירושלים 1991 (מהדורה רביעית).

80. שם, עמ' 708.

81. קרפ, 'חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו': ביוגרפיה של מאבקי כח', עמ' 334.

פרקים באמצעות חוקי יסוד שיתחברו יחדיו ויתחברו לחוקה אחת. נדמה לי שכאשר הכנסת תקבל [...] את הצעת החוק הזאת ואת הצעת חוק יסוד: החקיקה, היא תוכל גם להשלים את מלאכת חיבור החוקה. אם יקרה כדבר הזה, תיזכר הכנסת שלנו, הכנסת העשירית, כמי שמילאה במאוחר אחר ההוראה החשובה של מתן חוקה למדינת ישראל, ויהיה זה לכבודה, ויהיה זה ציון לשבח, שהיא תעשה כן ותמלא במקום שהכנסות האחרות החסירו.⁸²

במילים ברורות יותר, בשלב זה לא רק שהזכויות החברתיות הודרו מהצעת החוקה עצמה, אלא שהן גם נדחקו מהזיכרון ההיסטורי המלווה אותה. אליבא דרובינשטיין, במסגרת המשימה שהטיל דור המייסדים ברגע המכונן של יצירת המערכת החוקתית של מדינת ישראל על הדורות הבאים של המחוקקים הזכויות החברתיות אינן קיימות. אלה נמחקות אפוא לא רק מהטיטה הקודמת של הצעתו של קלינגהופר, אלא גם מהטיטות המוקדמות שליוו את העושים במלאכה בכנסת הראשונה ושפורטו קודם לכן. בסופו של דבר לא עברה ההצעה את מחסום הקריאה הראשונה בשל הקדמת הבחירות. דין הרציפות שהעביר אותה לכנסת האחת עשרה לא סייע בידה להצליח יותר, וכעדותו של חבר הכנסת רובינשטיין ירדה גם הכנסת האחת עשרה מן הבמה בלא שתצליח ללדת את החוק השנוי במחלוקת.⁸³

עדות נוספת לקשר שבין דחיית הזכויות החברתיות מהחוקה ובין השינויים החשובים בתפיסות העולם הדומיננטיות אצל מעצביה באותם ימים מתקבלת מניסיון מקביל שנעשה באותם ימים לקבלת חוקה מחוץ למגרש הפרלמנטרי.⁸⁴ בשנת 1988 מפורסמת הצעה לחוקה מטעם קבוצת משפטנים שלימים תרכיב את צמרת התנועה 'חוקה לישראל' בראשותו של פרופ' אוריאל רייכמן.⁸⁵ במסגרת פרק זכויות האדם⁸⁶ שהציעה אותה קבוצה, קיבלו הזכויות החברתיות מקום של כבוד: סעיף 30 להצעה דן בזכויות עובדים להתארגן בארגונים מקצועיים, לשבות, להתקשר בהסכמים קיבוציים; סעיף 31 קבע את הזכות לאמצעי קיום כך שתושב שאינו מסוגל לקיים את עצמו מחמת חוסר עבודה, נכות, זקנה, קטינות או סיבה דומה אחרת, ואין לו תומך החייב בקיומו מכוח הוראה בחוק, זכאי להקצאת אמצעים שיאפשרו לו קיום בתנאים אנושיים; סעיף 32 קבע את הזכות לחינוך באופן גורף למדי, כך שהחינוך יינתן חינם עד השנה הראשונה בתיכון – כשלצד זה עוגנה הזכות לחינוך פרטי למי שידו

82. דברי הכנסת, 96 (תשמ"ג), עמ' 1514.

83. א' רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, תל אביב 1996 [להלן: רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני], עמ' 913.

84. חשוב לציין כי במשך כל השנים נעשו ניסיונות לא רשמיים לכתוב חוקה. כך למשל בתחילת שנות השבעים הוקמה ועדה מטעם מפלגת העבודה, בין היתר בהשתתפות הד"ר ברוך ברכה, המשפטן חיים צדוק ושולמית אלוני, וזו הכינה תשתית לחוק יסוד זכויות האדם. ראו גם בכור, חוקה לישראל, עמ' 48.

85. בכור, שם.

86. אשר פורסם בתוך: גביוון ושניידר, המקראה, עמ' 127.

87. בכור, חוקה לישראל, עמ' 49 ואילך.

משגת ליתן זאת לילדיו; וסעיף 33 קבע את הזכות לטיפול רפואי נחוץ בתחומי המדינה חינם למי שאינו מסוגל לממן זאת לעצמו.

ההשוואה בין הצעתו של ד"ר כהן ובין זו האחרונה (שתכונה להלן 'הצעת רייכמן') מלמדת על השינוי התפיסתי ביחס למדינה ולאחריות אורחיה. אם בהצעתו של כהן עמדה במרכז החוקה הסולידריות החברתית, על הצעתו של רייכמן שורה תפיסת עולם ליברלית אינדיבידואליסטית שיונקת את שורשיה מהמודל האמריקני.⁸⁷ וכך למשל סעיף 31 שצוטט למעלה מושתת על תפיסה שרואה בעוני תוצאה של בחירה אישית ולא של נסיבות,⁸⁸ כאשר המבחן המרכזי הוא היעדר יכולת לקיום עצמי וההבטחה היא רק ל'קיום בתנאים אנושיים'. מנסחי ההצעה התעלמו וביודעין מהמושג המקובל באמנות בתחום זה – 'תנאי קיום נאותים' – ותחתיו הציבו רף נמוך יותר למימוש דרישתם – 'תנאי קיום אנושיים' בלבד.⁸⁹ עוד דוגמה לשינוי התפיסתי מתבטאת בסעיף המבטיח את הזכות לחינוך. לצד הבטחת חינוך חינם מותרת הקמת מערכת חינוך פרטית לילדי הורים שמשוגלים ורוצים לממן זאת. בדרך זאת נפתח פתח להפרטת מערכת החינוך וליצירת מערכת חינוך פרטית שואפת למצוינות לאלה שהממון בכיסם, ומערכת חינוך ציבורית טובה פחות להסרי הממון. חשוב לזכור כי מדובר בשנים שבהן שלט החינוך הממלכתי ביד רמה, ולא הותרה הקמת בתי ספר פרטיים כאלה המוכרים לנו כיום.⁹⁰ במילים ברורות יותר, משמעות סעיף זה עלולה היתה להיות דווקא הרחבת הפערים בין החינוך שניתן לבני עניים ובין החינוך שניתן לילדי עשירים. על הרצון לשנות את מה שהיה בתחילת המדינה מלמד רייכמן עצמו בריאיון עיתונאי שבו הוא מציין כך:

אל לנו להתעלם מן העובדה שחלק גדול מהאבות המייסדים של המדינה התבססו על הנחות שלא היו רחוקות מההנחות הבולשביקיות. רעיון של שוויוניות הנאכפת על ידי מוסדות מרכזיים הוא אנטי תזה של הרעיונות המקובלים במדינות המערב. התקופה הזו הייתה במידה רבה לנחלת העבר.⁹¹

הצעה זו מלמדת על המשך השחיקה במעמדן של הזכויות החברתיות. האופן ששוגנו בהצעתו של רייכמן מחזק את מעמדן המשני בהייררכיית הזכויות. דומה כי המציעים יוצאים ידי

88. לגישת הליברליזם הרואה בעני כמי שחבר בעצמו את הכניסה למצב זה, ראו: J. F. Handler, *The Poverty of Welfare Reform*, New Haven, CT 1995

89. ראו: ע"א 4905/98 – 'פרופסור יוסף גמזו נגד נעמה ישעיהו', תקדין עליון, 2001 (1), עמ' 1440, ניתן ביום 19 במרס 2001 [להלן: פרשת גמזו].

90. "יונה ו' ספורטא, 'החינוך הקדם מקצועי ויצירת מעמד הפועלים בישראל', בתוך: 'י' שנהב, ח' חבר ופ' מוצפי הילר (עורכים), מזרחים בישראל: עיון ביקורתי מחודש, ירושלים, 2002, עמ' 68-104. לפסיקה בכיוון זה ראו: בג"ץ 4363/00 – 'ועד פוריה עלית ע"י היו"ר נ' שר החינוך', תקדין עליון, 2002 (2), עמ' 1008.

91. בכור, חוקה לישראל, עמ' 90.

חובה אל מול השיח החברתי שהחל להתגבש באותם ימים ואל מול כמה משפטנים באותה קבוצה שהיו גם בעלי גישות חברתיות יותר (כדוגמת פרופ' ברוך ברכה⁹²), אלא שאי־אפשר להתעלם מן העובדה שבעקבות התמורות בשיח הציבורי, שעליהן רייכמן מצביע, הופכות הזכויות החברתיות לספק הטבות ספק זכויות מדרג שני.

