

**חוקתיזציה של זכויות חברתיות –  
על "זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל"  
(יורם רבין ויובל שני עורכים<sup>1</sup>) ואחרית דבר בעניין  
בג"ץ 366/03 עמותת מוחיבות לשלוּם וצדָק חברתי נ'  
שר האוצר<sup>2</sup>**

פרנסס רדיי\* וערן גולן\*

- א. הקדמה
- ב. ייחודן של זכויות חברתיות כלכליות
- ג. הטיפול בזכויות חברתיות על ידי רשות המדינה
- ד. בין מהווקק, ממשלה, בת ממשלה והחברה האזרחית
- ה. חוקתיזציה של זכויות חברתיות
- ו. אחרית הדבר בעניין פרשת עמותת מוחיבות לשלוּם וצדָק חברתי

**א. הקדמה**

הספר "זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות בישראל", בהריכת יoram רבין ויובל שני, מרכז אוסף מאמרם הדנים באספקטים שונים של זכויות האדם החברתיות והכלכליות, ובכך זוכה לראשונה ענף זה של תורת זכויות האדם – שהזונה יהיסט לזכויות האזרחיות והפוליטיות – למקום בטפרות המשפט הישראלית הישראלית. הזכויות

- \* פרופסור למשפטים ומנהלת מרכז קוונקורד, לקליטה נורמota בינלאומית בישראל, בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי המכללה למינהל, ראש הקתדרה לדיני עבודה ע"ש ליברמן באוניברסיטה העברית בירושלים; יו"ר האגודה ללימודים פמיניסטיים וחקיר המגדר.
- \*\* עורך דין.
- 1 י. רבין וי. שני (עורכים) זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל (הוצאת רמות, תשס"ה).
- 2 בג"ץ 366/03 עמותת מוחיבות לשלוּם וצדָק חברתי נ' שר האוצר (טרם פורסם, החלטה מיום 12.12.2005) (עותק שמור במערכת) (להלן: פרשת עמותת מוחיבות לשלוּם וצדָק חברתי).

החברתיות נכללו לצד הזכויות האזרחיות והפוליטיות בהצהרת זכויות האדם האוניברסלית משנת 1948<sup>3</sup> ובשתי האמנות משנת 1966: האמנה הבינלאומית בדבר זכויות חברתיות וכלכליות<sup>4</sup> והאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הכלכליות והחברתיות וככלליות<sup>5</sup>. עם זאת, עד העשוריים האחוריים לא צברו זכויות הכלכליות והחברתיות תאוצה בשיח זכויות האדם. בכך צונו זכויות אלו "הדור השני" של זכויות האדם. מרבית המאמרים בספר נוגעים להיבטים המשפטיים המקומיים של זכויות אלו, אך גם מקום של המשפט הבינלאומי והמשפט ההשוואתי וכן היבטים כלכליים וסוציאולוגיים שלහן לא נפקד מספר זה. על כן יש לשבח את העורכים על השכלתו לרכז קובץ מאמרים מكيف בקשר ולהפוך אותו לקובץ היישראלי.

למפעל זה חשיבות מיוחדת בעידן הגלובליזציה הניאו-איליברלית, שבו גודלו הערים הכלכליים בין האוכלוסיות המוחלשות לבין בעלי ההכנסות הגבוהות<sup>6</sup>, בין מדינות<sup>7</sup>, בתוך מדינות<sup>8</sup> ובתוכן הפירמה העסקית. בכך, למשל, במובית המדינות החברות בארגון לשיתוף פעולה כלכלי ופיתוח, ה-(Organization for Economic Co-operation and Development OECD), המתרחב אידיושווין בעשרות האנרכונים לעומת העבר. ישראל, למרבה הצער, מהווה אחת הדוגמאות הקיצניות, לעקומה חזקה של הגדרת הפערים<sup>9</sup>. במצבות זו, הדין בזכויות החברתיות,

הGBTאות רצין לאון בין ליבורלים ובין רוחה, רלונטי באופן מיוחד בישראל. בשעת ערכית הספר, כמו גם בשעת כתיבת ביקורת ספרים זו, אין בישראל חוק-יסוד: זכויות חברתיות וככלליות. אמן קום המדינה הונחו הצעות לחוק-יסוד, חלקן פרטיות וחלקו ממשלתיות, אך הממשלה חסילה אותן בעקבות. ענת מאור מצינה במאורה בספר את הסיבות לכישלון זה: מדיניות הממשלה

3. Universal Declaration of Human Rights, 1948, G.A. res. 217 A (III) 3  
4. אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות וכלכליות, כ"א, 31, מס' 1040, ע' 269 (להלן: "האמנה הבינלאומית בדבר זכויות חברתיות וכלכליות").

5. אמנה בינלאומית בדבר זכויות כלכליות, תרבותיות, כ"א, 31, מס' 1037, ע' 205 (להלן: "האמנה הבינלאומית בדבר זכויות חברתיות ותרבותיות").

6. א' אטקין "מקום מגורי ורמת שכר בישראל, משנת 1993 עד שנת 2000", מרכז אדווה [http://www.adva.org/UserFiles/File/makom%20megurim%20sahar%2093-2000.pdf] (last visited on 4.1.2007)

The World Bank *World Development Report 2006, Overview: Equity and Development* 7  
[http://siteresources.worldbank.org/DEC/Resources/84797-1104785060319/Cairo\_Uni  
versity\_1210final.pdf] (last visited on 4.1.2007)

8. המוסד לביטוח לאומי "ספר לחות עוני א-שוויון: מדד ג'יני לאי שוויון בהתחלות הכנסה הפנימית במדינות נבחרות לפי סולם שקלות של לוקסמבורג" הסקרה השנתית לשנת 2004, בע' 418 418 [http://www.btl.gov.il/NR/rdonlyres/6EB2901A-A7C6-492C-A01B-90DD  
.05B47A88/0/skira\_2004.pdf] (last visited on 4.1.2007)

9. מ' דהן "עלית אי השוויון הכלכלי" מעורבות ממשלה לכלכלה שוק: המשק הישראלי 1998-1985: קובץ מחקרים לזכרו של פרופ' מיכאל ברוינו (חתש"א, א' בן בסט עורך); ל' אחוזות, ר' כהן ומ' אנדרולד עוני וא-שוויון בהתחלות הכנסות" הסקרה השנתית לשנת 2004, לעיל העירה, 8, בע' 79, 80-117.

שהונעה לכיוון הניאו-ליברלי על ידי משרד האוצר בעשורים האחרונים; חוסר התעניינות של הקהיליה האקדמית וארגוני זכויות האדם "עד להתעתותם", כלשונה; אדרישותה של הרשות השופטת והעדפת הזכויות האזרחיות על פני החברתיות על ידי חברי הכנסת שעסקו בזכויות האדם.<sup>10</sup>

בاهיעדר חוק-יסוד: זכויות חברתיות וכלכליות, מקור ההשראה העיקרי לפיתוחן זכויות חברתיות בישראל מצוי בנסיבות של המשפט הבינלאומי, כפי שסביר היה טובל שני במאמרו בספר.<sup>11</sup> על פי האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, היטב יובל מושגתו את המודל מוחלטת על מדינות שאשרו את האמנה חברתיות ותרבותיות, מוטלת חובה כמעט מוחלטת על הגביות את האמנה להבטיח את הגראין הקשה של הזכויות: נגישות לאוכל, טיפול רפואי בrienheit, חינוך יסודי וקורות גג; באשר ליתר הזכויות, מוטלת על המדינות החובה לפעול בהדרוגיות למימושן, ועליהן אף נטל השכנוע לכך שא-הצלהן לעשות זאת היא מושתקת.

מדינת ישראל שאשרה את האמנה, מחויבת לנורמות אלה. אחת המדיניות שאכן קלטה אותה לחוקתה היא דרום אפריקה, שבשנת 1996 ניסחה חוקה המהווה מודל לדוגמה שלילה כותב גיא זידמן.<sup>12</sup> גם נשיא בית המשפט העליון השופט אהרון ברק,<sup>13</sup> הרואה בה מקור להשראה ולפרשנות, הרובה להזירה. בgan' 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלה ישראל, שנדון לאחר פרסום הספר, מהאיש בית המשפט העליון שזכויות האדם המונגנות במשפט הבינלאומי מחייבות את מדינת ישראל.<sup>14</sup> במקרה הנדרן,agan gan ג' על זכויות הפליטים לגישה לעבודה, לעיסוק בחקלאות, לחינוך ולבריאות, שהופרו בעקבות בנייה גדר ההפרדה;<sup>15</sup> זכויות אלה הן במידהן זכויות חברתיות וכלכליות.

## ב. ייחודה של זכויות חברתיות וככלליות

בחולק הכללי של הספר<sup>16</sup> המחברים דנים בהתקפות המושגית של זכויות האדם

10 ע' מאור "חוק פעור בספר החוקים: הצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות וככלליות – כרוניקה של ישולן החוקיקה" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל, לעיל הערא, 1, בע' 195. עם זאת, יש לציין כי גם בתיקופה האחורה הוגש הצעות חוק פרטיות שבאו לעגן את הזכויות החברתיות בחוק-יסוד.

11 ע' שני "זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות במשפט הבינלאומי: איזה שימוש יכולם בתיהם המשפט הישראלים לעשות בהן" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל, לעיל הערא, 1, בע' 297.

12 ג' זידמן "זכויות חברתיות: מבט השוואתי להודו ולדרום אפריקה", שם, בע' 347.

13 א' ברק "הקרמה", שם, בע' 5, 9-8.

14 בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלה ישראל (טרם פורסם, ההחלטה מיום 15.9.2005), תקדים עליון (3) 2005 3333.

15 שם, בפסקאות 102-116 לפסק דין של הנשיא ברק.

16 "שער ראשן: זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות: מבט כללי והשוואתי" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל, לעיל הערא, 1, בע' 23.

החברתיות והכלכליות. אחת הסוגיות המרכזיות היא אם יש להתייחס לזכויות אלו באופן שונה או זהה מאשר לזכויות האדם הפוליטיות והאורחות. באופן מסורתי, הגישה הייתה שיש שנייה אינהרנטי בין הדור הראשון של הזכויות, הפוליטיות והאורחות, לבין הדור השני, החברתיות והכלכליות. הגישה המבינה בין שני הדרגות התבessa, בין היתר, על הטענה שאפשר לאכוח זכויות חברתיות באותו האופן שאוכפים זכויות אורחות ופוליטיות, בהיותן זכויות "עשה" ולא "אל עשה", ולכן הן יתסויות ותלוויות העדפות מדיניות ומדינה.

הרבית המחברים בספר, הדנים בסוגיה תאורטית זו, סוברים שהניסיין המסורי להציג את זכויות החברתיות והכלכליות כבעלויות משקל פחות לעומת זכויות האורחות והפוליטיות אינו מודך.<sup>17</sup> אולם מחברים מסוימים שלא תמיד נכוון שזכויות חברתיות הנן מסווג "עשה" או זכויות אורחות הנן מסווג "אל עשה". יתר על כן, לא תמיד ניתן מיושן של זכויות חברתיות גבוהות יותר מזו של זכויות אורחות ופוליטיות. המחברים מציגים דוגמאות להערכת הזותות בין שתי קבוצות הזכויות, אך אין לדעתנו בדוגמאות אלו כדי להעלות את ההבדל המשמעותי שנשאר עלanno, כפי שנדגים.

