

ההצדקה העקרונית לכינון זכות חוקתית לאיכות סביבה ראויה בישראל

מרשה גל פי *

- א. הקדמה
- ב. זכויות חוקתיות
- ג. זכות חוקתית לאיכות הסביבה לפי הדין המצוי
- ד. סוגי ההצדקות לכינון זכות חוקתית לאיכות סביבה
- ה. ההצדקות העקרוניות לכינון זכות חוקתית לאיכות סביבה ראויה
 1. אנושיותו הטבועה של הפרט
 2. תנאי למימוש זכויותיו האזרחיות והפוליטיות של הפרט
 3. תנאי להבטחת חיים נאותים
 4. איכות סביבה ראויה הנה ערך מוסרי בחברה הישראלית
 5. איכות סביבה ראויה הנה ערך מוסרי מתפתח בחברה הישראלית
 6. איכות סביבה ראויה הנה ערך חברתי חשוב בחברה הישראלית
- ו. סיכום

א. הקדמה

מדינת ישראל מתחבטת בשאלה אם לכונן חוקה פורמלית מלאה ואם תכונן חוקה, מה יהיו תוכנה והיקפה. ועדת חוקה, חוק ומשפט, בדיוניה בדבר "חוקה בהסכמה רחבה", ניהלה מספר רב של ישיבות בסוגיה, ולבסוף הכינה דו"ח שהתקבל בכנסת ב-13 בפברואר 2006 (ט"ו בשבט תשס"ו). בדו"ח מגוון הצעות חלופיות, ובהן הצעה להכיר בזכות חוקתית לאיכות סביבה ראויה.¹ המכון הישראלי לדמוקרטיה הכין אף

* פרופסור, ראש המרכז לדיני איכות הסביבה, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה; פרופסור אמריטוס, William Mitchell College of Law, ברצוני להודות לפרופסור דניאל קלינברגר, William Mitchell College of Law, על הערותיו לגרסה קודמת של מאמר זה. תודה גם לגב' קרן משה, סטודנטית למשפטים במכללה האקדמית נתניה, על עזרתה במחקר, למר דורון לוריג, סטודנט למשפטים במכללה האקדמית נתניה, על השקעתו העצומה בתרגום המאמר, ולמערכת כתב העת מאזני משפט, על עבודת עריכה מועילה.

1 ראו באתר האינטרנט של הוועדה, <http://www.knesset.gov.il/huka> (נבדק ב-20.3.06) ובאתר של החוקה בהסכמה רחבה, <http://www.knesset.gov.il/huka.wiki/index.php> (נבדק ב-30.4.06).

הוא את גרסתו לחוקה בהסכמה.² שתי טיוטות החוקה מכילות סעיפים בעניין הגנת איכות הסביבה. בנוסף, הוצגו לכנסת כמה הצעות של חוקי יסוד העוסקות בזכויות סביבתיות. ארגונים סביבתיים תומכים בהכללה של הצעות מעין אלו בחוקה.³ מאמר זה מתמודד עם סוגיית ההצדקה לכינון זכות חוקתית לאיכות סביבה ראויה בישראל.⁴ למעשה, המאמר מטפל בסוג אחד של הצדקות לכינון זכות חוקתית לאיכות סביבה ראויה: הצדקות עקרוניות, המבוססות על עקרונות משפטיים כלליים, ולא הצדקות אינסטרומנטליות או פונקציונליות.⁵ הניתוח להלן מתבסס על ההנחה שכינון זכות חוקתית הוא עניין רציני מאוד, ויש להשתמש בו רק בהתקיים טעמים משכנעים. לכן, עצם ההכרה בכך שמטרה מסוימת הנה חיובית אין בה כשלעצמה סיבה מספקת להכלילה בחוקה. במילים אחרות, ההכרה בחשיבותה של ההגנה על הסביבה איננה כשלעצמה הצדקה מספקת לכינונה של זכות חוקתית לאיכות סביבה ראויה. הדיון במאמר יהיה כדלקמן: תחילה אדון במאפייני זכויות חוקתיות ובזכות החוקתית לאיכות סביבה לפי הדין המצוי בארץ. לאחר מכן אנתח את סוגי ההצדקות לכינון זכות חוקתית לאיכות סביבה. חלקו העיקרי של המאמר יוקדש לבחינת ההצדקות העקרוניות לכינון זכות חוקתית לאיכות סביבה ראויה.

ב. זכויות חוקתיות

המונח "זכויות" בהקשר של המשפט החוקתי בדרך כלל מתייחס לסוגיות משפטיות

2 ראו באתר האינטרנט של המכון, הצעה לחוקה בהסכמה, <http://www.idi.org.il/hebrew/article.asp?id=2351> (נבדק ב-20.3.06).

3 ראו עדותה של עורכת הדין ציפי איסור-איציק, מנכ"לית אדם, טבע ודין, ודברה אלונה קארו-שפר, מנכ"לית חיים וסביבה, בישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, פרוטוקול מס' 373 מישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט, י"ח בטבת תשס"ה (30 בדצמבר 2004), http://www.kne-sset.gov.il/huka/FollowUpLaw_2.asp (נבדק ב-20.3.06).

4 השאלה אם ישראל צריכה לכונן זכות חוקתית לאיכות סביבה ראויה עשויה להיות מושפעת מסוגיות משנה שונות כגון ההצדקות לחקיקת זכות חוקתית שכזו; הבעיות הכרוכות בחקיקה זו; מהות הגדרת הזכות; היקפה; ניסיון של מדינות אחרות אשר הזכות לאיכות סביבה ראויה היא זכות יסוד בהן; דבר המשפט הבינלאומי בסוגיה; הכלים המשפטיים הנוספים, מלבד חקיקת זכות יסוד, אשר ניתן להשתמש בהם כדי לטפל בסוגיית איכות הסביבה הראויה; היתרונות והחסרונות של השימוש באותם כלים משפטיים וגישות שונות בהשוואה לגישה התומכת בזכות החוקתית לאיכות סביבה ראויה.

5 מאמר זה, כאמור, אינו דן בהצדקות אינסטרומנטליות לחקיקת זכות לאיכות סביבה ראויה. מאמר זה גם אינו מביא בחשבון את כל החסרונות הפונקציונליים של מיסוד זכות שכזו, את ניסיון של ארצות אחרות, את דרישותיו של המשפט הבין-לאומי, את השאלה כיצד תוגדר זכות זו לאיכות סביבה ראויה או כיצד זכות חוקתית מתמודדת עם שיטות אחרות להגנה על הסביבה מפני ביזויה. חובה לדון בסוגיות הללו כאשר תיבחן בצורה מלאה כל הצעה לחקיקת זכות לאיכות סביבה ראויה, אבל התייחסות אליהן תבוצע במסגרת אחרת.

בעלות משקל משפטי נוסף. בהקשר הנכון, זכויות חוקתיות הן אינטרסים או תחומי עניין אשר המשקל הנוסף שלהם שאוב מעיגונם או ממיסודם בחוקה. למה הכוונה בביטוי "משקל נוסף"? בשיטות חוקתיות רבות, לרבות השיטה הקיימת כיום בישראל, המשמעות הנה, שלא בקלות ניתן לפגוע בזכות חוקתית באמצעות חקיקה רגילה או החלטות מנהליות. חקיקה רגילה והחלטות מנהליות, אשר פוגעות בזכות, לא יהיו בנות תוקף אלא אם כן יהיו פרי איזון בין הזכות הנפגעת ובין הצדקה בעלת מעמד רם. זכויות חוקתיות גוברות אפוא על רצונו של הרוב בחברה נתונה כפי שהוא בא לידי ביטוי בחקיקה רגילה או ביישומה באקטים מנהליים.⁶ בשיטה הישראלית, משקלה של הזכות החוקתית מתבטא בדרך נוספת. הזכות החוקתית מהווה גם אמצעי פרשני לחקיקה ראשית ולהחלטות מנהליות. במידת האפשר, חוקים והחלטות מנהליות מתפרשים בעקיבות בדרך המשמרת את הזכות החוקתית או בדרך המקדמת את הזכות החוקתית. התוצאה הנה דרמטית פחות מביטול חוקים אך עדיין דומה במידת מה לביטול תוקפה של החקיקה הראשית. גם במקרה זה יכולתו של הרוב לבטא את רצונו הנוגד את הזכות החוקתית היא יכולת מוגבלת.

