

מתוך: זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל.
עורכים ד"ר יורם רבין, ד"ר יובל שני
בהוצאת רמות – אוניברסיטת תל אביב, תשס"ה-2004

על היחסים בין זכויות אזרחיות-פוליטיות ובין זכויות חברתיות-כלכליות

רות גביזון*

1. מבוא
2. אופיין של זכויות-אדם
 1. זכויות-אדם הן קדם-משפטיות ו"שייכות" לכל אדם שאשר הוא
 2. זכויות יוצרות זכויות רבות-עוצמה
 3. ההיבט המוסדי: אכיפתן של זכויות
3. האם ניתן להעניק לאינטרסים חברתיים-כלכליים הגנה של זכויות אדם?
4. ההיררכיה בין זכויות אזרחיות-פוליטיות לבין זכויות חברתיות-כלכליות
5. קניין, חירות וצדק חברתי
6. בעיות חברתיות-כלכליות חמורות ומשטרי דיכוי
7. מידת אכיפותן של זכויות אזרחיות-פוליטיות וזכויות חברתיות-כלכליות
8. הגנה על זכויות לעומת הגנה כזכויות
9. השלכות הגלובליזציה
10. במקום סיכום

א. מבוא

במאמר זה אנסה להתמודד בקצרה עם היחסים בין אינטרסים המסווגים בדרך-כלל כזכויות אזרחיות-פוליטיות לבין אלה המסווגים בדרך-כלל כזכויות חברתיות וכלכליות.¹ לכאורה, סוגיית היחסים בין קבוצות האינטרסים אינה נראית בעלת חשיבות מיוחדת. הצורך להתייחס אליה נובע מכך שהובעו עמדות במגוון אדיר. המחלוקת נסבה סביב שתי סוגיות

* מרצה בדרגת פרופסור מן המניין. הקתדרה ע"ש חיים כהן לזכויות-האדם, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

תודה לפול ספיאר והמשתתפים בסדנה של אוניברסיטת האו"ם (UNU) שהתקיימה באוניברסיטת פרינסטון, באוקטובר 1999, על הערותיהם המועילות לטיטה מוקדמת של המאמר. תודה גם ליעל רונן שעזרה לי בהכנת המאמר לפרסום באנגלית, ולנחשון פרוז על עזרתו בהכנתו לפרסום בנוסח העברי. נוסח אנגלי של המאמר פורסם בספר: R. Gavison "On the Relationships between Civil and Political Rights and Social and Economic Rights" (2003) 23 J.M. Coicaud and others, eds., New York, J.M. Coicaud and others, eds., 2003).¹ בקבוצה הראשונה אני כוללת את הזכות לחיים ושלמות הגוף; הזכות לא להיות חשוף לעינויים או ליחס משפיל; חירויות-יסוד כגון חופש המצפון, חופש הדת, חופש הביטוי וחופש ההתאגדות וההתאספות; זכויות ההשתתפות בחיים הפוליטיים; חופש התנועה והחופש ממאסר-שווא; הזכות לא להיות מופלה לרעה; הזכות למשפט ולהליך הוגן. מעניין ואף רלוונטי לציין כי במסמכים מסוימים, הזכות לקניין נמנית עם הזכויות האזרחיות והפוליטיות, אך היא נעדרת ממסמכים אחרים. הקבוצה השנייה של הזכויות כוללת את הזכות לחינוך; לדיוור; לרמת חיים נאותה ולשירותי בריאות; החופש מעוני; הזכות לעבודה ולמנוחה; במילים אחרות, הקבוצה השנייה כוללת את זכויות הרווחה.

קשורות זו לזו אך מובחנות זו מזו: האמת, היחסים בין סוגי האינטרסים הנידונים; האחרת, השאלה אם יש להכיר בהם כזכויות-אדם בסיסיות. יש הטוענים כי שתי קבוצות האינטרסים חשובות לרווחת האדם במידה שווה, ועל-כן יש לראות בשתיהן זכויות-אדם בעלות חשיבות ומעמד שווים. השקפה זו זכתה "בניצחון" בעת אימוץ ההכרזה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם, בשנת 1948.² התפיסה כי שתי הקבוצות מובחנות ונפרדות זו מזו, ואף צריכות להישאר כך, גברה כאשר ההכרזה תורגמה לשתי אמנות זכויות האדם, בשנת 1966,³ וחזון זה זוכה בתמיכה מכיוון של תיאוריות רבות של הפילוסופיה הפוליטית. השאלה איזה אשכול זכויות ראוי לעליונות על האשכול האחר נענתה בדרכים מגוונות: יש המבקשים להעניק עליונות לוגית, נורמטיבית ופוליטית לזכויות אזרחיות-פוליטיות. עמדתם של אלה בנוגע לזכויות חברתיות-כלכליות הינה עמדה של אדישות או עוינות, הגם שהם אוחזים בגישות שונות כלפי אינטרסים חברתיים-כלכליים (מערכת המשפט האמריקאית מייצגת עמדה זו). חשוב להדגיש כי תיאוריות מערביות רבות של צדק פוליטי וליברליזם רואות בזכויות אזרחיות-פוליטיות רכיב חיוני במדינה דמוקרטית-ליברלית, אך אינן מתייחסות להטבות חברתיות-כלכליות כאל זכויות. יתר על-כן, כמה מתיאוריות אלה אף מציגות את המיסוי הנחוץ לחלוקת משאבים מחדש לשם הגשמת האינטרסים החברתיים – הכלכליים כפגיעה בזכויות אזרחיות-פוליטיות, ובמיוחד בחירותו של האדם ובזכותו על קניינו. אחרים טוענים כי בהיעדר סיפוק של צרכים חברתיים-כלכליים, אינטרסים אזרחיים-פוליטיים הינם משניים וחסרי משמעות. על-כן האינטרסים הראשונים גוברים על האחרונים ומצדיקים לעיתים אי-הגנה על דרישות אזרחיות-פוליטיות על-מנת להבטיח דרישות חברתיות-כלכליות. הבדלי גישות אלה מעניקים חשיבות תיאורטית ומעשית לדיון בנושא היחסים בין האינטרסים האמורים, והם אשר יכתבו את מבנהו של מאמר זה.

המאה העשרים מתוארת תכופות כ"עידן הזכויות". על רקע זה אין כל צורך לדון במחלוקת סביב השאלה אם "שיח זכויות" הינו דבר רצוי בכלל, שכן עניין זה כבר הוכרע.⁴ למעשה, הצלחתו הרבה של "שיח הזכויות" מסבירה את קיומן של מגמות נוכחיות, כגון הניסיון לזהות כל דבר הנראה רצוי כ"זכות"; הניסיון לטעון שכל מדיניות הנראית בלתי-רצויה מאוד אינה רק מדיניות גרועה, אלא גם אינה עולה בקנה אחד עם זכויות; ונקיטת עמדות המסרבות להעניק מעמד של זכויות לאינטרסים שנתפסים כבלתי-לגיטימיים. טיעוני המרכזי במאמר זה הינו כי במקרים רבים, מגמות אלה מטעות ואף מסוכנות. לזכויות חשיבות רבה, אך אסור לאפשר להן להשתלט על השיח המעשי כולו, לשבש אותו או לרוקן אותו מתוכן. עם זאת, אין להניח לקשיים של אכיפה למנוע הכרה באינטרסים מתאימים כזכויות. בתמצית, טיעוני יהיו כדלקמן: זכויות הינן ישויות נורמטיביות מיוחדות, זכויות-אדם הינן תת-קבוצה של הזכויות; לזכויות יש תפקידים מוסריים, פוליטיים ומשפטיים שונים; האינטרסים הבסיסיים הדרושים לשמירה על כבוד האדם ולהבטחת שגשוגו צריכים להיחשב לזכויות, ואינטרסים אלה כוללים הן אינטרסים אזרחיים-פוליטיים והן אינטרסים חברתיים-כלכליים; במובן זה, שתי קבוצות האינטרסים תומכות זו בזו כרכיבים בכבודו הבסיסי של האדם, וסיפוק שני סוגי הצרכים נחוץ על-פי התפיסה המאחדת של כבוד

² Universal Declaration of Human Rights, G.A. res. 217A (III), U.N. Doc A/810 (1948) 71

³ האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, מס' 1038, ע' 290 (להלן: האמנה בדבר זכויות אזרחיות); האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, מס' 1037, ע' 205 (להלן: האמנה בדבר זכויות חברתיות).

⁴ אכן, זו העמדה שנקטת גם ברוב הספרות המבקרת את "שיח הזכויות", כגון: M.A. Glendon *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse* (New York, 1993). הביקורת אינה שוללת כליל את התועלת שבזכויות, אלא מציגה את הסיכונים הטמונים ב"שיח זכויות" אימפריאליסטי מדי, יחד עם הדגשת חשיבותה של הגנה על זכויות.

האדם; אין כל סיבה היסטורית, הגיונית, פוליטית או מוסרית לסבור שרק עניינים אזרחיים-פוליטיים יכולים, וצריכים להיות, בעלי מעמד של זכויות.

אולם אין זו אלא תחילתה, ולא סופה, של דרך. עצם ההכרה בזכות, כשלעצמה, אינה מגלה הרבה על היקפן ואופיין של החובות שהטלתן הינה לגיטימית ונבונה על-מנת להגן על הזכות. מכיוון שזכויות מתנגשות בינן לבין עצמן, ומאחר שאין הן גוברות בהכרח על כל האינטרסים האחרים, היקפן הספציפי של הזכויות הוא, לעיתים קרובות, עניין שצריך להיות מוכרע על-ידי התהליכים הפוליטיים של כל חברה וחברה. יש מגוון רחב של הכרעות כאלה העשויות להתיישב עם מחויבות כללית לזכויות האדם. הבחירה בין ההסדרים החברתיים החלופיים צריכה להיות מבוססת על שיקולים מוסריים, פוליטיים ואמפיריים, ולא על מהלכים מושגיים, הגדרתיים או אנליטיים. בפרט, ההכרה בזכות לחירות או לקניין, כשלעצמה, אינה מובילה לדחייה גורפת של מיסוי וחלוקה מחודשת של משאבים לשם הבטחת רמה מסוימת של רווחה חברתית-כלכלית לכל. כמו-כן, הזכות לשוויון אינה יכולה, כשלעצמה, לחייב חלוקה מחדש מקיפה. עלינו להבהיר תחילה את משמעותה של "הזכות לשוויון" ולדון בדרך שבה זכות כזו עשויה להתחרות בזכויות ובאינטרסים אחרים.

לבסוף, היחס בין סוגי הזכויות הינו מורכב. ניתן לגזור הן זכויות אזרחיות-פוליטיות והן זכויות חברתיות-כלכליות מהתפיסה המאחדת של כבוד האדם – הן משלימות זו את זו. זכויות אזרחיות-פוליטיות עשויות גם להגביר את היכולת להיאבק ביעילות למען זכויות חברתיות-כלכליות ולמזער אסונות חברתיים-כלכליים. עם זאת עשוי להיווצר מתח בין הזכויות, הן בתוך אשכולות הזכויות (למשל, המתח בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב והזכות לפרטיות) והן בין אשכולות הזכויות השונים.

לפני שאגש לדיון מרחיב בכמה מנושאים אלה, יש להעיר שתי הערות מקדימות: ראשית, היקף הנושאים הנידונים במאמר זה הינו רחב ביותר, והספרות העוסקת בכל אחת מן התזות המוכרות כאן הינה אדירה וממשיכה להתפתח בהתמדה. לעיתים ייאלץ הדיון כאן להיות שלדי ביותר, תוך הצגת נקודות מרכזיות כטענות במקום כמסקנות הנובעות מטיעונים. כל שאוכל לומר בשלב זה הוא כי בחירה זו הכרחית על-מנת לתחום למאמר גבולות סבירים, וכי ניתן לבסס בצורה מלאה יותר את כל הטענות הללו. אכן, במקרים רבים הטענות נתמכות באופן מפורט בספרות הרלוונטית.

שנית, אם נקבל את הטענה כי זכויות-אדם הינן דבר אוניברסאלי, מתאים יותר לאכוף אותן באמצעות משטרים בינלאומיים. זכויות חוקתיות וזכויות חוקיות הינן, בדרך הטבע, בעלות אופי פרטיקולארי יותר ומיוחדות לחברות הספציפיות שבהן הן נוהגות.⁵ יתר-על-כן, לזכויות אחרונות אלה יש תמיכה מוסדית חזקה הקשורה למוסדות של המדינות והחברות שבהן הן פועלות. במאמר זה אתמקד במנגנונים הפנים-מדינתיים של פירוט הזכויות ואכיפתן. לשם כך אנוע בין דיון אנליטי ובינלאומי בזכויות האדם לבין ההכרה בהן מצד המערכות הפנים-מדינתיות.

ב. אופיין של זכויות-אדם

⁵ זכויות מוסריות עשויות לייצג מצב-ביניים. יש הגורסים כי הן אוניברסאליות ונצחיות מטבען, בעוד אחרים פונים למושגים שהינם תלויי-הקשר ותרבות. העמדה השנייה הינה רלוונטית בעליל למוסר פוזיטיבי.

1. זכויות-אדם הן קדם-משפטיות ו"שייכות" לכל אדם באשר הוא

זכויות-אדם הינן תת-קבוצה של זכויות. הדיון סביב אופיין של זכויות הינו מורכב ומתמשך. אנו נגביל את הדיון לשאלות הקשורות לזכויות המתפקדות כזכויות-אדם.⁶ זכויות-אדם הן זכויות ה"שייכות" לכל אדם ואינן תלויות בנתונים הספציפיים של כל פרט או במערכת היחסים בין מחזיק הזכות לבין מעניק הזכות. יתר על-כן, זכויות-אדם קיימות ללא כל קשר לשאלת הענקתן או ההכרה בהן מצד המערכת המשפטית והחברתית שבה אנו חיים. הן מכשירים להערכת ההסדרים הקיימים האלה: המצב הרצוי הינו שההסדרים הללו לא יפגעו בזכויות-אדם. דהיינו, זכויות-אדם הינן זכויות מוסריות וטרום-משפטיות. אין הן מוענקות על-ידי בני-אדם ואין בני-אדם יכולים להפקיען. בני-אדם יכולים רק לכבדן או להפר אותן. במקרים רבים, זכויות-אדם הן מערך של סוגי ההטבות שמנה הופלד (Hohfeld) – זכויות-תביעה, שכנגדן חובות, חירויות, חסינויות וכוחות. יהא סוגן אשר יהא, תפקידן המיוחד של הזכויות הוא להצדיק הטלת חובות על אחרים.⁷ חובות אלה הן היוצקות תוכן להיקף הזכאות של מחזיק הזכות.

2. זכויות יוצרות זכאויות רבות-עוצמה

עולה מן האמור כי דרישה להגנה על זכות או לביצוע חובה המקבילה לה אינה עניין של חסך או אפילו צדק. למחזיק הזכות יש תביעה שהחובה המממשת את זכותו תבוצע.⁸ מאפיין זה של עוצמה מייחד את כל הזכויות, לא רק את זכויות האדם. גם אם לא תתקבל עמדתו של דוורקין (Dworkin) כי זכויות מתפקדות כקלפים-מנצחים,⁹ דבר השולל את האפשרות לפגוע בהן מטעמים שבשיקול-הדעת או משיקולי תועלת, או תפיסתו של נוזיק (Nozick), הרואה בזכויות מגבלות-תוחמות-פעולה (side-constraints),¹⁰ הרי שזכויות מספקות בכל-זאת סיבה לפעולה שיש לה מעמד ומשקל שונה מאשר טעמי פעולה אחרים. כך, למשל, הן מקנות את הזכות לעשות עוול, דהיינו, הן מגינות על מחזיק הזכות מפני התערבות גם אם לא ניתן להצדיק את המקרה הספציפי של השימוש בזכות לאור ניתוח המביא בחשבון את כל השיקולים הקיימים.¹¹ כאמור, כל זכות – טבעית, מוסרית, חוקתית וחוקית – ניחנה באופי נוקשה זה, אך רק לזכויות-אדם או לזכויות טבעיות יש ההיבט הנוסף של קיום בלתי-תלוי בקבלת הכשר חברתי או מוסדי כלשהו, המושתת אך ורק על צידוק מוסרי ועל אנושותו של בעל הזכות.¹² שילוב ייחודי זה מהווה המקור הן לקסם

⁶ כך אין צורך לדון כאן במחלוקת החשובה בין תורת האינטרס ותורת השליטה של הזכויות, "שליטה" – מכיוון שברור כי קיומן של זכויות-אדם אינו כרוך ב"שליטה" של הפרט הנהנה מהן. לזכויות-אדם יש בבירור קיום הצדקתי, ולא תיאורי. לדיון מפורט במחלוקת, ראו: M. Kramer, N.E. Simmonds & H. Steiner (eds.) *A Debate Over Rights: Philosophical Enquires* (Oxford, 1998).

⁷ באפיון זה אני הולכת בעקבות ניתוח הזכויות רב-ההשפעה של יוסף רז, ראו: J. Raz *The Morality of Freedom* (Oxford, 1986). לסיוג הזכויות בהתאם לגישתו של הופלד, ראו: W.N. Hohfeld "Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning" 26 *Yale L. J.* (1917) 710.

⁸ אני מקבלת את האפיון הכללי של זכויות-אדם שהציעו שו (Shue), אם כי ההשלכות הנורמטיביות שאני גוזרת מקיומן של זכויות אלה שונה משלו. ראו: H. Shue *Basic Rights* (Princeton, 2nd ed., 1996).

⁹ ראו: R. Dworkin "Rights as Trump" *Theories of Rights* (New York, 2nd ed., J. Waldron ed., 1984) 153-167.

¹⁰ R. Nozick *State, Anarchy and Utopia Basic Books* (New York, 1974).

¹¹ לדיון בהיבט זה של זכויות ראו: J. Waldron "The Right to do Wrong" *Liberal Rights* (Cambridge, 1993).
¹² דוגמה ברורה לכך היא הזכות לחופש הביטוי. במקרים רבים, הזכות מגינה על מי שפגע במוניטין של אחר או בפרטיות, אף שהפגיעה בזכויות הללו אינה מוצדקת באותו מקרה נתון.

