

בג"צ 366/03
בג"צ 888/03

**בבית המשפט העליון
שבשבתו כבית משפט גבוה לצדק**

1. עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי
2. פרופ' אריה ארנון
3. ד"ר צבי שולדינר
4. ציון חיון
5. ד"ר ארי בן שחר
6. רוזי עופר
7. ד"ר רפי גרינברג
8. פנינה רפאל
9. ד"ר רוני קאופמן

ע"י ב"כ עוה"ד אבישי בניש ו/או אביגדור פלדמן
רח' שמאי 8, קומה 4 דירה 20, ת"ד 2713,
ירושלים 91026
טל': 02-6222148 פקס: 02-6222148

העותרים בבג"צ 366/03

1. בלהה רובינובה
2. יוסף פדלון
3. האגודה לזכויות האזרח בישראל
4. התנועה למלחמה בעוני

ע"י ב"כ עוה"ד שרון אברהם-ויס ו/או דנה פריבך-
חפץ ו/או דן יקיר ו/או דנה אלכסנדר ו/או הדס תגרי
ו/או אבנר פינצ'וק ו/או מיכל פינצ'וק ו/או עאוני בנא
ו/או לילה מרגלית ו/או פאטמה אלעג'ו ו/או באנה
שגרי-בדארנה ו/או לימור יהודה ו/או סוניה בולוס
ו/או עודד פלר

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
רח' נחלת בנימין 75, ת"א 65154
טל': 03-5608185 פקס: 03-5608165

העותרים בבג"צ 888/03

נ ג ד

המשיבה בבג"צ 366/03
המשיב בבג"צ 888/03
המשיב בבג"צ 366/03 ובבג"צ 888/03

1. ממשלת ישראל
2. שר האוצר
3. המוסד לביטוח לאומי

כולם על ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, ירושלים

תגובה לתצהיר התשובה מטעם העותרים

תוכן העניינים

- (I) מבוא
- (II) הרקע העובדתי לעתירות
 - (א. II) חוק הבטחת הכנסה
 - (ב. II) מקבלי הבטחת הכנסה ומצבם טרם התיקון
 - (ג. II) התיקון לחוק הבטחת הכנסה והשלכותיו
 - (ד. II) עיתוי התיקון – מצב שוק העבודה ושחיקתן של הרשתות החברתיות
 - (ה. II) הליך קבלת התיקון בחוק ההסדרים לשנת 2003
- (III) רקע משפטי : משפט משווה
 - (א. III) כללי
 - (ב. III) עיגון בינלאומי ומדינתי לזכויות חברתיות
 - (1) אמנות בינלאומיות
 - (2) שיטות משפט בעולם
 - (ג. III) ביקורת שיפוטית במבט משווה
 - (ד. III) המודל הדרום-אפריקאי
- (IV) קיום אנושי בכבוד כחלק מכבוד האדם וחירותו
 - (א. IV) היקפה של הזכות לקיום אנושי בכבוד
 - (1) תכליותיה של הזכות לקיום אנושי בכבוד
 - (2) פרשנות חוקתית של הזכות לקיום אנושי בכבוד לאור תכליותיה
 - (ב. IV) הפגיעה בזכות
 - (ג. IV) נטל ההוכחה
- (V) פסקת ההגבלה – האם הפגיעה בזכות לקיום אנושי בכבוד היא כדוין?
 - (א. V) היעדר הסבירות והיעדר המידתיות בפגיעה בקיום המינימלי
 - (VI) התייחסות לטענות המשיבים
 - (א. VI) טיעון "מלכודת העוני"
 - (ב. VI) הטיעון בדבר כוח הקניה של הגמלאות
 - (ג. VI) טיעון רשתות התמיכה הנוספות
 - (ד. VI) ההשוואה למדינות אחרות
- (VII) ביקורת שיפוטית
- (VIII) סיכום

(I) מבוא

1. עניינן של העתירות הינו הפגיעה במקבלי הבטחת הכנסה כתוצאה מסעיף 17(3)(א), סעיף 17(11), התוספת השניה (טור ב') והתוספת הרביעית בסעיף 17(13) לחוק **ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2003) התשס"ג - 2003** (להלן: "התיקון לחוק").
2. התיקון לחוק הבטחת הכנסה הפחית באופן חד ומידי את גמלת הבטחת ההכנסה של כמאה אלף משפחות בסכום ממוצע של כ- 620 ₪ לחודש. למשפחות מסוימות הקיצוץ אף הגיע לכדי יותר מ- 30% מהגמלה וליותר מ- 1000 ₪ לחודש. זאת, בגמלה המשמשת כמרכיב המרכזי ברשת הביטחון האחרונה שמספקת המדינה לתושביה המצויים במצוקה כלכלית ובשעה שרשתות חברתיות אחרות מצויות בשחיקה מתמדת.
3. קיצוץ חד זה שינה באחת את מציאות חייהן של המשפחות הפגיעות ביותר מבחינה כלכלית בישראל – עולים, משפחות חד-הוריות, מבוגרים, מוגבלים בבריאותם, תושבי פריפריה וכו'. משפחות אלו, שעוד טרם התיקון חיו בדוחק רב, מתקשות עוד יותר ברכישת מוצרים בסיסיים ונדחקות עוד יותר אל שולי החברה תוך פתיחת פערים שספק אם הם ניתנים לגישור.
4. הקיצוץ החד נעשה ללא שנעשו "שיעורי בית" בסיסיים וללא שנבחנו שיקולים מרכזיים הקשורים לזכות החוקתית לקיום אנושי בכבוד. בעיקר לא נבדקה השאלה החוקתית האם גובה הגמלה להבטחת הכנסה לאחר הקיצוץ מאפשר את סיפוק הצרכים הבסיסיים הדרושים לצורך קיום אנושי בכבוד. התיקון נעשה בחלל ריק של מידע ללא נתונים ומבלי שהמשיבים מסתמכים על מדדים היכולים לסייע בקביעת הגובה החדש של הגמלה. המשיבים לא נהגו כמי שפועלים בתחום החוקתי, והעניין שהיה אמור להיות במוקד הדיון – ביצוע התיקון מבלי שהוא פוגע בזכות לקיום אנושי בכבוד – לא עמד כלל על הפרק.
5. כבוד האדם אינו נעצר על מפתנו של האדם החי בעוני. על כן, ההגנה החוקתית מובטחת גם לאוכלוסיות מעוטות האמצעים. הגנה זו מוצאת את ביטויה בזכות לקיום אנושי בכבוד שהיא חלק מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. על כך מסכימים העותרים והמשיבים כאחד. אלא שזכות זו אינה מתמצית בזכות לצרכים קיומיים פיזיים, כעמדת המשיבים, אלא כוללת גם צרכים רוחניים וחברתיים והיא אף צריכה להתחשב בצרכים המקובלים בחברה. אין גם לקבל את עמדת המשיבים, לפיה ההגנה החוקתית על זכויותיהם של חסרי אמצעים באמצעות הזכות לקיום אנושי בכבוד, צריכה להיות פחותה מההגנה החוקתית לה זוכים בעלי אמצעים באמצעות זכות הקניין.
6. התיקון פגע בזכות לקיום אנושי בכבוד בצורה רב-ממדית וקשה ביותר. בחינת הפרטים, מבלי להסתפק באמירות כוללניות, מעידה על כשלים ממשיים בדרך שבה התקבלו ההחלטות בכל הנוגע למציאות חייהן של האוכלוסיות הפגיעות ביותר מבחינה כלכלית בישראל. בחינת מערך ההגנה החברתי, לאחר השינויים מרחיקי הלכת שנעשו בו בשנים האחרונות, מלמדת כי הוא אינו יכול לספק את הצרכים הבסיסיים הדרושים לקיום אנושי בכבוד של משפחות אלו.

7. התיקון הביא לכך שהמשפחות הפגיעות ביותר מבחינה כלכלית בישראל אינן יכולות לדאוג עוד לצרכים הבסיסיים הדרושים להן. גם אם הייתה הצדקה לקיצוץ בגמלת הבטחת הכנסה, הרי שהקיצוץ שנקט בפועל היה בעוצמה יתרה ופגע באופן בלתי מידתי בזכות לקיום אנושי בכבוד של האוכלוסיות מעוטות האמצעים בישראל. הוא נעשה ללא הריסון והמתנינות המתבקשים בטיפול בנושא כה רגיש ובעל השלכות כה מרחיקות לכת על מציאות חייהם של הורים וילדיהם הנזקקים להבטחת הכנסה.
8. בכך חרג המחוקק מהגבולות שמציבה לו הזכות לקיום אנושי בכבוד. חופש העיצוב של ההסדר החקיקתי נתון למחוקק, אך חופש זה אינו מוחלט. תפקידו של בית המשפט לדאוג כי המחוקק לא יחרוג מהגבולות שמתווה הזכות החוקתית וכי יכבד את הזכות תוך מימוש אחריותו לנקוט בצעדים הדרושים להבטחת הצרכים הבסיסיים הדרושים למעוטי אמצעים לצורך קיום אנושי בכבוד.
9. תחילה יוצג בקצרה הרקע העובדתי שהוביל להגשת העתירות. על בסיס זה נבקש לעבור לטיעון המשפטי. תחילה נערוך סקירה השוואתית של הטיפול של שיטות משפט בזכויות החברתיות, ונראה כי לא רק שהטיפול בזכויות חברתיות אינו זר למערכות משפטיות, אלא שחוקות רבות מעגנות את הזכויות החברתיות וכי ישנה מגמה הולכת גוברת להגנה שיפוטית אפקטיבית עליהן. לאחר מכן נפנה לשרטוט היקפה של הזכות החוקתית לקיום אנושי בכבוד ונראה כיצד נפגעה שלא כדין. לבסוף, נתייחס לטענות המשיבים ולהיבט של היקף הביקורת השיפוטית.

(II) הרקע העובדתי לעתירות

(II.A) חוק הבטחת הכנסה

10. חוק הבטחת הכנסה נחקק על רקע הכישלון של מערכת תמיכות הסעד וההטבות הסוציאליות, ששולמו על-ידי הביטוח הלאומי, והתסיסה החברתית שנוצרה בעקבותיו. החוק סימן מעבר משיטה של תשלומי סעד מתייגים, שהתבססו על קריטריונים עמומים והיו תלויים באילוצים מקומיים, למערכת הבטחת הכנסה ממלכתית ומסודרת, המבוצעת על ידי המוסד לביטוח לאומי כנדבך אינטגרלי של מערכת הביטחון הסוציאלי בישראל (ר' מ' בר "בירוקרטיה, פוליטיקה והבטחת הכנסה", **ביטחון סוציאלי 58**, עמ' 54).
11. חוק הבטחת הכנסה התקבל בהליך חקיקה ארוך, מעמיק ורציני. להצעת החוק קדמו דיונים בועדות ציבוריות אשר עסקו הן בהיבטים ארגוניים והן בהיבטים תוכניים וערכיים של מערכת להבטחת הכנסה - **"הועדה לקביעת צרכיו של הנזקק"** ו**"ועדת ראש הממשלה לילדים ובני נוער במצוקה"**. צוות מקצועי מתוך ועדת ראש הממשלה, שמסקנותיו אומצו על-ידי הועדה ועל ידי הממשלה, קבע את רמת ההכנסה המינימלית הדרושה למחיה כך: **"הצוות ממליץ שרמת ההכנסה המינימלית למשפחה בת שני ילדים בשנת 1973 תיקבע בערך בגובה של 40% מן השכר הממוצע במשק. סכום ההכנסה יותאם מידי שנה לשינויים שיחולו**

בשכר הממוצע (עמ' 9, ההדגשה הוספה; עותק הדו"ח מצורף לטיעון המשלים מטעם העותרים ומסומן ע/20).

ר' בהרחבה הטיעון המשלים מטעם העותרים, ס' 13 – 31, וחוות הדעת של פרופ' אברהם דורון המצורפת לטיעון המשלים ומסומנת ע/18.

12. להצעת החוק קדם גם מחקר אקדמי השוואתי מקיף ומעמיק בסוגיית הבטחת הכנסה. המחקר מיפה באופן שיטתי את צורכי הקיום ופרס מערכת שיטתית ורציונלית להבטחת אותם צרכים.

ר': א' דורון וצ' זיסקינד, **גמלאות להבטחת קיום - הצעת תוכנית** האגף למחקר ולתכנון, המוסד לביטוח לאומי, 1978 (להלן: "גמלאות להבטחת קיום").

13. הצעת חוק הבטחת הכנסה הונחה על שולחן הכנסת באוקטובר 1979 לקריאה ראשונה ואושרה בקריאה שנייה ושלישית בנובמבר 1980, בתהליך חקיקה שארך יותר משנה. מטרתו של החוק הוגדרה בדברי ההסבר להצעת החוק (**הצ"ח** תש"ס 3):

"מטרת החוק המוצע היא להבטיח לכל אדם ומשפחה בישראל, שאין בכוחם לספק לעצמם הכנסה הדרושה לקיום, את המשאבים הדרושים לסיפוק צרכיהם החיוניים. גימלה לפי חוק זה תהיה הכנסתם היחידה של מי שאינם יכולים כלל לעבוד ולקיים עצמם, ותשלים הכנסה הנופלת מן הרמה הדרושה לקיום".

14. חוק הבטחת הכנסה, אם כן, עוצב כמרכיב המרכזי במערך ההגנה החברתי של המדינה לתושביה. למעשה, הוא משמש **כרשת הביטחון האחרונה** של יחידים, משפחות וילדים מעוטי אמצעים שאין להם כיסוי בתוכניות אחרות ואשר ללא הגנה זו יוותרו ללא אפשרות להתקיים בכבוד אנושי.

15. כדי להיות זכאי לגמלה חייב התובע לעמוד **במבחן הכנסה**, ואם הוא כשיר לעבודה - ולו כשירות מינימלית - הא חייב גם לעמוד **במבחן תעסוקה**. במבחן ההכנסה נבדק שאין לתובע רכב, אין לו הכנסות, אין לו חסכונות ואין לו נכסים, או שהכנסותיו נמוכות. במסגרת מבחן התעסוקה, על התובע הכשיר לעבודה להתייצב בשירות התעסוקה ולקבל על עצמו כל עבודה המוצעת לו המתאימה למצבו הבריאותי, ללא קשר להשכלתו, מקצועו או גילו. אם מדובר במשפחה, מבחן ההכנסות ומבחן התעסוקה הם משפחתיים ועל שני בני הזוג לעמוד בתנאים (ר' ביתר פירוט בבג"צ 366/03, ס' 14 - 17).

16. חוק הבטחת הכנסה ביטא את המעבר מסעד לרווחה. במעבר זה היה גם מסר ערכי. בראש ובראשונה, הוא סימן את המעבר מתפיסה של סעד וצדקה לתפיסה של זכויות אדם. יש בו הכרה בכך שהבטחת הקיום האנושי בכבוד היא זכות בלתי נפרדת ממשמעות האזרחות והתושבות במדינת ישראל. מעבר לכך, הוא אף מבטא את הערך של לכידות חברתית. הוא מבטא תפיסה לפיה אנו כחברה איננו רק אוסף של פרטים שכל אחד מופקר לגורלו. שאין אנו יכולים לעמוד מנגד כאשר אנו רואים מישהו במצוקה. לכן, יצרנו כחברה קו מגן שיגונן על כולנו מפני מצוקה כלכלית והיעדר אפשרות להתקיים בכבוד. זאת, במיוחד לאור העובדה

שכארץ מעודדת עליה יש בישראל גם עולים רבים אשר הגיעו למדינה שהם חסרים משאבים כלכליים.

ר' ביתר פירוט חוות-הדעת של פרופ' אברהם דורון וד"ר ג'וני גל, המצורפת לעתירה 366/03 ומסומנת ע/1.

17. עוד יצוין כי במהלך השנים חל גידול במספר המשפחות המקבלות הבטחת הכנסה. בתצהיר התשובה של המשיבים נטען כי גידול זה נובע מ"מלכודת עוני" שיצרה גמלת הבטחת הכנסה. בחינת הסבר זה לעומק - כפי שעוד יעשה בהרחבה בהמשך - מלמדת כי כוח ההסבר שלו הוא מוגבל מאוד. כפי שנכתב בהקשר זה בסקירה השנתית של הביטוח הלאומי לשנת 2002 – 2003:

"... הצגת הדברים [של הגידול במספר מקבלי הבטחת הכנסה בשל "מלכודת עוני"] היתה מגמתית, ללא ניתוח מעמיק של ההתפתחויות האמיתיות והעיקריות בשוק העבודה ותוך נטייה להפחית מההשפעה של העולים החדשים ומאפייניהם הדמוגרפיים והכלכליים על היקף האוכלוסייה שקיבלה גמלה להבטחת הכנסה. התמונה שהוצגה התעלמה מהשינויים המבניים בשוק העבודה שהובילו לשחיקת השכר הנמוך במשק ולהתמעטות הזדמנויות העבודה לבעלי השכלה נמוכה, ולעתים התעלמה אף ממשברי האבטלה שפקדו שוב ושוב את שוק העבודה."

סקירה שנתית 2002 – 2003, המוסד לביטוח לאומי, עמ' 148; ר' גם בעתירה 366/03, ס' 20, ע/1, עמ' 3.

(II.ב) מקבלי הבטחת הכנסה ומצבם טרם התיקון

18. פעמים רבות מדברים באופן כוללני על "מקבלי הבטחת הכנסה". אולם, בחינה מעמיקה יותר מגלה כי מדובר בקבוצה מגוונת מאוד, שהסיבות לנזקקות בקרבה הן שונות ומורכבות. נציג להלן נתונים לגבי מאפייני המשפחות המקבלות הבטחת הכנסה מתוך הסקירה השנתית של המוסד לביטוח הלאומי. הנתונים מתייחסים למחצית השניה של שנת 2003, התקופה בה הוחל התיקון דנן. נתונים אלו יכולים לתת תמונה לגבי ההטרונגיות הרבה בקרב מקבלי הבטחת הכנסה (בין חלק מהקבוצות יש, כמובן, חפיפה):

- **עולים** – כ- 55.2 אלף משפחות מבין מקבלי הבטחת הכנסה בתקופה זו הם משפחות עולים (כ- 36% מכלל מקבלי הגמלה).
- **חד הוריות** – כ- 45.5 אלף משפחות מבין מקבלי הבטחת הכנסה בתקופה זו הן משפחות חד-הוריות (כ- 30% מכלל מקבלי הגמלה). יצוין כי על-פי פילוח של המשפחות החד הוריות שקיבלו הבטחת הכנסה בשנת 2001 עולה כי בכ- 80% מהמשפחות החד הוריות הן של אלמנות, גרושות ופרודות וכ- 18% של רווקות.
- **בני 46 - 54** – כ- 41 אלף משפחות מבין מקבלי הבטחת הכנסה בתקופה זו הם של בני 46 – 54 (כ- 21% מכלל מקבלי הגמלה).

- **עיירות פיתוח - כ- 34.4 אלף משפחות** מבין מקבלי הבטחת הכנסה הם תושבי עיירות פיתוח (כ- 17.5% מכלל מקבלי הגמלה) (על פי מידע שנמסר לבקשתנו מהביטוח הלאומי).

- יודגש גם כי תלמידי ישיבות וסטודנטים להשכלה גבוהה אינם זכאים לגמלה לפי חוק הבטחת הכנסה (תלמידי ישיבות מקבלים גמלה באמצעות משרד הדתות, גמלה שלא הופחתה).

ניתן לראות, אם כן, כי כרשת ביטחון אחרונה הגמלה להבטחת הכנסה מנקזת לתוכה את האוכלוסיות הפגיעות ביותר מבחינה כלכלית בישראל – עולים, משפחות חד-הוריות, מבוגרים, תושבי עיירות פיתוח וכדומה.

19. הדיון הכוללני במקבלי הבטחת הכנסה מתעלם בדרך-כלל גם מהעובדה כי במשפחות מקבלי הבטחת הכנסה חיים גם ילדים. על פי נתוני הביטוח הלאומי, **במשפחות המקבלות הבטחת הכנסה חיו בשנת 2003 כ- 209,600 ילדים** מתחת לגיל 18 (על-פי מידע שנמסר לבקשתנו מהביטוח הלאומי). ילדים אלו מושפעים כמוכן באופן ישיר מהמצב הכלכלי של המשפחה.

20. חשוב להדגיש כי עוד טרם התיקון התקיימו מקבלי הבטחת הכנסה בדוחק רב. ממחקר של **מרכז אדוה לשוויון וצדק חברתי בישראל**, שבדק את סל הצריכה של משפחות שקיבלו הבטחת הכנסה בשנת 2001 (על-פי נתונים רשמיים מתוך סקר הוצאות המשפחה של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה), עולה כי:

- ההוצאות של מקבלי הבטחת הכנסה נמוכות באופן ניכר מההוצאות של משק בית ממוצע: 22% פחות למזון; 52% פחות לבריאות; 56% פחות לחינוך; 46% פחות לאחזקת דירה ומשק בית; 30% פחות להלבשה ו- 72% פחות לתחבורה ולתקשורת.

- ההוצאות של מקבלי הבטחת הכנסה על מזון, מחסה ומלבוש הן כמעט שני שליש (62%) מכלל ההוצאה הכספית שלהם לתצרוכת (לעומת 47% במשק בית ממוצע). 19% נוספים של ההוצאה במשקי בית עם ילדים, המקבלים הבטחת הכנסה, היא עבור חינוך ובריאות.

- ההוצאה לצריכה של מקבלי הבטחת הכנסה היא נמוכה גם במונחים אבסולוטיים. ההוצאה מתמקדת בצרכים אלמנטריים בכל תחום ומספקת בעיקר את הרובד הבסיסי של כל תחום הוצאה. כך למשל:

- ❖ ההוצאה של נפש סטנדרטית על בריאות במשפחות אלו היא 88 ₪, שמחצית ממנה היא עבור ריפוי שיניים, שאינו כלול בביטוח הבריאות והוא מסוג הטיפולים שלא ניתן לוותר עליהם או לדחותם.

- ❖ ההוצאה של נפש סטנדרטית על חינוך במשפחות אלו, הכולל תשלומים ישירים למוסדות חינוך, הינה 82 ₪ לחודש (לעומת 175 ₪ לחודש במשק בית ממוצע).

- בתחומים שהם ברבדי צריכה גבוהים יותר (כגון תרבות, ספורט ובידור, רפואה פרטית, ארוחות מחוץ לבית) אין כמעט הוצאה אצל מקבלי הבטחת הכנסה. כך למשל, משפחה המקבלת הבטחת הכנסה מוציאה 14 ₪ לנפש לחודש על מופעי תרבות ספורט ובידור.

ר' ביתר פירוט הטיעון המשלים מטעם העותרים, ס' 47 - 51, וחוות-הדעת של מרכז אדוה המצורפת לטיעון המשלים ומסומנת ע/25.

ר' גם ש' סבירסקי וא' אטקין, **מאבדים אחיזה** (אדוה, 2003).

21. מאחורי מספרים לכאורה יבשים אלה מסתתרת מציאות של חיים על סף תהום. חיים של מאבק הישרדות. חיים עם סכנה מתמדת של הידרדרות למצוקה, ואף לפשיעה ולעבריינות. כך מתארת **גב' עדנה אלימלך**, אם חד הורית לשלושה ילדים הגרה בבית-שמש, את מציאות חייה:

"אני חושבת שאנשים שאינם מכירים מצבים של עוני לא יודעים מה המשמעות של הניסיון להשיג את דמי הנסיעה במצב שבו הארנק ריק. את קמה בבוקר ומתחילה לשבור את הראש מאיפה להביא את הכסף, וכל מקום שממנו תשיגי יהיה בבחינת חוב על חוב ...

פועלת כבר כמה שנים תוכנית, המאפשרת לילדים להשתתף בחוגים של המתנ"ס בעלות של עשרה אחוזים ממחיר החוג. מעט מאוד ילדים משתתפים בתוכנית הזו. הסיבה פשוטה. כדי לנסוע עם ילדים לחוג, אני צריכה כ- 18 ש"ח בשבוע. 36 ש"ח אם לכל ילד יש חוג. וזה בתנאי שיהיה לי מספיק כסף לקנות כרטיסיית נוער. אם לא, המחיר עוד יותר גבוה. **קשה להבין, אני יודעת, אבל לפעמים 18 ש"ח שיש לי בארנק מיועדים ללחם, חלב וגבינה לבנה למחר בבוקר. לפעמים אין לי 18 ש"ח. לא בארנק ולא בשום מקום אחר...**"

מתוך עדנה אלימלך, "אני לא מפגרת, אני רק עניה", **ארץ אחרת**, גיליון 20, עמ' 25 – 27 (ההדגשה הוספה); ור' גם חוות-הדעת של גב' אתי פרץ, יו"ר איגוד העובדים הסוציאליים (ע/3 בעתירה 366/03).

