

## החיפוש אחר "סעדים חברתיים"

לירון דוד

זכויות חברתיות הולכות וזוכות להכרה ומעמד במשפט הישראלי, אף שהפסיקה בתחום זה נמצאת בראשיתה. מאמר זה מעלה לדיון את חשיבות ההגנה על הזכויות החברתיות בישראל בדגש על היבט חדש: הסעדים הניתנים והיכולים להינתן על-ידי ערכאות שיפוטיות, ובראשן בית-המשפט העליון, בגין פגיעה בזכויות אלו.

מרכיב הסעד בהגנה על זכויות חברתיות זכה להתייחסות מועטה בפסיקה, והוא נמצא בשלבי גיבוש ראשוניים בישראל ובעולם. מאמר זה מבקש לשלב התייחסות לתחום הכללי של הסעדים עם התייחסות לנושא הזכויות החברתיות והפגיעה בהן. חלקו הראשון יעסוק בתכליות העומדות בבסיס דיני הסעדים וכן ינתח את מורכבותן של הזכויות החברתיות. חלקו השני יעסוק בהגנה על הזכויות החברתיות במשפט הבינלאומי והישראלי תוך בחינת השימוש שנעשה בסעדים לשם כך. סקירה זו מובילה למסקנה כי ניתן להצביע על "סעדים חברתיים" שבהם ניתן לעשות שימוש בכדי להגן על פגיעה בזכויות חברתיות בישראל.

המאמר מנסה להרחיב את השיח הקיים בתחום הזכויות החברתיות בהיבט האכיפה והתיאוריה, ולקדם חשיבה על המגבלות הקיימות בתחום הסעדים החברתיים בעת פנייה לערכאות לשם אכיפת ההגנה על זכויות אלה. ניתוח זה עשוי לבסס כלים בפני הבאים להגן על זכויות חברתיות בישראל במערכת המשפט ולתרום להבנת מורכבות המשפט ככלי לשינוי חברתי.

"Science may have found a cure for most evils; but it has found no remedy for the worst of them all – the apathy of human beings" (HELEN KELLER, MY RELIGION (1927)).

### מבוא

בשני העשורים האחרונים מאז חקיקת חוקי-היסוד אנו עדים לתהליכי שינוי הנוגעים לשימוש שנעשה על-ידי פורטים וארגונים חברתיים במערכת המשפט לשם קידום ההגנה על זכויות הפרט ובכללן הזכויות החברתיות. המאבקים החברתיים שהחלו בקיץ 2011, הקוראים לצדק חברתי ושינוי סדר העדיפויות הלאומי, רק מדגישים את חשיבותן של הזכויות החברתיות ואת הצורך בעיגוןן – בין אם בעיצוב מדיניות ממשלה או חקיקה חברתית, ובין אם במסגרת מערכת המשפט. יחד עם זאת, ההגנה על זכויות חברתיות באמצעות מערכת המשפט נמצאת במחלוקת בקרב מעצבי מדיניות, פעילים חברתיים וחוקרים, נוכח הקשיים הכרוכים בהגנה על זכויות אלה והשלכותיהן

השונות. על רקע זה קיימת חשיבות רבה להבנת הכלים העומדים בפני אלה המעוניינים בקידום זכויות חברתיות ובפרט להבנת הסעדים הקיימים בגין פגיעה בהן.

"סעד" כמושג משפטי נקשר לרוב למערכות יחסים במרחב המשפט הפרטי. תורת הסעדים בכללותה ובמובנה החוקתי נמצאת בישראל ובעולם בשלב גיבוש ראשוני והפעלתה בגין פגיעה בזכויות חברתיות נעשית בצמצום. שילוב שני מרחבי משפט אלה, דיני הסעדים והזכויות החברתיות, עשוי לאפשר כיווני חשיבה ופעולה חדשים לקידום ההגנה על הזכויות החברתיות במשפט הישראלי. במאמר זה אבקש להצביע על סעדים שעשויים לשרת את מערכת המשפט בבואה ליתן תרופה בגין פגיעה בזכויות חברתיות. סעדים אלה אכנה "סעדים חברתיים".

על מנת להתוות דרך במסלול זה, יוצגו בקצרה תורת הסעדים ותכליותיהם וכן המגבלות והמורכבויות הכרוכות בהכרה במתן סעד בגין פגיעה בזכויות חברתיות (בפרט אתמקד בזכות לחינוך, בריאות, קיום מינימלי בכבוד וביטחון סוציאלי). ממרחב המשפט הבינלאומי והמשפט הישראלי יובאו רעיונות שונים להגנה על זכויות חברתיות בעזרת סעדים מתאימים, ובסיום תיבחן האפשרות להכרה בהם כ"סעדים חברתיים". סקירה זו עשויה לשפוך אור על הגנה אפשרית נוספת לזכויות החברתיות בזירת המשפט הישראלי. המאמר אינו מתיימר לקבוע נחרצות אם וכיצד על בית-המשפט להגן על זכויות חברתיות, אלא מנסה להציע זוויות חדשות לבחינת מקרי פגיעה בזכויות חברתיות ולניתוח האפשרויות העומדות בפני בית-המשפט לשם הענקת סעד מתאים במקרים אלה. מאמר זה זו אומנם עוסק בזירה המשפטית, אולם הוא מעלה שאלות נוספות הנוגעות למרקם היחסים בין הרשויות השונות וקידומן של הזכויות החברתיות במרחב זה.

## 1. התפתחות דיני הסעדים ותכליותיהם<sup>1</sup>

סעד משפטי הוא הכלי המאפשר לבית-המשפט להעניק סיוע למי שזכותו הופרה או עתידה להיות מופרת, ומטרתו תיקון עוול הנגרם לפרט. דיני הסעדים מוכרים בעיקר בתחום המשפט הפרטי ומשקף אותם הכלל הידוע "Ubi jus ibi remedium" שמשמעותו: במקום שיש זכות – יש סעד.<sup>2</sup> כלל זה הוא הבסיס להבנת דיני הסעדים במשפט המקובל, ומשמעותו היא כי לבית-המשפט כוח טבוע לתת סעד ראוי על מנת להביא לסיומם את הסכסוכים המובאים בפניו. דיני הסעדים החלו להתפתח בדין האנגלי לפני מאות שנים: אדם שהיה נזקק לסעד היה תובע צו (writ) המתאים לטענתו מבעל סמכות ריבונית. מאוחר יותר עוגנה זכות זו במסמך ה"מגנה כרטה", ומשלב זה החלו להתפתח הסעדים הכלליים המוכרים לנו היום, אשר עוצבו במסמכים חוקתיים ובהכרעות מכוונות של בתי-משפט בעולם. כיום הזכות לסעד מוכרת כ"זכות כשלעצמה" וזוכה להגנה במרבית המדינות.<sup>3</sup> זכויות מהוות הצהרה חברתית על ערכים מסוימים, אולם הסעד הוא ההופך את הזכות למוחשית ולבעלת משמעות וערך, בדרך של עיצוב ההתחייבות המופשטת באופן קונקרטי הניתן לכפייה.

במקרה של פגיעה בזכות, הסעד נתפס ככזה שעשוי להשיב את המצב לקדמותו, למצב שהיה מתקיים לולא התרחשה הפגיעה. ניתן להתייחס למטרת "תיקון" זו מכמה זוויות תיאורטיות. תפיסה תיאורטית מרכזית המתאימה לתכליות דיני הסעדים היא תיאוריית הצדק המתקן (Remedial Justice), לפיה קיימים "יחסים אריסטוטליים" בין שני פרטים שווים הקשורים אחד לשני באמצעות זכויות וחובות. כאשר לאחד מהצדדים נגרם נזק על-ידי הצד השני, הסעד מנסה להשיב את המצב שהיה קיים לפני ההתרחשות הפוגעת (כך, לדוגמה, במערכת יחסים חוזית, צד שנפגע מהפרת החוזה רשאי לדרוש סעדים שונים למען השבת המצב לקדמותו). בהיבט של זכויות-אדם

בכלל, וזכויות חברתיות בפרט, קיים פער בין הצדדים; זאת, כיוון שמערכת זו כוללת לרוב את המדינה ורשויותיה כצד, דבר המפר את שיווי המשקל המשפטי בין הצדדים.<sup>4</sup> תפיסה תיאורטית אחרת למדיניות השימוש בסעדים מדגישה דווקא את מכלול היחסים בין פרטים, ולא דווקא את היחסים בין שני פרטים מובחנים בהקשר דיני מוגבל. זוהי תיאוריית הצדק המחלק (Distributive Justice), הבוחנת את מכלול היחסים בחברה ואת חלוקת המשאבים בה (בין אם מוחשיים ובין אם רעיוניים).<sup>5</sup> תיאוריה זו עשויה לתרום לדיני הסעדים בהתמקדותה בשאלות מיהם הנהנים העיקריים מזכויות מסוימות, מהו המשאב שנפגע וכיצד ניתן לפצות קבוצה על פגיעה במשאבים מסוימים שלה. זוויט נוספת לבחינת מערכות יחסים היא הגישה הכלכלית למשפט, הבוחנת את יעילות המערכת, באמצעות בחינת הרווח וההפסד שמגולמים בתהליכים השונים המתרחשים בה. בחירה בסעדים המתאימים, לפי גישה זו, תיעשה, עקרונית, על בסיס השוואת עלות עוולות חברתיות מסוימות עם העלות הכרוכה באכיפת האיסור עליהן והסעדים בגינן. בהתאם לגישה זו, שפותחה בעיקר בתחום דיני הנוזיקין ודיני איכות הסביבה, תתגבש מערכת של סעדים שהם בעלי ערך כלכלי חיובי לתיקון פגיעות מסוימות. בהקשר זה מתעוררת השאלה האם ניתן לרפא פגיעה בזכויות-אדם אזרחיות שונות, כגון בכבוד ובשוויון, או פגיעות מאסיביות יותר, כרצח-עם, בדרך של הטלת פיצוי כספי על ה"מעוולים". יש הטוענים כי ביחס לזכויות-אדם מסוימות גישה זו עשויה לאפשר תיקון שלא יוכל להיעשות בדרכים אחרות.<sup>6</sup>

לתיאוריות השונות השפעה על עיצוב הסעדים, הן במשפט הבינלאומי והן במשפט האזורי והמדינתי. פעולות שיפוטיות מושפעות במישרין ובעקיפין מתיאוריות חלוקתיות ומתפיסות של מושג ה"צדק" – כך, גם שופטים מפעילים פעמים רבות עמדה מוסרית "ראויה" בדמות סעד מסוים הניתן על פגיעה בזכות. למרות חשיבותם של הסעדים והמטרות העומדות בבסיסם קיים חסר בכתביה עליהם, ותת-הפיתוח של תחום הסעדים מורגש ביתר שאת בתחום דיני זכויות-האדם בכלל והזכויות החברתיות בפרט. בחלק הבא אנסה להצביע על הגורמים למצב זה.

## 2. סעדים, זכויות-אדם וזכויות חברתיות כלכליות

על מנת להבין את ייחודיותם של הסעדים הניתנים בגין פגיעה בזכויות חברתיות, קרי "סעדים חברתיים", ראוי לעמוד בקצרה על ייחודיות דיני זכויות-האדם, ובתוכם אגד הזכויות החברתיות. בשונה מהמשפט הפרטי, דיני זכויות-האדם לרוב אינם מתמקדים ביחסים שבין שני פרטים שווים, אלא עוסקים בעיקר בהגנה על הפרט מפני כוחה ועוצמתה של המדינה. בין צדדים אלה קיים פער משמעותי, והגנה על הפרט דורשת על כן משאבים רבים ומדיניות חברתית-פוליטית מסוימת. הגנה על זכויות-האדם מצריכה התייחסות לאופיין הקולקטיבי המורכב של זכויות אלה, והסעד הניתן צריך להתאים לדרישות ההגנה הגלומות בזכות עצמה.

