

הפרדוקס של חוקה בהסכמה: בחינה דרך סוגיות השוויון, הנטייה המינית והזכויות החברתיות

אייל גרוס*

- א. מבוא: הפרדוקס של חוקה בהסכמה
- ב. שוויון על רקע נטייה מינית והזכות לחיי משפחה
- ג. שוויון על רקע כלכלי וזכויות חברתיות
- ד. סיכום: חוקה בהסכמה של מי ועל חשבון מי

א. מבוא: הפרדוקס של חוקה בהסכמה

בשנים האחרונות הסכמה "חוקה בהסכמה" (בנוסח של המכון הישראלי לדמוקרטיה) או שמא "חוקה בהסכמה רחבה" (בנוסח של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת), הייתה למרכזית בריון הציבורי על שאלת החוקה בישראל. מן הסתם, ברקע להבלטת רעיון ההסכמה נמצאות המחלוקות שהתפתחו בשנים האחרונות סביב פרשנות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק. מחלוקות אלו נבעו מחקיקת חוק-יסוד אלה ללא דיון ציבורי נרחב, כמו גם מהוויכוח בנוגע לשאלה אם חוק-יסוד אלו בישרו "מהפכה חוקתית"¹ ומהמחלוקות על היקף השתרעותם של חוק-היסוד ועל הלגיטימיות של ביקורת שיפוטית לאורם.² מחלוקות אלו והמאבקים הציבוריים הכרוכים בהן סביב תפקידו של בית המשפט העליון, יצרו תחושה שהמהלך החוקתי נעשה ללא לגיטימיות רחבה, ושיש צורך להחליפו או להשלימו במהלך שייעשה בהסכמה או שמא בהסכמה רחבה.

אבל ברעיון של "חוקה בהסכמה", שלא לומר "חוקה בהסכמה רחבה", יש פרדוקס שטמון למעשה בעצם הרעיון של חוקה. מצד אחד, חוקה אמורה לשקף ולעגן נורמות דמוקרטיות שביסודן הגנה על זכויות אדם. תפקיד חשוב במיוחד נתון לזכויות אלה בהגנה על מי שכוחו הפוליטי חלש או על מי שעלול להיות קרבן לרעות קדומות ולרמיסת זכויותיו על ידי הרוב. אך מצד שני, הצורך שחוקה תתקבל על ידי גוף שמייצג את הרוב (אספה מכווננת, פרלמנט או משאל עם), מחזיר את הכוח לקבוע את תוכן החוקה לאותם מנגנוני כוח פוליטיים, שבהם זכויותיהם של החלשים פוליטית (ו/או כלכלית) והמיעוטים עלולות להיזנה.

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. תודה להדי ויטרבו על הסיוע במחקר. כמו כן תודה למרכז על צגלה למחקר בינתחומי של המשפט ולמרכז מינרבה לזכויות אדם, שניהם בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב, על תמיכתם במחקר. אני מודה לר"ר אמנון רייכמן, מארגן הכנס בנושא "טיטות הצעת החוקה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת: ניתוח ובחינה" שהתקיים בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה ביוני 2006, על הערותיו המועילות.

1 ראו אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות" משפט וממשל א 9 (1992).
2 לביטוי לעמדות ביקורתיות כלפי הבנת המהלך החוקתי כ"מהפכה" ובנוגע לתפקיד המרכזי של בית המשפט העליון בו, ראו, רות גביוון המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה? (1998).

פרדוקס זה נעוץ במתח בין הרעיון של חוקה כמגבילה את כוחו של הרוב לבין הצורך שהרוב יקבלה ויאשרה.³ אתגר מרכזי בעשיית חוקה הוא אפוא הצורך לייצר מצב שבו הרוב בעל הכוח הפוליטי יסכים לאותן נורמות, שלא דווקא משרתות את האינטרסים והאידיאולוגיות שלו אך מבטיחות שוויון מהותי ואמיתי גם למיעוטים ולקבוצות הלשות.

השאלה אם בכלל אפשרי לייצר מצב כזה ומה התנאים שמאפשרים אותו תחרוג ממסגרת מאמר זה. ניתן לתהות אם נדרשים רגעים היסטוריים מכווננים על מנת ליצור תחושת התעלות שמאפשרת יצירת חוקה כזו,⁴ ולבחון חוקות שנוצרו במהלך תהליכי צדק מעגרי.⁵ מכל מקום, הפרויקטים של חוקה בהסכמה שנעשים בישראל, רחוקים מאוד מרגעים כאלה. יתרה מזאת, פרויקטים אלו נעשים בצלו של הכיבוש הנמשך, שבמסגרתו ישראל שולטת באוכלוסייה פלסטינית שמתגוררת מעבר לגבולות הריבונות והאזרחות של המדינה. מצב זה, שמעקר מיסודו את העיקרון הרמוקרטי הבסיסי של הסכמת הנשלטים, מעורר סימני שאלה בנוגע לפער בין הפרויקט החוקתי שאמור לבסס את המשטר הרמוקרטי לבין מציאות הכיבוש שמעקרת משטר זה מיסודו.⁶

