

בקרב עמנו אנו יושבים ניתוח נאורמוסדי של בתי משפט כאמצעי העצמה במדינת הרווחה

א. מבוא ◀ מעורבות בתי משפט בעיצוב מדיניות רווחה: הפרספקטיבה הנאורמוסדית ◀ ב. תכנית ביטוח אבטלה: לשון החוק והאינטרסים של בית המשפט ◀ ג. תכנית קצבאות הילדים: ההקשר הפוליטי והאינטרסים של בית המשפט ◀ ד. חוק ביטוח בריאות ממלכתי: דילמה מוסדית והאינטרסים של בית המשפט ◀ ה. דיון מסכם: האילוצים המוסדיים של בתי משפט כאמצעי להעצמה של הפרט ◀ ו. נספח מתודולוגי.

א. מבוא

מטרת מאמר זה היא לבחון כיצד הסדרים מוסדיים ויחסי עוצמה פוליטיים משפיעים על התנהלותם של בתי הדין לעבודה (ובמידה שולית, הנגזרת ממקרי הניתוח שנבחרו, בג"ץ) ועל יכולתם להעצים את התובעים הפרטיים הבאים בשעריהם ולהעניק להם זכויות חברתיות חוקיות שלא היו נהנים מהן אלמלא פנו לערוץ המשפטי. נקודת המבט על ההעצמה במאמר זה היא על המכשיר להעצמה ולא על התהליך האישי שעובר הפרט: הוא עוסק במשתנים המשפיעים על יכולתם של בתי הדין לעבודה למתן את עוצמתן של סוכנויות מדינת הרווחה ולהוות כלי בידי הפרט למיצוי זכויותיו החוקיות. בחינת סוגיה זו

* עמית פוסט-דוקטורט, המחלקה לסוציולוגיה, אוניברסיטת טורונטו. ברצוני להודות לד"ר זאב רוזנהק, לד"ר מנחם הופנונג, לפרופ' גיא מונדלק ולניבה שושי על הערותיהם המועילות לגרסאות מוקדמות של המאמר. גרסאות מוקדמות של המאמר הוצגו בכנס הראשון של הפורום למדיניות חברתית, ירושלים, 2004; בכנס השנתי של האגודה הישראלית למדע המדינה, באר שבע, 2004; בכנס ה-19 של האגודה ללימודי ישראל (AIS – Association for Israel Studies), ירושלים, 2004; בסדנת דוקטורנטים במרכז ללימודי ישראל במזרח התיכון (ISIME) באוניברסיטת דנוור, דנוור, 2004. תודתי למשתתפים בפורומים הללו על הערותיהם והארותיהם. ברצוני להודות לחברות וחברי מערכת "משפט, חברה ותרבות" על הערותיהם המצוינות לאורך כל העבודה על גרסת המאמר הנוכחית.

תיעשה באמצעות ניתוח פסקי דין הנוגעים לשלוש תכניות מרכזיות של מדינת הרווחה: ביטוח אבטלה, קצבאות הילדים וחוק ביטוח בריאות ממלכתי. יכולתם של בתי משפט להעצים פרטים נבחנת במאמר זה דרך בחינת השפעת הרשות השופטת על יישום המדיניות שנקבעת ומיושמת על ידי המדינה וסוכנויות מדינת הרווחה. לכן מאמר זה בוחן כיצד בתי המשפט הרלוונטיים שבפניהם עולות סוגיות הנוגעות לשלוש תכניות הרווחה משפיעים על דרכי יישומן. מסקנותיו העיקריות של המאמר הן כי לבתי משפט יש פוטנציאל רב להשפיע על יישום המדיניות, אך כוחם להשפיע, או היעדרו, מותנה על ידי 3 קבוצות של משתנים "מוסדיים": המאפיינים המוסדיים של תכניות הרווחה עצמן וההקשרים הפוליטיים וההיסטוריים שלהן, קונפליקט האינטרסים של בתי המשפט כזרוע של המדינה לעומת היותם שחקן פוליטי נפרד, המאפיינים המוסדיים-פוליטיים של בתי המשפט ואופי הסוגיות שהובאו בפניהם. יתר על כן, העצמה של פרטים, או היעדרה, איננה מטרה עיקרית של בתי המשפט, אלא היא תוצאת לוואי של חתירת בתי המשפט ללגיטימציה ציבורית מצד שחקנים אחרים. גם אם מדובר בתוצאת לוואי, הרי שיש לכך משמעויות אמפיריות ותאורטיות חשובות.

אחת ההגדרות למושג העצמה של פרטים רואה בה "מכניזם באמצעותו אנשים נוטלים שליטה על חייהם".¹ העצמה יכולה להיות מושגת על ידי הפרט עצמו או על ידי אחרים, ומטרתה היא השגת יכולת כלשהי של השפעה על העולם הסובב את הפרט.² העצמה יכולה להיות "סובייקטיבית" במובן שהפרט עובר תהליך אישי שבסופו הוא חש כי יש ביכולתו להשפיע על הסובב אותו,³ או "אובייקטיבית" – במובן שהפרט רוכש בדרך כלשהי עוצמה ומצליח לתרגמה להשפעה על הסובב אותו.⁴ במאמר זה העצמה (אובייקטיבית) היא השימוש (המוצלח) של הפרט בבית המשפט כדי לרכוש עוצמה כנגד העוצמה הרבה יותר מלכתחילה של סוכנויות מדינת הרווחה, הבא לידי ביטוי בניצחון בהליך המשפטי וחיוב נותני השירותים לממש את הזכויות החברתיות המגיעות לו בתוקף

- 1 Sheryl P. Kubiak, Kristine Siefert & Carol J. Boyd, "Empowerment and Public Policy: An Exploration of the Implications of Section 115 of the Personal Responsibility and Work Opportunity Act", 32 *J. Comm. Psych.* 127, 128 (2004); Julian Rappaport "Terms of Empowerment/Exemplars of Prevention: Toward a Theory for Community Psychology", 15 *Am. J. Comm. Psych.* 121, 122 (1987).
- 2 אלישבע סדן העצמה ותכנון קהילתי: תיאוריה ופרקטיקה של פתרונות חברתיים אנושיים Lee H. Staples "Powerful Ideas about Empowerment", 14 *Administration in* ; (1997) *Social Work* 29 (1990).
- 3 Rappaport, לעיל ה"ש 1.
- 4 Staples, לעיל ה"ש 2.

בקרב עמנו או יושבים: ניתוח נאו-מוסדי של בתי משפט כאמצעי העצמה במדינת הרווחה

החוק. בתי משפט עשויים להיות מכניזם מוצלח לרכישת עוצמה בידי פרטים כנגד הסובבים אותם כאשר מוסדות חברתיים ופוליטיים אחרים אינם מאפשרים השגת מטרה זו.⁵ דוגמה לכך מוצגת על ידי בות' במחקרו על בתי המשפט הקולוניאליים בסוואזילנד במחצית הראשונה של המאה העשרים – נערות ונשים פנו לבתי המשפט הקולוניאליים כדי למצות את הדין עם (ולקבל הגנה מפני) בעלים ובני משפחה אחרים שנהגו נגדן באלימות כיוון שבתי המשפט המסורתיים של הצי'פים ראו בהן עברייניות ונהגו בהן ביד קשה.⁶ מחקרן של קוביאק, סיפרט ובויד על השפעת מניעתם של תשלומי סעד מעברייניות סמים בארצות הברית על הצלחתן האישית מלמדנו כי העצמה אינה מתרחשת בעלמא – הצלחתה מושפעת הן מזהות המעצימים הן מהאינטראקציה בינם לבין ההסדרים המוסדיים שבהם הם פועלים.⁷ במוקד מאמר זה ניתוח מידת יכולתם של פרטים המוצאים עצמם מודרים ממעגל הנהגים מתכניות רווחה מרכזיות של מדינת הרווחה הישראלית לגייס לטובתם את הרשות השופטת כדי להשפיע על גורלם החומרי.

מוסדות כמו בתי משפט משפיעים על תוצאות של תהליכים חברתיים ופוליטיים, שכן הם מעצימים שחקנים מסוימים ומחלישים שחקנים אחרים. מוסדות הם "היסודות של החיים החברתיים. הם כוללים כללים פורמליים ובלתי-פורמליים, מכניזמים של פיקוח ואכיפה, ומספקים משמעות לפעולתם של שחקנים וליחסים ביניהם".⁸ במונח "מוסדות" או "הסדרים מוסדיים" נכללים ארגונים כמו בתי משפט או פרלמנטים, כללי פעולה כמו חוקים ותקנות, ואף גורמים מוחשיים פחות ולא פורמליים כמו כיוון התפתחות היסטורית והקשר פוליטי (כמו מידת הפופולריות של תכנית רווחה), שקשה לשחקנים להתעלם מהם ולפעול נגדם.⁹ יתר על כן, מוסדות "הם הסדרים שנולדו מתוך מאבקים ופשרות. הם

5 איל בנבנישתי "ההגנה על קהילות מיעוטים בבתי משפט" עלי משפט ג 463 (2003) ; Alan R. Booth "European Courts Protect Women and Witches": Colonial Law Courts as Redistributors of Powers in Swaziland, 1920-1950", 18 *J. S. Afr. Stud.* 253 (1992)

6 ש.ב.

7 Kubiak, Siefert & Boyd, לעיל ה"ש 1.

8 John L. Campbell, *Institutional Change and Globalization* 1 (2004)

9 Douglass C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance – Political Economy of Institutions and Decisions* (1990); Bo Rothstein & Sven Steinmo, "Restructuring Politics: Institutional Analysis and the Challenges of Modern Welfare States" *Restructuring the Welfare State: Political Institutions and Policy Change* 1 (Bo Rothstein & Sven Steinmo eds., 2002); Kathleen Thelen & Sven Steinmo, "Historical Institutionalism in Comparative Politics", *Structuring Politics: Historical*

משקפים את המשאבים והעוצמה של אלו שיצרו אותם, ובתורם משפיעים על חלוקת המשאבים והעוצמה בחברה. לאחר שנוצרו, מוסדות הם כוחות חיצוניים חזקים המסייעים לקבוע כיצד אנשים רואים את עולמם ונוהגים בו. הם מעלים ומווסתים קונפליקטים ומבטיחים יציבות חברתית.¹⁰ גישות נאו-מוסדיות שונות גורסות כי מוסדות משפיעים על דרכי הפעולה של שחקנים ועל יכולתם לממש את מטרותיהם,¹¹ וחלקן אף רואות במוסדות גורמים בעלי עוצמה כה רבה עד כי הם משפיעים גם על תפיסות עולם ועל אינטרסים של שחקנים.¹² מכאן כי מוסדות הם משתנה חשוב המשפיע על תוצאה של אירועים ותהליכים. עם זאת גם גישות נאו-מוסדיות הגורסות כי למוסדות יש השפעה ניכרת על אירועים ותהליכים אינן גורסות כי מוסדות הם משתנה יחיד המשפיע על התוצאה המתקבלת ו/או שהשפעתם דטרמיניסטית.¹³ לכן גישות נאו-מוסדיות שואפות לבחון לא רק כיצד מוסדות משפיעים על שחקנים, אלא גם כיצד שחקנים משפיעים על מוסדות ומשנים אותם, או פועלים בניגוד להם.¹⁴

- Institutionalism in Comparative Analysis 1* (Sven Steinmo, Kathleen Thelen & Frank Longstreth eds., 1992)
- Campbell, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1. 10
- James G. March & Johan P. Olsen, "The New Institutionalism: Organizational Factors in Political Life", 78 *Am. Pol. Sci. Rev.* 634 (1984) לעיל ה"ש 9. 11
- Walter W. Powell & Paul J. DiMaggio, *The New Institutionalism in Organizational Analysis* (1991) Rothstein & Steinmo; לעיל ה"ש 9; Thelen & Steinmo; לעיל ה"ש 9. 12
- גישות נאו-מוסדיות רציונליות (Rational choice new-institutionalism) רואות בהעדפות השחקנים כחיצוניות למוסדות, קרי השחקנים רואים במוסדות אילוצים שבעטיים עליהם להתאים את דרכי הפעולה להשגת המטרות המקוריות. גישות נאו-מוסדיות היסטוריות (Historical new-institutionalism) גורסות כי גם העדפות השחקנים נגזרות מתוך ההסדרים המוסדיים שבתוכם פועלים השחקנים.
- Rothstein & Steinmo, לעיל ה"ש 9; Thelen & Steinmo, לעיל ה"ש 9. 13
- Elisabeth S. Clemens & James M. Cook, "Politics and Institutionalism: Explaining Durability and Change", 25 *Ann. Rev. Soc.* 441 (1999); William H. Riker, "Implications from the Disequilibrium Rule of the Study of Institutions", 74 *Am. Pol. Sci. Rev.* 432 (1980); Kathleen Thelen, "How Institutions Evolve: Insights from Comparative-Historical Analysis", *Comparative Historical Analysis in the Social Sciences* 208 (James Mahoney & Dietrich Rueschemeyer eds., 2003) לעיל ה"ש 8. 14

בקרב עמנו אנו יושבים: ניתוח נאו-מוסדי של בתי משפט כאמצעי העצמה במדינת הרווחה

הספרות על אודות שופטים ובתי משפט כשחקנים פוליטיים מתחבטת גם היא¹⁵ בדילמת "המכניזם הסיבתי" – האם ובאיזה אופן משתנים של הסדרים מוסדיים, התנהגות פוליטית ומדיניות משפיעים זה על זה.¹⁶ מחד גיסא, חוקרים המצדדים בגישת הבחירה הרציונלית טוענים כי פסיקותיהם של שופטים מושפעות מאידאולוגיות שהם מחזיקים בהן ומהאינטרסים שלהם, בעוד שלהסדרים מוסדיים (institutional arrangements או institutional constraints) יש חשיבות משנית.¹⁷ חוקרים נאו-מוסדיים רואים בהסדרים מוסדיים ובהקשרים היסטוריים (historical contexts) גורמים מכריעים המשפיעים על חופש הפעולה של שופטים ועל הכרעותיהם.¹⁸ על פי גילמן, ההבדל נעוץ בהנחות היסוד: האם שופטים משפיעים על הסדרים מוסדיים (גישת הבחירה הרציונלית), או האם הסדרים מוסדיים משפיעים על שופטים (הגישה הנאו-מוסדית).¹⁹

הרשות השופטת בישראל מתוארת בחלק מהחיבורים על אודותיה כמי שאיננה מכשיר להעצמה של פרטים²⁰ או ל"רפורמות חברתיות של ממש"²¹ בשל מגבלות שונות, הנידונות בחלקו הבא של המאמר. יתר על כן, כיוון שהשופטים נמנים על האליטה, הרי שהם נתפסים כמי שמקדמים את האינטרסים של בעלי ההון ושל קבוצות חברתיות חזקות נוספות, ולא את האינטרסים של העניים ושל קבוצות חברתיות חלשות נוספות כגון נשים,

- Cornell E. Clayton & David A. May, "A Political Regimes Approach to the Analysis of Legal Decisions", 32 *Polity* 233 (1999). עמרי ידלין "שיקול דעת שיפוטי" ו"אקטיביזם שיפוטי" כמשחק אסטרטגי" מחקרי משפט יט 665, 667-687 מציע מודל ביניים המנסה לשלב את שתי הגישות. לפי המודל, בתי משפט (עליונים, אך ניתן להשליך את המודל על ערכאות נמוכות יותר, וידלין אף מציין זאת, אם כי השחקנים שמולם ניצב בית המשפט עשויים להיות שחקנים אחרים מלבד הרשות המחוקקת) פוסקים מתוך כוונה לקדם באופן רציונלי אינטרסים כלשהם, אולם הדבר נעשה בתוך מסגרת מוסדית של גבולות החוק ומערך הקשרים עם שחקנים בעלי עוצמה אחרים.
- Rothstein & Steinmo, לעיל ה"ש 9, בעמ' 4. 16
- Lee Epstein & Jack Knight, "The New Institutionalism, Part II", 7 *Law & Courts* 4 (1997). 17
- Howard Gillman, "More and Less than Strategy: Some Advantages to Interpretive Institutionalism in the Analysis of Judicial Politics", 7 *Law & Courts* 6 (1997) 18
- Howard Gillman, "Placing Judicial Motives in ; (Gillman, More and Less than Strategy Context: A Response to Lee Epstein and Jack Knight", 7 *Law & Courts* 10 (1997) 19
- Gillman, More and Less than Strategy, שם. 19
- יובל אלבשן זרים במשפט: נגישות לצדק בישראל (2005). 20
- גד ברזילי "הגמוניה שיפוטית, קיטוביות מפלגתית ושינוי חברתי" פוליטיקה 2, 31, 44 (1998). 21

מיעוטים וזרים.²² ברם בתי משפט הם זירה נוחה יותר לפרט, או לקבוצה של פרטים, לקדם את עניינם ולחייב סוכנויות של מדינת הרווחה להקצות כסף או שירות בעין ביחס לזירות פעולה פוליטיות אחרות. במקרים רבים ההתדיינות המשפטית עשויה להיות לא רק מהירה יותר, אלא אף המשאבים הכלכליים וכוח האדם שהיא מצריכה פחותים מאלה של דרכי פעולה אחרות המכוונות להשפיע על הקצאת משאבים חומריים כמו התמודדות בבחירות, תהליכי חקיקה בפרלמנט ותרגום החקיקה למדיניות בפועל בקרב סוכנויות מדינת הרווחה – אל כל אלו הגישה עשויה להיות חסומה לחלוטין. השימוש בזירה המשפטית מצריך ממון ומיומנויות ייחודיות, אולם זו זירה שבה פרט או קבוצה נעדרי עוצמה פוליטית רבה עשויים להצליח ולהשיג את מטרותיהם – שינוי אופן יישום מדיניות, ואף שינוי המדיניות עצמה – אף כי הצלחה זו אינה מובטחת.²³

על מנת להדגים את האמור לעיל נבחרו שלוש תכניות רווחה אוניברסליות (דהיינו הזכאות להן אינה מותנית במבחני הכנסות/אמצעים),²⁴ אשר שונות במאפייניהן המוסדיים האחרים (הכללים החוקיים ומידת שיקול הדעת שהם מותירים לנותני השירותים ומידת ההכללה שלהם, קרי האוכלוסייה הזכאית הפוטנציאלית), בהתפתחות ההיסטורית שלהן, בסוגיות הפוליטיות שנקשרו בהן, בשחקנים הפוליטיים המשתתפים בעיצובן וביישומן ובמידת הלגיטימציה הציבורית הניתנת להן. מקרי הניתוח גם מבטאים מגמות התפתחות מגוונות, ולעתים סותרות, של מדינת הרווחה הישראלית בשנות התשעים.²⁵ לצורך מחקר זה נבנה מאגר נתונים, ובו 835 פסקי דין שניתנו בתביעות של פרטים נגד נותני שירותים בשלושת מקרי הניתוח (או בערעורים של נותני השירותים שהוגשו בתביעות של פרטים) בשנים 1990-מחצית 2002 (באשר לחוק ביטוח בריאות ממלכתי התקופה היא 1997-מחצית 2002) (ראו נספח מתודולוגי). ניתוח המקרים נעשה בשני שלבים: הראשון – כמותי, והשני – איכותי. בשלב הראשון המקרים קוטלגו לסוגיות שונות, כגון תנאי זכאות או נושאים רלוונטיים אחרים הנוגעים למקרי הניתוח ושיעורי

22 אלבשן, לעיל ה"ש 20.