ניתן להבחן בשלושה סוגים שונים של עליות הכרוכות באכיפת זכויות האדם: עליות שיטור ושפיטה — אלו עליות מנהליות של אכיפה זכויות האדם על ידי רשות המדינה: כגון שירותים לשדר הציבור הכלולים את המשטרה ואת מערכת בתי המשפט. עליות אכיפה אלו זהות לגבי שתי קבוצות הזכויות.<sup>18</sup> עליות השוויון — אלו עליות שבאות לתקן הפליה קבוצתית בחברה. בספר מופיעים מאמרם החובבים בנושא השוויון בין קבוצות סקוטריליות, כגון מאורה של דפנה ברק-ארו על שווון מגדרי<sup>19</sup>, של מרואן דיל על המיעוט הערבי<sup>20</sup>, של יובל מרין על הזכות לחיה משפחה ולנישואין<sup>21</sup> ושל נתען זיו על אנשים עם מוגבלות<sup>22</sup>. חלק מהמחברים מציגים את העליות הגבוהה של מניעה הפליה כחלק מהעלות של זכויות אורחות: כך, למשל, מתראות רות גביזון את שילובן של אוכלוסיות מוחלשות בחינוך ואת הכנסת נשים לתפקידים שונים בצבא<sup>23</sup>. לעומת

17 ברק, לעיל הערה 13, בע' 5; שני, לעיל הערה 11, בע' 297; י' רבין "הזכות לקבל חינוך — מעמדה והיקפה בישראל" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל, לעיל הערה 1, בע' 567; ר' גביזון "על היחסים בין זכויות אורחות-פוליטיות ובין זכויות חברתיות-כלכליות", שם, בע' 395.

18 גביזון, לעיל הערה 17, בע' .43.

19 ד' בקר-אזרן "פמיניזם חברתי וזכויות חברתיות של נשים", זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל, לעיל הערה 1, בע' .855.

20 מ' דלאן "חברה, כלכלה ומשפט: הדרורים בקיורטיים", שם, בע' 941.  
21 י' מרין "הזכות לחיה משפחה ולנישואין (אורחות) — משפט בינלאומי ומוקומי", שם, בע' .663.

22 י' זיו "אנשים עם מוגבלות — בין זכויות חברתיות לצרכים לאומיים", שם, בע' 813.

23 גביזון, לעיל הערה 17, בע' .43.

זאת, יש מי שוראה עלויות אלה כעלויות של זכויות חברתיות<sup>24</sup>, ומדגים זאת בזוכות המיעוט הערבי לתקצוב שווה שהוכר בבג"ץ 1113/99 עדالة נ' שר הדותות<sup>25</sup>. למעשה, הזכות לשוויון ועלות מימושה שיכו באופן זהה בלשטי קבוצות הזכויות — ואכן נקבע איסור הפליה בסעיף זהה בכל אחת משתי האמנות משנת 1966, האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות והאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות. יתרה מזו, הזכות לשוויון דורשת חלוקה שוויונית של המשאים הקיימים ואינה מטילה עלויות תקציביות נספות. لكن היא זהה עכבר שתיק בוצות הזכויות ואני מעלה את העביהות הייחודית של הזכויות החברתיות — ככלומר העליות התקציביות החלוקתיות.

עלויות התקציביות החלוקתיות — אלו עלויות מימון של שירות, תשתיות או גיבוס כוח אדם הנדרשים למימוש הזכות. לכן מימוש זכויות אלו דורש קביעת עדיפויות התקציביות. גם באשר לעליות אלו המחברים מציגים ודוגמאות בניסין להוכחה שאין הבדל מהותי בין זכויות אזרחיות לבין זכויות חברתיות. כן, למשל, מוצגת העלות הגבוהה של מימון בחירות ציבורית הובאה להבטיח את הזכות האזרחית להצביע<sup>26</sup> ועלויות הביטחון המבטיחות את הזכות לח衣ם.<sup>27</sup> המחברים מציגים גם דוגמאות של זכויות חברתיות אשר איןן כוללות עלויות חילוקתיות, דוגמת חופש ההתארגנות, החופש של הורים לבחור את הינוך ילדיהם והזכות לחוי משפחה.

lgishthon, יש להבחין אמיתית בין קבוצות הזכויות מבחינת העליות החלוקתיות. הדוגמאות הסותרות הbhנה זו הן מעטות, ואין מוכחות את הכלל. בכלל, זכויות חברתיות מתאפיינות לצורך למצואו מקור ממון מתרשם, וההגדירה הכמותית של זכויות אלו הנה חלק מהמהות הזכות. אי-אפשר למש את הזכות לבריאות ללא مليיל סל הבריאות בתוכן כמותי; לא ניתן למש את הזכות לחינוך בעלי לקבוע כמו תלמידים יהיו בכיתה ואין משמעות לביטחון סוציאלי בלי לקבוע מה גובה התקציבאות. יתר על כן, הזכויות החברתיות מצרכות תשתיות מיוחדות — כגון מתקנים, שטח וכוח אדם; וחומרם — כגון בתים חולמים, בתים ספר ולשכות תעסוקה. אין ההגדירה הכמותית והן התשתיות וכוח האדם מצרכים עדכון התקציבי ממהميد. לסיכון חלק זה, ניתן לומר שהמחברים תרמו לסדרת הגבול הרומי בין זכויות חברתיות לזכויות אזרחיות. הנition והדוגמאות שהובאו על ידי מצלחים להראות שאין הבדל מהותי בין חלק מהעלויות של שתי קבוצות הזכויות (עלויות שיפוט ושיטור ועלויות השוויון), ובכך הם ערערו את הbhנה הפורמלית המסורתית בין

24. "dotun" בחתימת המשפט העליון מגן זכויות החברתיות" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל, לעיל העירה, 1, בע' 69.

25. בג"ץ 1113/99 עדالة נ' שר הדותות, פ"ד נד'(2) 164; כמו כן ראו בג"ץ 6488/02 הוועד הארצי לראשי הרשותות המקומיות הערביות בישראל נ' וועדת המגב"לים לטיפול נקיוני בירושובים טרם פורסם, החלטה מיום (2.6.2004), תקדין עליון (2) (2004).

26. גビון, לעיל העירה, 17, בע' 42.

27. "רbin ו' שני" מבוא: זכויות החברתיות – רעיון שהגיא ומן" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל, לעיל העירה, 1, בע' 11, 16.

זכויות חברתיות כזכויות מסווג "עשה" לבין זכויות אזרחיות כזכויות מסווג "אל עשה". לעומת זאת, המחברים הטוענים ל"משוואה" (Equivalence) בין שתי קבוצות הזכויות, אינם מתחזדים עם השוני המהותי בעלות החלוקת ביניהן. לעומת כן, רק מדינה ויאכט דותן אינם מקבלים את התזה בדבר המשוואה, והם אכן מתיחסים להבדל בעלות חלוקתיות כבעיה שיש להתמודד עמה.<sup>28</sup>

#### ג. הטיפול בזכויות חברתיות על ידי רשות המדינה

החלק השני של הספר<sup>29</sup> מרובה לדון בטיפול המדינה בזכויות חברתיות בתחוםי החינוך, הבריאות, הביטחון הסוציאלי ותנאי העובדה. מהמאמרים אפשר למסוד על דגם התנהלות של רשות המדינה – הכנסת, הממשלה ובתי המשפט – בקשר לזכויות האדם החברתיות. נבחן את הטיפול בזכויות הפרטיקולריות, ולאחר מכן נעמוד על הדגם הממלכתי שמתגלה.

בריאות – כאמור של אייל גروس<sup>30</sup> סוקר בהרחבה ובאופן עמוק את המבנה המשפטי של אספקת שירותי בריאות בישראל. רק בשנת 1994 חוקה הכנסת את חוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994 (להלן: "חוק ביטוח בריאות ממלכתי"), מאז המיועד להעניק שירות רפואי בסיסיים באופן שוויוני לכל תושבי המדינה. מאז חיקיקת החוק העבירה הממשלה באמצעות חוקי ההסדרים במשך 246 שניםיים לחוק, שתרמו כולם לצמצום שירות רפואי הבריאותי ולאי-שוויון בין החלומים. יתרה מכך, הממשלה קידמה, כפי שגורוס מציין, הפרטה בפועל של מערכת הבריאות, שכבה הבריאות הופכת ל'מצרך'. מגמה זו יצרה אי-שוויון באספקת המשאבים, ועל כך מתחה ביקורת הוועדה לזכויות חברתיות וככלויות של האו"ם.<sup>31</sup> גROS מסיק שהשינויים במימון סל הבריאות פוגעים בזכות בריאות ובשוויון במשפט ואינם מידתיים. בעתייה שהוגשה לבג"ץ,<sup>32</sup> שבה תחבקשה המדינה לפעול על פי המלצות של מועצת הבריאות לעדכון סל הבריאות, דחה בית המשפט את הבקשה, תוך שהוא נמנע מלהיכנס לעובי הקורה בדבר מהותה של הזכות. על כך מותח גROS ביקורת חריפה ומשכנית: "במקרה הישראלי [...] צריכת הבריאות נעשית תליה יותר וייתר בכוחת תשלום אישית ואף ספק אם מערכת זו מספקת את המינימום הדרושי".<sup>33</sup>

28 ב' מדינה "חוותה של המדינה לספק צרכים בסיסיים: מ'יש'ה של זכויות' ל'תיאוריה של מימון ציבורי', שם, בע' 131. דותן, לעיל הערא, 24, בע' 88.

29 "שער שני: הזכויות הפרטיקולריות השונות" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל, לעיל הערא, 1, בע' 393.

30 א' גROS "בריאות בישראל – בין זכות למצרך", זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל, לעיל הערא, 1, בע' 437.

31 שם, בע' 492.

32 בג"ץ 9163/01 שירותי בריאות כללית נ' שר האוצר, פ"ד נ(5) 521.

33 גROS, לעיל הערא 30, בע' 530.

חינוך — במאמו על הזכות לחינוך, מצין יורם ר宾<sup>34</sup> כי על אף החקיקה המסדרה את מערכת החינוך, ועל אף חוק זכויות התלמיד שנכנס לתוקף בשנת 2000, אין בחקיקה הישראלית שום עיטה לסתנודרים מינימליים של חינוך. גם כאן נמנע בית המשפט העליון מלקובע שיש זכויות חינוכית לחינוך החוסה בגיןו של כבוד האדם. ר宾 הביע תקווה שבעתיד יכיר בית המשפט בזכות לחינוך בזכות יסוד חוקתית, אולם מאז פרסומם דבריו אלו, שוב השAIRה השופטת בינייש את השאלה בצריך עיון.<sup>35</sup>

**זכויות סוציאליות** — מראשית קיומה של המדינה, העמידה הכנסת בסיס איתן לזכויות סוציאליות בחוק ביטוח לאומי ובאמצעות הקמתו של המוסד לביטוח לאומי כגורם אוטונומי, המגיס כספים מכל האוכלוסייה לצורךימון הקצבות בענפי הביטוח השונים: נכות, זקנה, אבטלה, קצבות ילדים, תאננות עובודה ופישית גל. מאז מחצית שנות השמונים, החל CORSOM מתמיד באוטונומיה של המוסד לביטוח לאומי<sup>36</sup>, בכיסוי הביטוחי ובוגבה הקצבות.

ישראל דורון בחרן את השפעת מדיניות הקיצוץ בזכויות סוציאליות על אוכלוסיית הקשישים<sup>37</sup>. דורון מיחס את הקיצוצים לאויראה הניארליבילית ולהששות שzier משדר האוצר סכיב הופעת ההזדקנות. הוא מציין את הניסיונות החוזרים ונשנים לצמצם את הייקפן של קצבות הזקנה, את התנטגרות לחיקת חוק פנסיה ממלכתית ואת הניסיונות לבטל את הזכויות מכוח החוק האזרחיים הוותיקים, תש"נ 1989. המאמר של דורון נכתב עוד לפני הקיצוצים בקצבאות הזקנה בחוק החכנית להבראת כלכלת ישראל בשנת 2003<sup>38</sup>. נגד קיצוצים אלה הוגשה עתירה לבג"ץ אשר נדחתה על ידי בית המשפט בנימוק שהקצתה גבוהה אינה מהוות פגיעה בזכות יסוד, היות שאין מדובר בקשישים המקבלים קצבת הבטחת הכנסת, ולכן אין פגיעה בזכות היסוד החוקתית לקיום מינימלי בכבוד.

בנוסך, שנה לאחר שנה, הופחתו בחוקי הסדרים בمشק זכויות סוציאליות למיניהם. בין היתר, הופחתו באופן שיטתי הזכויות לדמי אבטלה<sup>40</sup>. כמו כן, הוגבלו הזכאות

34 ר宾, לעיל הערה 17, בע' 567.

35 בג"ץ 7351/03 ועד הורם ערוני ראשון-לציגון נ' שרת החינוך, התרבות והספורט (טרם פורסום, החלטה מיום 7.2.2005, תקין עליון 2005(3)(3), 506, שם נקבע, על פי פרשנות לחוק למדור חובה, תש"ט 1949, שאין לגבות משללים עבור בחינות גברות).

36 א' דורון "שינוי מעמדו של המוסד לביטוח לאומי" ביטחון סוציאלי 67 (תשס"ה) 39.

37 י' דורון "זקנה וזכויות כלכליות וחברתיות: יחסי גומלין בין הזרוקות החברה הישראלית ובין מעמדו של הזרוקות הכלכליות והחברתיות במשפט הישראלי" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותן בישראל, לעיל הערה 1, בע' 893.

38 חוק התכנית להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2003 ו-2004) תשס"ג-2003.

39 בג"ץ 5578/02 מגור נ' שר האוצר, פ"ד נת(1) 729 (להלן: פרשת מנור).

40 ג' גל "על מוטולח ביטוח האבטלה בישראל, 1972-2003" ביטחון סוציאלי 67 (תשס"ה) 109. בעניין זה הוגשה בתחילת שנות התשעים עתירה לבג"ץ כנגד הפגיעה בזכות לביטוח סוציאלי, אך בעקבות המלצה בג"ץ, נeschka העתודה. פרנסס ודאי ייצגה את העותרים.

לקצבת הבתחתה הכנסה<sup>41</sup>. לאחרונה הופעלה בישראל תכנית ויסקונסין (מהל"ב), הכויה על מכבליKC צבאות הבתחתה הכנסה להשתף בתכנית, שם לא כן תישלל גמלתם<sup>42</sup>. מיכאל אטLEN דוחה במאמרו<sup>43</sup> את הטענה של אברהם דורון<sup>44</sup>, שפליה הכנסית ויסקונסין מסמלת פגיעה בראש המגן האחורה ונסיגה מערכיו היסוד של מדינת הרוחה; לדברי אטLEN, התכנית מעודדת עובודה הוגנת ואחריות אישית. דברים אלו יפים אולי בתאוריה, אך במצבאות שבה שיעור האבטלה גבוה, קשה לדאות כיצד אמצעי "יעידוד" אלו משבים עובדים לשוק העבודה.

לאחרונה נדרש בג"ץ לסוגיות ההפחתה שלKC קצבת הבתחתה הכנסה בחקיקה של הכנסת בפרש עמותת מהיבוט לשולם וצדקה חברתי<sup>45</sup>. בפסק דין סירב בג"ץ, ברוב דעתות, לפסול את החוקה או להצהיר שהיא אינה חוקתית. בפסק דין בחר הנשיא ברק, שאליו הctrפה דעת הרוב, לפרש את זכות היסוד לכבוד האדם כ"רשות מגן", למען'am-האמצעים בחברה, כך שמצוות החומר לא יכאים לכל מחסור קיומי"<sup>46</sup>. לעומתו, השופט אדרמודר לוי, בדעתה המיעוט, ראה את הזכות לכבוד האדם כזכות לרמת חיים נאותה", כפי שנקבע בסעיף 11(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, וקבע כי "על תנאי-מחיתו של אדם לאפשר לו תפקוד חברתי סביר בחברה בה הוא חי"<sup>47</sup>. תפיסת היסוד שהנחתה אותו היא ש"האדם הוא חלק מהחברה [...]" זכויות האדם הנן, אפוא, זכויותיו בחברה מאורגנת; הן עוסקות בפרט וביחסו עם זולתו [...]. מכאן, שכבוד האדם הוא כבודו חלק מהחברה ולא כדי شيء על אי בודד"<sup>48</sup>. על השלכותיו של פסק הדין נעמוד בהרחבה בהמשך.

**תנאי עבודה — מדינת ישראל התפארה במערכת מקיפה של חוקי מגן, שנחקקו החל בשנות החמישים והששים, ושיצרו תנאים מינימום בעבודה:** הגבלת מספר שעות עבודה; גמול שעות נספנות; תשלום שכר במועד; פיצויי פיטורין; חופשה שנתית; חופשת מחלת וחופשת לידה. בשנת 1987 השלימה הכנסת מלאכה זו בחקיקת חוק שכר מינימום, תשמ"ז-1987. מדיניות זו קיבלה השראה מעקרונות

41. ב' סבירסקי "רשות הביטחון הסוציאלי בהיבט מיגרי,KC קצבת הבתחתה הכנסה", מרcco אדרווה [http://www.adva.org/UserFiles/File/resher%20bitahon%20sociali\_1.pdf] (last visited on 4.1.2007).

42. מבט ביקורי על התכנית ניתן למצוא אצל א' בניש "יישום תכנית ויסקונסין בישראל – היבטים משפטיים" עבודה, חברה ומשפט יא (תשס"ז) 121.

43. אטLEN, לעיל העירה, 17, בע' 417.

44. א' דורון "מסעך לעבודה": איום על רשות המגן במערכת הביטחון הסוציאלי הישראלי" ביטחון סוציאלי 57 (תשס"ז) 37.

45. פרשת עמותת מהיבוט לשולם וצדקה חברתי, לעיל העירה 2.

46. שם, בפסקה 16 לפסק דין של הנשיא ברק.

47. שם, בפסקה 3 לפסק דין של השופט לוי.

48. שם, שם.

המשפט העברי המודגמים במאמרו של מיכאל ויגודה.<sup>49</sup> בנוסף, החקיקה קבעה התשתיית למערכת יחסית עבودה קיבוציים ונantha תוקף משפטי מיידי וኮונטי להוראות אישיות בהסתכמים קיבוציים. שוק העבודה התנהל על בסיס ההנחה שהחוקים מספקים את מינימום התנאים הכרחיים וההסתכמים הקיבוציים משיגים את תנאי העבודה ההוגנים. בעשורים הראשונים לקיומה של המדינה, פיקחה הסתדרות העובדים על קיומם של תנאי העבודה על פי חוק ועל פי הסכמים קיבוציים; יותר מ-80% מהעובדים היו חברי הסתדרות ותנאי עבודתם הוסדרו בהסתכמים קיבוציים. מאז שנות התשעים, עם התדרדרות בכוחה של הסתדרות העובדים, עליה נרחב לחלקן, החל דילול בתחולתם של ההסתכמים הקיבוציים ובاقיפתה של חוקי המגן במקומות העבודה: החל עדין של הפרה גלילית של חוקי המגן על ידי המעסיקים<sup>50</sup>; העסקה באמצעות קבלי נוח אדם בתנאי עבודה ירודים<sup>51</sup> וניצול עובדים זרים (חוקים ולא חוקים כאחד). בהתקפותו תופעתו אלו היה לממשלה תפקיד מרכזי.

המדינה לא החליפה את תפקיד הסתדרות העובדים בפיקוח על תנאי העבודה על ידי אכיפה מנהלית ופלילית. משאכבי הפיקוח שעדו לטובת המדינה (22 פקחים), הוקדשו החל משנהות התשעים בעיקר למניעת עבודה אסורה של יהודים בשבת. מדיניות זו גרמה לכך שעד שנת 2004 חוקי עבודה רכיבים הלכה למעשה כל לא נאכפו. בעקבות דוח חרייף של מזכיר המדינה<sup>52</sup> נעשה שינוי ארגוני במסדר העיריך אליו פז, סמכ"ל במשרד התעשייה, המסחר והתעסוקה, שנדרשת תוספת של 340 פקחים על מנת לאכוף את חוקי המגן, אך לא נסכו משאכבי כוח אדם לאכיפה. לאחרונה התעשיית המסחר והתעסוקה, אך לא נסכו משאכבי כוח אדם לאכיפה. לאחרונה העבודה מתוך ההנחה שככל שעלה העבודה נמוכה יש יותר צמיחה במשק".<sup>53</sup>

#### ד. בין מחוקק, ממשלה, בתים משפט והחברה האזרחית

הכנסת הממשלה אף על פי שהנכנת הningה יסוד לזכויות חברתיות בתחום העבודה והכיטחון הסוציאלי בחיקקה, היא אינה שומרת על זכויות אלו תחת התקפת משרד האוצר

49 מ' ויגודה "בן זכויות חברתיות לחובות חברתיות במשפט העברי" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל, לעיל העירה 1, בע' 233.

50 ראו פרוטוקול מס' 339 מישיבת ועדת העבודה והרווחה של הכנסת מיום 22.3.2005 [http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/avoda/2005-03-22-01.html] (last visited on 4.1.2007).

51 ר' דיב העסקה באמצעות קבלי נוח – ישראל, 2000, משרד העבודה, הרשות לתכנון נח אדם [http://www.moit.gov.il/cmstamat/Rsrc/koach/tichnun\_koach\_adam/tichnun\_pirsu\_pir\_skirot/xkablan.pdf] (last visited on 4.1.2007).

52 דוח מזכיר המדינה 554 לשנת 2003 ללחובנות שנת הכלטפים 2002, 820.

53 ראו הודיעעה לעיתונות מטעם הוועדה לענייני בקרות המדינה מיום 23.8.2005 על ישיבתה של ועדת המשנה של הוועדה לענייני בקרות המדינה לנושא אכיפת חוקי עבודה. [http://www.knesset.gov.il/spokesman/heb/Result.asp?HodID=5947] (last visited on 4.1.07)

בחקוקי ההסדרים, אלא פועלת כחוותמת גומי<sup>54</sup>. היא אף לא התחברה על התנגדות משרד האוצר להקדריש משאבים לצורכי פיקוח ואכיפה. בתחום אחד, הוא הטיפול בעובדים זרים, הכנסתה היא אף זו שלקחה את היוזמה, והסדרה בחקירה את האפשרות לנצל מאות אלפי עובדים זרים<sup>55</sup>. הסיבה איננה נסתרת: נגד כל הצעה לยกר את עלות העבודה של עובדים זרים ובכך לשפר את מצבם, ניצב לו כי של חוקאים, קבלנים וחברות כוח אדם המצליח למנוע שינוי מהותי.

#### בית המשפט העליון

בע"א 4905/98 גמו נ' ישעיהו<sup>56</sup>, הכר בcourt בית המשפט העליון לדאשונה בזכותו האדם החברתיות וזאת בדבר הזכות לקיום מינימלי בכבוד כחלק מן הזכות לכבוד האדם. בשנים האחרונות פיתח בית המשפט העליון, במישור ההחלטה, את המושג של זכויות חברתיות כזכויות יסוד. אולם למעשה הזכות לקיום מינימלי, הוא לא העניק לזכויות חברתיות מעמד חוקתי בגדרו של כבוד האדם. כך בעניין הזכות לחינוך, וכך כפי שמסביר אורון פרז<sup>57</sup> בעניין הזכות לאיכות הסביבה. כפי שקבע הושיא ברק, עדמת בית המשפט היא שהיקפן של הזכויות החברתיות לביטחון סוציאלי הנוט תלויה משטר, ובמשטר ליברלי, לעומת משטר סוציאל-דמוקרטי, כפי שנקבע בפרשנות מנוור: "הזכות החברתית לביטחון סוציאלי משתרעת על הבטחת קיום מינימאלי בכבוד"<sup>58</sup>. נוסף לעמדת עקרונית וממצמת זו, אנו למדים על רתיעתו של בית המשפט העליון לחייב את המדינה בעליות תקציביות כבדות, כאשרו מוצגות על ידי המדינה כמחסום למימוש הזכות. כך בעניין אלמנות זה<sup>59</sup>, וכן בנוגע לקייםים בקבאות הבדיקה הנכונה<sup>60</sup>.

#### החברה האזרחית

התעוררות השיח בעניין הזכויות החברתיות התרחשה על רקע ההתדרדרות בכוחם של המפלגות הסוציאל-דמוקרטיות וארגוני העובדים, שלאם היה תפקיד מרכזי בשמרה על תנאי העבודה ומדיניות הרווחה במאה ה-20. כפי שנכתב במקום

54 ראו בג"ץ 4885/03 ארגון מגדרי העופות בישראל אגודה הקלהית שיתופייה בע"מ 'ב' ממשלת ישראל (טרם פורסם, החלטה ניתנה ביום 27.9.2004, תקדים עליין 2762 (3) 2004).

55 בג"ץ 4542/02 עמותה קו לעובד נ' ממשלה ישראלי (טרם פורסם, פדואר 03 (7) 2004) וביחד פסקאות 51, 27 לפסק הדין.

56 ע"א 4905/98 גמו נ' ישעיהו, פ"ד נ(3) 360.

57 א' פרז "זכויות חברתיות-כלכליות ואייכות הסביבה" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל, לעיל העירה 1, בע' 725.

58 פרשת מנוור, לעיל העירה 39, בפסקה 9 לפסק דין של הנשיא ברק; ראו עוד פרשת עמותת מהויבות לשלם צדק חברתי, לעיל העירה 2.

59 בג"ץ 6758/01 ליפשיץ נ' שר הביטחון (טרם פורסם, החלטה מיום 21.1.2005, תקדים עליין 3636 (1) 2004), בפסקה 11 לפסק הדין.

60 ראו ס' 102 לתחזיר תשובה מטעם המשיכים בפרשנות עמותת מהויבות לשלם וצדκ חברתי, לעיל העירה 2 (עוותק שמור במערכת).

אחר, התודדורות זו איננה תולדה של שינויים מבניים בלבד אלא גם של מדיניות ניאו-liberalית מכוונת<sup>61</sup>. בישראל, החל בחיקת חוק ביטוח בריאות ממלכתי בשנת 1994 וcula בחיקת חוק חכנית החירות הכלכלית בשנת 2002–2003<sup>62</sup>, הממשלה, באישור הכנסת, החלישה במידה רובה את כוחם של ארגוני העובדים ואת מעמד המשא ומתן הקיבוצי<sup>63</sup>. היחלשות ארגוני העובדים הובילה לפיחות בתנאי העבודה מול המעבד הציבורי והפרטי כאחד ואפשרה יד חופשית למשרד האוצר להפחית מהזכויות הסוציאליות הקבועות בחוקים ובתקנות.

בצד היילושות של ארגוני העובדים<sup>64</sup>, החלו לפוח ארגונים לא ממשתתפים. ארגונים אלו אינם פועלים על בסיס של כוח כלכלי אוטונומי, אלא על בסיס תרומות ומענקים. פעילותם הנה הכרחית להגנה על זכויות חברתיות וכלכליות; הם אופסים נתוניים ומටאים, באמצעות התקשרות, לדיון הציור מקרים של פגיעה בזכויות אדם ואיך יזומים הליכים בבית משפט<sup>65</sup>. פעילותם של ארגונים אלו בתחום התקשרות, המשפט והחינוך גורמת לשינוי חברתי ולמודעות ציבורית. עם זאת, ארגונים אלו, שלא כמו ארגוני העובדים, אינם מוחווים מוקד כוח פוליטי או כלכלי עצמאי שיכל להעמיד "מאזן אימה" מול המדינה או מול השוק הפרטי<sup>66</sup>. התוצאה של ארגונים אלו תלויה לא מעט במערכות בית המשפט<sup>67</sup> שرك שם הרטוריקה, השכנוע והסתמכות על זכויות אדם יכולים להביא תוצאות ממשיות מול המדינה. העמדת האכיפה המשפטית של זכויות חברתיות מרכז סדר היום של הדואגים למידניות רוחה מסמלת את הכישלון של המנגנון של החקלאים והיעילים ביותר לשימירה על זכויות אלה. אין בהסתמכות על זכויות האדם כדי להחליף באפקטיביות את הכוח הפוליטי של מפלגות בכנסת בעלות מצע חברתי ואת הכוח הכלכלי של ארגוני העובדים במקומם העברודה. הכישלון הוא באישירה על המסגרות

F. Raday "The Decline of Union Power — Structural Inevitability or Policy Choice?" 61  
*Labour Law in an Era of Globalization: Transformative Practices and Possibilities* (New

York, J. Conaghan, M. Fischl & K. Klare eds. 2004) 353

62 חוק חכנית החירות הכלכלית (תיקוני חוקה להשגת יעדיו התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספיים 2002 ו-2003), תשס"ב-2002.

63 פ' רדיין ו' נעם "ארגוני עובדים ומשא ומתן קיבוצי בישראל – מבט אל המאה ה-21" משפטיים לד (2004) 39, 58–59; מ' מירוני "השימוש בחיקקה לפגיעה בזכויות הסכמיות ולהשגת שינויים מבניים – היבטים של דיני עבודה ויחסי עבודה" עבודה, חברה ומשפט י' תשס"ד (2004) 269.

64 י' כהן, "הברפלד, ג' מונדליך ו' ספורטא" שיעור העובדים המאורגנים באיגודים העובדים ושיעור הכספי של הסכמיים קיבוציים: עבר, הווה ועתיד" עבודה, חברה ומשפט י' (תשס"ד) 15.

65 דוגמה לכך היא פרשת עמותת מחויבות לשולם ואזרק חברתי, לעיל הערא 2. העתרה הוגשה לאור הקצוצים בקצבת הבחתה הנכונה.

66 י' יש "דמוקרטיה למען העם? קביעת מדיניות הרווחה בישראל" ביטחון סוציאלי 56 (1999) 126.

67 ג' מונדליך "חמיים שנה להפעלת חוק הביטוח והלאומי: ההגיגות יתקיימו בבית המשפט" ביטחון סוציאלי 67 (חשש"ה) 83.

הפוליטיות והכלכליות האוטונומיות כמקור להגנה על הרווחה. עם זאת, כישלון זה הנו חלק מהמציאות הישראלית, ואי אפשר להתעלם ממנו. במצבות זו, החוקיזציה של זכויות חברתיות והביקורת השיפוטית על פיהן מהווה הכרה אתי, חינוכי ומעשי.

#### ה. חוקיזציה של זכויות חברתיות

המשמעות של מתן הכרה חוקית לזכויות חברתיות היא מתן עדיפות לזכויות אלה בהיררכיה של הנורמות המשפטיות. שני היבטים למשמעות זו: היבט ראשון הוא במשור הנורטטיבי, שבו מתן תוקף חוקתי לזכויות חברתיות מבטא הכרעה ערכית — על כך אין חולקים מחברי המאמרים בספר<sup>68</sup>; היבט השני נוגע למנגנון בעל הסמכות ליישם את הזכות החברתית ולקבוע את התקציב למימושה — על כך חולקים המחברים השונים. ברק<sup>69</sup>, גביון<sup>70</sup> ודותן<sup>71</sup>, מיסיבות שונות, קובעים שבתי המשפט אינם הזירה להכריע את הcpf כשמדורב בעדיפיות תקציביות. הנשיא ברק אומר זאת בזורה חד-משמעות: "אמת בת המשפט אינם צריכים להיות מעורבים בהקצתה המקורית הכספיים של המדינה; אך בכך ניתן לטפל בקביעת היקפה של הזכות ומידת ההגנה עליה"<sup>72</sup>. לעומת זאת, ענת מאור<sup>73</sup> ווובל שני<sup>74</sup> רואים צורך בביטחון שיפוטית גם כאשר מדובר בקביעת תקציבית.

דענו היא, שבמציאות הישראלית דרישים הן הענקת תוקף חוקתי לזכויות חברתיות והן מתן סמכות לביקורת שיפוטית. לאור החתירה ההולכת וגוברת תחת רשות הביטחון החברתית מצד הממשלה, תוך הסכמת הכנסת לאשר החלטות בעניין זכויות חברתיות כחלק מהמדיניות התקציבית של האוצר, לאור המדיניות השומנת את החקלא מתחזק לזכויות חברתיות, לרבות אלו המונגנות בחקיקה — מקור ביקורת אוטונומי שיפקע על מימושן של זכויות חברתיות הננו הוני. בית המשפט הוא המועמד הטבעי לתפקיד זה בהיותו עצמאי ומקצועי ובהיותו מופקד בישראל, כמו גם במדיניות אחרות, על שמירת שלטון החוק וכיבוד זכויות האדם. אולם אין ספק שכאשר מדובר בהכרעה שיש בה כדי להשפיע על החלוקה התקציבית, לעיתים קרובות בסכומי עתק, חסרים בבית המשפט כלים וכוח לקבוע את הממד הכלכלי של הזכות החברתית. הצורך למצוא פתרון חוקתי מיוחד

68 גביון, לעיל הערא 17, בע' 66. גביון נוטה לאמץ פתרון שידגיש את שוויון המועד העוני והערכי בין כל זכויות האדם".

69 ברק, לעיל הערא 13, בע' 7.

70 גביון, לעיל הערא 17, בע' 66. יש לציין כי גביון מבקשת להגביל את כוח הביקורת השיפוטית לגבי כל זכויות האדם (פוליטיות ואזרחות) ולא רק לגבי זכויות חברתיות.

71 דותן, לעיל הערא 24, בע' 88–97.

72 ברק, לעיל הערא 13, בע' 7.

73 מאור, לעיל הערא 10, בע' 215–216.

74 שני, לעיל הערא 11, בע' 341–345.

לזכויות החברתיות מומחש אמפירית, כשבמצב הקיימים בית המשפט נמנע מכל האפשרויות, אין מה策הרה על הפרת זכותן והן מקביעה מסמורת באשר לממד הכםותי של הזכות. התוצאה יוצרת חלל ריק חוקתי. עם זאת, יש כמה דרכיהם להתחמודד עם קושי זה ובכך עוסקים דוידוב ואטלן.<sup>75</sup>

ישנים שלושה מודלים בסיסיים לסמכתות הביקורת השיפוטית החוקית בסוגיה זו. המודל ראשון נותן לבית המשפט סמכות הצהרתית בלבד בדומה לנעשה על פי החקיקה באירלנד, הקובעת שאין אפשרות של הוראות בעניין זכויות חברתיות. פתרון זה אמן יכול להוביל למודעות ציבורית בדבר הפגיעה בזכויות החברתיות על ידי המחוקק, אלא שפתרון זה אינו נושא כוח פורמלי להניע מגנון כלשהו לתיקון הפגיעה. המודל השני הוא שבמקרה שבו בית המשפט קובע שהופרה זכויות חברתיות, הוא ייחזיר את הסוגיה לדין חדש מוגף המחייב על מנת שההימצא פתרון שיתכן את הפגעה. זהו המודל שאומץ בחוק זכויות האדם הבריטי מי-1998.<sup>76</sup> מודול זה אומץ על ידי השופט לוי בדעתו מייעוט בפרש עמותת מחויבותם לשalom וצדק חברתי. בפתרון זה מתחערת השאלה מה גורלן של הפרות זכויות חברתיות שלא לתקן ל谋וות המלצה בבית המשפט; במקרה זה ניתן אולי לבחון את הפתורונות שמשמעותם מנוגני התחגורות שבחוקה הקנדית ובחוק-יסוד: חופש העיסוק בישראל.<sup>77</sup> המודול השלישי מאפשר לבית המשפט לפוטק בעניין התקצוב של מימון הזכות החברתית, בכפוף למוגבלות תקציביות סבירות. זה המודול שאומץ בחוקה הדרום אפריקנית.<sup>78</sup> גם מודול זה מצין, כמובן, כנראה, מוגנון הדומה למוגנון ההtagבורות על מנת לקבוע מהן מגבלות תקציביות סבירות. לכל אחד מהמודלים ניתן להוסיף מגנון פרוצדורלי שבו מחויבת המדינה לעורך תכניות לתקן הפגעה בזכויות חברתיות, לרבות קביעתلوحות זמניות, חובות דיווח ומעקב של בית המשפט אחר ביצוען.<sup>79</sup>

ו. אחריות הדבר בעניין פרשת עמותת מחויבות לשalom וצדק חברתי  
פרש עמותת מחויבות לשalom וצדק חברתי ממחישה את המסקנות של מחברי ביקורת ספרים זו.  
בעניין תפקידו של בית המשפט, החלתם של ששת שופטי בית המשפט העליון

75 ג' דוידוב " הזכות לעבוד כזכות קהילתית ואיישית והפטונצייאל החוקתי שלה" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל, לעיל הערא 1, בעי' 533, 557-558; אטלן, לעיל הערא 17, בעי' 432-427.

76 Human Rights Act 1998, Ch. 42, (Eng.)

77 ס' 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוקאפשר להוקם הפגוע בזכות יסוד לעמוד על כנו למשך 4 שנים אם התקבל ברוב של חברי הכנסת ונאמר בו במפורש שהפגיעה האמורה נעשתה על אף האמור בחוק-יסוד: חופש העיסוק.

78 The Constitution of the Republic of South Africa, 1996

79 אטלן, לעיל הערא 17, בעי' 432-427.

בדעת הרוב, הבאה לידי ביטוי בפסק דין של הנשיא ברק, מגמדת את הפוטנציאלי של ביקורת שיפוטית על זכויות חברתיות, כל עוד אין בישראל חוק יסוד: זכויות חברתיות. במישור העקרוני, נתן פסק הדין פרשנות מצומצמת לזכות האדם החברתית הגראונית ביותר – הזכות לקיום אונשי, בקבעו שהזכות היא לקיום חומירי מינימלי, כזו שמנועה מחסור קיומי בלבד. אולם האפקט של בית המשפט לא מייד רק על מוג שיפוטי; הוא מעיד על ההסתה החוקתית. הנשיא ברק מסביר שאין עיגון חוקתי מפורש של זכויות חברתיות או של הזכות לשוויון בישראל, וכי בכואו לבחון זכויות אלה בגין הזכות לכבוד האדם אין מידה שפה לאמץ גרטה נרחצת. עד קבע הנשיא ברק ש"אין מידה שבה שפה זכה אגד הזכות החברתיות לעיגון חוקתי מפורש ומוסכם, כמדינה בה הנושא נתון עדין למחלוקת שטרם הוכרעה בידי המוסדות המכוננים"<sup>80</sup>. יש לזכור שדברים אלו נאמרו על רקע התקפות מורבות על בית המשפט בשנים האחרונות – על ידי חברי הכנסת, על ידי חוגים דתיים ועל ידי אנשי אקדמיה והעיתונות – על כך שבית המשפט נocket אקטיביזם שיפוטי ורטודיקה של "מהפכה חוקתית". גם בפרש עמותת מוחיבות לשלום וצדק חברתי עצמה, כשהשופטת דורנה הוץיאה צו בינויים שהורה לממשלה להגדיר מהו הסטנדרט המינימלי לקיום בכבוד (צו שנחפק מאוחר יותר על ידי הנשיא ברק עם פרישתה של השופטת דורנה), נמחחה ביקורת ציבורית חריפה, שערערה את הלגיטימיות להתערבות בית המשפט בנושא חברתי-כלכלי<sup>81</sup>.

משפנה הנשיא ברק לבחון את יישומה של הזכות לקיום מינימלי בכבוד על עובדות המקרה, הוא קבע שלא ניתן למדור את הפגיעה בכבוד האדם רק לאור הקיצוץ בקצבת הבטחת הכנסתה, אלא יש אף להתייחס למכלול האמצעים שמעמידה המדינה לרשות אלו שאינם מסוגלים להתקיים בזכות עצמם. לכן, אף שקווצחה גמלת הקיום של העותרים בשליש, קבע הנשיא ברק ששהעותרים לא הדימו את נטל ההוכחה הראשוני להראות שכבודם נפגע. כאן נדמה לנו שבית המשפט עבר מתחום הזיהירות לתחום ההימנעות המוחלטת. קיימה של חוות דעת המיעוט של השופט לוי מדגימה את האלטרנטיבקה שעמדה בפני בית המשפט. השופט לוי מציג את מטרתו של חוק הבטחת הכנסתה כאמצעי המركזי והעיקרי לספק את הצרכים החינוניים, וזאת כדי למנע מזוקה כלכלית בקרב קבוצות חלשות באוכלוסייה<sup>82</sup>. הוא מטיק שההפחטה בשליש היא הוכחה לכאורה לפגיעה בכבוד האדם, הוואיל וטרם הקיצו הציג המוסד לביטוח לאומי את איכות החיים

80 שם, בפסקה 13 לפסק דין של הנשיא ברק.

81 י' יועז יובני ריבליך שוב תוקף את העליין" הארץ 23.4.04; ראו דבריו יושב ראש הכנסת, חבר הכנסת וראובן ייבליך: "לנוחת המציגות הבוקעת וועליה מן הכוון אליו חותר בית המשפט העליין [...]. נגיע أولית למסוב שבו יהיה עלינו לגדרו את בית המשפט בסיגים ברורים אשר יגבלו את סמכיווחו וייצטו בכנפיו". הדברים נאמרו בכנס של המכון הישראלי לדמוקרטיה מיום 22.5.2003 בנושא "הdemokratia הישראלית במחנה השעה" [\[http://www.idi.org.il/heb/rear/article.asp?id=1479\]](http://www.idi.org.il/heb/rear/article.asp?id=1479) (last visited on 4.1.2007)

82 פרשת עמותת מוחיבות לשלום וצדק חברתי, לעיל הערה, 2, פסקאות 6–7 לפסק דין של

של מקבלי הגלומות כירודה<sup>83</sup>. لكن, לדעת השופט לוי, הצליחו העותרים להעביר את נטול הוהכה למדינה.

הסאגה של הקיצוצים המצתברים בוגרת הבטחת הכנסת — המועוגנת בחוק משנות השמונאים, שהיא הרקע לעתירה ומתוארת בפסק הדין — מדגימה את תולדות המדינה של משרד האוצר, הממשלה והכנסת בכל הקשור להבטחת הזכויות החברתיות. החל ממקום המדינה فعلיה הכנסת לבסס מגנון להבטחת זכויות סוציאליות באמצעות המוסד לביטוח לאומי. ומאז שנות השמונאים נהגה הכנסת לשוחק את הזכויות והמנגנונים הללו בחוקי הסדרים במשק וב חוק להבראת כלכלת ישראל. חקיקה מעין זו מועברת בנסיבות בתיירות ובחופזה החורגת מהליך החקיקה הרגיל ואינה כרוכה בביטחון בוועדות המומחיות בכנסת. הлик זה אינו מאפשר התחרבות של גופים ציבוריים הנוגעים בדבר ואיננו מלווה בדין ציבורי. גם לעניין הצורך לקבוע מגנון לקביעת הממד הכלומי של הזכויות החברתיות, ממחיש פסק הדין את הדברים הנאמרים לעיל. הרי השופט אידמוני לוי, בדעת המיעוט, המליץ על החזרת הקביעה לעניין גובה הקצבה לפורום המתאים.

פרשת עמותת מהויכות לשולם וצדוק חברתי מסמנת ומסמלת את הדחיפות במציאות הישראלית של הפיכת הזכויות החברתיות לזכויות חוקתיות. אחרת, אנו משאירים את האוכלוסיות המוחלשות חסרות אונים מול הניאו-liberalizם והכווניות של משרד האוצר. ייתכן שהכנסת תתפרק ותבחן שrok כך היא תציג מנגנונים שיוכלו להתמודד עם הוראות השעה הדרקונית שמשרד האוצר מעמיד בפנים כל שנה בחקיקת חוק התקציב.

השופט לוי; בפרשנות מנוו, לעיל הערא 39, הממשלה טענה כך בעצמה כדי להתגונן בפני הטענה שהקטנת קצבת היקנה פוגעת בכבוד האם.

83 "קינג וג' מי שביט" איכות החיים של מקבלי הגלמה להבטחת הכנסת" (המוסד לביטוח לאומי — מינהל המשפט והתקנים, 2005 [http://www.btl.gov.il/NR/exeres/5BF73D70-5F (2005 .3C-4448-B5D1-54BF934CD2EC.htm] (last visited on 4.1.2007)

# על "ישראל ומשפחה העמים : מדינת לאום יהודית וזכויות האדם" מאת אלכסנדר יעקבסון ואמנון רובינשטיין<sup>1</sup>

קלוד קלין\*

- א. הקדמה
- ב. הסקירה ההיסטורית
- ג. המדר השוואתי והתאורטי
- ד. זכויות האדם במדינת הלאום (יהודית)

## א. הקדמה

במידה רבה זהו ספר מוזר. על שום שספר זה מיועד בעצם לקורא הלא ישראלי, אשר שואל לעיתים בთום לב אם יש למדינת היהודית לגיטימיות בעולם המודרני. באחרונה גם בארץ יש השואלים שאלה דומה, אולם נדמה לי שלא אלה מיועדי הספר. על כן יש ל��ות כי הספר יתורגם מהר לשפות רבות שכן באירופה ובארצות-הברית הוא עשוי למלא תפקיד חשוב ולתרום תרומה של ממש לשיח על אוזות מדינת היהודים. ובכל זאת, זהו ספר חשוב הבא להזכיר לנו את העקרונות הבסיסיים של זכותנו להתקיים כמדינה יהודית (ודמוקרטית).

אכן, זהו ספר המלווה במתען אידיאולוגי רב: הכוונה הנה לכך שלפנינו ספר המבוסס על ראייה ציונית קלאסית, שניתן להגדירה עצמן, פשוטו כמשמעות כהצלאנית. מה נאמר בספר זה ? מה ראייה זו כוללת ? ובמה ישומיה שונים או לא מן המרכיבים הבסיסיים ביותר של רוב המדינות בעולם, או לפחות אלה הרווחות עצמן, כמדינות לאום ? תמצית הספר שבפנינו היא הדגשת הלגיטימיות של מדינת היהודים, הן לגבי יסודה ודרך הקמתה (ההחלטה האורום, זכות ההגדרה העצמית של היהודים וכולוי) והן לגבי המבנה החוקתי-פליטי שלה. הספר הנו במידה שווה היסטורי והשוואתי. כמו כן, המתרבים הקורישו מקום מכובד לשאלת המדינה היהודית והדמוקרטית. בנסיבות אלה אחמיך בהמשך.

\* פרופסור (אמריטוס) למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

1 א' יעקבסון וא' רובינשטיין ישראל ומשפחה העמים : מדינת לאום יהודית וחכויות אדם (תשס"ג).

## ב. הסקירה ההיסטורית

הפרק הראשון סוקר את הקמת המדינה היהודית, את הדיונים ואת הדילמות סביב. סקירה זוונה הקרצה בספרם של יעקבסון ורובינשטיין. היא כוללת אזכור של ההתרחשויות באורם ומנתחת את הדיונים מסביב להחלטת החלקה מכ"ט בנובמבר 1947, וכן ניתוח זכות ההגדרה העצמית של היהודים. הפרק מסתהים בתה-פרק, חשוב כשלעצמם, המוקדש לנושא "חוקו של עקרון החלקה"<sup>2</sup> הירלוונטי במישר בתקופה הנוכחית של ערוור המוסכימות הבסיסיות ביותר. המחברים היטיבו לתאר את ה"לאומיות" של מקורות המדינה, אך נכזן היה להעניק דיוון זה אף יותר. נראה שאזכור תקופת המאבק להקמת הבית הלאומי ומשמעותה הכרה בעם היהודי לי שאלותיה של פולור היה מחזק את הטיעון. כך, למשל, ניתן היה להבהיר על החול בהצהרת בלפור היה מחזק את הטיעון. מכך, אופיים היבש והאנגלטי, מפסקים מחקרים שונים של פרופ' נתן פיינברג, שעלה אף אופיים היבש והאנגלטי, מפסקים בסיס איתן לטיעון היהודי-ישראלית.<sup>3</sup> פיינברג החל את כתיבתו בנושא מעמד העם היהודי לפניו הקמת המדינה<sup>4</sup>; הוא מנתח באופן ברור את ההתחפותה שהובילה להכרה בעם היהודי.<sup>5</sup> אין בטיעון הערבי הקלסטי נגד ישראלי טעונה אחת שלא נבדקה ולא נמצאה לה תשובה. טיעון זה שונה במידה רבה מטעוננה של פרופ' רות גביזון במאמרה "המדינה היהודית: הצדקה עקרונית ודמותה הרוצiosa".<sup>6</sup> גביזון, למעשה, אינה נוגעת בהיבט המשפטי (בודאי לא במשפט הבינלאומי הפומבי) אלא מעמידה את הדיון על קו אחר, והוא הלגיטימיות של המדינה היהודית — שזו משמעות המונח "הצדקה עקרונית". זה קו שונה — לא פחות חשוב ואולי אף יותר — אך מאוחר שיעקובסון ורובינשטיין בחרו בcourt המפט.<sup>7</sup> לדעתו, ראוי היה להזקן במסגרת ניתוח של תקופת המנדט אשר נסתירה בהכרה בקיומו של העם היהודי. והרי זהו הבטיס לזכות להגדרה עצמית של עם: הכרתו. ידוע כי הכרה זו אינה כה

2 שם, בע' 79.

3 כל מחקרים בנושא זה של פיינברג (באנגלית, בצרפתית ובגרמנית) אוגדו בקובץ: N. Feinberg, *Studies in International Law* (Jerusalem, 1979). אני מפנה בעיקר לחיבור רות גביזון, "The Recognition of the Jewish People in International Law", *ibid.*, at p. 229

4 רואו: *Jewish Yearbook of International Law* 1948 ב- 3, at p. 223 (פורסם במקור ב- 1948 ב-

5 יותר מאוחר, הוא ענה לבקשת משפטנים ערבים אשר שללו את הבסיס המשפטי שעליו מושתתת מדינת ישראל (ראו המאמר רות גביזון "הצדקה עקרונית ודמותה הרוצiosa" N. Feinbreg "The Arab-Israel Conflict in International Law — A Critical Analysis of Arab Jewish in Algir" *Studies in International Law*, *supra* note 3, at p. 433). כמו כן, הוא ענה למשפטן Henry Cattan במאמר ערך תחת הכותרת: ".On an Arab Jurist's Approach to Zionism and the State of Israel", *ibid.*, at p. 315

6 ר' גביזון "המדינה היהודית: הצדקה עקרונית ודמותה הרוצiosa" *תכלת* 13 (תשס"ג) 50. הרוי בוחר הספר, "ישראל ומשפחחת העמים", מזכיר את השם הקדום למשפט הבינלאומי פומבי שהיה ידוע עד למאה ה-20 כ- "Droit des gens" או "Voelkerrecht" ("כלומר": "משפט העמים").

שכיהה. נזכיר למשל כי אמונה אש"ף, ככלה בין היתר, סעיף המכחיש את קיומו של "עם יהודי" לאחר שהיהדות הנה דת ודת בלבד.<sup>8</sup> אני חולק כמובן על הכתוב בספר, עם זאת חושبني שהיא רצוי לחזק את התוהה שהיא כאן ממד היסטורי-מודרני בעל חשיבות עליונה.<sup>9</sup> מזרע הדבר שайн התיחסות לנושא זה אף בפרק השלישי הנקרא: "הצינות והנורמות הבינלאומיות".<sup>10</sup>

#### ג. הממד ההשוואתי והתאורטי

נזכיר שהמחברים ייחסו עניין רב לממד זה. ניתן לסכם את ההיבט הזה של החיבור בערך כך: למעשה, מדינת ישראל, על מרכזיה המיוודים (בתחום הדת ובעיקוד ביחס ל羣衆 הערבי היושב בה) אינה שונה ממדינות רבות אחרות בעולם, שחלקן אף יכולות להיחשב דמוקרטיות למופת. אנסה לחדר את הטיעון ואולי אף להוסify לו ממדים יהודיים נוספים אשר אינם מופיעים בספר.

סוגיות "מדינת הלאום", נידונה בעיקר בפרק האחרון תחת הכותרת "דמוקרטיה אתנית", 'לאומיות אתנית' או 'אורתית'.<sup>11</sup> הכוונה ברורה גם לאור החלק האחרון הקוריי "נספחים".<sup>12</sup> חלק זה מספק לנו קטיעות מוחוקות דמוקרטיות בעולם (אירלנד, יוון, סלובקיה, מדינות סקנדינביות, איסלנד, איטליה, ספרד, בולגריה, פולין, סלובניה, צרפת, האוזור האוטונומי הבאסקי וכן נספח על ארמניה). יש לשים לב לעובדה כי המדינות השונות — כולל דמוקרטיות במידה כזו או אחרת — harus צורך להגדיר את עצמן, את זהותן הלאומית או הדתית ואת התיחסותן למיועטים השוכנים על אדמתן. הכוונה ברורה: קיימם דמיון חזק, לדעת המחברים, למצבה של מדינה ישראלי: מדינה לגיטימית, חוקית, אשר קיימה מבוסס והיא מוגדרת (או מגדירה את עצמה) כמדינה יהודית דמוקרטית, אך על שטחה קיימים מיועטים לאומיים (וגם מיועטים דתיים). מכאן שיש צורך בהגדרת היהיסטים עם המיעוט, הגדרת מעמדו, זכויותיו כמיועט מול זכויות הרוב. במילים אחרות, המחברים מצביעים על היותה של מדינת ישראל מדינת לאום (כך גם בគורת הספר) כמו רבות אחרות: מדינת הלאום של העם היהודי או כפי שהם מגדירים אותה "מדינת לאומי יהודית". מטרת הספר ברורה: תיאור היחס של מדינת הלאום היהודית למיועט הערבי,

The Palestine National Charter, 17 July 1968, art. 20 [[http://www.palestine-un.org/frsite\\_map.html](http://www.palestine-un.org/frsite_map.html)] (last visited on 5.9.2006) 8  
רב. יצירן במיחור כי חבר העמים הוא שהכיר בקיומו של העם היהודי, עניין זה הניתן של

Feinberg השוב ביוור. ראו: N. Feinberg, *supra* note 3.

יעקובסון ורובינשטיין, לעיל הערא, 1, בע' 37. וראו למשל הדיוון בשאלת קיומו של העם היהודי והכרתו על ידי האו"ם, שם, שם. המחברים היו יכולים לחזק את עמדות בנושא, לעתים נומה כי השאלה היהודית נולדה ב-1947.

שם, בע' 125 10

שם, בע' 359 11

שם, בע' 427 12

בכוונה להציג שיחס זה תואם את הסטנדרטים המקובלים בתחום זכויות האדם. מכאן האוסף, המורור לעיתים, של הוקות העולם. כאן, לדעתו טמונה החולשה הגדולה של ספר חשוב זה; המכוד התאורטי על אוזות הגדרת מדינה כמדינה לאום אינו קיים כלל. ממד כזה מסביר את האקלקטיות של המדיניות שנבחרו. מה בין צרפת לבין סלובקיה? מה בין הוו לביין בריטניה וספראן? גונתי היא ציריך היה לבוא לידי ביטוי המכוד המיווה שאמנון רוכינשטיין (מבין שני המחברים) יכול היה ואף חייב היה לספק — המכוד המשפטית (התאורטי). גונתי היא שהעלאת המושג "מדינה לאום" מחייבת כਮון להגדרו. אחת מהאפשרויות היא להגדיר או להשוו את המושג עם מושגים קרובים או שונים כגון "מדינה לאום" לעומת "מדינה רב-לאומית", או מדינה רב-תרבותית לעומת "מדינה רב-לשונית" כדוגמת שווין. יתרה מכך, כאשר מתייחסים למדינות הללו ניתן להבחין בין מדינה לאום מושלמת לבין כזאת המתאפיינת בהיות מושלת (כגון צרפת אשר מתכחשת לקיום של קבועות לאומיות בעלות זכויות על שטחה<sup>13</sup>). היכן נמצאת מדינה ישראלי? ממשלה ברורה. מדינת ישראל מגדרה את עצמה כמדינה לאום (של העם היהודי), אך המודל הישראלי אינו מושלם, וזאת משתי סיבות: ראשית כי-20% מזורי המדינה אינם שייכים לקבוצת הלאום המרכיבה את המדינה<sup>14</sup>. שנית, למורת הגדרה זו, רק 04% מבני הלאום (היהודי) נמצאים בישראל<sup>15</sup>.

למספרים משמעות רכה, שכן על פיהם ניתן למדוד את התאמת של מדינת ישראל למודל מושלים של מדינות לאום ואולי אף למדינה לאום דמוקרטי. במילים אחרות, נבדוק באיזו מידה "רוחקה" מדינת ישראל מן המודל האידאלי (במובן הוכריאני, ככלומר לפי הגדרת האידאל-טיפוס של מקס ובר). ברצוני להציג נקודה זו ללא דין. נדמה לי כי יש להביא בחשבון את הנקודות הבאות שמשננסים להציג את מדינת הלאום היהודית בצורה אולי פשנטנית מדי.

ראשית, אחוז "בני המיעוט" — כאמור שיעורם هنا כ-20%<sup>16</sup>, מספר "גבורה" למדי. הגם שהקבעה "מספר גבורה" אינה מודעית, נדמה כי פרט למספר, היחס בין הרוב-למיינוט מקבל משמעות מיוחדת. הרואה לכך הנה ההטעקות הביעתיות כשלעצמה והאבסיסיבית בנושא המaanן הדמוגרפי בישראל. אין לכך ראייה ברורה יותר. במילים אחרות, אופייה המיווה של המדינה — האופי היהודי, אם תרצה, אופייה של מדינת הלאום היהודית אינו יכול להיות כנתון מוחלט, סופי, הוא עשוי להשתנות. כיצד נוכל להתחמודד עם שינוי זה?

<sup>13</sup> כך, למשל, אסורה מועצת החוקה של המדינה לאשר את האמנה האירופית להגנת המיעוטים בטענה שאין בצרפת מיעוטים. כמו כן פסלה המועצה את השימוש בכינוי "העם הקורסי-אי".

<sup>14</sup> ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה השנתון הסטטיסטי לישראל 2004 (מס' 55) 2-10 לוח [http://www1.cbs.gov.il/reader] (last visited on 3.6.07) 2.1.

<sup>15</sup> שם, בע' 2-13 לוח 2.3.

<sup>16</sup> שם, בע' 2-10 לוח 2.1.

שנית, המיעוט הערבי בישראל הנז מיעוט שבמעבר היה רוב. כך, אם נתעלם מן האתוס הציוני ומשמעותו, נגיע למסקנה שהקבוצה הזאת עברה תהליכי היידוע בסוציאולוגיה הלאומית כ-*"ueberfremdung"*<sup>17</sup>. ניתן אולי לטעון כי מן הבדיקה המשפטית אין לדבר ממשמעות, אך ניתן גם לטעון אחרת, ומכל מקום, ככל הנראה, מה מצב זה החסיבות שאסורה לזלزل בה בעניין אלה השיכים למייעוט עצמו. ומה הן למעשה הנסיבות המתבקשות מן הנונאים שהזכיר לייל? נונאים אלה אינם ממשנים, כך סבורני, את מהותה הבסיסית של המדינה; מדינת לאום יהודית אשר על שטחה נמצא מיעוט ערבי. הנanton הזה עשוי להשפיע על ממד נוסף שנמצא בគורתה המשנה של הספר: "מדינת הלאום היהודית וחכויות האדם" (ההרגשה שלו – ק.ק.). לאחר שהמדינה הוגדרה כמדינה לאומית יש לבחון את מעמדו של המיעוט היהודי ואולי אף באופן רחוב יותר, יש לבחון את מצב זכויות האדם מול האופי הלאומי (או הדתי) של מדינת הלאום.