חשוב להבחין בין מעמדן העל-חוקי של זכויות-אדם לבין השאלה אם זכויות הינן – או יכולות להיות – מוחלטות. זכות הינה אבסולוטית אם היא גוברת על כל סיבה או שיקול אפשריים אחרים. הזכות לא להיות חשוף לעינויים

הרב שברעיון והן לחולשתו. מאפיין זה מסביר, בין היתר, את אי-הנוחות שחשים תכופות כאשר בתי-משפט מדגימים את ההשלכות המוסדיות של השילוב האמור בכך שהם נותנים עדיפות לתביעות המבוססות על זכויות-אדם על הכרעות פוליטיות של המחוקק או הקהילה. לכן יש להיבט מוסדי זה חשיבות עצומה בניתוחו של שיח זכויות האדם, ונעבור עתה לדון בו.

3. ההיבט המוסדי: אכיפתן של זכויות

זכויות-אדם, כשלעצמן, אינן מלוות בבית-דין המוסמך להכריע בשאלת היקפן, וגם לא במנגנון שנועד להבטיח את השמירה עליהן. הצלחתן, הלכה למעשה, של דרישות להגנה על זכויות-אדם תלויה באכיפתן של הזכויות. כאשר מנגנון קבלת ההחלטות אינו נהנה מתמיכה רחבה, ייתכן שיתעורר ויכוח סביב הלגיטימיות של עצם ההסתמכות על הזכויות. ויכוח זה מסמל את המתח הקיים בין הרכיב הצידוקי הטהור של זכויות האדם לבין הרכיב המבקש להדגיש את כוחן המיוחד, את יעילותן ואת הדרישות המיוחדות שיש לכבד בגינן¹³. אופיין הקדם-פוליטי והטרומ-משפטי של זכויות האדם הוא זה שהתיר לבעלות-הברית להעמיד לדין את המנהיגים הנאציים תוך התעלמות מטענתם כי המשפט הגרמני, שלפיו פעלו, התיר את פעולותיהם או אף חייב אותם לפעול כפי שפעלו. חברות ברית נאט"ו הסתמכו על אותו רעיון ממש על-מנת להצדיק את התערבותם בקוסובו. בשני המקרים נדרשה הפעלתו של כוח צבאי ופוליטי. בשני המקרים טענו המתנגדים להתערבות כי מדובר בשימוש בלתי-מוצדק בכוח, הפוגע בזכויותיהם, ולא אמצעי להגנה על זכויות בני-האדם הכפופים לסמכות השיפוט שלהם¹⁴.

התמונה מתבהרת כאשר אנו עוברים לדון במערכות המשפט הפנים-מדינתיות. אופיין הקדם-פוליטי של זכויות האדם מצביע על כך שאין הן טעונות אישור חברתי לצורך ההכרה בהן. באופן אידיאלי, כל חברה חייבת לכבד את המגבלות הללו באופן וולונטרי. אך חברות נבונות מודעות לכך שקיימים כוחות המנסים לקעקע באופן שיטתי את זכויותיהם של האחרים. חברות אלה יוצרות מנגנונים מוסדיים על-מנת להגן על זכויות תושביהן, אפילו מפני הרשויות המחוקקת והמבצעת. מנגנונים אלה כוללים תכופות הקניית מעמד חוקתי לזכויות מסוימות הניתנות לאכיפה באמצעות בתי-משפט (חוקתיים) בלתי-תלויים. ניתן להניח כי מחד גיסא, אופיין של הזכויות כזכויות טרום-משפטיות השפיע על ההחלטה להקנות להן מעמד חוקתי; אך מאידך גיסא, האפקטיביות שלהן בתוך המערכת תלויה במעמד זה¹⁵.

כאן אנו מבחינים באחת ההשלכות החשובות של אופיו המוסדי של המשפט והדרך שבה הוא משפיע על תבונה מעשית "טהורה". זכויות-אדם מצדיקות הטלת חובות, ולכן יש להן משמעות מוסרית, בעוד שזכויות חוקיות נהנות מהלגיטימיות הכללית שממנה נהנים (בחברות יציבות)

מובאת, לעיתים קרובות, כדוגמה פרדיגמאטית (ונדירה) לזכות אבסולוטית. אך כל הזכויות, גם כאלה שאינן נתפסות כאבסולוטיות, הינן בעלות מעמד על-חוקי.

¹³ מתח זה מגולם בוויכוח המתמשך בין תיאוריות הזכויות, המדגישות אינטרסים, לבין אלה המדגישות את גורם השליטה. תיאוריות זכויות המבוססות על אינטרסים מייחסות לזכויות תוקף מוסרי עליון, ואילו תיאוריות שליטה מדגישות את רעיון היעילות המוסדית.

¹⁴ שני המקרים דומים במבנה הכללי שלהם: הסתמכות על זכויות-אדם ועל סטנדרטים בינלאומיים להצדקת השימוש בכוח. כמוכן, ישנם הבדלים רבים. לאחר מלחמת-העולם השנייה נעשתה ההסתמכות אגב יישום "צדק של מנצחים" – בית-דין בינלאומי, עם תמיכה בינלאומית רחבה, שבו הועמדו לדין נאשמים בפשעי מלחמה. בקוסובו נעשתה ההסתמכות להצדקת פעולות צבאיות שיצאו אל הפועל ללא אישורו של האו"ם.

¹⁵ לעיתים קרובות, זכויות חוקתיות הינן מופשטות וכלליות לא פחות מניסוחים בינלאומיים של זכויות-אדם. במקרים כאלה אין המעבר מזכויות-אדם לזכויות חוקתיות מביא עמו תוספת של קונקרטיזציה ומוחלטות. למעשה, התיקון הראשון לחוקה האמריקאית, המעגן את חופש הביטוי בארצות-הברית, הינו ספציפי פחות מאשר הסעיפים המעגנים את חופש הביטוי באמנה בדבר זכויות אזרחיות.

המדינה ומנגנוני קבלת-ההחלטות שלה, אף שרשויות שונות בתוך המדינה והמבנה המשפטי שואבות את הלגיטימיות שלהן ממקורות שונים. המקורות השונים של הלגיטימיות (במובן הובריאיני) משפיעים על תפקידן העיקרי של הרשויות השונות. חלק מהלגיטימיות של הרשויות "הפוליטיות" נובע מחובתן לתת לציבור דין-וחשבון מזמן לזמן. למחוקק ולרשות המבצעת מותר לנקוט במדיניות שאינה זוכה בהסכמה אוניברסאלית, מכיוון שיש להם מנדט פוליטי לקבוע מדיניות בעבור בוחריהם, בעוד שבתי-המשפט שואבים את הלגיטימיות שלהם, בדרך-כלל, מעצמאותם בתוך מבנה המדינה. עצמאות זו, מצידה, מבוססת על תפקידם העיקרי של בתי- המשפט לפרוש את החוק ולהבטיח שהחלטתו במקרים ספציפיים תיעשה על-פי עקרונות שלטון- החוק. בעיקר, בתי-המשפט מחילים חוקים קיימים (כולל חוקים המקנים זכויות) בסיטואציות ספציפיות. פירוט החובות הנגזרות מן הזכויות הוא חלק מהתפקיד השיפוטי, מכאן שיצרניות שיפוטיות בעניינים אלה הינה לגיטימית ואף רצויה והכרחית. עם זאת, על בתי-המשפט להיות קשובים למקובלויות החברתיות לא פחות מהמחוקק.

כאשר כל פועלם של בתי-המשפט הוא אכיפת זכויות המוסכמות על כולם, המבנה המשפטי אינו מעורר כל בעיה, והזכויות המוגנות הינן זכויות-אדם המעוגנות גם כזכויות חוקיות. אולם כאשר בתי-המשפט דוחים את העדפות הרוב בשם זכויות האדם, יש המערערים במקרים רבים על הלגיטימיות של פעולתם. ההתנגדות המועלית כלפי הלגיטימיות השיפוטית אינה נובעת מן העובדה שבתי-המשפט "יוצרים" חוקים אגב מלאכת השפיטה; הם עושים זאת תמיד. היא נובעת מכך שחלק מן ההחלטות השיפוטיות מעוררות מחלוקת עזה. במקרים כאלה, הקבוצות הנפגעות מן ההחלטה יטענו כי בתי-המשפט חרגו מתפקידם, המחייב – לדעת המתנגדים – הכפפת החלטותיהם להכרעות של הזרועות הפוליטיות. ניתן להאשים אז את בתי-המשפט שהם נוהגים כ"מלכים פילוסופים", תוך דילול השיח הפוליטי וערעור הסדר הפוליטי שהינו, כפי שמזכירים לנו, חיוני בסופו של דבר להגנה על זכויות האדם כולן¹⁶. במילים אחרות, בתי-המשפט נתפסים כמוסדות המיועדים להגן על זכויות שקיבלו הכרה חברתית ופוליטית, אולם קוראים עליהם תיגר כאשר הם מנסים להטיל חובות המתחייבות לדעתם מן ההכרה הבלתי-אמצעית בזכויות-אדם קדם-פוליטיות.¹⁷

המתחים השוררים בין התהליך הפוליטי (והדמוקרטי) לבין ההגנה השיפוטית על זכויות האדם רלוונטיים אפוא לכל זכויות האדם. הם נובעים במידה שווה מאופיו של תהליך השפיטה ומן ההיבט הטרומ-משפטי של זכויות האדם. ניתן להבחין בכך בבירור כאשר שמים-לב לעובדה שדיונים בפרשנות שיפוטית של זכויות מתקיימים גם בהיעדר מחלוקת של ממש באשר למקור התוקף החוקי או החוקתי של הזכויות הנידונות. אף-על-פי-כן, ככל שניסוח הזכות עמום ומופשט

¹⁶ ביקורות מודרניות אלה דומות יותר לעמדתו המוקדמת של בנתהם (Bentham), כי זכויות טבעיות הינן בלתי-קוהרנטיות ומסוכנות (ראו, למשל: Glendon, *supra* note 4). לביקורת של בנתהם, ראו: J. Bentham "Anarchical Fallacies" 2 *Works* (J. Bowring ed., 1838-1843) 491 (reprinted in 1962).
¹⁷ מאמרי זה עוסק ביחסים שבין תוקפו של צידוק מוסרי לבין יעילות במערכות משפטיות פנים-מדיניות. משטר זכויות-האדם הבינלאומי פותח על-מנת לתת מענה, במידה מסוימת, לכישלונן של המדינות להגן על זכויות האדם של אזרחיהן. כמובן, המשטר הבינלאומי מסתמך בעיקר על תוקף מוסרי כאמצעי להגברת יעילותו. באופן בלתי-נמנע, סנקציות של המשפט הבינלאומי יהיו, ככלל, יעילות פחות מאלה של בתי-משפט פנים-מדינתיים. ניתן לצפות אם-כן כי סמכות השיפוט הבינלאומית בתחום זכויות האדם עשויה להיות עקיבה ומתקדמת יותר מאשר זו של בתי-המשפט הפנים-מדינתיים מכיוון שהיא כפופה למגבלות פוליטיות מעטות יותר. מאידך גיסא, המערכת הבינלאומית אינה יכולה להחליף את כוחן של המדינות לשם הגנה אפקטיבית על זכויות. מדינות יכולות לקדם את זכויות האדם של תושביהן באופן משמעותי הרבה יותר מאשר הצהרות בינלאומיות. לכן, היחסים בין סמכויות השיפוט הבינלאומיות לבין סמכויות השיפוט הפנים-מדינתיות מורכבים מאוד, ולא ניתן להניח שפרשנויות משפטיות בינלאומיות עדיפות בהכרח על אלה של המערכות הפנים-מדינתיות.

יותר, כל ניסיון לגזור או לפסול הסדרים ספציפיים בהסתמך על הזכות נעשה חשוף יותר לביקורת.

וכאן טמונה הדילמה: "קסמו" של רעיון זכויות האדם נובע דווקא מיכולתו לגבור על הסדרים ספציפיים של מערכות משפט מסוימות ולספק קנה-מידה חיצוני המאפשר לבחון אותם¹⁸ אולם אכיפת זכויות-אדם דורשת שימוש בכוח פוליטי. הלגיטימיות של השימוש בכוח פוליטי פוחתת כאשר השלכותיהן של זכויות-אדם שנויות במחלוקת. למעשה, ייתכן שמוסדות חברתיים יאכפו אך ורק את הזכויות המקובלות לדעתם על החברה שלהם. הם עשויים להסתמך על זכויות אלה, עם כוח ההערכה והבחינה הטמון בהם, אך ורק כדי לשרת את המוסר המקובל שלהם עצמם. אם המסקנה היא כי זכויות-אדם הינן יעילות אך ורק כאשר אין הן שנויות במחלוקת, אזי הקסם המקורי שלהן נעלם כמעט. מנגד, הכוח האפקטיבי של זכויות בשיח פוליטי אמיתי תלוי גם במידה שבה הן יכולות להיאכף בפועל. טיעון לזכות כאשר אין דרך יעילה לאכוף את חובותיהם של אחרים לא להתערב במימושה של אותה זכות, או לחלופין, לסייע באופן פעיל בהבטחתה, הינו טיעון ריק מתוכן.

איני יכולה להתייחס לסוגיה עקרונית זו באופן ישיר ושיטתי במאמר זה. אסתפק באמירה כי המתח אמיתי וכי מלומדים (ופעילים) בתחום זכויות האדם צריכים להקדיש לו תשומת-לב. "הקסם" של אידיאל זכויות האדם בתוך חברה שהינה, ככלל, חברה הוגנת ששלטון-החוק שורר בה הינו חשוב. ניתן לשמור עליו רק באמצעות מאמץ רציני למזער את המידה שבה ההגנה על זכויות מובילה באופן עקבי לרמיסת תוצאותיהם של הדיונים המתנהלים במנגנונים הפוליטיים הרגילים של החברה. רעיון זה נעשה מרכזי למדי בדיונים בנושא זכויות ואקטיביזם שיפוטי.

אחת הדרכים לשמור על "הקסם" של אידיאל זכויות האדם היא להבחין בין קריאה (או תפיסה) "צרה" ו"רחבה" של זכויות¹⁹. קריאה "צרה" הינה זו המשותפת באמת לכולם, או לפחות כוללת זכויות שניתן לטעון במלוא הרצינות לאוניברסאליות שלהן. היבטים מסוימים של זכות-היסוד לכבוד האדם וחירותו הינם מועמדים ברורים לכך. עניינים, הוצאה להורג ורדיפה של מתנגדים פוליטיים או של בני גזע או דת מסוימים מהווים הפרות בלתי-מוצדקות של זכויות-אדם. בתי-המשפט של המערכת הפוליטית צריכים להכריז על פעולות כגון אלה כבלתי-חוקיות ולדרוש מהמבצעים לתת את הדין על מעשיהם. אולם יש להיזהר כאשר עוברים לעסוק בהסדרים שניתן להציגם כהפרות בלתי-מוצדקות של זכויות רק לפי קריאה "רחבה" יותר של זכויות אלה. דוגמה לכך הינה הסירוב לאמץ מדיניות רוחה נדיבה. ניתן להציג את ההחלטה כהפרה של הזכויות לחיים ולכבוד; אך ניתן להציגה גם כמתבקשת מכוח האתוס של חירות ואחריות אישית. סוגיות אלה צריכות להיות נידונות לגופו של עניין ולהיקבע באמצעות תהליכים פוליטיים, ואין להעניק לתוצאות אלה או אחרות שלהן את ההגנה ואת ההשלכות המוסדיות של "זכויות-אדם". פרטי ההסדרים הללו הם עניין המסור לקביעתה של אותה חברה, ואין לראותם כנושא שההכרעה בו מתקבלת רק באמצעות ניתוחן של הזכויות הנידונות. הסדרים בתוך חברות מסוימות יכולים להיעשות "רחבים" יותר בדרכים שונות. כאשר הסדר מצליח להשיג את התמיכה הדרושה, ייתכן שיהפך לזכות בתוך אותה מערכת חברתית. אולם מדובר בזכות הקיימת בתוך המערכת, ולא

¹⁸ לניסוח קלסי של "קסמו" של זכויות האדם, ראו: M. MacDonald "Natural Rights" *Theories of Rights* (New York, 2nd ed., J. Waldron ed., 1984) 21-40.

¹⁹ באשר להבחנה זו, ראו למשל: M. Walzer *Thick and Thin: Moral Argument at Home and Abroad* (Notre Dame, 1994); M. Tushnet *Taking the Constitution Away from the Courts* (Princeton, 1999) 648-651.

בזכות-אדם. מערכת אחרת תחליט אולי לא לאמצה מבלי שתואשם בהפרת זכויותיהם של בני-האדם הכפופים לה.

קבלת קריאה "צרה" של זכויות-אדם מצביעה על כך שבתוך חברות נתונות, שיח זכויות האדם צריך להתמקד בשכנוע הזרועות הפוליטיות באשר לצורך בקידום האינטרסים הרלוונטיים באמצעות הגדרתם כזכויות בתוך אותה מערכת. גישה זו עדיפה, הן מסיבות מוסריות והן מסיבות מוסדיות, על ניסיון "לאלץ" אותן לחוקק וליישם מדיניות זו כתוצאה מלחצים בינלאומיים וחיצוניים, תוך פנייה לחובתן של מדינות אלה לקדם את זכויות האדם ולהגן עליהן.²⁰

למען הסר ספק, טענתי אינה שיש לעשות רדוקציה של כל זכויות האדם לכדי תביעות הנהנות למעשה מתמיכתם של הכוחות החברתיים בתוך החברה הנתונה. עמדה כזו אכן תשלול את הכוח הטרור-משפטי של זכויות האדם. זכויות-אדם הינן ייחודיות בכך שהן מצדיקות הטלת חובות גם אם הכוחות החברתיים והפוליטיים מסרבים לקבל את החובות הללו. אולם ההגנה על זכויות תהיה יעילה אך ורק אם כוח מוסרי זה ייתמך על-ידי קבלה ממשית של הזכויות. מכיוון שכל סמכות פוליטית מבוססת על טענה בדבר קיומה של סמכות לגיטימית, יופיעו תמיד טיעונים מוסריים בתהליכי קבלת ההחלטה של כל בעלי הסמכות. שיטה של איזונים ובלמים מיועדת להבטיח שתפיסת הצידוק המוסרי של יותר מרשות אחת תובא בחשבון במסגרת החלטות פוליטיות.