עם זאת, במאמר זה לא אתמקד בסוגיות אלו הנוגעות לשאלת העיתוי של החוקה, אלא בדגש שמושם בתהליכים אלו על סוגיית ההסכמה. אף כי מובן שבסיכומו של דבר נדרשת הסכמה לשם קבלת חוקה, הרי שתהליכי חוקה בהסכמה (רחבה) המתקיימים בישראל מעבירים את הדגש בהליך עשיית החוקה לסוגיית ההסכמה. ההסכמה הפכה עתה להיות המרכז. ואם ההסכמה היא המרכז, הרי כל היתר נעשה תלוי בה. מהלך זה, של התליית היקף הזכויות החוקתיות המוגנות בהסכמה (רחבה), מכפיף את ההגנה על זכויות למה שיש עליו קונצנזוס רחב, ובפרט למה שבעלי הכוח הפוליטי יסכימו עליו. במובן זה מהלך החוקה בהסכמה מחריף את הפרדוקס שניסוד החוקה, ומכריע למעשה לטובת ההסכמה על חשבון הזכויות המוגנות. אין בכונתי לנקוט כאן גישה המתייחסת לזכויות כדבר שהוא לחלוטין קדם-פוליטי וקדם-חברתי. חוקה היא בסיכומו של דבר

3 Frank Michelman עמר על מוה שהוא כינה "הפרדוקס של דמוקרטיה חוקתית" הנעוץ במתח בין שלטון עצמי דמוקרטי ובין ההגבלות על הסמכות הרמוקרטית, ועל הבעייתיות שקיימת כאשר אנו משאירים בידי הרמוקרטיה את ההכרעה בשאלה מהי דמוקרטיה. ראו: Frank I. Michelman, *Brennan and Democracy: The 1996-97 Brennan Center Symposium Lecture*, 86 CALIF. L. REV. 399 (1998); FRANK MICHELMAN, BRENNAN AND DEMOCRACY 4-11 (1999); פרדוקס זה קשור קשר הדוק לפרדוקס שאני דן בו בטקסט.

4 ראו הריון אצל: 1 BRUCE ACKERMAN, *WE THE PEOPLE* (1993); ראו בהקשר הישראלי: Daphne Barak-Erez, *From an Unwritten to a Written Constitution: The Israeli Challenge in American Perspective*, 26 COLUMBIA HUMAN RIGHTS L. REV. 309 (1995).

5 ראו: Aeyal M. Gross, *The Constitution, Reconciliation, and Transitional Justice: Lessons from South Africa and Israel*, 40 STAN. J. OF INT'L. L. 47 (2004).

6 על הקשר בין הכיבוש ובין שאלת הרמוקרטיה בישראל ראו: Orna Ben-Naftali, Aeyal M. Gross & Keren Michaeli, *Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory*, 23 BERKLEY J. OF INT'L. L. 551, 611 n. 329 (2005).

מסמך המשקף את הבחירות הערכיות של החברה, וכאלו הן הזכויות המוגנות במסגרתה. אבל אם אנו מעוניינים שהחוקה תגשים תפיסה ערכית של שוויון בין בני אדם, וסוברים שהשוויון – וכלל הזכויות להן זכאי אדם – לא צריכים להיות מותנים בבחירה של מדינה זו או אחרת,⁷ הרי שהכפפת רעיון הזכויות לשאלת ההסכמה מתגלה כמנגנון בעייתי.

בהקשר הישראלי, פרויקט החוקה בהסכמה הוא חלק מ"אפנה" רחבה יותר של "הסכמות לאומיות", שנפוצה בסוף המאה העשרים ובתחילת המאה העשרים ואחת.⁸ עם זאת, יש להבדיל בין פרויקטים השונים זה מזה. אף בתוך ההקשר של "חוקה בהסכמה" יש להבחין בין הפרויקט של המכון הישראלי לדמוקרטיה, שלהצעת החוקה שלו שותפים שלושה-עשר גברים יהודים,⁹ לבין הפרויקט של ועדת החוקה שהתנהל בצורה פתוחה. אף כי מועצה ציבורית ליוותה את התהליך במכון הישראלי לדמוקרטיה, בסיכומו של דבר לא הושגה הסכמתה באשר לנוסח החוקה.¹⁰ יתר על כן, מועצה זו הרירה מלכתחילה אוכלוסיות מסוימות שעלויות היו להשביט את שמחת ההסכמה, והרבר בלט במיוחד בעניין האוכלוסייה ההומי-לסבית, שהודרה מההליך למרות פניותיה למכון.¹¹ התוצאה שבאה לידי ביטוי בהצעת החוקה של המכון לדמוקרטיה, היא מסמך שרחוק מלהשביע רצון בנוגע לזכויות של ערבים, נשים, הומואים, לסביות ואוכלוסיות עניות.¹² מנגד, ההליך בוועדת החוקה של הכנסת, שהוביל להצעות החוקה שהוכנו לקראת סיום כהונתה של הכנסת השש-עשרה, היה הליך פתוח שבו השתתפו קבוצות וארגונים רבים, ולעתים אף יחידים, שהביעו בכך עניין. יתרה מזאת, ההליך התקיים בזירה הפוליטית, כפי שראוי שיהיה. התוצאה, נכון לעכשיו, משקפת מציאות זאת מבחינות רבות. המסמך כולל כמה אפשרויות בנוגע לרוב סעיפי החוקה המוצעת, אפשרויות שמשקפות תפיסות שונות, לעתים נוגרות, בנוגע לשאלות שעל סדר היום החוקתי. כמובן זה הפרויקט הפרלמנטרי של "חוקה בהסכמה רחבה" יצר מסמך מרשים מבחינת היקף העמדות שבו, אך מעורר סימן שאלה בנוגע לאפשרות להגיע להסכמה ולגשר על הפערים.¹³ לכך משמעויות בתחומים רבים.

7 על הבעייתיות שבהכפפת זכויות האדם לזכויות האזרח של מדינת הלאום עמדה חנה ארנדט: 267–302 HANNAH ARENDT, THE ORIGINS OF TOTALITARIANISM (1968).

