

“עצרו את המהפכה בלעדי” על השמעתו ומשטורו של שיח הצדק החלוקתי והזכויות החברתיות

ריקי שיו

האם - וכיצד - ניתן לחולל שינוי בתפיסה כלכלית-חברתית מתוך ההיגיון הפנימי של השיח הליברלי שעליו מתבסס המשפט? האם ניתן לקדם מאבק חברתי באמצעות בית המשפט, באופן שישתמש בשיח “לגיטימי” ובכל זאת יפרק את השיח ההגמוני בנושאים של צדק חלוקתי וזכויות חברתיות? השיח הביקורתי בעניין הצדק החלוקתי והזכויות החברתיות, שהיה שולי עד תחילת שנות האלפיים, תפס בעשור האחרון מקום בלב הקונצנזוס החברתי ובבית המשפט ואף זכה ליוקרה מדעית. הטענה המרכזית של מאמר זה היא כי “השמעתן” של הזכויות החברתיות, והכללתן בשיח הציבורי המרכזי, הכניסה אותן לגבולות השיח: מותר לדבר עליהן ומותר אף להציג תפיסה סוציאל-דמוקרטית כאלטרנטיבה לעמדה השלטת - אך גם משטרה אותן במסגרת האמת ההגמונית והשתיקה את העמדה הביקורתית. ה“אמת” שהשתלטה על השיח היא גישה ליברלית שנקודת המוצא שלה היא כבוד האדם של האינדיבידואל; תפיסת הזכויות החברתיות שהיא מאמצת היא, בהתאם, צרה ביותר. הקול הסוציאל-דמוקרטי שראה בזכויות החברתיות כלי לשינוי מבני בחברה הישראלית נבלע בתוך השיח הדומיננטי. המאמר מציע לאמץ במאבק החברתי את “גישת היכולות” של הכלכלן זוכה פרס הנובל, אמרטיה סן, המעוגנת אמנם בפילוסופיה הליברלית אך מבוססת על תפיסה הרואה בשוויון הכלכלי חירות אזרחית בסיסית, ועל כן מאפשרת תפיסה רחבה של זכויות חברתיות. אימוצה של גישה זו עשוי לעורר דיון ציבורי ומשפטי שייסוב על אודות מושג החירות, שהינו הערך המרכזי בתפיסת העולם של האליטות החברתיות והכלכליות בישראל. הדבר יאפשר גם לפנות אל בית המשפט, בכובעו כמגן השוויון בחירויות ובזכויות, בבקשה להתערב בנושאים של חלוקת משאבים.

מבוא

במאמר זה אבחן מנקודת מבט סוציולוגית את השיח החברתי, האקדמי והמשפטי בנושאים של צדק חלוקתי ושל זכויות חברתיות. במסגרת זו אבקש להצביע על תהליך שבמסגרתו דווקא מתן לגיטימציה לשיח הצדק החלוקתי והזכויות החברתיות עיקר אותו מהפוטנציאל הביקורתי הטמון בו.

עד תחילתן של שנות האלפיים, השיח על אודות זכויות חברתיות וצדק חלוקתי היה שולי ועסקו בו בעיקר משפטנים ופעילים חברתיים שביקשו לקדם תפיסת עולם סוציאל-דמוקרטית. ברם, מזה שנים אחדות (מאז שנת 2002 לערך) החל שיח זה לתפוס מקום בלב הקונצנזוס וזכה ללגיטימציה מדעית וחברתית. החלו להתקיים כנסים ציבוריים העוסקים בזכויות חברתיות, והשתתפו בהם נושאי תפקידים בכירים במשק שהסכימו לעיגון חוקתי של זכויות חברתיות ברמה מינימלית.¹ כפי שנראה, הדיון בנושאים אלו הגיע אף לפתחו של בית המשפט העליון. ברשימה זו אבקש להאיר בקצרה מנקודת מבט סוציולוגית את הטענה כי עליית מעמדו של השיח באקדמיה, במרחב החברתי ובכית המשפט ביססה תפיסת עולם ליברלית של הזכויות החברתיות – וכי תפיסה זו צמצמה את היקפן ועיקרה אותן מהפוטנציאל המהפכני הטמון בהן.

שני מושגים מרכזיים בסוציולוגיה של הידע, שפותחו על ידי מישל פוקו, ישמשו אותי בניתוח ההתפתחויות בשיח הזכויות החברתיות: "שיח" ו"משטר האמת". "שיח" הוא גוף ידע, המתיר או מגביל את הדיבור, הכתיבה והמחשבה. ההפנמה של השיח וההפצה שלו הן למעשה קבלה לא מודעת של יחסי הכוח החברתיים. על פי פוקו, הבנת יחסי הכוח בשיח חברתי נעשית באמצעות השאלה למי יש זכות להשתתף בשיח על ה"אמת"; למי יש זכות לומר אמירות שונות ומהי העמדה המיוצגת על ידו; וכן מיהם הקולות המושמעים בשיח. לכל שיח (או דיסציפלינה אקדמית) יש חוקים פנימיים המכתיבים את האיכויות הנדרשות מהמשתתפים בשיח – מומחיות, שימוש בשפה מסוימת שקבעו בעלי הסמכות בתחום, קבלת "כללי המשחק" – זהו המשטר של השיח. דוברים אינדיבידואלים, הרוצים שיתייחסו אליהם ברצינות, צריכים לומר רק את מה ש"מותר" לומר – כלומר: את מה שאינו נתון במחלוקת – ולנהוג על פי המוסכס והמקובל בקהילת השיח שאליה הם מבקשים להשתייך. כאשר מציינים לכללים של "משטרת" השיח – כלומר: לכללים המקובלים בקהילה – נמצאים בתוך "משטר האמת" ומחזקים את יחסי הכוח הקיימים. לכן, כאשר קולות רדיקליים משתתפים בשיח הם מחזקים דווקא את ה"אמת" המקובלת, בשונה מקולות מושמעים המערערים על האמת בעצם אי-השתתפותם במשחק המוסכס. פוקו שאל מדוע אמירות מסוימות ולא אחרות נחשבות אמת ומדוע הן מופיעות בתקופה מסוימת. כדי לענות על שאלה זו הוא בדק את ההקשרים החברתיים שבהם מתנהל השיח.

בסתמך על פוקו אטען כי חדירתו של השיח השולי הביקורתי אל השיח המשפטי המרכזי הכפיפה אותו לפילוסופיה הפוליטית שבה נטוע המשפט ההגמוני וליחסי הכוח בקהילה המשפטית ובחברה. אבקש לטעון כי ההכרה שהעניקו האליטות האקדמיות והכלכליות ובית המשפט לזכויות החברתיות בעשור האחרון הקנתה להן יוקרה מדעית ולגיטימציה חברתית – אבל גם הכלילה אותן בתוך "משטר האמת", כלומר: קבעה ש"מותר" לדבר עליהן. בד בבד, הפרשנות שהשתלטה על השיח סימנה והכתיבה את גבולותיו, וכיום, האמת המוסכמת היא זכויות חברתיות ברמה מינימלית. עצם הכניסה של הצדק החלוקתי והזכויות החברתיות לשיח המרכזי היא גם קבלה של כללי המשחק ולפיכך גם של יחסי הכוח במרחב שבו מתנהל השיח. כאשר נהפך השיח הביקורתי השולי ללגיטימי, קולו נשמע בתוך התפיסה השלטת שאשררה את יחסי הכוח המעמדיים בחברה. השכבות ההגמוניות בחברה מקשיבות לשיח הביקורתי ו"מחבקות" אותו – ובעשותן כן מעקרות אותו. הן משתמשות באותם מושגים של "צדק חלוקתי" ו"זכויות חברתיות", אך בד בבד שוללות מהם את כוחם המהפכני.

לאור דברים אלו עולה השאלה האם – וכיצד – ניתן לחולל שינוי בתפיסה כלכלית-חברתית מתוך ההיגיון הפנימי של השיח הליברלי שעליו מתבסס המשפט? האם ניתן לקדם מאבק חברתי

באמצעות בית המשפט, באופן שישתמש בשיח “לגיטימי” ובכל זאת יפרק את השיח ההגמוני בנושאים של צדק חלוקתי וזכויות חברתיות? מטרת המאמר היא לנתח את שיח הצדק החלוקתי והזכויות החברתיות בישראל – כדי לפרק אותו ולהציע לו אלטרנטיבה “משחררת” הממוקמת בתוך “משטר האמת” שלו, כלומר: בגבולות השפה המשפטית המותרת והמוכרת. לשם כך אציע לאמץ בשיח ובמאבק המשפטי את “גישת היכולות” של הכלכלן ההודי זוכה פרס נובל, אמרטיה סן. סן זיהה זכויות לרווחה ראויה עם חירות ושוויון. גישה זו נטועה בתפיסת עולם ליברלית שהיא האמת המוסכמת על האליטות – אך נגזרת ממנה תביעה למדינת רווחה במובן הרחב. הואיל והגישה הסוציאל-דמוקרטית אינה מקובלת כיום בשיח ההגמוני בישראל ראוי, לדעתי, לנסח את המאבק המשפטי בשפתו של סן, היינו: במושגים ליברליים של דמוקרטיה וחירות.

א. שינויים בשדה המשפטי בישראל

בשנות השמונים והתשעים חל שינוי בשדה המשפטי בישראל. שינוי זה התבטא הן בפסיקתו של בית המשפט העליון, הן בתפיסתו את עצמו והן במעמדו בעיני הציבור.² בית המשפט נהפך לשותף בכיר בעיצוב של מערכת הערכים במדינה; מגוף פורמליסטי וזהיר נהפך בית המשפט לגוף אקטיביסטי המפרש את החוק ופוסק בשאלות כבדות-משקל שעל סדר היום הציבורי.³ גם באקדמיה המשפטית התחולל שינוי דומה:⁴ גבר העיסוק בקשרים שבין משפט, ערכים ויחסי הכוחות בחברה. גישות אלו הנביטו כתיבה משפטית אקדמית הבוחנת באלו ערכים נטוע מעשה השפיטה ואלו ערכים בית המשפט מבקש לקדם.⁵ בהקשר זה, גם התפיסה הכלכלית-חברתית של בית המשפט וגם עמדתו הליברלית ביחס להגדרת הזכויות הכלולות בזכות לכבוד האדם נתונות לביקורת אקדמית.⁶ במקביל, החלו פעילים חברתיים לראות בבית המשפט אתר מתאים לניהול מאבקים לקידום חברה צודקת יותר, לתפיסתם. כפי שאראה להלן, גישתם נשענה על עמדות אקדמיות ביקורתיות ועל תפיסה רחבה של זכויות חברתיות.