כמו-כן, אין זו טענתי כי בתי-משפט (או זרועות אחרות של הממשלה) לעולם אינם צריכים לאמץ החלטות שנויות במחלוקת. יש מקרים שבהם זכות-אדם יסודית, על-פי קריאה "צרה" ביותר, מופרת בעליל. ויש מקרים שבהם הכרזתה של פעולה כזו כבלתי-חוקית תהיה שנויה מאוד במחלוקת. במקרים כאלה תהיה תקוותנו שבתי-המשפט יאזרו אומץ ויושר להציל את החברה מידי עצמה. מקרים ברורים מסוג זה מתעוררים כאשר בית-המשפט מתבקש לעצור הפרה חמורה של זכויות במצב של מעין-לינץ.²¹ רבים גורסים כי המעצרים ההמוניים של אמריקאים ממוצא יפני במהלך מלחמת-העולם השנייה מהווים דוגמה מובהקת לכך. מעצר-מנהלי הינו הפרה ברורה ובוטה של הזכות לחירות, הזכות להליך משפטי הוגן וחופש התנועה. הנימוקים שניתנו להצדקת המהלך הזה לא היו משכנעים. מכאן שזה בדיוק סוג המקרה שבו נקווה שבתי-המשפט יגנו על זכויות ויעניקו להן תוקף מוסרי.²²

דוגמה של פנייה לזכויות על-מנת לפסול חקיקה שאכן מעלה את סוגיית הלגיטימיות ניתן למצוא בהקשר לטענה בדבר קיומה של "הזכות לבצע הפלה". מוסכם על כולם שאין להגביל את חופש התנועה של אדם באופן גורף מבלי שיערך בעניינו הליך משפטי הוגן. המחלוקת סביב ההגבלות שהוטלו על אמריקאים ממוצא יפני במהלך מלחמת-העולם השנייה אינה אפוא שאלה של עיקרון, אלא מחלוקת סביב יישומו של העיקרון באותו מקרה ספציפי. עניין ההפלות, לעומת

²⁰ בטקסט אני מבחינה בין פעילות פוליטית פנים-מדינתית לבין לחץ בינלאומי. אולם גם בתוך המדינה קיימת אפשרות לנסות לקדם זכויות-אדם על-ידי הבאת מקרי-בוחר (test cases) להתדיינות בבתי-המשפט. בהקשר זה, התדיינות הינה עמדת-ביניים: היא משתמשת במוסד לאומי שהינו שותף בעיצוב הנורמות החברתיות של החברה. על-כן, התדיינות היא סוג של שכנוע פוליטי פנימי. מאידך גיסא, היא קוראת לבתי-המשפט לפסול חוקים שחוקק בית-המחוקקים בשם זכויות-אדם (אוניברסאליות). זו אכן דוגמה של דינאמיקה פנימית מורכבת השואפת לחזק את הכוח המעריך של זכויות-אדם. יש לזכור כי ההחלטה או הפרשנות המוסמכת נעשות אומנם על-ידי בית המשפט, אך כל יתר זרועות הממשלה שותפות אף הן בעיצוב הנורמות הפוליטיות על רקע נורמות חיצוניות.

²¹ אני מאתרת מצב של מעין-לינץ' כאשר המניע מאחורי ההפרה הינו כעס, תסכול או פחד חריפים הגוררים נטייה להפר מוסכמות חברתיות וחוקים האוסרים על אלימות או דורשים הליך הוגן. לינץ' ממש לא יגיע כמובן לבתי-המשפט, אלא אם יעמידו את מבצעיו לדין.

²² ייתכן מאוד שמבחינת רבים, מדובר בחכמה שלאחר מעשה. יש שיטענו עדיין כי בתי-המשפט אינם צריכים להעביר ביקורת על קביעות שאימצה הרשות המבצעת במצבי מלחמה. מבנה הטיעון חשוב: מדובר בסוג של מקרים שבו השיפוט שלנו מעוות על-ידי להט ורצון לנקמה. זכויות ומגבלות מוסדיות מיועדות לעזור לנו לא להיכנע לפיתוי לאבד את יכולת השיפוט שלנו.

זאת, מעלה סוגיות אחרות לגמרי. מוסכם על הכול שרצח הינו פשע חמור המהווה פגיעה בזכות לחיים. יש הגורסים כי הפלות הינן מעשי רצח. לדידם, חוקים שמתירים הפלות מעניקים לגיטימציה לרצח, ולפיכך הינם בלתי-מוסריים בעליל. אחרים, ואני בכללם, חולקים על הגדרת הפלות כרצח. אנו סבורים כי לנשים צריך להיות החופש להחליט אם לגדל ילד אם לאו גם לאחר שהרו. אני רוצה שחוקי מדינת יעניקו לנשים חופש בחירה כזה. אולם אינני חושבת כי זכויות האדם של האישה מחייבות חופש כזה. לכן הייתי מהססת להסמיך שופטים, אשר אינם נבחרים העם, לפסול את ההעדרות שנקבעו בקהילות שלהם בעניין זה באמצעות הסתמכות על זכויות-אדם.²³

תקוותי היא ששתי דוגמות אלה מבהירות את כוונתי באופן ברור דיו. מיותר לציין כי ייתכן שתעלה השאלה אם תוצאה ספציפית הנגזרת לכאורה מזכות-אדם מוכרת נופלת בגדר קריאה "צרה" של הזכות, ועל-כן יש להתייחס אליה כאל תביעה של זכות-אדם המחייבת את המערכת, או שמא היא נופלת בגדר קריאה "רחבה" של הזכות, ולפיכך למערכת הפוליטית יש חופש רב יותר בקביעת הסדר לגביה. עצם העובדה שמישהו מתנגד לזכות אינה הופכת אותה בפועל לשנויה במחלוקת במובן שאליו אני מתייחסת. בהתייחסי ל"שנוי במחלוקת", כוונתי היא למציאות שבה מתקיים דיון ציבורי רציני בתוך החברה בעניין העקרונות שקובעים כיצד תוכרע הסוגיה. העובדה שלעולם יהיו מקרי-גבול אינה שוללת את שימושיותה של ההבחנה.

מבחינה מוסדית, כאשר אין כל מחלוקת אמיתית סביב זכויות, זהות מקבל החלטות אינה חשובה במיוחד. לכאורה, כל מקבלי החלטות יטו להגיע לאותן החלטות. כאשר יש מחלוקת, זהות מקבל החלטות המוסמך מלקבל את החלטה יכולה לקבוע את התוצאה. במקרים מסוימים של מחלוקת אנו רוצים שביט-המשפט יכריע בעניין. לרוב מדובר במקרים שבהם צדדים לסכסוך או גופים רבי-עוצמה מפריס נורמות המקובלות על החברה. כאן, עצמאותם של בתי-המשפט מהווה חלק חיוני מיכולתם להגיע להחלטה טובה ונכונה. אולם כאשר מדובר במחלוקת סביב ההגדרה הכללית של "הטוב", סביב השאלה מה משרת את האינטרס הציבורי, סביב מה שהנורמה צריכה להיות, שופטים נראים מתאימים פחות לתפקיד. נראה כי עדיף שהחלטות אלה יתקבלו באמצעות התהליכים הפוליטיים. בדיון שלנו ראינו שקיים קשר בין שיח זכויות האדם לבין זהות מקבל החלטות האופטימאלי. שיח זכויות האדם מצביע על התאמתם של בתי-המשפט לתפקיד. לכן שיח מרחיב של זכויות-אדם נוטה להרחיב את סמכותם של בתי-המשפט ולהעניק לגיטימיות לאקטיביזם שיפוטי. התעקשות על קריאה "צרה" של זכויות-אדם מותירה בידי הזרועות הפוליטיות אחריות רבה יותר לתת ביטוי להשלכות של הזכויות ולחובות הנלוות אליהן.

כעת ניתן לנסח מחדש את מטרתו של מאמר זה. בכל חברה מתנהלים דיונים סביב היקפה הרצוי של ההגנה על זכויות-אדם ועל האינטרסים המוגנים על-ידיהן. דיונים אלה יהוו מרכיבים מרכזיים בדיון הפוליטי, ויכללו מן-הסתם ויכוחים הן על אינטרסים אזרחיים-פוליטיים והן על אינטרסים חברתיים-כלכליים. אני מתמקדת בהתאמה של שיח הזכויות להגנה על כל קבוצות האינטרסים האמורות. אבחן, באשר לכל אחת מן הקבוצות, את הטענות באשר לצורך למצוא פתרונות מלאים לבעיות הקשורות לאינטרסים הכלולים בהן באמצעות ניתוח של זכויות-אדם, ולא באמצעות דיון פוליטי רגיל. אטען כי רוב הטענות הללו, באשר לשני סוגי האינטרסים, לוקות בכשלים עמוקים. בשתי קבוצות האינטרסים יש כאלה היכולים וצריכים להיחשב לזכויות-אדם.

²³ ראו: R. Gavison "The Role of Courts in Rifted Democracies" 33 *Isr. L. Rev.* (1999) 216-258.

לאף אחת מן הקבוצות אין עליונות, מוסרית או נורמטיבית, על פני רעותה. הכרה בחלק מן האינטרסים בשתי הקבוצות כבזכויות אינה כרוכה בדרך-כלל בשלילת האפשרות להעניק מעמד של זכויות לאינטרסים אחרים. ההכרה באינטרסים השייכים לשתי הקבוצות כבזכויות אינה מחייבת, ככלל, הסדר ספציפי כלשהו, וגם אינה מתירה את פסילתם של הסדרים כאלה. השאלות הינן בעלות אופי נורמטיבי ופוליטי, ויש להכריע בהן ולקרוא עליהן תיגר ככאלה. תשובות אינן נגזרות באופן אוטומטי מאופיין של זכויות או אפילו מן ההכרה בהן כבזכויות, ולכן האחריות להכרעה בנוגע אליהן נמצאת לא רק ב"מישור העקרונות".

בחלק השני של המאמר אבחן, וגם אדחה, חלק מהטיעונים הסטנדרטיים המועלים נגד תפיסת אינטרסים חברתיים-כלכליים כזכויות. ברצוני להדגיש כי ניתן לגזור את ההתייחסות אל אינטרסים חברתיים-כלכליים ואזרחיים-פוליטיים כאל מועמדים שווים למעמד של זכויות במישרין מהניתוח שלי בנוגע לאופיין של זכויות-אדם ולסיבות להכיר בתביעות מסוימות כזכויות-אדם. הדיון לעיל על אופי זכויות האדם, המתח ששורר בין אופיין הטרנס-משפטי לבין הצורך לאוכפן ותפקיד הזרועות השיפוטיות והפוליטיות מתייחסים לכל זכויות האדם, בין שהן שואפות להגן על אינטרסים אזרחיים-פוליטיים ובין אם נועדו להגן על אינטרסים חברתיים-כלכליים. מבט קרוב יותר מגלה שגישה אחידה זו אינה מקרית. אף אחת מן הסיבות להכרה באינטרסים כבזכויות-אדם אינה מובילה להבחנה בין אינטרסים אלה היכולה להצדיק מתן עדיפות לקבוצה אחת על האחרת. אנו "מכירים" בזכויות הנובעות מאנושותנו דווקא על-מנת להצביע על הדחיפות המוסרית של שלילת יכולתם של הכוחות הפוליטיים למצות את תחום הטענות המוסריות. עצם אופיים האוניברסאלי של אינטרסים אלה שואף להדגיש את העובדה כי חופש וכבוד הינם צרכים אנושיים בסיסיים בכל תרבות ובכל עת.²⁴ חיים המתאפיינים במאבק תמידי לתנאי מחיה בסיסיים עומדים בסתירה מוחלטת לרעיון של כבוד האדם, הרבה יותר מאשר חיים שבהם חופש הביטוי מוגבל. ככלל, ענייננו בחופש הביטוי מתעורר רק לאחר שצורכי הקיום הבסיסיים שלנו מסופקים. הסיבות המבניות שגורמות לכוחות פוליטיים להתעלם מזכויות מתקיימות הן לגבי אינטרסים אזרחיים-פוליטיים והן לגבי אינטרסים חברתיים-כלכליים: שליטים עשויים לנסות להשתיק את מבקריהם על-מנת להנציח את כוחם. הם עלולים אפוא לנסות להגביל זכויות אזרחיות-פוליטיות, חלוקת המשאבים הציבוריים נקבעת לעיתים רחוקות על-ידי כוחות פוליטיים, ולשכבות המצוקה יש במקרים רבים כוח פוליטי פחות מאשר לקבוצות אחרות, כך שהסכנה נשקפת גם לזכויות החברתיות-הכלכליות.²⁵ ייתכן שפרמטרים מסוימים של רמת חיים נאותה יהוו תנאי רקע הכרחיים להפעלת זכויות אזרחיות-פוליטיות. המסקנה היא אם-כן כי ישנם מצבים שבהם עיגון חוקי וחוקתי של זכויות נדרש הן לאינטרסים אזרחיים-פוליטיים והן לאינטרסים חברתיים-כלכליים.

הלגיטימיות של הטלת הסדרים מסוימים על החברה בשם זכויות האדם חרף העובדה שאותה חברה לא אישרה, וייתכן אפילו כי דחתה מפורשות אותו הסדר הינה בעייתית במובנים רבים.

²⁴ אין ביכולתי להיכנס כאן לדיון החשוב והמרתק בעניין היחסיות התרבותית של זכויות-אדם, ולטיעון כי המערב כופה את מערכת הערכים שלו על המזרח. צורות שונות של התארגנות חברתית אכן יכולות להבנות מערכות יחסים בין פרטים לבין חברות בדרכים שונות, דבר המאפשר אופנים שונים של חופש וכבוד לפרט. אולם אין, למיטב ידיעתי, ציוויליזציה אנושית חשובה שאינה מכבדת את כבודו וחירותו של האדם. כמו-כן איני מכירה אף חברה שבה אנשים לא חתרו לכך. לדיון מאלף בנושא, ראו: R. Pannikar "Is the Notion of Human Rights a Western Concept?" *Diogenes* (1982) 75.

²⁵ יש לציין כי יעילותם של בתי-משפט כ"מגני" זכויות גדולה הרבה יותר בנוגע לאינטרסים אזרחיים-פוליטיים, מכיוון ששופטים לעולם ישתיכו לשכבות של האוכלוסייה שאינן עסוקות במאבק לתנאי מחיה מינימאליים. בידודם של שופטים ממגמות פופוליסטיות עלול למנוע מתן הגנה אפקטיבית לזכויות-אדם של השכבות החלשות. זה אחד ההסברים שהוצעו בדבר חוסר יעילותם של בתי-המשפט בטיפול בבעיית ההפליה הגזעית בארצות-הברית.

ברם, בעיה זו אינה חמורה פחות בנוגע לאינטרסים אזרחיים-פוליטיים מאשר לגבי אינטרסים חברתיים-כלכליים. די להיזכר בדיון סביב הפלות או מקום הדת בבתי-הספר. למעשה, ויכוחים בנושא חריגתם כביכול של בתי-המשפט מסמכותם בנוגע ליישום זכויות אזרחיות-פוליטיות מתנהלים במדינות רבות, והם חריפים ונמרצים הרבה יותר מאשר הדיונים סביב תפקידם של בתי-המשפט בנוגע לקידום הזכויות החברתיות-הכלכליות. ייתכן שזה נובע מכך שלעיתים תכופות בתי-משפט הינם "אקטיביסטיים" יותר בנוגע לפרשנותן של זכויות אזרחיות-פוליטיות, מאשר בנוגע לזכויות חברתיות-כלכליות.²⁶

ההבחנה בין קריאה "צרה" לבין קריאה "רחבה" של זכויות תקפה אף היא במידה שווה לגבי כל זכויות האדם (כמו גם לגבי זכויות חוקתיות), הן אזרחיות-פוליטיות והן חברתיות-כלכליות. דוגמה טובה לכך מתחום הזכויות האזרחיות-הפוליטיות הינה חופש הדת. מוסכם על רבים כי חוק הכופה על אדם להמיר את דתו מהווה פגיעה בוטה בחופש זה. קריאה של הזכות השוללת חוק מעין זה הינה "צרה". אך ניתן לתחום את הגבולות של הוראת הדת בבתי-ספר בדרכים שונות בחברות שונות או בתקופות שונות אף באותה חברה. האיזון בין חופש הדת לבין הזכות לחופש מדת נתון בדרך-כלל להכרעה פוליטית של החברות הרלוונטיות. דוגמה לכך מתחום הזכויות החברתיות-הכלכליות הינה זכות האדם לחינוך ציבורי חינם. זכות זו מוכרת על-ידי האמנה בדבר זכויות חברתיות. יש מדינות המעניקות זכות לחינוך חינם עד לרמה העל-תיכונית, ואילו מדינות אחרות מעניקות חינוך יסודי בלבד. כל המדינות האלה עומדות בהתחייבויותיהן על-פי האמנה, אך קבוצה המדינות הראשונה מכירה בזכות רחבה יותר לחינוך מאשר הקבוצה השנייה. ניתוח אופייני של זכויות-אדם אינו תומך אפוא בהבחנה עקרונית בין אינטרסים חברתיים-כלכליים לבין אינטרסים אזרחיים-פוליטיים. נהפוך הוא, הוא תומך באחדות אינטרסים, הנובעים כולם מאותו אידיאל של כבוד האדם. אשוב לאחדות זו בהמשך. כעת, נעבור לבחון כמה טיעונים המציעים השקפה שלפיה רק אינטרסים אזרחיים-פוליטיים יכולים, וצריכים, להיחשב לזכויות-אדם.

ג. האם ניתן להעניק לאינטרסים חברתיים-כלכליים הגנה של זכויות-אדם?

אתחיל בשלילת טענה שהועלתה לראשונה בשנות החמישים, והדוחה את האפשרות להכיר באינטרסים חברתיים-כלכליים כזכויות על-סמך המאפיינים הלוגיים של זכויות האדם.²⁷ האהדה לטיעון זה הלכה ודעכה בעשורים האחרונים,²⁸ אך ברצוני לדחותו מפורשות, מכיוון ששרידיו מורגשים עדיין כיום.

