

## בריאות התקציב או תקציב הבריאות – מה עדיף בראייה חוקתית?

רבקה ווייל\*

ביקורת קשה הוטחה כלפי בית-המשפט העליון בישראל על שהוא אינו עושה די לקידומן של הזכויות החברתיות על-דרך ההכרה בהן כזכויות חוקתיות. נטען כי מהפכת זכויות האדם הינה לעשירים בלבד, ולא לחלשים בחברה. הוסבר כי אין הבדל מהותי בין זכויות האדם החברתיות לבין הזכויות האזרחיות-הפוליטיות – אלה כאלה מטילות על המדינה חובות עשה ואל תעשה כאחד. מאמר זה מבקש לנקוט עמדה שונה, דרך התמקדות בזכות לבריאות. עמדתי היא כי לא ראוי שבית-המשפט יזום את ההכרה במעמדה החוקתי של הזכות לבריאות. עליו להותיר מלאכה זו בידי הרשויות הנבחרות, לנוכח אפיונה הבולט של הזכות לבריאות כזכות המחייבת מימון ציבורי מסיבי. החלטותיהם של בתי-המשפט נושאות אומנם פעמים רבות השלכות תקציביות, אך התערבותם היא בדרך-כלל בשולי התקציב. לעומת זאת, עצם ההכרה בזכות לבריאות כחוקתית, בהעדר הכרה מפורשת כזו מצד הרשות הנבחרת, משמעה שריון חלקים משמעותיים מתקציב המדינה לזכות לבריאות. על בית-המשפט להימנע מהתערבות כזו בתקציב המדינה בשל מעמדו החוקתי המיוחד של התקציב. עקרונות כבדי-משקל של מנדט, חירות, יעילות, מומחיות, אחריות והפרדת רשויות מחייבים הותרת ענייני תקציב בידי הרשות הנבחרת. גם הניסיון ההיסטורי ההשוואתי מלמד כי התערבותם של גופים שלטוניים שאינם נבחרים בענייני תקציב ובעיצובה של מדיניות הרווחה סופה שהסבה נזקים מוסדיים בלתי-הפיכים לאותם מוסדות. הקשר ההדוק בשיטות פרלמנטריות בין אי-מעבר של חוק תקציב לבין התקיימותן של בחירות מחזק מסקנה זו. המאבק החברתי צריך להתמקד בהכרה במעמדה החוקתי של זכויות חברתיות על-ידי הרשויות הנבחרות, ולא על-ידי בית-המשפט.

\* מרצה, בית-ספר רדוינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. מאמר זה מבוסס על הרצאה שניתנה במרכז הבינתחומי, ביום 10.5.2006, במסגרת כנס על משפט ורפואה של כתב-העת משפט ועסקים. אני מודה לחבריי אמנון רובינשטיין ויורם שחר על הערותיהם המועילות לטייטה מוקדמת של מאמר זה. תודה מיוחדת לליאת בבלוקי, ליובא מולצ'דסקי ולתום ענבל על עזרתם המצוינת במחקר. תודתי מסורה גם לחברי מערכת משפט ועסקים ולקוראים האנונימיים על הערותיהם שהעשירו מאמר זה.

**מבוא**

- פרק א: מעמדה הנורמטיבי של הזכות לבריאות בישראל
1. האם קיימת בישראל זכות חוקית לבריאות?
  2. האם קיימת בישראל זכות חוקתית לבריאות?
  3. מבט לעתיד – הצעות חוקה בנושא הזכות לבריאות
- פרק ב: על בריאות ותקציב
1. מדוע להבחין בין הזכות לבריאות לבין הזכויות הקלסיות?
  2. נתונים אמפיריים – מעמדה של הזכות לבריאות בהקשר ההשוואתי
- פרק ג: מעמדו הנורמטיבי של התקציב בתיאוריה החוקתית
1. מהו הקושי החוקתי הטמון בהתערבות של בתי-המשפט בנושאים תקציביים?
  2. מעמדו של התקציב בתיאוריה החוקתית
- פרק ד: הניסיון ההיסטורי ההשוואתי בתחום של מעורבות גופים שאינם נבחרים בעניינים תקציביים
1. משבר התקציב הבריטי בשנת 1909
  2. משבר ה־New Deal האמריקאי
- פרק ה: מסקנה

**מבוא**

מי שעוקב אחר העיתונות הכתובה והאלקטרונית בארץ אינו יכול לעצום את עיניו לנוכח סבלם של החולים. בעיקר נשמעת זעקתם של החולים במחלות קשות אשר ידם אינה משגת לרכוש תרופות שאינן כלולות בסל הבריאות. רק לאחרונה היינו עדים לשביתת-הרעב הכפולה של חולי המעי הגס ובני משפחותיהם, שנועדה להשפיע על קובעי המדיניות לכלול את תרופת הארביטוקס בסל הבריאות הממומן על-ידי המדינה.<sup>1</sup> קשה להעלות על הדעת שניתן לכמת חיי אדם בכסף. הנה קיימים תרופה או טיפול, אף אם נסיוניים, שיש בהם אולי כדי להציל או להאריך את חייהם של אישה או איש, הורה או ילד, אך אין המדינה משתתפת במימונם, והם מחוץ להישג-ידה הכספי של המשפחה. האם ראוי שבית-המשפט ישמש מגינם של אותם חולים ויורה למדינה לממן את אותן תרופות? מה תפקידו של בית-המשפט באכיפתה של הזכות לבריאות? מאמר זה יבקש להשיב על שאלה זו לנוכח מעמדו החוקתי של התקציב בתיאוריה החוקתית ובהתאם לתובנות הנגזרות ממעמד זה לגבי תפקידן של הרשויות השונות בעיצובו של חוק התקציב.

1. לאחר מאבק הצליחו החולים לשכנע את ועדת הסל לכלול את תרופת האווסטין בסל. לסקירה ראו, למשל, [www.nrg.co.il/online/51/ART1/481/146.html](http://www.nrg.co.il/online/51/ART1/481/146.html); אריק וייס "תנו להם לחיות" מעריב – המגזין 22.5.2006, 2.

אינן הסכמה מהי הזכות לבריאות, והדעות חלוקות אף יותר לגבי השאלה אם היא זכות אדם.<sup>2</sup> הזכות לבריאות בוודאי אינה כוללת את זכותו של אדם לא להיות חולה, שהרי טרם פיענחנו את הגורמים השונים – התזונתיים, הסביבתיים, התורשתיים ואחרים – שבגינם אדם עלול לחלות. לכאורה, הגדרה רחבה של הזכות לבריאות תכלול הגנה על כל אותם גורמים סביבתיים ותברואתיים שיש בהם כדי לצמצם את הסיכונים לחלות, כולל מים נקיים, אוויר נקי, תזונה ראויה וכדומה.<sup>3</sup> הגדרה מצומצמת יותר תתמקד בזכותו של אדם ליהנות מגישות (accessibility) של שירותי בריאות וטיפול רפואי במימונה או בהשתתפותה של המדינה. גם כאן ניתן לדבר על סטנדרטים שונים, החל בסטנדרט "מינימום" של זכאות לטיפול רפואי בסיסי או במצב חירום רפואי, וכלה בסטנדרט "מקסימום" של גישות ואפילו מימון ציבורי של כל שירותי הבריאות הקיימים בטכנולוגיה המודרנית.<sup>4</sup>

במאמר זה אטען כי בהעדר הכרה מפורשת בזכות החוקתית לבריאות מצד מכונן החוקה, לא ראוי שבית-המשפט יזום הכרה כזו. ודוק: איני טוענת שאין להכיר בזכות לבריאות כזכות חוקתית, אלא טענתי היא כי מעמדה של הזכות לבריאות והיקפה צריכים להיקבע על-ידי הרשויות הנבחרות. בניגוד למחברים רבים שהטיחו ביקורת קשה כלפי בית-המשפט העליון הישראלי על שהוא אינו "חברתי" דיו ועל שהוא קופץ את ידו בכל הקשור להגנה על הזכות לבריאות, אבקש להצדיק את המדיניות שבית-המשפט נוקט בה לנוכח אפיונה של הזכות לבריאות, מעמדו החוקתי של התקציב והקשר בין תקציב ובהירות בתיאוריה

2 לדיון מפורט ראו אייל גרוס "בריאות בישראל – בין זכות למצרך" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 437, 437-463 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004). כך, למשל, נטען כי מדובר אומנם במטרות שעל המדינה לשאוף להשיגן, אך אי-אפשר לדבר על "זכות" לבריאות. אחרים טענו כי מדובר בזכות שאינה שפיטה, וכי על-כן היא אינה ניתנת לאכיפה על-ידי בית-המשפט. ראו: Aart Hendriks, *The Right to Health in National and International Jurisprudence*, 5 EUR. J. HEALTH L. 389, 392 (1998).

3 ראו כרמל שלו "זכויות בריאות" דילמות באתיקה רפואית 37 (רפאל כהן-אלמגור עורך, 1992).

4 מדינות רבות מדגישות את זכאותו של אדם לשירות חירום רפואי. בישראל קיימת הוראת חוק מפורשת בנושא, כנידון להלן בה"ש 14. חוקתה של דרום-אפריקה מדגישה במפורש כי אין למנוע מאדם טיפול חירום רפואי (ראו ס' 27, פס' 3) [www.info.gov.za/documents/constitution/1996/96cons2.htm#27](http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/96cons2.htm#27). אפילו ארצות-הברית, שאינה מספקת ביטוח בריאות ציבורי על בסיס אוניוורסלי, מחייבת בתי-חולים במתן שירות חירום רפואי למי שמתדפק על דלתותיהם. ראו: USCS §1395dd (2006) 42. באשר לסטנדרט ה"מקסימום", על-פי החוקה של ארגון הבריאות העולמי (World Health Organization) משנת 1946, הזכות לבריאות כוללת את הזכות ליהנות מרמת הבריאות הגבוהה ביותר הניתנת להשגה. ראו [www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_en.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf). האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966 (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) קובעת בס' 12 את זכותו של אדם ליהנות מרמת הבריאות הגופנית והנפשית הגבוהה ביותר שניתן להשיגה. ראו [www.unhchr.ch/html/menu3/b/a\\_cescr.htm](http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_cescr.htm).

החוקתית.<sup>5</sup> גם הניסיון ההיסטורי ההשוואתי תומך במדיניות מרוסנת מצד בית-המשפט בנושאים תקציביים. המאמר מדגיש כי המאבק החברתי על קידומה של הזכות לבריאות צריך להתמקד בדרישה להכרה בה על-ידי הכנסת. המאמר מתמקד אומנם בזכות לבריאות, אולם רבים מן הטיעונים המועלים בו רלוונטיים לעניין ההכרה בזכויות חברתיות חוקתיות בכלל.

חשיבותו של מאמר זה אינה בעמדה הפחות "פופוליסטית" המוצגת בו ביחס לתפקידו המוגבל של בית-המשפט בקידום מדיניות רווחה חברתית. ערכו הוא בדיון במעמדם החוקתי המיוחד של חוקי תקציב – בדמוקרטיה בכלל ובשיטות פרלמנטריות בפרט – ובתוכנות הנגזרות ממעמד זה. תוכנות אלה מלמדות על תפקידם הראוי של הרשויות השונות בקידום מדיניות רווחה. הדיון החוקתי בארץ בנושא של זכויות חברתיות טרם עסק באותם קשרים הכרחיים בין זכויות חברתיות, תקציב ובחירות.<sup>6</sup> ככל שנידון מעמדם החוקתי של חוקי התקציב בארץ, הוא נידון במנותק מהקשר ההדוק בין אי-מעבר של חוק תקציב לבין פיזור הכנסת וקיומן של בחירות.<sup>7</sup>

יתר על כן, הפסיקה והספרות המשפטית בארץ נקטו את העמדה שמעמדו של חוק התקציב הוא כשל כל חוק רגיל, ואולי אף נחות ממעמדה של חקיקה רגילה.<sup>8</sup> לא נידונה האפשרות שלמטרות מסוימות ייתכן שיש להקנות לחוק התקציב הגנה מיוחדת מפני ביקורת

5 לרשימה חלקית של מאמרים המבקרים את גישתו ה"אנטי-חברתית" של בית-המשפט, ראו, למשל, אנדרי מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל ד 133, 134-142 (1997) (המבקר את גישתו הליברטריאנית של בית-המשפט העליון); רות בן-ישראל "השלכות חוקי היסוד על משפט העבודה ומערכת יחסי העבודה" שנתון משפט העבודה ד 27, 31 (1993) (המבקר את אי-הכללתן של הזכויות החברתיות בפרשנות של הזכות החוקתית ל"כבוד האדם"); גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" ספר ברנזון על המשפט הציבורי ב 183-283 (אהרן ברק והיים ברנזון, 2000) (אשר סבור כי בית-המשפט אינו עושה די להגן על הזכויות החברתיות, וקורא לבית-המשפט לפתח את המימד החברתי שבזכויות בכללותן – הקלסיות והחברתיות כאחד). לדעה חולקת ראו, למשל, יואב דותן "בית המשפט העליון כמגן הזכויות החברתיות" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 69 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004). דותן סבור כי ביקורת זו נובעת מציפיות לא-מציאותיות מבית-המשפט וכן מנתונים חלקיים לגבי פסיקתו. הציפיות אינן מציאותיות משום שהניסיון האמפירי מלמד כי בתי-המשפט אינם מתאימים להובלת מהפכות חברתיות. הנתונים חלקיים משום שבדיקה יסודית מעלה כי פסיקתו של בית-המשפט העליון הישראלי בשני העשורים האחרונים אכן מגלה רגישות לזכויות אדם חברתיות.

6 מאמרים רבים מציינים כי זכויות חברתיות מתאפיינות ביסוד מימוני בולט. ראו דיון להלן בפרק ב. עם זאת, אין הם דנים בקשרים החוקתיים בין בחירות, תקציב ומדיניות רווחה.

7 אפילו בספרם הפנומנלי של פרופ' אמנון רובינשטיין וד"ר ברק מדינה על המשפט החוקתי הישראלי, בפרק הדין בתקציב המדינה, אין דיון בקשר בין תקציב לבין בחירות, למעט הערת-שוליים לקונית אחת. ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל: רשויות השלטון ואזרחות ב 880-912, במיוחד ה"ש 80 (מהדורה שישית, 2005).

8 ראו דיון להלן בפרק ג.

שיפוטית, כך שמעמדו יהיה דווקא עדיף, אם כי לא עליון, בהשוואה לחוקים רגילים. עדיפות זו מתבטא באופן יישומה של פסקת ההגבלה ביחס לחוק התקציב: בית-המשפט יסתפק בעמידה בסטנדרטים אשר מקילים במיוחד עם המחוקק.<sup>9</sup> למעשה, ניתוח תוצאות הפסיקה הישראלית עשוי ללמד כי בפועל בית-המשפט אינו עקבי בעמדתו ביחס למעמדו של חוק התקציב, למרות נסיונו לשוות גישה אחידה לפסקיו. אמביוולנטיות זו של בית-המשפט ביחס לתקציב ראויה לניתוח.<sup>10</sup> כמו-כן לא גידון כלל המשפט החוקתי ההשוואתי, שבמסגרתו יש מדינות המתייחסות לחוקי תקציב כאל בעלי מעמד עליון, מעין-חוקתי.<sup>11</sup> מאמר זה מבקש לדון בכל אלה, ובכך להעשיר את הדיון החוקתי בסוגיה זו בארץ.

**בפרק א** אדון במעמדה הנורמטיבי של הזכות לבריאות בישראל. אטען כי היא מוסדרת בחוק אך טרם זכתה בהכרה מלאה כזכות חוקתית. ככל שפנינו לעתיד, גם הצעות החוקה הנידונות לאחרונה בציבור מבקשות להכיר בה כזכות חוקתית "נכה". בפרק ב אוהה את ליבה (או גרעינה) של הזכות לבריאות עם דרישה למימון ציבורי מסיבי. אראה כי אם נתייחס למשפט ההשוואתי כאל מקור לממצאים אמפיריים, אזי ניתן ללמוד גם ממנו כי יש להתייחס לזכות לבריאות כאל זכות השונה במהותה מיתר הזכויות הקלאסיות, וזאת בשל אופייה המימוני הבולט. לנוכח אופייה זה של הזכות, אדון בפרק ג במעמדו הנורמטיבי של התקציב בתיאוריה החוקתית. אטען כי עקרונות כבדי-משקל של מנדט, חירות, יעילות, מומחיות, אחריות והפרדת רשויות תומכים בהותרת ענייני תקציב להכרעתו של הגוף המחוקק הנבחר, ולא של בית-המשפט. האחריות הסופית לחקיקת התקציב היא בידי המחוקק, הן בשיטות פרלמנטריות והן בשיטות נשיאותיות, אך גם לרשות המבצעת יש חלק נכבד בניסוחה של הצעת החקיקה התקציבית. אדון בחלוקת תפקידים זו בין הרשויות. בפרק ד אדון בניסיון ההיסטורי ההשוואתי בתחום של מעורבות גופים שאינם נבחרים בעניינים תקציביים. אראה כיצד הן בית-המשפט בארצות-הברית והן בית-הלורדים בבריטניה ניזוקו מוסדית באופן קשה ובלתי-הפיך כאשר ניסו להתערב בעיצובה של מדיניות הרווחה על-ידי הגופים הנבחרים. ניסיון זה מלמד כי התערבותו של גוף שאינו נבחר בעיצובם של

9 פסקת ההגבלה קבועה בס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק. לשם הכרה בחוקתיותו של חוק אשר פוגע בזכות אדם המוגנת מכוח חוקי-היסוד, נדרשת עמידה בסטנדרטים מהותיים. סטנדרטים אלה כוללים דרישה שהפגיעה תהא בחוק או לפי חוק (חקיקת-משנה) מכוח הסמכה מפורשת בו, שהחוק הפוגע יהלום את ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שהחוק הפוגע מיועד לתכלית ראויה ושהפגיעה היא במידה שאינה עולה על הנדרש. על משמעותן של דרישות אלה ראו, למשל, בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, תק"על 2006(2) 1754 (2006), פס' 53, 56, 59-78 לפסק-דינו של הנשיא ברק. גם כאשר חוק-יסוד אינו כולל פסקת הגבלה מפורשת, בתי-המשפט עשויים לקרוא לתוך החוק פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית) שנוסחה זהה לזו שתואר לעיל. ראו, למשל, ע"ב 92/03 מופז נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד (נז) 793 (2003). ראו גם את הדיון להלן בפרקים ג ו-ד.

