

ביקורת חוקתית בעניינים בעלי השלכה תקציבית

גיא דוידוב*

- א. מבוא
- ב. הדילמה
 1. בעיית הלגיטימציה הדמוקרטית
 2. בעיית היכולת המוסדית
 3. הגנה על זכויות מחייבת הקצאת משאבים
 4. חשיבות ההגנה על זכויות חברתיות
- ג. ביקורת על חקיקה ראשית בעניינים בעלי השלכה תקציבית ניכרת – פתרונות אפשריים
 1. פתרון א': הכפפת ההגנה על הזכות ל"מגבלות תקציביות סבירות"
 2. פתרון ב': השארת "המילה האחרונה" בידי המחוקק
 3. פתרון ג': מתחם תמרון או התחשבות המחוקק בעניינים חברתיים-כלכליים²
 4. פתרון ד': מיקוד הביקורת בהליך (process) בלבד
 5. פתרון ה': התערבות לטובת "גרעין" הזכות בלבד
- ד. סוף דבר

א. מבוא

בשנים האחרונות נקראת המערכת המשפטית, בתכיפות הולכת וגוברת, להתערב בעניינים בעלי השלכות תקציביות ניכרות.¹ עשרות עתירות נגד חקיקה חברתית-כלכלית הוגשו, רבות מהן תלויות ועומדות בבית המשפט הגבוה לצדק.² מקיצוצים בקצבאות דרך שינויים מבניים ועד הליכי קבלת חוק ההסדרים – נושאים העוסקים באופן ישיר או עקיף בתקציב המדינה מגיעים לפתחו של בית המשפט, המתבקש להשתמש בכוח הביקורת החוקתית ולהיטיב את המחוקק לשנות

* הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. תודות למרכז מינרבה על התמיכה הכספית במחקר; ליוסי אדרעי, מיכאל בירנהק, משה כהן-אליה, ברק מדינה, גיא מונדלק ואילן סבן על הערות מועילות לטיטות קודמות; ולנדיה מוגילבסקי, שרון סביון, נעמה סיקולר וביאטריס קוסקסויליאמס על עזרה במחקר בשלבים שונים של הפרויקט (אף אם לא כולם מצאו דרכם למאמר הנוכחי).

1 הנשיא ברק הלין לאחרונה על השימוש המקובל במונח "התערבות" לתיאור הביקורת השיפוטית. ראו בג"ץ 11298/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נט(5) 865, פס' 49 לפסק דינו של הנשיא ברק (2005). אכן, בית משפט הקובע כי רשות שלטונית פעלה שלא כדין מגן על עקרון החוקיות – הוא אינו חודר לתחום הסמכות של הרשויות האחרות. עם זאת, הוא בהחלט "מתערב" בהחלטות של אותן רשויות. גם אם התערבות זו נעשית בסמכות ובצדק, אינני רואה מקום להתכחש להתנגשות שבחירת המילים המקובלת מבטאת.

2 ראו למשל בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729 (2004) (עתירה נגד הפחתת שיעור קצבאות זקנה שנדחתה); בג"ץ 4885/03 ארגון מנדלי העופות בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(14) 2004 (עתירה נגד הליכי חקיקת חוק ההסדרים שנדחתה); בג"ץ 9333/03 קניאל נ' ממשלת ישראל, תקיעל 2005 (2) 1621 (2005) (עתירה נגד שיעור המס על הון הנמוך מהמס על עבודה שנדחתה); בג"ץ 6880/03 האגודה לזכויות האזרח נ' משרד האוצר (עתירה כנגד זיכוי מס הכנסה שניתן באופן לא-שוויוני – תלויה ועומדת). וראו דוגמאות רבות נוספות בהמשך המאמר.

את אופן חלוקת העוגה. התערבות בענייני תקציב מעוררת קשיים ניכרים, בעיקר כאשר מדובר בביקורת חוקתית על חקיקה ראשית. ואכן, עד כה לא נחלו עתירות אלו הצלחה של ממש,³ למעט בשני מקרים אשר המרכיב התקציבי לא נתפס כמרכזי בהם.⁴ עם זאת, טרם נערך דיון מקיף בפסיקה ובספרות בשאלת מגבלות ההתערבות החוקתית בעניינים אלו. במקביל, בתקופה האחרונה ישנה התעוררות במאמצים לנסח חוקה שלמה למדינת ישראל. העבודה המקיפה שנערכה במכון הישראלי לדמוקרטיה, ולאחר מכן בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, הניבה מגוון הצעות לחוקה וחומרי רקע. במסגרת זו נערכו גם דיונים בשאלה אם ראוי לכלול זכויות חברתיות בחוקה, ואם ההגנה על זכויות אלה צריכה להיות שונה מההגנה על זכויות אחרות. דומה שיש כיום הסכמה רחבה יחסית כי זכויות חברתיות צריכות ליהנות מהגנה חוקתית. עם זאת, התפיסה השלטת היא שמאחר שמימוש זכויות אלה כרוך בעלויות ניכרות, מידת ההגנה עליהן ואופן ההגנה עליהן צריכים להיות שונים.⁵

השאלה כיצד צריך בית המשפט לנהוג כאשר עומדת לביקורת חוקתית חקיקה "תקציבית" (למשל בטענה שהחוק פוגע בכבוד האדם או בזכות החוקתית לקניין), והשאלה כיצד צריך לבנות את פרק הזכויות החברתיות בחוקה העתידית, מעוררות שתייהן את אותם קשיים. האם, ובאיזה אופן, ראוי כי בתי משפט יתערבו בענייני תקציב, בעת ביצוע ביקורת חוקתית? זו השאלה שעמה מבקש מאמר זה להתמודד.

ייאמר מיד, כי הריון אינו מוגבל לביקורת על חוקים העוסקים בענייני תקציב באופן ישיר, כמו חוק התקציב השנתי או חוקי ההסדרים. לדידי אין הברל עקרוני בין הביקורת השיפוטית במקרים אלה לבין הביקורת על חוקים שיש להם השלכה עקיפה על תקציב המדינה. אמנם אפשר לטעון כי כמעט כל חוק משליך על התקציב באופן זה או אחר. ברם, במקרים רבים מדובר בהשלכה

3 ראו למשל עניין מנור, עניין ארגון מגדלי העופות בישראל ועניין קניאל, לעיל ה"ש 2. כן יש לתת את הדעת, בהקשר זה, לעיכוב המשמעוטי במתן פסקי דין בעניינים אלו, אף שניתן לטעון כי הם בעלי אופי דחוף מעצם טבעם. ראו למשל בג"ץ 366/03 עמותת מחייבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, תקעל (4)05 2605 (2005) (עתירה מתחילת 2003 כנגד קיצוץ בגמלת הבטחת הכנסה, בטענה לפגיעה בזכות לתנאי מחיה מינימליים, שהוכרעה רק לאחר כ-3 שנים); בג"ץ 3511/02 עמותת "הפורום לדוקיורם בנגב" נ' משרד התשתיות, תקעל (2)05 4210 (2005) (עתירה משנת 2002 כנגד מפגע חמור של ביוב בכניסה לכפר הברווי אבויכף, אשר לאחר כ-3 שנים נמחקה בנימוק ש"מיצתה את עצמה", לאור הבטחות לא מחייבות ולא מיידיות של המדינה לפתרון הבעיה).

4 בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נגד (5) 241 (1999) (ביטול סעיף חוק שהתיר מעצר חיילים ללא משפט למשך 96 שעות, על אף טענות המדינה כי הטלת חובה להביא למשפט מהר יותר תחייב משאבים ניכרים); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט (2) 481 (2005) (ביטול חלקים מחוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005, באופן שהביא להגדלת הפיצויים למפונים ולעלויות נלוות נוספות).

5 ראו המכון הישראלי לדמוקרטיה חוקה בהסכמה – הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה ס' 36-32 (2005) www.idi.org.il/hebrew/ebooks/CONST/index.htm; וראו ועדת החוקה, חוק ומשפט בשבתה כוועדה להכנת חוקה בהסכמה רחבה הוברת 2 – נושא מבואר של הצעות לחוקה פרק שני, ס' 17 (2006) www.huka.gov.il/wiki/materials/huka_for_print.pdf.

זניחה. המאמר מתמקד אפוא במקרים שבהם ההשלכה התקציבית ניכרת, ובית המשפט מתבקש להתערב בכך. שכן, כפי שיובהר להלן, ישנה בעייתיות מיוחדת בפסיקה אשר יש בה התערבות ניכרת בעניינים הנוגעים לאופן חלוקת העוגה התקציבית. בבעייתיות זו, ובגבולות הביקורת החוקתית על רקע בעייתיות זו, עוסק המאמר.

מובן שבעייתיות זו אינה מיוחדת לביקורת על חקיקה ראשית בלבד. קשיי ההתערבות בענייני תקציב קיימים גם כאשר בית המשפט נקרא לבקר תקנות או החלטה כזו או אחרת של רשות מנהלית. לעתים עשוי בית המשפט לדרוש מהרשות להפעיל את סמכותה באופן שיגרור עלויות ניכרות. אכן, גם במקרים אלה מתעוררת דילמה דומה. עם זאת, ככלל, יכול המחוקק "לתקן" עיוותים תקציביים שנוצרו מפסיקה מעין זו. המילה האחרונה נותרת בידי נבחרי הציבור. לפיכך בחרתי להתמקד במאמר זה במקרים שבהם בית המשפט מבקר (ויכול לבטל) דבר חקיקה של הכנסת. אלו המקרים שבהם הקושי בפסיקה בעלת השלכות על התקציב בולט ומשמעותי במיוחד.

הדיון מתחלק לשני חלקים מרכזיים. החלק הראשון עוסק בדילמה אשר עומדת בבסיס הביקורת השיפוטית בענייני תקציב: מחד גיסא, הקשיים הכרוכים בכך הן בהיבט הלגיטימציה הדמוקרטית והן בהיבט היכולת המוסרית; ומאידך גיסא, החשיבות הרבה בהגנה על זכויות, גם כאשר ההגנה כרוכה בעלות תקציבית. החלק השני מתמקד בפתרונות אפשריים לדילמה זו, הן ברמת ניסוח החוקה והן בפתרונות של "ריסון עצמי" פרי פיתוח הפסיקה. לאחר סקירת כמה פתרונות אפשריים, מהפסיקה ומהספרות התאורטית, אציע פתרון חלופי, אשר יגביל את הביקורת החוקתית בעניינים בעלי השלכה משמעותית על התקציב להגנה על "גרעין" הזכויות בלבד. פתרון זה אינו מתיימר להיות מושלם, אולם דומני כי הוא מבחינת "הרע במיעוטו". לא פחות חשוב מהצעתי שלי הוא החלק במאמר הדוחה את ההצעות האחרות, ובפרט את הרעיונות שהועלו בספרות ובפסיקה בדבר "מתחם ההתחשבות" (deference), ובדבר הגבלת הביקורת החוקתית להליך (process) בלבד. גם מי שלא ישתכנע מהפתרון המתבסס על הבחנה בין גרעין למעטפת, יוכל, כך אני מקווה, להשתכנע מהטיעון בדבר אי-התאמתם של הפתרונות האחרים שהועלו עד כה.

ב. הדילמה

הדילמה הבסיסית נובעת מהתנגשות בין כמה שיקולים בעלי חשיבות, אשר מושכים לכיוונים מנוגדים. אעמוד תחילה על הקושי הכרוך בהתערבות שיפוטית בענייני תקציב, ולאחר מכן על הקושי הכרוך בהימנעות מכך. כפי שיובהר להלן, לא ניתן להתעלם מזווית הסתכלות אחת ולהעדיף את השנייה באופן מוחלט. ישנו קושי של ממש בהתערבות שיפוטית בענייני תקציב; חשש אמיתי ממצב שבו שופטים יכפו את דעתם הפרטית, בעניין סדרי העדיפויות הראויים, על החברה, או יורו על הקצאת משאבים מתוך חוסר הבנה של התמונה הכוללת. בה בעת, לביקורת החוקתית חשיבות רבה במשטר הדמוקרטי-חוקתי, ואי-אפשר לקיימה באופן מספק ללא סעדים שיחייבו

הקצאת משאבים, או ללא הגנה על זכויות חברתיות. מטרת הפרק היא להציג מורכבות זו, כרקע לדיון בפתרונות ובאיוונים האפשריים בפרק ג'.

1. בעיית הלגיטימציה הדמוקרטית

נקודת המוצא היא כי משאבי המדינה, מעצם טבעם, מוגבלים.⁶ על כן ההחלטה כיצד לחלק את העוגה – העוגה בכללותה (תקציב המדינה הכולל) או פלחים ממנה (תקציב משרד כזה או אחר) – היא למעשה ההחלטה המרכזית העומדת בפני הרשויות הנבחרות.⁷ היא משקפת הכרעה בדבר סדרי עדיפויות, אשר יש לה חשיבות עליונה לכל פרט ופרט במדינה. הכרעות הנוגעות לאופן חלוקתה של עוגת התקציב מבוססות בראש ובראשונה על דעות ערכיות-פוליטיות, על תפיסת עולם בענייני כלכלה, חברה ובכלל. עד כמה צריכה עוגת התקציב הציבורית להיות גדולה (והמיסים גבוהים)? עד כמה צריכה להיות ערכות הדדית בין חברי הקהילה? באיזו מידה צריכות החלטות תקציביות להתבסס על יצירת תמריצים כלכליים ואת מי ראוי לתמרץ? אילו מטרות ראויות יותר מאחרות? אלה רק מקצת השאלות המתעוררות, שאלות שלא ניתן להשיב עליהן תשובה "משפטית" או "מדעית" אחת. אכן, ההחלטה בעניינים אלה היא החלטה פוליטית במלוא מובן המילה, החלטה שצריכה להתקבל בידי נבחרים הציבור.⁸ התערבות שיפוטית בעניינים הקשורים לחלוקתה של עוגת התקציב נראית לפיכך, לכאורה, בלתי לגיטימית מבחינה דמוקרטית. וכי מדוע ניתן לקבועה קטנה של שופטים, שאינם נבחרים, אינם בעלי אחריות (accountable), ולמעשה מהווים אליטה שאינה מייצגת את העם, כוח לקבוע לחברה את סדרי העדיפויות שלה?

לכאורה, איז זה אלא מקרה פרטי של ההתנגדות לביקורת חוקתית בכלל, התנגדות המשותפת למבקרים מימין (אשר חוששים מהחלשת כוחם של השלטונות)⁹ ומבקרים משמאל (אשר חוששים מהחלשת כוחו של הציבור

6 "הנחה הניתנת לפלוני חייבת בדרך הטבע להביא להכרעת נטל התשלום על אלמוני (למצער באורח תיאורטי) או לקיצוץ בשירותים הניתנים לכלל". בג"ץ 1384/04 עמותת בצדק, מרכז אמריקאי ישראלי לקידום צדק בישראל נ' שר הפנים, פ"ד נט(6) 397, פס' 10 לפסק דינו של השופט חשין (2005).

7 אכן, באופן יוצא דופן, ס' 36א(א) לחוק-יסוד: הכנסת, מחייב את חברי הכנסת לקבל מדי שנה הכרעה בעניינים אלה – ובהתאם להעביר חוק תקציב שנתי או להתפור.

8 ראו למשל בג"ץ 240/98 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 167, פס' 28 לפסק דינו של השופט חשין (1998) (להלן: עניין עדאלה 1); בג"ץ 4613/03 שהם נ' שר הבריאות, פ"ד נח(6) 385, פס' 7 לפסק דינו של השופט לוי (2004); וראו לאחרונה, בג"ץ 4947/03 עיריית באר-שבע נ' ממשלת ישראל, תקע"ל (2) 06, 1545, פס' 8 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש (2006): "הביקורת השיפוטית על חקיקה [כלכלית או פיסקלית] לא נועדה לבחון את תבונת המחוקק או את שיקוליו ביחס למדיניות הכלכלית הראויה או אף את שיקוליו ביחס לאמצעים שיש לנקוט למימוש המדיניות הכלכלית. על אלה מופקדות הממשלה והכנסת, הן המנהלות את כלכלת המדינה ואחריות לחלוקת המשאבים והן אף ישאו בתוצאות מדיניותן".

9 ראו למשל: ROBERT H. BORK, COERCING VIRTUE: THE WORLDWIDE RULE OF JUDGES (2003).

הרחב).¹⁰ עם זאת, בהקשר של ענייני תקציב הבעיה חריפה יותר. לא הרי החלטה נקודתית לפסול סעיף חוק בנושא רישוי למנהלי השקעות¹¹ או בנושא מתן רשיון לערוץ רדיו,¹² כהרי התערבות בקביעת התקציב. בשל מוגבלות המשאבים, כל הקצבה לטובת מטרה אחת גוזלת מהכרח מהמשאבים הנותרים למטרות נוספות. מידת ההתערבות בסדרי העדיפויות של החברה, גבוהה בהרבה כאשר מדובר בהכרעות תקציביות, ועמה גם הקושי הדמוקרטי. על כן גם בקרב אלו התומכים בביקורת חוקתית ככלל, או לפחות משלימים עם קיומה, ישנם רבים הקוראים לצמצום הביקורת או למניעתה לחלוטין כאשר מדובר בענייני תקציב, בדרכים כאלו או אחרות (אשר תידונה להלן).¹³ חשש מצד הכנסת מפני התערבות כזו אף הביא אותה בתחילת שנת 2004 לקבל החלטה יוצאת דופן, אשר התריעה מפני גלישה של בית המשפט לתחומן של הרשויות האחרות.¹⁴

יש המנסים לטשטש את בעיית הלגיטימציה על ידי שימוש במטפורה של "דיאלוג" בין הרשויות. אינני חולק על כך שישנה מידה של אמת, ואף תועלת, בתיאור היחסים בין הרשויות כדיאלוג.¹⁵ פסילת חוק בשל היותו בלתי מירתי

- 10 ראו למשל: MARK V. TUSHNET, RED, WHITE, AND BLUE: A CRITICAL ANALYSIS OF CONSTITUTIONAL LAW (1988); MICHAEL MANDEL, THE CHARTER OF RIGHTS & THE LEGALIZATION OF POLITICS IN CANADA (Rev., Updated and Expanded ed. 1994).
- 11 בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997).
- 12 בג"ץ 1030/99 ח"ב אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640 (2002) (להלן: עניין אורון).
- 13 וראו עניין עזאלה 1, לעיל ה"ש 8, בעמ' 190: "השיקולים הלגיטימיים שעירובם אלה באלה מביא בסופה של שנה לקביעתו של תקציב לשנה העוקבת, הם כה רבים וכה שונים עד שדומה כי רק במקרים מיוחדים עשוי בית-משפט להורות על ביטול הוראה בחוק התקציב. שקלולם של כל אותם שיקולים העושים חוק תקציב – לרבות קביעת סדר העדיפויות – ניתנו, מעיקרם, לכנסת ולממשלה בגררי מדיניות כללית, וממילא יצמצם תחום התערבותו של בית-המשפט".
- 14 בדיון שנערך בכנסת ביום 13.1.2004, תחת הכותרת "פסיקותיו האחרונות של בג"ץ בעניין תקציב המדינה", התקבלה החלטה שלפיה "הכנסת רואה בראגה את גלישת בית-המשפט העליון לנושאים שבמובהק הם בתחום הסמכות של הרשות המבצעת והמחוקקת. על יסוד של כבוד לרשות השופטת בכלל ולבית-המשפט העליון בפרט, הכנסת מתריעה מפני המשך מגמה זו, העלולה להתפתח למשבר חוקתי בישראל", ד"כ 13, 8821 (התשס"ד). הדיון בכנסת עסק בבג"ץ 6973/03 מרציאנו נ' שר האוצר, פ"ד נח(2) 270 (2003), אשר הורה על הקצאת סכום נתון לטובת שילוב ילדים בעלי צרכים מיוחדים במסגרות החינוך הרגיל. המדינה הגישה בקשה לדיון נוסף (שנדחתה), בטענה כי פסק הדין מהווה "שינוי סדרי בראשית בכל הנוגע לאופן התערבותו של בית המשפט בקביעתו של תקציב המדינה" (דנג"ץ 247/04 שר האוצר נ' מרציאנו, תקיעל(2)04 1056 (2004)); בנוסף נגע הדיון בכנסת בהחלטת ביניים שניתנה בבג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר (לא פורסם, 5.1.2004), אשר לפיה נדרשה המדינה לנמק מדוע לא ייקבע סטנדרט לקיום אנושי בכבוד.
- 15 ראו למשל: Peter W. Hogg & Allison A. Bushell, *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All)*, 35 OSGOODE HALL L.J. 75 (1997);

אינה סוף פסוק, אלא הזמנה לכנסת לחוקק אותו מחדש באופן שיביא בחשבון, בצורה טובה יותר, את הפגיעה בזכויות חוקתיות. עם זאת, אין בדיאלוג זה כדי לבטל את הקושי הכרוך בהכרזה על בטלות חוק (או חלק ממנו) שחוקקו נבחרו העם. גם אם אפשר לחוקק את החוק מחדש ולהשיג חלק ממטרותיו, אי־אפשר להתכחש לעובדה שהמחוקקים מנועים מלחוקק את החוק כפי שרצו אותו.¹⁶ הקושי הדמוקרטי אפוא שריר וקיים.