22. לא בכדי חלק ניכר מהזכאים להבטחת הכנסה הם עולים חדשים. העולים הם אחת מהקבוצות הפגיעות ביותר בחברה הישראלית. לעולים, בדרך-כלל, אין חסכוניות, אין מערכות קשרים מעוגנות, ואין מערכות תמיכה. אפילו בתוך המשפחה אין ההורים יכולים לעזור לילדים, והצעירים מתקשים לסייע להורים. הסכנה להתדרדר לתהום היא קרובה ומוחשית. ההוצאות מתוכננות בקפדנות רבה על מנת שלא להתדרדר אליה. כך מתארת את מצבה של אוכלוסיית העולים מאתיופיה **גב' שולה מולא**, העומדת בראש האגודה הישראלית למען יהודי אתיופיה:

"המצב הכלכלי יוצר הרבה לחץ ... אנשים חיים באימה שלא יגמרו את החודש, שיזרקו אותם מהבית, שינתקו להם את החשמל או את המים. יש הרבה סכסוכים על כסף בבתים רבים... ושמשוהו מתקלקל – למשל,

המקרה – זה טראגי. תיקון שעלותו מאתיים שקל הוא כמו בור שאי-אפשר למלא.”

ומוסיף **מר יוסף טזו**, עולה מאתיופיה :

”האם יש משהו שאני יכול לוותר עליו?... אני צריך את החשמל, אני צריך את המים ואת הדירה. אני אומר לך, כולם פה חיים במצב של לחץ. אתה פותר בעיה אחת ועוד אלף דברים קופצים עליך ממקום שלא ציפית. הרבה אנשים מאבדים שליטה בגלל הלחץ הכלכלי פה.”

מתוך מיכה אודנהיימר, "אמנות הצמצום", **ארץ אחרת**, גיליון 20, עמ' 57 – 58.

(ג. II) התיקון לחוק הבטחת הכנסה והשלכותיו

23. התיקון לחוק הבטחת הכנסה בחוק ההסדרים 2003 שלל או הפחית את הגמלה לאורך כל החזית של מקבלי הבטחת הכנסה שטרם מלאו להם 55. הוא שלל או הפחית את הגמלה למי שהיו זכאים לה עד ליום 31.12.2002, ולא פחות חשוב, הוא משנה באופן מרחיק לכת את מערך ההגנה של הבטחת הכנסה למי שעשויים להזדקק למערכת זו בעתיד.

24. ההפחתה בגמלאות הבטחת הכנסה פורטה בהרחבה בעתירות (ס' 22 - 35 בבג"צ 366/03 ; ס' 11 - 19 בבג"צ 888/03), נתייחס כאן רק לעיקרי הדברים :

- **אשר למי שקיבלו הבטחת הכנסה עובר לתיקון** - לאלו מביניהם שהיו זכאים לשיעור המוגדל של הגמלה ("הקבוצה הראשונה") שיעורי ההפחתה נעים בין 10% ל- 23% ובסכומים שנעים בין 174 ₪ ל- 769 ₪; לאלו שהיו זכאים לשיעור הרגיל של הגמלה ("הקבוצה השנייה") שיעורי ההפחתה נעים בין 8% ל- 20% ובסכומים בין 174 ₪ ל- 592 ₪; למרבית מי שקיבלו הבטחת הכנסה – זוגות עם וללא ילדים ומשפחות חד-הוריות – הופחתה הגמלה בשיעור של 20% - 23%.

- **אשר למי שנוקטים להבטחת הכנסה לאחר התיקון** (מצטרפים חדשים החל מ- 1.1.2003) - לאלו מביניהם שטרם מלאו להם 46 ("הקבוצה השנייה") שיעורי ההפחתה נעים בין 8% ל- 20% ובסכומים בין 174 ₪ ל- 592 ₪; לאלו שגילם 46 - 54 ולעולים חדשים ("הקבוצה השלישית") שיעורי ההפחתה נעים בין 16% - 32% ובסכומים בין 348 ₪ ל- 1,114 ₪.

יצוין כי נתונים אלו **אינם** כוללים את ההפחתה הרוחבית של 4% בגמלאות הבטחת הכנסה בהוראת שעה עד 31.12.2003, שמועדה נדחה בחוק ההסדרים האחרון עד 31.12.2004. (לקבלת תמונת הקיצוץ כפי שהוא משפיע כיום עד לסוף שנת 2004 ראו הטבלאות בבג"צ 366/03, ס' 25 - 30). נתונים אלו גם אינם מתייחסים למי שטרם מלאו להם 25 ("הקבוצה הרביעית").

25. כמו-כן, בוטלו או הופחתו הטבות נלוות להבטחת הכנסה בבריאות, בתחבורה, בארנונה ובאגרת טלוויזיה, כמפורט בס' 13 לבג"צ 888/03.

26. בתמונה הכוללת, התיקון פגע ב- 103 אלף משפחות שהופחתה או נשללה מהם הגמלה (לכ- 97 אלף הופחתה הגמלה ומכ- 5,000 היא נשללה). סכום ההפחתה בגמלה עמד על כ- 620 ₪ במוצע לחודש למשפחה שגמלתה הופחתה. פילוח הנתונים לאוכלוסיות ספציפיות מחדד את התמונה (בין חלק מהנתונים ישנה, כמובן, חפיפה):

- משפחות חד-הוריות: 96% מהמשפחות החד הוריות נפגעו מהקיצוצים מהפחתה ממוצעת של כ- 700 ₪ למשפחה לחודש (30% - 33% מגמלה ממוצעת). 82% מהמשפחות מהן נשללה לחלוטין הגמלה הן משפחות חד הוריות.

- עולים: לכ- 68% מהעולים הופחתה הגמלה בסכום ממוצע של 635 ₪ (הפחתה ממוצעת של 30%). כ- 45% מאלו שהופסקה גמלתם הם עולים חדשים.

- מקבלי שכר נמוך: גמלתם של מקבלי שכר נמוך הזקוקים להשלמת הכנסה הופחתה במוצע ב- 737 ₪ למשפחה לחודש (44% מגמלה ממוצעת).

ר': חוק ההסדרים לשנת 2003 מינהל מחקר ותכנון של הביטוח הלאומי, אוקטובר 2002 (ע/8 בבג"צ 366/03; ע/2 בבג"צ 888/03).

להשלכות נוספות של התיקון על ממדי העוני ר' בג"צ 366/03, ס' 40 ו- ע/11;

ר' גם: סקירה שנתית 2002 – 2003, הביטוח הלאומי, עמ' 95 – 143.

27. התיקון שינה באחת את מציאות חייהן של משפחות המקבלות הבטחת הכנסה. כאמור, עוד טרם התיקון חיו מקבלי הבטחת הכנסה בדוחק רב. בסכום שעמד לרשותם הם היו צריכים לדאוג לכל צרכי החיים - שכ"ד, חשמל, מים, גז, חינוך הילדים, בריאות - ולנסות אף להתמודד עם מצבים בלתי צפויים, כגון טיפול שיניים דחוף. כעת, עליהם לדאוג לאותם הצרכים כשבידם סכום נמוך לאין שיעור. **עבור משפחות רבות ממאה אלף המשפחות שנפגעו מהקיצוץ החד המשמעות היא קריסת תוכנית החיים המדוקדקת שהכינו על מנת לשרוד ונפילה אל תהום של מצוקה. משפחות אלו יתקשו עוד יותר ברכישתם של מוצרים בסיסיים וייזרקו אל שולי החברה.**

28. התריע על כך ד"ר מומי דהן, מבית הספר למדיניות ציבורית באוניברסיטה העברית, לשעבר ממשרד האוצר:

"משפחה כזאת תתקשה עוד יותר לרכוש מוצרים בסיסיים ביותר כמו מזון, מים, תרופות וחשמל. היא עשויה להיהפך (אם לא נהפכה כבר) לבעלת חוב בעירייה, בחברת חשמל, בבזק, ואלה ינתקו אותה מהזרם אל החברה הישראלית" (ההדגשה הוספה) (ע/16-2, בבג"צ 366/03).

29. עמדה על כך גם גב' ציפי גל-ים, לשעבר ראש אגף הכלכלה והממונה על הכנסות המדינה ממשרד האוצר:

"החיתוך שנעשה לאור כל חזית הקיצבאות הסוציאליות זרק יותר מדי אנשים למצוקה. להם אין מענה בתקציב. הוא פוגע יותר מדי ברקמת החיים של השכבות החלשות.

תמכתי בעקביות בקיצוצים בקיצבאות ובתשלומי ההעברה הסוציאליים לאחר שהתנפחו כפי שהתנפחו, אבל שהמשק נכנס לשנה שלישית של מיתון ואבטלה, הקיצוצים צריכים להיעשות בזהירות, בריסון, בעדינות...

כשרבבות משפחות נופלות, שלא מרצון, אל תוך רשת הביטחון הסוציאלית, הממשלה אינה יכולה להחליש אותה ולקרוע ממנה חלקים..." (ההדגשה הוספה).

סבר פלוצקר, "מוסף לשבת" ידיעות אחרונות, 1.11.02 (בג"צ 366/03, ע/12-2).

ר' גם דברי פרופ' אבי בן-בסט, לשעבר מנכ"ל משרד האוצר (בג"צ 366/03, ע/12-1).

30. אכן, בחינה של גובה הגמלאות לאחר התיקון מעלה את השאלה האם וכיצד ניתן להתקיים מסכומי הגמלה לאחר ההפחתה. זאת, גם כאשר לוקחים בחשבון מערכות תמיכה אחרות, אליהן נתייחס בהמשך. כדי להמחיש את השאלה נתמקד במערך ההגנה החברתית שמספקת הגמלה להבטחת הכנסה לאלו הנוקטים לה לאחר התיקון (כלומר, לאחר 1.1.2003) ולאילו שעשויים להיזקק לה בעתיד. להלן גובה הגמלאות לה יהיו זכאים כל הזכאים החדשים העומדים בתנאי החוק:

טבלה 1 - גובה גמלת הבטחת הכנסה למצטרפים חדשים

גובה הגמלה החל מ-1.1.2005 בשי"ח	גובה הגמלה עד 31.12.2004 בשי"ח הכוללת ההפחתה הרוחבית של 4%	אחוז מהשכר הממוצע	הרכב משפחה
1393	1337	20	יחיד
1915	1838	27.5	זוג
2089	2005	30	זוג עם ילד
2333	2239	33.5	זוג עם שני ילדים
2333	2239	33.5	הורה יחיד עם ילד
2716	2607	39	הורה יחיד עם שני ילדים

מקור: טור ב' לתוספת השניה בסעיף 17(13) לחוק ההסדרים. עד ל-31.12.2004 חל קיצוץ רוחבי של 4%.

31. אם ניקח, לדוגמא, משפחה טיפוסית של זוג עם שני ילדים – התיקון הזיו בצורה מיידית וחדה את רשת הביטחון החברתית האחרונה שלה מרמה של 2925 ₪ לרמה של 2240 ₪ (ולאחר שתבוטל ההפחתה הרוחבית של 4% - לרמה של 2333 ₪).

כפי שנראה מיד, הסכום החדש נקבע מבלי לבחון האם סכום של 2240 ₪ יכול לספק את הצרכים הבסיסיים הדרושים לשם קיום אנושי בכבוד עבור משפחה של זוג ושני ילדים; הוא נעשה מבלי שתבחן השפעתו על הילדים במשפחה זו, העשויים לגדול ללא תשתית תזונתית והשכלתית מספקת (ר' עתירה 366/03, ע/3, עמ' 1). הוא נעשה באופן גורף, מבלי לבחון את סיכויי השתלבות של ההורים במשפחה זו בשוק העבודה. הוא נעשה באופן חד

ומייד, מבלי לקחת בחשבון את מצב שוק העבודה או את ההשפעה המצטברת של שחיקתן של רשתות תמיכה אחרות על משפחה כזו.

(ד.II) עיתוי התיקון – מצב שוק העבודה ושחיקתן של הרשתות

החברתיות

32. התיקון מרחיק הלכת מתבצע בתקופה של משבר אבטלה חריף ומתמשך. שיעור האבטלה בשנת 2003 עמד על 10.7%, שהם כ- 277 אלף דורשי עבודה. שיעור האבטלה הוא במגמת עליה נמשכת מאז שנת 1996, והוא החריף אף יותר מאז סוף שנת 2000. נתוני **בנק ישראל** מראים כי בשנת 2003, לאחר שהתיקון כבר נכנס לתוקף, נמשך הקושי הרב של דורשי עבודה בעלי כישורי עבודה נמוכים יחסית – אליהם שייכים רובם המכריע של מקבלי הבטחת הכנסה הכשירים לעבודה – להשתלב בשוק העבודה:

”... בענפים העתירים בעבודה לא-מיומנת התרחבה התעסוקה אך מעט – להוציא ענף הבינוי, שבו הוחלפו עובדים זרים רבים בישראלים – **ומכאן שבעלי כישורי עבודה נמוכים יחסית נתקלים בקשיים מרובים במציאת תעסוקה**

שיעור האבטלה עלה ברביע הראשון של השנה ב- 0.4 נקודת אחוז ועמד בממוצע שנתי על 10.7 אחוזים, השיעור הגבוה ביותר שנרשם בישראל מאז ומעולם (למעט ראשית שנות התשעים, תקופת שיאו של גל העלייה). לשיעור המתון של גידול התעסוקה בשירותים הציבוריים ובענפים העתירים בעבודה לא-מיומנת היתה השנה תרומה של 0.6 נקודת אחוז להאמרת שיעור האבטלה. **ואכן, שיעור האבטלה של בעלי השכלה נמוכה האמיר... האבטלה העמיקה וגדל במידה ניכרת חלקם של המובטלים הכרוניים.**” (ההדגשות הוספו)

מתוך: בנק ישראל, **דין וחשבון 2003**, עמ' 116.

ר' גם: **תחזית אבטלה לשנת 2004**, הרשות לתכנון כוח אדם, משרד התמ"ת, המופיעה באתר www.moit.gov.il; **דו"ח האבטלה 2002 ודו"ח האבטלה 2003**, של העותרת 1, המופיעים באתר www.commitment.org.il.

33. הנתונים מראים בבירור כי, בראיה מערכתית, הגורם המרכזי לעליית האבטלה בישראל בשנים האחרונות הוא חולשת הביקושים לעבודה ולא חולשת הרצון של דורשי עבודה להתפרנס מעבודה בכבוד. הנתונים גם מראים, כי מהאבטלה סובלות במיוחד האוכלוסיות הפגיעות מבחינה חברתית (ר' גם תחזית האבטלה של הרשות לתכנון כוח אדם, עמ' 3; וכן חוות דעתו של פרופ' אריה ארנון, ע/2 בעתירה 366/03, עמ' 3).

34. יתר על כן, התיקון בא בהמשך לשחיקה משמעותית ברשתות חברתיות אחרות, שהתקיימו תמיד כהשלמה לרשת ההגנה של הבטחת הכנסה. יובהר כבר עתה כי רשת הבטחת הכנסה – שהיא המרכיב המרכזי ברשת הביטחון האחרונה – עוצבה באופן הלוקח בחשבון קיומן של

רשתות חברתיות אחרות. כך למשל, הגמלה להבטחת הכנסה עוצבה מראש מתוך תפיסה כי אינה מטפלת בתחום הדיור, וכן כי השלמת העלויות הדרושות לקיום במשפחות עם ילדים תטופל על ידי קצבאות ילדים (ר' דו"ח ועדת ראש הממשלה המצורפת לטיעון המשלים מטעם העותרים ומסומנת ע/20). יתר על כן, קביעת רמת הבטחת ההכנסה לקחה בחשבון רק את עלותם בפועל של שירותים – כגון שירותי חינוך – שהם מסובסדים בחלקם.

נדגים להלן את השחיקה במערכות התומכות המשלימות.

35. בתחום הדיור, התוכניות המרכזיות של משרד השיכון, שמטרתן לסייע למעוטי הכנסה בדיור, הן סיוע בשכר דירה ודיור ציבורי מסובסד. באפריל 2002 החליטה ממשלת ישראל להפחית את סכומי הסיוע בדיור במחצית, והם עומדים כיום על סך 600 ₪ לחודש בלבד (זהו הסכום לכל מקבל חדש. הסיוע למקבלים קיימים מופחת בהדרגה לסכום זה). יתר על כן, בהחלטות הממשלה על תקציב 2004 הוחלט גם כי יבוטל שכר הדירה המסובסד בדיור הציבורי.

יתרה מזו, ממחקר שנעשה לאחרונה עולה כי חלק משמעותי ממקבלי הבטחת הכנסה – אף כאלה שאין ברשותם דירה – אינם מקבלים כל סיוע בשכ"ד או בדיור ציבורי. מהמחקר עולה כי רק 30% מכלל מקבלי הגמלה להבטחת הכנסה קיבלו סיוע בדיור (20% קיבלו סיוע בשכר דירה ו- 10% נוספים גרו בדיור ציבורי מסובסד). ומאחר ול- 47% ממקבלי הבטחת הכנסה אין דירה בבעלותם, עולה כי כ- 17% מהמשפחות המקבלות הבטחת הכנסה – שניתן להעריכם באומדן של כ- 26.3 אלף משפחות – אינן מקבלות כל סיוע בדיור.

ר': ל' אחדות וד' גורדון **הסיוע הממשלתי במימון שכר דירה: מי נהנה וכמה?** מנהל המחקר והתכנון, המוסד לביטוח הלאומי, עמ' 7 – 8 (להלן – "מחקר הדיור"). ניתן למצוא בקישור:

http://www.btl.gov.il/pirsumim/mechkar_81.pdf

לסיכום, ניתן לראות כי חלק משמעותי – כ- 26 אלף משפחות – ממקבלי הבטחת הכנסה אינו מקבל כל סיוע בדיור, וכי לאותו חלק המקבל סיוע בשכ"ד הסיוע המקסימלי הוא בסך של 600 ₪ (באופן מיידי למצטרפים חדשים ובתוך מספר שנים למקבלים קיימים). כמו-כן, גם הסבסוד לדיור ציבורי צפוי לרדת. משמעות הדבר היא כי כל ההוצאה לדיור, או חלק נכבד ממנה, משולמת כיום מתוך גמלת הבטחת הכנסה, שלא יועדה כלל לכסות את צורכי הדיור.

36. בתחום החינוך, עקרונית, על-פי חוק חינוך ממלכתי התשי"ג – 1953, הלימודים עד סיום כיתה י"ב אינם כרוכים בתשלום. אולם, כפי שיודע כל הורה, בפועל מערכת החינוך גובה תשלומים והחזר הוצאות עבור שירותים שונים. תשלומים אלו מצויים במגמת גידול מתמדת, ומחקר שנעשה בעניין מלמד כי בממוצע עלה סך ההוצאה הפרטית לחינוך מ- 3.8% בשנת 1986 ל- 6.1% בשנת 2001. זהו גידול מצטבר של כ- 60% בפרק זמן של 15 שנה בלבד. אם מתמקדים בהוצאות של העשירון השני, שרבים ממקבלי הבטחת הכנסה משתייכים אליו, עולה כי ההוצאה שלהם לחינוך עלתה מ- 2.3% בשנת 1986 ל- 3.4% בשנת 2001 – גידול של 48% בהוצאה בפועל של שכבות אלו לחינוך. המשמעות היא כי משפחות המקבלות הבטחת הכנסה צריכות להוציא יותר כספים מהגמלה לצורך חינוך בסיסי.

ר' י' זעירא, מ' סטרבצ'ינסקי **מה קובע את הוצאות החינוך בישראל** (בנק ישראל, 2001);

ש' סבירסקי **הגידול בהוצאות של משקי הבית על חינוך** (אדוה, 2002).

37. בתחום הבריאות, חקיקת חוק ביטוח בריאות יצרה אמנם מנגנון המשפר את היקף הכיסוי ומבטח את כלל האוכלוסייה, אולם בעשור האחרון נשחקה רמת הכיסוי של הביטוח הרפואי וההוצאה הפרטית לבריאות הולכת וגדלה. הדבר נובע משרשרת של שינויים מערכתיים, שבוצעו ברובם במסגרת חוקי ההסדרים. יוזכר כי במסגרת התיקון דנן בוטלו פטורים וצומצמו הנחות בתשלומי הבריאות של מקבלי הבטחת הכנסה נשוא עתירה זו. מחקרי מכון ברוקדייל, שהתמקדו בנושא רכישת תרופות לאחר חוק ההסדרים של 1998, הצביעו על עליה ריאלית בהוצאת משקי הבית על תרופות של 118% מאז 1987 ועד 1999. עליה זו נובעת בחלקה מעליה בכמות הנרכשת, ובחלקה האחר מהתייקרות מחיר התרופות לצרכנים, כולל גובה ההשתתפות העצמית. הממצאים אף הצביעו על כך שנטל ההוצאות על תרופות של משפחות מעוטות אמצעים גבוה מהנטל על משקי הבית בעלי הכנסה גבוהה יותר. גובה ההוצאה הממוצעת למשקי בית על תרופות בשנת 1999 בקרב משקי בית מהחמישון התחתון שהיו להם הוצאות בפועל על תרופות, עמדה בממוצע על 140 ₪ בחודש (עוד בטרם ביטול ההנחות והפטורים). יתרה מכך, מחקרים מהשנים 1999 ו-2001 מצביעים על כך שישנה תופעה של ויתור על תרופות ועל שירותים רפואיים בקרב החמישון התחתון בשל עלותם. לפיכך, בהתחשב בעובדה שהביקוש לבריאות הוא קשיח, משפחות המקבלות הבטחת הכנסה נאלצות להוציא יותר כספים מהגמלה לצורכי בריאות, כגון ביקור אצל רופא או על תרופות, או שהם נמנעים מלקבל טיפול רפואי חיוני.

ר': ש' ברמלי-גריןברק, ב' רוזן, פ' ווד, משקי בית, קופות-החולים והוצאות על תרופות (ג'וינט מכון ברוקדייל, 2003), 21 – 26, 47-40.

א' גרוס "בריאות בישראל: בין זכות למצרך?" בתוך זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל (י' רבין וי' שני עורכים, יראה אור בהוצאת רמות, אוניברסיטת תל-אביב).

38. בתחום קצבאות הילדים, חלו שינויים מרחיקי לכת שכללו לא רק שינוי מבני ברמת הקצבה לפי גודל משפחה אלא גם הפחתה חדה של סך ההוצאה הכוללת לקצבאות ילדים בכמחצית. השלבים הראשונים של המדיניות החדשה יושמו בשנים 2002 – 2003 והמשכה יבוצע עד לשנת 2009. בסה"כ, עד סוף תקופה זו אמורות קצבאות שני הילדים הראשונים להיות מופחתות ב- 17%, קצבאות הילד השלישי, הרביעי והחמישי ואילך בשיעורים ל 58%, 80% ו- 84% בהתאמה. מבחינת הסכומים, אם ניקח לדוגמה משפחה עם ארבעה ילדים, הגמלה הכוללת את כל הילדים הופחתה מ- 1393 ₪ בינואר 2002 לסכום של 808 ₪ ביולי 2004 והיא אמורה בינואר 2009 לעמוד על 576 ₪. החל מיולי 2004 אמורות משפחות עם ילדים המקבלות הבטחת הכנסה לקבל תוספת של 101 ₪ עבור הילד השלישי והרביעי. כאמור, על פי המלצות ועדת ראש הממשלה קצבאות הילדים אמורות להשלים את ההכנסה המינימלית בהתאם לגודל המשפחה. לאחר הקיצוץ החד בקצבאות ילדים משפחות עם ילדים, במיוחד כאלו עם שלושה ילדים ויותר, ישנה הכנסה מינימלית מובטחת נמוכה יותר.

ר' בהרחבה סקירה שנתית 2002 – 2003, המוסד לביטוח לאומי, עמ' 251 – 265.

39. התוצאה הכוללת היא שרשתות ההגנה החברתיות המשמשות כמערך ההגנה על משפחות מעוטות הכנסות בישראל שונו בעשור האחרון באופן דרסטי. הצטברות שינויים אלו מובילה לכך שבפועל, לא רק שגמלת הבטחת הכנסה קוצצה באופן חד, אלא שמשפחות המקבלות

הבטחת הכנסה משתמשות בגמלה המקוצצת גם להוצאות נוספות שלא נלקחו בחשבון כאשר נקבעה רמת הגמלה עוד טרם הקיצוץ החד. העידה על כך גבי עדנה אלימלך :

"... הקיצוצים בתקציבים פוגעים בי מכיוונים שונים: מצד אחד, אני מקבלת קצבאות נמוכות יותר ויותר וההכנסה הכוללת שלי יורדת, אף על פי שאני עובדת; ומצד שני, אני אמורה לשלם הרבה יותר עבור 'חוק חינוך חינם'. הורים רבים ציינו, שפשוט אינם יכולים להעניק לילדיהם את מה שבית-הספר נותן במסגרתו הרגילה, כמו ספרי-לימוד, סל תרבות, קרן קרב וטיולים. השפלה גדולה כרוכה בכך לילדים, בייחוד במצבים כמו זה שתיארה אחת האמהות, שסיפרה כי הוציאה את ילדתה מבית-הספר שבו למדה כיוון שהמורה ציינה, בנוכחות הכיתה כולה, שהילדה לא שילמה עבור 'סל תרבות וטיולים'".