10 ראו דיון להלן בפרק ג.

11 ראו דיון להלן בפרק ד.

התקציב ומדיניות הרווחה עלולה להיתפס כלא־לגיטימית. לבסוף, בפרק ה, אבקש להסיק מהתיאוריה, מהניסיון ההשוואתי ומהניסיון האמפירי כי יש למקד את המאבק על ההכרה בזכות לבריאות בדרישה שתופנה כלפי המחוקק, ולא כלפי בית־המשפט הישראלי.

## פרק א: מעמדה הנורמטיבי של הזכות לבריאות בישראל

בפרק זה אטען כי קיימת בארץ זכות לבריאות שהיא יציר־החוק. עם זאת, זו זכות מוגבלת שהיקפה מוגדר בחוק. קיים פער תמידי בין הזכות כהגדרתה בחוק לבין צורכי החולים, המושפעים מהתפתחויות הרפואה והטכנולוגיה. אטען כי הזכות לבריאות מוגבלת משיקולים תקציביים. כמו־כן אטען כי הזכות לבריאות טרם הוכרה כזכות חוקתית בהלכת בית־המשפט (להבדיל מאמרות־אגב), וכי טרם ניתנה לה הגנה חוקתית. יתר על כן, אבחן את ההצעות הנוכחיות המשמעותיות לחוקה כוללת בישראל, ואטען כי גם אם תוכר בעתיד הזכות לבריאות כזכות חוקתית, דומה שהיקף ההגנה עליה יוגבל מתוך התחשבות בשיקולים תקציביים.

### 1. האם קיימת בישראל זכות חוקתית לבריאות?

הזכות לבריאות מוסדרת בעיקרה בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד־1994.<sup>12</sup> סעיף 3 בו קובע:

"(א) כל תושב זכאי לשירותי בריאות לפי חוק זה, אלא אם כן הוא זכאי להם מכוח חיקוק אחר.

(ב) המדינה אחראית למימון סל שירותי הבריאות מהמקורות המנויים בסעיף 13.

(ג) קופת חולים אחראית כלפי מי שרשום בה למתן מלוא שירותי הבריאות שלהם הוא זכאי לפי חוק זה.

(ד) שירותי הבריאות הכלולים בסל שירותי הבריאות יינתנו בישראל, לפי שיקול דעת רפואי, באיכות סבירה, בתוך זמן סביר ובמרחק סביר ממקום מגורי המבוטח, והכל במסגרת מקורות המימון העומדים לרשות קופות החולים לפי סעיף 13.

<sup>12</sup> חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד־1994, ס"ח 156 (להלן: חוק ביטוח בריאות ממלכתי).

(ה) שירותי הבריאות יינתנו תוך שמירה על כבוד האדם, הגנה על הפרטיות ושמירה על הסודיות הרפואית.<sup>13</sup>

הסעיף קובע זכאות לשירותי בריאות על-סמך תושבות בישראל. זאת, בניגוד לעבר, שבו חלק מתושבי המדינה, נעדרי היכולת הכלכלית, לא היו מבוטחים.<sup>14</sup> החוק דורש מקופות-החולים לקבל, ללא תנאי, כל תושב הבוחר להירשם בהן.<sup>15</sup> זאת להבדיל מן העבר, שבו קופות-החולים נהגו לבחור את מבוטחיהן על-פי אמות-מידה שונות. אף שהתושב חייב בתשלום דמי ביטוח בריאות על-פי הכנסתו, אי-תשלום אינו פוטר את קופות-החולים מחובתן לספק את שירותי הבריאות כפירוטם בחוק.<sup>16</sup> יתר על כן, החוק יצר נתק בין נותן השירות (קופות-החולים) לבין מממן השירות (המדינה). מתן השירות הוא פונקציה של צורכי החולה, ואינו פונקציה של יכולת המימון הפרטית שלו. מבחינה זו ביקש החוק לדמות את שירותי הבריאות לזכות, במקום למצרך.<sup>17</sup> קופות-החולים רשאיות לדרוש השתתפות של החולים רק בעלויות של תרופות וטיפולים מוגדרים. כמו-כן הן רשאיות לגבות תשלום בעבור ביטוח משלים בלבד.<sup>18</sup>

עם זאת, החוק מכיר בכך שהזכות לבריאות עולה כסף. ממילא היא מוגבלת משיקולי תקציב.<sup>19</sup> לפיכך קבע החוק סל שירותים בסיסי שכל תושב זכאי לו, אשר כולל את השירותים שהיו נהוגים בקופת-החולים של ההסתדרות הכללית ב-1 בינואר 1994 (המועד הקובע).<sup>20</sup> המדינה חייבת לממן את סל השירותים הבסיסי גם אם הדבר כרוך בהשלמת מימון מתוך התקציב השנתי.<sup>21</sup> החוק קובע מפורשות כי אי-אפשר להרחיב את סל הבריאות אלא אם

13 שם, בעמ' 157.

14 המבחן הוא מי שמרכזו חייו בישראל. ראו שלו, לעיל ה"ש 3, בעמ' 52, 57. השוו ס' 3(ב) לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, ס"ח 327 (להלן: חוק זכויות החולה): "במצב חירום רפואי זכאי אדם [ולא רק תושב] לקבל טיפול רפואי דחוף ללא התניה."

15 ס' 4(ג) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי קובע כי: "קופת חולים תקבל כל תושב שבחר להירשם בה, לא תגביל את רישומו ולא תתנה אותו בתנאי או בתשלום כלשהו."

16 בכפוף לחריגים, דמי ביטוח בריאות ממלכתי הם בשיעור 5% מההכנסה. ראו ס' 14 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי. החל ב-1.1.2006 ההכנסה החודשית המרבית לתשלום דמי ביטוח היא 35,760 ש"ח. סכום זה מתעדכן לפי שיעור עליית המדד בינואר כל שנה. ראו אתר הביטוח הלאומי: [www.btl.gov.il/NR/exeres/48FE37D1-6BC7-4F39-ADCF-44F04AAA148D.htm](http://www.btl.gov.il/NR/exeres/48FE37D1-6BC7-4F39-ADCF-44F04AAA148D.htm).

17 ראו גרוס, לעיל ה"ש 2. גרוס טוען, עם זאת, כי כיום יש כרסום משמעותי במעמדם של שירותי הבריאות כזכות, כמפורט להלן בטקסט, וכי זרעיה של פורענות זו נורעו כבר בעת חקיקת החוק.

18 ס' 10 ו-13(ב) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי.

19 זהו שיעור ראשון בכלכלה: אנו חיים בעולם של משאבים מוגבלים; צרכים שונים מתחרים על אותו תקציב; צריך לקבוע סדרי עדיפויות ביניהם.

20 ס' 7 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי. להגדרת "המועד הקובע" ראו ס' 2 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי.

21 ס' 13(א)(5) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי.

כן נמצא מקור למימון אותה תוספת.<sup>22</sup> מימון הסל מתעדכן באופן שוטף על-פי מדד יוקר הבריאות בלבד.<sup>23</sup> אין עדכון אוטומטי של סל הבריאות על-פי התקדמות הטכנולוגיה.<sup>24</sup> עדכון הסל מותנה בהמלצתה של ועדת הסל ובהסכמת הממשלה לייצע תקציבי מיוחד לכך מתוך התקציב השנתי. כתוצאה מכך, חולים ובני משפחותיהם נדרשים להפעיל לחץ ציבורי גדול על-מנת להשפיע על קובעי המדיניות לכלול תרופות נוספות בסל. רק בדרך זו יזכו בהשתתפות המדינה במימוןן של התרופות.<sup>25</sup>

פניות של חולים לבית-הדין לעבודה, המוסמך לדון בתביעות מכוח חוק ביטוח בריאות ממלכתי, בבקשה לסעד שיזכה אותם במימון ציבורי של תרופות שאינן כלולות בסל הבריאות – נדחות על-פי-רוב. בית-הדין מכיר בכך שהתקציב מוגבל וכי קביעת היקף הסל היא בסמכותה של הרשות המבצעת. אף במקרים שבהם בית-הדין בוחר להתערב, הוא מצביע בדרך-כלל על מקור למימון אותה תרופה בסל הקיים (למשל, באמצעות קביעה כי התרופה המוקצית בסל למחלה אינה מתאימה, ועל-כן נותר תקציב לתרופה האחרת) או רואה את הסעד בבחינת "הלוואה" לחולה. אין מדיניות אחידה של בית-הדין לעבודה בתביעות כאלה של חולים. להפך, רחמיו של בית-הדין גורמים לעיתים להפליה בין חולים, בכך שבית-הדין מעניק סעד ספציפי לחולים "לפנים משורת הדין", בעוד חולים אחרים נותרים ללא זכאות לתרופות דומות.<sup>26</sup>

נוסף על כך, המדינה אף קיצצה בשנים האחרונות את תמיכתה הכספית בשירותי הבריאות באמצעות כמה חוקי הסדרים.<sup>27</sup> כתוצאה מכך נדרשה הגדלה של השתתפות משקי-הבית במימוןן של שירותי בריאות.<sup>28</sup> ניתן לסכם אפוא כי קיימת בארץ זכות חוקית לבריאות שהיקפה מוגבל למוגדר בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, וכי קיים פער תמידי בין הזכות כהגדרתה בחוק לבין צורכי החולים, המושפעים מהתפתחויות הרפואה והטכנולוגיה.

22 ס' 8 (ה) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי קובע כי: "לא ייוסף שירות לסל שירותי הבריאות ללא תשלום או בתשלום הנמוך מעלותו, אלא אם כן נמצא לכך מקור מימון נוסף על המקורות לפי סעיף 13, או מקור שהתפנה עקב ביטול שירות או התייעלות."

23 ס' 9 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי.

24 ראו שלו, לעיל ה"ש 3, בעמ' 50.

25 לביקורת מכיוון המשפט המנהלי על פעולתה של ועדת הסל ראו: Guy I. Seidman, *Regulating Life and Death: The Case of Israel's 'Health Basket' Committee*, 23 J. CONTEMP. HEALTH L. & POL'Y 9 (2006).

26 לניתוח מפורט של פסיקת בית-הדין לעבודה ראו גרוס, לעיל ה"ש 2, בעמ' 502-528.

27 חוקי הסדרים הם חוקים שנלווים לתקציב המדינה ואשר מיועדים לאפשר לממשלה להגשים את מדיניותה הכלכלית על-ידי תיקוני חוקים כנדרש מיישומן של חוק התקציב. בשנים האחרונות הממשלה מנצלת את חוקי הסדרים כדי להעביר חקיקה חפוזה (תוך כפיית משמעת קואליציונית) אשר לעיתים אין קשר בינה לבין תקציב המדינה. ראו בעניין זה את ביקורתו הקשה של בית-המשפט העליון על אופן חקיקתו של חוק הסדרים – בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה הקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004).

28 ראו גרוס, לעיל ה"ש 2, בעמ' 474-489.



## 2. האם קיימת בישראל זכות חוקתית לבריאות?

כפי שנוכחנו, הזכות לבריאות מכוח חוק ביטוח בריאות ממלכתי הינה מוגבלת. האם תתקבל טענתם של החולים בבית-משפט כי הזכות לבריאות הינה זכות חוקתית, וכי על בית-המשפט לפסול לפיכך חוקי הסדרים הפוגעים בהיקפה של הזכות? האם תתקבל טענתם כי הזכות לבריאות מחייבת לכלול תרופות וטיפולים נוספים בסל הבריאות בניגוד להחלטותיה של הרשות המבצעת?

בחוקי-היסוד הקיימים אין אזכור מפורש של הזכות לבריאות. היא אינה "זכות מנויה" או "זכות בעלת שם"<sup>29</sup>. עם זאת, קיימות אמרות-אגב של בית-המשפט העליון שמהן משתמע כי הזכות לבריאות הינה חלק מזכותו החוקתית של אדם לכבוד. למשל, בפרשת גמזו נ' ישעיהו קבע הנשיא ברק כי "כבודו של האדם כולל בחובו... הגנה על מינימום הקיום האנושי... אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטרי, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע."<sup>30</sup> לאחרונה, בעתירה נגד הקיצוץ בגמלאות הבטחת הכנסה, קבע הנשיא ברק כי:<sup>31</sup>

"אכן, לזכויות החברתיות אין ביטוי מפורש בחוקי היסוד (פרט לקניין). קיימות בעניין הצעות חקיקה שונות, אך אלה טרם הבשילו... במצב זה אין לומר, שחוקי היסוד הקיימים מעניקים הגנה מלאה ושלמה לזכויות החברתיות... הזכות לקיום בכבוד היא הזכות כי יובטח לאדם אותו מינימום של אמצעים חומריים, שיאפשרו לו להתקיים בחברה בה הוא חי... ניתן להניח, אפוא, לענייננו – בלא לקבוע מסמרות בדבר – כי מחובת המדינה על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נגזרת החובה לקיים מערכת שתבטיח 'רשת מגן' למעוטי-האמצעים בחברה, כך שמצבם החומרי לא יביאם לכלל מחסור קיומי. במסגרת זו עליה להבטיח שלאדם יהיה די מזון ומשקה לקיומו; מקום מגורים, בו יוכל לממש את פרטיותו ואת חיי המשפחה שלו ולחסות מפגעי מזג האוויר; תנאי תברואה נסבלים ושירותי בריאות, שיבטיחו לו נגישות ליכולת הרפואה המודרנית."

טרם ניתן פסק-דין הקובע הלכה – ולא רק אוביטר – שעל-פיה הזכות לבריאות הינה זכות חוקתית. בינתיים אין הזכות לבריאות נהנית מהגנה חוקתית בישראל.<sup>32</sup>

29 ראו הלל סומר "הזכויות הבלתי-מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח 257 (1997).

30 רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360, 367 (2001).

31 ראו פס' 15-16 לפסק-דינו של הנשיא ברק בבג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פדאור 05(28) 542 (2005). שופט המיעוט אדמונד לוי, בניגוד לשופטי הרוב, סבר כי הוכחה הטענה שהקיצוץ בגמלאות פוגע בזכות לקיום מינימלי בכבוד (שם, פס' 10 לפסק-דינו של השופט לוי). יתר על כן, הוא מכיר בזכות לתנאי מחיה נאותים (ולא רק לתנאים העומדים בסטנדרט מינימום). ראו שם, פס' 3 לפסק-דינו של השופט לוי.

32 ראו, למשל, בג"ץ 11674/05 העמותה לקידום ענייני מוקרני הגזות נ' שר הבריאות-משרד

לכאורה, רציונלים כבדי־משקל תומכים בהכרה בזכות לבריאות זכות חוקתית אפילו במסגרת חוקי־היסוד הקיימים. שופטים רבים של בית־המשפט העליון אינם מהססים לנקוט פרשנות מרחיבה של חוקי־היסוד הקיימים. במסגרת גישה זו ניתן לטעון כי כבודו של אדם דורש מינימום של אמצעי מחיה ושירותי בריאות בסיסיים.<sup>33</sup> אפשר אף לדרוש שהמדינה תגן על בריאותו של אדם כחלק מחובתה – הקבועה בחוקי־היסוד הקיימים – להגן על חייו ועל גופו.<sup>34</sup> ניתן גם לסבור שהזכות לבחור ולהשתתף בחיים הדמוקרטיים כאזרח שווה־זכויות משמעה הזכות למינימום של רווחה, לרבות בריאות.<sup>35</sup> בלשונו של השופט זמיר:<sup>36</sup> "אסור שזכויות האדם ישמשו רק את האדם השבע. צריך שכל אדם יהיה שבע, כדי שיוכל ליהנות, למעשה ולא רק להלכה, מזכויות האדם."

לא מפתיע אפוא שרשימה ארוכה של כותבים יצאו בקריאת־תיגר נגד בית־המשפט העליון על שהוא אינו עושה די לקידומן של הזכויות החברתיות במדינת־ישראל, ובכלל זה הזכות לבריאות. דבריו של פרופ' אנדרי מרמור בנידון משקפים את ביקורתם של מלומדים רבים:<sup>37</sup>

"נדמה לי שהצורך בהקמתה של תנועה פוליטית ליברלית, במובנה הקלאסי, אינו מורגש בישראל משום שבית המשפט העליון נטל לעצמו את תפקיד ההגנה על הערכים הליברטריאניים... מערך זכויות האדם המוגן בישראל בזמן האחרון הוא

- 
- הבריאות, תק"ע על 2007 (1) 3818 (2007). בית־המשפט דחה פה אחד עתירה נגד אי־הכללתם של חולים בגידולים שפירים בכלוטת התריס בקבוצת הזכאים לפיזיו מכוח החוק לפיזיו נפגעי גזות, התשנ"ד 1994, ס"ח 277, אף שמחלתם נגרמה מטיפול לא־ראוי בהם באמצעות הקרנה. בית־המשפט נימק את החלטתו בשיקולים תקציביים.
- 33 ראו דותן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 86–87. אחד המכשולים להכרה בזכות לבריאות כנגזרת מכבוד האדם נבע מכך שהנשיא ברק לא כלל בתחילה את הזכויות החברתיות בגדר מודל־הביניים של "כבוד האדם". מודל־ביניים זה הוא המודל שהנשיא ברק קרא לאימוצו בפסיקה. אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 413–423 (כרך שלישי, 1994) (להלן: פרשנות חוקתית). מאוחר יותר ריכך הנשיא ברק את עמדתו ביחס לזכויות החברתיות. ראו, למשל, פרשת עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי, לעיל ה"ש 31.
- 34 בע"ב 4037/01 טברו נ' שרותי בריאות כללית, פדאור 02(12) 811 (2002), החליט בית־הדין לחייב את קופת־החולים לספק תרופה לחוליה במחלה נדירה אשר לא הייתה כל תרופה אחרת בנמצא למחלתה. התרופה הייתה כלולה בסל הבריאות, אך בהתוויה לטיפול במחלות אחרות. בית־הדין ביסס את קביעתו על הזכות לחיים. פסק־הדין בוטל בהסכמה בבית־הדין הארצי לעבודה, אף שקופת־החולים התחייבה להמשיך לממן את התרופה. לדיון בפסק־דין זה ראו גרוס, לעיל ה"ש 2, בעמ' 509–510. עם זאת, אין מדיניות אחידה של בתי־הדין לעבודה בנושא זה. שם, בעמ' 502–528. ראו גם בג"ץ 494/03 עמותת הרופאים למען זכויות אדם נ' שר האוצר, פ"ד נט(3) 322, 334 (2004).
- 35 ראו דותן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 84; מונדלק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 185; JEREMY WALDRON, LIBERAL RIGHTS: COLLECTED PAPERS 1981–1991, 284–292 (1993).
- 36 בג"ץ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 340 (1998).
- 37 ראו מרמור, לעיל ה"ש 5, בעמ' 138–139.