2. בעיית היכולת המוסרית

אם הגדלת פרוסה אחת תבוא בהכרח על חשבון פרוסה אחרת, ממילא ברור כי חלוקת העוגה דורשת מומחיות והכרת התמונה בכללותה. לשון אחר, להכרעותיהם של הגורמים הפוליטיים מצטרפת עבודתם המקצועית של אנשי אגף התקציבים, אשר אי־אפשר בלעדיה. נדרשת יכולת להכיר את כלל הצרכים ולאזן ביניהם. לבית המשפט אין המומחיות ולא "היכולת המוסרית" (institutional competence) לכתוב בעצמו את ספר התקציב.¹⁷ הרי בפני בית המשפט מגיעים הצדדים לסכסוך ספציפי בלבד. גורמים אחרים המתחרים על אותו תקציב כלל אינם נשמעים. פסיקה המחייבת תוספת תקציב לעותר פלוני עשויה לגרור פגיעה בתקציב שיוקצה לאלמוני, מבלי שיש לבית המשפט אפשרות לשמוע את עמדתו של האחרון.¹⁸

KENT ROACH, THE SUPREME COURT ON TRIAL: JUDICIAL ACTIVISM OR DEMOCRATIC DIALOGUE ch. 10 (2001). וראו גם יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטитуציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" משפטים כח 149 (1997); אהרן ברק שופט בהברה דמוקרטית פרק 18 (2004). לשימוש ברטוריקה זו בפסיקה ראו עניין המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 4, פס' 479.

16 וראו: Luc B. Tremblay, *The Legitimacy of Judicial Review: The Limits of Dialogue Between Courts and Legislatures*, 3 I-CON 617 (2005). אמנם, במבנה החוקתי יוצא הדופן והבעייתי של ישראל, תאורטית יכולה הכנסת לפתור את הבעיה בקלות יחסית, באמצעות שינוי חוק-היסוד עצמו. על רקע אפשרות זו אף טען לאחרונה הנשיא ברק כי בישראל "שום בעיה אמיתית של Counter-Majoritarianism אינה מתעוררת", אהרן ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" משפטים ועסקים א 3, 27 (2004); ברם, הלכה למעשה, מסיבות של תרבות פוליטית־משפטית כמו גם מסיבות של אינטרסים פוליטיים־אישיים, בפועל האפשרות של שינוי חוק-יסוד אינה פשוטה, ולעתים כלל אינה מעשית.

17 ראו והשוו: ALEXANDER M. BICKEL, THE SUPREME COURT: AND THE IDEA OF PROGRESS 175 (1970); DONALD L. HOROWITZ, THE COURTS AND SOCIAL POLICY (1977); Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 HARV. L. REV. 353 (1978); וראו גם אהרן ברק שיקול דעת שופטי 255 (1987); יואב דותן הנחיות מינהליות 516–512 (1996).

18 ובלשונו הציורית של השופט חשין: "ביטולן של הוראות־חוק תקציב והוריה על חלוקה שונה של כיכר התקציב – וזו עתירת העותרים – עלולה להביא לפעילות מעין־קליידוסקופית: שהזנתה של אבני־זכוכית אחת מביאה כמו־מעצמה להזנתן של אבני־זכוכית אחרות ולשינוי התמונה מעיקרה. וגם מי שלא ניחן ברמיון מפליג יבין וידע כי מטפסים אנו על הר של זכוכית", עניין עדאלה 1, לעיל ה"ש 8, בעמ' 190. וראו גם בג"ץ 3472/92 ברנד נ' שר

יש המדגישים את העובדה ששופטים חסרים כישורים והכשרה בתחום הכלכלי,¹⁹ אולם טענה זו אינה חזקה במיוחד הן משום שיש ביכולתם ללמוד נושא זה, ככל שהוא רלוונטי להכרעה, כמו כל נושא אחר שאין הם מומחים בו (למשל רשלנות רפואית או עניינים עסקיים סבוכים), והן משום שלא מדובר בהתערבות בעניינים כלכליים-טכניים אלא ברמה של קביעת סדרי העדיפויות. ואכן, כאן בדיוק מצוי הטיעון החזק יותר המתמקד ביכולת המוסדית בכללותה ולא במומחיות דווקא. השיטה האדברסרית אינה מאפשרת לבית המשפט לבחון את מכלול הצרכים, ואינה מאפשרת חשיבה ארוכת-טווח. היא מכוונת לצדדים קונקרטיים ולסכסוך קונקרטי בלבד. לבית המשפט אין דרכים לחקור את התמונה התקציבית בכללותה ולקבל החלטות בהתאם. אין לו כוח אדם ואין לו כלים משפטיים – אין לו יכולת מוסדית לעשות כן. אמנם בית המשפט לעולם אינו נדרש ליצור מדיניות תקציבית יש מאין, ותפקידו אינו להגדיר מדיניות כלכלית או את סדרי העדיפויות החברתיים, אלא לבחון בדיעבד את חוקתיות המדיניות שהגדיר המחוקק.²⁰ על כן הבעיה פחות חריפה מכפי שמנסים להציג אותה. ועם זאת, לא ניתן לנתק את ההכרעה בעניין קונקרטי מההשלכות התקציביות הכוללות. הבעיה אפוא עורונה קיימת. בהקשר זה קיימת גישה המנסה לטשטש את הבעיה, גישה שלפיה שיקולי תקציב לעולם אינם יכולים להצדיק פגיעה בזכויות חוקתיות. הן בספרות והן בפסיקה מופיעות אמירות אשר אפשר להבינן כתומכות בגישה זו.²¹ לדידי אין בכך אלא נאיביות, שלא לומר הטעיה. בעולם של משאבים מוגבלים, פסיקה המחייבת את המדינה להקצות משאבים למטרה אחת תבוא בהכרח על חשבון מטרה אחרת שעשויה להיות חשובה לא פחות. ובסופו של דבר,

התקשורת, פ"ד מז(3) 143, 153 (1993): "בית המשפט לא יורה לרשות כיצד להקצות ולחלק את משאביה. חיוב בהוצאה למטרה מסוימת חייב לבוא על חשבון מטרה אחרת, אולי חשובה ממנה, או אולי על-ידי הגרלת התקציב שיינתן לה על-ידי אוצר המדינה ואשר חייב יהיה להיעשות על חשבון תקציבים שנועדו למטרות אחרות, אולי חשובות יותר". כן ראו בג"ץ 7721/96 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח, פ"ד נה(3) 625, 644–645 (2001) (אפיון בעיות מסוג זה כ"רב־יקודיות", המערבות מגוון אינטרסים ושיקולים, ומחייבות גמישות, התייעצות ותיאום בין הגורמים המעורבים, דבר ש"אינו תפקיד הולם לבית משפט"). וראו סטיבן גולדשטיין "מגבלותיה של המערכת המשפטית" משפטים יג 7, 19 (1983); ברק מדינה "חובתה של המדינה לספק צרכים בסיסיים: מ'שיח של זכויות' לתיאוריה של מימון ציבורי" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 131, 155 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

19 ראו למשל בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 263 (2002).
20 Guy Davidov, *The Paradox of Judicial Deference*, 12 NATIONAL J. OF CONST. L. 133, 143 (2001). אומץ לאחרונה על ידי בית המשפט העליון בקנדה בעניין Chaoulli v. Quebec (Attorney General), [2005] 1 S.C.R. 791, para. 87 (Deschamps J.). פסקי הדין של בית המשפט העליון בקנדה – זה ואחרים שיאווכרו בהמשך – נגישים ב: www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/e. וראו גם: DAVID M. BEATTY, *THE ULTIMATE RULE OF LAW* ch. 4 (2004) (טוען כי תפקיד בית המשפט לבחון מידתיות, ומדובר בתפקיד זהה בכל העניינים, לרבות התקציביים).
21 ראו: Lorraine Eisenstat Weinrib, *The Supreme Court of Canada and Section 7* (1988) 469 (10 SUP. CT. L. REV. 469) *one of the Charter*, כן ראו עניין מנור, לעיל ה"ש 2, בעמ' 740, לניסיון של הנשיא ברק, המאולץ לטעמי, להבחין בין "חסכון כספי לשלעצמו" – שאינו תכלית ראויה – לבין "הבראת המשק ומניעת משבר פיננסי"

כמעט כל הקצאה כספית קשורה בעקיפין למימוש זכויות חוקתיות. הרי השקעה בצבא או בכבישים חיונית להגנה על החיים; תשלום משכורות לעובדי מדינה חיוני כדי להגן על כבוד האדם שלהם, ומן הסתם גם כדי להבטיח זכויות חוקתיות שונות של הציבור שהם משרתים; וכיוצא בזה. אייאפשר לטשטש את הקושי שבהתערבות בקביעת התקציב על ידי אמירה שלפיה יש לתת תמיד עדיפות עליונה לתקצוב השמירה על זכויות חוקתיות. מבלי לדון בשאלה אם אין אינטרסים אחרים שעשויים להיות לעתים חשובים יותר, הרי גם לשמירה על הזכויות החוקתיות עצמן לא יהיו תמיד משאבים מספיקים.²²

מכיוון אחר, יש הטוענים כי למערכת המשפט אין השפעה של ממש על ענייני חלוקת התקציב.²³ לפי גישה זו, פסיקה המתיימרת להתערב בענייני תקציב פשוט לא תקום; הממשלה תמצא את הדרכים להתחמק ממנה. תפיסה כזו מתייחסת למעשה בביטול לבעיית היכולת המוסדית, מהטעם שיכולת ההשפעה (impact) של בית המשפט ממילא נמוכה. טענה זו לא מובאת כהצדקה לביקורת חוקתית בענייני תקציב, אלא בצמוד לאמירה שלפיה, ביקורת בעניינים אלה אינה רק חסרת תוחלת, אלא גם מזיקה, בשל בזבוז משאבים, טיפוח אשליות ויצירת תחושה מוטעית של הישג.²⁴ טיעונים אלה, גם אם יש בהם גרעין של אמת, מנוסחים באופן חזק מדי לטעמי. אכן, ייתכנו מקרים שבהם החלטות שיפוטיות לא יקוימו.²⁵ אולם ישנם גם מקרים רבים שבהם הרשות אינה רוצה, או אינה יכולה, להתחמק מקיום החלטות כאלו. כך, למשל, התערבות ישירה בסעיף תקציבי מוגדר אפשר אולי יהיה לבטל, ולו באופן זמני (עד לעתירה חוזרת), באמצעות שינוי בסעיף אחר. אולם פסיקה שתורה על הוספת תרופה ל"סל שירותי הבריאות", למשל, יהיה הרבה יותר קשה לעקוף. לפסיקה כזו צפויות להיות השלכות תקציביות – כאלה או אחרות – לטוב ולרע. ואלה בדיוק ההשלכות אשר מעוררות את בעיית היכולת המוסדית.

המהווה תכלית כזו; גישה זו אומצה לאחרונה גם בעניין עיריית באר-שבע, לעיל ה"ש 8, פס' 11 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש. וראו גם: Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E., [2004] 3 S.C.R. 381, paras. 63–72 (ניסיון של בית המשפט העליון בקנדה ליצור הבחנה דומה); והשוו עניין המועצה האזורית הוף עזה, לעיל ה"ש 4, פס' 235–237 לפסק הדין (הצורך בהגנה על זכויות חוקתיות גובר על "שיקולים של יעילות ונוחות מינהלית").

22 אכן, מרבית האמירות בפסיקה שלפיהן ההגנה על זכויות עולה כסף (ראו להלן ה"ש 32) מכירות במקביל בכך שהשיקול התקציבי הוא רלוונטי ולגיטימי. ראו למשל עניין צמח, לעיל ה"ש 4, בעמ' 281–282: "האם הצורך במשאבים יש בו כדי למנוע את קיצור תקופת המעצר? באופן עקרוני, אין לשלול את האפשרות שהיקף המשאבים הנדרשים ימונע, באופן מעשי, את קיצור התקופה [...] [אולם] נראה כי המחיר הנדרש במשאבים של אדם ושל כסף כדי לקצר את תקופת המעצר הקיימת, בהתחשב במשקל המיוחד הנודע לצמצום הפגיעה בחירות האישית של חיילים, הינו מחיר סביר" (ההדגשה שלי – ג.ד.).

23 ראו למשל יואב דותן "בית המשפט העליון כמגן הזכויות החברתיות" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 69, 88–97 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

24 שם, בעמ' 96.

25 לניסיונות התחמקות של המדינה מקיום פסיקה בג"ץ בעניינים תקציביים ראו למשל בג"ץ 7443/03 ית"ד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, תקעל 04(2) 2056 (2004).

3. הגנה על זכויות מחייבת הקצאת משאבים

הקשיים אפוא אינם מבוטלים. עם זאת, נשאלת השאלה אם ראוי או ככלל ניתן, לוותר על ביקורת שיפוטית בעניינים בעלי חשיבות כה רבה לפרט ולחברה. במלאת חמש־עשרה שנים ל"מהפכה החוקתית" דומה כי אין עוד צורך להכביר מילים על עצם חשיבותה של ביקורת שיפוטית כמרכיב מרכזי בדמוקרטיה. דמוקרטיה אינה רק שלטון הרוב; היא גם הגנה על המיעוט.²⁶ הגנה כזו יכולה להתבצע רק אם לגוף ניטרלי ומקצועי (ככל האפשר) ניתן הכוח לבקר – ובמידת הצורך לבטל – את החלטות הרוב. מובן שניטרליות מוחלטת אינה אפשרית, ועל כן לביקורת שיפוטית יש מחיר. אולם התפיסה התומכת בביקורת כזו – ולו בבחינת הרע במיעוטו – נהנית כיום מהסכמה רחבה בישראל, לפחות בשיח האקדמי. ואם ביקורת שיפוטית ככלל, הכיצד ניתן לבצע ביקורת כזו אם תימנע התערבות בענייני תקציב? הרי הגנה על זכויות, גם זכויות אזרחיות ופוליטיות, מחייבת הקצאת משאבים משמעותית. כך, למשל, ההגנה על הקניין הפרטי, על חופש החוזים או על הזכות לפרטיות תלויה במערכת אכיפת החוק, שצורכת משאבים רבים.²⁷ פרט לכך, גם פסיקה קונקרטיה שבאה להגן על זכויות אזרחיות כרוכה במקרים רבים בעלויות ניכרות. קיום הפגנה, למשל, עשוי לחייב הגנה משטרתית יקרה, בלעדית לא תהיה משמעות לחופש הביטוי;²⁸ והזכות לבחור ולהיבחר לא תהיה אלא סיסמה ריקה אם לא יוקצו משאבים ניכרים ליישומה.²⁹

אפשר להבחין בין שלוש רמות של יישום זכויות, היינו שלוש רמות שבהן אפשר לדרוש מהמדינה להתייחס לזכות: לכבד אותה (respect), להגן עליה (protect) ולהגשים אותה (fulfill).³⁰ לפי חלוקה זו, "כיבוד" כוונתו הימנעות של המדינה עצמה מפגיעה בזכות (למשל, בהקשר של חופש הביטוי, הימנעות מצנזורה); "הגנה" משמעה פעולה מצד המדינה כדי להבטיח שאחרים לא יפגעו בזכות (למשל הגנה על מפגינים); ו"הגשמה" כוללת פעולות שבאות לקדם את הזכות (למשל הקמת ערוץ טלוויזיה קהילתי במימון ציבורי). הלכה למעשה, ההגנה על זכויות חוקתיות אינה מתמצית בדרישת הכיבוד, שאפשר לכנותה "שלילית", אלא כוללת לעתים קרובות גם את מרכיב ההגנה, ובמספר לא מבוטל של מקרים גם את מרכיב ההגשמה. הזיהוי של זכויות אזרחיות

26 ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 423 (1995) (להלן: פרשת בנק המזרחי).

27 STEPHEN HOLMES & CASS R. SUNSTEIN, THE COST OF RIGHTS: WHY LIBERTY DEPENDS ON TAXES (1999); Craig Scott & Patrick Macklem, *Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a New South African Constitution*, 141 U. PA. L. REV. 1 (1992)

28 ראו למשל בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393 (1984); בג"ץ 5009/97 חברת מולטימדיה בע"מ נ' משטרת ישראל, פ"ד נב(3) 679 (1998).

29 ראו אהרן ברק *פרשנות במשפט כרך שלישי* – פרשנות חוקתית 528 (1994).

30 ראו למשל: *The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights*, 20 HUM. RTS. Q. 691 (1998) (להלן: *Maastricht Guidelines*).

כ"שליליות" בלבד, להבריל מזכויות חברתיות שנתפסות כ"חיוביות", רחוק מלהיות מדויק.³¹

אכן, ההגנה על זכויות אדם עולה כסף,³² כפרט בעידן של ריכוז כוח בידי תאגידים פרטיים, כאשר לעתים קרובות ההגנה נדרשת ביחסים מול גוף פרטי ולא כנגד המדינה עצמה. בנסיבות אלו, הימנעות שיפוטית מהתערבות בענייני תקציב עשויה להפוך את הבטחת זכויות האדם לריקה מתוכן.³³ יתרה מכך, בהיעדר התערבות בעניינים בעלי השלכות תקציביות יעקר מזכויות היסוד כל פוטנציאל פרוגרסיבי. זכויות אלו עשויות להיוותר ככלי בידי הגורמים החזקים בחברה, המשמש ל"הגנה" מפני הגופים הנבחרים המייצגים את האינטרסים של הציבור הרחב.³⁴

4. חשיבות ההגנה על זכויות חברתיות

אם ההגנה על זכויות אזרחיות מחייבת לעתים קרובות הקצאת משאבים, הרי ההגנה על זכויות חברתיות על אחת כמה וכמה. אמנם גם לזכות לחינוך, לבריאות או לדיוור יש ממד "שלילי";³⁵ אולם בהקשר של זכויות אלו, מרכיב ה"הגשמה" דומיננטי הרבה יותר. הפגיעה בזכות לבריאות, למשל, היא רק לעתים

31 ראו עניין עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי, לעיל ה"ש 3, פס' 12 לפסק דינו של הנשיא ברק (חובתה של המדינה על פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו היא הן שלילית, כנובע מסעיף 2 לחוק-היסוד, והן חיובית, כנובע מסעיף 4 לאותו חוק-יסוד); ראו גם גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" שנתון משפט העבודה ז' 65 (1999). לגישה המציעה עיגון של זכויות חברתיות כ"שליליות" בלבד ראו יוסף מ' אדרעי "זכויות אדם וזכויות חברתיות" ספר ברנזון כרך שני – בני סברה 45 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000).

32 בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995); ע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 165, 188 (1996); עניין צמח, לעיל ה"ש 4, בעמ' 281.

33 לנכונות של בתי משפט בעולם לחייב את המדינה בהוצאה כספית לשם הגנה על זכויות, תוך שהם מתחשבים במקביל בגובה ההוצאה (כלומר, רוחם למעשה את הגישה שלפיה שיקולים תקציביים לא יכולים להצדיק פגיעה בזכויות חוקתיות), ראו למשל: Eldridge v. British Columbia (Attorney General), [1997] 3 S.C.R. 624 המשפט העליון בקנדה אשר חייבה את ממשלת British Columbia לממן שירותי תרגום לשפת סימנים לחרשים בבתי חולים, תוך התייחסות לעובדה שמדובר בעלות נמוכה ביחס לעלות הכוללת של שירותי הבריאות בפרובינציה – שם, פס' 87 לפסק הדין; *Khosa v. Minister of Social Development*, 2004 (6) BCLR 569 (CC) (S. Afr.) (פסיקה של בית המשפט החוקתי בדרום-אפריקה אשר פסלה חקיקה שמנעה זכות לביטחון סוציאלי מתושבי קבע שאינם אזרחים, תוך התייחסות לעובדה שמדובר בעלות סבירה ביחס לעלות הכוללת של שירותי הביטחון הסוציאלי – שם, פס' 62 לפסק הדין). פסקי הדין של בית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה – זה ונוספים שיאזכרו בהמשך – נגישים ב: www.constitutionalcourt.org.za.

