**חלק א' – עקרונות כלליים**

**(1) חברה,רווחה, פוליטיקה ומשפט**

**זכויות אדם מחולקות לשלושה דורות שכל אחד מהם התפתח על רקע חברתי היסטורי אחר:**

1. **זכויות אזרחיות פוליטיות-** הזכות לחיים, חופש דת, מצפון, ביטוי. אלו הזכויות הכי ותיקות שמתחילות במהפיכות הגדולות של ההיסטוריה כאשר התפיסה הפוליטית שיוצרת את הזכויות האלה מדברת על משהו טבעי קיים ומובן מאליו. משפט טבע/ משפט פוזיטיבי.
2. **זכויות הרווחה**- כלכליות, חברתיות, תרבותיות. זכויות אלו הן חלק מהמהפכה החברתית שמרקס ואנגלס יוצרים במאה ה-19 (הם קומוניסטים) ולכן יש התנגדות של התנועה הקפיטליסטית. מרקס מדבר על הצורך לתת משמעות לתוכן ולחיים ולכן יש משמעות לעובדה של איך אדם חי ולכן אדם זכאי למלבוש, מדור, מזור ומורה- אין משמעות לזכויות אחרות בלי שלחיים יהיה תוכן.**הקומוניסטים** רואה זכויות אלה כמהות, אך **הקפיטליסטים** רואים את זה הפוך בגלל המאבק הפוליטי ובגלל ההבדל האידאולוגי בין שני הזרמים.
3. **זכויות קהילתיות-** זכויות למיעוטים, קבוצות, קולקטיב וכו'.

קיימות שתי תפיסות עולם עיקריות: **התפיסה הסוציאלית קומוניסטית**(בריה"מ), של המדינות שמכירות בזכויות חברתיות וטוענות שלמדינה יש חובה אקטיבית כלפי אזרחיה, שאלו יקבלו את הזכויות הללו. לעומתה קיימת **התפיסה הקפיטליסטית ליברלית**(ארה"ב,אנגליה) שאומרת שהמדינה צריכה להתערב באופן מינימאלי בחיי הפרט.

**\*\*** מדינות מערב אירופה מאז ומתמיד היו סוציאל דמוקרטיות כלומר מכירים במחוייבות של המדינה לרווחת אזרחיה אך לא מגיעים לרמה של ההתערבות בקומוניזם. \*\*

ככל שמדינה רואה את עצמה **כמדינת רווחה,** היא תהיה מזוהה יותר עם תפיסה פטרנליסטית.במדינת רווחה יש נטייה יותר להתייחס לאנשים לא רק כאינדבידואלים אלא גם כקולקטיב מסוים והכרה בזכויות קהילתיות וקיבוציות. את **נושא ההפרטה** ניתן לראות כמזוהה בעיקר עם התפיסה הליברלית שאומרת שממשלה כזרוע ביצועית של המדינה לא צריכה להתעסק ביותר מדי דברים אלא רק במינימום הנדרש לקיום של המדינה, אך מצד שני אפשר לראות בתהליך ההפרטה דווקא תהליך הפוך בו המדינה כמלווה מבחינה רגולטיבת בעצם לוקחת לעצמה שליטה באופן אפקטיבי על תחומים נוספים.

כשמדברים על זכויות חברתיות אנחנו מדברים על **רשימה פתוחה** של זכויות. יש את הזכויות הקלאסיות שהן חינוך, בריאות, בטחון סוציאלי וכו'. אבל הרשימה היא פתוחה ודינמאית ותלויית מקום וטכנולוגיה. דוגמא לכך היא הזכות לאיכות הסביבה (בעבר לא הייתה בכלל מוכרת והיום לאור השינויים הטכנולוגיים היא מאוד מדוברת). בנוסף, מדובר ב**זכויות יקרות** להבדיל מזכויות אזרחיות פוליטיות, מה שיכול להוביל אותן לתחתית סדר העדיפויות.כמו כן מדובר **בזכויות פוזיטיביות** –זכויות שדורשות בד"כ הקצאת משאבים ישירה. בהקשר זה נוהגים לדבר גם על הזכות החברתית **כזכות אקטיבית** – חובה על המדינה לספקה בפועל.

זכויות חברתיות הן **זכויות תוצאתיות ויחסיות.** נדרשת מהמדינה פעילות אקטיבית (להבדיל מזכויות אחרות למשל חופש הביטוי שם המדינה פשוט לא צריכה להפריע לי). דוגמא היא הזכות לחינוך – לא מספיק שהמדינה תקים ביה"ס, היא צריכה לדאוג שילדים הולכים לביה"ס ולומדים בצורה נאותה וכו'. מבחינת היחסיות אנחנו מדברים על סטנדרטים של זכויות,סטנדרט אובייקטיבי או יחסי. **אובייקטיבי** – ללא קשר למה יש לרוב האוכלוסיה, כלומר אני כמדינה דואגת להיקף מסויים של הזכויות לאזרחים. **יחסי** – מסתכלים מה יש לרוב, עורכים מעין ממוצע ומזה גוזרים את הזכות. **היום המדינה פועלת לפי הסטדנרט האובייקטיבי.**

הזכויות החברתיות מתחילות להתפתח בשנות ה50 לאחר מלחמות העולם, כאשר יותר ויותר מדינות מתחילות לחתום על אמנות בינלאומיות שמבקשות להגן על זכויות אדם. גם בהבט הזה ניכרת המחלוקת בין ברית המועצות וארצות הברית. התפיסה של הזכויות החברתיות באה להגן על ה"מסכנים והחלשים" אך יש בעיה נוספת, שהיא כוללת גם עצלנים. הגישה הקפיטלסיטית מדברת במונחים של **צדקה וחסד** ואז המשמעות היא שאין באמת חובה למדינה לדאוג לדברים האלה. לעומתה הגישה הקומונסטית מדברת על **זכות וצדק** – שדורשים מעשה אקטיבי של המדינה והתערבות של ממש ואם החלטנו שיש זכות כזו אז הולכים איתה עד הסוף ואין דרך להתחרט.

הזיקה בין זכויות אזרחיות ופוליטיות לבין זכויות חברתיות.

ישנה גישה המנסה לטעון כי הזכויות האזרחיות – פוליטיות "נעלות" על הזכויות החברתיות בגלל חיוניותם של הראשונות לעצם קיומה של מסגרת דמוקרטית. גישה זו רואה בזכויות החברתיות זכויות "נחותות".

**הטענה הנגדית** מנסה לבחון לעומק את קיומן של הזכויות האזרחיות – פוליטיות ללא הבטחת קיומן של הזכויות החברתיות - האם יש משמעות לראשונות ללא האחרונות?

כך לדוגמה נטען: האם יתכנו חיים דמוקרטיים תקינים ללא קיומה של זכות לחינוך שתבטיח את יכולתם של האנשים לקיים מערכות בחירות וחילופי שלטון על בסיס ראיה מושכלת ושכנוע איש את רעהו?

**כלומר האם ניתן לדבר על מימוש זכויות אזרחיות – פוליטיות במצב של מצוקה פיזית (שהזכויות החברתיות אמורות למנוע).**

**על מי יחולו הזכויות החברתיות?** תושבים/אזרחים/אנשים שנמצאים בשטח המדינה/אנשים שלא בשטח המדינה. בנוסף יש לבחון את תחולת החובה ביחס לאוכלוסיות מיוחדות בבמדינה. אוכלוסיות שהאינטרסים והזכויות שלהם בנושא רחבים במיוחד (לדוג' ילדים, זקנים, נכים). גם אם מזהים את היקף החובה באופן מצומצם (למשל המדינה מחויבת רק לאזרחיה) עדיין יתכן וינתנו שרותים מקבילים לאוכלוסיות אחרות, שכלפהם המדינה אינה חבה, הן משיקולים תועלתניים (לדוג' התועלת שתצמח לכלל אזרחי המדינה מכך שכל השוהים בה יחוסנו כנגד מחלות ולא יוכלו להפיצם יותר) והן משיקולים מוסריים בסיסיים של שמירה על כבוד האדם באשר הוא אדם. שרותים אלו לא ינתנו כזכות אלא כהטבה, שרות או חסד. ככל שמרחיבים את מעגל הזכאים תהיה לזה השלכה כלכלית וגם השלכה איכותית על טיב הזכויות שיוענקו.יש תחומים בהם יש רצון להרחיב יותר לעומת תחומים אחרים. למשל כל הנושא של הגיינה וסטרליות – תשתית הולמת לביובים, אנחנו ניטה להרחיב, כך גם לגבי זכויות מעמד הילד.

**(2) זכויות חברתיות במדינת ישראל**

**פס"ד מטה הרוב נ' משטרת ישראל –** **רקע:** תקופת ההתנתקות, תנועה מבקשת להפגין כנגד ההתנתקות. מתנהל מו"מ בינה לבין משטרת ישראל בו נקבע כי ינתן אישור להפגין אך בעלות של 100,000 ש"ח. מוגשת עתירה בה טוענים כי העלות הלא סבירה **הזאת** שוללת בעצם את הזכות של המפגינים לחופש הביטוי. **השופט ברק:** ברגע שיש זכויות מוכרות במדינת ישראל, כמו הזכות לכבוד האדם וחירותו שגוזרת את הזכות לחופש הביטוי, לא יעלה על הדעת שהמשטרה תטיל מעמסה כספית כזו על מי שמבקש לממש את זכותו. **צריך לתת לאנשים לממש את זכותם גם אם המשמעות היא שזה עולה כסף.** לעומת הזכויות החוקתיות המוכרות והמעוגנות בחוק, מי שנוטה לראות את הזכויות החברתיות כלא ממש זכויות ידבר באופן שונה על העלות הכספית שלהן. שם זה לא יהיה מובן מאליו שיש להעניק את הזכות בכל מחיר.

**פס"ד ג'בארה נ' שר הפנים –** **רקע:** העיר טייבה נמצאת תחת משבר כלכלי, כאשר מגיע הרגע לבחור לראשות העיר עולה בקשה לדחות את הבחירות כדי קודם לספק תנאים בסיסיים לתושבי המקום. שר הפנים מסרב לדחות בטענה שמדובר בפגיעה בעקרון דמוקרטי בסיסי וחשוב- **הזכות לבחור ולהבחר.** **השופטת פרוקצ'יה:** הזכות לבחור ולהיבחר אינה זכות מוחלטת, כי אם זכות שמשקלה יחסי.להבדיל מברק, היא טוענת ש**לפעמים זכויות אזרחיות פוליטיות יסגו בפני זכויות חברתיות שבהקשרים מסוימים הן הבסיס לקיום הדמוקרטיה ולא הזכויות האזרחיות פוליטיות (עושה איזון אופקי).**

\*\*חשוב לשים לב לניגוד בין השופטים: **ברק** חושב שזכויות דמוקרטיות פוליטיות הן הדבר הבסיסי ביותר ויש תמיד לדאוג שיתקיימו. **פרוקצ'יה**  לעומתו חושבת שזכויות דמוקרטיות פוליטיות יסוגו לעיתים כדי לספק זכויות בסיסיות אחרות.

**התייחסותה של מדינת ישראל לזכויות חברתיות:**

הדיון המרכזי יהיה **התפיסה של מדינת ישראל** בתוך הספקטרום הזה כי היא מתנדנדת בהקשר הזה ועדיין לא החליטה איפה היא עומדת. מ"י מתחילה את חייה עם אוריינטציה סוציאליסטית על גבול הקומוניזם ועוברת באמצע שנות ה-70 לכיוון הליברליות האינדבידואלית. החקיקה **בשנות ה50** היא בעלת מגמה מאוד ברורה עם אוריינטציה סוציאלית מאוד ניכרת (צריך לזכור שחלק מזה נובע בין היתר מזה שהמדינה קמה לתשתית מוכנה, למשל ענף הבריאות כבר היה מפותח בארץ). **בשנות ה-90** הייתה חקיקה מתקנת מאוד גדולה ורואים הבדלים ניכרים שם מהחקיקה הקדומה יותר. השינוי הגדול מתחיל בשנות ה70 עם עליית הליכוד לשלטון. אנו מבחינים לא רק בשינוי פוליטי אלא גם בשינוי חברתי – מעבר מרעיון כור ההיתוך לשימת דגש על האינדיבידואל. בשנות ה90 מחוקקים את חוקי היסוד (שהם גבוהים במדרג לעומת חוקים וזכויות אחרות), ומה שנוצר בפועל זה שבתי המשפט מעודדים פרשנות ליברלית קפיטלסטית ופחות סוציאלסטית. זה בא לידי ביטוי בפסיקה של ברק ובבחירה שלו בפרשנות על דרך הביניים, כך שהוא לא מכניס תחת הזכות של כבוד האדם וחירותו זכויות אחרות.