מעין מערך של זכויות אורה 'אפיות' ההולך ומתעלם יותר ויותר ממערך של זכויות סוציאליות... אם תרצו: יותר חירות, ופחות שוויון."

נטען כי אין צורך לחכות לאימוצן המפורש של זכויות אלה בחוקה, אלא ניתן לקדמן גם במסגרת החוקה הקיימת.<sup>38</sup> הוסבר כי גישה כאמור מתיישבת עם אופייה של מדינת ישראל כמדינה סוציאל-דמוקרטית, לפחות בשעת הקמתה. למעשה, הצעות החוקה הראשונות למדינה כללו זכויות חברתיות כדבר שבשגרה.<sup>39</sup> גישה זו אף מתיישבת עם מסורתה התרבותית וההיסטורית של המדינה בדבר ערכות הדדית, עורה לזולת, "ואהבת לרעך כמוך". בית-המשפט העליון הואשם ב"לוקנרזום" – אותו אות-קלון השמור למדיניות שיפוטית שגויה במיוחד, המקדמת את החוק על-חשבון החלש בחברה.<sup>40</sup>

### 3. מבט לעתיד – הצעות חוקה בנושא הזכות לבריאות

ככל שפנינו לעתיד, הצעות החוקה האחרונות שנוסחו על-ידי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת (חוקה "בהסכמה רחבה") ועל-ידי המכון הישראלי לדמוקרטיה כוללות זכויות חברתיות כזכויות חוקתיות, לרבות הזכות לבריאות.<sup>41</sup> התפיסה השלטת בהן היא שהזכות לבריאות מתחייבת מ"כבודו של האדם". עם זאת, ההצעות מבחינות בין זכויות חברתיות לבין הזכויות הקלסיות (או הליברליות) – הן לעצם הגדרת הזכויות והן להיקף ההגנה עליהן. כבר בהגדרת הזכות החברתית כלולה התייחסות למשאביה הכלכליים של המדינה. במילים אחרות, ניכר כי היקף הזכות, ולא רק היקף ההגנה עליה, נגזר משיקולים תקציביים.<sup>42</sup> גם היקף ההגנה על הזכות מוגבל, ומסור בעיקרו למחוקק, ולא לבית-המשפט.

38 ראו מונדלק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 279.

39 שם, בעמ' 190-191. ראו גם ענת מאור "חור פעור בספר החוקים: הצעת חוק יסוד: זכויות חברתיות-כלכליות – כרוניקה של כשלון החקיקה" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 195 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004). מאור סוקרת את הצעות החוקה הראשונות למדינה, בזמן היווסדותה, שכללו זכויות חברתיות כזכויות מרכזיות, ומבקרת את גישתו הלא-אקטיביסטית של בית-המשפט העליון בקידום זכויות חברתיות.

40 ראו, למשל, אייל גרוס "החוקה הישראלית: כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי?" צדק חלוקתי בישראל 79 (מנחם מאוטנר עורך, 2000) (המזהיר מפני סכנת לוקנרזויה של הפסיקה הישראלית). תופעת הלוקנרזום מקורה במדיניותו השגויה של בית-המשפט העליון האמריקאי, ששיאה בפרשת Lochner. במסגרת מדיניות זו ביטל בית-המשפט עשרות חוקים סוציאליים שמטרתם הייתה קידום מדינת-הרווחה האמריקאית. בית-המשפט קבע כי חוקים אלה אינם חוקתיים משום שהם פוגעים בזכות לקניין ובחופש החוזים. תוצאות פסיקתו היו נטרול המחוקק מקידום חקיקה המיטיבה עם החלשים בחברה. לדיון מפורט ראו להלן פרק ד.

41 לנוסח הצעת חוקה בהסכמה רחבה של הכנסת השש-עשרה ראו [huka.gov.il/wiki](http://huka.gov.il/wiki). לנוסח ההצעה של המכון הישראלי לדמוקרטיה ראו חוקה בהסכמה: הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה 165-166 (2005).

42 להבחנה בין היקף הזכות לבין היקף ההגנה עליה ראו פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 33, בעמ'

ככל שבית-המשפט רשאי להתערב, מדובר בכוח מוגבל, בסגנון ה־Human Rights Act הבריטי.<sup>43</sup> ההנחה היא כי זכויות חברתיות הינן "מסוג שונה". המימד הבולט בהן הוא הטלת חובת עשה על המדינה. לפיכך יש לנסחן באופן המותיר שיקול-דעת רחב בידי המחוקק באשר לאופן כיבודן.

כך, למשל, בדברי ההסבר להצעת החוקה בהסכמה רחבה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת השש-עשרה נאמר:<sup>44</sup>

"באשר למימוש הזכויות, היתה העמדה הבולטת כי בשונה מזכויות האדם האחרות יינתן לרוב הפוליטי, קרי לכנסת ולממשלה, מרחב פעולה רב יותר בקביעת המדיניות ובהקצאת המשאבים הדרושה למימושן... ביקורת שיפוטית על חקיקה בהקשר של זכויות חברתיות מעוררת ביתר שאת את המתח הבין מוסדי השורר בין בית המשפט לבין הכנסת והממשלה. זאת מן הטעם שקביעת המדיניות הכלכלית וחלוקת המשאבים הציבוריים נתונה באופן מובהק לשתי הרשויות האחרונות ויש להן יתרון על בית המשפט בידע וביכולת תכנון כלל-משקית וארוכת טווח."

ניתן לסכם אפוא כי אף שמוכרת בארץ זכות חוקית לבריאות, היא מוגבלת משיקולים תקציביים. הזכות לבריאות טרם הוכרה כזכות חוקית בהלכת בית-המשפט (להבדיל מאמרות-אגב), וטרם ניתנה לה הגנה חוקית. גם אם תוכר בעתיד הזכות לבריאות כזכות חוקית, דומה שהיקף ההגנה עליה יוגבל מתוך התחשבות בשיקולים תקציביים. האם גישה זו מוצדקת או שמא צודקים מבקריו של בית-המשפט בטוענם כי מן הראוי שדין אחד יחול על כלל הזכויות – האזרחיות-הפוליטיות והחברתיות כאחד? בקושיה זו נדון עתה.

## פרק ב: על בריאות ותקציב

בפרק זה אטען כי על-אף הטיעונים הרבים שהועלו בספרות התומכים בהכרה של בית-

373. היקף הזכות מוגדר בחוקה. היקף ההגנה עליה יכול שיושפע מחקיקה רגילה המקיימת את דרישות החוקה (דוגמת הדרישות של פסקת ההגבלה). בשלבי הבחינה החוקתית בוחנים ראשית אם החוק פוגע בזכות חוקתית. השלב הראשון עניינו אם כן היקף הזכות. רק בשלב השני בוחנים אם ניתן "להכשיר" את הפגיעה בשל עמידתה בדרישות החוקה (כגון עמידה בדרישות של פסקת ההגבלה, פסקת ההתגברות או פסקת שמירת הדינים). השלב השני עניינו אם כן היקף ההגנה על הזכות.

43 ראו: Human Rights Act, 1998, ch. 42 (Eng.). תחת חוק זה, בתי-המשפט העליונים בבריטניה (superior courts) אינם מוסמכים לבטל חוקים, אלא רק להכריז על אי-התאמתם (incompatibility) לזכויות הנקובות באמנה האירופית בדבר זכויות אדם. למחוקק נשמרת "המילה האחרונה" בנוגע להכרעה בדבר הסעד שיינתן לנוכח אותה אי-התאמה.

44 ראו [www.huka.gov.il/wiki/materials/huka\\_for\\_print.pdf](http://www.huka.gov.il/wiki/materials/huka_for_print.pdf).

המשפט בזכות לבריאות כזכות חוקתית, על בית-המשפט להותיר מלאכה זו למכון החוקה. אטען כי בשל אופייה המימוני הבולט של הזכות לבריאות והמשאבים הכספיים הרבים הנדרשים למימונה, לא ראוי שבית-המשפט יזוּם את ההכרה בה כזכות חוקתית. זאת, מכיוון שהכרעה כזו תוביל בסופו של דבר להתנגשות בלתי-נמנעת בין הרשות השופטת לבין הרשות המחוקקת על עיצובם של תקציבי המדינה. על-כן הביקורת הקשה שהוטחה בבית-המשפט העליון על שהוא אינו עושה די לקידומה של הזכות לבריאות אינה מוצדקת.

### 1. מדוע להבחין בין הזכות לבריאות לבין הזכויות הקלסיות?

רבות כבר נכתב על אופיין החיובי של הזכויות החברתיות. הן דורשות בעיקר את השתתפותה של המדינה במימונן. ככאלה, הן מובחנות מהזכויות הליברליות הקלסיות, הדורשות מהמדינה בעיקר לא להתערב בחופש הפרט.<sup>45</sup> דיו רב נשפך גם בניסיון להפריך טענה זו. כך, הוצע שאף הזכויות הקלסיות דורשות חובות עשה: לא תהיה משמעות לזכות הקניין אם המשטרה לא תוציא משאבים לאכיפת חוקי הרכוש ולמניעת עבריינות; לא תהיה משמעות לזכות להצביע אם המדינה לא תממן קלפיות, תאכוף חוקי מימון בחירות, תממן משקיפים וכדומה;<sup>46</sup> משמעותה של הזכות להפגין תהא מוגבלת ביותר אם המשטרה תטיל את חובת מימון האבטחה של אותן הפגנות על המפגינים.<sup>47</sup> לפיכך נקבע כי חובה על המדינה "להקצות, בגבולות הסביר ובהתחשב באמצעים העומדים לרשותה ובסדרי העדיפויות שייקבעו על ידה, את המשאבים הנדרשים על מנת לאפשר את מימושה של הזכות לחופש ביטוי ולהפגנה".<sup>48</sup> אם כן, מדוע רווחת ההבחנה בין הזכויות הקלסיות לבין הזכויות החברתיות? בלשונו של ד"ר אייל גרוס: "מדוע יכול בג"ץ לפסול דרישה להוציא 100,000 שקל למימון הפגנה [פסק-דין מטה הרוב - ר' ו'], אך אינו יכול לפסול דרישה להוציא 70,000 שקל למימון ניתוח חיוני?"<sup>49</sup> הייתכן כי מקור ההבחנה היסטורי גרידא?

45 ראו שלו, לעיל ה"ש 3, בעמ' 42.

46 שם, בעמ' 42-43. ראו גם רות גביון "על היחסים בין זכויות אזרחיות-פוליטיות ובין זכויות חברתיות-כלכליות" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 25, 42-44 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004); דותן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 79; מונדלק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 217-213.

47 ראו בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, פדאור 06(30) 305 (2006). נפסק כי המשטרה אינה יכולה להתנות אישור לעריכת הפגנה פוליטית בהספקת שירותי אבטחה פרטיים על-ידי המפגינים, בשל חשיבותה של הזכות לחופש הביטוי כזכות חוקתית המוגנת כחלק מ"כבוד האדם".

48 שם, בפס' 14 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

49 אייל גרוס "הזכות להיות בריא" הארץ 27.12.2006, זמין באתר הארץ [www.haaretz.co.il/hasite/spages/805724.html](http://www.haaretz.co.il/hasite/spages/805724.html). גרוס משווה בין תוצאות הפסיקה של בית-המשפט העליון מהשנה האחרונה בהקשר של הזכות להפגין לבין תוצאות פסיקתו בהקשר של זכות הבריאות.

על-פי טענה זו, הזכויות הקלסיות הן זכויות מ"דור ראשון", ואילו הזכויות החברתיות הן מן "הדור השני". לפיכך האחרונות נאבקות עדיין על ההכרה בהן.<sup>50</sup> הייתכן כי מקור ההבחנה פוליטי גרידא? על-פי טענה זו, הסטטוס-קוו הקיים בנושא הרכוש נוח לבעלי ההון הפוליטי והכלכלי, ועל-כן אין הם ממהרים להכיר בזכויות שמשמעותן העיקרית היא חלוקה מחדש של הקניין בין עשירים לעניים, בין בריאים לחולים.<sup>51</sup>

על-אף ההשערות השונות שהועלו בעניין זה, דומה שהטעם להבחנה עובר דרך התקציב.<sup>52</sup> אכן, גם זכויות אחרות עולות כסף. כמו-כן אין ספק שבתי-המשפט מתערבים בשולי התקציב באוכפם זכויות, ושלהחלטותיהם יש משמעותיות תקציביות. אך התקציבים הדרושים למימון של הזכויות החברתיות הם בהיקפים שונים. הם בלב-ליבו של ההליך

בית-המשפט חייב את המשטרה לשאת בעלות מימונה של הפגנה (עלות משוערת של 100,000 ש"ח) בשל מעמדה החוקתי של הזכות להפגין, אף שזכות זו אינה מנויה מפורשות בחוקה. ראו פרשת מטה הרוב, לעיל ה"ש 47. לעומת זאת, דחה בית-המשפט את בקשתה של גב' ויקטוריה ישראלי כי המדינה תממן לה ניתוח שתל שבלול למניעת חירשות, אף שהעלות המשוערת הייתה 70,000 ש"ח בלבד. כאן סבר בית-המשפט כי מימון ניתוח זה יהא על-חשבונם של אחרים בתקציב מוגבל. בג"ץ 2974/06 ויקטוריה (ויקי) ישראלי נ' הועדה להרחבת סל הבריאות, פדאור (12)06 543 (2006).

לדעתי, השוואה זו בין העלויות אינה מביאה בחשבון את מספר הנהנים מהעלות הכספית בכל אחד מהמקרים. במקרה של הניתוח מדובר בגב' ישראלי בלבד, ואילו במקרה של ההפגנה מדובר במפגינים רבים. על-פי כתיב-הטענות של הצדדים בפרשת מטה הרוב, העלויות נקבעו לשם אבטחת הפגנה שהוערך כי ישתתפו בה כ-10,000 איש. כלומר, העלויות לכל נהנה הן בסדר-גודל שונים לחלוטין. השוואה אף נעדרת נתונים בדבר מכלול העלויות השנתיות של אבטחת הפגנות מול מכלול העלויות השנתיות של הרחבת סל הבריאות.

50 ראו גב' ויקטוריה ישראלי נ' הועדה להרחבת סל הבריאות, פדאור (12)06 543 (2006). לעיל ה"ש 46, בעמ' 45-46. כמו-כן ראו מונדלק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 225 ("התיחום בין הזכויות איננו תוצאה של הבחנות לוגיות אלא של התפתחויות היסטוריות").

51 לדיון בטענה זו ראו ברק מדינה "חובתה של המדינה לספק צרכים בסיסיים: מ'שיח של זכויות" לתיאוריה של מימון ציבורי" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 131, 140-147 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004). מדינה מציע לפתח תיאוריה של מימון ציבורי שתעוגן בחוקה ואשר תגדיר אמות-מידה להספקתו של מימון ציבורי. עם זאת, הוראות חוקתיות אלה לא יהיו אכיפות בבית-המשפט. כוחן יהא בתחום של משפט הציבור, דהיינו: דין הבוחר.

52 אפילו הנשיא ברק, בכתבתו האקדמית, הכיר בכך ש"המשותף לרבות מהזכויות החברתיות... הוא העובדה שהגשמתן הלכה למעשה קשורה בקשר הדוק להקצאת המקורות הכספיים הלאומיים של המדינה." ראו אהרן ברק "הקדמה" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 5, 8 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004). לפיכך, אף שברק תומך בהכרה בזכויות חברתיות כזכויות חוקתיות, הוא סבור שמאפיינן התקציבי עשוי להשליך על היקף הזכויות ומידת ההגנה עליהן. שם, בעמ' 7. רות גב' ויקטוריה ישראלי נ' הועדה להרחבת סל הבריאות, פדאור (12)06 543 (2006). לעומת זאת, סבורה מאותו טעם כי יש להגביל את כוח הביקורת השיפוטית של בית-המשפט לגבי כלל הזכויות האזרחיות והחברתיות כאחד. ראו גב' ויקטוריה ישראלי נ' הועדה להרחבת סל הבריאות, פדאור (12)06 543 (2006). ראו גם רות גב' ויקטוריה ישראלי נ' הועדה להרחבת סל הבריאות, פדאור (12)06 543 (2006). וכלכליות? סוגיית העיגון של זכויות חברתיות בחוקה 329 (2003).