8 לדיון ב"חוקה בהסכמה" כחלק מאפנה זו, ראו אייל גרוס "חוקה בהסכמה של מי ועל חשבון מי?" גיליון עדאלה האלקטרוני 9 (ינואר 2005) www.adalah.org/newsletter/heb/jan05/ar2.pdf.

9 המכון הישראלי לדמוקרטיה חוקה בהסכמה – הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה 7 (2005) www.idi.org.il/hebrew/ebooks/CONST/index.htm (להלן: "המכון הישראלי לדמוקרטיה").

10 פרנסס רדאי "בלי נשים, בלי ערבים" הארץ 12.2.2006 ב2.

11 גרוס, לעיל ה"ש 8; גרוס "חוקה בהסכמה של מי?" הארץ 15.1.2002 ב2.

12 גרוס, לעיל ה"ש 8.

13 כמובן זה, מצער שרוח המסמך שבו מופיעות כמה אפשרויות בנוגע כמעט לכל סעיף וסעיף, נעלמה מפרק ארבעה-עשר, שם תחת הכותרת "הוראות שונות" מופיע סעיף שמידת דינים שקובע שאין בחוקה כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתה. מן הראוי היה לכלול תלופות להוראה זו, הקובעות שמירת דינים מוגבלת בומן או שוללות כלל את עקרון

אולי בראש ובראשונה סוגיית אופי המדינה ויחסי יהודים-ערבים כה.¹⁴ עם זאת, גם מסמך זה מוגבל מבחינת היקף מוטת הכנפיים שלו ומשקף הטיות אידאולוגיות הגמוניות. בהמשך אבחן כיצד בא לידי ביטוי המתח בין זכויות לבין הסכמה, וכיצד בא לידי ביטוי המתח באידאולוגיות השונות בשני הקשרים – ההקשר של השוויון על רקע נטייה מינית והזכות לחיי משפחה, וההקשר של שוויון כלכלי-חברתי והזכויות החברתיות. בחינת מתחים אלה תמחיש את הפרדוקס שביסוד הרעיון של חוקה ככלל וחוקה בהסכמה בפרט, ותצביע על הבעייתיות בהעברת הרגש מהרעיון של שוויון זכויות לרעיון של הסכמה.

ב. שוויון על רקע נטייה מינית והזכות לחיי משפחה

הדיון שהתקיים בוועדת החוקה בנושא הזכות לחיי משפחה,¹⁵ שיקף את הבעיות הללו, והפער בין התפיסות השונות בנוגע לשאלה מהי משפחה – למשל בין תפיסה המוגבלת למשפחה ההטרוסקסואלית-כילולית-גרעינית לבין אפשרויות אחרות, ובפרט המשפחה שבמרכזה בני זוג מאותו מין – נתפס כבלתי ניתן לגישור. בדברי ההסבר של הצעת החוקה מצוין בהקשר זה: "הועדה קיימה דיון בזכות למשפחה במסגרת פרק הזכויות והרעה שנתגבשה הייתה לא להתייחס לסוגיה זו בהצעת החוקה".¹⁶ החלופות המוצעות הן "הסעיף לא יכלול בחוקה" או "המדינה תכבד את חיי המשפחה של תושביה". יש לציין כי בהצעת המכון הישראלי לרמוקרטיה אין כלל אזכור של נושא זה.

הוראת השעה בחוק האזרחות שתוצאתה מניעת אפשרות של ישראלים שיש להם בני זוג מהשטחים לחיות יחדיו בישראל;¹⁷ המחלוקת על היקף הזכות לחיי משפחה שהתגלתה בהקשר זה; והרעות השונות שהושמעו בעניין זה בבג"ץ, כמסגרת פסק הדין שדחה ברוב דעות את הטענה שלפיה דין הוראת השעה

שמירת הדינים. בהיעדר חלופות כאלה, נשאת החקיקה הקודמת לחוקה חסינה מביקורת שיפוטית. לכך השלכות בתחומים רבים ובפרט בתחום החקיקה בעניין המעמד האישי, המעניקה מנופול על ענייני נישואין וגירושין בישראל לגורמים דתיים. היעדר חלופות לסעיף שמירת הדינים מעורר התנגדות מוצדקת לחוקה המוצעת מתוגים רבים ובפרט מיחידים ומקבוצות המוטרדים מהשפעתה או שמא מאיי-השפעתה של החוקה על נושאים רבים הנוגעים לזכויות נשים בהקשר של מעמד אישי.

14 ראו בהקשר זה חסן ג'בארין "זכויות קולקטיביות ופיוס בכינון חוקה: המקרה הישראלי" גיליון עדאלה האלקטרוני 12 (אפריל 2005) www.adalah.org/newsletter/heb/apr05/ ar3.pdf

15 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 417 זל ועדת החוקה, חוק ומשפט הכנסת ה-16 (17.2.2005) www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/huka/2005-02-17.rtf (הכותב נטל חלק בדיון זה, כמו גם בכמה דיונים אחרים שהתקיימו בוועדת חוקה וחוק ומשפט בשבתה כוועדה להכנת חוקה בהסכמה רחבה).

16 הכנסת השש-עשרה, ועדת החוקה, חוק ומשפט בשבתה כוועדה להכנת חוקה בהסכמה רחבה חוברת 2: נוסח מבוואר של הצעות לחוקה 21 (2006) www.huka.gov.il/wiki/materials/huka_for_print.pdf (להלן: הכנסת השש-עשרה, ועדת החוקה).

17 חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 ראו גם את התיקון לחוק, חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (תיקון מס' 2), התשס"ז-2007, ס"ח 295.