התמורות בשיח מקבלות ביטוי גם בהצעות נוספות שמועלות לדיון באותה תקופה.⁹³ כך למשל הצעת חוק יסוד: זכויות האדם משנת 1984.⁹⁴ בהצעה זו לא נזכרו הזכויות החברתיות כלל, למעט אזכור של זכויות העובדים להתארגנות ולשביתה.⁹⁵ עוד דוגמה היא הצעת חוק יסוד: זכויות האדם שהגיש בתחילת הדיונים בכנסת השתים עשרה שר המשפטים דן מרידור. בהצעת חוק זו לא נזכרו זכויות חברתיות כלל. רק בעקבות לחץ של גורמים חוץ־פרלמנטריים ובראשם ההסתדרות הוכנסו כמה שינויים והוכללו בהצעה כמה זכויות חברתיות.⁹⁶ לצדה של הצעה זו היו מונחות הצעות חוק פרטיות בנושא משל חברי הכנסת אלוני ורובינשטיין.⁹⁷ הליכי חקיקת שלוש ההצעות לא התקדמו, ולכן לקראת פיזור הכנסת החליט חבר הכנסת רובינשטיין לשנות טקטיקה ולאמץ את גישת הפרוסות של החלטת הררי גם לתוככי מגילת זכויות האדם⁹⁸ – גישה שלמים תכונה 'האטומיזציה של זכויות האדם'.⁹⁹ הצעת מרידור חולקה אפוא לארבע ואחר כך לחמש¹⁰⁰ הצעות חוק יסוד נפרדות שהוגשו לאישור ללא תלות ביניהן: הצעת חוק יסוד: חופש העיסוק;¹⁰¹ הצעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו;¹⁰² הצעת חוק יסוד: זכויות במשפט; הצעת חוק יסוד: חופש הביטוי וההפגנה; ואחרונה חביבה, הצעת חוק יסוד: זכויות חברתיות.¹⁰³ עם זאת, לא כל הזכויות שנכללו בהצעה העיקרית נכללו בהצעות החדשות.¹⁰⁴

92. בכור, חוקה לישראל, עמ' 54.
93. לנוסח הצעת החוק של 1989 ראו: גביוון ושניידר, המקראה, עמ' 143.
94. את הנוסח של הצעה זו גיבשה ועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת העשירית בשנת 1984. הנוסח המלא פורסם במקראה, עמ' 137-139.
95. סעיפים 25 ו-26 להצעה.
96. מונדלק, 'זכויות חברתיות כלכליות בשיח החוקתי החדש', עמ' 73.
97. הצעת רובינשטיין היתה העתק של הצעת משרד המשפטים כדי לדלג על מחסומי הקואליציה, והוגשה כאמור כהצעת חוק פרטית. דברי הכנסת, 115 (תש"ן), עמ' 401. ראו גם: רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני, עמ' 919.
98. דברי הכנסת, ה (התשנ"ב), עמ' 1235 ו-2595. ראו גם: רובינשטיין, שם, שם.
99. קרפ, 'חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: ביוגרפיה של מאבקי כח', עמ' 338.
100. בשלב הראשון היא חולקה לארבע הצעות, ואלה פוצלו לאחר מכן להצעה נוספת. רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני, עמ' 919.
101. הצעת חוק 2096, התשנ"ב, עמ' 102. בשלב מאוחר יותר תוקן החוק ראו: ספר חוקים, 1454 (התשנ"ד), עמ' 90.
102. הצעת חוק 2086, התשנ"ב, עמ' 60.
103. הצעת חוק 2256, התשנ"ד, עמ' 337.
104. למשל חופש הדת. ראו קרפ, 'חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: ביוגרפיה של מאבקי כח', עמ' 339.

שתי ההצעות הראשונות הוגשו בכנסת השתים עשרה, עברו והתקבלו.¹⁰⁵ לימים הן יהיו הבסיס ל'מהפכה החוקתית' שעליה יכריז נשיא בית המשפט העליון, השופט אהרון ברק. שתי ההצעות הבאות (זכויות במשפט וחופש הביטוי) הוגשו לאישור הכנסת השלוש עשרה,¹⁰⁶ ובשל התנגדותה של מפלגת ש"ס נדחו.¹⁰⁷ בשלב מאוחר יותר הן הועלו בשנית יחד עם הצעת חוק יסוד: זכויות חברתיות¹⁰⁸ ולא הועברו. סדר הגשת ההצעות מלמד בין השאר גם על חשיבותן וגם על משקלן בשיח הציבורי. פרופ' רובינשטיין עמד על כך, ולאחר שהתברר כי נגזו הסיכוי לקדם את שלוש ההצעות, אמר את הדברים האלה:

מובן שמחירו של הפיצול בצדו [...] עקב אי-קבלתן של שתיים מארבע ההצעות, נשמטו ממגילת הזכויות שהתקבלה עד כה מספר זכויות נוספות וחשובות, ובהן הזכות לחופש ביטוי והזכויות הנגזרות מחופש זה [...], חופש היצירה והמחקר והזכות לפנות לערכאות. אלו התווספו אל ההוראות בדבר הזכות לשוויון ואיסור ההפליה, הזכות לחופש תנועה ברחבי הארץ והזכות לחופש אמונה ודת שהושמטו עוד קודם.¹⁰⁹

אנו רואים אפוא כי הזכויות החברתיות – שאף הן הושמטו – לא מצויות ברשימת החרטה של רובינשטיין, ולא בכדי. יש בדבר משום המשך ישיר לתהליך ההשתקה שהייתה מנת חלקה של ההדרה. במאמר מוסגר יצוין שהצעות החוק שאכן מתקבלות – ובייחוד הצעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – זוכות בשלב הראשון בתגובות של אבל.¹¹⁰ חברת הכנסת שולמית אלוני אף מתארת אותן כ'חוק של ייאוש'. זה חוק של זכויות אדם לעניים [...],¹¹¹ ואף משה שחל מתאר אותו כ'חוק לאביונים'.¹¹² ימים יגידו כי בפועל הפך חוק זה לחוק של זכויות אדם לעשירים ולעשירים בלבד – גם בגלל פעילותו של בית המשפט העליון וגם בגלל רפיונו של המחוקק.

משלא קודמה הצעת החוק הממשלתית,¹¹³ הגישה קבוצת חברי כנסת ממפלגת מרצ¹¹⁴ ובראשן חברת הכנסת ענת מאור הצעת חוק יסוד: נוספת (להלן: הצעת מאור), שכללה פירוט נרחב של הזכויות החברתיות. ההצעה שבה והעניקה לזכויות החברתיות מעמד חוקתי

105. קרפ, שם, עמ' 323.

106. הצעת חוק 2219, התשנ"ד, עמ' 100.

107. דברי הכנסת, ו (התשנ"ד), עמ' 1121, 1122.

108. הצעת חוק 2253 (התשנ"ד), עמ' 325.

109. רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני, עמ' 919.

110. קרפ, 'חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: ביוגרפיה של מאבקי כח', עמ' 326-327.

111. דברי הכנסת, ב (התשנ"ב), עמ' 1240-1241.

112. שם, עמ' 1244.

113. הצעת חוק 2256, התשנ"ד, עמ' 337.

114. חברי הכנסת החתומים על ההצעה הם: ענת מאור, חיים אורון, נעמי חזן, רן כהן, וליד צאדק, דוד צוקר, אמונן רובינשטיין ויוסי שריד. נוסח ההצעה פורסם בכנסת החמש עשרה כ"פ/75 שהוגשה ב-12 ביולי 1999, והיא זהה להצעת החוק פ/1933 שהונחה על שולחן הכנסת הארבע עשרה.

על-חוקי כבימי ראשית המדינה, הן מבחינת היקף הזכויות הנכללות בה והן מבחינת ההגנה החוקתית שהיא מספקת להן. באותה שעה עיבדה ההסתדרות עוד הצעת חוק פרטית באותו נושא, אשר הוגשה על ידי חבר הכנסת עמיר פרץ¹¹⁵ (להלן: הצעת פרץ).¹¹⁶ במקביל להעלאתן, לחצו ארגונים חברתיים לקדם את החקיקה. בעקבות הלחץ הציבורי והצעות חוק יסוד אלה הודיע שר המשפטים דאז צחי הנגבי לכנסת כי גם משרדו שוקד על הכנת הצעת חוק יסוד בנושא, ואשר על כן קידום שתי ההצעות הפרטיות הוקפא. בשלב זה התפוגג גם הלחץ הציבורי, ורוכז עתה בעבודה מול משרד המשפטים.

ואכן כמובטח הגיש משרד המשפטים הצעת חוק יסוד: זכויות חברתיות חדשה,¹¹⁷ אלא שההצעה החדשה לא רק שלא הטיבה את המעמד שביקשו הצעות החוק הפרטיות לתת לזכויות החברתיות, אלא אף הרעה אותן. אמנם דברי ההסבר שלוו לתזכיר הצעת החוק¹¹⁸ – שהוגש כרוך עם הצעות לעוד חוקי יסוד בנושא זכויות האדם: זכויות במשפט, חופש הביטוי וההתאגדות לקראת שנת היובל למדינת ישראל – נשמעו מבטיחים למדי:

מצב הדברים הקיים, בו רק חלק מזכויות היסוד המוכרות זכה לעיגון חוקתי מפורש, אינו משיע רצון. הקושי בהימשכות מצב דברים זה הוא בראש ובראשונה, ציבורי וחינוכי [...] העיגון החלקי של זכויות היסוד יצר תמונה חסרה ואף מטעה [...] זכויות כלכליות ורכושיות, כגון זכות הקניין וחופש העיסוק, אינן ראויות ליותר הגנה מאשר הזכות לקיום בכבוד אנושי. יש על כן צורך בעיגוןן של זכויות אדם נוספות – שאין חולק על חשיבותן ומרכזיותן – בחוקי היסוד של המדינה.