בשיטות חוקתיות מסוימות, לפחות חלק מהדרישות והזכויות החוקתיות נחשבות למשאת נפש יותר משהן בנות ביצוע. פירוש הדבר שאותן דרישות וזכויות חוקתיות אינן בנות אכיפה בבתי המשפט ואין ביכולתן להביס את חוקתיותם של חוקים או אקטים מנהליים. משקלה הנוסף של זכות חוקתית שאינה אלא משאת נפש מתבטא במחויבות או בלחץ על המחוקק ועל המנגנון המנהלי של המדינה לפעול להגנתה או לקידומה של הזכות החוקתית. ניתן להשתמש בכלי מעין זה בפרשנותם של חוקים, אקטים מנהליים והחלטות משפטיות אחרות.

כאשר זכויות מעוגנות בחוקה, הן רוכשות תכונה נוספת: יש להן יציבות מוגברת. על פי רוב, את החוקה קשה יותר לשנות לעומת חוק רגיל, ועל כן כל אינטרס אשר כונן כזכות בחוקה קשה יותר לשינוי.⁷ היציבות נובעת מההנחה שזכויות חוקתיות מבטאות מחויבות ארוכת טווח של השלטון לערכים בסיסיים בשונה מהעדויות הפופולריות המשתנות מעת לעת. בנימה מסויגת יותר ניתן לומר שזכויות חוקתיות מיועדות להשפיע באופן מתמיד על דעת הקהל.

ג. זכות חוקתית לאיכות הסביבה לפי הדין המצוי

באביב 2004 התייחס בית המשפט העליון בבג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין נ' ראש ממשלת ישראל⁸ לשאלה, אם הזכות לאיכות סביבה ראוייה להיכלל בגדרו של חוק

6 ראו: Ronald Dworkin *Taking Rights Seriously* (Cambridge Mass., 1977) 200.

7 ראו: Jeremy Waldron *Law and Disagreement* (Oxford, 1999) 220–221.

8 פ"ד נח(3) 503 (להלן: עניין אדם טבע ודין).

יסוד: כבוד האדם וחירותו. העותר, ארגון סביבתי מוביל, ביקש במקרה זה לערער על חוקתיותו של תיקון לחוק התכנון והבנייה, תשכ"א-1965, אשר קבע לוח זמנים קצר להתחשבות בהשפעות הסביבתיות השליליות של פרויקטים מתחום התשתיות הלאומיות. סעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע: "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם". לטענת העותר, התיקון לחוק פוגע שלא כדין בכבוד האדם, בחיים ובגוף, זכויות המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בשל המועדים הקצרים המוקצבים בו להתחשבות בהשפעת הפרויקטים על הסביבה. הנשיא ברק, בהסכמת דעת הרוב של שבעה שופטים אחרים, דחה טענה זו.⁹ תחילה דן ברק בטענה לפגיעה בכבוד האדם. אמנם, הסביר ברק, "חוק הפוגע באיכות הסביבה באופן הגורם לפגיעה במינימום הקיום האנושי פוגע בכבוד האדם ובחירותו".¹⁰ אולם זה אינו המקרה הנוכחי. מגישי העתירה לא טענו כלל שהחוק פוגע במינימום הקיום האנושי, אלא טענו כי הפגיעה היא בזכות לאיכות סביבה ראויה. הזכות לאיכות סביבה ראויה, לפי הנשיא ברק, אינה כלולה במונח "כבוד" שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: "אם הזכות לאיכות סביבה ראויה כלולה בכבוד האדם, כי אז כל זכויות האדם הפוליטיות, האזרחיות, החברתיות והכלכליות נכללות בה".¹¹ במילים אחרות, הניסיון לכלול את הזכות לאיכות סביבה ראויה במונח "כבוד האדם" לוקה בהכללת יתר ועשוי להביא לידי צירוף בלא הבחנה של אינטרסים אחרים. הוא ראה בכך הרחבה של חוק היסוד החורגת מסמכותו הפרשנית של בית המשפט. אם נחוץ להרחיב את רשימת זכויות היסוד, הרי דבר זה ייעשה על ידי הכנסת.

לאחר מכן בחן ברק את הטענה כי החוק פגע בזכות לחיים ולגוף. לגישתו, הזכות לחיים ולגוף שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כוללת הגנה מפני פגיעה סביבתית רק במקרים שבהם ניתן "להראות סכנה מוחשית וממשית לחיי האדם או גופו".¹² הנשיא ברק קבע: "איננו צריכים לשלול על הסף את האפשרות כי פעולתה של רשות תכנונית הפוגעת באיכות הסביבה, תוכל להיות כה מסוכנת והרסנית עד שתעלה לכדי פגיעה בחייו ובגופו של האדם".¹³ אולם במקרה זה לא נטענה פגיעה כה הרסנית. לסיכום, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בנוסחו הנוכחי מספק הגנה מפני פגיעה סביבתית רק כאשר ניתן להראות סכנה מוחשית וממשית לחיי האדם או גופו.

הפרשנות המצמצמת שהעניק בית המשפט העליון בעניין אדם טבע ודין לזכות לכבוד האדם שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מספקת הגנה מינימלית בלבד מפני בעיות סביבתיות. מדוע? כמעט בכל המקרים של זיהום סביבתי, לא ניתן לחזות מראש

9 השופטת דורנר, השופטת התשיעית בהרכב זה, כתבה כי אין צורך להחליט בנושא החוקתי, שם, בע' 524-525.

10 שם, בע' 517-518.

11 שם, בע' 518-519.

12 שם, בע' 519-520.

13 שם, בע' 520-521.

מיהו הפרט אשר ייפגע. הוכחות לפגיעה סביבתית בדרך כלל מבוססות על ניתוח סטטיסטי אשר מציג את סוג הזיהום וכמות המקרים של פגיעה או מוות עקב החשיפה לזיהום. לדוגמה, מחקר עדכני על השפעותיו של זיהום האוויר בתל-אביב הראה כי החשיפה לשני חומרים מזהמים עיקריים גורמת ל-710 עד 730 מקרי תמותה בקרב הבוגרים בגילאי 30 שנה ומעלה.¹⁴ במקרים רבים של פגיעה סביבתית, המידע אינו מוצק כמו בדוגמה דלעיל, וכל שניתן להראות הוא קורלציה בין הזיהום לבין העלייה בשיעור התמותה או התחלואה בקרב אוכלוסייה מסוימת. קורלציות, כמובן, הן בגדר ראיות לעצם קיומו של קשר סיבתי, אך אינן תמיד בגדר הוכחה מספקת. לכן במצב דברים רגיל בדרך כלל יהיה זה בלתי אפשרי לספק הוכחה אשר תתאים לדרישה לסכנה מוחשית וממשית. בנוסף, גם כאשר הפרט נפגע, הרי בשל הקושי להוכיח קשר סיבתי, יהיה קשה להראות כי זיהום ספציפי, או מקור של זיהום ספציפי, הוא הסיבה לפגיעה ספציפית.