23 Gerald N. Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* (1991). ראו גם בספר זה: מיכל אהרוני וגליה פיט "ממאבקי זכויות להעצמה כלכלית: סיוע משפטי לפיתוח קהילתי-כלכלי, כתפיסה חדשה של עריכת דין חברתית".

24 אברהם דורון מדינת הרווחה בעידן של תמורות (1985).

25 ג'וני גל ביטחון סוציאלי בישראל (2004); אברהם דורון "מדיניות הרווחה בישראל – התפתחויות בשנות ה-80 או ה-90" המדיניות הציבורית בישראל 437 (דוד נחמיאס וגליה מנחם עורכים, 1999) (דורון "מדיניות הרווחה בישראל"); זאב רוזנהק "משבר מדינת הרווחה הישראלית ותהליך הגלובליזציה: קווים לניתוח משווה" מדינה וקהילה 46 (משה נאור עורך, 2004).

בקרב עמנו אנו יושבים: ניתוח נאו-מוסדי של בתי משפט כאמצעי העצמה במדינת הרווחה

הצלחה של התובעים הפרטיים בכל סוגיה (ראו טבלאות 1, 2 ו-3). בשלב השני המקרים נותחו כדי למצוא כיצד בתי המשפט פוסקים, כלומר באילו מונחים השופטים עושים שימוש כדי לתאר את החלטותיהם הנוגעות לתובעים הפרטיים מזה, ולנותני השירותים מזה. מטרת הניתוח הדו-שלבית היא לתרום להבנת התפקידים הפוליטיים של הרשות השופטת בעיצוב תכניות רווחה וזכויות חברתיות בישראל ושל יכולתה להיענות לתביעותיהם של פרטים ולסייע בידם.

המאמר בנוי מחלקים אחדים: בחלק הראשון מוצג דיון תאורטי על אודות מעורבותם של בתי משפט בתהליכי עיצוב מדיניות הנוגעים להקצאת משאבים חומריים על ידי המדינה. שלושת החלקים הבאים דנים בביטוח אבטלה, בקצבאות ילדים ובחוק ביטוח בריאות ממלכתי ומדיגימים, באמצעות בחינת סוגיה אחת או שתיים בכל מקרה ניתוח, אינטראקציות מגוונות בין הסדרים מוסדיים שונים לבין האינטרסים של בית המשפט והשלכותיהם על אפשרות העצמה של פרטים. החלק האחרון של המאמר הוא דיון מסכם הקושר את מעורבותם של בתי משפט בעיצוב זכויות חברתיות הלכה למעשה עם יכולתם לשמש אמצעי להעצמת פרטים, קרי יכולתם להיות אמצעי שבו הפרט יכול לממש זכויות חברתיות הקבועות בחוק.

מעורבות בתי משפט בעיצוב מדיניות רווחה: הפרספקטיבה הנאו-מוסדית

בתי משפט עשויים להיות זירה נוחה לפעולה שבה פרטים יכולים לחייב את סוכנויות מדינת הרווחה – מפעילי תכניות הביטוחון הסוציאלי וספקי שירותים חברתיים – לממש את זכויותיהם החוקיות.²⁶ עם זאת אין זה מובן מאליו שעל בית המשפט להתערב או

26 חוקרי מדינת הרווחה הישראלית מתחומי מדעי החברה והעבודה הסוציאלית מתרכזים ברשות המבצעת וברשות המחוקקת ומתעלמים מהרשות השופטת. ראו למשל כמה מהמחקרים המקיפים ביותר על אודות התפתחות מדינת הרווחה הישראלית: גל, לעיל ה"ש 25; אברהם דורון ורלף מ' קרמר מדינת הרווחה בישראל (1992); זאב רוזנהק מקורותיה והתפתחותה של מדינת רווחה דואלית: האוכלוסייה הערבית במדינת הרווחה הישראלית (עבודת גמר לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למדעי החברה, 1995); Avraham Doron & Ralph M. Kramer, "Ideology, Programme and Organizational Factors in Public Assistance: The Case of Israel", 5 J. Soc. Policy 131 (1976). עמיתיהם מתחום המשפט נוטים להתרכז בערכאות העליונות (בג"ץ ובית הדין הארצי לעבודה) ובזכויות חברתיות הקשורות בעבודה כגון חופש ההתאגדות המקצועית וזכות השביתה. ראו למשל: רות בן-ישראל "השלכות חוקי היסוד על משפט העבודה ומערכת יחסי העבודה" שנתון משפט העבודה ד 27 (1994); דפנה ברק-ארוז "מדינת הרווחה בישראל – בין החקיקה לבירוקרטיה" עבודה חברה ומשפט ט 175 (2002); אייל גרוס "החוקה הישראלית: כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי?" צדק חלוקתי

שייענה לתביעה להתערב באופן יישום מדיניות רווחה וביטחון סוציאלי, ומה הם התנאים שבהם יוכל לעשות כן. כפי שמציין אלבשן, בפני חלק מהנוזקים לעזרת המערכת המשפטית, ובייחוד החלשים שבהם, קיימים מחסומים ומכשולים רבים המונעים את הגעתם לבית המשפט מלכתחילה, ובהם הוראות בחוק המונעות או מגבילות במידה ניכרת פנייה לערכאות משפטיות וחסמים כלכליים, גאוגרפיים, תרבותיים ופסיכולוגיים המונעים הגעה לבתי המשפט ו/או מונעים מיצוי נאות שלהם.²⁷ מעבר לכך, כאשר הפרט מצליח להגיע לבית המשפט, הרי שקיימים כמה גורמים פוליטיים, פוליטיים-מוסדיים ומוסדיים המשפיעים על אופן מעורבותו והכרעתו של בית המשפט. אסביר כל אחת מקבוצות גורמים אלה.

הגורם הפוליטי הוא היחסים בין הרשות השופטת לבין שחקנים אחרים, ובייחוד הרשות המבצעת. בתי משפט הם שחקנים פוליטיים: מחד, בתי משפט הם רשות של המדינה: הם מכריעים בסכסוכים, משתתפים בעיצוב מדיניות, הם כלי לפיקוח חברתי והם נותנים לגיטימציה למשטר המדיני הקיים.²⁸ הם נדרשים ליישם את תפיסת המדינה ואת יחסיה עם החברה ועם הפרטים בה כפי שעוצבו על ידי הרשות המחוקקת והרשות המבצעת בחקיקה ראשית ומשנית. בכך הם ממלאים פונקציות חברתיות ופוליטיות מרכזיות. מאידך, בתי משפט הם גם שחקן (או שחקנים) פוליטי עצמאי המבקש להגביר

בישראל 79 (מנחם מאוטנר עורך, 2000); גיא מונדלק "זכויות כלכליות-חברתיות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות למימד חברתי של זכויות האדם" שנתון משפט העבודה ז 65 (1999); גיא מונדלק "חמישים שנה להפעלת חוק הביטוח הלאומי: החגיגות יתקיימו בבית-המשפט" בטחון סוציאלי 67, 83 (2004); Ran Hirschl, "The Great Economic- Juridical Shift: The Legal Arena and the Transformation of Israel's Economic Order" *The New Israel: Peacemaking and Liberalization* 189 (G. Shafir & Y. Peled eds., 2000). כמו כן זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004) מהווה תרומה נכבדה להרחבת הדין המשפטי בכלל הזכויות החברתיות. ראו גם: יובל רבין הזכות לחינוך (2002). בנוסף, אלבשן, לעיל ה"ש 20, תורם תרומה חשובה להתייחסותה של מערכת המשפט, ובג"ץ בפרט, אך גם של ערכאות נמוכות יותר, לאוכלוסיות מוחלשות ולזכויות החברתיות. ראו גם: טל גולן "מבחן התושבות בהענקת קצבת זקנה – קהילות, גבולות ומדינת הרווחה" בטחון סוציאלי 69, 32 (2005), עוסק במקומם של בתי הדין לעבודה בעיצוב גבולות מדינת הרווחה – מבחינת האוכלוסיות הזכאיות לפירותיה – באמצעות בחינת סוגיית התושבות בתוכנית קיצבאות זקנה.

אלבשן, לעיל ה"ש 20. 27

Jacob Herbert, "Introduction", *Courts, Law and Politics in Comparative Perspective* 1-14 (Herbert Jacob, Erhard Blankenburg, Herbert M. Kritzer & Doris Marie Provine eds., New Haven: Yale University Press, 1996) 28

בקרב עמנו אנו יושבים: ניתוח נאו-מוסדי של בתי משפט כאמצעי העצמה במדינת הרווחה

את עוצמתו: הם חותרים ללגיטימציה ציבורית, להסכמה ולציות מצד שחקנים אחרים, הבאה לידי ביטוי בנכונות לקבל את הכרעות בתי המשפט.²⁹ מחקרים שונים מצביעים על כך כי בתי משפט מוגבלים ביכולתם לכפות על הרשות המבצעת ליישם את החלטותיהם, בייחוד אלו הכרוכות בשינוי הקצאת משאבים חומריים.³⁰ בתי משפט עשויים להימנע מלפסוק נגד המדינה מחשש כי החלטותיהם לא יכובדו, ועוצמתם לעומת שחקנים אחרים והשפעתם עליהם יצטמצמו. לכן נכונות שחקנים רבי עוצמה רבה כמו הרשות המבצעת או הרשות המחוקקת לתמוך בהכרעת בית המשפט היא מרכיב שיש ביכולתו להשפיע על נכונותם של בתי המשפט לקדם שינויים חברתיים, ובכללם שינויים במדינת הרווחה.³¹ באופן דומה, בתי המשפט גם לא ייטו לקדם שינויים רדיקליים מדי בשל חשש מהתנגדות הציבור ו/או מצד שחקנים בעלי עוצמה פוליטית רבה.³²

הזיהוי של בתי משפט כשחקנים פוליטיים המעורבים בחיים הציבוריים ומשפיעים עליהם מיוחס בעיקר לבית המשפט העליון בעקבות, למשל, מעורבותו ההולכת וגוברת בסוגיות הנחשבות בעיני שחקנים אחרים כנוגעות לערכי היסוד של החברה,³³ אך היות בית המשפט "שחקן פוליטי" אינו מוגבל רק לערכאה העליונה ביותר. מערכת בתי הדין לעבודה בישראל היא דוגמה נוספת לבתי משפט המשלבים תפקידים משפטיים ותפקידים פוליטיים באופן מוצהר ומכוון. מערכת בתי הדין לעבודה, המורכבת מחמישה בתי דין אזוריים ומבית דין ארצי, המשמש כערכאת ערעורים, הוקמה בשנת 1969 כדי ליישב סכסוכים בין מעסיקים לבין עובדים וכזירה נוספת שבה נציגי העובדים (ההסתדרות)

- 29 ידלין, לעיל ה"ש 15; Rosenberg, לעיל ה"ש 23; Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe* (2000).
- 30 Susan Gluck Mezey, "Policymaking by the Federal Judiciary: The Effects of Judicial Review on the Social Security Disability Program", 14 *Pol'y Stud. J.* 343 (1986); Mary L. Volcansek, "Constitutional Courts as Veto Players: Divorce and Decrees in Italy", 39 *Euro. J. Pol. Res.* 347 (2001). בתי משפט אינם מצוידים ביכולות אכיפה, שכן אלו מסורות למדינה, שהיא גם "מדינת הרווחה". כוחו של בית המשפט בא לידי ביטוי גם בפרסום הניתן להכרעותיו, ובתקווה שפרסום זה יעורר יחידים וקבוצות ללחוץ על הרשויות האחרות לשנות ולהתאים מצב חוקי בעייתי או ללחוץ על נתני שירותים לשנות מדיניות שאינה עולה בקנה אחד עם החוק ופרשנותו.
- 31 Rosenberg, לעיל ה"ש 23.
- 32 שם.
- 33 ברזילי, לעיל ה"ש 21; רות גביון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית (2000); מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" אקטיביזם שיפוטי 33 (אריאל פורת עורך, 1993).

ונציגי המעסיקים (לשכת התיאום של הארגונים הכלכליים) יוכלו להידבר ולהגיע להסכמות.³⁴

הגורמים הפוליטיים-מוסדיים מתייחסים למידת התגבשותן ולתוכן של מסורות של תפיסת הפרדת רשויות וביקורת שיפוטית. תפיסות שונות של הפרדת רשויות וביקורת שיפוטית מנחות באילו סוגיות ובאילו תנאים יתערב בית המשפט ובאיזו מידה, ואילו סוגי התערבות והחלטות נחשבים בעיני השופטים לגיטימיים. להנעת מעורבותם של בתי משפט בתהליכי עיצוב מדינת הרווחה נחוצה תפיסה של הפרדת רשויות שלפיה חיוב המדינה להקצות משאבים למטרה כזו או אחרת הוא בבחינת חיוב דריסת רגל הדדית זו בתחומה של זו והיעדרם של גבולות בלתי חדירים על פני תפיסה הרואה בכך חדירה לתחומן של הרשות המחוקקת ושל הרשות המבצעת ולקבלת החלטות המחייבות את הכלל על ידי שופטים שלא נבחרו באופן דמוקרטי.³⁵ קיומה של מסורת ביקורת שיפוטית שבמסגרתה בתי משפט רשאים ויכולים לבחון אם חקיקה עולה בקנה אחד עם חוקה (או עם עקרונות חוקתיים, בהיעדר חוקה) ואם מעשים שלטוניים אינם מנוגדים לחוק והיא תנאי מרכזי למעורבות פעילה של בתי משפט בעיצוב מדיניות חברתית.³⁶ יתר על כן, תפיסת הביקורת השיפוטית צריכה להיות כזאת שלא תסתפק רק בבקרה של חוקיות מעשי השלטון, אלא גם תוכל לחייב לבצע מעשה ולהקצות משאבים כאשר הדבר נובע מחיוב חוקתי/חוקי – גם כאשר נטען למחסור במשאבים.³⁷

34 Guy Mundlak, *International Encyclopedia of Comparative Law Social Security – Israel* (Kluwer, 2003); Guy Mundlak & Itzhak Harpaz, "Determinants of Israeli Judicial Discretion in Issuing Injunctions against Strikes", 40(4) *Brit. J. of Indus. Relations* 753 (2002). גם הרכב המותב בבתי הדין לעבודה מלמד על התפקיד הפוליטי-קורפורטיסטי: בכל מקרה הנידון באחד מבתי הדין יושבים בדין שופט מקצועי או שלושה שופטים מקצועיים מטעם המדינה, נציג העובדים ונציג המעסיקים. לעתים רחוקות, במקרים של טעות משפטית מהותית בפסק דין של בית הדין הארצי לעבודה, יהיה מוכן בית המשפט העליון בישובו כבג"ץ לבחון לגופה עתירה כנגד פסיקת בית הדין.

35 Craig Scott & Patrick Macklem, "Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in the New South African Constitution", 141 *U. Penn. L. Rev.* 1 (1992).

36 אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית (2004); גביוון, קרמניצר ודוהן, לעיל ה"ש 33, בעמ' 5; Diana Woodhouse, "The Judiciary in the 1990s: Guardian of the Welfare State", 26 *Pol'y & Pol.* 457 (1998).

37 שם. לעתים בתי המשפט נכונים לעמוד מול הרשות המבצעת ולחייב הרחבת תוכניות רווחה ושירותים חברתיים על פני שיקולים תקציביים וצמצום מעורבות המדינה בזירה הכלכלית, לא בהצדקה של קיום זכויות חברתיות של הפרט הנובעות מצרכים חומריים כגון דיור,

בקרב עמנו אנו יושבים: ניתוח נא-מוסדי של בתי משפט כאמצעי העצמה במדינת הרווחה

בתי משפט, בדומה לשחקנים פוליטיים אחרים, משקפים את התרבות הפוליטית ההגמונית בחברה.³⁸ למשל, עם מגמות הליברליזציה והאינדוידואליזם בחברה הישראלית, מבקרים שונים של מערכת המשפט בישראל, ובייחוד של בג"ץ, רואים בה כמשקפת ומשעתקת מגמות של נסיגת המדינה ממעורבות בתהליכים כלכליים ועיגון זכויות פוליטיות ואזרחיות, אך לא זכויות חברתיות הנקשרות עם מעורבות רבה יותר של המדינה בחברה ובחיי הפרט.³⁹

דרך נוספת לבחון את מקומם של בתי המשפט בתהליכי עיצוב מדיניות ציבורית היא לראותם כ"נקודות וטו" או כ"שחקני וטו". בית משפט כ"נקודת וטו" משמעו צומת הכרעה בתהליך עיצוב המדיניות כשאופוזיציה או קבוצה קטנה יכולה לגייס את המשאבים הנדרשים ולחסום קידום מדיניות שאינה רצויה להם.⁴⁰ בית משפט כ"שחקן וטו" משמעו שנדרשת הסכמת בית המשפט כדי לקדם מדיניות מסוימת, והתנגדות בית המשפט עשויה להביא לטרפודה.⁴¹ חוקרים המציינים את חשיבותם של בתי משפט כ"נקודת וטו" או כ"שחקן וטו" רואים חשיבות בבתי משפט למניעת מדיניות העשויה לפגוע באינטרסים או בזכויות של יחידים, של קבוצות קטנות ושל מיעוטים, אפילו כאשר בידי תומכי מדיניות מסוימת יש עוצמה פוליטית רבה. אפילו במצב זה בתי משפט יכולים לפעול כמחסום

בריאות, חינוך והכנסה מספקת אל מול חובה של המדינה לספקם, אלא באמצעות שימוש בזכויות אזרחיות דווקא, כגון הזכות לחיים, הזכות לכבוד ועיקרון השוויון, שמהותן המקורית היא דווקא הסגת המדינה מהתערבות רבה בחיי הפרט, ונחשבת לחלק משיח הזכויות הדומיננטי. במקרה הישראלי, בית המשפט העליון הכיר כי "כבוד האדם כזכות חוקתית כולל בחובו הגנה מינימלית על הקיום האנושי. במסגרת זאת נכללת הרמה המינימלית של הגנה על הקיום האנושי כפי שהיא מובנת בכל הזכויות החברתיות" (ברק, לעיל ה"ש 36, בעמ' 145).

38 ברזילי, לעיל ה"ש 21.

39 אלבשן, לעיל ה"ש 20; גרוס, לעיל ה"ש 26; אנדרי מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל ד(1) 133 (1997).

40 Ellen M. Immergut, "The Rules of the Game: The Logic of Health Policy-Making in France, Switzerland and Sweden", *Structuring Politics: Historical Institutionalism in Comparative Analysis* 57 (Sven Steinmo, Kathleen Thelen & Frank Longstreth eds., 1992).