34 לחשש זה ראו: Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General), [1989] 1 S.C.R. 927, 993; JOEL BAKAN, JUST WORDS: CONSTITUTIONAL MANDEL כלי לעיל ה"ש 10; ראו באופן כללי RIGHTS AND SOCIAL WRONGS (1997).

35 ראו מונדלק, לעיל ה"ש 31; Dennis M. Davis, Patrick Macklem & Guy Mundlak, *Social Rights, Social Citizenship, and Transformative Constitutionalism: A Comparative Assessment*, in LABOUR LAW IN AN ERA OF GLOBALIZATION 511 (Joanne Conaghan, Richard Michael Ficher & Karl Klare eds., 2002).

נדרות ביותר פגיעה ישירה מצד המדינה. בדרך כלל מדובר באי-הקצאת משאבים מספיקים. אכן, אף כי לדידי אין בסיס להבחנה החדה בין זכויות אזרחיות לחברתיות – למעשה אין הבדל עקרוני בין אלה לאלה –³⁶ קיים בהחלט הבדל של מידה.³⁷

הרקע להבחנה בין זכויות אזרחיות ופוליטיות לזכויות חברתיות וכלכליות הוא היסטורי בעיקרו.³⁸ מבחינת ההתפתחות ההיסטורית של זכויות, הן ברמת הניתוח התאורטי והן ברמת העיגון בפועל, ניתן בהחלט להצביע על קדימות שממנה נהגו הזכויות האזרחיות. אולם ברור שבכך בלבד אין כדי לספק הצדקה להעדפתן. יש הטוענים כי למעשה אין כל הבדל בין זכויות אזרחיות לבין זכויות חברתיות, ועל כן הדרת אלו האחרונות מהחוקה לא יכולה להיות מוצדקת.³⁹ גם לגישתי אין הבדל איכותי-עקרוני בין סוגי הזכויות. זכויות חברתיות אינן פחות חשובות מזכויות אזרחיות; מבחינת הפרט אשר השלטון אינו מתחשב כראוי בזכויותיו, ההגנה על הזכות לבריאות, לדיוור או לחינוך (למשל) אינה פחות קריטית מההגנה על חופש הביטוי. להפך, סביר להניח כי ללא בריאות, דיוור וחינוך בסיסיים, ממילא אין לאזרח כל אפשרות להתבטא באופן אפקטיבי; השמירה על חופש הביטוי של חסר הבית להשמיע את דברו בקרן הרחוב אינה אלא לעג לרש.⁴⁰ ניתן להניח כי הפרט שאין ידו משגת לרכישת שירותי בריאות, חינוך ודיוור בסיסיים יעדיף הגנה על צרכים בסיסיים אלו על פני חופש ביטוי; גם מבחינת האינטרס החברתי הכולל, הבטחת זכויות אלו אינה פחות חשובה מהבטחת זכויות אזרחיות.⁴¹ גם הטענה שלפיה זכויות חברתיות שונות מזכויות אזרחיות בשל היותן "חיוביות" ו"עמומות" אינה

36 ראו ברק שופט בהברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 15, בעמ' 147: "אין בזכויות החברתיות כל פגם גנטי". הן דומות לכל הזכויות האחרות; רות גביוון "על יחסים בין זכויות אזרחיות פוליטיות ובין זכויות חברתיות-כלכליות" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 25 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

37 גיא דוידוב "הזכות לעבוד כזכות קהילתית ואישית והפוטנציאל החוקתי שלה" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 533 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

38 יובל שני ויורם רבין "מבוא: הזכויות החברתיות – רעיון שהגיע זמנו" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 11, 17 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

39 ראו למשל אייל גרוס "החוקה הישראלית: כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי?" צדק חלוקתי בישראל 79 (מנחם מאוטנר עורך, 2000).

40 ראו שם, בעמ' 87; וראו: Frank I. Michelman, *The Constitution, Social Rights, and Liberal Political Justification*, 1 I-CON 13, 25 (הגנה חוקתית על זכויות חברתיות הכרחית כדי שניתן יהיה להצדיק משטר המתבסס על שלטון הרוב; לא ניתן לצפות מאדם שיסכים להכפיף עצמו למנגנון של שלטון הרוב מבלי שיובטחו לו תנאי המחיה הבסיסיים אשר הכרחיים ליכולתו להשתתף בתהליך).

41 אכן לזכויות החברתיות קשר הדוק לכבוד האדם, הנתפס כעקרון-על חוקתי מנחה. קשר זה הודגש בפרט על ידי בית המשפט החוקתי בדרום-אפריקה. ראו: *Government of the Republic of South Africa v Grootboom*, 2000 (11) BCLR 1169 (CC) at para. 83 (S. Afr.); *Jaftha v Schoeman & Others*, 2004 (1) BCLR 78 (CC) at para. 21 (S. Afr.).

מדויקת; באלה כמו באלה יש מרכיב חיובי ושליילי,⁴² כמו גם מידה רבה של עמימות ביישום.⁴³ עם זאת, סביר בהחלט להניח כי ביקורת שיפוטית לשם הגנה על זכויות חברתיות, תגרור מעורבות גבוהה יותר בענייני תקציב בהשוואה למידה המוכרת לנו מההגנה על זכויות אזרחיות. מכאן גם ההתנגדות לעיגון החוקתי של זכויות חברתיות. הן בעיית הלגיטימציה הרמוקרטית והן בעיית היכולת המוסרית המורות יותר, מבחינת מידתן, כשמדובר בזכויות כאלו. לכן הטענה שלפיה ראוי לעגן זכויות אלו ולהגן עליהן גם ברמה החוקתית מחייבת הצדקה חזקה במיוחד.

הנה אפוא הדילמה בתמצית – מחד גיסא, התערבות שיפוטית בענייני תקציב כרוכה בקושי של ממש, הן מבחינת הלגיטימציה הרמוקרטית והן מבחינת היעדר המומחיות. מאידך גיסא, ביקורת שיפוטית, אשר ככלל הכרחית להגנה על זכויות אדם וזכויות המיעוט בפרט, תיוותר "דלה" ביותר ואולי אף רגרסיבית בהיעדר אפשרות להתערבות בעלת השלכות תקציביות. כיצד ניתן ליישב את הדילמה? מהי הדרך הראויה ביותר לאזן בין השיקולים המתנגשים?

ג. ביקורת על חקיקה ראשית בעניינים בעלי השלכה תקציבית ניכרת – פתרונות אפשריים

כאמור, הדילמה נחשפת במלוא חריפותה כאשר מדובר בחקיקה ראשית אשר בית המשפט מתבקש לבטל. בניגוד לביקורת על פעולות המנהל, אשר במסגרתה מתיימר בדרך כלל בית המשפט להבטיח התאמה לרצון המחוקק, פסילת חוקים של הכנסת מהווה התנגשות ישירה בין רצון העם (באמצעות נבחרי) לבין דעתם של כמה שופטים. אמנם, ברמה התאורטית, ההתנגשות אינה אלא בין הרצון העכשווי-הקונקרטי של נבחרי העם לבין הרצון המופשט, ארוך הטווח, של העם עצמו אשר מוצא ביטוי בחוקה (או בחוקי-היסוד). אכן, מבחינה רעיונית אין בית המשפט פוסל חוק על בסיס דעותיו או רצונו של שופט זה או אחר, אלא על בסיס החוקה שלה הוא נותן תוקף.⁴⁴ עם זאת, חוקות מעצם טבען מנוסחות בלשון כללית המשאירה פתח רחב לשיקול דעת. פתח זה ממולא במידה כזו או אחרת על ידי עקרונות שניתן לכנותם "אובייקטיביים", אבל קשה לחלוק על כך שבפרשנות החוקה יש גם מידה רבה של סובייקטיביות שיפוטית. גם שופטים הם בני אדם, ותפיסת עולמם הסובייקטיבית בהכרח משפיעה על הכרעותיהם.⁴⁵ אכן, כאשר

42 ראו Scott & Macklem, לעיל ה"ש 27; מונדלק, לעיל ה"ש 31; שני ורבין, לעיל ה"ש 38, בעמ' 15. להתייחסות בפסיקה למרכיב השליילי של הזכות לדיוור ראו עניין *Jaftha*, לעיל ה"ש 41.

43 ראו Scott & Macklem, לעיל ה"ש 27; מונדלק, לעיל ה"ש 31.

44 על כן אין קושי פורמלי בכך שהפסיקה תחייב את המדינה להוצאת כספים אשר אינם נקובים בחוק התקציב. אם הוצאה כזו מתחייבת על פי הוראות חוקי-היסוד, הרי ממילא הוראות אלה עדיפות.

45 אמנם בתי המשפט בישראל, כמו מקביליהם בעולם, משקיעים מאמץ ניצירת אשליה של אובייקטיביות מוחלטת. לניתוח ראו למשל יששכר (איסי) רוזן-צבי "האם שופטים הם כבני אדם? כינון רמות השופט בראי כללי הפסלות" משפט וממשל ח 49 (2005). עם זאת, לשבחו של הנשיא ברק יש לומר, כי בכתביו הוא אינו מתכחש לעובדת קיומו של מרכיב

מדובר בכיקורת על חוקתיות חוקים, את בעיית הלגיטימציה הדמוקרטית אפשר לכנות גם כבעיית הסובייקטיביות השיפוטית.⁴⁶ קושי זה אינו ייחודי לביקורת חוקתית בענייני תקציב דווקא; הוא מאפיין את הביקורת החוקתית בכללותה. עם זאת, הבעיה חריפה בהרבה כשמדובר בעניינים הקשורים לחלוקתה של עוגת התקציב, היינו, עניינים הנוגעים במישרין לקביעת סדרי העדיפויות של החברה. המרכיב הסובייקטיבי בעניינים אלו צפוי להיות גבוה יותר; מדדים אובייקטיביים כמעט שאינם קיימים. בנסיבות אלו, בעיית הלגיטימציה הדמוקרטית ובעיית המומחיות חזקות במיוחד.

ההכרה בחשיבותם ובעצמתם של השיקולים משני צדי הדילמה מוציאה, כמעט באופן אוטומטי, את פתרונות הקיצון מגדר הפתרונות הראויים. כך, פתרון שלפיו בתי המשפט יהיו מנועים לחלוטין מלהתערב בכל עניין בעל השלכות על התקציב אינו מתקבל על הרעת. גם הימנעות מוחלטת ממתן הגנה חוקתית לזכויות חברתיות אינה בגדר פתרון סביר בעיניי, בשים לב לחשיבותן של זכויות אלו כמפורט לעיל. אמנם, זהו המצב הנוהג בדמוקרטיה חוקתיות רבות – ובפרט בארצות-הברית ובחלק ממדינות אירופה – וגם בישראל.⁴⁷ עם זאת, דומני שהסיבות לכך היסטוריות ופוליטיות ולא עקרוניות. אכן, החוקות החדשות ביותר, שהתקבלו בשנות התשעים של המאה העשרים במדינות מזרח אירופה ובדרום-אפריקה, כוללות כולן זכויות חברתיות.⁴⁸ מן העבר השני, הכרה בזכויות חברתיות כזכויות חוקתיות המאפשרות ביקורת שיפוטית מלאה, ללא כל מגבלה המכירה בכך שהאחריות לחלוקת המשאבים המוגבלים נתונה בידי הגופים הנבחרים – גם היא בלתי סבירה בעיניי. אמנם זהו לכאורה המצב במספר לא מבוטל של מדינות, בפרט במזרח אירופה.⁴⁹ אולם קשה להעריך את הצלחתו של מבנה זה ואת התאמתו למדינות אחרות,

סובייקטיבי מסוים; ראו למשל ברק, לעיל ה"ש 15, בעמ' 45: "הפעלת שיקול הרעת אינה כל כולה אובייקטיבית". לדיון ראו ידריה צ' שטרן "בין שופט לשיפוט – אגב ספרו של אהרן ברק, שופט בחברה דמוקרטית" משפט וממשל ט 189 (2005).

46 ראו Davidov, לעיל ה"ש 20.

47 על אף ניסיונות חוזרים ונשנים להעביר חוק-יסוד; זכויות חברתיות אשר ישלים את חוקי-היסוד שהתקבלו ב-1992, עד כה לא התגבשה נכונות בכנסת לעגן זכויות אלו ברמה החוקתית.

48 ראו למשל: S. AFR. CONST. 1996, secs. 23–31 (להלן: חוקת דרום-אפריקה); Constitution of the Republic of Poland (1997) Arts. 64–76 (להלן: חוקת פולין). נוסחי חוקות מדינתיות – אלו ואחרות שיאוזכרו בהמשך – נגישות ב: www.psr.keele.ac.uk/const.htm וב: www.law.cornell.edu/world. לפחות חוקר בכיר אחר שינה את עמדתו, על בסיס הניסיון המעשי במדינות אלו, מעמדה ביקורתית כלפי זכויות חברתיות לעמדה תומכת. עמיתו Cass R. Sunstein, THE SECOND BILL OF RIGHTS: FDR'S UNFINISHED REVOLUTION AND WHY WE NEED IT MORE THAN EVER ch. 12 (2004) למול: Cass R. Sunstein, *Against Positive Rights*, POST-COMMUNIST APPLICATION 225 (Andras Sajó ed., 1996).

49 ראו למשל ס' 31 לחוקת פולין (פסקת הגבלה אחת לכלל הזכויות). ייתכן שמבנה זה קשור לנסיבות הפוליטיות המיוחדות של המעבר לכלכלת שוק; ראו: Mark Tushnet, *Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review*, 82 TEXAS L. REV. 1895, 1914. לתמיכה ברעיון של פסקת הגבלה רגילה לזכויות חברתיות ראו גם את הצעת פורום הארגונים לקידום חוק-יסוד זכויות חברתיות, אשר נגישה ב: www.huka.gov.il/wiki/material/data/H11-01-2006_12-29-17_forum.pdf.

וקשה גם לקבוע אם הביקורת השיפוטית שם, והשלכותיה הלכה למעשה, תואמות בכלל את המודל המוכר בישראל.⁵⁰ מכל מקום, ברמה העיונית קשה לראות כיצד פתרון זה מתיישב עם הקושי הדמוקרטי ועם בעיית היכולת המוסרית שפורטו לעיל. בתוך, בין פתרונות הקיצון, ניתן לחשוב על כמה פתרונות ביניים, אשר בהם אבקש להתמקד. מטרת פרק זה היא לסקור אותם, לעמוד על השימוש שנעשה בהם הלכה למעשה בישראל ובמדינות אחרות, ולהציע, לאחר דיון ביקורתי, את הפתרון הראוי ביותר לדעת.

1. פתרון א': הכפפת ההגנה על הזכות ל"מגבלות תקציביות סבירות"

החוקה החדשה של דרום-אפריקה נחשבת לאחת החוקות המתקדמות והמבטיחות ביותר בכל הקשור להגנה על זכויות חברתיות. בחוקה זו ניתן למצוא בין השאר הגנה מפורשת – שניתנת למימוש מעשי באמצעות ביקורת שיפוטית – על הזכות לדיוור, על הזכות לבריאות ועל הזכות לביטחון סוציאלי.⁵¹ עם זאת, אף שהזכויות האזרחיות והפוליטיות המעוגנות בחוקת דרום-אפריקה ניתנות להגבלה על בסיס פסקת הגבלה "רגילה",⁵² לזכויות החברתיות האמורות הוספה מגבלה "פנימית", ולפיה:

"The state must take reasonable legislative and other measures, *within its available resources*, to achieve the progressive realisation of this right" (ההדגשה שלי – ג.ד.).⁵³

רעיון דומה אומץ על ידי ועדת חוק, חוקה ומשפט בהצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות, שם הוצע, בסעיף 3 כ:

"לכל תושב הזכות לסיפוק צרכיו הבסיסיים לשם קיום בכבוד אנושי, ובכלל זה בתחומי העבודה, השכר ותנאי העבודה, בתחומי ההשכלה, הלימוד והחינוך ובתחומי הבריאות, הדיוור והרווחה

50 קושי זה אינו אויביקטיבי, כמוכן, אלא נובע ממגבלות הכותב. התשובה על סוגיות אלו מחייבת היכרות מעמיקה עם שיטות משפט אלו, משימה שאינה פשוטה למי שאינו דובר את השפה המקומית, ווראי שאינני מתיימר ליטול אותה על עצמי בחיבור זה.

51 ס' 26–27 לחוקת דרום-אפריקה.

52 ס' 136(1) לחוקת דרום-אפריקה, אשר קובע: "The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom".

53 ס' 26(2) לחוקה (הזכות לדיוור); להוראה דומה ראו ס' 27(2) לחוקה (הזכות לבריאות, למוון, למים ולביטחון סוציאלי). להתייחסות דומה למגבלות תקציביות בהקשר של הגשמת זכות ראו ס' 25 לחוקה, העוסק בזכות לקניין, וקובע בס' 25(5) כ: "The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to foster conditions which enable citizens to gain access to land on an equitable basis".

החברתית; זכות זו תמומש או תוסדר בידי רשויות השלטון בחוק או לפי חוק ובהתאם ליכולתה הכלכלית של המדינה כפי שתיקבע בידי הממשלה" (ההדגשה שלי – ג.ד.).⁵⁴

לכאורה עשוי פתרון זה להיראות כפתרון ביניים ראוי. מחד, הוא מבטיח הגנה חוקתית לזכויות חברתיות. מנגד, מאחר שמדובר בענייני תקציב, הדרישה מהמדינה להגשמת הזכויות מוגבלת בהתאם למשאבים הקיימים. הרי לא ניתן לצפות מהמדינה להשקיע משאבים ניכרים לשם הגשמת הזכות לחינוך או הזכות לבריאות, למשל, אם אין משאבים מספיקים לכך בידיה במועד נתון. אולם, במבט נוסף, דומה כי בפתרון זה אין כל תועלת. כיצד יפעל בית משפט, הסבור כי הופרה הזכות לבריאות, למשל, והמדינה טוענת כי הדבר נעשה בליט ברירה, בשל מגבלות תקציב? אפשרות אחת היא כי בית המשפט יקבל את טענת המדינה כפשוטה ויסרב להיכנס לשיקולי חלוקת התקציב שעומדים מאחוריה. בית משפט הבוחר בגישה זו יימנע מלעסוק בהחלטת ממשלה שלא לבנות בית חולים נוסף, למשל, מתוך טענה שלשונה: "מי אני שאחלוק על כך". במקרה כזה משמעות הזכות החוקתית תהיה הצהרתית בלבד, ללא ביקורת שיפוטית של ממש. אפשרות שנייה היא כי בית המשפט יסרב לקבל את טענת המדינה. הרי בכל דרישה להקצאת משאבים על בסיס זכות חוקתית תטען המדינה את אותה טענה של חוסר במשאבים, ובית משפט הבוחר בגישה זו יטען כי אין לקבל טענה כזו כפשוטה. מן הסתם, במסגרת יישום מבחני המידתיות יתחשב בית המשפט בגובה העלות של הגשמת הזכות אל מול חומרת הפגיעה. אולם להצהרת המדינה, במקרה כזה, לא יינתן למעשה כל משקל.

המסקנה היא שהוספת מגבלה "פנימית" בנוגע לזכויות חברתיות, שלפיה הגשמת הזכות תיעשה בכפוף ליכולת הכלכלית של המדינה, אינה מהווה פתרון ביניים כלל. "פתרון" זה יוביל לאחת משתי תוצאות קיצון, הימנעות מוחלטת מהתערבות (מהטעם שבית המשפט אינו מסוגל לקבוע מסמרות בנוגע ליכולתה הכלכלית של המדינה) או התעלמות מוחלטת מהמגבלה ה"פנימית", ופסיקה על בסיס פסקת ההגבלה הרגילה (מהטעם שלא ניתן להתייחס ברצינות לטענתה האוטומטית של המדינה בדבר היעדר משאבים). ברם, לאור הדילמה שפורטה לעיל, יש הכרח בפתרון ביניים אמיתי. שתי תוצאות קיצון אלו אינן ראויות ואינן מספקות.