נראה כי יש קושי מיוחד בקביעת סעדים בגין פגיעה בזכויות חברתיות וביישומם – לא רק בשל החסר הקיים בכתביה ובמחקר בנוגע לסעדים בכלל, אלא גם נוכח הקושי הטמון בזכויות החברתיות עצמן, לאור ייחודיותן וההיסטוריה של התפתחותן. בניגוד לזכויות האזרחיות, שהתפתחו בשלב היסטורי מוקדם ונתפסו כבעלות "אופי שלילי" (לדוגמה: למדינה אסור לפגוע בזכות לתנועה, קניין, ביטוי ועוד), שאינו מטיל, לכאורה, "עלות" על המדינה – הזכויות החברתיות נתפסו כמטילות חובות "חיוביות" (לדוגמה: המדינה חייבת לספק שירותי בריאות, חינוך, ביטחון סוציאלי ואיכות סביבה), המצריכות השקעת משאבים וזכויות בהפעלת מדיניות כלכלית חברתית. התפתחותן המאוחרת יחסית של הזכויות החברתיות ומורכבותן מעוררות עד

היום קשיים ברמת ההגנה הניתנת להן, מבחינה עיונית ומעשית. הטענות העיקריות כלפי אשכול הזכויות החברתיות הן כי קידומן מצריך השקעות תקציביות משמעותיות, שהגדרותיהן עמומות ואינן מאפשרות הגנה במישור המשפטי, וכן שנוכח מורכבותן השופטים נעדרים כלים ומיומנויות לדרון בתוצאות הפרתן. טענה נוספת, הרלוונטית בעיקר לתחום הסעדים, היא כי מתן סעד משפטי בגין זכויות חברתיות (לדוגמה מתן צו למימון שירותים מסוימים, לחברה כולה או לקבוצה בה) עשוי לפגום בעקרון הפרדת הרשויות, וזאת בגין התערבות בית-המשפט בתחום הנתון כמעט בלעדית למדיניות ממשלתית שצריכה להיקבע בזירה הפוליטית.<sup>7</sup>

לצד ביקורות אלה, רבים קוראים לבחינה מחודשת של הזכויות החברתיות ולהכרה בהן כשוות ערך לזכויות האזרחיות, ומתמודדים עם הביקורת המוטחת כנגד התערבות הרשות השופטת בהגנה עליהן. לתפיסה זו, ההכרה בחשיבותן של הזכויות החברתיות מתחייבת מכך שהאדם מתקיים בהקשר חברתי כמעט בכל תחומי חייו (בחירותיו, עיצוב מסלול חייו וסיפורו). לפי תפיסה זו, מימושן של הזכויות האזרחיות יתקיים בהכרח רק כאשר הזכויות החברתיות המצויות בבסיסן תתממשנה. ניתן להדגים זאת באמצעות הצבעה על כך שהזכות לחיים חסרת כל משמעות בהיעדר כל הכנסה או גישה לשירותי בריאות, או על כך שהזכות לפרטיות של אנשים החיים בצפיפות רבה עשויה להיות חסרת משמעות. לפיכך, ההבחנה הגסה השגורה מזה שנים בין זכויות "חיוביות", המטילות חובת עשה, לבין זכויות "שליליות", אשר אינן דורשות מעשה אלא אי-התערבות, אינה מדויקת. מעבר למישור הנורמטיבי, אופן יישום הזכויות ומימושן מצביע על שילוב בין אשכולות הזכויות, כאשר למעשה כל זכות מכילה היבטים חיוביים ושליליים כאחד. גם ההנחה שלפיה זכויות אזרחיות אינן מטילות חובות אקטיביות איננה נכונה מבחינה מושגית – כך, לדוגמה, מימוש חירות הביטוי דורש השקעת משאבים בלתי-מבוטלת (הגנה על חופש ההפגנה מצריכה השקעת משאבים בכוחות משטרה שיאפשרו זאת, וכן על זו הדרך). גם הטענה כי הזכויות החברתיות הן עמומות מעלה קושי הזהה לזה שקיים בהגדרת הזכויות האזרחיות. כך, לדוגמה, הגדרות כגון "בריאות" או "רמת חיים נאותה" מורכבות באותה מידה כמו המונחים "קניין", "כבוד האדם" ו"שוויון". כלל הגדרות הזכויות, אלה החברתיות ואלה האזרחיות גם יחד, מעלות שאלות של מדרה והגדרה פוליטית ערכית, מצריכות השקעת משאבים ומימון ותלויות במדיניות. ודוק: מונחים משפטיים רבים ועמומים (כגון: תום-לב, קניין, סבירות) זכו להבהרה מקיפה בפסיקה ובמחקר, דווקא בשל עמימותם. באופן דומה, אם כן, בירור משפטי שיבקש להבהיר את עמימות ההגדרות הקשורות בזכויות החברתיות עשוי לקדם את מימושן.<sup>8</sup>

הבנת מורכבות הפגיעה בזכויות-האדם היא משמעותית כאשר אנו דנים בסעדים חברתיים. ככל דין, גם זכויות-האדם מופרות מעת לעת. הפרה זו פוגעת בנורמות וערכים חברתיים, ולעתים קרובות קשורה לבעיות פוליטיות, כלכליות וחברתיות ארוכות שנים, אשר אינן תמיד ניתנות למניעה. ההפרה פוגעת בנורמות וערכים חברתיים, ובעת התרחשותה קשה מאוד להתנגד לה, שכן פגיעה זו נעשית לרוב כלפי אוכלוסיות מוחלשות, שגישתן למשאבים מצומצמת ויכולת השפעתן על הזירה הפוליטית-חברתית-כלכלית מוגבלת. גם בהיבט הטיפול בהפרות אלה, ניתן לזהות מורכבות, שכן הוא מתבצע בכמה זירות – אזרחית, שלטונית-פוליטית ומשפטית, אשר התפיסה בכל אחת מהן לגבי הטיפול ההולם עשויה להיות שונה. בזירה המשפטית, על הערכאות הבוחנות הפרה של זכויות-אדם, ובכללן זכויות חברתיות, לתת דעתן למורכבויות אלה, ובהתאם לכך גם לעצב את הסעד הנדרש לתיקון ההפרה.

## 2.1 סעדים חברתיים במשפט הבינלאומי

אף שתורת הסעדים החברתיים עדיין נמצאת בשלבי גיבוש ואינה מהווה משנה סדורה, חלק נכבד מעיצוב סעדים אלה נעשה עד כה במרחב המשפט הבינלאומי.<sup>9</sup> הזכות לסעד כשלעצמה מובטחת בכמה מהמוסדות הבינלאומיים, בהם אמנות בינלאומיות, וכן בשורת החלטות של פורומים בינלאומיים שונים. למעשה, המסמכים הבינלאומיים בתחום זכויות-האדם מבטיחים גישה להליך הוגן וזכות מהותית לתרופה (effective remedy), וחלק מהמסמכים הללו קוראים במפורש לפיתוח סעדים להבטחת הזכויות המפורטות בהם.

מדינה שמפרה התחייבויות היא בעלת החובה הראשונית לתת מענה לנפגע ההפרה; ואילו תפקיד הגופים המשפטיים הבינלאומיים הופך להכרחי רק כאשר המדינה נכשלה במתן מענה הולם לפגיעה. בשל כך, ההגנה הבינלאומית על הזכות לסעד היא משנית להגנה של המדינה. המשפט הבינלאומי משמעותי להגנה על זכויות-האדם, בייחוד כאשר המדינה מונעת סעדים באופן מכוון ועקבי ואינה ממצה את הדין עם המפרים.<sup>10</sup> אומנם קיימת במשפט הבינלאומי התייחסות לסעדים, אולם במקרים בהם מדינה אינה מספקת מענה לפגיעה בזכות-אדם מוגנת, אם בשל היעדר חקיקה מתאימה ואם בשל מצבים קיצוניים של פגיעה בזכויות, אין זה תמיד ברור מהם "סעדים אפקטיביים". כמו כן, גם כאשר מיושמים במשפט הבינלאומי סעדים כאלה ואחרים, הם לעתים חלקיים מאוד, ומקשים על פתרון הבעיה המובטאת בפני הגוף המשפטי הרלוונטי.

המשפט הבינלאומי מציב מנגנונים מפותחים יחסית לאכיפת זכויות-האדם – אולם הפער בין ההגנה הניתנת לזכויות אזרחיות למול זכויות חברתיות, ניכר גם בו. בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות-האדם משנת 1948, עוגנה לראשונה הזכות לסעד בגין פגיעה בזכויות-האדם: "כל אחד זכאי לתרופה יעילה מטעם בתי הדין הלאומיים המוסמכים נגד מעשים המפירים את זכויות היסוד שניתנו לו על פי החוקה והחוק".<sup>11</sup> אמנות זכויות-האדם משנת 1966 מתייחסות אף הן להגנה על הזכויות המעוגנות בהן. האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (ICCPR) – המוקדשת, כשמה, להגנה על הזכויות האזרחיות – מציינת בסעיף 2(3) את "הזכות לתרופה יעילה, שתיקבע בידי הרשויות המוסמכות, על פגיעה בזכויות וחירויות הקבועות באמנה, תוך הבטחה לאכיפתה".<sup>12</sup> לעומתה, האמנה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (ICESCR) – המוקדשת לזכויות החברתיות – נוקטת ניסוח עמום ורפה יותר, וקובעת בסעיף 2(1) את מחויבות המדינות לפעול להבטחת השימוש המלא בזכויות המעוגנות בה, בכל האמצעים המתאימים. נוסף על כך, מציב הסעיף סייגים יחסיים, המותאמים למשאבי מדינה נתונה ואשר יופעלו לפי שיקול דעתה.<sup>13</sup> הניסוח, הנוקט כאמור לשון גמישה ביותר, מדגיש את הקושי בהגדרה ברורה של אופן אכיפת זכויות אלה. עם זאת, מנגנוני אכיפת הזכויות החברתיות הולכים ומצמצמים פערים ביחס למנגנונים הקיימים בדבר זכויות אזרחיות. במהלך השנים בוצעה התקדמות ניכרת בתחום זה על-ידי הוועדה לזכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות של האו"ם, אשר הרחיבה בהערוטיה הכלליות את תחומי הסעדים הניתנים נוכח פגיעות בזכויות ספציפיות ויצרה קונקרטיזציה להתחייבויות הנדרשות להגנה עליהן.<sup>14</sup> הערה כללית מס' 3, העוסקת בהתחייבויות (Obligations) של המדינות החתומות על האמנה, מגדירה את ההוראות המצויות באמנה לזכויות אזרחיות (בעיקר בכל הנוגע לאי-הפליה) ככאלה שיש להפעילן גם בעת פגיעה בזכויות לפי האמנה לזכויות חברתיות, וכן קובעת כי חלק מן הזכויות החברתיות ניתנות ליישום מידי על-ידי גופים משפטיים.<sup>15</sup> הערה כללית מס' 9 מדגישה את חשיבות קיומם של סעדים בדין הפנימי של מדינות, כחלק מהתחייבויות המדינות החתומות ליישם את האמנה לזכויות חברתיות, ומעגנת את החובה לפתח סעדים שיפטיים ביחס לזכויות אלה.<sup>16</sup> הערה כללית מס' 19 של הוועדה לזכויות חברתיות מהווה צעד נוסף ומשמעותי

בקונקרטיזציה של הסעדים בגין הפרת זכויות חברתיות, ובפרט הזכות לביטחון סוציאלי. ההערה מעגנת סעדים קונקרטיים שיש להפעיל במקרה של הפרת זכויות, ובהם סיוע משפטי, הכרה בחברה האזרחית כמסייעת לקידום הבנת הזכות, וקריאה לשופטים ומשפטנים לפעול לקידום הזכות לאור האמנה ולהפנות לסעדים בה.<sup>17</sup>

מוסדות בינלאומיים נוספים מתייחסים לשאלת פרשנותן ויישומן של הזכויות החברתיות, בדגש על תחום הסעדים. "עקרונות לימבורג" (The Limburg Principles), משנת 1987, התייחסו למשמעותה של הפרוגרסיביות ביישום האמנה לזכויות חברתיות ולשפיטותן של הזכויות המעוגנות בה.<sup>18</sup> "הנחיות מאסטרז'יכט" (Maastricht Guidelines), משנת 1997, פיתחו את הגדרת הזכות החברתית על-ידי פירוקה לכמה חובות: לכבד (respect), להגן (protect) ולממש (fulfill) את הזכויות הקבועות באמנה לזכויות חברתיות (ביטחון סוציאלי, תנאי מחייה נאותים, בריאות, תנאי עבודה נאותים, חינוך ועוד).<sup>19</sup> מטרתו של מסמך זה לסייע בהבנת ההפרות האפשריות של הזכויות, וכן בהבנת הסעדים העומדים בפני קורבנות ההפרה – סעדים אשר בלעדיהם שלושת חלקי ההגנה על הזכות אינם יכולים להתממש.<sup>20</sup> מספר טריבונלים וגופים אזוריים ובינלאומיים מוקדשים אף הם לנושא הסעדים, ומטרתם להתמודד עם אכיפת הנורמות המעוגנות במשפט הבינלאומי, תוך עדיפות למתן סעד במערכת המדינתית.<sup>21</sup> בית הדין האירופי לזכויות-אדם הוא דוגמה למערכת אזורית אשר מתמקדת באכיפת זכויות ופיתוח סעדים, אך עם זאת גם בה היקף ההגנה הניתן לזכויות החברתיות אינו כהיקף ההגנה הניתנת בגין פגיעה בזכויות אזרחיות.<sup>22</sup> דוגמה נוספת לדין אזורי היא המגילה האירופית לזכויות חברתיות והפרוטוקולים הנוספים לה, אשר יצרו מבנה מעין-שיפוטי של ועדת מומחים לתלונות בהקשר של זכויות חברתיות שהופרו. גוף זה דן בתלונות של איגודים מקצועיים, קבוצות וארגוני זכויות-אדם בנוגע להפרת זכויות חברתיות.<sup>23</sup>