להתבטל מטעמי אי-חוקתיות –¹⁸ מעידים כולם על החשיבות של פיתוח הדיון על זכות זו, אף שברור כי הגדרה חוקתית עמומה של הזכות עשויה להישאר פתוחה לפרשנויות שונות בנוגע לתוכנה.¹⁹ לענייננו ברור, שבסיטואציה הפוליטית הנוכחית בישראל לא ניתן יהיה להשיג הסכמה על נוסח של הזכות שאכן מכיר בצורות השונות של משפחה כשוות. אם כן, הכפפת הזכויות להסכמה רחבה עלולה להצריך ויתור ידוע מראש על חוקה שתבטיח שוויון זכויות בהקשר זה. אמנם היעדר כל אמירה בנושא או לחלופין אמירה כללית בדבר כיבוד חיי המשפחה שאינה כוללת קביעה בנוגע לזכות, אלא מנוסחת בלשון כללית הקובעת כי המדינה תכבד את חיי המשפחה – שתיהן כשלעצמן אפשרויות שלא מדירות בצורה מפורשת תאים משפחתיים ובהם בני זוג מאותו מין. אך הנטייה לוותר על סעיף שמכיר בזכות זו, מתוך חשש שיפורש כמגן על תאים משפחתיים כאלו, מעידה על מחיר ה"הסכמה". לוותר זה גרסה מרוכבת, הבאה לידי ביטוי בסעיף ה"כיבוד", וגרסה המוותרת לחלוטין על התייחסות לנושא. הוויתור על הענקת שוויון לתאים משפחתיים שבהם בני זוג מאותו מין, בא לידי ביטוי חריף בהצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה, שם לא נכללה "נטייה מינית" בין העילות שעל בסיסן נאסרה הפליה.²⁰ הדבר אומר דרשני לאור הכללת עילה זו כיום, כדבר שבשגרה, בחוקים שבהם מנויות עילות שלאורן אסורה הפליה,²¹ וגם לאור העובדה שמבקרים שונים – בכללם כותב שורות אלה – הצביעו על חסך זה כאשר פורסמה טיוטת החוקה של המכון.²² כמוכן זה הסכימו מנסחי ההצעה להקריב את השוויון להומואים וללסביות, על מונח ההסכמה בין גברים יהודים הטרוסקסואלים חילוניים לבין גברים יהודים הטרוסקסואלים דתיים. בנוסח של ועדת החוקה אין ליקוי כזה, ועילת הנטייה המינית מופיעה כאחת העילות, מה שמשקף אולי את האופי המכליל יותר של ההליך. מבחינה זו ניתן לראות את הקשר בין ההליך והתוצאה כפי שמתבטא בדמיון ובשוני בין שני המסמכים.

ג. שוויון על רקע כלכלי וזכויות חברתיות

איזו כשורה מביא עמו מפעל החוקה בהסכמה לאוכלוסיות מוחלשות מבחינה כלכלית? ברור שאוכלוסיות אלה נזקקות במיוחד לזכויות בתחומי החינוך,

- 18 בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, תקיעל (2006) 1754 (2006).
- 19 על הקשר בין תפיסות שונות של משפחה ובין התוצאה בפסק דין זה ראו אייל גרוס "יאמרו הפילוסופים והוגי הדעות את אשר יאמרו: חשין וג'בראן קוראים את בראשית ואת אפלטון בבג"ץ חוק האזרחות" גיליון עדאלה האלקטרוני 26 (יוני 2006) www.adalah.org/newsletter/heb/jun06/ar2.pdf; ראו גם אייל גרוס "מאוהב לאויב: צדק, אמת, יושר ושכל ישר בין ישראל לאוטופיה בבג"ץ חוק האזרחות" המשפט 23, 79 (2007).
- 20 ס' 17 להצעת המכון קובע: "הכל שווים בפני החוק; אין מפלים בין אדם לאדם מטעמי גזע, דת, לאום, מין, עדה, ארץ מוצא, מוגבלות או מכל טעם אחר". ראו המכון הישראלי לדמוקרטיה, לעיל ה"ש 9.
- 21 ס' 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988; ס' 2(ב) לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992; ס' 4 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996; ס' 3(א) לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000.
- 22 ראו גרוס, לעיל ה"ש 8; אייל גרוס "מסמך רומס זכויות" הארץ 2.1.2005 ב2.