התקציבי. במאמר זה אתמקד בזכות לבריאות. על-פי איריס גינזבורג, לשעבר רכזת תחום הבריאות באגף התקציבים במשרד האוצר, ויובל פרידמן, רפרנט בריאות באגף התקציבים כיום, תקציב המדינה בשנת 2006 היה כ-284 מיליארד ש"ח (ברוטו), ומתוכם כ-17 מיליארד ש"ח, המהווים כ-6% מהתקציב, שימשו לתקציב הבריאות. משרד הבריאות מממן מתקציב זה את השלמת המדינה לעלותו של סל הבריאות לקופות-החולים בסכום של כ-12.5 מיליארד ש"ח, ויתרתה של עלות זו ממומנת על-ידי דמי ביטוח בריאות ממלכתי.<sup>53</sup> עלותו הכוללת של סל הבריאות בשנת 2006 הייתה כ-24 מיליארד ש"ח. לפיכך סך ההוצאה הממשלתית לבריאות בשנת 2006, הכוללת את דמי ביטוח הבריאות המועברים לקופות-החולים על-ידי המוסד לביטוח לאומי, עמדה על כ-28.5 מיליארד ש"ח. יתר על כן, תקציב הבריאות גבוה לא רק במונחים מוחלטים, אלא גם במונחים יחסיים. למעשה, תקציב הבריאות היה הרביעי בגודלו בתקציב המדינה בשנת 2006. ההוצאות העיקריות לפי סדר יורד היו: ביטחון, חינוך והשכלה גבוהה, ביטוח לאומי ובריאות.<sup>54</sup> איננו לבד במצב זה. תקציבי הבריאות בעולם המערבי מהווים את ההוצאות המרכזיות של הממשלות השונות, כפי שיוצג להלן.<sup>55</sup>

יקשה השואל: הרי בבוא בית-המשפט לאכוף את הזכות לבריאות מדובר בדרך-כלל במקרים פרטניים שיש להם אומנם השלכה תקציבית, אך אין מדובר בהתערבות ישירה בחוק התקציב. מדוע אם כן יש להבחין בין הזכות לבריאות לבין זכויות אחרות? טענה זו אינה מדויקת. כבר בעתירה החברתית האחרונה בנוגע לקיצוץ בגמלאות הבטחת הכנסה דובר בתקיפה ישירה של לב ההליך התקציבי - קביעת סדרי העדיפויות הכלכליים של המדינה.<sup>56</sup> דומה כי זו הסיבה שבגינה דחה בית-המשפט, בדעת רוב, את העתירה.<sup>57</sup> בית-המשפט אומנם נימק את החלטתו בכך שהעותרים לא הוכיחו כי נפגעה זכותם האישית לקיום מינימלי בכבוד, אך מנתוני העותרים עולה דווקא כי לא עלה בידם לממן את הוצאות החיים הבסיסיות שלהם באמצעות גמלאות הבטחת הכנסה.<sup>58</sup> יתר על כן, הנשיא ברק קבע כי היקף הזכות לקיום בכבוד מושפע ממצבה הבטחוני והכלכלי של המדינה, ומהעובדה שהזכויות החברתיות טרם הוכרו מפורשות בחוקה.<sup>59</sup> לעומת זאת, שופט המיעוט אדמונד

53 חלק משירותי הבריאות הניתנים על-ידי קופות-החולים ממומנים על-ידי דמי השתתפות עצמית של החולים.

54 הנתונים נמסרו בחלקם בהוצאתה של איריס גינזבורג מיום 5.5.2006 בכנס "סל התרופות - מי יחיה ומי ימות?", שנערך באוניברסיטת בר-אילן. בזמן מתן ההרצאה שימשה גינזבורג בתפקידה האמור. הנתונים אומתו בשיחה טלפונית עם גינזבורג ופרידמן מיום 19.3.2007. אני מודה להם על אדיבותם הרבה ועל הזמן שהקדישו לי על-מנת לוודא את אמיתותם של נתונים אלה. חלק מהנתונים ניתנים לצפייה באתר של אגף התקציבים ב-[www.mof.gov.il](http://www.mof.gov.il). נתונים נוספים מפורטים בתת-פרק 2 להלן.

55 ראו דיון להלן בתת-פרק 2.

56 פרשת עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי, לעיל ה"ש 31.

57 ראו גם דיון להלן בפרק ה.

58 שם, פס' 19.

59 שם, פס' 13.

לוי קבע כי הוכחה לכאורה הפגיעה בזכות החוקתית לקיום מינימלי בכבוד. עם זאת, הוא לא התמודד כלל עם ההשלכות התקציביות מרחיקות-הלכת של החלטתו. הוא לא דן כלל בהשלכות של פסיקתו על מעמדו של בית-המשפט במסגרת הפרדת הרשויות.

יתר על כן, קיים הבדל מהותי בין היענות של בית-המשפט לעתירות שעניינן אכיפת השוויון – כך שאם הממשלה החליטה להקצות כסף, עליה לחלקו בשוויון או להימנע מהקצאה זו כליל – לבין מצב שבו הממשלה לא החליטה על הקצאת כסף ובית-המשפט כופה עליה הקצאה כזו.<sup>60</sup> במקרה האחרון בית-המשפט מתערב בליבו של ההליך התקציבי. התערבות שיפוטית זו קשה על אחת כמה וכמה כאשר היא נושאת אופי פוטנציאלי של שריון חלקים ניכרים מתקציב המדינה לטובת מימושן של זכויות.<sup>61</sup> זה מה שיידרש לשם מימושן של הזכויות החברתיות, במיוחד לנוכח העובדה שהמבחנים הבין-לאומיים שהוצעו לבחינת מידת כיבודן של הזכויות החברתיות דורשים בדרך-כלל שלא תהא נסיגה במימון הציבורי שכבר ניתן לזכויות אלה.<sup>62</sup> החלטה על שריון כאמור ראוי שתקבל, אם בכלל, על-ידי הרשות המחוקקת והמכוננת, ולא על-ידי בית-המשפט, מהטעמים המפורטים

60 בית-המשפט הכיר בתוקפה של הבחנה זו בבג"ץ 637/89 "חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר, פ"ד מו(1) 191, 205 (1991). כך, למשל, בפרשת נוף חייב בית-המשפט את רשויות הצבא, מכוח עקרון השוויון, לחלק ערכות-מגן מותאמות לבעלי זקן חילוניים בדיוק כפי שהן מחולקות לבעלי זקן דתיים. ודוק: משהחליטו הרשויות הנבחרות על הקצאת כספים למטרה זו, אי-אפשר לחלק אותם כספים באופן מפלה. בג"ץ 205/94 נוף נ' מדינת ישראל-משרד הביטחון, פ"ד נ(5) 449 (1997). באופן דומה, בפרשת עדאלה חייב בית-המשפט את משרד הדתות לחלק כספים מתקציב המדינה המוקצים לצורך בתי-עלמין באופן שוויוני בין בני הדתות השונות, על-פי חלקם היחסי באוכלוסייה. בית-המשפט לא פסל את חוק התקציב, אלא קבע כי משרד הדתות נכשל באופן חלוקתו של אותו תקציב שהוקצה. ודוק: בית-המשפט לא הגדיל את הנטל הכספי המוטל על המדינה, אלא קבע רק כי יש לחלק סכומים המוקצים בחוק התקציב באופן שוויוני. למעשה, הנשיא ברק השאיר בצריך עיון את סוגיית ההתערבות השיפוטית בחוק התקציב עצמו. כלשונו, "במסגרת זו יהא מקום לבחון אם יש לחוק התקציב בעייתיות שהיא מיוחדת לו." בג"ץ 1113/99 עדאלה נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164, 187 (2000). באופן דומה יש להבין את הכרעתו של בית-המשפט בעניין עמותת ל.כ.ן, בג"ץ 5325/01 עמותת ל.כ.ן לקידום ספורט נשים נ' המועצה המקומית רמת השרון, פ"ד נח(5) 79 (2004), שחייבה את מועצת רמת-השרון לחלק כספים המיועדים לתמיכה בספורט באופן שוויוני בין קבוצות ספורט של נשים וגברים. גם כאן לא דובר בהטלת נטל כספי נוסף על הרשות, אלא בחיוב הרשות לחלק את הכסף שכבר הוקצה לספורט באופן שוויוני.

61 ודוק: איני טוענת לשריון הזכות, אלא לשריון דה-פקטו של חלקים מתקציב המדינה לטובת הזכות. אין להבין את טענתי כאילו לא יהא אפשר לשנות את הזכות לבריאות אלא בפרוצדורה מיוחדת, כגון רוב מיוחד מצד המחוקק.

62 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, in PERSPECTIVES ON HEALTH AND THE RIGHT TO THE HIGHEST (להלן: HUMAN RIGHTS 482 (Sofia Gruskin et al. ed., 2005) *Attainable Standard of Health*).



להלן.<sup>63</sup> ודוק: בהעדר הכרה בזכות לבריאות כזכות חוקתית מצד מכוון החוקה, עצם ההכרה במעמדה החוקתי מצד בית המשפט משמעה שריון חלקים ניכרים מתקציב המדינה לטובת מימושה של הזכות לבריאות.

דומה שדווקא מהלכו של חוק התקציב הנוכחי לשנת 2007 מלמד אותנו על חשיבות הותרתם של סדרי העדיפויות בידי הכנסת. אף שמפלגות רבות החברות בקואליציה הנוכחית נבחרו על בסיס מצע "חברתי", הן שינו את סדרי העדיפויות שלהן בעקבות מלחמת לבנון השנייה. כיום חלקו של התקציב הבטחוני בתקציב השנתי בא על-חשבונן של הזכויות החברתיות. אילו היו הזכויות החברתיות חוקתיות, הייתה עולה מן הסתם הטענה כי אי-אפשר לערוך שינוי כזה בסדרי העדיפויות הלאומיים.<sup>64</sup>

בתי-משפט שונים ברחבי העולם הכירו בתקפותה של הבחנה זו בין התערבותם בשוליו של חוק תקציב, שעשויה להיות לגיטימית, לבין חובתם להימנע מלהתערב בליבו של חוק תקציב.<sup>65</sup> כך, למשל, בית המשפט מכיר בשני סעדים אפשריים חלופיים בגין פגיעה בשוויון המחייבים פריצה של המסגרת התקציבית, ולא רק חלוקה מחדש של כספים שכבר הוקצו. הסעד האחד הוא הוספת הקבוצה המופלית לרעה כנהנית מכוח החוק. כאן מדובר בהרחבה של החוק. הסעד האחר הוא שלילת ההטבה גם מאלה שכבר זכו בה. כאן מדובר בביטול של החוק או של חלק ממנו.<sup>66</sup> בבוא בית המשפט לבחור בין שני הסעדים האפשריים, השיקול התקציבי הוא מרכזי. בלשונו של פרופ' ברק:<sup>67</sup>

"בית המשפט מוגבל באפשרויות העומדות לרשותו במתן סעד ובפיקוח על ביצועו, והמידע העומד לרשותו הוא מוגבל. כל אלה מקשים על גיבושו של סעד חוקתי ראוי. הם משפיעים על כך שמרבית הסעדים השיפוטיים הם פסיביים ו'שליליים'. כך, למשל, כאשר חוק מעניק טובת הנאה לקבוצה א ומפלה בכך קבוצה ב, בית המשפט מוגבל באפשרויות העומדות לרשותו. הוא רשאי להכריז על בטלות ההענקה לקבוצה א, והוא רשאי להכריז על הרחבת ההענקה לקבוצה ב; אך הוא אינו רשאי לגבש פתרון שלישי, העשוי ליצור קלסיפיקציה שונה של הטבות. לרוב אין לבית

63 מאמר זה אינו דן בשאלת היחסים בין הגוף המכוון לבין הגוף המחוקק. בישראל, במצב החוקתי הקיים, ממילא הכנסת ממלאת את שני התפקידים כאחד, מבלי לקיים פרוצדורה שונה לחקיקת חוקי-יסוד בהשוואה לחקיקת חוקים רגילים. כמובן, חוקי-יסוד עשויים לדרוש רוב מיוחד לצורך שינוים. עם זאת, בהעדר דרישה כזו, חוקי-יסוד נחקק באותו אופן שבו נחקק חוק רגיל, למעט כותרתו "חוק-יסוד".

64 ראו גד ליאור "7 מיליארד שקלים מהרווחה לביטחון" ידיעות אחרונות 27.10.2006, 1-3.  
65 ראו פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 33, בעמ' 711-712, 760-765 (תיאור הניסיון האמריקאי והקנדי בסוגיה). לתמיכה ראו גם: Gerald E. Frug, *The Judicial Power of the Purse*, 126 U. Pa. L. Rev. 715 (1978).

66 ראו, למשל, את עמדתו של השופט מישאל חשין בבג"ץ 7111/95, 8195 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד (3) 485, 510 (1996).

67 ראו פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 33, בעמ' 774.

המשפט מידע על מהותו של הפתרון השלישי, על ההשלכות החברתיות והכספיות הכרוכות, ועל יתרונותיו וחסרונותיו. גם בבחירה בין בטלות הוראה לבין הרחבת היקפה, האפשרויות שבידי בית המשפט הן מוגבלות: לרשות בית המשפט אין עומד תקציב; וההכרעה בין המשימות הלאומיות במסגרתו של תקציב מוגבל אינה בידו. ההחלטה להרחיב את היקף התחולה ולהעניק את טובת ההנאה לקבוצה ב יכולה להתקבל רק אם השלכותיה הכספיות הן מוגבלות. ודוק: כאשר נפגעת זכות אדם חוקתית, יש להעניק סעד ראוי, היא המחיר אשר יהא; אך כאשר ניצבים כמה סעדים ראויים ויש לבחור ביניהם, השיקול הכספי הוא ללא ספק רלבנטי. יכולתו של בית המשפט להעריך שיקול זה היא מוגבלת.<sup>68</sup>

ודוק: יש להבחין בין מצבים שבהם מוטלות על הממשלה חובות מהותיות מכוח חוק או חוקה המחייבות מימון כספי, אך אין הקצאת כספים לכך בתקציב המדינה, לבין מצב שבו בית המשפט הוא שיוזם הכרה בזכויות חוקתיות "חדשות" המחייבות מימון כספי כבד. במקרה הראשון ניתן לטעון כי אין המדינה יכולה "להתפרק" מהתחייבויותיה על-ידי הימנעות ממימון בתקציב המדינה.<sup>69</sup> עליה לעמוד בהתחייבויותיה או לשנות את החוק ביחס לעתיד. כאן דרישת המימון מקורה במעשיה של הרשות המכוננת או המחוקקת, ולא בהכרעת בית המשפט. לעומת זאת, כאשר בית המשפט מכיר בזכות חוקתית שאינה מגויה מפורשות בחוקה ואשר אופייה הבולט הוא מימוני, אין המחוקק יכול לשנות את החוקה על-נקלה. כאן אכן מדובר בשריון פוטנציאלי של חלקים ניכרים מהתקציב. שריון כאמור מן הראוי שיעשה, אם בכלל, על-ידי הגופים הנבחרים, כמפורט להלן.

## 2. נתונים אמפיריים – מעמדה של הזכות לבריאות בהקשר ההשוואתי

עיון במשפט ההשוואתי מלמד שאכן, דה־פקטו, שיטות המשפט השונות מעניקות מעמד מיוחד לזכות לבריאות בשל התקציבים הרבים הדרושים למימונה. במחקר מקיף שפורסם בשנת 2004 נמצא כי נכון ליוני 2003, 67.5% מחוקותיהן של המדינות החברות באו"ם כללו זכות חוקתית לבריאות.<sup>70</sup> עם זאת, בהשפעת המשפט הבין-לאומי, גם כאשר הזכות לבריאות כבר מוכרת כזכות חוקתית, היא מוגדרת באופן עמום ובהתחשב במשאביה הכלכליים של המדינה, ואכיפתה מסורה בדרך-כלל לידי המחוקק, ולא לבתי המשפט.<sup>71</sup>

68 השופט חשין כינה מצב זה "מעקש קונסטיטוציוני". ראו בג"ץ 2344/98 מכבי שירותי בריאות נ' שר האוצר, פ"ד נד(5) 729, 757 (2000).

69 Eleanor D. Kinney & Brian Alexander Clark, *Provisions for Health and Health Care in the Constitutions of the Countries of the World*, 37 CORNELL INT'L L.J. 285, 291 (2004).

70 ראו שם. כך, למשל, האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966, שישראל אשררה בשנת 1991, מכירה מפורשות, בס' 12, בזכות לבריאות

יתר על כן, לא נמצא מתאם משמעותי בין הכרה בזכות לבריאות כזכות חוקתית לבין מידת ההשקעה הכספית של המדינה בזכות לבריאות.<sup>71</sup> אפילו דרום-אפריקה, הידועה לשבח בגין הכרתה בזכות החוקתית לבריאות, מגדירה את הזכות כתלויה במשאבים הכלכליים העומדים לרשות המדינה.<sup>72</sup> בית-המשפט החוקתי בדרום-אפריקה נמנע מליתן סעד חוקתי בגין פגיעה בזכות לבריאות שמשמעו התערבות בשיקול-דעתה של הממשלה בעיצובו של התקציב.<sup>73</sup> מערכת הבריאות הקנדית, המפורסמת בכך שעד לאחרונה הושתתה על ביטוח בריאות ציבורי בלבד, קרסה. תורי ההמתנה לשירותים הרפואיים נהיו בלתי-נסבלים. לפיכך, בשנת 2005, פסל בית-המשפט העליון הקנדי, בדעת רוב, חוק קוויבקי שאסר ביטוח בריאות פרטי כבלתי-חוקתי. בית-המשפט קבע כי חוק זה פוגע שלא-כדין בזכותו של אדם לחיים ולשלמות הגוף (personal security). ניסיון קנדי זה מלמד כי אי-אפשר להתעלם מהעלויות הכספיות הכבדות המאפיינות דווקא את הזכות לבריאות.<sup>74</sup>

בסטנדרט הגבוה ביותר האפשרי (The right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health). עם זאת, הערה כללית 14, שמפרשת את הזכות, מסבירה כי הגדרת הזכות תלויה במשאבים הכלכליים העומדים לרשות המדינה "The notion of 'the highest attainable standard of health'... takes into account... a) State's available resources". ראו: *The Right to the Highest Attainable Standard of Health*, לעיל ה"ש 62.

71 ראו Kinney & Clark, לעיל ה"ש 69, בעמ' 295 (There is no correlation between the intensity of constitutional commitments and average per capita government expenditures for health and health care).

72 חוקתה של דרום-אפריקה קובעת בס' 27: (1) Everyone has the right to have access to – (a) health care services...

(2) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of each of these rights.

(3) No one may be refused emergency medical treatment  
ראו [www.info.gov.za/documents/constitution/1996/96cons2.htm#27](http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/96cons2.htm#27).

73 לסקירה ראו גיא זיידמן "זכויות חברתיות: מבט השוואתי להודו ולדרום אפריקה" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 347, 380-385 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004). זיידמן סוקר שני פסקי-דין מפורסמים שניתנו על-ידי בית-המשפט החוקתי בדרום-אפריקה. במקרה האחד סירב בית-המשפט לחייב את המדינה לספק שירות דיאליזה לחולה, משום שסבר כי אין מדובר במצב חירום רפואי, אלא במחלה כרונית מתמשכת. *Thiagraj Soobramoney v. Minister of Health (Kwazulu-Natal) CCT 32/97 (1997)*. במקרה האחר חייב בית-המשפט את הממשלה לחלק תרופות למניעת העברת איידס מאימהות לילדיהן, אולם במקרה זה לא דובר בהטלת נטל כלכלי על המדינה, שכן התרופות סופקו בחינם לממשלה על-ידי יצרנית התרופות. *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom*, 11 BCLR 1169 (2000) (CC).