**פס"ד קונטרם – רקע:** חברת קונטרם היא חברה שהיה לה רישיון על שורה של מחסנים שלתוכם פרקו סחורות שיובאו מחו"ל וחברה זו רצתה לגדול ולקבל רישיון לעוד מחסן וכדי להשיג רישיון זה היא מלאה אחר כל ההליכים הנדרשים, אך היא שיקרה כדי לקבל את הרשיון.**השופט זמיר:** נניח שלא היו מחוייבים לפרט את זיקותיהם הקנייניות, האם עדיין היו מחוייבים לגלות זאת מיוזמתם? תשובתו לכך היא חיובית. הוא מבקש לקרוא תיגר על הגישה הרווחת (של ברק) שאנשים צריכים לעשות רק מה שהרשות דורשת מהם. לדעתו של זמיר צריכה להיות מערכת יחסים שיתופית בין המדינה לפרט. לדעתו **התפיסה הראויה היא זו שמעמידה בראש סולם העדיפויות גם את רווחת האדם ואת הצדק החברתי ולא רק את זכויות האדם.**

**פרשת הקיבוצים-** בשנת 2000 משנה מנהל מקרקעי ישראל את יעודם של שטחי חלקאות. הישוב החקלאי שבחזקתו היו אותם קרקעות, קיבל זכות לספח את הקרקעות האלה והזכות הזאת לא הייתה במחיר מלא. כלומר מ"י הקפיצה שווי של נכסים שהם נכסי מדינה ובעצם נתנה לאותם ישובים חקלאים להינות מפירות השינוי בלי לשלם את מיסי ההשבחה. מי צריך להינות מהרווח שנוצר משינוי היעדו של הקרקע? כלל הציבור או היישובים שבבעלותם הקרקעות והם אלו שעבדו ושיבחו את הקרקעות כל אותן שנים? בדיון עולות טענות הסטוריות אל מול טענות צדק. הקיבוצים מקשים לחכור את הקרקעות בעלות נמוכה יותר מכיוון שהן אלו ששיבחו את הקרקעות כל השנים. **זאת פעם ראשונה שביהמ"ש מתחיל לדבר במונחים של צדק ולא במונחים של משפט.** בהקשר הזה מתחילים לדבר על כמה מונחים שמאוד חדשים לשיח המשפטי וזה כל מה שקשור **לצדק חלוקתי**. **שיח שמדבר על צדק חלוקתי הוא הרבה יותר קרוב להיות השיח של האמנה החברתית של זמיר שמדברת על רווחת האדם וקידום זכויות חברתיות ולא רק הגנה על זכויות חברתיות פוליטיות**. השופט **אור** חותם את הדיון עם **חוק הדיור** שמקף מידה של צדק. כעבור שנתיים, אנו מגיעים לתת דיון נוסף בפרשת הקיבוצים וזה בנושא שיוך הנכסים. קיבוצים עוברים הפרטה, והדיון הוא על תחולת שיוך הנכסים. הויכוח הוא בין אנשי הקיבוץ לבין עצמם. חלקם מבקשים להחיל את שיוך הנכסים בעוד כמה שנים כשותיקי הקיבוץ ילכו לעולמם וכך לא יוכלו להוריש את בתיהם וקופת הקיבוץ תגדל משמעותית. **ביהמ"ש פוסק מטעמים של צדק** ופוסק שיש לראות את תאריך השיוך רטרואקטיבית ליום בו הקיבוץ החליט של ההפרטה.שיוך הנכסים ממשיך עם אותו קו של שיקולי הצדק שראינו קודם במקרה של שינוי ייעוד קרקעות. הגישה הזאת של שיקולי צדק היא הגישה שמאוד דומה לדעתו של השופט זמיר בפרשת קונטרם.

**פס"ד גימזו נ' ישעיהו-** **רקע:** במסגרת הליכי גירושין בין בני זוג, נפסקים מזונות לטובת האישה ובתם של השניים. האב בורח לחו"ל ולא משלם במשך 25 שנים. כששב לארץ האם והבת תובעות את המזונות שלא שילם. ליו"ר ההוצאה לפועל הסמכות לקבוע חלוקת החוב ופריסה לתשלומים בנסיבות מיוחדות כאשר הפרשנות המקובלת לאותן נסיבות היא במקרים שיש איום במאסר בגין אי תשלום חוב ויש צו מאסר תלוי ועומד כנגד החייב. נשאלת השאלה האם במקרה הנדון קמה הסמכות לפרוס את החוב לתשלומים. **השופט ברק:** מכיר בסמכות של יו"ר ההוצאה לפועל לקבוע תשלומים למזונות גם בתנאים מסוימים שהם אינם איום בצו מאסר. ברק אומר שיש טעמים מיוחדים, והם העובדה שהולכת להיפגע זכות חברתית של החייב שהיא בעצם **זכותו של החייב לקיים את עצמו**. אם החייב הופך להיות חסר בית ורעב ללחם, גם אלה הם סיכונים קשים ולעיתים פגיעתם בחייב קשה יותר ממאסר. קביעה זו הולכת לכיוון התפיסה שאומרת שזכויות חברתיות שקולות לזכויות אזרחיות פוליטיות. **הזכות** **של קיום מינימלי היא חלק מכבדה"א.לכאורה רואים פה גישה מרחיבה של ברק שמכניסה כחלק מהזכות לכבדה"א גם את הזכות לקיום מינימלי.** מה לגבי זכויות הקיום של האם והבת? בד"כ כשיש קונפליקט בין החייב לזכאי, נעדיף את הזכאי כי לו עדיפות מוסרית. במקרה הזה החייב יוצא כשידו על העליונה. ברק עורך דיון בזכויות חברתיות במישור שלא הכרנו, הוא מעניק מעמד עליון לזכות קניינית של החייב- וזו גישה לברלית קפיטלסטית מובהקת.

**פס"ד מנור –** ב2002 קוצצה קצבת הזקנה של ביטוח לאומי ב4%. העותרים, שהם זכאים לקצבת זקנה ביחד עם ארגונים שונים עותרים בטענה שהחוק פוגע בזכותם החוקתית לקיום מינמאלי שהיא לטענתם חלק מהזכות לקניין וכבוד האדם וחירותו. **דעת הרוב:** הזכות לקיום מינימאלי היא חלק מהזכות לכבוד האדם וחירותו. ניתן לומר כי היקפה של הזכות החוקתית לביטחון סוציאלי הוא תלוי משטר. במשטר ליברלי הזכות החוקתית לביטחון סוציאלי משתרעת על הבטחת קיום מינימלי בכבוד. לעומת זאת במשטר סוציאל דמוקרטי משתרעת הזכות על הבטחתה של רמת חיים העולה מעבר לסיפוקם של תנאי מחיה מינימליים אל עבר רמת החיים של כלל האוכלוסיה. הקיצוץ בקצבאות הזקנה לכשעצמו לא פוגע בזכות לקיום מינימאלי בכבוד. **השופט ברק:** מתייחס לזכות הקניינית. אומר שמאחר ומדובר בתקופה של משבר כלכלי, לממשלה היו חלופות שונות, והבחירה בקיצוץ קצבת הזקנה עומדת במבחני פסקת ההגבלה. במקרה הנדון לא ניתן לקבוע כי הנזק שנגרם לזכות הקניין של מקבלי קיצבת הזקנה עקב הקיצוץ בה אינו עומד ביחס סביר לתועלת הצפויה לחברה מהקיצוץ לנוכח המשבר הכלכלי החמור שבו מצויה המדינה.

**פס"ד העמותה למחויבות לשלום ולצדק חברתי-** הייתה תכנית שבאה להתמודד עם משבר כלכלי עולמי, ובה נקבע שהממשלה תפגע בצקבאות כאלה ואחרות. הוגשה עתירה בטענה שכשהמדינה מחליטה על קיצוץ בלי בדיקת ההשלכות לכך, היא לא ממלאת תפקידה נאמנה. בתחילת הדיון השופטת **דורנר** מבקשת מהמדינה להשיב **מדוע היא לא קובעת את הנורמה לקיום האנושי בכבוד**. המדינה משיבה וטוענת שאין לה חובה כזאת בכלל. בהמשך הדיונים השאלה משתנה (השופטת דורנר פורשת מההרכב) והשאלה אותה שואל **ברק** שונה באופן מהותי מהשאלה של דורנר:**מה היו ההליכים המנהליים שהתחוללו לפני ההחלטה?** (שאלה מנהלית). אפשר לראות שדעת השופטים נחלקת בין הגישה של קביעת סטנדרט **לקיום אנושי בכבוד**, מול הגישה של **הקיום המינימלי** (רשת הביטחון). **חוק הבטחת הכנסה** בא להעניק לאנשים סכום כסף שמיועד להבטיח את מחייתם כי אין להם מקורות הכנסה אחרים. גישת הקיום המינימלי-מדובר בצרכים הישרדותיים של האדם. **זו גישה ליברלית רכה** שאומרת שלמדינה יש מחויבות אך היא מאוד רכה כי מלכתחילה המדינה לא צריכה להתעסק בזה. קיום מינימלי הוא מדד יחסית אובייקטיבי שאמור לא להשתנות. מדובר ברף שקובע הקצאת משאבים בגובה לא רב יחסית.

קיום אנושי בכבוד= אדם חי בחברה בה יש נורמות מסוימות ויש סטנדרטים מקובלים בכל התחומים וכשאני רוצה להבטיח לאדם קיום אנושי בכבוד אני צריך להבטיח לו משהו שמקיים איזשהי זיקה למציאות הרווחת סביבו. זוהי גישה שאומרת שלמדינה יש מחויבות קולקטיבית לזכויות חברתיות. **מדובר בגישה סוציאל ליברלית** שלא אוהבת פערים כלכליים וחברתיים.

השופט ברק נאמן לפרשנותו וקובע כי הזכות לקיום בכבוד היא מחוייבות לקיום אנושי מינימלי ולאותה רשת ביטחון שבהעדרה תכריע את האדם למצוקה. כעת הוא שואל האם הקיצוץ בקצבאות פוגע בזכות לכבוד האדם. טוען שהעותרים לא עמדו בנטל ההוכחה. **השופט לוי(דעת מיעוט):** הזכות לקיום אנושי בכבוד הינה חלק בלתי נפרד מהזכות לכבדה"א. לוי מציג את הגישה הנגדית מלכתחילה- לדעתו הזכות לכבדה"א כוללת בתוכה את הזכות לקיום אנושי בכבוד. מבחינת לוי יש פה זכות חוקתית (בניגוד לדעת הרוב) ואם יש זכות כזו אז ידוע שאפשר לפגוע בה אך ורק דרך חוק ודרך כל המבחנים של פסקת ההגבלה. עוד הוא מוסיף כי מ"י התכוונה להיות מדינה שמקיימת שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור וזו מדינה שבאה ממקום שבו כבדה"א צריך היה לכלול את הקיום האנושי בכבוד ברף הרבה יותר גבוה ממה ששופטי הרוב טוענים לו וביהמ"ש פה בעצם נותן את ידו לשחיקה המתמדת שקיימת ואשר יוצרת את הפערים הגדולים שקיימים במדינה. יש תשתית מספיק ברורה כדי להגיד שהכיוון שמ"י התכוונה ללכת בו זה בדיוק העניין של קיום אנושי בכבוד ולא המקום המינימליסטי של קיום מינימלי.

**עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר האוצר –** **רקע:** עתירה בעניין הפרטת בתי הסוהר. הקבוצות הסוציאל דמוקרטיות הן אלה שמתנגדות להפרטה (בניגוד לגישה הליברלית שתומכת מאוד בהפרטה). הטענה החוקתית העקרונית שהעברת זכויות ניהול והפעלה של בית סוהר לזכיין פרטי פוגעת בחירות האישית וכבדה"א של אותם אסירים שיהיו שם. **השופטת בייניש:** מתנגדת להפרטה. בעצם העובדה שמעבירים סמכויות כליאה מהמדינה לזכיין פרטי שפועל למטרות רווח, זה גורם לפגיעה בזכות החוקתית לחירות אישית ולכבדה"א של האסירים. היא מבססת את תשובתה על **הרציונאל השלטוני,** כלומר שיש סמכויות שהן רק באחריות המדינה ורשויותיה ולא ניתנות להעברה לגורמים פרטיים וקבלני משנה.(משטרה, גורמים שאחרים לסדר ציבורי, בטחון, אכיפת חוק פלילי וכו'). בנוסף **התכלית של שיפור תנאי הכליאה ראוייה אך היא לא מידתית בהשוואה לפגיעה בזכות חוקתית – הזכות לכבוד האדם וחירותו.** **ההתנגדות מגיעה מהכיוון שחירות האסיר יותר משמעותית וחשובה מתנאי המחיה שלו. בייניש מגיעה מהמקום הליברלי של חירויות הפרט ולא מהמקום הקלאסי שמתנגד להפרטה. השופט לוי:**משקף את הגישה הסוציאל דמוקרטית, השורה התחתונה לנימוקיו של לוי היא שעל פניו יושג בהפרטה כאן ועכשיו שיפור משמעותי בתנאי המחיה של אסירים, מול טענות תאורתיות כאלה ואחרות לגבי פגיעה, ולצורך העניין מטריד אותו יותר איך האסירים חיים בפועל.

**חלק ב' – הזכויות החברתיות**

**(1) הזכות לביטחון סוציאלי**

מדובר למעשה בהבטחת צרכי מחיה בסיסיים של בני אדם. הויכוח הבסיסי הוא באיזה רובד אנחנו חשים צורך להבטיח- האם מדובר בקיום מינימלי, או שמדובר בקיום אנושי בכבוד שאומר שאנו רוצים להבטיח לבני אדם משהו קצת יותר מתקדם מבחינת היכולת שלהם לחיות ולהתקיים בחברה שסובבת אותם.

**יש להבדיל בין שני מצבים עקרוניים שרשת הביטחון הזאת אמורה להימתח:**

1. **מצב מצוקה-** כל אירוע שפוגע באופן מלא או חלקי בתפקוד הרגיל והשגרתי של אדם וביכולת שלו להתפרנס.
2. **מצב מצוקה קבוע-** למשל אדם שמראש נולד עם נכות קשה שמונעת ממנו אפשרות לתפקוד תקין ורגיל בחברה, או אדם שבאמצע חייו נפגע וסובל עכשיו מאותו מצב פיזי משבית.

יש את רשת הבטחון שאדם מכין לעצמו בעודו צעיר וביודעו כי בעתיד יזדקק לכסף ומשאבים כדי להתקיים – ולכן למשל יפריש כספים לקרנות פנסיה. לעומת זאת יש מקרים בהם ברור לנו שהמדינה היא זו שאמורה לספק את רשת הבטחון הזאת. כאן מדובר בעצם בביטחון הסוציאלי שמצריך רף מסוים של צרכי חיים, זה רף דינמי ומשתנה אבל יש קונצנזוס מסויים לגביו; קורת גג (כולל חשמל ומים), אספקת תזונה, **סכום כסף** שמספיק לכלל צרכי החיים הבסיסיים.לגבי הרכיב האחרון קיימות שתי גישות באשר לדרך לאספקתו (והן קיימות בקרב מי שדוגל בהכרה בזכות לבטחון סוציאלי): **1) תשלום בעין – לא נותנים כסף אלא מספקים שירותים.** יתרון- כך אנו בטוחים שהוא מקבל את השירותים הדרושים לו. חסרונות- פגיעה בכבוד האדם והקמת מערך בירוקרטי.**2) תשלום בכסף** שיאפשר ניהול תקין של צרכי האדם. חסרון – קיים חשש שהאדם ינצל את הכספים למטרות זרות.

בארץ קם מנגנון שמשלב את שתי הגישות האלו והוא **הביטוח הלאומי ורשויות הסעד המקומיות.** במסגרת החקיקה הסוציאלית שהייתה בשיאה בשנות ה50, חוקק **חוק ביטוח הלאומי** **וחוק לשכות הסעד.** זה האחרון מקים בעצם את לשכות הסעד המקומיות בכל הרשויות המקומיות שהן אלה שאמורות לזהות ולאתר את כל אלה שזקוקים לאיזושהי תמיכה ציבורית ומעורבות של המדינה בתחום של סיוע. בארץ ובמדינות אחרות יש את מנגנון ה"הפרטה במחדל" שאומר שיש גופים פרטיים שמתעסקים בתחומים שאמורים ברמה העקרונית להתנהל ע"י המדינה אבל מכיוון שמתנהלים בצורה טובה המדינה לא טורחת לקחת מהם את הסמכויות. כשמדינה לוקחת על עצמה אחריות, אז שליחת אנשים לגופים פרטיים לא נחשבת כמילוי אותה אחריות. מ"י בעיקרון בחרה את הדרך של נתינת סכום כסף מסוים לאנשים והם אלו שקונים את מה שהם צריכים. תמיכה בעין קיימת רק במערך התמיכה של צה"ל.

**החוק לביטוח לאומי כולל כמה היבטים:** הוא מרכז את המידע הרלוונטי, הוא ממלא תפקיד בקביעת הזכאות לקצבאות כאלה ואחרות והוא זה שבסופו של יום גם משלם את הקצבאות. מבחינה משפטית מדובר בגוף עצמאי, אבל מבחינה מהותית הוא פועל במישור ציבורי, המדינה מתקצבת אותו, הוא מרכז את כלל התשלומים שמדינה צריכה לשלם לתושביה, החל מתשלומים ליולדות ולילדים, תשלומים לקשישים, מובטלים, מוגבלים, נכים וכו'. מדובר במנגנון של **ביטוח חובה** על רעיון של ערבות הדדית – כלומר משלמים לפי יכולת כלכלית ולא לפי צורך בביטוח. יש רק בעיה אחת במנגנון הזה, למוסד לביטוח לאומי אין עצמאות כלכלית מפני שלא הוא מחליט כמה כספים הוא יגבה וכמה הוא יחלק, אלא המדינה, ולא בהכרח המדינה תמיד דואגת שתהיה זיקה בין שני הסכומים האלה. השיטה במ"י אומרת שיש **לשלם כסף** לאנשים והם כבר יסתדרו עם כל מה שהם צריכים. **בנוסף** המוסד לביטוח לאומי עוסק לא מעט בנושא של שיקום אנשים.

בסוף שנות ה90 מתחילות להתעורר טענות שהסיוע של ביטוח לאומי צריך להנתן גם לאנשים שעזבו את המדינה מסיבות לגיטימיות וכבר לא חיים בתחומיה.

**פס"ד חלמיש –** **השופטת דורנר:** אם תופסים את הזכות לבטחון סוציאלי כזכות אדם אז היכולת להגביל אותה מטעמים ג"ג היא חלשה ביותר. **יש מקום לקבוע קריטריונים וכללים שקובעים שבהתקיים מקרים מסוימים עצם העובדה שאדם עזב את הארץ לא תשלול את הזכאות שלו לקבל קצבת זקנה.** בשלב הזה ביהמ"ש עושה זאת עוד לפני שמתקנים את החוק בצורה המתאימה.

**פס"ד אייזן -** **אין פסול שהענקת הקצבה תוכרע ע"י הכנסת בחקיקה ראשית (בניגוד למה שקבעה דורנר)** וביהמ"ש בעצם דחה את העתירה שלו, כי העותר עזב את הארץ בגיל 55, ז"א לפני שהיה זכאי בכלל לקצבת זקנה.

**ישנם שני נושאים בהם רואים את ההבדל בין תפיסה סוציאלית לבין תפיסות אחרות:**

**נושא ראשון : הפער בתמיכה לנכים במ"י.** בגדול אנו מדברים על **שלוש קבוצות** של נכים עם התייחסויות שונות: **נכים מלידה או ממחלה** הם במקום "המסכן" ביותר, **נפגעי תאונות עבודה** הם במקום השני ובמקום השלישי (הטוב ביותר) נמצאים **נכים של כוחות הביטחון**. בשלושת הקטגוריות האלה (רק על השתיים הראשונות אחראי הביטוח הלאומי) יש קריטריונים שונים על איך משלמים את קצבת הנכות. הקצבה לקבוצה הראשונה היא כולה קצבה סוציאלית ש**מבוססת על מצב כלכלי.** נפגעי תאונות עבודה, מעבר לרובד הבסיסי של הקצבה לה זכאים, עצם העובדה שהם עבדו ושילמו ביטוח לאומי מקנה להם ביטוח ללא קשר למצבם הכלכלי (עקרון ביטוחי ולא ערבות הדדית). באשר לקבוצה השלישית, מעבר לזכאותם ללא קשר למצבם הכלכלי, המדינה אומרת כי מאחר והם תרמו למדינה והקריבו עצמם במובן מסויימם למענה היא תעניק להם סכומים גבוהים יותר.

**נושא שני:קצבאות שארים.** בעקבות המצב שהיה בזמנו, בו אלמנות זכאיות לקצבאות גבוהות יותר מאשר אלמנים, הוגשו עתירות לבג"צ שבבסיסן עומד עקרון השוויון. בשנת 2000 נחקק חוק שקבע שלמרות שקרנות פנסיה קבעו בתקנונים שלהם הוראות חוק שונות לאלמן ולאלמנה, בא החוק וקבע שחרף כל זה אלמן ואלמנה יקבלו את אותם סכומים. החוק קבע שמי שיכסה את ההפרש לקופות הפנסיה שצריכות עכשיו לשלם יותר היא כמובן קופת המדינה. כעבור כמה חודשים השהו את החוק מסיבות כלכליות (המדינה לא עמדה בנטל הכלכלי). העותרים טענו שהמדינה לא רשאית לעשות כן משום שע"י כך היא מאפשרת קיום של הסדר לא שוויוני. מה שעוד מסבך את העלילה זה שקרנות הפנסיה (שפועלות באופן פרטי) קשורות בהסדרים חוזיים עם מבוטחים. כאשר מצד אחד יש רצון לכבד את חופש החוזים ולא להתערב, אך מהצד השני ברור שההסדרים יוצרים אפליה מגדרית ומעבר לכך יש גם אפליה בנושא התשואה בקרנות הפנסיה של גברים לעומת נשים. היינו מצפים לראות תוצאה חד משמעית וברורה בעתירה, שכן היא מבוססת על עקרון השוויון ועל נושא כה חשוב כמו אפליה מגדרית. אלא שמתקבלת תוצאה אחרת.

קופת המדינה לא נמצאת כאמור במצב מזהיר כדי לתקצב את הערכים הראויים כמו למשל קידום עקרון השוויון. בשלב הראשון ביהמ"ש מרחיק את נושא השוויון מהמדינה. המדינה היא לא זו שהפרה את השוויון. המדינה הזרימה כספים לקרנות הפנסיה (יש לה אינטרס להציל אותן כדי לא להתמודד עם בעיות עתידיות) וכעת אין לה כסף כדי לתת את אותם מענקים לפי **חוק שוויון הזכויות.** המדינה למעשה פועלת כדי לקדם זכויות חבתריות- בטחון סוציאלי, המדינה אומרת שהיא מחוייבת קודם כל לכלל ואז לפרט ולכן לא יכולה לאפשר את קיום החוק. **יש שני טוויסטים חשובים:** **ראשית,** כשביהמ"ש מקבל את טענת המדינה הוא קודם כל צריל להרחיק את זכות השוויון מהדיון, כי ברגע שיש זכות חוקתית שעולה על הפרק אין טענת הגנה של "אין לי כסף" (**פס"ד מטה הרוב, פס"ד אליס מילר)**. **ביהמ"ש במקרה הזה מוכן לקבל את הטיעון הכלכלי ולכן עליו לדחות את טענת הזכות, אחד מותנה בשני.**

**שנית,** כעת מגיעים למישור דיוני שהוא נוח למדינה. למרות שהחוק מדבר על רעיון ראוי, אין למדינה כסף לתמוך בו כי היא הצילה את קרנות הפנסיה. אז למה בעצם ראוי שהיא תציל את קרנות הפנסיה אם המחיר הוא שימור האפליה המגדרית?**מכיוון שכך המדינה מספקת את הזכות החברתית של בטחון סוציאלי.** המדינה מתעדפת את הכלל על פני הפרט. היא יכולה לעשות זאת רק מכיוון שאנחנו לא במישור של זכויות.