טיעון זה מבוסס על הבחנות בין זכויות וחובות פוזיטיביות (מסוג "עשה") לבין זכויות וחובות נגטיביות (מסוד "לא תעשה") ובין זכויות מסוג חירות (liberty-rights) לבין זכויות שמוטלת כנגדן חובה (claim-rights). יש המתייחסים לשתי הבחנות אלה כאל אחת, אך גישה זו שגויה, ויש

²⁶ בית-המשפט העליון האמריקאי עשה שימוש בזכות החקיקתית לחירות על-מנת לפסול חוקים שהעניקו זכויות לפועלים בכך שקבעו שעות עבודה מרביות ושכר מינימום בפסק-דינו המפורסם (*Lochner case*) (hereinafter: *Lochner v. N.Y.* 198 U.S. 45 (1905)). זה מקרה שבו הסתמכו על זכות אזרחית לחירות על-מנת לגבור על זכויות חברתיות-כלכליות. אולם בעידן המודרני נוטים להסתמך על סעיף החירות בחוקה על-מנת להרחיב את תחום החירות בעניינים כגון הפלות. אין כמעט כל ביקורת שיפוטית על הסדרים חברתיים-כלכליים.

²⁷ M.W. Cranston *What Are Human Rights?* (London, 1978)
²⁸ כבר בשנת 1984 דחה וולדרון (Waldron) טיעונים מן הסוג הזה במבוא לספר: *Theories of Rights* (New York, 2nd ed., J. Waldron ed., 1984) 11, note 27

להימנע מלבבל ביניהן. זכויות מסוג חירות יוצרות תחומי חופש שבהם אין לפרט כל חובה לפעול או להימנע מפעולה. במונחי מערכת המשפט, זכויות-חירות הינן תחומים שהחוק אינו מתערב בהם. לעומת זאת, זכות שמוטלת כנגדה חובה מאפשרת לפרט לדרוש מאחרים לפעול או להימנע מפעולה בקשר לעניין מסוים. זכות נגיבית שכנגדה חובה מאופיינת בכך שבמקביל אליה קיימות חובות המוטלות על אחרים לא לפעול בדרכים הפוגעות בזכות. זכות פוזיטיבית שכנגדה חובה הינה זכות שמאופיינת בקיומן של חובות המוטלות על אחרים לפעול בדרכים המגנות על אותה זכות או מקדמות את יישומה.

זכויות משפטיות יכולות להיות מסווגות תחת כל אחת מן הקטגוריות האלה. היקפו של חופש הביטוי שלי נקבע על-פי מידת חובותיי לא להוציא דיבה או להסית אחרים. אם מפרשים את החוקה כמגבילה את סמכותו של המחוקק להטיל חובות כאלה, יש בידי גם זכות חוקתית נגיבית שכנגדה חובה וגם זכות מסוג חסינות – להתבטא. זכות ההצבעה שלי הינה כוח אישי פוזיטיבי, ובידי החירות הפוזיטיבית להפעילה. לממשלה יש חובה (נגטיבית) לא להפקיע ממני את הזכות, אך גם חובה (פוזיטיבית) להקצות את הכספים הדרושים ולהסדיר את הפרטים הנחוצים כדי לאפשר לי להפעיל את הזכות.

קל יותר להטיל חובות הימנעות (לא תרצח, לא תאנוס, לא תפצע) מאשר להטיל חובות פוזיטיביות של דאגה לאחר (ממן את התמיכה בזולת, הצל את האדם הטובע, תרום דם לחולים). דבר זה תקף במיוחד כאשר מדובר בחובות המוטלות כפי כולי עלמא, בלי כל קשר ליחסים מיוחדים בין בעלי הזכות והחובה. יש הטוענים שגם אם תוטל *חובת* הצלה, תהיה זו חובה בלתי-אכיפה ולקויה, ומכאן שאף אחד אינו יכול להחזיק *בחובת* להינצל.

הטיעון נגד ראייתן של תביעות חברתיות-כלכליות כזכויות מבוסס על ההנחה שגם זכויות חברתיות-כלכליות הינן זכויות פוזיטיביות שכנגדן חובות בלתי-ניתנות לאכיפה: על מי מוטלת החובה המקבילה? מה חובה זו מכילה? הייתכן שחובות אלה יחולו בצורה אוניברסאלית, מבלי כל קשר לעושרם או ליכולותיהם של המדינות והפרטים המדוברים? לילדים עשויה להיות זכות לתמיכה כנגד הוריהם ואפטרופסיהם (אם כי אכיפתה תהיה קשה ביותר, אפילו בהקשרים אלה). ברם, מהי המשמעות של זכות-אדם לתנאי חיים נאותים או לחינוך? תומכיה של הטענה כי אין להכיר בתביעות כאלה כזכויות מגיעים למסקנה כי אינטרסים חברתיים-כלכליים הם אולי *אידיאליים* חשובים, אך ההתייחסות אליהם כאל *זכויות* נעדרת קוהרנטיות, ולכן אין הם יכולים להיות מסווגים כזכויות-אדם.

אולם טיעון זה מבוסס על הבנה מוטעית של תפקידן של זכויות-אדם במסגרת התבונה המעשית ועל טעות חמורה בדבר משמעות ההגנה הניתנת לאינטרסים אזרחיים-פוליטיים "קלאסיים".

ראשית, התוקף הלוגי של הטיעון שאינטרסים חברתיים-כלכליים אינם יכולים להתקבל כזכויות בגלל חוסר הקוהרנטיות שלהם נסמך על תפיסה של זכויות שהינה שונה מאוד מזו שהשתמשנו בה, והיא קרובה יותר לתפיסה שבה משתמשים אלה התומכים בתיאורית זכויות המבוססת על רעיון השליטה, אשר כוחה השכנועי רב במיוחד בהקשרים משפטיים. על-פי תפיסה זו, זכות אינה רק מקור להצדקת הטלתן של חובות מקבילות, אלא היא גם מחייבת שדרישה ליישום תופנה אל פרטים או אל גורמים מזוהים, וכי הנהנה מהזכות יוכל לשלוט באכיפתה. ברור כי תפיסה זו אינה חלה לגבי זכויות-אדם או לגבי זכויות מוסריות באופן כללי. כפי שראינו, אחד התפקידים העיקריים של זכויות-אדם הינו בעל אופי מוסרי ומעריך. ייתכן מאוד שהיבטים כאלה או אחרים של זכות-אדם מסוימת אינם ניתנים לאכיפה אפקטיבית, או אף שאין זה רצוי לאוכפם

נגד רצונם של פרטים אחרים, על-מנת למנוע מלתמוך ומלהכיר באינטרס כאידיאל של שאיפה אנושית בסיסית היכול להצדיק כעיקרון הטלת חובות על אחרים. מכאן שהדיון הפוליטי ייסוב סביב השאלה אילו חובות אכן יש להטיל כנגד הזכות. הזכות לחופש מרעב, המוכרת על-ידי רבים, הינה דוגמה טובה לזכות-אדם כזו. חשוב לדבר עליה כעל זכות ולבחון את החובות שיכולות להיות מוטלות על-מנת לממשה אף אם המסקנה תהיה שלא נוכל להטיל חובות כאלה על כל אדם או אף על כל מדינות העולם המפותח.

שנית, הטיעון מבוסס על הנחה שגויה נוספת, שלפיה ההגנה על אינטרסים אזרחיים-פוליטיים דורשת הכרה אך ורק בחירויות נגטיביות או בזכויות-שכנגדן-חובה נגטיביות, בעוד ההגנה על אינטרסים חברתיים-כלכליים דורשת הכרה בחובות פוזיטיביות כלליות, הכרוכות בהוצאות ציבוריות גדולות ובמיסוי כבד. אולם לא זה המצב. ההגנה על זכויות אזרחיות-פוליטיות עשויה להיות כרוכה בהטלת חובות חיוביות והוצאות ציבוריות לא-פחותות מאלה הנדרשות על-מנת להגן על זכויות חברתיות-כלכליות, ואילו הטיפול באינטרסים חברתיים-כלכליים עשוי להצריך רק הימנעות מהתערבות. זכות ההצבעה, לדוגמה, הינה זכות אזרחית-פוליטית פוזיטיבית המחייבת פעולה והוצאת משאבים, ואילו שמירה על פרטיותם של אנשים הנזקקים לשירותי סעד דורשת "רק" הימנעות מפיקוח ומהפצת מידע בנידון²⁹. מקרה מובהק המשמיט את הקרקע מתחת לרגלי הטענה האמורה הינו זכותו של אדם לא להיות מופלה לרעה, זכות הנתפסת כזכות אזרחית-פוליטית בסיסית. שימוש בזכות זו נעשה על-מנת להצדיק קבלת נשים ומיעוטים לבתי-ספר וליחידות צבאיות שהיו סגורים לפנייהם קודם-לכן. אינטגרציה כזו כרוכה לעיתים בהוצאות אדירות, וברור שהיא חורגת מהיקפן של הזכויות הנגטיביות.

דוגמה טיפוסית נוספת הינה הזכות לקניין, שיש הרואים בה אב-טיפוס של הזכויות האזרחיות-הפוליטיות. הזכות לקניין פרטי מוצגת לעיתים קרובות כזכות מסוג חירות, הכרוכה רק בהימנעותה של הממשלה מלפעול, דבר שהינו נטול-עלות. אולם כפי שהודגם על-ידי שורה ארוכה של מלומדים, החל במ' ר' כהן³⁰ בשנות השלושים וכלה ב- Sunstein ו- Holmes³¹ בני-זמננו, מדובר בטעות חמורה. ההגנה על קניין מחייבת לא רק הימנעות, אלא גם קבלת החלטות ציבוריות לגבי היקפו של הקניין הפרטי. הקניין נעשה "פרטי" באמצעות כללי הדרה הנוצרים ונאכפים על-ידי הציבור. בדומה לכל מקרה של אכיפה ציבורית, ההגנה על קניין מצריכה הוצאה ציבורית. ניתן להגן על הקניין באמצעות שימוש בכספי משלם המיסים כדי לאכוף את הזכות באמצעות איתור, העמדה לדין ומאסר של גנבים הפוגעים בזכות. ייתכן שנגיע למסקנה כי ניתן להגן על קניין פרטי ביתר יעילות על-ידי הענקת חינוך לנערים שימנע אותם מליהפך לגנבים מלכתחילה. הן קניין פרטי והן מתן חינוך נאות מהווים טובין שעל החברה להחליט באיזו מידה להגן עליהם, לקדמם ולהעניקם. הבחירה בין התייחסות אליהם כאל זכויות לבין התייחסות אליהם כאל אינטרסים המבקשים הכרה בזירה הציבורית הינה עניין של תבונה מעשית, ולא של ניתוח מושגי. תימוכין

²⁹ ראו גם הזכות להתאגד באיגודים מקצועיים, סעיף 8 לאמנה בדבר זכויות חברתיות. ניתן להשיג כי ה"מיקום" של זכויות במסמך זה או אחר אינו צריך להשפיע על סיווגן. הזכות להתאגד באיגודים מקצועיים צריכה להיתפס, לפי טיעון זה, כזכות אזרחית-פוליטית אף-על-פי שהיא מוזכרת באמנה בדבר זכויות חברתיות. אך אז נדמה כי יש כאן רדוקציה בהבחנה בין קבוצות הזכויות להבחנה בין זכויות חיוביות לבין זכויות שליליות, ולא להקשר שבו זכויות אלה מתעוררות ותופסות מקום מרכזי. הזכות להתאגד באיגודים מקצועיים הינה זכות חברתית-כלכלית למרות העובדה שאין סיבה לא לראות בה מקרה פרטי של הזכות הכללית יותר של חופש ההתאגדות. הסיבה לכך הינה היסטורית: יצירת איגודים מקצועיים הינה אחד השלבים המרכזיים בתהליך שבאמצעותו ניסו פועלים לשפר את עמדת המיקוח שלהם כלפי מעבידיהם.

³⁰ M.R. Cohen "Property and Sovereignty" *Readings in Jurisprudence and Legal Philosophy* (Washington D.C., M.R. Cohen & F.S. Cohen eds., 2002, part one) 26

³¹ S. Holmes & C.R. Sunstein *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes* (New York, 1999)

לכך שהבעיה אינה לוגית במהותה נמצאים בעצם הנכונות של רוב מדינות המערב להכיר בזכות כללית לחינוך ציבורי חינם.³²

אופיין והיקפן הרחב של החובות שיש להטילן על-מנת לתמוך בהסדרים מסוימים מהווים מאפיין חשוב בדיון בשאלה עד כמה ההסדר הנידון הינו רצוי ואפשרי. אין ספק שאינטרסים חברתיים-כלכליים רבים אכן מחייבים חלוקה מחדש נרחבת של משאבים, העשויה להיות בלתי-אפשרית ובלתי-צודקת. זו הסיבה להבדלים בין מנגנוני האכיפה של האמנה בדבר זכויות אזרחיות לבין אלה של האמנה בדבר זכויות חברתיות. אולם הכרה בהיבט זה של שיח הזכויות שונה במידה ניכרת מהמסקנה המקדמית שבגין אופייה של זכויות האדם, אין כביכול אינטרס חברתי-כלכלי היכול או צריך לזכות בהכרה כזכות-אדם. אשוב להבדלים אלה בנוגע לאכיפותן של הזכויות בהמשך.

טיעונים נוספים מועלים נגד ההתייחסות לאינטרסים חברתיים-כלכליים כאל זכויות. אחד הטיעונים הינו כי זכויות אזרחיות-פוליטיות מגלמות כללי משחק ניטרליים, כללי מסגרת שבאמצעותם אנו יכולים לפעול על-מנת להשיג את יעדינו. לעומת זאת, תביעות חברתיות-כלכליות מגבילות את החירות לחתור אל עבר יעדינו בגין הקולקטיביזציה והחלוקה מחדש של משאבים שנכפות עלינו. בכל אופן, בדומה לכל דיון אחר בעניין החיים הטובים, אינטרסים חברתיים-כלכליים צריכים להידון במסגרת "כללי המשחק" שכוננו הזכויות האזרחיות-פוליטיות. מכאן שיש להעניק עדיפות לזכויות אזרחיות-פוליטיות על אינטרסים חברתיים-פוליטיים.³³

ההבחנה בין "כללי המשחק" לבין פוליטיקה רגילה אכן חשובה. דיונים הנוגעים ברוב הצרכים המעשיים חייבים להיערך במסגרת "כללי המשחק", וקריאת תיגר על הכללים צריכה להיות נדירה יחסית. נוסף על כך יש אמת בתובנה כי יצירת הבחנה זו הינה אחת הסיבות לפוליטיקה חוקתית. אנו מעגנים את כללי המשחק בחוקה על-מנת שנוכל לקיים במסגרתה דיון נמרץ בדבר ההסדרים הרצויים. אך השתתת עדיפותן של זכויות אזרחיות-פוליטיות על אינטרסים חברתיים-כלכליים על נימוק זה יכולה להתברר כטענה מעגלית. נכון אומנם כי זכויות-אדם הינן מועמדות בולטות להיכלל בחוקה ולהיחשב לחלק מכללי המשחק, אך מדוע יש להכליל רק זכויות אזרחיות-פוליטיות בחוקה? היש סיבה לא להכליל גם זכויות חברתיות-כלכליות בסיסיות בגדר "כללי המשחק" שלנו?

לאדם שנאבק להשיג תנאי מחיה מינימאליים אין חופש של ממש לחתור להשגת יעדים כלשהם. זכויות אזרחיות-פוליטיות עשויות להנציח למעשה מצב שבו חלק מן האנשים חופשיים לממש את מטרותיהם ושאיופותיהם רק מפני שחיהם של אחרים נעדרים חופש זה לחלוטין. אם אכן זה המקרה, אזי זכויות אזרחיות-פוליטיות רחוקות מלהיות ניטרליות. התיאוריה של זכויות האדם מתייחסת לצרכים אנושיים בסיסיים. היא אינה מעניקה עדיפות למשטר חברתי אחד על משנהו בדרך זו. משטר חברתי אכן נחוץ על-מנת להגן על כל זכויות האדם, אך תוכנו של אותו משטר

³² מדובר בזכות היחידה באמנה בדבר זכויות חברתיות שלגביה המדינות מחויבות במפורש להתקין הסדר ספציפי – חינוך יסודי חובה ובחינם. אם מערכת חינוך מסוג זה אינה קיימת עדיין, עליהן להכין תוכנית שתבטיח את הקמתה בתוך זמן קצר וקצוב. ראו סעיפים 13-14 לאמנה זו.

³³ זו השפעתה של הבניית זכויות כמגבלות-תוחמות-פעולה על-ידי נוזיק (Supra note 10). לדיון בנייתו של נוזיק ראו להלן פרק ה למאמר. מהלך דומה עשה הארט (Hart) במאמר מוקדם, אך נראה שהוא שינה את דעתו בנקודה זו כעבור זמן: H.L.A. Hart "Do We Have Natural Rights?" *Theories of Rights* (New York, 2nd ed., J. Waldron, 1984) 77-90. ed., ראו גם הערותיו של הארט על מהות הזכויות ב: H.L.A. Hart "Bentham's On Legal Rights" *Oxford Essays in Jurisprudence* (Oxford, A.W.B. Simpson ed., 1973) 171. לזכויות-שכנגדן-חובה כל עדיפות, ראו: M. Golding "The Primacy of Welfare Rights" 1 *Social Philosophy and Policy* (1984) 119.

חברתי והדרך שבה הוא מגדיר את מחויבותיו הבסיסיות אינם יכולים ליהנות מעדיפות באמצעות מהלך הגדרתי, שלפיו המשטר הקיים מוגן על-ידי זכויות ואילו כל יתר התביעות נחשבות לאינטרסים גרידא. מדובר בסוגיה הפוליטית הבסיסית של כל חברה, ולא ניתן לפותרה באמצעות פנייה לאידיאל של זכויות-אדם או על-ידי הגדרה מסוימת של "כללי המשחק".

יש המנסים לגזור טיעון נוסף התומך בהגבלת הסטאטוס של זכויות-אדם לקטגוריה של הזכויות האזרחיות-הפוליטיות מקריאה מסוימת של ההיסטוריה: על-פי ניתוח זה, שיח הזכויות התחיל בציוויליזציה המערבית בסביבות המאה השבע-עשרה. תפקידו העיקרי היה להגביל את כוחם של ממשלות ומלכים באמצעות הסדרים בנושאים אזרחיים-פוליטיים קלאסיים, ללא כל קשר לרווחת נתיניו של המעמד השליט. אין צורך לבחון מחדש את תקפותו של תיאור היסטורי זה, השנוי במחלוקת³⁴, שכן אין כל סיבה שנישלט כיום על-ידי אילוצים הנובעים מן ההתפתחות ההיסטורית של רעיון הזכויות. השאלה אילו אינטרסים יש לתפוס כזכויות או כזכויות-אדם צריכה להיות מוכרעת על-ידי הניתוח שלנו בדבר דחיפות הצרכים, זיקתם לכבוד האדם והצורך להעניק להם את ההגנות המיוחדות הנלוות לזכויות.