ניתן לסכם אפוא כי במסגרת המשפט הבינלאומי קיימת חשיבות לזכויות החברתיות והחלו להתפתח בו הגדרות ברורות יותר של הסעדים הדרושים למימושן – אך חרף זאת, עדיין קיימים קשיים בתחום יישום סעדים אלה. אין ספק כי החלטות עקרוניות של טריבונלים יכולות לסייע במתן סעד לנפגעים, הן על-ידי תיקון העוול שנגרם להם והן על-ידי הגברת הלגיטימציה של המשפט הבינלאומי; אולם קושי מרכזי טמון ברצון וביכולת המדינות לציית לטריבונלים הבינלאומיים, להטמיע נורמות ערכיות ולקדם את ההגנה על הזכויות במישור המדינתי. גופים בינלאומיים רבים מקדמים את ההגנה על הזכויות החברתיות, אולם, חשוב לזכור כי קיימת בהקשר זה מערכת יחסים עדינה בין המדינה, האחראית לצייות, לבין המשפט הבינלאומי. מומחים בתחום מצביעים על כך שככל שהסעדים הניתנים על-ידי הטריבונלים הבינלאומיים יהיו פולשניים יותר (כך קורה תדיר בתחום הזכויות החברתיות), כך מדינות תציינה פחות לנורמות המונהגות על-ידם.<sup>24</sup>

הבניית תחום הסעדים הולכת ומתעצמת, ומציבה אפשרויות חדשות עבור מדינות לפירושם של סעדים בתחום הזכויות החברתיות והתוויית דרכים להטמעתם בדין המדינתי. המסמכים שפורטו בפרק זה (אשר ראויים להרחבה והעמקה נוספת) עשויים לשמש, ובחלק מן המקרים משמשים, כנורמות מנחות לעיצוב סעדים וכמקור השראה פרשני גם למשפט המדינתי. בהקשר זה, מערכת המשפט בישראל (אשר פעילותה בנושא תפורט בפרק הבא) עשויה, בעת שמובאים לפתחה מקרים של פגיעה בזכויות חברתיות, לשאוב מהעקרונות המעוגנים במשפט הבינלאומי, על-ידי שימוש בכללי קליטה קיימים – כדוגמת דין מנהגי, ופרשנות חוקי-היסוד ככוללים הגנה

על זכויות חברתיות.<sup>25</sup>

### 3. זכויות חברתיות וסעדים חוקתיים במשפט הישראלי

במסגרת ההגנה על זכויות-האדם בישראל, פסיקת בית-המשפט העליון התמקדה בעיקר בהגנה על זכויות אזרחיות. זכויות חברתיות שונות אומנם עוגנו במספר חוקים סוציאליים מאז קום המדינה, אולם לא קיבלו הכרה חוקתית במסגרת חוקי-היסוד הנוגעים לזכויות-האדם משנת 1992. לאורך השנים נעה הפסיקה הישראלית בין דחייה מוחלטת של הכרה בזכויות החברתיות לבין תמיכה זהירה בהן בעזרת פרשנות חוקי-היסוד והתבססות על עקרונות היסוד של השיטה.<sup>26</sup> כמו כן הועלו הצעות מספר לחקיקת חוק-יסוד: זכויות חברתיות, אשר חלקן כללו אף התייחסות לנושא הסעדים – אולם אלה נותרו בגדר הצעות חקיקה בלבד. לאחרונה, בעקבות המחאה החברתית, עלה שוב נושא ההגנה על הזכויות החברתיות, ואף נעשתה עבודת שטח על-ידי ועדות מומחים שונות אשר העלו הצעות קונקרטיות לקידום ההגנה עליהן.<sup>27</sup> נוכח החסר הברור בעיגונן של הזכויות החברתיות במישור החוקתי ובחקיקה הרגילה, קיים גם קושי במתן סעדים בגין הפרתן. אין ספק כי עיגון חוקתי לזכויות החברתיות השונות היה מקל על מתן סעדים בגין פגיעה בהן; ואולם אף בהיעדר עיגון שכזה ניתן למצוא מופעים שונים של "סעדים חברתיים" – הן בחקיקה ספציפית והן בדרכים נוספות, שתימננה בהמשך.

בחקיקה הישראלית, ככלל, מאופיין תחום הסעדים בדלות מושגית. על אף שיש חקיקה המעגנת תרופות במרחבי המשפט הפרטי, ואלה פורשו ופותחו בפסיקה,<sup>28</sup> המחוקק הישראלי נמנע בעקביות מניסיון להגדיר בספר החוקים מושגי יסוד דוגמת "זכות", "תרופה", "סעד" ו-"עוולה". נוכח הקושי בהגדרת ההפרה כאשר המדובר בזכות חוקתית, ועל כן במציאת הסעד הכרוך בהפרה זו, הגדרות ופרשנויות ל"סעדים חוקתיים" הוצעו בעיקר במחקר, על-ידי מלומדים שונים.<sup>29</sup> חוקי-היסוד בדבר זכויות-האדם גם הם אינם כוללים הוראה מפורשת בדבר הסעדים שיש להעניק במקרה שמתרחשת פגיעה; אולם, כפי שהוזכר, "הסעד הולך אחר הזכות", ולפיכך ההכרה בזכות היא המובילה לסעד הטמון בה. לכן גם הוראה בעלת אופי הצהרתי, ולא דווקא הוראה מפורשת, עשויה, למרות עמימותה, להעיד על קיומו של סעד. בהקשר זה יצוין כי חרף העובדה שזכויות חברתיות אינן מעוגנות בחוקי-היסוד, פגיעה בהן על-ידי רשויות המדינה מגיעה פעמים רבות לפתחו של בג"ץ בעתירות כנגד רשויות המנהל, שבפועלן משפיעות רבות על היקף פריסתן של הזכויות החברתיות.

בהקשר של מתן הסעד בגין פגיעה בזכות חוקתית אין די בבחינתם של ה"סעד" וה"זכות", אלא דרוש גם להבין מהי "פגיעה". ובכן, פגיעה בזכות החברתית עשויה להיגרם על-ידי הגבלת זכויות מצד הרשות המחוקקת, באופן של חקיקת חוק; על-ידי הרשות המבצעת, במצבים בהם יש חסר חקיקתי; או על-ידי החלטות והנחיות של הרשות המנהלית.<sup>30</sup> מורכבות הפגיעה בזכויות החברתיות, לצד מורכבותן של הזכויות עצמן והקושי במתן סעד בגין הפגיעה בהן, אף היא מדגישה את הצורך בהתייחסות הייחודית לסעדים החברתיים.

בעת בחינתה של פגיעה בזכות חברתית בית-המשפט יכול להגן על הזכות על-ידי מתן סעדים המעוגנים בסעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה, אשר קובע: "בית-המשפט העליון ישוב גם כבית משפט גבוה לצדק; בשבתו כאמור ידון בענינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר". הכלים המשפטיים בהם ישתמש בית-המשפט בפועל מוגדרים בסעיף 15 לחוק, ותכליתם למנוע או לטפל באופן חיובי בפגיעה חוקתית. ניתן לסווגם ל"סעדים חיוביים", המחייבים את הרשות בהענקת טובת הנאה לעותר כאשר אין לו זכות עצמאית לקבלה, ול"סעדים שליליים", אשר שוללים טובת הנאה ממי שזכה בה.<sup>31</sup>

יצוין כי הפרקטיקה של מתן תרופות ממוניות בבג"ץ אינה מעוגנת בחוק באופן ספציפי, אף שהיא זכתה לדיון נרחב בשיח המשפטי.

יוצא אפוא כי הן הסעדים החברתיים הן הזכויות החברתיות לא זכו לחקיקה מפורשת ומוסדרת אשר ממנה ניתן לשאוב פתרונות משפטיים במקרים של פגיעה. מטבע הדברים, בהיעדר נורמה המעגנת את הזכות, הסעדים אותם יכול בית-המשפט להעניק מוגבלים. לפיכך, וכפי שיורחב להלן, לשם מילוי חלל זה בית-המשפט עושה שימוש בפרשנויות שונות ובאימוצם של סעדים חוקתיים "רגילים" הקיימים ביחס לזכויות אזרחיות. להלן ייבחנו אותם "סעדים חברתיים" בהם עושה בית-המשפט שימוש בפועל, ואשר בהם הוא יכול לעשות שימוש נוסף.

### 3.1. צווים וסעד הצהרתי (Injunction, Declaratory Judgment)

כאמור, הצווים משמשים כסעד מרכזי בבית-המשפט העליון בשבתו כבג"ץ. הצווים הם הפיתוח הראשוני של סעדים במערכת המשפט המקובל, שאפשרה מענה למגוון בעיות משפטיות בהם נתקלו פרטים לאורך השנים, והם משמעותיים במיוחד במקרים בהם מתרחשת הפרה על-ידי רשויות המדינה. במערכת המשפט בישראל מצויים מגוון צווים בשימוש בית-המשפט העליון, חלקם זמניים וחלקם מוחלטים, וגיוון זה מאפשר גמישות לבית-המשפט בעת טיפולו בעתירות המובאות בפניו.<sup>32</sup> קיימת הבחנה בין "צווי עשה", המחייבים אדם או גוף למלא תפקיד שהוטל עליו בדין לעשותו באופן מיידי או לאחר תקופה מסוימת, לבין "צווים שליליים", האוסרים על אדם או גוף לעשות מעשה. האחרונים עשויים להיות מכונים גם "צווי מניעה", והם נמצאים בשימוש מקום שבו יש איום עתידי לביצוע הפרה. כמו כן קיימים "צווי איסור", המופנים לבתי-משפט נמוכים או גופים בעלי סמכות מעין-שיפוטית, האוסרים עליהם לדון בעניין שאינו בסמכותם.<sup>33</sup>

הקושי המתעורר בשימוש בצווים, במיוחד במקרים של פגיעה בזכויות חוקתיות, טמון בעובדה שהצו עשוי להיות בעל עוצמה רבה. מימושו של צו דורש ציות, ומחייב את הרשות לפעול על מנת להסיר את אי-החוקתיות (לעתים באמצעות חקיקה או עיצוב מדיניות). בכך מצטמצם מרחב שיקול-הדעת הניתן לרשות לבחור בין חלופות אפשריות ולשקול מהן ההשלכות התקציביות שיש לעניין שבפניה. מסיבה זו יש הקוראים לדקדק עם מבקשי הסעד בעת הוכחת הפגיעה. עניין הוכחת הפגיעה מעלה מורכבות נוספת, המתחדדת בעת בחינת פגיעה בזכויות חברתיות. קיים קושי בהצבת רף ראייתי גבוה בפני עותרים המתבקשים להוכיח פגיעה, שכן פעמים רבות מצוי בידיהם מידע חלקי בלבד, בעוד שלרשויות המדינה יש את המשאבים והמידע, ולעתים הן נמנעות משיקולים שונים, מהעברת הנתונים הדרושים לידי העותרים. בשל כך, יש הקוראים לגישה המאפשרת להעביר את נטל ההוכחה לפגיעה לכתפי המדינה כאשר מדובר בהפרה נמשכת או כאשר העותר הרים את נטל ההוכחה הראשוני.<sup>34</sup>

פרקטיקה נוספת שנמצאת בשימוש בבית-המשפט העליון בפסיקוטי, אשר ממתנת את עוצמת הצווים, היא "סעד הצהרתי", שבו בית-המשפט מצהיר על מצב הפגיעה והזכויות הקיימות. בעת הצהרה על אי-חוקתיות של פעולה או מצב מסוימים, נשלח מסר למחוקק כי ראוי שיפעל לתיקון הפגיעה החוקתית שנוצרה. יתרונו של סעד זה הוא שהדבר נעשה ללא התערבות ישירה בפעולתו של המחוקק, שכן לעתים די בעצם ההכרה בזכות החוקתית כדי להעיר את חובתו לכבדה.<sup>35</sup> הסעד ההצהרתי מותיר ביד הרשויות חופש פעולה לגבי הצעדים שיינקטו להסרת הפגיעה, ומאפשר להן לבחון חלופות שתגשמה את הדרישה החוקתית ולעצב את הסטנדרטים לפיהם תוכרע פגיעה עתידית. סעד זה אינו סופי, במובן זה שאם לא יכובד על-ידי המחוקק נתון בידי בית-המשפט הכוח להגיב באמצעות מתן תרופה חריפה יותר שתחייב את הרשות לפעול, כדוגמת צו מוחלט

או הוראה על ביטול ההוראה הפוגעת. סעד זה מתייחד בכך שהוא נותן מענה לחלק מהקשיים הגלומים בזכויות חברתיות, ועל כן ניתן לראות בו "סעד חברתי". כך, למשל, בעת הטלת חיוב על הרשות להגדיר מדוע ראוי או לא ראוי להיעתר לבקשה, או בעת הצהרה כי קיימת פגיעה – אף אם חלקית – בזכות מסוימת, נוצר בין הרשויות דיאלוג, שעשוי לפתח סטנדרטים ברורים יותר ביחס לשפיטות הזכויות ולמקומן הראוי של הרשויות בהגדרת מדיניות חלוקתית.