וריאציה אפשרית הנה הכללת תוספת, אשר תקבע נסיבות שבהן יהיה בית המשפט רשאי להתערב על אף המגבלות התקציביות. כך למשל הציעה חברת הכנסת ענת מאור נוסח שעל פיו:

54 ס' 3 להצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות, התשס"ב-2002, ה"ח 214. נוסח כמעט זהה הונח על שולחן הכנסת בידי הוועדה כבר 8 שנים קודם לכן, ראו הצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות, התשנ"ד-1994, ה"ח 337; נוסחים רומים (בוריאציות שונות) מופיעים בטייטת הצעת החוקה של ועדת חוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 5, בפרק שני, ס' 17; להצעה נוספת באותה רוח, שמשקפת הגנה "חלשה" אף יותר ועל כן לא תידון כאן, ראו הצעת החוקה של המכון הישראלי לדמוקרטיה, לעיל ה"ש 5, בסעיף 32(ב), אשר קובע כי "היקפן של הזכויות החברתיות [...] ייקבע בחוק או על פיו".

"זכויות אלה [הזכויות החברתיות] ימומשו בכפוף למגבלות של סבירות ובכפוף ליכולתה הכלכלית של המדינה, ובלבד שעקב מגבלות אלה לא ייווצרו פערים חברתיים בין שכבות האוכלוסייה אשר אינם הולמים את ערכיה של מדינת-ישראל במדינה יהודית ודמוקרטית השואפת להברה צודקת" (ההדגשה שלי – ג.ד.).⁵⁵

ככלל, הרעיון של הנחיית בתי המשפט נראה ראוי. הוספת הנחיות עשויה לצמצם השפעות סובייקטיביות במידה מסוימת. אולם קשה לראות כיצד תוכל התוספת המוצעת להשיג מטרה זו. שאלת קיומם של "פערים חברתיים" אשר אינם תואמים את ערכיה של "חברה צודקת", היא שאלה שלא ניתן להשיב עליה מבלי להיזקק לתפיסת עולם פוליטית אישית. וריאציה זו רק תגביר אפוא את בעיית הסובייקטיביות השיפוטית. היא תיתן לשופטים הרשאה פתוחה להכריע מהי "חברה צודקת" ומהם "פערים חברתיים", ולפסול חוקים של נבחרי הציבור על בסיס הכרעה זו. וריאציה זו תיתן כוח רב מדי למערכת המשפט. היא אינה מתחשבת במידה מספקת בבעיות הלגיטימציה והיכולת המוסרית.

2. פתרון ב': השארת "המילה האחרונה" בידי המחוקק

פתרון אפשרי שני נוגע אף הוא לשלב ניסוח החוקה. הדילמה הבסיסית של המשפט החוקתי, שפורטה לעיל, הביאה לניסיונות לפיתוח "יצירי כלאיים" בין חוקה של ממש עם אפשרות לביקורת שיפוטית, לבין המצב הלא רצוי של עליונות פרלמנטרית בלתי מוגבלת. בכלל זה ניתן למנות לפחות שלוש שיטות, אשר מבקשות להשאיר את "המילה האחרונה" בידי המחוקק. בהודו ובאירלנד מופיע בחוקה פרק של זכויות חברתיות, אשר בניגוד לפרקים האחרים, כוחו הצהרתי בלבד; אותן חוקות שוללות במפורש את האפשרות לבצוע ביקורת חוקתית על בסיס פרק זה.⁵⁶ באנגליה, אשר הצטרפה רק לאחרונה למשפחת הדמוקרטיות החוקתיות, עם היסטוריה ארוכה של עליונות פרלמנטרית, הוגבל כוחם של בתי המשפט לתת סעד המצהיר על אי-חוקתיות בלבד, ללא הכוח להכריז על בטלות חוקים.⁵⁷ לבסוף, בקנדה, ובעקבותיה גם בחוק-יסוד: חופש

55 ראו ענת מאור "חור פעור בספר החוקים: הצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות-כלכליות – כרוניקה של כשלון החקיקה" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 195, 214 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004); הצעה דומה הועלתה בשנת 2004 על ידי חברת הכנסת יולי תמיר, במסגרת דיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט בנושא "חוקה בהסכמה רחבה". טיוטת הצעה זו נגישה ב: http://huka.gov.il/wiki/material/data/H01-08-2004_9-27-06_zchuiot.doc

56 IRELAND CONST., 1937, art. 45; INDIA CONST., 1950, art. 37. וראו גם: CONSTITUTION OF THE PRINCIPALITY OF ANDORRA (1933) art. 39(3). לתמיכה במבנה דומה ראו אבי בן-בסט ומומי דהן זכויות חברתיות בחוקה ומדיניות כלכלית (2004); Tushnet, לעיל ה"ש 49, בעמ' 1919.

57 CÉCILE FABRE, Human Rights Act, 1998, § 4 (Eng.). לתמיכה במבנה דומה ראו: SOCIAL RIGHTS UNDER THE CONSTITUTION: GOVERNMENT AND THE DECENT LIFE (2000).

העיסוק אצלנו, מופיע "סעיף התגברות" (Notwithstanding Clause), המאפשר למחוקק להבטיח את תוקפו של חוק באמצעות קביעה מפורשת "על אף האמור" בחוקה.⁵⁸

האם שיטות אלו עשויות להועיל לפתרון הדילמה ולהוות מסגרת מתאימה לביקורת חוקתית בענייני תקציב? לדעתי התשובה שלילית. אמנם השארת "המילה האחרונה" בידי המחוקק, בכל אחת מהדרכים שהוזכרו, תפחית באופן דרמטי את קשיי הביקורת החוקתית; אולם המשמעות המעשית של פתרונות אלו היא ויתור על ביקורת חוקתית של ממש. הרי ההגנה על זכויות חוקתיות נדרשת יותר מכול כאשר הרוב נחרץ בעמדתו לפעול באופן הפוגע במיעוט כלשהו. במצבים כאלו, החשש מהפגיעה הפוליטית הכרוכה בשימוש ב"פסקת ההתגברות" לא יהווה הרתעה מספקת לנציגי הרוב. גם הצהרה של בית המשפט כי פעולת הרוב אינה חוקתית, או התייחסות אחרת בשיח הציבורי לעוברת שפעולת הרוב סותרת סעיפים הצהרתיים בחוקה, לא יוכלו למנוע את הפעולה הפוגעת כאשר הרוב נחרץ בעמדתו. פתרונות מסוג זה אכן יועילו באותם מקרים שבהם הפגיעה בזכויות החוקתיות נעשתה מבלי משים, מתוך חוסר אכפתיות. במקרים כאלו ייתכן שהצהרה בדבר הפרת הוראות בחוקה תספיק כדי לעודד את המחוקק לתקן את דרכיו.⁵⁹ אולם לא ניתן לצפות לתוצאה דומה כאשר נציגי הרוב נחרצים בדעתם להשיג מטרה מסוימת בכל מחיר, גם במחיר של פגיעה במיעוט. מכאן חולשתם של פתרונות המשאירים את "המילה האחרונה" בידי המחוקק.⁶⁰

חולשה זו בולטת במיוחד בנסיבות שבהן נדרש סעד "חיובי", כלומר השקעת משאבים ניכרת מצד המדינה כדי להגשים זכות חוקתית כלשהי. נניח שבית משפט יקבע, כהצהרה לא מחייבת, כי המדינה מפרה את הזכות לחינוך של תושבי הכפרים הברווים בנגב בכך שהיא נמנעת מהקמת גני ילדים בכפרים אלו.⁶¹ האם די בכך כדי לגרום לרשויות המדינה להקצות את המשאבים הנדרשים להקמת אותם גנים על חשבון מטרות אחרות? או לדרוגמה, נניח שבית

58 Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B to the Canada Act 1982, ch. 11 (U.K.) § 33 (להלן: הצ'רטר הקנדי); ס' 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק. והשוו גם להסדר הקבוע בס' 4 לחוק-יסוד: הכנסת, מכוחו בוצעה במספר רב של פסקי דין ביקורת חוקתית על חוקים, כדי לוודא התאמתם לדרישת השוויון בבחירות לכנסת; אולם על פי האמור באותו סעיף, ניתן לשנותו "ברוב של חברי הכנסת", והפסיקה פירשה שחוק סותר יהיה תקף אם התקבל ברוב כזה (בג"ץ 148/73 קניאל נ' שר המשפטים, פ"ד כז(1) 794 (1973); בג"ץ 60/77 רפולר נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד לא(2) 556 (1977); אולם ראו בג"ץ 212/30 חרות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השש עשרה, כבוד השופט מישאל חשין, פ"ד נו(1) 750 (2003)).

59 השוו: Tsvi Kahana, *Understanding the Notwithstanding Mechanism*, 52 U.T.L.J. 221 (2002) (טיעון שלפיו תפקיד בית המשפט בביקורת החוקתית להוביל דיון ושיח בנוגע למשמעות החוקה, ולאחר מכן המחוקק חופשי לקבל את עמדת בית המשפט או לדחותה באמצעות סעיף ההתגברות).

60 ראו גם: Mark Tushnet, *State Action, Social Welfare Rights, and the Judicial Role: Some Comparative Observations*, 3 CHI. J. INT'L L. 435 (2002).

61 השוו לעובדות בבג"ץ 5108/04 אבו גורה נ' שרת החינוך, פ"ד נט(2) 241 (2004) (העתירה נדחתה).

משפט יקבע כי קיצוץ בקצבאות הבטחת הכנסה פוגע פגיעה שלא ניתן להצדיקה בזכות לביטחון סוציאלי, וכי כיבוד החוקה מחייב כי המדינה תקצה סכומי כסף ניכרים להעלאת רמת הקצבאות.⁶² האם הצהרה כזו, ללא סעד מחייב, תספיק כדי לגרום לרשויות הנבחרות לשנות את מדיניותן? התשובה אינה בהכרח חיובית.⁶³ במקרה הטוב, הצהרה מעיין זו תקדם שיח ציבורי ביקורתי בנושא. אולם קשה להניח שיהיה בכך די כדי להביא את הרשות המחוקקת לשנות את מדיניותה ואת סדרי עדיפויותיה. יתרה מכך, ניתן לצפות כי מצב כזה רק יגביר את החיכוך, הקיים ממילא, בין הרשות השופטת לרשויות האחרות.

עמדתי לעיל על חשיבות ההגנה על זכויות חברתיות ועל העובדה שהגנה על זכויות (חברתיות כאזרחיות) מחייבת לעתים קרובות הקצאת משאבים. הכרה בכך מחייבת מתן סמכות לבתי המשפט לבצע ביקורת חוקתית של ממש. גם עיגון זכויות ברמה ההצהרתית בלבד עשוי להיות חשוב ומועיל. הוא יכול לשמש אמצעי פרשני ליציקת תוכן לזכויות חוקתיות בנות אכיפה, כמו הזכות לחיים, כפי שאכן אירע בהודו.⁶⁴ עיגון הצהרתי יכול גם להביא ל"חלחול" הזכויות, באמצעות מושגי שסתום, למשפט הפרטי.⁶⁵ אולם בכך לא יהיה כדי להקנות הגנה מספקת לזכויות חברתיות חיוניות כמו הזכות לבריאות, הזכות לחינוך או הזכות לדיוור. בהיעדר הכוח לחייב את המדינה להקצות משאבים למטרה כזו או אחרת, ההגנה על זכויות אלה תישאר "דלה" ביותר. על כן השארת "המילה האחרונה" בידי המחוקק – בדרך כזו או אחרת – לא יכולה להיות פתרון ראוי.⁶⁶

62 השוו לעובדות בעניין עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי, לעיל ה"ש 3 (העתירה נדחתה).
 63 ראו, לעניין גני הילדים בכפרים הבדווים, את עתירת ההמשך – שנדחתה אף היא – שמלמדת על סירוב רשויות המדינה לספק פתרון: בג"ץ 10030/05 עארף אלעמור נ' שרת החינוך, תקעל (2)06 (2006) 776.

64 ראו למשל: A.I.R. 1995 S.C. 922 (חיוב המדינה בקבלת הסדר מפורט וספציפי של בטיחות בעבודה). לסקירה נרחבת של הזכויות הרבות שהוכנסו לגדר הזכות לחיים בהודו ראו: J.N. PANDEY, CONSTITUTIONAL LAW OF INDIA ch. 11, 373 (40th ed. 2003); ראו גם גיא זיידמן "זכויות חברתיות: מבט השוואתי להודו ולדרום-אפריקה" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 347, 357 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004); BEATTY, לעיל ה"ש 20, בעמ' 138. והשוו: [2002] Gosselin v. Quebec (Attorney General), I S.C.R. 238 (Arbour J. dissenting), דעת מיעוט בבית המשפט העליון בקנדה, שלפיה פגיעה בזכויות לקצבה מגיעה לכדי הפרה של הזכות ל"security of the person", המוגנת במסגרת ס' 7 לצ'רטר הקנדי, יחד עם הזכות לחיים ולחירות. דוידוב, לעיל ה"ש 37.

65 ודוקו: לצורך הפשטות, המאמר מתייחס לזכויות חברתיות כאל מקשה אחת. אולם בהחלט
 66 יכולה להתעורר שאלה אם כל הזכויות המוזכרות מעת לעת כזכויות חברתיות ראויות להגנה חוקתית זהה. לגישתי "הזכות לעבוד", למשל, ראויה להגנה ברמה ההצהרתית בלבד; ראו דוידוב, לעיל ה"ש 37. אולם אין בכך כדי לפגוע בטעוץ המתנגד להשארת "המילה האחרונה" בידי המחוקק בכל הקשור לעניינים תקציביים או לזכויות חברתיות בכללותן.

3. פתרון ג': מתחם תמרון או התחשבות המחוקק בעניינים חברתיים-כלכליים

פתרון אפשרי שלישי הוא קביעת "מתחם תמרון" (או "מרחב התחשבות") למחוקק בענייני תקציב או בעניינים חברתיים-כלכליים בכלל. הרעיון של "מתחם תמרון" אומץ מפסיקת בית המשפט האירופי לזכויות אדם (שם מכונה הדוקטרינה "margin of appreciation")⁶⁷ ומפסיקת בית המשפט העליון בקנדה (שם מכונה אותו רעיון "deference").⁶⁸ רעיון דומה מצוי למעשה גם במשפט החוקתי האמריקני אשר יוצר הבחנה, בהקשר של הזכות לשוויון, בין שלוש רמות ביקורת שונות, כתלות בטעמים להפליה לכאורה.⁶⁹ בישראל הביקורת החוקתית עוד בחיתוליה, אבל דוקטרינת "מתחם התמרון" אומצה אצלנו במהירות. כבר בפרשת בנק המזרחי, שבה קבע בית המשפט העליון לראשונה את סמכות הביקורת החוקתית שלו על בסיס חוקי-היסוד החדשים, הצהיר הנשיא ברק, בה בעת, כי יינתן למחוקק מתחם של תמרון.⁷⁰ הנשיא (ראו) שמגר, אף שלא עשה שימוש באותו מונח, התבטא באותה רוח ובאופן חריף אף יותר.⁷¹ בית המשפט שב והזכיר את הדוקטרינה בכמה הזדמנויות לאחר מכן.⁷² במקביל נשמעו אמירות התומכות באימוץ מדרג של רמות ביקורת כמקובל בארצות-הברית.⁷³

- 67 ראו: *Handyside v. The United Kingdom*, 1 E.H.R.R. (ser. A) 737 (1976). ליישום בהקשר של בעניינים חברתיים-כלכליים ראו: *James v. The United Kingdom*, 123 E.H.R.R. (ser. A) at para. 46 (1986); *Hutten-Czapska v. Poland*, 42 E.H.R.R. 15 (2005).
- 68 ראו: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; עניין *Irwin Toy*, לעיל ה"ש 34, בעמ' 989-994.
- 69 הבחנות על בסיס גזע, אזרחות ולאום נבחנות ברמת הביקורת המחמירה ביותר (strict scrutiny); ראו למשל: *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618, 634 (1969). הבחנות על בסיס מין או לידה מחוץ לנישואים נבחנות ברמת ביקורת ביניים (intermediate scrutiny); ראו למשל: *Craig v. Boren, Governor of Oklahoma* 429 U.S. 190, 197 (1976). כל הבחנה אחרת נבחנת ברמת הביקורת הרגילה-נמוכה; ראו למשל: *Schweiker, Secretary of Health and Human Services v. Wilson*, 450 U.S. 221 (1981). דרישות של תכלית ראויה (compelling) ואמצעי מינימלי (narrowly tailored) קיימות למעשה רק ברמת הביקורת הגבוהה ביותר. בדומה לכך, גם ההגנה על החירות ועל הקניין (במסגרת התיקונים ה-5 וה-14 לחוקה המבטיחים הליך נאות [due process]), וכן ההגנה על חופש הביטוי (במסגרת התיקון ה-1), נעשות תוך שימוש במדרג של רמות ביקורת.
- 70 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 26, בעמ' 438. לאימוץ קודם של דוקטרינת מתחם התמרון, במסגרת המשפט המנהלי, ראו בג"ץ 3477/95 בן-עטיה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1, 15 (1995).
- 71 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 26, פס' 69 ו-79 לפסק דינו של הנשיא (לשעבר) שמגר. להסתייגות מצד הנשיא ברק ראו שם, פס' 103 לפסק דינו.
- 72 עניין לשכת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 11, בעמ' 387 לפסק דינו של הנשיא ברק; עניין מנחם, לעיל ה"ש 19, בעמ' 280; ע"מ 4436/02 תשעים הבדורים - מסעדה, מועדון חברים נ' עיריית חיפה, פ"ד נח(3) 782, 811-813 (2004) (להלן: עניין תשעים הבדורים); עניין מנור, לעיל ה"ש 2, פס' 14 לפסק דינו של הנשיא ברק; עניין המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 4, פס' 68. ראו גם דליה דורנר "מידתיות" ספר ברנזון כרך שני - בני סברה 281 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000).
- 73 ראו בעיקר פסק דינה של השופטת דורנר בעניין מילר, לעיל ה"ש 32.

בפסיקה אשר אימצה רעיון זה נעשה לעתים שימוש גם במונח "מתחם המידתיות"⁷⁴. ייאמר על כן מיד כי יש להיזהר שלא להיתפס להקבלה המתבקשת ל"מתחם הסבירות". החובה לנהוג בסבירות היא חובה שהוטלה על רשויות המינהל על ידי בית המשפט עצמו. זו אינה חובה המעוגנת בחוק כלשהו, לא כל שכן בחוק-יסוד. גם אין לה, לחובת הסבירות, כל מבחני משנה אשר יכולים לכוון את השופט בעת יישומה; זהו סטנדרט "פתוח" ביותר, המערב מידה גבוהה של שיקול דעת ופתח נרחב לסובייקטיביות. על רקע זה ברור הצורך של בית המשפט להבהיר, כי אין זה מתפקידו לכפות על הרשות המבצעת את הפתרון שנראה "סביר" ביותר בעיניו. בית המשפט רק פוסל פתרונות אשר אינם סבירים בעליל, בשל היותם חורגים מ"מתחם" של סבירות. לעומת זאת, דרישת המידתיות קבועה בחוק-היסוד. פסקאות ההגבלה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק כוללות במפורש דרישה מהמדינה, שלא לפגוע בזכויות יסוד חוקתיות במידה העולה על הנדרש.⁷⁵ על כן הלגיטימציה של בית המשפט בבואו ליישם את הסטנדרט שנקבע בחוק-יסוד גבוהה בהרבה, מלכתחילה, מהלגיטימציה הנתונה לו בעת יישום סטנדרט הסבירות. זאת ועוד, בהקשר של מבחן המידתיות, הסטנדרט הפתוח לכאורה עבר קונקרטיזציה; בית המשפט אימץ שלושה מבחני משנה לצורך יישום עקרון המידתיות, מבחנים אשר מסייעים ביישום קונקרטי וודאי יותר. הדרישה המופשטת למידתיות הוחלפה, בעקבות פיתוח פסיקתי (שהתבסס, בתורו, על הפסיקה במדינות אחרות), בשלושה מבחנים קונקרטיים: נדרש קשר רציונלי בין האמצעי למטרה; האמצעי צריך להיות מינימלי (האמצעי שביא לפגיעה הפחותה ביותר אשר נדרשת להשגת המטרה); וצריך להיות יחס ראוי בין התועלת לנזק – היינו איזון בין התכלית של החוק לבין עצמת הפגיעה בזכויות חוקתיות ("מידתיות במונח הצר").⁷⁶

מהי המשמעות המעשית של יישום "מתחם התמרון"? בעניין זה ישנו בלבול רב. אפשר למצוא בפסיקה לפחות שתי גישות, אך מעולם לא נעשתה ביניהן הבחנה במפורש. הגישה הראשונה היא גישתו המפורשת של הנשיא ברק, אשר לה הוא נתן ביטוי גם בכתביו. ברק אימץ גישה מצמצמת למשמעות של "מתחם התמרון", שלפיה הבחירה הנתונה למחוקק הנה אך ורק בין האפשרויות אשר עומדות בסטנדרט החוקתי. ובלשונו: "מרחב התמרון קיים רק לעניין הבחירה בין אותן אפשרויות חוקתיות המגבילות את זכות האדם המוגנת במידה הפחותה

74 עניין מנחם, לעיל ה"ש 19, בעמ' 280; עניין מנור, לעיל ה"ש 2, פס' 14 לפסק דינו של הנשיא ברק; בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל – משרד הבטחון, תקיעל 105 (1) 1114, פס' 19 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש (2005); עניין ארגון מגדלי העופות בישראל, לעיל ה"ש 2, פס' 35 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש; עניין המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 4, פס' 68 לפסק הדין; בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הבנסת, תקיעל (2) 06, 1559, פס' 61 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006). ראו גם את פסק דינה של השופטת דורנר בבג"ץ 450/97 תנופה שרותי בוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(2) 433 (1998).