יש להוסיף כי הנטייה לטעון שאינטרסים חברתיים-כלכליים אינם יכולים להיות זכויות, ומאידך גיסא, שאינטרסים אזרחיים-פוליטיים קלאסיים חייבים להיות זכויות אינה, כשלעצמה, נטייה ניטרלית, אלא תוצאה של תמונה ספציפית, הן במישור התיאורי והן במישור הנורמטיבי, של היחסים בין פרטים לבין הקבוצות שהם משתייכים אליהן. נטייה זו קשורה למסורות שמדגישות אינדיווידואליות ואת ההבחנה הגורפת בין ציבורי לפרטי. לפיה, השווקים נחשבים לחלק מהמישור הפרטי, ועל-כן, כך נטען, יש להשאירם מחוץ לתחום הסמכות של המדינה ושל החוק. על-פי מסורת זו, קיימת נטייה לא להעניק תשומת-לב מספקת ליחסים שבין הזכויות והחובות של הפרטים החיים בחברה. ההכרזה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם מדגישה את ההקשר של זכויות-אדם מתוך ניסיון למנוע או למזער את סכנת התרחשותם של מעשי זוועה. אך ההכרזה מבוססת על תמונה ועל הקשר של חיים חברתיים שבהם הפרטים מרכיבים חברה, ויש להם זכויות וגם חובות כלפיה. למרות זאת, אחת הטרזויות העיקריות המובאות על-ידי מבקרי שיח הזכויות הינה כי בתרבויות רבות, ובמיוחד בתרבויות אינדיבידואליסטיות, הקשר בין זכויות הפרט לבין האחריות המוטלת על פרטים ניתק. המרכיבים המוסדיים של ההגנה על זכויות מחזקים נטייה זו; בתי-משפט עוסקים בדרך-כלל בתובענות ספציפיות של פרטים, ואינם יכולים להתמודד ביעילות עם תנאי הרקע, הקובעים לעיתים קרובות את רווחת הפרט.

יש הטוענים כי לתלות ההדדית בין זכויות לבין חובות יש חשיבות רבה יותר בהקשר החברתי-הכלכלי מאשר בהקשר האזרחי-הפוליטי. מכיוון שהמנגנונים המוסדיים שלנו מתאימים יותר להגנה על תביעות עצמאיות של זכויות, ללא צורך להתייחס להקשרן, זכויות אזרחיות-פוליטיות מתיישבות בקלות רבה יותר עם המבנה החוקי והחוקתי המוכר לנו. לכאורה, טענה זו נכונה. ההכרה בזכויות חברתיות-כלכליות אכן מניחה מראש קיומם של קשרי סולידאריות, שהינם חזקים יותר מאשר הקשרים המונחים בבסיס ההכרה בזכויות אזרחיות-פוליטיות של פרטים.

זו הסיבה לכך שהמנגנונים המוסדיים הדרושים להגנת זכויות אזרחיות-פוליטיות שונים לעיתים קרובות מהמנגנונים הנדרשים לשם הגנה על זכויות חברתיות-כלכליות. ההבדל נובע בחלקו מהעובדה כי הגנה יעילה על אינטרסים חברתיים-כלכליים מצריכה מגוון עשיר יותר של

³⁴ מסורת זכויות-האדם, המודגמת על-ידי לוק (Lock), אכן מתרכזת בשאלה של גבולות הממשלה. אולם ניתן לטעון כי החידוש היה בשיח הזכויות, אך ההתעניינות בנושאי רווחה ותיקה הרבה יותר מאשר ההתעסקות בחופש. ראו למשל: Golding, *supra* note 33.

אינטראקציות אנושיות וחברתיות מאשר ההגנה על זכויות אזרחיות-פוליטיות רבות. קל יחסית להגן על תומכי עמדות לא-מקובלות או למנוע ענישה בגין הבעת דעות כאלה. קשה מאוד לטפל במצב המחייב לשלוח ילדים לבית-ספר שמתחיים חברתיים מקשים בו על תהליך הלמידה. ההתמודדות עם מתחיים חברתיים דורשת התערבות עמוקה ונרחבת יותר מאשר הימנעות מלהעניש מישהו בגלל התבטאותו. בית-המשפט יכול לגרום לכך שהרשעתו של אדם בגין ביטוי כלשהו תיהפך לאירוע בלתי-סביר. לעומת זאת, יכולתו לדאוג שילד שחור המתגורר בדרום ארצות-הברית יקבל חינוך אפקטיבי או טיפול רפואי נאות מוגבלת הרבה יותר.

גם אם נכיר בתקפותו של טיעון זה בנוגע לזכויות חברתיות-כלכליות, ניתן להחילו גם על זכויות אזרחיות-פוליטיות. הגנה יעילה על זכויות אזרחיות-פוליטיות עשויה אף היא להוביל להטלת חובות על קבוצה גדולה ובלתי-מוגדרת של אנשים. אם אלה לא יקיימו את החובות המוטלות עליהם, יעילות ההגנה על זכויות אזרחיות-פוליטיות עשויה להיפגע באופן חמור. טלו, לדוגמה, את הזכות האזרחית-פוליטית הפרדיגמטית ביותר: הזכות לא להיות חשוף לעינויים. הגנה יעילה מפני עינויים דורשת שילוב של נסיבות. ראשית, קיימת חובה לא לענות (זכות נגיבית המופנית כלפי כולי עלמא). נוסף על כך מוטלת על הממשלה חובה להגן על אנשים מפני עינויים, וחובה זו כוללת את הדרישה להטיל את החובה הראשונה ולאוכפה. אך ההיסטוריה מלמדת היטב כי על-מנת שחופש מעינויים יתקיים, צריך שהחברה תוקיע את עצם השימוש בעינויים. המאבק המתמשך בעינויים עד עצם הימים האלה מזכיר לנו כי בחברות לא מעטות יש התומכים בשימוש בעינויים נגד אחרים הנתפסים כמגלמים איום או כאויבים. בחברות כאלה, הגנה אפקטיבית מפני עינויים עשויה להיות כרוכה גם במאמץ חינוכי ומשפטי ארוך-טווח במטרה להפוך את הפרקטיקה של עינוי בני-אדם לבלתי-לגיטימית. ניתן גם להוסיף ארגונים בינלאומיים לרשימת נשאי החובות, מכיוון שהם יכולים ללחוץ על ממשלות להימנע משימוש בעינויים או להגן על התושבים מפני עינויים³⁵. למרות מגוון החובות ונשאי החובות הנדרשים להבטיח הגנה אפקטיבית מפני עינוי, אין כל ספק שיש להכיר בחופש מעינויים כזכות-אדם.

ברצוני להבהיר כי איני גורסת שמחויבות לאינטרסים אזרחיים-פוליטיים מגינה על פרטים, ואילו מחויבות לאינטרסים חברתיים-כלכליים קשובה יותר לצורכיהן של קבוצות. הנהנים משני אשכולות הזכויות יכולים להיות פרטים, קבוצות של פרטים או החברה בכללותה. חוסר הכבוד שבחיים המתאפיינים במאבק לתנאי מחיה בסיסיים מהווה עלבון לפרטים שזה גורלם, וחופש הביטוי וחופש ההתאגדות אינם מגנים בראש ובראשונה על האינטרסים של הפרטים להתבטא, אלא על החברה שבה אנו חיים. חופש ההתאגדות, ואף חופש הדת בהיבטיו הקבוצתיים, מניחים את קיומן של רשתות חברתיות ואת חשיבותן, ואחת ההצדקות העיקריות של חופש הביטוי ושל הדמוקרטיה טמונה בהגבלות שהם מטילים על אופי ההליכים החברתיים וביציבות המקודמת על-ידיהם. מבחינתם של עדי יהווה, לחופש הביטוי (או לחופש הדת) יש משמעות מעבר להיותו זכות של הפרט: הוא מעניק זכות לקבוצה שפרטים מסוימים משתייכים אליה לקבל גישה לזירת השכנוע הציבורית. כך גם אין לראות בחוק נגד הסתה הגבלה על זכותו של אדם לחופש הביטוי רק על-מנת להגן על זכותו של אחר לחיים; מדובר בהגבלה על חופש הביטוי המיועדת להגן על מוסדות ומבנים חברתיים שהינם תנאי מקדים לכלל רווחתה ובטחונה של האנושות ולהגנה על זכויות האדם כולן.

³⁵ J. Nickel "How Human Rights Generate Duties to Protect and Provide" 15 *Hum. Rts. Q.* (1993) 77

מסיבה זו איני צריכה לסתור רעיון אחר שעשוי להעלות ספקות לגבי הקוהרנטיות או המשמעות של זכויות חברתיות-כלכליות: הרעיון שנושאי זכויות הם רק פרטים, ושניתן למעשה לעשות רדוקציה של כל "זכות קבוצתית" לסוגים מסוגים שונים של זכויות של פרטים³⁶. אם אכן תביעות חברתיות-כלכליות הן תביעות קבוצתיות שאינן ניתנות להעמדה כזאת, אין הן יכולות – מטעם זה – להיות זכויות. זכויות-אדם הינן בעלות אופי אוניברסאלי ואינן ניתנות לחלוקה. הן משקפות התעניינות עמוקה בפרט כפי שהוא חי בחברה. גם אינטרסים אזרחיים-פוליטיים וגם אינטרסים חברתיים-כלכליים הינם מרכזיים אפוא לרווחת בני-אדם, ואסור שתמונת זכויות האדם שלנו תשמש מכשיר להסוואת מורכבותם של הרכיבים שבבסיס רווחתם של בני-האדם. ניתן לסיים חלק זה במסקנה שהתשובה לשאלה אילו אינטרסים צריכים להיתפס כזכויות או כזכויות-אדם צריכה להיקבע על-פי ניתוח של דחיפות הצרכים, זיקתם לכבוד האדם והצורך להעניק להם את ההגנה המיוחדת הנלווית לזכויות. אין כל סיבה להסיק מראש כי אינטרסים חברתיים-כלכליים אינם יכולים להיות מוכרים כזכויות (אדם).

ד. ההיררכיה בין זכויות אזרחיות-פוליטיות לבין זכויות חברתיות-כלכליות

כבר ציינתי כי רוב בני-זמננו נטשו את הטיעונים שמנסים להוכיח כי אינטרסים חברתיים-כלכליים אינם יכולים להיתפס כזכויות-אדם משיקולים לוגיים או היסטוריים. אולם נעשה עדיין שימוש באותם טיעונים, יחד עם טיעונים נוספים, על-מנת לקדם את הטענה כי זכויות אזרחיות-פוליטיות צריכות להיחשב לזכויות עדיפות, בעלות מעמד בכיר במיוחד. עמדה זו מוצאת ביטוי בעובדה כי תיאוריות ליברליות של הדמוקרטיה דורשות לעיתים קרובות להעניק הגנה חוקתית לזכויות אזרחיות-פוליטיות בלבד, ומותירות את ההגנה על זכויות חברתיות-כלכליות לחקיקה רגילה ולמדיניות שוטפת. כפי שראינו, במונחים מוסדיים, פירושו של דבר הוא שזכויות חברתיות-כלכליות מוגנות רק מפני מדיניות שרירותית או מפלה מצד הממשלה, בעוד שזכויות אזרחיות-פוליטיות מוגנות גם מפני מעשי חקיקה.

הענקת עדיפות כאמור לזכויות אזרחיות-פוליטיות עשויה להיות קשורה בחלקה לאידיאל של הדמוקרטיה. ניתן לטעון כי זכויות אזרחיות-פוליטיות חיוניות לתפקודה של הדמוקרטיה, וכאשר קיימת מערכת דמוקרטית הכוללת הגנה חוקתית מעין זו, יהיו תוצרי המערכת הפוליטית מקובלים בהכרח גם מונחים של צדק חברתי. אולם להצדקה זו יש משקל מוגבל בלבד: בתחומן של רבות מן הדמוקרטיות החוקתיות המבוססות שוררים עוני וייאוש נוראיים. ייתכן שזכויות אזרחיות-פוליטיות הינן תנאי נחוץ, אך אין הן תנאי מספיק להבטיח הגנה על כבוד האדם של כולם.

מערכת היחסים בין זכויות אזרחיות-פוליטיות לבין אינטרסים חברתיים-כלכליים עשויה לצבור חשיבות מעשית ופוליטית. חשוב אם-כן להדגיש כמה מהמובנים שבהם אינטרסים חברתיים-כלכליים הינם מרכזיים לרווחת בני-אדם ולמבנה של החברה לא פחות מאינטרסים אזרחיים-פוליטיים. נקודה זו אינה אלא הרחבה של התזה הראשית שלי, המובאת לעיל: סוגיות

³⁶ במחלוקת זו אני מצויה בין אלה התומכים בתפיסה שאומצה במסמכים הבינלאומיים המרכזיים בתחום, שלפיה פרט, כמו גם קולקטיב, יכול להיות נושא זכויות. היחסים בין הפרט לבין הקולקטיב שהוא משתייך אליו אכן מורכבים, ופרשנויות מהותניות של הקולקטיב אכן מסוכנות, אך אין להסיק מכך שרק הפרט "קיים".

אלה אינן קשורות לניתוח מושגי או לזיהוי מאפייניהן של זכויות. ניתוח הסוגיות מצריך בחינה מקרוב של תנאי הרקע והנחות-היסוד הנורמטיביות שבבסיס החיים במשטר דמוקרטי.

שני נתיבים מובילים לאותה מסקנה. אחד מהם הוא הרעיון, המצוטט רבות, שכל זכויות האדם נגזרות מהרצון לשמור על כבוד האדם. מבין הזכויות האזרחיות, אלה הקשורות באופן ההדוק ביותר לכבוד האדם הינן הזכות לא להיות חשוף לעינויים, הזכות לא להיות נאנס וזכותו של אדם שלא יוציאו דיבתו רעה. שלילת אפשרותו של אדם לבטא רעיונות מסוימים מהווה הגבלה משמעותית על חירותו, אך הקשר בינה לבין הכבוד קלוש למדי. כבודו של האדם דורש בדרך-כלל גם יכולת שליטה של הפרט בחייו ואפשרות להשתתף בהחלטות המתקבלות בקהילה הפוליטית שלו. אי-יכולת לשרוד או אי-יכולת להתחתן ולהביא ילדים לעולם מפאת היעדר אמצעים לתמוך בהם, או אי-יכולת לקנות תרופה סטנדרטית מצילת חיים – כל אלה הינן מקרים שבהם האיום על כבוד האדם ברור ובולט. מבחינת הרלוונטיות לרווחתו וכבודו של האדם, הצורך לא להיקלע לחיים המתמצים במאבק אין-סופי להשגת תנאי מחיה מינימאליים עשוי להיות, פעמים רבות, בסיסי וחשוב יותר מהצורך להשיג חירות פוליטית.

אותה מסקנה עולה כאשר בוחנים מקרוב את האידיאל של הדמוקרטיה וההשתתפות הפוליטית החרות על דגלן של כל התיאוריות הליברליות. הדמוקרטיה שואבת את ההצדקה לקיומה מהיותה משטר שבו ניתנת לפרטים זכות השתתפות שווה. אולם השתתפות דמוקרטית היא יותר מכוח וחופש להצביע בבחירות. מדובר ביכולת להצביע מעמדה של ידע ושל חופש. אי-אפשר אומנם לכפות על אנשים להיות בעלי ידע או חופשיים ואוטונומיים, אך תנאי הרקע צריכים לאפשר לאנשים חירות אפקטיבית להשגת דברים אלה. חירות אפקטיבית זו כוללת חופש ממאבק קיומי.

במילים אחרות: לא זו בלבד שהן אינטרסים אזרחיים-פוליטיים והן אינטרסים חברתיים-כלכליים יכולים להיות זכויות; לא זו בלבד שחלק מהצרכים החברתיים-הכלכליים חיוניים לרווחת בני-אדם לא פחות מהאינטרסים האזרחיים-הפוליטיים החשובים ביותר; אלא שהשימוש בזכויות אזרחיות-פוליטיות אינו יכול להיות עשיר ומלא ללא חופש בסיסי מרעב. על-כן, השאלה האמיתית הינה; האם על החברה לעשות שימוש בחלק ממשאביה על-מנת להבטיח לכל חבריה רמה נאותה של רווחה? דהיינו, מה צריך להיות המבנה של חלוקת המשאבים בין המדינה, החברה וחבריה האינדיבידואליים, וכמה משאבים חברה יכולה וצריכה לקחת מתבריה העשירים על-מנת להגדיל את המשאבים הציבוריים והמשאבים המשמשים לחלוקה מחדש?

בשלב זה מיותר לציין שאיני טוענת כי ההכרה בזכויות חברתיות-כלכליות מחייבת מדיניות גורפת של חלוקה מחדש של משאבים. ההתנגדות למדיניות השואפת להבטיח אינטרסים חברתיים-כלכליים מונעת לא רק על-ידי כוח ואינטרסים אנוכיים, אלא נתמכת גם על-ידי טיעונים מוסריים, חברתיים ופוליטיים חשובים. יש להתייחס לטיעונים אלה בכובד-ראש בעת בחינתה של מדיניות חברתית. ההבדלים האמיתיים בין זכויות אזרחיות-פוליטיות לבין זכויות חברתיות-כלכליות מחייבים חשיבה יצירתית על הסדרים חברתיים, ובחלקם אדון בהמשך. מטרתי בפרק זה הוא להראות כי שיקולים אלה אינם מצדיקים הוצאת עניינים חברתיים-כלכליים אל מחוץ לתחום הזכויות, וגם אינם מצדיקים מתן עדיפות לזכויות אזרחיות-פוליטיות על זכויות חברתיות-כלכליות.