מתוך עדנה אלימלך, "אני לא מפגרת, אני רק עניה", **ארץ אחרת**, גיליון 20, עמ' 27.

40. וחשוב מזה, כפי שיפורט מיד, מדיניות זו ננקטת ללא כל ראיה כוללת. השינויים מרחיקי הלכת נעשים טלאי על טלאי מבלי לקחת בחשבון את האיזונים הפנימיים שיש לקיים בין תחומים אלו.

II.ה) הליך קבלת התיקון בחוק ההסדרים לשנת 2003

41. התיקון מרחיק הלכת בחוק הבטחת הכנסה לא התקבל בדרכי החקיקה המקובלות בכנסת אלא בהליך בזק במסגרת חוק ההסדרים לשנת 2003 שהיה כרוך באישור התקציב, ללא דיון אמיתי וללא בדיקת חלופות.

42. הדיון בתיקון נערך בוועדת הכספים של הכנסת, וזאת **בניגוד** לחוות-הדעת המקצועית של היועצת המשפטית של הכנסת, **עו"ד אנה שניידר**, לפיה הדיון בתיקון לחוק הבטחת הכנסה צריך להידון בוועדת העבודה, הרווחה והבריאות (ע/15-1 בבג"צ 366/03; ע/7 בבג"צ 888/03).

43. הדיון בוועדת הכספים התמצה ב**שלושה דיונים** בלבד והצבעה. בסך הכל ארכו כל הדיונים בתיקון דנן **שעות ספורות בלבד**. זאת למרות שהתיקון לבדו כלל 70 סעיפי משנה (ועוד 48 סעיפים בתוספות) (ראו ע/14 בבג"צ 366/03, עמ' 6). אנשי אקדמיה מתחום המשפט, הכלכלה והרווחה או מתחומים אחרים לא זומנו לוועדה (תאריכון קבלת התיקון מצורף לבג"צ 366/03 ומסומן ע/15-2).

44. חברי הכנסת כמעט שלא היו נוכחים בדיון על התיקון, שכן רובם היו עסוקים בבחירות הפנימיות במפלגות. התלונן על כך יו"ר ועדת הכספים, **חה"כ יעקב ליצמן**, שאמר באחת הישיבות: "זה שחברי הכנסת לא נמצאים זו גם נקודה שתשפיע. צריכים להבין דבר אחד: התקיפו שאני עושה את הדיונים מהר מאד. רבותיי, אני לא ממחר. אני יכול להאריך, אך **אל מי אתם מדברים? חברי הכנסת לא פה. יש אל מי לדבר כאן?**" (ההדגשה הוספה) (פרוטוקול ועדת הכספים מיום 14.11.02, נוסח לא סופי. עותק החלק הרלוונטי צורף לבג"צ 366/03 ומסומן ע/15-3).

45. עיון בפרוטוקולים מלמד כי ה"דיון" היה יותר בבחינת מעבר חפז על הוראות התיקון. זאת למרות שמבחינות רבות התיקון מהווה מהפכה בחוק הבטחת הכנסה וכלל שינויים רבים ומרחיקי לכת אף מעבר לקיצוץ החד בגמלאות (ר' בג"צ 366/03, ע/6). במיוחד בולט הדבר בחלק בדיון שבו הוצג הגובה החדש של הגמלאות. הגובה החדש של הגמלאות למצטרפים חדשים הוקרא בחטף, תוך שגובה הגמלה לפני ואחרי התיקון מצוין כאחוזים מהשכר הממוצע ולא בסכומים. לגבי גובה הגמלאות של זכאים קיימים שקיבלו גמלה מוגדלת היתה רק הפניה לטבלה שבהצעת החוק (שגם בה נקוב גובה הגמלאות כאחוז מהשכר הממוצע ולא כסכומים) (ר' פרוטוקול ועדת הכספים מיום 17.11.02).

46. וחשוב יותר, מעשה החקיקה נעשה ללא התייחסות לכך שהוא נעשה בתחום החוקתי של הזכות לקיום אנושי בכבוד במסגרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מהפרוטוקולים עולה בבירור כי שיקולים רלוונטיים המצויים בלב העניין לא זכו לדיון אמיתי בועדה וממילא לא הוצגו לגביהם תשתית עובדתית ונתונים. כך למשל, למיטב בדיקת העותרים, בשלושת הדיונים החפוזים בועדה:

- לא נדונה השאלה האם הקיצוץ יפגע בקיום האנושי בכבוד של מעוטי ההכנסה ולא היתה התייחסות למשמעויות החוקתיות של תיקון זה.
- אין התייחסות לשאלה כיצד נקבע הגובה החדש של הגמלה (כמה לקצץ – במובחן מהשאלה האם לקצץ) והאם גובה הגמלה מאפשר קיום אנושי בכבוד.
- לא נבחנה השפעת התיקון על רקע שחיקת שאר מערכות התמיכה – הסיוע בדיוור, קצבאות ילדים, שירותי חינוך, בריאות וכו'.
- לא נבחנו השפעות התיקון על הילדים החיים במשפחות המקבלות הבטחת הכנסה.
- לא נבחנו הנחות היסוד של התוכנית - האם אכן יוכלו מקבלי הגמלה וכמה מהם להיקלט בשוק העבודה? האם יש להבחין בין קבוצות שונות בין מקבלי הבטחת הכנסה לעניין שילובם בעבודה?
- לא נדונו השפעות התיקון על העוני ועל אי השוויון בחברה הישראלית במבט כולל.

47. עד כאן הרקע העובדתי שהוביל להגשת העתירות. על בסיס זה נבקש לעבור לטיעון המשפטי. תחילה נערוך סקירה השוואתית של הטיפול של שיטות משפט בזכויות החברתיות ונראה כי לא רק שהטיפול בזכויות חברתיות אינו זר למערכות משפטיות, אלא שחוקות רבות מעגנות את הזכויות החברתיות. נראה גם כי בתי משפט אינם נמנעים מטיפול בזכויות אלו ואף ישנה מגמה הולכת גוברת להגנה שיפוטית אפקטיבית עליהן. לאחר מכן נפנה לשרטוט היקפה של הזכות החוקתית לקיום אנושי בכבוד ונראה כיצד נפגעה שלא כדין.

III) רקע משפטי: משפט משווה

III.A) כללי

48. בתצהיר תשובתם עומדים המשיבים על שתי סוגיות הכרוכות זו בזו - מעמדה והיקפה של הזכות לקיום אנושי בכבוד, לצד היקף הביקורת השיפוטית לגביה בשיטות משפט שונות. התמונה אותה מציירים המשיבים הינה מצמצמת ביותר, וכמעט חד-גונית: לשיטתם, גם במקום שקיימת זכות הרי שמהותה והיקפה מצומצמים הם, אין כמעט חובה פוזיטיבית על המדינה לממשה, והביקורת השיפוטית המופעלת על הפעלתה מותרת הלכה למעשה מרחב פעולה כמעט מוחלט בידי הרשויות המחוקקת והמבצעת.

49. לא רק שהתמונה המשפטית המשווה מורכבת לאין שיעור מכך, אלא שבמידה רבה היא שונה לחלוטין. למעשה, ובניגוד לטענת המשיבים, שיטות משפט רבות מכירות בקיומן של זכויות אדם חברתיות, ובכללן הזכות לקיום אנושי בכבוד (בחלקן, דוגמת גרמניה וצרפת באמצעות פרשנות חוקתית של בתי-המשפט); הן אינן מונעות מבתי משפט מלהעניק לזכויות החברתיות הגנה חוקתית אפקטיבית, ובכלל זה באמצעות הטלת חובות פוזיטיביות על המדינה למימושן, והן מפתחות מודלים אפקטיביים של ביקורת שיפוטית על מימוש הזכויות החברתיות. בשנים האחרונות הולכת ומטשטשת ההפרדה שהייתה מקובלת בין זכויות אדם אזרחיות ופוליטיות לבין זכויות אדם כלכליות וחברתיות, והאחרונות מוכרות כזכויות יסוד בעלות חשיבות רבה ומעמד משפטי מחייב. להלן נסקור מקצת השיטות המשפטיות הללו, אשר למרות השוני הרב הקיים ביניהן ניתן ללמוד מכולן על מעמדן המתעצם של הזכויות החברתיות ונכונות הגוברת והולכת להגנה חוקתית שיפוטית עליהן. במסגרת זו, ייוחד תת פרק להתמקדות במודל הדרום-אפריקאי, המהווה דוגמה למשטר חוקתי חדש באופן יחסי, המגלם לא רק תפיסות של צדק מעברי המאפיינות "מהפיכות חוקתיות" למיניהן אלא אף עיגון חוקתי רחב לזכויות חברתיות, אליו נלווית ביקורת שיפוטית אפקטיבית. המודל הדרום-אפריקאי הינו אפוא "מקרה מבחן" היכול לשמש מקור רב השראה לאופן שבו יש להתייחס לזכויות כלכליות-חברתיות כזכויות חוקתיות.

III.B) עיגון בינלאומי ומדינתי לזכויות חברתיות

(1) אמנות בינלאומיות

50. במישור הבינלאומי, מעוגנות הזכויות החברתיות באמנות אחדות:

50.1. ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות אדם לכל באי עולם (1948) מעגנת בין היתר גם זכויות חברתיות.

50.2. אמנת האו"ם בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (ICESCR) מעגנת שורה של זכויות כלכליות-חברתיות והיא כיום הבסיס הנורמטיבי העיקרי לעיגון של זכויות חברתיות במישור הבינלאומי. ישראל אשררה את האמנה בשנת 1991, ועד

כה הגישה מספר דו"חות לוועדת האו"ם אודות יישום האמנה במדינה. סעיף 2 לאמנה קובע, כי חובת המדינה היא לנקוט צעדים לקראת מימוש זכויות אלו.

51. הזכויות החברתיות זכו לפיתוח רב במסגרת המשפט הבינלאומי. דיון וליבון רב שנים הראה באופן חד משמעי כי הזכויות החברתיות ניתנות להגדרה וכי יש כלים לאכיפתן האפקטיבית באמצעות בתי משפט. ביטוי מרכזי לכך ניתן למצוא בעקרונות לימבורג משנת 1987 ובהנחיות מאסטרליכט משנת 1997 אשר אומצו על ידי ועדת האו"ם לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בשנת 2000.

ר' בהרחבה: M. C. R. Craven *The international Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights* (1995);

ר' גם: יובל שני "זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות במשפט הבינלאומי: איזה שימוש בתי-המשפט הישראליים יכולים לעשות בהן?" בתוך **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** (י' רבין וי' שני עורכים, יראה אור בהוצאת רמות, אוניברסיטת תל-אביב).

(2) שיטות משפט בעולם

52. לצד המישור הבינלאומי, גופים כגון האיחוד האירופי ומדינות רבות מעניקות מעמד חוקתי לזכויות החברתיות ומעגנות אותן בחוקותיהן. כך למשל:

- חוקתו המתגבשת של **האיחוד האירופי** (בנוסחה המעודכן ליולי 2003) כוללת הגנה על שורה ארוכה של זכויות חברתיות.

ר': <http://european-convention.eu.int/docs/Treaty/cv00850.en03.pdf>

- **הצ'רטר האירופי בדבר זכויות היסוד** משנת 2000, מעגן זכויות חברתיות רבות, ובסעיף 34(3) הוא קובע את הזכות לקיום נאות המונע הדרה חברתית למי שלא יכול לספק את צרכיו בעצמו.

- החוקה **הבלגית** מונה שורה של זכויות חברתיות, הנגזרות מהזכות לנהל חיים בכבוד אנושי.

ר': http://www.fed-parl.be/constitution_uk.html

- חוקתה של **פינלנד** מעניקה זכויות חברתיות ומטילה חובה פוזיטיבית על המדינה לקדמן ולספקן לכלל אזרחיה. סעיף 19 לחוקה קובע מפורשות זכות לביטחון סוציאלי, ברמה של: indispensable subsistence and care.

ר': <http://www.om.fi/tulostus/13282.htm>

- החוקה **הגרמנית** אינה מתייחסת ישירות לזכויות חברתיות, אך בית המשפט החוקתי בגרמניה פירש את המושג "מדינה סוציאלית" (*Sozialstaat*) המופיע בחוקה כבסיס לזכויות חברתיות המטילות אחריות על המדינה.

Stylianios-Ioannis G. Koutnatzis "Social Rights as a Constitutional :ר' Compromise: The Role of the Judge" p. 32-35 (להלן: "קאוטנצ'יס"); ניתן למצוא בקישור: <http://www.iaclworldcongress.org/english/program.shtml>

- ההקדמה לחוקה הרביעית של צרפת מטילה על המדינה חובה להבטיח את הבריאות, החינוך והביטחון החומרי (material security). הכרזה זו אומצה על ידי החוקה החמישית ובית המשפט החוקתי בצרפת (המקיים ביקורת שיפוטית מקדימה) קבע בשנת 1971 כי הצהרה זו היא בסיס לזכויות חברתיות (ר': C. Fabre *Socil Rights under the Constitution* (1999), p. 174 (להלן: "פברה").

- החוקה היפנית מ-1947 מגינה על שורה של זכויות חברתיות, ובראשן הזכות לסטנדרטים מינימליים של חיי בריאות וטיפוח. המדינה מחויבת על-פי החוקה להשתמש במשאביה כדי לקדם ולהרחיב זכויות אלה.

ר': <http://www.solon.org/Constitutions/Japan/English/english-Constitution.html>

- החוקה הברזילאית קובעת רשימה מפורטת של זכויות יסוד חברתיות המוגנות על-ידה. סעיף 6 לחוקה קובע את ליבת הזכויות החברתיות הבסיסיות.

ר': <http://www.helplinlaw.com/law/constitution/brazil/brazil.php>

- כל זאת, לצד עיגון זכויות חברתיות בחוקות נוספות, אשר צוינו בתגובת המשיבים. כך למשל, סעיפים 39-47 לחוקה ההודית קובעים את הזכות לקיום אנושי בכבוד, ובכלל זה הזכות לאמצעי קיום נאותים; המדינה נדרשת בחוקה לכוון את מדיניותה כך שתבטיח את הזכויות האמורות, בכפוף במקרים מסוימים לזמינות משאביה. סעיף 45 לחוקת קוויבק מגן על הזכות לתנאי קיום מקובלים. וחוקת מונטנה בארצות-הברית מבטאת מפורשות רוח של סולידריות חברתית המצמיחה סיוע מדינתי.

III.ג) ביקורת שיפוטית במבט משווה

53. הבחינה ההשוואתית מעלה כי בתי משפט במדינות רבות נוקטים בגישה של ביקורת שיפוטית רחבה ואינם נמנעים מלעסוק בסוגיות הכרוכות בזכויות חברתיות-כלכליות או בתחומים המטילים על המדינות חובות פוזיטיביות למימוש זכויות. יתירה מזאת, ישנה נטייה הולכת וגדלה לפיתוח מודלים אפקטיביים של ביקורת שיפוטית על מימוש הזכויות החברתיות.

ארצות הברית

54. בניגוד לתמונה שמבקשים המשיבים לצייר, גם בארה"ב בתי משפט עוסקים בסוגיות הקשורות לזכויות כלכליות-חברתיות ואינם נמנעים מהטלת חובות פוזיטיביות על המדינה. כך למשל, בעניין *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Bd. of Educ.*, 402 U.S. 1 (1971), הדגיש בית המשפט כי תפקידו להתערב במקרה של פגיעה בזכות חוקתית, הנגרמת בשל אי-

ביצוע תפקיד פוזיטיבי (במקרה דן דובר באי-מילוי מצד בתי-ספר של תפקידם להסיר "כל זכר להפרדה כפויה על-ידי המדינה" בתחום החינוך).

55. United States Dep't of Agriculture v. Moreno, 413 U.S. 528 (1973) - שם נדון חוק למתן תלושי מזון לנוקקים, שהתנה את קבלת התלושים בעמידה בקריטריונים מסוימים (של מגורים). נפסק שהחוק הוא בלתי-חוקתי, מהטעם שהדרישה האמורה שומטת מהחוק את הבסיס הרציונלי הנדרש, ובכך פוגעת בעקרון ה- equal protection. בביטול התנאי הושבה הזכאות גם לאלו שהתנאי החדש שלל את זכאותם ולמעשה הוטלה חובה פוזיטיבית על המדינה (למתן תלושי מזון).

56. Tucker v. Toia, 43 N.Y.2d 1 (1977) - בית-המשפט לערעורים בניו-יורק קבע כי ההיסטוריה החקיקתית של חוקת מדינת ניו-יורק מצביעה על תכלית להגן על פרטים מפני כוחה של המדינה ורצון ברור ליצור מחויבות חברתית קונקרטית של המדינה כלפי אלה הנוקקים לסיוע החברה לשם סיפוק צורכיהם הבסיסיים. לאור זאת הגיע בית המשפט למסקנה כי לא ניתן מבחינה חוקתית לשלול מבני אדם הזכאים לסיוע ציבורי את הגישה לסיוע הזה על-ידי הכללת דרישות חדשות ושרירותיות בחוק השירותים החברתיים של המדינה, ובכך השיב את הזכאות לאלו שהתיקון שלל אותה מהם, ולמעשה יצר חובה פוזיטיבית על המדינה.

57. הדוגמא העדכנית ביותר היא פסק-הדין בעניין Campaign for Fiscal Equity v. The State of New York, Respondents No.74 Court of Appeals of New York (2003), 42 (להלן: "Fiscal"). פסק-דין זה תואר בהרחבה בעיקרי הטיעון שהגישו העותרות בנושא הצו על תנאי הראשון, ולא זכה להתייחסות המשיבות בתצהיר התשובה מטעמן. בקליפת אגוז, בפרשת Fiscal נדרשה הערכאה העליונה ביותר של מדינת ניו-יורק לשאלה, האם עמדה המדינה בחובתה החוקתית לספק חינוך נאות ("sound basic education"). לאחר שבחן את העובדות החברתיות הגיע בית המשפט למסקנה כי המדינה מפירה את החובה החוקתית המוטלת עליה ועל-כן הטיל עליה חובה פוזיטיבית והורה לה לתקצב מחדש את תחום החינוך בעיר ניו-יורק באופן שיגשים את הזכות החוקתית לחינוך נאות.

ור' גם: Goldberg v. Kelly 397 US 254 ; King v. Smith 392 US 309 (1968).

גרמניה

58. כאמור, הזכויות החברתיות אינן מופיעות במפורש בחוקה הגרמנית. אולם, בית המשפט החוקתי בגרמניה פירש את עיקרון המדינה הסוציאלית בחוקה הגרמנית כעיקרון משפטי-חוקתי הכולל גם הגנה על זכויות חברתיות. במסגרת זו, בית המשפט החוקתי בגרמניה הטיל על המדינה אחריות לדאוג לצורכיהן של אוכלוסיות נזקקות בשורה של עתירות הנוגעות לזכויות חברתיות (ובכללן אנשים עם מוגבלויות, אסירים משוחררים ויתומים) וכן לדאוג למערכת הביטחון הסוציאלית ולמערכת שירותי הבריאות. ר' לעניין זה קאוטנצ'יס, עמ' 34.

59. יתר על כן, בית המשפט החוקתי בגרמניה הסיק מהזכות לכבוד האדם ומעיקרון המדינה הסוציאלית את חובת המדינה להבטיח לכל אדם את תנאי המחיה המינימליים הדרושים לקיום בכבוד:

“... the Court has derived from Article 1 I of the Basic Law (the specific guarantee of human dignity) in connection with the social state principle a mandate that the state assures every person the subsistence minimum (“*Existenzminimum*”), that is, the minimum conditions of an existence that is worthy of human dignity, if necessary, through social services to the neediest segments of the population” (ההדגשה הוספה) (קאוטנציס, עמ' 39 - 40).

צרפת

60. בית המשפט החוקתי בצרפת, המקיים ביקורת שיפוטית מקדימה, אינו נמנע מביקורת שיפוטית בסוגיות חברתיות-כלכליות. במספר מקרים בית המשפט דן בשאלה האם הממשל הצרפתי מקיים את חובתו לתמוך במעוטי האמצעים ובחלק מהמקרים מצא כי החוק יכול להיות מפורש באופן הפוגע בזכויות החוקתיות החברתיות והורה למדינה ליישם את החוק באופן שאינו פוגע בזכויות אלו (ר' פברה, עמ' 174 - 175 וההפניות והדוגמאות שם).

קנדה

61. פסק הדין המרכזי בעניין זה הוא *GOSSELIN V. QUEBEC* [2002], S.C.J. No. 85. שם דחה בית-המשפט העליון ברוב של 5 מול 4 את עתירתה של מקבלת הבטחת הכנסה, שעתרה נגד תכנית להפחתת שיעור הגמלה לצעירים מתחת לגיל 30. בנימוקיו קבע בית המשפט כי אין לדרוש מהממשלה לבחון מבחינה אמפירית את ההנחות עליהן מתבססת תכנית הקיצוץ, ובלבד שההנחות הן סבירות ואינן מבוססות על סטריאוטיפים. כמו כן, בית המשפט אמנם קבע כי בשלב זה אין חובה פוזיטיבית על המדינה מכוח סעיף 7 לחוקה לדאוג לחייו או לביטחונם של כל אדם, אך הוא הותיר פתח לשינוי ההלכה, וציין כי ייתכן ובעתיד תורחב הפרשנות לסעיף כך שניתן יהיה להכיר בחובה פוזיטיבית כאמור.

לצד זאת נקבע בדעת המיעוט, שפגיעה חמורה בשוויון, הפוגעת בכבודו של אדם, עולה לכדי הפרה של סעיף 7 לחוקה בדבר הזכות לחיים, לחירות ולביטחון. זכות זו הנה בעלת היבט חיובי ולא רק שלילי, והקיצוץ פוגע בה בהיותו מחדל מצד המדינה, האמורה לדאוג לצורכיהם הבסיסיים ביותר של מעוטי האמצעים. דעת המיעוט הדגישה כי תכנית הקיצוץ אינה מהווה אך סוגיה של "זכויות כלכליות", אלא נוגעת בבסיס הזכות לחיים ולביטחון. המיעוט אף סבר כי במקרה זה אין מדובר בהתערבות שיפוטית פסולה בענייני מדיניות או הקצאת משאבים כי אם בשאלה שפיטה של פיקוח על מחויבות המדינה להבטיח את הזכויות החוקתיות.

62. עם זאת, חשוב לציין כי בקנדה מסורת של אי הכללת זכויות כלכליות-חברתיות בחוקה. מסיבה זו הן הזכויות הכלכליות - כגון זכות הקניין - והן הזכויות החברתיות לא נחקקו

בצ'ירטר הקנדי. יתר על כן, הטיעון בפסק הדין בהקשר הרלוונטי לענייננו נסב על הזכות לחיים שהיא ללא ספק צרה יותר מהזכות לכבוד.

הודו

63. בתי המשפט בהודו מפעילים ביקורת שיפוטית רחבה ואפקטיבית בתחום של הזכויות החברתיות ומטילים חובות פוזיטיביות על המדינה. בתי המשפט פירשו בהרחבה את סעיפים 39 - 47 לחוקה ההודית במסגרת הזכות לחיים, ויצקו לתוכה תוכן בכל הנוגע לזכות לתנאי קיום מינימליים, כנזכר בתגובת המשיבים.

ר' בהרחבה: P. Hunt *Reclaiming Social Rights* (1996), p.153 – 171

III.ד) המודל הדרום-אפריקאי

64. המודל הדרום-אפריקאי, כאמור לעיל, הוא בגדר "מקרה מבחן" היכול לשמש מקור רב השראה לשיטת משפט המתמודדת הן עם תמורות חוקתיות מרחיקות לכת בעשור החולף, והן עם שאלות כלכליות-חברתיות המגיעות לפתחו של בית-המשפט. להלן נבחן מודל זה תוך שילוב שתי הסוגיות הנדונות – היקף הזכות ומידת הביקורת השיפוטית לגביה.