75 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.
76 ראו עניין בן-עטיה, לעיל ה"ש 70; עניין לשכת מנהלי החשקעות, לעיל ה"ש 11.

ב"ד"ר" (ההדגשה שלי – ג.ד.).⁷⁷ לפי גישה זו, "מתחם התמרון" אין משמעו הפחתה של הסטנדרט, אלא רק ציון העובדה – הברורה מאליה לדידי – כי אם ישנן כמה חלופות אשר עומדות כולן בדרישות חוקי-היסוד, המחוקק רשאי לבחור ביניהן, ובית המשפט לא יתערב בכך. אם לדוגמה ישנם כמה אמצעים חלופיים להשגת מטרה מסוימת, אשר כולם פוגעים בזכות חוקתית באותה מידה שהיא גם המידה המינימלית המתחייבת להשגת המטרה, מובן שאין כל הצדקה להתערבות שיפוטית על בסיס מבחן האמצעי המינימלי. כך בדבריו המפורשים של ברק; אולם מהציטוטים המובאים על ידו מהפסיקה הקנדית עולה גישה אחרת, ולפיה "מתחם התמרון" משמעו הורדת סטנדרט הביקורת החוקתית בהקשר המסוים. כך, למשל, בעניין *McKinney*,⁷⁸ שהנשיא ברק מצטט בעניין לשבת מנהלי ההשקעות,⁷⁹ קבע השופט La Forest רמת ביקורת מופחתת בעליל למקרים שבהם יש צורך לאזן בין "ערכים חברתיים מתנגשים" או בין "קבוצות מתחרות" בחברה. השופט La Forest – הבולט והקיצוני מבין השופטים בקנדה בכל הקשור לאימוץ סטנדרט ביקורת מופחת – סבר כי במקרים אלה די בכך שהמדינה תראה שהיה לה "בסיס סביר" לקבוע כי הפגיעה בזכויות חוקתיות היא הפגיעה המינימלית ההכרחית. הפחתת הסטנדרט לפי גישתו של La Forest הנה למעשה כפולה, הן באימוץ מבחן סובייקטיבי המתמקד בכוונת המדינה, להבדיל ממבחן אובייקטיבי, והן בהסתפקות בסטנדרט של סבירות, להבדיל מהדרישה שהאמצעי יהיה זה המביא לפגיעה המינימלית ביותר.⁸⁰ אימוץ גישה דומה ניתן למצוא בדברי השופטת (כתוארה אז) ביניש בעניין מנחם, שם נדחתה עתירה נגד האגרה הגבוהה (כ-200,000 ש"ח) הנגבית לשם קבלת רישיון להפעלת מוניית:

"הדרישה כי על המחוקק לבחור באמצעי הפוגע בזכות החוקתית במידה שאינה עולה על הנדרש לשם השגת תכלית החוק אין כוונתה כי על המחוקק להיצמד תמיד לדרגה הנמוכה ביותר שבתחית הסולם. קביעה כזו תקשה מדי על המחוקק, אשר לא יוכל לחדור מבעד למחסום הביקורת השיפוטית [...] בית-המשפט לא ימיר את שיקוליו של המחוקק בשיקול-דעתו שלו ויימנע מהתערבות כל עוד האמצעי הנבחר על-ידי המחוקק מצוי בגדר מתחם המידתיות. בית-המשפט יתערב רק כאשר האמצעי

77 ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 29, בעמ' 554-557. ראו גם אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 271, 287-288 (1994); אהרן ברק "חוק-יסוד: חופש העיסוק" משפט וממשל ב 195, 213 (1994); ובפסיקה: "יש להכיר בקיומו של מרחב תמרון [...] המאפשר למחוקק להפעיל את שיקול דעתו בבחירה בין תכלית (ראויה) לבין אמצעים (הפוגעים במידה שאינה עולה על הנדרש)" (פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 26, בעמ' 438).

78 *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229.

79 עניין לשבת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 11.

80 רמת הביקורת המופחתת אומצה בקנדה בעיקר בהקשר של יישום מבחן האמצעי המינימלי. לדיון נרחב ראו: Davidov, לעיל ה"ש 20.

הנבחר חורג באופן משמעותי מגדריו של המיתחם, והוא בלתי מידתי באופן ברור" (ההדגשות שלי – ג.ד.).⁸¹

כלומר הדרישה שנקבעה בחוקי-היסוד, שלפיה הפגיעה בזכויות חוקתיות מותרת רק "במידה שאינה עולה על הנדרש", מוחלפת לפי גישה זו בדרישה פחותה בהרבה: ישנו "מתחם", ובית המשפט יימנע מלהתערב גם כאשר הפגיעה בזכויות חורגת מהמינימום ההכרחי – כל עוד אין מדובר בחריגה משמעותית וברורה מאותו מתחם.⁸²

לשתי גישות עקרוניות ומוצהרות אלו בדבר המשמעות שיש לתת ל"מתחם התמרון" ניתן להוסיף לפחות שתי משמעויות נוספות שניתנות למתחם זה הלכה למעשה. ראשית, בחלק מהמקרים דומה שאזכור "מתחם התמרון" לא נעשה אלא כתשלום "מס שפתיים" למחוקק, מבלי שבית המשפט נותן לכך משמעות מעשית כלשהי. כך, למשל, בעניין לשכת מנהלי ההשקעות,⁸³ שם עמד הנשיא ברק על קיומו ועל חשיבותו של "מתחם התמרון", הוא לא היסס להפעיל מיד לאחר מכן ביקורת נוקשה ביותר הלכה למעשה (לפחות בהקשר הקונקרטי של הוראות המעבר). החוק שעמד לביקורת באותו עניין קבע דרישות שונות לקבלת רישיון לניהול תיקי השקעות, וכלל הוראת מעבר שלפיה ניתן פטור מדרישות אלו למי שעסק באותו מקצוע משך שבע שנים לפחות קודם לפרסום החוק.⁸⁴ בית המשפט קבע כי הסדר זה פוגע בחופש העיסוק של עוסקים

81 עניין מנחם, לעיל ה"ש 19, בעמ' 280. דברים אלו הובאו בהסכמה על ידי הנשיא ברק בעניין מנור, לעיל ה"ש 2, פס' 14 לפסק דינו של הנשיא ברק; בהמשך אומצו הדברים על ידי בית המשפט בעניין עיריית באר-שבע, לעיל ה"ש 8, פס' 13 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש: "לא בכל מקרה יידרש המחוקק לנקוט באמצעי בעל דרגת הפגיעה הנמוכה יותר. בית משפט זה הכיר בכך שלמחוקק נתון 'מרחב תמרון חוקתי', המכונה גם 'מתחם המידתיות', שבתוכו הוא רשאי לבחור את הפיתרון הכלכלי הראוי בעיניו. רק אם המחוקק יחרוג באופן משמעותי מ'מתחם המידתיות' יהיה מקום להתערבותו של בית המשפט". ראו גם דברי השופט קדמי בעניין צמח, לעיל ה"ש 4, בעמ' 287: "לביטולו של חוק מן הסיבה האחת והיחידה של היותו 'לא מידתי' יהיה מקום, לטעמי, רק כאשר הינו חורג באופן ברור וחד-משמעי ממתחם המידתיות".

82 ראו גם עניין תשעים הכדורים, לעיל ה"ש 72, בעמ' 812: "כמעט בכל מקרה ניתן לחשוב בדעיבר על אמצעים שונים במידה זו או אחרת מאלה שבהם בחר המחוקק, ואשר יהא בהם כדי לפגוע במידה פחותה בזכות יסוד. החוכמה שלאחר מעשה תגלה במיוחד על רקע נתונים קונקרטיים. מטבע הדברים, אין באפשרותם של מחוקקי החוק לצפות כל אפשרות ואפשרות שתצוץ בעולם המציאות [...] לכן הכירה הפסיקה בעקרון 'מרחב התמרון החוקתי'" (ההדגשה שלי – ג.ד.). כן ראו עניין עדאלה 1, לעיל ה"ש 8, בעמ' 191. לקביעת סטנדרט ביקורת שיפוטית מופחת, השוו גם לביקורת על ועדות הכנסת, אשר לפי הפסיקה מוגבלת למצבים של פגיעה ניכרת במרקם החיים הפרלמנטריים ובערכים מהותיים של משטרנו החוקתי (בג"ץ 652/81 שריד נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד (לו'2) 197, 204 (1982); עניין התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 1, פס' 48 לפסק דינו של הנשיא ברק).

83 עניין לשכת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 11.

84 ס' 48 לחוק הסדרת העיסוק ביעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה-1995.

"ישנים-טריים" באופן שאינו מידתי, והבהיר כי העמדת קו הגבול על ארבע או חמש שנים תהיה מידתית.⁸⁵ הלכה למעשה קשה לראות בפסיקה זו מתן "מתחם תמרון" למחוקק. להיפך, בפועל גילה בית המשפט נכונות מרחיקת לכת להתערב בפרטי ההסדר.⁸⁶ דוגמה נוספת ניתן למצוא בעניין המועצה האזורית חוף עזה,⁸⁷ אשר עסק בחוק יישום תכנית ההתנתקות. בית המשפט פתח את פסק הדין בהדגשת מרחב התמרון שניתן למחוקק, אך נפנה מיד לביקורת חוקתית מחמירה, תוך שהוא מורה על כמה שינויים בחוק.⁸⁸ למעשה, גם בעניין מנחם, לאחר שקבעה השופטת (כתוארה אז) ביניש כי היא מפחיתה את הסטנדרט הנדרש מהמדינה, היא המשיכה ביישום מבחני המידתיות ובחנה לעומק כל חלופה אפשרית. גם במקרה זה, ייתכן שהאמירות הנחרצות בעניין צמצום ההתערבות השיפוטית לא נועדו אלא להפגין כבוד לרשויות האחרות, ואולי לשמש נימוק נוסף לחיזוק ההחלטה לרחות את העתירה, אך מבלי שתהיה בכך הלכה למעשה הפחתה של הסטנדרט הנדרש מהמדינה.⁸⁹

מנגד, אפשר למצוא דוגמה להפחתת רמת הביקורת, אפילו באופן קיצוני, הלכה למעשה. בפסק הדין בעניין תשעים הכדורים,⁹⁰ למשל, דובר במועדון חברים חיפאי, אשר הפעיל בין השאר משחקי בינגו לחבריו והגיש עתירה נגד סירוב המשטרה להעניק לו רישיון עסק בטענה של קיום "משחקים אסורים" בניגוד לחוק העונשין.⁹¹ בית המשפט (מפי השופט גרוניס) הורה למעשה, כי ניתן היה לחוקק את האיסור הפלילי באופן "גס" פחות, ולהוציא מגדרו משחקים ספציפיים במגבלה של סכום ההשתתפות והפרסים.⁹² אולם הוא סירב להיכנס לבחינתם של אמצעים חלופיים, תוך שהוא מתבסס על "מתחם התמרון החוקתי", אשר הופעל במקרה זה באופן שמנמיך משמעותית את הסטנדרט ואת הציפיות מהמחוקק. גם בעניין עיריית באר-שבע,⁹³ שם נדונו עתירות נגד ביטול הטבות מס ליישובים בנגב, קשה למצוא דיון של ממש בשאלת המידתיות. אף שבית המשפט (מפי השופטת ביניש) מניח כי זכות הקניין

85 עניין לשכת מנהלי השקעות, לעיל ה"ש 11, פס' 63 לפסק הדין של הנשיא ברק. בטלות החוק הושעתה על מנת לאפשר למחוקק קביעת הסדר מידתי, והחוק אכן תוקן ברוח זו: חוק הסדרת העיסוק בייצוא השקעות ובניהול תיקי השקעות (תיקון מס' 4), התשנ"ה-1998, ס"ה 250.

86 השוו לפסק הדין הקנדי בפרשת *Irwin Toy*, לעיל ה"ש 34, מהראשונים והמרכזיים בפסקי הדין הקנדיים שפיתחו ויישמו את רעיון ה-*deference*, שם נאמר: "If the legislature has made a reasonable assessment as to where the line is most properly drawn [...] it is not for the court to second guess. That would only be to substitute one estimate for another" (בעמ' 990 לפסק הדין).

87 עניין המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 4.

88 לאמירות בזכות מתחם התמרון, אשר בעקבותיהן באה הלכה למעשה ביקורת מחמירה, ראו למשל שם, פס' 363-366 לפסק הדין.

89 עניין מנחם, לעיל ה"ש 19; ראו גם עניין קניאל, לעיל ה"ש 2 (אזכור מרחב התמרון, אך ביצוע ביקורת רגילה ומלאה לאחר מכן, אף שבנסיבות העניין העתירה נדחתה).

90 עניין תשעים הכדורים, לעיל ה"ש 72, בעמ' 811-813.

91 ס' 224-228 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

92 עניין תשעים הכדורים, לעיל ה"ש 72, בעמ' 813.

93 עניין עיריית באר-שבע, לעיל ה"ש 8, פס' 8 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש.

נפגעה, פסק הדין הקצר יחסית מתמקד ברובו באמירות בדבר "מתחם התמרון" הרחב אשר יש להפעיל בעניינים כלכליים. הדיון לגופם של מבחני המידתיות אינו עולה על שורות מספר.⁹⁴ דומה כי העתירה נדחתה על בסיס חוסר הרצון להתערב בעניינים כלכליים כשלעצמו, ולא על בסיס בחינה מספקת של מידתיות הפגיעה.

במחקר שערכתי בקנדה הראיתי כי הדוקטרינה של deference – המקבילה הקנדית ל"מתחם התמרון" – מיושמת באופן בלתי עקבי שלא ניתן לצפייה מראש. זאת בשני מובנים. ראשית, לא ניתן לקבוע מראש מתי ישתמש בית המשפט ב"deference. דומה כי השופטים בוחרים "לשלוף" את הדוקטרינה כאשר הדבר נוח להם. שנית, לא ניתן לדעת מראש מה תהיה משמעות הפעלתה בכל מקרה נתון.⁹⁵ חוסר עקביות (או בהירות) דומה ניכר גם בפסיקת בית המשפט האירופי לזכויות אדם.⁹⁶ מהפסיקה המעטה יחסית של בית המשפט העליון בעניין "מתחם התמרון" ניתן ללמוד כי בית המשפט בישראל הולך בעקבות בתי המשפט המקבילים לו. האזכור של "מתחם התמרון" והפעלתו אינם עקביים. לעתים בית המשפט מעדיף להתעלם לחלוטין מדוקטרינה זו.⁹⁷ זאת ועוד, לצד אמירות שמהן

- 94 שם, פס' 13 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש.
- 95 Davidov, לעיל ה"ש 20. ניתוח הפסיקה בקנדה העלה כי ישנן חמש רמות שונות של השפעה לדוקטרינה. ברמה הראשונה, והחזקה ביותר, ניתן לתאר את ה"deference כ"סוף הסיפור". במקרים כאלו בית המשפט מבהיר כי בשל אופי העניין (למשל עניין תקציבי) יש מקום לתת deference למחוקק, ובכך דוחה את העתירה, מבלי לבצע כל בדיקה נוספת של חוקתיות החוק. ברמה השנייה המשמעות המעשית של הדוקטרינה היא החלפת המבחן הנוהג לביקורת חוקתית במבחן מקל יותר, כלומר קביעת סטנדרט מופחת לביקורת (למשל הסתפקות בכך שהיה "בסיס סביר" להחלטה). הרמה השלישית (שלפעמים באה יחד עם השנייה) היא העברת נטל ההוכחה מהמדינה (שבררך כלל עליה הנטל להצדיק את הפגיעה בזכויות) לעותרים. ברמה הרביעית ניתן לתאר את ה"deference כנימוק שלאחר ההחלטה; כך, לעתים מובאת הדוקטרינה כנימוק נוסף לאשר את חוקתיותו של חוק, רק בסופה של החלטה אשר נומקה בנימוקים אחרים. לבסוף, ברמה החמישית והחלשה ביותר, ניתן לומר כי השימוש בדוקטרינה אינו אלא "מס שפתיים" בלבד; לעתים ברור כי בית המשפט מפעיל הלכה למעשה ביקורת חוקתית מלאה, והאזכור של ה"deference לא בא אלא כדי לשלם "מס שפתיים" לצורך שמירה על כבודן של הרשויות האחרות.
- 96 לדוגמאות לביקורת שיפוטית נוקשה יחסית ולהתערבות בעניינים חברתיים-כלכליים בפסיקת בית המשפט האירופי לזכויות אדם, ראו למשל: Kjartan Ásmundsson v. Iceland, 41 E.H.R.R. 42 (2004) (התערבות בשינויים שבוצעו בתנאי הזכאות לקצבת נכות); עניין Hutten-Czapska, לעיל ה"ש 67 (התערבות בחקיקה שהקנתה זכויות דיירים מוגנים על חשבון בעלי הנכס). לביקורת על שימוש בלתי עקבי בדוקטרינה באירופה ראו: Jeremy McBride, *Proportionality and the European Convention on Human Rights*, in THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN THE LAWS OF EUROPE 23 (Evelyn Ellis ed., 1999).
- 97 ראו למשל עניין צמח, לעיל ה"ש 4 (הכרזה על בטלות החקיקה שלפיה ניתן להחזיק חייל במעצר 96 שעות בטרם הבאתו בפני שופט); עניין אורזן, לעיל ה"ש 12 (הכרזה על בטלות החוק שביקש להכשיר את תחנת הרדיו הפירטית ערוץ 7); בג"ץ 5026/04 דייזין 22 – שארק דלוקם רהיטים בע"מ נ' אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה, תק"על 2005 (2) 14 (2005) (רהיית עתירה בנושא כלכלי-חברתי – חוק שעות עבודה ומנוחה, התש"א-1951 – תוך יישום מבחני המידתיות, מבלי להזכיר את קיומו של מתחם ההתחשבות).

ניתן להבין כי יינתן למחוקק מרחב תמרון בעניינים חברתיים וכלכליים,⁹⁸ כבר הופעלה הדוקטרינה גם בהקשר של חקיקה פלילית.⁹⁹ גם המשמעות שניתנת לאותו מתחם אינה ברורה ואינה אחידה; ראינו שניתן למצוא בפסיקה מגוון של משמעויות, מוצהרות ונסתרות.