יתר על כן, המקרים אשר ניתן להראות בהם קשר סיבתי לסכנה מוחשית וממשית יהיו בדרך כלל אותם מקרים אשר כבר נגרמה בהם פגיעה משמעותית. הגישה המקובלת לשמירת איכות הסביבה אינה מתמקדת במקרים שבהם הנזק כבר נגרם. מודגשת בעיקר מניעת הנזק. זהו לב לבו של העיקרון המנחה המקובל, עקרון "ההתראה המוקדמת" (precautionary principle) שנועד להקדים את התרופה למכה. כדי למנוע את הפגיעה, יש להתמודד עם הירידה באיכות הסביבה עוד לפני שקיימת אפשרות להראות סכנה מוחשית וממשית. לכן, לאורה של הפרשנות המצמצמת של הזכות לחיים ולשלמות הגוף בעניין אדם טבע ודין, ומשום הקושי להשתמש באמצעים קונבנציונליים להוכחת פגיעה בסביבה, ברור הדבר שזכויות היסוד הקיימות אינן מספקות הגנה חוקתית משמעותית מפני זיהום הסביבה.

מצב הדברים דומה גם בסוגיית ההגנה על המשאבים הטבעיים כחלק מהזכות לאיכות סביבה ראויה. אין הוכחה שהריסת שמורת טבע או אזור בעל ערך אקולוגי ייחודי פוגעת בתנאים המינימליים הנדרשים לקיומו של אדם. אין אפשרות להראות סכנה מוחשית וממשית לחיי האדם או גופו עקב פגיעה מעין זו. לכן חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו מספק הגנה חוקתית במקרים מעין אלו. ניתן לומר באופן כללי, שחוק היסוד אינו מספק כיום שום הגנה מפני נזק לסביבה במקרים שכאלו. למעשה, מגוון רב של חוקים סביבתיים אוסרים פגיעות בסביבה ומעניקים להפרות

14 ראו סקר סיכונים השוואתי מזיהום אוויר בשני אזורים עירוניים בישראל לשנים 1995–1999, תקציר מינהלי, http://www.sviva.gov.il/Environment/Static/Binaries/index_pirsumim/p0256a_1.pdf (נבדק ב-20.3.06) הסקר המלא נמצא בתוך: Israel Ministry of the Environment, Israel Union for Environmental Defense (Adam, Teva v'Din), Tel Aviv Municipality, Ashdod-Yavne Regional Association of Towns for Environmental Protection, U.S. Environmental Protection Agency (USEPA) *A Comparative Assessment of Air Pollution Public Health Risks in Two Israeli Metropolitan Areas, 1995–1999* (2003) [http://www.sviva.gov.il/En-Risks in Two Israeli Metropolitan Areas, 1995–1999](http://www.sviva.gov.il/En-Risks%20in%20Two%20Israeli%20Metropolitan%20Areas,%201995-1999) (2003) (נבדק ב-20.3.06).

האיסורים מעמד של פשע. הנקודה היא שכיום ההגנה העיקרית על הסביבה נובעת מהחוקים הרגילים ולא מההסדרים החוקתיים. רק במקרים קיצוניים מציעים חוקי היסוד הקיימים, כפי שפורשו על ידי בית המשפט העליון, הגנה מעשית כלשהי על הסביבה. קחו לדוגמה את מקרה ספורטאי המכבייה מאוסטרליה שנפגעו באסון המכבייה בשנת 1997 כאשר גשר מעל נחל הירקון התמוטט וגרם לנפילת הספורטאים לתוך מימיו המזוהמים של הנחל. נראה כי מרבית הפגיעות, וגם חלקם של מקרי המוות, נגרמו עקב הזיהום שבנחל ולא עקב הנפילה.¹⁵ במקרה זה ניתן להצביע על סכנה מוחשית וממשית לחיי אדם או גופו מן הזיהום, ולכן מדובר בהפרה של חוק היסוד.

אולם הוכחה שכזו תהיה קשה יותר במקרים אחרים. גם באירוע המוכר של זיהום נחל הקישון וביורור הפגיעה בלוחמי השייטת של צה"ל, אשר ערכו צלילות אימון בנחל, ועדת החקירה רמת הדרג אשר מונתה לחקור את העניין לא יכלה להצביע במפורש על קשר סיבתי בין החשיפה לזיהומו הנודע של הנחל לבין הפגיעות הפיזיות שנגרמו ללוחמי השייטת.¹⁶ אף שהוועדה קבעה כי יש לספק ללוחמים טיפול רפואי אשר ימומן על ידי המדינה, נראה כי מסקנות הוועדה לא סיפקו את הדרישה "להראות סכנה מוחשית וממשית לחיי אדם או גופו". ההוכחה לסכנה לחיים ולגוף הייתה חזקה, אך מציאת הקשר בינה לבין הנחל המזוהם הייתה בעייתית, כלומר היה ברור שהצלולנים, היינו אנשים ספציפיים, סבלו נזק, אבל לא היה ברור שהנזק נגרם עקב חשיפה למי הנחל. במקרה זה לא היה כל קושי לזהות את הקרבנות הספציפיים, להבדיל מהמחקר העוסק בחשיפה לזיהום אוויר בתל-אביב, שנדון לעיל, מקרה שבו אין אפשרות לזהות את הקרבנות. אולם גם במקרה של הקישון, אין הוכחה לפי הסטנדרט של בית המשפט העליון בעניין אדם, טבע ודין, מכיוון שאין הוכחה של קשר סיבתי בין המחלות של הצוללנים לבין החשיפה למים המזוהמים.

ניתן אפוא לומר באופן כללי כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בנוסחו הנוכחי מספק הגנה מפני פגיעה סביבתית רק במקרים מועטים. אם ברצוננו לעגן את הזכות לאיכות סביבה ראויה כזכות חוקתית, שתסייע במרבית העניינים הסביבתיים, יש צורך לכונן זכות חוקתית חדשה. קביעה זו מביאה אותנו לשאלה אם כינונה של זכות חוקתית לאיכות סביבה ראויה היא אכן מוצדקת.

15 ראו: http://www.jewishsf.com/content/2-0-/module/displaystory/story_id/13483/edition_id/261/format/html/displaystory.html (נבדק ב-20.3.06).

16 ראו דו"ח ועדת חקירה בעניין השלכות של פעילות צבאית בנחל הקישון ומימי הסביבה על בריאותם של חיילי צה"ל שהופעלו במקום, פרק יב, הקשר הסיבתי בין השהייה במימי הקישון לבין מחלת הסרטן או מחלות אחרות, <http://www.tau.ac.il/~bhkishon/Rep-Chapter12.doc> (נבדק ב-20.3.06).