הבריאות, הדיור, הביטחון הסוציאלי והעבודה ובתחומים מטריאליים אחרים. שתי הצעות החוקה בהסכמה צמודות לאידאולוגיה הרומינגטית, שמתמקדת בשוויון אזרחי אך מתעלמת משאלת השוויון החברתי. באופן בלתי מפתיע, מצב כלכלי אינו נמנה באף לא אחת מההצעות כעילה לאיסור הפליה. אף שכית המשפט העליון הכיר עקרונית בכך שמחסומים כלכליים עשויים בתנאים מסוימים להיחשב כפגיעה בזכות לשוויון,²³ הרי הצהרה זו לא תורגמה לשפת המציאות, גם במקרים שבהם הצביעו העותרים על כך שתשלומים הנדרשים עבור שירותים ציבוריים פוגעים בנגישות השוויונית של אוכלוסיות מוחלשות למשאבים אלו. כך דחה בית המשפט העליון עתירה שבה נטען, בין היתר, כי תשלום השתתפות בסך של עשרות אלפי שקלים עבור ניתוח שבמהלכו מותקן שתל שבלולי המאפשר לאנשים שעוברים תהליך התחרשות להמשיך ולשמוע, פוגע בזכות לשוויון.²⁴ אכן, שאלת השוויון הכלכלי קשורה קשר הדוק לשאלת הזכויות החברתיות.²⁵ אם כן, היעדר כל התייחסות לאי-שוויון על רקע כלכלי קשור במישרין ליחס הנחות כלפי הזכויות החברתיות כפי שהוא מיוצג בהצעת החוק. בהצעה של ועדת החוקה נאמר שמעמדן החוקתי של זכויות חברתיות-כלכליות או זכויות רווחה, "שנוי במחלוקת" – להבדיל מהזכויות הפוליטיות-אזרחיות "אשר מוכרות באופן היסטורי כליבת זכויות היסוד של האדם".²⁶ בהמשך מצוין, כי הגם שלא נתגבשה בוועדה אחידות דעים באשר למעמדן החוקתי של הזכויות החברתיות אל מול הפוליטיות, נתקבלה העמדה התומכת בהכללת הזכויות בחוקה. עם זאת מצוין, ש"העמדה הכולטת" הייתה כי "בשונה מזכויות האדם האחרות, יינתן לרוב הפוליטי, קרי לכנסת ולממשלה, מרחב פעולה רב יותר בקביעת המדיניות ובהקצאת המשאבים הדרושה למימושה". וכן צוין כי "העמדה המקובלת בוועדה הייתה שהזכויות החברתיות תוגדרנה כחוקה באופן שיעניק למחוקק גמישות בהכרעות הנוגעות להקצאת משאבים, במידה רבה יותר מזו הנתונה לו באשר לכיבוד הזכויות האחרות" – וזאת לאור העובדה שמדובר בתחום של קביעת מדיניות כלכלית וחלוקת משאבים ציבוריים.²⁷ בהתאם לכך הוצעו כמה חלופות. חלופה ראשונה מכריזה על מתויבות הרשויות לשקוד על פיתוח תנאי מחיה ורווחה נאותים ללא ציון של זכות אדם לכך;²⁸ חלופה שנייה מצייגה זכות לתנאי קיום נאותים בתחומים המנויים בה, אך באחת הגרסאות מציעה להגביל את הזכות לפי יכולתה הכלכלית של המדינה.²⁹ חלופה זו כוללת עיגון נפרד של הזכות לחינוך;³⁰ חלופה שלישית מעגנת זכות יסוד לביטחון סוציאלי

- 23 בג"ץ 5394/92 הופרט נ' יד ושם, פ"ד מח(3) 353 (1994).
- 24 בג"ץ 2974/06 ישראלי נ' הועדה להרחבת סל הבריאות (טרם פורסם, 4.5.2006). עם זאת, יש לציין כי לבסוף בוטל תשלום זה על ידי הממשלה. החלטה 406 של הממשלה ה-31 "עלות סל שירותי בריאות" (27.8.2006).
- 25 ראו גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" שנתון משפט העבודה ז' 65, 145-148 (1999).
- 26 ועדת חוקה חוק ומשפט: חוקה בהסכמה רחבה <http://huka.gov.il/wiki/index.php>
- 27 כנסת השש-עשרה, ועדת החוקה, לעיל ה"ש 16, בעמ' 44-45.
- 28 שם, ס' 17, חלופה א'.
- 29 שם, ס' 17, חלופה ב'.
- 30 שם, ס' 18 בחלופה זו.

ותנאי קיום נאותים, ולצדה מציעה עיגון נפרד של הזכויות לחיגור, לבריאות ולאיכות סביבה.³¹ מבין אלה, החלופה הראשונה היא זו שמדירה יותר מהשתיים האחרות את הזכויות החברתיות ממערך הזכויות ומחליפה את ההכרה בהן בהצהרה כללית. עם זאת, לצד כל החלופות האלו מופיע סעיף העוסק בדרך כיבוד הזכויות.³² בסעיף זה, לצד גרסה שלפיה על הזכויות הללו לא תהיה כל הוראה מיוחדת, ותחול עליהן ביקורת שיפוטית רגילה כמו על כל זכויות האדם הרגילות,³³ ישנן שתי גרסאות המייחדות זכויות אלה: לפי הגרסה הראשונה, לא תתקיים כל ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית (או בגרסה אחרת אף על מעשים מנהליים) בגין סעיפי זכויות הרווחה.³⁴ לפי הגרסה השנייה, תתקיים ביקורת שיפוטית מוחלשת שמשמעותה חיוב הכנסת לרון בקביעה כי חוק אינו הולם מחויבות מתחום זכויות הרווחה, אך פרט לכך לא תהיינה לקביעה זו תוצאות אופרטיביות.³⁵ דברי ההסבר לסעיף זה מצטרפים לדברים שצוטטו לעיל, ולפיהם על הזכויות החברתיות להיות מנוסחות אחרת מהזכויות האחרות כך שישאר יותר מרחב תמרון לרוב הפוליטי. כמו כן, דברי ההסבר לסעיף מזהירים מפני הגרסה שלפיה תחול על זכויות אלו ביקורת שיפוטית רגילה. בנוגע לאפשרות זו מצוין כי "ראוי לשקול גרסה זו בעיקר אם יאומץ דגם של ביקורת שיפוטית חלשה לגבי פרק הזכויות כולו או אם תנוסחה הזכויות בצורה מצומצמת וברורה".³⁶

יש לציין כי גם בהצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה, הזכויות החברתיות מצויות במעמד נחות. בהצעה מופיע סעיף הצהרתי בנוגע לפעילות המדינה לקידום הרווחה האישית והכלכלית של אזרחיה, ומצוין שהיקף כל הזכויות החברתיות ייקבע בחוק או על פיו. סעיפי ה"זכויות" מנוסחים בנוסח של "מדינת ישראל תפעל", "תשקוד" וכו' – ולא בלשון זכויות.³⁷

נמצא אפוא כי בשתי ההצעות מעמדם של הזכויות החברתיות נחות. אף על פי שבהצעת ועדת חוקה ישנם נוסחים שנוקטים לשון זכויות ואינם מבחינים בין ביקורת שיפוטית על זכויות אלו לבין זכויות אחרות, הרי דברי ההסבר מעידים על ראיית נוסחים אלה כפחות רצויים, ועל הצורך לתת לזכויות אלה מעמד נמוך.