טענתי היא כי הדיאלוג בתוך האקדמיה ובינה לבין בית המשפט הוא ביטוי ליחסי הכוח בשיח; עצם הדיאלוג הוא מאבק על עמדות השפעה בקביעת קטגוריות בשדה החברתי: איזו גישה של צדק וזכויות חברתיות תקבע את פני החברה? מי בעלי הסמכות לקבוע את הערכים החברתיים? להלן אראה כי המאבק בין התפיסות השונות של צדק חלוקתי מתנהל גם בתוך בית המשפט עצמו.

ב. נקודות ציון בשיח על צדק חלוקתי וזכויות חברתיות

השיח המשפטי בנושאים של צדק חלוקתי היה שולי למדי עד סוף שנות התשעים; זכויות חברתיות לא זכו להכרה אפילו בקרב גופים שעסקו בהגנה על זכויות אדם.⁷ הדרתן של הזכויות החברתיות מחוקי היסוד ומן השיח הציבורי הקשו על קידום צדק חברתי בישראל,⁸ ולכן ניתן היה לצפות לפריצת דרך בהקשר זה כאשר יינתן להן קול בשיח המשפטי והציבורי. להלן אראה כי תפיסת הצדק שהשתלטה על השיח הציבורי והמשפטי שונה מזו שאליה התכוונו משפטנים ביקורתיים ופעילים חברתיים.

נקודת ציון חשובה בסוציולוגיה של השיח הייתה כנס שיזם פרופ' מנחם מאוטנר בשנת 1998 בפקולטה למשפטים בתל-אביב בנושא “צדק חלוקתי”. בכנס השתתפו גם חוקרים מדיסציפלינות אחרות, וההרצאות שנישאו בו התפרסמו בקובץ בן 450 עמ' בשם צדק חלוקתי בישראל.⁹ שבעה מתוך 16 המאמרים שפורסמו בקובץ נכתבו על ידי חוקרים מדיסציפלינות אחרות: מדעי החברה, מדע המדינה, גאוגרפיה ופילוסופיה. המאמרים הציגו מבט רב-תחומי על החברה, הציעו

פרספקטיבות שונות לצדק חלוקתי וניתחו את השינויים במשטר החברתי-כלכלי בישראל ובעולם המערבי.¹⁰ במבוא לספר כתב מאוטנר כי הכנס נועד לדון בפערים הכלכליים, לעורר דיון של משפטנים בשאלות שונות תדיר מחוץ לדיון המשפטי, ולהציב את שאלת הזכויות החברתיות על סדר היום של הקהילה המשפטית. היה זה ניסיון "להשלים את החללים שהתקיימו בסדר יומם של המשפטנים ושל הציבור בכללותו". לדברי מאוטנר היה קשה לגייס כותבים לספר, ואלו שהשתתפו בכתיבה היו "היחידים שהתעניינו בנושא". מבחינה סוציולוגית ניתן לומר כי אחת ממטרותיו של צדק חלוקתי הייתה לקדם את מעמדו של השיח השולי ולהעביר את הדיון בו למרכז הבמה הציבורית; זהו למעשה מניפסט של הפרדיגמה הביקורתית במשפט, המבקשת להנחיל את ערכיה אל השיח המשפטי הציבורי. להלן אכנה את הכותבים בקובץ זה "הביקורתיים".

הקובץ צדק חלוקתי סייע בהצבת הדיון בסוגיות של צדק חלוקתי ושל זכויות חברתיות על סדר יומה של האקדמיה המשפטית, וכפי שנראה בהמשך – גם על זה של בית המשפט העליון. כך, למשל, מאמרם של ד"ר סנדי קדר ופרופ' אורן יפתחאל,¹¹ העוסק בצדק חלוקתי בקרקעות בישראל ונסמך על גישות ביקורתיות בסוציולוגיה הישראלית, היה הבסיס לבג"ץ הקרקעות שנדון לימים בבית המשפט העליון.¹² גם מאמרים אחרים שהתפרסמו בקובץ זכו להתייחסות בפסקי דין של בית המשפט העליון.¹³ מבחינה סוציולוגית ניתן אפוא לומר שקובץ זה, אשר "נוכח" בבית המשפט, נכנס לגבולותיו של השיח המשפטי המרכזי ו"מותר" לדבר על תכניו.

בשנת 2002 ערך המכון הישראלי לדמוקרטיה – המארגן מדי שנה את כנס קיסריה, בו נוטלים חלק אנשי מפתח מהמסד הפוליטי ומהמגזר העסקי – כנס בנושא עיגוןן של זכויות חברתיות בחוקה.¹⁴ פרופ' רות גביוון, יו"ר הכנס, דנה בשאלה אם החוקה צריכה לקדם שוויון חברתי. לדירה, מטרתן של הזכויות החברתיות להבטיח רשת ביטחון שיכולה להתיישב עם רמות גבוהות של אי-שוויון – ולכן המליצה לא לעגן בחוקה תפיסה של זכויות חברתיות שתפקידה לקדם שוויון חברתי.¹⁵ אנשי עסקים שונים התנגדו גם הם לקביעה של יתר-שוויוניות כמטרה חוקתית. לדברי אהרן דברת, המבטא עמדה ליברלית, "אנחנו צריכים לשאוף לשוויון בהזדמנויות ולא בתוצאות".¹⁶ בכנס השתתפו גם משפטנים, ביניהם עו"ד יובל אלבשן ועו"ד גיא מונדלק, שהציגו תפיסה רחבה של זכויות חברתיות, המטילה חובה על המדינה להקצות תקציבים לטובת הגשמתן ומימושן של זכויות אלו, וביקשו לעגן בחוקה שורה ארוכה של זכויות חברתיות. המשפטן פרופ' עלי זלצברגר ביקש לקבוע ש"מדינת ישראל היא מדינת רווחה" הנותנת רשת ביטחון מינימלית לכולם, אך לדירו, החוקה צריכה להתייחס גם לשאלות של חלוקה וקיום נאות. אמנם עמדת הרוב בכנס הייתה כי "על החברה בישראל להכריז ולהצהיר על המחויבות שלה לצדק חברתי" וכי יש לכלול מחויבות זו בחוקה, אך המושג "צדק חברתי" כפי שהוסכם על ידי רוב המשתתפים היה שונה מהתפיסה שהציגו המשפטנים הביקורתיים. העמדה המוסכמת והשלטת בכנס – "האמת של השיח" – הייתה שיש לעגן זכויות חברתיות לקיום מינימלי (ולא לקיום נאות), וכי יש להשאיר לדרג הפוליטי את הסמכויות בדבר היקפן של הזכויות ובדבר הקצאת התקציבים למימושן.

בעקבות תורת השיח אפשר לטעון כי הזמנת המשפטנים הביקורתיים להשתתף בדיון בכוכן לדמוקרטיה אמנם נתנה לגיטימציה גם לעמדותיהם, אך בה בעת שימשה עלה תאנה לעמדה ההגמונית בשיח. קולותיהם, שהושמעו במעוז ההגמוניות החברתיות, נמצאים אמנם בתוך גבולות השיח – מחויבות לצדק חברתי – אולם עוקצו של השיח הביקורתי הוקהה, שכן החלטות הרוב היו ברוח תפיסת העולם של המשתתפים מקרב האליטות הכלכליות והחברתיות. בקובץ צדק חלוקתי הוצגו תפיסות של צדק שהעורך המרכזי שלהן היה שוויון, ואילו העמדה השלטת בכנס של

המכון הישראלי לרמוקרטיה – האמת המוסכמת על קובעי ההחלטות – הייתה תפיסה ליברלית צרה של זכויות חברתיות. המושגים “צדק חברתי” ו”זכויות חברתיות” נהפכו אפוא לחלק מהשיח המרכזי, אך, לטענתי, השמעתם בשיח זה “משטרה” אותם והחילה עליהם את ה”אמת” של בעלי הכוח. כך עוקרה התפיסה שאותה ביקשו לקדם משפטנים ביקורתיים ופעילים חברתיים.

עדות לשינוי במעמד וביוקרה האקדמית של שיח הצדק החלוקתי והזכויות החברתיות ניתן לראות בשנת 2004 בפרסומו של קובץ מאמרים בשם זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל (להלן: זכויות חברתיות). בעריכת ד”ר יורם רבין וד”ר יובל שני מהמכללה למנהל.¹⁷ הקובץ מחזיק כ-1,000 עמ’ וכולל 21 מאמרים של חוקרים שונים מתחום המשפט. לצד חוקרים כמו ד”ר אייל גרוס ופרופ’ דפנה ברק-ארוז, שהשתתפו גם בקובץ צדק חלוקתי, נטלו חלק בקובץ גם משפטנים בכירים מלב הממסד כדוגמת נשיא בית המשפט העליון דאז, פרופ’ אהרן ברק, וכן חוקרים בכירים כדוגמת פרופ’ גביון ופרופ’ יואב דותן. הקובץ עסק בסוגיות תאורטיות בפילוסופיית הזכויות, בזכויות חברתיות-כלכליות פרטיקולריות כמו הזכות לחינוך והזכות לבריאות, בזכויות חברתיות של נשים ועוד. עורכי הקובץ ציינו בפתחה כי הספר “מציג חזית רחבה של כמה מבכירי המשפטנים בישראל המצדדים בזכויות חברתיות”, וכי למרות המחלוקות ביניהם “המכלול העולה מקשת העמדות המוצגות מוביל לעמדה אוהדת, הרואה בזכויות חברתיות זכויות אדם לכל דבר ועניין וקוראת למחוקק לקדם את ההכרה בהן”. השיח על כל גווניו קיבל אפוא לגיטימציה מדעית. הגישה הרדיקלית לא הושתקה בשיח המדעי, וההתייחסות אליה ופרסומה בקובץ זה מעידה על כך שקיבלה יוקרה מדעית ו”מותר” לדבר עליה. נראה שאף התגבשה קואליציה לקידום הנושא בין מלומדי משפט מכל הזרמים לבין הדרג הבכיר ביותר של בית המשפט העליון.

אולם, למרות השימוש במונח “זכויות חברתיות” בשני הקבצים, יש הבדל מרכזי בין הגישות הדומיננטיות בקובץ צדק חלוקתי לבין גישתם של החוקרים מהזרם המרכזי שהשתתפו בקובץ זכויות חברתיות. החוקרים הביקורתיים רואים בזכויות החברתיות כלי לצמצום אי-השוויון – כלומר: מכשיר לשינוי חברתי מבני – ואילו החוקרים מהזרם המרכזי מתמקדים באדם נשוא הזכות, שהזכויות החברתיות נועדו להבטיח לו קיום אנושי בכבוד. כאמור לעיל, זו גם הגישה המקובלת על האליטות הכלכליות; בהמשך נראה כי זו גם הגישה המקובלת בבית המשפט. להלן אנתח בפירוט רב יותר את הפערים בין שתי הגישות.