ד. סוגי ההצדקות לכינון זכות חוקתית לאיכות סביבה

בהנחה שהגדרנו זכויות חוקתיות כאינטרסים שהמשפט מעניק להם משקל נוסף, וקבענו שהן נהנות מיציבות מוגברת, אנו חייבים לשאול, מהם סוגי האינטרסים הראויים להגנה מעין זו. עלינו לתור אחר מנגנון להגדרת האינטרסים הראויים להכרה כזכות חוקתית. באופן כללי, ישנם שני סוגים של הצדקות להכרה באינטרס כזכות חוקתית: הצדקות עקרוניות (principled justifications) והצדקות פונקציונליות (functional justifications). ההצדקות העקרוניות נובעות מתיאוריה כללית בדבר עקרונות חוקתיים. התיאוריה תכלול גם הגדרה לתכונות שיקנו הכרה חוקתית לאינטרסים השונים. ההצדקות הפונקציונליות מבוססות על עיקרון שונה. תחילה הן מניחות שקיימת תכלית שאנו מעוניינים להשיג, ואז הן מסיקות את האמצעים החוקתיים להשגתה. זכות חוקתית לאיכות הסביבה תהיה מוצדקת אם היא מביאה לידי שיפור באיכות הסביבה ואם זו התכלית שבה אנו מעוניינים. גישה זו היא פונקציונלית במובן זה שהיא מבוססת על אופן תפקוד הזכויות במערכת המשפטית שלנו, ולא בתכונות האינהרנטיות של האינטרס. ההבדל בין שתי הגישות הוא שטבעה של הזכות הוא השיקול הראשי בגישה שאני מגדירה כ"שיטה העקרונית", ואילו תוצאת ההגדרה של אינטרס כזכות חוקתית הנה השיקול הראשי בגישה שאני מגדירה כ"שיטה הפונקציונלית". ניתן לקרוא להצדקות הפונקציונליות גם בשם "הצדקות אינסטרומנטליות" או "טקטיות": הן מעוצבות כדי להשיג תוצאה מבוקשת הקשורה לזכות המסוימת העומדת על הפרק.

שתי דוגמאות תעזורנה בהבנת ההבחנה בין שתי הגישות. לפי הגישה העקרונית, ניתן לטעון שכל אינטרס הקשור לאופי הטבעי של האדם מתאים להכרה כזכות חוקתית. בתחום איכות הסביבה נשאל, אם האינטרס להבטיח איכות סביבה ראויה קשור לאופי הטבעי של האדם. אם הוא אכן קשור, נכיר בזכות לאיכות סביבה ראויה כזכות חוקתית. לפי הגישה הפונקציונלית נשאל, אם אנו רוצים לתת לאינטרס להבטיח איכות סביבה ראויה את התכונות של זכות חוקתית. תכונה אחת של זכויות חוקתיות הנה שהן בעלות משקל ויציבות במובן זה שהן גוברות על אינטרסים אחרים אלא אם כן יש הצדקה מיוחדת לשמור על האינטרס האחר. ייתכן שאנו מעוניינים, כאשר האינטרס להבטיח איכות סביבה ראויה מתנגש באינטרסים אחרים כגון האינטרס להבטיח פיתוח כלכלי של המדינה, כי האינטרס להבטיח איכות הסביבה ראויה יגבר ברוב המקרים. אנו נכיר בזכות החוקתית לאיכות סביבה ראויה כדי להשיג את התוצאה הזו, ולא בגלל התכונות של האינטרס הסביבתי. הצעות לעגן את הזכות לאיכות הסביבה ראויה כזכות חוקתית כדי לאפשר לשיקולים סביבתיים לגבור על אינטרסים אחרים נובעות מגישה זו.¹⁷

17 ראו יובל שני "הזכות לאיכות הסביבה ראויה כזהות אדם במשפט הבינלאומי" המשפט ו (תשס"א) 297, 318. ראו: Carl Bruch, Wole Coker & Chris VanArsdale "Constitutional

הגישה העקרונית מתחילה בהשקפה כללית על אודות סוג האינטרסים המתאימים להגנה זכויות חוקתיות, ואז בוחנת אם שמירת איכות הסביבה הנה אינטרס מסוג זה. לדוגמה, בגישה העקרונית ניתן לטעון: (א) ראוי להגן על זכויות טבעיות של האדם, שהן זכויות טרום-משפטיות, ולהכיר בהן כזכויות חוקתיות; (ב) לאדם זכות טבעית לאיכות סביבה ראויה; (לכן ג) יש לכוון זכות חוקתית לאיכות הסביבה.

הגישה הפונקציונלית מתחילה בתכלית שאותה מעוניינים לקדם באמצעות זכויות חוקתיות בשיטת המשפט. היא בוחנת כיצד זכויות חוקתיות מתפקדות או משפיעות, להבדיל מאינטרסים או זכויות רגילות, ושואלת אם רצוי שאינטרסים מסוימים יתפקדו באופן זה. אם התשובה חיובית, הגישה הפונקציונלית תומכת בהגנת האינטרס כזכות חוקתית. לדוגמה, לפי הגישה הפונקציונלית ניתן לטעון: (א) במקרה של התנגשות בין אינטרסים או זכויות, זכויות חוקתיות, ולא אינטרסים משפטיים לא חוקתיים, יכולים להתגבר על זכויות חוקתיות אחרות; (ב) כדי להגן על איכות הסביבה במידה הרצויה, צריכים לאפשר פגיעה בזכויות חוקתיות כגון חופש העיסוק; (על כן ג) יש לכוון זכות חוקתית לאיכות הסביבה.

כפי שצוין לעיל, מאמר זה דן רק בהצדקות העקרוניות לחקיקת זכות יסוד או זכות חוקתית לאיכות סביבה ראויה. אין המאמר דן בהצדקות הפונקציונליות כגון הצורך להגן על התקנות הסביבתיות מפני ביטולן עקב פגיעה בחופש העיסוק, או הצורך לעורר את תשומת לב הציבור להגנה הסביבתית. אחזור ואומר, אלו הם נושאים חשובים, אך יש לדון בהם בנפרד.

ה. ההצדקות העקרוניות לכינון זכות חוקתית לאיכות סביבה ראויה

ישנם כמה סוגים של הצדקות עקרוניות להכרה בזכויות חוקתיות.¹⁸ עיון בספרות האקדמית מעלה את קיומן של מחלוקות בנוגע לשאלה, אילו סוגי הצדקות עקרוניות הם נכונים. כאן לא אנסה לקבוע אילו הצדקות עקרוניות הן המחייבות ביותר, אלא אסקור את מגוון ההצדקות ואבחן כיצד כל אחת ואחת מהן מתייחסת לכינון זכות חוקתית לאיכות סביבה ראויה.

1. אנושיותו הטבועה של הפרט

מרביתם של האינטרסים המוכרים כזכויות חוקתיות נקראים "זכויות האדם". אלו הן זכויות המגיעות לאנשים בגין היותם אנשים. בין הזכויות הנכללות בזכויות

Environmental Law: Giving Force to Fundamental Principles in Africa" 26 *Colum. J. Envtl. L.* (2001) 131, 134

18 ראו סיני דויטש דיני הגנת הצרכן, יסודות ועקרונות (כרך א, תשנ"א) 629.

האדם מלומדים נוהגים לציין את הזכויות לחיים ולחירות אישית. גם אם אין זכות מסוימת מסוג זה כלולה במסמך משפטי כלשהו, אנו נחשוב שמגיעות לאנשים זכויות שכאלו.¹⁹ אנו מגנים על זכויות מעין אלו כיוון שהן נובעות מטבעו של האדם. מלומדים רבים הציעו תשובות מגוונות לשאלה, מדוע יש להעניק לתכונות הטבעיות של האדם הגנה משפטית מיוחדת. בולטת טענתם של מלומדים שונים כי זכויות האדם המשפטיות נובעות מזכותו של היחיד לכבוד אנושי ולדאגה שווה (right to equal concern and respect).²⁰ על כל פנים, זכויות האדם נובעות ממה שהו בעל עומק רב ויסודי בטבעו של האדם.