65. בשנים שחלפו מאז נפילת משטר האפרטהייד עתרו כמה וכמה עותרים לבית המשפט החוקתי מכוח סעיפי הזכויות החברתיות שבחוקה. **פסקי הדין** (הנידונים בעיקרי הטיעון של העותרים ובתגובת המשיבים) **מהווים, הן בהלכות שנפסקו בהם והן בשיח החברתי-משפטי הגלום בהם, דוגמא מובהקת לצעידה הברורה של בית המשפט החוקתי הדרום-אפריקאי בנתיב של ביקורת שיפוטית אפקטיבית על הזכויות החברתיות בחוקה.**

66. בין אלו מתבלטים שלושה מקרים, הנחשבים לאבני הדרך בפסיקה החוקתית הדרום-אפריקאית בנוגע לזכויות חברתיות ואותם נציג כעת. לא נחזור ונפרט את עובדות המקרים, אלא נסתפק בהדגשת הטעון הדגשה.

67. הראשון מבין פסי"ד אלו הוא עניין *Soobramoney v. Minister of Health BCLR (12) 1696 (1997) (cc)*. בפסק-דין זה הדגיש בית המשפט את חובתה של המדינה לספק צרכים רפואיים המוטלת עליה מכוח החוק, אך קבע כי בנסיבות העניין לא הוכיח העותר את קיומו של הנטל על בית-החולים. פסק דין זה נחשב להלכה "מוקדמת" בתחום, ששיקפה התייחסות חלקית בלבד למלוא פרישתן של הזכויות החברתיות בדרום-אפריקה שלאחר תקופת האפרטהייד, התייחסות שהורחבה בפסיקות הבאות.

ר': AEYAL M. GROSS, "The Constitution, Reconciliation, and Transitional Justice: Lessons from South Africa and Israel" *Stan. J. Int'l. L.* 47 (2004) 40, 93-94.

68. פסק-הדין השני הוא בעניין *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom* ("Grootboom" (להלן: *2001 (1) SA 46 (CC) 2000 (11) BCLR 1169 (CC)*). פסק-הדין קבע הלכה מרכזית ביותר בתהליך כינון של זכויות חברתיות חוקתיות בדרום-אפריקה,

והטיל חובות אקטיביות על המדינה מכוחן. כך מתאר את פסק הדין המלומד סנסטיין, במאמרו המתמקד בהשראה שניתן לשאוב מהדוגמא הדרום-אפריקאית:

"In the *Grootboom* decision, the Court set out a novel and promising approach to judicial protection of socio-economic rights... The approach of the Constitutional Court stands as a powerful rejoinder to those who have contended that socio-economic do not belong in the constitution"

Cass R. Sunstein "Social and Economic Rights? Lessons from South Africa, *Forum Constitutionnel* (2000/2001) 11:4, p. 123 (להלן: "סנסטיין")

69. ברצוננו להפנות את תשומת הלב למספר סוגיות העולות מפסק-הדין:

- ראשית, קביעתו של בית המשפט כי מימושה הפרוגרסיבי של הזכות מחייב לזהות תחילה את הצרכים והאפשרויות הנוגעות לה (כמצוטט בסעיף 83 לתצהיר המדינה).
- שנית, בית המשפט קובע כי החובה המהותית המוטלת על המדינה הינה אקטיבית ורחבה, וכוללת ייזום, תכנון, מימון, יישום ופיקוח על תכנית מתואמת וקוהרנטית למימוש הזכות.
- שלישית, מבחינת ההדרגתיות במימוש הזכות - אמנם, בית המשפט עמד על כך שהזכות אינה יכולה להיות ממומשת באופן מיידי. ואולם, פסק הדין מדגיש כי ההדרגתיות אינה אלא אמצעי למימוש חובתה של המדינה לנקוט צעדים כדי לממש את התכלית החוקתית: סיפוק הצרכים החברתיים הבסיסיים של הכל באופן אפקטיבי. יוצא אפוא, ש"ההדרגתיות" בהקשר זה משמעה התקדמות הדרגתית במימוש הזכויות החברתיות - ולא פתח לנסיגה מהן.
- רביעית, בית המשפט הטיל אחריות על המדינה, וקבע כי לא פעלה בסבירות במסגרת המשאבים העומדים לרשותה.

70. פסק הדין הדרום-אפריקאי המרכזי השלישי העוסק בזכויות חברתיות הוא בעניין *Minister of Health v. TAC Treatment Action Campaign* CCT 8/02 (להלן: "TAC"). במקרה זה קיבל בית המשפט עתירה של ארגונים וולונטריים בנושא הזכות לבריאות. גם כאן נציין מספר נקודות הראויות לטעמנו להדגשה:

- ראשית, הדגשים בפסק הדין, ורוחו הכללית, שונה בתכלית מאלה המתוארים בתשובת המדינה. כך, למשל, בכל הנוגע לסעיפים 26 ו-27 לחוקה קובע בית המשפט כי הזכויות החברתיות-כלכליות הן בבירור אכיפות על ידי בית המשפט וכי זה מכבר הוכרה חובת המדינה למלא את חובותיה הפוזיטיביות בהתחשב בסבירות ובזמינות המשאבים.
- שנית, בית המשפט דוחה את טענת הפרדת הרשויות שהועלתה על ידי המדינה ומדגיש כי לבית-המשפט נועד תפקיד מפתח בבחינת הסבירות והפיקוח על קיום חובת המדינה לפי סעיפי החוקה. תפקיד זה נוגע גם לשיקולים תקציביים, אך כמובן שבית המשפט אינו

מגדיר בעצמו סדרי עדיפויות ומדיניות כלכלית. מכאן, שהביקורת השיפוטית, שנועדה לוודא כי המדינה מקיימת את מחויבויותיה, היא חלק מהפרדת הרשויות ומלאכת האיזונים ביניהן.

- שלישית, בית המשפט דחה את הטענה כי הסמכות היחידה הנתונה לו היא ליתן סעדים הצהרתיים. פסק הדין קובע כי עומדת לו סמכות רחבה לתת צווים וסעדים אפקטיביים למימוש אחריות הממשלה לפי החוקה, וכי סמכות זו אינה פוגעת בעקרון הפרדת הרשויות. פסק הדין כולל סקירה של מוסד הביקורת השיפוטית במדינות אחרות, ומסיק כי תפקידו זה של בית המשפט מקובל ונהוג בשיטות משפט שונות.

- רביעית, בית המשפט דן בסוגיית ליבת המינימום (ה-"minimum core") לה זכאי כל אדם, ומציין כי יתכן שליבה זו קשה להגדרה, אך היא כוללת לפחות את תנאי החיים המינימליים המתיישבים עם כבוד אנושי. איש אינו ראוי להיות נדון לחיים מתחת לסף בסיסי של קיום בכבוד אנושי.

ר' גם מ' אטלן "מודל לדוגמא של הזכות לתנאי קיום נאותים", בתוך **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** (י' רבין וי' שני עורכים, יראה אור בהוצאת רמות, אוניברסיטת תל-אביב), עמ' 18 – 19 (ע/14 בבג"צ 888/03) (להלן: "אטלן").

71. על רקע זה, של נכונות לבחינה רחבה ועניינית של זכויות חברתיות בשיטות משפט רבות בעולם, ולאור ההשראה שיכולה להעניק הדוגמא הדרום-אפריקאית בתחום ההגנה המשפטית האפקטיבית שנותנים בתי המשפט לזכויות אלו, נפנה לבחון את הזכות לקיום אנושי בכבוד בשיטת המשפט הישראלית.

(IV) קיום אנושי בכבוד כחלק מכבוד האדם וחירותו

72. **כבוד האדם אינו נעצר על מפתנו של האדם החי בעוני. חירות במובנה האמיתי אינה שמורה רק למי שהוא בעל אמצעים.** עקרונות היסוד של חירות, אוטונומיה של הפרט, שוויון הזדמנויות והשתתפות חברתית עומדים ביסוד ההכרה כי קיום אנושי בכבוד הינו חלק מכבוד האדם וחירותו.

73. ואכן, הזכות לתנאי קיום אנושיים הוכרה כחלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם, המעוגנת בחוק היסוד:

"כבודו של האדם כולל בחובו הגנה על מינימום הקיום האנושי. אדם המתגורר בחוצות ואין לו דיור, הוא אדם שכבודו נפגע. אדם הרעב ללחם הוא אדם שכבודו נפגע. אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטרי הוא אדם שכבודו כאדם נפגע, אדם הנאלץ לחיות בתנאים חומריים משפילים הוא אדם שכבודו כאדם נפגע".

רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה (3) 375, 360.

ר' גם:

בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין נ' ראש הממשלה ואח' (טרם פורסם).

בג"ץ 161/94 אטרי נ' מ"י תק-על (1)94, 1283.

אהרן ברק פרשנות במשפט, פרשנות חוקתית (תשנ"ד) 422 (להלן: "פרשנות חוקתית").

אהרן ברק, "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא (תשנ"ד) 271, 280.

74. יודגש, כי **המשיבים מסכימים כי הזכות החוקתית לכבוד כוללת את הזכות לקיום אנושי**

בכבוד. כבר בתשובתם המקדמית מיום 15.5.03, צוין כי: "הקיום האנושי המינימלי הוא חלק מכבוד האדם. כדברי הנביא ישעיהו 'הלוא פרס לרעב לחמך ועניים מרודים תביא בית כי תראה ערס וכסיתו ומבשרך לא תתעלס' (נ"ח, זי)". (ר' ס' 16 לתגובה המקדמית מטעם המשיבים מיום 21.5.03, וכן ס' 8 לתצהיר התשובה מיום 16.2.04).

75. מאחר שיש הסכמה על קיומה של הזכות על מה אם כן נסבה המחלוקת? המחלוקת הראשונה היא לגבי היקפה של הזכות לקיום אנושי בכבוד. העותרים סבורים כי הזכות לקיום אנושי בכבוד אינה מתמצה במניעת מחסור קיומי, אלא כוללת גם צרכים שאינם רק פיזיים-קיומיים. יתר על כן, עמדת העותרים היא שקביעת הצרכים הדרושים לקיום אנושי בכבוד אינה יכולה להיעשות במנותק מהחברה ועליה להתחשב בצרכים המקובלים בחברה. להלן יפרטו העותרים את עמדתם.

IV.א) היקפה של הזכות לקיום אנושי בכבוד

76. הזכות לקיום אנושי בכבוד היא הזכות לסיפוק הצרכים הבסיסיים הדרושים לקיום האנושי. כדברי פרופ' ברק בספרו (פרשנות חוקתית, עמ' 422 – 423):

"כבוד האדם מניח מינימום של קיום אנושי ... אכן, אדם הנאלץ לחיות בתנאים חומריים משפילים, נפגע בכבוד האדם שבו. הוא הופך לאובייקט. מכאן אין לעבור לקיצוניות-המאפיינת את המודל רחב – לפיו יש לו לפרט זכות כנגד המדינה לחיים טובים יותר. על כן ספק בעיני אם ניתן להסיק מכבוד האדם זכות לחינוך, להשכלה, לבריאות ולרווחה חברתית. יחד עם זאת ניתן להסיק מכבוד האדם את הזכות לסיפוק צרכים בסיסיים לקיום האנושי" (ההדגשות הוספו).

77. המשיבים מציגים מודל אותו הם מכנים "מודל המחסור הקיומי", לפיו "הזכות המוגנת היא להגנה על מינימום הקיום האנושי אשר מכוונת היא למנוע חיים במחסור קיומי, קרי הבטחת הצרכים הקיומיים הבסיסיים של האדם, ולא מעבר לכך" (ס' 103 לתצהיר התשובה מיום 11.5.04). במקום אחר מפרטים המשיבים כי "יש לראות אך ורק בתנאי קיום הפוגעים באנושיותו של אדם ומבזים אותו – פגיעה בזכות החוקתית לכבוד. העדר קורת גג, רעב והעדר כסות, יחשבו לפגיעה המחללת את כבודו של האדם" (תגובה מקדמית, ס' 121, 126).

78. **העותרים סבורים כי יש לדחות את מודל המחסור הקיומי בהיותו מצמצם את הזכות לקיום אנושי בכבוד צמצום יתר באופן שאינו מגשים את תכליתיה**. מודל המחסור הקיומי – בשמו, ובאופן בו הוא מוצג על ידי המשיבים - משמיע זכות לצרכים פיזיים-קיומיים בלבד (קורת גג,

רעב, כסות) ובכך מצמצם למעשה את תחומיה של ההגנה על כבוד האדם להגנה על הזכות לחיים בלבד.

79. לזכות לקיום אנושי בכבוד יש ליתן את ההיקף המגשים את תכליתה. קביעת ההיקף נעשית על-ידי הפרשן באמצעות פרשנות תכליתית של הזכות לקיום אנושי בכבוד כחלק מהזכות לכבוד האדם וחירותו (פרשנות חוקתית, עמ' 373 – 376). לשם כך עלינו לעמוד תחילה על תכליותיה של הזכות החוקתית לקיום אנושי בכבוד כחלק מהזכות לכבוד האדם וחירותו.

(1) תכליותיה של הזכות לקיום אנושי בכבוד

80. תכליתה הראשונה של הזכות לקיום אנושי בכבוד היא לקדם את חירות האדם ואת האוטונומיה שלו. על מנת שאדם יהיה חופשי ואוטונומי צריכה להיות לו אפשרות "לכתוב את ספר חייו". כפי שמציין פרופ' יוסף רז, "הרעיון השולט מאחורי האידיאל של אוטונומיה הוא שעל בני האדם ליצור את חייהם בעצמם ... האידיאל של האוטונומיה האישית הוא החזון של בני אדם השולטים, במידה מסוימת, בגורלם, בעצבם אותו במהלך חייהם באמצעות שרשרת רצופה של החלטות" (J. Raz *The Morality of Freedom* (1986), p. 369) (להלן: "רז"); התרגום לעברית מופיע באנדרי מרמור "הערך האינטרני של שוויון כלכלי", בתוך **צדק חלוקתי בישראל** (מנחם מאוטנר, עורך) (2001) 51, 62) (להלן: "מרמור").

81. "אנשים נזקקים אינם אנשים חופשיים" ("Necessitous men are not free men"), כדברי הנשיא האמריקאי רוזוולט. אדם שאין לו את הצרכים הבסיסיים הדרושים לקיום בחברה ומצוי במאבק מתמיד של הישרדות וחיפוש אחר מקורות פרנסה אינו באמת אדם אוטונומי. אדם שאין לו כשירויות (capabilities) בסיסיות ושאינו יכול למלא תפקודים (functionings) בסיסיים הוא אדם שחירותו מוגבלת (A. Sen *Development as Freedom*) (1999). אדם כזה לא יוכל לממש את הפוטנציאל הגלום בו ולפתח את גופו ואת רוחו כרצונו, שכן אין בפניו אפשרויות בחירה אמיתיות. כפי שמבהיר המלומד יוסף רז, אדם כזה משול לאדם הנתון בבור. גם אם נניח שיש לו מספיק כדי לאכול ולשתות ולשרוד פיזית, אין הוא יכול לממש את אוטונומיה שלו (רז, עמ' 373 - 374).

על כן, אדם זקוק לצרכים הבסיסיים וליכולות הבסיסיות הדרושים לחיים של חירות ואוטונומיה, כך שיוכל לכתוב את ספר חייו.

82. תכליתה השנייה של הזכות לקיום אנושי בכבוד היא לקדם שוויון הזדמנויות. עיקרון שוויון ההזדמנויות מתיישב היטב עם התפיסה, לפיה כל בני האדם נולדו שווים. יש לדאוג כי גורלם של פרטים לא ייקבע עם רגע הולדתם על פי מצבם הסוציו-אקונומי של הוריהם. אין זה הוגן כי "סיכויי החיים" של פרט בחברה - יכולתו לחוות חירות אמיתית, לממש את עצמו ולחיות בכבוד - יהיו נמוכים וכי "סיכוני החיים" שלו - סיכונים של אבטלה, חיים בעוני, היעדר השכלה ואף היעדר קורת גג - יהיו גבוהים רק בשל העובדה שנולד למשפחה ענייה (ר' נ' לוויין-אפשטיין "משפחה וריבוד: דפוסי שעתוק של אי שוויון בישראל", בתוך **צדק חלוקתי בישראל** (מנחם מאוטנר, עורך) (2001) 121, 123). ההבנה כי לנקודת הזינוק החברתית - ולא רק לכישורים "טבעיים" - ישנה השפעה מכרעת על סיכויי החיים מובילה למסקנה כי הדגש צריך

להיות על שוויון הזדמנויות מהותי (ר' גם מרמור, עמ' 63; בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח (5) 501). קיומם של צרכים בסיסיים בסביבתו של אדם הם מרכיב מכריע בנקודת הזינוק החברתית שלו ובהזדמנויות החברתיות הפתוחות בפניו (ר' גם: R. Dworkin 'Why Liberals Should Care About Equality' in *A Matter of Principle* (1986) 205, 211-212).

על כן, אדם זקוק למילוי הצרכים הבסיסיים באופן שיבטיח לו נקודת פתיחה חברתית שווה, או לפחות סבירה, כך שייפתחו בפניו "סיכויי חיים".

83. תכליתה השלישית של הזכות לקיום אנושי בכבוד היא **מניעת הדרה חברתית**. האדם הוא יצור חברתי השואף לקחת חלק בחיי החברה, להשתלב בה ולהרגיש תחושת שייכות אליה. אנשים שהם נטולי אמצעים בסיסיים נזרקים אל שולי החברה. הם מוצאים מן הכלל ואינם מקבלים הזדמנות לקחת חלק בחיים החברתיים. הדחיקה לשוליים החברתיים מונעת מהם את הנגישות להזדמנויות שמציעה החברה. המרכיב החברתי שבאזרחותם נשלל (T. H. Marshall *CITIZENSHIP AND SOCIAL CLASS – AND OTHER ESSAYS* (1950)). הם מרגישים דחויים ומושפלים - נעדרי מעמד חברתי - ומפתחים תחושת ניכור כלפי החברה. הדרתם לשוליים החברתיים עלולה להביא אף למצב בו הפער יהפוך לכזה שאינו ניתן לגישור. להם ולילדיהם לא תהיה כל הזדמנות אמיתית לשוב לשדרה המרכזית של החברה והם יאלצו להלך תמיד בשוליה.

על כן, אדם זקוק לצרכים הדרושים לשם מניעת הדרתו לשולי החברה באופן שאינו ניתן לגישור כך שיתאפשרו שילובו ושילוב ילדיו בחברה.

84. תכליתה הרביעית של הזכות לקיום אנושי בכבוד היא **לאפשר את הגשמתן של הזכויות האזרחיות והפוליטיות**. קשה לדבר ברצינות על הגשמתן של זכויות אזרחיות ופוליטיות מבלי שמובטחים לפחות הצרכים הבסיסיים הדרושים לקיום אנושי בכבוד. מה טעם לו לאדם בזכות לחופש הביטוי אם הוא נטול השכלה; מה טעם לו לאדם בזכות לפרטיות אם אין לו דיור. מבחינות רבות, מי שאינו נהנה מצרכים וכשירויות בסיסיים אינו נהנה מזכויות האדם האזרחיות והפוליטיות או שהוא נהנה מהם רק באופן פורמלי (גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" **ספר ברנזון** (כרך שני) (אהרן ברק, חיים ברנזון, עורכים) (2000) 183, 224 (להלן: "מונדלק"); אייל גרוס "החוקה הישראלית: כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי?" **צדק חלוקתי בישראל** (מנחם מאוטנר, עורך) (2001) 79, 87; פברה, עמ' 123 – 124).

85. מעבר לכך, פרטים זקוקים לצרכים הבסיסיים שיאפשרו להם **להשתתף בחברה כאזרחים פעילים**. קיומן האמיתי של החירויות הפוליטיות מחייב מידה של ביטחון כלכלי וכשירויות המאפשרים הגשמת האזרחות הדמוקרטית. כפי שמציין סנסטיין:

"It is certainly relevant that if the basic needs are not met, people cannot really enjoy the status of citizens. A right to minimal social and economic guarantees can be justified, not only on the ground that

people in desperate conditions will not have good lives, but also on the ground that democracy requires a certain independence and security for all citizens") (סנסטיין, עמ' 131)

על כן, אדם זקוק לצרכים הבסיסיים אשר יאפשרו לו ליהנות מזכויותיו האזרחיות והפוליטיות ואשר יאפשרו לו לממש את אזרחותו הדמוקרטית.

(2) פרשנות חוקתית של הזכות לקיום אנושי בכבוד לאור תכליותיה

86. כאמור, היקפה של הזכות החוקתית לקיום אנושי בכבוד צריך להיקבע על פי תכליותיה. לפיכך, הצרכים הבסיסיים הדרושים לשם קיום אנושי צריכים להיגזר מכך שאדם זקוק לצרכים הבסיסיים וליכולות הבסיסיות הדרושים לחיים של חירות ואוטונומיה; שאדם זקוק לצרכים הבסיסיים שיבטיחו לו נקודת פתיחה חברתית; שאדם זקוק לצרכים הדרושים לשם מניעת הדרתו לשולי החברה; שאדם זקוק לצרכים הבסיסיים אשר יאפשרו לו ליהנות מזכויותיו האזרחיות והפוליטיות ואשר יאפשרו לו לממש את אזרחותו הדמוקרטית.

87. פרשנות חוקתית של הזכות לקיום אנושי צריכה להיעשות מתוך "מבט רחב". היא צריכה להיות מהותית ולא לגליסטית-פדנטית (בג"ץ 6821/93 בנק המזרחי נ' מגדל, פ"ד מט(4) 221, ס' 86 לפסק דינו של הנשיא ברק) (להלן: "בנק המזרחי"). היא צריכה להימנע מצמצום יתר ומהרחבת יתר (פרשנות חוקתית, עמ' 419). היא צריכה להלך בין הגדרת הזכות כמבטיחה קיום אנושי או קיום מינימלי, המושכת את היריעה לכיוון הצמצום, לבין היותה של הזכות מבטיחה קיום בכבוד, בחברה, המושכת את היריעה לכיוון ההרחבה.

88. פרשנות חוקתית שאינה לוקה בצמצום יתר צריכה לקחת בחשבון את חיוניותה של הזכות לקיום אנושי בכבוד להגשמתן של זכויות אדם נוספות (ר' פרשנות חוקתית, עמ' 379). היא צריכה לקחת בחשבון את קווי הדמיון בין תכליותיה של הזכות לקיום אנושי בכבוד לבין תכליותיהן של זכויות אחרות.

89. פרשנות חוקתית שאינה לוקה בצמצום יתר צריכה להתבסס על אחדות חוקתית ולא על דיסהרמוניה חוקתית (בנק המזרחי, ס' 86 לפסק דינו של הנשיא ברק). עליה להיזהר מסלקטיביות חוקתית ומטיפול שונה לזכות לקיום אנושי מזה המקובל לגבי שאר הזכויות. **פרשנות הרמונית צריכה בשלב קביעת ההיקף לאפשר הגדרה נדיבה – כפי שנעשה לגבי זכות הקניין, שאף היא זכות כלכלית – ולהעביר את מרכז הכובד של בחינת מגבלות הזכות לשלב בחינת היקף ההגנה על הזכות במסגרת פסקת ההגבלה (בנק המזרחי, ס' 87 לפסק דינו של הנשיא ברק; פרשנות חוקתית, עמ' 373, 469).**

90. מכאן ברור, כי הזכות לקיום אנושי בכבוד אינה יכולה להתמצות בסיפוק צרכים פיזיים-קיומיים. קיום אנושי בכבוד מניח גם סיפוק צרכים רוחניים וחברתיים. לא על הלחם לבדו יחיה האדם. כך למשל, אדם יכול להתקיים כשהוא בור ונטול השכלה מבלי שיסבול ממחסור קיומי, אולם לא ניתן לומר כי בחברתנו אדם כזה לא נפגעת זכותו לקיום אנושי בכבוד לאור תכליותיה. אדם כזה אינו יכול לממש את הפוטנציאל הגלום בו ואפשרויות בחירתו מצומצמות מאוד, שכן אין לו כישורי חיים הדרושים בחברה מודרנית; אדם כזה אינו נהנה

משוויון הזדמנויות, או לכל הפחות מהזדמנות סבירה, שכן בחברתנו משרות המבטיחות נייודות חברתית וסיכויים להשתכרות נאותה מחייבות השכלה; אדם כזה הוא בעל סטטוס חברתי נמוך מאוד ואין לו את הכלים להשתלב בחברה ועל כן הוא נדחק לשוליה; אדם כזה אינו יכול לממש את זכויותיו האזרחיות והפוליטיות – כגון חופש הביטוי, אשר ברובד המשמעותי שלו מחייב השכלה מספקת.