1. גישות רדיקליות בשיח הצדק החלוקתי במשפט

מאז שנות התשעים עורכי-דין חברתיים וקליניקות משפטיות פועלים באמצעות המשפט לקידום זכויות חברתיות ולטיפול בבעיית העוני.¹⁸ הם נוטלים חלק בשיח הביקורתי בישראל דרך כתיבה בכתבי עת ביקורתיים וארגון כנסים בין-תחומיים; הם מסתמכים על גופי ידע ותפיסות עולם מחוץ לדיסציפלינה המשפטית. כתיבתם מושפעת מגישות ביקורתיות לחקר החברה בישראל ומשלבת אותן עם גישה ביקורתית למשפט (CLS - Critical Legal Studies). החושפת את הבסיס האידאולוגי של המשפט. במקביל, וכפי שנראה, חוקרים ביקורתיים מדיסציפלינות אחרות נאבקים, בשיתוף פעולה עם משפטנים, למען קידום שינוי חברתי באמצעות בית המשפט.

המשפטנים מהאסכולה הביקורתית (להלן: “הביקורתיים”) תקפו את האופן שבו פירש בית המשפט העליון את חוקי היסוד וטענו כי מדובר בפרשנות ליברלית המשרתת את האליטות הכלכליות, שהן אב טיפוס של “האדם הסביר” שאותו רואה בית המשפט לפניו.¹⁹ הביקורתיים רואים את השוויון כערך בפני עצמו, ואת הזכויות החברתיות כזכות לקיום ראוי בכבוד המאפשר מימוש של הפוטנציאל האישי. לדידם, הזכויות החברתיות במובן הרחב הן שוות-ערך לזכויות

האזרחיות והפוליטיות, והן אמצעי להקטנת אי-השוויון הכלכלי-חברתי במדינה. מדובר בתפיסות רחבות של צדק השוללות את האידאולוגיה הנאו-ליברלית המזוהה עם הקבוצות החזקות בחברה הישראלית, ותומכת בחלוקה מחדש של המשאבים הכלכליים – דוגמת קרקעות המדינה – בין כלל אזרחיה.²⁰

התפיסה הביקורתית נשענת על שני יסודות מרכזיים: גישה ביקורתית ביחס למערכת המשפט ועמדה חברתית-כלכלית סוציאל-דמוקרטית. שני יסודות אלו נדונים בהרחבה בקובץ צדק חלוקתי וכן במאמרים אחרים של החוקרים הביקורתיים.²¹ אסקור בקצרה את היבטיהם המרכזיים.

הגישה הביקורתית למשפט, שאליה מתייחסים חוקרים ביקורתיים כגון ד"ר סנדי קדר וד"ר אייל גרוס, נטועה בגישות נאו-מרקסיסטיות הרואות במשפט את אחד המנגנונים המאשררים את המשטר הקפיטליסטי. לפי גישה זו, הפילוסופיה הליברלית וגישת הזכויות הנגזרת ממנה משמרות את יחסי הכוח המעמדיים ואת שלטון האליטות הכלכליות.²² לפיכך, שימוש בשפת הזכויות הוא בעייתי במהותו, ולא ניתן לשנות באמצעות שפה זו בלבד את מבנה היחסים החברתיים-כלכליים ולצמצם את אי-השוויון. לפיכך מנסים הביקורתיים להתמודד עם השאלה איזו תפיסת צדק ליברלית יכולה בכל זאת לשמש כלי לשינוי חברתי באמצעות המשפט.²³

על פי התפיסה הסוציאל-דמוקרטית, הזכויות החברתיות יכולות לשמש כלי לצמצום אי-השוויון. הראשונה²⁴ לנסח זאת בצורה סדורה הייתה פרופ' רות בן-ישראל.²⁵ במאמר משנת 1994 היא הביעה את החשש כי הפרשנות הליברלית שמציע השופט אהרן ברק לחוקי היסוד תתמוך בכלכלת שוק ובזכויות המעסיקים ותפגע בחוקי העבודה ובזכויות העובדים. בן-ישראל הציגה את מודל הביטוח הסוציאלי של ויליאם בוורידג' – ההוגה והמייסד של מדינת הרווחה הבריטית בשלהי מלחמת עולם השנייה – המסמל מאז את הבסיס לתפיסה הסוציאל-דמוקרטית המודרנית. הזכויות החברתיות בפילוסופיית הרווחה הבריטית כוללות את הזכות לחינוך, את הזכות לבריאות, את הזכות לדיוור, את הזכות לעבוד ולבחור תעסוקה ואת הזכות להתאגד באיגודים מקצועיים.²⁶ הדגש בתוכניתו של בוורידג' היה על ביטוח ותשלומים על פי זכאות על בסיס אוניברסלי, ולא על תשלומי סעד סלקטיביים על בסיס של נזקקות. התפיסה המכוננת את מדינת הרווחה הייתה של סולידריות חברתית בין האזרחים במדינה. ההנחה הייתה שכדי לשמור על לכידותה של החברה יש להבטיח את הרווחה של כל האזרחים, "מן העריסה ועד לקבר", ולשם כך נדרשים מיסוי גבוה ומעורבות ממשלתית בשוק החופשי. לפי פילוסופיית הרווחה הסוציאל-דמוקרטית, הזכויות החברתיות נועדו לאפשר ניהול חיים עצמאיים המוגנים מפני כוחות השוק, ובכך להפחית במידת-מה את הסטטוס של האזרחים כסחורות בשוק החופשי (דה-קומודיפיקציה). צמצום העוני ופתיחת הזדמנויות חינוכיות אמורים לאפשר ניידות חברתית ולחולל שינוי מבני-מעמדי, שיקטין בטווח הרחוק את אי-השוויון הכלכלי והחברתי במדינה.

מגישתם הרחבה של הביקורתיים למושג הצדק החלוקתי ניתן לפרש את זכות היסוד בדבר כבוד האדם וחירותו, שהיא זכות ליברלית אזרחית, גם כזכות חברתית שתקדם שינוי חברתי. לתפיסתם, זכות חברתית יכולה להתפרש כמחויבות של המדינה לספק שירותים חברתיים באופן אוניברסלי, וברמה גבוהה שתאפשר מימוש של הפוטנציאל האישי.²⁷ כך לדעתם ניתן יהיה להתגבר במידת-מה על המכשול המובנה בגישת הזכויות.

2. גישות ליברליות בשיח הצדק החלוקתי במשפט

הגישה הליברלית במשפט חולקת על תפיסת הצדק החלוקתי ועל תפיסת הדמוקרטיה של הגישה הביקורתית. ראינו לעיל כי המחלוקת בין שתי הגישות בכנס המכון הישראלי לדמוקרטיה נסבה

על השאלות מהו צדק חברתי והאם חוקה צריכה לקדם שוויון חברתי. ההבדל המהותי בין הגישות הוא ביחסן לתפקידן של הזכויות החברתיות. פרופ' גביון ופרופ' דותן דוגלים בתאוריית הצדק של ג'ון רולס²⁸ כפשוטה (על עקרונותיו של רולס ראו בפרק ד להלן). כך, אליבא דגביון, מטרתן של הזכויות החברתיות והכלכליות היא לאלץ את המערכת הפוליטית לקבוע “רשת ביטחון בלבד”.²⁹ בשונה מהמשפטנים הביקורתיים, גביון אינה רואה אפוא את הזכויות החברתיות ככלי להקצאה שוויונית יותר של משאבים.³⁰ דותן מצדו הסיק מהעיקרון הראשון של רולס – עקרון השוויון בחירויות האזרחיות והפוליטיות – כי נורמת השוויון הפוליטית-דמוקרטית מאפשרת לשווקים לפעול באופן חופשי וליצור חלוקת משאבים לא שוויונית;³¹ לדעתו, יש להגן רק על זכויות חברתיות וכלכליות הנגזרות מהצורך להגשים חירויות פוליטיות.³²

אשר למעמדן של הזכויות החברתיות בישראל – דומה כי ניתן להצביע על תמורה מסוימת בכתיבתם של המשפטנים הליברלים ביחס אליהן. הדוגמה הבולטת לכך נמצאת בכתיבתו המשפטית האקדמית של אהרן ברק. בשנת 1994 כתב פרופ' ברק: “ספק בעיני אם ניתן להסיק מכבוד האדם זכות לחינוך, להשכלה, לבריאות ולרווחה חברתית”.³³ ברבות השנים חלו שינויים ואף התגמשות בעמדתו זו, ודומה כי כיום הוא תומך בגזירת זכויות חברתיות – גם אם ברמה מינימלית – מחוק היסוד.³⁴ ברק לא היה היחיד. גם פרופ' גביון סבורה כי במצב המשפטי הקיים, הפרשנות הנכונה של הזכות לכבוד האדם מאפשרת להחילה על זכויות חברתיות ברמה מינימלית בלבד. גישתם של ברק ושל גביון אמנם אינה מחילה את השוויון החברתי על הזכות האזרחית לכבוד האדם וחירותו (כפי שמציעים הביקורתיים), אך בכל זאת מדובר בהרחבת הפרשנות הצרה של זכות זו גם לזכויות חברתיות – אקט חשוב מבחינה הצהרתית גם אם, כאמור, ברמה מינימלית בלבד.