צעד בכיוון זה נעשה בשלבים הראשונים של פרשת מחויבות, שבה עסק בית-המשפט העליון בהרחבה בנושא הזכויות החברתיות. קצרה היריעה מלהתייחס לעמדות הערכיות שהובעו על-ידי השופטים בפסק-דין זה, אולם ניתן דרכי הפעולה של חלק מהשופטים בעתירה זו מאפשר כינון "סעדים חברתיים" למקרי פגיעה עתידיים. בתחילת הפרשה קיבל בג"ץ את בקשת העותרים למתן צו על תנאי, אשר יורה למדינה לנמק מדוע אין היא קובעת סטנדרט למינימום קיום בכבוד. גיבוש קריטריון זה עשוי היה להוות בסיס לקביעה האם התיקון לחוק ההסדרים לשנת 2002, אשר קיצץ באופן נרחב בקצבאות הבטחת הכנסה, עמד בדרישות חוקתיות העולות מפסקת ההגבלה. בשל החשש מקביעת סטנדרטים ברורים של המדינה והשהיית מתן התשובה, וכן בשל חילופי שופטי ההרכב לאחר פרישתה של השופטת דורנר, לא נקבע סטנדרט זה על-ידי המדינה.

בפסק-הדין הכירה דעת הרוב בצורה מצמצמת מאוד בכך שהזכות לקיום מינימלי בכבוד נכללת בגרעין הזכות לכבוד האדם – קרי, התקבל "מודל המחסור הקיומי" שהציעה המדינה. יחד עם זאת, בנסיבות הפרשה הקונקרטיות לא הכיר בית-המשפט בפגיעה שגרם החוק לעותרים, בין היתר כיוון שאלה לא הצביעו לכאורה על תשתית עובדתית מלאה שתוכיח כי נפגעו מהקיצוצים שנכללו בו. השופט לוי בדעת מיעוט סבר כי יש להכיר בזכות לכבוד ככוללת את הזכות ל"תנאי מחייה נאותים". בנסיבות המקרה קבע השופט לוי כי התשתית העובדתית הקונקרטית שהציגו העותרים עולה כדי הרמת נטל ההוכחה הראשוני ביחס לפגיעה בזכותם – פגיעה אשר לפי תפיסתו אינה עומדת במבחני המידתיות, ועל כן דינן של חלק מהוראות החוק להתבטל (תרופת הבטלות תידון להלן). בהערת אגב אציין, כי ניתן לראות שדרישת בית-המשפט להצבת סטנדרט ברור לקיום מינימלי בכבוד, אשר הוצגה עובר לפסק-הדין, לא יושמה על-ידי המדינה – בעוד שמנגד, כלפי העותרים כן הוצבה דרישה להוכחת פגיעה בסטנדרט זה, במסגרת הדרישה להוכחת פגיעה קונקרטית. בפסק-הדין הובעו לעניין זה גם דעות אחרות, ונראה כי בית-המשפט עשוי להגמיש בעתיד את דרישת הוכחת פגיעה ולאפשר הרמת נטל ראשוני לעותרים.<sup>36</sup>

פרשת מחויבות היוותה צומת משמעותי בהתמודדות בית-המשפט עם נושא הסעדים הניתנים בגין פגיעה בזכויות חברתיות, למרות דחייתה של העתירה, והדיון בה הציב אפשרויות פעולה חשובות לקידום ההגנה עליהן בעתיד. ראשית, בשלב הראשוני, שבו ניתנה הנחיה למדינה להצבת סטנדרט לקיום מינימלי בכבוד, ניסה בית-המשפט ליצור דיאלוג בין הרשויות בנוגע לחלוקת המשאבים במקרה הקונקרטי ולאפשר לרשות המבצעת גמישות בניסוח עמדתה (אף שהוא נסוג מדרישה זו בשלבים מאוחרים של העתירה). שנית, ההכרה – המצומצמת, אומנם – בזכות לקיום מינימלי בכבוד, מאפשרת בחינה ברורה יותר של פגיעה בזכות ושל מתן סעד קונקרטי.<sup>37</sup> תפיסתו של השופט לוי מיישמת את שלושת היבטי הזכות לקיום מינימלי בכבוד שעוצבו בהנחיות מאסטריכט – הגנה, כיבוד ומימוש הזכות. שלישית, הדרישה להוכחת הפגיעה על-ידי העותרים הכניסה לשיח המשפטי את ההבנה כי הימנעות מהכרה בכך שראוי כי הנטל ייפול על המדינה אינה מאפשרת דיון בהיבטי הזכות השונים הנפגעים.

הסעד שבו בחר השופט לוי בפרשת מחויבות – ביטול הוראות החוק הפוגעניות – מוביל לסעד נוסף: "תרופת הבטלות", הנמצאת בקצה האקטיבי של מתן צווים. סעד זה מהווה הצהרה של

בית-המשפט כי חוק, או חלקו, פוגע שלא כדין בזכות-אדם חוקתית ועל כן דינו להתבטל. לרוב, ביטול דבר החקיקה יוביל את הרשות המחוקקת לחשיבה מחודשת ועיצוב דבר החקיקה מחדש. בישראל תרופה זו עוגנה בפסקת ההגבלה בחוקי-היסוד, המורה כי פגיעה תיעשה רק לפי חוק העומד במבחני המידתיות. הבטלות עשויה לנוע בין בטלות חלקית של ההוראות או דחיית מועד כניסתן לתוקף, ועד לבטלות מוחלטת, לפיה דבר החקיקה אינו תקף נורמטיבית. תרופת הבטלות מעוררת קשיים בתחום הפרדת הרשויות, אולם ניתן להתמודד עם קשיים אלו הן על-ידי שימוש בטכניקות שפורטו לעיל כקודמות לבטלות, והן על-ידי שימוש בכלי הבטלות החלקית, שמטרתו להגשים את תכלית חוקי-היסוד תוך פגיעה מעטה יחסית בדבר החקיקה הבלתי-חוקתי. העיקרון המנחה בדרך זו הוא ההפרדה בין הנורמות הנגועות באי-חוקתיות לבין אלה שאינן, לאור מבחן תכלית החוק.<sup>38</sup>

### 3.2. סעד ממוני: פיצויים, הוצאות ושכר טרחה

לעתים הסעד הדרוש להשבת המצב לקדמותו, למצב שהיה קיים אילו לא התרחשה הפגיעה, הוא פיצוי (Damages, Compensation). סעד זה צופה פני עבר ומהווה תרופה "חיובית" שאוברה מתיאוריית הצדק המתקן. תרופת הפיצויים עוצבה בתורת הנזיקין, ובמסגרתה בית-המשפט מעריך את שווי הנזק שנגרם לניזוק וקובע כי תוטל על המזיק (או מבצע העוולה) סנקציה כספית, שמטרתה השבת מצבו של הניזוק למצבו טרם התרחשות הפגיעה. ההצעה לעשות שימוש בסעד כספי במרחב החוקתי מבטאת רצון לרפא פגיעה של המדינה בפרט או בקבוצה, על-ידי פיצוי שעשוי לסייע בהשבת המצב לקדמותו, בהתאם להיקפי ההפרה והנזק. סעד זה נתמך גם בשיקולי הרתעה והכוונת התנהגות, שכן אם הרשויות השלטוניות תפנמנה עלויות ותחשבנה את פעולותיהן בהתאם לחובתן להגן על הזכויות הרלוונטיות, יהיה בכך להציב סטנדרט נורמטיבי לפעולות הרשות וליצור שינוי בהתנהלותה לעתיד לבוא.

סמכות בג"ץ להטיל פיצויים נקבעה לראשונה בפסק-הדין בעניין בינוי ופיתוח בנגב, שבו פורשה סמכותו לפי סעיף 15ג באופן המאפשר מתן כל סעד אפשרי, לרבות פיצויים. השופט ברנזון קבע את סמכותו של בג"ץ כ"סמכות חובקת עולם", ובלבד שהדבר נעשה למען הצדק.<sup>39</sup> נקבע כי "הפיצויים החוקתיים" ייפסקו לפי אומדן כללי ולפי אמות מידה השונות מאלה הנהוגות במשפט הפרטי (המבוססות על הוכחת נזק) – כמתחייב מעובדת היותם "סעד של צדק", שנפסק כסעד משני ביחס לדין בעתירה. הלכה זו ניסתה לתת ביטוי מעשי לרצון למצוא פתרון צודק למקרים בהם נותר העותר ללא סעד. עם זאת, מאז פסק-דין בינוי ופיתוח בנגב לא המשיך בית-המשפט את פסיקת הפיצויים (על אף שההלכה לא בוטלה). הקושי המעשי הכרוך בעיגון ופיתוח תורת אחריות חוקתית בתחומו של בג"ץ נובע, בין היתר, מכך שערכאה זו אינה ערוכה להתמודד עם תביעות כספיות מפורטות, בשל סדרי הדין ועומס העבודה.<sup>40</sup>

אפשרות תיאורטית נוספת להכרה בפיצויים, אשר תיסקר בקצרה, שאובה מדיני הנזיקין. ברק-ארז מציעה לעגן את האחריות החוקתית בשתי עוולות המסגרת הנזיקיות המפורטות בפקודת הנזיקין – עוולת הפרת חובה חקוקה ועוולת הרשלנות. בבסיס המודל התיאורטי שהיא מציעה מצויה התפיסה שפגיעה בזכות-אדם מוגנת מהווה הפרת חובה חקוקה, שהיא חוק-יסוד: כבוד האדם. בעקבות מודל זה ניתן לחשוב על האפשרות ליישם את סעד הפיצויים גם במקרה של פגיעה בזכות חברתית – למשל במקרה שבו הפגיעה היא בחלוקת הטבות סוציאליות בדיור וקצבאות בצורה מפלה הפוגעת בשוויון. הכרה במודל זה מחייבת הגדרה של חובת זהירות חדשה של הרשות כלפי הפרט – "חובת זהירות חוקתית". נושא זה מעלה מגוון שאלות וקשיים, שאין זה המקום

להרחיב בהם, הנוגעים בין היתר במצבים בהם הנזק אינו כלכלי מובהק (כך, למשל, יש לשאול האם יש מקום להכיר בפגיעה בזכות חברתית שאינה כרוכה בהפרת זכות-אדם המוגנת בחוק-יסוד, וכיצד יוכח קשר סיבתי בין הפרה לנזק).<sup>41</sup>

שכר טרחה והוצאות הם סעדים נוספים הננקטים כמעט בכל שיטות המשפט ונפוצים במרחב המשפט הפרטי, ואשר ניתן להשתמש בהם במסגרת פגיעות בזכויות חוקתיות. שכר הטרחה משקלל נתונים הקשורים לטיפול בתיק (שעות העבודה; קושי המקרה והשאלות המשפטיות המתעוררות בו; הופעה; הסיכון הכרוך בייצוג; פסיקת הוצאות במקרים דומים, ועוד). דינה שלטון מציעה לקדם את תשלום שכר הטרחה לעורכי-הדין העוסקים בתחום ההגנה על זכויות-אדם. בתיקים אלה לרוב מייצגים עורכי-הדין אוכלוסיות שאין ידן משגת, והטלת הוצאות שתשקפנה תשלום הולם עשויה להוות תמריץ לעורכי-דין להביא מקרים לבירור משפטי בערכאות ולקדם באופן משמעותי את הטיפול בזכויות-אדם – ובכללן גם זכויות חברתיות.<sup>42</sup> בהתייחס לפגיעה בזכויות חברתיות, אף שעתירות רבות בעניינן נמחקות או נדחות ללא הוצאות, ניתן למצוא מספר עתירות בהן הוטלו הוצאות על המדינה בסכומים המגיעים עד ל-60,000 ש"ח – לעתים גם במקרים בהם העתירה נדחתה – לאור מורכבות העתירה, משך הזמן שחלף ממועד הגשתה ואופן טיפול המדינה במקרה.<sup>43</sup> נראה כי אימוץ השיטה של הטלת שכר טרחה והוצאות משפט במקרים של הפרת זכויות חברתיות עשויה להוות צעד נוסף בביסוסן והרחבתן, ובעיקר בחיזוק לגיטימיות הבאת הזכויות הללו לפתחו של בית-המשפט על-ידי משפטנים ועורכי-דין.

### 3.3. פרשנות מצמצמת והרחבת היקף דבר חקיקה קיים

כאשר בית-המשפט מתמודד עם מקרים בהם נטען כי הופרה זכות הוא בוחן את הפגיעה, בין היתר, תוך שימוש בטכניקות פרשניות שונות. טכניקות אלה הן שלב משמעותי בהגנה על הזכות, שכן בהנחה שהפרשנות מראה כי קיימת פגיעה, בית-המשפט יפעיל את הסעדים הנדרשים לתיקונה, בהתאם למהות הפגיעה. פרקטיקות פרשנות המשמעותיות לאבחון מקרים של פגיעה בזכויות חברתיות הן הפרשנות המצמצמת או הרחבת היקף דבר החקיקה כך שיהלום את התכליות הנמצאות בכסיו. אף שטכניקות אלה רלוונטיות לשלב אבחון הפגיעה או אי-החוקתיות, אשר עקרונית מקדים בהרבה את שלב הסעדים – הרי שהן עשויות להוות סעד חברתי כשלעצמו, בהקשר של זכויות חברתיות, שכן בגדרן בית-המשפט גם משנה את משמעות החוק ונותן לו משמעות הכוללת התייחסות לזכות החברתית הנפגעת.

פרשנות מצמצמת של דבר חקיקה משמעותה לתת לטקסט מובן שלא יכיל את החלקים הבלתי-חוקתיים בו. כאמור, על אף שטכניקה זו נוגעת לפרשנות ההוראה הנורמטיבית, המתבצעת בשלב מוקדם של דיון בעתירה שעניינה פגיעה בזכות חוקתית, היא עשויה להוות דה-פקטו סעד שבית-המשפט מעניק בגין פגיעה כזו. הרטוריקה המשפטית המוצאת ביטוייה בעת שימוש בפרשנות מצמצמת, מאפשרת הכרה בדבר החקיקה על-ידי פרשנות אחרת לו. טכניקה זו מאפשרת הגנה מסוימת נוספת על הזכויות החברתיות, וזאת מבלי להפגין לכאורה התערבות במה שנתפס כאחריותה של הרשות המחוקקת והמבצעת. במקרים בהם הוצאת חלק אחד נגוע אינה אפשרית, כיוון שכך תיעקר ההוראה מתוכן או שייפגע המבנה הנורמטיבי הכולל של ההוראה, אולי יועדף ביטול החוק כולו.<sup>44</sup>

טכניקה נוספת להתמודדות עם פגיעה חוקתית, בהתחשב בקשיים שמעוררת תרופת הבטלות, היא הרחבת היקפו של חוק על-ידי קריאה פרשנית לתוכו. טכניקה זו נמצאת בשימוש במצבי הפליה שונים שבהם דבר החקיקה מעניק טובת הנאה לבני קבוצה אחת אך אינו מעניק אותה

לבני קבוצה אחרת, בעלת זכות שווה (לדוגמה, הענקת משאבים לחינוך לקבוצה אחת על פני אחרת).<sup>45</sup> תרופה זו מונעת את הצורך לבטל דבר חקיקה, ובכך שומרת על חוקתיותו, אולם בו בזמן היא חריפה ומתערבת בתוכנו של החוק. השימוש בה נעשה בהתחשב במדיניות העומדת ביסוד דבר החקיקה הנדון, בהשתלבותה של הקבוצה המופלית במטרות החקיקה האחרות ובמידת ההפרעה של תוספת הלשון לתבנית החקיקתית. הקושי בטכניקה זו, בייחוד כאשר עסקינן בזכויות חברתיות, הוא בכך שככל שההרחבה כוללת השלכות תקציביות היא מלווה בהתערבות יתרה של הרשות השופטת במלאכת המחוקק – זאת כאשר בידי בית-המשפט אין לכאורה את הכלים להעריך במדויק את ההשלכות הכלכליות של ההרחבה האמורה.

ההכרה בזכויות החברתיות נעשתה עד כה על-ידי הכרה בתחומי התפרסותם של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ושל עקרון השוויון. בהקשר זה יש לציין כי המהלכים הפרשניים שמבצע בית-המשפט במקרים של פגיעה בשוויון, אשר יפורטו להלן, שונים מהמהלכים שנעשו במקרים אחרים, הנוגעים לזכויות המוגנות שניתן לכלול בחוק-יסוד, שכן במקרים אלה מתאפשרת הכללת זכויות חברתיות נוספות כשלעצמן תחת חוק-היסוד, באמצעות פרשנות שלו (כפי שהציע השופט לוי בפרשת מחויבות). הדבר מקבל ביטוי במרכיב הסעד – שעשוי להגיע עד ביטול דבר החקיקה. המשמעות בשני המקרים עשויה להיות כלכלית, שכן היא נושאת בעלויות תיקון הפגיעה; אולם בהיבט ההכרה של הזכות, חוקי-היסוד עשויים לכלול הכרה רחבה יותר בזכויות חברתיות.

הכרה בפגיעה בדרך של פרשנות רחבה של דבר החקיקה ננקטה במצבי הפליה ופגיעה בשוויון סביב חלוקת משאבים, בייחוד ביחס לזכות לחינוך. בעניין יתד עמדה להכרעה הפליה בתחום החינוך המיוחד. בג"ץ פירש את תכליתו הפרטיקולרית של חוק חינוך מיוחד, התשמ"ח-1988, לאור הזכות לחינוך ולשוויון ולאור עקרונות המשפט הבינלאומי, ואלה הובילו למסקנה כי על המדינה לקבוע מימון מלא לסיוע הדרוש לילד בעל צרכים מיוחדים ששולב במוסד חינוכי רגיל.<sup>46</sup> בפרשת נוער כהלכה עלתה סוגיית ההפליה במוסדות חינוך בין נערות מזרחיות לנערות אשכנזיות. בית-המשפט איזן בין הזכות לחינוך מגזרי לבין הפגיעה בשוויון, ופירש באופן רחב את ערך השוויון והזכות לחינוך. בתחילת ההליך הוציא הרכב השופטים צו על תנאי שהורה למשיבים לנמק מדוע לא יוסרו סממני ההפליה וייערך פיקוח על המוסד המפלה, ובהמשך הוצא צו מוחלט אשר הורה על המרכז החינוכי להסיר כל סממן מפלה ולשלב את בנות המגזרים השונים בבית-הספר. נוסף על כך, בית-המשפט הורה למשרד החינוך לנקוט במרב האמצעים לתיקון המצב, לרבות שלילת רישיון בית-הספר ועצירת תקצוב המוסד, ועל המשיבים הושתו הוצאות שכר טרחה.<sup>47</sup> כאן המקום לציין כי בית-המשפט פעל על-פי המתווה שניתן בהערה כללית מס' 3 של הוועדה לזכויות חברתיות של האו"ם בכל הנוגע לאי-הפליה.<sup>48</sup> לאחרונה, בעניין אבו לכדה, הכיר בית-המשפט העליון בכך שהזכות לחינוך נכללת בגרעין הקשה של כבוד האדם, אותו צרור זכויות שבלעדיו ערך הכבוד האישי נפגם פגיעה מהותית וקשה. בפרשה זו נידונה הזכות לחינוך חינוך של חמישה תלמידים תושבי מזרח ירושלים, ובית-המשפט מסגר את הפגיעה כפגיעה בערך השוויון.<sup>49</sup>

לעתים הפגיעה בזכויות חברתיות אינה נובעת ישירות מהוראת חוק אלא מחלוקה מפלה של משאבים קיימים. הדבר נכון במיוחד לגבי זכויות חברתיות אשר מצריכות חלוקת משאבים. בית-המשפט יצא במשך השנים במקרים כאלו להגנה על הזכות הנפגעת, על בסיס הכרה בעקרון השוויון. בפסקי-הדין בעניין עדאלה ציין בית-המשפט את חוסר יכולתו לצוות על הרשויות לחוקק סעיפי תקציב מחדש, לצורך חלוקה שוויונית יותר על פי אחוז המגזר באוכלוסייה. עתירה מאוחרת בנושא דומה, כאשר דובר על הקצאת כספים לטיפול בבתי עלמין של האוכלוסייה הערבית, זכתה לסעדים

משמעותיים יותר: בית-המשפט הוציא צו על תנאי שהורה למדינה להתייחס לטענות העותרים בדבר הפליה בתקציבים לבתי העלמין ולבקשה לקביעת קריטריונים ברורים להקצאת המשאבים, וציווה על חלוקה שווה בהקצאת כספי המשרד. אנו רואים כאן שימוש בצו באופן שאפשר הבהרה של מדיניות, וכן הכרה בזכות לשוויון באופן שנועד למלא חסר נורמטיבי.<sup>50</sup> בעניין **ועדת המעקב**, עמדה במוקד העתירה טענת הפליה בתקציבי שירותי חינוך ורווחה (שאינה הפליה מכוח חוק) ביחס למוסדות חינוך ערביים. בעתירה זו הכיר בית-המשפט בטענת ההפליה והמדינה נכונה להכיר בזכאותו של המגזר הערבי לחלקו היחסי בתקציב בתחום החינוך ואף החלה לבצע צעדים לשינוי המצב. בית-המשפט ציין במהלך דיון בעתירה כי "הדיון אינו מתאים לבחינה גורפת של מכלול התקציבים המוענקים על-ידי הממשלה בכל נושא ונושא. בית-המשפט אינו מקיים ביקורת כללית על תקציבי המדינה והוא ערוך לבחון רק טענה קונקרטית של הפליה". עתירה זו ואחרות מדגימות את חשיבות בית-המשפט בטיפול בחלוקה מפלה כאשר המדובר בזכויות חברתיות, אף שהוא נמנע לרוב מהענקת סעד קונקרטי וברור המחייב חלוקה שוויונית של תקציבים.<sup>51</sup> ממכלול הדוגמאות שהובאו עד כה נראה כי בבתי-המשפט התפתחה הכרה בזכויות מסוימות, בהיבט השוויון ואיסור ההפליה, המשפיעה על קידומן של הזכויות החברתיות מבחינה "סגולית". טכניקות פרשניות מאפשרות לבית-המשפט, כחלק מתפקידו, להעניק מעמד נוסף לזכויות החברתיות, על הקשיים הכרוכים בהן, ולשוות להן מעמד של זכויות הנכללות במערכת המשפטית וראויות להגנה.

### 3.4 שימוש בסעדים חברתיים במשפט הישראלי: דוגמאות וסעדים נוספים

ברבות מהעתירות העוסקות בפגיעה בזכויות חברתיות בית-המשפט מעניק סעדים חלקיים, נוכח הקשיים הכרוכים בהן. לרוב בית-המשפט מאפשר מרחב פעולה למדינה, כאשר הוא עשוי לשמש כגורם "מגשר" או "מפקח" על ההידברות בין הצדדים – אך לעתים הוא יפעל בצורה יותר אקטיבית לקידום ההגנה על הזכות. שני כיווני פעולה שעשויים להיכלל ב"סל הסעדים החברתיים" יפורטו להלן.

הזכות לבריאות היוותה מוקד מרכזי בעתירות תושבי הכפרים הבלתי-מוכרים בנגב. בעניין **עדאלה** עתרו התושבים להקמת מרפאות וקביעת קריטריונים להקמתן כאמור בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994. השופטים קבעו כי "הקמת מרפאות ביישובים הבודאים היא צורך חיוני שעל המדינה לספק". המדינה התחייבה אם כן להקים מרפאות בכפרי העותרים, אולם קריטריונים כאמור לא נקבעו. בהמשך בית-המשפט דחה את העתירה וקבע כי אומנם שר הבריאות יכול לקבוע קריטריונים, אך הוא אינו חייב לעשות כן; ואף שככלל נכון הוא לקבוע נהלים פנימיים, הרי שאין מקום לבג"ץ להתערב בכל מקום בו כללים כאלו אינם מתקיימים. עוד קבעו השופטים כי אי-חוקיות הכפרים אינה סיבה למנוע מהם שירותי בריאות, אולם הדרך הנכונה לפעולה היא הקמת ועדה מטעם משרד הבריאות שתעקוב אחרי הסוגיה.<sup>52</sup> אנו רואים כאן דוגמה נוספת לאופן שבו מנהל בית-המשפט מקרה, תוך נקיטת עמדה אך יחד עם זהירות רבה באכיפת הזכויות. בעתירות להקמת מרכזי "טיפת-חלב" בכפרים הבלתי-מוכרים, כבר עלו ביתר חדות הקשיים שבעתירה לאכיפת הזכות לבריאות. הקמת מרפאות מצריכה השקעת משאבים רבים, המצויים במרחב שיקול הדעת וסדרי העדיפויות של הרשות המבצעת. בסיום הטיפול בעתירה, שנמשכה כחמש שנים, הוקמו המרפאות, והמדינה הציעה הסדר שמטרתו הקמת התחנות ואספקת תחבורה ציבורית אליהן. בשלב זה קיבל בית-המשפט את ההסדר מבלי לפסוק בעתירה לגופה, והשאיר את דלתו פתוחה לעתירות נוספות.<sup>53</sup> באופן דומה, עתירות רבות שיכלו להסתיים כהישגים עבור

העותרים נמחקות לאחר שמושג במסגרתן הישג במקרה פרטני, כאשר המדינה "מתפשרת" ונותנת מענה לתביעת העותרים טרם מתן פסק-דין, כדי להימנע מיצירת תקדים בנושא. בית-המשפט מהווה "מפקח" ו"מגשר" בין הצדדים, ונמנע מלנקוט עמדה שלה השלכות על מדיניות הממשלה. דרך זו עשויה להיחשב אף היא כסעד חברתי המסייע בטיפול בפגיעה בזכויות חברתיות.

שימוש חשוב נוסף בתחום הסעדים בהקשר של זכויות חברתיות נעשה בפס"ד הפורום לדו-קיום. בפסק-דין זה השופט מצא עשה שימוש בסמכות בג"ץ לפסוק "סעד למען הצדק", הקבועה בסעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה, ונתן "צו עשה" לבניית גשרון בניגוד לדיני התכנון והבנייה, כדי למנוע סכנה מילדים שנדרשו לעבור בדרכם לבית-הספר מעל נחל שבו זרמו מי ביוב. השופט מצא הגדיר את הסעיף כבעל מעמד חוקתי-על-חוקי, המתיר במקרים חריגים לתת סעדים שחורגים משלטון החוק. גישה אקטיבית זו נזנחה בפסיקה, אולם ניתן להגדירה כניתנת ליישום במקרים חריגים ביותר בעתיד.<sup>54</sup> בפסק-הדין בעניין ווסר, שעניינו מיגון מוסדות החינוך בשדרות, נתן בג"ץ סעד של הוראה למדינה למגן באופן מלא את מוסדות החינוך בעיר, ואף נקט עמדה לגבי שיטת המיגון העדיפה – זאת על אף השיקול התקציבי הכבד ושאלות המדיניות הכרוכות בכך.<sup>55</sup> בפרשת אבו לבדה עסק בית-המשפט באופן רחב בנושא הסעד הדרוש לתיקון הפגיעה בילדי מזרח ירושלים, והקציב למדינה מסגרת זמן של חמש שנים לקליטת תלמידי מזרח העיר במוסדות לימוד רשמיים ומתן חינוך חינוך חנם באופן מלא. פסק-דין זה גם הדגים את אפשרויות הפעולה הנוספות של בית-המשפט בתחום הזכויות החברתיות. כך, בהמלצת בית-המשפט הוקמה ועדה בין-משרדית לקידום הנושא ברמה הלאומית והמקומית, וכן ניתנה דרישה למתן הודעות מעדכנות, הוטלו הוצאות, וניתן צו עשה ברור ומפורט.<sup>56</sup>

ניתן לראות כי קיימות עתירות בהן בית-המשפט כופה על המדינה נקיטת פעולה אקטיבית, הכרוכה בהשקעת משאבים. הדבר נעשה לעתים באופן גמיש ומנחה בלבד (כמו בעתירות בנושא הכפרים הבלתי-מוכרים), ולעתים באופן יצירתי וחריף. מסקירת העתירות עולה כי בחירה בדרך השנייה תיעשה בעיקר בעתירות העוסקות במצוקות ילדים וחסרי ישע ובעיקר סביב הזכות לחינוך, אז בית-המשפט מכיר בפגיעה ורואה את הזכות הנפגעת כשפיטה וכמצדיקה מתן סעדים מתאימים (בשולי הדברים יצוין כי עולה השאלה, האם ומדוע מקבלת הזכות לחינוך עדיפות על פני הזכויות החברתיות האחרות, והאם זכויות חברתיות אחרות סובלות מ"הפליה שיפוטית").

#### 4. במקום סיכום: האם קיימים בישראל "סעדים חברתיים"?

במאמר זה ביקשתי להצביע על "סעדים חברתיים" בהם יכול בית-המשפט להשתמש בעת פגיעה בזכויות חברתיות. הסעדים השונים הנמצאים בשימוש במערכת המשפט אשר נסקרו במאמר משמשים להגנה על זכויות-האדם, אולם בעיקר להגנה מפני פגיעה בזכויות אזרחיות. ה"תווית" שדבקה בזכויות החברתיות מאז גיבושן, המציגה אותן כזכויות "עמומות" אשר הכרה בהן מעוררת קשיים כלכליים וחברתיים, עדיין קיימת. ניכר כי תפיסת אשכולות הזכויות – לפיה הזכויות החברתיות והאזרחיות שלובות אלה באלה, בולטת גם בשימוש שניתן לעשות בסעדים. מהסקירה ניתן לראות כי בית-המשפט לוקח לעתים תפקיד פעיל בהענקת סעדים חברתיים ובעיצובם, בעיקר במקרים בהם הפגיעה המרכזית לשיטתו הייתה בזכות אזרחית מוכרת (כבוד האדם, שוויון) שב"שוליה" נמצאת זכות חברתית (פגיעה בשוויון שבשוליה פגיעה בזכות לחינוך, פגיעה בכבוד האדם שבשוליה פגיעה בזכות לבריאות, וכן הלאה). נקיטת עמדה זו מקשה על הטמעת התפיסה לפיה יש לראות את הזכויות החברתיות כשלובות עם הזכויות האזרחיות ושוות להן. דווקא המשפט

הבינלאומי מאפשר בחינה פרשנית רחבה יותר לשם שילוב הזכויות האזרחיות והחברתיות וכריכתן יחדיו, וכולל סעדים משמעותיים לקידום ההגנה על הזכויות החברתיות, אשר ראוי שיוטמעו בעתיד גם במערכת המדינתית. יחד עם זאת, למרות האפשרויות הפרשניות והנורמטיביות הגלומות במשפט הבינלאומי, ובעיקר באמנה לזכויות חברתיות והערותיה הפרשניות, בית-המשפט העליון בישראל עושה בסטנדרטים אלה שימוש מועט, אם בכלל. חשוב להדגיש אם כן כי דווקא שימוש בכלים אלו עשוי לסייע בהשגת הקונקרטיזציה הדרושה לעיצוב סעדים חברתיים, ומילוי החסר החקיקתי בעיגונם.

בשנים האחרונות קיימת מגמה של שינוי בפסיקת בית-המשפט העליון בישראל ביחס לזכויות החברתיות. פסק-הדין בפרשת מחויבות, על אף הביקורת הרבה שספג, גם מצדם של ארגונים חברתיים, עיצב את ההכרה בזכות לקיום מינימלי בכבוד והתווה דרך לאבחון פגיעה בזכויות חברתיות. כמו-כן הציב פסק-דין זה אפשרויות למתן סעדים משמעותיים שיוכלו להיות מיושמים בעתירות עתידיות שתעסוקנה בפגיעה בזכויות חברתיות. בתחום החינוך הצליח בית-המשפט הישראלי ליצור סטנדרטים ברורים ולעגן את הזכות לחינוך כזכות העומדת בפני עצמה. בית-המשפט אף השתמש בסעדים יצירתיים לקידומה של זכות זו (על-ידי הגדרה קונקרטית של חובות המדינה, הוצאת צווים הצהרתיים, הנחיית המדינה לעצב מדיניות ופסיקת הוצאות).

קושי מרכזי הכרוך במתן סעדים חברתיים טמון בשאלת הלגיטימיות של בית-המשפט להגן על זכויות חברתיות ולהעניק סעדים בגין פגיעה בהן. בית-המשפט נע בין פרשנויות שונות של דברי חקיקה במאמץ להולמם עם עקרונות היסוד של השיטה, לבין מתן סעדים המטילים חובות או מבטלים דבר חקיקה – אך הקושי לנקוט אמצעים כאלה במקרים של פגיעה בזכויות חברתיות, ניכר. מסיבה זו, פעמים רבות יעדיף בית-המשפט, במקום להעניק סעדים ממשיים, לבחור בטכניקות פרשניות אשר מאפשרות הכרה עקיפה בזכות החברתית, שכן כך התערבותו נתפסת כלגיטימית יותר. בהקשר זה, אין ספק כי חקיקת חוק-יסוד: זכויות חברתיות עשויה לשפר את המצב במידה ניכרת, שכן חוק כזה יעניק מעמד נורמטיבי גבוה יותר לזכויות החברתיות. יחד עם זאת, בחינת המקרים המובאים לפתחו של בית-המשפט וניתוח הדיאלוג המתרחש בעת טיפול בעתירות, מראים כי בית-המשפט נוקט פעמים רבות עמדה פעילה בהגנה על הזכויות החברתיות ומנסה להביא את הצדדים, ובהם הרשויות, לדיאלוג ועשייה כמעין "סעד פיקוח", אף אם הוא עושה כן בזירות המתחייבת. במקרים בהם מחדלי המדינה זועקים לשמיים, בית-המשפט אינו נרתע מלנקוט עמדה נחרצת וברורה ולחייבה בתיקון הפגיעה.

על מנת לצעוד צעד נוסף בדרך לגיבוש אמצעים להגנה על הזכויות החברתיות בעזרת סעדים מתאימים ניתן לבחון רעיונות השאובים מהתחומים שנסקרו ברשימה זו. במסגרת המשפט הבינלאומי והמשפט המדינתי במדינות שונות, מוקמות ועדות מקצועיות לבחינת נושאים קונקרטיים בהם יש לתת לאזרח סעד חברתי. בישראל, צעדים ככיוון זה נעשו במספר עתירות בנושאים חברתיים (כגון פסקי-הדין בעניין בניית מרפאות ביישובים הבלתי-מוכרים בנגב, ועדות יישום חקיקה בעניין יתד ועוד). לאחר אירועי המחאה בקיץ האחרון הוקמה על-ידי הממשלה הוועדה לשינוי כלכלי-חברתי, המדגישה גם היא את התרומה הפוטנציאלית של דיאלוג בין האזרחים לרשויות לשיפור המענה החברתי-כלכלי. הרכב מקצועי כזה עשוי להשפיע גם על עיצוב סעדים מתאימים, שלאחריו יוכל בית-המשפט לבחון את המצב "בשטח" ולפסוק סעדים מתאימים בהתאם להלכי הציבור בתקופה נתונה. יתרון נוסף הקיים בוועדות מקצועיות הוא אפשרות סקירת הנתונים והמידע באשר לסוגיות בעלות היבטים חלוקתיים, שכן בתחום זה מופנית ביקורת כלפי

בית-המשפט על כך שהוא אינו יכול לפסוק בנושאים אלו.<sup>57</sup>

הצעה שנשמעת בשנים האחרונות, אשר עשויה להוות שלב נוסף בפיתוח סעדים חוקתיים וחברתיים, היא הפרדת בית-המשפט הגבוה לצדק מבית-המשפט העליון (בשבתו כערכאת הערעור העליונה). במסגרת הפרדה כזו, אשר עשויה להקל על עומס התיקים, תוכל ערכאת בג"ץ לעסוק בעיקר בעניינים חוקתיים ולהגן בצורה ממוקדת יותר על זכויות-האדם בכלל והזכויות החברתיות שנדונו כאן בפרט. נוסף על כך, ערכאה זו תהיה פנויה להעמקה והתמקצעות באבחון הפרות שונות ומתן סעדים הדרושים לתיקון הפרות אלה לפי טיבן. שינוי זה מחייב רפורמה רחבה יותר במבנה מערכת השפיטה, ודורש התייחסות נרחבת נוספת שיריעה זו צרה מהכילה.

מאמר זה ביקש להנכיח את חשיבות הסעדים החברתיים ואת מורכבות השימוש בהם בבית-המשפט העליון. שני התחומים בהם עסקנו – הזכויות החברתיות ודיני הסעדים – לא זכו לדיון מקיף בפסיקה ובמחקר, ומאמר זה מהווה צעד ראשוני לשילוב בין השניים. טווח האפשרויות העומדות בפני בית-המשפט בבואו להגן על זכויות חברתיות הוא רחב, אולם הוא מתקשה לפסוק סעדים בנושאים חברתיים בשל הקושי בהכרה בזכויות החברתיות. יחד עם זאת, אין במאמר זה כדי להביע דעה בשאלה כיצד על בית-המשפט לפסוק בנושאים אלו. קצרה היריעה מלכלול את כלל הנתונים הנוגעים לסעדים חוקתיים ולפסיקה בעניינים חברתיים של בית-המשפט העליון. לכך ידרש מחקר מעמיק ונפרד, אשר מוטב שיכלול התייחסות גם לפסיקתם של ערכאות נמוכות, לרבות בתי-המשפט לעניינים מנהליים.

כאמור בפתח הדברים, "הלך הסעד אחר הזכות". ואכן, מאמר זה ביקש למצוא את אותם סעדים ההולכים אחר הזכויות החברתיות ולהציג את חיוניות הדיון בהם כתנאי למימושן בפועל. סוגיית הסעד, אשר ניתן ורצוי להעמיק בה ולפתחה יותר, מהווה מרכיב משמעותי הנותן תוקף לזכויות החברתיות ולמעמדן במשפט הישראלי. משכך, הכרה בסעדים החברתיים עשויה להיות כלי משמעותי ביד אלה הבוחרים לפנות לזירה המשפטית בראותם בה מכשיר לשינוי חברתי בעתיד, אף שקידומן המלא מצריך שילוב בין מערכות החקיקה, המדיניות והמשפט גם יחד.

## הערות

תחילתו של מאמר זה בעבודה שנכתבה במסגרת סמינר "ההגנה על זכויות-האדם בבג"ץ" בהנחיית פרופ' יובל שני ופרופ' פרנסס רדאי בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית. ברצוני להודות למנחי הסמינר על הנחייתם והערותיהם במהלך הדרך. כמו כן ברצוני להודות לחברי מערכת כתב-העת "מעשי משפט" על הערותיהם המועילות.

1 בשל ריבוי ההתייחסויות השונות למילים "סעד" ו"תרופה" בהקשרים שונים, אשתמש במאמר זה בעיקר במונח "סעד", אף שהמונחים השונים יובאו לחלופין. להבחנה נורמטיבית בין המושגים ראו: יהודה אדר "על הדבש ועל העוקץ: הרהורים על פרק התרופות בהצעת הקודקס האזרחי" *משפט ועסקים* ה' 347, 352 (2006) (להלן: אדר "על הדבש ועל העוקץ").

2 או "הלך הסעד אחר הזכות", ראו: ע"א 700/89 *חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ*, פ"ד מז(1) 667, 688 (1993); ע"א 3077/90 *פלונית נ' פלוני*, פ"ד מט(2) 578, 593 (1995); רע"א 6339/97 *רוקר נ' סלומון*, פ"ד נה(1) 199, 268 (1999); בג"ץ 2344/98 *מכבי שירותי בריאות נ' שר האוצר*, פ"ד נד(5) 729, 751-753 (2000).

3 Tracy A. Thomas, *Ubi Jus, Ibi Remedium: The Fundamental Right to a Remedy Under Due Process*, 41 SAN DIEGO L. REV. 1633 (2004); THE OXFORD INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF LEGAL HISTORY 5, 125 (Stanley N. Katz ed., 2009); David Schuman, *The Right to a Remedy*, 65 TEMP. L. REV. 1197, 1199 (1992); L. Rev. 1197, 1199 (1992); Ashby v. White: "If הזכות להגנה עליה הוכר בכמה פסקי-דין מכוננים בארצות המשפט המקובל. בשנת 1703 הוכרה באנגליה הזכות לקבלת סעד בפסק-הדין".

the plaintiff has a right, he must of necessity have a **means to vindicate and maintain it, and a remedy** if he is injured in the exercise or enjoyment of it; and indeed it is a vain thing to imagine a right without a remedy; [...] Where a man has but one remedy to come at his right, if he loses that he loses his right" (Ashby v. White, 92 ER 126, 136 (1703))  
*Marbury v. Madison* נקבע סעד הביטול והוכרה לראשונה הזכות לסעד כמרכיב מרכזי במימוש חירות האדם. השופט מרשל ציין: **the right of every individual to claim the protection of the laws, whenever he receives an injury**. One of the first duties of government is to afford that protection [...] It will certainly cease to deserve this high appellation, if the laws furnish no remedy for the violation of a vested legal right"  
 (Marbury v. Madison, 5 U.S 137, 163 (1803)).

4 דוד ואנוך הראל "עיון פילוסופי במשפט ועל אודותיו" דין ודברים ד 17, 48 (2008).  
 5 ראו: אייל גרוס "החוקה הישראלית: כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי" **צדק חלוקתי בישראל** 79 (מנחם מאוטנר עורך, 2000); Ernest J. Weinrib, *Corrective Justice in a Nutshell*, 52 U. TORONTO L.J. 349 (2000);  
 (2002); לפי אנוך והראל, לעיל ה"ש 4, בעמ' 48, המשפט הפרטי הוא במהותו ביטוי של צדק מתקן ואילו המשפט הציבורי הוא ביסודו ביטוי של צדק מחלק.

6 שלטון, לעיל ה"ש 4, בעמ' 40-43.  
 7 גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות-האדם" **ספר ברנזון** כרך ב 183, 209 (אהרן ברק עורך, 2000); אבי בן-בסט ומומי דהן **זכויות חברתיות בחוקה ומדיניות כלכלית** 101 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, נייר עמדה 49, 2004). לביקורת המושמעת כלפי הזכויות החברתיות ראו: יואב דותן "בית-המשפט העליון כמגן הזכויות החברתיות" **זכויות חברתיות כלכליות ותרבותיות בישראל** 69 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004); רות גביון "על היחסים בין זכויות אזרחיות-פוליטיות ובין זכויות חברתיות-כלכליות" **זכויות חברתיות כלכליות ותרבותיות בישראל** 25, 39 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004); Cécile Fabre, *Social Rights Under the Constitution, Government and the Decent Life* 153-181 (2000); Michael J. Dennis & David P. Stewart, *Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights: Should there be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing, and Health?*, 98 AM. J. INT'L L. 462 (2004).

8 אברהם דורון "הגדרת העוני ומדידתו: הסוגיה שלא באה על פתרונה" בתוך אברהם דורון **זכות האוניברסליות** 81 (1995); מונדלק, לעיל ה"ש 7, בעמ' 205-206, 215; אמיר פז-פוקס "כבוד לעניים – בין כבוד האדם והזכות לביטחון סוציאלי" **ביטחון סוציאלי** 75, 9, 11-13 (2007); דפנה ברק-ארוז ואייל גרוס "הזכויות החברתיות והמאבק על אזרחות חברתית בישראל: מעבר לזכות לכבוד" **ספר דליה דורנר** 189, 190-193 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכות, 2009).

9 ראו: יובל שני "זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות במשפט הבינלאומי: איזה שימוש בתי-המשפט הישראליים יכולים לעשות בהן" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 297, 300 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004) (להלן: שני "זכויות חברתיות במשפט הבינלאומי"); Gabriela Echeverria, *The draft Basic Principles and Guidelines on the Right to Remedy and Reparation: An Effort to Develop a Coherent Theory and Consistent Practice of Reparation for Victims* (2003) – <http://goo.gl/bmXib>.

10 שלטון, לעיל ה"ש 4, בעמ' 14-15, 37-38.  
 11 סעיף 8 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות-האדם (1948). במקור: "Everyone has the right to an **effective remedy** by the competent national tribunals for acts violating the fundamental rights granted him by the constitution or by law"

- 12 סעיף 3(2) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966):  
 "Each State Party to the present Covenant undertakes: (a) To ensure that any person whose rights or freedoms as herein recognized are violated shall have an **effective remedy**... (b) To **ensure** that any person claiming such a remedy shall have his right thereto determined by competent judicial, administrative or legislative authorities, or by any other competent authority provided for by the legal system of the State, and to develop the possibilities of judicial remedy; (c) To **ensure** that the competent authorities shall enforce such remedies when granted."  
 כך, סעיפים 9.5 ו-14.6 לאמנה; שני "זכויות חברתיות במשפט הבינלאומי", לעיל ה"ש 9, בעמ' 308; ראו גם: סעיף 6 לאמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית, כ"א 25, 547 (נפתחה לחתימה ב-1966); סעיף 39 לאמנת האו"ם בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989); סעיף 2(ג) לאמנה הבינלאומית בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורותיה, כ"א 31, 179 (נפתחה לחתימה ב-1979); סעיף 14 לאמנה נגד עינויים וצורות אחרות של יחס או ענישה אכזרית, בלתי אנושית ומשפילה, כ"א 31, 249 (נפתחה לחתימה ב-1984).
- 13 האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205 (נפתחה לחתימה ב-1966) בסעיף  
 "Each State Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually and (1)2 through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly .the adoption of legislative measures."
- 14 ECOSOC Res. 1985/17, UN Doc. E/1985/85 (1985); MATTHEW C.R. CRAVEN, THE INTERNATIONAL COVENANT ON ECONOMIC, SOCIAL, AND CULTURAL RIGHTS: A PERSPECTIVE ON ITS DEVELOPMENT 89-92, 107 (1995)
- 15 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment 3: The nature of* http://goo.-זמין ב-States parties obligations, Art. 5, 2, ¶ 1, U.N. Doc. E/C.12/1990/ (1990) gl/wGvwd; KITTIE ARAMBULO, STRENGTHENING THE SUPERVISION OF THE INTERNATIONAL COVENANT ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS: THEORETICAL AND PROCEDURAL ASPECTS 153-155 (1999).
- 16 UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights [CESCR], *General Comment 9: 16 זמין ב-The domestic application of the Covenant*, Art. 4, 9, U.N. Doc. E/C.12/1998/24 (1998) .http://goo.gl/jIOun-
- 17 UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights [CESCR], *General Comment No. 19: 17 זמין ב-The right to social security*, Art. 9, U.N. Doc. E/C.12/GC/19 (Feb. 4, 2008) http://goo.gl/rIEM4 .gl/rIEM4 הערה כללית זו מעגנת מגוון רחב של סעדים בסעיפים 77-81.
- 18 The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, U.N. Doc. E/CN.4/1987/17 (Jan. 8, 1987) (להלן: עקרונות לימבורג).
- 19 International Commission of Jurists (ICJ), *Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights*, Jan. 26, 1997, זמין ב-7xFSv http://goo.gl/ (להלן: הנחיות מאסטריכט); ראו גם: Victor Dankwa, Cees Flinterman & Scott Leckie, *Commentary to the Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights*, 20(3) HUM. RTS. Q. 705 (1998), המדגישים כי ראוי לקרוא את הנחיות מאסטריכט בצמוד לעקרונות לימבורג.
- 20 הנחיות מאסטריכט, לעיל ה"ש 19, בסעיפים 22-32 לחלק הרביעי. הנחה 23: "All victims of violations of economic, social and cultural rights are entitled to adequate reparation, which

- may take the form of restitution, compensation, rehabilitation and satisfaction or guarantees of non-repetition.”; וכן ראו: KITTY ARAMBULO, לעיל ה"ש 15, בעמ' 166-167.
- 21 European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Arts 5.5, The Inter-American; (ECHR: להלן: <http://goo.gl/FMdoI>); זמין ב- 41, 13 & ETS 5 (Nov. 4, 1950) Convention on Human Rights, Art. 25, 68 & 63.1, OEA/ser.L/V/II.23, Doc. 21, Rev. 6 (Nov. 22, 1969); African Charter on Human and People's Rights, O.A.U. Doc. CAB/LEG/67/3 Rev. 5, (Jun. 27, 1981) 21 I.L.M. Art.21.2; European Social Charter, 529 U.N.T.S. 89 Arts 15-24 (18 June 1961); שלטון, לעיל ה"ש 4, בעמ' 31-38.
- 22 “Right to an effective **remedy** – Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity”, הסעיף המסתמך על סעיף 8 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות-האדם 1948, וכן ראו: שם, בס' 5-6; Eva Brems, *Indirect Protection of Social Rights by the European Court*; 135 (Daphne of Human Rights, in *EXPLORING SOCIAL RIGHTS: BETWEEN THEORY AND PRACTICE* 135 (Daphne Barak-Erez & Aeyal M. Gross eds., 2007).
- 23 Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints, ETS 158 (1995); European Social Charter (Revised) (1996); DAVID HARRIS, JOHN COMPLAINTS, 161-160 בעמ' 160-161; Darcy, *EUROPEAN SOCIAL CHARTER* 354-370 (2nd ed., 2001).
- 24 Moshe Hirsch, *Compliance with International Norms in the Age of Globalization: Two Theoretical Perspectives*, in *THE IMPACT OF INTERNATIONAL LAW ON INTERNATIONAL COOPERATION* 166 (Eyal Benvenisti & Moshe Hirsch eds., 2004).
- 25 להטמעת הזכויות החברתיות בשיטות משפט אחרות ראו: גיא זיידמן "זכויות חברתיות: מבט השוואתי להודו ולדרום-אפריקה" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 347 (יורם רכין ויובל שני עורכים, 2004); לשימוש בתרופות חוקתיות במשטרים אחרים ראו: עמנואל גרוס "תרופות חוקתיות" **משפט וממשל** ד 433, 436-439 (1998); לעניין האפשרויות העומדות בפני בית-המשפט הישראלי ראו: שני "זכויות חברתיות במשפט הבינלאומי", לעיל ה"ש 9, בעמ' 341-344.
- 26 אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" **הפרקליט** מא 271, 285 (1993); ע"א 7038/93 סולומון נ' סולומון, פ"ד נא(2) 577, 580 (1995): "הפקרת בן-זוג למחסור ורעב היא בגדר פגיעה בכבוד האדם" (הנשיא שמגר); בג"ץ 161/94 אטרי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 1.3.1994); בג"ץ 8313/02 אייזון נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד נח(6) 607 (2004); בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר – אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 340-341 (1998); רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360, 362 (2001). לסקירה מקיפה ראו: פרנסס רדאי וערן גולן "חוקתיזציה של זכויות חברתיות" **המשפט** יא 641 (2007); ברק-ארו וגרוס, לעיל ה"ש 8, בעמ' 203. בהמשך תינתן התייחסות נרחבת להכרה של בית-המשפט בזכויות חברתיות.
- 27 המכון הישראלי לדמוקרטיה חוקה בהסכמה – הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה בהנהגת השופט מאיר שמגר שער שני: זכויות היסוד של האדם, סעיפים 32-36 (2005) <http://goo.gl/uRZe1>; ועדת חוקה חוק ומשפט חוקה בהסכמה רחבה (דוח ועדת חוקה חוק ומשפט בעניין הצעות לחוקת מדינת ישראל) פרק שני: זכויות היסוד של האדם, סעיפים 17-21 (2006) <http://huka.gov.il>; ראו גם דוח ספיבק-יונה בעקבות המחאה החברתית, הקורא לכינון חוק-יסוד: זכויות חברתיות וכן הקמת נציבות זכויות חברתיות: "עקרונות למדיניות כלכלית-חברתית" – <http://goo.gl/xUNzQ>. הצעת החוק האחרונה בעניין הונחה על שולחן הכנסת ביום 16.5.2011. ראו: הצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות, פ/3194/18. כן ראו דוח טרכטנברג, מיום 26.9.2011, שהתייחס בעיקר למדיניות הכלכלית חברתית

- המופעלת על-ידי הממשלה, ולא לחקיקה ועיגון נורמות ברמה חוקתית בתחומים החברתיים: הוועדה לשינוי כלכלי חברתי דוח הוועדה <http://hidavrut.gov.il> (2011).
- 28 ראו למשל: חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, המגדיר מהי "הפרה", אך אינו מספק הגדרה למושג "תרופה"; פקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח-1968 מדברת במפורש על "תרופות לעוולות", אולם עושה כן בלא כל ניסיון להגדיר מהי "תרופה". הצעת הקודיפיקציה עתידה לעגן את הגדרת ה"תרופות" באופן יותר רחב, ראו: הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח הממשלה 700.
- 29 גרוס "תרופות חוקתיות", לעיל ה"ש 25; אדר "על הרבש ועל העוקץ", לעיל ה"ש 1, בעמ' 352, 354-356. ספרם של אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המנהלי: סעדים (צפוי להתפרסם בשנת 2012) עתיד להתמקד בסעדים השונים הניתנים במרחב המשפט המנהלי.
- 30 יצחק זמיר הסמכות המנהלית 103-105 (1996); אהרן ברק פרשנות במשפט – חלק ג: פרשנות חוקתית 710-711 (1994); יורם רבין הזכות לחינוך 420 (2002); דוגמה לפגיעה על-ידי הפסקת מימון: בג"ץ 1554/95 עמותת שוחרי גיל"ת נ' שר החינוך, פ"ד נ(3) 2 (1996).
- 31 דפנה ברק-ארו משפט מנהלי 681, 710-711 (2010); גרוס "תרופות חוקתיות", לעיל ה"ש 25, בעמ' 433, 453, 476.
- 32 דודי שוורץ "סעדים זמניים – קווים מנחים להפעלת שיקול הדעת השיפוטי" מחקרי משפט יג 441, 442 (1996).
- 33 יצחק זמיר "סמכותו של בית-המשפט הגבוה לצדק" מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנטל 225 (גד טרסקי עורך, 1964).
- 34 לדיון בסוגיה זו ראו: פז-פוקס, לעיל ה"ש 8, בעמ' 19-20, 30-31.
- 35 לעניין הקשיים בסעדים אלה ראו: ברק-ארו משפט מנהלי, לעיל ה"ש 31, 714-717; גרוס "תרופות חוקתיות", לעיל ה"ש 25, בעמ' 471-472, ולעניין סעד הצהרתי ראו: שם, בעמ' 459-460, 474 וכן: דפנה ברק-ארו עוולות חוקתיות: ההגנה הכספית על הזכות החוקתית 28-29 (1993).
- 36 בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ט(3) 464 (2005), פסקי-דינם של השופטת (ראו) ביניש והשופט לוי, וכן: פז-פוקס, לעיל ה"ש 8, בעמ' 19-21; אבישי בניש "בג"ץ וקיום בכבוד: אפשר גם אחרת", המכון הישראלי לדמוקרטיה 20.5.2010, <http://goo.gl/X4oSd>, בעקבות פסק-הדין הגרמני אשר עסק בסוגיות דומות והתמודד עם הקושי בהטלת נטל הראיה על העותרים. ראו: <http://goo.gl/ECjng> - BVerfG, 1 BvL 1/09 vom 9.2.2010, Absatz-Nr. (1-220).
- 37 הדבר אף קיבל משנה תוקף בפסק-הדין, שניתן בימים אלה, בנושא קצבת הבטחת הכנסה שבו נדונה שאלת הפגיעה בזכויות החברתיות (בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי (טרם פורסם, 28.2.2012)).
- 38 ברק-ארו משפט מנהלי, לעיל ה"ש 31, בעמ' 795-839; גרוס "תרופות חוקתיות", לעיל ה"ש 25, בעמ' 440-452. דוגמאות לפסקי-דין שהפעילו תרופה זו: בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997). בית-המשפט קבע כי הוראות המעבר הקבועות בסעיף 48 לחוק להסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה-1995 אינן חוקתיות, ועל-כן בטלות. ראו לאחרונה: בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר (טרם פורסם, 19.11.2009), שבו פסל בית-המשפט את התיקון לפקודת בתי-הסוהר, שאפשר הקמתם של בתי סוהר פרטיים, נוכח הפגיעה הבלתי-מידתית באסירים ובחירותם. לעניין פרשנות מצמצמת לדבר חקיקה ראו: רבין הזכות לחינוך, לעיל ה"ש 30, בעמ' 407; ברק, לעיל ה"ש 30, בעמ' 734.
- 39 בג"ץ 101/74 בינוי ופיתוח בנגב נ' שר הביטחון, פ"ד כח(2) 449, 455 (1974).
- 40 ברק-ארו עוולות חוקתיות, לעיל ה"ש 35, בעמ' 51-54; דפנה ברק-ארו "עוולות חוקתיות בעידן חוקי-היסוד" משפט וממשל ט 103 (2005); ברק-ארו משפט מנהלי, לעיל ה"ש 31, בעמ' 156-157, 215,

- 401-402; שלטון, לעיל ה"ש 4, בעמ' 44; גרוס "תרופות חוקתיות", לעיל ה"ש 25, בעמ' 477; רבין הזכות לחינוך, לעיל ה"ש 30, בעמ' 414.
- 41 סעיף 63 לפקודת הנוזיקין קובע את התנאים לביסוסה של העוולה וכן את הסייגים להחלתה. ברק-ארז "בעידן חוקי-היסוד", לעיל ה"ש 39, בעמ' 125-135. לניסיון של בית-המשפט להכיר בהפרת חובה חקוקה של חוק-יסוד: כבוד האדם, ראו: ת"א (י-ם) 11258/93 נעמנה נ' קיבוץ קליה, דינים שלום ו 263 (1996). השימוש בעוולת הרשלנות גם הוא אפשרי, והוא מאפשר גמישות והכנסת שיקולי מדיניות למערכת השיקולים של השופטים. נוסף על כך, הוא אינו תלוי בקיומו של דבר חקיקה אשר הופר – כל שיש להוכיח הוא כי הפגיעה בזכות הגיעה לכדי הפרת "חובת זהירות", ובכך יכולה העוולה לשמש בסיס לתביעה נזיקית. ראו: ברק-ארז עוולות חוקתיות, לעיל ה"ש 35, בעמ' 192-193. לעניין הכרה בחובת זהירות חוקתית ראו: רבין הזכות לחינוך, לעיל ה"ש 30, בעמ' 426.
- 42 שלטון, לעיל ה"ש 4, בעמ' 307.
- 43 כך לדוגמה: בג"ץ 3491/90 אגבריה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מה(1) 221 (1990); בג"ץ 1113/99 עדאלה נ' שר הדתות, פ"ד נד(2) 164 (2000); בג"ץ 2814/97 ועדת המעקב העליונה לענייני החינוך הערבי בישראל נ' משרד החינוך והספורט, פ"ד נד(3) 233 (2000); בג"ץ 4363/00 ועד פוריה עילית נ' שר החינוך, פ"ד נו(4) 203 (2002); בג"ץ יתד, להלן ה"ש 46; בג"ץ 3586/01 המועצה האזורית לכפרים הלא מוכרים בנגב נ' שר התשתיות הלאומיות (לא פורסם, 16.2.2003) (למרות דחיית העתירה נפסקו הוצאות לעותרים); בג"ץ 6973/03 מרציאנו נ' שר האוצר, דינים עליון סו 415 (2004); פרשת "נוער כהלכה", להלן ה"ש 47; פרשת אבו לכדה, להלן ה"ש 49.
- 44 גרוס "תרופות חוקתיות", לעיל ה"ש 25, בעמ' 450; וכן ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 30, בעמ' 734, 736-737. השימוש בטכניקה זו נעשה בעיקר במשפט הפלילי.
- 45 גרוס "תרופות חוקתיות", לעיל ה"ש 25, בעמ' 458; ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 30, בעמ' 760.
- 46 בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834 (2002). בהמשך הוגשו עתירות נוספות הקוראות ליישום החקיקה נוכח קבלת בג"ץ יתד הראשון, ובית-המשפט עקב אחר ההתפתחויות בתחום החקיקה ויישום המדיניות. בג"ץ 6973/03 מרציאנו נ' שר האוצר (לא פורסם, 24.12.2003); בג"ץ 7443/03 ית'ד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך (לא פורסם, 2.6.2004).
- 47 בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך (לא פורסם, 6.8.2009) (להלן: פרשת "נוער כהלכה"), צו על תנאי מתאריך 14.7.2008 ותיקונו מתאריך 15.7.2008; לאחר פסק-הדין, ובעקבות הפרת החלטות בית-המשפט, נמשכו ההליכים בעתירה, ואלה כללו החלטות מכוח פקודת ביזיון בית-המשפט. בשלבים אלה ננקטו צעדים משמעותיים כלפי המעורבים, בין היתר קנסות ומאסרים, אשר חשפו כיווני פעולה מעניינים לכפיית החלטות בית-המשפט בהקשרים של פגיעה בזכויות חוקתיות (ראו החלטות מתאריכים: 7.4.2010, 17.5.2010, 15.6.2010).
- 48 לעיל ה"ש 15.
- 49 בג"ץ 5373/08 אבו לכדה נ' שרת החינוך (לא פורסם, 6.2.2011) (להלן: פרשת אבו לכדה).
- 50 בג"ץ 240/98 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 167 (1998). בית-המשפט דחה את העתירה וטען כי מדובר בטענות לחלוקת משאבים אשר אין זה תפקידו לעסוק בהן. ראו: פסק-דינו של השופט חשין, שם, בעמ' 187-188; בג"ץ 1113/99 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164, פס' 20 לפסק-הדין (2000).
- 51 בג"ץ 2814/97 ועדת המעקב העליונה לענייני החינוך הערבי בישראל נ' משרד החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נד(3) 233, 239 (2000) (פסק-דינה של השופטת ביניש); רבין הזכות לחינוך, לעיל ה"ש 30, בעמ' 403; לסקירה בנושא ההפליה במגזר הערבי ראו גם: יורם רבין ומיכל לוצקי-ארד "האפליה התקציבית המתמשכת של המגזר הערבי" המשפט ז 505 (2002).

- 52 בג"ץ 7115/97 עדאלה נ' משרד הבריאות (פורסם באתר בית-המשפט העליון, החלטות מתאריכים: 29.6.1998, 29.10.1998). בשנת 2000 הואשם משרד הבריאות בפקודת ביזיון בית-המשפט. עד סוף שנת 2001 נבנו שש מרפאות בכפרים; נושא התחבורה נותר בלא מענה. בג"ץ 4540/00 אבו-עפאש נ' שר הבריאות (לא פורסם, 14.5.2006).
- 53 בג"ץ 3586/01 המועצה האזורית לכפרים הלא מוכרים בנגב נ' שר התשתיות הלאומיות (לא פורסם, 16.2.2003), בפסק-הדין הובאו חלופות כהקמת ועדה לבחינת הנושא וכן שמירת זכות העותרים לשוב ולעתור בעתיד, יחד עם ההכרה בזכותם למים; בג"ץ 8062/05 אל אטרש נ' שר הבריאות (לא פורסם, 23.11.2005) – בית-המשפט לא נעתר לתביעתה של העותרת, פעוטה בת שלוש חולת סרטן, לחיבור ביתה לחשמל לצורך שמירת תרופות: בג"ץ 6602/07 אל עונה – המועצה האזורית לכפרים הערבים נ' שר הבריאות (לא פורסם, 25.6.2009) (העתירה נמחקה לאחר שהמדינה הציעה מספר חלופות סבירות לעניין חיבור לחשמל).
- 54 בג"ץ 3511/02 עמותת "הפורום לדרו קיום בנגב" נ' משרד התשתיות, פ"ד נז(2) 102 (2003). השימוש שנעשה בסעיף בפסק-הדין זכה לביקורת, ולא נעשה בקונסטלציה הזו שימוש בהמשך. על סעד מסוג "פטור חוקתי" בהקשר זה ועל הביקורת כלפי ההחלטה ראו: אמנון רייכמן "גשרון צר מאוד: חוקה, צדק, יושר וסעד – בעקבות בג"ץ 3511/02 עמותת הפרום לדרו-קיום בנגב נ' משרד התשתיות" משפטים 701 (2007), בהמשך ההליך קיבלו השופטים את תשובת המדינה וקבעו: "נראה לנו כי יש בתוכנית המוצעת על-ידי המדינה, תוכנית שיישומה כבר החל, כדי לקדם את עניינם של העותרים ולתת מענה סביר וראוי למטרדים עליהם הם מלינים. במצב זה שוב לא נותר אלא לקוות כי הפתרונות שנבחרו, יוקמו במועדים עליהם הצהירה המדינה". המדינה חויבה בתשלום שכר טרחה והוצאות העותרים בסכום 20,000 ש"ח.
- 55 בג"ץ 8397/06 ווסר נ' שר הביטחון (לא פורסם, 29.5.2007).
- 56 פרשת אבו לבדה, לעיל ה"ש 49.
- 57 לאחרונה הוקם בבית-המשפט העליון מרכז מחקר ומידע המאפשר בחינה השוואתית וסקירת תחומי תוכן עבור שופטי בית-המשפט העליון, בדומה למרכז המחקר היושב בכנסת.