91. יתר על כן, הצרכים הבסיסיים הדרושים להגשמת הזכות לקיום אנושי בכבוד אינם יכולים להיקבע במנותק מהחברה. כבוד הוא מושג חברתי. חיים בכבוד נמדדים על פי המקובל בחברה. כבר אדם סמית הצביע על כך כי ישנם צרכים שאינם דרושים כדי לחיות אך הם דרושים על מנת לחיות בכבוד בקהילה מסוימת (A. Smith *The Wealth of Nations* reprint, (Oxford 1976), p. 869-70). קביעת הצרכים הדרושים לשם קיום אנושי בכבוד תלויה בזמינותם של משאבים שונים בחברה (ר' מרמור, עמ' 64). לכן, הצרכים הדרושים לקיום אנושי בכבוד משתנים מתקופה לתקופה ומחברה לחברה. עמד על כך חתן פרס נובל לכלכלה, פרופ' אמריטיה סן:

“to lead a life without shame, to be able to visit and entertain one’s friends...requires a more expensive bundle of goods and services in a society that is generally richer and in which most people have, say, means of transport, affluent clothing, radios or television sets”.

Sen ‘The Standard of Living: Concepts and Critiques’ in G. Hawthorn (ed.). 1987. *The Standard of Living*. (1987) 18

92. מתוך הבנה זו, כך הגדירה את הצרכים הבסיסיים הדרושים לאדם הרשות הסטטוטורית שהיתה ממונה על הפעלת מערכת הבטחת ההכנסה **בבריטניה**:

“... [people] must have an income which enables them to participate in the life of the community. They must be able, for example, to keep themselves reasonably fed, and well enough dressed to maintain their self respect and to attend interviews for jobs with confidence. Their homes must be reasonably warm; their children should not be shamed by the quality of their clothing; the family must be able to visit relatives ... to read newspapers, and retain their television sets and their membership of trade unions and churches”

Supplementary Benefits Commission, *Annual Report for 1978*, para. 1.4

93. לפיכך, הפרשנות החוקתית המגשימה את התכליות של הזכות לקיום אנושי בכבוד היא הפרשנות הרואה בזכות לקיום אנושי בכבוד כזכות לסיפוק הצרכים הבסיסיים הדרושים

לקיום אנושי בכבוד באופן שאינו מצטמצם לצרכים פיזיים-קיומיים ואשר מתחשב ברמת הצרכים המקובלת בחברה.

פרשנות זו מוצאת את דרך המלך שבין צמצום להרחבה. היא אינה מצמצמת את הזכות אך למניעת מחסור קיומי המסכן את החיים או מביא להשפלה, באופן המחטיא את התכליות המונחות ביסודה; היא אינה מרחיבה את הזכות באופן שבו כל הצרכים האנושיים יכללו בה (ר' בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין נ' ראש הממשלה ואח', ס' 18 לפסק דינו של הנשיא ברק).

לטענת העותרים פרשנות זו – ולא מודל המחסור הקיומי המוצג על ידי המשיבים – היא המגשימה את מודל הביניים של כבוד האדם (פרשנות חוקתית, עמ' 357, 422 – 423).

94. הזכות לקיום אנושי בכבוד מטילה גם מרכיב של חובה פוזיטיבית על המדינה. כפי שמציין פרופ' ברק בספרו:

"חוק היסוד אינו מגביל עצמו אך להגנה פסיבית. ניתן למצוא בו עיגון גם להגנה אקטיבית. הגנה אקטיבית משמעותה חובת עשייה לשם מניעת פגיעה בכבוד האדם וחירותו... 'להגן' על כבוד האדם וחירותו אין משמעותו רק הימנעות מפגיעה בכבוד האדם וחירותו (status negativus). 'להגן' משמעותו גם לעשות פעולות שיביאו להגנה על כבוד האדם וחירותו (status positivus)" (פרשנות חוקתית, עמ' 313; ר' גם שם, עמ' 362 - 365).

ואכן, סעיף 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי:

"כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו".

95. החובה הנגזרת מהזכות היא החובה לנקוט צעדים לקראת מימושה המלא של הזכות. כלומר, חובת המדינה היא לנקוט באמצעים ממשיים ואפקטיביים לסיפוק הצרכים הבסיסיים הדרושים לקיום אנושי בכבוד. זהו המובן המקובל לקיומן של חובות פוזיטיביות. כך בסעיף 2 לאמנה בדבר זכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות:

"Each State Party to the present Covenant undertakes to **take steps**... 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."

וכך גם בחוקת דרום אפריקה, כפי שפורשה על ידי בית המשפט העליון שם:

"the goal of the Constitution is that the **basic needs of all in our society** be **effectively** met and the requirement of progressive realisation means that the state must **take steps** to achieve this goal". Grootboom, para 45. (ההדגשות הוספו)

ר' גם אַטלן, עמ' 10.

96. למדינה שיקול דעת רחב לגבי בחירת האמצעים להשגת תוצאה זו. אין היא מחויבת לדרך מסוימת שבה עליה להבטיח את סיפוק הצרכים הבסיסיים הדרושים לקיום אנושי בכבוד, כל עוד היא מקיימת את חובתה.

97. חובה זו – ככל חובה הנגזרת מזכויות האדם – אינה מוחלטת אלא יחסית. מקובל כי הזכויות והחובות הנגזרות מהן אינן מוחלטות בשל הצורך לאזן עם זכויות אחרות או עם אינטרסים ציבוריים (פרשנות חוקתית, עמ' 215 ואילך). לשם כך פותחו כלים שונים, כגון פסקת ההגבלה ומבחני איזון אנכיים ואופקיים, אשר מביאים לידי ביטוי את יחסיותה של הזכות. גם בהקשר של זכויות כלכליות-חברתיות פותחו כלים – במישור הבינלאומי ובמישור המדינתי – אשר מאפשרים לקבוע את היקפה של ההגנה האקטיבית של הזכות. שיקולים אלו, כגון, זמינותם של משאבים וכדומה, יבואו לידי ביטוי בשלב בדיקת היקף ההגנה במסגרת פסקת ההגבלה (על ההבחנה בין היקף הזכות לבין היקף ההגנה, ר': פרשנות חוקתית, עמ' 373).

98. אך **למרות יחסיותה**, ומבלי לקבוע מסמרות לגבי היקפה המדויק והמלא של חובה זו, ברור שאם לוקחים אותה ברצינות היא **חייבת לקבל תרגום מעשי לנקיטת צעדים אופרטיביים שיבטיחו את קיומה של הזכות** והיא אינה יכולה להתמצות בהצהרות ריקות מתוכן. כך למשל, כפי שהראנו בסקירה ההשוואתית לעיל, קבע בית המשפט בדרום אפריקה כי מימוש החובה הפוזיטיבית מחייב, בין היתר, הגנה אקטיבית באמצעות ייזום, תכנון, מימון, יישום ופיקוח על תכנית מתואמת וקוהרנטית למימוש הזכות.

IV.ב) הפגיעה בזכות

99. כאמור, חוק הבטחת הכנסה הוא המרכיב המרכזי בהבטחת הצרכים הבסיסיים הדרושים לקיום אנושי בכבוד. התיקון דנן הפחית באופן חד, גורף ומידי את רמת הגמלה להבטחת הכנסה. השאלה היא האם ההפחתה היא בגדר פגיעה בזכות לקיום אנושי בכבוד.

100. פגיעת התיקון בזכות לקיום אנושי בכבוד נבחנת על-ידי בחינת תוצאתה האובייקטיבית: האם יש לתיקון אפקט מצמצם לגבי הזכות שהיתה נתונה לפני דבר החקיקה (פרשנות חוקתית, עמ' 466). כפי שמציין אַטלן, פגיעה בזכות יכולה להיעשות במעשה או במחדל. הפרת חובת המדינה יכולה להיות במעשה חקיקה או בתוכנית מינהלית המבטלים זכויות קיימות, או שהוא יכול להיות במחדל, כגון הימנעות ממעקב אחר יישום הזכות והימנעות מפיתוח אינדיקטורים וכלים סטטיסטיים מתאימים (ר' אַטלן, עמ' 11). הכלים, שפותחו במשפט הבינלאומי, יכולים לסייע באיתור הפרה של החובה (ר' ס' 14 ו-15 להנחיות מאסטר־כט).

101. **בחינת התיקון מצביעה על פגיעה רב ממדית בזכות לקיום אנושי בכבוד:**

102. **ראשית**, התיקון מוריד את רמת הגמלה להבטחת הכנסה מתחת לרף שנקבע באופן רשמי כהכנסה המינימלית הדרושה לקיום על ידי ועדת ראש הממשלה ושמסקנותיה אומצו על-על-ידי הממשלה (ר' חלק II). להלן גובה ההכנסה המינימלית למשפחות עם ילדים, באחוזים מן

השכר הממוצע במשק, כפי שנקבע על ידי ועדת ראש הממשלה בהשוואה לגובה הבטחת הכנסה אחרי התיקון נשוא העתירה למי שקיבלו בעבר גמלה רגילה ולמצטרפים חדשים :

גודל המשפחה	סך המינימום שנקבע בוועדת ראש הממשלה	הבטחת הכנסה גמלה רגילה <u>לאחר התיקון</u>
זוג + ילד	33%	30%
זוג + 2 ילדים	40%	33%

מקורות: א. ועדת ראש הממשלה לילדים ובני נוער במצוקה, דו"ח הצוות להבטחת הכנסה, אוקטובר 1972, עמ' 13; ב. טור ב' לתוספת השניה בסעיף 17(13) לחוק ההסדרים.

יודגש: באותה שעה לא ננקטו צעדים ולא אומצו מכשירים אחרים, המספקים את הצרכים הבסיסיים בדרכים אחרות. נהפוך הוא, כאמור, מדינת ישראל נקטה שורה של שינויים מערכתיים - בנוסף על ההפחתה החדה בהבטחת הכנסה - השוחקים את מערך ההגנה של משפחות מעוטות הכנסות בישראל גם בתחומי הדיור, החינוך, הבריאות וכו'. משמעות הדבר היא, כי בפועל הירידה מתחת לסף ההכנסה המינימלית שנקבעה על ידי ועדת ראש הממשלה היא חריפה יותר מהקיצוץ בגמלת הבטחת הכנסה, שכן משפחות המקבלות הבטחת הכנסה משתמשות בחלק מהגמלה גם להוצאות שלא נלקחו בחשבון כאשר נקבעה הכנסה מינימלית זו. הפחתה חדה זו - בשעה שלא נעשה צעד משלים אחר וכאשר שאר הרשתות החברתיות נשחקות - מעידה בבירור על פגיעה בזכות. זאת במיוחד כאשר הדבר נעשה בהעדר כל קביעה מקצועית אחרת של ועדה ציבורית חדשה או בהעדר כל נתון אלטרנטיבי בדבר הגדרת הכנסת המינימום הדרושה לקיום אנושי בכבוד.

103. **שנית**, הכנסתם הכוללת של מקבלי הבטחת הכנסה - גם שלוקחים בחשבון רשתות חברתיות נוספות - נופלת באופן ניכר מרמת ההכנסה המינימלית העולה ממחקרים על בסיס של "סל מצרכים". בשל הקושי הרב הכרוך בקביעת הכנסה מינימלית לקיום, ננקוט בזהירות יתירה, וניקח בחשבון לצורך המחשת הטענה רק את המחקרים של הביטוח הלאומי ושל חוקרים מהלשכה המרכזית לסטטיסטיקה - שהם גורמים ממלכתיים העוסקים באופן שוטף וקבוע בתחומים אלו. הגם שמדד הביטוח הלאומי פורסם כמדד ניסיוני ומדד חוקרי הלמ"ס פורסם בשלב זה כטיוטה, הרי שלאור הדרך המנומקת והמבוססת שעל פיה נקבעו המדדים יכולים הם לשמש בידי בית המשפט כאמת מידה לקבלת סדרי גודל אשר לפגיעה בזכות. ויודגש אנו מציגים מדדים אלו מבלי שאנו מתייחסים אליהם כרף חוקתי אלא כאמת מידה בלבד.

על שיטת קביעת המדדים והביסוסים התיאורטיים והאמפיריים שלהם ר':

ט' קפלן וי' אלפנדרי "מדידת עוני בישראל" (ע/23 בטיעון המשלים מטעם העותרים); מ' סבג-אנדבלד ולאה אחדות "פיתוח מדד עוני ניסיוני מצד ההוצאות בישראל", מינהל המחקר והתכנון, המוסד לביטוח לאומי. ר' בקישור: http://btl.gov.il/pirsumim/mechkar_82.pdf

104. לשם המחשה, ניקח שתי משפחות: משפחה עם שני ילדים, שיש ברשותה דירה, הנקלעת כיום למצוקה כלכלית ונוקקת לרשת הביטחון החברתית ומשפחה דומה שאין ברשותה דירה. ההכנסות המובטחות למשפחות אלו הן הבטחת הכנסה, בגובה 2240 ₪ וקצבאות ילדים בגובה 240 ₪ - סה"כ 2480 ₪. המשפחה השניה - ללא הדיור - עשויה לקבל סיוע בשכ"ד בסך מקסימלי של 600 ₪ נוספים (אם תהיה בקרב ה- 30% מתוך 47% ממקבלי הבטחת הכנסה נטולי הדירה שמקבלם סיוע) - סה"כ 3080 ₪.

יובהר כי התחשיב מבוסס על כך שהכנסות אלו הן ההכנסות היחידות המובטחות למשפחה מעוטת אמצעים. הבטחת הכנסה ניתנת באופן שיטתי ומקיף יחסית למשפחות מעוטות אמצעים וקצבת הילדים ניתנת לכל המשפחות עם ילדים באופן אוניברסלי. אנו מציינים גם את הסיוע בדיור מאחר ומדובר בסכום בעל משמעות ומאחר שישנו בסיס להערכה מהם סיכויי קבלתו. אשר לחינוך ובריאות, תחשיב ההכנסה המינימלית הדרושה לוקח בחשבון כי שירותים אלו מסובסדים ולכן אין הם בבחינת תחליף רלוונטי להכנסה. אשר להטבות אחרות המוצגות פעמים רבות כתחליף להכנסה, אלו הטבות ספורדיות ובלתי שיטתיות שאין נתונים אמפיריים לגבי מידת המיצי שלהן וממילא עם ביטול רובן המכריע בתיקון דנן אין להן רלוונטיות או שהן זניחות.

להלן תוצאות ההשוואה:

(1) על פי מדד הביטוח הלאומי:

- ההכנסה המינימלית הדרושה למשפחה של זוג ושני ילדים שבעלותה דירה, היא 4540 ₪. כאמור, הכנסתה המובטחת של משפחה זו היא 2480 ₪ בלבד, כלומר 2060 ₪ מתחת למדד (54% מההכנסה שהוגדרה כמינימלית).

- ההכנסה המינימלית הדרושה למשפחה של זוג ושני ילדים שאין בבעלותה דירה, היא 5610 ₪. כאמור, אם המשפחה מקבלת סיוע בשכר דירה בשיעור המקסימלי, הכנסתה המובטחת היא 3080 ₪ בלבד, 2560 ₪ מתחת למדד (54% מההכנסה שהוגדרה כמינימלית); אם אין המשפחה מקבלת סיוע בשכר דירה, הכנסתה המובטחת היא 2480 ₪, 3130 ₪ מתחת למדד (44% מההכנסה שהוגדרה כמינימלית).

(2) על פי מדד חוקרי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה:

- ההכנסה המינימלית הדרושה למשפחה של זוג ושני ילדים שבעלותה דירה, היא 5288 ₪ (חושב על-פי הכנסה המינימלית למשפחה כזו פחות הוצאה לדיור). כאמור, הכנסתה המובטחת למשפחה כזו היא 2480 ₪ בלבד, כלומר 2808 ₪ מתחת למדד (47% מההכנסה שהוגדרה כמינימלית).

- ההכנסה המינימלית הדרושה למשפחה של זוג ושני ילדים שאין בבעלותה דירה, היא 6944 ₪. כאמור, אם המשפחה מקבלת סיוע בשכר דירה בשיעור המקסימלי, הכנסתה המובטחת היא 3080 ₪ בלבד, 3864 ₪ מתחת למדד (44% מההכנסה שהוגדרה כמינימלית); אם אין המשפחה מקבלת סיוע בשכר דירה, הכנסתה המובטחת היא 2480 ₪, 4464 ₪ מתחת למדד (36% מההכנסה שהוגדרה כמינימלית).

יודגש כי תמונה דומה עולה גם מהשוואת הכנסתם של מקבלי הבטחת הכנסה לקו העוני היחסי, כפי שפורטה בס' 101 לבג"צ 366/03 ובס' 20 - 24 לבג"צ 888/03. העותרים סבורים כי קו העוני הוא מדד רלוונטי וראוי, אולם לאור טענת המשיבים כי קו העוני אינו רלוונטי ביקשנו להראות כי תמונה דומה ואף קשה יותר עולה ממדדים המסתמכים על "סל מצרכים".

105. לפיכך, המסקנה – ולו הזהירה ביותר – העולה ממחקרים אלו היא שאנו **ודאי מצויים בתחום המינימום של הצרכים הבסיסיים**. לכן כל שינוי בתחום זה המוריד את הכנסת המינימום הוא בבחינת פגיעה בזכות לקיום אנושי בכבוד המחייבת את המדינה להצדיק אותה לאור פסקת ההגבלה.

106. **שלישית**, ישנה פגיעה בזכות בעצם העובדה שהתיקון נעשה שלא מתוך ראייה כוללת ומקיפה של האוכלוסיות הפגיעות ביותר מבחינה כלכלית וללא שימוש במדדים ואינדיקטורים בסיסיים הדרושים לקבלת החלטות בתחומים רגישים אלו. כפי שתואר לעיל, בשנים האחרונות התקבלו החלטות רבות – בתחום הבטחת הכנסה, דיור, קצבאות ילדים, בריאות וכו' - שיש להן השלכות משמעותיות על מערך ההגנה שמספקת המדינה למעוטי אמצעים ואשר נוגעות באופן ישיר ליכולתם של תושבי המדינה הסובלים ממחסור כלכלי לספק את הצרכים הבסיסיים הדרושים להם לקיום אנושי בכבוד. נקיטת צעדים אלו אינה מלווה בהצגת תמונה כוללת של השפעתם על המצב של אנשים החיים בעוני. ניכר כי צעדים אלו נעשים טלאי על טלאי ללא כל תוכנית כוללת וקוהרנטית. עמד על כך **ד"ר דניאל גוטליב**, **יועץ בכיר לנגיד בנק ישראל**, המתמחה בסוגייה זו :

"ממשלות ישראל השונות נאבקו בתוצאות העוני בעיקר באמצעות תשלומי העברה, אך עד כה לא נעשה מאמץ עקבי ומתמשך להתווית אסטרטגיה רב תחומית למאבק בעוני. אימוץ אסטרטגיה רציונלית כזו מחייב הגדרת מטרות מדיניות וגזירת יעדים אופרטיביים מן המטרות. על יעדים אלו להיות רשמיים ושקופים. האסטרטגיה חייבת לכלול קביעת אחריות מיניסטרטוריאלית ברורה לקידום יעדים אלה, תוך מתן כלים מתאימים. על המדיניות להיות שקופה, כך שיתאפשר מעקב אחר ביצוע המדיניות. גיבוש יעדים כמותיים יוצר מחויבות ממשלתית להשגתו ומהווה קנה מידה חשוב להערכת ההצלחה של אמצעי המדיניות שננקטו" (ההדגשה הוספה).

ד' גוטליב, "עקרונות למדיניות למאבק בעוני" (2003).

ר' גם: ד' גוטליב ונ' קסיר "העוני בישראל ואסטרטגיה מוצעת לצמצומו" (2004), המופיע

באתר: <http://www.bankisrael.gov.il/>

107. יתירה מזאת, המדינה נמנעת מיצירה או מאימוץ של כל אמת מידה שתאפשר לבחון את מצבה של האוכלוסייה הפגיעה מבחינה כלכלית. מדיניות זו של הימנעות עולה בבירור מתשובות המשיבים לעתירה זו. **בתשובתם לעתירות שללו המשיבים את הרלוונטיות של קו העוני או של כל מדד אחר מבלי להציב ולו מדד אחד שהוא לדעת המשיבים אמת מידה**

לקבלת החלטות לגבי אוכלוסיות פגיעות מבחינה כלכלית. העותרים סבורים כי המדינה, כקובעת המדיניות, אינה רשאית להסתפק בעמדה ביקורתית כלפי מדדים מבלי לפרט מהו המדד או המדדים הראויים לשיטתה ומבלי שהיא מסתמכת בפועל על מדדים אובייקטיביים בקביעת מדיניותה. חריגותה של הימנעות זו עולה באופן בולט מהבחינה ההשוואתית, המלמדת כי מדינות בעולם המערבי עושות שימוש במדדים של (Minimum Income) MIS Standard) לקביעת מדיניותם הנוגעת לאוכלוסיות פגיעות מבחינה כלכלית, והאיחוד האירופי אף חייב שימוש בכלים אלו (ר' חוות דעתו של ד"ר ג'וני גל, ע' 22 בטיעון המשלים מטעם העותרים).

יודגש כי ה"עוגנים" שמציגים המשיבים ודאי אינם מדד כזה ונראה כי המשיבים אף לא מתיימרים להציגם ככאלה. לבסיסם הרעוע של "עוגנים" אלו נתייחס בהמשך, וממילא הם לא עמדו בפני מקבלי החלטות במהלך החקיקה וכפי שנראה בהמשך ניכר בהם שהוכנו לאחר מעשה.

108. לפיכך, היעדרה של תוכנית קוהרנטית ומקיפה להתמודדות עם מצבם של אנשים החיים בעוני, במיוחד לאור ההימנעות מיצירת אינדיקטורים וכלים סטטיסטיים רשמיים אשר ישמשו כבסיס לקביעתה של מדיניות – היא כשלעצמה בבחינת פגיעה בזכות. זאת, הן משום שזו הפרת החובה לנקוט אמצעים למימוש הזכות באופן אפקטיבי (ראו לעיל פסיקת בית המשפט החוקתי בדרום-אפריקה בחלק III.d), והן בשל הפרת החובה ליצור כלים סטטיסטיים לניטור מימוש הזכות (ר' ס' 15 להנחיות מאסטרִיכט, שהובא בס' 34 לטיעון המשלים מטעם העותרים; ר' גם אטלן, עמ' 11).

109. כל אחת מהפגיעות שתוארו לעיל די בה כשלעצמה בכדי להוכיח כי הזכות לקיום אנושי בכבוד נפגעה בתיקון דנן. אולם, התמונה המצטיירת מהפגיעה הרב ממדית בזכות לקיום אנושי בכבוד היא קשה ביותר. בחינת הפרטים, מבלי להסתפק באמירות כוללניות, מעידה על כשלים ממשיים בדרך שבה מתקבלות החלטות בכל הנוגע למציאות חייהן של האוכלוסיות הפגיעות ביותר מבחינה כלכלית בישראל. בחינת הפרטים מעלה תמונה עגומה של כשלונו של מערך ההגנה החברתי לספק את הצרכים הבסיסיים, הדרושים לקיום אנושי בכבוד של המשפחות מעוטות האמצעים לאחר השינויים מרחיקי הלכת שעבר בשנים האחרונות.

(ג. IV) נטל ההוכחה

110. בהוכחת הפגיעה בזכות, שפורטה לעיל, עמדו העותרים בנטל המוטל עליהם לבסס את הטענה בדבר פגיעת התיקון בזכות החוקתית לקיום אנושי בכבוד, או לכל הפחות לעורר ספק מהותי באשר לחוקתיות התיקון. משהורם נטל זה, עובר נטל הראיה בשאלת הפגיעה החוקתית אל כתפי המשיבים. יפים לעניין זה דבריו של השופט זמיר בבג"ץ 6055/95, צמח נ' שר הבטחון פ"ד נג(5) 241, 268, שהובאו בס' 51 לעיקרי הטיעון מטעם העותרים לצו-על-תנאי הראשון; כן ר' עמדת הנשיא ברק, לפיה כל פגיעה בזכות היסוד צריכה להעביר את הבחינה

לשלב השני של הבחינה החוקתית – שלב פסקת ההגבלה והמידתיות (אלא אם הפגיעה היא DE MINIMIS) (בנק המזרחי, ס' 87 לפסק דינו; פרשנות חוקתית, עמ' 469).