תפיסה זו של זכויות האדם כוללת את הזכות לחיים ולשלמות הגוף. ניתן לטעון שבעיות סביבתיות מסכנות את חיי האדם ואת בריאותו גם במקרים שבהם, לפי הדין הישראלי, אין פגיעה בזכות לכבוד האדם. מצב זה נובע מקביעת בית המשפט העליון שכבוד האדם נפגע עקב בעיות סביבתיות רק במקרים שבהם ניתן להראות סכנה מוחשית וממשית לחיי אדם או לגופו, ומשום שבמקרים רבים, שבהם יש סכנה לחיים ובריאות, לא ניתן להוכיח אותה בדרגה זו. במילים אחרות, ניתן לטעון שזכויות האדם לכבוד, לחיים ולשלמות הגוף, הטבועים בטבעו של האדם, כוללות את ההגנה על איכות סביבה ראויה. אולם, פרשנות זו לזכות לחיים ולשלמות הגוף רחבה יותר מהפרשנות שנתן בית המשפט העליון לזכויות שבחוקי היסוד בעניין אדם טבע ודין. אמנם ישראל, כמו כל מדינה אחרת, יכולה לכונן חוקי יסוד או חוקה אשר יגנו על חלק מן הזכויות הטבועות ולא על כולן. "חקיקה חלקית" שכזו איננה משנה את עובדת קיומן של זכויות בלתי מנויות בחוקי היסוד או בחוקה. יתר על כן, מוצדק להעניק הגנה חוקתית לאותן זכויות בלתי מנויות. ישנם סופרים המציעים הצדקות דומות לזכויות חברתיות וכלכליות: קיומן של הזכויות החברתיות והכלכליות הוא טרום-משפטי במוכן זה שהן נובעות מטבעו הבסיסי ומאנושיותו של האדם.²¹ השאלה היא אם לאנשים ישנה זכות אדם טבועה לאיכות סביבה ראויה, ובמילים אחרות, אם זכותו של הפרט לדאגה שווה או זכותו של הפרט לכבוד ואנושיות כוללות את הזכות להגנה על איכות סביבה ראויה.

הזכות להיות חופשי מן הסיכון לחיי האדם כתוצאה מפגיעה בסביבה – הספרות האקדמית מכילה טענות שונות כי הפגיעה בסביבה מסכנת את המשכיותם של חיי

19 ראו: Mark Tushnet "Civil Rights and Social Rights: The Future of the Reconstruction Amendments" 25 *Loy. L.A. L. Rev.* (1992) 1207. ראו גם יוסף מ' אדרעי "על חוקה דקלרטיבית וחוקה קונסטיטוטיובית: מעמדה של זכות הקניין החוקתית במדרג זכויות האדם" משפטים כח (תשנ"ז) 461, 535, 540; רות גביון "על היחסים בין זכויות אזרחיות-פוליטיות ובין זכויות חברתיות-כלכליות" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל (יורם רבין ויובל שני עורכים, תל-אביב, תשס"ה) 25, 29.

20 ניתן למצוא את הרעיונות האלה בספרות ענפה, במיוחד במחקריהם של המלומדים רונלד דבורקין (Ronald Dworkin) ורות גביון. גביון, שם, בע' 49; Dworkin, *supra* note 6.

21 גביון, שם, בע' 49-50.

האדם.²² מרביתן של טענות אלו אינן יורדות לפרטי פרטים, אלא נשענות על נימוקים כלליים כגון "אם זיהום האוויר יהא חמור, לא נהיה מסוגלים לנשום"; "אם זיהום המים יחמיר, אנו נמות עקב מחסור במים נקיים". ראוי להדגיש כי איש אינו טוען שהגזע האנושי מתקרב לקצו עקב הזיהום. מה שכן ניתן לומר הוא, שזיהומים מסוימים הורגים מספר לא מבוטל של אנשים, ואם המצב ילך ויחמיר, יגבר הסיכון לחיים אנושיים. הבא נבחן אם טענות אלו מספיקות לכינונה של זכות חוקתית לאיכות סביבה ראויה.

ראשית, עלינו לאפיין בדיוק את טבעה של טענה זו. בהקשרו של הדיון הנוכחי, לא מדובר בטענה שלפרט ישנה הזכות להיות חופשי מסכנה מוחשית וממשית לחייו או לגופו. כאמור, בעניין אדם טבע ודין כבר קבע בית המשפט העליון כי הזכות לחיים ולגוף שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מגנה על האדם מפני סיכון שכוזה. לכן, כאשר אנו שואלים אם לפרט יש זכות טבועה להיות חופשי מסיכונים סביבתיים, זכות שאנו צריכים להכיר בה לשם כינון זכות חוקתית, אנו מתכוונים לסיכון מפוזר או עקיף הקשה יותר להוכחה משפטית.

סוגי הסיכונים הללו נכללים בעקרון ההתראה המוקדמת אשר אומץ בהרחבה כעניין של מדיניות סביבתית.²³ עקרון ההתראה המוקדמת גורס כי אין לחכות להתרחשות הנזק כדי לטפל בסיבותיו. העיקרון מבוסס על שני טעמים מרכזיים: הטעם הראשון הוא, שבעניינים סביבתיים, לעתים קרובות לא ניתן להוכיח נזק בטרם התגבש, ולעתים קשה להוכיח את הנזק אפילו לאחר התרחשותו. בלעדי עקרון ההתראה המוקדמת יהיה קשה מאוד לטפל בבעיות סביבתיות. הטעם השני הוא, שלעתים הנזק שנגרם הוא בלתי הפיך ולא ניתן לפיצוי מלא. אם נמתין להתרחשות הנזק, אפילו תימצא הוכחה כי הוא נגרם מפגיעה סביבתית, יהיה זה מאוחר מדי לתקן את המעוות. לכן ניתן לטעון שעקרון ההתראה המוקדמת מלמד אותנו כי כדי להימנע מן הסיכון הרחב לחיי אדם עקב מפגיעה סביבתית, עלינו לבסס כעת זכות להיות חופשיים מפגיעה שכזו כדי להבטיח את המשך בריאותו של הגזע האנושי ואת כבוד האדם.

דיון זה הוא עקיב בביסוס זכות היסוד לאיכות סביבה ראויה, אך הוא אינו

22 ראו: Bruce Ledewitz "Establishing a Federal Constitutional Right to a Healthy Environment in Us and in our Posterity" 68 *Miss. L. J.* (1998) 565, 566; R. S. Pathak "The Human Rights System as a Conceptual Framework for Environmental Law" *Environmental Change and International Law: New Challenges and Dimensions* (E. Brown Weiss ed., Tokyo, 1992) 205, 213; W. Paul Gormley "The Legal Obligation of the International Community to Guarantee a Pure and Decent Environment: The Expansion of Human Rights Norms" 3 *Geo. Int'l Envtl. L. Rev.* (1990) 85, 112

23 ראו הצהרת Rio, משנת 1992, הקובעת: "Nations shall use the precautionary approach to protect the environment. Where there are threats of serious or irreversible damage, scientific uncertainty shall not be used to postpone cost-effective measures to prevent environmental degradation". Rio Declaration on Environment and Development, U.N. Conference on Environment and Development, Principle 15, U.N. Doc. A/CONF.151/5/Rev. (1992) 1, 13 I.L.M (1992) 874

מחייב. הבעיה בטענה באשר לסיכונים הבלתי ישירים והבלתי מוכחים היא שהיא כוללת מדי²⁴ אם טענה זו הנה מקובלת, יתקבלו גם הטענות הגורסות כי על החברה להיות מוגנת מבחינה חוקתית מפני בעיות אחרות המסכנות את חייו של האדם ואת בריאותו, לפחות כאשר הסיכון הוא שווה או גבוה יותר מן הסיכון שבפגיעה סביבתית. העיסוק בדירוג סיכונים, והעיסוק הנלווה בהערכת סיכונים, מתאפיינים באי־ודאות גבוהה והם נתונים לוויכוחים גדולים. אף על פי כן נראה כי הסיכונים הכרוכים בתאונות דרכים, לדוגמה, הם לפחות שווים לסיכונים הכרוכים בנזקים סביבתיים. אם הדבר נכון, האם עלינו לבסס גם זכות חוקתית להגנת בטיחות בדרכים? ומה באשר לזיהום מעשן אצל המעשנים הפסיביים? האם צריכה להיות לנו זכות חוקתית אשר תגן עלינו מפני חשיפה לעישון פסיבי? בדרך כלל בעיית העישון הפסיבי אינה נתפסת כבעיה של איכות הסביבה.