41 George Tsebelis, "Decision Making in Political Systems: Veto Players in Presidentialism, Parliamentarism, Multiculturalism and Multiplayerism", *25 Brit. J. Pol. Sci.* 289 (1995).

אחרון בפני פגיעה בזכויות אדם, כולל זכויות חברתיות, בתנאי שאלו מעוגנות בדיון הקיים.⁴²

הגורמים המוסדיים נובעים מהיות "בית המשפט" ו"חוק" מוסדות. קבוצה אחת של גורמים מוסדיים נוגעת להליך המשפטי עצמו. ראשית, חשוב כי הסוגיה תובא בפני בית המשפט. בית המשפט אינו יוזם דיון בסוגיה מסוימת רק לשם הדיון, אלא הוא מכריע בסכסוך בין צדדים: בין הפרט התובע מימוש זכות לבין נותן השירותים.⁴³ שנית, נחוץ כי לסוגיה המובאת בפני בית המשפט תהיה תשתית חוקתית/חוקית, ושיהיה ניתן להציגה בשפה שבית המשפט יוכל להתמודד עמה ולא לדחותה על הסף.⁴⁴ בית המשפט אינו יכול ליצור תכנית רווחה יש מאין, אולם מרגע שתכניות רווחה קיימות והן מוסדרות בכללים חוקיים, יש בידי הכלים לבחון אם המדיניות עולה בקנה אחד עם החוק ועם כללי המשפט המנהלי (כגון דרך הפעלת שיקול הדעת של נותן השירותים, המטרות שראה לנגד עיניו, האיזון בין שיקולים שונים רלוונטיים ולא רלוונטיים וכיוצא בזה).⁴⁵ קבוצה שנייה של גורמים מוסדיים נוגעת להיבטים סוציולוגיים של מערכת המשפט. שופטים מהווים קבוצה שיש בה הייררכיה, כללים ויכולת אכיפה עצמית גם אם לא ניתן להחילם באופן מושלם.⁴⁶ אמצעי אחד הוא התקדים המחייב בשיטת המשפט האנגלו-אמריקנית שופט מערכאה נמוכה לפסוק במקרה שלפניו לאור פסיקה קודמת באותו עניין כפי שפסקה ערכאה גבוהה ממנו. אמצעי אכיפה אחר הוא הערעור והיכולת להפוך החלטה של ערכאה נמוכה על ידי ערכאה עליונה, בבחינת "להחזיר את הסדר על כנו".⁴⁷ גם לאופן שבו מתמנים שופטים לכהונתם עשויה להיות השפעה על עבודתם בעתיד.⁴⁸ לבסוף, החינוך וההכשרה של שופטים, תפיסות עולמם וערכיהם כפרטים (למשל, התייחסותם לרעיונות כמו "שלטון החוק" ו"שוק חופשי") והשתייכותם לקבוצת האליטה בחברה,⁴⁹ גם הם גורמים משפיעים.

חוקים מספקים לשופטים הנחיה והדרכה כיצד לפסוק במקרים פרטניים המובאים בפניהם. ראשית, חוקים מגדירים את המתחם שבו בתי משפט יכולים להכריע, בין שהוא

42 בנבנישתי, לעיל ה"ש 5; Volcansek, לעיל ה"ש 30.
 43 Woodhouse, לעיל ה"ש 36; Rosenberg, לעיל ה"ש 23.
 44 אלבשן, לעיל ה"ש 20.
 45 Woodhouse, לעיל ה"ש 36.
 46 Rosenberg, לעיל ה"ש 23.
 47 חיים ה' כהן המשפט (מהדורה שנייה, 1996); Rosenberg, לעיל ה"ש 23.
 48 כהן, שם.
 49 אלבשן, לעיל ה"ש 20; Paul W. Kahn, *The Reign of Law: Marbury v. Madison and the Construction of America* (1997).

בקרב עמנו אנו יושבים: ניתוח נאו-מוסדי של בתי משפט כאמצעי העצמה במדינת הרווחה

צר (צמוד ללשון החוק) ובין שהוא רחב (ומבקש לעמוד על תכליתו).⁵⁰ שנית, חוקים יוצרים אחידות בפסיקה של שופטים שונים, והם נועדו למנוע הטיית דין בשל ההבדלים בין שופטים בתפיסות עולמם ובהעדפותיהם.⁵¹ ציות לחוק על ידי בתי המשפט יוצר רציונליזציה של החלטותיהם בעיני שחקנים אחרים, נותן דוגמה לשחקנים אחרים כיצד לקיים את החוק ומגביר את הלגיטימיות של בתי המשפט בעיני שחקנים אחרים ואת מידת ציותם להכרעותיו.⁵² ללשון החוק יש חשיבות רבה: במקום שבו הכללים מנוסחים באופן ברור ומדויק, מידת יכולתו של בית המשפט להתערב מצומצמת יותר, ולעומת זאת במקום שבו הכללים מנוסחים באופן עמום, או שכללים שונים עומדים בסתירה זה לזה, לבית המשפט יש מרחב גדול יותר להתערבות ולבחון את שיקול הדעת של נותני השירותים.⁵³ ברם החוק כ"מוסד" אינו קובע את פסיקת השופטים מלכתחילה. פסיקת בתי משפט היא תוצאה של אינטראקציה בין החוק ללשונו, של אילוצים מוסדיים אחרים ושל האינטרסים המגוונים של בתי משפט. כמודגם במאמר זה, יש ששופטים אינם מנצלים את המרחב שניתן להם כדי לפסוק נגד סוכנויות מדינת הרווחה, ולעתים הם דווקא מוצאים דרכים להרחיב מרחב פעולה מצומצם מלכתחילה כדי לקדם לא רק את האינטרסים של התובעים, אלא גם את האינטרסים המוסדיים שלהם.

שלושת מקרי הניתוח מדגימים כי לכל אחת מקבוצות המשתנים הללו יש חשיבות, אולם משקלן היחסי שונה בכל אחד מהמקרים: אם במקרה של תכנית ביטוח אבטלה הגורם המוסדי של ה"חוק" הוא בעל השפעה רבה, הרי במקרה של תכנית קצבאות הילדים הגורם הפוליטי של הלגיטימציה של בתי המשפט בעיני השחקנים האחרים הוא הדומיננטי, ובמקרה של חוק ביטוח בריאות ממלכתי – הגורם הפוליטי-מוסדי של הפרדת הרשויות מקבל משנה חשיבות בהסבר התוצאה.

50 ברק, לעיל ה"ש 36; ידלין, לעיל ה"ש 15.

51 Mark J. Richards & Herbert M. Kritzer, "Jurisprudential Regimes in Supreme Court Decisions Making", 96 *Am. Pol. Sci. Rev.* 305 (2002).

52 ש.ם.

53 ראו גם: Steve Thel, "Statutory Findings and Insider Trading Regulation", 50 *Vand. L. Rev.* 1091 (1997). ניתן לציין בנקודה זו כי בתי המשפט יכולים לחזק את הלגיטימציה לקיומם ולחיוניותו של התהליך המשפטי מצד המדינה ומצד החברה כאחד ובד בבד לחייב את המדינה להקצות משאבים בניגוד לרצונה דווקא על ידי שימוש בפורמליזם משפטי. פסיקה המפרשת את החוק כמעניק זכות לפרט הנגזרת מלשונו של החוק או נגזרת מהמטרה שיוצרו הצהירו עליה בתהליך החקיקה מאפשרת לבית המשפט 'לזכות בכל העולמות': מחד גיסא בית המשפט מצטייר כמיישם את רצון הרשויות האחרות, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בחקיקה, ומאידך גיסא התובע מממש את זכותו החוקית באופן מלא או חלקי – כל זה נעשה באצטלות של הליך משפטי 'לא פוליטי' והסקת מסקנות לוגית/רציונלית וניטרלית'. ראו: Stone Sweet, לעיל ה"ש 29.

ב. תכנית ביטוח אבטלה: לשון החוק והאינטרסים של בית המשפט

המקרה של תכנית ביטוח אבטלה מדגים כיצד לשון החוק יכולה הן לשמש כאילוץ מוסדי מגביל הן לאפשר פתח לפעולה לבתי המשפט לפעול באופן נבדל ועצמאי מהמדיניות של הרשויות המבצעת והמחוקקת. בכך יכולים בתי הדין לעבודה, לפחות בחלק מהמקרים המובאים בפניהם, לאזן בין עוצמתו של הפרט לבין עוצמתם של נותני השירותים, המוסד לביטוח לאומי ושירות התעסוקה. טענה זו תודגם באמצעות שתי סוגיות מרכזיות הבאות תכופות בפני בתי הדין לעבודה: תנאי הזכאות של תקופת אכשרה קודמת לתקופת האבטלה וסירוב של מובטל לקבל עבודה מתאימה שהוצעה לו על ידי שירות התעסוקה.

בשנות השמונים והתשעים הפכה תכנית ביטוח אבטלה מתכנית זניחה, לפי מספר הנהגים ממנה והיקף ההוצאה התקציבית בגינה, לאחת התכניות המרכזיות שמפעיל המוסד לביטוח לאומי⁵⁴ בעקבות הגידול במספר המוחלט והיחסי של מובטלים.⁵⁵ תכנית ביטוח אבטלה היא ככל הנראה תכנית הביטחון הסוציאלי שאליה מופנית הביקורת הרבה ביותר, ומבקריה טוענים כי הוראות שונות בה מאפשרות ניצול לרעה. בשנות התשעים ובראשית שנות האלפיים עברה תכנית ביטוח אבטלה שינויים רבים שנגעו למרבית היבטיה (תנאי הזכאות, תקופת הזכאות וערך הגמלה) והיו מכוונים ברובם המכריע לצמצם את מידת נדיבותה.⁵⁶ השינויים הללו שינו במידה רבה את מטרותיה של התכנית ממתן הכנסה לפרק זמן מסוים לפרט המאבד את מקום עבודתו עד שימצא מקום עבודה שהוא וכלל החברה יוכלו להפיק ממנו תועלת מרובה ככל הניתן, למכשיר למאבק במובטלים ואמצעי להניעם, ואף לאלצם, לשוב לשוק העבודה בכל תנאי – כחלק ממגמה רחבה יותר להגמשת שוק העבודה.⁵⁷ ניתן לראות בתמורות החוקיות ביטוי לתמיכה הפוליטית

54 המוסד לביטוח לאומי סקירה שנתית 2001 (2002) (להלן: המוסד לביטוח לאומי 2001); המוסד לביטוח לאומי סקירה שנתית 2003/2002 (2004) (להלן: המוסד לביטוח לאומי 2003/2002).

55 ג'וני גל האמנם נטל מרצון? סיפורה של ההתמודדות עם האבטלה (2002) (להלן: גל האמנם נטל מרצון?); ג'וני גל "מדיניות חברתית בישראל – השינוי בשיח הציבורי" מפנה 38, 25 (2002); זאב רוזנהק "גלובליזציה, פוליטיקה מקומית ושינויים במדינת הרווחה: תכנית ביטוח האבטלה בישראל" עבודה, חברה ומשפט 9 155 (2002).

56 שם; ג'וני גל "על מטוטלת ביטוח האבטלה בישראל, 1972-2003" ביטחון סוציאלי 67, 109 (2004); דורון, לעיל ה"ש 25; עמי פרנקל דמי אבטלה בישראל: מגמות ושינויים בחקיקה, 1985 עד 2000 (2001).

57 גל האמנם נטל מרצון?, לעיל ה"ש 55; גל, לעיל ה"ש 56; אברהם דורון "הממסד הישראלי ומלחמתו במובטלים" מפנה 36, 13 (2002); גרעון יניב "האבטלה בישראל: מושגי יסוד" בטחון סוציאלי 35, 5 (1990); רוזנהק, לעיל ה"ש 55. ב"הגמשת שוק העבודה" הכוונה היא

בקרב עמנו אנו יושבים: ניתוח נאו-מוסדי של בתי משפט כאמצעי העצמה במדינת הרווחה

המוגבלת שלה זוכה תכנית ביטוח אבטלה בקרב מרבית מקבלי ההחלטות בקרב הפוליטיקאים והביורוקרטיה הממשלתית ובציבור הרחב. תכנית ביטוח אבטלה מאופיינת במידת מורכבות רבה יחסית ככל שהדבר נוגע לכלליה החוקיים הפורמליים. התכנית מיועדת לסייע לעובדים בלבד שאיבדו שלא מרצון את מקום עבודתם. אולם המונח "עובד" אינו מוגדר במדויק לא בפרק העוסק בביטוח אבטלה בחוק הביטוח הלאומי⁵⁸ ולא בשום חוק אחר.⁵⁹ החוק כולל הוראות בדבר תנאי זכאות, תקופות זכאות ושיעור דמי האבטלה, והן מוצגות באחת משתי צורות: דרך אחת היא מדויקת וברורה, למשל הגדרת סף המבחין בין זכאים ללא זכאים; דרך אחרת היא הצגת הוראה המחייבת הפעלת שיקול דעת מצד נותן השירותים בתכנית, שירות התעסוקה או המוסד לביטוח לאומי, בעת יישומה במקרה פרטני. כמודגם בהמשך, ההבדל בין שני סוגי הכללים החוקיים מוסבר בחלקו בכך שבסוגיות מסוימות בתי הדין נוהגים להפוך את ההחלטות שהתקבלו על ידי סוכנויות מדינת הרווחה יותר מבסוגיות אחרות. במרבית הסוגיות שבהן הכללים החוקיים הם מדויקים וברורים (קבוצה א), שיעורי ההצלחה של התובעים הפרטיים נמוכים יותר, בעוד במרבית הסוגיות שבהן הכללים עמומים יותר ו/או דורשים שיקול דעת בעת יישומם (קבוצה ב), שיעורי ההצלחה של תובעים פרטיים גבוהים יותר, כמודגם בטבלה 1.⁶⁰

- לביטול חלקי או מלא של כללים חוקיים ו/או של הסדרים אחרים שהתגבשו בין השחקנים הפוליטיים הרלוונטיים (דוגמת המדינה, ההסתדרות והמעסיקים) המגנים על זכויותיהם של המועסקים בענייני שכר ותנאי עבודה.
- 58 סעיפים 158, 238 ו-378 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה-1995 (להלן: חוק הביטוח הלאומי).
- 59 בתקופה הנבחנת במאמר זה המובן של "עובד" כ"עובד שכיר" הורחב על ידי בתי הדין לעבודה ועל ידי בג"ץ, והוא כלל סוגי עובדים שבתקופות קודמות לא נחשבו ככאלו, ובהם עובדים על פי חוק ובעלי חברות, שקודם לכן נחשבו עובדים עצמאיים בלבד. שני פסקי הדין המרכזיים הם דנג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817 (1998) (זכאות עובד לפי חוק לביטוח אבטלה); עב"ל (ארצי) 20182/97 המוסד לביטוח לאומי – גרוסקופף, פד"ע לד 97 (1999) (זכאות בעל חברת יחיד לביטוח אבטלה).
- 60 שני החריגים קשורים לחישוב ערך דמי האבטלה המגיעים לפרט, המכונים בטבלה "בסיס דמי אבטלה ומרכיביו" ו"שיעור דמי אבטלה", ניתנים להסבר פרטני: הראשון קשור בהוראות חוק מורכבות כמו אלו של חוק מס הכנסה וחוקים אחרים, ולכן אין זה מפתיע כי נופלות טעויות באופן חישוב דמי אבטלה במצבים שונים, והשני נוגע לבסיס השכר שממנו מחושבים דמי אבטלה, בייחוד במקרים של בעלי חברות יחיד והעסקת בני משפחה – אף שמדובר בהפעלת שיקול דעת, הרי שהמוסד לביטוח לאומי ובתי הדין נוהגים לראות בהעלאת שכר סמוך למועד הפסקת העבודה, כאשר העסק נקלע לקשיים ויש לסגרו או לפטר את האדם, אירוע בלתי סביר, שמטרתו להעלות את שיעור דמי האבטלה בלבד.

שרון אסיסקוביץ

טבלה 1 : תביעות של פרטים לבתי משפט, תכנית ביטוח אבטלה, לפי סוגיות ושיעורי הצלחה⁶¹

שיעור הצלחה	קבוצה (א/ב)	תביעות שנדחו	תביעות שהתקבלו (מלא/חלקי)	הסוגיה
				חוג הזכאים
54.9	ב	37	45	העסקת בן משפחה
36.3	ב	58	33	בעל חברה/בעל חברת יחיד
69.2	ב	4	9	עובד עצמאי/עובד שכיר
33.3	ב	2	1	עובד לפי חוק
75.0	ב	1	3	עובדים עונתיים
26.7	ב	11	4	עבודה בזמן "אבטלה"
14.3	א	6	1	גיל זכאות מינימלי/מקסימלי
31.8	א	15	7	דמי אבטלה בהכשרה מקצועית
—	—	6	5	אחר
				תנאי זכאות
15.6	א	76	14	תקופת אכשרה, תאריך קובע
				תקופת זכאות
50.0	ב	10	10	התפטרות או פיטורין
33.9	ב	37	19	התפטרות מוצדקת
—	—	2	—	אחר
				ערך הגמלה
47.4	א	10	9	בסיס דמי אבטלה ומרכיביו
8.3	ב	11	1	שיעור דמי אבטלה
—	—	1	1	אחר
				כללים נוספים
22.2	א	14	4	כללי התייצבות בלשכת תעסוקה
0.0	א	3	—	מועדי הגשת תביעות
—	—	1	—	אחר
				סירוב (+ "עבודה מתאימה")
45.7	ב	114	96	סירוב
				סך הכול
38.5	—	419	262	681 מקרים

61 לא נכללו פסקי דין בסוגיית מענק עבודה מועדפת לחיילים משוחררים כיוון שאין מדובר בחלק אינטגרלי של תכנית ביטוח אבטלה.