ה. קניין, חירות וצדק חברתי

בטרם אמשיך, ברצוני להשלים את הטענות שהצגתי עד כה בהתייחסות לטיעון חזק ובעל השפעה רבה שהעלה רוברט נוזיק נגד ההכרה בזכויות חברתיות-כלכליות. טיעון זה מתבסס על הצורך להגן על זכויות אזרחיות-פוליטיות. בספרו **מדינה, אנרכיה ואוטופיה**, ניסה נוזיק באופן מפורש את הטענה עתיקת-היומין בדבר עדיפותם של אינטרסים אזרחיים-פוליטיים במונחים של זכויות.³⁷ לדידו, כל מיסוי אשר מטרתו אינה לממן את תפקודה של המדינה המינימאלית כ"שומר הלילה" (night-watchman) פוגע בזכויות הפרט לחירות ולכבוד. מיסוי כזה דומה מושגית לעבדות: הוא כופה על פרטים לעבוד למען רווחתם של אחרים. לטענתו, מדיניות כזו לא רק שאינה רצויה וראוי להתנגד לה בפורומים דמוקרטיים, אלא שיש בה פגיעה בלתי-מוצדקת בזכויות יסוד.

רוב המלומדים והפוליטיקאים במערב דוחים את טיעונו של נוזיק ואת עמדתו העקרונית נגד מיסוי המיועד להשגת חלוקה מחדש של משאבים.³⁸ על-מנת לשכנע בביקורתם, על מבקריו של נוזיק לדחות הן את הנחת-המוצא שלו, הגורסת כי אינו מתיישב עם כיבוד הזכות לחירות והזכות לקניין, והן את עמדתו הכללית נגד הסדרי רווחה שאינם מבוססים על פרות עבודתו של אותו אדם. ההבחנה בין שני שלבי הטיעון של נוזיק חיונית לצורכי הטיעון שלי. הזכות לחירות והזכות לקניין אינן שוללות מיסוי או חלוקה מחדש של משאבים, אך מסקנה זו כשלעצמה אינה מצדיקה הסדר ספציפי כלשהו של חלוקה מחדש. מצד אחר, גם זכות כללית לתנאי מחיה נאותים אינה תומכת בהסדר רווחה ספציפי. יש לדון בתוכניות ספציפיות של מיסוי וחלוקה מחדש של משאבים על-סמך ערכם המוסרי והפוליטי. מחויבות לזכויות-אדם אינה שוללת וגם אינה תומכת בתוכניות האמורות.³⁹

טיעונו של נוזיק רלוונטי במיוחד לענייננו בשל ניסיונו להשתית את התנגדותו לחוקי רווחה על-סמך הטענה שהם פוגעים באופן אינהרנטי בזכויות הפרט. נוזיק מציג את זכותו של האדם לחירות כמגבלה-תוחמת-פעולה (side-constraint), ולא כשיקול אחד מני רבים שיש לשקול כנגד שיקולים אחרים תוך כדי חתירה אל עבר היעד.⁴⁰ אופיין של זכויות מסוג חירות כמגבלות-תוחמות-פעילות נובע מן הדרישה הקנטיאנית לראות בבני-אדם מטרה העומדת בפני עצמה. תפיסה זו של הפרט שוללת את ניצולו של אדם אחד על-מנת להשיג יתרונות לזולתו (או למנוע ממנו אסונות). שוב, תמונת זכויות זו מדגישה את אופיין העל-חוקי של הזכויות. מגבלות-תוחמות-פעילות משקפות את הדברים שאל לנו לעשות לזולת, שכן עשייתם תפר ותערער את העילה הבסיסית ביותר להכרה בערכו של הזולת. לבני-אדם יש זכויות, וזכויות אלה מטילות מגבלות על המותר לעשות להם ולרכוש שבידיהם ללא רשותם. שוב, תמונת זכויות זו מנסה להפיק לקחים מעשיים מאופיין של הזכויות ומהנחות מוקדמות בדבר ההכרה בהן.

³⁷ *Supra* note 10

³⁸ ראו למשל: J. Rawls *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass., 1st ed., 1971) רולס (Rawls) דורש מכל חברה לציית לעקרון ה-"maximin", המבטיח שכל מדיניות תיטיב עם הנזקקים ביותר של החברה. ראו גם כתביו של דוורקין, הדורש "התייחסות רצינית" לזכויות וגם טוען כי השוויון מהווה אחד היסודות העיקריים של הליברליזם. לניתוח טיעונו של נוזיק, ראו: S. Scheffler "Natural Rights, Equality and the Minimal State" Reading

³⁹ *Nozick: Essays on Anarchy, State and Utopia* (Totawa, N.J. Paul ed., 1981) 148
³⁹ לדיון רגיש במיוחד, ראו: C. Wellman *Welfare Rights* (Totawa, 1982), וכן: L.A. Jacobs *Rights and Deprivation* (Oxford, 1993). שניהם מגלים אהדה רבה לטענות של צדק חברתי, ויחד עם זאת מחמירים עמן עד כדי הצבעה על הקשיים הכרוכים בבסיס זכויות רווחה או בהסקת מסקנות ספציפיות מהן.

⁴⁰ *Nozick, supra* note 10, at pp. 30-35. המבנה דומה, אך לא זהה, לקלפי הניצחון (trumps) של דוורקין (Dworkin, *supra* note 9), וכן לטעמים המוציאים (exclusionary reasons) של רז (Raz, *supra* note 7).

הדימוי הקנטיאני של פרטים שאסור לפגוע בהם אכן מושך את הלב והינו דימוי חשוב, אך שאלת-המפתח נעשית אם-כן: מהן זכאויותיו של האדם? תשובתו של נוזיק, המנוסחת במושגים של עבודה וחילופים וולונטריים, משכנעת באופן חלקי בלבד. הספרות בנושא ענפה. טיעונים דומים לאלה של נוזיק מועלים לעיתים קרובות על-ידי התומכים בניתוח של הכלכלה הפוליטית על-פי עקרונות "השוק החופשי" ועל-ידי מלומדים העוסקים ב"משפט וכלכלה". אולם יש ניתוחים פילוסופיים ומשפטיים רציניים המסבירים את הקשיים העולים מהנחות-היסוד של הטענות האמורים. יהיה די אם אומר בהקשר זה כי אין מנצחים ברורים בוויכוח הזה, וסביר להניח שגם לא יהיו. ברגע שנקבל זאת, לא יהיה אפשר להציג את שאלת הצדק החברתי כשאלה הנקבעת לפי ההכרה בזכות הפרט לחירות או לקניין ומוכרעת על-ידיה.

יש מלומדים המוכנים לעצור בנקודה זו, ברם אין זו אלא טעות. השאלות בדבר הדרך שיש ליצור בה איזון נאות בין חירות לבין סולידאריות, בין האוטונומיה של הפרט לבין אחריות חברתית הדדית, הינן השאלות הפוליטיות המרכזיות בעידן הנוכחי. עצם העובדה ששיח זמני *האדם*, כשלעצמו, אינו מספק מענה לשאלות אלה אינה צריכה להובילן לכך שהן יוכרעו אך ורק על-ידי כוח פוליטי והתנגשות בין אינטרסים מתחרים. שאלות אלה משקפות לעיתים קרובות את המתחים הפנימיים השוררים בין הנחות-המוצא השונות שבבסיס המחויבות לזכויות האדם. יתר על-כן, צורות שונות של זכויות מוסדיות, חוקתיות וגם חוקיות יכולות להוות מרכיבים חשובים בפתרון השאלות.

כמובן, אין באפשרותי להרחיב בשאלות המהותיות האלה במסגרת מאמר מסוג זה, אך ברצוני לציין כמה מלות תזכורת. טענתי קודם שזכויות החירות והקניין או ההבחנה בין עניינים אזרחיים-פוליטיים לבין עניינים חברתיים-כלכליים אינם יכולים להכריע, כשלעצמם, בסוגיות הרלוונטיות. עלינו להשתית את הניתוח שלנו על שיקולים מוסריים ונורמטיביים החורגים מן המחויבות הכללית לזכויות האמורות. ברם, עלינו להתייחס גם לעובדות הקשורות לטבע האדם, לאופיו של ארגון חברתי ופוליטי ולמגבלות התנאים הפוליטיים.

יש לדחות אמנם את טיעונו העקרוני של נוזיק נגד מיסוי לשם חלוקה מחדש, אך חלק מן הדעות שהוא מביע אכן הינן מרכזיות לחירות ולכבוד, וחלק מהסכנות שהוא מצביע עליהן ממשיות ואמיתיות. יש להיזכר בעובדה שרבים מהמשטרים הקומוניסטיים דיכאו את נתיניהם מעבר לדרוש לשם השגת מטרותיהם החברתיות, וכי נטייתם לדאוג לרווחה החברתית-הכלכלית של האוכלוסייה הייתה מוגבלת ביותר. סוג השלטון הנחוץ לשם אכיפת שיטות מסובכות של מיסוי ושל חלוקה מחדש של משאבים אכן צפוי ליצור בעיות. בצורותיו הקיצוניות, ייתכן שהוא אף יאיים על היבטים חשובים של החופש האישי והפוליטי. שיטה של חלוקה מחדש מתבססת אך ורק על כפייה המכוונת כלפי בעלי האמצעים אינה יכולה להיות יציבה לאורך זמן. יש מגבלות רציניות ליכולתנו לשלוט בתהליכים חברתיים, ולפעולות התערבות בתהליכים אלה יש תוצאות בלתי-צפויות שעשויות לחתור תחת התוצאות הרצויות, ולפיכך, הן הופכות את ההתערבות, בסופו של דבר, לבלתי-מוצדקת.

מאיך גיסא, קשה מאוד להתייחס ברצינות לטענה שכל מיסוי, מלבד זה הנדרש לתמוך בקיומה של המדינה המינימאלית, יוביל באופן בלתי-נמנע לשלילת החופש ולאובדן יוזמה ומוסר של אחריות. כמו-כן קשה להתעלם מהעובדה שהשקעות ציבוריות נבונות בחינוך ובהעצמה (דהיינו, תגובה על צרכים חברתיים-כלכליים באמצעות מיסוי) יכולות לתרום לצמיחה ולרווחה במידה רבה יותר מאשר החלופה של הגדלת תקציבי השיטור שנועדו למנוע מנטולי האמצעים

לאיים באופן ממשי על רווחתם של בעלי האמצעים (דהיינו, תגובה על צרכים אזרחיים-פוליטיים באמצעות מיסוי). במילים אחרות, הזכויות לחירות, לכבוד ולקניין אינן יכולות, לבדן, להכריע בשאלה כיצד על החברה להקצות את משאביה.

מצד אחר טוב וחשוב לציין כי בדיונים הנערכים כיום בסוגיות אלה אין מעלים כמעט טיעון בעד הכרעה מהירה בסוגיות האמורות באמצעות ההכרה במעמד המרכזי של הזכות לשוויון במסגרת המחויבות שלנו לזכויות-אדם. השוויון מוכר כזכות בכמה מובנים מצומצמים בלבד: הזכות להגנה מפני הפליה לרעה והזכות ליחס שווה מצד מוסדות ציבוריים, כולל בתי-המשפט. אנו מכירים בדרך-כלל בעובדה כי השלכותיה של המחויבות לשוויון בשיטת הצדק החברתי שלנו אינן מחייבות הכרעה כזו או אחרת בנוגע להסדרים ספציפיים⁴¹. זאת ועוד, הזכויות החברתיות-הכלכליות שאנו מדברים עליהן אינן, בעיקרן, זכויות לחלק שווה או להקצאה שווה, אלא זכויות לרמת חיים, בריאות וחינוך נאותים. אין לטעון כי הזכות ליחס שווה אינה מטילה מגבלות חשובות על ההסדרים הקיימים בחברה נתונה. אולם בדומה לחירות ולקניין, השוויון לבדו אינו יכול להכריע בסוגיות אלה.

ו. בעיות חברתיות-כלכליות חמורות ומשטרי דיכוי

עד כה בחנתי טיעונים בעד הוצאתם של עניינים חברתיים-כלכליים אל מחוץ לתחום של זכויות האדם, או לחלופין, בעד העדפתן של זכויות אזרחיות-פוליטיות על זכויות חברתיות-כלכליות. ברם, יש גם התומכים בעליונותן של זכויות חברתיות-כלכליות על זכויות אזרחיות-פוליטיות. ממשלות ומנהיגי דת במדינות רבות, בעיקר בעולם השלישי, מביעים התנגדות ללחצים הבינלאומיים לכבד את הזכויות האזרחיות-הפוליטיות של אזרחיהם, וטוענים לעדיפות מערכות של סולידאריות ושליטה הדרושות, לטענתם, לשם שימור התרבות המקומית וכדי לאפשר את החיים באזורים מורכבים ומוכי עוני. התנגדות זו אינה מנוסחת בדרך-כלל במושגים של שאיפה להגן על זכויות חברתיות-כלכליות, אלא מושתתת על דחייתה של מסורת הזכויות עצמה, בטענה כי מסורת זו הינה אינדיבידואליסטית ומערבית, וכי יומרתה לייצג ערכים אוניברסאליים שגויה. כאמור, לא אתיחס לעמדה זו במאמר זה⁴². מנהיגים אחרים מכירים בתחולתם של מסמכים, כגון ההכרזה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם, על הנעשה במדינותיהם, אף-על-פי-כן הם טוענים כי במדינות בלתי-מודרניות, הסובלות מעוני שיטתי, סיפוק צורכי המחיה הבסיסיים של האוכלוסייה כרוך בשלטון ריכוזי ויעיל, דבר שאינו מתיישב עם כיבודן של זכויות אזרחיות-פוליטיות בסיסיות הזכות בהכרה במערב המתועש.

⁴¹ המחויבות לעקרון השוויון אינה מובילה להכרעות מסוימות כאשר השוויון נתפס כזכות-אדם. יש שיטענו כי בחברות מסוימות, המחויבות לשוויון אכן מחייבת (או פוסלת) הסדרים מסוימים. בהקשר זה מעניינות הכרעותיהם של בתי-דין בינלאומיים המבקשים להעניק ל"שוויון" משמעות הגוברת על ההסדרים של חברות מסוימות. ראו למשל: *Lustig-Prean v. U.K. Judgment of 27 Sept. 1999 (Eur. Ct H.R.)*. עמימות השלכותיהם של החירות והשוויון יוצרת שאלות מוסדיות מעניינות במערכות הפנים-מדינתיות. אני סבורה כי הם היו קוראים למדיניות של ריסון שיפוטי מהסיבות שמובהרות על-ידי הולמס, בין היתר, בדעת המיעוט שלו בעניין *Lochner, supra* note 26, וברבים מכתביו. כמו-כן, ראו: *R. Gavison "Holmes' Heritage: Living Greatly in the Law" 78 B.U.L. Rev. 843-883 (1998)*. ריסון מעין זה יכול להוביל לתוצאות פרוגרסיביות כאשר בית-המשפט מתבקש לפסול הסדרים פרוגרסיביים (כגון הפלייה מתקנת) או להנציח תוצאות שמרניות כאשר הוא מתבקש להצהיר על אמצעים פרוגרסיביים ככאלה המתחייבים מהחוקה.

⁴² להתייחסות שיטתית לטענות אלה, ראו מאמרו של פרופסור טטסואו: I. Tatsuo "Human Rights and Asian Values" *The Globalization of Human rights* (New York, J.M. Coicaud and others eds., 2003) 116.

אילו הייתה מניעת רעב ומחסור באמצעי מחיה כרוכה, בנסיבות מסוימות, בשלילת זכויות אזרחיות-פוליטיות מסוימות, ייתכן שהייתה מתעוררת דילמה רצינית וטרגית; אולם אין כל ראייה שאכן אלה הם פני הדברים. אדרבא, רבים גורסים כי הדמוקרטיזציה וחופש הביטוי והמחאה הינם דרכים יעילות למנוע, או לפחות למזער, אסונות כאלה. סן (Sen), למשל, מצביע על כך כי מאז נעשתה הודו דמוקרטיה, היא לא חוותה רעב חמור. לעומת זאת, ההשתקה הכפויה בסין תרמה רבות להיקף ולממדים של טרגדיית "הקפיצה הגדולה קדימה" (Great Leap Forward)⁴³.

אין בכוונתי להישמע נאיבית ולטעון כי עניינים חברתיים-כלכליים ואזרחיים-פוליטיים הינם שני תחומים המופרדים זה מזה ואינם תלויים זה בזה. ברור שלא זה המצב. טענתי הפוכה ומדגישה דווקא את מערכת היחסים המורכבת הקיימת ביניהם. במקרים רבים, עלייתם לשלטון או הישארותם בשלטון של משטרים מדכאים מתאפשרות בזכות אינטרסים כלכליים המנסים להנציח את המונופולים שלהם ולהיאבק בתוכניות של חלוקה-מחדש מקיפה של משאבים. במקרים כאלה, אין הממשלה מנסה להצדיק את הפגיעה הקיצונית בזכויות אזרחיות-פוליטיות, כגון רצח, עינויים, מאסר בלתי-חוקי וכדומה, בהסתמך על אינטרסים חברתיים-כלכליים, אלא טוענת כי פעולות אלה הינן נחוצות למען שמירה על הביטחון והסדר. במקרים כאלה, שלילת זכויות אזרחיות-פוליטיות מאפשרת שלילה הולכת וגדלה של רווחה ותנאי מחיה בסיסיים מחלקים ניכרים של האוכלוסייה. אמנם, יש להכיר בכך כי הבטחת תכנונו וצמיחתו של המשק וחינוכם והכשרתם של אנשים עשויים לחייב שלטון אפקטיבי, וששלטון כזה לא יהיה קל תמיד להשגה במצבים שבהם יש להיאבק במנהיגים מסורתיים המתנגדים לשינויים; אך צרכים אלה אינם מצדיקים דיכוי והפעלת כוח שרירותי. למעשה, הפעילות הממשלתית הקוראת תיגר על המנהיגות המסורתית תהיה יעילה יותר אם האוכלוסייה עצמה תעבור תהליך של העצמה, כך שהערעור על המסורת ינבע מהחברה האזרחית עצמה. מחאה, סרבנות ואיגודים מקצועיים אכן יכולים להקשות על תיעוש מהיר של החברה, אך בחירה ב"קיצורי דרך" בתהליך התיעוש עלולה להיות מסוכנת עוד יותר⁴⁴. ברצוני לחזור על עצתי בנוגע לקריאה "רחבה" ו"צרה" של זכויות. ייתכנו נסיבות שיצדיקו במדינה נתונה הגנה פחות רחבה על זכויות אזרחיות-פוליטיות (או חברתיות-כלכליות) מסוימות מאשר זו המוענקת בחברות מפותחות ויציבות יותר, אך מכאן אין להסיק כי לזכויות אזרחיות-פוליטיות אין כל תחולה במצבים כאלה או שהן משניות בחשיבותן לזכויות חברתיות-כלכליות.

שליטים במשטרים מדכאים עשויים לא להתעניין במיוחד ברווחת האוכלוסייה, לא בהיבט האזרחי-פוליטי וגם לא בהיבט החברתי-הכלכלי של רווחה זו. ברם, ניתוח של מדינות מתפתחות יכול להסביר מדוע הזכות לקניין פרטי אינה נמנית שם בדרך-כלל עם זכויות האדם הבסיסיות. עינויים ודיכוי אינם כלים לגיטימיים (או יעילים) לקידום החוק והסדר או לעידוד צמיחה כלכלית. הטלת איסורים על מעשים אלה נחשבת בצדק כמגבלה חזקה התוחמת את גבולות פועלם של ממשלות או פרטים אחרים. מאידך גיסא, בנייה מחדש הדרגתית של הכלכלה, כמו גם רפורמה אגרארית בהיקף מסוים, עשויות להיות נחוצות על-מנת להתאים את המדינה לתנאים מודרניים. ייתכן שבנייה מחדש כגון זו תצריך מידה מסוימת של התערבות כפויה בקניין הפרטי. נוסף על כך,

⁴³ ראו: A. Sen "Freedom and Needs: An Argument for the Primacy of Political Rights" 201 The New Republic (1994) 31; וספרו החדש: A. Sen *Development as Freedom* (New York, 1999).
⁴⁴ היו טענות כי התיעוש המהיר של ברית-המועצות בתקופת סטלין התאפשר רק בגלל השלטון הטוטליטארי והעריץ שלו. כיום, לאחר התפרקות ברית-המועצות, נראה כי לטוטליטריות יש גם השלכות קשות על חוסנה של החברה ושל הכלכלה. ייתכן כי אף בעניין זה אין קיצורי דרך.

ייתכן שהיא תהיה כרוכה במידה של התערבות ציבורית בחופש החוזים, כמו גם בקביעת תצורה מסוימת של ההוצאה הציבורית. איני טוענת כי המחויבות לזכויות-אדם פוסלת כל התערבות כזו. מאידך גיסא, איני סבורה כי הרצון לקדם צדק חברתי וצמיחה כלכלית מקנה הצדקה אוטומטית להתערבות כזו. ההיסטוריה האנושית מלמדת כי חלוקה-מחדש גורפת של קניין שנצבר בידי מעטים נטתה להיות ברוטאלית ביותר ולא תרמה בטווח הארוך להשגת צדק חברתי. שוב, מדובר בשאלה הצריכה להיבחן ולהיקבע על-ידי החברה הרלוונטית בצורה אחראית. הכלכלה המודרנית תלויה במידה רבה בהשקעות פרטיות, בהשקעות בעלות אופי פרטי-למחצה ובסיוע בינלאומי מגופים כקרן המטבע הבינלאומית והבנק העולמי. נראה כי מבנה התמריצים הקיימים כיום מוטה דווקא נגד רצונה של שכבת המנהיגות במדינות העולם להגדיל את נפח פעילותם של המגזרים הממשלתיים או אפילו את מרכיבי הרווחה של משקיהן⁴⁵.

על-כן ניתן להסיק כי יכול שיהיה נוח לשליטים לטעון לקיומם של צרכים חברתיים-כלכליים על-מנת להצדיק את שלילתן של זכויות אזרחיות-פוליטיות אף כי שלילה זו אינה הכרחית על-מנת לספק את הצרכים האמורים. בכל פעם שבה נטען כי פגיעה בזכויות אזרחיות-פוליטיות נחוצה על-מנת להגן על צרכים חברתיים-כלכליים דחופים של האוכלוסייה, יש לבחון את הטענה בקפדנות רבה. נטל ההוכחה מוטל על המדינה או על הפרטים המבקשים להצדיק פגיעה בזכויות אזרחיות-פוליטיות מסיבות אלה. בכל מקרה, ניתן להשתית הצדקה כזו על הקונפליקט הקיים בין זכויות לבין אינטרסים ועל הצורך לאזן ביניהם. אין מקום לתמוך בהכללה שלפיה עניינים חברתיים-כלכליים עדיפים על זכויות אזרחיות-פוליטיות.

ז. מידת אכיפותן של זכויות אזרחיות-פוליטיות וזכויות חברתיות-כלכליות

מהנסיבות הנזכרות לעיל, ייתכן שקיימת זכות-אדם לתנאי מחיה נאותים. במילים אחרות, יש לפרט זכויות לתנאי חיים הנובעות מעצם אנושותו, וזכויות אלה אינן תלויות בהכרח בפועל שמעניקה להן החברה. זכויות אלה מצדיקות הטלת חובות, הן על המדינה והן על פרטים אחרים, לפעול על-מנת להגן על הזכויות האלה ולקדמן. השאלות העיקריות הינן: מהן חובות אלה וכיצד יש לאוכפן?

מעניין וחשוב ביותר לציין כי הקהילה הבינלאומית החליטה ליצור מנגנוני אכיפה לזכויות אזרחיות-פוליטיות השונים מאלה שנוצרו למען זכויות חברתיות-כלכליות, בעיקר במסגרת האמנה בדבר זכויות אזרחיות והאמנה בדבר זכויות כלכליות. על רקע החלטתם של מנסחי ההכרזה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם להתייחס לשתי קבוצות הזכויות באופן משותף ולהעניק להן מעמד שווה, ההחלטה להבחין בין מנגנוני האכיפה עלולה להיראות בלתי-עקבית; אך לדעתי, אין זה כך. שתי קבוצות הזכויות מחוברות זו לזו בדרכים רבות, והיה חשוב להדגיש את הדמיון ביניהן בהכרזה האוניברסאלית האמורה. עם זאת יש מקום להדגיש גם הבדלים מבניים מסוימים ביניהן. אולם אין לתת להבדלים להוביל להתעלמות מן העובדה כי הנושאים האזרחיים-הפוליטיים והחברתיים-כלכליים אינם ניתנים לחלוקה.

⁴⁵ בנקודה זו, ראו את ניתוח של פרופסור דה סנרקלנס "The Politics of Human Rights" *The Globalization of Human Rights* (New York, J.M. Coicaud and others eds., 2003), 137.

בהקשר האזרחי-הפוליטי, החובות מוטלות על המדינות. המדינות צריכות לחוקק חוקים וליצור תנאי רקע ותשתית מוסדית שימזערו את הפגיעות בזכויות המוזכרות באמנה. במקרים מסוימים יש פירוט של החובות, ונוסחות מסוימות של איזון בין זכויות אלה לבין שיקולים נוספים (כגון מצבי חירום) נשללות במפורש⁴⁶. אם חשודים בביצוע פשע נחשפים לעינויים או ליחס משפיל בזמן שהם מצויים בסמכות השיפוט של המדינה, או אם אנשים נעלמים או אינם זוכים במשפט הוגן לפני בית-דין עצמאי, יש בכך משום הפרת חובה מצד המדינה. חובות אלה הינן הן שליליות – להימנע מלפגוע בזכות, והן חיוביות – לנקוט בצעדים לקדם את יישומה. מאידך גיסא, האמנה בדבר זכויות חברתיות רק מטילה חובה להשתדל לנקוט באמצעים להשגה רמה מספקת של הגנה על הזכויות⁴⁷. יתר על-כן, האמנה מתירה מפורשות למדינות מתפתחות לא להעניק זכויות אלה לפרטים שאינם אזרחיהן⁴⁸. במילים אחרות, יש נכונות פחותה להגדיר ולאכוף את החובות המקבילות לזכויות החברתיות-הכלכליות של הפרט.

קיים הבדל חשוב נוסף: הקהילייה הבינלאומית נוטלת על עצמה חלק מהאחריות להבטיח אי-פגיעה בזכויות אזרחיות-פוליטיות, במיוחד כאשר מדובר בפשעים נגד האנושות⁴⁹. אין כל התחייבות דומה בהקשר החברתי-הכלכלי, מלבד המחויבות לשיתוף-פעולה ותיאום. נראה כי הסמכות לאכוף את הזכויות והאחריות לכך אינם מצויים בידי כל מדינה ומדינה, אלא אך ורק בידי מדינתו של אותו פרט נתון. ההבדלים בין שתי האמנות נעשו בולטים עוד יותר עם ייסודו של בית-הדין הפלילי הקבוע (ה-ICC) ובעקבות פרשת פינושה⁵⁰. דוגמה נוספת להבדלים בין מנגנוני האכיפה מצויה בעצם קיומו של הפרוטוקול האופציונלי לאמנה בדבר זכויות אזרחיות⁵¹, המאפשר לוועדת זכויות האדם לקבל עתירות מפרטים נגד מדינות שהינן צד לפרוטוקול ולאמנה (ובלבד שהפרטים מיצו את הסעדים העומדים לרשותם בדין הפנימי של המדינה נשואת התלונה). אין מנגנון דומה בקשר לאמנה בדבר זכויות חברתיות.

חשוב על-כן לזכור כי מדובר בהבדלים במידת אכיפותן של הזכויות, לא במעמדם של האינטרסים כזכויות או בחשיבות זיקתם לכבוד האדם. פיתוח סטנדרטים, תנאי-סף והנחיות הינו דרך טובה יותר להתמודד עם סוגיות מסוימות מאשר קבלת החלטות תקיפות וגינויים בגין הפרות. מדינה שנכפה עליה למנוע עבודת ילדים או המוגדרת כמפרת זכויות-אדם בגלל אי-מניעת תופעה זו, וזאת כאשר כלכלתה מבוססת על מוסד זה, אינה צפויה ליהפך לתומכת בקידומן של זכויות האדם; נהפוך הוא, היא עלולה לחוש כי זכויות-אדם אכן הינן צורה של אימפריאליזם מערבי. אולם אותה מידה של זהירות מומלצת לגבי סוגיות הקשורות לזכויות אזרחיות-פוליטיות, כגון מעמד האישה ותפקידה של הדת בחיים הציבוריים.

ההבדלים בין מנגנוני האכיפה של זכויות אזרחיות-פוליטיות ושל זכויות חברתיות-כלכליות במישור הבינלאומי קיימים גם ברוב מערכות המשפט הפנים-מדינתיות, ללא כל קשר לדרך שבה מעמדם של האינטרסים האמורים מוגדר באותן מערכות. אולם בחינה מדוקדקת יותר של פרטי ההחלטות המשפטיות והפוליטיות הרלוונטיות מעידה שההבדל אינו טמון באופיין של הזכויות,

⁴⁶ ניתן אמנם לשלול זמנית זכויות להליך הוגן בשעת חירום, אולם לא ניתן להשעות את הזכות לא להיות חשוף לעינויים או את הזכות לחיים – סעיף 4 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות.

⁴⁷ סעיף 1(2) לאמנה בדבר זכויות חברתיות. כאמור לעיל, יוצאת מן הכלל היא ההתחייבות של המדינות לספק חינוך יסודי חובה וחינם לכולם – סעיף 13(2)(a) לאמנה זו.

⁴⁸ סעיף 2(3) לאמנה בדבר זכויות חברתיות.

⁴⁹ השוו': Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998, art. 7, UN Doc. A/Conf.183/9, 37 I.L.M. (1998) 999.

⁵⁰ R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte [1999] All E.R. 97.
⁵¹ Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, 16 Dec. 1966, UN G.A. Res. 2200A (XXI) (1996).

אלא בהבדלים בחובות המקבילות הטיפוסיות שיש להטיל על-מנת להגן על הזכויות ולקדמן. בתי-משפט אינם נוטים להטיל נטל תקציבי כבד על ממשלות. אי-רצונם לעשות כן נובע משיקולים של כשרות מוסדית, הפרדת רשויות ויעילות. הם גם מהססים לקבוע מדיניות בנושאים המופקדים בדרך-כלל בידי הרשויות הפוליטיות. חשוב להבין כי אסור להניח לשיקולים לגיטימיים ונכבדים אלה להניע אותנו לעוות את תפקידן של זכויות חברתיות-כלכליות בחשיבה ובפעילות הפוליטית שלנו.

בהקשר זה ייתכן שפנייה למשפט ההשוואתי בתחום זכויות האדם תהיה מועילה. הן החוקה ההודית והן החוקה הדרום-אפריקאית כוללות גם זכויות חברתיות-כלכליות⁵². אולם בהודו הוענק לעניינים חברתיים-כלכליים מעמד של עקרונות מנחים בלבד, ואילו בדרום-אפריקה הם זכו בסטאטוס של זכויות לכל דבר ועניין. בשתי המדינות, חלקים מהאוכלוסייה תובעים אקטיביזם שיפוטי למען קידום זכויות חברתיות-כלכליות, ואילו אחרים מזהירים מפני גישה כזו. בשתי המדינות, רמת הביצועים של בתי-המשפט מקבלת הערכות סותרות מחלקים שונים של האוכלוסייה. אך בשתי המדינות, בסופו של דבר, בתי-המשפט נמנעים ממתן פרשנות רחבה לזכויות חברתיות-כלכליות. הסיבה לכך היא שפרשנויות אלה כרוכות בקביעת מדיניות על-ידי בתי-המשפט, העשויה להתגלות כבלתי-אכיפה. האו"ם בחר לתת ביטוי למציאות זו במבנה של שתי האמנות. החלטה זו נבעה ללא ספק גם ממשא-ומתן פוליטי בין המדינות⁵³, אך היא משקפת תופעה עמוקה יותר מאשר הבדלים בכוחן של המדינות בקרב הגופים של מקבלי ההחלטות באו"ם. רוב גדול של מדינות העולם התנגד לאפשרות שהקהילייה הבינלאומית תכתוב להן את מדיניותן החברתית והכלכלית. הבחירה הייתה בין דילול מנגנון האכיפה של כל זכויות האדם לבין יצירת מנגנון אכיפה חזק יותר רק לזכויות אזרחיות-פוליטיות. סבורני כי הבחירה באפשרות האחרונה הייתה מוצדקת.

ח. הגנה על זכויות לעומת הגנה כזכויות

זכויות חברתיות-כלכליות אינן זוכות כמעט בהגנה בחוקת ארצות-הברית. בעיקרון, כל הסדרי הרווחה הינם בסמכותם של בתי-המחוקקים הרגילים. כאשר הסדר זה או אחר מתקבל, קיימת זכות חוקתית להליך הוגן ושוויון בהנאה ממנו. אך אין הגנה על הזכאות עצמה. עובדה זו הודגמה היטב על-ידי השינוי הדרמטי שעברה מדינת-הרווחה בשנים האחרונות. במובן צר זה, ארצות-הברית נמצאת בפיגור בהשוואה למדינות אחרות שחוקותיהן כוללות מחויבות מפורשת לזכויות חברתיות-כלכליות (הודו ודרום-אפריקה, למשל). נוסף על כך, יש הבדל בולט בין הדרך שבה

⁵² ניתן לעיין בחוקה ההודית באתר הפרלמנט ההודי: [URL: <http://alfa.nic.in/const/a1.html>] (last visited on 27/4/2003); וכך באתר: [URL: http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/in_indx.html] (last visited on 27/4/2003);

נוסח החוקה הדרום-אפריקאית, על תיקוניה, נמצא באתרים שונים, כגון: [URL: <http://www.policy.org.za/html/govdocs/constitution/saconst.html>]; [URL: http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/sf_indx.html] (last visited on 27/4/2003);

⁵³ ההחלטה לכלול זכויות חברתיות-כלכליות כזכויות בעלות מעמד שווה בהכרזה האוניברסאלית נבעה מעמדתן של ברית-המועצות וגוש המדינות שהיא עמדה בראשו. הוסכם אומנם לעשות כן במסגרת ההכרזה, שהייתה מסמך הצהרתי, אך לא הייתה נכונות כללית לחזור על כך כאשר הגיעו המדינות לשלב של ניסוח האמנות של 1966.

ארצות-הברית מתייחסת לזכויות אזרחיות-פוליטיות, שהינן זכויות חוקתיות הזכות בהגנתם של בתי-המשפט, לבין הדרך שבה היא מתייחסת לעניינים חברתיים-כלכליים.

ובכן, האם נובע מכך שארצות-הברית מפרה את הזכויות החברתיות-הכלכליות של אוכלוסייתה? היעדר הגנה חוקתית לזכויות חברתיות-כלכליות אינו מרמז, לכשעצמו, על תשובה חיובית על השאלה. ההכרה בזכויות חוקתיות, חברתיות-כלכליות או אחרות אינה תנאי מספיק או תנאי הכרחי להגנתן בפועל. די להיזכר בעובדה כי לאנגליה אין עדיין מגילת זכויות כתובה הכוללת ביקורת שיפוטית מלאה⁵⁴, וכי לברית-המועצות לשעבר הייתה חוקה מתקדמת ביותר. בארצות-הברית, עצם קיומה של מגילת הזכויות, הכוללת מחויבות ספציפית לשוויון ולחופש הביטוי, לא הספיקה, כשלעצמה, על-מנת להשיג מניעת הפרדה גזעית, חופש ביטוי נרחב או שוויון לנשים. מאידך גיסא, קיומה של מגילת זכויות ומסורת של ביקורת שיפוטית עשוי לאפשר הכרה מורחבת בזכויות באמצעות חקיקה שיפוטית, העשויה להניע את הרשויות הפוליטיות אל עבר מתן הגנות נוספות.

מצד אחד, חשוב יותר להתייחס לנושאים אלה בצורה אפקטיבית מאשר להכיר בהם כזכויות. מצד אחר, ראינו כי אחת הסיבות העיקריות להכרה בזכויות הינה דווקא הרצון להעניק להן הגנה אפקטיבית יותר. המאפיינים המוסדיים של הזכויות והלחץ הבינלאומי הנובע מן ההכרה בהן ככאלה מסייעים במידה מסוימת בחיזוק האפקטיביות של תביעות המבוססות על זכויות. כשלעצמה, מגילת הזכויות האמריקאית לא הבטיחה הגנה מלאה על הזכויות המנויות בה, אך כאשר בתי-המשפט חשו שהם מוכנים ויכולים ליטול על עצמם את האחריות לכך, היא סיפקה כלים שמאפשרים הגנה טובה יותר על הזכויות. טענתי לעיל ששיח זכויות רחב מדי עלול להיות מסוכן ואף עשוי לפגוע בלגיטימיות של בתי-המשפט. יש להיזהר מפני סכנה זו, אך אין היא מהווה טענה נחרצת נגד השאיפה להעניק, בנסיבות המתאימות, את סוג ההגנה הניתנת לזכויות הן לאינטרסים אזרחיים-פוליטיים והן לאינטרסים חברתיים-כלכליים. יש להשיג את האיזון הדרוש בין הגנה לבין גמישות באמצעות האיזונים והבלמים המוסדיים ועל-ידי שימוש זהיר בהם.