גם במישור המשפטי, יש חשיבות להשלמת חקיקת היסוד בנושא זכויות האדם [...] ההכרה המפורשת של הכנסת, על פי סמכותה המכוננת, במתן מעמד על חוקתי לזכויות כגון [...] הזכויות החברתיות, מבהירה כי כל רשויות המדינה, לרבות המחוקק עצמו, חייבות בכיבוד זכויות אלה.

ושר המשפטים, שחתום על ההצעה, אף מדגים את כוונתו בהקשר זה:

המדינה מגבילה לעתים את חופש העיסוק או את זכות הקניין על מנת להגשים את הזכויות החברתיות של האדם. מתן הכרה חוקתית לזכויות אשר טרם בא זכרן במפורש בחוקי היסוד יבטיח כי בהתנגשות בין זכויות אלו, תקבל כל אחת את המשקל הראוי לה...¹¹⁹

115. נוסח הצעת החוק הפרטית של חבר הכנסת עמיר פרץ פורסם כ"פ/187, והיא זהה להצעה פ/2666 שהונחה על שולחן הכנסת הארבע עשרה.

116. להלן יכונה שתי ההצעות יחד: 'הצעות החוק הפרטיות'.

117. נוסף על זו של תשנ"ד.

118. את התזכיר שלח ביום 25 בינואר 1998 מר יהושע שופמן, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה לענייני חקיקה [להלן: תזכיר החוק].

119. עמ' 2-1 לדברי המבוא לתזכיר החוק.

גם דברי ההסבר המיוחדים להצעת חוק יסוד: זכויות חברתיות נפתחים בדברים דומים:

זכויותיו החברתיות של האדם אינן נופלות בחשיבותן מזכויותיו האזרחיות והפוליטיות. עקרון כבוד האדם מחייב לא רק כי המדינה לא תתערב בחייו של אדם בדרך שיש בה פגיעה בכבודו, אלא גם כי המדינה תיצור תנאים אשר יאפשרו לאדם קיום בכבוד אנושי.¹²⁰

אך מיד לאחר מכן תמונת הדברים מתחילה להשתנות. משרד המשפטים מבהיר את עמדתו כי קיים שוני בין שתי קבוצות הזכויות, ובשפתו שלו: 'השוני בין הזכויות החברתיות לבין הזכויות האזרחיות הקלאסיות [הדגש שלי] אינו כאמור במידת החשיבות כי אם באופיין של הזכויות ובתפקיד של המדינה בהבטחתן...'. אשר על כן ממשיך כותב הדברים ומבהיר כי לדידו המבנה של 'קביעת הזכות ולצדה קביעת פסקת הגבלה המציבה תנאים לפגיעה באותה זכות' שהשתמש בו בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם בישראל, 'אינו מתאים לקביעתן החוקתית של הזכויות החברתיות', שכן 'הזכויות החברתיות מנוסחות על דרך החיוב ואינן מוגבלות על ידי פסקת ההגבלה. פסקת הגבלה קובעת את אמות המידה לחקיקה הפוגעת בזכויות, אך החקיקה החברתית אינה באה להגביל את הזכויות המנויות כי אם להגשימן וליישמן'. מכאן קצרה הדרך למסקנה:

לכן סעיף 3 בחוק היסוד המוצע מחייב את המדינה לשקוד על קידום ופיתוח תנאים להבטחת הקיום בכבוד אנושי של תושביה [...] דרכי היישום הן מגוונות והן דורשות קביעת סדרי עדיפויות, הן מצד הכנסת והן מצד הממשלה, בהוראות הנקבעות בחוק, לרבות חוק התקציב, בתקנות על פי חוק ובהחלטות הממשלה.

אלא שכמו שנאמר בחלקו השני של מאמר זה, הקביעה ששתי קבוצות הזכויות שונות זו מזו באופן מהותי נתפסת כיום כקביעה אנכרוניסטית, שמטרתה לקדם קבוצה אחת של זכויות ולא לקדם את זולתה. במילים מפורשות יותר, לקדם רק את הזכויות הדרושות למעמד הבינוני-גבוה ולא את אלה שנדרשות למעמדות הנמוכים יותר.¹²¹ גם השימוש בכינוי 'קלסיות' ביחס לקבוצה אחת בהשוואה לרעותה אינו מדויק. זכויות האדם כולן באו אל העולם הדמוקרטי-מערבי יחד - במסגרת ההכרזה הבינ-לאומית לכל באי העולם בדבר זכויות האדם (שנחתמה ב-10 בדצמבר 1948) ומאוחר יותר במסגרת האמנות הבינ-לאומיות לזכויות אדם שנחתמו במקביל בשנת 1966. השימוש בתבניות ובביטויים מן העבר מלמד על גישתו של משרד המשפטים ועל תפיסתו את הזכויות החברתיות כזכויות שאין להן מעמד שווה לזכויות האזרחיות. הקורא את התזכיר אינו יכול שלא לחוש שמטרת החוק להניח את דעתו של הציבור הדרוש זכויות אלה, ולא באמת לעגן אותן בחוקה הישראלית. על ההרעה במצבן של הזכויות החברתיות יכולה להעיד ההשוואה בין ההצעות הפרטיות ובין ההצעה הממשלתית.

120. עמ' 5 לתזכיר החוק.

121. Fabre, *Social Rights*, pp. 152-182. להשפעת החלוקה על פעילות ארגוני זכויות האדם הלא-ממשלתיים

(NGO) בתחום ראוי: אטלן, 'זכויות האדם והאזרח בישראל', עמ' 251.

ההרעה הייתה בכמה מישורים: ההצעות הפרטיות הבטיחו שורה ארוכה של זכויות בתחומי חיים רבים, ואילו ההצעה הממשלתית כללה רק את מקצתם. כך, למשל, בעוד הצעת מאור הבטיחה שורה של זכויות פרטניות כגון 'הזכות לעבודה, הזכות לתנאי עבודה ולשכר הוגנים, הזכות לחינוך חינם עד גמר התיכון, הזכות להשכלה, לרמה הולמת של ביטחון סוציאלי, בריאות ורווחה כלכלית' והצעת החוק של פרץ הוסיפה זכויות כמו 'הזכות לדיור, הזכות לצרכנות הוגנת' וכו', ההצעה הממשלתית מסתפקת בניסוח כללי האומר: 'מדינת ישראל תשקוד על קידום ופיתוח התנאים להבטחת הקיום בכבוד של תושביה ובכלל זה בתחומי העבודה, החינוך, הבריאות, הדיור, הרווחה החברתית ואיכות הסביבה'. זאת ותו לא.

הבדלים אלה אינם רק הבדלים שבניסוח, אלא מדובר בהבדלים מהותיים שמבטאים שינויי עומק בתפיסת העולם. הצעת החוק הממשלתית אינה מבטיחה אלא שהמדינה תשקוד על התנאים למימוש אותן זכויות. ניסוח זה מלמד על השקפה נאו-ליברלית הרואה בעני אשם במצבו ומשום כך את האחראי להיחלצות מעוניו,¹²² שכן לפי המצדדים בגישה זו, תפקידה של המדינה מתמצה באספקת תנאים לאותם עניים להתרומם ולהתקדם בחברה, ואין זה מתפקידה למגר את העוני באופן ישיר גם בדרך של אספקת זכויות חברתיות. נוסף על כך, אם בהצעות הפרטיות מדובר בזכויות הנדרשות על ידי בעליהן ('לכל תושב יש זכות'), מההצעה הממשלתית עולה כי מדובר בהטבות שניתנות בחסדיה של המדינה. מאחר שאין יחס של נביעה בין זכות לחובה¹²³ – שכן במקום שקמה זכות קמה מולה חובה של הוולת, אך חובה לעומת זאת אינה מצמיחה כנגדה בהכרח זכות של האחר¹²⁴ – ההצעה הממשלתית בעצם אינה מספקת זכויות חברתיות כלל וכלל. במקרה הטוב מדובר בערכים מופשטים בלבד, שאין להם כוח אוכף באמצעות מערכת המשפט.

המישור השני נוגע לחוק הזכויות או ההטבות שבהצעות. בהצעות הפרטיות נקבעו לאחר פירוט הזכויות כמה סעיפים שמחזקים את הזכויות והופכים אותם הלכה למעשה לזכויות חוקתיות על-חוקיות. כך למשל נקבע בהצעת מאור¹²⁵ כי אי-אפשר לפגוע בזכויות

122. לגישת הליברליזם הרואה בעניי כמי שבחר בעצמו את הימצאותו במצב דברים זה ראו: J. F. Handler,

The Poverty of Welfare Reform, New Haven, CT 1995

123. H. Hoahfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, New Haven, CT 1923. יחס של נביעה

משמעו קשר של סיבתיות אוטומטית. בהקשר זה הכוונה שזכותו של פלוני אינה נובעת אוטומטית מעצם הטלת החובה על אלמוני, אלא צריכה להיווצר בעצמה. כך למשל, החובה המוטלת על יהודי מאמין לתת צדקה אינה נותנת זכות לנוקק לבוא ולתבוע את הצדקה 'שלו' מאותו יהודי.