בקרב עמנו אנו יושבים: ניתוח נאו-מוסדי של בתי משפט כאמצעי העצמה במדינת הרווחה

תנאי הזכאות של תקופת אכשרה קודמת לתקופת האבטלה: זוהי דוגמה לקבוצת הסוגיות הראשונה שבה ההוראות החוקיות הן מדויקות וברורות. לפי החוק, אחד התנאים לדמי אבטלה הוא צבירת מספר ימים מסוים שעבורם הפריש המעסיק דמי ביטוח לענף אבטלה. ההוראה החוקית מנוסחת באופן מדויק וברור: מי שצבר את מספר הימים המצוין או יותר זכאי לדמי אבטלה, בהתקיים יתר תנאי הזכאות; אחרת – לאו.⁶² באשר לסוגיה זו רק ב-14 מתוך 90 מקרים ניצח התובע הפרטי, באופן מלא או חלקי.⁶³ במרבית המקרים שבהם ניצח התובע הפרטי התנהל הדיון סביב אחת משתי השאלות: האם התובע היה עובד חודשי או עובד בשכר יומי?⁶⁴ שכן לגבי האחרון נדרש מספר ימי אכשרה נמוך יותר, או האם התובע אכן עבד לפני התקופה שעליה הצהיר כמובטל?⁶⁵ במספר מועט של מקרים נדרשו בתי הדין להדריך את המוסד לביטוח לאומי בטיפול במקרים חריגים שהפתרון להם לא נמצא באופן מפורש בחוק.⁶⁶ את שיעור ההצלחה הנמוך של תובעים פרטיים יש לייחס בראש ובראשונה לניסוח המדויק והברור של תנאי הזכאות בחוק. בתי הדין לעבודה, בדומה למוסד לביטוח לאומי, אינם יכולים להתעלם מלשון החוק, אפילו אם התובע הפרטי צבר ולו רק יום אחד פחות ממכסת הימים המינימלית הנדרשת בחוק.⁶⁷

- 62 סעיף 161 לחוק הביטוח הלאומי.
- 63 סביר להניח כי מספר התביעות שהסתיימו בפסק דין הוא נמוך יותר בסוגיות שבהן הכלל החוקי מנוסח באופן מדויק וברור, אם משום שחלק מהתובעים מבין כי סיכוייו לנצח בבית המשפט נמוכים, ואם משום שנותן השירותים, כמו במקרה של המוסד לביטוח לאומי, נחשף לעובדות חדשות ומקבל את התביעה בלא צורך בהכרעה משפטית. ראו: ריאיון עם שמואל בריצמן, היועץ המשפטי של המוסד לביטוח לאומי בשנים 1986-2001 (14.9.2005) (להלן: בריצמן, ריאיון 2005); ריאיון עם רות הורן, היועצת המשפטית של המוסד לביטוח לאומי בשנים 2001-2005 (6.4.2005).
- 64 ראו למשל: תב"ע (נצ"ע) ע/02-33 בדר מוחמד נ' המוסד לביטוח לאומי, פורסם במאגר נבו (1995) (להלן: עניין בדר); ב"ל (ב"ש) 710134/97 שיטרית נ' המוסד לביטוח לאומי, פורסם במאגר נבו (10.11.1998); ב"ל (נצ"ע) 1835/99 בן שטרית נ' המוסד לביטוח לאומי, פורסם במאגר נבו (2000).
- 65 תב"ע (ת"א) נג/02-29 בלוהוב נ' המוסד לביטוח לאומי, פורסם במאגר נבו (1993); תב"ע (נצ"ע) נד/02-1 עודה – המוסד לביטוח לאומי, פורסם במאגר נבו (1995); תב"ע (נצ"ע) נד/02-44 אברהם נ' המוסד לביטוח לאומי, פורסם במאגר נבו (19.4.1996); תב"ע (נצ"ע) נז/02-54 עזאלדין נ' המוסד לביטוח לאומי, פורסם במאגר נבו (11.3.1999).
- 66 ראו למשל: עניין בדר, לעיל ה"ש 64. במקרה זה בית הדין האזורי לעבודה בנצרת הורה למוסד לביטוח לאומי להתייחס לתובעי דמי אבטלה יהודים באופן אחר מלתובעים לא יהודים במניית מספר ימי האכשרה הדרושים: במקרה של תובעים לא יהודים יש להחשיב במניין ימי האכשרה ימים הנופלים על חגים ומועדים יהודיים, בשונה מעובדים יהודים.
- 67 ב"ל (ב"ש) 12760/99 אוהיון – המוסד לביטוח לאומי, פורסם במאגר נבו (2000); ב"ל (ב"ש) 2074/98 ביטון נ' המוסד לביטוח לאומי, פורסם במאגר נבו (1999).

סירוב של מובטל לקבל "עבודה מתאימה" שהוצעה לו על ידי לשכת שירות התעסוקה: ⁶⁸ המאפיין סוגיה זו, בניגוד לסוגיה הקודמת, הוא הצורך בהפעלת שיקול דעת על ידי פקידי שירות התעסוקה במקרים פרטניים. הצורך בהפעלת שיקול דעת מאפשר לבתי הדין לעבודה להתערב ולשנות החלטות שקיבל שירות התעסוקה. בסוגיה זו 96 מתוך 210 תביעות הסתיימו בניצחונן של התובע הפרטי, באופן מלא או חלקי. שיעור גבוה יחסית זה אופייני למרבית הסוגיות המאופיינות בעמימות ו/או בצורך להפעיל שיקול דעת במקרים פרטניים (קבוצה ב). ניתוח פסקי הדין הנוגעים לסירוב לקבל "עבודה מתאימה" מוצעת מעלה כי השופטים מותחים ביקורת רבה על שירות התעסוקה, על יחסו למובטלים ועל שיטות העבודה שלו יותר מאשר על המובטלים.⁶⁹ רק במקרים ספורים מתחו בתי הדין לעבודה ביקורת על המובטלים באופן דומה לפוליטיקאים, לביורוקרטים ולמעסיקים.⁷⁰ יתר על כן, ביותר ממקרה אחד עלה כי שופטי בתי הדין לעבודה מצאו את החלטות שירות התעסוקה לא רק שגויות ומבוססות על דרכי קבלת החלטות שגויות, אלא אף מכוונות נגד האינטרסים של המובטלים בתוך העדפת האינטרסים שלו.⁷¹ מצב עניינים

- 68 סעיפים 165 ו-171 לחוק הביטוח הלאומי. סירוב כזה מלווה בשתי סנקציות: עיכוב של 30 ימים במתן דמי אבטלה וקיצור תקופת הזכאות כולה ב-30 ימים.
- 69 תב"ע (נצ') 91-25/נז מליחי – שירות התעסוקה, פורסם במאגר נבו (1997) (להלן: עניין מליחי); תב"ע (נצ') 91-52/נז קדוש נ' שירות התעסוקה, פורסם במאגר נבו (1998); עב' (נצ') 1908/98 דיאבאת נ' שירות התעסוקה, פורסם במאגר נבו (1998); ע"ב (נצ') 2525/98 מן נ' שירות התעסוקה, פורסם במאגר נבו (1999) (להלן: עניין מן); עב' (נצ') 2487/98 אוהנה נ' שירות התעסוקה, פורסם במאגר נבו (1999); עב' (ב"ש) 618/99 מור-יוסף נ' שירות התעסוקה, פורסם במאגר נבו (1999); עב' (נצ') 2284/99 אסעיד נ' שירות התעסוקה, פורסם במאגר נבו (2000); עב' (נצ') 1840/00 בדר – שירות התעסוקה, פורסם במאגר נבו (2001); עב' (נצ') 1685/00 בהותי – שירות התעסוקה, פורסם במאגר נבו (2001); עב' (נצ') 1726/00 ריבין – שירות התעסוקה, פורסם במאגר נבו (2001) (להלן: עניין ריבין); עב' (נצ') 1812/00 כאותר – שירות התעסוקה, פורסם במאגר נבו (2001); עב' (י-ם) 1913/00 גוליגר – שירות התעסוקה, פורסם במאגר נבו (2000); עב' (י-ם) 1923/00 צמח – שירות התעסוקה, פורסם במאגר נבו (2000).
- 70 תב"ע (ת"א) 22-91/שנ ונדרובניק נ' לשכת שירות התעסוקה, פורסם במאגר נבו (1990); עב' (ת"א) 39-91/98 פרי נ' שירות התעסוקה, פורסם במאגר נבו (1999); עב' (ת"א) 47-91/98 מלכי נ' שירות התעסוקה, פורסם במאגר נבו (1999); עב' (י-ם) 1863/00 אלוש נ' שירות התעסוקה, פורסם במאגר נבו (2000).
- 71 תב"ע (נצ') 91-32/נה בוכריס – שירות התעסוקה, פורסם במאגר נבו (1995) (במקרה זה הובעה ביקורת חריפה של בית הדין על התנהלות לשכת שירות התעסוקה בטבריה, על קשירת קשר עם מעסיקים ליצירת מצג שווא והתנכלות למערערת תוך העדפת האינטרסים של בעלי תפקידים בלשכת שירות התעסוקה); תב"ע (נצ') 12-91/נו ח'טיב נ' שירות התעסוקה, פורסם במאגר נבו (1996) (במקרה זה הצביע בית הדין על הפעלת שיקול דעת

בקרב עמנו אנו יושבים: ניתוח נא-מוסדי של בתי משפט כאמצעי העצמה במדינת הרווחה

זה, שבו שירות התעסוקה פועל בראש ובראשונה למען האינטרסים שלו עצמו, נובע מרצונו להתגונן מפני הלחץ המופעל עליו מצד משרד האוצר, החותר מצדו לצמצם את ההוצאה התקציבית לדמי אבטלה ולהפחית את התמריץ של מובטלים לקבל דמי אבטלה.⁷²

כיצד ניתן להסביר מדוע תביעות רבות של מובטלים נגד שירות התעסוקה בנושא סירובים לקבל "עבודה מתאימה" מוצעת או בסוגיות בעלות מאפיינים דומים מתקבלות על ידי בתי הדין לעבודה? ההוראות החוקיות עצמן מספקות הזדמנויות לבתי הדין לעבודה להתערב ולהפוך את ההחלטה של סוכנויות מדינת הרווחה. ניתן לראות כי במקרה של ביטוח אבטלה בתי הדין לעבודה אינם נמנעים מלפסוק נגד סוכנויות מדינת הרווחה ולהתנהג כשחקן פוליטי עצמאי. כאשר בתי הדין פוסקים לטובת התובע הפרטי

של פקיד ההשמה בניגוד לתקנון שירות התעסוקה ועירוב שיקולים אישיים פסולים נגד התובע); תב"ע (ב"ש) 39-91/נו' ירושלמי נ' לשכת שירות התעסוקה, פורסם במאגר נבו (1997) (ביקורת של בית הדין על חוסר גמישות סבירה של פקידי לשכת שירות התעסוקה באופקים כלפי דורשי עבודה); תב"ע (ת"א) 40-91/נז' פנחסי – שירות התעסוקה, פורסם במאגר נבו (1997) (ביקורת חריפה על מעשים לא חוקיים של פקיד השמה ושל ועדת ערר של שירות התעסוקה); עניין מליחי, לעיל ה"ש 69 (ביקורת של בית הדין על קביעת עובדות ללא בסיס ראיתי בידי ועדת ערר של שירות התעסוקה והתנכלותה לתובע); עב' (נצ') 1449/98 ביטון נ' שרות התעסוקה, פורסם במאגר נבו (1998) (ביקורת של בית הדין על התנהלות רשלנית של לשכות שירות התעסוקה ועל היעדר טיפול נאות בטופסי השמה); עניין מן, לעיל ה"ש 69, העלאת חשד על ידי בית הדין לבידוי ראיות מצד שירות התעסוקה, או לפחות להסתרת ראיות מבית הדין שיתמכו בעמדת התובעת; עב' (נצ') 1605/99 אבו ליל נ' שירות התעסוקה, פורסם במאגר נבו (2000) (ביקורת של בית הדין על אי-הגשת ראיות רלוונטיות לעניינו של התובע); עב' (נצ') 1987/00 מסאלחה – שירות התעסוקה, פורסם במאגר נבו (2001) (ביקורת חריפה של בית הדין על התנהלות רשלנית של לשכת שירות התעסוקה בעפולה, העלאת טענות מחוסרות בסיס כלפי דורשי עבודה כדי לחפות על מחדלים של פקידי שירות התעסוקה); עניין ריבין, לעיל ה"ש 69 (ביקורת של בית הדין על שירות התעסוקה שלא בירר את סירוב המעסיק לקבל את דורש העבודה והעדיף את הפתרון הקל מבחינתו של רישום סירוב); עב' (נצ') 1617/00 אסעיד – שירות התעסוקה, פורסם במאגר נבו (10.12.2001) (ביקורת של בית הדין על שירות התעסוקה על שאינו שומר על כבודם של דורשי עבודה – מזמן רבים מהם לריאיון עם מעביד המחפש עובדים מעטים כך שהם נאלצים להמתין שעות בלא מעש, מה שמוביל להתפרצויות זעם של דורשי עבודה החשים כי מזלזלים בכבודם).

72 גל האמנם נטל מרצון?, לעיל ה"ש 55; מבקר המדינה, דו"ח שנתי 43 (1993); משרד האוצר, תכנית להגברת הצמיחה (1997); משרד האוצר, המדיניות הכלכלית לשנת 1999 להגברת הצמיחה והתעסוקה, הצעות החלטה לממשלה (1998).

בביטוח אבטלה, ההוצאה הכספית בגין הפסיקה היא קטנה יחסית,⁷³ לכן המחיר הפוליטי של אבדן לגיטימיות של בתי הדין לעבודה בעיני משרד האוצר או שחקנים בעלי עוצמה פוליטית אחרים קטן גם הוא. מניחות פסקי הדין בסוגיות שונות הנוגעות לביטוח אבטלה עולה גם כי בתי הדין לעבודה רואים לעתים בשינויים בפרקטיקות הפעולה של שירות התעסוקה ושל המוסד לביטוח לאומי המשמשות לתרגום החוק הלכה למעשה בגדר הפרת החוק עצמו: בתי הדין מקבלים כי החוק שונה – בדרך כלל כדי להקשיח את תנאי הזכאות ולצמצם את גובה דמי אבטלה – ואת הסיבות לכך, אך הם פועלים למנוע מסוכנויות מדינת הרווחה לפרש את החוק באופן מחמיר עוד יותר ולפגוע בזכויות החוקיות שנותרו למובטלים גם לאחר השינויים בחוק.⁷⁴

ג. תכנית קצבאות הילדים: ההקשר הפוליטי והאינטרסים של בית המשפט

המקרה של תכנית קצבאות הילדים, בשונה מתכנית ביטוח אבטלה, מלמד כי לשון החוק אינו האילוץ המוסדי היחיד או המשמעותי ביותר שבתי הדין לעבודה, או בתי משפט אחרים כמו בג"ץ, פועלים במסגרתו. הסוגיה המרכזית המגיעה לפתחה של הרשות השופטת במקרה ניתוח זה – תביעתם של תושבי מזרח ירושלים להכרה כתושבי ישראל – מצביעה על חשיבותו של ההקשר הפוליטי של תכנית קצבאות ילדים המשפיעה במידה

73 יחסית למשמעות התקציבית בפסיקות בסוגיות הנוגעות לחוק ביטוח בריאות ממלכתי (ראו בהמשך): דמי האבטלה הם נמוכים מההוצאה הנדרשת לטיפול בבעיות רפואיות רבות, וחשוב מכך, במקרים רבים ניתן לתחום את הפסיקה הנוגעת לביטוח אבטלה למקרה המסוים ולמאפיינים הייחודיים שלו, בעוד פסיקה הנוגעת לחוק ביטוח בריאות ממלכתי עשויה להיות רלוונטית גם לחולים אחרים באותה המחלה ולגרור הוצאה תקציבית ניכרת.

74 ביטוי לכך נמצא בשני מצבים שונים שנידונו בבתי הדין לעבודה יותר מפעם אחת: מצב אחד הוא העדפה של שירות התעסוקה לרשום סירוב לדורשי עבודה גם כאשר הסירוב הוא של המעסיק הפוטנציאלי בלא לברר עמו את הסיבה לסירובו לקבל את דורש העבודה. ראו דוגמאות: עב' (נצ') 1819/98 אבזוב נ' שרות התעסוקה, פורסם במאגר נבו (1998); עניין מן, לעיל ה"ש 69; ע'ב (נצ') 1308/00 ורור נ' שירות התעסוקה, פורסם במאגר נבו (2000); עניין בדר, לעיל ה"ש 64. מצב שני הוא רישום סירובים על ידי שירות התעסוקה בכמה מקרים שבהם דורשי עבודה סירבו לקבל עבודה מוצעת במקום שבו מופרים חוקי העבודה בנוגע לשעות העבודה, שכר מינימום ותנאים נוספים. ראו למשל: עב' (נצ') 1262/98 אלחדראוי נ' שרות התעסוקה, פורסם במאגר נבו (1998); עב' (נצ') 1204/00 עקאשה – שירות התעסוקה, פורסם במאגר נבו (2000); עב' (י"ם) 3119/01 זיאדה – שירות התעסוקה, פורסם במאגר נבו (2002).

בקרב עמנו אנו יושבים: ניתוח נאו-מוסדי של בתי משפט כאמצעי העצמה במדינת הרווחה

מכרעת על דפוס הפסיקה הרווחה. הגם שלשון החוק עמומה, כמוסבר להלן, הרי שבשונה ממרבית הסוגיות בתכנית ביטוח אבטלה, בתי הדין לעבודה אינם נוטים לפסוק נגד המוסד לביטוח לאומי ולהעניק לתובעים תושבי מזרח ירושלים את הזכאות לקצבאות ילדים, שלא עלה בידם למצותן במגע ישיר עם המוסד לביטוח לאומי.

הענקת קצבאות ילדים היא הדרך העיקרית שבה מדינת ישראל מיטיבה עם משפחות שבהן ילדים לעומת משפחות ללא ילדים.⁷⁵ עד 2001 היא הייתה התכנית השנייה בגודלה, לפי שיעור ההוצאה הכולל, שהופעלה על ידי המוסד לביטוח לאומי, והחל מ-2002 – התכנית השלישית בגודלה.⁷⁶ עד למחצית השנייה של שנות התשעים הורכבה תכנית קצבאות הילדים מתכנית ביטוח ילדים בחוק הביטוח הלאומי ומתכנית הקצבאות ליוצאי צבא (קי"ץ).⁷⁷ תכנית קצבאות הילדים הייתה ביטוי עיקרי להגדרתה של מדינת הרווחה הישראלית כחלק מ"משטר רווחה שמרני", שמטרתו להעניק רמות שונות של רווחה לפרטים הנמנים על קבוצות חברתיות שונות – זאת, עקב קיומן של שתי תכניות נפרדות, שהנדיבה שבהן מכוונת להיטיב עם משפחות יהודיות ולהדיר משפחות ערביות.⁷⁸ תכנית

75 ג'וני גל ואשר בן-אשר "תשלומי העברה ותמיכות למשפחות עם ילדים בפרספקטיבה משווה" בטחון סוציאלי 63, 69 (2002).

76 לאחר תכנית קצבאות זקנה ושאיירים ותכנית ביטוח נכות כללית. ראו: המוסד לביטוח לאומי 2001, לעיל ה"ש 54; המוסד לביטוח לאומי 2002/2003, לעיל ה"ש 54.

77 דורון וקרמר, לעיל ה"ש 26; רוזנהק, לעיל ה"ש 26. לפי תכנית ביטוח ילדים, שהיא חלק מחוק הביטוח הלאומי, משולמת קצבת ילדים להורים תושבי ישראל עבור כל אחד מילדיהם בגילאי 0-18. לפי תכנית הקצבאות ליוצאי צבא, שולמו קצבאות נוספות למשפחות שבהן שלושה ילדים ויותר עבור הילד השלישי ואילך. התנאי המרכזי לזכאות היה שירות ביטחוני של אחד ההורים, אולם בפועל נוצרו הסדרים שכללו את מרבית המשפחות היהודיות הלא זכאיות (חרדים, עולים חדשים ואנשים הלוקים במוגבלויות), שלזכות ההורים לא נזקף שירות ביטחוני קודם.

78 הבסיס להגדרת "משטרי רווחה" אצל אספינג-אנדרסן הוא המושג "דה-קומודיפיקציה", קרי באיזו מידה תכנית רווחה מצמצמת את תלותו של הפרט בשוק לקיום חומרי. ראו: Gosta Esping-Andersen, *Three Worlds of Welfare Capitalism* (1990); Gosta Esping-Andersen, *Social Foundations of Postindustrial Economics* (1999). לזיהוי הברור ביותר של מדינת הרווחה הישראלית ויחסיה עם השוק ועם המשפחה כמשטר רווחה שמרני ראו: Haya Stier & Noah Lewin-Epstein, "Welfare Regimes, Family-Supportive Policies, and Women's Employment along Live-Course", 106 *Am. J. Soc.* 1731 (2001). לדין בשימוש שנעשה בתכנית קצבאות הילדים כאמצעי להגדרת גבולות הקהילה הפוליטית הישראלית ראו: רוזנהק, לעיל ה"ש 26 רוזנהק; Zeev Rosenhek, "The Exclusionary Logic of the Welfare State: Palestinians Citizens in the Israeli Welfare State", 14 *Int'l Soc.* 195 (1999); Zeev Rosenhek & Michael Shalev, "The Contradiction of Palestinian Citizenship in Israel: Inclusion and Exclusion in the Israeli Welfare State", *Citizenship*

קצבאות הילדים אופיינה בשנות התשעים במגמות הרחבה של אוניברסליזציה והכללה עם ביטול השימוש במבחני הכנסות במשפחות שלהן עד שלושה ילדים, שהונהגו בשנים 1984-1993, ביטול הדרגתי של קי"ץ (1994-1997) והגדלת גובה הקצבאות המשולמות עבור הילד החמישי ואילך ("חוק הלפרט"; 2001).⁷⁹ בעקבות ביטול קי"ץ והעברת "חוק הלפרט", המאפיין המוסדי המרכזי של תכנית ביטוח ילדים בחוק הביטוח הלאומי – הקשר החיובי בין מספרו הסידורי של הילד לבין גודל הקצבה המשולמת בעבורו – הוביל לכך כי תכנית קצבאות הילדים נחשבה בעיני רבים בקרב מקבלי ההחלטות ובציבור כמי שמיטיבה בעיקר עם משפחות חרדיות ועם משפחות ערביות-מוסלמיות.⁸⁰

אף שבוצעו בה שינויים תכופים ומהותיים בשנות השמונים ובשנות התשעים, תכנית קצבאות הילדים נותרה פשוטה יחסית לשני מקרי הניתוח האחרים מבחינת כלליה הפורמליים, הגם שלא תמיד הייתה פשוטה ליישום בפועל.⁸¹ הן הכללים החוקיים של תכנית קצבאות הילדים הן מגמות האוניברסליזציה וההכללה ייתרו במידה רבה את הצורך בפנייה לבתי הדין לעבודה כדי לתבוע זכויות שלא ניתנו לפני כן לפי מרבית העילות העשויות לעלות מן התכנית. לכן אין זה מפתיע כי מרבית התביעות של פרטים נגד נותן השירותים, המוסד לביטוח לאומי, התרכזו בסוגיה הנוגעת לחוג הזכאים לתכנית – סוגיית התושבות, ובראש ובראשונה תושבי מזרח ירושלים, כמוצג בטבלה 2.

and the State in the Middle East: Approaches and Applications 288 (Nils A. Butenschon, Uri Davis & Manuel Hassassian eds., 2000).

79 דליה גורדון ותמי אליאב "אוניברסליות מול סלקטיביות בענקת קצבאות ילדים ותוצאות מגבלות הביצוע" בטחון סוציאלי 50, 75 (1997); גל, לעיל ה"ש 25; דורון, לעיל ה"ש 25; אברהם דורון "מיקוד גימלאות בטחון סוציאלי: הניסיון של קצבאות הילדים בישראל" חברה ורווחה כ 5 (2000); דורון וקרמר, לעיל ה"ש 26; אסתר שרון מערכת קצבאות הילדים בישראל, 1987-1959: מאין באה ולאן מועדות פניה? (1987).

80 עודד לויתן "השפעת החלוקה מחדש על ממדי העוני ועומקו (1987-2001)" (מאמר לדין 11.2003, מח' המחקר – בנק ישראל), <http://www.boi.gov.il/deptdata/mehkar/papers/dp0315h.pdf>; יורם מישר וצ'ארלס מנסקי "קצבאות הילדים והילודה בישראל: ממצאים ראשוניים" רבעון לכלכלה 47, 535 (2000); רוני פריש "קצבאות הילדים והשפעתן על הילודה בישראל" (מאמר לדין 9.2004, מח' המחקר – בנק ישראל), <http://www.boi.gov.il/deptdata/mehkar/papers/dp0409h.pdf>. כיוון שממוצע הפיריון לאישה בהן גבוה מבכלל האוכלוסיה ושיעור המשפחות הגדולות בהן גבוה ביחס לקבוצות אחרות בחברה הישראלית. ראו: שחר אילן חרדים בע"מ: התקציבים, ההשתמטות ורמיסת החוק (2000); משה סיקרון דמוגרפיה: אוכלוסיית ישראל – מאפיינים ומגמות (2004).

81 גורדון ואליאב, לעיל ה"ש 79; כן השוו בין מבקר המדינה, דו"ח שנתי 34 (1984) לבין מבקר המדינה, דו"ח שנתי 37 (1987) – הראשון מתייחס לתקופת האוניברסליות והשני מתייחס לתקופת הסלקטיביות.

**בקרר עמנו אנו יושבים: ניתוח נאו-מוסדי של בתי משפט
כאמצעי העצמה במדינת הרווחה**

טבלה 2: תביעות של פרטים לבתי משפט, תכנית קצבאות ילדים,
לפי סוגיות ותוצאות התביעה⁸²

הסוגיה	תביעות שהתקבלו (מלא/חלקי)	תביעות שנדחו
חוג הזכאים		
תושבות (פלסטינים)	13	85
שהיית קטין בחו"ל	4	2
הגדרת ילד	1	1
קיי"ץ – חוג זכאים	–	1
תנאי זכאות		
הגדרת הורה זכאי	1	1
זכאות תחת סלקטיביות	1	1
תקופת זכאות		
שיהוי בהגשת תביעה	1	12
גיל ילד זכאי	1	–
ערך הקצבה		
מניין הילדים וערך הקצבה	1	1
פיצוי על קצבה ששולמה באיחור	2	–
קיוון מקצבת ילדים	2	4
קצבה שלא שולמה בטעות	1	–
סך הכול		
136 מקרים	28	108

סוגיית התושבות של תושבי מזרח ירושלים: קריטריון התושבות הוא תנאי זכאות בסיסי למרבית התכניות שמפעיל המוסד לביטוח לאומי,⁸³ כמו גם תכניות רווחה ושירותים חברתיים נוספים כמו חוק ביטוח בריאות ממלכתי.⁸⁴ סיפוח מזרח ירושלים לישראל ב-1967 יצר צורך לנסח את הכללים הנוגעים לתושבי מזרח ירושלים, למהגרים אליה מהשטחים המוחזקים ולמהגרים ממנה אל השטחים המוחזקים. ב-1967 החליטה

82 לא נכללו חמישה פסקי דין שאותרו ועסקו, בין היתר, בתביעה של עובדים להחזר קצבאות ילדים ממעסיקיהם בתקופה שבה הונהגה סלקטיביות (מבחני הכנסות) בתכנית קצבאות הילדים בשנים 1985-1993 כיוון שאין מדובר בתביעה נגד נותן שירותים כדוגמת המוסד לביטוח לאומי.

83 סעיפים 65 ו-238 לחוק הביטוח הלאומי.

84 סעיף 2 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994 (להלן: חוק ביטוח בריאות ממלכתי).

ישראל להעניק זכויות חברתיות מלאות לתושבי מזרח ירושלים. ב-1973 קיבלה הממשלה החלטה, ולפיה תושבי מזרח ירושלים המעתיקים את מקום מגוריהם לשטחים המוחזקים ימשיכו ליהנות מתכניות הביטוח הלאומי אם הקפידו לשלם את דמי הביטוח הלאומי,⁸⁵ ובפסיקה נקבע כי כלל זה יחול על מי שהחל לקבל גמלה מהמוסד קודם לשינוי מקום מגוריו.⁸⁶ בתקנות משנת 1987, שעייגנו את החלטת הממשלה, נקבע עוד כי תושבי השטחים המוחזקים העוברים למזרח ירושלים או לישראל יוכרו כתושבים ויהיו זכאים לזכויות חברתיות לאחר שנתיים.⁸⁷

במקרה של תכנית קצבאות הילדים נדרש כי לפחות אחד מההורים (או האפוטרופוסים) של הילד שבעבורו משולמת גמלה יהיה תושב ישראל.⁸⁸ דע עקא, כי בפרק קצבאות הילדים, כמו גם בחוק הביטוח הלאומי כולו, ובכלל בכל דבר חקיקה אחר, לא הוגדר המונח "תושב".⁸⁹ היה על בתי הדין לעבודה ליצוק תוכן למונח "תושב", שאמור להנחות את המוסד לביטוח לאומי המפעיל את תכנית קצבאות הילדים. ההלכה נקבעה במחצית הראשונה של שנות השמונים בכמה פסקי דין בבתי הדין לעבודה הנוגעים לתחומי הביטחון הסוציאלי ולהבטחת הכנסה, ולפיה על הפרט להוכיח כי זיקתו לישראל קבועה, ואם הוא יושב מחוץ לישראל, הרי ששייבה זו היא ארעית.⁹⁰ ביתר פירוט, זיקה זו נקבעת לפי מקום מגוריו הקבוע ולפי מכלול הקשרים החברתיים והעסקיים שלו. פסיקה זו נקבעה, בין היתר, כדי להתמודד עם תביעות של פלסטינים להכרה כתושבים ישראלים ולקבלת זכויות חברתיות.

קצבאות ילדים יכולות להיות (או לפחות יכלו להיות בעבר) מרכיב מרכזי בהכנסת המשפחה, בייחוד במשפחות גדולות ועניות, לכן ניתן להבין מדוע פלסטינים רבים מהשטחים המוחזקים ביקשו לקבל הכרה כתושבי מזרח ירושלים וכתושבי ישראל. המוסד לביטוח לאומי נוהג להתייחס בעוינות ובחוסר אמון לכלל התביעות המוגשות על ידי פלסטינים הטוענים כי הם מתגוררים במזרח ירושלים ולנהל חקירות בכל תביעה שמוגשת.⁹¹ לפי נתונים שניתנו על ידי המוסד לביטוח לאומי בוועדת העבודה והרווחה

85 ראו: דב"ע (ארצי) מז/0-38 שוויקי – המוסד לביטוח לאומי, פד"ע יט(1) 111 (1987) (להלן: עניין שוויקי), פסקה 4 לפסק הדין.

86 שם, בפסקאות 16-18 לפסק הדין.

87 תקנות הביטוח הלאומי (זכויות וחובות לפי חוק הביטוח הלאומי לשאינם תושבי ישראל), תשמ"ז-1987, ק"ת 5022 747.

88 החרגי היחיד הוא ילדים שעלו לישראל ללא הוריהם.

89 גולן, לעיל ה"ש 26.

90 דב"ע (ארצי) מה/73-04 סנוקה נ' המוסד לביטוח לאומי, פד"ע יז 79 (1985); עניין שוויקי, לעיל ה"ש 85.

91 בריצמן, ראיון 2005, לעיל ה"ש 63.

בקרב עמנו אנו יושבים: ניתוח נא-מוסדי של בתי משפט כאמצעי העצמה במדינת הרווחה

של הכנסת, כל שנה כמה אלפי תביעות לקצבאות ילדים מוגשות על ידי הורים פלסטינים, וכ-40% מהתביעות הללו נדחות מדי שנה.⁹² יתר על כן, חלק מהתביעות שאושרו בעבר נבדקות מזמן לזמן כדי לוודא שהתובעים עדיין זכאים להן. מספר פסקי הדין שאותרו בחיפוש במאגרי המידע האלקטרוניים הוא קטן יחסית, אולם יש בשיעור ההצלחה הקטן של התובעים הפרטיים ובלשון פסקי הדין לשפוף אור על תפקידם של בתי הדין לעבודה בסוגיות פוליטיות כמו הגדרת גבולות הקהילה הפוליטית, כמו גם על יחסה של המדינה למי שאינם נתפסים כחלק מהקהילה הפוליטית, ועל השימוש בתכנית קצבאות הילדים כמכשיר להגדרת גבולות הקהילה הפוליטית. סוגיית התושבות בתכנית קצבאות הילדים נוגעת למונח שלא הוגדר באופן מפורש בחוק בתקופה הנבחנת במאמר זה, שתוכנו עמום, וההכרעה במקרים פרטניים לאורו כרוכה בהשפעת שיקול דעת, ולמרות זאת – ובניגוד לסוגיות בעלות מאפיינים דומים בתכנית ביטוח אבטלה – שיעורי ההצלחה של תובעים פרטיים הוא נמוך יותר לא רק מתביעות בסוגיות בעלות אופי דומה, אלא גם ממרבית התביעות שבהן הכללים מוגדרים באופן ברור.⁹³ ההלכה שהתגבשה בבתי הדין לעבודה בנוגע לתביעות של פלסטינים בעניין תושבותם היא זו הרואה במקום מגוריהם הקבוע את המבחן העיקרי לתושבות ומתעלמת ממכלול הקשרים החברתיים והעסקיים של אותם תובעים הקשורים בישראל.⁹⁴ מרב הקשרים החברתיים והעסקיים הוא מבחן רלוונטי רק אם לא ניתן לוודא בדרך אחרת אם מקום המגורים הוא קבוע או ארעי.⁹⁵ הצבת מקום המגורים כמבחן יחיד עומדת בסתירה לתנאים שיהודים צריכים לעמוד בהם הן באשר לקצבאות ילדים הן באשר לתכניות רווחה אחרות.⁹⁶

92 פרוטוקול ישיבה מס' 84 של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, הכנסת ה-16 (9.12.2003).

93 סוגיית התושבות קיימת גם במקרה של חוק ביטוח בריאות ממלכתי, והדברים הנאמרים כאן יפים גם למקרה זה.

94 עניין שוויקי, לעיל ה"ש 85.

95 ב"ל (י"ם) 1562/98 אידריס נ' המוסד לביטוח לאומי, פורסם במאגר נבו (2000) (להלן: עניין אידריס).

96 ניתן להשוות זאת לסוגיה נוספת שנידונה בפני בתי הדין לעבודה – מקום הימצאו של הילד, שהוא תנאי זכאות נוסף לתשלום קצבת ילדים. בכמה תביעות לבתי הדין לעבודה נידונו הן הכללים שקבע המוסד לביטוח לאומי הן שיקול הדעת שהפעיל ביישום אותם כללים במקרים מסוימים. כל פסקי הדין עסקו ביהודים. בשונה מסוגיית התושבות, בסוג זה של תביעות ארבע מתוך שש התביעות שאותרו במאגרים המשפטיים האלקטרוניים התקבלו ובכך הפכו את החלטת המוסד על פיה. ראו: דב"ע (ארצי) שן/0-4 קיסטר – המוסד לביטוח לאומי, פד"ע כא(1) כא 405 (1990); דב"ע (ארצי) נב/0-263 המוסד לביטוח לאומי – בהרב, פד"ע כה 327 (1993); תב"ע (ת"א) שן/0-33 דורון נ' המוסד לביטוח, פורסם במאגר נבו (1991); תב"ע (י"ם) נב/0-343 שפירא – המוסד לביטוח לאומי, פד"ע ל ט"ז (1997).

העדפת מקום המגורים הקבוע כמבחן יחיד לקביעת תושבות כשמדובר בתובעים פלסטינים מגיעה לעתים עד כדי קיצוניות: במקרה אחד קבע בית הדין האזורי לעבודה בירושלים כי אין זה משנה כי חלק מגינתו של אדם מצוי בתוך שטח ישראל, הבית – המבנה עצמו – מצוי מחוץ לישראל, ועל כן התובע אינו תושב ישראל.⁹⁷ עוד נקבע כי בעלות על בית בישראל איננה ראייה לתושבות, ויש להוכיח מגורי קבע באותו המקום.⁹⁸ כיוון שהמבחן לזכאות לקצבאות ילדים הוא בשאלה אם בעת שהילד נולד היו ההורים תושבי ישראל, הרי שבחלק מהמקרים קבע בית הדין כי יש לשלם קצבאות ילדים רק בעד ילדים שנולדו כאשר ההורים היו תושבי ישראל להורים שעברו מירושלים לשטחים המוחזקים.⁹⁹ מנגד, בית הדין הארצי לעבודה הקל וקבע כי פלסטינים שעברו מהאזור להתגורר בתוך ישראל יוכלו לקבל קצבאות ילדים עבור ילדיהם כמו תושבי ישראל רגילים גם אם לא עברו שנתיים, אם יוכלו להוכיח למוסד לביטוח לאומי כי כוונתם היא להשתקע בישראל.¹⁰⁰

מפסקי הדין בסוגיית התושבות של תובעים פלסטינים עולה כי בתי הדין לעבודה והמוסד לביטוח לאומי פועלים יחדיו כרשויות של המדינה כדי למנוע הקצאת משאבים חומריים למי שאינם נחשבים חלק רצוי מהקהילה הפוליטית הישראלית. רוב מכריע של פסקי הדין דוחה מכול וכול את טענותיהם של התובעים הפלסטינים, מציג אותם כשקרנים המעוניינים להונות את מדינת ישראל ולהוציא ממנה כספים במרמה, ובכך מאשרר את החלטות המוסד לביטוח לאומי ואת דרכי הפעולה של פקידי ושל חוקריו.¹⁰¹ בתי הדין

בשתי תביעות שנדחו אישרו בתי הדין את הכללים שניסח המוסד לביטוח לאומי לעצמו בנוגע לשני סוגי המקרים שישולמו קצבאות ילדים עבור ילדים השוהים מחוץ לישראל. ראו: דב"ע (ארצי) שן/0-23 בן-שלמה – המוסד לביטוח לאומי, פורסם במאגר נבו (1990); דב"ע (ארצי) נו/0-271 לבני – המוסד לביטוח לאומי, פד"ע ל 416 (1997).

97 עניין אידריס, לעיל ה"ש 95. בית הדין קבע כי טענת מרב הזיקות של התובע למדינה, ובהן מקום עבודתו, מקום לימודי ילדיו וכדומה, איננה רלוונטית, והוא לא דן בה, שכן ברור כי מקום מגוריו של התובע, המצוי מחוץ לתחומי מדינת ישראל, משמש למגורי קבע.

98 תב"ע (י"ם) מז/0-252 טחאן נ' המוסד לביטוח לאומי, פורסם במאגר נבו (1990); דב"ע (ארצי) נב/0-90 ג'עאביס – המוסד לביטוח לאומי, פורסם במאגר נבו (1992); דב"ע (ארצי) נב/0-119 עבאסי – המוסד לביטוח לאומי, פורסם במאגר נבו (1992).