**הבטחת הכנסה**

הבטחת הכנסה והבטחת אבטלה אמורים להיות רשת בטחון.היא מגבילה בהבטים הבאים:

1. היא לא לתקופה בלתי קצובה (כי אם כן מדובר בעניין מהותי ואז גורם אחר מתערב)
2. תהיה זיקה בין הכנסת האדם כשעבד לקצבה אותה יקבל
3. יש דרישת מינימום לפרק זמן בו עבד (רוצים לעודד אנשים לעבוד)
4. מחייבים פעולות אקטיביות של מציאת עבודה (התייצבות בלשכה)
5. ישנה תקרה המגבילה את גובה הקצבה

**הכשלים בהבטחת ההכנסה:**

1. מחקר ומיפוי – אין הלימה בין המצב בשטח לבין מה שהלשכה מציעה
2. השמה- השלכה אחרית על נתח זעום באוכלוסיה של אנשים שמשתלבים בשוק העבודה לתק' רלוונטית
3. הקורסים שהלשכה מציעה אינם בהלימה לצרכי המשק

בגלל הכשלים הנ"ל, שירות התעסוקה בפועל לא עוזר במציאת עבודה ונוצרה בפועל קבוצה חברתית של "מובטלים כרוניים". מה שמאפיין את המובטלות הכרונית היא הבטחת האבטלה. כאשר מקורות האלטרנטיביים להכנסה הם מקורותיו שלו – זה לא מעניין אותנו כחברה. זה מתחיל להיות בעייתי כאשר הוא מנצל משאבי המדינה כי אנו אומרים שהמאשבים הללו נועדו לאנשים נזקקים באמת ולא לאלו שלא מתאים להם להתאמץ. המנגנון של חוק הבטחת הכנסה שיצר את הרשת המאוד מינימאלית במדינת ישראל היה כזה שהיו בו מספיק חורים שכל מני אנשים כאלה נתפסו בו. מובטלים כרוניים כוללים את כל מי שעבד בעבודות לא מדווחות, אנשים שעובדים ב"שחור", יש לנו אנשים שהיו מחוץ לשוק העבודה תקופה לא מבוטלת, לעיתים מסיבות לגיטימיות – למשל האם החד הורית שטפלה בילדיה עד שהגיעו לגיל שנתיים, ועוד. המטרה היא להחזיר את אותם אנשים לשוק העבודה. מכיוון שלשכת התעסוקה לא מצריכה לענות על המטרה הזו קמה **תכנית ווינסקונסן המכונה "תכנית הלב"**.הרעיון היה להתמקד באוכלוסיות שהן קשות השמה, מובטלים כרוניים או כאלה שלא היו בשוק העבודה מספיק זמן. היה רצון ליצור מסגרת שתאמן אותם לחיי העבודה ולאמן את הכישורים שלהם ולעזור להם. חלק מהרעיון היה שכל יום אותם אנשים יצטרכו להגיע לתכנית – להרגיל אותם לחיים של עבודה. בזמן הזה נעבוד איתם על בניית קו"ח, כתיבת מכתב למעסיק, התמודדות עם ראיון עבודה. דובר בפרוייקט חינוכי. אלא שגם הוא לא נשא פירות. התגלו בו בעיות שונות. אחת מהן הייתה שהעובדים בתכנית תוגמלו מצד המדינה על כל קצבה שנחסכה מהמדינה, ולחילופין תוגמלו על כל השמה (ללא קשר למשך הזמן שהחזיק מעמד העובד החדש). היד על ההדק בשלילת הקצבאות הייתה מאוד קלה, ולא הייתה מוטיבציה בהכשרה הולמת של אותם מובטלים.

**מצד אחד חוק הבטחת הכנסה מנסה לקיים איזו שהיא זיקה אל העובדה שהסכום הזה אמור לשקף הוצאות אמיתיות שאדם צריך להוציא, ומצד שני, כשהסכום הכולל בסופו של יום נתון לשינוי בהתאם למצב הכלכלי של המדינה ולא מוצמד לשום סכום ושום קביעה ברורה אנחנו יודעים שלא הלכנו עם זה עד הסוף, כי את הצעד הסופי שאומר שהבטחת הכנסה היא רשת בטחון, את החלק הזה לא עשו.**

**(2) הזכות למשפחה**

בשנות ה50 ברור לכולם שהמשפחה היא הדרך האופטימלית לגידול ילדים, וכי מה שמעניין זה הילדים ולאו דווקא הזוגיות. ילדים מעניינים אותנו כי יש לנו אינטרס שדור ההמשך יטפח את השכבות המתבגרות של החברה. כך אנו מכירים בזכותם של אחרים להנשא גם אם לא יהיו להם ילדים גם אם הם מבוגרים מדי או שהם לא מתכננים להביא ילדים לעולם. התא המשפחתי הוא סוג של נספח למטרה העקרית שהיא משפחה מיועדת להבאת ילדים. התפיסה של שנות ה50 שגבר ואישה נישאים וכך יבוא דור ההמשך לא רלוונטי כבר. **התפיסה השמרנית מתעמתת עם הגישה של שנות ה80 שאומרת שמדובר בשתי זכויות נפרדות**.

בשנות ה80 מתחיל שיח אחר של נישואין שלא מבוססים על הבאת ילדים, אלא מדברים על הזכות להנשא כרצון לחיות במסגרת כזו, והמדינה צריכה לכבד את האדם ולתת לו לחיות כך. מגיעה גם הזכות להורות שנטענת כמופרדת מהזכות לנישואין. היכולת לעשות את זה נשנעת על ההתפתחות הטכנולוגית – היכולת להביא ילדים דרך הפריית מבחנה. ככל שהטכנולוגיה הזו מתפתחת יותר הדיונים לגבי הורות יכולים להגיע רחוק יותר. לפני כן הדיון היה של הזכות להנשא שלא חייבת להיות בין המין השני. עכשיו אפשר לממש את הזכות להורות באמצעים אחרים לגמרי שלא דורשים קשר עם בת הזוג או עם דמות אמהית ידועה וברורה, היא חלק מהמכלול כי הטכנולוגיה מאפשרת לנו דברים חדשים- פונדקאות, הפרייה וכו'.

\*\*אין לנו הגדרה אחת למשפחה, כי לא חשבו בזמנו שיהיו אלטרנטיבות לתא המשפחתי. את המודל הקלאסי אנו יודעים לזהות ויש המון מודלים חדשים שאנו לא יודעים איך לזהות אותם כי לא יודעים איך להגדיר אותן. \*\*

ההגנה הראשונה מדברת על הזכות להנשא, כאשר אין עליה מגבלות עקרוניות מלבד הגבלת גיל ורצון חופשי (כאשר גיל הוא אחד הדרכים להבטיח רצון חופשי).בנוסף כמעט כל שיטת משטר מערבית מוסיפה מגבלה על של איסור נישואים לקרובים.

אחרי שיש לנו את סטטוס הנישואין מתקבל אוסף של השלכות נורמטיביות כמו: אחריות הדדית של בני הזוג, יש כללים שמדברים על אחריות פלילית במשפחה, דיני ראיות ספציפיים לבני משפחה, יש מדינות שהופכות את הנישואין לאזרח לדבר נחשק (הטבות שונות, אזרחות במסלול מהיר וכו'). בגלל שנישואים מצד אחד זה נושא חיובי מעודד ומעודד, ומנגד נושא כל כך משמעותי בגלל התוצאות המאוד ברורות שלו, יש לנו תמיד הקפדה מאוד ברורה על איך אנו יוצרים את הסטטוס הזה, להבדיל מהיצירה של ידועים בציבור.

ברוב המדינות המערביות אנחנו מדברים על אקט של המדינה של נישואים אזרחיים. המדינה היחידה שמחייבת כיום נישואים דתיים היא מדינת ישראל.

בישראל התפתח בצורה יוצאת דופן כל מה שקשור לתת ענף של משפט בינלאומי פרטי, של הכרה בטקסים שנערכו במדינות הזרות. המדיניות של רישום סטטוסים של מדינות זרות הובילה לתוצאות שיוצרות בעיות (**הלכת פונק- שלזינגר**). הכלל הוא שלפי המשפט הבינ"ל הפרטי, מדינה צריכה לכבד תעודות של מדינה אחרת,כאשר ישנו סייג האומר שזה בכפוף לתקנת הציבור של המדינה המקבלת.

**בארץ היו שני מקרים של בעיות רישום מול פקיד הרישום:**

**מקרה ראשון-** שתי נשים שנולד להן בן בקליפורניה והוא נרשם שם, מבקשות מפקיד הרישום לרשום אותו בארץ. הוא מסרב ומכאן העתירה. ביהמ"ש קובע שמאחר ובקליפורניה הוא נרשם אין סיבה לא לרשום אותו גם בארץ. **הכלל הוא שרושמים אלא אם כן נראה שמדובר במסמך שקרי. בג"צ מאוחר יותר אישר אימוץ ורישום ילד כבעל שתי אמהות. ההכרעה הזו התקבלה במשפט הפנימי ולכן בהקשר של תקנת הציבור זה כבר לא עלה.**

**המקרה השני** שטענה דומה עלתה, היא ברישום של שני גברים כנשואים אחד לשני על סמך תעודת נישואין בקנדה. הפקיד סירב לרשום. בית המשפט שוב התחבט בין דעת רוב לדעת מיעוט לגבי תקנת הציבור. **דעת הרוב הייתה לרשום את הזוג כנשוי.**

בתחום הזכות למשפחה הנושא הבעייתי הוא נושא **ההורות.**הבסיס על ההורות וההשלכות הטכנולוגיות על התפיסה הן מרחיקות לכת בעולם המשפט.במישור הקלאסי של הריון טבעי, המדינה לא מתערבת. הכל נהיה סבוך יותר כשטכנולוגיה (הפריית מבחנה, פונדקאות, תרומות זרע וכו') נכנסת לתמונה. אז אנחנו יוצאים מהמקום האינטימי שהאדם אומר למדינה שאין לה זכות להתערב, להפך במקרים בהם הטכנולוגיה מעורבת נדרשת מעוברות של המדינה. היציאה מהמישור הפרטי האינטימי באה לידי ביטוי **בשתי חלופות:** או שהאדם פונה למדינה ומבקש תמיכה לנקוט בפעולות הפרייה כאלה ואחרות, או לחילופין פנייה פרטית לאנשים שעובדים בתחום הפריון.המדינה נדרשת לסוג מסויים של רגולציה – האם כל אדם בכל תנאי זכאי לקנות טכנולוגיות כאלה ואחרות? למשל האם כל אחד יכול להיות חלק מאותה מהפכה שמאפשרת הורות שלפני כן לא יכלו לזכות בה? בהקשר הזה חלק מהטענות לגבי רגולציה היא שהמדינה נושאת בתוצאות האלה- אם בני זוג בני 70 רוצים לממש את זכותם להורות מי שבסוף נושא בנטל של גידול הילד הוא המדינה.

כשאנו מדברים על המישורים הבסיסיים אנו מדברים על שני מישורים:

1. חלק יחסית פשוט וברור הוא כל **טיפולי הפוריות** שניתנים במסגרת תא משפחתי קונבנציונאלי או לנשים עצמן. זה משהו שמחקה את הטבע עצמו ולכן מעורר פחות בעיות.
2. שלב מאוד מעורר מחלוקת הוא שלב בו אנו פורצים דרך שהיא לא תיקון העוולות של הטבע, אלא הולכים למקומות יותר רחוקים וזה בעצם כל העניין של **פונדקאות.**

כל הכללים וההסדרות הנורמטיביות שהיו בהתחלה מדברות על אישה נשואה ועל בן זוגה שזכאים לטיפול מסוים, הזכות היא תמיד לאישה נשואה. הזכות הזאת מתחילה להתמסמס והזכות ניתנת גם לנשים לא נשואות עם הכרה בנושא של פונדקאות בישראל שזו הכרה ייחודית כי רוב המדינות בעולם לא מכירות בפונדקאות. מדי פעם אנו מגלים שיח ישראלי מקומי שמשמיע קול ייחודי ואומר שיש משהו בתרבות ובחברה שלנו שגורם לאנשים לרצות להיות הורים ברמות אחרות ושגורם לאנשים לשלם מחירים נורא גבוהים בשביל להיות הורים. יש בארץ איזושהי מחויבות חברתית לעזור לאותם אנשים להשיג את זה, לא בגלל טיעונים ליברליים, אלא בגלל שזה משהו בנפשה של החברה והאומה.