124. ראו: J. Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford 1986, pp. 170-171, 183-186.

125. 7'. אין פוגעים בזכויות שלפי חוק יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית שנועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

8. כל רשות מרשויות השלטון וכל מי שפועל מטעמה חייבים לכבד את הזכויות שלפי חוק יסוד זה [...].

10. אין בכוחן של תקנות שעת חירום לשנות חוק יסוד זה, להפיקע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים; [...].

11. חקיקה, חקיקת משנה, תקנה או צו אשר באים לממש את המטרות בחוק זה או את הזכויות המנויות בו לא ייפסלו על שום פגיעתם בחוק יסוד אחר – אלא אם הפגיעה אינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית השואפת לחברה צודקת.

אלא בחוקים שעומדים בדרישות מסוימות לרבות הלימה את ערכי מדינת ישראל, תכלית ראויה ומידתיות,¹²⁶ והרשויות חייבות לכבדן בדומה למבנה חוקי היסוד של 1992. וחשוב מכול, סעיף 11 להצעה קובע כי:

חקיקה, חקיקת משנה, תקנה או צו אשר באים לממש את המטרות בחוק זה או את הזכויות המנויות בו לא ייפסלו על שום פגיעתם בחוק יסוד אחר – אלא אם הפגיעה אינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית השואפת לחברה צודקת.

ההערה האחרונה חשובה בעיקר בשל העשייה השיפוטית העשירה בתחום הזכויות האזרחיות מאז הוכרזה 'המהפכה החוקתית' ומתוך ההבנה כי בחיי המעשה אי-אפשר לקדם זכויות חברתיות בלי לפגוע בזכויות אחרות שהוכרו ובווצרו היטב בפסיקת בתי המשפט כמו קניין¹²⁷ וחופש החוזים.¹²⁸

ההוראות בדבר יציבות החוק, נוקשותו וההוראות המיוחדות בדבר פגיעה בחוק יסוד אחר משלימות את ההגנה החוקתית הגבוהה ביותר שאפשר לתת לזכויות החברתיות. על רקע זה בולטת חולשת ההצעה הממשלתית. לפי לשונה מקבלות הזכויות החברתיות מעמד מינימלי של נורמות שמתחת למעמד של חקיקה רגילה. מעמד מינימלי זה מבוסס על כך שכל סעיף 3 להצעת החוק הממשלתית מבוסס על אמות מידה 'כפי שייקבע בחוק או על פיו'. סיפה זו מרמזת על מעמדם הנחות של הזכויות החברתיות. די בהרשאה על פי חוק, בתקנות ובהחלטות ממשלה, כדי שניתן יהיה שלא לקיימן. גם הוראת הנוקשות חסרה בהצעת החוק הממשלתית. אפשר שקריאה בהמשך דברי ההסבר לתזכיר מבהירה את המניע לנוסח הצעה זו. תחת הכותרת 'השפעת חוקי היסוד המוצעים על תקציב המדינה ועל התקן המנהלי',¹²⁹ מציין משרד המשפטים כי 'אין לצפות כי לחוקי היסוד המוצעים תהיה השפעת תקציבית או מנהלית ישירה'. מאחר שברור שאין מימוש זכויות חברתיות ללא השפעה תקציבית, הרי שהתמונה השלמה היא שמשרד המשפטים לא התכוון באמת לעגן מעמד חוקתי לזכויות החברתיות, אלא התכוון להכריז עליהן בלבד.

12. אין לשנות חוק יסוד זה אלא על ידי תיקונו במפורש או על ידי תיקון בחוק יסוד אחר שנאמר בו שתקפו הוא על אך האמור בחוק יסוד זה, שנתקבל במליאת הכנסת ברוב של חברי הכנסת בקריאה ראשונה, בקריאה השנייה, ובקריאה השלישית; לעניין זה "שינוי" למעט הוראה הבאה להוסיף על זכויות היסוד המנויות בחוק זה.

126. להסבר על פסקת ההגבלה ראו: א' ברק, 'המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות', משפט וממשל, א (התשנ"ב-התשנ"ג), עמ' 9.

127. א' גרוס, 'זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו', עיוני משפט, כא, 3 (תשנ"ח), עמ' 405.

128. ה' סומר, 'הזכויות הבלתי מנויות: על היקפה של המהפכה החוקתית', משפטים, כח (1997) [להלן: סומר, 'הזכויות הבלתי מנויות: על היקפה של המהפכה החוקתית'], עמ' 257.

129. עמ' 6 לתזכיר החוק.

לא בכדי עוררה ההצעה הממשלתית זעם רב בקרב הארגונים החברתיים. כך למשל הגיבה פרופ' רות בן ישראל:

קראתי את תזכיר חוק יסוד: זכויות חברתיות והבנתי איך במדינת ישראל יכול לקרות המקרה של החייל ניקולאי רפפורט. מקרה כזה מתיישב עם ההתייחסות לזכויות החברתיות כפי שהיא באה לביטוי בתזכיר המוצע על ידך. בושתי ונכלמתי להיווכח מה המתנה שמשרד המשפטים מתכנן לאזרחי המדינה לקראת חגיגות שנות החמישים [...] לא ברור לי כיצד אתה יכול להתייחס להצעה בהקשר לזכויות חברתיות שאתה מזכיר בתזכיר כאל הצעה להבטחת זכויות היסוד החברתיות החוקתיות של אזרחי המדינה. התזכיר הרי אינו מבטיח לאזרחי המדינה שום זכות [ההדגשה במקור] חברתית. נהפוך הוא ...¹³⁰

ופרופ' בן ישראל ממשיכה:

אינני מתווכחת עם השקפת עולם. אינני מטיפה לאימוץ השקפת עולם המכירה בסולידריות חברתיות ובאחריות הדדית. אבל נבצר ממני להבין כיצד תזכיר חוק יסוד: זכויות חברתיות איננו מקיים אפילו את המעט המוכר גם על פי הליברליזם החדש ...¹³¹

ולבסוף מציינת פרופ' בן ישראל גם בנוגע לדברי ההסבר שצורפו לחוק:

יש [בהם] משום גילוי לא נאות. היה מן הראוי לציין בדברי ההסבר שניים: (א) כי קיימת הצעת חוק יסוד: זכויות חברתיות משנת תשנ"ד שהוגשה לכנסת ואשר יש צורך רק להביאה להצבעה; (ב) כי בתזכיר המוצע על ידך אתה משנה ושולל את ההכרה בזכויות החברתיות של האדם כזכויות יסוד חוקתיות המעוגנות במסגרתה [ההדגשה במקור].

ואכן, השוואה של הצעת החוק הממשלתית להצעת החוק של תשנ"ד מלמדת על כרסום נוסף במעמדן של הזכויות החברתיות, שכעת מוצהר עליהן בלבד. באופן יוצא דופן למדי השמיע גם נשיא בית המשפט העליון, הפרופ' אהרון ברק, ביקורת כשאמר בכנס באוניברסיטת בר אילן¹³² כי הוא מתנגד להצעת החוק הממשלתית שהיא בעיניו 'לא טובה', וכי הוא עצמו

130. מכתב ליהושע שופמן, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (חקיקה) מיום 9 בפברואר 1998. העתקים הועברו לנשיא בית המשפט העליון, לנשיא בית הדין הארצי לעבודה, לשר העבודה והרווחה, ליועץ המשפטי לממשלה וליושב ראש ההסתדרות.

131. אכן, הליברליזם החדש מבוסס על הדאגה לפיתוח אישי של כל פרט ופרט בחברה במלוא הפוטנציאל הטמון בו – דאגה שמחייבת מתן זכויות חברתיות מינימליות. ראו: B. Jordan, *Rethinking Welfare*, Oxford 1987, pp. 121-122. מרשל, אבי הליברליזם החדש, ראה בהבטחת קיומו בכבוד אנושי של האדם בחברה תנאי חיוני ומקדמי לקיום חופש הבחירה וכינה אותו בשם 'אזרחות חברתית' ובלעז: Social Citizenship. ראו: Marshal, לעיל הערה 37.

132. שנערך בכ"ו באדר תשס"א, 21 במרס 2001, ונשא את הכותרת 'בית המשפט העליון' [להלן: כנס בר אילן].