99 דב"ע (ארצי) נא/0-37 אבו כמילה – המוסד לביטוח לאומי, פורסם במאגר נבו (1991); דב"ע (ארצי) נב/0-740 שחאדה – המוסד לביטוח לאומי, פורסם במאגר נבו (1992).

100 דב"ע (ארצי) נא/0-43 חאלידה – המוסד לביטוח לאומי, פד"ע כג 36 (1991); דב"ע (ארצי) נא/0-91 המוסד לביטוח לאומי – פוזי, פורסם במאגר נבו (1991).

101 כמה דוגמאות משקפות: תב"ע (י"ם) שן/0-289 חסונה נ' המוסד לביטוח לאומי, פורסם במאגר נבו (להלן: עניין חסונה); דב"ע נב/0-6 נעאגי נ' המוסד לביטוח לאומי, פורסם במאגר נבו (19.5.1992) (להלן: עניין נעאגי); דב"ע (ארצי) נד/0-134 חרבאוי – המוסד לביטוח לאומי, פורסם במאגר נבו (1994) (להלן: עניין חרבאוי); תב"ע (י"ם) נו/0-174

בקרב עמנו או יושבים: ניתוח נא-מוסדי של בתי משפט כאמצעי העצמה במדינת הרווחה

העדיפו כמעט בכל המקרים עדויות שניתנו בעת חקירת המוסד לביטוח לאומי על פני עדויות שניתנו על ידי אותם עדים בבית המשפט וראו בהן עדויות "משופצות";¹⁰² לעומת זאת חוקרי המוסד לביטוח לאומי נתפסו ברוב המקרים כאמינים,¹⁰³ ופעם אחת אף נטען על ידי בית הדין כי "אין להעלות על הדעת כי חוקר המוסד המציא את הדברים".¹⁰⁴ בתי הדין לעבודה קבעו כי המוסד לביטוח לאומי אינו צריך לצאת מגדרו כדי להוכיח כי אדם אינו תושב ישראל ולהעביר את נטל הראייה אל הפרט;¹⁰⁵ כי אי-נוכחות של תובע ובני משפחתו בכתובת במזרח ירושלים שהוא טוען כי הוא מתגורר בה בעת ביקור פתע של חוקרי המוסד לביטוח לאומי היא הוכחה כי אינו תושב ישראל,¹⁰⁶ ואם נמצא בכתובת המצויה מחוץ לשטח המוניציפלי של ירושלים (ומחוץ לתחומי ישראל) בעת ביקור פתע של חוקר המוסד לביטוח לאומי, אזי הוא אינו תושב ישראל.¹⁰⁷ במקרים אחדים קיבלו בתי הדין כראיה חקירה רשלנית של חוקרי המוסד לביטוח לאומי.¹⁰⁸

אלדולאני – המוסד לביטוח לאומי, פורסם במאגר נבו (1996) (להלן: עניין אלדולאני). בכמה מקרים הטילו בתי הדין קנס כספי בסך כמה מאות שקלים או כמה אלפי שקלים על התובעים אם כי לא הייתה אחידות בין השופטים בעניין זה. השוו את המקרים שבהם הוטל קנס – דוגמאות מייצגות: תב"ע (י"ם) שן/0-42 אל-אמתור נ' המוסד לביטוח לאומי, פורסם במאגר נבו (1991); תב"ע (י"ם) נג/1-11 שמאש נ' המוסד לביטוח לאומי, פורסם במאגר נבו (1993); ב"ל (י"ם) 2211/98 טוטח נ' המוסד לביטוח לאומי, פורסם במאגר נבו (1999). דוגמאות אלה מוצגות לעומת מקרים שבהם נטען על ידי בית המשפט כי התובעים ועדיהם לא אמרו אמת, אך לא הוטלו קנסות או בוטלו קנסות שהוטלו על ידי ערכאות נמוכות: עניין חסונה, שם; עניין חרבאוי, שם.

102 דוגמאות: תב"ע (י"ם) נא/0-87 טבאן נ' המוסד לביטוח, פורסם במאגר נבו (1993); תב"ע (י"ם) נא/0-303 אבו סביח נ' המוסד לביטוח לאומי, פורסם במאגר נבו (1993); תב"ע (י"ם) נה/0-19 אלדין נ' המוסד לביטוח, פורסם במאגר נבו (1996) (להלן: עניין אלדין); תב"ע (נצ') נג/0-201 רבאעיה נ' המוסד לביטוח לאומי, פורסם במאגר נבו (28.7.1996) (להלן: עניין רבאעיה); ב"ל (י"ם) 1185/99 בגדאדי נ' המוסד לביטוח לאומי, פורסם במאגר נבו (25.3.2002).

103 עניין נעאגי, לעיל ה"ש 101; עניין חרבאוי, לעיל ה"ש 101; עניין אלדולאני, לעיל ה"ש 101; עניין רבאעיה, שם. לעומת זאת ראו עמדת מיעוט עניין חרבאוי (שם), שלפיה חוקר המוסד התרשל במהלך החקירה ובאיסוף המידע.

104 תב"ע (י"ם) נא/0-264 נאדר נ' המוסד לביטוח, פורסם במאגר נבו (1993) (להלן: עניין נאדר).

105 דב"ע (ארצי) נב/0-100 המוסד לביטוח לאומי – אעראר, פד"ע כה 107 (1992).

106 שם.

107 עניין חרבאוי, לעיל ה"ש 101.

108 עניין נעאגי, לעיל ה"ש 101; עניין נאדר, לעיל ה"ש 104. ראו גם את הביקורת של אחד מחברי המותב בפרשת חרבאוי, לעיל ה"ש 101.

במקרים בוודים בלבד הצליחו תובעים פלסטינים לשכנע את בתי הדין כי הם אכן תושבים ועל כן זכאים לקבל קצבאות עבור ילדיהם. בחלק מהמקרים הצליחו התובעים לשכנע את בתי הדין כי הם מתגוררים דרך קבע בירושלים.¹⁰⁹ במקרים אחרים הצליחו התובעים להטיל ספק במהימנות החוקרים עצמם או במהימנות דרכי החקירה. בית הדין האזורי לעבודה בירושלים ביקר בחלק מהמקרים את הנוהג להשתית דחיית תביעה להכרה בתושבות על ממצאי חקירה הדנה במקרה אחר בלי מתן אפשרות לפרט להציג את עמדתו.¹¹⁰ גם השימוש בעדויות שנמסרו על ידי עדים בשפה הערבית ותורגמו לעברית, לא תמיד באופן מדויק, נחשף לביקורת על ידי חלק מהמותבים שסוגיה זו הועלתה בפניהם.¹¹¹ במקרה אחד אף קבע בית הדין כי המוסד לביטוח לאומי הסתיר ביודעין מהתובע ומבית הדין ראיות שהיו בידיו משום שאלו היו עשויות לסייע לתובע.¹¹² מדוע בתי הדין לעבודה נוהגים לפסוק נגד תובעים פלסטינים בסוגיית התושבות? התשובה מצויה בהקשר הפוליטי של תכנית קצבאות הילדים, הפועל כאילוץ מוסדי חזק יותר מלשונו של החוק. בתי הדין לעבודה פועלים כזרוע של המדינה ושל הקהילה הפוליטית הישראלית-היהודית. ישראל סיפחה את מזרח ירושלים ושטחים סמוכים נוספים לאחר מלחמת ששת הימים, אך הרוב היהודי, ובהם שופטי בתי הדין לעבודה, ככלל, אינו רואה בפלסטינים המתגוררים במקומות אלו תוספת מבורכת לקהילה הפוליטית הישראלית, והרעיון של חלוקת המשאבים החומריים עמם אינו נחשב למקובל. יתר על כן, פסיקה לטובת התובעים הפלסטינים עשויה להזיק ללגיטימציה של בתי הדין במערכת הפוליטית. התובעים הפלסטינים ניצחו במקצת המקרים. ניצחונות מעטים אלו עשויים לחזק את הלגיטימציה של בתי הדין מצד תובעים פלסטינים עתידיים¹¹³ בלא לפגוע במעמדם של בתי הדין בעיני שחקנים רבי עוצמה במערכת הפוליטית הישראלית ובעיני החברה הישראלית-היהודית. מכאן, שהתוצאה היא כי במרבית המקרים בתי הדין לעבודה אינם אמצעי שתושבי מזרח ירושלים יכולים לרתמו להתמודדות עם המוסד לביטוח לאומי.

- 109 ראו למשל: עב"ל (ארצי) 427/99 בקרי נ' המוסד לביטוח לאומי, פורסם במאגר נבו (17.3.2002).
- 110 תב"ע (י"ם) שן/0-107 אבו פרחא נ' המוסד לביטוח לאומי, פורסם במאגר נבו (1991) (להלן: עניין אבו פרחא); תב"ע (י"ם) נה/0-267 שאוויש נ' מוסד לביטוח לאומי, פורסם במאגר נבו (1996). לתפיסה מנוגדת בסוגייה זו, ראו: עניין אלדין, לעיל ה"ש 102.
- 111 תב"ע (י"ם) נה/0-418 חורי-פקוסה נ' המוסד לביטוח לאומי, פורסם במאגר נבו (1998); תב"ע (י"ם) נו/7-18 שחאדה נ' המוסד לביטוח לאומי, פורסם במאגר נבו (1998).
- 112 עניין אבו פרחא, לעיל ה"ש 110.
- 113 Ronen Shamir, "Landmark Cases and the Reproduction of Legitimacy", 24(3) *L. & Soc'y Rev.* 781 (1990).

**ד. חוק ביטוח בריאות ממלכתי: דילמה מוסדית
והאינטרסים של בית המשפט**

המקרה של חוק ביטוח בריאות ממלכתי מדגים באמצעות שתי קבוצות מרכזיות של סוגיות, זכאות לתרופות וזכאות לטכנולוגיות רפואיות שאינן תרופות, אינטראקציות מורכבות בין בתי הדין לעבודה לבין ההסדרים המוסדיים שבתוכם הם פועלים ושימוש שהם עושים בהסדרים מוסדיים מסוימים, כגון הליכים של הכרעה משפטית דוגמת מתן סעד ביניים טרם קבלת ההכרעה הסופית, כדי להתגבר על אילוצים מוסדיים אחרים, ובייחוד על לשון החוק. ההקשר הפוליטי של חוק ביטוח בריאות ממלכתי, כגון מרכזיות שיקולים כלכליים אל מול לחצם של ארגוני חולים, משפיע על אופן הפסיקה של בתי הדין לעבודה (וגם של בג"ץ). בניגוד למקרה של תכנית ביטוח אבטלה ובדומה למקרה של קצבאות הילדים, במקרה של חוק ביטוח בריאות ממלכתי הפסיקה מתחוללת בניגוד לצפוי מלשון החוק. אולם בשונה מתביעותיהם של תושבי מזרח ירושלים לקבל קצבאות הילדים, בתי המשפט מוכיחים במקרה של חוק ביטוח בריאות ממלכתי כי יש מקרים שבהם יסייעו לפרטים לקבל את מבוקשם.

חוק ביטוח בריאות ממלכתי, שנכנס לתוקף ב-1 בינואר 1995, עיגן בחוק את הזכות לשירות רפואי לכל תושב (אזרחים ותושבי קבע) והיווה את התכנית המרכזית החדשה האחרונה עד כה של מדינת הרווחה הישראלית. חוק ביטוח בריאות ממלכתי נועד, בראש ובראשונה, להתמודד עם מצוקתה הכלכלית של קופת החולים הכללית, השחקן המרכזי בתחום הבריאות. מצוקה זו הייתה גורם מרכזי, לצד גורמים נוספים, למשבר כלכלי במערכת הבריאות כולה.¹¹⁴ מטרה משנית בלבד הייתה להפוך את הזכות לטיפול רפואי

114 גבי בן-נון, יצחק ברלוביץ' ומרדכי שני מערכת הבריאות בישראל (2005); מבקר המדינה, דו"ח שנתי 36 (1986); מבקר המדינה, דו"ח שנתי 38 (1988); דין וחשבון ועדת החקירה הממלכתית לבדיקת תפקודה ויעילותה של מערכת הבריאות בישראל (1990) (להלן: דו"ח ועדת החקירה הממלכתית); יהודית ט' שובל ועפרה אנסון העיקר הבריאות (2000) Dov Chernichovsky & David Chinitz, "The Political Economy of Health System Reform in Israel", 4 *Health Econ.* 127 (1995); Yair Zalmanovitch, *Policy Making at the Margins of Government: The Case of the Israeli Health System* (2002). המשבר במערכת הבריאות הציבורית בשנות השמונים ובמחצית הראשונה של שנות התשעים היה משבר בעל ממדים כלכליים, מבניים-ארגוניים ופוליטיים. לב המשבר היה אי-הלימה בין הקצאת המקורות הכלכליים בתוך מערכת הבריאות לבין פילוח השימושים בין ספקי שירותי הבריאות השונים. ביטויי העיקריים של המשבר היו מחסור במשאבים מספקים להגשת שירותים רפואיים בקרב שני ספקי שירותי הבריאות הגדולים ביותר: קופת חולים כללית (כיום: שירותי בריאות כללית) והמדינה (באמצעות משרד הבריאות), התערערות יחסי

לזכות אוניברסלית ולהגדיר את היקף הטיפול הרפואי (סל שירותי הבריאות) הנכלל בגדרי הזכות.¹¹⁵ מנקודת המבט של הזכות לטיפול רפואי כזכות חברתית נועד החוק לנתק את הקשר בין יכולת כלכלית לבין קבלת הטיפול הרפואי, היקפו ואיכותו.¹¹⁶ במרכזו של החוק מובנה קונפליקט בין אילוצים כלכליים לבין שיקולים מקצועיים-רפואיים.¹¹⁷ חוק ביטוח בריאות לא פתר את מצוקותיה הכלכליות של מערכת הבריאות כיוון שהתשומות התורמות לעליית הוצאות הבריאות – ובהן עלות טכנולוגיות רפואיות חדשות, גידול האוכלוסייה והזדקנותה והשינוי בצפיות הפרטים לשיפור איכות הטיפול הרפואי – עולות.¹¹⁸ לעומת זאת התפיסה הדומיננטית של מקבלי ההחלטות בקרב הפוליטיקאים ומשרד האוצר היא כי יש לצמצם את מעורבות המדינה בתהליכים כלכליים על ידי צמצום הוצאותיה, בין היתר בתחום הבריאות.¹¹⁹ החל מ-1997 נעשו בחוק תיקונים רבים, ורובם נועדו לצמצם בדרך ישירה או עקיפה (על ידי הטלת לחץ על קופות החולים לחיסכון כספי המתורגמת בתורה לפגיעה באיכות השירותים או בהגדלת נטל המימון הפרטי של שירותים שניתנו קודם לכן ללא תשלום) את הזכות לטיפול רפואי כזכות

העבודה בקרב עובדי מערכת הבריאות ופגיעה בהפעלה תקינה של שירותי מערכת הבריאות, הצטברות תורים לטיפולים אלקטיביים (דהיינו, מתוכננים מראש) ופגיעה באיכות שירותי הרפואה הציבורית וכן גידול בהיקף "הרפואה השחורה" (קיום רפואה פרטית בתוך מערכת הרפואה הציבורית שלא כחוק).

115 Yair Zalmanovitch, "Some Antecedents to Healthcare Reform: Israel and the United States", 25 *Pol'y & Pol.* 251 (1997).

116 אייל גרוס "בריאות בישראל: בין זכות למצרך" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 437 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

117 כרמל שלו בריאות, משפט זכויות אדם (2003).

118 בן-נון, ברלוביץ' ושני, לעיל ה"ש 114; דין וחשבון ועדת החקירה הפרלמנטרית לבדיקת יישומו ומימונו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי (פברואר 2003). חוק ביטוח בריאות לא פתר את הקונפליקט בין כלכלה לבריאות גם כיוון שהחוק נוגע רק לסוגיית ביטוח הבריאות וליחסי המבוטחים עם קופות החולים ואיננו נוגע בסוגיות מרכזיות אחרות של יחסי השחקנים האחרים במערכת הבריאות, כגון הסדרי המימון בין קופות החולים ובין בתי החולים שבבעלות המדינה ובבעלות קופת חולים הכללית ולתפקידי משרד הבריאות וסמכויותיו.

119 בן-נון, ברלוביץ' ושני, לעיל ה"ש 114. יתר על כן, הנחה נלווית היא כי הגדלת חופש הבחירה של האזרחים בין נתני שירותים שונים תביא לריסון הגידול בשירותי הבריאות. התוצאה של התפיסה הדומיננטית ושל ההנחה הבעייתית הנלווית אליה היא הקטנה יחסית של נטל המימון על המדינה, ולעומת זאת הגדלה של נטל המימון הפרטי.

בקרב עמנו אנו יושבים: ניתוח נא-מוסדי של בתי משפט כאמצעי העצמה במדינת הרווחה

חברתית ולהגביר את הקשר בין יכולת כלכלית לבין היקף הטיפול הרפואי ואיכותו.¹²⁰ שינויים אלו, לצד אי-עדכון מספק של עלות סל השירותים ותוכנו, הביאו להגדלת התלות בין יכולת כלכלית לבין היקפו ואיכותו של השירות הרפואי הניתן לפרט.¹²¹ ביטויים שונים של קונפליקט זה באים לידי ביטוי בתביעות המובאות בפני בתי הדין לעבודה, שעליהם הוטל בחוק לרונן בתביעות של פרטים נגד קופות החולים הנוגעות לסל השירותים שהן אמורות לספק. בכך מהווים בתי הדין לעבודה שחקן חדש יחסית, שמעורבותו נולדה בעקבות החוק: אם לפני החוק נמנעו בתי המשפט להתערב ביחסים בין קופות החולים לבין חבריהן משום שהביטוח הושחת על חוזה וולונטרי בין הצדדים,¹²² הרי שהחוק יצר מערכת יחסים מחייבת בין המדינה, קופות החולים והפרט¹²³ ומסר לבתי הדין לעבודה את הסמכות לרונן בתביעות של מבוטחים נגד קופות החולים.¹²⁴

- 120 שם; גרוס, לעיל ה"ש 116; רויטל גרוס, ברוך רוזן ואריה שירום "מערכת הבריאות בישראל בעקבות החלת חוק ביטוח בריאות ממלכתי" בטחון סוציאלי 54, 11 (1999).
- 121 בן-נון, ברלוביץ' ושני, לעיל ה"ש 114; גרוס, לעיל ה"ש 116; שלו, לעיל ה"ש 117.
- 122 תמרה ברנע "סל שירותי הבריאות בקופות-החולים בישראל" בטחון סוציאלי 36, 92 (1991); דו"ח ועדת החקירה הממלכתית, לעיל ה"ש 114; שלו, לעיל ה"ש 117; כרמל שלו, בעז לב, שפרה שורץ, גליה הילדסהימר ומירי וידברג "סלי השירותים של קופות החולים לפני חוק ביטוח בריאות ממלכתי – מנגנוני ערכון וערכים 1998-1999" המכון הלאומי לחקר שירותי הבריאות ומדיניות הבריאות www.israelhpr.org.il/heb/code/index.asp?page=838/92 פלוני נ' קופת חולים מאוחדת, פורסם במאגר נבו (30.1.1995). במקרה זה סירב בית המשפט המחוזי לתת סעד לתובע ולהורות לקופת חולים מאוחדת לא לבטל את חברותו בקופה. התובע לא הצהיר בפני הקופה על היותו נשא נגיף האיידס בעת שהתקבל לקופה, ובית המשפט קבע כי בין הקופה לבין מבוטחיה קיים קשר חוזי המבוסס על תקנונה של קופת החולים, שהפרתו בידי אחד הצדדים מבטלת אותו.
- 123 בן-נון, ברלוביץ' ושני, לעיל ה"ש 114; גרוס, לעיל ה"ש 117; שלו, לעיל ה"ש 117. החוק קובע כי על כל תושב לשלם מס הקרוי דמי ביטוח בריאות למדינה ולהצטרף כחבר לאחת מארבע קופות החולים; קופות החולים מחויבות לקבל כל תושב ולהעניק לחברים המבוטחים בהן את סל שירותי הבריאות הבסיסי הקבוע בחוק (החוק מצייץ גם שירותים שהמדינה מעניקה לפרט בתחומי הגריאטריה, בריאות הנפש והרפואה המונעת, אך הוא אינו מטיל על המדינה חובות הדומות לאלו של קופות החולים); המדינה אחראית בפני קופות החולים להשלים את מקורות המימון על סך דמי הביטוח שנגבו מהתושבים בהתאם לעלות סל הבריאות ולחלק את המשאבים הכספיים לקופות החולים בהתאם למספר המשוקלל ממספר המבוטחים ומגילם ("נוסחת הקפיטציה"). ראו גם: בג"ץ 2344/98 מכבי שירותי בריאות נ' שר האוצר, פ"ד נד(5) 729 (2001). מטרת היחסים הללו היא לרסן את הגידול בעלות שירותי הרפואה ובד בבד להבטיח טיפול רפואי באיכות גבוהה לכל תושב.
- 124 סעיף 54 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי.