74 *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 1 S.C.R. 791, SCC 35 (2005). לביקורת נוקבת

נוסף על כך בחנתי את הנתונים של ארגון הבריאות העולמי לשנת 2003, כדי לעמוד על חלקה של הזכות לבריאות בתקציביהן של מדינות שונות. טבלה 1 מרכזת את הנתונים העיקריים לענייננו.<sup>75</sup>

טבלה 1: הוצאות על בריאות במדינות שונות בשנת 2003

מדינה	הוצאה שנתית לנפש על בריאות	אחוז ההוצאה הכוללת לבריאות מסך התוצר הלאומי הגולמי (GDP)	אחוז המימון של הממשלה של סך הוצאות הבריאות במדינה	אחוז ההוצאה הממשלתית לבריאות מסך ההוצאות הממשלתיות
ארצות-הברית	5,705\$	15.2%	44.6%	18.5%
אוסטרליה	2,883\$	9.2%	67.5%	17.7%
גרמניה	3,127\$	10.8%	78.7%	17.6%
קנדה	2,998\$	9.7%	70.2%	16.6%
בריטניה	2,328\$	7.8%	85.6%	15.3%
ישראל	1,899\$	8.8%	70.6%	11.6%

טבלה 1 מורכבת כולה ממדינות שחוקתן אינה כוללת התייחסות מפורשת לזכות לבריאות. עם זאת, היא כוללת מדינות מובילות במימון שירותי הבריאות של תושביהן או אורחיהן. ניתן ללמוד מהטבלה כי הוצאות הבריאות מהוות אחוז ניכר מתקציביהן של מדינות המערב, ומגיעות במקרים רבים לכדי כ-18% מן התקציב. נוסף על כך, למרות תקציבה הדל של מדינת-ישראל יחסית ליתר המדינות, חלקה של ממשלת ישראל במימון שירותי הבריאות של תושביה (70.6%) עולה לאין שיעור על זה של ארצות-הברית (44.6%) ודומה לחלקן של ממשלות אוסטרליה וקנדה במימון שירותי הבריאות של תושביהן. יתר על כן, אין זכות קלסית המחייבת מימון ציבורי בהיקף דומה. הוצאות הממשלתיות

על פסק-דין זה, תוך השוואתו לפסק-דין *Lochner* האמריקאי, ראו: Sujit Choudhry, *Worse than Lochner?*, in ACCESS TO CARE, ACCESS TO JUSTICE: THE LEGAL DEBATE OVER PRIVATE HEALTH INSURANCE IN CANADA 75 (Colleen M. Flood, Kent Roach & Lorne Sossin eds., 2005).

75 ראו את הנתונים של ארגון הבריאות העולמי באתר [www.who.int/countries/en](http://www.who.int/countries/en). שימו לב במיוחד לאינדיקטורים של הוצאות הבריאות בכל מדינה ומדינה. בזמן כתיבת המאמר כלל האתר נתונים עדכניים עד לשנת 2003. הנתונים בטבלה נבדקו לאחרונה ב-2.8.2007.

משפט ועסקים ו, התשס"ז

בריאות התקציב או תקציב הבריאות

המשמעותיות של המדינות הנסקרות בטבלה 1 הן על ביטוח לאומי, ביטחון, בריאות וחינוך, כמפורט בטבלה 2.

טבלה 2: אחוז ההוצאה הממשלתית בתחומים שונים מכלל תקציביהן של מדינות שונות בשנת 2006

מדינה	בריאות	ביטוח לאומי	ביטחון	חינוך	אחר
ארצות-הברית <sup>76</sup>	39% (כולל ביטוח לאומי)	39% (כולל בריאות)	20%		
אוסטרליה <sup>77</sup>	18.13%	41.76% (כולל רווחה)	8.13%	7.57%	
קנדה <sup>78</sup>	32.14%			24.19%	שירותים חברתיים 17.12%
בריטניה <sup>79</sup>	17.39%	27.35%	5.25%	13.22%	
ישראל <sup>80</sup>	5.52% (לא כולל מימון של סל הבריאות באמצעות מס ביטוח בריאות ממלכתי)	8.13% (העברות לביטוח לאומי)	15.64% (כולל השכלה גבוהה)	11.6%	

76 [www.whitehouse.gov/omb/budget/fy2007/pdf/07msr.pdf](http://www.whitehouse.gov/omb/budget/fy2007/pdf/07msr.pdf). באתר מופיע דוח על תקציב ממשלת ארצות-הברית לשנת המס 2007, ובו טבלת "עוגה" על הוצאות הממשלה בשנת 2006. הנתונים נבדקו לאחרונה ב-3.8.2007.

77 [www.budget.gov.au/2006-07/overview/html/overview\\_30.htm](http://www.budget.gov.au/2006-07/overview/html/overview_30.htm). הנתונים מוצגים באתר בצורת טבלת "עוגה". הנתונים נבדקו לאחרונה ב-3.8.2007.

78 [www40.statcan.ca/101/cst01/govt55a.htm](http://www40.statcan.ca/101/cst01/govt55a.htm). הנתונים נבדקו לאחרונה ב-3.8.2007. ודוק: על-פי נתוני ארגון הבריאות העולמי, אחוז ההוצאה הממשלתית של קנדה על בריאות מכלל תקציבה הוא נמוך יותר, כמפורט בטבלה 1 לעיל ביחס לשנת 2003.

79 [budget2006.treasury.gov.uk/index\\_files/bud06\\_leaflet\\_225.pdf](http://budget2006.treasury.gov.uk/index_files/bud06_leaflet_225.pdf). הנתונים מוצגים באתר בצורת טבלת "עוגה". הנתונים נבדקו לאחרונה ב-2.8.2007.

80 [www.mof.gov.il/budget2006/fbudget.htm](http://www.mof.gov.il/budget2006/fbudget.htm). ראו עיקרי תקציב 2006, סקירה כללית, לוח "תקציב הוצאות נטו לשנים 2004-2006". הנתונים מבוססים על הצעת התקציב לשנת 2006. הנתונים נבדקו לאחרונה ב-3.8.2007. נוסף על כך ראו את הדיון בתת-פרק בו לעיל. לצערי, מתוך אתרי הממשלה הגרמנית באינטרנט לא הצלחתי לבסס נתונים בני-השוואה לצורך טבלה 2. לפיכך גרמניה מופיעה בטבלה 1 בלבד.

דומה שנתונים אמפיריים אלה מלמדים כי הזכות לבריאות שונה מזכויות אזרחיות פוליטיות קלאסיות לא בשל הופעתה המאוחרת בשמי מפת הזכויות או בגלל נחותם של הפוליטיקאים מחלוקת המשאבים הקיימת, אלא בשל היותה זכות המחייבת השקעת משאבים כספיים ציבוריים רבים. ככזו, יקשה מאוד על בית המשפט לטעון לשריון חלקים ניכרים מהתקציב לטובת הזכות לבריאות, כך שכל מה שניתן עד כה על ידי המדינה יהיה בגדר זכות חוקתית מובטחת. כמו כן יקשה על בית המשפט להוסיף לסל הבריאות שירותים חדשים בשם אותה זכות חוקתית. קל וחומר שקושי זה רב יותר מקום שמכונן החוק לא עיגן את הזכות לבריאות כזכות חוקתית מפורשת.

מסקנתי היא כי הזכות לבריאות "שונה" מהזכויות האזרחיות הקלאסיות דווקא בשל אופייה המימוני הבולט. מימונה במדינות המערב נע סביב 15% מכלל ההוצאה התקציבית הממשלתית, וזאת בלא תלות בשאלת מעמדה כזכות חוקתית. לפיכך טענתי היא כי לא ראוי שבית המשפט הוא שייזום את ההכרה בזכות לבריאות כזכות חוקתית. עליו להתיר את ההכרעה בשאלת מעמדה של זכות זו למכונן החוקה. כל גישה אחרת סופה להביא לידי התנגשות חזיתית בין הרשות השופטת לבין הרשות המחוקקת על תוכנו של התקציב. גישה שיפוטית המחייבת שריון של חלקים כה משמעותיים מהתקציב לטובת הזכות לבריאות סופה שתסכל את יכולתו של המחוקק לקבוע את סדרי העדיפויות התקציביות. אפנה עתה לדון בחשיבות הותרתו של הכוח התקציבי בידי המחוקק, ובסכנה הטמונה בהתערבות של בית המשפט בליבו של התקציב.

### פרק ג: מעמדו הנורמטיבי של התקציב בתיאוריה החוקתית

אבחן עתה את השניות הקיימת בהתייחסותו של בית המשפט העליון למעמדם של חוקי תקציב: מחד גיסא, בית המשפט העליון מושך את ידו מהתערבות בתקציב, אולם מאידך גיסא, הוא סבור שקל יותר להחיל ביקורת שיפוטית על חוק תקציב מלהחילה על חוקים אחרים. אבחן מהי הגישה הראויה לנוכח מעמדו של התקציב בתיאוריה החוקתית ולנוכח חשיבות הותרתו של הכוח להכריע לגביו בידי הרשות המחוקקת.

#### 1. מהו הקושי החוקתי הטמון בהתערבות של בתי המשפט בנושאים תקציביים?

חוק יסוד: משק המדינה, המהווה חלק מחוקתה של המדינה, קובע מפורשות כי התקציב – דהיינו, אופן חלוקתם של המקורות הכספיים של המדינה – הוא בסמכותה של הכנסת.<sup>81</sup> נוסף על כך, חוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, מחייב את הממשלה לנהוג

81 ס' 3 לחוק יסוד: משק המדינה, ס"ח התשל"ה 60 (להלן: חוק יסוד: משק המדינה). גם גבית

באחריות פיסקלית.<sup>82</sup> כך, למשל, הצעת חוק שבביצועה כרוכה הוצאה חייבת לציין בנוסח החוק, או בדברי ההסבר לו, את דרך מימונה של ההוצאה.<sup>83</sup> כדי לאכוף חיוב זה, ככל שמדובר בהצעה שאינה ממשלתית ואשר בביצועה כרוכה הוצאה העולה על חמישה מיליון ש"ח, דרוש רוב של חמישים חברי-כנסת לפחות כדי להעבירה.<sup>84</sup> עובדי מדינה אינם רשאים להוציא מעבר למתקצב, ואם חרגו, הם עלולים לעמוד לדין משמעתי.<sup>85</sup> אסור לחתום על חוזה מדינה הכרוכים בהוצאה גבוהה מבלי שתוקצבו בתקציב. הממשלה רשאית להוציא הוצאות נוספות על המפורט בחוק התקציב רק אם יש מקורות מימון כנגדן.<sup>86</sup> לסיכום, חוק יסודות התקציב מבקש להבטיח כי "הרשות המבצעת לא תחרוג מן ההרשאה התקציבית הקבועה בחוק התקציב."<sup>87</sup>

נמצאנו למדים אפוא שהמחוקק ביקש להגן על המסגרת התקציבית כפי שנקבעה על-ידיו. בפסיקה, לעומת זאת, קיימת שניות בהתייחסותם של בתי-המשפט לנושאים תקציביים, אשר טרם זכתה בדיון. מצד אחד, בפסקי-הדין קיימת שורה ארוכה של התבטאויות שמשמעותן היא כי בית-המשפט מושך את ידו מהתערבות בנושאים תקציביים ומותיר זאת לשיקול-דעתן של הכנסת והממשלה.<sup>88</sup> בית-המשפט אינו רוצה ליהפך "לרביזור העליון של סדרי הכלכלה והמשק."<sup>89</sup> גישה זאת רווחת בדיני הנזיקין, במשפט המנהלי ואף במשפט החוקתי. כך, למשל, בפרשת מכבי שירותי בריאות נ' שר האוצר כתב השופט חשין בדעת רוב כדלקמן:<sup>90</sup>

"נוסיף וניתן דעתנו כי עד הנה - ומיום קום המדינה - לא נתקלנו במקרה שבו ציווה בית משפט על המדינה לשלם לפלוני סכומי-כסף המסתכמים במאות מיליונים של לירות, של שקלים או של ש"ח, ותביעת הקופות היא לקבל מאות מיליונים של ש"ח. לא פחות. ציוונו על המדינה לא אחת שלא להפלות לרעה את פלוני לעומת אלמוני; ציוונו על המדינה להעניק לפלוני אם מעניקה היא לאלמוני. ואולם, מעולם לא הורינו את המדינה כי תשלם מתקציבה לפלוני סכומי עתק כאלה שהקופות מבקשות לעצמן בענייננו."

המיסים (הכנסות המדינה) מחייבת חוק, ונעשית בפיקוחה של הכנסת. ס' 1 לחוק-יסוד: משק המדינה.

82 חוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, ס"ח 60 (להלן: חוק יסודות התקציב).

83 ס' 39 לחוק יסודות התקציב.

84 ס' 3 לחוק-יסוד: משק המדינה.

85 ס' 34-36 לחוק יסודות התקציב.

86 ס' 5 לחוק יסודות התקציב.

87 ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 881.

88 שם, בעמ' 893. כמו-כן ראו מדינה, לעיל ה"ש 51, בעמ' 155-156.

89 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 332 (1995).

90 פרשת מכבי, לעיל ה"ש 68, בעמ' 752.

באותו פסק-דין ביקשו קופות-החולים לחייב את הממשלה לקבל את המלצותיהן של הוועדות המקצועיות ולעדכן בהתאם את עלותן של סל הבריאות. אף שהעתירה התקבלה במובן זה שהממשלה חויבה לשוב ולשקול את ההצעות המקצועיות, השופט חשין עצמו הבהיר שהתערבות של בית-המשפט בעיצובו של התקציב היא בעייתית ביותר. דעת המיעוט של השופט אנגלרד דיברה בלשון ברורה יותר:<sup>91</sup>

"לגופו של עניין, בית משפט זה אינו יכול ואינו צריך, ככלל, לעסוק ולהכריע בשאלות של הקצאת משאבים במדינה לפי סדר עדיפות כלשהו... מן המפורסמות הוא כי צורכי המדינה, גם הדחופים וההכרחיים ביותר, הם רבים מאוד וכי המשאבים מצומצמים מאוד, אך הקביעות לגבי סדר העדיפויות אינן נמנות עם תפקידי הרשות השופטת."

בעקבות פסק-דין זה שקלה הממשלה שוב את ההצעות המקצועיות ודחתה אותן. עתירה נוספת באותו עניין נדחתה מהנימוק שההכרעה הסופית על עדכוננו של סל הבריאות מסורה לרשות המבצעת, על-פי חוק ביטוח בריאות ממלכתי. כלומר, למרות הרטוריקה של דעת הרוב בפרשת מכבי בדבר חשיבותה של הזכות לבריאות, בפועל נמנע בית-המשפט מלהתערב בקביעת סדרי העדיפויות התקציביים.<sup>92</sup>

מצד אחר, קיימות התבטאויות של בית-המשפט העליון שלפיהן אין לו קושי להתערב אפילו בחוק התקציב עצמו. יתר על כן, בפסק-דין התנועה המסורתית<sup>93</sup> הביע בית-המשפט העליון באמרת-אגב, מפי השופט זמיר, את עמדתו בדבר נחיתותו של חוק התקציב ביחס לחוקים רגילים. באותו מקרה עתרה התנועה הקונסרוטיבית לבית-המשפט נגד הפלייתה לרעה בחלוקת התמיכות למוסדות תורניים. על-פי סעיף 3א(ד) לחוק יסודות התקציב, על הממשלה לחלק תמיכות לאותו סוג של מוסדות ציבור (כאן – מוסדות תורניים) על-פי מבחנים שוויוניים. בכך בוטלה שיטת הכספים הייחודיים שהייתה נהוגה בעבר, שעל-פיה ניתנו כספים למוסדות פלוניים או אלמוניים. התנועה הקונסרוטיבית קיבלה תמיכה מהממשלה על-פי גודל פעילותה, עד שחוק תקציב שנתי קבע כי יחולקו תמיכות רק למוסדות תורניים "ארציים". התנועה הקונסרוטיבית פעלה אומנם בכל הארץ, אולם משרד הדתות קבע אמות-מידה למושג "ארצי" שחייבו היקף שעות ופעילות שהתנועה הקונסרוטיבית לא עמדה בהם. לטענת התנועה, כל מטרת ייחודן של התמיכות לגופים ארציים הייתה להפלות אותה לרעה ולמנוע ממנה תמיכות, שכן היא, להבדיל ממוסדות תורניים אורתודוקסיים, אינה יכולה לאחד פעילות עם גופים אחרים בשל השקפת-עולמה הייחודית. בבית-המשפט התעוררה שאלת היחס בין חוק התקציב השנתי, אשר דרש במקרה

91 שם, בעמ' 779.

92 בג"ץ 9163/01 שירותי בריאות כללית נ' שר האוצר, פ"ד נו(5) 521 (2002). לביקורת על פסק-דין זה ראו גרוס, לעיל ה"ש 2, בעמ' 499-500.

93 בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337 (1999).



זה ייחוד תמיכות לגופים תורניים ארציים, לבין חוק יסודות התקציב, הדורש שוויון בחלוקת תמיכות למוסדות מאותו סוג.

לכאורה, חוק התקציב השנתי היה הן חוק ספציפי והן חוק מאוחר. לפיכך, ביחס בין חוק התקציב השנתי לבין חוק יסודות התקציב היה על חוק התקציב לגבור, אילו חלו כללי הפרשנות הרגילים.<sup>94</sup> דא עקא שבית-המשפט, באמרת-אגב, סבר כי על חוק יסודות התקציב לגבור משום נחיתותו של חוק התקציב השנתי. הטעמים לנחיתות זו הם רבים. לדעת השופט זמיר, חוק התקציב דומה יותר לכלל אדמיניסטרטיבי מאשר לקביעת נורמה כללית, שכן הכנסת מסמיכה בו את הרשות המבצעת להוציא כסף. כמו-כן, זהו חוק חד-שנתי, אופן חקיקתו שונה מן האופן שבו נחקקים חוקים רגילים,<sup>95</sup> והוא מתאפיין בהליך חקיקה מזורז תוך הטלת משמעת קואליציונית.<sup>96</sup> לפיכך היה בית-המשפט מוכן להחיל ביקורת שיפוטית לגביו אף ביחסו לחוקים רגילים, דוגמת חוק יסודות התקציב.<sup>97</sup> אם כך, אנו למדים, בבחינת קל וחומר, שבית-המשפט לא יהסס מלהתערב בחוק התקציב כדי להגן על זכויות חברתיות הנתפסות בעיניו כחוקתיות.