מבחינת המודל הראוי של הזכויות החברתיות, שניהם גורסים כי הזכויות החברתיות נמצאות בדרגה דומה לזה של הזכויות האזרחיות והפוליטיות, וכי יש מקום לאמץ מודל של זכויות חברתיות לקיום נאות (ולא מינימלי) כתנאי לכבוד האדם ולהגשמתו עצמית.³⁵ גביון, בדומה לברק, סבורה כי מבחינה מהותית, זכויות חברתיות חשובות לרווחה האנושית אף יותר מאשר חלק מהזכויות האזרחיות והפוליטיות.³⁶ ברק מציע כמודל ראוי לחיקוי את החוקה הדרום-אפריקנית, שיש בה תפיסה רחבה של זכויות חברתיות, ואשר מונה את הזכויות לחינוך, לבריאות, למזון, למים ולביטחון סוציאלי.³⁷ ברם, שני הכותבים אינם מגדירים מה נחשב בעיניהם “קיום ראוי”. ברק אינו מציג תאוריה או מודל לצדק חברתי כרקע לגישת הזכויות שלו, והוא אינו מצביע על דרך למימושן של הזכויות החברתיות – בין אם על ידי שירותים חברתיים ברמה גבוהה לכול, דרך שיש בה פוטנציאל לשינוי חברתי כמו בתפיסה הסוציאל-דמוקרטית, ובין אם על ידי הקצבות (ברמה נאותה) לנזקקים, כמו בגישת מדינת הסעד. גביון, הנשענת על תורת רולס, מכריזה במפורש כי ההכרה בזכויות חברתיות אינה מחייבת מנגנון לחלוקה שוויונית של משאבים כלכליים – גישה המתאימה יותר למדינת הסעד האמריקנית, התומכת בחלשים ביותר ואינה מבקשת לקדם שינוי מבני. גישת הזכויות של גביון וברק נשענת אפוא על הפילוסופיה הליברלית ועל כבודו של היחיד והאוטונומיה שלו כנקודת מוצא, ונבדלת בכך מהתפיסה הסוציאל-דמוקרטית, שנקודת המוצא שלה היא הלכידות החברתית (ולא היחיד), שהכלי המרכזי להשגתה הוא הקטנת אי-השוויון.³⁸

לסיכום: בעוד שלפי הגישה הביקורתית השוויון החברתי (או צמצום אי-השוויון) מכונן את הדמוקרטיה – ולפיכך בית המשפט נדרש להגן על מודל רחב של זכויות חברתיות, גם אם אינן מעוגנות בחוקה – הרי שלפי הפרדיגמה הליברלית בית המשפט נדרש להגן רק על כבודו של האינדיבידואל, ואין מחויבות לתפיסת צדק שוויונית כתנאי לדמוקרטיה. כפי שראינו לעיל, זו

גם הגישה המקובלת בקרב האליטות הכלכליות; כפי שנראה להלן, תפיסה זו היא גם ה"אמת המוסכמת" בבית המשפט העליון.

ג. צדק חלוקתי וזכויות חברתיות בבית המשפט העליון

להלן נדון בשני פסקי הדין החשובים שעוררו הד ציבורי ניכר ובהם נדונו לראשונה תפיסות רחבות של צדק חלוקתי וזכויות חברתיות. מדובר בבג"ץ הקרקעות משנת 2002, שבו התקבלה העתירה של "הקשת הדמוקרטית המזרחית", ובבג"ץ הקיום בכבוד (פרשת מחויבות)³⁹ משנת 2005, שבו נדחתה העתירה של עמותת "מחויבות לשלום ולצדק חברתי" ושל ארגונים אחרים. ניתוח קצר של פסקי הדין יאפשר לראות כיצד ההכרה של הממסד המשפטי בזכויות החברתיות נטועה בשיח הליברלי באופן המשמר את הסדר ההגמוני תוך שימוש ברטוריקה של צדק חברתי.

1. בג"ץ הקרקעות

הדין האקדמי המשפטי במשטר המקרקעין של ישראל קיבל תאוצה במהלך שנות התשעים, בעקבות סדרת החלטות של מנהל מקרקעי ישראל (ממ"י) שנגעו להפשרת קרקעות חקלאיות, בקיבוצים ובמושבים, ולהפיכתן לקרקע המיועדת לבנייה ציבורית ופרטית. חוקרים ביקורתיים תקפו החלטות אלו בטענה כי מדובר בהחלטות בעלות אופי חלוקתי מובהק, המייצרות אי-שוויון באמצעות העברת רכוש השייך לכל אזרחי המדינה לידיהן של קבוצות מועדפות, וכי יש קשר של אינטרסים בין הבנקים שהם נושי הקיבוצים לבין כרישי הנדל"ן והחקלאים.⁴⁰

הדין הביקורתי האקדמי בחלוקתן של קרקעות המדינה נעשה תוך שימוש במושג "אתנוקרטיה" שאותו הציע פרופ' אורן יפתחאל. אתנוקרטיה היא שיטת משטר בעלת שני עקרונות מרכזיים: הראשון הוא מסגרת דמוקרטית-פרוצדורלית, והשני – למרות מסגרת זו – הוא קביעה של זכויות התושבים ושל אופי התהליך הפוליטי, בראש ובראשונה, על פי עיקרון אתני, להבדיל מאשר עיקרון אזרחי-טריטוריאלי. לפי הגישה הביקורתית, ישראל נחשבת אתנוקרטיה בשל הדומיננטיות האתנית של הקבוצה היהודית השלטת היוצרת ומשמרת אי-שוויון זה כאלמנט קבוע במבנה החברתי בישראל.⁴¹ הדין ניתח את האופן שבו ההסדרים המשפטיים מבנים את השליטה במרחב, וזו מכוננת גם יחסי כוח מעמדיים. בין השאר נטען כי בעיצוב של משטר השליטה במקרקעין בישראל באים לידי ביטוי הן הפן הקולוניאלי, הן הפן המעמדי והן הפן האשכנזי של הצינונות.⁴²

בחודש ינואר 2000 עתרה לבג"ץ עמותת "הקשת הדמוקרטית המזרחית", ביחד עם אנשי אקדמיה הנמנים על השמאל החברתי,⁴³ בדרישה כי יבטל את החלטות ממ"י בנושא הפיצוי של בעלי קרקע חקלאית בעת הפשרת הקרקעות, וכי יחייב את ממ"י לשקול שיקולים של צדק חלוקתי בתהליך קבלת החלטות. בין השאר טענו העותרים כי ההחלטות מגבירות את הפערים החברתיים והכלכליים ותורמות להעמקת הקיטוב בחברה. העתירה קראה לבית המשפט להתמודד עם אי-השוויון בהתייחסות של המדינה אל אזרחים מקבוצות שונות, לחייב אותה להכיר בזכויות חברתיות אף שלא עוגנו בחוקי היסוד, ולחלק את המשאבים הציבוריים בצורה צודקת. העתירה הציגה תפיסת צדק חברתי שלפיה חלוקה צודקת של משאבים לשם מימוש הזכויות החברתיות צריכה לחולל שינוי מבני ולהפחית את אי-השוויון הכלכלי במדינה. זוהי גישה זהה לפרדיגמה הביקורתית במשפט. ואכן, החוקר הביקורתי ד"ר סנדי קדר היה גם אחד העותרים. העתירה ביטאה תפיסה של צדק מתקן המבקשת להתמודד עם אפליות היסטוריות. גישה זו נותנת עדיפות בחלוקת המשאבים לקבוצות שקופחו בעבר: "לתת ראשית למי שיש לו פחות, על מנת להעמידו במצב

שווה לזה של יתר האוכלוסייה” (סעיף 111 לעתירה). גישה זו נבדלת מגישה פורמלית של צדק משמר, המתייחסת לשוויון בחלוקת המשאבים הקיימת.⁴⁴ באוגוסט 2002 קיבל בג”ץ את העתירה, ביטל את החלטות ממ”י, וקבע כי רשויות מנהליות חייבות לשקול שיקולים של צדק חלוקתי בטרם יקבלו החלטה. הייתה זו הפעם הראשונה שביט המשפט אימץ תפיסה של שוויון בחלוקת משאבים לכלליים ונקט עמדה מפורשת ביחס לתפקידו וחובתו לאכוף מערכת נורמטיבית זו על המדינה. למעשה, בפסק דין זה הצהיר על עצמו בית המשפט כשחקן פוליטי וקבוע ערכים בשדה החברתי. בשל חשיבותם, ראוי להביא את דבריו של השופט תאודור אור כלשונם:

”בהקשר זה יצוין, כי למשפט תפקיד חשוב בכל הנוגע לפיקוח על החלטות שעניינן חלוקת עושר בחברה, וכי תפקיד זה הוא לפתח מערכת נורמטיבית המבטיחה כי החלטות בעלות השלכות חלוקתיות יהיו תוצאה של הליך צודק ופתוח, במיוחד לנוכח הסכנה שהחלוקה תטיב רק עם קבוצות לחץ מאורגנות היטב. אכן, דווקא בשל העובדה, שהחקיקה בתחום זה אינה מגדירה אמות מידה מהותיות לחלוקת משאבים בחברה, נדרש, עם כל הקושי שבדבר, פיקוח שיפוטי הדוק יותר על מנת להבטיח כי חלוקת המשאבים תהא צודקת והוגנת.”⁴⁵

בית המשפט קרא בפסק דין זה לאמץ תפיסת צדק שאינה מעוגנת בחוק, ובכך מיקם את עצמו כסוכן מרכזי בשיח הצדק החלוקתי וכקובע נורמות חברתיות. בית המשפט – אחד ממוסדות ההגמוניה – העלה על סדר היום הציבורי את המושג “צדק חלוקתי” ובכך מיקם את הדיון ואת עמדת העותרים הביקורתיים בגבולות השיח המותר. עיתונאים ופרשנים הציגו את בג”ץ הקרקעות כהצלחה גדולה וכמהפכה.⁴⁶ לעומת זאת אנשי אקדמיה, ובהם חלק מהעותרים, טענו כי מדובר בתפיסה צרה ופרוצדורלית של צדק. כך, למשל, ד”ר יוסי דהאן, שהיה אחד העותרים, טען כי במוקד החלטתו של בית המשפט לפסול את החלטות ממ”י עמדה עילת הסבירות, וכי שיקולי הצדק החלוקתי הם רק חלק מהשיקולים שצריכים להנחות אותו.⁴⁷ לדבריו, בית המשפט התעלם מחלק הארי של טענות העותרים וצמצם את גדר המחלוקת לשאלת השיקולים הלגיטימיים שהרשות המנהלית רשאית לשקול. מושג הצדק החלוקתי קיבל אפוא בדיון המשפטי פירוש צר ומוגבל שאינו יכול להוביל לשינוי חברתי.⁴⁸

חשיבותו של פסק הדין בבג”ץ הקרקעות כפולה: ראשית, משום שהוא העלה את המושג “צדק חלוקתי” לתודעה הציבורית והפך אותו לחלק לגיטימי מהשיח החברתי והתקשורתי; ושנית, משום שהוא הצהיר כי לבית המשפט יש תפקיד בניסוח ערכים נורמטיביים של צדק חברתי. השאלה לגבי הקריטריונים המגדירים מהו צדק חלוקתי נותרה במחלוקת בין החוקרים הביקורתיים לבין בית המשפט העליון שאימץ, כאמור, תפיסת צדק צרה. יש אמנם מחלוקת בנוגע לאמת השלטת בשיח, אולם עצם קיומו של דיון ערכי בבית המשפט על אודות תפיסות צדק שונות נתן לגיטימציה ובמה גם לתפיסה הרחבה של העותרים, ואפשר גם לבית המשפט לפרוץ במידת-מה את שיפוט-החסר שלו בעניינים חברתיים. בית המשפט אמנם “משטר” את השיח בכך שהוביל תפיסת צדק צרה, אך עדיין נפתח פתח לדיון עקרוני בגישות שונות של צדק. מאחר שתפיסה של צדק חברתי מגדירה את הגישה הערכית לגבי זכויות חברתיות, הדיון בבג”ץ זה היה לטעמי עקרוני ומהותי יותר מהמחלוקת על היקף הזכויות החברתיות – נושא הבג”ץ השני.