חוק ביטוח בריאות ממלכתי הוא כנראה תכנית הרווחה המורכבת ביותר מבין שלושת מקרי הניתוח הנדרונים במאמר זה. מקריאת החוק קשה לפרט לדעת מה נכלל במסגרת הזכות לטיפול רפואי. יתר על כן, לפי דוחות נציבת הקבילות לעניין חוק ביטוח בריאות ממלכתי במשרד הבריאות, חוסר בהירות זה מאפיין גם את פעולת קופות החולים ומשרד הבריאות.¹²⁵ למורכבות המאפיינת את החוק יש כמה סיבות: ראשית, כמודגש למעלה, החוק עובד בסימן מתח מובנה בין מטרות מקצועיות-רפואיות והזכות לטיפול רפואי לבין אילוצים כלכליים, והעדפת אינטרס כזה או אחר מושפעת משינויים ביחסי הכוחות בין השחקנים השונים. שנית, החוק אינו מפרט באופן מלא את הטכנולוגיות הרפואיות שהפרט זכאי להן ואינו מציינן הנחיות לאיכות נתינתן. לפרט יש אפשרויות מוגבלות למדי לדעת למה הוא זכאי ובאילו תנאים.¹²⁶ שלישית, המונח "תושב" מופיע בחוק זה כתנאי זכאות ראשוני, וכבמקרה של תכנית קצבאות הילדים מעלה סוגיות המגיעות לפתחם של בתי הדין לעבודה.

תרופות לעומת טכנולוגיות רפואיות אחרות: שתי קבוצות של סוגיות מרכזיות המובאות בפני בתי הדין לעבודה (ובמידה מעטה גם בפני בג"ץ) נוגעות להיקף השירותים הרפואיים, או הטכנולוגיות הרפואיות, שהפרט זכאי להם במסגרת החוק. ניתן לזהות בטבלה 3 הבדל ברור בין טכנולוגיות שאינן תרופות לבין תרופות – הן באשר לכללים הרלוונטיים בחוק הן באשר לשיעורי ההצלחה של תובעים פרטיים.

125 דו"ח נציבת הקבילות לחוק ביטוח בריאות ממלכתי לשנת 1997 (משרד הבריאות, 1998); דו"ח נציבות הקבילות לחוק ביטוח בריאות ממלכתי לשנת 1998-1999 (משרד הבריאות, 2000); דו"ח נציבות הקבילות לחוק ביטוח בריאות ממלכתי לשנת 2000 (משרד הבריאות, 2001); דו"ח נציבות הקבילות לחוק ביטוח בריאות ממלכתי לשנת 2001 (משרד הבריאות, 2002); דו"ח נציבות הקבילות לחוק ביטוח בריאות ממלכתי לשנת 2002-2003 (משרד הבריאות, 2004) (להלן: דו"ח נציבות 2002-2003).

126 אף שהחוק לא נועד להבטיח זכאות לכל טיפול רפואי שקיים ובכל תנאי, כפי שעולה מהמקרים שנותחו במחקר זה, הפרט המבוטח רואה בחוק התחייבות בלתי מוגבלת לזכות חברתית לטיפול רפואי. ראו למשל: דב"ע (ארצי) נז/7-2 בת-עמי – משרד הבריאות, פורסם במאגר נבו (1997) (להלן: עניין בת-עמי), פסקה 2 לפסק הדין; דב"ע (ארצי) 7-5/97 מדזיני – קופת חולים כללית, פד"ע לג 193 (1993) (להלן: עניין מדזיני), פסקאות 3 ו-13 לפסק הדין; עב' (י-ם) 1878/99 סגל – קופת חולים כללית, פורסם במאגר נבו (2000) (להלן: עניין סגל), פסקה 5 לפסק הדין.

**בקרב עמנו אנו יושבים: ניתוח נאו-מוסדי של בתי משפט
כאמצעי העצמה במדינת הרווחה**

טבלה 3: תביעות של פרטים לבתי משפט, חוק ביטוח בריאות ממלכתי,
לפי סוגיות ותוצאת התביעה¹²⁷

תביעות שנדחו	תביעות שהתקבלו (מלא/חלקי)	הסוגיה
		חוג הזכאים
14	4	תושבות (פלסטינים)
2	1	תושבות (יהודים; תושב חוזר)
2	–	תושבות (מהגרי עבודה)
		היקף השירות
12	3	טיפול ומכשור רפואי
5	8	תרופות (היקף הסל, התוויות)
1	2	השתתפות עצמית בתרופות
1	–	תשלום עבור שירותים לא רפואיים
		סך הכול
37	18	55 מקרים

הדבר המפתיע הוא כי שיעורי ההצלחה של תובעים פרטיים עומדים בניגוד לצפוי מהכללים החוקיים הרלוונטיים. כמעט בכל המקרים שאותרו במאגרים המשפטיים האלקטרוניים נגעו התביעות לטכנולוגיות רפואיות שאינן בסל השירותים (לרוב, טכנולוגיות חדשות), לטכנולוגיות המצויות בסל השירותים אך מיועדות למצבים רפואיים (התוויות) שונים או כאלה הקיימות בסל השירותים, אך נתינתן מותנית בהנחיות שאינן תואמות את מצבו הרפואי של הפרט. בתי המשפט מוצאים עצמם בסיטואציה קשה: עליהם להגיע להרמוניה בין אינטרסים סותרים – הצורך של פרטים בטכנולוגיה רפואית שהם אינם יכולים לשלם עבורה, ושחייהם לעתים תלויים בה, מחד גיסא, ולשון החוק והתוצאות הכלכליות הצפויות של פסיקתם אם יורו להרחיב את סל השירותים, מאידך גיסא. בתי המשפט מודעים לכך שפסיקתם למען תובע אחד תאלץ את קופות החולים לספק את הטכנולוגיה הרפואית לפרטים נוספים באותו מצב רפואי, והמדינה היא

127 לא נכללו פסקי דין בתביעות נגד המדינה על שירותים שהיא מחויבת להעניק לפי התוספת השלישית לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, אלא רק פסקי דין נגד קופות החולים. קופות החולים אינן אורגנים של המדינה, אולם פעולתן כנותנות שירותי בריאות מוסדרת בחוקי המדינה, ועיקר מימוןן הוא על ידי המדינה. בספרות קיימת התייחסות אל גופים אלו כאל Francis E. Rourke "Public Bureaucracies", *International*. "semi-public" bureaucracies. *Encyclopedia of the Social Sciences and Behavioral Sciences* 12519, 12521 (2001)

שתצטרך לשאת בעלות הרחבת סל השירותים. מדוע אפוא קיים הבדל בין שתי קבוצות הסוגיות הללו?

סל השירותים (התוספת השנייה לחוק ביטוח בריאות ממלכתי) מגדיר את התחומים ותת-תחומים שבהם קופות החולים מחויבות לתת שירותים למבוטחיהן.¹²⁸ עם זאת בחוק אין פירוט של הטכנולוגיות הרפואיות הפרטניות, שאינן תרופות, ושל תנאי נתינתן.¹²⁹ לכאורה, מצב זה מאפשר למערכת הבריאות להתאים את עצמה לחידושים טכנולוגיים בתחום הרפואה מזה ומעניק אוטונומיה לרופאים להתאים פתרונות לצרכים של חולים שונים מזה. למעשה, הדבר מונע מחויבות של המדינה ושל נותני השירותים לספק שירות כזה או אחר למבוטחים, מאפשר לנותני השירותים יתר גמישות ומגשים מטרה של ריסון הוצאות. עם חקיקת החוק נקבע כי סל השירותים ששימש את קופת החולים הכללית יהיה סל השירותים של החוק. בעטיו של השינוי ניתנה לקופות החולים האחרות תקופה של ארבע שנים להתאים את סל השירותים שלהן, פרט לתרופות, לזה שנקבע בחוק, ורק מ-1999 הן מחויבות להעניק את סל השירותים הקבוע בחוק.¹³⁰ החל מ-1998 נעשים שינויים מדי שנה בסל השירותים, נכנסות טכנולוגיות חדישות, ומשרד הבריאות מנחה את קופות החולים לגבי התנאים להענקתן.¹³¹ אולם משרד הבריאות אינו מפקח כראוי שקופות החולים ימלאו אחר החוק.¹³² לכן למעשה חלק נכבד מההנחיות מקורו בקופות החולים עצמן, ואילו לפרט אין כל מידע או יכולת השפעה. רשימת הטכנולוגיות הרפואיות שהן תרופות מופיעה ב"צו התרופות",¹³³ שהוא חלק מסל השירותים שקופות החולים מחויבות להעניק למבוטחיהן. החל מ-1998 תרופות חדשות מופיעות ב"צו התרופות" בליווי הנחיות מדויקות להתוויית (סוג הבעיה הרפואית שהתרופה הותרה בה לשימוש בישראל) שלהן והתנאים לנתינתן.¹³⁴ ההבדל בין טכנולוגיות שאינן תרופות לבין תרופות הוא כדברי דוח נציבת קבילות לעניין חוק ביטוח בריאות ממלכתי: "בניגוד לסל השירותים שקבע המחוקק, המאפשר מתן פירוש מרחיב, רשימת התרופות מוגדרת וקבועה, והתחום הניתן לפרשנות מוגבל".¹³⁵ עם זאת משרד הבריאות מאפשר לקופות

128 תוספת שנייה לחוק ביטוח בריאות ממלכתי.

129 דו"ח נציבות 2002-2003, לעיל ה"ש 125.

130 שלו, לעיל ה"ש 117; בן-נון, ברלוביץ' ושני, לעיל ה"ש 114.

131 שם.

132 מבקר המדינה, דו"ח שנתי 52 (2002); מבקר המדינה, דו"ח שנתי 54 (2004).

133 צו ביטוח בריאות ממלכתי (תרופות בסל שירותי הבריאות), תשנ"ה-1995, ק"ת 5662 749.

134 דו"ח נציבות 2002-2003, לעיל ה"ש 125, בעמ' 43.

135 שם.

בקרב עמנו אנו יושבים: ניתוח נא-מוסדי של בתי משפט כאמצעי העצמה במדינת הרווחה

החולים להחליט אילו מבין תרופות בעלות ייעוד דומה לתת למבוטחיהן בהתאם לשיקולים כלכליים.

כאשר בתי הדין דנים בטכנולוגיות שאינן תרופות הם נוטים להעדיף את האינטרסים הכלכליים של קופות החולים ושל המדינה על פני האינטרסים של התובעים. במרבית המקרים הללו בית הדין נצמד ללשון החוק, שלפיו קופות החולים אינן מחויבות – אם כי הן רשאיות לעשות זאת אם תחפוצנה בכך – להעניק טיפול רפואי שאינו מצוי בסל הבריאות הבסיסי,¹³⁶ והוא מדגיש את העלות הכלכלית של הרחבה אפשרית של סל השירותים.¹³⁷ לעומת זאת ברוב המקרים שבהם דנו בתי הדין בתרופות קיבלו התובעים הפרטיים סעד מלא או חלקי.¹³⁸ לעתים קיבלו התובעים בזכות התערבות בית הדין את התרופה במהלך ההתדיינות המשפטית גם אם בסופו של ההליך המשפטי התקבלה להלכה עמדת קופת החולים. במקרים אלו בתי הדין היו נכונים לתת מעמד נכבד לאינטרס האנושי של התובעים לפחות כמו האינטרסים הכלכליים של קופות החולים ושל המדינה. לכן ניתן לראות במקרים כאלו הצלחה, לפחות חלקית, של התובעים. בתי הדין השתמשו בכמה טכניקות כדי להעניק את הסעד המבוקש במקרים אלו, ובד בבד הקפידו לא לפסוק בדרך שתובן כהרחבת סל השירותים. הטכניקה העיקרית הייתה חיוב קופות החולים לספק את התרופה כסעד ביניים ופסיקה בסוף ההליך לטובת קופת החולים (במקרים הללו התובעים לא נדרשו לפצות את קופות החולים על הוצאותיהן).¹³⁹ בתביעות אחרות הוגבל פסק הדין אך ורק לתובעים שבמקרה שנידון – מי שכבר קיבלו את התרופה קודם להחלטת קופת

136 עב' (ת"א) נז/0-17 זיינפלד נ' קופת חולים כללית (מאוזכר בשלו, לעיל ה"ש 117, בעמ' 265) (להלן: עניין זיינפלד); עניין סגל, לעיל ה"ש 126. יתר על כן, בתקופת הביניים, שהונהגה למן חקיקת החוק ועד לסוף שנת 1998, לא חייבו בתי הדין את קופות החולים להעניק טיפול רפואי בהיקף גדול מזה שניתן אצלן ערב החוק. ראו: עניין מדזיני, לעיל ה"ש 126; תב"ע (ת"א) 141138/98 סטולבוב נ' מכבי שירותי בריאות (מאוזכר בשלו, שם, בעמ' 178, 76, 273-274, 294) (להלן: עניין סטולבוב).

137 עניין זיינפלד, לעיל ה"ש 136; עניין מדזיני, לעיל ה"ש 126; עב' (חי') 3101/98 פרויים – קופת חולים לאומית, פורסם במאגר נבו (2001); עניין סטולבוב, לעיל ה"ש 136; עניין סגל, לעיל ה"ש 126; עב' (ת"א) 2318/00 בר-ניב – קופת חולים כללית, פורסם במאגר נבו (2001).

138 עב' (חי') 3959/98 גורן נ' קופת חולים כללית (מאוזכר בשלו, לעיל ה"ש 117, בעמ' 283, 289) (להלן: עניין גורן); עב' (ת"א) 339-14/99 גרונדשטיין נ' קופת חולים כללית, פורסם במאגר נבו (24.3.1999) (להלן: עניין גרונדשטיין); בש"א (ת"א) 4169/01 דלאל נ' שירותי בריאות כללית, פורסם במאגר נבו (4.9.2001) (להלן: עניין דלאל); עב' (חי') 4037/01 טברו נ' קופת חולים כללית, פורסם במאגר נבו (2002).

139 עניין גרונדשטיין, לעיל ה"ש 138; עניין דלאל, לעיל ה"ש 138.

החולים למנוע את המשך נתינתה – ונקבע כי מקרים אחרים יצטרכו לעמוד לדיון משפטי נפרד ללא קשר להכרעה שהתקבלה.¹⁴⁰

הסיבה לכך ששיעורי ההצלחה של תובעים פרטיים גבוהים יותר במקרים הנוגעים לתרופות היא כי שופטים מתייחסים לתרופות כמצילות חיים, בעוד טכנולוגיות רפואיות אחרות אינן נתפסות בעיניהם ככאלה.¹⁴¹ יתר על כן, תרופות, שהן מרבית הטכנולוגיות החדשות הנוספות מדי שנה לסל השירותים¹⁴², הפכו לנושא לדיון ציבורי: מפעם לפעם קבוצות אינטרסים של חולים או למען מאבק במחלות כמו סרטן או איידס מעלות לדיון ציבורי את מצוקת החולים ומצליחות לקדם את האינטרסים שלהן בהצלחה בקרב מקבלי ההחלטות.¹⁴³ שופטי בתי הדין לעבודה אינם מנותקים מהחברה הישראלית, והם מודעים לפוליטיקה ולכלכלה-הפוליטית של מערכת הבריאות ומושפעים ממנה. במקרה אחד

140 עניין בת-עמי, לעיל ה"ש 126, פסקאות 26-27 לפסק הדין. מקרה דומה היה גם בבג"ץ 501/99 כרמל נ' בית הדין הארצי לעבודה, פורסם במאגר נבו (1999). במקרה זה עתרו לבג"ץ כמה חולות בטרשת נפוצה כדי לחייב את קופת חולים כללית להמשיך ולתת להן תרופה שכבר קיבלו למרות היותה רשומה להתוויה שונה. הגם שבית הדין הארצי דחה את תביעותיהן (דב"ע (ארצי) 7-4/97 קופת חולים כללית – כרמל, פד"ע לג 415 (1998)), הן המשיכו לקבל את התרופה, כפי שעולה מפסק הדין הקצר של בג"ץ, כפשרה בין התובעות לבין קופת חולים כללית. לעומת זאת עולה מפסק הדין של בית הדין הארצי לעבודה ומפסק הדין של בג"ץ בעניין זה כי חולים/ות שלא קיבלו את התרופה קודם להגשת התביעה נדחו על ידי בתי הדין לעבודה, וככל הנראה לא קיבלו אותה.