צילם העתק של הסעיפים הרלוונטיים של חוקת דרום אפריקה וציין לפני שר המשפטים כי עדיף תרגומה של האחרונה על הנוסח החסר של משרד המשפטים.¹³³ הנשיא ברק חזר על דברים אלה בכנס השנתי השלישי של לשכת עורכי הדין בצינו:

יש כבר הצעת חוק יסוד: זכויות חברתיות, היא עברה גלגולים שונים. הגלגול של 1994, שאני לא אכנס לפרטים שלו, הוא לא רע. הוא לא טוב. הוא אומר 'לכל תושב הזכות לסיפוק צרכיו הבסיסיים (לא המינימליים) לשם קיום בכבוד אנושי'. זה ואחר כך נותנים דוגמאות. יש רשימה שלמה. זה לא מספיק משום שזה יותר מדי קרוב אל כבוד האדם ואל הגישה של הקיום המינימלי. ההצעה מ-1997 היא לא מתקבלת על הדעת לחלוטין [...] זה בכלל לא זכויות, זה ערכים. ואכן בהצעה הזאת אין פיסקת הגבלה בכלל [ההדגשה שלי]. משום שזה ערכים שלא צריך להגביל אותם [...] אגב כשממשלות מערך התבקשו להגשים את חוק זכויות חברתיות הן לא עשו את זה. המערך. ולכן לפי דעתי מה שצריך לעשות הוא אלה: אנחנו, בתי המשפט, צריכים לקחת זכויות חברתיות ברצינות רבה מאוד, לפי דעתי זה מה שאנו עושים, אנחנו צריכים לבחון איך אפשר לפרש את הטקסטים הקיימים ובעיקר כבוד האדם וחירותו כדי לראות האם כלולות בהן זכויות מסוימות או יותר נכון איזה היבטים של הזכויות כלולות בהן [...] אנחנו בתי המשפט צריכים לעשות את זה, וג' - וזה העיקר - הכנסת כרשות העליונה במדינת ישראל - שמגר - כרשות המכוננת - אני, הכנסת תבדוק את חוקי היסוד האלה ותחוקק חוק יסוד: זכויות חברתיות. יש עשרות עשרות של דוגמאות וייווצר שוויון בין הזכויות השונות משום שאין שום סיבה עניינית מדוע זכותי לקניין תהייה חשובה יותר מזכותי לבריאות, מדוע זכותי לחופש תעסוקה תהייה חשובה יותר מזכותו של העובד לתעסוקה ליחסי עבודה לביטחון סוציאלי...¹³⁴

פיזור הכנסת בעקבות הפלת ממשלת נתניהו הביא לידי הקפאת הדיונים בהצעות. העניין נעזר מחדש במסגרת מערכת הבחירות לקראת הכנסת החמש עשרה. הופעת מפלגת המרכז החדשה לצדה של מפלגת שינוי העמידו במרכז שיח הבחירות את השלמתה הסופית של חוקה לישראל.¹³⁵ במסגרת מסע הבחירות הסתבר שלדעת מפלגות אלה חסרים חוקי יסוד ספורים כדי להשלים את החוקה: חוק שיעגן את חופש הביטוי והשוויון, חוק שיבטיח חופש דת וחוק שיסדיר את הליך החקיקה.¹³⁶ ושוב נפקדו מהרשימה הזכויות החברתיות. מאמר של חבר הכנסת אמנון רובינשטיין, שפורסם באותה עת, מייצג נאמנה את רוח הדברים:

133. פרוטוקול כנס בר אילן, עמ' 5 לדברי הנשיא ברק.
 134. מתוך פרוטוקול מושב 'משפט וצדק חברתי', כנס לשכת עורכי הדין באילת, 26 במאי 2003. מצוטט גם בתוך: בעורך הדין, 38 (יוני 2003), עמ' 46-47.
 135. 'אלבשן, מי צריך חוקה', הארץ, 20 באפריל 1999, עמ' 2. ראו גם: ד' בן סימון, קסם על שפתי מלך: ישראל ערב בחירות 99, ירושלים 1999, עמ' 214.
 136. 'אלבשן, חוקה לבעלי האמצעים', הארץ, 1 ביוני 1999, עמ' 2ב.

תפקידה העיקרי של הממשלה החדשה הוא לקבוע כללי התנהגות עקרוניים כולל עקרון השוויון שלא יהיה אפשר לבטלם במחי הצבעה אחת בכנסת. משום כך מוכרחים להשלים את החוקה – רובה כבר כתוב עלי ספר – ולכלול בה הוראה מפורשת גם על שוויון כל האזרחים וגם על חופש דת וחופש מדת.¹³⁷

בשל כך התארגנה מחדש קואליציית הארגונים למען חוק יסוד: זכויות חברתיות, שלקראת מה שנראה כסופו של תהליך כינון החוקה, ביקשה להשיב את הנושא לסדר היום החוקתי. ההתארגנות הועילה והחלה לתת את אותותיה בשיח הציבורי בסדרת מאמרים בנושא זה בכל אמצעי התקשורת.¹³⁸ מאמרים אלה יצרו לחץ שהחזיר את חוק יסוד: הזכויות החברתיות לקבוצת החוקים הנדרשים ל'השלמת החוקה'.¹³⁹ במקביל שבו והועלו הצעות החוק הפרטיות משל מרצ ומשל עמיר פרץ על שולחנה של הכנסת החמש עשרה, כשנלוות להן הצעת חוק של חברי כנסת מחדש.¹⁴⁰ הלחץ הציבורי אף הביא לידי כך ששר המשפטים החדש, ד"ר יוסי ביילין, החליט עם כניסתו לתפקיד לשלב בין חוקי היסוד הדרושים להשלמת החוקה גם את חוק יסוד: זכויות חברתיות,¹⁴¹ אלא שלמגינת לבם של תומכי החוק שב שר המשפטים והגיש את הצעת החוק הממשלתית הקודמת.¹⁴²

השינוי היחיד בכנסת החמש עשרה שטמן בחובו סיכוי לשינוי של ממש היה הצעת חוק יסוד: זכויות חברתיות של ועדת החוקה חוק ומשפט, שהיושב ראש שלה, חבר הכנסת אופיר פינס, הצהיר כי 'אלך בכל הכוח על חקיקת חוק יסוד: זכויות חברתיות',¹⁴³ והסיבה לשיטתו:

כי הגעתי למסקנה שהכנסת יכולה להתלכד סביב החוק הזה משני טעמים: בגלל הרגישות הגבוהה יחסית של הכנסת ומשום שיש היום חוסר איוון קונסטיטוציוני כי הצד של המעסיקים חלקו מעוגן כיום בחוק יסוד: חופש העיסוק, כלומר יש דיספרופורציה מאוד רצינית של העובד מול המעביד ברמה הקונסטיטוציונית, דבר שבעיני הוא לא מתקבל על הדעת.¹⁴⁴

137. א' רובינשטיין, 'חולשה שוקוקה לחוקה', הארץ, 31 במאי 1999, עמ' ב1.

138. ראו למשל: א' ריינר, 'רבע מעברה', הארץ, 26 במאי 1999, עמ' ב1; א' ריינר, 'החוקה כמחאה', הארץ, 9 ביוני 1999, עמ' ב1; ז' סגל, 'הודמנות לחוקה', הארץ, 7 ביוני 1999, עמ' ב1; ב' מיכאל, 'פטיש החוקה', ידיעות אחרונות, 4 ביוני 1999, עמ' 7; י' פלג, 'ישראל לא מוכנה לחוקה', הארץ, 16 ביוני 1999, עמ' ב2; ב' דרור ימיני, 'חוקה לעשירון העליון', מעריב, 21 ביוני 1999, עמ' 6; ואלבשן, 'חוקה לבעלי האמצעים', הארץ, 1 ביוני 1999, עמ' ב2.

139. ראו סקירתו המפורטת של י' שלג בנושא. שלג, 'חוקה – למה תחרדים מפחדים ממנה ולא רק הם', הארץ, 26 במאי 1999, עמ' ב4.

140. הצעת החוק של מרצ פ/75, שהוגשה ב-12 ביולי 1999, והיא זהה להצעת החוק פ/1933 שהונחה על שולחן הכנסת הארבע עשרה. הצעת החוק של פרץ פ/187, והיא זהה להצעה פ/2666 בכנסת הארבע עשרה. הצעת חד"ש פ/188.

141. עורך הדין, 9 (ספטמבר 1999), עמ' 23.

142. ר' סיני, הארץ, 22 בינואר 2003, עמ' א12.

143. ריאיון לעורך הדין, 25 (נובמבר 2001), עמ' 22-26.

144. שם, עמ' 24.

פינס מציג הצעת חוק דומה לזו שהוצגה בתשנ"ד¹⁴⁵ ושיש בה משום פשרה בין ההצעה הממשלתית להצעות הפרטיות באופן שמניח את דעתם של הארגונים החברתיים. אלא שלמרות רצונו הטוב של חבר הכנסת פינס, גם בכנסת החמש עשרה לא חלה כל התקדמות. פיזורה בשנת 2003 עם התפטרות ממשלתו הראשונה של שרון מותיר את הזכויות החברתיות מיותמות מבחינה חוקתית בדיוק כמו שנכנסו אליה.

ג. השותפים למעשי ההדרה וההשתקה

בניגוד למחלוקות שהיו בעבר,¹⁴⁶ כיום נוהגת המציאות המשפטית לפי משטר חוקתי,¹⁴⁷ קרי, כיום שיטת המשפט הישראלית מבחינה בין הליכי קבלת החלטות חוקתיים ובין חקיקה רגילה, והאחרונה אף כפופה לביקורת שיפוטית חוקתית.¹⁴⁸ כך בית המשפט העליון, כך הכנסת וכך שאר רשויות השלטון. ההליך החוקתי בישראל הוא עובדה קיימת, ונראה כי כל ניסיון למגר אותו נועד לכישלון מראש. דומה כי המחלוקת היחידה שנותרה כיום נוגעת בשאלה אם כבר יש לנו חוקה קשיחה גם אם נכה מעט – כמו שסבור נשיא בית המשפט העליון, השופט אהרון ברק,¹⁴⁹ בדמותם של חוקי היסוד הקיימים (ובעיקר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק¹⁵⁰); או אם עדיין אנו חסרים מסמך שכזה כפי שגורסים אחרים כדוגמת פרופ' רות גביון.¹⁵¹ אני סבור שמדובר בקרב מאסף למלחמה שכבר הוכרעה בפועל: המערכת הפוליטית, מערכת המשפט, מערכת החינוך ושאר רשויות השלטון נוהגות כאילו כבר כוננה חוקה פורמלית¹⁵² בישראל, שמאפשרת ביקורת שיפוטית וביטול חוקים שחוקקה הכנסת.

על רקע זה בולט עוד יותר מעשה ההדרה, שהוא פרי מחדלם של שותפי המחוקק למלאכת כינון החוקה.¹⁵³ לו היה מחדלו של המחוקק מתאון בעשייה שיפוטית של בית המשפט העליון, היה מצבן של הזכויות החברתיות יכול להיות שונה לגמרי. אבל גם בית המשפט, בעיקר

145. הצעת חוק 3069, הוגשה ב־7 בינואר 2001.

146. ראו גם: מ' בן פורת, 'חוקה לישראל: האם ומתי?', עיוני משפט, יא (תשמ"ו), עמ' 19.

147. להבחנה בין 'משטר חוקתי' ובין 'חוקה' ראו: גביון, 'המהפכה החוקתית – תיאור מציאות או נבואה המגשימה את עצמה', עמ' 38.

148. ההגדרה של גביון, שם, עמ' 39; ראו גם: J. E. Lane, *Constitutions and Political Theory*, Manchester 1996.

149. א' ברק, 'המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות', משפט וממשל, א (תשנ"ב-התשנ"ג), עמ' 9.

150. ספר חוקים, התשנ"ב, עמ' 150; ספר חוקים, התשנ"ד, עמ' 190.

151. ר' גביון, 'המהפכה החוקתית – תיאור מציאות או נבואה המגשימה את עצמה', עמ' 21.

152. להגדרות בסיסיות בנושא ראו: גביון, שם, עמ' 34-37.

153. י' קרפ, 'חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: ביוגרפיה של מאבקי כח', עמ' 323-384; הנ"ל, 'מקצת השאלות על כבוד האדם לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו', משפטים, כה (1995), עמ' 125.

במושבו כבית דין גבוה לצדק – אף שבשורה ארוכה של פסקי דין, מאז ימי פרשת קול העם¹⁵⁴ ועד פרשת העינויים של ימינו אנו,¹⁵⁵ פיתח את מעמדן החוקתי של הזכויות האזרחיות – ונח כמעט לגמרי את פיתוח הזכויות החברתיות¹⁵⁶ והותירן מודרות ומושתקות. יתר על כן, ברצותם, יודעים שופטי בית המשפט העליון להפעיל לחץ על בית המחוקקים כדי לקדם הצעות חוק שקרובות ללבם. כך למשל נהג בית המשפט העליון בכל הקשור להקמת סנגוריה ציבורית:¹⁵⁷ בשורה ארוכה של פסקי דין התריעו השופטים על הצורך בהקמת גוף שיסייע לנאשמים חסרי ממון. דוגמה לכך הם דברי השופט בן יאיר בערעור פלילי 134/89 – 'שמואל אברג'יל נגד מדינת ישראל':

כמותם, אף אני סבור, שהדרך המתאימה לפתרון הבעיה היא על ידי הקמתה, מכוח דין, של סנגוריה כללית ציבורית. עד אשר יוסדר העניין בדין, ראוי, כפי שציין חברי הנכבד השופט ד' לוי, שלשכת עורכי הדין תושיט את עזרתה בנדון.¹⁵⁸

כך גם קרה בכל הקשור לנושאי דת ומדינה ולמחלוקות בנוגע לחופש ביטוי, אלא שבכל הקשור לזכויות החברתיות מילא על פי רוב בית המשפט העליון את פיו מים. בית המשפט העליון אף יודע לאלץ את המחוקק להידרש לנושאים מסוימים ולומר את דברו בדרך של פסיקה שמאתגרת את המחוקק ומחייבת אותו לפעול (שכן המשך הימנעותו מהתערבות הוא בבחינת הסכמה לאותה פסיקה או חקיקה שיפוטית).¹⁵⁹ אלא ששופטי בית המשפט העליון בחרו שלא לעשות כן, אף שהדבר היה בכוחם ואת הזכויות הנוספות הם יכלו לגזור מהזכויות המנויות במפורש בחוקי היסוד ובעיקר מערך כבוד האדם.¹⁶⁰ ואולם בשנים הראשונות לאחר הכרזת המהפכה החוקתית הקדיש בית המשפט העליון את רוב מרצו לפיתוח זכויות אזרחיות פוליטיות כמו למשל:

חופש הביטוי, חופש האמונה, הפולחן והדת, חופש היצירה, חופש האסיפה, חופש התהלוכה, חופש ההתאגדות, הזכות לשוויון, חופש השביתה וההשבתה, חופש ההתקשרות וחופש החוים, את הזכות לקבלת מידע מידי הרשויות, כולל מידע בדבר הנחיות פנימיות של הרשויות עצמן, זכויות הצרכן, הזכות להורות, זכותו של אדם לדעת מיהם הוריו, חובתם של רופא ובית חולים למסור לחולה מידע על הטיפול שקיבל ותוצאותיו, האפשרות של עבריינים לרהביליטציה, זכותו של בעל דין לפנות לבית משפט והזכות

154. בג"צ 73/53 – 'קול העם בע"מ נגד שר הפנים', פסקי דין, ז, עמ' 871.
155. בג"ץ 4054/95, 5100/94 – 'הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואחרים נגד ממשלת ישראל ואחרים', תקדין עליון, 1999 (3), עמ' 458.
156. לסקירה מקיפה בנושא ראו: סומר, 'הזכויות הבלתי מנויות: על היקפה של המהפכה החוקתית', עמ' 257.
157. ראו ד' ביין, 'חוק הסניגוריה הציבורית: סקירה תמציתית', משפטים, כט, 481 (תשנ"ח), עמ' 484.
158. פסקי דין, מד (4) עמ' 211-212.
159. מ' לנדוי, 'מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית המשפט', משפט וממשל, ג (תשנ"ו), עמ' 697.
160. סומר, 'הזכויות הבלתי מנויות: על היקפה של המהפכה החוקתית', עמ' 257.

לסיפוק צרכים בסיסיים לקיום אנושי. כמו כן נכללה בגרסה המורחבת של המהפכה החוקתית גם סדרה ארוכה של זכויות חשובות במשפט הפלילי המהותי והדיוני...¹⁶¹

ניכר לקורא שאף לא זכות חברתית אחת נכללה בעשייה שיפוטית חשובה זו, חוץ מאמירות אגב מעטות. רק לקראת סוף העשור הראשון של המהפכה החוקתית, כלומר בשנים 1999-2001, ניכרה התקדמות בפיתוח מעמדן החוקתי של הזכויות החברתיות.¹⁶² כוונתי בעיקר לשני פסקי דין:¹⁶³ הראשון הוא פסק הדין בעניין חלמיש,¹⁶⁴ שם מכיר בית המשפט העליון בזכות לביטחון סוציאלי 'כזכות אדם חברתית וכמרכיב חיוני בשמירה על כבוד האדם'. פסק הדין השני הוא זה שניתן בעניינו של פרופסור יוסף גמזו,¹⁶⁵ שם קובע הנשיא ברק כי:

הזכות של כל אדם [...] לקיום מינימלי, היא חלק אינטגרלי מההגנה החוקתית המוענקת על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. [...] תכלית זו מעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כבודו של האדם כולל בחובו, כפי שראינו, הגנה על מינימום הקיום האנושי (ראו בג"ץ אטרי נ' מדינת ישראל, לא פורסם). 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 [...] ¹⁶⁶

אלא שאלה החריגים שאינם מעידים על הכלל. זאת ועוד, בשל מעמדו הבכיר של בית המשפט העליון בעולם המשפט הישראלי, יכלו נשיאו ושופטיו להניע מהלכים חוקתיים בדרך של הרצאות ושינוי השיח הציבורי בנושא. השפעתם העצומה של דברי הנשיא ברק על הכורח לחוקק חוק יסוד: זכויות חברתיות שנישאו בשני כנסים בשנתיים האחרונות, היא המלמדת על כך¹⁶⁷ ועל מה שהיה אפשר לעשות אולי קודם לכן. אחריות דומה רובצת לפתחה של האקדמיה המשפטית¹⁶⁸ ולפתחם של הארגונים לקידום

161. סומר, שם, עמ' 262-263.

162. ראו גם: י' דותן, 'חוקה למדינת ישראל? הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר המהפכה החוקתית', משפטים, כח (תשנ"ו), עמ' 149.

163. בנוסף ראו: בג"ץ 4363/00 – 'ועד פוריה עלית ע"י היו"ר נגד שר החינוך', תקדין עליון, 2002 (2), עמ' 1008, שבו הוכרה הזכות לחינוך ולצדה הזכות לחינוך פרטי.