אם נתמוך בהגנה חוקתית מפני כל המזיקים הללו, נצדד או לפחות נאפשר הגנה חוקתית מפני כל סיכון פוטנציאלי לחיי האדם ולבריאותו. אך למעשה אין לתמוך בגישה הגורסת כי כל סיכון פוטנציאלי לבריאות האדם צריך להקים הפרה חוקתית. אם נעשה זאת, אנו נגרום לזילות החוקה מחמת הכללת יתר. עלינו להבחין בין סוגי הסיכונים החמורים ביותר, והנזקים לביטחון ההגנה החוקתית, ובין אילו שאינם כה חמורים. אם נכיר בחשיבות ההבחנה הזו, נראה שעצם סיכון חיי האדם איננו מהווה פגיעה מספקת בכבוד האדם המצדיקה כינון של זכות חוקתית להיות חופשי מסיכון זה. נדרש דבר מה נוסף מלבד הסכנה הפוטנציאלית לחיים, לבריאות ולכבוד האדם כדי שאינטרס זה יזכה להכרה חוקתית. במילים אחרות, הטענה כי זכותנו להיות מוגנים מפני סיכונים סביבתיים לחיי האדם, גם אם היא מתירה לנו להכיר בזכות הרחבה יותר לאיכות סביבה ראויה, אין היא מראה שכינון זכות לאיכות סביבה ראויה תהיה דבר נכון. היא אינה מסבירה מדוע הסיכונים הסביבתיים הם שונים או חשובים יותר מכל הסיכונים האחרים המלווים את חיי היומיום שלנו. אין הדבר מראה מדוע סיכונים סביבתיים לחיי האדם צריכים להיות מעברו האחד של הגבול, היינו בתחום הראוי להגנה חוקתית באמצעות כינון זכות חוקתית, ולא מעברו האחר של הגבול, בתחום הראוי להגנה משפטית באמצעות חקיקה רגילה. חשוב לציין כי אינני טוענת שעל החברה האנושית לשבת בחיבוק ידיים לנוכח פגיעות סביבתיות. אינני תומכת בגישה של התעלמות מכל טיפול (laissez faire). הדיון לעיל אינו חולק על התאמתה של פעולה תחקיקתית רגילה להפחתת פגיעות בסביבתיות. למעשה, הוא מותיר את הדלת פתוחה אפילו לפעולה תחקיקתית אגרסיבית בעניינים סביבתיים. הטענה היא כי ישנה בעיה להפוך את האינטרס להיות מוגן מפני סוגים אלו של פגיעות סביבתיות לזכות חוקתית.

24 ראו: Elizabeth F. Brown "In Defense of Environmental Rights in East European Constitutions" 1 *U. Chi. L. Sch. Roundtable* (1993) 191, 204

הזכות לשוויון בהגנה מפני פגיעה סביבתית – טענה שונה בעד מתן הגנה חוקתית לזכות לאיכות סביבה ראויה נשענת על הדרישה לדאגה שווה. ניתן לומר כי פגיעה באיכות הסביבה משפיעה על אנשים מסוימים באופן חמור יותר מאשר על אחרים, ולכן משיקולי שוויון דרושה הכרה בזכות חוקתית לאיכות סביבה ראויה כדי להגן מפני אותה השפעה בלתי שוויונית. טענה זו היא הבסיס לתנועה לצדק סביבתי, לפחות כפי שהיא מובנת בצורתה המקורית בארצות הברית.²⁵ התנועה לצדק הסביבתי גורסת כי אוכלוסיות חלשות בארצות הברית, שעמן נמנים בני מעמד סוציו-אקונומי נמוך ובני מיעוטים, נמצאות בסיכון הגבוה ביותר להיחשף לבעיות סביבתיות. דרגה גבוהה זו של סיכון נוצרת מהימצאותם של מתקנים מזהמים רבים ליד אוכלוסיות אלו, מהיעדר אכיפה נמרצת של חוקי איכות הסביבה על אותם מתקנים בקרבת אוכלוסיות אלו, או מאמצעים פחותים לתת שירותים סביבתיים באזורי מגורים של אוכלוסיות אלו. הדרישה ליחס שווה ולדאגה שווה דורשת, ככל שהיא מתאימה לישראל, את ביסוסה של זכות חוקתית לאיכות סביבה ראויה כדי להגן על האוכלוסיות החלשות מפני איכות סביבה ברמה פחותה.²⁶

ניתוח זה נתקל בשתי בעיות. הבעיה הראשונה היא שלא ברור אם הנטלים הסביבתיים הכלליים אכן מחולקים בצורה בלתי הוגנת לפי מעמדות נבדלים באוכלוסייה. ישראל הנה ארץ קטנה, ועל כן מבחינת הפגיעה הסביבתית אזוריה דומים זה לזה בעיקרם. פרסום עדכני טוען לקיומו של חוסר שוויון בעניינים סביבתיים בין קבוצות אתניות ולאומיות שונות, בין אלו המתגוררים במרכז המדינה ובין אלו המתגוררים בפריפריה, וכן בין אלו החיים בעושר ובין אלו הנמצאים מתחת לקו העוני.²⁷ הצעה זו מבוססת בעיקר על דוגמאות אחדות וכן על טענות של קבוצות שונות באשר לרמת סבלן מפגיעות סביבתיות. להסקת מסקנות נדרש מידע מבוסס נוסף. זאת ועוד, יש להביא בחשבון את העובדה שערינו הן מהאזורים המזוהמים ביותר, ובניגוד לערים רבות בארצות הברית, אוכלוסייה עשירה מתגוררת בלב הזיהום של ערי ישראל.

הבעיה השנייה, גם אם ישנה נשיאה בלתי שוויונית בנטל הסביבתי, אין אנו יכולים להסיק מכך מניה וביה כי הדבר מצדיק את ביסוסה של הזכות לאיכות סביבה ראויה. מוצרים ושירותים רבים בישראל אינם מחולקים בצורה שוויונית. הגנה סביבתית איננה שונה בהקשר זה מעניינים רבים אחרים שבהם קיים חוסר

25 ראו: Carol E. Dinkins "Impact of the Environmental Justice Movement on American Industry and Local Government" 47 *Admin. L. Rev.* (1995) 337; Richard J. Lazarus "Pursuing 'Environmental Justice': The Distributional Effects of Environmental Protection" 87 *Nw. U. L. Rev.* (1993) 787.

26 ראו דניאל פיש "צדק סביבתי בישראל: המפגש בין דיני זכויות האדם ודיני איכות הסביבה" משפט וממשל ז (תשס"ד) 911.

27 שם, בע' 922–926.