גישות אלה עומדות בניגוד לתפיסות ביקורתיות השוללות את ההבדלים בין סוגי הזכויות השונים.³⁸ ניתן להצביע על כך שההייררכיה – שפועלת לטובת הזכויות האזרחיות-פוליטיות – מצביעה על אידאולוגיה שמבכרת סוג אחד של

31 שם, ס' 17, חלופה ב', ובחלופה זו ס' 18א-18ב.

32 שם, ס' 19.

33 שם, ס' 19, גרסה ג'.

34 שם, ס' 19, גרסה א'.

35 שם, ס' 19, גרסה ב'.

36 שם, בעמ' 54.

37 המכון הישראלי לדמוקרטיה, לעיל ה"ש 9, ס' 32-36.

38 לדיון ראו מונדלק, לעיל ה"ש 25; ראו גם יורם רבין ויובל שני "הזכויות החברתיות – רעיון שהגיע זמנו" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 11 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004): רות גביון "על היחסים בין זכויות אזרחיות-פוליטיות ובין זכויות חברתיות-כלכליות" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 25 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

זכויות על משנהו, ובכך נותנת ביטוי להגנה על אינטרסים של קבוצות מסוימות על חשבון אלו של קבוצות אחרות. הייררכיה זו באה לידי ביטוי בשתי ההצעות, לרבות בהצעת החוקה בהסכמה של ועדת החוקה, שם ההתייחסות לזכויות החברתיות היא כאל זכויות "שנויות במחלוקת" ורחוקות מ"ליבת זכויות היסוד של האדם". מצוין, כאמור לעיל, שההצעה משקפת את מה שמתואר כ"עמדה הבולטת" ו"המקובלת" בוועדה. דברים אלה לא נותנים ביטוי מספיק לכך שלמעשה מדובר בעמדה מסוימת בנוגע לזכויות אלה, ושעמדות שונות השוללות את ההבחנה בין הזכויות השונות ונאו לידי ביטוי בדיונים בוועדה עצמה ובוודאי בדברים שהושמעו על ידי הגורמיים השונים שהופיעו בפניה. רות בן-ישראל עמדה על ההטיות שבתפיסות המעניקות מעמד נחות, אם בכלל, לזכויות החברתיות, ועל כך שהטיות כאלה אינן משקפות את המציאות והצרכים של אוכלוסיות חלשות מבחינה כלכלית.³⁹ מבחינה זו, הצורך בהסכמה משקף כאן ויתור על הרעיון שלפיו "כל זכויות האדם תלויות הדדית ולא ניתנות לחלוקה".⁴⁰ אך ברצוני להדגיש כי הכעיה באידאולוגיה המשתקפת בהצעת החוקה אינה רק בהייררכיה שהיא יוצרת בין סוגי הזכויות, אלא בעצם החלוקה לסוגים השונים של הזכויות. החלוקה בין זכויות שכביכול אינן שנויות במחלוקת שנוגעות לליבת זכויות היסוד של האדם והדמוקרטיה, ובמשתמע לא נוגעות לשאלות של הקצאת משאבים, לבין זכויות שנויות במחלוקת שרחוקות מליבה זו ונוגעות בהקצאת משאבים, מזמינה דיון ביקורתי. מהי האידאולוגיה שלפיה כריאות או חינוך חשובים פחות או ראויים פחות להיות זכויות מחופש דת או מחופש ביטוי? ניתן להצביע על כך שגם הגנה על זכויות הנחשבות זכויות אזרחיות ופוליטיות כמו שלמות הגוף, חופש ביטוי או כבוד האדם – דורשת הקצאת משאבים ומעורבות של המדינה (באבטחת הפגנות, בקיום משטרה או למשל בקביעה שכבוד האדם מחייב הקצאת מסינות אב"כ ייחודיות לבעלי זקנים גם אם אינם מגדלים את זקנם מטעמים שברת).⁴¹ אם כן, יש לתת את הדעת לכך שההבחנה בין סוגי הזכויות משפיעה לא רק בכך שהיא גורמת לנו לחשוב בטעות שהזכויות החברתיות שונות באופיין מהבחיות הללו, אלא גם בכך שהיא למעשה מייצרת תפיסה מוגבלת של הזכויות האזרחיות והפוליטיות – תפיסה שלפיה ההגנה על חופש הביטוי היא עניין פשוט, קשור לליבה של זכויות האדם ושנוי במחלוקת פחות מזכויות חברתיות. ההבחנה נחזקת את התפיסה של חופש הביטוי כעוסק אך ורק בהגבלות על כוחה של המדינה להגביל ביטוי,⁴² ומוחקת את ההיבטים של

39 רות בן-ישראל "השלכות חוקי היסוד על משפט העבודה ומערכת יחסי העבודה" שנתון משפט העבודה ד 29, 32-33 (1994).