164. בג"ץ 890/99 'מיכאל חלמיש נגד המוסד לביטוח לאומי', ניתן ביום 17 בספטמבר 2000, תקדין עליון, 2000 (3), עמ' 1362 [להלן: בג"ץ חלמיש].

165. ראו פרשת גמזו, הערה 90 לעיל.

166. פרשת גמזו, פסקאות 19-20.

167. ראו הערות שוליים 156, 157.

168. ראו הרחבה: י' אלבשן, 'על נפקדות הצדק החברתי בחינוך המשפטי בישראל', עלי משפט, ג (2003), עמ' 7.

זכויות האדם בישראל.¹⁶⁹ האחרונים – 'אנשי השטח'¹⁷⁰ – התעלמו שנים רבות מזכויות אלה ולא ראו בהן זכויות שוות מעמד לזכויות האזרח האחרות.¹⁷¹ כך גם בכל הקשור לאקדמיה המשפטית. אותה אקדמיה שלקחה על עצמה לקדם את נושא זכויות האזרח ולשלבן בשיח החוקתי וכן להנך דורות של משפטנים על ברכי תורה זאת, התעלמה במתכוון מנושא הזכויות החברתיות, ואלה לא זכו להיכלל בספרי הלימוד על המשפט החוקתי ונדחקו לקרן הזווית של תכנית הלימודים.¹⁷² כך קרה שמעשה ההדרה של הזכויות החברתיות והשתקתו הקיפו כמעט את מערכת המשפט כולה. דורות של משפטנים גדלו לתוך מציאות שבה לא היו הזכויות החברתיות אפילו בגדר של נוכחות נפקדות.

ד. נפקויות ההדרה וההשתקה

על רקע מציאות משפטית זו להדרת הזכויות החברתיות ממגילת זכויות האדם עוד השפעה, נוסף על אי-אספקת תנאי קיום בכבוד אנושי. הזכויות החברתיות הן תנאי שבלעדיו אין הנאה מהזכויות האזרחיות,¹⁷³ שהרי אי-אפשר ליהנות מחופש ביטוי ללא ידיעת קרוא וכתוב,¹⁷⁴ בלתי אפשרי ליהנות מחופש התנועה אם אין בריאות שמאפשרת ניידות,¹⁷⁵ ולזכות לפרטיות אין שום משמעות כאשר אתה חסר בית.¹⁷⁶ מכאן שמאי-עייגונן של זכויות אלה בחוקי היסוד עולה שהעניינים יתקשו ליהנות גם מהזכויות האזרחיות שאכן עוגנו בחוקי היסוד שכווננו

169. ראו טקסט נלווה להערות 40 ו-106.
170. להגדרות ראו: א' בן אליעזר, 'האם מתהווה חברה אזרחית בישראל? פוליטיקה וזהות בעמותות החדשות', סוציולוגיה ישראלית, ב, 1 (2000), עמ' 51-97.
171. ראו: אטלן, 'זכויות האדם והאזרח בישראל'; ריאיון עם פרופ' רות גביוון, ממיסדי האגודה לזכויות האזרח בישראל; ע' פישביין, 'שתדלנות, העצמה, רק לא זכויות', הארץ, 10 בדצמבר 1999, עמ' 5.
172. ראו: י' אלבשן, 'על נפקדות הצדק החברתי באקדמיה המשפטית בישראל', עלי משפט, ג, 1 (2003), עמ' 7.
173. J. Bakan, 'Whats Wrong With Socail Rights?', Fabre, *Social Rights*, pp. 110-151. כן ראו: J. Bakan & D. Schneiderman (eds.), *Social Justice and the Constitution: Perspective on a Social Union for Canada*, Ottawa 1992, p. 213.
174. עמד על כך בהקשר של הזכות לחינוך חינוך השופט ת' אור בבג"צ 7715/95 – 'עמותת שוחרי גיל"ת ואחרים נגד שר החינוך', פסקי דין, נ (3), עמ' 2, בקובעו כי 'החינוך הוא, בלי ספק, מכשיר חשוב בהבטחת זכויותיו וחירויותיו של כל פרט ופרט, ובמימושן של הזכויות הפוליטיות הבסיסיות הנתונות לו, ובהן חופש הביטוי, והזכות לבחור ולהיבחר [...]'.
175. להמחשה יפה של התלות בין השתיים ראו פסק דינו של בית המשפט לחוקה של דרום אפריקה: Nov. CCT 32/97, 'Thiagraj Soobramoney vs. Minister of Health (Kwazulu-Natal)', 27 1997 להשוואה עם תנאי הבריאות בארץ ראו: מ' מאוטנר, 'צדק חלוקתי בישראל', בתוך: הנ"ל, צדק חלוקתי בישראל, עמ' 27-28.
176. עוד דוגמאות ראו אצל י' אלבשן, 'השעון המקולקל מסרב לנוע', משפט נוסף, 1 (2001), עמ' 9-15.

(כמו למשל הזכות לפרטיות שמעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו¹⁷⁷). כך הפכה מגילת זכויות האדם שנקמה עד כה בישראל לכלי שרת בעיקר בידיהם של המעמד הבינוני והמעמד הגבוה, וככזאת היא שימשה אמצעי לפגיעה בזכויותיהם של העניים והמוחלשים. כך אירע למשל כשניצבו האחרונים מול מעבידיהם (שחופש העיסוק שלהם וחופש החוזים שלהם הוגנו ברמה החוקתית¹⁷⁸) או מול בעלי הבתים שלהם (שזכות הקניין שלהם הפכה לזכות חוקתית מבוצרת כמעט באופן הרמטי¹⁷⁹). אין זה מאפיין ייחודי של ההיסטוריה המשפטית בישראל. כך גם מלמדת אותנו ההיסטוריה החוקתית האמריקנית: את חקיקת הרווחה החשובה של הנשיא רוזוולט – חקיקת ה'ניו דיל' – פסל בתחילה בית המשפט העליון האמריקני כ'בלתי חוקתית' משום שהמעורבות הממשלתית במשק איימה לפגוע ברכושם של בעלי ההון.¹⁸⁰ כך גם ביטל בית המשפט בקולומביה את חוק שכר מינימום לנשים (בפרשת וֵדקינס) בטענה שהוא מנוגד לחוקה בשל פגיעתו ב'חירות האזרחים להתחייב בחוזים כרצונם'.¹⁸¹ העובדה שהחוזים נחתמו בין שני צדדים שאינם בעלי כוח שווה, בלשון המעטה, לא הפריעה לבית המשפט האמריקני. מסיבה דומה, בפרשת לוכנר הנודעת בוטל במדינת ניו יורק חוק שביקש להגביל את שעות העבודה במאפיות (שנעשו אז בתת־נאום וכמעט ללא זכויות) לעשר בלבד.¹⁸² די לקרוא את הנמקת בית המשפט בפרשה האחרונה כדי להבין את משמעות הדרת הזכויות החברתיות מהחוקה. אז קבע בית המשפט כי חוק המגן הסוציאלי הזה אינו חוקתי שכן:

There is no reasonable ground for interfering with the liberty of persons or the right of free contract, by determining the hours of labor, in the occupation of a baker.

ואלה רק מקצת הדוגמאות. בהיעדר זכויות חברתיות חוקה נהפכת למכשיר שמשרת את מיעוט בעלי ההון והרכוש¹⁸³ במאבק על משאבים אל מול הרוב שחסר אותם. עמדה על כך

177. סעיף 7 בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ספר חוקים, תשנ"ב, עמ' 150.

178. חופש החוזים עוגן על ידי השופט אהרן ברק בזכות החוקתית של כבוד האדם המוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו: א' ברק, 'חוק יסוד: חופש העיסוק', משפט וממשל, ב, 195 (תשנ"ד-תשנ"ה), עמ' 199.

179. א' גרוס, 'זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו', עיוני משפט, כא, 3 (תשנ"ח), עמ' 405.

180. צ' ה' פריצ'ט, החוקה האמריקאית (תרגום: א' חשביה), תל אביב 1982, עמ' 101-137.

181. שם, שם.

182. 'Lochner versus New York', 198 us 45 (1905).

183. השימוש במונח 'מיעוט' איננו מקרי. אחד המיתוסים שהביאו לכינון חוקות היה המיתוס שחוקה מסייעת לשמור על זכויות המיעוט, בכך שהיא אינה מאפשרת לרוב הקיים בזמן נתון לעשות כרצונו, A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London 1950. זה גם אחד ההסברים מדוע האקט החוקתי התקבל אף שהוא נוגד את רעיון שלטון הרוב ואף שהוא כובל את יכולתם של הדורות הבאים לקבל החלטות לפי שיקול דעתם. ראו: גביוון, 'המהפכה החוקתית – תיאור מציאות

פרופ' ג'ניפר נדלסקי¹⁸⁴ בציינה כי לאמתו של דבר נועדה בבסיסה החוקה האמריקנית להגן על הרכוש הפרטי (private property) מפני 'חדירה' דמוקרטית (democratic incursion). במילים ברורות יותר, נדלסקי קובעת כי מעצבי החוקה מטרם היתה להגן על רכושם של בעלי ההון והרכוש מפני רודנות של הרוב שאינו בעל רכוש בהיקף דומה, ובכך להקשות על קידום רעיונות של צדק חלוקתי.¹⁸⁵ לדידה, מטרתה הראשונית של החוקה היתה למנוע חלוקה שוויונית של המשאבים בחברה, ומשום כך נמנע שילובן של 'זכויות רווחה'¹⁸⁶ בחוקה ובתיקוניה והושם דגש בזכויות הקניין.¹⁸⁷

הדרת הזכויות החברתיות אין משמעותה רק היעדרן של הזכויות לא להיות רעב, חולה או מושפל רק בשל עוניין, אלא מדובר גם בפגיעה אנושה באפשרות ליהנות מהזכויות האזרחיות שכן עוגנו בחוקה. כך הופכת החוקה נגישה רק לאזרחים החזקים שבחברה ולא לאלה שזקוקים לה יותר מכול.¹⁸⁸ להדרה זו נפקות נוספת. היא מעצימה את ניכור האוכלוסיות המוחלשות למשפט, לערכי שלטון החוק ולמוסדות הייצוגיים שלו – החוקה ובתי המשפט, שכן הן רואות בכל אלה כלים שנועדו לשרת את האליטות ואותן בלבד. ניכור זה עלול להנביט סכנה של ממש לשלטון החוק.