#### ד. זכויות האדם במדינת הלאום (היהודית)

הכוונה כאן אינה, כמובן, לבדיקת נושא זכויות האדם (והאזור) בכללו, אלא רק לבחינת אותן הזכויות הקשורות לאופייה היהודי של המדינה או הנובעות ממנה. מכאן שיש לבדוק את הנושא בשני מישורים: הראשון פנים-יהודי והשני בגין למייעוט. יצירן כי בשני המקרים נסב הויכוח על הביטוי הקלסטי "יהודית וديمقרטית".

##### 1. הויכוח הפנים-יהודי

המחברים מקדישים מקום רב לנושא, השיח משתרע על פני כמה פרקים (ראו למשל בפרק הרבי עי "המדינה היהודית והדמוקרטיות בישראל" ומיד הפרק החמישי, "או יהודית או דמוקרטית?")<sup>18</sup>. ענין מיוחד מוצאי בקטע הקורי "מדינה יהודית, מדינת היהודים ומדינה העם היהודי"<sup>19</sup>, שכן בעבר הצעתי פירוש חדש להיבטיו "Judenstaat" בשמות אחרות, למשל בצרפתית<sup>20</sup>. התרגום החדש שהוצע עורך פולמוס עם יורם חזוני<sup>21</sup> – פולמוס שאיננו ניטרלי שכן טמון בחובו ויוכה עמוק יותר על אידיות פירוש כוונתו המקוריות של הרצל באשר לאופייה של מדינת היהודים. והנה תמצית הויכוח: אין חולקים על כך שהשפה הגרמנית, המשמעות

17. ביטוי גורמי מוקבל זה מגדיר מצב שבו קבוצה לאומית מוסימת הופכת לקבוצה מייעוט על שטחה, בעקבות הגירה מסיבית אל השטח הזה. מצבים כאלה התרחשו לדוגמה בברית המועצות לשעבר ובדרום חבל טירול האיטלקי.

18. יעקב סונן ורוברט שטיין, לעיל העלה, 1, בע' 150, 215.

19. שם, בע' 195.  
20. ראו תרגומי בספר של הרצל לצרפתית תחת השם "L'Etat des Juifs" במקום בתרגומו המקורי עד כה "L'Etat Juif", הוצאה La Decouverte, פריז, 1989, עם מהדורות כיס ב-2003.

21. "חווני" האם הרצל רצה מדינה יהודית? – תבלת 11 (תש"ב) 73.

המילולית של הביטוי "Der Judenstaat" הנה "מדינת היהודים". אגב, כך תורגם תמיד הספר לשפה העברית<sup>22</sup>. אך מה עם הinterpretation או עם האנגלית שבו באותה תקופה השפות החשובות ביותר? טענתי הייתה כי יש לתרגם קודם כל על פי שפת המקור, ככלומר גרמנית, וכי התרגומים ה"קלוקל" נבע בעיקר מטעמים אסתטיים שמקורם בשפות האלה. האמת חייבות להיאמר, התרגומים לאנגלית: "The Jew's State" אינו מוצלח במיוחד; כך גם בצרפתית, הביטוי "L'Etat Juif" או "L'Etat des Juifs". חזוני מדגיש בצדק רב כי הרצל, הבחינה האסתטית על הביטוי<sup>23</sup>. חזוני אמן מדגיש בצדק רכיב אחד התרגומים אשר ידע צרפתית היטב ושלט גם באנגלית אם כי במידה פחותה, אישר את התרגומים ה"קלוקל" (כבדרי)<sup>24</sup>. לא הבוני מדויק ציריך להתחבס על המונח להבין את המשמעות האמיתית של הכותרת, שהרי מקובל לפרוש מונח בשפטו המקורי. חזוני אמן מוסיף כאן ניתוח — מעניין אך לא משכנע — למשמעות הביטוי "Juden" "Der Judenstaat" בגרמנית. לדבריו, נהג הרצל להשתמש בתחילה "Der Judenstaat" — "יהודי" בשפע של מילים כאשר היה ברור שכונתו הייתה למשהו "יהודי" (לדוגמא נהג להשתמש בביטוי "Judenblatt" ככינוי לעיתון היהודי)<sup>25</sup>. כשהלעצמי "Der Judenstaat" לא חילחתי להבין את הנקודה: בגרמנית מכל מקום הכרה בין "Der Juedische Staat" — לבין "Der Juedische Staat" — ככלומר "מדינה יהודית" — ככלומר "מדינת היהודים" — בין הרצל אסתטי או אחר. תורה מכך, הנני טוען עוד שתי יהודית" — הנה נטולת כל משקל אסתטי. הנה:

טענות אשר נוגעת לתוכנה של הראייה הרציונלית:  
 1. אין לכך ראייה ברורה יותר מאשר תוכנו של הספר "מדינת היהודים"<sup>26</sup>.  
 אסתטיק כאן באזכור התייחסותו של הרצל למוקומם של הרובנים במדינת היהודים: הוא מבקש להשאים בכתי הכנסת כפי שהקצינים חיביכם להישאר בקרטקטין<sup>27</sup>.  
 2. ברומן Altneuland מתאר הרצל חברה יותר קוסמופוליטית מאשר יהודית<sup>28</sup>.  
 כך, למשל, מסכם עמוס אילין, אחד הביווגרים של הרצל, את הנושא:

"Culturally, the new polity of Altneuland was not Jewish, but cosmopolitan. It was an open, secular, pluralistic society of Jews, Christians, Moslems and Buddhists speaking a wide variety of languages. There was no official tongue, although German seemed to predominate (in the rural areas Yiddish was spoken). Hebrew was used by Jews only for prayer and at funerals. The citizenry attended German opera and French theater, and engaged in English outdoor sports"<sup>28</sup>.

22 תורגם לעברית לראשונה בשנת 1896 על ידי מיכאל ברקוביץ.

23 חזוני, לעיל העונה 20, בע' .78.

24 שם, בע' .79.

25 ת' הרצל מדינת היהודים (בערכת מערכת כתבי הרצל, תש"ב).

26 שם, בע' .65.

27 ת' הרצל Altneuland: רומנים (תורגם על ידי מ' קרא, 1997) (פורסם לראשונה ב-1902).

28 A. Elon Herzl (New York, 1986) 349

יעקובsson ורובינשטיין מצבאים על הוויכוח הזה בדרך מענינגת<sup>29</sup> ובוחרים בגורסתו של חזוני, אף שהם מעדיפים גישה "חילונית" למدينة. באשר לשאלת "הגדולה" הנשאלת באופן יותר קונקרטי למן 1992 (כלומר למנ חקיקת חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו), בדבר האפשרות של דראקים "לוגי" בין האופי היהודי לבין האופי הדמוקרטי (לפי נוסחו של סעיף 2 בשני חוק-היסודות: "ערליה של מדינת ישראל כמדינה יהודית וdemokratischer"), המחברים נוקטים עמדת בינוים השוללת את הסתירה בין שני המושגים.<sup>30</sup> הם פוניםכאן מעבר לצד השמאלי של המפה, שכן רצונם להשאיר את המדינה — מדינת ישראל — כמדינה יהודית וdemokratische, בתוכה המנהה הליברלי. הדיוון בנושא הדת והמתה בינה לבין זכויות האזרח כמעט שאינו קיים בספר זה. עיקר הדיוון מתמקד ברובד השני שהזכיר קודם: היחס למייעוט העברי.

## 2. המתח בין האופי היהודי לבין המייעוט העברי

רוכד זה זוכה לדיוון עמוק יותר. אכן, סוגיות רבות עומדות על הפרק<sup>31</sup>: חוק השבות; הסוגיה היודענית כ"מדינה כל אורה"; "מדינה לاءם Demokratiet" ו"demokratische אהנית" — כל אלה נבדקים לעתים בסדר שהגינו הפנימי אין נהי. כמו כן, המחברים מקדישים קטע חשוב לתפישת העברים כקבוצה לאומית או כמייעוט מצבאים על כך שמצד אחד העברים אינם מוכרים כקבוצה לאומית או כמייעוט לאומי, אך למעשה "הזכויות הקיבוציות של המייעוט העברי בישראל בתחום הלשון, החינוך והתרבות הן זכויות של מייעוט לאומי מובהק, והן רחבות ומרחיקות לכת גם על פי קנה מידה בינלאומית".<sup>32</sup> על נקודה זו הצבעתי כבר בעבר<sup>33</sup>, ואני מרשאה לעצמי לחזור ולהדגישי כי חייב לה夷שות צעד משמעותי נוסף (כגון קבלת חוק-יסוד: המייעוט העברי). טענתי וודוני טוען כי דווקא הצגתה של מדינת ישראל כמדינה לاءם (של העם היהודי) תאפשר לבנות מודל של מעמד המייעוט העברי בזורה ברורה יותר, הכולל זכויות קולקטיביות בכמה תחומיים (בעיקר לשון, תרבות ודת). הצעתי גם מודל של אוטונומיה אישית להבדיל מאוטונומיה טריטוריאלית.

cols. מצבאים על העבודה (החשובה כשלעצמה) שאין בישראל ניסין "לבול" את המייעוט העברי (כפי שהדבר נכון במספר לא מבוטל של מדינות לاءם בעלות מייעוטים לאומיים). הוויכוח בישראל מתרכז בעיקר בתחום ההפליה. חיבורו הרבה של הספר היא בהעלאת סוגיות מדינת הלאום ומגבלוותיה בתחום הזכויות לדין ציבורי. בסופה של דבר ניתן לומר על דרך המשפט המפורסם: "מייעוט הוא מייעוט, הוא מייעוט".

29 יעקובsson ורובינשטיין, לעיל הערה 1, בע' 197.

30 יעקובsson ורובינשטיין, לעיל הערה 1, בע' 206.

31 שם, בע' 222.

32 שם, בע' 189–189.

C. Klein *Israel as a Nation — State and the Problem of the Arab Minority: In Search of a Status* (Tel Aviv, 1987)

“יתכן שמדינה הלאומית היהודית אינה שונה ממדינות לאום ורבות אחרות באופןיפה. הבעייתיות המיוחרת של המדינה הזאת נובעת מכך שמדינה ישראל הוקמה “מאוחר”, לאחר עידן הלאומיות של המאה ה-19 וכי היא נתקלה ועודין נתקלת בהתקנות עזה. על כך אין למחברים תשובה, וכמובן איש לא ציפה לתשובה.

## שרוליק – דיוון

### על "פרידה משורליק: שינויים ערכיים באלויטה הישראלית"<sup>1</sup> מאת: עוז אלמוג

מאט צבי טרייגר\*

ספרו רחוב הירעה (1,412 עמודים, בשני כרכים) של פרופסור עוז אלמוג, מהחוג ללימודים ארץ ישראל אוניברסיטת חיפה עוסק בשינויים הערכיים שהחל באלויטה הישראלית, שהיא, כפי שmegdir אותה אלמוג, "השכבה היהודית הותיקה, החילונית, המשכילה והמבוססת, שהשפיעה על צבוננה של המדינה גדולה".<sup>2</sup> אלמוג, סוציאולוג ומחבר "הצבר דיוון",<sup>3</sup> "שהיה רב-מכיר", כפי שמכרזת הכריכה האחראית (עדות חזקה שלעצמה לשינויים הערכיים באלויטה הישראלית"), מגיש לנו מפעל שאפתני: מיפוי התמורות שהחלו בערכיה של האלויטה הישראלית מאז קום המדינה ועד לשנת 2002, מחמש נקודות מבט שונות שהוא מכנה "חויזות": החזית התקשורותית, החזית המשפטית, החזית הפסycולוגית, החזית הפמיניסטית והחזית המשפטית. ה"חויזות" מחולקות לשני חלקים עיקריים: חלק סקירותי (לכארה, על כך בהמשך), שיעקו כרוניקה של השינויים הנטענים, וחלק המציג ניתוח לסקירה ("משמעות וכוונות", לשון המחבר), בדרך ניכרת מן הסקירות, עובדה החלקים הקוראים "משמעות וכוונות" קצריים במדיה ניכרת מן הסקירות, אשר הופכת את הספר בעיקר לכרוניקה של אירועים ובנוי דרך בתהליכי השינוי הנדרונים, הרואיות לצין, לדעת המחבר.