בסופו של דבר נתן בית-המשפט סעד לתנועה הקונסרוטיבית מכוח המשפט המנהלי, ולא מכוח המשפט החוקתי. במקום לבטל את חוק התקציב, בגין אי-עמידתו בדרישות של חוק יסודות התקציב, קבע בית-המשפט שהמבחנים שנקבעו על-ידי משרד הדתות למושג מוסד "ארצי" אינם שוויוניים. על-פי הגדרה שוויונית, גם התנועה הקונסרוטיבית היא מוסד ארצי בשל התפרשות פעילותה בכל הארץ. לפיכך שאלת מעמדו של חוק התקציב על-פי המשפט החוקתי נותרה באמרת-אגב.

פסק-דין התנועה המסורתית נתקל בקבלת-פנים צוננת בספרות. ד"ר סוזי נבות ביקרה בחריפות את פסק-הדין משום שהוא יוצר מדרג (היררכייה) בין חוקים רגילים מבלי ליצור מדרג מקביל של סמכויות יוצרי החוקים. לגישתה, בעקבות פרופ' קלזן, לא ייתכן מדרג בין חוקים רגילים אלא אם כן נלווה לו מדרג בזהותם של יוצרי החוקים. הכנסת בסמכותה כרשות מחוקקת אינה רשאית לכבול את עצמה בסמכותה כרשות מחוקקת. רק הכנסת בכובעה כרשות מכוונת רשאית לכבול את הכנסת בכובעה כרשות מחוקקת. באשר

94 לפי כללי הפרשנות הרגילים, חוק מאוחר גובר על חוק מוקדם, וחוק ספציפי גובר על חוק כללי.

95 אכן, כדי ליצור מדרג בין נורמות משפטיות, אנו דורשים בדרך-כלל שאופן חקיקתם יהא שונה.

96 ועדת הכנסת הוסמכה בס' 131 לתקנון הכנסת לקבוע סדרי דיון מיוחדים לתקציב המדינה. אין מתפרסמת לגביו הצעת חוק, והוא אינו עובר קריאה ראשונה מלאה. ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 898.

97 ראו פרשת התנועה המסורתית, לעיל ה"ש 93, בעמ' 354-358. השופט חשין ביסס את עילת ההתערבות בחוק התקציב על נימוק שונה. לשיטתו, יש "להגביה" את חוק יסודות התקציב בהשוואה לחוק התקציב, מכיוון שהוא חוק-מסגרת רב-שנתי שנועד להסדיר את חוקי התקציב השנתיים. היחס בין חוק תקציב לבין חוק יסודות התקציב הוא כיחס בין חוק לבין חוק-יסוד. דהיינו, חוק התקציב אינו נחות מחוק רגיל, אלא חוק יסודות התקציב עליון בהשוואה לחוק תקציב. שם, בעמ' 385-388.

למעמדו החוקתי של התקציב, לגישה של נבות מעמדו של חוק תקציב הוא כמעמדו של כל חוק רגיל. אין הוא נחות מכל חוק אחר. גישה הנחיתות מקורה במשפט הגרמני של המאה התשע-עשרה, ואין היא מקובלת עוד אפילו שם.<sup>98</sup> ד"ר נבות אינה דנה במעמדו החוקתי המיוחד של התקציב. להפך, כל מטרת רשימתה היא להראות כי דינו של חוק התקציב כדין כל חוק אחר.

מהי אפוא הגישה הנכונה? האם התערבותו של בית-המשפט בתקציב המדינה נושאת אופי בעייתי יותר מהתערבותו בחקיקה רגילה, כעולה מפרשת מכבי, או שמא ההפך הוא הנכון, כנלמד מגישה זמיר בפרשת התנועה המסורתית? על דילמה זו ננסה להשיב להלן על-ידי בחינת מעמדו של התקציב בתיאוריה החוקתית ולנוכח הניסיון ההיסטורי ההשוואתי בתחום זה.

## 2. מעמדו של התקציב בתיאוריה החוקתית

התקציב נתפס כעניין שבפררוגטיבה של הגוף המחוקק בשיטות משפט נשיאותיות ופרלמנטריות כאחד. הוא מחייב הסדרה בחוק. למעשה, סמכות הפרלמנט לאשרו כרוכה באופן הדוק לצמיחתה של הדמוקרטיה המודרנית. פרופ' קרל פרדריך (Carl J. Friedrich) תיאר זאת באופן הבא:<sup>99</sup>

"At the very outset, representative institutions were brought into existence... by the ability of nobles, clergy, and townfolk to resist the royal tax collectors, to assert their right of being asked for their consent to new or exceptional levies... This celebrated 'power of the purse' has remained one of the cherished activities of parliamentary bodies... Closely related to this power is the power to determine the expenditures of the government. In the beginning the two were joined; Parliament granted specific levies for specific tasks. Today, the expenditures of the government are, under a representative scheme, fixed through an annual budget."

כלומר, מוסדות ייצוגיים צמחו מתוך יכולתם של האצילים, של הכמורה או אפילו של ההמון לדרוש את הסכמתם לגביית מיסים חדשים על-ידי המלך לצרכים ספציפיים. אכן, תפקידו הראשון של הפרלמנט בבריטניה, עוד בטרם גובש כגוף מחוקק, היה לאשר את תקציבו של המלך. סמכותו של הפרלמנט לאשר את התקציב נחשבה כאמצעי פיקוח על כוחו של המלך להוציא כספים ולצאת למלחמות. כך, במאה השבע-עשרה נאלץ המלך

98 סוזי נבות "הערה על מעמד הנורמטיבי של חוקי התקציב – בעקבות בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות" המשפט ו 123 (2001).

99 CARL J. FRIEDRICH, CONSTITUTIONAL GOVERNMENT AND DEMOCRACY: THEORY AND PRACTICE IN EUROPE AND AMERICA 271 (Revised ed., 1949).

צ'רלס הראשון, שהיה ידוע בבוזנותו, לכנס את הפרלמנט – אחרי אחת-עשרה שנים שבהן לא כינס אותו – על-מנת לאשר לו את התקציב ואת גביית המיסים שהיו דרושים לו לשם מימון המלחמה עם סקוטלנד. במסגרת זו העביר הפרלמנט, הידוע בכינויו "long parliament", חוק שלפיו אי-אפשר לפזרו ללא הסכמתו. בסופו של דבר הוביל המתח בין שני הגופים למלחמת-האזרחים הבריטית בשנת 1642, כשהן המלך והן הפרלמנט טוענים כי הם מגלמים את הריבונות הבריטית. מגילת הזכויות הבריטית משנת 1689, אשר אומצה בעקבות המהפכה המפוארת, קבעה מפורשות כי אין לגבות מיסים (הכנסות) ואין להחזיק צבא קבוע בזמן שלום (הוצאות) ללא הסכמת הפרלמנט. למעשה, כוחו הראשוני של הפרלמנט לפקח על התקציב אפשר בסופו של דבר את לידתה של הדמוקרטיה הבריטית.<sup>100</sup> בהקשר זה ידועה גם אמרתן של המושבות האמריקאיות, בעת הילחמן להשגת עצמאות מבריטניה, כי "אין מיסוי ללא ייצוג" ("No taxation without representation").<sup>101</sup> שוב, הפיקוח על הכנסותיה והוצאותיה של המדינה מהווה אמצעי למהפכת חירות ולשחרור משלטון רודני. ברוח זו, החוקה האמריקאית קובעת כי הן גביית הכספים (מיסוי) והן חלוקתם ייעשו בחוק, דהיינו, על-ידי המוסד המחוקק הייצוגי.<sup>102</sup> הרציונלים לריכוזו של הכוח התקציבי בידיו של הגוף המחוקק, הנבחר, הם רבים. ראשית, עקרון המנדט – אנו בוחרים בנציגים על-מנת שיקבעו את סדרי העדיפויות הלאומיים ו"יחלקו את העוגה" בהתאם לצורכי הציבור, כמוכתב מתוצאות הבחירות. יש לזכור כי תקציב מבוסס על משאבים מוגבלים (scarce resources). מימון של מוצר או שירות מסוים בא על-חשבון מימון של מוצר או שירות אחר. רק לגוף המחוקק יש המנדט לעשות כן; לתרגם את העדפות הבוחר לסדרי עדיפויות תקציביים. זו מהות הדמוקרטיה. למעשה, כאשר בית-המשפט קובע כי יש לממן מוצר או שירות חברתי מסוים, הדבר בא בהכרח על-חשבון מוצר או שירות חברתי אחר בתקציב מוגבל. בית-המשפט קובע זאת מבלי שיש לו בכלל היכולת או המידע לשקול את חשיבותו היחסית של אותו מוצר או שירות חברתי אחר הנפגע כתוצאה מהחלטתו. שופט מיעוט פדרלי בארצות-הברית דימה זאת לסבא המחלק סוכרייה לנכדו ומפיק מכך הנאה רבה מבלי שעליו לשאת בתוצאות פעולתו.<sup>103</sup>

John Morrill, *Government and Politics: England and Wales 1625–1701*, in THE CAMBRIDGE HISTORICAL ENCYCLOPEDIA OF GREAT BRITAIN AND IRELAND 199–202 (Christopher Haigh ed., 1985); EDMUND S. MORGAN, INVENTING THE PEOPLE: THE RISE OF POPULAR SOVEREIGNTY IN ENGLAND AND AMERICA 34–93 (1988); HILAIRE BARNETT, CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW 160–161 (3rd ed., 2000).

BERNARD BAILYN, THE IDEOLOGICAL ORIGINS OF THE AMERICAN REVOLUTION 161–175 (Enlarged ed., 1992); Kirk J. Stark, *The Right to Vote on Taxes*, 96 Nw. U. L. Rev. 191 (2001).

"No Money shall be drawn from the Treasury, but in Consequence of Appropriations made by Law" U.S. CONST. art. I, §9

"A Federal judge rearranging a State's penal or educational system is like a man feeding candy to his grandchild. He derives a great deal of personal satisfaction from it and has no

שנית, מגן החירות – הפקדת הכוח לגבות מיסים ולחלקם מחדש בידי גוף נבחר ייצוגי נחשבת כמגן החירות.<sup>104</sup> יתר על כן, חלוקת הכוח בין הרשויות השונות – כך שהרשות המחוקקת הינה בעלת הארנק, הרשות המבצעת הינה בעלת החרב והרשות השופטת הינה המפקחת – היא כשלעצמה מונעת עריצות ומגינה על החירות. מסביר המילטון בפדרליסט מס' 78:<sup>105</sup>

"[T]he judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them. The executive not only dispenses the honors, but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary on the contrary has no influence over either the sword or the purse, no direction either of the strength or of the wealth of the society, and can take no active resolution whatever."

הרשות השופטת הינה בעלת הכוח לפקח משום שהיא נתפסת כרשות החלשה ביותר. אין לה חרב (כרשות המבצעת) ואין לה ארנק (כרשות המחוקקת). מתן כוח משולש לבית המשפט להגדיר אילו זכויות יוכרו כחוקתיות (סמכות מכוננת), לקבוע את המשאבים הכספיים הראויים למימון אותן זכויות (סמכות מחוקקת) ולפקח על אופן הוצאתם של אותם כספים (סמכות מבצעת) פירושה איחוד של כל הסמכויות בידי רשות אחת. בתיאוריה החוקתית, איחוד של כל הסמכויות בידי רשות אחת נתפס כמסכן את חירות האזרחים. שלישית, עקרון היעילות – שלטון ייצוגי אינו יכול לתפקד, בוודאי לא ביעילות, ללא הכוח לגבות מיסים ולפקח על הוצאות המדינה. צריך לזכור שאחת הסיבות המרכזיות להחלפת ה־Articles of Confederation בחוקה האמריקאית הייתה העדר סמכות לקונגרס לגבות מיסים אלא בהסכמת כל המדינות, והצורך להגדיר מחדש את חלוקת הכוחות בין הממשל הפדרלי לבין המדינות בנושאי תקציב.<sup>106</sup> כלומר, ריכוז הכוח התקציבי בידי הרשות המחוקקת דרוש לשם ניהול יעיל של המדינה. בהקשר זה כותב מדיסון בפדרליסט מס' 58:<sup>107</sup>

responsibility for the results." McRedmond v. Wilson, 533 F.2d 757, 766 (2d Cir. 1976)  
(Van Graafeiland, Circuit Judge, dissenting)

104 מדיסון, מהאבות המייסדים של החוקה האמריקאית, מסביר בפדרליסט מס' 48 כי: "[T]he legislative department alone has access to the pockets of the people." THE FEDERALIST  
(THE FEDERALIST 334 (להלן: (Jacob E. Cooke ed., 1961)

105 שם, בעמ' 522-523.

106 MAX FARRAND, THE FRAMING OF THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES 45 (1913)

107 THE FEDERALIST, לעיל ה"ש 104, בעמ' 394.

"This power over the purse, may in fact be regarded as the most compleat [sic] and effectual weapon with which any constitution can arm the immediate representatives of the people, for obtaining a redress of every grievance, and for carrying into effect every just and salutary measure."

רביעית, עקרון המומחיות – ענייני תקציב מחייבים מומחיות מהסוג המצוי בידי בית המחוקקים. רק לו יש התמונה הכוללת של צורכי הציבור והאמצעים לבחון אותם ולקבוע את סדרי העדיפויות ביניהם. הרשות השופטת, לעומת זאת, שומעת את המקרה הפרטני, לא הכללי. הרשות השופטת גם בוחנת בדרך-כלל תוצאות מדיניות בדיעבד, ולא מראש.<sup>108</sup> יתר על כן, גם מדינות אשר מרביתן להשתמש באמצעי של משאל-עם, לשם חקיקת חוקים ותיקוני חוקות, מוציאות פעמים רבות במפורש ענייני תקציב מכלל העניינים שניתן להביאם לפני העם. התקציב נותר להכרעת המחוקק בשל מומחיותו.<sup>109</sup>

חמישית, עקרון האחיות – ניתן לדבר גם על העיקרון שלא תיתכן נשיאה באחריות (accountability) ללא סמכות. אי-אפשר לשקול את ביצועיה של הרשות המחוקקת אם אין לה שליטה בתקציב. ההפך גם הוא נכון: אין ליתן סמכות לגבי אופן חלוקת התקציב בידי גוף שאינו עומד לבחירת האזרחים ואינו נותן לפנייהם דין-וחשבון על פעולותיו. שוב לפנינו הקשר בין דמוקרטיה, בחירות ותקציב.

לבסוף, עקרון הפרדת הרשויות – התקציב מהווה נדבך מרכזי בהגנה על עקרון הפרדת הרשויות. כאמור, תקציב שנתי תלוי אולטימטיבית במחוקק, שכן הוא חייב להיות מוסדר בחוק. עם זאת, הרשות המחוקקת והרשות המבצעת משתפות פעולה ביניהן בעיצוב תוכנו של חוק התקציב, שהרי חוק התקציב הוא בסופו של דבר הרשאה של המחוקק לרשות המבצעת להוציא כסף.<sup>110</sup> בשיטה פרלמנטרית מובהקת ודו-מפלגתית, דוגמת בריטניה, שבה מפלגת השלטון מחזיקה בדרך-כלל ברוב מושבי הבית התחתון והיא המרכיבה

STEPHEN HOLMES & CASS R. SUNSTEIN, THE COST OF RIGHTS: WHY LIBERTY DEPENDS ON TAXES 87–132 (1999).

108 בפורטוגל, הנשיא רשאי לקיים משאל-עם לבקשתם של הפרלמנט או הממשלה בסוגיה בעלת עניין לאומי, למעט בעניינים פיסקליים או תקציביים. Vernon Bogdanor, *Western Europe*, in REFERENDUMS AROUND THE WORLD: THE GROWING USE OF DIRECT DEMOCRACY 32 (David Butler & Austin Ranney eds., 1994). באיטליה, העם יכול להטיל וטו על חוקים, למעט בענייני תקציב, אומנות וחנינות. שם, בעמ' 62. בדנמרק, שליש מחברי בית המחוקקים רשאים ליזום משאל-עם על חוקים, למעט בעניינים פיסקליים ותקציביים. שם, בעמ' 71.

110 "דוגמה ידועה לחוק כזה, אשר הינו חוק בצורתו, אך לא במהותו, הוא תקציב המדינה: נורמה המופנית לאזרחי המדינה אין בו, אף-על-פי-כן, מפאת חשיבות העניין, נקבע התקציב על-ידי הכנסת, בצורת חוק, ובלבד שלא תהא קביעתו בידי הרשות המבצעת. אך אין בכך כדי לשנות את מהות הדברים: המדובר הוא בדבר מינהל הנעשה על-ידי הרשות המחוקקת, ובצורת חוק נעשה." ע"פ 213/56 היועץ המשפטי לממשלה נ' אלכסנדרוביץ, פ"ד יא 695, 698 (צוטט בהסכמה על-ידי השופט זמיר בפרשת התנועה המסורתית, לעיל ה"ש 93).

ממשלה, יש לממשלה שליטה מוחלטת כמעט בעיצוב תוכנו של חוק התקציב. בהקשר זה מפורסמת האמרה הבריטית הבאה:<sup>111</sup> "The Crown [today: the Ministers] demands, the Commons grant and the Lords assent to the grant of monies"

לעומת זאת, בשיטה נשיאותית טהורה, דוגמת ארצות-הברית, למפלגת הנשיא אין בהכרח רוב בקונגרס. בשיטה כזו קיימת הפרדה בין הרשות המחוקקת לבין הרשות המבצעת, וכל אחת מהן נבחרת בנפרד ובאופן בלתי-תלוי זו בזו. על-כן, דווקא בשיטה כזו יש לרשות המחוקקת (הקונגרס) השפעה רבה יותר על עיצוב תוכנו של חוק התקציב. מיקומן של מדינות אחרות על קשת זו – שבין השפעה מוחלטת כמעט של הממשלה על התקציב (דוגמת בריטניה) לבין השפעה משמעותית של המחוקק על תוכנו של התקציב (דוגמת ארצות-הברית) – היא פונקציה, בין היתר, של שיטת הממשל שלהן (פרלמנטרית, נשיאותית או מעורבת) ומספר המפלגות בהן (שיטה דו-מפלגתית או מרובת מפלגות).<sup>112</sup> מבחינה זו אין חוק התקציב שונה משמעותית מכל חוק אחר, שכן ניסוח חוקים מחייב בדרך-כלל שיתוף-פעולה בין הרשויות המחוקקת והמבצעת.