אכן, "מתחם התמרון" בנוי באופן שאינו מאפשר לקבוע או לצפות מראש מתי ייעשה בו שימוש ומה תהיה השפעתו בכל מקרה נתון. השופטים משתמשים בדוקטרינה בזמן ובאופן שהם מוצאים לנכון, כדי להעניק להחלטותיהם ממד חזק יותר של לגיטימציה. לכאורה, בית המשפט מעניק "מתחם תמרון" למחוקק כדי לצמצם את הקשיים שפורטו לעיל – בעיית הלגיטימציה הדמוקרטית (או בעיית הסובייקטיביות השיפוטית) ובעיית היכולת המוסרית. אולם למעשה השימוש באותו "מתחם תמרון" אינו מקדם מטרות אלו; להפך, בשים לב לשימוש הבלתי-עקבי והבלתי-אחיד בדוקטרינה, הוא רק מגביר את בעיית הסובייקטיביות.¹⁰⁰ עדיין נשאלת השאלה: האם מדובר בקושי אינהרנטי? האם אין אפשרות, באמצעות הגדרה והפעלה טובות יותר של "מתחם התמרון", ליצור מכשיר ראוי לפתרון הדילמה? לדידי אין מניעה עקרונית להפחית את רמת הביקורת החוקתית במקרים מסוימים, ובלבד שניתן להגדיר מראש את המצבים שבהם יש הצדקה לכך, וכן שהרמה המופחתת תוגדר מראש, כך שהמשמעות תהיה ידועה וקבועה. במקום אחר הצעתי לקשור את הפחתת סטנדרט הביקורת לחשש מפני טעות שיפוטית.¹⁰¹ טענתי כי על בתי המשפט להפחית את מידת הביקורת כאשר החקיקה המבוקרת היא כזו שפסילתה בטעות (היינו מתוך הערכה לא נכונה של הסיכונים או של אפקטיביות אמצעים חלופיים) תהיה הרת אסון. מאחר ששופטים, כבני אדם, עלולים לטעות, הטענה היא שבמצבים מעין אלו עליהם להביא בחשבון את המחיר הכבד שטעות כזו עלולה לגרום. לפיכך דעתי היא כי במקרים כאלו (של סיכון ממשי לחיי אדם, למשל) יש מקום לסטנדרט ביקורת נמוך יותר, שמשמעותו תהיה כפולה – ראשית, העברת הנטל לעותרים בעת יישום מבחן המידתיות במובן הצר (בלבד); ושנית, העלאת הנטל, בהקשר של אותו מבחן בלבד, כך שהעותרים יידרשו להוכיח כי החוק אינו מידתי באופן ברור (clearly not proportional).

98 ראו למשל פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 26, בעמ' 438; עניין לשבת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 11, בעמ' 386; עניין מנחם, לעיל ה"ש 19, בעמ' 263-264. יובהר כי אמירות אלו לא נאמרו במסגרת אזכור "מתחם התמרון" דווקא, אך ניתן להבין את כוונתן ככזו; וראו לאחרונה, באופן מפורש יותר, עניין עיריית באר-שבע, לעיל ה"ש 8, פס' 13 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש: "במיוחד בתחום החקיקה הכלכלית מן הראוי ש'מתחם המידתיות' הנתון למחוקק יהיה רחב יחסית".

99 עניין תשעים הכדורים, לעיל ה"ש 72.

100 להדגמה נרחבת של טיעון זה בהקשר הקנדי ראו Davidov, לעיל ה"ש 20; וראו Tushnet, לעיל ה"ש 49, בעמ' 1913-1918 (מתאר את השימוש ב-"deference כמבנה של "strong rights and weak remedies" וטוען כי נטיית השופטים תהיה להפוך את הסעדים לחוקים, דבר שעשוי להביא לאחר מכן להחלשת הזכויות).

101 Davidov, לעיל ה"ש 20. גישה זו אומצה על ידי השופט גרוניס בבג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי להכוונת המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, תקעל (2004) 1754 (2006). למותר לציין כי אינני שותף לאופן בו בחר השופט גרוניס ליישם עמדה זו בנוטיבות אותו עניין; ראו גיא דוידוב, יונתן יובל, אילן סבן ואמנון רייכמן "מדינה או משפחה? חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003" משפט וממשל ח 643 (2005).

האם אותו היגיון חל גם בהקשר של התערבות בענייני תקציב? במילים אחרות, האם יש מקום להפחית באופן דומה את רמת הביקורת החוקתית גם בעניינים שמביאים להתערבות משמעותית באופן חלוקת העוגה התקציבית? לגישתי, התשובה שלילית. לא הרי החלטה המורה על הקצאת משאבים למטרה כזו או אחרת, כהרי החלטה שיפוטית שעשויה להביא לסיכון מידי לחיי אדם. במקרה הראשון, ככל שמדובר בטעות שיפוטית ניתן יהיה לתקנה גם בדיעבד. פסיקה בענייני תקציב המבוססת על הערכה מוטעית תביא אמנם לתקצוב חסר במקום אחר, אולם יש להניח כי החסר ינותב על ידי הרשויות האחרות למקום שבו הפגיעה היא מזערית. הקושי של התערבות בקביעת סדרי עדיפויות אינו ממשי פחות, אבל מחיר הטעות מבחינת החברה בכללותה אינו כה גבוה. אכן, בניגוד לתפיסה המקובלת בכמה מדינות, שלפיה בית המשפט מפחית (לפחות לכאורה) את רמת הביקורת החוקתית בעניינים חברתיים וכלכליים, או בהקשר של זכויות חברתיות – ובאופן כללי יותר, בענייני תקציב – דומה כי דווקא בעניינים אלה ניתן "לסבול" טעויות שיפוטיות מבלי לשלם מחיר כבד מדי. אם כך, קשה לחשוב על הצדקה אחרת להפחתת רמת הביקורת בענייני תקציב.¹⁰² וכי מדוע יועדפו זכויותיו של עותר נגד פגיעה בחופש העיסוק באמצעות יצירת הסדר רישוי על פני זכויותיו של עותר נגד פגיעה בזכות הקניין באמצעות קיצוץ בזכויות פנסיוניות? מדוע שלא תוקנה הגנה חוקתית מלאה (להבריל מביקורת מופחתת) על הזכות לבחור ולהיבחר, על הזכות לחינוך יסודי או על הזכות לטיפול רפואי בסיסי? משום שמימוש זכויות אלו כרוך בעלויות רבות? הרי המשמעות היא שבית המשפט יתיר פגיעות שאינן מידתיות רק משום שמדובר בענייני תקציב. אולם לכל הפחות יש להביא בחשבון את חשיבות הזכות שבה מדובר. כריכת כל הנושאים התקציביים כגוף אחד והפחתת הביקורת החוקתית בנוגע אליהם תתעלם ממורכבות זו. משמע שגם הפתרון של שימוש ב"מתחם תמרון" אינו פתרון ראוי לדילמה.

4. פתרון ד': מיקוד הביקורת בהליך (process) בלבד

פתרון אפשרי נוסף לדילמת הביקורת החוקתית בענייני תקציב הוא להגביל את הביקורת לענייני הליך בלבד (להבריל ממהות). רעיון זה פותח באופן המקיף והמשפיע ביותר על ידי החוקר האמריקני John Hart Ely.¹⁰³ לא הגביל את התאוריה שלו לענייני תקציב דווקא; הוא הציע אותה כבסיס לביקורת חוקתית בכללותה. אולם ברקע הצעתו עמדה, למעשה, אותה דילמה בסיסית אשר

102 וראו: Eyal Benvenisti, *Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards*, 31 N.Y.U.J. INT'L L. & POL. 843 (1999) (אין הצדקה לשימוש ב"מתחם התחשבות" כאשר מדובר בצורך להגן על מיעוט, לרבות בהקשר של חלוקת משאבים).

103 ראו בעיקר: JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* (1980) מקובל לראות את הבסיס לגישה זו בפסק הדין בעניין *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152–153 n. 4 (1938).

מאפיינת את המשפט החוקתי, ואשר כאמור מחריפה במיוחד כאשר מדובר בענייני תקציב. על כן מתבקשת בחינת התאמתה של אותה תאוריה כפתרון אפשרי לביקורת החוקתית בענייני תקציב. התאוריה של Ely מבוססת על ניסיון להבחין באופן חד בין הליך לבין מהות; בין עניינים שניתן לראותם כפרוצדורליים לבין ההכרעה הערכית הכרוכה בקביעת סדרי העדיפויות של החברה. לגישתו, קביעת סדרי העדיפויות היא עניין לנבחר הציבור בלבד; אין זה סביר כי נאפשר לקבוצה קטנה של שופטים להטיל וטו על ההכרעות הערכיות שלנו, כחברה, הכרעות שמתקבלות באמצעות נבחרינו. לדעתו של Ely, הביקורת השיפוטית צריכה להיות מוגבלת להליך בלבד, אולם הוא פירש את המונח "הליך" באופן רחב. לגישתו, תפקיד בית המשפט הוא להבטיח הליך דמוקרטי בשני מובנים: ראשית, לוודא שכולם מיוצגים ולכולם יש אפשרות להביע את עמדתם, או במילים אחרות – שדרכו של אף אחד לא נחסמת. שנית, על בית המשפט לוודא כי הרוב אינו מתעמר במיעוט או מתעלם מצרכיו. את ההגנה על המיעוט ראה Ely כחלק מההליך, מהטעם שההליך הדמוקרטי אמור להבטיח כי המחזיקים בשלטון ישתמשו בכוח שהופקד בידיהם לטובת כלל האוכלוסייה, ולא רק לטובת הרוב. מצב שבו כוח השלטון מנוצל לרעה, נגד המיעוט, מהווה כשל בהליך הדמוקרטי. לגישתו של Ely, להשתתפות (או לייצוג) בהליך יש מרכיב מרכזי בדמוקרטיה, ותפקיד הביקורת החוקתית לקדם השתתפות כזו, הן במובן הצר של אפשרות לקחת חלק בהליך הדמוקרטי, והן במובן רחב יותר, של קבלת חלק ממה שהשלטון מחלק.¹⁰⁴ באמצעות הבחנה זו סבר Ely כי הוא מתגבר על שני הקשיים העומדים בבסיס הדילמה. בעיית הלגיטימציה הדמוקרטית תיפתר, כי השופטים יימנעו מלהתערב בעניינים של קביעת סדרי העדיפויות בחברה. גם בעיית היכולת המוסרית תיפתר, כי בתי המשפט יתמקדו בביקורת על ענייני פרוצדורה, המצויים ללא ספק בתחום מומחיתם. יתרה מכך, הניתוק היחסי של השופטים מהזירה הפוליטית, אשר מהווה לכאורה חיסרון מבחינת יכולתם לקבל את כל המידע הדרוש להכרעה ברבר חוקתיות חוקים, הופך ליתרון כאשר הביקורת מוגבלת לענייני הליך בלבד. בעניינים כאלו, המיקום החיצוני והמנותק יחסית הופך את בתי המשפט לגוף המתאים ביותר לשמירה על כללי המשחק הדמוקרטיים.

104 לווריאציה ערכנית על גישתו של Ely ראו: William N. Eskridge, Jr., *Pluralism and Distrust: How Courts Can Support Democracy by Lowering the Stakes* of Politics, 114 YALE L.J. 1279 (2005); לגישה דומה, שלפיה תפקיד הביקורת החוקתית לקדם "deliberative democracy", ראו: CASS R. SUNSTEIN, DESIGNING DEMOCRACY: WHAT CONSTITUTIONS DO (2001); וליישום בהקשר של זכויות חברתיות ראו גם Sunstein & Holmes, לעיל ה"ש 27, בפרק 12. לתמיכה במידה כזו או אחרת בביקורת הליכית (או וריאציה שלה) ראו גם יואב דותן "המעמד החוקתי של זכות הקניין" משפטים כח 535 (1997); דותן, לעיל ה"ש 23; מדינה, לעיל ה"ש 18; אמנון רייכמן "הגירעון הדמוקרטי וחוקתיות התוכנית הכלכלית" עבודה, חברה ומשפט י 307 (2004); משה כהן-אליה "הפרדת רשויות ומידתיות" משפט וממשל ט 297 (2005); Guy Mundlak, *Beyond Equality: Forcing Substantive Employment Standards by Means of a 'Procedural' Right to Work*, (Unpublished manuscript, on file with .author)

הרעיון, ללא ספק, קוסם. ואכן, אין זה מפתיע כי בתי המשפט מעדיפים להתערב בהחלטות הרשויות האחרות על בסיס נימוקים פרוצדורליים ולא מהותיים במידת האפשר. כך בדרך כלל, ובענייני תקציב על אחת כמה וכמה. לדוגמה, בעתירה נגד סירוב שר הבריאות לעדכן את עלות "סל הבריאות" לקופות החולים, סירב בית המשפט להתערב לגוף העניין, אולם הורה לשר הבריאות ולשר האוצר לשקול מחדש את המלצת מועצת הבריאות ולנמק החלטתם.¹⁰⁵ בעתירה שהתקבלה בעניין חלוקת תקציבי הספורט ברמת השרון באופן שהפלה נשים, הדגישה השופט ריבלין את הצורך לנקוט ערנות מיוחדת בעת ביצוע הביקורת השיפוטית, כאשר ישנו חוסר איוון בייצוג של סקטורים בעלי אינטרסים נוגדים.¹⁰⁶ במקרים רבים סירב בית המשפט לחלוטין להתערב כאשר סבר כי מדובר בעניין של קביעת סדרי עדיפויות תקציביים, אולם אותו בית משפט לא היסס להתערב בהחלטה בנוגע להכרה בתוארי אוניברסיטת לטביה – התערבות בעלת השלכות תקציביות ניכרות – מקום שסבר כי הופרה זכות פרוצדורלית (זכות הטיעון).¹⁰⁷ נראה שישנם גם מקרים רבים שלא הגיעו לכדי פסק דין, אשר בהם התערבות פרוצדורלית – כגון דרישה מהמדינה לקבוע תכנית ולוח זמנים ולדווח על הביצוע – היוותה סעד מועדף על בית המשפט (ולעתים יעיל בנסיבות העניין).¹⁰⁸

על רקע זה ניתן גם להבין את החלטת הביניים שניתנה במסגרת העתירות נגד הקיצוץ בקצבאות הבטחת הכנסה, החלטה שזכתה לתהודה רבה. בצו על תנאי שנתן הרכב בראשות השופטת דורנר, הורה בית המשפט לרשויות המדינה "ליתן טעם מדוע לא יקבעו סטנדרט לקיום אנושי בכבוד כמתחייב מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו".¹⁰⁹ בכך אותת בית המשפט על נכונות להתערב בעניין פרוצדורלי –

105 בג"ץ 2344/98 מבכי שירותי בריאות נ' שר האוצר, פ"ד נד(5) 729 (2000). מעניין לציין שגם התערבות זו הייתה מופרות לרירו של השופט אנגלרד, אשר בדעת מיעוט ציין כי "בית-משפט זה אינו יכול ואינו צריך, ככלל, לעסוק ולהכריע בשאלות של הקצאת משאבים במדינה לפי סדר עדיפות כלשהו. החוק השאיר כאן במודע שיקול-דעת לשרים [...] הקביעות לגבי סדר העדיפויות אינן נמנות עם תפקידי הרשות השופטת" (שם, בעמ' 779). דוגמה זו, והדוגמאות האחרות בפסקה זו, מובאות מהמשפט המנהלי, אך הדברים יחולו מקל וחומר גם בהקשר של ביקורת חוקתית.

106 בג"ץ 5325/01 עמותת ל.ב.ן. לקידום כדורסל נשים נ' המועצה מקומית רמת השרון, תק-על (2)04 2647, פס' 3 לפסק דינו של השופט ריבלין (2004); וראו יואב דותן, לעיל ה"ש 17, בעמ' 466 (אשר צוטט בהסכמה על ידי השופט ריבלין, שם).

107 בג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865 (2004). בעתירה לדיון נוסף, שנדחתה, ציין השופט חשין: "אני מודע, כמובן, להשלכותיו הכלכליות והאופרטיביות של פסק הדין – ואלו אינן קלות – ואולם בית-המשפט הכריע בשלושה כפי שהכריע ולא נמצא לי טעם טוב כי נוסף ונדרון בעניין בהרכב מורחב" (דנג"צ 3353/04 הממונה על השכר והסכמי עבודה במשרד האוצר נ' הארגון הארצי לקידום מעמד השומר והסוהר, תקי-על (3)04 315 (2004)). והשוו: Singh v. Minister of Employment and Immigration, [1985] 1 S.C.R. 177 (פסיקה של בית המשפט העליון בקנדה אשר חייבה את המדינה, לאור הוראות החוקה, לנקוט בהליך של שימוע קודם להכרעה בעניין בקשה למעמד של "פליט", אף שהדבר היה כרוך בעלויות ניכרות).

108 ראו מיכאל אטלן "מודל לדוגמה של הזכות לתנאי קיום נאותים" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 395, 428 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

109 החלטת ביניים בעניין עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי, לעיל ה"ש 14.

הימנעותה של המדינה מעריכת הבדיקות הנדרשות ומקביעת סטנדרט בלשהו לסכום המינימלי הנדרש לשם קיום בכבוד בישראל. בסופו של דבר בוטל אותו צו בעקבות החלפת ההרכב,¹¹⁰ ובפסק הדין הסופי נדחתה העתירה מהטעם שלא הונחה תשתית עובדתית מספקת להוכחת הפגיעה בכבוד.¹¹¹

ביטוי לפער בין הנכונות הגבוהה של בית המשפט להתערב בענייני הליך לבין רתיעתו מהתערבות בענייני מהות ניתן למצוא גם בפסק הדין בעניין ארגון מגדלי העופות, שעסק באחד מחוקי ההסדרים. אף שהעתירות נגד הליך החקיקה נדחו, בית המשפט קבע שורה של כללים שהליכי החקיקה חייבים לעמוד בהם – עקרון הכרעת הרוב, עקרון השוויון בהליך החקיקה, עקרון הפומביות ועקרון ההשתתפות – ובכך גילה נכונות עקרונית, ואף מרחיקת לכת, להתערב בהליכי החקיקה כאשר נופל "פגם היורד לשורש ההליך".¹¹² לעומת זאת, הטענות הנוספות של העותרים בדבר פגיעה בחופש העיסוק שלהם נדחו בקלות ובמהירות יחסית, תוך שבית המשפט מדגיש בעיקר כי "בתחומי משק וכלכלה, שכרוכים בהם היבטים חברתיים וכלכליים רחבי היקף, ייתכן לעתים קרובות מגוון מטרות ודרכי פעולה אפשריות".¹¹³ בדומה לכך, בעניין גנים גילו שלושה מתוך שבעת השופטים נכונות לפסול סעיף מחוק ההסדרים לשנת 2001, מהטעם (הפרוצדורלי) שהסעיף מבטל זכויות קניין באופן רטרואקטיבי, מבלי שמשקל כלל אינטרס ההסתמכות של בעלי הזכויות.¹¹⁴ לעומת זאת, עתירות נגד התכניות הכלכליות לגופן (שמצאו ביטוי באותם חוקי הסדרים) נדחו באופן שמלמד על חוסר נכונות בולט להתערב, לא רק נוכח התוצאה אלא גם נוכח היקף הדיון בטענות העותרים.¹¹⁵

- 110 בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, תקע"ל (1)04 3079 (2004) (החלטה).
- 111 עניין עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי, לעיל ה"ש 3.
- 112 עניין ארגון מגדלי העופות בישראל, לעיל ה"ש 2. עם זאת נדחה סטנדרט מחמיר יותר ל"הליך חקיקה נאות" (legislative due process) שהוצע על ידי העותרים. ראו גם בג"ץ 3106/04 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת, פ"ד נט(5) 567 (2005).
- 113 עניין ארגון מגדלי העופות בישראל, לעיל ה"ש 2, פס' 35 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש.
- 114 בג"ץ 9098/01 גנים נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241 (2004) (השופטים מצא, טירקל וריבלין). הסעיף שעמד לביקורת ביטל באופן רטרואקטיבי חקיקה קודמת שהעניקה הטבות לרוכשי דירות בירושלים. שופטי הרוב העדיפו להגיע לאותה תוצאה מעשית תוך שהם נמנעים מהכרזה על בטלות הסעיף. לנוכח זאת, הם פירשו את הסעיף הרלוונטי באופן שהוא אינו הל רטרואקטיבי.
- 115 ראו, למשל, בג"ץ 494/03 עמותת הרופאים למען זכויות אדם נ' שר האוצר, תקע"ל (4)04 2236 (2004) (דחיית עתירה נגד הוספת הגדרת "תושבות" מצמצמת לחוק הביטוח הלאומי); בג"ץ 5304/02 ארגון נפגעי תאונות עבודה ואלמנות נפגעי עבודה בישראל נ' מדינת ישראל, כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 135 (2004) (דחיית עתירה נגד קיצוץ בקצבאות נכי עבודה); עניין מנור, לעיל ה"ש 2 (דחיית עתירה נגד קיצוץ בקצבאות זקנה). מעניין לציון שבכמה מדינות אחרות לא היססו בתי משפט להתערב בתכניות ביטחון סוציאלי: ראו למשל עניין *Khosa*, לעיל ה"ש 33; וראו גם: *Aliessa v. Novello*, 754 N.E.2d 1085 (N.Y. Ct. App. 2001) (בית המשפט לערעורים של מדינת ניו יורק ביטל חקיקה ששללה זכויות לטיפול רפואי חינם ממגורים, על בסיס סעיף בחוקת המדינה אשר מטיל עליה חובה לדאוג