גם להשתקה של סיפור ההדרה היה תפקיד ברור. בשלב הראשון, למן מתחילת שנות השבעים סייעה היעלמותן מהשיח הציבורי לדחיקתן מהמעשה החוקתי. בשלב השני, כששבו הזכויות להופיע כתביעות לחקיקה בדיון הציבורי שהתנהל בשנות התשעים במסגרת מה שנדמה היה כהשלמת כינון החוקה בישראל, היה להשתקה תפקיד נוסף. היא נועדה לשלול מתומכיהן את הלגיטימציה ההיסטורית כחלק אינטגרלי מן השיח המשפטי הישראלי. בשיח הציבורי המתחדש אין כל אוכור להיותן מעוגנות ברגע המכונן של יצירת המערכת הערכית

או נבואה המגשימה את עצמה, עמ' 43; כן ראו: R. Dahl, *A Preface to Democratic Theory*, Chicago, IL 1964. לא בכדי כונה רעיון הגנת המיעוט 'מיתוס'. במציאות מסתבר כי החוקה אכן מגנה על המיעוט, אלא שבדרך כלל אין מדובר במיעוט המוחלש, אלא במיעוט השליט של בעלי ההון והרכוש, מיעוט שיודע בלאו הכי להגן על עצמו ולקדם את ענייניו, המיעוט החזק.

184. ראו: Nedelsky, לעיל הערה 11. כל הציטוטים בהמשך הדברים הם מספר זה.

185. להבהרת המושג ראו: מאוטנר, צדק חלוקתי בישראל, בעמודי המבוא.

186. אבחנה קרובה רואה בזכויות חברתיות שנכנסות לקטגוריה של איכות חיי אדם 'זכויות רווחה' (Welfare Rights), ראו: י' קדמן, 'זכויות הילד: התפתחותן ההיסטורית', סקירה חודשית, 37 (נובמבר 1990), עמ' 2.

187. מוריסון ואחרים, ההיסטוריה של ארצות הברית, עמ' 122; כן ראו למשל: צ'ס בירד, פירוש כלכלי של החוקה (תרגם י' עוזיאל), ניו יורק 1913. ראו גם ר' גביוון וא' שפירא, 'מבוא, בתוך: א' המילטון, ג' מדיון וג' גיי, הפדרליסט (תרגם א' אמיר), ירושלים תשס"ב, עמ' יא-לו. ראו כדוגמה את איגרת מספר 30 – "על המיסוי", שם, עמ' 144.

188. חשוב להבהיר כי כאן עסקנו בנושאים שעל קו התפר החברתי-כלכלי בלבד, אך ברור כי גם העניים והמוחלשים נהנים מזכויות אזרחיות במישורים אחרים כמו הזכות לשלמות הגוף והזכויות להליך הוגן בפלילים, אלא שגם שם נגישותם להנאה שלמה קטנה מזו של בעלי המשאבים. ראו: י' אלבשן, 'סדר דין פלילי: חוק המעצרים החדש', עיוני משפט, כב (תשנ"ט), עמ' 87.

והחוקתית של מדינת ישראל, לחווקן אז ולמרכזיותן בחזון החוקתי של הציונות. השתקת הדרתן הביאה לידי טשטוש ההיסטוריה ולידי כך שהכללת הזכויות החברתיות תופיע בשיח הציבורי של שנות התשעים כתביעה חדשה חסרת לגיטימיות היסטורית. על רקע שבריריות המעשה החוקתי נאלצו אפוא מצדדיה לשכנע בצורך לשלבן בחוקה הישראלית, בניגוד למצב שבו היו התביעות לעיגון חוקתי של הזכויות החברתיות מוצגות בהקשרן ההיסטורי, ונטל השכנוע היה מוטל אפוא על כתפי השוללים. האחרונים היו נדרשים להסביר לא רק את ההבדל בין סוגי הזכויות, אלא גם מדוע הופרה ההבטחה לקדם את ערכי הצדק החברתי, שהיתה גלומה בהקמת המדינה ושהיתה אחד האתוסים המרכזיים ברגע כינונה. ההשתקה העבירה אפוא את נטל השכנוע מכתפי השוללים לכתפי המצדדים, ועל רקע תחושת הבהילות שאפיינה את השיח הציבורי החוקתי בשנות התשעים, הקלה על דחיית התביעה.

ה. סיכום ובצדו אזהרה

המשפט הוא מראה מוזרה. מצד אחד הוא כבואה שמשקפת את המציאות החברתית שהוא פועל בה, ומצד אחר הוא אחד הכוחות הפועלים לשנותה.¹⁸⁹ הוא משקף באופן פסיבי לכאורה את ערכיה של החברה בת זמנו, ובו בזמן ממלא תפקיד פעיל של מעצב חברתי כחלק מ'הארכיטקטים של השינוי החברתי'.¹⁹⁰ תהליכי המשפוט שעברו על החברה הישראלית בעשורים האחרונים רק מעצימים את ריבוי התפקידים בחברה זו.¹⁹¹ כך כל העושים במלאכת המשפט, וכך בעיקר המחוקק.¹⁹²

כך גם בסוגיה שעסקנו בה כאן. הדרת הזכויות החברתיות מרשימת הזכויות שזוכות להיכלל במגילת זכויות האדם הישראלית – מהיותן אבן יסוד מרכזית בחוקה הנרקמת להיותן (במקרה הטוב) סרה עודף חוקתי ובעלות מעמד של ספק הטבות, ספק זכויות מדרג שני – הדרה זו היא הביטוי החוקתי המובהק ביותר לתהליך השינוי שעבר על החברה הישראלית – מהגמוניה של רעיון מדינת הרווחה להגמוניה של רעיונות של הפרטה.¹⁹³ אלא שאין מדובר כאן רק בהשתקפות התמורות בשיח הציבורי על הדיון החוקתי, במעין תרגום משפטי של הלכי הרוח הרווחים בציבור או בקרב מנסחי החוקה אל תוך הצעות חוקי היסוד. למשפט יש גם תפקיד פעיל, וככזה הוא היה בבחינת זרז לשינוי אידאולוגי ותרבותי זה. כסותו האובייקטיבית לכאורה סייעה למניעת הטלת הספק בהגמוניה שרכשה לעצמה הגישה הנאו-ליברלית.

189. M. Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis*, Chicago, IL 1986, pp. 8-64.

190. א' ברק, 'שלטון החוק', בתוך: ש' שטרית (עורך), קובץ הרצאות בימי עיון לשופטים תשל"ז: הידושים והתפתחויות בחקיקה ובמשפט, ירושלים תשל"ז, עמ' 25.

191. גל נור, 'על המשפוט של החיים הציבוריים בישראל', עמ' 373 ואילך.

192. J. N. Shklar, *Legalism*, Cambridge, MA 1986.

193. ראו הערות שוליים 13-16.

במציאות המשפטית של ימינו, שעובדת לפי משטר חוקתי, להדרה השלכות רבות בכל הקשור לזכויותיהן של האוכלוסיות המוחלשות. היא מונעת מאוכלוסיות אלה לא רק את הזכויות החברתיות כשהן לעצמן, אלא גם את האפשרות ליהנות מהזכויות האזרחיות שכן עוגנו ואת האפשרות לקדם את האינטרסים שלהם באמצעות מערכת המשפט. כאן טמונים שני זרעי פורענות לחברה הישראלית שטרם סיימה את תהליכי גיבושה. המשך תהליכי ההדרה והשתקתה עלולים להמיט אסון לא רק על חזון הצדק החברתי שעמד במרכז משנתם של מייסדי המדינה, אלא גם על רעיון שלטון החוק, שכן היא תסייע בידי אלה הטוענים¹⁹⁴ ש'מערכת המשפט, מגילת זכויות האדם ושלטון החוק בכלל הם כלים שנועדו לשרת את האליטות ואתן בלבד ועל כן חייבים להלחם בהם'.¹⁹⁵

194. גל נור, 'על המשפוט של החיים הציבוריים בישראל', עמ' 361.

195. 'אלבשן, נגישות האוכלוסיות המוחלשות בישראל למשפט', עלי משפט, ג (תשס"ד), עמ' 530.