שוויון. אין סיבה מושגית מוצעת להבטיח לאנשים שוויון בגישה לאיכות הסביבה ולא בגישה למוצרים ושירותים אחרים. אנו צריכים לזהות את התכונה המיוחדת של איכות הסביבה המצדיקה הבטחת שוויון בגישה לאיכות הסביבה, להבדיל ממוצרים ושירותים אחרים, ועל כן מצדיקה כינון זכות חוקתית לאיכות הסביבה. שיקולים של שוויון מתירים לנו לחוקק זכות חוקתית לאיכות הסביבה ראויה אבל אינם מביאים לכלל המסקנה כי הכרה בזכות זו הנה הכרחית.

טענה דומה ניתן להעלות באשר לשוויון בין הדורות. אם אנו פוגעים באיכות הסביבה בדורנו, אזי גם אם איננו יוצרים חוסר שוויון בין קבוצות שונות כיום, אנו משאירים את הדורות העתידיים במצב גרוע יותר לעומת מצבנו שלנו. ישנם המאמינים כי טכנולוגיה שטרם פותחה, והעולה על כל דמיון, תגן על איכות הסביבה למען דורות העתיד. סביר להניח את ההפך: הפגיעה שלנו באיכות הסביבה תרוש את דורות העתיד. מכאן נובעת הטענה כי עלינו לבסס זכות יסוד לאיכות סביבה ראויה כדי להגן על דורות העתיד מפני חוסר שוויון לעומת הדור הנוכחי בגישה לאיכות סביבה טובה.²⁸

התשובה על טענה זו דומה לתשובה הקודמת. מה שאמרנו על איכות הסביבה חל גם על עניינים רבים אחרים. כישלוננו בתכנון הדרכים מגביר את מקרי המוות מתאונות דרכים, ופוגע בהולדת דור ההמשך, אלו שהיו נולדים לאותם אנשים אשר נהרגו בדרכים. זוהי כמובן פגיעה חמורה יותר בדור הבא מהפגיעה שגורמת איכות סביבה לקויה, וחשובה יותר מבחינת השפעתה על אי-השוויון בין הדורות. מהם אפוא המאפיינים המיוחדים של הבעיות הסביבתיות אשר מצדיקים קביעת הגנה חוקתית על איכות סביבה ראויה כדי להגן על דורות העתיד, להבדיל מבעיות אחרות הגורמות לאי-שוויון בין הדורות? קשה לענות על שאלה זאת בייחוד כשאנו יודעים שההגנה על איכות הסביבה גובה מחיר אשר דורות העתיד עלולים לשאת בו. הגנה סביבתית עלולה להביא לידי הפחתת ההשקעות במוצרים ובשירותים סוציאליים או להביא לידי פיתוח איטי יותר של טכנולוגיות. כיצד נדע אם עסקת חליפין זו תשאיר את דור העתיד במצב טוב יותר?

אין בניתוח הזה הוכחה, שלא ניתן לשאוב את הצורך בזכות חוקתית לאיכות סביבה ראויה מטבעו ואנושיותו הטבעיים של הפרט. הניתוח גם אינו מוכיח כי לא צודק לבסס זכות יסוד לאיכות סביבה ראויה. הוא מוכיח שהשיקולים בדבר טבעו

E. Brown Wise *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony, and Intergenerational Equity* (Transnational/United Nations University, 1989). ראו גם: Ledewitz, *supra* note 22, at pp. 588–667. פרופ' ג'פרי גאבה (Jeffrey M. Gaba) בוחן את עניין הזכויות הסביבתיות של חברי דורות העתיד, ושואל אם ניתן להכיר בזכויות של אנשים שטרם נולדו. הוא מציע פרדיגמה אחרת המתמקדת באדם הטוב, הנאבק לבטא את חזונו כדאגה נדיבה לטובת האחר: Jeffrey M. Gaba "Environmental Ethics and Our Moral Relationship to Future Generations: Future Rights and Present Virtue" 24 *Colum. J. Envtl. L.* (1999) 249, 288.

ואנושיותו הטבועים של הפרט אינם מביאים בהכרח לידי ביסוסה של זכות חוקתית לאיכות סביבה ראויה. הוא מראה כי אין טיעון מחייב לביסוסה של זכות מוצעת זו כל עוד איננו מבססים זכויות יסוד רבות אחרות.

ניתן להגיב ולומר: "הבה וניצור אפוא זכויות חוקתיות שיגנו על כל אותם אינטרסים שונים ומגוונים". פתרון שכזה אמנם נהנה מעקיבות, אך מסכן את התפיסה החוקתית. הוא יכול להביא לידי ביטול ייחודה של החוקה, המבדיל אותה מחוקים רגילים, ולהפוך את החוקה למסמך הניחן בכוללנות יתר וחסר משקל מיוחד. אם אינטרסים רבים ישיגו מעמד חוקתי, אזי האינטרסים החוקתיים יהיו נתונים בסכנת איבוד מעמדם המיוחד. אנו מסכנים את יכולתנו להעניק משקל בלתי רגיל ורב לאינטרסים החשובים לנו במיוחד. כדי להתחמק מבעיה זו, אנו חייבים לזהות משהו מיוחד בהגנה הסביבתית אשר ידרכן את מיסודה במסמך חוקתי.

2. תנאי למימוש זכויותיו האזרחיות והפוליטיות של הפרט

לעתים אנו מעניקים הגנה חוקתית לאינטרסים מסוימים ומכירים בהם כזכויות חוקתיות לא בגלל התכונות שלהם עצמם, אלא כדי להגן על זכויות חוקתיות אחרות. הצדקה מסוג זה משמשת את ההכרה בזכויות חברתיות וכלכליות, כמו למשל הזכות לדירה, למזון, לבריאות ולחינוך. הטיעון פותח על פי רוב בתפיסה כי אנשים אינם יכולים לממש את זכויות האדם שלהם בדרך משמעותית אלא אם כן הם זוכים לדירה, מזון, בריאות וחינוך מינימליים. הזכויות החברתיות והכלכליות מבטיחות שלאנשים יהיו תנאי החיים המינימליים ההכרחיים כדי לאפשר להם את מימוש זכויות האדם.²⁹ קשה להרחיב טיעון מסוג זה באופן שיצדיק את ביסוסה של זכות חוקתית לאיכות סביבה ראויה. איכות סביבה ראויה איננה נחוצה כדי להעניק משמעות לזכויות האדם כפי שדירה, מזון, בריאות וחינוך מינימליים נחוצים. לא מתקבל על הדעת שאדם חסר קורת גג, שתפריט המזון שלו לקוי באופן משווע או הסובל בעיות בריאות חמורות שאינן מטופלות יצביע, יבטא את דעתו במסגרת פוליטית או אחרת, או יממש כראוי את החופש שלו. הוא ייחד את מרבית זמנו לניסיון לספק את צרכיו הבסיסיים. בדומה, קשה לאדם בלא חינוך בסיסי, שאינו יכול לקרוא ולכתוב, לממש כראוי את מרבית הזכויות הפוליטיות הרגילות. אין השפעה דומה לחיים בסביבה מזוהמת או בסביבה אשר חסרה בה הגנה על משאבי הטבע. למעשה, בכל העולם אנשים רבים חיים ומממשים את זכויות האדם וזכויות פוליטיות בסביבה רבת זיהום.

29 ראו: Cass R. Sunstein *The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution and Why* 184–229 (New York, 2004); *We Need It More Than Ever* (New York, 2004); גביון, לעיל הערה 19, בע' 27. פרופ' דניאל קליינברגר, שעיין בטיוטת מאמר זה, העיר שלדעתו טיעון זה פועל בכיוון ההפוך. אנחנו זקוקים לזכויות האזרח, הוא טוען, כדי להבטיח שנוכל להגן על העניין שלנו בתנאי חיים הוגנים. יש לי הרושם שהוא צודק, אך בחינה מדוקדקת של עניין זה ראויה למאמר נפרד.