אם כן, בדין המצוי ניתן לזהות העדפה לביקורת בענייני הליכים, ברוח תורתו של Ely. כך בישראל, וכך גם במדינות אחרות.¹¹⁶ גם כעניין נורמטיבי, אפשר בהחלט להבין, ולהצדיק, את העדפת השופטים לביצוע הביקורת השיפוטית על בסיס פרוצדורלי ולא מהותי, היכן שהדבר מתאפשר. אולם לענייננו נשאלת השאלה אם ניתן להסתפק בכך בלבד. האם ניתן להצדיק כלל שלפיו יימנע בית המשפט לחלוטין מביקורת חוקתית בעניינים מהותיים או יפעיל סטנדרט ביקורת מופחת בעניינים כאלו? תמיכה בגישה מעין זו או לפחות בחלקים ממנה הובעה לאחרונה במפורש על ידי השופט גרוניס בפרשת התנועה לאיכות השלטון בישראל,¹¹⁷ אשר עסקה בשאלת גיוס תלמידי הישיבות לצה"ל. באותו עניין סברו שמונה מבין תשעת שופטי ההרכב כי ההסדר הקיים פגום, אך עם זאת אין מקום להתערב בו בשלב זה. מחלוקת "צדדית" התגלעה בין שופטי הרוב במסגרת הנימוקים לדחיית העתירה. השופט גרוניס הביע – בעקבות Ely – את העמדה כי אין מקום להפעיל ביקורת חוקתית בנסיבות העניין, שכן הסעד מבוקש על ידי חברי קבוצת הרוב (החייבים בשירות) אשר ההליכים הדמוקרטיים פתוחים בפניהם לשינוי המצב. עמדה זו נדחתה בהריפות על ידי הנשיא ברק, אשר אליו הצטרפו שאר שופטי הרוב (אם כי מבלי להתייחס לסוגיה "צדדית" זו). הטעם המרכזי לגישתו של הנשיא ברק היה, כי לא ניתן להבחין הבחנה חדה בין הליך למהות או בין רוב למיעוט.¹¹⁸ אכן, ביקורת זו ליוותה את תורתו של Ely מלכתחילה. מאחורי כל הליך יש רציונל מהותי, ובררך כלל ההליך אינו אלא אמצעי בלבד, לקידום ערכים. אם נאמר כי ההליך, בנסיבות מסוימות, אינו אמצעי אלא מטרה בפני עצמה, הרי ממילא נופלת ההבחנה, שכן אז הופך ההליך למהות.¹¹⁹ התאוריה של Ely מבקשת לקדם דמוקרטיה ושוויון – אולם לאף אחד

Decision no. 43/1995, on *Social Security Benefits*, judgment of June 30, 1995, in LÁSZLÓ SÓLYOM & GEORG BRUNNER, CONSTITUTIONAL JUDICIARY IN A NEW DEMOCRACY: THE HUNGARIAN CONSTITUTIONAL COURT (2000) 322 (בית המשפט החוקתי של הונגריה ביטל שינוי מסיבי במערך הקצבאות מהטעם שמדובר בשינוי מהיר מדי, שאינו מתחשב בהסתמכות של מקבלי הקצבאות); Case no. 2000-08-0109, on *Social Insurance*, Judgment of Mar. 13, 2001, available at www.satv.tiesa.gov.lv/upload/2000-08-0109E.rtf (בית המשפט החוקתי של לטביה פסל חלק מחוק הביטוח הלאומי); Case no. 3-4-1-7-03, on the constitutionality of Social Welfare Act, judgment of Jan. 21, 2004, available at www.nc.ee/ Decision no. ?id=41281, Concerning the Social Assistance of the Unemployed, May 19, 1998, available at www.ccr.ro/default.aspx?page=decisions/1998/ של רומניה פסל חלק מהסדר ביטוח האבטלה). עם זאת, יש לקחת את ההשוואה למדינות מזרח אירופה בעירבון מוגבל; ראו לעיל ה"ש 50.

116 ראו למשל עניין *Jaftha*, לעיל ה"ש 41 (בית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה פסל, על בסיס הזכות לדיון, סעיף בחוק אשר אפשר פינוי אנשים מבייתם בשל חוב ללא הליך שיפוטי נפרד).

117 עניין התנועה לאיכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 74.

118 שם, פס' 76 לפסק דינו של הנשיא ברק.

119 Laurence H. Tribe, *The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories*, 89 YALE L.J. 1063, 1065–1067 (1980).

מהמונחים האלה אין משמעות ברורה מאליה. ישנן תפיסות שונות של דמוקרטיה ושל שוויון. השאלה איזו תפיסה אנו רוצים לקדם, היא שאלה ערכית, שלא ניתן להתחמק ממנה.¹²⁰ לדידו של הנשיא ברק, למשל, גישתו של Ely (ושל גרוניס בעקבותיו) מבוססת על תפיסה צרה מדי של דמוקרטיה.¹²¹ אם נקבל את גישתו ואם לאו, הרי ברור שמדובר בהכרעה ערכית אשר תעמוד בהכרח בבסיס התעקשותנו על הליכים כאלה או אחרים.

במיוחד קשה ההבחנה בין הליך למהות כאשר מדובר בהגנה על המיעוט, אותו חלק מרכזי במשפט החוקתי ש-Ely מבקש לראות כעניין פרוצדורלי. למעשה ניתן לראות כמעט כל התערבות שיפוטית בחקיקה כהתערבות שבאה להבטיח את זכויותיו של מיעוט כלשהו. כוונתו של Ely הייתה אמנם צרה יותר. הוא התייחס בעיקר לצורך בהגנה על קבוצות מיעוט "מוכרות ומבודדות" (discrete and insular minorities, בלשון ההערה המפורסמת בעניין *Carolene Products*,¹²² שאומצה על ידו). אולם האם באמת ניתן לומר כי כל פסיקה שתגן על בני המיעוט הערבי, למשל, לא תהיה אלא עניין "פרוצדורלי" בלבד? האם פסיקה שבאה באופן מפורש להבטיח שוויון בתוצאות, להבדיל מהבטחת ייצוג בלבד,¹²³ יכולה להיחשב "פרוצדורלית"?

טעם נוסף שנותן הנשיא ברק לרדיחית גישתו של Ely הנו כי "לא ניתן לעגנה במבנה החוקתי של ישראל".¹²⁴ לטענתו, גישה זו אינה תואמת את פסיקת בית המשפט העליון באותם מקרים שבהם בוצעה ביקורת חוקתית הלכה למעשה עד כה. נימוק חזק יותר, בעיניי, שאינו מוזכר על ידי הנשיא, מצוי בכך שפסקת ההגבלה בחוקי-היסוד מסמיכה את בית המשפט במפורש לבחון ערכים. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק מורים לבית המשפט במפורש לבחון אם החוק הנתקף "הולם את ערכיה של מדינת ישראל", ואם הוא נועד "לתכלית ראויה".¹²⁵ שאלות אלו מחייבות דיון ערכי – למעשה, הן מחייבות כניסה, במידה כזו או אחרת, לדיון בסדרי העדיפויות החברתיים. הגישה שלפיה בית המשפט צריך להימנע מהתערבות בסוגיות אלו אינה יכולה אפוא להתאים למשפט החוקתי הישראלי.

אולם חשוב מכל אלה, חוקה שתגביל עצמה לביקורת בענייני הליך בלבד לא תוכל להבטיח הגנה מספקת לזכויות חוקתיות.¹²⁶ קושי זה, אף שאינו מובא (לפחות לא במפורש) על ידי הנשיא ברק, הוא בעיניי הטעם המרכזי שבגיניו יש לדחות את ההסתפקות בביקורת בענייני הליך. רוב נחרץ, הפועל כהלכה בהתאם

RONALD DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE 57–71 (1985); Paul Brest, 120 *The Substance of Process*, 42 OHIO ST. L.J. 131 (1981)

121 עניין התנועה לאיכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 74, פס' 77 לפסק דינו של הנשיא ברק. לעיל ה"ש 103.

123 ראו למשל בג"צ 1113/99 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164, פס' 9 לפסק דינו של השופט זמיר (2000) (להלן: עניין עדאלה 2).

124 עניין התנועה לאיכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 74, פס' 79 לפסק דינו של השופט ברק. ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

126 השוו: Guy Davidov, *Separating Minimal Impairment from Balancing: A Comment on R. v. Sharpe (B.C.C.A.)*, 5 REVIEW OF CONSTITUTIONAL STUDIES

לייעוץ משפטי צמוד, יוכל לפגוע פגיעות קשות בזכויות חוקתיות גם בהליך תקין לחלוטין. Ely עצמו הבין זאת, ועל כן הוסיף את מרכיב ההגנה על מיעוטים, אשר כאמור מתקשה להתיישב עם ההבחנה בין הליך למהות. אולם אפילו אם נקבל את הטענה כי ההגנה על קבוצות מיעוט "מוכרות ומבודדות" אינה אלא עניין של הליך, גם אז לא ניתן להסתפק בכך. הגנה חוקתית מהותית נדרשת, לעתים קרובות, גם להגנתו של פרט שאינו משתייך לקבוצת מיעוט כזו. הפגיעה בחופש הביטוי, למשל, עשויה להיות מכוונת נגד בעלי דעות לא פופולריות, ללא קשר לשאלת הזהות האישית שלהם.¹²⁷ הפגיעה בזכות לבריאות עשויה להיות מכוונת נגד קבוצת החולים במחלה מסוימת, שמהווה בהקשר הנתון, מיעוט שהרוב אינו מעוניין "לכבוז" עליו משאבים, אך אינה מהווה מיעוט "מוכר ומבודד".¹²⁸ וכיוצא בזה. חוקה שתגביל עצמה להגנה על קבוצות מיעוט "מוכרות ומבודדות" תהיה חוקה מוגבלת ביותר.

5. פתרון ה': התערבות לטובת "גרעין" הזכות בלבד

ראינו אפוא שאף אחד מהפתרונות שהועלו אינו מספק. אף לא אחד מהם מביא בחשבון במידה מספקת את שני צדי הדילמה. על רקע זה אבקש להציע פתרון חלופי, אשר אינו מתיימר להיות מושלם, אך דומני כי הוא טוב מהאחרים. הוא אינו "פותר" את הדילמה לגמרי – דבר בלתי אפשרי בעליל – אך הוא בהחלט מצמצם את הבעייתיות למינימום האפשרי. כוונתי להבחנה בין "גרעין" (או "ליבה") של כל זכות חוקתית אשר יזכה להגנה מלאה, כלומר לפי פסקת ההגבלה הרגילה, לבין מעטפת אשר בית המשפט יימנע מלהגן עליה (וברדרך כלל להגשים אותה) מקום שהדבר כרוך בעלויות ניכרות. פתרון זה יחול בהקשר של זכויות אזרחיות וחברתיות כאחד.¹²⁹

פתרון זה מצמצם את הקושי המגולם בדילמה החוקתית למינימום. מחד גיסא, הוא מכיר בחשיבות ההגנה על זכויות חברתיות, שתזכינה להגנה זהה לזו של הזכויות האזרחיות. הוא מכיר גם בעובדה שההגנה על זכויות מחייבת הקצאת

(2000) 195 (מבחן האמצעי המינימלי, הנחשב "אובייקטיבי" יותר ממבחן המידתיות במובן הצר, ולכן בתי משפט מעדיפים אותו, לא יכול להבטיח לבדו הגנה חוקתית מספקת). השוו גם אורן פרו "זכויות חברתיות-כלכליות ואיכות הסביבה זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 725, 734 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

127 ELY, לעיל ה"ש 103, פרק 5, ראה בחופש הביטוי מרכיב מרכזי בהליך הדמוקרטי. אולם לא כל ביטוי שנרצה להגן עליו – ושהפסיקה כיום מגנה עליו – ניתן לראות כחלק מ"הליך דמוקרטי" כלשהו.

128 לביקורת דומה ראו: Bruce A. Ackerman, Beyond Carolene Products, 98 HARV. L. REV. 713 (1985).

129 גרסה ראשונית של הרעיון ראו דוידוב, לעיל ה"ש 37. לתמיכה – גם אם בחלק מהמקרים עקיפה וצדדית – בהבחנה בין גרעין למעטפת, בהקשרים דומים, ראו אטלן, לעיל ה"ש 108; אייל גרוס "בריאות בישראל: בין זכות למצרך" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 437, 451 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004). Mundlak, לעיל ה"ש 104, מציע ביקורת חוקתית הליכית אך מכיר בצורך בביקורת חוקתית "רגילה" במקרים של core violations. לשימוש אחר במטפורה של "גרעין" הזכות ראו יהודית קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" משפטים כה 129, 136–142 (1995).

משאבים, ולבית המשפט חייבת להיות סמכות מלאה לתת גם סעדים "חיוביים", כאלה שיורו למדינה להגשים זכויות ולא רק להימנע מפגיעה ישירה בהן. מאידך גיסא, פתרון זה מכיר בקושי הכרוך בהתערבות שיפוטית בעניינים בעלי השלכות תקציביות ניכרות, הן מבחינת היעדר הלגיטימציה הדמוקרטית והן מבחינת היעדר היכולת המוסרית. על פי האיזון המוצע, תוקנה הגנה חזקה ל"גרעין" של הזכות. על הגרעין יגן בית המשפט בכל מקרה, גם אם הדבר כרוך בפסיקה בעלת השלכות תקציביות ניכרות. על הגרעין של חופש הביטוי, זכות הקניין או הזכות לבריאות, איננו רוצים או צריכים לוותר בשום מקרה. אין כוונתי ליצירת זכות מוחלטת; גם את הגרעין ניתן להגביל, אם ההגבלה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה הרגילה, ובלבד ששיקולי תקציב לא יהיו נימוק מספיק להגבלה זו. לעומת זאת, כאשר מדובר במעטפת של הזכות, וההגנה מחייבת הקצאת משאבים ניכרים, הרגש הופך לשאלות של קביעת סדרי העדיפויות בחברה. שאלות כאלו יש להשאיר לגופים הפוליטיים. כך, למשל, על הזכות לחינוך יסודי ותיכוני – המצוי בגרעין הזכות לחינוך – על בית המשפט להגן בכל מחיר, ואילו בהקשר של הזכות לחינוך אוניברסיטאי – המצוי במעטפת בלבד – בית המשפט יימנע מהתערבות שצפויות להיות לה השלכות תקציביות ניכרות.¹³⁰

בהקשר של זכויות חברתיות ניתן לטעון, כי הגרעין של כל אותן זכויות יחד מהווה את "הזכות לתנאי מחיה מינימליים" אשר כבר הוכרה בפסיקה כחלק מכבוד האדם, וזוכה על כן – גם בדין המצוי – להגנה חוקתית.¹³¹ אכן מבחינה מושגית יש דמיון בין שני רעיונות אלה. עם זאת, קיימים כמה הבדלים מהותיים. ראשית, ישנן זכויות חברתיות – כמו הזכות לחינוך, למשל – שספק רב אם תיכנסנה לגדר תנאי "מחיה" מינימליים. שנית, כמוסבר לעיל, הצעתי נוגעת לכל הזכויות, לא רק לאלה החברתיות. שלישית, התפיסה שלפיה יש לבחון את הפרת הזכות הקונקרטית עצמה, תוך הבחנה בין פגיעה בגרעין לפגיעה במעטפת, משמעה הגנה עמוקה יותר מזו שמשמעת מהתמקדות ב"תנאי מחיה מינימליים". בעת בחינת פגיעה בזכות לבריאות, למשל, ההתמקדות לא תהיה במינימום ההכרחי למחיה, אלא ייעשה ניסיון להבחין בין גרעין, שההגנה עליו צריכה להיות מחוץ למחלוקות הפוליטיות, לבין מעטפת, שמירת ההגנה עליה תלויה בסדרי העדיפויות החברתיים.

השראה להבחנה בין גרעין בר־אכיפה למעטפת הזכות שאינה בת־אכיפה או לפחות נהנית מהגנה פחותה, ניתן למצוא בכמה מקורות השוואתיים. בחוקתיהן של מספר ניכר של מדינות מוזכרת ה"תמצית" של הזכות (essence או essential content), אשר זוכה להגנה מוגברת. פסקת ההגבלה בחוקה הגרמנית קובעת: "In no case may the essence of a basic right be affected."¹³² נוסחים דומים

130 השוו גם דותן, לעיל ה"ש 23, בעמ' 86–87.

131 ראו רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360 (2001); עניין מנור, לעיל ה"ש 2; בג"ץ 3512/04 שזיפי נ' בית הדין הארצי לעבודה, תקעל 04(4) 3353 (2004); בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש־ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503, 518 (2004); עניין עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי, לעיל ה"ש 3. וראו גם אטלן, לעיל ה"ש 108.

132 Basic Law for the Federal Republic of Germany (1949), art. 19(2).

אומצו בחוקות של ספרד,¹³³ פורטוגל,¹³⁴ שוויצריה,¹³⁵ הונגריה,¹³⁶ פולין,¹³⁷ נמיביה,¹³⁸ אריתראה,¹³⁹ וכן בחוקה הזמנית של דרום-אפריקה.¹⁴⁰ בדומה לכך, האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות מ-1966 קובעת כי הגבלת הזכויות תיעשה רק אם המגבלה תואמת את "מהות" אותן זכויות (the "nature of these rights"),¹⁴¹ מונח אשר פורש כנוגע לתמצית (essence) של הזכות.¹⁴² גם בצ'רטר הזכויות החדש של האיחוד האירופי נבחר נוסח של פסקת הגבלה שלפיו מגבלה על הזכויות אפשרית רק במידה שהיא מכבדת את התמצית שלהן.¹⁴³ אמנם באופן ובהקשר שבו מופיעה ההבחנה בגרמניה, ואולי בחוקות נוספות שהוזכרו, ספק אם יש בה תועלת רבה.¹⁴⁴ אולם בניגוד לחוקות אלה, כוונתי אינה ליצירת גרעין שלא ניתן לפגוע בו בשום מקרה, אלא גרעין (מן

133 Constitution of Spain (1978), art. 53.

134 Constitution of the Portuguese Republic (1976), art. (18)3.

135 Federal Constitution of the Swiss Confederation (1999), art. 36.

136 Constitution of the Republic of Hungary (1949), art. 8.

137 ס' 31 לחוקת פולין, לעיל ה"ש 48.

138 Constitution of Namibia (1990), art. 22.

139 Constitution of Eritrea (1996), art. 26.

140 S. Afr. (Interim Constitution) (1994), art. 33.

141 ס' 4 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205 (נפתחה לחתימה ב-1966) (אושרה ב-1991).

142 *The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 9 HUMAN RIGHTS Q. 122, § 56 (1987). ועדת האו"ם לעניין זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, במסגרת מסמך המבקש לבאר את מהות החובות המוטלות על המדינות מכוח האמנה בנושא זה, מצאה לנכון להבחין בין גרעין (בלשונם: minimum core), שלגביו קמה מחויבות של המדינה להגשמת הזכות, לבין מה שחורג מגרעין זה; Office of the High Commissioner for Human Rights; [CESCR], *The Nature of States Parties Obligations (Art. 2, para.1): 14/12/99: cescr general comment 3. (general comments) (fifth session, 1990)*, § 10, U.N. doc. E/1991/23. www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/099b725fe87555ec8025670c004fc803/94bdbaf59b43a424c12563ed0052b664?OpenDocument#%20Contained%20i. בהמשך אף הודגש, כי ההגנה על הגרעין מתחייבת ללא תלות בשאלת המשאבים הקיימים (Maastricht Guidelines), לעיל ה"ש 30, פס' 9-10).

143 The Charter of Fundamental Rights of the European Union (2000), Art. 52(1) www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf. כפי שעולה מדברי ההסבר הצמודים לצ'רטר (שם), נוסח זה נשאב, בתורו, מפסיקת בית המשפט האירופי לצדק. ראו למשל: Case 5/88 *Wachauf* [1989] ECR 2609, par. 18 (מגבלה על זכויות אפשרית בתנאי שהיא – בין השאר – לא "impairing the very substance of those rights").

144 ראו: DAVID P. CURRIE, THE CONSTITUTION OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 306–307 (1994); Dieter Grimm, *Human Rights and Judicial Review in Germany*, in HUMAN RIGHTS AND JUDICIAL REVIEW: A COMPARATIVE PERSPECTIVE 267, 276 (David Beatty ed., 1994). דומה שהקשיים במציאת משמעות מוסכמת ומועילה למונח בגרמניה הם שהביאו גם לנטישתו בנוסח הסופי של החוקה בדרום-אפריקה. לקשיי השופטים בדרום-אפריקה בפרשנות המונח, בתקופה הקצרה בה היווה חלק מהחוקה שם, ראו: *S v Makwanyane* 1995 (6) BCLR 665 (S. Afr.). (CC).