חלוקת הספר לחזיות-শערדים נדמית לעתים שרירותית. מחד גיסא, חסרים שעדרים מרכזיים המשקפים גם הם שינוי ערכיים שהל בחברה הישראלית, דוגמת החזית הצבאיית-הביטחונית והחזית הפלוריטית. מאידך גיסא, יש חפיות בין שעדרים קיימים, שהופכות את החלוקה ביניהם למזהה: חלקים נרחבים ב"חזית הפמיניסטית" יכולים היו להיכלל ב"חזית המשפטית", משום שהם עוסקים בשאלת שוויון

\* דוקטור למשפטים. מרצה בבית הספר למשפטים המסלול האקדמי המכלה למנהל.

1 ע' אלמוג פרידה משורליק: *שינויים ערכיים באלויטה הישראלית* (תשס"ד).

2 שם, בכריכה האחראית.

3 ע' אלמוג הצבר – דיוון (מהדורה שלישית, תשנ"ח).

הזכויות המוגדרי והמאבקים המשפטיים לעיגנו בחקיקה ובفسיקה; בדומה לכך, "החזית המשפחתית" יכולה להיות החלטה להיכלול תחת "החזית הפמיניסטית"; וגם "החזית התקשוחותית" הופכת במידה ובה ל'"חזיתות" האחרות, ובכלן זו המשפטית, הפסיכולוגית והמשפטית. חלוקה שכזו, שאינה מובנת מאליה, דורשת עבودת הנמקה שתצדיק את ביצועה, ותפרק שפנוי הקוראים את היתרונות שיש בה לעומת דרכי חלוקה אחרות, אינטואטיביות וטעויות יותר (פחות לראיית עין).

חלוקת השדרירות, כמו גם השמטה "חזיתות" לא פחות החשובה, ואולי אף יותר חשיבות מала שנכללו, מצביעות על בעיה נוספת בספר הקשור באופןן אהבה שבו המחבר מhabונן בתרבות ומונחה את מציאותו. ניכר בספר שנכתר מתוך אהבה ונטולגיה לחומרים המרכזיים בו; הספר הוא, במידה רבה, מעין אלבום פרטיא של זיכרונות המחבר ושל ממצאי מהקרוין. אולם תוצאהה של ההתחבשות במושא המחבר היא חוסר יכולת לסנן ולהיפרד מחומרם ובבים המעלים חינוך או רגשי נוטלגייה, אולי, אך אין תורמים דבר לביסוס התזה של הספר. הספר עמוס בצייטנות רבות וארוכות, ולמרות הצהרת המחבר במכוא כי הדבר נעשה במודע ובמודע, הגודש הרוב אינו תמיד מונדק ובוודאי אינו הכרחי.

בנוסף, יש בספר כמה כתמים עיוריים ממשועתיים, והרמו המטרים להופעתם מופיע כבר בעמודו הראשון, במבוא: "ישראל הדיום היא מדינה מפותחת ומשגשגת מבחינה כלכלית וטכנולוגית". ב"חזית המשפחתית", למשל, מחותרת התפתחות מערכת המשפט הישראלית כמספר ליניארי של הליכה מהטוב אל הטוב יותר. התיבה "ליירליזציה" חזורת פעמים רבות, ותתי-הפרק "מדינה דמוקרטית בעירבן מוגבל", שאורכו כארבעה עמודים מחוקר כמאה ושמונים ש מקצים ל"חזית המשפחתית", עוסק בכפייה הדתית בלבד ואני מזכיר כל את הביבוש, את תקנות ההגנה לשעת חירום מ-1945, את השחיתות האבורט בשירות הציבור ואת חוסר האונים של רשות אכיפה החוק למולה, את הפליה המוגדרית או את הביעות המ神州ות האחרות במשפט החוקי של מדינת ישראל.

היעדרן של תקנות ההגנה לשעת חירום מה"חזית" המשפחתית צורם במיוחד. מכוחן המדינה מגשת פלטינums, הורסת את בתיהם ועצרת אותן במעברים מנהליים (ובמקרים נדירים ביוון גם מנהליים). זאת ועוד: סעיף 39(א) לחוק יסוד: הממשלה קובע כי "תקנות שעת חירום כוון יפה לשנות כל חוק, להפקיע ומונית את תוקפו או לקבעו בו תנאים, וכן להטיל או להגדיל מסים או תשלומי חובה אחרים, והכל זולת אם אין הוראה אחרת בחוק". מאז 1945 ועד היום, לא בוטל מצב החירום.<sup>4</sup> המסקנה כי הדמוקרטיה הישראלית היא דמוקרטיה "בעירבן מוגבל", כהגדרתו של המחבר, מתחייבת דוקא מעובדה זו ולא בהכרח מהיעדר ההפרדה בין דת למדינה.

<sup>4</sup> אלמוג, לעיל העלה 1, בע' 19.

<sup>5</sup> כדיודו, בשנת 1992 בוטל מצב החירום התיידי בחוק יסוד: הממשלה והכנסת הוסמכו להכריז על מצב חירום ככל שנה חדש, דבר שאכן עשה, אך שרציפות מצב החירום משנת 1945 ועד היום נמשכת, אם כי לא מכוח התקנות המקוריות.

לעומת היעדרו המהדרד של כל דין בתקנות ההגנה לשעת חירום וב hasilכויותין, לא ברור מדוע כללו נושאים מסוימים בחלוקת המשפטי של הספר. כוונתי במיוחד לכורניקה של מלחמות ישראל ועלית השמאלי הישראלית ותונעות המלחאה.<sup>6</sup> לא ברור מה לקריאותו של חיים גורי בשנת 1950 אל הערכיהם, קריאות שנאמרו, בדברי אלמוג, "בכאב אמיתי"<sup>7</sup>: "אovic, מי כפה עלייכם להילחם בנו [...] מדוע הכרחחים אותן לשפוד את דמכם?"<sup>8</sup> ול"חויזת המשפטית".

דומה אפוא שהמחבר לא מצילח לסרטט מפה מלאה ומשכנעת של התמורות שחלו במערכת המשפט הישראלית בראשי התמורות התרבותתיות. כאמור, בחירות החומרים הללו שגורתיית והחקלית יוצרת תמונה בעיתית מאוד של התחלים שעצרו על המרבות המשפטית הישראלית.

בעיות דומות קיימות גם כ"חזהת הפמיניסטית", שהיא השער הרכיבי של הספר. באופן משונה, המחבר ממשיך כאן בעיוורון המגדורי שאפיין את ספרו "הצבר – דיוקן"<sup>9</sup>, למרות מאה וארבעים העמודים המוקדשים לה'חזה' זו. בחתימתפרק הקומי "פמיניזם וגלובליזציה", למשל, הוא כותב: "האותו הפמיניסטי כובש טפח אחר טפח בעולם ובארץ ונעשה בהדרוגה לחלק מайдיאולוגיות-על גלובלית דמוקרטית. המאבק הפמיניסטי תרם ותרום לקידום האופי הגלובלי של ישראל"<sup>10</sup>. אף מילה על שחר בנשים, החום שבו ישראלי מציגנית במירוח בעידן הגלובליזציה<sup>11</sup>. על פי דרכו הביניים של ועדת החוקה הפרלמנטרית בנושא סחר בבני אדם בראשות חברות הכנסת זהבה גלאו. מדובר בתחשיה המגאלגת במיליארד דולר בשנה<sup>12</sup>.

ברוח זו מציין המחבר את חתימת י'ישראל על האמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל צורות הפליה נגד נשים כהישג, אך אינו מזכיר את ההיסטיגיות שהוסיפה ישראל לחתימתה בדברי מינוי נשים כשותפות בתפקיד דין דתים, חוקי העמדת האישי ודיני המשפחה<sup>13</sup>, וכן הצהורה כי ישראל אינה רואה עצמה מחויבת על ידי הצעיף הראשוני. ההצעה רותמי של האמנה<sup>14</sup>.

<sup>6</sup> אלמוג, לעל הערא 1, בע' 422-466.

.422 שם, בע' 7

.423 שם, בע' 8

9

9. מ' גלוחמן "ציווילט גברית" הארץ (מהדורות האינטרנט) 8.10.1997  
10. אלמגור לוייל בערבה 1 בז' 88

10 אַתָּה גָּדוֹל, כְּפָרֶן  
11 הַאֲבוֹן לִמְשׁוֹל רַבִּי

<sup>10</sup> בראון, מושל, לאחר רשות החקלאות, ב' 1996, עמ' 1.

<sup>11</sup> ראו, למשל, באתר משרד המשפטים: <http://www.justice.gov.il/MOJHeb/Subjects/Sahar> (בנ害羞ם html) (last visited on 4.6.07).

<sup>12</sup> דוח בגין – ועדת החקירה הפרלמנטרית בנושא שחר בכני אדם (2002) [http://www.knesset.gov.il/committees/heb/docs/sachar15-4.htm] (last visited on 4.6.07)

<sup>13</sup> אמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורותיה מ-18 בדצמבר 1979, כ"א 1035, מס' 31, ע' 179; רשימה של הסתייגויות ישראל והמדינות האחרות ניתן למצוא באתר האו"ם: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reservations.html> (last visited on 4.6.07).

14 שם, בע' 183: "למטרוד אמנה זו, המונח 'אפליטית נשים' משמעו כל הבחנה, הוצאה מן הכלל או הגבלה על יסוד מן, שהוצאתן או מטרון פגום או לבטל את ההכרה, התנהנה

חוליות הcronicaה באה לידי ביטוי גם באופן שבו מתייחס המחבר לסוגיות האלימות נגד נשים: "בשנות התשעים החריפה בעית הנשים המוכות וחלה גם עליה במספר הנשים שנרצחו בידי בעליהן"<sup>15</sup>, הוא מצין. הנתונים שהוא מביא, עם זאת, אינם אלא סיכום מספר הנרצחות הכלול בין השנים 1990–1998, והם אינם מצביעים על עלייה (או ירידה) כלשהי<sup>16</sup> ביחס לשנים קודמות. יתרה מזאת, נהוג ליחס את המספרים הגדולים הללו לעלייה המודעתה ועליה במספר המקרים המדוחים, הודות לפעולות של ארגונים פמיניסטיים לעידוד נשים שעברו התעללות להתלונן ולהקמת מנגנון תמיכה, ולאו דווקא לעלייה במספר הנשים המותקפות. כך או כך, אין מחלוקת כי מספר המקרים המדוחים הוא קטן הקרונון של בעית האלימות כלפי נשים.

כאמור, לא ברורה הצדקה להפרדה בין היבטים המשפטיים של "החזית הפמיניסטית" לבין "החזית המשפטית". הפלית הנשים במשפט הישראלי, על כל ביטוייה, היא אינדיקציה נוספת לכך שמדובר בדמוקרטיה "בעירובן מוגבל", ולכן ראוי היה לדון בה במסגרת "החזית המשפטית". אלה הן דוגמאות ספורות לבעה המתודולוגית של המחקר ולחוטר הבדיקה בין כרוניקה לבין פרשנותה. התוצאה היא חיבור בלתי מספק, הן ברמת התיעוד הcronicalgi והן ברמת הניתות והפרשנות.

בזכויות האדם וחירות היסוד בתחום המדיני, הכלכלי, הכלכלי, התרבותי, האורי או בכל תחומי אחר".

15 אלמוג, לעיל העירה 1, בע' 956.

16 שם, בע' 1314.