40 ראו הכרות וינה 1993 שבה מודגשת "אי-החלוקה" של הזכויות: Report of the World Conference on Human Rights, A/CONF. 157/24 (Part 1); לדיון ראו אייל גרוס "החוקה הישראלית: כלי לצדק הלוקתי או כלי נגדי?" צדק חלוקתי בישראל 79 (מנחם מאוטגר עורך, 2000).

41 בג"ץ 205/94 נוף נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 449 (1997).

42 מה שכונה בספרות "הפרדיגמה המדינתית" או "הפרדיגמה השניצריאנית" של חופש הביטוי. ראו בהתאמה מיכאל בירנהק "פתח-הבר: השיח על-אודות השיח" שקט מדברים! – התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל 11 (מיכאל בירנהק עורך, 2006); אילנה דיין-אורבך "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי" עיוני משפט כ 377 (1997).

חופש הביטוי שעוסקים אף הם בהקצאת משאבים, באופן שעלול לחסן את ההיבט החלוקתי של חופש הביטוי מפני ביקורת חוקתית.⁴³ בעקבות זאת סיווג הזכויות משמש להדרת השאלות החלוקתיות מהשיח החוקתי בשני אופנים: הן בכך שהוא מציג את הזכויות האזרחיות כנטולות ממד חלוקתי, והן בכך שהוא מציג את הזכויות החברתיות כממוקדות בממד זה ולכן לא ראויות להגנה מלאה הכוללת ביקורת שיפוטית בחוקה. ניתן להמחיש טיעון זה על ידי בחינה השוואתית של הזכות לחופש הביטוי מול הזכות לבריאות. בניגוד לגישה המבחינה בין זכויות אלו כאזרחית מצד אחד וחברתית-כלכלית מצד שני, למעשה שתיהן בעלות מאפיינים דומים. בשתיהן אנו מבקשים מהמדינה לא להתערב – לא לצנזר (בהקשר של ביטוי) ולא לכפות טיפול רפואי (בהיבט של בריאות). ומנגד, עשויה להידרש מעורבות אקטיבית של המדינה, כדי להבטיח נגישות אפקטיבית של כל האוכלוסיות לזכויות הללו, נגישות שתתבסס על שוויון ולא תהיה תלויה בעיקרה ביכולת כלכלית.⁴⁴

ביטוי לגישה שממחישה את נוכחותה של שאלת הנגישות בהקשר של חופש הביטוי, ניתן למצוא בפסיקתו של בית המשפט העליון שלפיה המשטרה אינה רשאית להטיל על המבקשים להפגין את האחריות לאבטחת האירוע ולשמירת הסדר הציבורי במהלכו, ודרישתה שמארגני הפגנה יקימו גדרות ויציבו מאבטחים וסדרנים על חשבונם, פסולה בשל היותה פוגעת בחופש הביטוי וההפגנה.⁴⁵ פסק דין זה ממחיש היטב את העובדה שגם ההגנה על זכויות אזרחיות ופוליטיות מטילה על המדינה נטל תקציבי שיכול להיות משמעותי, וכפי שציין בית המשפט העליון באותה פרשה: "הגנה על זכויות אדם עולה כסף".⁴⁶ אך התובנה שלפיה אין הבדל מהותי בין סוגי הזכויות השונים, רחוקה מאוד מהגישה שמתבטאת בהצעות החוקה בהסכמה, שמשקפת את ההפליה בין סוגי הזכויות השונים. הפליה כזו ממשיכה להתקיים גם בפסיקת בית המשפט העליון. התוצאה שעולה מפסקי הדין שהוזכרו בפרק זה, ולפיה בית המשפט מסרב להתערב בדרישה לתשלום עבור ניתוח חיוני, אך מתערב ופוסל דרישת תשלום עבור אבטחת הפגנה, מעידה על כך שהזכויות השונות עדיין מקבלות, גם בפסיקה, יחס שונה.

ההסכמה הרחבה שכוללת את נציגי אידאולוגיות הכלכלה הניאו-ליברלית, דורשת להמשיך וליצור הבדלה כזו בין סוגי הזכויות, הבדלה שמשמעותה דחיקת השאלות החלוקתיות ויצירת חוקה שעלולה להגן על אי-שוויון כלכלי ולבצר אותו. מסקנה זו מתחזקת לאור סעיף הקניין בהצעה של ועדת חוקה, המנוסח כך: "אין פוגעים בקנינו של אדם".⁴⁷ אמנם מוצעת כגרסה תוספת, שלפיה "זכות

43 ראו בירנהק, שקט מדברים! – התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל, לעיל ה"ש 42; ראו גם גיא פסח "משאבי ביטוי – קווים לדמותם ומתווה להקצאתם", שקט מדברים! – התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל 299 (מיכאל בירנהק עורך, 2006).
44 בהקשר של בריאות ראו אייל גרוס "בריאות בישראל: בין זכות למצרך" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 437 (יורם רבין ויונל שני עורכים, 2004).
45 בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, תק-על (4)06 3733 (2006).
46 שם, פס' 17 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) ברק.
47 ס' 15.