הסתם רחב יותר) אשר יהיה כפוף לפסקת ההגבלה הרגילה. המטרה אינה להגדיר גרעין שאינו ניתן לפגיעה, אלא לברר את המעטפת כאזור שאינו מצדיק התערבות בענייני תקציב. הברר מהותי זה יפתור, לדעתי, את הקשיים שבהם נתקלו שיטות משפט אחרות.¹⁴⁵

ההבחנה הנעשית במסמכים שפורטו לעיל, בין פגיעה ב"תמצית" הזכות לבין פגיעות אחרות, מעידה על תפיסה רחבה למדי שלפיה יש מקום להבחנה בין ההגנה המתאימה למעטפת של הזכות לבין זו הראויה לגרעין בלבד.¹⁴⁶ בהקשרים קונקרטיים, הלכה למעשה, ניתן למצוא הבחנה דומה, שוב בהקשר של זכויות חברתיות, בחוקת דרום-אפריקה: ההגנה על הזכות לבריאות, למשל, מפרידה בין הזכות של כל אדם לטיפול רפואי דחוף, זכות שניתן לראותה כגרעין (וזוכה להגנה מלאה), לבין הזכות הכללית יותר לגישה לשירותי בריאות – אשר ניתן לראותה, לפחות בהקשר הדרום-אפריקאי, כחלק מהמעטפת בלבד – ואשר הוכפפה באותה חוקה למגבלות תקציביות.¹⁴⁷ הבחנה דומה מצויה בחוקת דרום-אפריקה בין חינוך בסיסי ("לכל אחד זכות לחינוך בסיסי") לבין חינוך גבוה, שבנוגע אליו נאמר רק שעל המדינה לנקוט צעדים סבירים להגשמת הזכות.¹⁴⁸ אכן, ברוח זו, הצעתי היא לקבוע כלל, שלפיו בית המשפט לא יבטל דבר חקיקה

145 לשימוש בגרעין במובן הצר – גרעין שאינו ניתן לפגיעה בשום מקרה – ראו גם: Esin Örcü, *The Core of Rights and Freedoms: the Limit of Limits, in HUMAN RIGHTS: FROM RHETORIC TO REALITY* 37 (Tom Campbell, David Goldberg, Sheila McLean & Tom Mullen eds., 1986).

146 גם בפסק הדין שניתן לאחרונה בבג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, תקעל (2)06 (2)06, 1754 (2006), שבו נדחו העתירות נגד התיקון לחוק האזרחות אשר מונע איחוד משפחות עם תושבי השטחים, התייחסו הן השופט חשין (ברעת הרוב) והן הנשיא ברק (במיעוט) להבחנה בין גרעין למעטפת. השופט חשין קבע, כי "שומה עלינו להבחין בין גרעינה של הזכות והתחום הקרוב לגרעין לבין חלקים אחרים המתרחקים והולכים מן הגרעין [...] לא הרי הגנה על המרכז, על הגרעין, כהרי הגנה על התחומים המרוחקים מן הגרעין" (פס' 44 לפסק דינו של השופט חשין). לעומתו הביע הנשיא ברק את עמדתו, כי "השימוש בהבחנה בין פגיעה בגרעינה של הזכות (עליה חלה פסקת ההגבלה) לבין הפגיעה במעטפת שלה (המצויה מעבר להיקפה של הזכות וממילא אין תחולה לפסקת ההגבלה), פוגע בהגנה החוקתית על זכויות האדם. הבחנה זו מוציאה מתחום ההגנה החוקתית את מצבי המעטפת או הפריפריה, ובכך היא מרוקנת את זכויות האדם מחלקים ניכרים – הם מצבי המעטפת או הפריפריה – הכלולים בהם" (פס' 104 לפסק דינו של הנשיא ברק). עם זאת, גם הנשיא ברק לא הביע התנגדות – לפחות לא במפורש – להפחתת הסטנדרט כאשר מדובר במעטפת, ומובן שלא התייחס להצעה המפורטת לעיל, אשר עוסקת באופן ספציפי בעניינים תקציביים.

147 ס' 27 לחוקת דרום-אפריקה. בית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה דחה אמנם טענה, לפיה במסגרת הזכות הכללית יותר לשירותי בריאות, כפי שהיא מופיעה בס' 27 (1) לחוקה, יש להכיר בגרעין שאינו כפוף למגבלות תקציביות: *Minister of Health v Treatment Action Campaign*, 2002 (10) BCLR 1033 (CC) at paras. 26–39 (S. Afr.) אולם עדיין קיים שוני שאינו שנוי במחלוקת בין הגרעין הצר המוגן בס' 27 (3) לבין ההגנה הרחבה יותר במסגרת ס' 27 (1) ו-27 (2). זאת ועוד, גם במסגרת ההגנה הרחבה יותר, בית המשפט הכיר למעשה בכך שההבחנה בין גרעין למעטפת עשויה לסייע בבחינת סבירות המגבלה על הזכות. ראו גם עניין *Grootboom*, לעיל ה"ש 41, פס' 29–33.

148 ס' 29 לחוקת דרום-אפריקה.

של הכנסת, במקרים בהם משמעות הביטול הנה התערבות של ממש בקביעת סדרי העדיפות התקציביים, אלא במידה שבה הדבר הכרחי לשם הגנה על גרעין הזכות.

ודקוק, אין הכוונה אך ליישום מבחני המידתיות באופן המתחשב בהקשר. ממילא מוכן שבעת יישום מבחני המידתיות, ובעיקר בעת ההשוואה בין הנזק לבין התועלת של החוק העומד לביקורת (מבחן "המידתיות במובן הצר"), יש להתחשב בסוג הפגיעה. כך, למשל, ביטוי פוליטי יזכה להגנה חזקה יותר מביטוי מסחרי;¹⁴⁹ ביטוי אמנותי יוגן יותר מביטוי פורנוגרפי;¹⁵⁰ פרטיות הגוף תיבחן באופן שונה מפרטיות מידע;¹⁵¹ וכיוצא בזה. לכאורה ניתן לראות גם בעצם ההתחשבות בסוג הפגיעה תפיסה המבחינה בין גרעין של כל זכות, הנהגה מהגנה מוגברת, לבין מעטפת. בבית המשפט העליון בקנדה מציגים זאת לעתים כמתן מתחם תמרון למחוקק במידה משתנה, בהתאם לנסיבות כל מקרה.¹⁵² אולם לדעתי הצגה זו מוטעית.¹⁵³ אין מדובר בהפחתה של סטנדרט הביקורת החוקתית, אלא רק ביישום מבחני המידתיות עצמם. ביטוי מסחרי יזכה לפחות הגנה לא מתוך גישה המבקשת להפחית את מידת ההתערבות בהחלטות הרשויות האחרות, אלא מאחר שצנזורה על פרסומות נתפסת כפוגענית פחות מצנזורה על דעות פוליטיות. הנזק נמוך יותר, דבר שיבוא לידי ביטוי בעת בחינת המידתיות. אולם גם על ביטוי מסחרי אפשר וראוי להגן מפני פגיעות שאינן הכרחיות. מכל מקום, הפתרון המוצע אינו מסתפק בכך שבמסגרת יישום מבחני המידתיות, פגיעה בזכות לחינוך (למשל) תיתפס חמורה יותר בהקשר של חינוך יסודי בהשוואה לחינוך אוניברסיטאי. ההצעה היא להימנע לחלוטין מהתערבות במקרים שבהם הפגיעה הנה במעטפת, והגנה על הזכות תחייב הקצאת משאבים ניכרים.

אמנם ייתכן שבית המשפט יגיע לתוצאה דומה כאמצעות יישום מבחן "המידתיות במובן הצר", מעצם העובדה שתובא בחשבון עצמת הפגיעה (ובגרעין הפגיעה חזקה יותר) מחד גיסא, והתועלת של החוק (לרבות החיסכון במשאבים) מאידך גיסא. בהקשר זה ניתן לראות בהצעתי כלי עזר ליישום מבחן המידתיות, אשר יוכל לסייע לשופטים בעת היישום ולהגביר את הצפיות והוודאות של ההכרעה. אולם ההצעה חורגת מגדר מבחן "המידתיות במובן הצר" בלבד. כאשר

149 ראו למשל בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1 (1994); בג"ץ 4644/00 יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה, פ"ד נד(4) 178, 182 (2000).

150 השוו בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661, 680 (1997) עם בג"ץ 5432/03 ש.י.ן - לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65 (2004).

151 השוו ר"ג 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב(3) 837 (1988) עם רע"א 3007/02 יצחק נ' מוזס, פ"ד נו(6) 592, 598 (2002).

152 RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General), [1995] 3 S.C.R. 199 (La Forest J.); Delisle v. Canada (Deputy Attorney General), [1999] 2 S.C.R. 989. לגישה דומה (של deference במידה משתנה) באנגליה, ראו: International Transport Roth GmbH v. Secretary of State for the Home Department, [2003] Q.B. 728 (פסק הדין של השופט Laws).

153 ראו Davidov, לעיל ה"ש 20.

הפגיעה אינה בגרעין, והתערבות תביא לידי עלויות ניכרות, ההצעה היא כאמור שבית המשפט יימנע מלהתערב בלל, גם על בסיס מבחני המידתיות האחרים. יש בכך משום הכרה בעובדה, שגם יישום מבחנים אלה מערב, במידה מסוימת, סובייקטיביות שיפוטית, כמו גם את קשיי היכולת המוסדית.

את הכלל המוצע ניתן לקבע כסעיף בחוקה, אולם גם בהיעדר סעיף כזה, מן הראוי שבית המשפט יקבע את הכלל לעצמו, מאותם טעמים שפורטו לעיל. מובן שנשאלת השאלה מי יקבע את קו הגבול בין גרעין למעטפת – קו אשר מעצם טיבו מיקומו המדויק פתוח לשיקול דעת רחב. כאשר מדובר בכלל אשר בית המשפט קובע לעצמו, מובן שגם קביעת קו הגבול נותרת בידינו. אולם שאלה היא אם יש מקום לפתרון אחר ככל שהכלל המוצע ייקבע במסגרת החוקה. במידה מסוימת ניתן להנחות את בית המשפט בחוקה, למשל, בדרך של הגדרת מרכיבים מסוימים של הזכות כחלק מהגרעין. כך, למשל, במסגרת ההגנה על הזכות לבריאות, ניתן לקבוע – כפי שאכן נעשה בדרום-אפריקה – הגנה חזקה יותר לזכות לקבל טיפול רפואי דחוף. וניתן, באופן דומה, להגדיר במפורש את חופש הביטוי הפוליטי או את הזכות לחינוך יסודי ותיכוני כחלק מהגרעין. ברם, על מנת להבטיח הגנה חוקתית במידה ראויה, לדידי אין מנוס מלהשאיר בידי בית המשפט את הכוח להגדיר מרכיבים נוספים כחלק מהגרעין לפי שיקול דעתו. חוקה מנוסחת בהכרח במונחים רחבים אשר נועדו להתמודד עם מגוון של התרחשויות בלתי צפויות. על כן לבית המשפט חייב להיוותר שיקול דעת רחב כדי להבטיח הגנה אמיתית על זכויות חוקתיות. אמנם, המחיר אינו מבוטל. הרכב נחרץ של שופטים יוכל לכפות את דעתו הסובייקטיבית על העם ולהתערב בסדרי העדיפויות התקציביות, גם לטובת מה שנתפס על ידי הציבור הרחב כמעטפת בלבד. עם זאת, עצם ההנחיה – בין כחלק מהחוקה ובין כהנחיה עצמית – תביא, כך ניתן לצפות, לריסון ולהגבלה עצמיים של השופטים במידה רבה. אכן, מטרתי אינה למצוא פתרון למצב של משבר אמון קולוסלי בין נבחר הציבור לבין בית המשפט, דוגמת המשבר המפורסם שאפיין את "עידן Lochner".¹⁵⁴ ספק רב אם ניתן למצוא פתרון משביע רצון לחשש ממצב כזה – חשש אשר מהווה חלק בלתי נפרד מהביקורת החוקתית – מבלי לפגוע במידה מופרזת במטרות החוקה עצמה. אין זאת אלא שעלינו לתת אמון בשופטים כי ינהגו בריסון הראוי, וישתמשו במנגנונים שיש בהם כדי להפחית את מידת הסובייקטיביות השיפוטית מבלי להגביל את כוחם לבצע ביקורת חוקתית מלאה במקרה הצורך.¹⁵⁵ כך גם בהקשר הספציפי של קביעת קו הגבול בין גרעין למעטפת.

דוגמה לקושי בקביעת קו הגבול מראש ניתן למצוא בשאלה אם אי-הכללת תרופה כלשהי, הדרושה להצלת חיים או להארכתם, ב"סל שירותי הבריאות",¹⁵⁶

154 הכוונה לתקופה, שנמשכה כ־40 שנים, שבה פסל בית המשפט העליון של ארצות-הברית שורה ארוכה של חוקים כלכליים-חברתיים, תוך שהוא מסכל את המדיניות שביקשו נבחר הציבור לקדם. תקופה זו מוזהה יותר מכל עם פסק הדין בעניין, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

155 "הטראומה" האמריקנית מהלכת *Lochner* אסור לה שתכניס את המשפט הישראלי לקיפאון" (פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 26, בעמ' 443, פס' 102 לפסק דינו של הנשיא ברק).

156 ס' 7 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994.

תיחשב לפגיעה בגרעין או במעטפת. השאלה מתעוררת מאחר שקביעה שיפוטית שלפיה הזכות לבריאות מחייבת הכללת תרופה כזו או אחרת ב"סל שירותי הבריאות" תהיה כרוכה בעלויות משמעותיות, ולכן, לפי הכלל המוצע לעיל, התערבות תותר רק אם היא מתחייבת לשם הגנה על גרעין הזכות. אולם דומה שהדבר תלוי בנסיבות. בכלל זה, הקביעה מה נכלל בגרעין עשויה להיות מושפעת מהמצב הכלכלי הנתון. כך, למשל, בנתונים של דרום-אפריקה, בתקופה של מחסור קיצוני במשאבים, קשה לבקר את בית המשפט שסירב לחייב את המדינה לממן דיאליזה לחולה סופני, גם אם בכך נמנעה האפשרות להאריך את חייו במידת מה.¹⁵⁷ לעומת זאת, במדינות עשירות יותר, ובכלל זה ישראל, הארכת חיים לתקופה של שנה או שנתיים אינה בגדר מותרות.¹⁵⁸ סביר בהחלט לחייב את המדינה לספק שירות כזה במסגרת הגשמת הזכות לבריאות; וכך גם לגבי תרופה אשר הכרחית להארכת חיים דומה.

ההבחנה בין גרעין למעטפת לא תוכל לספק תשובות חד-משמעיות. היא כרוכה במידה של חוסר ודאות, בדיוק כמו הפתרונות האחרים. יתרונה העיקרי הוא בהנחיה הברורה יחסית שהיא מבקשת לספק לשופטים, בדבר האופן שבו עליהם להנחות את עצמם כאשר לפסיקה צפויות להיות השלכות תקציביות ניכרות. במונח זה דומני שפתרון זה "מעורפל" פחות מקודמיו. השופטים יידעו כי עליהם להכריע תחילה בשאלה אם מתקיימת פגיעה בגרעין של הזכות – גרעין אשר בשל השיבותו שיטת המשפט הישראלית צריכה להגן עליו בכל עלות כספית. אם התשובה חיובית, ימשיך הדיון לשאלה אם ניתן להצדיק את הפגיעה לפי פסקת ההגבלה. אם התשובה לשאלה הראשונה שלילית, כלומר מדובר בהיבט של הזכות אשר חורג מההגנה על אותו גרעין, ומדובר למעשה בשאלה של סדרי עדיפויות בחלוקת העוגה התקציבית, אזי יידעו השופטים כי עליהם למשוך את ידיהם מהתערבות. שיקול הדעת השיפוטי יוותר רחב. אך ההנחיה העצמית, דומני, תהיה ברורה יותר.

ד. סוף דבר

בית המשפט העליון, כמו מרבית מקביליו בעולם המערבי, נרתע במידה כזו או אחרת מהתערבות בענייני תקציב. ראינו כי ניתן בהחלט להבין רתיעה זו. הכרעות בנושא של חלוקת משאבים הן הכרעות בדבר סדרי העדיפויות של החברה, אשר מן הראוי כי תתקבלנה על ידי הגופים הנבחרים. כמו כן, הכרעות בעניינים אלה מחייבות היכרות עם התמונה התקציבית הכוללת, אשר אינה פרוסה בפני בית המשפט, ואשר אין לו היכולת המוסדית לטפל בה. עם זאת, אם

Soobramoney v Minister of Health (Kwazulu-Natal), 1997 (12) BCLR 1969 157 (S. Afr.). (CC).

158 ראו עניין עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי, לעיל ה"ש 3, פס' 13 לפסק דינו של הנשיא ברק: "לצורך אפיונה של הזכות, יידרש השופט להתחשב בנסיבות הזמן והמקום, בערכי היסוד של החברה ובאורחות חייה, במוסכמות החברתיות והפוליטיות ובמציאות הנורמטיבית [...] לא הרי מדינה שחוסנה הכלכלי הוא כשל מדינה מפותחת, כהרי מדינה שמצבה כשל מדינה נחשלת".

נקבל כנקודת מוצא את החשיבות והנחיצות של ביקורת שיפוטית, הרי הגנה על זכויות אינה אפשרית ללא הקצאת משאבים, בפרט (אם כי לא רק) כאשר מדובר בזכויות חברתיות, אשר ראויות להגנה לא פחות מזכויות אחרות. זוהי הדילמה הבסיסית שעמה צריכה ביקורת שיפוטית בענייני תקציב להתמודד, והקושי חזק במיוחד כאשר מדובר בביקורת על חוקתיות חוקים.

עמדתי על חמישה פתרונות שונים לדילמת הביקורת החוקתית בענייני תקציב. השניים הראשונים נוגעים לשלב ניסוח החוקה ועומדים כיום על הפרק במסגרת הדיונים בהצעות החוקה. אולם הראיתי כי הכפפת הזכויות החוקתיות או החברתיות ל"מגבלות תקציביות סבירות", כמו גם השארת זכות "המילה האחרונה" בידי המחוקק, אינם פתרונות ראויים. שני הפתרונות הנוספים – יצירת "מתחם תמרון" לפעילות המחוקק, והגבלת ההתערבות לענייני הליך בלבד – כבר נוהגים, במידה כזו או אחרת, בישראל ובמדינות נוספות. לעתים באופן מפורש, ולעתים במשתמע, ובכל מקרה לא באופן עקבי ומוחלט; אבל הראיתי, כי בשני הפתרונות נעשה שימוש בדין המצוי. ברם, טענתי כי גם דוקטרינות אלה אינן מספקות פתרון ראוי. "מתחם התמרון" רק מגדיל את הבעיה הבסיסית – החשש מסובייקטיביות שיפוטית – ולא ניתן להצדיק את הפחתת רמת הביקורת בהקשר של זכויות חברתיות בלבד. בנוגע לביקורת מנימוקי הליך, הרי היכולת להפריד בין הליך למהות לא תמיד קיימת, ומכל מקום, הימנעות מוחלטת מהתערבות בעניינים של מהות תגביל את ההגנה על זכויות חוקתיות במידה שאינה רצויה.

על רקע זה הצעתי פתרון חלופי, המבוסס על הבחנה בין גרעין למעטפת של הזכויות (חברתיות ואחרות), והגנה על הגרעין בלבד כאשר ההגנה מחייבת השקעה תקציבית משמעותית. הראיתי, כי לפתרון זה ניתן למצוא השראה בחוקות מספר; ואף שהוא אינו מושלם, הוא מצמצם את הדילמה הבסיסית למינימום האפשרי. בין שרעיון זה יתקבל ובין שלא, דומני כי ישנה חשיבות רבה להכרת הפתרונות השונים ולהבנת יתרונותיהם וחסרונותיהם. עצם המודעות בקרב מנסחי החוקה ובקרב השופטים לדילמה ולמורכבות של הפתרונות האפשריים תוכל לתרום, כך אני מקווה, לקבלת הכרעות ראויות.