עם זאת, חוק התקציב שונה מכל חוק אחר ככל שמדובר במבחן האולטימטיבי של שאלת אישורו או אי-אישורו של חוק תקציב במחוקק. אם המחוקק מחליט לא להעביר את התקציב, אזי דווקא בשיטה פרלמנטרית מדובר באי-אמון ברשות המבצעת, והדבר גורר בחירות. זאת, מכיוון שבשיטה פרלמנטרית הרשות המבצעת אינה נבחרת באופן עצמאי, אלא שואבת את סמכותה מאמונה של הרשות המחוקקת הנבחרת. לפיכך, לפחות אחת לשנה, הרשות המבצעת חייבת לזכות באופן פעיל באמונה של הרשות המחוקקת בדמות מעבר של חוק התקציב. בלשונו של פרופ' טורפין (Turpin):<sup>113</sup>

"[T]he requirement that the government must retain the confidence of the House of Commons is still a fundamental principle of the constitution. In the last resort it is sustained by the government's dependence on the House of Commons for 'supply' (finance) and the passing of legislation."

לעומת זאת, בשיטה נשיאותית, מכיוון שהנשיא נבחר באופן בלתי-תלוי במחוקק, הנשיא רשאי להמשיך בכהונתו גם אם התקציב אינו עובר, ואין הדבר גורר בחירות. אי-

111 ראו BARNETT, לעיל ה"ש 100, בעמ' 603. אציין כי נהוג לסווג את השיטה הבריטית כדו-מפלגתית בשל הדומיננטיות של שתי המפלגות הגדולות בבית התחתון, אף שמפלגות נוספות זוכות לעיתים במושבים בבית זה. AREND LIJPHART, PATTERNS OF DEMOCRACY 13–14 (1999).

112 Ian Lienert, *Who Controls the Budget: The Legislature or the Executive?* (IMF Working Paper), [www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2005/wp05115.pdf](http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2005/wp05115.pdf)

113 COLIN TURPIN, BRITISH GOVERNMENT AND THE CONSTITUTION: TEXT, CASES AND MATERIALS 447 (5th ed., 2002); A.W. BRADLEY & K.D. EWING, CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW 218 (12th ed., 1997) ("A government which failed to ensure supply would have (to resign or to seek a general election")

תלותו של הנשיא במעבר של חוק התקציב מתחייבת משיטת משטר המפרידה בין בחירת הרשות המחוקקת לבין בחירת הרשות המבצעת. מבחינה זו יש לתקציב תפקיד מכריע בהגנה על עקרון הפרדת הרשויות בשיטות פרלמנטריות ונשיאותיות כאחת. ניתן לסכם כי למרות השניות שבהתייחסותו של בית-המשפט העליון למעמד של חוקי תקציב, עקרונות כבדי-משקל של מנדט, חירות, יעילות, מומחיות, אחריות והפרדת רשויות מחייבים, כולם כאחד, את ריכוזו של הכוח התקציבי בידיה של הרשות המחוקקת הנבחרת. נפנה עתה לבחון את הניסיון ההיסטורי ההשוואתי מקום שבית-המשפט ניסה להתערב בעיצובו של התקציב בכלל ובמדיניות הרווחה בפרט.

### פרק ד: הניסיון ההיסטורי ההשוואתי בתחום של מעורבות גופים שאינם נבחרים בעניינים תקציביים

ידועה אמרתו של השופט האמריקאי הולמס כי בעניינים חוקתיים דף של היסטוריה שקול לעיתים כנגד כרך של היגיון.<sup>114</sup> בפרק זה אבקש להתמקד בשני משברים חוקתיים מוסדיים בולטים שאירעו במאה העשרים בנושאים חברתיים-תקציביים. המשבר הראשון אירע בשנת 1909 בבריטניה, ונסב על מעורבותו של גוף שאינו נבחר בעיצובו של חוק תקציב "חברתי". המשבר השני התרחש בשנות השלושים בארצות-הברית, וידוע כמשבר ה-New Deal, שבמסגרתו התערב בית-המשפט העליון האמריקאי בעיצובה של מדינת-הרווחה על-ידי הנשיא רוזוולט. הדינמיקה של התפתחות המשבר הייתה דומה בשתי המדינות. הנשיא רוזוולט אף הושפע מהניסיון הבריטי בבואו לבחור את הכלים לפתרון המשבר החוקתי. טענתי היא כי מן הראוי שנשקול את תוצאותיהם של שני המשברים בבואנו להעניק לגוף שאינו נבחר תפקיד בעיצובה של מדיניות חברתית-כלכלית.

#### 1. משבר התקציב הבריטי בשנת 1909

בשנת 1906 עלו הליברלים לשלטון בבריטניה, לאחר בחירות שבהן זכו ברוב גורף.<sup>115</sup> בשנת 1909 הם ביקשו להעביר חוק תקציב שמטרתו הייתה רפורמה חברתית. עיקריו היו העברת עושר מעשירים לעניים באמצעות חקיקה המטילה מיסוי פרוגרסיבי. הממשלה דגלה בעיקרון שיש למסות את בעלי היכולת על-ידי מיסוי מוצרי מותרות: "to tax luxuries"

114 (Justice Holmes) 345, 349 (1921) *New York Trust Co. v. Fisher*.  
115 הממשלה נהנתה מרוב של 357 מושבים, ולליברלים היה רוב של 129 מושבים בהשוואה לכל מפלגה אחרת. Roy Jenkins, Mr. Balfour's Poodle 19–20 (1954). הקואליציה של הממשלה שלטה בכשלושה רבעים ממושבי הבית הנבחר התחתון.

"not necessities [sic]" באותה תקופה היה בית־הלורדים בשליטת השמרנים, ותפקד ב"כובע כפול" כבית־מחוקקים עליון (upper house) וכבית־המשפט העליון במדינה. בית־הלורדים, בתפקידו כבית־מחוקקים עליון, הטיל ברוב גדול וטו על התקציב.<sup>117</sup> טענתו הייתה שלמרות הכותרת התקציבית של החוק, הליברלים מבקשים להעביר רפורמה חברתית מקיפה. במילים אחרות, הם טענו שמדובר במעין "חוק הסדרים" במסווה של תקציב גרידא. בית־הלורדים סבר כי מכיוון שמדובר ברפורמה בעלת חשיבות חוקתית מהמדרגה הראשונה, דרוש אישור של העם בטרם תיהפך הרפורמה לחוק. כדברי הלורדים, מפי לורד לנסדאון (Lord Lansdowne):<sup>118</sup>

"[T]his House is not justified in giving its assent to the Bill until it has been submitted to the judgment of the country."

בית־הלורדים אפילו התחייב לפני המלך כי הם יעבירו את חוק התקציב אם הליברלים יזכו בבחירות.<sup>119</sup> כלומר, הלורדים יראו בתוצאות הבחירות אישור של העם לחוק התקציב. פרופ' דייסי, המלומד הבריטי החוקתי המפורסם, הצדיק את פעולת הלורדים בטענה כי מדובר בניסיון של הליברלים לשחד את בוחריהם על־ידי חקיקה מגורית המיטיבה עם העניים, או בלשוננו:<sup>120</sup> "a new method of working taxation so as to favour the classes who support the party in power"

בעיני הליברלים, פעולתם של הלורדים נתפסה כלא־לגיטימית, שכן ווטו של בית־הלורדים על חקיקה רגילה אינו דומה לווטו שלו בעניינים תקציביים. בבריטניה, אי־מעבר של התקציב פירושו אי־אמון במוסד המבצע, ולפיכך הוא גורר בחירות. אכן, לורד קורטני (Lord Courtney of Penwith), שנחשב בר־סמכא בענייני חוקה, הזהיר את בית־הלורדים מפני העברת התקציב להכרעת העם, משום שפירושה של פעולה זו הוא שבית־הלורדים נוטל לידיהם את הסמכות לפזר את הפרלמנט:<sup>121</sup>

"You may, for example, reject an Education Bill, or an Irish Land Bill, and

- HARRY JONES, LIBERALISM AND THE HOUSE OF LORDS 134 (1912) 116  
 בירה, אלכוהול, טבק, רכב ודלק. כן הוצע להגדיל מיסי ירושה, להגדיל באופן פרוגרסיבי את מס ההכנסה ולהטיל מס ישיר על מקרקעין וליקר. שם, בעמ' 135. המתנגדים העיקריים לחוק התקציב היו בעלי הממון, שהיו עתידים להיפגע ממש המקרקעין החדש שהוצע.
- 117 תוצאות ההצבעה בבית־הלורדים היו 350 נגד חוק התקציב ו־75 בעדו. כלומר, הלורדים דחו את החוק ברוב של 275 קולות.
- NEAL BLEWETT, THE PEERS, THE PARTIES AND THE PEOPLE: THE GENERAL ELECTIONS OF 118  
 1910, 99 (1972).
- 119 ראו JONES, לעיל ה"ש 116, בעמ' 162.
- RICHARD A. COSGROVE, THE RULE OF LAW: ALBERT VENN DICEY, VICTORIAN JURIST 210 120  
 (1980).
- 121 .CECIL S. EMDEN, THE PEOPLE AND THE CONSTITUTION 229 (2nd ed., 1956)



Parliament... may go on for two or three years... but in rejecting the Finance Bill, as you will do, you compel at once an appeal to the country, and thus you are acting in a manner for which no precedent can be cited, in a manner which has never been attempted even by the boldest advocate of the rights of your Lordships in past times."

במעשה הווטו הפר בית־הלורדים מוסכמות חוקתיות רבות. כך, הסמכות לפזר את הפרלמנט נתפסה עד כה כפררוגטיבה של המלך (בתיאום עם ראש הממשלה). כמו־כן, הקונוונציה הבריטית הייתה שענייני תקציב נחשבים עניין שבסמכותו הבלעדית של הבית התחתון הנבחר. הממשלה נתפסה כאחראית כלפי הבית התחתון בלבד, משום שהוא בית־המחוקקים היחיד שנבחר. כהונת הממשלה הייתה תלויה, לפיכך, באמונו של הבית התחתון בלבד.<sup>122</sup> למעשה, רק כעשור קודם לכן, בשנת 1894, העבירו הלורדים תקציב, חרף התנגדותם לו, בדיוק בשל קונוונציות אלה. בלשונו של ראש המפלגה הקונסרוטיבית באותה תקופה, לורד סליסבורי (Lord Salisbury):<sup>123</sup>

"It is perfectly obvious that this House in point of fact has not for many years past interfered by amendment with the finance of the year. The reason why this House cannot do so is that it has not the power of changing the Executive Government; and to reject a Finance Bill and leave the same Executive Government in its place means to create a deadlock from which there is no escape."

לורד מורלי (Lord Morley) אף התריע מפני העברת חוק התקציב של שנת 1909 לאישור העם, משום שדווקא ענייני תקציב אינם ראויים למשאל־עם. כדבריו בבית־הלורדים:<sup>124</sup>

"Election ad hoc, referendum, plebiscite, mandate — these are opposed to the wholesome usage of this country. Parliament cannot be fettered, finance by plebiscite is impossible. If there is one thing that cannot be wisely submitted to a plebiscite, it is a Budget."

בשל הווטו התקציבי, נאלצו הליברלים ללכת לבחירות בינואר 1910. הבחירות נסבו במידה רבה על התקציב, וחוק התקציב תפס מקום מרכזי במצע הבחירות של המפלגות השונות.<sup>125</sup> לאחר הבחירות, שבהן זכו שוב הליברלים, עבר התקציב הנכסף, שכן הבחירות

122 ראש הממשלה הליברלי Asquith מנה הפרות חוקתיות אלה, אחת לאחת, בנאום שנשא ב־Albert Hall בדצמבר 1909. ראו JONES, לעיל ה"ש 116, בעמ' 167-168.

123 שם, בעמ' 94-95.

124 שם, בעמ' 159.

125 ראו JENKINS, לעיל ה"ש 115, בעמ' 111.

פורשו על-ידי כל השחקנים הפוליטיים כמשאל-עם המאשר את התקציב. תהליך חקיקת התקציב במשבר זה דמה לאופן שבו הועברו חוקים חוקתיים בבריטניה באותה תקופה, וכמותם הוא דרש את אישורו של העם.<sup>126</sup> מבחינה זו ההתייחסות אליו הייתה כאל חוק עליון, במעמד חוקתי, ולא כאל חוק שנחות מחוקים רגילים.

עם זאת, התערבותו של בית-הלורדים בענייני תקציב הפרה את האיזון החוקתי. הליברלים לא היו מוכנים להסתכן במשבר תקציבי דומה בעתיד, וביקשו "להעניש" את בית-הלורדים על החריגה מסמכות. לפיכך, לאחר מעבר התקציב, קיימו הליברלים בחירות נוספות, בדצמבר של אותה שנה, במטרה שישמשו מעין משאל-עם על נוסחו של "חוק הפרלמנט". לפני הבחירות הוצגו עיקריו של חוק הפרלמנט: שלילת כוח הווטו של בית-הלורדים בנושאי תקציב והגבלת כוח הווטו שלו בחקיקה אחרת.<sup>127</sup> הליברלים זכו ברוב באותן בחירות, כך שבשלוש מערכות בחירות רצופות, בין 1906 ל-1910, הם זכו בתמיכה עקבית של הציבור.<sup>128</sup> עם זאת, גם לאחר אישור העם בבחירות לא היה אפשר להעביר חוק זה בפרלמנט ללא הסכמת בית-הלורדים, שכן תהליך החקיקה של חוקים בבריטניה דרש את הסכמתו של ה"פרלמנט" המורכב מהבית התחתון, הבית העליון והמלוכה. הסכמתם של כל שלושת הגופים היוותה באותה תקופה תנאי למעבר חוק. למעשה, חוק הפרלמנט הוצע כדי לשנות מבנה זה.

כדי להשיג את "הסכמת" בית-הלורדים למעבר חוק הפרלמנט, הפוגע בסמכויותיו של בית זה, איימו הליברלים על בית-הלורדים, באמצעות המלך, כי אם לא יעבירו את חוק הפרלמנט "מרצון", "יוצף" ביתם בחברים חדשים, עושי דברם של הליברלים. במילים אחרות, הליברלים, בשיתוף עם המלך, ימנו חברים חדשים לבית-הלורדים, כך שתתאפשר השגת רוב בבית-הלורדים למעבר החוק. בית-הלורדים נאלץ אם כן לבחור בין מעבר של חוק הפרלמנט יחד עם שינוי של הרכב חבריו לבין מעבר של חוק הפרלמנט ללא שינוי של הרכב חבריו.<sup>129</sup> במצב זה בחר הבית בחלופה הפחות-מוזיקה מבחינתו: תמיכה בחוק הפרלמנט, אף שמשמעו היה קיצוץ של סמכויותיו. חוק הפרלמנט עבר בשנת 1911, והיווה מפנה-דרך חוקתי בחלוקת הסמכויות השלטוניות בבריטניה. אכן, מאז ענייני התקציב מסורים להכרעתו של הבית התחתון הנבחר בלבד. לא נותק הקשר בין אי-מעבר של התקציב לבין בחירות. להפך, הקשר חוזק על-ידי התניית מעבר התקציב באמונו של גוף נבחר, ללא צורך בהסכמתו של גוף שאינו נבחר. בית-הלורדים מעולם לא התאווש ממשבר זה, והגזק לסמכויותיו היה בלתי-הפיך.<sup>130</sup>

126 לתיאור תהליך זה ראו: Rivka Weill, *We the British People*, PUBLIC LAW 380 (2004).

127 ראו, למשל, BLEWETT, לעיל ה"ש 118, בעמ' 326; A.H. BIRCH, REPRESENTATIVE AND RESPONSIBLE GOVERNMENT 116 (1964).

128 ראו JONES, לעיל ה"ש 116, בעמ' 240-241.

129 J.A. SPENDER & CYRIL ASQUITH, LIFE OF HERBERT HENRY ASQUITH, LORD OXFORD AND ASQUITH 312-313 (1932).

130 חוק הפרלמנט משנת 1911 הפך את הווטו המוחלט של בית-הלורדים על חקיקה לווטו משהה, דהיינו, בית-הלורדים יכול לעכב מעבר חוקים, אך לא למנוע את העברתם. ביחס לחוק התקציב בית-הלורדים יכול לעכב את מעבר החוק בחודש בלבד, וביחס לחקיקה אחרת מדובר

ניתן לסכם כי התערבותו של בית-הלורדים בעיצובו של חוק תקציב חברתי על-ידי הפנייתו להכרעת העם נתפסה כלא-לגיטימית על-ידי הבית התחתון הנבחר, הממשלה, המלוכה והעם כאחד. עיצובו של חוק תקציב נתפס כעניין המסור להכרעת הגוף הנבחר בלבד, שכן רק הוא קיבל מנדט מהעם לקבוע את סדרי העדיפויות התקציביים. בית-הלורדים, בהתערבותו בחוק תקציב, סטה מתקדימי העבר ומהקונוונציות החוקתיות המקובלות בבריטניה בדבר מהותה של הפרדת הרשויות. על התערבות זו "שילם" בית-הלורדים מחיר בלתי-הפיך, בדמות חקיקה שקיצצה בהיקף סמכויותיו החקיקתיות. אין סומכים עוד על בית-הלורדים שיפעיל שיקול-דעת ראוי ולא יתערב מעצמו בחוקי תקציב, אלא נקבע מפורשות בחקיקה, שאומצה לאחר קיום בחירות המהוות מעין משאל-עם על הסוגיה, כי בית-הלורדים מוסמך לכל-היותר להשהות חקיקה תקציבית בחודש, אך לא להטיל עליה וטו. גם סמכויות חקיקה אחרות של בית-הלורדים קוצצו. חלוקה מחדש זו של הכוח השלטוני בבריטניה, שאירעה בתחילת המאה העשרים, תקפה עד ימינו-אנו. יש בניסיון היסטורי זה כדי להוות תמרור אזהרה מפני התערבות גורפת של גופים שלטוניים שאינם נבחרים בעיצובם של חוקי תקציב על-ידי המוסדות הנבחרים של העם.