111. יתר על כן, כפי שפירטו כבר העותרים יש בסיס להעביר את נטל ההוכחה הראשוני אשר לפגיעה בזכות החוקתית אל כתפי המשיבים, כלומר לקבוע, כי על המשיבים מוטל מלכתחילה להוכיח, כי התיקון אינו פוגע בזכות החוקתית לקיום אנושי בכבוד (ס' 51 – 59 לטיעון המשלים מטעם העותרים). נטל ההוכחה הראשוני המוטל על המדינה יכול גם להילמד מהחזקה שאומצה במשפט הבינלאומי לפיה חקיקה המפחיתה מזכויות קיימות מטילה חובה על המדינה להצדיק את הפחתה, ולמעשה משמעותה כי נטל ההוכחה להצדקת הפחתה של זכויות עובר עם הפחתה לכתפי המדינה (ר' אטלן, עמ' 7, 13).

(V) פסקת ההגבלה – האם הפגיעה בזכות לקיום אנושי בכבוד

היא כדין?

112. נעבור עתה להראות כי לא רק שהתיקון פגע בזכות החוקתית לקיום אנושי בכבוד, אלא שהוא עשה כן בעוצמה יתירה שאינה עומדת בדרישות פסקת ההגבלה. כאמור נטל ההוכחה בשלב זה מוטל על המשיבים. העותרים ימקדו את טיעוניהם בחוסר המידתיות ולא יעסקו בשאר המרכיבים של פסקת ההגבלה. לאחר שנציג את הסיבות להיעדר הסבירות והמידתיות של התיקון נתייחס לטענות המשיבים המנסות להצדיק את התיקון אחת לאחת.

(א. V) היעדר הסבירות והיעדר המידתיות בפגיעה בקיום האנושי

113. **דאשית**, התיקון בלתי מידתי מאחר שהוא מפחית בצורה חדה ומיידית את הגמלה להבטחת הכנסה לרבבות משפחות מעוטות הכנסה שעוד טרם התיקון חיו בתחום המינימום. מהתיאור של הגמלה להבטחת הכנסה על ידי המשיבים ניתן אולי לקבל את הרושם שמקבלי הבטחת הכנסה בישראל חיו בנוחות רבה, אך הנתונים, כפי שהוצגו לעיל, מלמדים שעוד טרם הקיצוץ החד חיו מקבלי הבטחת הכנסה בדוחק רב (ר' פרק II.ב). המלצות ועדת ראש הממשלה ואף המדדים של הביטוח הלאומי ושל הלמ"ס מראים כי כאשר פורטים לפרוטות את ההכנסה שהיתה למקבלי הבטחת הכנסה טרם התיקון היא היתה במובהק בתחום המינימום. על כן, הפחתה חדה ומיידית - של עד 33% מהגמלה ובסכומים של מאות שקלים - למשפחות מעוטות אמצעים היא בבחינת צעד בלתי מידתי (ר' במיוחד היחס בין ההכנסה המובטחת של מקבלי הבטחת הכנסה לאחר התיקון לבין המדדים להכנסה מינימלית – חלק VI.ב).

114. התיקון שינה בברוטליות את מציאות חייהן של המשפחות הפגיעות ביותר מבחינה כלכלית במדינת ישראל – עשרות אלפי משפחות של עולים, משפחות חד הוריות, ומשפחות החיות ב**פריפריה**. באחת, הטיל עליהן התיקון משא כבד מנשוא - לדאוג לסיפוק הצרכים הבסיסיים כשבידם סכום נמוך לאין שיעור. ספק רב אם רבים מהם יצליחו לעמוד בו. עיון

בסל הצריכה של מקבלי הבטחת הכנסה טרם התיקון מראה כי הויתור שיאלצו לעשות אינו על מותרות אלא על הצרכים הבסיסיים ביותר (ר' ס' 48 לטיעון המשלים מטעם העותרים). משפחות אלו יתקשו עוד יותר ברכישתם של מוצרים ושירותים בסיסיים עבורם ועבור ילדיהם. עבור רבות מהן המשמעות עשויה להיות נפילה אל תהום המצוקה והתדרדרות לשולי החברה (ראו גם חוות דעתה של גב' פרץ, בג"צ 366/03 ע"פ 3, עמ' 2).

115. בעיקר בולטים חוסר הזהירות, הריסון והמתנינות המתחייבים מהטיפול בנושא הרגיש כל כך של הקיום האנושי. זהו נושא שהוא בגדר דיני נפשות ממש ולא בכדי הוא מצוי בתחום החוקתי. טעות בקיצוץ או בשלילה של הגמלה למשפחות שאין להן אמצעים אחרים לספק את הצרכים הבסיסיים עלולה להיות הרת אסון. הנחות לא נכונות בדבר היכולת של אוכלוסיות מסוימות להשתלב בעבודה או בדבר הסכום הדרוש לשם קיום אנושי בכבוד תעמיד אותן אל מול שוקת שבורה. זאת במיוחד כאשר המדינה למעשה מודה כי לא היו בפניה נתונים על גובה הגמלאות הדרוש לסיפוק הצרכים החיוניים וכי למעשה התיקון נעשה על דרך של ניסוג וטעייה. במקום הריסון והמתנינות המתבקשים בנסיבות אלו התיקון נעשה בחיפזון, באופן חד, והוחל בצורה מיידי. הוא טיפל בסכין קצבים בתחום הזקוק לטיפול של איזמל מנתחים.

116. היעדר המידתיות שבקיצוץ החד ברורה מניה וביה לכל בעל שכל ישר וניסיון חיים שענינו בראשו הרואה את סכומי הגמלאות לאחר התיקון. מבינים זאת כלכלנים בכירים, וביניהם בכירים לשעבר במשרד האוצר, המכירים היטב את המדיניות הכלכלית ואת תקציב המדינה. כך למשל, פרופ' אבי בן-בסט, מנכ"ל משרד האוצר לשעבר, התבטא כי "הקיצוץ בתשלומי העברה, על אף שבחלקו הוא מתבקש, היה בעוצמה יתרה וחד מדי" (ההדגשה הוספה) (ר': "ערב עיון: תקציב המדינה והמדיניות הכלכלית לשנת 2003" המכון למחקר כלכלי ע"ש פאלק, האוניברסיטה העברית, 11.12.2002. ע"פ 12-1 בבג"צ 366/03). ור' גם דבריהם של גב' ציפי גל-ים, לשעבר ראש אגף הכלכלה והממונה על הכנסות המדינה במשרד האוצר וד"ר מומי דהן, מבית הספר למדיניות ציבורית באוניברסיטה העברית, ולשעבר ממשרד האוצר, בדבר הפגיעה החדה מדי במרקם החיים של השכבות החלשות והסכנה כי ינותקו מהזרם של החברה (לעיל חלק II.ג). ר' גם חוות דעתו של הכלכלן פרופ' אריה ארנון (ע"פ 2 בבג"צ 366/03).

ור' גם הסקירה השנתית 2002 – 2003 של הביטוח הלאומי: "ההפחתה בגמלה להבטחת הכנסה היתה ... בממדים בלתי סבירים בעליל, שנקבו ככברה את רשת הביטחון הסוציאלי למשפחות במצוקה כלכלית ושסיכנו באופן ממש את יכולת הקיום שלהן" (עמ' 149).

117. שנית, התיקון הוא בלתי מידתי משום שהוא נעשה ללא תשתית עובדתית חיונית וכתוצאה מכך לא נשקלו שיקולים רלוונטיים מרכזיים. הצורך בקיומה של תשתית עובדתית בבסיס קבלת החלטות בכלל ובבסיס קבלת החלטות מדיניות, שלהן השלכות מרחיקות לכת ומשמעויות חוקתיות בפרט, הוא יסוד בשיטתנו המשפטית (בג"פ 297/82 ברגר ואח' נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 49). תשתית עובדתית היא חשובה במיוחד בתחום החוקתי. כדי לתת משמעות אמיתית לקיומה של זכות חוקתית על גורמי השלטון חלה החובה לדעת מהן השפעותיו של דבר חקיקה על זכויות אדם מוגנות. כדבריו של השופט דב לוין בפרשת בנק המזרחי:

”המגמה שצריכה להנחות אותנו בשאיפה לקיים את זכויות היסוד המוגנות שבחוקה המתגבשת, היא להקפיד על כך שבבוא המחוקק לחוקק חוק רגיל, יראה לנגד עיניו תמיד את זכויות היסוד המוגנות; ימנע ככל האפשר וככל המתחייב מלפגוע בהן, ואם נדרש הדבר לעשות את המאמץ הראוי שהפגיעה תעמוד בתנאי סעיף ההגבלה, בין היתר בכך שלא תעלה במידתה על הנדרש.

חקיקה כזו מחייבת בטבע הדברים בחינה קפדנית של החלופות השונות האפשריות להשגת התכלית שצריכה להיות ראויה. לכן, עד שהמחוקק אומר את דברו, צריכה להיות מונחת בפניו תשתית עובדתית פרי מחקר ועיון של מומחים לדבר. על בסיס כזה יוכל לגבש לעצמו עמדה התואמת את ההוראה החוקתית ולנסח את החוק בהתאם.”

ע”א 6281/93 בנק המזרחי המאוחד בע”מ נ’ מגדל כפר שיתופי, פ”ד מט(4) 221, 461 (ההדגשה הוספה).

118. בית המשפט הפדרלי לערעורים בארה”ב, בהתייחסו לפגיעה בזכויות המעוגנות בתיקון הראשון לחוקה, קובע מפורשות כי המדינה חייבת לתמוך את צעדיה בתשתית עובדתית:

“When trenching on first amendment interests, even incidentally, the government must be able to adduce either empirical support or at least sound reasoning on behalf of its measures. As in Quincy Cable TV, we reluctantly conclude that the FCC has not done so in this case, but instead has failed to ‘put itself in a position to know’ whether the problem that its regulations seek to solve ‘is a real or fanciful threat’... Accordingly, we have no choice but to strike [it] down.”

(ההדגשה הוספה) *Century Communications Corp v. FCC*, 835 F.2d 292 (DC. Cir. 1987)

על הצורך בתשתית עובדתית בחקיקה ראו גם:

Harold J. Krent, *Turning Congress into an Agency: The Propriety of Requiring Legislative Findings*, 46 Case W. Res. L Rev 731 (1996)

119. בספרו פרשנות במשפט מתייחס פרופ’ אהרן ברק לנטל ההוכחה בשלב השני. הדברים יפים גם לענייננו בהקשר של חשיבותה של התשתית העובדתית:

”עובדות חברתיות רבות מבוססות לעיתים על מחקרים כלכליים, סוציאליים, פסיכולוגיים וסוציולוגיים. כיצד ניתן להרים את נטל ההוכחה ביחס לעובדות חברתיות כאלה? התשובה הינה, כי ניתן להציג בפני בית המשפט את המחקרים השונים, אם באמצעות עד מומחה ואם בדרך אחרת (...) מן הראוי להציג בפני בית המשפט תמונה עובדתית מקיפה באשר לבסיס העובדתי שעליו מושתתת החקיקה ובאשר להשלכותיה.

הנטל בעניין זה מוטל על הטוען לחוקתיות החוק" (ההדגשה הוספה)
(פרשנות חוקתית, עמ' 478-480).

120. המשיבים מצביעים אמנם על שלל נתונים - חלקם, אגב, בפעם הראשונה ומבלי שהם עמדו אל מול עיני המחוקק - אך אין הם מצביעים על הנתונים הרלוונטיים לשם בחינת ההשלכות של החקיקה על הזכות החוקתית לקיום אנושי בכבוד. עמד על כך בית המשפט בדיון שהתקיים ביום 5.1.2004 באומרו למשיבים כי הנתונים שהציגו בפני בית המשפט (ועליהם חזרו בתצהיר התשובה) אינם מאפשרים לו לקיים ביקורת שיפוטית, שכן אין הם נוגעים לשאלה החוקתית. השיקולים והנתונים שמציגים המשיבים – אליהם נתייחס בפרוט בהמשך – יכולים לכל היותר להסביר מדוע היה מקום לקיצוץ, אך הם אינם יכולים להסביר כיצד נקבע הגובה החדש של הגמלה ומדוע לא ניתן היה לקצץ באופן פחות חד ומידי.

121. ניכר כי המשיבים לא נהגו כמי שפועלים בתחום הזכויות החוקתיות. הדבר עולה אף מ"הקווים המנחים" שעמדו בבסיס התיקון המוצגים בתצהיר התשובה, שבהם לא מופיע השיקול בדבר הבטחת גמלה המאפשרת סיפוק הצרכים הדרושים לקיום אנושי בכבוד אף לא כאחד הקווים המנחים. כך, העניין שהיה אמור להיות במוקד הדיון – ביצוע התיקון מבלי שהוא פוגע בזכות לקיום אנושי בכבוד – לא עמד כלל על הפרק.

לכן, אין זה מפתיע כי לא הוצגה תשתית עובדתית וממילא גם לא נשקלה השפעת התיקון על יכולתן של המשפחות המקבלות הבטחת הכנסה לקיים את צורכיהן הבסיסיים הדרושים למחיה בכבוד אנושי בגובה החדש של הגמלה. כך למשל, לא נבחנה השאלה האם משפחה של זוג עם שני ילדים אכן יכולה להתקיים מהבטחת הכנסה בגובה 2240 ₪ (גם אם לוקחים בחשבון רשתות נוספות – ראו הדוגמא בחלק IV.ב); לא נבחנו השפעות התיקון על הילדים החיים במשפחות המקבלות הבטחת הכנסה; לא נבחנה ההשפעה של שחיקת שאר מערכות התמיכה – בדיור, ילדים, בריאות וכו' – על גובה הבטחת הכנסה; לא נבחנו הנחות היסוד של התוכנית - האם אכן יוכלו אנשים וכמה מהם להיקלט בשוק העבודה? ועוד (ר' חלק II.ה).

122. התיקון הוצג ככזה הבא לקדם אינטרסים שונים במסגרת של "תוכנית כלכלית", אך הוא נעשה באופן תלוש ממבט כולל על מצבן של האוכלוסיות הפגיעות מבחינה כלכלית בישראל, על הגיוון והקשיים המורכבים בפניהם הן ניצבות. כפי שמציין ד"ר דניאל גוטליב, כל המדיניות של הטיפול בעוני בישראל נקבעת ללא תוכנית כוללת (ר' חלק IV.ב). צעדים נקטים ללא תפיסה מקיפה ורב-מימדית של מציאות חייהם של אנשים החיים בעוני. בתחום כה רגיש זה, שחשיבותו נוגעת בשורשי הסדר החברתי, חסרים אפילו הכלים הבסיסיים ביותר של מדדים ואינדיקטורים אשר יאפשרו לבצע הערכת מצב ולקבל החלטות בצורה מושכלת וכדי לבחון את האפקטיביות של יישום ההחלטות. וכאמור, לא שמדדים כאלו אינם בנמצא, אלא שהמדינה נמנעת מלאמץ ולו אחד מהם ככלי עזר רשמי בקביעת מדיניותה - בניגוד מוחלט למקובל בעולם. בהיעדר תוכנית ובהיעדר מדדים מאליו מובן כי אין כל שקיפות ואחריות ציבורית (accountability) בתחום זה. זה מצב בלתי סביר לחלוטין.

123. אם כן, השינויים מרחיקי הלכת שבוצעו בתחום הבטחת הכנסה של משפחות מעוטות הכנסה בישראל נעשו בחלל ריק של מידע, מבלי שנעשו "שיעורי בית" הבסיסיים ביותר

הקשורים להשפעות התיקון על הזכות החוקתית ועל מציאות חייהן של אלפי משפחות המתדרדרות למחסור ומצוקה. השינויים מרחיקי הלכת נעשו טלאי על טלאי מבלי לקחת בחשבון את האיזונים הפנימיים שיש לקיים בין תחומים אלו ומבלי שנעשה שימוש בכלים סבירים להערכת מספיקותן של הגמלאות לאחר הקיצוץ לסיפוק הצרכים הבסיסיים. עקרונות ברורים שנקבעו בוועדת ראש הממשלה נפרצו במישורים רבים, והמדינה נמנעת מלהציב תחתיהם עקרונות חדשים ולקבוע אבני דרך ומדדים לעיצוב מערך ההגנה החברתית על האוכלוסיות הפגיעות ביותר מבחינה כלכלית בישראל.

124. **שלישית**, התיקון הוא בלתי מידתי בשל היותו גורף ובשל התייחסותו לאוכלוסייה המגוונת של מקבלי הבטחת הכנסה כאל מקשה אחת. כרשת ביטחון אחרונה הגמלה להבטחת הכנסה מנקזת לתוכה משפחות שהסיבות לנזקקותן שונות. התיקון, לעומת זאת, אדיש לנסיבות ההזדקקות להבטחת הכנסה. הוא קובע דין אחד לכולם. הוא אינו מבחין בין אנשים שיש להם פוטנציאל תעסוקה לבין אלו החסרים אותו בשל מוגבלות פיזית או נפשית או מפאת גילם שמקטין מאוד את סיכויי השתלבותם בשוק העבודה. הוא אינו מבחין בין עולים שאך זה הגיעו לארץ לבין וותיקים. הוא גם אינו מבחין בנסיבות אחרות של הזדקקות לרשת הביטחון הסוציאלית פרט לסוגיית הגיל, וגם אז רק מגיל 55 ואילך. כך למשל, התיקון שולל או מפחית את הגמלה - ללא אבחנה - לעובדים במפעלים מוגנים המשתכרים שכן נמוך ומקבלים השלמת הכנסה; לדרי רחוב ולנרקומנים ואלכוהוליסטים בשיקום; למוגבלים בבריאותם, שמוגבלותם אינה מגיעה לכדי זכאות לגמלת נכות; לנשים בהריון ועוד. כפי שמציינת גב' לאה אחדות, סמנכ"ל מחקר ותכנון בביטוח הלאומי:

"מדיניות האוצר לפגוע ברמת הגמלה או ברמת ההטבות הנלוות לכלל מקבלי הגמלה ללא הבחנה בין מקבלי גמלה עם פוטנציאל לתעסוקה לבין אלו החסרים פוטנציאל זה וללא הבחנה בנסיבות אחרות של הזקקות למערכת התמיכות, עלולה להיות כרוכה במחיר של פגיעה במשפחות שהפתרון היחיד למצוקתם הכלכלית היא הגמלה להבטחת הכנסה" (ההדגשה הוספה) (ע/16, בבג"צ 366/03).

ר' גם: ד' גוטליב ונ' קסיר "העוני בישראל ואסטרטגיה מוצעת לצמצומו" (2004), עמ' 26.

125. הגורפות של התיקון בולטת במיוחד בכך שהוא מתעלם מנסיבות אובייקטיביות שעשויות למנוע או להקשות מאוד על השתלבות בעבודה. ההנחה המצויה בבסיס התיקון והבאה לידי ביטוי בטיעון, כי הקיצוץ יביא לשילובם של מקבלי הבטחת הכנסה במעגל העבודה, היא שלכל מקבלי הבטחת הכנסה עומדת חלופה זמינה של השתלבות בשוק העבודה. לפי הלך מחשבה זה, כשיופחתו הגמלאות באופן חד יבחרו מקבלי הבטחת הכנסה לעזוב את ה"נחות המפנקת" של גמלת הבטחת הכנסה וישתלבו בעבודות המחכות להן. הנחה כוללת - שלא לומר סטריאוטיפית זו - היא נטולת ביסוס, והנתונים אף מוכיחים כי ההפך הוא הנכון.

126. מושכלת יסוד היא שההזדמנויות התעסוקתיות העומדות בפני העובדים ברובד הנמוך יחסית של שוק העבודה הן מלכתחילה מצומצמות. מגמות של הפיכת שוק העבודה הישראלי לטכנולוגי יותר וסגירתן של תעשיות מסורתיות רבות - במיוחד בפרפריה - פלטה עובדים

רבים עם מיומנויות נמוכות לאבטלה. במיוחד קשה מצבם של בני 40+, שעוד כוחם במוותניהם אך שוק העבודה חסום בפניהם הן בשל גילם והן בשל כישוריהם הנמוכים או הבלתי מעודכנים (ר' דברי ההסבר להצעת התוספת לבני 46 ומעלה שנבעה מהקשיים של אנשים אלו להשתלב בשוק העבודה, המובאים בהמשך בחלק VI.ב).

עובדים ברובד הנמוך יחסית הם גם הראשונים להיפגע מהמיתון הכלכלי הקשה. רובם המכריע של אלו מבין מקבלי הבטחת הכנסה שיש להם פוטנציאל תעסוקה שייכים לרובד זה של שוק העבודה. ואכן, המיתון הכלכלי שנמשך עבור אוכלוסייה זו כבר משנת 1996, ואשר החריף בסוף שנת 2000, המשיך גם לאחר שהתיקון נכנס לתוקף. כאמור, נתוני **בנק ישראל** מראים בבירור כי גם בשנת 2003 בעלי כישורי עבודה נמוכים יחסית נתקלו בקשיים מרובים במציאת תעסוקה וכי שיעור האבטלה של בעלי השכלה נמוכה אף האמיר (ר' חלק IV.ב). זאת, למרות הקיצוץ החד שאמור היה להגדיל את "כדאיות העבודה" ולאחר צעדי ה"רפורמה בשוק העבודה" עליהם הוכרז. מן הראוי גם להדגיש, כי הנתונים מראים כי במקומות שהתפנו בבניין עקב צמצום מספר מהגרי העבודה אכן השתלבו עובדים ישראלים (אגב, עוד בטרם כניסת התיקון לתוקף). משמע, כאשר עבודה ישנה בנמצא עובדים ברובד הנמוך יחסית משתלבים בעבודה. אלא, שבסך הכל גם אחרי השתלבות זו הרוב המכריע ממקבלי הבטחת הכנסה סובל מקשיים אובייקטיביים בהשתלבות בעבודה.

127. **על כן, ההנחה כי בפני כל מקבלי הגמלה עומדת חלופה זמינה של השתלבות בעבודה אינה מציאותית והתוצאה בפועל איננה משפחות העוברות מקבלת גמלה לחיי עבודה, אלא משפחות רבות הנותרות ללא עבודה וללא רשת ביטחון סבירה והנאלצות לחיות מגמלה שאינה מאפשרת קיום בכבוד אנושי.** אין בכך כדי לטעון כי אין בין מקבלי הבטחת הכנסה כאלו שאינם ממצים את מאמצייהם להשתלבות בעבודה. אך אלה אינם יכולים להיות המודל שעל בסיסו מתקבלת המדיניות לגבי כלל מקבלי גמלת הבטחת הכנסה. זאת במיוחד כאשר הנתונים מלמדים על מציאות אובייקטיבית המקשה מאוד על השתלבותם בעבודה וכאשר כפי שנפרט בהמשך – תנאי לקבלת הגמלה הוא מבחן תעסוקה השולל לחלוטין את הגמלה למי שמסרב לעבודה. מדיניות של "סגירת ברז קולקטיבית" יכולה להיות יעילה מאוד בגילוי אותם אנשים שאינם ממצים את מאמצייהם, אך זוהי שיטה אכזרית ובלתי סבירה בעליל להשגת תכלית זו.

128. הקשיים האובייקטיביים העומדים בפני השתלבותם בעבודה של מקבלי הבטחת הכנסה, לפחות בטווח הקצר, אינם בגדר הפתעה. ברור היה מלכתחילה, כי גם אם הרפורמה תצליח היא תיתן את אותותיה רק בחלוף מספר שנים בעוד שקיצוץ הוא מיידי. יתר על כן, ממילא רפורמות אלו, לא תסייענה לכל זכאי הבטחת הכנסה שגמלתם הופחתה. לרוב מדובר בעבודות פיזיות וגופניות שממילא מוגבלים בבריאותם או מבוגרים לא יהיו מסוגלים להשתלב בהן. גם תוכנית ויסקונסין ("מהבטחת הכנסה להכנסה בטוחה"), המאוזכרת בתצהיר התשובה של המשיבים, אמורה להיות מופעלת, לכל המוקדם, במאי 2005 וגם אז במסגרת של התנסות ל-14 אלף משפחות. כך שבתוכנית זו אין כדי לתת מענה בטווח הקצר וגם סיכויי הצלחתה בטווח הארוך במשק שחסרים בו מקומות עבודה שנויים במחלוקת ובכל מקרה ניתן יהיה להעריכם רק בשנת 2006.

129. על כן, הפחתה מיידי של גמלאות הבטחת הכנסה, המתעלמת מכך שלפחות בטווח הקצר חלק מכריע מאלו שגמלתם הופחתה לא יצליחו להשתלב הינה בלתי מידתית. המשיבים אינם יכולים להציג תוכניות עתידיות, שהצלחתן ותוצאותיהן ייבחנו רק בעתיד, כהצדקה לצעד שננקט באופן מיידי. לשם בחינת המידתיות של התיקון יש לבחון את מצב הדברים בעת חקיקתו ויישומו ולא במצב דברים היפותטי בעתיד. עמדה על כך הערכאה העליונה של מדינת ניו-יורק:

“We are, of course, bound to decide this case on the record before us and cannot conjecture about the possible effect of pending reforms, at least when determining whether, on the evidence gathered over four years and presented during the seven-month trial, a constitutional violation exists” (Fiscal, p. 45).