יתר על כן, גם אם הצדקות אלו יתקבלו בנוגע לזכויות סביבתיות, הדבר יצדיק רק את ההכרה בהיקף מצומצם מאוד של הזכות לאיכות סביבה ראויה. הטיעון בעניין ההגנה על זכויות חברתיות וכלכליות כתנאי מוקדם להגנה על זכויות האדם הנו מצומצם לרמה בסיסית מאוד של זכויות כלכליות וחברתיות.³⁰ הוא תומך רק בזכות לדיוור בסיסי, לכמות מספקת של מזון שתאפשר פעילות אדם רגילה או למידת כינון שתאפשר פעילות בחברה המודרנית. כפי שד"ר אורן פרז ציין:

"על פי השקפה זו, זכויות חברתיות שואכות את מעמדן החוקי והמוסרי מזכויות היסוד הפוליטיות של האזרח. הגשמתן של הראשונות מהווה תנאי הכרחי למימושן של האחרונות... הטענה שזכויות סביבתיות כזכויות חברתיות נועדו רק לאפשר לאדם להגשים את מעמדו כיצור אוטונומי ופוליטי בחברה מוליכה להגבלת תחום ההשתרעות שלהן לתחום של בריאות הציבור (איכות מי שתייה, זיהום אוויר, זיהום קרקע שיש לו השלכות בריאותיות). תפיסה זו מותירה מחוץ ל'משחק' נדבך רחב של שאלות סביבתיות שאינן נכללות (באופן ישיר) בכותרת 'בריאות הציבור'. כך הדבר, למשל, ביחס לנושאים של שימור שטחים פתוחים, שימור נופי, הגנה על עושר ביולוגי וזכויות של בעלי חיים".³¹

למעשה, ההגבלות הטבועות בגישה זו הן מרחיקות לכת בהרבה מההצעה שבציטוט. לא כל האינטרסים הסביבתיים הקשורים לבריאות הציבור יהיו כלולים בזכות כזו. סטנדרטים רבים של מים או אוויר, לדוגמה, מתוכננים להגן מפני סיכויים רחוקים לפגיעה או נועדו לספק שולי בטיחות (margin of safety) לשמירה על בריאות. קשה לטעון כי שוליים אלה הם הכרחיים ונדרשים למימוש זכויות האדם והזכויות הפוליטיות.

התומכים בהענקת מעמד חוקתי לזכות לאיכות סביבה ראויה בהחלט חוזים זכות להגנה סביבתית רחבה מזו הנדרשת להגנתם של אנשים מפני נזק גופני מיידי. במובן זה, ההצדקות המבוססות על ההגנה על זכויות האדם וזכויות פוליטיות אינן מתאימות לזכות לאיכות סביבה ראויה.

3. תנאי להבטחת חיים נאותים

ההצדקה הקודמת ראתה בזכויות החברתיות והכלכליות תנאי להבטחת זכויות האדם. הגישה שלפנינו שונה. היא רואה את הזכויות החברתיות והכלכליות כבעלות ערך בפני עצמן. גישה זו גורסת כי הממשלה מחויבת לפעול ולספק לפרט תנאי חיים

³⁰ Sunstein, *id.*

³¹ אורן פרז "זכויות חברתיות-כלכליות ואיכות הסביבה" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל (יורם רבין ויובל שני עורכים, תל-אביב, תשס"ה) 725, 727.

נאותים אשר הפרט אינו מסוגל לספק אותם לעצמו.³² לב לבו של תפקיד הממשלה הוא לפעול למען אנשים כאשר הם עצמם אינם מסוגלים לפעול. במקרים שבהם אנשים אינם יכולים לספק לעצמם את הצרכים הבסיסיים של דיור, בריאות, פרנסה וחינוך, הזכויות החברתיות הקבועות בחוקה דורשות מן הממשלה להתערב ולספק את החסר. זכויות המבוססות על הצדקה זו חייבות לעמוד בשני תנאים מצטברים. התנאי הראשון הוא שהגנה על ערכים ושירותים מסוימים היא הכרחית לחיים נאותים. התנאי השני הוא חוסר יכולתו של הפרט לספק שירותים אלו בעצמו. ההגנה על איכות סביבה ראויה עונה בבירור על התנאי השני. הפרט אינו מסוגל לספק איכות סביבה ראויה לעצמו. למעשה, ההגנה על איכות סביבה ראויה מתאימה לקטגוריה זו יותר מזכויות חברתיות אחרות. ההגנה על איכות סביבה ראויה היא ברובה מוצר ציבורי; אין דרך פרקטית אחרת לאנשים לספק זאת בעצמם. מכאן שאיכות סביבה ראויה שווה למוצרים ציבוריים אחרים, כגון ביטחון הציבור או תחבורה ציבורית. דיור דומה יותר לטובין פרטי. בדרך כלל אנשים מספקים אותו לעצמם. שירותי בריאות וחינוך הנם במקום כלשהו באמצע. בלא תשתית ציבורית מסוימת, קשה יהיה לאנשים לספק שירותים אלה לעצמם. אף על פי כן, גם בעניין דיור נראה כי ההבחנה בין פרטי לציבורי נופלת כאשר מדובר באנשים אשר עקב בעיות בריאותיות, כלכליות או אחרות אינם יכולים לספק אותו לעצמם.

עצם העובדה שאנשים אינם יכולים לספק לעצמם איכות סביבה ראויה איננה מהווה הצדקה מספקת לכינונה כזכות חוקתית. ישנם שירותים רבים שאנשים אינם יכולים לספק לעצמם ואשר אינם מסופקים באמצעות זכויות חוקתיות, כגון תחבורה ציבורית, הגישה לאמנות ותכנון עירוני ראוי. הממשל רשאי לספק את השירותים האלה באמצעות חוקים רגילים או להימנע מלספקם כלל. השאלות המתבקשות הן, מהם התנאים ההכרחיים לחיים נאותים והאם הגנה על איכות סביבה ראויה היא אחת מהם. קל לטעון כי הגנה על איכות סביבה ראויה הנה הכרחית לחיים נאותים, ושנשימת אוויר מזוהם או שתיית מים מזוהמים אינן מתיישבות עם חיים נאותים. הבעיה היא בעיה של מידה או דרגה. סקר שנערך באחרונה בעניין איכות הסביבה במדינות שונות הגיע לכלל תוצאות מפתיעות. מדינות אשר בדרך כלל נחשבות למספקות איכות חיים גבוהה לתושביהן, ובהן בריטניה, יוון, איטליה וספרד, דורגו כבעלות איכות סביבה כללית נמוכה מזו הקיימת בישראל.³³ ניתן להתווכח

32 ראו: Herman Schwartz "In Defense of Aiming High: Why Economic and Social Rights Belong in the Post-Communist Constitutions of Europe" *E. Eur. Const. Rev.* (Fall 1992) 25, 26.

33 הסקר בחן את איכות הסביבה ב-146 מדינות וקבע לישראל את המקום ה-62 בדירוג. בין המדינות שאיכות הסביבה בהן גרועה ביותר היו כל שכנותיה של ישראל, סין, בולגריה, וכמו כן כמה מדינות הנחשבות לבעלות איכות חיים טובה, כגון בריטניה (במקום ה-65), יוון (67), איטליה (69), וספרד (76). ראו: Yale Center for Environmental Law and Policy, Yale University, and Center for International Earth Science Network, