1. הזזת קו הגבול – זיהוי גופים "פרטיים" כגופים דו מהותיים, כלומר: החלה של הנורמות הציבוריות בצד הנורמות הפרטיות לאותם גופים (דואליות נורמטיבית).   
   במקרה זה, אנחנו לא מחילים נורמות ציבוריות על גופים פרטיים, אלא בעצם מזהים גופים שהם בין גוף פרטי לגוף ציבורי.
2. תחולה על גופים פרטיים – מודל התחולה העקיפה: מחילים נורמות וזכויות אדם גם על גופים פרטיים. כגופים פרטיים מכילים עליהם את הנורמות החוקתיות. אבל התחולה שלנו אינה תחולה ישירה אלא עקיפה – דהיינו מוצאים מושגים בתוך עולם המשפט הפרטי ונותנים להם פירוש כזה שכולל בתוכם עקרונות חוקתיים. זה תחולה עקיפה כי במקרה זה אחד יכול לבוא לשני בטענה שהמו"מ אינו בתום לב – ואז במסגרת דיני החוזים מקבלים את המענה (ולא ישיר מול זכויות האדם). תחולה עקיפה – אומר שאנחנו מקבלים מענה דרך ערוצים אחרים של המשפט (כדוגמת דיני חוזים) כמענה לערכי השוויון.

**דוגמת מיקרודף**:

חברת החשמל לא עשתה מכרז במקרה של מיקרודף. בית המשפט העליון לא רצה לדון בזה והגיע לבית המשפט המחוזי. ברק אומר שיחולו פה נורמה גם מהמשפט הציבורי ולא רק מהמשפט המסחרי/עיסקי. וזאת כיוון שחברת חשמל היא גוף שיש לו סמכות שלטונית, יש לו מונופול ומספק שירות חיוני. המאפיינים הללו הם אלה אשר הופכים את חברת חשמל לגוף שיש לו מאפיינים ציבוריים – ולכן מחילים עליו את הנורמות של המשפט הציבורי. ולפיכך, יש להתייחס לחברת חשמל כגוף ציבורי.

אבל לחברת חשמל יש עוד תכונה אחת: היא בבעלות מלאה של המדינה. הסיבה שבגללה חברת חשמל היא חברה ממשלתית ולא כחברת סמך שבתוך משרד האנרגיה, היא כדי לתת לחברת החשמל לעשות עסקים: יש כוונה עקרונית מאחורי ההפרדה. יש כל מיני שיטות שבאמצעותן אפשר לבצע הפרדה, ובמידה רבה תלוי במידת ההפרדה הנדרשת. חוק רשות שדות התעופה, רשות הדואר – הם גופים סטטוטוריים נפרדים, אבל הם חלק מהמדינה. כשרוצים הפרדה גדולה יותר – אז עושים חברה מסויימת לחברה ממשלתית. ברק לא בחר להתייחס לעובדה שחברת חשמל כחברה ממשלתית אלא התייחס למאפיינים שנימנו מעלה: סמכות שלטונית, מונופול, שירות חיוני. בפעם הבאה ניתן יהיה להחיל את הדוקטרינה של מאפיינים אלה על מקרים חדשים.

**פסד קסטנבאום** – חב' קדישא שהיא חברה פרטית. הסוגייה שעמדה שם על הפרק הוא השימוש באותיות לועזיות ובתאריך לועזי. לאחר קבורתה של הגב' קסטנבאום – רצו להניח על מצבה. מסתבר שבחב' קדישא באותו המקום של הקבורה, היה כתוב בחוזה שאסור לכתוב באותיות לועזיות ובתאריך העברי על גבי המצבה. בית המשפט המחוזי אמר שיש פה חוזה אחיד – שזה חוסר שוויון בכח שהמשפט כבר עוסק בהן. בית המשפט אמר שיש פה תנאי מקפח. ערערו לבית המשפט העליון והשופטים העבירו את מרכז הכובד מהמשפט הפרטי למשפט הציבורי. האם יש לנו פה גוף ציבורי? כל שופטי ההרכב אמרו שאינם חולקים ביניהם בכך שחב' קדישא היא בכל זאת גוף בעל מאפיינים ציבוריים. ולכן יש להתייחס לכך כגוף ציבורי – ולכן צריכים להחיל עליה גם נורמות מהציבורי. שמגר – זיהה את הגוף כדו מהותי כיוון שהיא מקיימת את 3 המאפינים שהוזכרו במיקרו דף (סמכות שלטונית/סטטוטורית, יש מעמד מונופוליסטי ברור הערים ותפקיד שלהן הוא בעל מהות ציבורית/שירות חיוני). השופט אילון אומר שהחברה אינו מונופול – ולכן אף חברה קדישא ספציפית אינה מונופול וניתן היה ללכת לחברה אחרת שבה אין את התנאים האלה. עם זאת, על עצם העובדה שחברה קדישא יש בה מן השירות הציבורי – הוא מחשיב את חב' קדישא כשירות ציבורי. ברק לא אומר האם קיומן של 3 התנאים הוא תנאי הכרחי או מספיק. דהיינו , האם מספיק שיש סמכויות סטטוטוריות (שלטוניות) – האם זה מספיק? בכל מקרה, כל 3 השופטים (ברק, שמגר ואילון) – אנחנו מתייחסים לחב' קדישא, שהוקמה ע"י אנשים פרטיים, כחברה ציבורית בעלת סמכות סטטוטורית. ואז אם זה חברה ציבורית – חופש הביטוי, השוויון, חופש הדת – כל אלה חלות עליו. השאלה חוזרת על עצמה בבית המשפט העליון. ואז נשאלות שאלות על גופים אחרים: הבורסות, חברות התחבורה הציבורית, אוניברסיטאות, בנקים וכיוצ"ב. נכון להיום, יש פסיקה די ענפה ברמה המחוזית, אשר מטבע הדברים לא יכולה לקבוע תקדים לגבי המאפיינים – ובפסיקה בעליון אין החלטה חד משמעית. יש הרגשה שבית המשפט לא חש שהשעה הבשילה בנושא הזה.

השופט זמיר אומר שבית המשפט לא קבע מבחן או סימנים שיזהו גוף כדו מהותי. על גופים מסויימים (כגון הסוכנות היהודית) – ניתן להגיד שהם ציבוריים. אך אין עדיין מבחן מסודר.

שתי השאלות הראשונות (סמכות שלטונית ומונופול) הן שאלות פורמאליות. השאלה של "שירות חיוני" הן שאלות מהותיות יותר ולא פורמאלית.

**פס"ד בית יולס** – חברה שמחזיקה בתי אבות בחיפה, והם רוצים להקים מבנה חדש. הם יוצאים במכרז וב. יולס מעדיפים להביא חברה ציבורית, ובלבד שהיא לא תהיה גבוהה ביותר מ- 5% מההצעה הזולה ביותר. ואז חברות פרטיות תובעות את חב' בית יולס על זה שהיתה פה העדפה לחברה ציבורית. בבית משפט העליון הערעור מתקבל בחלקו וחייבו את בית יולס על ההוצאות. ואז התקיים דיון נוסף בעליון – והפעם בית יולס ניצחה – ובשורה התחתונה באוביטר מדבריו של ברק- שופטי הרוב לא חשבו שיש לחייב את בית יולס. האם החובה לנהוג בשוויון שחלה על מי שיוצא למכרז והוא חברה ציבורית, חל גם על חברה פרטית, כמו במקרה של בית יולס. היה ניסיון של ברק ללכת בקונסטרוקציה חוזית: במבנה זה אנחנו מדברים על "חוזה נספח" – יש לנו למעשה הזמנה להציע הצעות והצעה. ההזמנה להציע הצעות זה עצם המכרז. ההצעה עצמה זה הקיבול. ולגבי מי שמציע הצעות יש "חוזה נספח" – שכן מתייחסים בין המציעים **באופן שוויוני** לאור תנאי המכרז. אנחנו רוצים שיבואו ויציעו הצעות – ויש איזשהו "חוזה נספח" – שהופר בכך שלא נהגו בשוויון.   
טרום חוזה: ברק אומר שחובת תום הלב שמוטלת על הצדדים למכרז ולמו"מ בחוזה, חובת תום לב כוללת גם את החובה לנהוג בשוויון. ברק לוקח את מושג תום הלב ואומר שלנהוג בשוויון זה חלק מתום הלב. ברק מתייחס לבית יולס לנהל מו"מ בקונסטרוקציה טרום חוזית – "מושג שסתום" – תום לב שמשמעותו גם לנהוג בשוויון. יש פה תחולה עקיפה – כי אנחנו מחילים את השוויון דרך חוק החוזים. זה תחולה עקיפה ולא תחולה ישירה של השוויון. בפס"ד זה – כל הרעיון הזה היה באוביטר.

ואם חוזרים לפס"ד קסטנבאום (שהיה אחרי בית יולס) – אז ברק אומר שיש פה דוקטרינה חוזית. גם אם היה מדובר בגוף פרטי לגמרי – אזי יש פה התנייה שנוגדת **את תקנת הציבור** ולכן הוא בטל. ההתניה שאוסרת כיתוב תאריך לועזי – היא לא חוקית. יש פה שסתום נוסף מתום המשפט הפרטי – **תקנת הציבור**. שוב, לוקחים מושג ממשפט אחר, אפילו אם הגוף הוא גוף פרטי, ומחילים אותו על הגוף כאילו הוא ציבורי.

אם יש לנו מערכת יחסים חוזית, אפשר להכניס הרבה פעמים נורמות חוקתיות במקרים כאלה.

אם החברה היתה אומרת מלכתחילה במכרז שיש אמירה על הנושא הזה של חברה ציבורית – לא היתה פה עילה להגיד שאין שיוויון בהסתכלות על החברות.

בשנים האחרונות יש התעוררות בנושא הזכויות במשפט הפרטי, ויש ניסיון למסד את הנושא ולהשוות בין המדינות השונות.

כבוד האדם

החובה לכבד אנשים אחרים ולכבד אנשים אחרים היא עקרון יסודי גם בחשיבה הדתית ומבוססת על ההנחה שהאדם נברא בצלמו של האל (לדוגמא- ביזוי גופתו של אדם היא כאילו ביזוי של האל שבצלמו הוא נוצר). גם בספרות הפילוסופית יש חשיבות לנושא הכבוד מקום מאוד חשוב.

**כבוד האדם אצלנו בא לידי ביטוי ב- 2 סעיפים בחוק**:

סעיף 2 – שמירה על החיים, על הגוף ועל הכבוד- אין פוגעים בהן באשר אדם הוא אדם.   
במילים אחרות – למדינה אין זכות לפגוע.

סעיף 4 – כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו – לא רק שהמדינה לא יכולה לפגוע בחייו, גופו וכבודו של אדם, אלא היא גם חייבת להגן עליו.

הזכות לכבוד משמשת לפחות חלק משופטי בית המשפט כמשפך שבאמצעותו מנסים השופטים בתוך חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, להחיל גם את הזכויות שהוצאו ממנו או שנעדרו ממנו (כגון חופש הדת). ובאמצעות המילים "כבוד האדם" השופטים למעשה מחילים את כל שאר הנושאים. אפשר לבקר את המגמה הזאת: מבחינה קונטקסטואלית, בשני הסעיפים (2 ו- 4) הזכות לכבוד מדברת על הגוף והנפש, ולכן לא מדברים על כבוד בכלל (כמו חופש הדת) אלא על הגוף והנפש. מעבר לכך, אם יש זכות אחת שכוללת את כולם – לא צריכים להזכיר כלום, והיינו יכולים להגיד "כבוד" וזהו. ולכן – המגמה הזאת אשר לפיה מרחיבים את כבוד האדם, היא מגמה שאינה נכונה בהכרח.

מעבר לכך, ברור לחלוטין שחוקי היסוד החדשים הם תוצר של פשרה – והפשרה כללה הוצאה של כמה זכויות – ולכן להרחיב את הכוונה המקורית של המחוקק היא בניגוד לכוונה המקורית שלו.

נימוק נוסף מדור לא נכון להרחיב את מושג הכבוד: יש להניח שכאשר חוקקו את החוק, יש להבין מה זה "זכות לכבוד" במועד חקיקת חוקי יסוד. ואז היה למעשה המושג המצומצם נהוג.

במאמר של דני סטטמן – יש נימוק נוסף, אשר אינו מתייחס לקונטקסט, לחוקתיות אלא למה ראוי לנהוג במושג כבוד: גם אם מקבלים את כל הנימוקים שמעלה, מכאן והילך הוא ממליץ לקורא את המושג כבוד בצמצום, ולא ללכת לכיוון המרחיב. סטטמן מדבר על המושג "כבוד" כמשהו שמשתמשים בו ביותר מדי הקשרים, ובסוף יש לכך תמיד 2 הקשרים:

1. **כבוד במובן הקאנטיאני (ע"ש עמנואל קאנט) – הצד הקטגורי רואה את האדם כתכלית ולא כאמצעי.** אנו צריכים להמנע מלפגוע באוטונומיה של הזולת. הערך שאנו מייחסים לאנשים הוא מכח העובדה שהאדם הוא יצור בעל תבונה, המסוגל להשתחרר מהדטרמיניזם הכובל בעולם הטבע. יש לנו בחירה לפעול – וזה מה שמשפיע. האדם הוא בעל כבוד בזכות יכולתו לנהל חיים כאוטונומי.
2. **מובן נוסף הוא כבוד כיחס לא משפיל**: כבוד הוא הפוך מההשפלה.

סטטמן אומר שאם מרחיבים את המשמעות של כבוד – זה בעצם לפי ההגדרה של (1). כבוד = אוטונומיה ואוטונומיה = חופש התנועה. סטטמן אומר שזה למעשה דבר בעייתי – זה יותר מדי רחב. המשמעת של זה היא שבכל פעם שרק נחפוץ נוכל ללכת לבג"צ – כמעט כל פגיעה – נוכ לתרץ את זה שאנחנו נוכל להגיד שזה פגיעה בכבוד. ובכל פעם כזאת נוכל לעתור לבג"צ.

סר ישעיהו ברלין כתב מאמר בשם "שני מושגים של חירות" ובאותו מאמר מפורסם הוא דיבר על אבחנה בין חירות חיובית וחירות שלילית. **חירות שלילית – שאחרים לא מפריעים לעשות את מה שרוצים לעשות.** חירות חיובית **– היכולת לממש את עצמנו. מה שחשוב למימוש ולעיצוב העצמי – ושם אסור להפריע. הזכות לאוטונומיה צריכים לקרוא אותה כ**חירות חיובית **ולא כחירות השלילית (שהיא הרבה יותר מרחיבה).**

**השופט מצא מסביר שההגבלות על חופש הביטוי פוגעות באוטונומיה כמימוש עצמי. ואם נלך בכיוון הזה – אז אנחנו לא מדברים על החירות במובן הרחב – אז הזכות לאוטונומיה היא למימוש עצמי. כבוד במובן של מימוש עצמי.**

**סטטמן אומר על זה שחופש ביטוי הוא מימוש עצמי. אבל אם באמצעות דיבור מממשים את עצמנו, אז גם באמצעות התנהגויות ומעשים מממשים את עצמנו.**

**חופש התנועה – אם סוגרים נתיב תנועה בפני בן אדם – להגיד שסגירת נתיב התנועה פוגעת באוטונומיה שלו, זה נראה כמשהו מופרז ומופרך. ניתן להבין שזה מעצבן מאוד, אך זה בהחלט לא משהו שהוא פוגע בזכות למימוש עצמי. יוצא מכך, שסטטמן אומר שכדי שנשתמש בכבוד כמשפך שבאמצעותו אפשר להכניס את כל הזכויות לחוק היסוד, צריכים לפרש אותו במובן הקנטיאני- והפרשנות הזאת היא רחבה מדי – ומביאה דברים עד כדי אבסורד (נותנים הגנה חוקתית לדברים מיותרים) ומאידך – הפרשנות היא צרה מדי – כי יש דברים שהיינו רוצים לכרוך בפירוש הזה, ולא באים לידי ביטוי. ולכן אומר סטטמן שהוא לא היה מפרש את הזכות לכבוד כזכות לאוטונומיה.**

פס"ד קטלאן – פס"ד משנות ה- 70 שעסק בביצוע של חוקן חובה לעצורים. בית המשפט אומר שביצוע חוקן לעצור פוגע בשלמותו הרפואית, פוגע בצנעתו ופוגע בכבודו של אדם. יש פה השפלה לכל עניין ודבר. יש פה פגיעה בזכות, והמדינה צריכה להוכיח שזה בסמכות ובית המשפט לא השתכנע. אומר בית המשפט שאין למדינה סמכויות כאלה. צריכים לראות כיצד המחוקק מסמיך לעשות משהו כזה. ומכיוון שאין הסמכה – בית המשפט מבקש מהמחוקק לתת את דעתו בנושא. השופט חיים כהן (אשר הוא מתאפיין בהגנה על זכויות הפרט) רואה לעצמו הוראות למחוקק בנושא הזה. השופט לנדוי אומר שניטיב לעשות אם לא ידריכו את הכנסת ונשאיר לה להגדיר את התנאים בהם מותר לבצע בדיקה פולשנית.

פרשת קסטנבאום **– שופטי הרוב, ברק ושמגר, אומרים שהתנאי שלפיו הכיתוב יהיה רק באותיות עבריות ולא עפ"י הלוח הגרגוריאני פוגע פגיעה חמורה בכבוד האדם, ולכן לא ניתן לאכוף אותו. לעומת זאת, השופט אילון סבור שאין פגם. מה המשמעות של כבוד האדם בפרשת קסטנבאום? – כבוד האדם הוא כבוד המת, דהיינו רצונו המפורש של הנפטר – כך אמר השופט אילון. השופט ברק אומר שעל רצונו של אדם שאמר משהו לפני מותו – צריכים להגן על הרצון הזה. האם הכוונה כאן היא לכבוד במובן של יחס מוסרי/אוטונומיה, או אולי לדעת השופטים – אם איננו מכבדים את רצונו של המת אנחנו משפילים אותו, למעשה? קשה להיות בטוח במקרה זה.**

פס"ד דעקה **– הגב' סובלת מבעיה בכף רגלה השמאלית והחתימו אותה על הסכמה לניתוח וכשהיא קיבלה כבר טשטוש, החתימו אותה על טופס חדש לביופסיה בכתף והחליטו שמנתחים אותה קודם בכתף. הניתוח מסתיים עם כתף קפואה. היא תובעת את בית החולים בעוולת הרשלנות. עוולת הרשלנות היא מתחום דיני הנזיקין. בית המשפט דוחה את התביעה שלה ומשתמש בהלכה ידועה, שלפיה, גם אם מישהו התרשל – צריכים למצוא קשר סיבתי בין ההתרשלות ובין הנזק. במקרה שלנו, הניתוח לא היה התרשלותי, אלא בכך שלא היתה הסכמה. כדי לדעת אם יש קשר סיבתי כזה, יש לבדוק מה הסבירות שלו היא לא היתה מטושטשת, והיו נותנים לה את הנתונים – היתה מקבלת את אותה ההחלטה. ולאור העובדה שהיתה מקבלת את אותה החלטה – לכאורה יש לדחות את הפנייה. אבל בית המשפט אינו מסיים את הדיון בתיק – ומציין מכירים בזכותו של האדם לאוטונומיה, והאוטונומיה כאן נפגעה – כי לא קיבלנו את ההסכמה מדעת לביופסיה – ובכך נפגעה זכות יסודית שלה. השופט אוראומר שנקודת המוצא לדיון טמונה בהכרה בכך שלכל אדם זכות יסודית לאוטונומיה – הזכות להחליט על מעשיו ומאוויו ולפעול לפי החלטות אלה. השופט אור ממשיך: הזכות לאוטונומיה של הפרט אינה מתמצה במובן צר זה, של אפשרות בחירה. היא כוללת גם רובד פיזי של הזכות לאוטונומיה, הנוגע לזכותו של אדם שיעזבוהו לנפשו – לכל אדם חירות מפני התערבות בגופו ללא הסכמתו. במילים אחרות – טיעון האוטונומיה, אחת הבעיות איתו , הוא שהוא רחב מדי: אנחנו מאבדים אתהעושר בהצדקות המקומיות לזכויות. כל הזכויות הן תוצר לאוטונומיה, אבל לכל אחת יש את הרציונאל האישי שלו. התהליך הזה הוא לא רק הרחבה של הזכות לכבוד, אלא זה הופך להיות "סניף" של אוטונומיה – ואז "מניעת ההשפלה" נבלעת בתוך האוטונומיה. השופט אור הולך במסלול של תחולה עקיפה: הפגיעה באוטונומיה ניתן לפגוע בה אם זה נזק בר פיצוי לפי הנזיקין. ומאחר ויש כאן התרשלות – יש לפצות. הצורך לקבל את הסכמתו של חולה היא חלק מחובת הזהירות של הרופא. ואם הוא לא קיבל – אז הוא התרשל. עכשיו צריכים לפתור את בעיית הקשר הסיבתי 🡨 אבל הבעיה היא לא הכתף שלא עובדת. ובמקרה זה – הנזק מתבטא בעצם העובדה שלא שאלו אותה – ופגעו באוטונומיה שלה. הנזק הוא בעצם העובדה שפגעו באוטונומיה שלה. מושג שסתום נוסף מעולם הנזיקין הוא** רשלנות – זהו מושג רחב שבית המשפט אומר שעוולת הרשלנות היא למעשה פגיעה באוטונומיה, במקרים מסויימים. יש פה החלה של עקרון חוקתי במערכת יחסים נזיקית, והפיצוי יהיה עפ"י עקרונות דיני הנזיקין. והשאלה היא האם היה פה נזק או לא – זה לפי דיני הנזיקין. בית החולים חייב לכבד את האוטונומיה של הגב' דעקה – דרך הגדרת המושג עוולה ונזק ובסוף זה נגמר בפיצוי.

פס"ד שפר **– ילדה עם מחלת טאי-זקס, וכשהילדה היתה בת שנתיים ההורים מבקשים שאם המצב של הילדה ידרדר, לא יינתן לה הטיפול. פס"ד ניתן אחרי פטירתה של הילדה. השופט אילון מבקש להכריע לפי גישת היהדות – כבוד האדם פירושו שלא לבזות את האדם בצלם האל – ובהמתה יש אלמנט של ביזוי. זה בעצם מדבר על ההשפלה ולא על האוטונומיה. סטטמן אומר שכבוד = חיים; המשמעות של זה אומר שאף פעם אין השפלה במהלך החיים, האם אין מצב כזה שיש חיים שבהם יש השפלה? יש מצבים של חיים שהם חיי השפלה. סטטמן אומר שיתכן שלא הבנו נכון את אילון: כבוד כיחס מוסרי, שנובע מצלם האדם. יש כאן אותו מבנה חשיבה של הקנטיאנית- בגלל שהאדם הוא בצלם האל, האדם הוא בעל כבוד – ובגלל הכבוד יש לו מעמד מוסרי מיוחד בעולם, ומתוקף כך נדרשות כל מיני התנהגויות לגבי האדם. זה נשמע יותר כמו חשיבה אקסיומאטית ולא משהו קונקרטי. בהמשך השופט אילון אומר שהילדה אינה סובלת ואינה מתייסרת – וכבודה נשמר מעל ומעבר. ולכן כשהוא בא להגיד מדוע אינו מאפשר המתת חסד – בגלל שהיא לא מושפלת ולא סובלת. זאת אומרת, שהשופט אילון מעט סוטה מהגישה הקודמת שאומר השופט אילון שהמוות הוא ההשפלה. לכאורה, בשלב הראשון, הוא מדבר על כבוד כמניעת השפלה; בשלב השני – הוא מדבר על זה שלאור העובדה שאינה סובלת – אז אין להמיתה כיוון שאינה מושפלת.**

זכויות חברתיות / זכויות בענייני רווחה

**מה כוללים כשאומרים זכויות אדם? את זכויות האדם ניתן לחלק ל- 2 קבוצות:**

1. **זכויות אזרחיות ופוליטיות 🡨 כל זכויות האדם הטריוויאליות כגון דת, ביטוי, קניין, תנועה, גישה לערכאות, עיסוק. זכויות אלו מכונות פעמים רבות כזכויות דור א'.**
2. **זכויות חברתיות / בענייני רווחה) 🡨 דיור, בריאות, חינוך, תנאי מחיה מינימאליים. זכויות אלו מכונות פעמים רבות כזכויות דור ב'.**

**מדוע נוהגים להבחין ביניהם? חוקות ברוב העולם מבחינות בין 2 הקבוצות. קבוצת זכויות דור א' נמצאות ברוב המקומות. זכויות דור ב' לרוב לא נמצאות בחוקה ואם נמצא אותן בחוקה, אנחנו נמצא אותן כ**זכויות פרוגרמטיות **– כחלק מאיזושהי תפיסה או הצהרה להעניק לאזרחים את הזכויות הללו. ואם זו שאיפה או הצהרה – אז לאדם אין זכות מלאה לתבוע אותן (זה עם הרבה "תנאים"). לעיתים, אפילו אם הן כבר מנוסחות בניסוח דומה לזכויות הפוליטיות, בפועל אנחנו נראה שבית המשפט יאמר וימצא דרכים למנוע מהאזרח את האפשרות לעתור ולמנוע מימוש של זה.**

**ניתן היה לחשוב שההבדל בין 2 הקבוצות הללו הוא הבדל אשר נובע מכך שמישהו חושב שזכויות חברתיות הן פחות חשובות, ולא בטוח שמגיע לאדם כאלה זכויות או שהזכויות דור ב' הן פחות בסיסיות. אין לנו כאן בהכרח סטטוס מופחת. אם לא מוכנים להפוך את זה לזכויות חוקתיות, אין זה אומר שיש לאמץ דגם של מדינה קפיטליסטית ולדחות את הדגם של מדינת רווחה. דיור, בריאות, חינוך ותנאי מחיה מינימאליים הם דברים שמוכרים לנו ממדינות רווחה. בהיעדר ההכנסה של זכויות אלה למעמד חוקתי – האם זה אומר שהמדינה היא קפיטליסטית ולא מדינת רווחה? – לא בהכרח. שכן ימין כלכלי (קפיטליזם) משמעותו שמקדשים יותר את ערך הקניין. תפיסה אחרת מדברת על שמאל כלכלי (רווחה) –ואז ברגע שהמדינה נכנסת לעניין הזה היא "לוקחת לנו המון" (מיסוי) ואז לרוב נפגעות זכויות אחרות במעט. הקפיטליסטים לא יסכימו להכניס את הזכויות האלה (דיור, בריאות, חינוך) לחוקה. באופן עקרוני, אדם יכול להיות שמאל חברתי – ולחוקק את הנושאים של זכויות חברתיות לחוק ולא למערכת החוקתית. במקרה שלנו, לפחות לצד אחד – שני הדיונים הם נפרדים: יש את השאלה הערכית ויש את השאלה של איפה ההכרעה וההגדרה תהיה.**

**בהנחה שהמדינה היא מדינה שערכי הרווחה חשובים לה, האם זה אומר שהמדינה צריכה לחוקק את הנקודה הזאת כחוק רגיל, או את הזכויות האלה כחלק מהחוקה שלה? בחוקות של מדינות העולם – זכויות חברתיות לרוב לא מופיעות או אם הן כן מופיעות כזכויות חוקתיות – אז בית המשפט לא תמיד נותן את המענה. יהיה מי שיגיד – שזה עניין של התפתחות והתקדמות ושהעניין הזה הוא עניין של זמן.**

**האם חייבים להכניס את זה במסגרת חוקה? לא. למה?**

**יש אבחנה בין הקבוצה הראשונה, של זכויות פוליטיות ובין הזכויות החברתיות. הקבוצה הראשונה מטילה המדינה חובות שליליות והקבוצה השנייה מטילה על המדינה חובות חיוביות. לדוגמא- לא לשלול חופש ביטוי; לעומת זאת – בעולם הבריאות, לדוגמא, אומרים מה כן צריך לעשות.**האם זה נכון? **יש הטוענים שיש לזכויות אזרחיות ופוליטיות גם מופע חיובי וגם שלילי. לדוגמא להגיד "ניתן לאפשר תשדירי תעמולה" או "מימון בחירות" זה משהו חיובי לכל עניין ודבר, וזה עדיין במסגרת זכויות דור א'. מהצד השני, אם גרים ליד אנטנות סלולאריות, זה זכויות לבריאות (דור ב') שהן על דרך השלילה.   
זאת אכן טענה, אבל מחמיצים פה את העיקר. המוקד של הזכות – בכל אחת מן הקבוצות, הוא שונה. כשמדברים על זכויות חברתיות, דור ב', הפאן השלילי קיים אבל הוא טריוויאלי (שהמדינה לא תפגע בבריאות...). מדובר על זכויות מאוד חיוביות. לעומת זאת, כשמדברים על זכויות דור א' – הזכות לחופש ביטוי בהחלט לא טרויוואלית, לדוגמא. יש משמעות מעשית לדרישה לכבד את חופש הביטוי במופע השלילי. כשמדובר בזכויות חברתיות – מרכז הכובד הוא במובן החיובי.**אז מה זה אומר? **– יש כאן איפיון נוסף. זה קשור לנימוק הראשון – הזכויות מהסוג הראשון הן זכויות בהירות, והזכויות מדור ב' הן זכויות עמומות. כשמדברים על זכות לחופש הביטוי – ברור על מה מדובר. אבל כשמדברים על זכות לחופש בריאות – לא ברור איפה הגבול עובר.זה די קשור לשאלה הקודמת – כשאומרים "אל תעשה" ברור למה הכוונה. וכשמדברים על "תעשה" – לא ברור תמיד מה הכוונה. בזכויות שליליות העמימות מתחילה בהגדרת הזכות. הנקודה החשובה היא שבסיס הטענה הוא מוסדי: כשמדברים בחוקה, להבדיל מחקיקה ראשית, מי צריך לבצע את כל התהליך של הגדרת מסגרת הזכות? בית המשפט! בית המשפט הוא זה שיגדיר את הזכות ויבצע את האיזונים.   
יש טענה שמבכים את הכח שניתן לבית המשפט בנושא דור א', ועכשיו מוסיפים עוד בעיות – נותנים לבית המשפט כח בדור ב'. כשמגיעים למשחק של זכויות חברתיות – הנושא הוא נושא תקציבי ושיקולים כלכליים. לבית המשפט אין את הכלים ואת היכולת והזמן לראות תמונה כללית בתחומים הכלכליים... גם פה אפשר לחשוב על אפשרויות ביניים: לדוגמא; תנאי מחייה מינימאליים (הבטחת הכנסה) – אומרת דורנר שאם המדינה מסכימה שזאת זכות חוקתית – אז המדינה צריכה להגיד מהי הכנסה ששווה לתנאי מחייה מינימאליים (דורנר מבקשת להגדיר "מספר" – מהם תנאי מחייה מינימאליים). ואז השופטת דורנר פרשה והצו על תנאי שלה בוטל. בעצם מה שקרה, הוא שהשופטת דורנר התערבה בזכויות שהן חברתיות/רווחה: היא הציעה מודל ביניים במידת המעורבות בבית משפט. היא אומרת שלא בית המשפט ייקבע מהם תנאי הזכות למחיה מינימאליים. אבל היא אומרת שהמדינה צריכה להגיד מהם תנאי מחייה מינימאליים. איך אפשר להגיד באותו משפט שזו זכות חוקתית, תנאי מחייה מינימאליים, ובאותו משפט להגיד שאנחנו לא יודעים מהו ה"ערך" של תנאי מחייה מינימאליים? דורנר משמשת איזה סוג של "כלב שמירה" אשר דורש מהרשות המבצעת או מהמחוקק – להגן וקבוע סטנדרטים וסכום.**

מה המצב בישראל**?**

**אפשר לזהות בישראל 3 מגמות:**

1. **בית המשפט מוכן להכיר במעמד החוקתי של הזכויות החברתיות**
2. **בית המשפט מוכן לשקול/לאמר שניתן לאמר שהם נכללים בחוקי היסוד הקיימים**
3. **בית המשפט מסתייג מאכיפה בפועל של הזכויות – כשמגיעים לרגע האמת והוא צריך לטפל, אז הוא לא מטפל.**

פס"ד עמותת שוחרי גילת **– מפעיל תוכנית העשרה לילדים שנולדו בתנאי מצוקה. לוקחים ילדים קטנים ומביאים אותם ל"נקודת ההתחלה" ללא פיגור. למרות שהילדים הם נורמטיביים, הם מגיעים לבית הספר כבר עם בעיות. מקבלים מהמדינה תמיכה במשך שנים – ואז פתאום המדינה מפסיקה את התמיכה. העמותה אומרת שהמדינה פוגעת בזכות של הילדים האלה לחינוך. הם מביאים כל מיני טיעונים ממגילת העצמאות וכן שהזכות לחינוך מובילה לזכות חירות ותנאי מקדים לזכויות אחרות.**

**השופט שכותב את חוו"ד העיקרית הוא השופט אור. הוא אומר שהחינוך הוא מכשיר חברתי. עם זאת, אין באמור כדי לחייב את המסקנה כי קיימת במשפט הארץ זכות יסוד חוקתית לחינוך. וזאת, בשל העובדה שזכות חוקתית טעונה עיגון חוקתי – והעותרים לא הביאו עיגון כזה. אין לגזור מזכות היסוד לכבוד את הזכות לחינוך.** מודל רחב **– לקוח מספרו של פרופ' אהרון ברק – פרשנות במשפט פרשנות חוקתית" – כשברק עוסק בשאלת הזכויות החסרות, ועוסק בזכות לכבוד, אומר ברק שאת הזכות לכבוד ניתן לפרש ב 3 דרכים:**

1. **פירוש רחב – כבוד כזכות נשגבת שכולל בתוכו את כל הזכויות (דור א' + ב')**
2. **פירוש בינוני – אפשרות הביניים לא רחבה ולא מצומצמת – היא ביניים. היא כוללת רק את כל הזכויות האזרחיות והפוליטיות.**
3. **פירוש צר – פירוש הזכות לכבוד כמשהו מצומצם – בעיקר בהיבט ההשפלה.**

**האם זכות היא חוקתית – לא תלוייה בעובדה האם היא כתובה בחוק יסוד כבוד האדם וחירותה, כי היו הרבה זכויות שהיו מוכרות לפני שהיו חוקי היסוד של 1992. אומר השופט אור שהוא לא יודע האם הדבר הוא זכות חוקתית – כי זה לא כתוב. כדי לדעת אם זו זכות חוקתית, זה לא צריך להיות מעוגן אלא בית המשפט צריך להגיד שזו זכות חוקתית "זכותו הטבעית של כל אדם".**

**השופטים דורנר וטל לא התעסקו בשאלה החוקתית – כי גם אם זו זכות חוקתית, לא היתה פה פגיעה קשה אלא פגיעה סבירה.**

**יש כאן דיון – שבו מתחילים לדון בזכות לחינוך – אבל לא מתעסקים בה יותר מדי ולא פוסלים החלטות באשר לזכויות דור ב'.**

פס"ד ית"ד **(ילדים עם תסמונת דאון) – חוק חינוך מיוחד קובע בסעיף 4א' שהמדינה אחראית למתן חינוך מיוחד חינם. סעיף 7 לחוק – שהוא תיקון לחוק חינוך מיוחד – "ועדת השמה תקבע את זכותו של ילד לחינוך מיוחד ולמוסד לחינוך מיוחד. בבואה לקבוע השמתו.... תעניק העדפה למוסד חינוך רגיל המעניק גם שירותים מיוחדים" – דהיינו יש העדפה שהוא ישתלב במסגרת רגילה.**

**במילים אחרות, התיקון לחוק אומר שהוא נותן מימון למוסדות חינוך מיוחד, אבל לא לטיפול מיוחד במוסדות חינוך רגילים. דהיינו – שהזכות לחינוך מיוחד חינם, אבל אם יש אוכלוסיות מיוחדות: איך קוראים את סעיף 4 לאור סעיף 7. סעיף 4 🡨 חינוך חינם ; סעיף 7 🡨 העדפה לשילוב רגיל; האם חינוך חינם נכלל בתוך שילוב רגיל?**

**דורנר אומרת: חזקה פרשנית – אם התכלית של החוק היא לתת חינוך חינם למיוחדים, אזי לא צריכים לדון במעמד בזכות לחינוך. היינו יכולים להסתפק בפרשנות פשוטה של החוק: יש חוק שאומר חינוך מיוחד חינם, ויש סעיף אחר שאומר – שחינוך מיוחד הכי טוב הוא בשילוב בחינוך רגיל. מה המטרה הכללית? לתת חינוך מיוחד חינם הכי טוב שיש, כדי שהילדים יוכלו להשתלב. פרשנות פשוטה של החוק היא שהזכות לחינם כולל גם את השילוב. ואז דורנר אומרת שהזכות לחינוך הוכרה כזכות יסוד.... עם זאת השאלה לגבי השילוב של זכות לחינוך כלולה בחוק יסוד כבוד האדם – דורנר לא בטוחה בזה. אבל בפועל, לא היינו צריכים לשאול האם זאת זכות חוקתית בכלל, כי ניתן היה לפרש את החוק אך ורק מתוך עצמו – ולא לשאול מה התכלית הפרטיקולרית של החוק.**

פס"ד גמזו נגד ישעיהו – **גמזו פונה לבית המשפט בנושא מזונות ומבקש שחובו ייפרש. בית המשפט אומר שיש להעדיף את הזכאים למזונות על פני החייבים. ערעור לבית המשפט העליון: גמזו טוען שהוא יישאר ללא כל. הנשיא ברק קובע שהזכות לכל אדם לתנאי מחייה מינימאליים היא זכות יסוד. ולכן לגרושתו ולביתו יש זכות למחייה מינימאלי. אבל גם לו יש זכות לתנאי קיום מינימאליים ותכלית זו מעוגנת במסגרת החוק. אדם המתגורר בחוצות ואין לו דיור, או אדם שהוא רעב ללחם – הוא אדם שכבודו נפגע, ולכן מחובתו של בית המשפט צריך לקבוע תשלומים – שכן בלי זה לא יוכל החייב לקיים את עצמו במינימום.**

**במקרה זה – זה לא שהזכות לכבוד מחייבת את המדינה לתת לגמזו משהו. הזכות לכבוד פה היא לא לקחת מגמזו משהו. אז זה בעצם זכות לכבוד במובן השלילי שלה. המדינה מקילה עליו – אבל זה ע"ח האישה והבת. למדינה אין אינטרס – אבל מי שנפגע זה האישה והבת. אין פה מקרה קלאסי של דרישה מהמדינה להכניס את ידה לכיס של גמזו.**

פס"ד מנור **– האם הפחתת קצבאות הזקנה, אשר נקבעה בחוק, האם היא חוקתית? זה פוגע בזכות החוקתית לקיום בכבוד בצורה מינימאלית. בשביל להכניס את הזכויות האזרחיות והפוליטיות בתוך הזכות לכבוד –אנחנו צריכים להבין כבוד כפגיעה באוטונומיה. הזכות לתנאי מחייה מינימאלית – היא בהחלט בתוך הזכות בכבוד, כי יש בה מן ההשפלה והפגיעה. האם ההפחתה עומדת בתנאי החוק? ההפחתה גורמת לכך שלא יכולים לקת אוכל, תרופות בסיסיות. בית המשפט אומר שהזכות הזאת היא חוקתית, אבל אין אפשרות לפסוק, כיוון שאי אפשר לדעת משהו: גימלת הבטחת הכנסה – האם האנשים האלה כאשר הפחתנו להם את הפנסיה, ואם לוקחים בחשבון גם את הבטחת ההכנסה, יש להם מעט מדי. דהיינו, מדינת ישראל מספקת מס' פתרונות: קצבאות זקנה + הבטחת הכנסה. וצריכים להסתכל על כל הנתונים בו זמנית. כאשר באים לעשות חשבון האם בן אדם נמצא מעל או מתחת למינימום – יש לקחת בחשבון את כל ההכנסות.**

***תיקון לחוק הבטחת הכנסה*- במסגרתו בוטלו כל מיני הטבות שניתנו. יש בחוק, במערכת החקיקה, כל מיני התניות: מי שמקבל השלמת הכנסה מקבל פטור מ- X ומ- Y.... ובמסגרת זו בוטלו חלק מההטבות. ואומרים העותרים ב**פס"ד עמותת המחוייבות לשלום ולצדק חברתי **– שהפגיעה הזאת גורמת לפגיעה בזכות בסיסית. גם פה דורנר נתנה צו על תנאי וברק ביטל אותו: הזכות לכבוד אינה אומרת שהגימלה צריכה להיות בסכום מסויים אלא לכך שבהינתן כל יכולות הסיוע- אנו צריכים לתת קיום בכבוד – ושהחוק מלכתחילה מדבר על *מינימום*.**

**ממה כל ההימנעות הזאת נובעת? ברק מיישר קו עם מדינות אחרות. הוא מוכן באופן עקרוני להכיר במעמד החוקתי של הזכויות החברתיות, אבל כשזה מגיע לאכיפה – שם הוא נעצר. הוא יוצר סוג של חסמים שלא מאפשרים בפועל לאכוף את הזכויות.**