2. בג"ץ הקיום בכבוד

בשנת 2003 הנהיג שר האוצר דאז, בנימין נתניהו, תכנית חירום כלכלית שכללה, בין השאר, קיצוץ ניכר בגמלת הבטחת הכנסה וכן מגבלות שונות על הזכאים לה. ארגונים חברתיים – עמותות "מחויבות לשלום ולצדק חברתי", האגודה לזכויות האזרח, התנועה למלחמה בעוני (הל"ב) ומרכז אדווה – עתרו לבג"ץ בטענה כי הקיצוץ אינו חוקתי. זאת, לאור פגיעתו הקשה והבלתי-מידתית בכבודה של אוכלוסיית מקבלי הבטחת הכנסה בישראל, שהיא האוכלוסייה החלשה ביותר מבחינה כלכלית. המדינה השיבה לעתירה כי רק "היעדר קורת-גג, רעב והיעדר כסות, יחשבו כפגיעה המחללת את כבודו של אדם". בבית המשפט התקיים דיון רחב ועקרוני בשאלה מהו קיום בכבוד – האם מדובר ברמת חיים ראויה או מינימלית – ובשאלה על איזו תפיסה של זכויות חברתיות נדרש ויכול בית המשפט להגן. בדצמבר 2005 דחה בג"ץ את העתירה בהרכב של שבעה שופטים, עם דעת מיעוט חזקה של השופט אדמונד לוי.

הן העתירה והן פסק הדין הם טקסטים המייצגים שתי תפיסות שונות של זכויות חברתיות – רחבה (שאותה מייצגת העתירה) וצרה (שאותה מייצג פסק הדין). העתירה הסתמכה, בין היתר, על מחקרם של החוקרים פרופ' אברהם דורון ופרופ' ג'וני גל מתחום העבודה הסוציאלית, המזוהים עם גישות של מדיניות רווחה אוניברסלית, וכן על מחקר שנעשה במכון אדווה, מכון למחקר חברתי המקדם מדיניות סוציאל-דמוקרטית. פרופ' אריה ארנון, אחד העותרים מעמותות "מחויבות לשלום ולצדק חברתי", הוא כלכלן האוחז בתפיסה של מדינת רווחה אוניברסלית רחבה וגורס כי "לחופש שוויון ואחווה יש עוד קוונים"⁴⁹.

מבחינה סוציולוגית, עצם הדיון בבית המשפט וההצגה של תפיסת הזכויות הרחבה של העותרים מעידים שוב כי גם הגישה הביקורתית נכנסה לגבולות השיח. בפסק דין זה הושמעו הזכויות החברתיות והתקיים דיון בשאלה העקרונית איזו תפיסה של זכויות חברתיות ניתן לגזור מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. העותרים טענו כי הקיצוץ פגע ברמת החיים המינימלית של מקבלי הקצבאות. במילים אחרות, הם ניסו לתקוף את עמדת המדינה מתוך התפיסה שהיא עצמה מכירה בה – זכויות חברתיות לחלשים ביותר.⁵⁰ אולם, בד בבד עם טענתם לפגיעה בזכות לכבוד, לא הצניעו העותרים את עמדתם הערכית, החורגת מהגישה המקובלת על בית המשפט ועל המדינה. הם דחו את תפיסת ה"מינימום החומרי" שהציגה המדינה כבסיס להגדרת הזכות לכבוד האדם, וטענו כי הזכות לקיום אנושי בכבוד "אינה מתמצית בזכות לצרכים קיומיים פיזיים אלא כוללת גם צרכים רוחניים וחברתיים והיא אף צריכה להתחשב בצרכים המקובלים בחברה".⁵¹ העמדה הנורמטיבית של העותרים, הנטועה כאמור לעיל בהשקפת עולמם הסוציאל-דמוקרטית, היא כי מדינת ישראל צריכה להיות מדינת רווחה שיעד מרכזי בה הוא צמצום של אי-השוויון הכלכלי-חברתי. זכויות חברתיות הן זכויות לקיום נאות, המאפשרות "רמת חיים נסבלת, המקיימת יחס סביר לרמת החיים הכללית בזמן נתון"⁵² ולא רק הגנה מפני מחסור משפיל.⁵³ זכויות חברתיות מסוג זה מאפשרות נידות חברתית שעשויה לחלץ את הפרט ממצוקתו וממעמדו הנחות ביחס לחברה בה הוא חי.

דעת הרוב הכירה בפרשנות צרה בלבד של הזכות לכבוד – זכות לחיים ברמת מינימום של אמצעים חומריים שהיא מעל "מחסור בלתי-נסבל". בית המשפט הכיר בחובת המדינה לספק רשת מגן מינימלית למעוטי-האמצעים בחברה (סעיף 16), בניגוד לעמדת העותרים שביקשו לקדם זכויות חברתיות לקיום נאות ותומכים בתפיסה של מדינת רווחה אוניברסלית. בית המשפט הסכים אך לכך שהזכות לקיום ברמת חיים מינימלית (ולא ברמת חיים נאותה) היא זכות חברתית הראויה

להגנה שיפוטית במסגרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ניתן לראות אפוא כי עמדתו של בית המשפט מתיישבת עם העמדה שהציגו החוקרים הליברליים – ובהם כמוכר ברק עצמו, בכובעו המחקרי – ולפיה במצב המשפטי הקיים, הפרשנות הנכונה של הזכות לכבוד כוללת הגנה על קיום אנושי ברמה מינימלית בלבד.

בשולי הדברים ראוי לציין את דעת המיעוט של השופט אדמונד לוי, שקיבל את עמדת העותרים והציג תפיסה רחבה של זכויות חברתיות לקיום ראוי בכבוד. לוי אימץ את התפיסה שלפיה זכות חברתית “הינה הזכות לתנאי מחיה נאותים, ומטרתה איננה רק להבטיח את האדם ממחסור קיומי בלתי נסבל”.⁵⁴ בהמשך דבריו התייחס השופט לוי למאמר של ד”ר גיא מונדלק,⁵⁵ שהציג תפיסה רחבה של זכויות חברתיות וחלוקה מחדש של משאבים כלכליים.⁵⁶

שני המקרים שהוצגו – בג”ץ הקיום בכבוד ובג”ץ הקרקעות – מחדדים וממחישים את הטענה של הגישה הביקורתית למשפט. על פי טענה זו, גישת הזכויות, רחבה ככל שתהיה, אינה יכולה לחולל שינוי חברתי ותודעתי אמיתי בהיותה נטועה בפילוסופיה הליברלית. בהתייחס לגישתו של פוקו אפשר לטעון כי עצם העתירה בבג”ץ הקיום בכבוד, כמו גם דעת המיעוט של השופט לוי, היוו השמעה והעלאה של הגישות הביקורתיות בשיח הצדק החלוקתי והזכויות החברתיות אל המודעות הציבורית. הקול הביקורתי נכנס לגבולות השיח – לתוך אחד ממעוזי ההגמוניה החברתית, לא הושתק ואף זכה להתייחסות מפורשת מצדו של בית המשפט. אלא שאותה הכרה בלגיטימיות של שיח הצדק החלוקתי והזכויות החברתיות היא זו שגם ממשטרת את השיח: היא מסמנת את האמת המוסכמת, זו שמקבעת את יחסי הכוח החברתיים ומבטאת את עמדתן של האליטות הליברליות. כך נהפך ה”שיח” עצמו ללגיטימי, אך מחיר ההכרה החברתית היה התבססותה של אמת ליברלית המשתמשת באותם מושגים של העמדה הביקורתית – וכך מעקרת אותה.

3. ניתוח

בעשורים האחרונים החליפו האידאולוגיה והפרקטיקה הליברלית את הסוציאליזם ואת הקולקטיביזם שאפיינו את החברה הישראלית בעבר. מדינת ישראל, שבעשורים הראשונים לקיומה הציבה את השוויון החברתי בין מטרותיה המרכזיות ופעלה לצמצום פערים כלכליים, נהפכה בשנים האחרונות לאחת המדינות הפחות שוויוניות בעולם המערבי.⁵⁷ מאז שנות השמונים עולה התפיסה המציבה את היחיד ואת חירותו במרכז, וזו גם הגישה השלטת בבית המשפט.⁵⁸ במקביל מתרחש בישראל תהליך של ליברליזציה כלכלית ושינוי מבני, המתבטא בהקטנה של מעורבות הממשלה במשק, בכרסום בלגיטימציה של מדינת הרווחה ובמעבר למדיניות של סעד לנזקקים.⁵⁹ הקונצנזוס באשר לחשיבותו של השוויון הכלכלי-חברתי כמטרה שיש לשאוף אליה – נסדק.

חוקרי המשפט הביקורתיים טענו כי גישתו של בית המשפט משרתת את האליטות הכלכליות.⁶⁰ גישות אלו נטועות בתפיסה מרקסיסטית הרואה את בית המשפט כמוסד מרכזי בהפצתה של האידאולוגיה המשרתת את יחסי הכוח המעמדיים ומיטיבה עם בעלי ההון. בשונה מגישה זו, הניתוח שלעיל מעלה כי אפשר להסביר את עמדתו של בית המשפט מתוך ההיגיון הפנימי של המחשבה המשפטית המרכזית הנטועה בפילוסופיה הליברליות, שהיא גם תפיסת העולם החברתית השלטת בישראל. השופטים ואנשי הזרם המרכזי באקדמיה אינם “נושאי כליהם” של האליטות אלא פועלים בהתאם לחוקים שהשיח המשפטי מכתוב. הגישות הביקורתיות במשפט העלו את שיח הזכויות החברתיות והצדק החלוקתי על סדר היום החברתי והמשפטי – אך קולן נאלם מאחר שהן אינן “מדברות” בשפה הדומיננטית והמוסכמת.

ד. אלטרנטיבה מעשית לשיח הליברלי: "גישת היכולות" של אמרטיה סן

"גישת היכולות" שהציע חתן פרס נובל לכלכלה, אמרטיה סן,⁶¹ היא בעיניי שפה אלטרנטיבית במאבק למען קידום הצדק החלוקתי.⁶² יתרונה של גישה זו נעוץ בכך שהיא מעוגנת במושגי יסוד של הדמוקרטיה הליברלית, וככזו היא נכנסת בגדריו של "משטר האמת" המקובל על האליטות הכלכליות והמשפטיות כשיח לגיטימי.

נקודת המוצא של סן היא תביעה לשוויון בחירויות. זו גם התפיסה המכוננת של האזרחות הליברלית. לפי סן, המדינה צריכה להגן על חירויות הפרט ולשם כך היא נדרשת לספק שירותי רווחה אוניוורסליים ברמה גבוהה – כדי לאפשר הגשמה עצמית ולמנוע סטיגמה שלילית לנזקקים. החירות, טוען סן, היא זו שמכוננת את האני ומעניקה לו אפשרויות בחירה רבות יותר וחיים עשירים. לדידו, להיות שבע ובעל מדור פירושו להיות חופשי מרעב ומחסור מקלט; להיות בריא פירושו להיות חופשי ממחלות; להיות במדינה בעלת שרותי רווחה ופיצויי לחלשים משמעו שהמדינה מאפשרת לאזרחיה לא להיות במצב שלא היו רוצים להיות בו אילו ניתנה הבחירה המלאה בידיהם, שהרי איש אינו רוצה להיות רעב או חולה. החירות בעיני סן אינה רק החירות לשלוט על מצב קיים אלא גם חירותו של היחיד לבחור מראש באיזה מצב היה רוצה להיות; היכולת להגשים ולתפקד קודמת לתפקודים בפועל. מכאן שהיכולת – הזכות לחופש ממחסור – היא בסיסית יותר מחירויות אזרחיות שהן תפקוד בפועל כמו, למשל, השתתפות בזירה הפוליטית. אף שסן אינו מתייחס באופן מפורש אל הזכויות החברתיות, מותר להסיק מגישתו שהן קודמות לזכויות האזרחיות. תפיסת הצדק של סן מבוססת אפוא על חלוקה צודקת של החירויות האמיתיות של האנשים לבחור את החיים שהם היו רוצים להיות – הזכות ליכולות שמאפשרות תפקודים. היכולת של האדם משקפת את האפשרות לממש אופציות שהן בעלות ערך עבורו. זוהי החירות החיובית שלו – לעשות משהו, להיות מישהו, לבחור ולהשיג קומבינציות אלטרנטיביות של תפקודים והוויות. מרחב הבחירה הפתוח בפני האדם משקף את היכולות שלו, ומימושן מאפשר הישגים. לפי סן, תפקיד הממשלה הוא לאפשר את היכולת לתפקד, ואילו הבחירה בתפקודים בפועל ניתנת בידי האזרחים.

סן יוצא מתוך תאוריית הצדק הליברלית של ג'ון רולס, המניחה שוויון מסוים בין העדפות וצרכים של בני-האדם. רולס קבע כי עקרון השוויון בחירויות האזרחיות והפוליטיות עולה על העיקרון השני שלפיו מדיניות חברתית צריכה להיטיב עם החלשים ביותר בחברה. לפי רולס, סל זהה של סכום כספי ושל זכויות מייצג רווחה שווה, בעוד שלדידו של סן יש להתחשב בגורמים ספציפיים ובתנאים חברתיים המגבילים את היכולת להמיר אמצעים כספיים לרווחה. לפיכך, גורם סן, צריך להתקיים שוויון ביכולות הבסיסיות להמיר טובין לרווחה; עוני הוא כישלון במימוש היכולות הבסיסיות – ובהן היכולת לא להיות עני. לכן צדק חלוקתי אינו חלוקה שוויונית של משאבים כלכליים ופיצויי לחלשים ביותר, אלא חלוקה שוויונית של התנאים הבסיסיים המאפשרים לכל אחד את מימוש הפוטנציאל האמיתי ואת שוויון ההזדמנויות. לעומת רולס, הקובע היררכיה בין עקרונות השוויון הליברלי לבין עקרון פיצויי החלשים, סן טוען כי שחרור ממצוקה ומחסור הוא-הוא מימוש החירות, ולפיכך יש לראותו כשווה-ערך לשוויון אזרחי.

בשונה מהחוקרים הביקורתיים בשיח בישראל, סן אינו מציע להחיל ממד חברתי על עקרון השוויון הראשון של רולס. לדעתו, מושג השוויון עצמו כולל גם שוויון ביכולות הבסיסיות לבחור בחיים חופשיים ממחסור. שיח השוויון בחירויות של סן נטוע אמנם במחשבה הליברלית ההגמונית, אך בכל זאת יש בו פוטנציאל חשוב לשינוי חברתי. בפילוסופיה הליברלית, זכויות חברתיות

נתפסות כזכויות של אוכלוסיות מוחלשות ולכן, בין השאר, יש להן סטיגמה שלילית. מנגד, ראיית הזכויות כמימוש היכולות הבסיסיות, כפי שמציע סן, גוררות מחויבות של המדינה לחלק באופן שוויוני את התנאים הבסיסיים שיאפשרו תפקוד נאות. גישה זו מתמודדת גם עם אפליות קודמות ועם צרכים פרטיקולריים של אוכלוסיות שונות, ולכן היא גם בעלת אופי של צדק מתקן. ככזו, היא מאפשרת שוויון הזדמנויות אמיתי ולא פורמלי בלבד.

ניתוח השיח העלה שההבדל המהותי בין הגישה הביקורתית לליברלית נעוץ בתפיסתן השונה לגבי צדק חברתי ומטרותיה של מדיניות חברתית. הביקורתיים מחילים ממד חברתי על עקרון השוויון האזרחי ואילו הליברלים מתמקדים במדיניות שמטרתה רשת ביטחון לחלשים ביותר. גישתו של סן, בשונה מזו של רולס, אינה מבחינה בין חירות לבין שוויון כלכלי ומתייחסת אל השוויון כאל חירות בסיסית – מושג מרכזי בפילוסופיה הליברלית. מכאן, שפנייה אל בית המשפט כדי לקדם תפיסה של זכויות חברתיות שמטרתה להעניק יותר חירות, תישען על האמת המוסכמת של האליטות ההגמוניות ותהווה שימוש מתוחכם בשפתם. דיון ציבורי ומשפטי שייפתח בעקבות פנייה כזו בהכרח יסוב על מושג החירות שיש לגביו קונצנזוס ציבורי.

ה. סיכום

ניתוח המאבק המשפטי בנושאים של צדק חלוקתי וזכויות חברתיות מצביע על המגבלה הכרוכה במושגים אלו כפוטנציאל לשינוי חברתי. ככל שעולה הלגיטימיות של השיח בסוגיות אלו, הוא מקבל אופי ליברלי ובכך מאשרר למעשה את הסדר הקיים. תפיסה אלטרנטיבית, שוויונית יותר, היוצאת מעמדות סוציאל-דמוקרטיות, אינה האמת המוסכמת בשיח של האליטות ואינה מתקבלת בבית המשפט. “השמעתן” של הזכויות החברתיות והכללתן בשיח הציבורי המרכזי הכניסה אותן לגבולות השיח – מותר לדבר עליהן ומותר אף להציג תפיסה סוציאל-דמוקרטית כאלטרנטיבה לעמדה השלטת – אך גם משטרה אותן במסגרת האמת ההגמונית ועיקרה את העמדה הביקורתית. התפיסה השלטת הן בקרב האליטות הכלכליות והמשפטיות והן בבית המשפט היא גישה צרה של זכויות חברתיות שאינה מערערת על המבנה המעמדי של החברה. לפיכך אני מציעה, מצד אחד, להעמיד את אידיאל השוויון הסוציאל-דמוקרטי כאופק אוטופי של המאבק החברתי באמצעות המשפט, ומצד שני, לנסח את המאבק לתיקון חברתי בשפה הנוטעה בשיח הליברלי, תוך הדגשה של חירויות הפרט במובן הרחב כיכולת לבחור מראש את המצב הרצוי. גישה זו אמנם מוגבלת בשינוי המבני הבסיסי והרדיקלי שהיא יכולה להציע, אך היא מאפשרת בכל זאת לפנות אל בית המשפט, בתפקידו כמגן על השוויון בחירויות ובזכויות, בבקשה להתערב בנושאים של חלוקת משאבים.

הערות

- 1 כנס בולט נערך במכון הישראלי לדמוקרטיה בשנת 2002. בין המשתתפים היו המשפטנית פרופ' רות גביוון שהנחתה את הדיון, איש מדע המדינה פרופ' ירון אזרחי, הכלכלנים פרופ' אבישי ברורמן ופרופ' אפרים קליימן, נשיא בית המשפט לשעבר מאיר שמגר, איש העסקים אהרון דברת והשר לשעבר דן מרידור. בכנס השתתפו גם משפטנים שהציגו תפיסה רחבה של זכויות חברתיות (שלא התקבלה), המטילה על המדינה חובה להקצות תקציבים מתאימים לזכויות אלו: עו"ד יהודית קרפ, פרופ' פרנסיס רדאי, עו"ד יובל אלבשן, פרופ' עלי זלצברגר, ד"ר גיא מונדלק ואחרים. ראו גם להלן הטקסט שליד ה"ש 14 ואילך.

"עצרו את המהפכה בלעדי" | ריקי שיו

- 2 יש חוקרים הטוענים כי חקיקתם של חוקי היסוד והמהפכה החוקתית בעקבותיה הן יזמה של הקבוצה הליברלית ועולות בקנה אחד עם האינטרסים שלה. ראו, למשל, גד ברזילי "פרלמנטריזם ויריבו: הפוליטיקה של המשפט הליברלי" חברה במראה 359 (חנה הרצוג עורכת, 2000). ענת מאור "חוק פעור בספר החוקים: הצעת חוק יסוד: זכויות חברתיות כלכליות – כרוניקה של כשלון החקיקה" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 195 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004) (שם הספר להלן: זכויות חברתיות). יובל אלבשן "ההדרה והשתקתה – על הזכויות החברתיות בחוקה הישראלית הנרקמת" חברה וכלכלה בישראל: מבט היסטורי ועכשווי 365 (אבי בראלי, דניאל גוטוויין וטוביה פרילינג עורכים, 2005) (להלן: אלבשן "ההדרה והשתקתה").
- 3 מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (1993) (להלן: מאוטנר "ירידת הפורמליזם").
- 4 מנחם מאוטנר "הפקולטה למשפטים: בין האוניברסיטה, לשכת עורכי הדין ובתי המשפט" על החינוך המשפטי 11 (2002).
- 5 ראו המאמרים שאזכרו לעיל בה"ש 2, וכן רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול דעת ככוח שיפוטי" תיאוריה וביקורת 5 5 (1994); מנחם מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה" תיאוריה וביקורת 5 25 (1994).
- 6 אנדרי מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל ד 133 (1997); עלי זלצברגר וסנדי קדר "המהפכה השקטה – עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי היסוד החדשים" משפט וממשל ד 489 (1998); איל גרוס "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק יסוד כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט כא 405 (1998) (להלן: גרוס "זכות הקניין כזכות חוקתית"). בבג"ץ 7715/95 עמותת שוחרי גיל"ת נ' שר החינוך פ"ד 3(3) 2 (1996) (להלן: פרשת שוחרי גיל"ת), נתבקש בית המשפט לשלב ילדים שהגיעו מתנאי מצוקה במערכת החינוך הממלכתית ולא הכיר בזכות לחינוך כזכות יסוד הכלולה בזכות לכבוד האדם. כותבים ביקורתיים מתחו ביקורת חריפה על פסק הדין ועל בית המשפט, על שום שהרשה לעצמו להרחיב את תחולתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לזכויות ליברליות אך לא לזכויות חברתיות. המאמר המרכזי הנוגע לפסק הפרשת שוחרי גיל"ת הוא מאמרו של גרשון גונטובניק "המשפט החוקתי: כיווני התפתחות שלאחר המהפכה החוקתית" עיוני משפט כב 129 (1999).
- 7 מיכאל אטלן "זכויות האדם והאזרח בישראל – מקראה" משפטים כב 251 (1992); צדק חלוקתי בישראל (מנחם מאוטנר עורך, 2000) (להלן: צדק חלוקתי); יובל אלבשן "על נפקדות הצדק החברתי בחינוך המשפטי בישראל" עלי משפט 3, 7 (2003). מאור, לעיל ה"ש 2. רק בשנת 1996 פרסמה האגודה לזכויות האזרח מקראה בנושא הזכויות החברתיות: נעמה ישובי זכויות חברתיות: זכויות, לא הטבות (האגודה לזכויות האזרח, 1996).
- 8 ראו ה"ש 2 וכן יובל אלבשן זרים במשפט: נגישות לצדק בישראל (2005).
- 9 צדק חלוקתי, לעיל ה"ש 7.
- 10 כך, למשל, מאמרו של דב חנין "חופש מרווחה: הגמוניה והתנגדות בשלהי המאה העשרים" צדק חלוקתי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 69, ומאמרו של דני פילק "הפרויקט הנאו-ליברלי ותהליכי ההפרטה במערכת הבריאות" שם, בעמ' 375, מצייגים את השינוי במשטר הכלכלי-חברתי מעמדה מרקסיטית ביקורתית. מאמרו של נח לויין אפשטיין "משפחה וריבוד: דפוסי שעתוק של אי-שוויון בישראל", שם, בעמ' 121, עוסק בתהליכי ההעברה הבין דורית של אי-שוויון ובסיוכונים החברתיים שמקורם בכלכלת השוק הקפיטליסטית.
- 11 סנדי קדר ואורן יפתחאל "הקרקעות החקלאיות בישראל לקראת סוף האלף: היבטים היסטוריים, משפטיים וחברתיים", שם, בעמ' 149 (להלן: קדר ויפתחאל "הקרקעות החקלאיות בישראל").
- 12 בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25 (2002) (להלן: בג"ץ הקרקעות).

- 13 כך, למשל, מאמרה של דפנה ברק-ארז “מקרקעי ישראל בין ניהול ציבורי להפרטה: צדק חלוקתי בהליך המנהלי” צדק חלוקתי, לעיל ה”ש 7, בעמ’ 203, מוזכר בבג”ץ הקרקעות, לעיל ה”ש 12, בפסקאות 30, 56.
- 14 סוגיית העיגון של זכויות חברתיות בחוקה המכון הישראלי לדמוקרטיה (2003) (להלן: המכון הישראלי לדמוקרטיה); ראו גם לעיל ה”ש 1.
- 15 המכון הישראלי לדמוקרטיה, שם, בעמ’ 42-43.
- 16 שם, בעמ’ 211.
- 17 זכויות חברתיות, לעיל ה”ש 2.
- 18 נטע זיו מצביעה על חשיבותה של תכנית המשפטים לזכויות אדם של הקרן החדשה לישראל לנושא צמיחת הפרקטיקה של עריכת-דין חברתית — נטע זיו “עריכת-דין לשינוי חברתי בישראל: מבט לעתיד אחרי שני עשורי פעילות” מעשי משפט א 19 (2008).
- 19 שמיר, לעיל ה”ש 5; מאוטנר “הסבירות של הפוליטיקה”, לעיל ה”ש 5; מרמור, לעיל ה”ש 6; זלצברגר וקדר, לעיל ה”ש 6; גרוס “זכות הקניין כזכות חוקתית”, לעיל ה”ש 6; אייל גרוס “כיצד הייתה ‘התחרות החופשית’ לזכות חוקתית? בנפתולי הזכות לחופש העיסוק” עיוני משפט כג 229 (2000) (להלן: גרוס “תחרות חופשית”); אייל גרוס “החוקה הישראלית: כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי?” צדק חלוקתי לעיל ה”ש 7, בעמ’ 79 (להלן: גרוס “החוקה הישראלית”).
- 20 ברק-ארז, לעיל ה”ש 13, בעמ’ 203; סנדי קדר ואורן יפתחאל “על עוצמה ואדמה: משטר המקרקעין הישראלי” תיאוריה וביקורת 16, 67 (2000) (להלן: קדר ויפתחאל “עוצמה ואדמה”); קדר ויפתחאל “הקרקעות החקלאיות בישראל”, לעיל ה”ש 11.
- 21 ראו מאמריהם של מרמור, לעיל ה”ש 6, זלצברגר וקדר, לעיל ה”ש 6, וגרוס “תחרות חופשית”, לעיל ה”ש 19.
- 22 Morton J. Horowitz, *Rights*, 23 HARVARD C.R.-C.L. L. REV. 393 (1988).
- 23 זלצברגר וקדר, לעיל ה”ש 6, מבקשים להחיל ממד חברתי על העיקרון הראשון בתורת הצדק של רולס, כך ששוויון כלכלי יעמוד באותה דרגה כמו השוויון האזרחי והפוליטי.
- 24 ראו אצל גרוס “החוקה הישראלית”, לעיל ה”ש 19, בעמ’ 84.
- 25 רות בן-ישראל “השלכות חוקי היסוד על משפט העבודה ומערכת יחסי העבודה” שנתון משפט העבודה ד 27 (1994).
- 26 T.H. MARSHALL, *CITIZENSHIP AND SOCIAL CLASS* (1950).
- 27 ראו אצל אייל גרוס “בריאות בישראל — בין זכות למצרך” זכויות חברתיות, לעיל ה”ש 2, בעמ’ 437 (להלן: גרוס “בריאות בישראל”). גרוס אימץ את גישתו של סן דהן בחופש ממחסור ומחולי.
- 28 JOHN RAWLS, *A THEORY OF JUSTICE* (1971).
- 29 המכון הישראלי לדמוקרטיה, לעיל ה”ש 14, בעמ’ 42.
- 30 “בשלב זה מיותר לציין שאיני טוענת כי ההכרה בזכויות חברתיות-כלכליות מחייבת מדיניות גורפת של חלוקה מחדש של משאבים” — שם, בעמ’ 50.
- 31 יואב דותן “בית המשפט העליון כמגן הזכויות החברתיות” זכויות חברתיות, לעיל ה”ש 2, 69, בעמ’ 82.
- 32 שם, בעמ’ 84.
- 33 אהרון ברק פרשנות במשפט כרך שלישי — פרשנות חוקתית 423 (1994).
- 34 כדי לסבר את האוזן ניתן להביא את דבריו של ברק ביום עיון בנושא צדק סביבתי שהתקיים באוניברסיטת תל אביב בתאריך 16 במרס 2004. ברק אמר כי אין מחלוקת על כך שהזכויות החברתיות — כמו הזכות לחינוך והזכות לשבות — נגזרות מכבוד האדם; לדעתו גם הזכות לסביבה ראויה היא חלק מכבוד האדם. גם במקומות אחרים חזר ברק על עמדתו כי ניתן לגזור זכויות חברתיות בהיקף מינימלי מהזכות לכבוד