**פס"ד משפחה חדשה -** עתירה כנגד **חוק הפונדקאות**. החוק מגביל לזוגות נשואים בלבד, העתירה אמרה שאם פונדקאות מותרת ואפשרית אז מבחן הנשואים הוא לא הרלוונטי צריך לאפשר גם לידועים בציבור, אין שום היגיון לעשות הפרדה כמו שאין הפרדה בנושא של תרומת זרע בין נשואים לידועים בציבור. בבית המשפט , בפס"ד, **חשין** דוחה את העתירה בנימוק מפתיע – פונדקאות היא דבר חדש ולא משהו שאנו מכירים אותו מספיק, אנחנו לא מכירים אותו מספיק מהעולם ובטח לא מהארץ. **אם ברוב המדינות לא מאפשרים אותו והולכים איתו למקומות מרחיקי לכת בואו נשאר עם זה שזה יחול רק על זוגות נשואים.**

עד ההתפתחות הטכנולוגית הייתה ההורות הביולוגית חופפת להורות משפטית וכשלא רצינו הלימה השגנו זאת ע"י הגדרת נטישה (עבירה פלילית), או שהייתה הפקעה משפטית של הורה. כעת יש לנו עוד מגוון רחב של אפשרויות – למשל הורות משפטית ביולוגית שאי אפשר להתעלם ממנה. ההסדר שהיה קיים בהקשר הזה של הורות משפטית שהיא לא הורות ביולוגית לחלוטין לא הולם את המציאות הזו (**חוק הכשרות המשפטית** **וחוק האימוץ**).

**דוגמא לעתירה שדנה בנושא** - במקרה מסוים בארץ היו זוג נשים שטען שצריך להכיר בבת הזוג (שאינה האם הביולוגית) כאימא של הילד כי זה יהיה לטובת הילד וכי זה התא המשפחתי בו הילד חי, כאשר הוריו הן שתי הנשים הללו שמטפלות בו. בנות הזוג הגישו בקשה לצו אימוץ (כאשר אם היו אלה גבר ואישה אז בוודאות היו נותנים את צו האימוץ). העניין הוא שחוק האימוץ הוא נורא ברור בלשונו שמדבר על גבר ואישה בצורה כזאת שלהניח שהדיון שלו הוא דיון לשוני שאפשר להתעלם ממנו הוא לא באמת נכון. **ביהמ"ש** בשלב הראשון מאפשר אפוטרופסות וזה בעצם חצי הדרך כי אין בה זיקה משפטית, אלא יש בה את הסמכויות הפונקציונאליות. הזוג בכל זאת פנה לביהמ"ש העליון וביקש הכרה באימוץ מתוך מקום סמלי, מכיוון שקביעת האפוטרופסות אומנם נתנה לבת הזוג את כל הסמכויות הפרוצדוראליות בנוגע לילד, אך היא עדיין רצתה להיות רשומה כאמו.

**ילדים שקיים עבורם פוטנציאל אימוץ:**

ישנם שלושה מצבים בהם ילד יכול להיות מועמד לאימוץ:

1. ילד שאין לו הורים, למשל ילד נטוש. אלה המקרים היחסית פשוטים נורמטיבית שבהם ברור שיש הורים אך הם לא בתמונה ולכן המדינה צריכה להיכנס ולתת את הפיתרון.
2. ילד שהוריו אינם מסוגלים לטפל בו ולכן מוסרים אותו לרשויות.
3. ילד שהמדינה לקחה אותו מרשות הוריו.

הגישה שאומרת שמדינה יכולה לקחת ילדים מהוריהם עקב תפקוד הורי לקוי, זו גישה בה מוסכם על כולם שישנם מצבים בהם אחריותה של המדינה כלפי ילדים קטינים היא כזו שיכולה לגרום לכך שהמדינה תקבע שההורים יוצאים מהתמונה באופן אקטיבי. השאלה המרתקת בנושא זה היא מתי מצב זה מתקיים. כל שלושת המצבים בהם ילד יכול לעמוד לאימוץ מוסדרים בקטגוריות של **אימוץ ילדים**.

הגישה היום דוגלת בלמצוא פתרון הולם לילד- מסגרת משפחתית חלופית (במקרה שילד לא יכול לגדול עם הוריו) ולא לשלוח אותו למוסד.

**שינוי דרמטי נוסף** הוא בתפיסה של מתי רואים הורים כלא כשירים לגדל את ילדיהם. לפני חמישים שנה הגישות היו דקדקניות מאוד והרבה מאוד סיבות נראו מוצדקות להוציא את הילד מרשות הוריו (ההורים עניים, לא משכילים מספיק, מנהלים אורח חיים שונה במידה ניכרת מאורח החיים המקובל וכו'). זה נובע גם משינוים שמכירים בפלורליזם וגם בכך שטובת הילד היא עם הוריו.

**מקרה מהחיים:**

בתקופה האחרונה יצא פס"ד לגבי ילדה בת 7 שכאשר הייתה בת חצי שנה אמה הגיעה לרשויות הרווחה כי הייתה נרקומנית ואמרה שהיא לא מצליחה לגדל את הילדה והרשויות לקחו אותה. האם החלה הליכי גמילה, החזירו לה את הילדה, אך היא לא התמידה והוציאו ממנה שוב את הילדה. בשלב מאוחר יותר האם כבר הצליחה לגמול את עצמה ומוגדרת כמשוקמת ועכשיו היא רוצה לגדל את הילדה ומבקשת שיחזירו אותה אליה. הפסיקה בשורה התחתונה היה להתחיל הליכים של החזרת הילדה לבית אמה ובנוסף היה ביטול של ההכרזה על הילדה כברת אימוץ. כאן יש דילמה קשה- למי צריך לדאוג יותר? לדאוג שהאם תקבל את כל ההזדמנויות לגדל את ילדתה, או האם עדיף היה להעמיד את הילדה לאימוץ כבר בגיל חצי שנה כדי שתנהל חיים נורמאליים ולא תתגלגל בין מוסדות ומשפחות אומנות.

**פ"ד פלונית-** **רקע:** גבר משכנע נערה בת 16 שאיבדה זה עתה את אמה, להכנס להריון ממנו ולמסור לו את הילד כדי שיאמץ אותו יחד עם אשתו. הנערה מסכימה ויולדת. היא מסכימה למסור אותו לאימוץ אך לא מוכנה שיאומץ ע"י הגבר.השופט **חשין** מגיע לתוצאה ע"י קביעות בנוגע למשפט הטבע והחקיקה הנורמטיבית הפשוטה שחוק הטבע לא מאפשר את המצב הזה. מכיוון שחוק הטבע מונע מצב של "הרצחת וגם ירשת", אין אפשרות לתת את הילד לאב הביולוגי. **זה המקרה היחיד בו הורה ביולוגי שהיה כשיר ומעוניין, נשללה ממנו זכותו לגדל את הילד.**

כיום **סעיף 3 לחוק האימוץ** מעורר בעיות בקרב זוגות חד מיניים שמבקשים לאמץ ילדים. החוק מדבר בלשון ברורה של זוג אישה וגבר. כשאחד מבני הזוג רוצה לאמץ את הילד הביולוגי של בן הזוג השני זה עוד מצב אפשרי, אבל לאמץ ילד "חדש" ללא זיקה ביולוגית לאחד מבני הזוג, זה כבר לא אפשרי. ילדים מסוימים כן נמסרו לאימוץ לזוגות חד מיניים, אבל זה קורה רק במצבים בהם הילדים הם לא מאוד "מבוקשים", כלומר ילדים קצת יותר גדולים, לא לבנים, לא בריאים וכו'.

אם אמרנו שבעבר התפיסה הרווחת לגבי המשפחה הייתה כמה שפחות התערבות מצד המדינה, **התפיסה המשפטית היום** סוברת שהילדים הם לא הרכוש של ההורים שלהם. זו תפיסה מודרנית, מאחר וילד הוא לא רכוש הוריו, אנו לא מאפשרים להורים לעשות כל מה שרוצים ביחס לילד, אבל אנחנו כמדינה נתערב אך ורק במקרי קיצון.

שני משפטים מכוננים בעולם:

1. **מקרה התעללות בארה"ב** – גבר שנהג להתעלל שנים בילדיו, רוצים להגיש נגדו כתב אישום אבל לא מוצאים סעיף עבירה שבגינו ניתן להעמיד לדין. מעמידים אותו לדין בגין התעללות בבעלי חיים.
2. **מקרה גירושין באנגליה**- זוג שמתגרש, האישה מבקשת שמשמורת על הילדות תעבור אליה, אך הגבר מבקש שהן יעברו למנזר. ברור לכל שטובת הבנות היא עם האם. אך מאחר ובאותה תקופה דעת הגבר היא הקובעת נגזר על הילדות לגדול במנזר.

**בעקבותם החלו לחוקק חוקים שהגנו על ילדים,** למשל איסור עבודה לילדים מגיל מסויים, קביעת מסגרת שמונעת התעללות בילדים וכו'. פרט ליצירת מעטפת של איסור בהתעללות בילדים, בשאר התחומים נשארת אוטונמיה לתא המשפחתי. חוק הכשרות והאפוטרופסות בישראל מייצג נאמנה הוראות שמתוות מסגרת כללית. אין שום הוראה מעשית משמעותית – חוץ מ"תהיו הורים טובים". כל דבר מעבר לזה נשאר בתחומי האוטונומיה הפנימית, כשנדירים מאוד המקרים שבהם הוגשו כנגד הורים תביעות ביחס לאי מילוי חובותיהם.

**פס"ד אמין –** ילדים שהוזנחו וננטשו ע"י אביהם הביולוגי, שבחר לחיות חיי משפחה תקינים עם אישה אחרת ולהביא ילדים אחרים לעולם. הילדים הנטושים הדרדרו לסמים, לזנות וכו', ובהגיעם לבגרות תובעים בעילה נזיקית את האב על נזקיהם הנפשיים שנגרמו להם. **ביהמ"ש** קבע שהאב שהפר את חובותיו במתכוון ובגלל זה ובמודע קמה להם עילה נזיקית והוא חוייב בפיצויים בסכום מאוד גבוה.  **פס"ד מהווה דוגמא שחובות הוריות הן לא רק חובות תאורטיות והן ניתנות לאכיפה.**

להבדיל מהליכים פליליים, הורות דורשת אקטיביות **– הורות דורשת מעשים אקטיביים חיוביים** ואם אתה לא עושה אותם אתה לא בסדר ואתה יכול להתבע ולשלם על זה. חוק העונשין מדבר ברובד שהוא מרוחק וקיצוני ופחות מקדם אותנו. הוא מדבר על המנעות ממעשים מסויימים.

**פס"ד דוברין נ' שב"ס-** עתירה כנגד החלטת שב"ס לאפשר ליגאל עמיר לבצע הפריית מבחנה כדי לממש את זכותו להורות. טענת העותרים היא **שאין זכות קנויה לאסיר להקים משפחה בתקופת מאסרו** – אם אין זכות כזו ויש הטבה,לנציב שב"ס אין סמכות לאשר העברת הזרע במסגרת סמכותו, ואם רוצים להתיר הפרייה מלאכותית יש צורך בחקיקה מפורשת. השופטת **פרוקצ'יה:** התפיסה הבסיסית אומרת שזכות להורות היא זכות אדם חוקתית מהסוג שלא מופקע מאליו עקב מאסר. אז ברור לנו שלא צריך הסמכות מפורשות לנציב שב"ס לאסיר לממש הבטים שונים של הזכות הזו. **אם זו זכות אז צריך להצדיק את השלילה שלה ואם זו לא זכות צריך להצדיק את קיומה.** לפי **פרוקצ'יה** הזכות להורות קשורה לאוטונמיה של הפרט, קשורה לכבוד האדם, המשפחה וההורות היא דרך המימוש של הגשמה עצמית של הפרט בחברה. פרוקצ'יה היא ליברלית לחלוטין. צריך לאזן בפגיעות בזכויות שתכלית הענישה לא התכוונה לשלול אותן. אם היה מדובר בפתרון שגוזר משב"ס או מהמדינה משאבים יקרים אז ייתכן ולא היו מאשרים את ההפרייה.