הקניין כרוכה באחריות כלפי הציבור",⁴⁸ אך עיקר הסעיף מנוסח בלשון שלילית שמגנה על משטר ההחזקות הקיים.⁴⁹ נוסחים חלופיים שנכתבו מתוך תפיסות חברתיות וחלוקתיות יותר של קניין לא הוצעו כחלופות בנוסח הצעת החוקה עצמה, ובמקום זאת נכתבו בהערה שוליים בצירוף אזהרה שהם מעוררים חשש להגנת-חסר על הזכות לקניין.⁵⁰

קשה שלא לעמוד על הפער שבין הדיון בבעייתיות שבזכויות החברתיות-כלכליות ובהגבלת הביקורת השיפוטית עליהן, ובין היעדר דיון כזה בהקשר של הזכות הכלכלית-לא-פחות לקניין, זכות שללא ספק נוגעת במידה משמעותית בשאלות של מדיניות כלכלית ושל הקצאת משאבים ציבוריים. קביעת הזכות לקניין (בנוסח המוצע) כזכות רגילה, תקינה ונורמטיבית, ולעומתה ההצעות לשלול או להגביל את הביקורת השיפוטית בגין זכויות חברתיות, שמנוסחות בחלק מהנוסחים בצורה מדוללת וחלשה, מעירה על ההטיות האיראולוגיות של הצעת החוקה שאינה מתפשרת על ניסוח הזכות לקניין באופן שמגן על משטר ההחזקות הקיים. אי-ההכרה באי-שוויון על רקע כלכלי, והניסוח המוצע לזכות לקניין, מצטרפים אפוא להדרה הכפולה של השאלות החוקתיות מהשיח החוקתי. יחדיו מדובר בארבעה ממדים שמבחינתם עלולה החוקה המוצעת לבצר אי-שוויון כלכלי.⁵¹

אפשר לטעון כי שאלת הזכויות החברתיות ואי-השוויון הכלכלי אינה מעירה בהכרח על בעיות במודל ה"חוקה בהסכמה", שכן האוכלוסיות שנפגעות מהעמדות שמציעות החוקות בהסכמה בנושא זה, אינן מהוות בהכרח מיעוט פוליטי שדינו להיפגע מהסכמה שאליה יגיע הרוב. אך טענה כזו עיוורת לעובדה שהשאלה המכריעה אינה בהכרח היותה של קבוצה מיעוט מבחינה מספרית, אלא השאלה היא שאלת הכוח הפוליטי, וגם הכלכלי של קבוצות שונות. מאחר שהחוקה בהסכמה היא מפעל של אליטות פוליטיות שהן גם אליטות כלכליות, שמחזיקות לעתים קרובות באיראולוגיות הגיאורליברליות, הרי שהזכויות והצרכים של האוכלוסיות המוחלשות מבחינה כלכלית מקבלות מקום נחות במפעל זה. אנשי "כיסר הלחם" אינם כאלה שהסכמתם מבוקשת בדרך כלל לחוקה שבדרך.

ד. סיכום: חוקה בהסכמה של מי ועל חשבון מי

בעבר הצעתי לשאול "חוקה בהסכמה של מי ועל חשבון מי?"⁵² שאלות אלו עדיין נמצאות על סדר היום. אף כי ההליך בוועדת החוקה, להכדיל מההליך במכון הישראלי לרמוקרטיה, הוא הליך פתוח שבו נשמעים כל המעוניינים, הרי גם

48 ס' 15, גרסה ב'.

49 להשלכות כאלה של זכות הקניין החוקתית ראו אייל גרוס "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט כא 405 (1998).

50 הכנסת השש-עשרה, ועדת החוקה, לעיל ה"ש 16, בעמ' 42. נוסח חלופי שהציע פרופ' תנוך דגן ברוח זו מופיע שם, בה"ש 3.

51 לדיון כללי בסוגיה של חוקה כמבצרת סדר כלכלי קיים וברקע התאורטי לכך ראו גרוס "החוקה הישראלית: כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי", לעיל ה"ש 40.

52 גרוס, לעיל ה"ש 8.

בהצעת ועדת החוקה יש ביטוי לאידאולוגיות הגמוניות בדבר דמוקרטיה וזכויות אדם – למרות העובדה כי יש בה ביטוי למגוון גדול יותר של אפשרויות. לנוכח ההתנגדות העזה לזכויות הרווחה, ולנוכח ההגמוניה של נציגי האידאולוגיה הניאו-ליברלית, נראה שזכויות אלו עלולות למצוא עצמן קרובן להסכמה הרחבה, שכן ההסכמה בנוגע אליהן אינה בנמצא. בהקשר של שוויון על רקע גטייה מינית והזכות לחיי משפחה, עלול הצורך בהסכמה לבוא על חשבון זכויות של קבוצות הסובלות מהפליה. בהקשר של שוויון כלכלי וזכויות חברתיות, עלולות האידאולוגיות ההגמוניות לבוא על חשבון אוכלוסיות מוחלשות. על מה תימצא אפוא הסכמה? האם על חוקה שבסיכומו של דבר תשקף את התפיסות והאינטרסים של הקבוצות החזקות בפוליטיקה ובכלכלה הישראלית, קבוצות שיגיעו להסכמה ביניהן על חשבון אחרים? על מה מתפשרים – ועל הזכויות של מי – ועל מה לא? ההליך הפתוח בוועדת החוקה מעורר תקווה שהריון וההקשבה ההדדיים יאפשרו לייצר הסכמה שלא תבוא על חשבון קבוצות מוחלשות. לשם כך נדרשת אתיקה של עשיית חוקה שבה אין בעלי הכוח הכלכלי והפוליטי מנצלים אותו כדי לבצר את זכויותיהם תוך הכרה מוגבלת בזכויות של אחרים, ותפיסה שלא מכפיפה שוויון להסכמה. בינתיים נראה שהמחלוקות העמוקות וההתנגדויות העזות מטילות בספק את היתכנותה של הסכמה כזו, ושהפרדוקס החוקתי, שמוכנה לתוך הליך עשיית החוקה בכלל ומועצם במפעל החוקה בהסכמה, הוא כזה שאנו צריכים להיות מודעים לו ולנוכחותו הבלתי נעלמת.