## 2. משבר ה-New Deal האמריקאי

מקבילו האמריקאי של המשבר הבריטי מתחילת המאה ידוע יותר. מדובר במשבר החוקתי של ה-New Deal, שהביא לידי צמיחתה של מדינת-הרווחה האמריקאית. המשבר פרץ כאשר בית-המשפט העליון האמריקאי ביטל חוקים סוציאליים רבים שנחקקו על-ידי הקונגרס בתקופת הנשיא רוזוולט. מטרתם של אותם חוקים הייתה להתערב בכלכלת השוק על-מנת להיטיב עם החלשים ולקדם מדיניות רווחה אמריקאית. בכך המשיך בית-המשפט העליון במדיניות שיפוטית שמקורה במאה התשע-עשרה, ואשר פסק-הדין שמסמלה יותר מכל הוא פסק-דין Lochner הידוע לשמצה, שניתן עוד בשנת 1905. בפסק-דין זה קבע בית-המשפט העליון האמריקאי, בדעת רוב, כי חקיקה של מדינת ניו-יורק אשר ביקשה להגביל את שעות העבודה של עובדי מאפייה לשישים שעות שבועיות סותרת את התיקון הארבעה-עשר לחוקה, המגן על זכותו של אדם לחופש חוים. מדינת ניו-יורק טענה כי מטרת החקיקה הייתה להגן על בריאות העובד, אולם בית-המשפט סבר, בדעת רוב, כי ניתן להשיג תוצאה זו בדרכים אחרות הפוגעות פחות בחופש החוים. בית-המשפט הטיל לפיכך ספק אם זו אכן הייתה מטרתו האמיתית של החוק.<sup>131</sup>

לאחר שהנשיא רוזוולט זכה בשתי מערכות בחירות רצופות בתמיכה מסיבית של הציבור במדיניותו, ואיים כי יציף את בית-המשפט העליון ("pack the court") בשופטים חדשים

בווטו משהה של שנתיים. בשנת 1949 הועבר חוק פרלמנט נוסף, שהגביל את כוח הווטו של הלורדים על חקיקה אחרת לשנה בלבד. ראו: The Parliament Act, 1911, c.13 (Eng.); Parliament Act, 1949, c.103 (Eng.)

131 Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905). כאמור, פסק-דין זה ידוע לשמצה כיום, ואינו מהווה תקדים מחייב.

עושי דברו, נסוג בית־המשפט ("switch in time") ואִפשר את צמיחתה של מדינת־הרווחה האמריקאית.<sup>132</sup> עם זאת, בית־המשפט העליון האמריקאי ניזוק מוסדית באופן קשה ביותר. מאז, בבחנה חקיקה כלכלית־חברתית, הוא מחיל רק סטנדרט התערבות מינימלי של דרישה לקשר רציונלי בין האמצעי החקיקתי למטרתו. משמעותו של סטנדרט זה היא שכמעט כל חוק כלכלי עובר בחינה חוקתית. במילים אחרות, הביקורת השיפוטית על חקיקה כלכלית היא מקילה במיוחד.<sup>133</sup> משבר זה, הידוע לשמצה כמשבר הלוקנריוס, השפיע על ההתפתחות החוקתית בעולם בנושא זכויות רווחה. כך, למשל, הושמט אזכורה של זכות הקניין מהצ'רטר הקנדי כדי למנוע את הסיכון, ולו הקטן ביותר, להישנות לוקנריוס בקנדה.<sup>134</sup> הדינמיקה החוקתית של שני המשברים, הבריטי והאמריקאי, נשאה אופי דומה: יוזמה חקיקתית לקידום מדיניות רווחה ← התנגדות של גוף שאינו נבחר ← בחירות הנסבות על מדיניות הרווחה ומשמשות מעין משאל־עם על הנושא ← איום על הגוף שאינו נבחר במטרה לאלצו לסגת מהתנגדותו ← נסיגת הגוף שאינו נבחר ומעבר של חקיקת הרווחה. יתר על כן, הדמיון בדינמיקה זו אינו מקרי. הנשיא רוזוולט הושפע ישירות מהמשבר הבריטי בתחילת המאה בבואו לאיים על בית־המשפט העליון כי יציף אותו בחברים חדשים אם לא ייסוג ממדיניותו.<sup>135</sup> דינמיקה חוקתית זו מלמדת כי הליך חקיקתה של מדיניות הרווחה בשתי המדינות דמה להליך של חקיקת חוקה, בכך שחייב בחירות שהתמקדו במדיניות הרווחה ואשר היוו מעין משאל־עם על הנושא. בשתי המדינות הנוק המוסדי שנגרם לגופים שלא נבחרו היה בלתי־הפיך.

ניתן לכאורה לטעון כי שני המשברים מלמדים שגוף שאינו נבחר המונע מימושן של זכויות רווחה סופו להינזק מוסדית. אך לא זו הייתה לשון השחקנים הפוליטיים של התקופה. מבחינתם, בית־המשפט העליון האמריקאי שגה בכך שהתערב בתחום לא לו בשעה שהבוחרים הסמיכו מפורשות את הקונגרס והנשיא, בבחירות שהיוו מעין משאל־עם, לקדם מדיניות רווחה.<sup>136</sup> המשגה של בית־הלורדים בבריטניה היה חמור אף יותר מכיוון שדובר בהתערבות

132 לתיאור תהליך זה ראו: BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE: TRANSFORMATIONS 255—382 (2000). קיימת מחלוקת בין המלומדים האמריקאים אם בית־המשפט העליון נסוג בשל איומו של הנשיא רוזוולט כי יציף אותו בחברים חדשים או שמא חזר בו בית־המשפט בשל תוצאות הבחירות, אף לפני האיום בשינוי הרכבו. השוו: LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 580—581 (2nd ed., 1998); Michael Comiskey, *Can a President Pack — or Draft — the Supreme Court? FDR and the Court in the Great Depression and World War II*, 57 ALBANY L. REV. 1043, 1047 (1994). סבורים שנסוגת בית־המשפט קדמה לאיום בשינוי הרכבו.

133 ראו: United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938). ראו גם TRIBE, לעיל ה"ש 132, בעמ' 582.

134 ראו Choudhry, לעיל ה"ש 74.

135 WILLIAM E. LEUCHTENBURG, THE SUPREME COURT REBORN 92, 134 (1995); THE SECRET DIARY OF HAROLD L. ICKES: THE FIRST THOUSAND DAYS 1933—1936, 468, 494—495 (1953).

136 ראו ACKERMAN, לעיל ה"ש 132. כמובן, מלומדים רבים סבורים שבית־המשפט שגה לגופו

בחוק תקציב, ולא רק במדיניות הרווחה. גוף שאינו נבחר המבקש להתערב בלב התקציב בשיטה פרלמנטרית יוצר מתח בין-מוסדי בלתי-ניתן לגישור. הוא מכריח גוף נבחר ללכת בסופו של דבר לבחירות על התקציב. הנוק המוסדי לגוף שאינו נבחר הוא עצום: התערבותו הכופה בחירות נתפסת כלא-לגיטימית בשעה שמעשיו אינם מחייבים אותו עצמו ללכת לבחירות על אותו עניין. מבחינה זו חוק התקציב שונה מחוק רגיל, וההתערבות השיפוטית בתקציב שונה מהתערבותה בכל חוק אחר: היא חמורה יותר.

### פרק ה: מסקנה

נוכחנו כי לא זו בלבד שחוק התקציב אינו נחשב בתיאוריה החוקתית לנחות מכל חוק אחר, אלא שהוא נהנה בשיטות מסוימות ממעמד מיוחד ונחשב לעניין שבפררוגטיבה של הגוף המחוקק. התערבות של גוף שאינו נבחר בעיצובו גרמה לעיתים למשבר בין-מוסדי חריף ולנוק בלתי-הפיך לסמכויותיו של הגוף המתערב. ריכוז הכוח התקציבי בידי הגוף המחוקק-הנבחר נתפס כמגן על עקרונות-היסוד של הדמוקרטיה, לרבות עקרון המנדט, החירות, היעילות, האחיות, המומחיות והפרדת הרשויות. צמיחת הדמוקרטיה המודרנית קשורה באופן הדוק לריכוז הכוח התקציבי בידי הגוף הנבחר. גם עיצובה של מדיניות הרווחה המודרנית, אשר מחייבת תקציבים כבדים, התאפיין במאבק בין גופים נבחרים לבין גופים שאינם נבחרים בארצות-הברית ובבריטניה, וסופו שהביא לידי ריכוז הכוח בידי הגוף הנבחר. יתר על כן, במיוחד בשיטת משפט שבה אי-מעבר של חוק תקציב גורר בחירות, ראוי שגוף שאינו נבחר יימנע מלהיכנס למסלול התנגשות עם הגוף הנבחר בעיצוב המדיניות של חלוקת המשאבים הכלכליים.

גם בארץ, בדומה לבריטניה, יש קשר הדוק בין מעבר התקציב לבין בחירות. אי-מעבר של התקציב במועד פירושו אי-אמון בממשלה והליכה לבחירות. סעיף 36א לחוק-יסוד: הכנסת קובע:<sup>137</sup>

"(א) לא נתקבל חוק התקציב בתוך שלושה חודשים מיום תחילתה של שנת הכספים, יראו ביום שאחרי סיום התקופה האמורה... כאילו החליטה הכנסת על התפזרות לפני גמר תקופת כהונתה..."

לפיכך הצעתי היא שבית-המשפט ימשוך את ידו מקביעה שליבו של התקציב – הזכות

של עניין בפסיקתו, ואף אלמלא תמיכת הציבור בנשיא רוזוולט ובמדיניות הרווחה שלו היה על בית-המשפט לחזור בו מהחלטותיו. לדיון מפורט ראו Tribe, לעיל ה"ש 132, בעמ' 586-560.

137 חוק-יסוד: הכנסת (תיקון עקיף מס' 30), ס"ח התשס"א 167.

למימונה של הבריאות – ישורייך כך שלא יהיה אפשר לפגוע בו. עליו להותיר מלאכה זו למכונן החוקה, שיגדיר את מעמדה כזכות חוקתית. על-כן, הביקורת הקשה המוטחת בבית-המשפט העליון על שהוא אינו עושה די לקידום הזכות אינה מוצדקת. ככל שבית-המשפט מבקש להכיר בזכות לבריאות כזכות חוקתית, עליו להסתפק – בהעדר עיגונה המפורש בחוקה – בהגנה על ההיבטים השליליים של הזכות.<sup>138</sup> ככל שהוא מבקש להכיר בהיבט החיובי שלה, שעיקרו חובה של המדינה לממן את מימושה, עליו להסתפק בסטנדרט מינימום, ולא לפעול על-פי הסטנדרט המרבי, כפי שהוצע על-ידי המבקרים.<sup>139</sup> ודוק: אין להבין מדבריי שראוי כי בית-המשפט יכיר בזכות חוקתית לבריאות בסטנדרט מינימום בהעדר עיגונה המפורש של זכות זו בחוקה. טענתי היא שאם הוא מבקש להכיר בה זכות חוקתית כבר עתה, עליו להסתפק בסטנדרט מינימום. סטנדרט מינימום זה קשה להגדרה. אין תמימות-דעים לגבי משמעותו. הוא מגלם הכרה בחשיבותה של הזכות לבריאות, מחד גיסא, אך גם הכרה במשאבים המוגבלים העומדים לרשות החברה, אשר אינם מאפשרים לה להבטיח זכות אוניוורסלית לשירותי הבריאות הטובים ביותר האפשריים בטכנולוגיה המודרנית, מאידך גיסא. מכל מקום, סטנדרט זה מותיר את עיקר ההכרעה בדבר תוכנו בידי גופי השלטון הנבחרים.<sup>140</sup>

באשר למתעקשים כי בית-המשפט צריך להיות חוד החנית במאבק לקידום הזכויות החברתיות – הייתי מציעה שישלבו מאבק זה יחד עם קידום תיקון חוקתי שמשמעו ניתוק הקשר בין תקציב לבין אמון בממשלה.<sup>141</sup> כל פתרון אחר יגרום מתח בלתי-נסבל בין הרשויות.

138 ראו מונדלק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 214 (הדן בכך שבית-המשפט מוסמך בוודאי כבר כיום להגן על ההיבטים השליליים של הזכות, כגון לפסול חוק האוסר מתן טיפול רפואי לאדם).

139 לתמיכה בסטנדרט מינימום ראו שלו, לעיל ה"ש 3, בעמ' 44; דותן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 84-87. כמו-כן ראו WALDRON, לעיל ה"ש 35, בעמ' 298-308. גביוון כותבת על סטנדרט בריאות "נאות". ראו גביוון, לעיל ה"ש 46, בעמ' 54. ראו גם Hendriks, לעיל ה"ש 2, בעמ' 392: "To the extent that the right to health provides a basis for making legal claims, the amount of protection granted by courts generally equals and confines itself to the minimum core content of this right, leaving ample discretionary power to the States with respect to their above-core obligations"

140 לדיון ראו, למשל: Allen E. Buchanan, *The Right to a Decent Minimum of Health Care*, 13 PHILOSOPHY AND PUBLIC AFFAIRS 55 (1984); Ronald Bayer, *Ethics, Politics, and Access to Health Care: A Critical Analysis of the President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research*, 6 CARDOZO L. REV. 303 (1984-1985) (המאמר מבקר את הדוח של ועדת הנשיא משנת 1983, אשר קבע כי על החברה מוטלת חובה מוסרית לאפשר גישה לכל טיפול רפואי הולם מבלי לכמת או להגדיר מהו אותו טיפול "הולם").

141 למעשה, רק לאחרונה פורסמה יוזמה של תנועת "יש תקווה", שחברים בה משפטנים בכירים, לרבות הפרופסורים אוריאל רייכמן, אמנון רובינשטיין ודוד ליבאי, התומכים בשורה של רפורמות שלטוניות שמטרתן חיזוק כוחה של הרשות המבצעת. בין הרפורמות המוצעות

היינו עדים למתח פוטנציאלי מסוג זה כבר בדיון בנושא חוקתיותו של הקיצוץ בגמלאות הבטחת הכנסה. כאשר השופטת דורנר ביקשה מהמדינה בצו-ביניים להגדיר ולכמת את הסטנדרט לקיום מינימלי בכבוד בישראל, תקפה הכנסת בחריפות צו זה, בקובעה בהחלטה חסרת תקדים כי:<sup>142</sup>

"הכנסת רואה בדאגה גלישת בית המשפט העליון לנושאים שבמובהק הינם בתחום הסמכות של הרשויות המבצעת והמחוקקת. על יסוד של כבוד לרשות השופטת בכלל ולבית המשפט העליון בפרט, הכנסת מתריעה מפני המשך מגמה זו, העלולה להתפתח למשבר חוקתי בישראל. הכנסת דוחה ניסיונות לדה-לגיטימציה של הביקורת על החלטות שיפוטיות, הנעשית באופן מנומק ובדרך ארץ, ביקורת שהיא לגיטימית ומהווה חלק מהשיח הציבורי בחברה דמוקרטית."

צו-ביניים זה בוטל בסופו של דבר על-ידי הנשיא ברק עוד בטרם ניתנה הכרעה בעתירה גופה.<sup>143</sup>

יהיו כמובן מי שלא יראו קושי בויתור על הקשר בין תקציב לבין בחירות. אכן, בארצות-הברית, אי-מעבר של התקציב גורם לשיתוק הממשלה, אך אינו מוליך לבחירות.<sup>144</sup> ברם, מאפיין זה נובע מהשיטה הנשיאותית הנוהגת בארצות-הברית, ויהא זה חריג ביותר אם משטר פרלמנטרי יאמץ עיקרון דומה. במשטר פרלמנטרי, שבו הרשות המבצעת נשענת על אמון הפרלמנט ואינה נבחרת באופן בלתי-תלוי בגוף המחוקק, אנו רוצים להבטיח, מחד גיסא, שהמשטר יהא יציב, אך מאידך גיסא, שלפחות אחת לשנה ייבחן אמון הפרלמנט ברשות המבצעת על-ידי התניית המשך כהונתה של הרשות המבצעת במעבר של חוק תקציב. על-כן אחרים יסברו כי הציפיות המופרות שלנו מבית-המשפט העליון מובילות

מדובר גם בניתוק הקשר בין אי-מעבר של התקציב לבין הליכה לבחירות. ראו נחמה דואק "תוכנית הבכירים: כך נחזק את המשטר בישראל" ידיעות אחרונות 9.10.2006, 5.

142 ד"כ יג"ט, 8861, 8864 (התשס"ד). ההחלטה התקבלה ביום 13 בינואר 2004, ברוב של 19 נגד 12 ונמנע אחד. חלק מחברי-הכנסת סברו כי אין לקיים דיון זה בהליך התלוי ועומד לפני בית-המשפט.

143 ראו יובל יעז "בג"ץ ביטל הדרישה לקבוע סף קיום בכבוד" הארץ 16.3.2004 (ניתן לצפייה ב-[news.walla.co.il/?w=/519271](http://news.walla.co.il/?w=/519271)).

144 Michael Laver, *Legislatures and Parliaments in Comparative Context*, in OXFORD HANDBOOK OF POLITICAL ECONOMY 121 (Barry R. Weingast & Donald Wittman eds., 2006) ("[A]lmost all constitutions demand legislative approval, in some shape or form, of the executive's annual budget. Thus, while the President of the United States of America cannot be dismissed by Congress — except in extraordinary circumstances arising from successful impeachment — neither can he or she ignore Congress") לסקירה של המשבר התקציבי בשנים 1995–1996 ראו: Anita S. Krishnakumar, *Reconciliation and the Fiscal Constitution: The Anatomy of the 1995–96 Budget "Train Wreck"*, 35 HARV. J. LEGIS. 589 (1998).

אותנו למעשה עד אבסורדום. לדידם, ויתור על הקשר בין תקציב לבין בחירות כמוהו כוויתור על ליבה של הדמוקרטיה ועל מהותן של הבחירות. ביקשתי להדגיש את השנויות הקיימת בהתייחסותו של בית-המשפט העליון למעורבותו בעניינים תקציביים – עניין שלא נידון כלל בספרות. כן ביקשתי להדגיש את הקשר ההדוק הקיים בתיאוריה החוקתית בין תקציב לבחירות ולאמונו של הגוף המחוקק בממשלה. על רקע זה, מעורבותו של בית-המשפט בלב-ליבו של ההליך התקציבי, ללא הסמכה מפורשת בחוקה, הינה מסוכנת ועלולה ליצור מתח בין-מוסדי בלתי-נסבל בין הרשות השופטת לבין שתי הרשויות האחרות בדמוקרטיה. מן הראוי שניתן את הדעת לכך.