בנושא **איחוד משפחות יש לנו שתי עתירות מרכזיות:**

**פס"ד עדאללה -** ב2003 נחקק חוק **האזרחות והכניסה לישראל –הוראת שעה**, חוק שקובע מנגנונים מיוחדים ביחס למעמדו של תושב האיזור, קרי יהודה שמרון וחבל עזה, שנישא לאזרח ישראלי לגבי האפשרות לקבל אזרחות או רשיון לשבת בארץ או התר שהייה להיות בארץ. כנגד החוק הזה הוגשה עתירה בטענה שהחוק איננו חוקתי והוא מפלה ופוגע בזכויות אזרח של חלק מתושבי המדינה (ערבים).השופט **ברק:** הזכות למשפחה היא נגזרת של הזכות החוקתית כבוד האדם וחירותו. במסגרת פרשנותו הוא כולל במסגרת הזכות למשפחה את הזכות לנישואין, להורות ולחיים משותפים יחד בישראל.מאחר ומדובר בפגיעה בזכות חוקתית יש לבדוק האם עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. לפיו, התועלת שמושגת (שמירה על הבטחון) ביחס לפגיעה בכבוד האדם אינה מידתית. השופט **חשין בדעת רוב:** הזכות למשפחה היא חלק מכבוד האדם וחירותו, אבל אין היא כוללת את הזכות לחיים משותפים דווקא בארץ ישראל. לפיו **האפליה היא לא בין ערבים ישראלים לשאר האזרחים הישראלים, אלא ישנה הבחנה בין תושבי המדינה שנשאו לנתיני אויב לבין אזרחי המדינה שנשאו לזרים שהם לא נתיני אויב**.הזכות של אדם למשפחה היא זכות בסיסית וטבעית ונוצרה עוד בטרם הקמת המדינה (משפט טבע מאפיין את חשין), אבל היא לא כוללת את הזכות להכניס לגבולות המדינה נתיני מדינה אוייבת. לפי חשין הפגיעה עומדת במבחני פיסקת ההגבלה.

**בג"צ דקה** – עתירה על מקרה ספציפי (להבדיל מעדאללה שזו עתירה עקרונית) בו אזרחית סורית שנשאה לאזרח ישראלי ב96 וב98 הבקשה אושרה. היה כבר רשיון לישיבה ובאו להאריך את התוקף שלו.אבל אז בדיוק נכנס החוק לתוקף ומטעמים בטחוניים הבקשה שלהם נדחתה. משפחתה של האישה מעורבת בארגוני טרור. היא מבטיחה שניתקה קשר עם הגורמים הבעייתיים במשפחתה. השופטת **פרוקצ'יה:** מכירה בזכות לחיי משפחה כזכות יסוד של אדם, והזכות שבן זוג ישראלי לקיים תא משפחתי בישראל בתנאים של שוויון לזוגות ישראלים אחרים מהווה חלק מזכות כבוד האדם.את החוק הזה אנו צריכים לפרש **ביחס לזכויות חברתיות** שנפגעו, והאינטרס הציבורי של שמירה על בטחון המדינה. **באיזון בין בטחון החיים לבין הזכויות האחרות של המשפחה והשויון, הבטחון יגבר רק כשיש הסתברות של קרוב לוודאי שאם לא יינקטו אמצעים מסויימים אז עלול הציבור להפגע באופן ממשי.** השופטת **בייניש** – יש להבדיל בין מצבים בהם יש בקשה חדשה לרשיון לבין מקרים בהם מדובר בהארכת תוקף רשיון (עקרון של משפט מנהלי).

**3. הזכות לבריאות**

כשמדברים על הזכות לבריאות אנו לא מדברים על הזכות להיות בריא כי זה אף רשות לא יכולה להבטיח. **אנחנו מדברים על היכולת לאפשר קיום של שירותי בריאות, אספקה של שירותי בריאות, הבטחת תנאים נאותים לחיים בריאים ונגישות של מוסדות בריאות.**

המחלוקת הגדולה היא בין אלו שתופסים זכויות חברתיות **כמחייבות את המדינה על בסיס צורך,** לבין אלו שדוגלים בגישה המצמצמת יותר שמדברת על **הסדרים של מניעת תחלואה באופן הפאסיבי יותר** תוך העדר מחוייבות לאספקת שירותי בריאות באופן אקטיבי.

כשאנו מדברים על הזכות לבריאות יש דבר ראשון **דרישה לקיום מערך רפואה ציבורית במקום או בנוסף לשירותי רפואה פרטיים**. הרפואה הציבורית הזו אמורה להיות מותאמת לצרכים השונים של מגזרי אוכלוסייה שונים – התאמה של ילדים, קשישים, נשים הרות, גברים, וכמובן התאמה לצרכים משתנים, רפואה מונעת, רפואת חירום, רפואה ראשונית מקצועית וכו'. לכולם אמור להיות מענה. ובנוסף שירותי הרפואה הציבוריים הללו אמורים להיות נגישים, נגישות פרופורציונאלית לצרכים.

בתחום של הזכות לבריאות העלות הכספית מורגשת בצורה הברורה ביותר, כי להבדיל מזכויות חברתיות אחרות בהן ניתן לסכום את צרכי האוכלוסיה ולהצביע על מקום אופטימלי בו אנו מקיימים את הזכות, בזכויות חברתיות לא ניתן לעשות סכימה מסוג זה, השמיים הם הגבול. כאן הפער בין מה שהיינו רוצים והיינו יודעים שברמה האפשרית אפשר לבין מה שנאפשר לעצמנו מבחינה כלכלית הוא גדול מחד ודינאמי ומשתנה מאידך.

בכל המדינות המערביות, למעט ארה"ב, קיים מערך של שירותי בריאות ציבוריים, בו המדינה נותנת מענה בסיסי לשירותי רפואה לכלל אזרחיה. בארה"ב אין מנגנון כזה (למרות שיש נסיונות לחולל רפורמות) וזה נובע בעיקר מהתפיסה הליבראלית שלהם – המדינה לא צריכה להתערב.

בשנת 1910, בחורים חלוצים שעולים לארץ מקימים את קופ"ח כללית כאשר עקרון הערבות ההדדית הוא נר לרגליהם (תשלום לפי יכולת כלכלית ללא קשר לצריכת שירותים רפואיים). כל מי שיזדקק לשירותי רפואה והוא חלק מהקב' שלנו יוכל לפנות לאותו רופא ולקבל את שירותי הרפואה האלה בחינם או בעלות סמלית ששוב לא אמורה לשקף את עלויות השירות שהוא מקבל אלא את תרומתו לאחזקת שירותי הרפואה. ההסדר הזה שהחל ב1910 פרח ושגשג, ו20 שנה אחר כך הצליחה ההתארגנות הזו להקים בתי חולים ברמה המקובלת של מדינות מפותחות באירופה.

הגוף הזה הלך וגדל כשמפלגות הפועלים הלכו וגדלו. בהמשך הצליחו לקלוט עוד אנשים שהיו מוכנים להצטרף להסתדרות העובדים, או שהגוף בו הם עבדו חתמו על הסכם עם הסתדרות העובדים. הקימו מנגנונים דומים אבל הרוב המכריע הוא של קופת חולים כללית, והגוף הזה לא שינה את ההתנהלות שלו כל השנים האלה גם לא לאחר קום המדינה. הוא לא הפך להיות גוף של המדינה אבל כן תפס עצמו כבעל תפקיד ממלכתי.

ועדת נתניהו קמה בשנות ה90, כאשר השופטת נתניהו נדרשת לבחון את מערך שירותי הרפואה בארץ. **המסקנות של ועדת החקירה, וההמצלות היו לחוקק חוק ביטוח ממלכתי שמכוחו תבוטח כל האוכלוסייה בישראל בביטוח רפואי. בנוסף נאמר שיש לקבוע אילו שירותים המדינה תספק ולפי אילו סטנדרטים, באיזו נגישות וכן הלאה**. המסקנות וחקיקת החוק לא מגיעים ממקום שקופות החולים לא מתפקדות כראוי, כי אם מהמקום העקרוני שראוי שהמדינה תנהל את הנושא הכה חשוב הזה, גם אם קבלני משנה עושים זאת בצורה טובה ויעילה.

ב1994 נחקק **חוק ביטוח בריאות ממלכתית** שמושתת על עקרונות של צדק שוויון ועזרה הדדית. הוא קובע שכל תושב זכאי לשירותי בריאות לפי חוק זה, ובנוסף מציין כי יש קבוצות אוכלוסייה שזכאיות לשירותי בריאות מחוקים אחרים כמו למשל חיילי צה"ל, נכי כוחות הבטחון וכו'. החוק יוצר **מנגנון משולש בעייתי:** מצד אחד יש זכות לכל תושבי המדינה לבריאות, בנוסף המדינה היא זו שמממנת את הזכות ומי שמקנה את השירותים ללא תנאים הן קופות החולים. **מנגנון כזה שמנתק בין הגוף שמממן לבין הגוף שמספק את הזכות מועד לפורענות** (מזכיר את ביטוח לאומי). כך קופות החולים הופכות לגוף דו מהותי.

מצד שני, מעבר לבעייתיות שנוצרת כתוצאה מהמגנון החדש, יש לנו חקיקה מאוד מסודרת וברורה בשונה מהחקיקה החברתית האחרת בישראל שמדברת בשפה אחרת לגמרי. **חוק ביטוח בריאות ממלכתית** משתמש בשפה של זכויות וחובות ומשתמש בה בצורה מודעת כי מנסה ליצור מצב מאוד ברור של זכויות וחובות ואחריות ציבורית על זכויות התושבים ביחס לבריאות.

צריך לזכור שהחוק מחייב רישום אקטיבי לאחת מקופות החולים, יש חובה לשלם דמי ביטוח ממלכתיים (ביטוח בריאות), גם אם אדם לא מעוניין לצרוך שירותי בריאות הוא מחוייב בחוק. אם לא עושה כן המדינה תרשום אותו באופן אקראי (לפי יחס הרישום לקופ"ח) לאחת מקופות החולים. שירותי הבריאות ינתנו באופן שוויוני, השירותים יסופקו לחבר קופ"ח ללא קשר להסדרי התשלומים שלו.

**סל הבריאות** – מכיל רשימה של תרופות או עזרים בריאותיים בכל מני תחומים. מכיוון שתחום הבריאות הוא דינאמי ונתון לשינוי (בהתאם להתפתחויות טכנולוגיות, התפשטות מחלות וכו') ישנו מנגנון עדכון – ועדת סל הבריאות, שמתכנסת מדי שנה ובהתאם לתקציב מחליטה מה נכנס ומה יוצא מהסל. להיבט ההסטורי משמעות רבה בעניין הזה- מדובר בעדכונים על בסיס מצב קיים. כאשר תרופה מסויימת מופיעה בסל הבריאות לעניין של מחלות מסויימות, פרוצדורה תופיעה בהקשרים מסויימים – לכל תרופה יש **התוויה.** כך שהזכאות שקיימת בחוק היא אם אותה פרוצדורה קיימת בהתוויה הרלוונטית שקשורה אלינו.

**הרובד הנוסף שהחוק יוצר הוא רובד הביטוחים המשלימים.** כל קופ"ח רשאית להציע מעבר לשירותים הבסיסיים (להם זכאי כל תושב) ביטוח משלים שכולל שירותי בריאות נוספים – אקסטרות. הכלל הוא שקופת חולים רשאית להציע את האקסטרות האלה שהן לא חלק משירותי הבריאות, בין בעצמה או באמצעות חברת בת בשליטתה, **כאשר התוכנית לשירותים הנוספים וכל שינוי בה טעונים שינוי של שר הבריאות** (**סעיף 10),** זו המסגרת הנורמטיבית לכל אותם ביטוחים משלימים. העקרונות של הביטוחים המשלימים הם אותם עקרונות יסוד של ביטוח בריאות- ערבות הדדית. ). כל מי שרוצה להצטרף הקופה חייבת לצרף אותו בלי קשר למצבו הבריאותי או הכלכלי, אסור לה להתנות או להגביל את הצטרפות בשום תנאי שהוא חוץ מתקופות הכשרה שזה פרק הזמן שאדם צריך להיות מבוטח כדי להנות מאותה תכנית משלימה.