- האדם: "אנחנו בתי המשפט, צריכים לקחת זכויות חברתיות ברצינות רבה מאוד... אנחנו צריכים לבחון איך אפשר לפרש את הטקסטים הקיימים ובעיקר כבוד האדם וחירותו כדי לראות האם כלולים בהם זכויות מסוימות" (מצוטט אצל אלבשן "ההדרה והשתקתה", לעיל ה"ש 2, בעמ' 123). במקום אחר כתב ברק כי "היבטים מסוימים של זכויות אלה והזכויות החברתיות – ר' ש' ניתן לגזור מהזכות החוקתית לכבוד האדם בוודאי כך לעניין מינימום של קיום בכבוד שממנו ניתן לגזור זכות לקורת גג למזון המונע חרפת רעב וכן זכות גישה לשירותי בריאות" (שם, בעמ' 166).
- 35 לפי ברק, "לכל תושב הזכות לסיפוק צרכיו הבסיסיים ולא המינימליים לשם קיום בכבוד אנושי" (שם, בעמ' 123); וכן: "יש להימנע ממצב שבו זכויות האדם האזרחיות זכות בהכרה ברמה נורמטיבית גבוהה מזו של הזכויות החברתיות... אין כול אפשרות הגיונית להפריד בין זכות אזרחית לזכות חברתית. מדוע הזכות לקיום מינימאלי בכבוד יכולה להיחשב כזכות אדם 'מעורבת' ואילו הזכות לקיום ראוי בכבוד היא 'רק' זכות חברתית" (אהרון ברק "הקדמה" זכויות חברתיות, לעיל ה"ש 2, 5, בעמ' 6-7) (להלן: ברק "הקדמה"). לפי גביוון, "ניתוח אופיין של זכויות אדם אינו תומך בהבחנה עקרונית בין אינטרסים חברתיים-כלכליים לבין אינטרסים אזרחיים. נהפוך הוא, הוא תומך באחדות אינטרסים, הנובעים כולם מאותו אידיאל של כבוד האדם"; "הזכויות החברתיות-כלכליות שאנו מדברים עליהן, אינן, בעיקרן זכות לחלק שווה או להקצאה שווה אלא זכויות לרמת חיים בריאות וחינוך נאותים" (ההדרגה במקור – ר' ש'; רות גביוון "על היחסים בין זכויות אזרחיות-פוליטיות ובין זכויות חברתיות-כלכליות" זכויות חברתיות, לעיל ה"ש 2, 25, בעמ' 40 ו-54).
- 36 המכון הישראלי לדמוקרטיה, לעיל ה"ש 14, בעמ' 333.
- 37 ברק "הקדמה", לעיל ה"ש 35, בעמ' 8.
- 38 פרופ' יואב דותן מציג עמדה ליברלית "טהורה", מרחיקת-לכת אף יותר. לטענתו, יש זכויות חברתיות-כלכליות – כדוגמת הזכות לקבל חינוך – שתומכות בזכויות הפוליטיות והן הכרחיות להשתתפות בהליך הדמוקרטי. מנגד, הזכות לעבוד ולהיות מועסק איננה חלק מזכויות אלו; אמנם ייתכן שכבודו של אדם מובטל נפגע, אך עובדה זו אינה פוגעת באפשרות שיש לו להשתתף בהליך הדמוקרטי ולכן, על פי השקפתו הליברלית, זוהי אינה זכות הראייה להגנה. על פי דותן, הזכויות החברתיות אינן נמצאות בדרגה שווה לזכויות האזרחיות והפוליטיות; את הפערים הכלכליים יש לתקן "במסגרת הליך פוליטי שוויוני, אך זאת רק לאחר שהשיטה הפוליטית אפשרה לשווקים (הלא שוויוניים) לפעול את פעולתם" – לעיל ה"ש 31, בעמ' 82, 85.
- 39 בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, נבו עליון (2005) (להלן: בג"ץ הקיום בכבוד).
- 40 במאמרם בקובץ צדק חלוקתי כתבו יפתחאל וקדר: "בעבר שמשו אנשי ההתיישבות העובדת כשומרי הסף של הקרקעות החקלאיות.. עם שינוי האידיאולוגיה והאינטרסים לכיוון של הפרטה ומיקסום הערך הנדל"ני של הקרקע על חשבון ערכים ואינטרסים אחרים, נהפכו שומרי הסף האלה.. לזרזים של שינוי הייעוד של הקרקע החקלאית ולהעביר נתחים ממנה בייעודה החדש לעצמם ולחבריהם. במקביל ניתן לראות את עליית כוחם של יומי נדל"ן בעלי נגישות ועוצמה, שנכנסו להתקשרויות עם הקיבוצים והמושבים על מנת לזרז את הפרשת הקרקעות ואת שינוי יעודן" (קדר ויפתחאל "הקרקעות החקלאיות בישראל", לעיל ה"ש 11, בעמ' 162). בסעיף 9 לעתירה נכתב בלשון דומה: "בפועל הנהנים העיקריים מן ההטבה הפסולה למחזיקים בקרקע חקלאית הם סוחריו הקרקעות או ספסרי הקרקעות הרוכשים מן החקלאי את הזכות לנצל הקרקע לבנייה ונוטלים על עצמם להביא לשינוי הייעוד ולפיצוי השערוייתי של המחזיק בקרקע".
- 41 ראו קדר ויפתחאל "הקרקעות החקלאיות בישראל", שם.
- 42 שם; קדר ויפתחאל "עוצמה ואדמה", לעיל ה"ש 20; אורן יפתחאל "בינוי אומה וחלוקת המרחב ב'אתנוקרטיה הישראלית': התיישבות, קרקע ופערים עדתיים" עיוני משפט כא 637 (1998). על חלקם של יפתחאל וקדר בעתירה ראו אצל דליה טל "הקשת הדמוקרטית" גלובס 25.12.2002.

- 43 העותרים היו ד"ר סנדי קרר, פרופ' יהודה שנהב, ד"ר יוסי יונה, ד"ר יוסי דהאן, ד"ר יצחק ספורטא, ד"ר גד ברזילי, ד"ר הנרייט דהאן-כלב, ד"ר ויקי שירן, ד"ר פנינה מוצפי-הלר, פרופ' אריה רטנר.
- 44 עם זאת, מעניין לציין שהעתירה התמקדה בהיבטים כלכליים ומעמדיים, ונמנעה ככל האפשר מלאמץ שיח של "פוליטיקה של זהויות". זאת, על אף שבכתבתם האקדמית טענו חלק מהעותרים (למשל פרופ' יהודה שנהב וד"ר יוסי יונה) כי במאבק על חלוקת משאבים אין צורך לאמץ אתוס משותף המחייב להשיל את הזהות המקורית. כך, למשל, התייחסה העתירה אל האוכלוסייה הערבית בישראל כאל קבוצה חלשה שקופחה בחלוקת הקרקע בדומה לקבוצות יהודיות אחרות, ולא כאל קבוצת זהות שהופלתה בגלל האידאולוגיה הציונית ואף איבדה חלק מהקרקע שהייתה בבעלותה לפני קום המדינה. כך אפוא פרסה העתירה תפיסה רחבה של זכויות חברתיות ושל צדק מתקן אך "מחקה" עמדה מהותית בשיח התרבותי, שחידדה ממד נוסף של הבניית הדיכוי המעמדי. ניתן אפוא לומר כי הכניסה אל גבולות בית המשפט חייבה את העותרים להכיר בעקרונות השיח הציוני, אך דיון זה אינו מענייננו כאן. להרחבה ראו ריקי שיו שיח זכויות חברתיות וצדק חלוקתי בישראל 2003-205 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור, אוניברסיטת חיפה – החוג לסוציולוגיה, 2007).
- 45 בג"ץ הקרקעות, לעיל ה"ש 12, בעמ' 66.
- 46 עם פרסום פסק הדין כתב הפרשן המשפטי פרופ' זאב סגל: "מדובר בתשובה משמעותית לטעונום כי בג"ץ מעדיף להגן על זכויות פוליטיות כחופש הביטוי, בעודו נמנע מלהגן על זכויות חברתיות של השכבות הבלתי מבוססות בחברה" (ראו זאב סגל "שער להתערבות גדולה יותר בהחלטות חברתיות-כלכליות של הרשויות" הארץ – חדשות 30.8.2002). כתבות בעיתונים בימים שלאחר פסק הדין הגדירו את הניצחון של הקשת המזרחית בבג"ץ כ"קרב בזירת בית המשפט שתוצאותיו הצליחו להדהים מדינה שלמה" (סטלה קורין-ליבר "אם מדברים על יזע ודמעות" גלובס – נדל"ן ותשתיות סביבה 1.9.2002) ראו גם אבירמה גולן "שבעת השופטים הפכו דף בהיסטוריה של הצינונות" הארץ – חדשות 30.8.2002.
- 47 יוסי דהאן "למי שייכת האדמה הזו? על זכויות ותפיסות צדק חלוקתי" משפט וממשל ח 223 (2005).
- 48 שם, בעמ' 250.
- 49 אריה ארנון "מדיניות המערערת את מבנה החברה הישראלית" מפנה 41, 18, 21 (2003). ראו גם אריה ארנון "היד הנעלמה והיד הגלויה" ארץ אחרת 12, 19, 21 (ספטמבר-אוקטובר 2002): "החיפוש אחר חלופה ראויה לארגון החברה, חלופה שיש בה מעשיות לא הזויה, אך גם חתירה לאוטופיה חברתית, לא תם... בחברה הנאמנה לשוויון ולסולידאריות לא יותר פער גבוה מרמה שיוסכם עליה. יש להנהיג יעדי אי שוויון מרביים ומדודים".
- 50 "היישום של שינויים אלה הלכה למעשה יגרם לכך שהסיוע המוענק לחלשים ביותר בחברה הישראלית יהיה נמוך במידה ניכרת מרמת החיים המינימלית הנחוצה ויגביר את המצוקה בקרב חלקים של האוכלוסייה הזאת בארץ" (סעיף 95 לעתירה).
- 51 בג"ץ הקיום בכבוד, לעיל ה"ש 39, ס' 9.
- 52 שם.
- 53 ראו גם סעיף 66 לעתירה: "קיימת הסכמה כי המינוח 'נאות' כולל לכל הפחות את הצרכים הבסיסיים של האדם. תנאי קיום נאותים או מינימליים הם אלה שבלעדיהם הקיום משפיל, ולענייננו, מצב בו אדם אינו יכול לקנות מצרכים בסיסיים ולהאכיל את ילדיו הינו מצב משפיל. האמנה והאמנה הבינלאומית לזכויות חברתיות כלכליות ותרבותיות – ר' ש' אינה מסתפקת בהכרה רק בזכות לביטחון סוציאלי ולתנאי קיום נאותים, אלא אף מטילה על המדינות החתומות חובה לפעול להשגת שיפור מתמיד במדיניות הרווחה".
- 54 בג"ץ הקיום בכבוד, לעיל ה"ש 39, ס' 2 לפסק דינו של השופט לוי.
- 55 גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" שנתון משפט העבודה ז 65 (1999).

- 56 “יש לומר, אפוא, כי על תנאי-מחייתו של אדם לאפשר לו תפקוד חברתי סביר בחברה בה הוא חי. ביסוד גישה זו מונחת התפישה כי האדם אינו עומד לעצמו כפרט בודד. האדם הוא חלק מחברה”. בג”ץ הקיום בכבוד, לעיל ה”ש 39, סעיף 3 לפסק דינו של השופט לוי.
- 57 אברהם דורון מדינת הרווחה בעידן של תמורות (1985); אברהם דורון “המפנה במדיניות הביטחון הסוציאלי בישראל: השפעות השינוי האידיאולוגי” בטחון סוציאלי 36 15 (אפריל 1991); אברהם דורון “משטר הרווחה במדינת ישראל: מגמות השינוי והשלכותיהן החברתיות” סוציולוגיה ישראלית ה 417 (2003); Michael Shalev *Have Globalization and Liberalization ‘Normalized’ Israel Political Economy?*, 5(2-3) ISRAEL AFFAIRS 121 (1998).
- 58 מאוטנר “ירידת הפורמליזם”, לעיל ה”ש 3, וכן צדק חלוקתי, לעיל ה”ש 7.
- 59 דני גוטוויץ “הדיאלקטיקה של כשל השוויון: השמאל הישראלי בין ניאו-ליברליזם לסוציאל-דמוקרטיה” מקרוב 3 30 (2000).
- 60 ראו לעיל ה”ש 2 וה”ש 6.
- 61 AMARTYA SEN, *INEQUALITY REEXAMINED* (1992).
- 62 ראו בעניין זה גם אצל גרוס “בריאות בישראל”, לעיל ה”ש 27, בעמ’ 459-460.