130. דביעית, התיקון אינו מידתי מאחר שהוחל בעיתוי של תקופה כלכלית קשה, שבה רשת הביטחון החברתית דרושה ביותר. הסרת רשת הביטחון דווקא בתקופה זו משולה לסגירת בית חולים בדיוק כשפורצת מגיפה. היא אומרת: יש לתושבי ישראל מערך הגנה חברתי כל עוד אינם זקוקים לו. כאשר הם זקוקים לו ניתן להסיג את מערך ההגנה אחורנית.

131. חמישית, התיקון הוא בלתי מידתי מאחר שנחקק במסגרת של חוק ההסדרים, אשר מטבעו אינו מתאים לחקיקה שיש לה השלכות משמעותיות על זכויות אדם. ניכר כי מה שאיפשר את קבלת התיקון ללא הצגת הנתונים וללא דיון בהשלכותיו הוא השימוש בשיטה של חוק ההסדרים. גם אם יש מי שסבורים כי חוק ההסדרים עומד בתנאים הפורמליים של דבר חקיקה, ברור כי הוא פגום מבחינה מהותית לטיפול בתחום של זכויות יסוד. הדיון בעשרות נושאים הרי גורל נערך בשעות ספורות בלבד, ללא אפשרות אמיתית להבין לעומק את המשמעויות של החקיקה; ללא אפשרות לבחון חלופות אחרות; בוועדת הכספים ולא בוועדת המקצועית - והכל תחת מכבש הלחצים של אישור התקציב והשוט של האיום בנפילת הממשלה.

132. השאלה אותה יש לשאול היא האם השיטה של חוק ההסדרים על פגמיה הגנטיים יכולה לשמש לחקיקה המשפיעה באופן משמעותי על זכויות יסוד. התשובה על כך היא שלילית: חוק ההסדרים באופן מובנה אינו מאפשר את סוג הרצינות ואת סוג שיקול הדעת הדרוש לדיון שיש לו השלכות על זכויות יסוד. על סוג הלך רוח זה ניתן ללמוד מדבריו של פרופ' ברק, המציין: "חוק ... הוא חוקתי רק אם יוכח שהתכלית שלשמה נועד היא ראויה, וכי ההסדרים שבו - על אף פגיעתם בזכות אדם - אינם פוגעים בה במידה העולה על הנדרש. לשם כך יש לשטוח בפני בית המשפט את האלטרנטיבות החקיקתיות השונות, את מעלותיהן ואת חסרונותיהן" (פרשנות חוקתית, עמ' 479).

133. יתר על כן, מבחינת המדרג הנורמטיבי חוק ההסדרים אינו יכול לשמש לקבלת תיקון משמעותי בחוק הבטחת הכנסה. חוק ההסדרים - בשל אופן חקיקתו ובשל כריכתו בחוק התקציב - הוא חוק בעל מעמד נורמטיבי נחות (ר' דברי השופט זמיר על חוק התקציב בבג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג (5) 337, ס' 14 לפסק-דינו). על כן,

לא ניתן במסגרתו לתקן את חוק הבטחת הכנסה, שהוא בפועל הכלי המרכזי בו מוגשמת הזכות לקיום אנושי בכבוד ואשר מבחינה נורמטיבית מסתופף תחת חוקי-היסוד – ר' ביתר הרחבה בעתירה 366/03, ס' 112 - 122.

(VI) התייחסות לטענות המשיבים

VI.א) טיעון "מלכודת העוני"

134. הטיעון המרכזי של המשיבים – העובר כחוט השני הן בהצגת התיקון בפני הממשלה והכנסת והן בתשובות מטעם המשיבים לבית המשפט – הוא טיעון "מלכודת העוני". על פי הטיעון, מקבלי הבטחת הכנסה מעדיפים להמשיך לקבל גמלאות ולא להשתלב בעבודה מאחר שגובה הגמלה וההטבות הנלוות לה מציבות אותם במצב טוב יותר מאשר אם היו משתכרים מעבודה. טיעון זה מושמע פעמים רבות כ"טיעון קסם" להסבר כל התופעות הקשורות למקבלי הבטחת הכנסה. אלא, שמבחינת השאלה החוקתית העומדת בפנינו הרלוונטיות של טיעון זה היא מוגבלת מאוד. נסביר:

135. **ראשית**, טיעון מלכודת העוני מתעלם מכך כי מבחן תעסוקה הוא תנאי לקבלת הגמלה למי שכשיר – ולו מינימלית – לעבודה. אם מי ממקבלי הבטחת הכנסה מסרב לכל עבודה המוצעת לו, כל עוד היא תואמת את מצבו הבריאותי וללא קשר לגילו ולהשכלתו, הרי שהגמלה להבטחת הכנסה נשללת ממנו וממשפחתו. מנגנון מבחן התעסוקה הוא מנגנון המקובל בכל מדינות העולם. יתרונו בכך שמצד אחד הוא מונע זכאות ממי שמסרב להתפרנס בכוחות עצמו אך מצד שני הוא אינו מניח א-פריורי כי לכל מי שמקבל הבטחת הכנסה יש משרה זמינה שממנה הוא יכול להתפרנס. מבחן התעסוקה מעמיד במבחן אינדיווידואלי כל מקבל הבטחת הכנסה ורק אם יש עבורו מקום עבודה והוא מסרב לו הוא שולל את הגמלה לאותו מקבל גמלה ומשפחתו. **מנגנון מבחן התעסוקה יוצר את האיזון הראוי בין השמירה על קיום אנושי בכבוד גם למי שיש לו כושר עבודה והוא מחוסר תעסוקה לבין החשש מניצול לרעה של הגמלה והעדפתה על פני עבודה.**

המשיבים, לא רק שהם מתעלמים לחלוטין ממבחן התעסוקה בהציגם את טיעון מלכודת העוני, אלא שגישתם מבוססת על ההנחה הפשטנית כי לכל מי שמקבל הבטחת הכנסה עומדת חלופה זמינה של השתלבות בעבודה. אלא, כפי שכבר הראינו, הנחה זו אינה מציאותית לגבי רבות מהמשפחות המקבלות הבטחת הכנסה והתוצאה בפועל היא לא משפחות העוברות מקבלת גמלה לחיי עבודה, אלא משפחות הנותרות ללא עבודה וללא רשת ביטחון סבירה ונאלצות לחיות מגמלה שאינה מאפשרת קיום בכבוד אנושי. יתירה מזאת, אם המשיבים סבורים כי מנגנון מבחן התעסוקה אינו פועל באופן מספק, הפתרון המידתי הוא בשיפור מבחן התעסוקה ולא בהחלפתו במדיניות המניחה א-פריורי כי קיימת מלכודת עוני לגבי כל מקבלי הבטחת הכנסה ועל כן מפחיתה באופן חד את הגמלה לכולם.

136. **שנית**, השאלה החוקתית היא בראש ובראשונה האם גובה הגמלה להבטחת הכנסה בתוספת מערכות תמיכה המשלימות אותה מאפשרות את סיפוק הצרכים הבסיסיים. יש, כמובן, לפעול ככל הניתן למנוע או לצמצם מצבים בהם אנשים המסוגלים לפרנס את עצמם יקבלו את הגמלה (כפי שעושה מבחן התעסוקה). אולם האינטרס למנוע או לצמצם תמריצים שליליים לעבודה אינו יכול לבוא במקום הזכות לסיפוק הצרכים הבסיסיים הדרושים לקיום אנושי בכבוד, שהיא זכות בעלת מעמד חוקתי.

אם כן, טיעון מלכודת העוני אין בכוחו לסייע בקביעה **כמה** לקצץ. ניתן להדגים את מוגבלות הטיעון בכך שניתן היה להשתמש ברטוריקה זהה לזו בה משתמשים המשיבים גם בתיקון המבטל לחלוטין את חוק הבטחת הכנסה. תיקון כזה היה ודאי כלי יעיל מאוד למניעת מלכודת העוני שיוצרת הגמלה אך האם היה הוא מידתי? **מאליו מובן כי נקודת המוצא חייבת להיות הזכות ולא האינטרס, וגם אם מחליטים על קיצוץ יש לוודא שגובה הגמלה החדש שנקבע אכן מאפשר את סיפוק הצרכים הבסיסיים**. לכן, לא מספיק לטעון, למשל, כי טיעון מלכודת העוני מצדיק הפחתת הגמלה של זוג עם שני ילדים מרמה של 2925 ₪, אלא יש להצדיק גם כי הפחתת הגמלה לגובה של 2240 ₪ מתוקף אינטרס זה אינה פוגעת באופן בלתי מידתי בזכות לקיום אנושי בכבוד.

137. **שלישית**, השוואת הגמלאות לשכר המינימום במסגרת טיעון מלכודת העוני היא מטעה. גובה שכר המינימום נקבע מלכתחילה כשכר **לחיד**. ברור כי ההכנסה המינימלית הדרושה ליחיד אינה דומה להכנסה המינימלית הדרושה למשפחה עם ילדים. חוק שכר מינימום אינו מתחשב בכך. לכן, גם מי שמשכר שכר מינימום יכול להיות במצב שאין לו מספיק כדי לספק את הצרכים הבסיסיים (זוהי התופעה ההולכת ומתרחבת של "עובדים עניים"). גמלת הבטחת הכנסה, לעומת זאת, עוצבה על מנת להבטיח את הצרכים הבסיסיים. כפי שניתן לראות מדברי ההסבר להצעת החוק (שהובאו לעיל בחלק II. א), מטרת הגמלה היתה גם להשלים את ההכנסה למשפחות ישי להן הכנסה מעבודה אך הכנסה זו פחות המכנסת המינימום שנקבעה בחוק לפי גודל המשפחה (גמלאות הילדים אמורות היו להשלים אותן לגבי משפחות עם יותר משני ילדים). במאמר מוסגר, הקיצוץ החד ביותר במסגרת התיקון דן היה דווקא למשפחות המשתכרות שכר נמוך מעבודה (ר' לעיל חלק II. ג).

138. יתירה מזאת, כפי שמודים אף המשיבים, רק **מקצת** הגמלאות טרם התיקון היו סמוכות לשכר המינימום. על כן, ממילא טיעון זה אינו רלוונטי לרוב הגמלאות שהיו נמוכות משכר המינימום. אין הוא יכול להסביר מדוע צריך היה להפחית את הגמלה של יחיד בן 46 שקיבל 1741 ₪ בכ- 350 ₪ לסכום של 1393 ₪, או מדוע צריך היה להפחית את של זוג עם ילד שקיבל גמלה של 2507 ₪ בכ- 420 ₪ לסכום של 2089 ₪.

139. **רביעית**, התייחסות המשיבים להטבות הנלוות לגמלת הבטחת הכנסה היא מטעה ובלתי מבוססת. בהקשר של ההטבות הנלוות פעמים רבות מוצגות טבלאות שונות המשוות את מצבם של מקבלי הבטחת הכנסה לעומת משפחות שאינן מקבלות הבטחת הכנסה, מהן עולה לכאורה כי מצבן של משפחות המקבלות הבטחת הכנסה טוב יותר. אלא שטבלאות אלו מטעות משתי סיבות מרכזיות: האחת – אין הן מתייחסות **למיצוי** של הטבות אלו. הן מניחות

שכל מקבלי הבטחת הכנסה מקבלים את כל ההטבות בסכומן המקסימלי. הנחה זו אינה מבוססת על תשתית עובדתית אמפירית כלשהי. נהפוך הוא, כאשר בפעם הראשונה נבדק נושא מיצוי הזכויות בתחום הסיוע בדיור התברר כי רק 30% ממקבלי הבטחת הכנסה זכאים לסיוע בדיור (מחקר הדיור, עמ' 7 - 8). על כן, האמירה כי כל מקבלי הבטחת הכנסה מקבלים הטבות נלוות ואף בסכום המקסימלי רחוקה מהאמת – כך נבדק בתחום הדיור, וכך סביר שיתגלה גם בתחומים אחרים. הסיבה השניה שהשוואות אלו מטעות היא שהן מניחות שמי שאינו זכאי להבטחת הכנסה אינו מקבל הטבות אלו. גם הנחה זו אינה נכונה. הרבה מההטבות הנלוות – ובעיקר המשמעותיות שבהן, כגון סיוע בשכ"ד והנחה בארנונה - מיועדות גם למי שאינם מקבלים הבטחת הכנסה. ואכן, כאשר הדבר נבדק לגבי הסיוע בשכ"ד נמצא כי מקבלי הבטחת הכנסה מהווים רק 16% מכלל מקבלי הסיוע בשכר דירה.

140. **לסיכום**, טיעון מלכודת העוני מוגבל מאוד ביכולתו להצדיק את הקיצוץ החד בגמלאות הבטחת הכנסה – במיוחד לא בזירה החוקתית. טיעון זה מתעלם מקיומו של מבחן תעסוקה שהוא תנאי לקבלת הגמלה. מעבר לכך, הוא מדבר באופן כוללני על כל הגמלאות בעוד שרק מקצת הגמלאות היו סמוכות טרם התיקון לשכר מינימום, וממילא שכר המינימום אינו מתיימר לשמש כמדד לסכום הדרוש לסיפוק הצרכים החיוניים למשפחה בגדלים שונים. על כן, בפן החוקתי השאלה היתה ונותרת האם גובה הגמלה להבטחת הכנסה בתוספת רשתות התמיכה המשלימות מאפשרות את סיפוק הצרכים הבסיסיים של משפחות החיות במחסור כלכלי.

VI.ב) הטיעון בדבר כוח הקניה של הגמלאות

141. במסגרת תשובתם, העלו המשיבים טיעון חדש – שלא היה בפני המחוקק בעת חקיקת התיקון – לפיו סכומי הגמלאות לאחר הקיצוץ אינם נופלים מסכומי הגמלאות בחוק הבטחת הכנסה, שנכנס לתוקפו בשנת 1982, אילו היה מוצמד למדד (פרט לבני 46 – 54 שהמשיבים מודים שגמלתם נמוכה יותר אפילו לפי שיטה זו). אולם, "תרגיל מחשבתי" זה אינו יכול להוות "עוגן" להצדקת מידתיות התיקון לאור בסיסו הרעוע. ניכר בו כי הוכן כלאחר יד, שכן הוא סובל מכשלים מתודולוגיים ומהותיים. בטרם נפנה לבחינת הטיעון עצמו צריך לשים לב כי טיעון זה מטשטש בין הגדלת הגמלה הנובעת מהצמדתה לשכר הממוצע (כהמלצת ועדת ראש הממשלה שאומצה בחוק הבטחת הכנסה) לבין הגדלת הגמלאות בתיקוני חוק שהעלו את גובה הגמלה כאחוז מהשכר הממוצע שאנו נכנה תוספות. ערבוב זה מפחית מהתועלת שניתן לשאוב מ"תרגיל" זה, אך ננסה לבחון אותו כך שנתייחס אל כל מרכיב בנפרד.

142. **ראשית**, טיעון "כוח הקניה" מתעלם מכך שהתוספות להבטחת הכנסה נעשו כתוצאה מזיהוי צורך אצל שלוש קבוצות, שהסתבר כי גם לאחר יישום החוק הן סובלות ממצוקה גדולה במיוחד – משפחות חד הוריות, משפחות של בני 46 ויותר ועולים שמיצו את סל הקליטה ונותרו ללא הכנסות. יודגש כי אלו למעשה התוספות היחידות לגמלה שהן רלוונטיות לנושא העתירה פרט לתוספת של 1% למשפחות עם ילדים עבור כל ילד.

143. בולטת במיוחד בהקשר זה סוגיית המשפחות החד-הוריות. בעת חקיקת חוק הבטחת הכנסה תופעה זו לא זכתה להכרה וממילא גם לא היתה התייחסות מיוחדת אליה. אולם,

ברבות השנים החלה להתגבש מודעות חברתית לתופעת המשפחות החד-הוריות והכרה בקשיים המיוחדים שלהן. על רקע זה ובמיוחד לאור ריבוי המשפחות החד-הוריות שהיו במצוקה כלכלית נחקק **חוק משפחות חד-הוריות**, תשנ"ב – 1992. כך נכתב בהצעת החוק הממשלתית שהציעה להגדיל את גמלת הקיום של משפחות חד הוריות:

"בעיות הקיום היום-יומיות בפניהן ניצב ההורה במשפחה החד-הורית, קשות לאין שיעור מאלה הניצבות בפני משפחה שבה חיים שני הורים. בהיעדר בן זוג היכול לסייע להורה היחיד בניהול משק הבית ובתפקיד חינוך וגידול הילדים, הוא מתקשה מחד במציאת עבודה שיאפשר לו הכנסה ברמה הנדרשת לקיום ילדיו ומאידך הוא גם המפרנס היחיד של משפחתו" (הצ"ח תשנ"ב, 86).

על מצוקתן הכלכלית הקשה של משפחות חד-הוריות עמדה חה"כ **אורה נמיר**, יו"ר ועדת העבודה והרווחה דאז:

"ב-3 מישורים מרכזיים מתמקדת מצוקתה של משפחה חד הורית: במישור הערכי-החברתי, במישור הרגשי ובמישור הכלכלי. **אין ספק כי הבעיה הכלכלית היא הקשה מכולן. הצעת החוק המוגשת על-ידי מתמקדת במישור הכלכלי, ובאה להקל, ולו במעט, את מצוקתן של משפחות אלה.**" (ההדגשה הוספה, ד"כ 23/5/1990)

144. כך גם התוספת לבני 46 ומעלה נבעה משינויים במציאות שלאחר יישום החוק - במקרה זה, השינויים בשוק העבודה אשר צמצמו מאוד את ההזדמנויות התעסוקתיות של בני 46 ומעלה והקשו מאוד על שילובם בשוק העבודה. כך נכתב בהצעת החוק הממשלתית: "בשל הקשיים המתמשכים בשוק העבודה בשנים האחרונות, סיכוייהם של מובטלים מבוגרים להיקלט מחדש בשוק העבודה קטנים יותר, לפיכך יש להבטיח שיעור גימלה מוגדל לבני 46 ומעלה" (הצ"ח תשנ"ד 389, 390).

145. טיעון "כוח הקניה" מניח – ללא כל הנמקה – ביטול של התוספות להבטחת ההכנסה שנעשו לאורך השנים כתוצאה מזיהוי צרכים. גם אם ייטען, כי התוספות היו למעלה מן הצורך, ודאי שלא ניתן להניח זאת ללא נימוק מספק. למען הסר ספק יובהר כי התיקון דגן אינו מחזיר את גובה הגמלה של עולים שמיצו את סל הקליטה ושל בני 46 ומעלה כאחוז מהשכר הממוצע למצב שלפני התוספות, אלא מפחית אותן גם מתחת לכך.

146. **שנית**, טיעון כוח הקניה יוצא מנקודת ההנחה כי רמת הגמלה אליה יש לבצע את ההצמדה היא רמת הגמלה הרגילה. הנחה זו אינה מתיישבת עם הרציונל של חוק הבטחת הכנסה בעת קביעת מודל הגמלה הרגילה והמוגדלת. הגמלה המוגדלת מיועדת למי שצפוי להימצא במצוקה כלכלית לאורך זמן והגמלה הרגילה מיועדת לזכאים בעלי סיכוי סביר לשוב לשוק העבודה תוך תקופת זמן קצרה. ההבדל נעוץ בכך שלמי שנמצא במחסור כלכלי לאורך זמן ישנן גם הוצאות תקופתיות והוצאות בלתי צפויות, שאינן נלקחות בחשבון בהכנסה הדרושה להוצאות השוטפות (ר' גמלאות להבטחת קיום, עמ' 53 - 62). על כן, טיעון כוח

הקניה מוטעה בכך שהגמלה הרגילה נבחרה כבסיס הבלעדי שעליו יש לבצע את ההצמדה עבור כל המצטרפים החדשים.

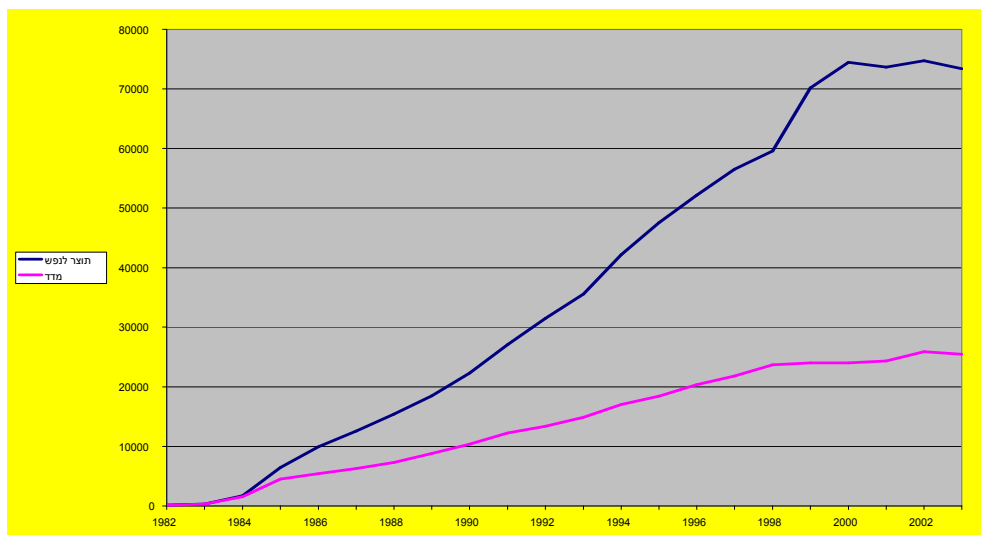
147. **שלישית**, קבלת טיעון כוח הקניה של הגמלאות משמעה השארת מקבלי הבטחת הכנסה בשנות ה-80 בעוד ששאר החברה התקדמה לשנות ה-2000. המשיבים למעשה לוקחים את גובה הגמלה כפי שהיתה בשנת 1982 ומצמידים אותה למדד המחירים. הלך טיעון כזה לוקה הן מבחינה מתודולוגית והן מבחינה מהותית.

148. מבחינה מתודולוגית, המשיבים מבלבלים בין שיטות שונות בתכלית לקביעת הכנסת מינימום ויוצרים יצור כלאיים ללא קוהרנטיות פנימית. לא ניתן בדרך של הילוך לאחור לקחת שיטה יחסית מובהקת, המתבססת על הצמדה לשכר הממוצע, שעליה המליצה ועדת ראש הממשלה ואומצה בחוק הבטחת הכנסה, ולשנות את ההצמדה למדד. נבחר: שיטה יחסית לקביעת הכנסת מינימום קובעת את גובה הכנסת המינימום ושומרת עליו באופן הצמוד כך או אחרת לרמת החיים הכללית בחברה. כאשר רמת החיים בחברה עולה גם הכנסת המינימום עולה אוטומטית ביחסיות מסוימת הלוקחת בחשבון הן את עליית המחירים והן את עליית רמת החיים. שיטה אבסולוטית, לעומת זאת, מבוססת על "סל מצרכים" שההכנסה המינימלית אמורה לרכוש אותו. עלותו של הסל מתעדכנת אוטומטית על פי עליית המדד באופן הלוקח בחשבון את עליית המחירים, אך הצמדה למדד אינה מעדכנת אוטומטית את תוכנו של הסל בהתאם לרמת החיים המשתנה בחברה. מסיבה זו, מדינות הנוקטות בשיטה אבסולוטית מעדכנות מפעם לפעם את תוכן הסל בהתאם לרמת החיים בחברה.

שתי השיטות לקביעת הכנסת מינימום הן מקובלות ולגיטימיות. אלא שהמשיבים לוקחים הכנסת מינימום שנקבעה כעוגן לשיטה יחסית ומלבישים עליה שיטת עדכון מדדית ובכך שוברים את ההיגיון והאיזונים הפנימיים שבה. יתר על כן, המשיבים לוקחים את ההכנסה המינימלית שנקבעה לשנת 1982 ויכולה היתה לרכוש סל מצרכים מסוים ומצמידים אותו למדד באופן השומר על עלות הסל יחסית לעליית המחירים בלבד. משמעות הדבר היא שהמשיבים למעשה מניחים ב"תרגיל מחשבתי" זה שבכל התקופה של למעלה מ-20 שנה מאז שנחקק חוק הבטחת הכנסה לא היה תוכן סל המצרכים של מקבלי הבטחת הכנסה מעודכן ולו פעם אחת. לפי היגיון זה ניתן אף ללכת עוד אחורה בשנים ולומר כי הבטחת הכנסה המבטיחה סל מצרכים שנקבע בשנות ה-50 הוא סביר כל עוד הוצמד למדד בלבד ואף אם לא עודכן בתוכנו מעולם.

149. מבחינה מהותית, הלך טיעון זה לוקה בכך שמשמעותו בפועל היא שבעוד ששאר החברה הישראלית התקדמה לשנות ה-2000 הרי שאלו הנאלצים להתקיים מהבטחת הכנסה נשארים ברמת חייהם מאחור בשנות ה-80. טיעון זה מתעלם מכך שצרכים בסיסיים לצורך קיום אנושי בכבוד אינם יכולים להיקבע במנותק משאר החברה. כאשר רוב החברה מתקדמת בשעה שאוכלוסיותיה החלשות נותרות מאחור קבוצות אלו נדחקות באופן חזק יותר אל שולי החברה וגדלים פערי העוני שאינם ניתנים לגישור. תוצאה זו עומדת בניגוד לתכליתה של הזכות לקיום בכבוד אנושי למניעת הדרה חברתית.

150. על מנת להמחיש את משמעותו של טיעון זה מבחינה מהותית בחנו מה היה קורה אם אכן הגמלה להבטחת הכנסה היתה מוצמדת למדד בלבד (כפי שאכן עושים המשיבים ב"תרגיל המחשבת"י) יחסית לעליית רמת החיים בשאר החברה. לשם כך השווינו בין עלית מדד המחירים לבין העלייה בתוצר לנפש, שהוא מדד מקובל לרמת החיים בחברה.



151. ניתן לראות כי החל משנת 1984 מתחיל להיפער פער משמעותי ומתמשך בין העלייה במדד המחירים לבין העלייה בתוצר לנפש. הפער בין העקומות משקף את העלייה ברמת החיים שהיא מעבר לעליית המדד. מהנתונים עולה כי בין שנת 1982 לשנת 2003 רמת החיים בישראל הכפילה את עצמה (עליה של 100% מעבר לעליית המדד). לשם המחשה, התוצר הריאלי לנפש בשנת 1982 היה 36,590 ₪ ואילו בשנת 2003 הוא עומד על 73,407 ₪. אם כן, **משמעות הטיעון היא שאת מקבלי הבטחת הכנסה מצמידים לעליית המחירים בלבד בעוד שהעלייה ברמת החיים נטו של שאר החברה, מעבר לעליית המחירים, הכפילה את עצמה. נקל להבין את המשמעות של הנחה זו על דחיקתם לשוליים החברתיים של מעוטי האמצעים. וחשוב להדגיש: אשר לתקופה שבין 1982 – 2002 זהו "תרגיל מחשבת"י בלבד, אולם עם כניסת התיקון לתוקף בשנת 2003 הוחזרו למעשה בבת אחת מקבלי הבטחת הכנסה לשנת 1982 ומלוא הפער נפער. בכך הפך הפער מ"תרגיל מחשבת"י למציאות חיים (ולאור השחיקה ברשתות החברתיות האחרות – שתידון מיד – הפער בפועל הוא אף גדול יותר).**

VI.ג) טיעון רשתות התמיכה הנוספות

152. לטענת המשיבים, המדינה מספקת רשתות תמיכה נוספות פרט להבטחת הכנסה ולכן אין חשש כי רשת הביטחון האחרונה לאחר הקיצוץ היא למראית עין. העותרים סבורים כי **בחינת הרשתות החברתיות הנוספות שפורשת המדינה לא רק שאינה מניחה את הדעת כי נשמרת הזכות לסיפוק הצרכים הבסיסיים, אלא שלמעשה השחיקה שעברו רשתות אלו בשנים האחרונות מגדילה את חוסר המידתיות שבתיקון דנן. כפי שפורט בהרחבה (חלק II.ד), בשנים האחרונות חלה שחיקה בכל הרשתות החברתיות המשלימות את הגמלה להבטחת הכנסה בהבטחת הצרכים הבסיסיים הדרושים אנושי בכבוד. ויודגש, רשתות אלו אינן מחליפות את הגמלה להבטחת הכנסה אלא משלימות אותה. על כן, משמעות שחיקתן היא שמקבלי**

הבטחת הכנסה צריכים לשלם מתוך גמלת הבטחת ההכנסה עבור צרכים בסיסיים שגמלת הבטחת ההכנסה לא נועדה לכסות אותם.

הדוגמא הבולטת ביותר לעניין זה היא בתחום הדיור. גמלת הבטחת הכנסה עוצבה במפורש באופן שאינו לוקח בחשבון את ההוצאה לדיור. ברור לחלוטין שדיור הוא בגדר צורך בסיסי וגם כי זוהי הוצאה חודשית בלתי מבוטלת. בחינת העובדות מלמדת, בניגוד ממה שעשוי להשתמע מתיאורם של המשיבים, כי למעשה 47% ממקבלי הבטחת הכנסה אינם בעלי דירה וכי לפחות 17% מהם – שהם 26 אלף משפחות – אינם מקבלים כל סיוע בדיור. יתר על כן, הסיוע המקסימלי בשכ"ד לאלו שאכן מקבלים אותו הוא 600 ₪, סכום המכסה רק חלק קטן מההוצאה לדיור.

153. יושם אל לב כי המשיבים מדגישים את עצם קיומן של מערכות תמיכה נוספות, אך אינם מצביעים על שום בדיקה כי מערכות אלו בשילוב עם גמלת הבטחת הכנסה יכולות לאפשר את סיפוק הצרכים הבסיסיים. יתר על כן, חשוב בהקשר זה להבחין בין סיוע שיכול להיחשב לרשת חברתית לבין סיוע ספורדי וחלקי שאין לו את השיטתיות המאפיינת רשת העשויה שתי וערב. מאותה סיבה שבתמיכת תמחוי של עמותות אינם יכולים להיחשב לרשת ביטחון חברתית (וטוב עשו המשיבים שהורידו את בתי התמחוי מפירוט הרשתות החברתיות, שהופיע בתשובתם המקדימה). רשת חברתית, לענייננו, היא מערכת שיטתית אשר מבטיחה את הצורך הבסיסי לכל מי שעומד בקריטריונים סבירים. שירותים ספורדיים שאין שום דרך להעריך מהי מידת הכיסוי שהם נותנים ומהי הרמה שבה הם מספקים את הצרכים אינם יכולים להיחשב כרשת.

ד. VI) ההשוואה למדינות אחרות

154. התועלת שניתן להפיק מההשוואה הבינלאומית שעורכים המשיבים – שגם היא טיעון חדש שלא היה בפני המחוקק – היא מוגבלת מאוד. גמלה המבטיחה רשת ביטחון אחרונה, יותר מכל גמלה אחרת, תלויה מאוד בעיצובן של הרשתות המשלימות אותה. קביעת רשת הביטחון בכל מדינה לוקחת בחשבון, למשל, האם ישנו סיוע נפרד לדיור, מה טיב הכיסוי שלו ומה גובהו; עד כמה שירותים חברתיים, כגון חינוך ובריאות הם מסובסדים וכיוצא בזה. יש מדינות בהן מערכת הבטחת הכנסה היא מרכזית מאוד לסיפוק הצרכים הבסיסיים וישנן מדינות שבהן מערכות אחרות או גמלאות אוניברסליות (שאינן תלויות במבחן הכנסה) מספקות את הצרכים הבסיסיים ולגמלה להבטחת הכנסה תפקיד חלקי ושיורי. על כן, מערכות אלו מעוצבות באופן שונה מאוד בין מדינה ומדינה. כפי שמציין הדו"ח של ה-OECD, שעליו מבוססת ההשוואה שערכו המשיבים:

“In this area of the benefit system more than any other, simply looking at the level of benefit entitlements can lead to a misleading assessment of the ‘generosity’ of the benefit system”

Benefits an Wages – OECD Indicators (2002), p. 21.

155. יתר על כן, גם אם מתעלמים מהבעיה המהותית בהשוואה זו הרי שהיא לוקה גם מבחינה מתודולוגית. המשיבים בוחרים לחלק את גובה הגמלאות בתמ"ג של המדינות. העותרים סבורים כי מאחר שנתוני ה-OECD ניתנים מלכתחילה במונחים של כוח קניה (PPP), כלומר לאחר שהם מושווים על בסיס סל הצריכה שהם יכולים לרכוש בכל מדינה (תוך נטרול השפעת יוקר המחיה והמטבע בכל מדינה), הרי שאין מקום לחלק נתון זה גם בתמ"ג. היכולת הכלכלית של המדינה, במתבטאת בין השאר גם בתמ"ג, היא ודאי שיקול רלוונטי, אך ערבוב גובה הגמלה (שהוא כבר במונחי כוח קניה) עם התמ"ג אינו מאפשר לבחון בנפרד את סוגיית גובה הגמלה. ואכן, השוואה שערכה קבוצת המחקר במדיניות חברתית מהאוניברסיטה העברית בדבר גובה הגמלה במונחי כוח קניה (PPP) על בסיס אותם הנתונים (כחלק ממחקר רחב יותר שטרם פורסם) מראה כי לאחר הקיצוצים ישראל ניצבת בתחתית הסולם וכי רמת הגמלה המשולמת נופלת מרובן המכריע של המדינות. במיוחד הדבר בולט לגבי הגמלה של זוג עם שני ילדים, עליה עמדנו לעיל, הנמוכה בהרבה מזו המשולמת לזוגות עם ילדים בכל המדינות הנסקרות (פרט לספרד) (המחקר המלא טרם הסתיים). החלק הרלוונטי מצורף ומסומן ע/26.

156. לסיום פרק זה, העותרים מבקשים להביע תמיהה על כך שהמשיבים מנסים בדרכים עקיפות ופתלתלות להצדיק את גובה הגמלאות אך מסרבים בתוקף לאחוז את השור בקרניו ונמנעים מלאמץ מדדים ואינדיקטורים מקובלים בעולם – כדוגמת מדדי הביטוח הלאומי ומדדי הלמ"ס – שישמשו בידיהם ככלי עזר לקביעת גובה גמלת הבטחת הכנסה ולהערכת מספיקותה. התפתלות זו אומרת דרשני ומעמידה בספק את רצינותם של ה"עוגנים" המוצעים על-ידי המדינה.

(VII) ביקורת שיפוטית

157. ביקורת שיפוטית היא חיונית בכל הנוגע לשמירה על זכויות יסוד. הזכות לכבוד נחקקה כזכות חוקתית על-ידי הרשות המכוננת. גם המשיבים מסכימים, כי הזכות לכבוד כוללת את הזכות לקיום אנושי בכבוד, הנהנית אף היא ממעמד חוקתי. תפקידו של בית המשפט הוא לפקח, כי זכות זו תקוים הלכה למעשה וכי הרשויות האחרות לא יפגעו בזכות יסוד זו. כדברי הנשיא ברק:

"... ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק היא חלק אינטגרלי של מהות הדמוקרטיה, שכן דמוקרטיה אינה רק שלטון הרוב. דמוקרטיה היא גם שלטונם של ערכי היסוד וזכויות האדם כפי שנתגבשו בחוקה... דמוקרטיה היא גם דמוקרטיה 'מהותית'... כאשר הרוב שולל זכויות אדם מהמיעוט, הוא פוגע בדמוקרטיה... על כן, ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק מתגברת על מה שמכונה ה-counter majoritarian dilemma... טול מהדמוקרטיה החוקתית את שלטונם של ערכי היסוד, ופגעת בעצם קיומה. הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק מאפשרת לחברה להיות כנה עם

עצמה ולכבד את תפיסותיה הבסיסיות".

בנק המזרחי, לעיל, 423-424.

158. אולם, המשיבים מציגים עמדה המצמצמת באופן קיצוני את סמכותו של בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית בהקשר של הזכות לקיום אנושי בכבוד. לגישתם, הביקורת השיפוטית לגבי זכות זו צריכה להתקיים רק במקרה קיצון ולהתמצות בעצם הבחינה האם רשת הביטחון שמבטיחה המדינה היא למראית עין (תצהיר תשובה מיום 11.5.04, ס' 149).

159. הגדרה זו חורגת באופן בלתי מוצדק מהמקובל בתחום החוקתי. לא מצאנו הגדרה כזו לסמכותו של בית המשפט באף אחת מהזכויות האזרחיות או הפוליטיות, ואף לא מצאנו אותה בהקשר של הזכות הכלכלית לקניין. הגדרה זו אינה מתיישבת עם המגמה ההולכת וגוברת לתת הגנה משפטית אפקטיבית גם לזכויות חברתיות.

160. הגדרה כזאת לוקה בסלקטיביות חוקתית. **משמעותה היא כי ההגנה החוקתית על זכויותיהם של חסרי אמצעים באמצעות הזכות לקיום אנושי בכבוד, צריכה להיות פחותה מההגנה החוקתית לה זוכים בעלי אמצעים באמצעות זכות הקניין. יש לדחות עמדה סלקטיבית זו.** יפים דבריו של השופט זמיר: "אסור שזכויות האדם ישמשו רק את האדם השבע. צריך שכל אדם יהיה שבע, כדי שיוכל ליהנות, למעשה ולא רק להלכה, מזכויות האדם." (בבג"ץ 164/97 קונטרס נ' משרד האוצר, פ"ד נב(1) 289, 340).

על הפסול שבגישה סלקטיבית זו עמדה גם ועדת האו"ם לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות:

"... The adoption of a rigid classification of economic, social and cultural rights which puts them, by definition, beyond the reach of the courts would thus be arbitrary and incompatible with the principle that the two sets of human rights are indivisible and interdependent. It would also drastically curtail the capacity of the courts to protect the rights of the most vulnerable and disadvantaged groups in society."

General Comment 9 The Domestic Application of the Covenant (E/C.12/1998/24; 3/12/98), Paragraph 10.

161. יתר על כן, הגדרה כה מצומצמת מרוקנת למעשה מתוכן את סמכותו של בית המשפט. היא מנסה להעניק לממשלה ולמחוקק **חסינות מביקורת שיפוטית**. היא אומרת שלשלטון יש למעשה חופש פעולה מוחלט בשעה שהוא עוסק בצרכים הבסיסיים של האוכלוסיות הפגיעות ביותר במדינת ישראל.

162. ניסיונות לדחוק את רגליהם של בתי משפט כאשר מדובר בזכויות בעלות מימד חברתי נדחו בנחרצות על ידי-בתי משפט בעולם. כך, למשל, בערכאה העליונה של מדינת ניו-יורק קבעה הנשיאה Kaye בדעת הרוב בפרשת Fiscal, כי גם בהקשר של הזכות החוקתית החברתית לחינוך:

"... it is the province of the Judicial branch to define, and safeguard, rights provided by the New York State Constitution, and order redress for violation of them".

Fiscal, p. 42.

163. אכן, ביקורת שיפוטית חוקתית - ולעניין זה הזכות לקיום אנושי בכבוד אינה יוצאת דופן – צריכה להיעשות בריסון ובהירות. בית המשפט אינו בוחן את תבונתו של החוק, או אם הוא טוב, יעיל או מוצדק אלא בודק את חוקתיותו של התיקון (ראו: בג"ץ 1715/97 לשכת עורכי ההשקעות נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367).

164. אולם, גישתם של המשיבים מטשטשת בין תפקידו של המחוקק לבין תפקידו של בית המשפט. חופש העיצוב של ההסדר החקיקתי נתון למחוקק. בידו לבחור בין חלופות פעולה שונות. עם זאת, חופש זה אינו מוחלט. הזכות החוקתית מציבה לו גבולות. על המחוקק לפעול בתוך מתחם ההגבלה שיוצרת הזכות החוקתית. בית המשפט הוא אשר מוודא כי אכן המחוקק אינו חורג מהגבולות שמתווה לו הזכות החוקתית (ר' פרשנות חוקתית, עמ' 366, 550). כך בתחום הזכויות האזרחיות והפוליטיות וכך בתחום הזכויות הכלכליות-חברתיות.

165. אין סיבה שבית המשפט יימנע מלקיים ביקורת שיפוטית אך משום שכרוכים בדבר החקיקה גם שיקולי תקציב. "שיקולי תקציב" כמו "שיקולי ביטחון" אינם מילת קסם. הם צריכים להיבחן על רקע הזכויות החוקתיות. ביקורת שיפוטית על החלטות הכרוכות בשיקולי תקציב אינה דומה לעריכת תקציב (מונדלק, עמ' 220 – 221). בחינתו של בית המשפט מתמקדת בסבירות הגשמת חובתה החוקתית של המדינה ואינה מתמקדת כשלעצמה בעריכתו של התקציב. ציינו כבר בסקירה ההשוואתית כי בית המשפט החוקתי בדרום אפריקה עמד על אבחנה זו בפרשת TAC. נביא את דבריו:

"The Constitution contemplates rather a restrained and focused role for the courts, namely, to require the state to take measures to meet its constitutional obligations and to subject the reasonableness of these measures to evaluation. Such determinations of reasonableness may in fact have budgetary implications, but are not in themselves directed at rearranging budgets. In this way the judicial, legislative and executive functions achieve appropriate constitutional balance" TAC, p.26.

עמד על כך גם בית משפט נכבד זה בבג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94, 113:

"הגנה על זכויות אדם עולה כסף, וחברה המכבדת זכויות אדם צריכה להיות נכונה לשאת במעמסה הכספית אכן, כאשר מדובר בשיקול כספי בלבד, כי אז ניתן לומר שהחברה צריכה לשלם את המחיר".

ראו גם:

בג"ץ 7081/93 בוצר נ' מועצה מקומית מכבים-רעות, פ"ד נ(1) 19.

בג"ץ 1113/99 עדאלה נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164.

בג"ץ 6873/03 ליאת נתן מרציאנו ואח' נ' שר האוצר ואח' (ניתן ביום 24.12.03).

166. וחשוב להדגיש – שיקולי תקציב אינם ייחודיים רק לזכות לקיום אנושי בכבוד. הם רלוונטיים גם לשאר הזכויות החוקתיות. ברור כבר כי **כל זכויות האדם עולות כסף**. כפי שמציין פרופ' סנסטיין:

"In fact all rights, even the most conventional, have costs. Rights of property and contract, as well as rights of free speech and religious liberty, need significant taxpayer support." (סנסטיין, עמ' 124)

167. משקלו של השיקול התקציבי הוא עניין של מידה. האינטרס התקציבי צריך להיבחן בנסיבותיו של כל מקרה בהקשר החוקתי. אך אין כל הצדקה לקבוע א-פריורי כי ההגנה השיפוטית על הזכות לקיום אנושי בכבוד צריכה להיות פחותה.

168. זאת ועוד, הפעלת ביקורת שיפוטית מוצדקת במיוחד במקרה דנן כאשר הפגיעה היא במיעוט ובחלש. מספר העניים אמנם מצוי בעליה, אך השפעתם הפוליטית והשפעתם בקרב מקבלי החלטות היא אפסית. **מתקבל הרושם כי חוקים אשר הנפגעים מהם הן חברות גדולות ואילי הון גדולים - זוכים לטיפול מיוחד מצד המנגנון הפרלמנטרי, ואילו החוקים אשר משפיעים על מעוטי אמצעים עוברים בקלות, בלי שום דיון, בלי שום בחינה. בעלי העוצמה יכולים לדאוג לאינטרסים שלהם באמצעות הפעלת לובי והשפעה. נטולי האמצעים אינם יכולים לדאוג אפילו לזכויותיהם. לשם כך הם זקוקים ביתר שאת להגנתו של בית המשפט - מגינם האחרון.**

על חולשתם של מעוטי הכנסה בשיטה הרובנית ר' פברה, עמ' 122, וגם: F. Michelman, *Welfare Rights in a Constitutional Democracy* (1979), p. 675

169. יתר על כן, במובן המצומצם ביותר, תפקידו של בית המשפט לדאוג לכך שקבלת החלטות תעשה תוך הקפדה יתירה על ההליך הדמוקרטי, מתוך אחריות ציבורית ובשקיפות. במסגרת זו על בית המשפט לוודא כי ימולאו חובות אלו הן מבחינה פורמלית והן מבחינה מהותית בכל פעולה, ועל אחת כמה וכמה בפעולה הנוגעת בזכויות יסוד של הפרט. בכלל זה, החובה לקבל החלטות על בסיס תשתית עובדתית מוצקה ובהליך סביר. כדברי בית המשפט בפרשת TAC:

"The courts will guarantee that the democratic processes are protected so as to ensure accountability, responsiveness and openness, as the Constitution requires in section 1" (TAC, supra, p.25).

170. משכך, אין המחוקק יכול לקבל החלטות שיש להן השפעה ישירה על זכויות אדם ללא דיון בהשלכות ההחלטה, ללא דיון בחלופות וללא תשתית עובדתית חיונית. הפגם החוקתי בכך הוא כפול: ראשית, מתקבלות החלטות הפוגעות בזכויות אדם, או שעשויות לפגוע

בזכויות אדם מבלי שישנה מודעות לכך. ושנית, מצב זה מאפשר למחוקק להתנער מאחריות ולטעון כי לא ידע ולא הבין את משמעות מעשיו. מבחינה זו, **תפקידו של בית המשפט הוא להזכיר למחוקק את חובתו לדעת**. מעבר לכך, על בית המשפט להבטיח כי הליך החקיקה – שבחשיבותו קשה להפריז – יהיה כדין וכי לא יפלו בו פגמים היורדים לשורשי החקיקה (ראו: בג"ץ Nimrodi Land Development Ltd 975/89 נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מה(3) 154, 157; בג"ץ 4513/97 אבו ערער נגד יושב ראש הכנסת, פ"ד נב(4) 26; ר' לעניין זה גם: J. H. Ely *Democracy and Distrust* (1980), p. 74).

171. כאשר מגיע בית המשפט למסקנה כי הזכות החוקתית – גם זכות חברתית – הופרה, בסמכותו לתת סעדים על ההפרה. כך למשל, בפרשת Grootboom קבע בית המשפט החוקתי בדרום אפריקה, כי הממשלה לא עמדה במחויבותה לספק באופן ממשי את צורכיהם של הנוזקים לדיור בהתאם לסעיף 26(2) לחוקת דרום-אפריקה **והוציא צו אשר חייב את הממשלה ליזום, לממן, ליישם, לפקח ולנהל באופן אקטיבי תכנית דיור**:

In the light of the conclusions I have reached, it is necessary and appropriate to make a declaratory order. The order requires the state to act to meet the obligation imposed upon it by section 26(2) of the Constitution. This includes the obligation to devise, fund, implement and supervise measures to provide relief to those in desperate need.

Grootboom, Para. 96 (ההדגשה הוספה)

172. כך גם בית המשפט הגבוה ביותר של מדינת ניו-יורק, בפרשת Fiscal לאחר שהגיע למסקנה כי המדינה אינה מקיימת את הזכות החוקתית לחינוך ראוי ("sound basic education") הורה בצו למדינה כי היא חייבת:

"... ascertainment the actual cost of providing a sound basic education in New York City. Reform to the current system of financing school funding and managing schools should address the shortcomings of the current system by ensuring, as a part of that process, that every school in New York City would have the resources necessary for providing the opportunity for a sound basic education".

Campaign for Fiscal Equity vs. State of New York, supra, p. 51

סיכום (VIII)

173. העתירה פורשת בפני בית המשפט הנכבד תמונה קשה ביותר - ובמובנים רבים חסרת תקדים - של פגיעה ברשת הביטחון החברתית של מדינת ישראל. זוהי פגיעה אנושה בזכות לקיום אנושי בכבוד של האוכלוסיות הפגיעות ביותר מבחינה כלכלית, שרבות מהן מתנדנדות על סף תהום ופגיעה כזו עלולה לדחוף אותן אל תהום של מצוקה קשה. המערכת הממשלתית-פוליטית כשלה בטיפול בנזק בנושא עדין ורגיש זה. קשה להשתחרר מהרושם כי התיקון לא היה מתבצע באופן חפז ובעוצמה כה רבה בסוגיה כל כך רגישה אלמלא היה מדובר באוכלוסיות נטולות עוצמה פוליטית וכלכלית. התיקון נעשה ללא תפיסה כוללת ומבלי שנבחנה השאלה האם מקבלי הבטחת הכנסה יוכלו לספק את צורכיהם הבסיסיים. התיקון שינה באחת את מציאות חייהן של המשפחות מעוטות האמצעים. אולם זכויותיהן אינן הפקר. הזכות לקיום אנושי בכבוד מעניקה להן הגנה חוקתית. משכשל המחוקק להבטיח זכות זו, על בית המשפט הנכבד מוטלת המלאכה להעמידו על כשל חמור זה.

היום, 11 ליולי 2004

דנה פריבך-חפץ, עו"ד

ב"כ העותרים בבג"ץ 888/03

אבישי בניש, עו"ד

ב"כ העותרים בבג"ץ 366/03