**מעבר לשני הרבדים האלה החוק קובע שני מנגנוני פיקוח**:

1. **נציב קבילות הציבור** –**סעיף 43** **לחוק ביטוח ממלכתי** מגדיר את מנגנון הפיקוח. אדם שרוצה להתלונן על התנהלות קופת החולים יכול לפנות לנציב, הנציב יבדוק את התלונה, יוציא דו"ח במידת הצורך ובו יפרט את פרטי התלונה ותלונות נוספות דומות אחרות, יכול גם להמליץ לגורם מוסמך לנקוט בפעולה כנגד אותה קופ"ח. בפועל הבעייה היא שהדו"ח הזה לא משפיע ולא מעניין אף אחד כי המבוטחים לא מודעים אליו.
2. **בית דין לעבודה –** יש לו סמכות ייחודית לדון בכך מתוקף **סעיף 54 לחוק.** זה גוף בעל שיניים,סמכות ויכולת לפעול. למה דווקא בית דין לעבודה? **1)** כי הוא רגיל להתמודד עם בן אדם פרטי מול גוף גדול **2)**יעילות. הפניות שמגיעות לבית הדין נחלקות לשני סוגים: הראשון הוא אנשים שפונים וברור שהצדק עמם וקופ"ח נהגה לא כראוי. הסוג השני הוא היותר מורכב ובו המצב הוא שהתובע לא זכאי באופן פורמאלי לתרופה או לפרוצדורה הרפואית אך מצבו הרפואי עגום וברור שהחלטת בית הדין לעבודה יכולה להציל את חייו. במקרים האלה אנו רואים התפתלויות של בית הדין בהם הוא לא מיישם את לשון החוק באופן ברור אלא באופן גמיש.

**דוגמא לכך היא פס"ד קופ"ח כללית נ' קפצן –** הקביעה של ביה"ד הארצי לעבודה היא שיש לתת פרשנות גמישה ודינמית לחוק שרותי הבריאות. הבעיה היא שהחוק הספציפי הזה אמור להיות מאוד מוגדר וקבוע וממש לא דינמי. כשבית המשפט קובע פרשנות דינמית ולא ברורה הוא מרוקן מתוכן את משמעות סל הבריאות. **הפירוש הדינאמי והגמיש הזה שם בצד את הבעיה התקציבית שועדת הסל מנסה להתמודד איתה, בית הדין לא מפקח לאחר מתן פסק הדין על ההשלכות התקציביות.**זאת דעת המיעוט שמתווכחת עם דעת הרוב שרוצה לעזור כי מרגישה שהצלת חיי המטופל נמצאת בהישג יד.

**השתלת איברים**

בארץ יש מחסור בתרומות איברים. נוצר מצב שמטופלים רבים הנזקקים להשתלות נאלצים לפנות לתורמים מחו"ל כי זה המוצא האחרון שלהם. סל הבריאות מכסה השתלת איברים בחו"ל כל עוד מוכח שהאיבר מגיע ממקום מוסדר ומפוקח ושאין בו חשש לסחר. כאשר אדם שזקוק להשתלה לא מוצא מקור השתלה בארץ, קיימות בפניו שתי אופציות:

**אופציה ראשונה,** מי שרוצה לבצע ניתוח בחו"ל של השתלת איברים והוא רוצה מימון ציבורי דרך סל הבריאות, יש להראות שהאיבר מגיע בדרכים כשרות. אין בארץ שום חוק שאוסר על סחר באיברים פנימיים. מי שמבקש מימון ציבורי להשתלה צריך להראות את המקום הכשר של האיבר שמושתל בגופו. סחר באיברים זו תופעה מגונה מוסרית ואחת מהדרכים להלחם זה לא לאפשר לאנשים לקבל מימון ציבורי שיכול להיות שכרוך בו סחר באיברים ולכן לא ינתן מימון במצב כזה.

**פס"ד פלונית -**חולה שנזקקת להשתלה, התעדוף שלה בתור בארץ לא מותיר לה ברירה אלא לחפש השתלה בחו"ל. מצבה הרפואי בחול רע והרבה מרכזים רפואיים דחו אותה והיא הולכת למרכזים שברור שעוסקים בסחר. היא מבקשת מימון ומשרד הבריאות אומר שעל המקומות שעליהם היא מדברת יש חשש שמדובר בסחר ולכן הם לא מאשרים. ביהמ"ש אומר שזה לא ראוי שנושא זה יוסדר בחוזרי מנכ"ל אלא בחקיקה ראשית. כל הסדר שבא למנוע סחר באיברים זה הסדר שאנו כבית משפט נגבה אותו. זה שמבחינת המשפט המנהלית רצוי שיעשו את זה בדרך אחרת זה כבר דיון אחר. אם לא מוכח שהאיבר מושג באמצעי כשר ולא כרוך בסחר באיברים, במדינת ישראל לא יזכו במימון בעקבות זה. כל עוד המדינה לא חוקקה חוק בעניין היא לא יכולה למנוע מאדם פרטי לעשות את זה באופן פרטי.

כשאנו מדברים על הדילמה המוסרית בנוגע להשתלת איברים אפשר לערוך הקבלה גם לנושא הפונדקאות. בשני המקרים אנו חוששים ממדרון חלקלק שיוביל לניצול שכבות חלשות של האוכלוסייה בתמורה כלכלית. יחד עם זאת תרומת דם ותרומת זרע במקרים רבים יגבו עליהם כסף ועם זה אין לנו בעיה כי מדובר בדברים שמתחדשים להבדיל מכלייה למשל.

**אופציה שנייה –** לפנות באופן עצמאי לתרומה מן החיי תמורת תשלום. על תרומה מן החיי המדינה לא תשתתף. תרומה מן החי צריכה להגיע באופן וולנטרי ללא תגמול – מלבד תמורה שמהווה פיצוי על הנזק שנגרם לתורם כמו – אבדן שעות עבודה, השתקמות וכו'. זה נקרא החזר הוצאות. . כל הנסיונות לקבל משהו מעבר להחזר ההוצאות לא צלחו. ביהמ"ש דוחה ואומר תרומה אלטרואיסטית היא כזו ולא צריך לתת מעבר להוצאות, אבל בפועל הפרקטיקה שמוסדות המדינה השונים כן מתגמלים באופן עקיף תורמים. למשל הם מקבלים אחוזי נכות מהמוסד לביטוח לאומי (למרות שהם לא באמת נכים כי אם זה היה מזיק להם לא היו מאשרים להם לתרום). כלומר מצאו כל מני מנגנונים עקיפים שמהווים סוג של תמורה (למרות שלא רוצים לקרוא לזה ככה). יש הצעות של מי שתרם יקבל פטור מתשלום ביטוח ממלכתי כדי לעודד את המעשה. כל הדברים האלה מדברים על זה שבאופן עקיף כן מצאנו לנו סוג של דרך לתת איזו שהיא תמורה.

**4. הזכות לעבודה**

זו בדיוק ליבת המחלוקת בין כל הגישות הרעיוניות השונות. יש לנו מאבק בין **שוק חופשי ומינימום התערבות ממשלתית** אל מול **פיקוח ובקרה של המדינה כי אז תהיה לנו אוכלוסייה נרמסת.** אין לנו שום אמצעים למצוא פתרונות פרקטיים וזהו המוקד לויכוח בין התפיסות השונות. הגישה הליבראלית קפיטליסטית בעד התערבות מועטה בשוק החופשי, שכן יש לכבד את חופש החוזים בין העובד והמעביד ואת רצונם החופשי להתקשר זה עם זה. מנגד, המציאות מראה כי בפועל מאזן הכוחות בין המעביד לעובד נוטה לטובת המעביד בצורה ברורה וכך התגבשה **התפיסה לגבי זכות התאגדות העובדים**. מאחר ויש לי פערי כוחות בין המעסיק למחפשי העבודה אז ההתאגדות הקולקטיבית תקנה כוחות לעובדים. כך יווצר סוג מסויים של איזון כוחות.

**התפיסה הולכת ומתפתחת ואומרת** – אנחנו לא רוצים להתערב בחיי המסחר ואנחנו מאמנים שמדינה לא צריכה להתערב, אבל בשביל להבטיח תנועה אמיתית של שוק אנחנו צריכים לאזן בין כוחות ולכן נאפשר התארגנויות עובדים.

**בשנות ה80 אנו רואים תנועות הפוכות בהקשר הזה**, אנחנו נתקלים בעובדים שאומרים שהם חזקים ויש להם מומחיות לא סטנדרטית שגורמת למעביד לחפש אותם ולא להפך, כך שאין להם אינטרס לסחוב על גבם רשת קולקטיבית ומנגנון ערבות הדדית וכו'. **יש נטישה לכיוון החוזים האישיים.** בתקופות של משברים כלכליים אנו רואים כי למרות שעובדים מומחים יכולים להיות חזקים ובעלי כושר מיקוח אל מול המעסיק, ישנם מצבים בהם ההתארגנות הייתה מועילה להם מראש.

במאה ה19 ישנה תפיסה סטריאוטיפית שתופסת את המעביד כ"שמן וחזק", כזה שמגיע ממעמד חברתי גבוה, אל מול העובד הרזה העני והחלש. במאה ה20 אנו רואים כי גם המעביד יכול להיות באותו מעמד חברתי של העובד, ולפעמים כלל אין פער בין המעסיק לעובד. במצב כזה קשה לתת מענה למעביד שהוא חלש בדיוק כמו העובד שלו, הם שניהם מקבלים שכר מינימום ואין לנו פה באמת הבדלים היררכיים שיש לגשר על הפער בינהם. בארץ זה מאוד בולט, כי רוב הזכויות שביטוח לאומי נותן זה לשכירים בלבד. דמי אבטלה, הגנה על שכר בזמן של פרוק פשיטת רגל וכו' זה **חל רק על שכירים**. לעומת זאת מעביד פרטי שסוגר כדי לא להגיע לפשיטת רגל לא זוכה לשום הגנה. כי התפיסה בשנות ה50 (**שחוק הביטוח הלאומי** נחקק) היא שהמעסיקים הם בעלי מפעלים עשירים ולכן לא צריך להגן עליהם מקופת המדינה.

ארגוני העובדים יכולה לעתים לצבור כוח רב מעבר למה שהיינו מעוניינים שיהיה להם בידיים. למשל ועד עובדי החשמל – יושב בנקודה מאוד רגישה מבחינת מהו יכול לעשות לחברה הישראלית, יש לרצות אותו לפני שעושים רפורמה. **כך נוצרים מצבים שלארגונים נוצר כח שלא התכוונו שיהיה בצורה הזו**. אבל, לפעמים הכח שנוצר כתוצאה מהתארגנות העובדים אין בו ממש. למשל כאשר ארגון עובדים שובת, העובדים מאבדים את הכנסתם וכך גם המעסיק, ואז התחרות היא מי ימצמץ ראשון, כאשר בפועל מי שמתקפל בד"כ ראשון הם העובדים. ככה **שהכרה בזכויות התארגונויות של עובדים זה דבר מאוד חשוב אבל לא תמיד זה מביא את השוויון המיוחל.** כך מתפתחים כללים לגבי איך פותחים שביתה, מתי, למה, מי נושא בעלויות של שביתה, איך מתארגנים כדי לאפשר התמודדות וכו'.