ט. השלכות הגלובליזציה

ניתוחי התבסס בעיקר על סדר עולמי המושתת על מדינות ריבוניות הנושאות בסמכויות מרכזיות והינן בעלות האחריות העיקרית לחיי אוכלוסייתיהן. בתוך סדר זה, זכויות האדם הינן תבניות המיועדות להעריך את ההסדרים הפנים-מדינתיים על בסיס מערך של סטנדרטים אוניברסאליים. רווחת נטייה הולכת וגוברת לשאוף למנגנוני אכיפה בינלאומיים, אך אלה הם עדיין חריג, ולא הכלל. ברוב המקרים, ההגנה על רווחת הפרט תלויה הרבה יותר במה שעושה מדינתו ובמה היא נמנעת מלעשות מאשר בלחצים בינלאומיים או בהחלטות בינלאומיות.

מעניין כי החריגים לעקרון הריבוניות התרכזו עד היום סביב ניסיונות למנוע ולהעניש מעשי זוועה שנגרמו כתוצאה מפגיעה בזכויות אזרחיות-פוליטיות. העולם מנסה אמנם לספק סיוע הומניטארי ורפואי לאזורים מוכי רעב, אך מעולם לא נעשה (וטוב שכך) ניסיון להשתמש בכוח על-מנת להביא לידי החלפתה של ממשלה שהובילה את עמה לאסונות חברתיים-כלכליים. ברם,

⁵⁴ החקיקה שחוקקה לאחרונה, הקולטת את האמנה האירופית אל תוך החוק האנגלי, הינה תרגיל מעניין בפיתוח חוקתי. אך גם חוק זה נמנע מלהסמיק את בתי-המשפט לפסול חקיקה קיימת.

המשפט הבינלאומי מסתגל לאט לעובדה שהשלכות הגלובליזציה בתחום החברתי-הכלכלי הינן עצומות, והן משפיעות מאוד על יכולתן של מדינות לדאוג לצרכים החברתיים-הכלכליים של אוכלוסיותיהן. המגבלות הנובעות מהיקפו של מאמר זה אינן מאפשרות לי לדון בסוגיות אלה בצורה נאותה, אך פטור בלא-כלום אי-אפשר, שכן יש כמה מאפיינים מוסדיים המובילים לידי כך שהגלובליזציה משבשת כמה מן הקשרים ה"ישנים" בין עניינים אזרחיים-פוליטיים לבין עניינים חברתיים-כלכליים בתוך שיטות פנים-מדינתיות.⁵⁵

בעבר היה למדינות תמריץ מסוים לטפל בצדק חברתי ובתחושת אחדות חברתית בתוך גבולותיהן מכיוון שהן נהנו מרמה יחסית של אוטונומיה. אמנם היו תמיד הבדלים גדולים בין קהילות, מדינות ועמים, אולם שררה תחושה שניתן להטיל על המדינה את האחריות להשגת איזון בין חירות הפרט לבין צדק חברתי. מדינות לא מחקו אומנם, ולא יכלו למחוק, את ההבדלים בין משפחות ובין קהילות, אך בכל-זאת הן סיפקו מסגרת שהיה ניתן לגייס בה את כל משאבי המדינה על-מנת לדאוג לאוכלוסייה. יתר על-כן, פירושו של תהליך הדמוקרטיזציה היה, כעיקרון, שלאותה אוכלוסייה ניתנה יכולת השפעה על קביעת זהותם של מקבלי ההחלטות הלאומיים. בעיקרון, משוללי האמצעים יכלו להשפיע על השלטון, כך שצורכיהם החברתיים-הכלכליים העיקריים סופקו.⁵⁶ כפי שצינתי, הדמוקרטיזציה אינה יכולה, כשלעצמה, להבטיח צדק חברתי, אך ניתן לסמוך עליה שתבטא איזון קביל בין זכויות הפרט לבין סולידאריות חברתית. במילים פשוטות, בעלי ההון ובעלי הכוח היו צריכים לתת מענה הולם לבעיותיהם של עניי מדינתם וקהילתם כתוצאה של מגוון סיבות מוסריות ומעשיות. רווחתם של העשירים הייתה תלויה בשביעות-רצונו של רוב האוכלוסייה ובמניעת רמת ייאוש שתוביל בסופו של דבר למהומות או אף מהפכה. לבסוף, חלק מהמשמעות של תהליך הדמוקרטיזציה היה כי לפחות מידה מסוימת של הגנה על רווחה וחינוך תזכה במעמד המיוחס של זכויות, ולא רק של הסדרים פוליטיים או של מעשי חסד וצדקה. כתוצאה מכך, שליטים ואליטות פנים-מדינתיות גם יחד למדו כי לא ניתן להתעלם מרווחת האוכלוסייה כולה.

נראה כי תהליך הגלובליזציה חותר תחת חלק מהנחות-היסוד של תמונה אידיאלית כזאת. זו אחת הסיבות לאי-התממשות התקווה שמתן הגנה לזכויות אזרחיות-פוליטיות ייצר, כשלעצמו, פתרון מספק לבעיות החברתיות-הכלכליות. במישור הגלובלי, היחס בין זכות בחירה לבין רווחה לא הושג מעולם. נראה שקיים פער הולך ומתרחב בין השמעת קול, אחריות וכוח. גורמים רבים תורמים לקיומו של פער זה. אחד מהם הינו התלות ההדדית בין שווקים, מחד גיסא, לבין ניידות התעשייה, כוח העבודה וההון, מאידך גיסא. גורם אחר הוא ההפרש הגדול בין עלויות כוח העבודה באזורים שונים בעולם. גורם שלישי הוא הפגיעות של מנהיגים ועמים בעולם השלישי, התלויים בהיעדר משאבים משלהם, בטכנולוגיה ובהון של המערב. כתוצאה מכך, לגבי מספר גדול של תעשיות ותעשיינים קיים ניתוק רציני בין מרכזי ייצור, שווקים ומרכזי החיים.

⁵⁵ איני דנה כאן כלל בשאלות הנורמטיביות הדחופות שהועלו במאמרו של שו הנוגעות באופיין והיקפן של החובות המוטלות על מדינות מפותחות ועל הפרטים החיים בהן כלפי הנזקקים של העולם המתפתח. גם זה מאמר באותו כרך: H. Shue "Global Accountability: Transnational Duties Towards Economic Rights" The Globalization of Human Rights (New York, J.M. Coicaud and others eds., 2003) 160. הערותי עוסקות בהשפעת הגלובליזציה על תנאי הרקע ה"מסורתיים" המאפיינים מערכות חברתיות. אולם גישתי הכללית לשיח זכויות מרמזת כי הרחבות בדרך ששו מציע עלולה ליצור בעיות קשות. לכן הייתי מעדיפה לקיים דיון ישיר בעניין חובות מוסריות והיקפן, ולא לגזור את הדיון בבעיות הדוחקות האלה משיח זכויות האדם והזכויות הבינלאומיות.
⁵⁶ אך ראו את ההסבר של נוזיק, הטוען כי בדרך-כלל, אין לרוב, השייך למעמד-הביניים המפרנס את עצמו, אינטרס לתמוך בחלשים ובאלה שאינם יכולים (או אינם רוצים) לפרנס את עצמם: *Supra* note 10, at pp. 274-275.

מצב זה יוצר בעיות הן למדינות המפותחות והן למדינות המתפתחות. כוח עבודה בלתי-מיומן בעולם המפותח אינו יכול להתחרות בכוח העבודה מהעולם המתפתח. הוא חשוף לסכנה של מעבר הייצור למקום אחר, והוא מאוים על-ידי העובדה שמדינתו מושכת עובדים זרים, חוקיים ובלתי-חוקיים, המוכנים לעבוד בתנאים הנראים כיום בלתי-מספקים לתושבים המקומיים. נוסף על כך, תהליכים של קבלת ההחלטות שמבנים כלכליים בינלאומיים נקבעים באמצעותם אינם כפופים לתהליכים הפוליטיים של המדינות השונות. הם נערכים בפורומים בינלאומיים, שבהם בני המעמד העשיר, המשתייכים לכמה מדינות שונות, מחליטים לעיתים קרובות על הסכמים שמיטיבים עמם אך אינם לטובתה של מדינתם בכללותה⁵⁷.

התפתחויות אלה תורמות למצבה העגום של מדינת-הרווחה במערב המתועש. באזורים המתפתחים של העולם, לחצים בינלאומיים ושחיתות פנימית מקשים מאוד על מעבר הדרגתי לקראת מודרניזציה, המשלב צמיחה כלכלית עם מנגנונים הקשובים לצרכים החינוכיים והחברתיים-הכלכליים של הכלל. כמה מסוגיות אלה נידונו במאמריהם של שו⁵⁸ ודה סנרקלנס⁵⁹. אני מעלה אותם כאן מכיוון שהם מדגישים את בסיסם, ההולך ומתערער, של תהליכים שהשיגו עד כה, באופן חלקי, איזון בין אינטרסים אזרחיים-פוליטיים לבין אינטרסים חברתיים-כלכליים בחברות רבות. על כל ניסיון מודרני להתמודד עם זכויות אלה להיות רגיש לעובדות הללו⁶⁰.

י. במקום סיכום

מאמר זה נכתב במקור כפתיחה אנליטית לכרך שנערך על-ידי האוניברסיטה של האו"ם, שעסק בעיקרו בבעיות של משטר זכויות האדם הבינלאומי. אכן, המאמרים האחרים בכרך עוסקים כמעט כולם ישירות בהיבטים שונים של הטענה לאוניברסאליות של זכויות האדם, אזרחיות ופוליטיות כמו גם חברתיות וכלכליות. הכרך משקף התלבטות בנוגע להיקף החובה של העולם המפותח לסייע לפיתוחו ולרווחתו של העולם הבלתי-מפותח ולתפקידם של מוסדות פיננסיים בינלאומיים בתהליכים אלה.

ספר זה מתפרסם בישראל בעיצומו של דיון ציבורי בדבר ההגנה החוקתית על זכויות האדם בישראל בכלל וההגנה החוקתית על זכויות חברתיות וכלכליות בפרט. ברצוני לפרט קצת לגבי מה שנובע מן המאמר הזה לדיון הציבורי האמור לבין מה שאינו נובע ממנו.

מבחינה עיונית ועקרונית, ככל שברצוננו לתת מעמד מועדף בחשיבתנו לזכויות האדם, חשוב מאוד לא ליצור הבחנות בין זכויות אזרחיות ופוליטיות לבין זכויות חברתיות, כלכליות או תרבותיות. יש לעשות את האיזונים שבין זכויות האדם גם בתוכן, ואין להסתפק באיזון אך ורק בתוך כל אחד מן האשכולות הללו. ההתנגשויות אינן תמיד רק בתוך אשכול זה או אחר. חשוב לזכור עובדה מרכזית זו. חשוב גם להזכיר ולהטמיע את היסוד העקרוני המשותף להגנה על זכויות

E. Benvenisti "Exit and Voice in the Age of Globalization" 98 *Michigan L. R.* 167-213 (1999)⁵⁷

Supra note 55⁵⁸

Supra note 45⁵⁹

⁶⁰ לדוגמה, סולידאריות לאומית נתמכה, במידה מסוימת, על-ידי מדינת-הלאום ובאמצעות קשרים תרבותיים. כמו-כן, חייהם של אנשים עניים נעשו עשירים ומשמעותיים יותר בגין חברות בקהילות-תמיכה דתיות ותרבותיות. הגלובליזציה, המביאה עמה גלים של מהגרי עבודה, משבשת תכופות מסגרות אלה. שוקי העבודה שנוצרים במדינות מתפתחות יוצרים פערי עושר עצומים, תוך הריסת מבנים מסורתיים. מצבם העגום של פועלים בלתי-מיומנים בעולם המפותח יוצר ייאוש ואי-שקט והורס את מבנה המשפחה המסורתית. תהליכים אלה יוצרים שכבה נרחבת של בני מעמד נמוך, מנוכרים ותלויים בשירותי הרווחה הציבורית. מכאן שסוגיות אתניות, דתיות וחברתיות מסבכות את הבעיות הנצחיות ועתיקות-היומין העולות מהמתח שבין עשירים לעניים. ייתכן שלעניים תהיה קהילה תומכת פחות, שלו הייתה תומכת יותר, היה ביכולתה לעזור להם בהתמודדותם עם העוני והשלכותיו. ניסיונותיהם של מדינות וגורמים בינלאומיים לטפל בבעיות אלה, בין בצורה של הענקת זכויות ובין בדרכים אחרות, צריכים להיות רגישים למורכבויות הללו.

האדם כולן: הרצון להגביל את כוחם של החברה, המדינה והפרטים האחרים לפגוע באינטרסים הבסיסיים של פרטים ושל קבוצות. גם יסוד עקרוני זה חל במידה שווה על אינטרסים חברתיים, כלכליים ותרבותיים ועל אינטרסים אזרחיים ופוליטיים.

עם זאת, אין להניח לבסיס העקרוני המשותף לסמא את עינינו מלהבחין הבחנות חשובות בתחום היקף החובות המוטלות על-מנת לממש זכויות ומלהתייחס להיבטים המוסריים של ההגנה על אינטרסים באמצעות הכרה בהן כזכויות בעלות הגנה חוקתית. אין דומה החובה לא להגביל את חירותו של אדם להתבטא או לעסוק במקצועו לחובה לסייע לו, בכסף או בדרכים אחרות, לממש את עצמו ואת העדפותיו. אין דומה חובה שהמוסדות החברתיים-הפוליטיים מטילים, על-סמך משא-ומתן ושקלול של תביעות, צרכים, ערכים ואינטרסים שונים, לחובה המוטלת בשם עיקרון הנעשית על-ידי בית-משפט שאינו נבחר. הבדלים חשובים אלה אוצלים על דפוסי ההגנה המשפטית על זכויות לא פחות מאשר היסוד העיוני והערכי המשותף להן.

על רקע זה, הבחירה שבחרו מכוני חוקות בעולם לגבי ההגנה החוקתית על זכויות בכלל ולגבי הכללתן של זכויות חברתיות וכלכליות בחוקה בפרט נעה בין כמה אפשרויות:

1. החלטה לא לתת מעמד חוקתי ממש לזכויות-אדם בכלל. החלטה כזו מטשטשת את ההבחנות בין זכויות אזרחיות ופוליטיות לבין זכויות כלכליות וחברתיות לעניין ההגנה החוקתית, אם כי הבדלים חשובים ביניהן נשמרים במקרים רבים ברמת ההסדרים החוקיים. החלטה כזו משאירה פתוחה את האפשרות להעביר מסר חינוכי חשוב על מעמד האינטרסים החברתיים-הכלכליים, שאינם נופלים בחשיבותם מאלה האזרחיים-הפוליטיים. אם זאת, בשני סוגי העניינים אין הגנה אפקטיבית על-ידי בית-המשפט מפני חקיקת הרוב העלולה לפגוע באינטרסים אלה.
2. מגילת זכויות הכוללת רק זכויות אזרחיות ופוליטיות. ההבדל מתחדד כאשר מגילת זכויות כזו הינה נוקשה ועליונה ומאפשרת ביקורת שיפוטית.
3. מגילת זכויות הכוללת גם זכויות חברתיות וכלכליות, אך במעמד שונה, כך שהיקף הביקורת השיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אזרחיות ופוליטיות רחב מזה החל על זכויות חברתיות וכלכליות.
4. מגילת זכויות הכוללת גם זכויות חברתיות וכלכליות, כאשר היקף הביקורת השיפוטית על כל הזכויות זהה. אפשרות אחרונה זו נחלקת לשתי תת-אפשרויות: ההיקף הזהה כולל כוח שיפוטי לבטל חוקי כנסת הנוגדים את הזכויות, או שאינם כולל סמכות כזו.

לאור מה שנאמר, אני נוטה לאמץ פתרון שידגיש את שוויון המעמד העיוני והערכי בין כל זכויות האדם. לכן אני מעדיפה פיתרון שיתן להן הגנה חוקתית דומה. מצד אחר, ראינו כי יש הבדלים מעשיים המכבידים על הענקת סמכות רחבה לבתי-משפט לבקר סדרי עדיפויות תקציביים, הכרוכים בהגנה על חלק מן הזכויות החברתיות-הכלכליות (כמו גם על חלק מן הזכויות האזרחיות-הפוליטיות). המלצתי נתונה לפתרון שיכלול במגילת זכויות חוקתית את כל סוגי הזכויות, אך יגביל את כוח הביקורת השיפוטית לגבי כולן. ובינתיים, לנסות ולהגן בחוקים רגילים על אותם היבטים של האינטרסים החברתיים והכלכליים שכבר זכו בישראל בהכרה, ולתת להם מעמד של זכויות משפטיות.

לא זה הקו שבו נקטו עד כה ארגוני הזכויות החברתיות. הם תובעים חקיקתו של חוק-יסוד : זכויות חברתיות וכלכליות. הם היו רוצים לתת לו עיגון חוקתי מלא, אך מוכנים גם לקבל הכללת זכויות אלה במעמד מוחלש. המחוקק הישראלי דוחה, בינתיים, גם תביעה זו. תקוותי היא שהדיון במאמר זה שופך אור מעט על הסוגיות הקשורות להחלטה הניצבת לפנינו בעניין זה⁶¹.

⁶¹ המועצה הציבורית שליד המכון לדמוקרטיה קיימה דיון מיוחד בנושא העיגון החוקתי של זכויות חברתיות וכלכליות. עמדתי בנושא זה מוצגת בנייר-העמדה המפורט שהוגש לקראת הדיון ונמצא באתר המכון הישראלי לדמוקרטיה. ראו ר' גביון "עיגון חוקתי לזכויות חברתיות וכלכליות?" נייר-עמדה שהוגש למועצה הציבורית שליד המכון הישראלי לדמוקרטיה, אוקטובר 2002 : (last visited on 27/3/2003) [URL: <http://www.idi.org.il/hebrew/article.php?id=593>].