141 ראו למשל את האופן שבו נומקה החלטה להעניק את תרופת הרצפטין לחולה בסרטן השד, בעניין גרונדשטיין, לעיל ה"ש 138, פסקאות 7-8 לפסק הדין: "[...] התרשמנו ... כי חייה של המבקשת, אם לא תקבל את התרופה – בסכנה חמורה ... התרשמנו מנחיצות התרופה למבקשת, מצב החירום הבריאותי בו היא נתונה והאפשרות שיש בתרופה כדי להאריך ולשפר את חייה. [...] בעניינינו, מאחר ובחיי אדם עסקינן, הכף נוטה לטובת המבקשת. אם נבחן את האפשרות להארכת חייה בעזרת התרופה, מחד, לעומת אי הנוחות הכספית שתיגרם למשיבה מאידך, המסקנה הברורה היא, שהכף נוטה לזכות המבקשת. [...] חיי אדם, הם ערך עליון ודי בצורך החיוני, כפי שהוכח בפנינו ולו לכאורה להארכת חיי המבקשת באמצעות התרופה, כדי לגבור על כל שיקול כלכלי אחר". כמו כן ראו גם את נוסח הדברים בהחלטה להעניק את תרופת טקסול לחולה בסרטן הוושט בעניין דלאל, לעיל ה"ש 138, פסקה 18 לפסק הדין: "במקרה הקשה שהובא בפנינו שוכנענו אכן כי מתן הסעד הזמני הינו חיוני, לשימור חיים. ... הברירה האחרת... אשר לא נסתרה בשלב זה – הינה חידלון". התבטאויות כאלו, גם במקרים שהתובע הפסיד וגם במקרים שהתובע ניצח, אינן מופיעות בפסקי דין שבהם נידונו טכנולוגיות רפואיות שאינן תרופות.

142 נציב קבילות לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, דו"ח שנתי 5 2002-2003 (משרד הבריאות, 2004), עמ' 54-56.

143 חיים רמון "ביטוח בריאות ממלכתי – חזון או כישלון?" רפואה ומשפט 28, 88 (2003); שלו, לעיל ה"ש 117.

בקרב עמנו אנו יושבים: ניתוח נא-מוסדי של בתי משפט כאמצעי העצמה במדינת הרווחה

עשתה שופטת בבית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב שימוש בפסק דין כדי להעלות ולקדם הצעה לפתרון מה שהיא תיארה כתהליך לא מספק של עדכון סל השירותים.¹⁴⁴ בדרך שבה הם פוסקים ובטכניקות המשמשות אותם, ושתוארו למעלה, בתי הדין יכולים לאזן בין אינטרסים מתנגשים במקרים פרטניים בלא לשנות את המדיניות של קופות החולים ושל המדינה. בדרך זו בתי הדין לעבודה יכולים לצפות להגביר את הלגיטימציה שלהם מצד השחקנים המרכזיים: המדינה, קופות החולים וציבור המבוטחים. מכאן שפרטים נזקקים מצאו ברשות השופטת כלי עזר לשיפור חייהם בתקופה שנבחנה במאמר זה אם שכנעו את בתי הדין לעבודה (וכן בג"ץ במקרים מעטים) כי האינטרס שלהם חיוני, ואילו האינטרסים של בתי הדין מול שחקנים אחרים לא ייפגעו במידה אנושה.

ה. דיון מסכם: האילוצים המוסדיים של בתי משפט כאמצעי להעצמה של הפרט

מטרת מאמר זה היא לבחון כיצד הסדרים מוסדיים, כגון לשון החוק ומערכות היחסים בין הרשות השופטת לבין שחקנים בסביבתה, משפיעים על התנהלותם של בתי הדין לעבודה (ובמידה שולית, הנגזרת ממקרי הניתוח שנבחרו, של בג"ץ) ועל יכולתם להעצים את התובעים הפרטיים הבאים בשעריהם. העצמה הוגדרה במבוא כשימוש (המוצלח) של הפרט בבית המשפט שנועד לרכוש עוצמה כנגד העוצמה הרבה יותר מלכתחילה של סוכנויות מדינת הרווחה, הבא לידי ביטוי בניצחון בהליך המשפטי, ולחייבן לממש את הזכויות החברתיות המגיעות לו בתוקף החוק. בחלק זה של המאמר תוצג המסקנה, לאור בחינת שלושת מקרי המבחן – תכנית ביטוח אבטלה, תכנית קצבאות ילדים וחוק ביטוח בריאות ממלכתי – כי יש לראות בהעצמתם של פרטים באמצעות בתי המשפט תוצאת לוואי של חתירתם של בתי המשפט להגשים את האינטרסים שלהם עצמם. בחלק זה של המאמר ייעשה קישור גם בין מקומם של בתי המשפט בשלב יישום המדיניות בתוך התהליך הכולל של עיצוב המדיניות לבין האילוצים המוסדיים המשפיעים על יכולתם לחולל העצמה, שכונתה בראשית המאמר כהעצמה "אובייקטיבית".

שלושת מקרי הניתוח מלמדים כי מידת מעורבותם של בתי המשפט וכיוון התערבותם הם תוצאה של אינטראקציה בין האינטרסים המגוונים של בתי המשפט כזרוע של המדינה וכשחקן פוליטי עצמאי לבין המאפיינים המוסדיים של תכניות הרווחה עצמן (כגון כללים פורמליים, התפתחות היסטורית והקשר פוליטי) וההסדרים מוסדיים שונים של יחסי הרשות השופטת עם שחקנים אחרים.

144 עב' (ת"א) 1472/01 פרץ נ' שירותי בריאות כללית, פורסם במאגר נבו (12.11.2001).

טבלה 4: סיכום – מאפיינים מוסדיים, התפתחות היסטורית, הקשר פוליטי, התנהגות בתי המשפט

מאפיין מקרה ניתוח	מאפיינים מוסדיים	התפתחות היסטורית	הקשר פוליטי	התנהגות בתי המשפט
תכנית ביטוח אבטלה	חוק מורכב; חלק מהוראותיו ברורות ומדויקות, וחלקן – עמומות ו/או מצריכות הפעלת שיקול דעת; אוניברסלי, אך חל על עובדים שכירים בלבד.	צמצום מידת הדה-קומודיפיקציה של התכנית: הקשחת תנאי זכאות, קיצור תקופות זכאות והפחתת שיעורי הגמלה.	תמיכה ציבורית רחבה בצמצום מידת הדה-קומודיפיקציה של התכנית.	מיתון מגמות של צמצום כשאר ההוראות החוקיות הרלוונטיות הן עמומות או מותנות בהפעלת שיקול דעת. שיעורי הצלחה גבוהים יחסית בחלק מהסוגיות.
תכנית קצבאות הילדים	חוק פשוט; מרבית ההוראות ברורות ומדויקות פרט למונח "תושב"; אוניברסלי (החל מ-1993) חל על כל האזרחים ותושבי קבע (החל מ-1997).	הרחבת מידת הדה-קומודיפיקציה בתקופה הנידונה (מגמות של אוניברסליות והכללה).	תמיכה ציבורית רחבה למדי במרבית מרכיבי התכנית; הופעת ויכוח ציבורי על אודות כמה מרכיבים של התכנית המיטיבים עם קבוצות שוליות בחברה הישראלית (חרדים וערבים-מוסלמים).	דחיית מרבית מכרעת של התביעות שהוגשו על ידי פלסטינים למרות הכלל החוקי העמום של המונח "תושב".
חוק ביטוח בריאות ממלכתי	חוק מורכב מאוד, בייחוד לנוכח האינטרסים המנוגדים העומדים בבסיסו ולנוכח ריבוי הוראותיו; חלק מתוכנו אינו ברור משום היות סל השירותים בעל מבנה "פתוח"; חל על כל האזרחים ותושבי קבע; אוניברסלי, אולם חלק מהשירותים מותנים בתשלום נפרד.	הנהגת החוק היוותה הרחבת מידת הדה-קומודיפיקציה; תיקונים מאוחרים יותר – צמצום מידת הדה-קומודיפיקציה; מתח בסיסי בין שיקולים כלכליים לבין שיקולים מקצועיים-רפואיים והומניים.	תמיכה ציבורית רחבה ברמה גבוהה של דה-קומודיפיקציה.	הרחבה בפועל של הזכות לטיפול רפואי כזכות חברתית בחלק מהמקרים לצד העדפת שיקולים כלכליים של נותני השירותים ושל המדינה; שימוש בהסדרים המוסדיים הנוגעים ליחסים בין בתי הדין לעבודה לשחקנים אחרים כדי להעניק תוכן לזכות החברתית לטיפול רפואי בחלק מהמקרים.

בקרוב עמנו אנו יושבים: ניתוח נאו-מוסדי של בתי משפט כאמצעי העצמה במדינת הרווחה

במקרה של תכנית ביטוח אבטלה פסקי הדין מעידים כי באשר לסוגיות שבהן הוראות החוק עמומות, או שנדרשת ליישומן הפעלת שיקול דעת, התערבו בתי הדין לעבודה ושימשו בלם בפני צמצום זכויות חברתיות על ידי שירות התעסוקה והמוסד לביטוח לאומי. בתי הדין לעבודה איזנו את הלחצים המופעלים על נותני השירותים מצד שחקנים אחרים כמו משרד האוצר, הפוליטיקאים והמעסיקים להקשיח את תנאי הזכאות ולצמצם את הנגישות לדמי אבטלה. במקרה של תכנית קצבאות הילדים פסקי הדין מלמדים כי קיומו של אותו מרחב לא הוביל לתוצאה דומה, אלא ליצירת ברית בין בתי הדין לעבודה לבין המוסד לביטוח לאומי בהגדרת גבולות הקהילה הפוליטית ומניעת הקצאת משאבים למי שאינם נחשבים לחברים רצויים בקהילה הפוליטית הישראלית. במקרה של חוק ביטוח בריאות ממלכתי הראו פסקי הדין כי דווקא במקרים שבהם לכאורה יכולתם של בתי הדין לעבודה לצאת נגד המאפיינים המוסדיים של תכנית הרווחה, קרי הכללים החוקיים-פורמליים שלה, הרי שנמצאה הדרך להגיש סעד לתובעים במקרים הפרטיים, וכך בכך לא לעורר התנגדות עזה מדי מצד שחקנים רבי עוצמה בתחום הבריאות כמו קופות החולים והמדינה. עם זאת בתי הדין לא מצאו לנכון לנקוט דרך דומה בנוגע לטכנולוגיות רפואיות שאינן תרופות, ודווקא שם הכללים עמומים.

כעולה ממקרי הניתוח שנידונו במאמר זה, בתי הדין לעבודה ובג"ץ נרתעים מלחולל שינויים גדולים מדי, קרי כאלו שעלותם הצפויה למדינה היא רבה מאוד. כך בתי הדין לעבודה נזהרו הרבה יותר לא להרחיב את תכולת סל השירותים בחוק ביטוח בריאות ממלכתי ומצאו דרכים יצירתיות לענות על האינטרסים של נותני השירותים והמדינה, מזה, ועל האינטרסים של התובעים הפרטיים, מזה, לפחות בחלק מהמקרים.

שופטי בתי הדין לעבודה מודעים לפוליטיקה ולכלכלה הפוליטית של מדינת הרווחה, ופסיקתם איננה מנותקת מהן. הם מודעים לכך שמדינת הרווחה הישראלית עוברת תמורות שחלקן מתבטא בשינויים חוקיים-פורמליים, וחלקן – בשינוי אופן יישום הכללים החוקיים, ישנים וחדשים. בתי הדין לעבודה, שהוקמו לא רק כמוסדות שיפוטיים, אלא גם כזירות להתדיינות פוליטית ברורה ומובהקת, מזהים חלק מהשינויים במדינת הרווחה, ובייחוד את אופן יישומם, כשינויים חדים מדי המקפחים את זכויותיו של הפרט. עיון בשיעורי ההצלחה של תובעים פרטיים בסוגיות השונות, ולא דווקא בפסק דין כזה או אחר, מלמד גם כי פעולתם של בתי הדין לעבודה עולה בקנה אחד עם האינטרס שלהם כשחקן פוליטי החפץ בלגיטימציה של המדינה, של נותני השירותים ושל הציבור: לא לקפח לחלוטין את האינטרסים של אחד הצדדים ולאפשר שינויים הדרגתיים לכל היותר. בתי הדין לעבודה אינם מחוללי תמורות גדולות בתכניות רווחה משום העלויות במטבעות העוצמה והלגיטימציה מצד שחקנים מסוימים כגון משרד האוצר או נותני השירותים, אך הם גם מבקשים לבלום שינויים חדים מדי בתכניות רווחה העשויים לפגוע בלגיטימציה לפעולתם מצד הציבור. התוצאה היא כי רק בחלק מהמקרים יכולים פרטים להסתייע בבתי

הדין לעבודה כדי להשפיע על גורלם החומרי ככל שהדבר נוגע לתכניות רווחה שנבחנו במאמר זה.

1. נספח מתודולוגי

לצורך מחקר זה נבנה מאגר נתונים, ובו 835 פסקי דין שניתנו בתביעות של פרטים נגד נותני השירותים במקרי הניתוח (או בערעורים של נותני השירותים שהוגשו בתביעות של פרטים) בשנים 1990-מחצית 2002 (בנוגע לחוק ביטוח בריאות ממלכתי התקופה היא 1997-מחצית 2002). תביעות אלו הן רוב מכריע של העניינים המשפטיים שהובאו בפני בתי המשפט הנוגעים למקרי הניתוח.¹⁴⁵ בחלק מפסקי הדין עלתה יותר מסוגיה אחת (בשישה פסקי דין הייתה התייחסות הן לתכנית קצבאות הילדים הן לחוק ביטוח בריאות ממלכתי; בפסק דין אחד הייתה התייחסות הן לתכנית ביטוח אבטלה הן לתכנית קצבאות ילדים; בפסק דין אחד הנוגע לחוק ביטוח בריאות ממלכתי נידונו שתי סוגיות שונות; ב-25 פסקי דין הנוגעים לתכנית ביטוח אבטלה נידונו שתיים-ארבע סוגיות שונות), ולכן המאגר כולל בסך הכול 872 מקרים: 681 מקרים הנוגעים לתכנית ביטוח אבטלה, 136 מקרים הנוגעים לתכנית קצבאות ילדים, ו-55 מקרים הנוגעים לחוק ביטוח בריאות ממלכתי.

אותרו כל פסקי הדין הרלוונטיים באמצעות שימוש במילות מפתח רלוונטיות בארבעה מאגרים משפטיים אלקטרוניים (בסוגריים נקודת הזמן האחרונה שבה עודכן המאגר בעת החיפוש): תקדין (אוגוסט 2003), פדע"אור (ספטמבר 2002), עבודה ועוד (דצמבר 2002) ונבו (ספטמבר 2003).¹⁴⁶

מילות המפתח שנעשה בהן שימוש כללו את שמות התכניות – *קצב*ת *ילד*ת, *ב*טוח *אבטלה*, *חוק *ב*טוח *בריאות *ממלכתי, וכן מילות מפתח רלוונטיות נוספות כגון *ס*רוב וגם ש*רות *תעסוקה במקרה של תכנית ביטוח אבטלה. החיפוש

145 לבתי המשפט, ובהם בג"ץ ובתי הדין לעבודה, הוגשו גם תביעות/עיתרות נוספות הנוגעות למקרי הניתוח על ידי ארגונים שונים כנגד נותני שירותים ו/או המדינה. דיון זה חורג מגבולות המאמר.

146 במקרה של חוק ביטוח בריאות ממלכתי נעשה שימוש בחמישה פסקי דין שצוטטו בהרחבה בשלו, לעיל ה"ש 117, ולא אותרו במאגרים המשפטיים האלקטרוניים: עניין זיינפלד, לעיל ה"ש 136; עניין סטולבוב, לעיל ה"ש 136; עניין גורן, לעיל ה"ש 138; ע"ב (חי') 3430/98 קליין נ' קופת חולים כללית, פורסם במאגר נבו (25.12.1998); ע"ב (ת"א) 70065/98 לזר-הרמתי נ' קופת חולים כללית, פורסם במאגר נבו (28.4.2004).

בקרב עמנו או יושבים: ניתוח נא-מוסדי של בתי משפט כאמצעי העצמה במדינת הרווחה

התחשב באפשרויות של כתיב חסר ושל כתיב מלא, בה"א הידיעה ובאותיות שימוש (ב, מ, ל).

בכל אחד מהמקרים המשפטיים נלקח פסק הדין בערכאה העליונה שאליה הגיע המקרה לדיון: 673 פסקי דין ניתנו על ידי בתי הדין האזוריים לעבודה, 154 פסקי דין ניתנו על ידי בית הדין הארצי לעבודה ו-8 פסקי דין ניתנו על ידי בג"ץ. נקודת הזמן ההתחלתית בכל אחד ממקרי המבחן נבחרה בשל אילוצים טכניים: במאגרים האלקטרוניים קיימים פסקי דין בוודדים הנוגעים לביטוח אבטלה ולקצבאות ילדים קודם ל-1990, ולא אותרו פסקי דין הנוגעים לחוק ביטוח בריאות ממלכתי בשנים 1995-1996. נקודת הזמן הסופית, מחצית שנת 2002, נבחרה משום השינוי החד בסביבה הפוליטית של בתי המשפט בדמות חוקי החירום הכלכליים: חוק תכנית החירום הכלכלית, תשס"ב-2002; חוק תכנית הבראת כלכלת ישראל, תשס"ג-2003, שניתן לשער כי הייתה לה השפעה על התנהלות הרשות השופטת במקרי הניתוח.¹⁴⁷

במחקר זה נעשה שימוש באחוזי הצלחה של תביעות נגד נותני שירותים של מדינת הרווחה. תקדימים חשובים להסבר מגמת הפסיקה בחלק מהסוגיות בשלושת מקרי הניתוח, אולם אין להפריז בדבר השפעתו של התקדים: שופטים עדיין נדרשים להשוות בין שני מקרים – התקדים והמקרה שנידון לפנייהם – ולהכריע בשאלה אם הם זהים מבחינה עובדתית, ומכאן שיש להכריע הכרעה זהה. לשופטים יש שיקול דעת להכריע בשאלה אם מקרה שהובא בפניהם אחרי התקדים צריך להיות מוכרע באופן זהה לתקדים. הבחירה בניתוח כל פסקי הדין ולא בתקדימים נובעת גם מהעובדה שלמעט מקרים בוודדים התובעים לא ערערו על המדיניות עצמה אלא על עצם יישומה במקרה הפרטי שלהם. מאגר המקרים מורכב כולו ממקרים שהסתיימו בפסק דין (או בפשרה שקיבלה תוקף של פסק דין). לבד מזה שברור כי מאגרי המידע המשפטיים האלקטרוניים אינם כוללים את כל פסקי הדין שניתנו בתביעות שהוגשו בנוגע לסוגיות שונות הקשורות במקרי הניתוח, במאמר זה אין נכללים מקרים אחרים שהסתיימו בלא פסק דין. גם סביר להניח כי מספר התביעות שהסתיימו בפסק דין הוא נמוך יותר בסוגיות שבהן הכלל החוקי מנוסח באופן מדויק וברור אם משום שחלק מהתובעים מבין כי סיכוייו לנצח בבית המשפט נמוכים, ואם משום שנותן השירותים נחשף לעובדות חדשות ומקבל את התביעה בלא צורך בהכרעה משפטית.

147 ניתן לשער כי השינוי ב'האווירה הפוליטית' הוא גורם חשוב להסבר פסיקות חדשות יותר של בית הדין הארצי לעבודה, למשל שביטל את השימוש בפסיקות ביניים כדרך לתת סעד לתובעים פרטיים הנוזקים לטיפול רפואי דחוף. ראו: ע"ע (ארצי) 1020/01 מכבי שירותי בריאות – ברם, פורסם במאגר נבו (2003), פסקה 14 לפסק הדין.