**מכאן מתפתחת התפיסה שאומרת שאנחנו צריכים להבטיח גם מינימום של תנאי עבודה ומינימום זכויות עובדים**. תנאי המינימום צריכים להיות לא תלויים באף אחד מהצדדים – למשל לא תלויים בכישורי מו"מ של עובדים מול מעסיק מסויים, אלא **יוכתבו באופן חיצוני ע"י המדינה שתקבע אילו תנאי סף צריך לעמוד בהם**. **התפיסה של חוקי מגן מתפתחת במדינות שמכירות בזכויות חברתיות**.הרצון להגן על הזכות לעבודה (להגן על עובדים) נובע לא רק מהתפיסה הקומניסטית, אלא ברקע מרחפת גם הזיקה בין עבודה ומימוש עצמי של אדם, אנו מוצאים לא מעט אנשים שהשיוך המקצועי שלהם והעבודה שלהם הוא חלק משמעותי מהזהות העצמית שלהם והמימוש העצמי שלהם. אם זה חלק מהמימוש העצמי של האדם אז אפשר לראות את זה **כחלק מכבוד האדם.**

מכאן אנו מגיעים לדבר על שלושה רבדים של הזכות לעבוד:

**רובד בסיסי שמבטיח אפשרות לעבוד**:

1. **התרת מחסומים –** אנחנו רוצים למנוע אפליה ואף ליצור מנגנון של העדפה מתקנת. למשל **חוק שוויון הזדמנויות בעבודה** מבקש לצמצם אפליות בתחומים שונים (על בסיס מין, מעמד אישי, גזע, דת, מילואים וכו'). ככל שהחוק מפורט יותר כך אנו מבינים שאכן קיימת אפליה בתחומים האלה והמחוקק מבקש להלחם בתופעה. בפועל קשה מאוד להלחם בתופעת האפליה בעיקר בגלל הסיבה שקשה מבחינה ראייתית להוכיח אפליה. מעסיק חכם ידאג להסתיר ראיות. התרת המחסומים לא תסתפק רק' בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, אלא יש רצון לתקן עוולות הסטוריות ע"י קידום מועמדים ששייכים למגזרים שבאופן הסטורי הם מופלים לרעה ולא משתלבים כראוי בשוק העבודה בגלל דעות קדומות, לכן תהיה הצעה לעבודה למגזרים מסויימים. יש לנו הוראה ברורה ב**חוק שירות המדינה** שכולל שני הבטים חשובים. **ההבט הראשון** אומר שמראש יש הקצאה של משרות שהמועמדים שיכולים לגשת אליהם הם בני מגזר מקופח כדי לקדם ייצוג יותר הולם. **המנגנון השני אומר** שהמעסיק צריך לבדוק את הפילוח המגזרי של העובדים עצמם ולהעדיף מבין המועמדים הטובים ביותר את המעמד שנמצא כעת בתת ייצוג.
2. **עזרה אקטיבית –** במדינות קומונסטיות נראה התערבות אקטיבית מובהקת של המדינה בכל הקשור במימוש זכותו של האזרח לעבוד. לעומת זאת, במדינות עם נטיות סולציאלסטיות אחרות לא נראה את זה בצורה מוחלטת כמו במדינות קומונסטיות. אנחנו נראה סיוע להשתלבות בשוק העבודה, למשל הכשרה מקצועית עם סבסוד מסויים, הקמת גופים שיסייעו במציאת עבודה. הזכרנו את זה כשדברנו על רשת בטחון על שרות התעסוקה הישראלי. בשנות ה50 זה הוקם בצורה רכה - כלומר ללא כוונה להתערב ממש בעניין העבודה אלא לסייע ולהכווין.כל התפיסה הזו של שירות תעסוקה והכשרה מקצועית לאנשים מטעם המדינה ושחרורם לשוק החופשי מגיעה מהמקום שהמדינה אומרת שיש לה מחוייבות לעזור לאנשים לעבוד. המחובייות לעזור מגיעה מהמקום שהמדינה רוצה לחסוך מעצמה התעסקות עתידית (כשאנשים עובדים הם חוסכים לעצמם כסף וכך גם חוסכים כסף למדינה), ובנוסף יש את המישור האידיאולוגי שהמדינה מקדמת ערכים קיומיים כמו עבודה.

**רובד שני - הגנה על עובדים והגנה על אוכלוסיות מיוחדות של עובדים.**

בא לידי ביטוי בשני מישורים:

1. **כל אוכלוסיית העובדים זקוקה להגנה מסוימת** מפני שידוע שאיזון הכוחות בינה לבין המעסיקים לא באמת מתקיים ולכן העניין של היקף ההגנה תלוי בעמדת המוצא של המדינה לגבי עד כמה היא צריכה להתערב בחיי אזרחיה ובשוק החופשי המתקיים בתחומה. ככל שמדינה יותר ליברלית, היא תהיה פחות מוכנה לעשות את זה ותכיר פחות בחוקי מגן לעובדים.
2. חוץ מעובדים ככלל, באות מדינות ואומרות שבין העובדים **יש אוכלוסיות שזקוקות להגנה מיוחדת** מכיוון שהן נמצאות בעמדת נחיתות מעבר לעמדת הנחיתות הרגילה שיש לעובדים באופן כללי. קבוצות אלה הן בעיקרן נשים וקטינים, **כאשר נשים היא הקבוצה העיקרית**. גישה זו מגיעה מתפיסות מאוד פטרנליסטיות שרוצות שנשים יהיו בהריון וילדו ילדים ואז יש לנו גם עדיפות מסוימת שהאם תהיה זו שתגדל את הילדים בבית ולא האב. קבוצת הנשים שהן גם אימהות היא קבוצה פגיעה במיוחד ואנו צריכים להגן עליה יותר ממה שאנו מגנים על עובדים אחרים.

חוק שמגן על נשים הוא למשל **חוק עבודת לילה** שמגביל עבודה של נשים נשואות. ככלל, חוק זה הוא חוק פטרנליסטי מובהק משנות ה-50, כי אישה בלילה לא אמורה להיות מחוץ לבית. בארץ יש הסדרים שבוחנים את אותם נושאים: שכר מינימום, הגנת שכר שאומרת שמעסיק חייב לשלם שכר וכסף (לא יכול לשלם בסחורה או בתלושים במקום בכסף), תשלום בזמן, **חוק שעות עבודה ומנוחה** וחופשה שנתית אשר קובע מסגרת מקסימום לגבי כמה זמן יכול עובד לעבוד ברצף.

ההגנה על נשים וקטינים נמצאת ברובד נוסף שהוא כבר פחות מוסכם, מפני שפה כבר בא הויכוח האידיאולוגי שדן האם תופסים נשים באופן שוויוני ולכן לא מגנים עליהן במיוחד כי אז מנציחים נחיתות כלשהי, או להבדיל תפיסה שאומרת שדיון אידיאולוגי יש להשאיר בצד ובפרקטיקה רואים שיש פה קבוצת אוכלוסיה שכן זקוקה להגנה מעבר כי גם כשהתקבלה לעבודה יש אינטרסים אחרים שרוצים עדיין לטפח.

באירופה למשל, הגנה על נשים לא באה ממקום של לדאוג לאינטרסים שלהן, אלא ממקום של עידוד ותמיכה בהבאת ילדים והקמת משפחות.

**רובד שלישי - תנאי עבודה ועל האופן שבו אנשים עובדים ואיך אנו מגנים עליהם.**

כשאנו מדברים על הגנה על עובדים אנו יוצאים מאותו מקום שאנו נמצאים באותה תפיסה שיש בה קצת יסודות אנכרוניסטיים. ההנחה של המדינה, שרואה עניין בהגנה על עובדים וזכויותיהם, אומרת שאנחנו חייבים להתערב באופן אקטיבי כי מתי שלא נתערב באופן אקטיבי פשוט לא יקרה.

כל מה שקשור **בהגנה פיזית** של המדינה יש הסכמה כללית שיש להתערב התערבות אקטיבית כי למעביד אין אינטרס לדאוג לכך. אם אנחנו רוצים להקפיד על כללי בטיחות אנו צריכים ליצור מסגרת כופה וקוגנטית שתכפה את כל ההסדרים הללו כי אחרת הם לא יקרו: גם כי למעביד אין אינטרס וגם כי לעובדים אין כח לדרוש וגם לא תמיד העובדים הפשוטים ידעו מה לעשות ואז אנו רוצים את הגורם הפטרנלסטי שיקבע כללים ויצירת סביבה בטוחה כדי למנוע סכנת חיים. כאן נכנס **חוק ארגון הפיקוח על העבודה** שקובע בראשות שר העבודה את הכללים והתקנות שיסדירו מקום עבודה בטוח בהתאם לתחום עבודה. מי שמוודא שהסטנדרטים האלה נשמרים הם מפקחי העבודה להם הסמכות להכנס בכל רגע נתון וללא התראה מוקדמת למקום עבודה ולוודא שמעסיק ממלא אחר הוראות הבטיחות, אחרת יש לו את הסמכות לסגור את מקום העבודה לאלתר. **בפועל**, המעסיקים לא נרתעים כי מדובר במספר מפקחים מצומצם ביותר ככה שההסברות שהמפקחים יגיעו למקום העבודה נמוך. יש הרבה ארגונים שקמים במקומות בהם המדינה לא מתפקדת כראוי, ולכן גם בהקשר הזה קמו ארגונים שמסייעים ל"מלשינים" מבפנים, מתוך העבודה עצמה. חוק ארגון הפיקוח על העבודה יוצר את **מוסד הבטיחות והגהות,** שמטרתו לקדם את תנאי הבטיחות והגהות המקצועית.

מעבר להגנה הכללית, יש גם הגנה על אוכלוסיות מיוחדות כמו למשל קטינים. גם כאן אנו נתקלים בחקיקה אנכרוניסטית מצד אחד ואי הלימה למציאות מצד שני. כי **כשחוק עבודה נוער** נחקק (שנת 53), המציאות אליה התייחס המחוקק היא מציאות שרוב הנוער במד"י מסיים 8 שנות לימוד בביה"ס, ובסוף כיתה ח' מסיים את לימודיו ויוצא לשוק העבודה. הילדים היו מגיעים למסגרות חונכות שם היו מקבלים הכשרה מקצועית וחניכה אישית. החוק ביקש להגן על הילדים בכך שלא ינצלו אותם, להגן עליהם פיזית ונפשית (כי הם עוד צריכים לגדול ולהתפתח), ושלישית אנו רוצים להבטיח את המשך ההתקדמות המקצועית שלהם ושירכשו מיומנויות לעתיד.

**המנגנונים הקבועים בחוק המבטיחים הגנות אלו:**

* הגבלת גיל- ילדים יכולים לעבוד מגיל 15. בחופשות לימודים מותר לילדים מגיל 14 לעבוד. לילדים מתחת לגיל 14 אין את האפשרות לעבוד באופן חוקי במ"י.
* ילד יכול ללמוד לעבוד רק אם הוא בסטטוס של חניכות (הפיתוח המודרני כי חוק לימוד חובה חל עליו היום).
* השר קובע רשימת עבודות ומקומות תעסוקה שעלולים לפגוע בילדים ולכן מקומות המצוינים ברשימה זו אסורים לעבודה ע"י ילדים.
* מקפידים שיהיה זמן ראוי להכשרה מקצועית ועיונית ושיהיה מנגנון מסודר בו אנחנו יודעים שהעבודה של הילד היא במסגרת חינוכית כוללת שמאפשרת לו להתפתח לקראת רכישת מקצוע בצורה מושכלת וסדורה.
* אסור לעבוד בלילה, צריכים להיות תנאים שמבטיחים את בטיחות הילד, זמן לאכול וכו'. החריג היחיד בהקשר זה הוא היתר להעסקת ילד בהופעה ציבורית אומנותית או לצרכי פרסום שם קיימת אפשרות לתת היתר להעסקת ילד בהופעה גם אם זה לא עומד בקריטריונים המדויקים (בדר"כ חל על ילד שצעיר מגיל 14).

החוק הוא אנכרוניסטי כי הוא מדבר על התפיסה ששררה בשנות ה50, המחוקק לא חשב אז על מצב כמו היום שבני נוער לומדים עד כיתה י"ב, ומבקשים לעבוד במהלך לימודיהם כדי לסייע מבחינה כלכלית למשפחה או לרכוש עצמאות. **החוק לא הולם את המציאות המודרנית.**

**עבודת נשים**

**חוק עבודת נשים**

* מגן על נשים הרות\אחרי לידה\טיפולי פוריות וכו'.
* מפרט את ההסדר הכי מפורסם שהוא **איסור לפטר אישה הרה בלי אישור של שר העבודה והרווחה**. האיסור הוא במהלך הריון ובזמן חופשת הלידה ובסמוך לאחריה בשביל להגן על נשים בשל האינטרס החברתי שלנו שנשים ילדו. מי שרוצה לפעול לפי הספר זה לא נורא קשה לקבל את האישור של שר העבודה והמסחר והוא יוכל לפטר אישה בהריון, אבל המטרה העיקרית היא לא להגן על עובדת רעה שנכנסה להריון אלא על נשים שמפוטרות רק בגלל היותן בהריון.
* חוק עבודת נשים קובע גם עבודות אסורות או מוגבלות עבור נשים. לשר יש יכולת לקבוע תנאים להעסקת אישה בעבודת לילה ולאישה יש זכות להתנגד לעבוד בלילה ולמעביד אסור להתנגד לכך.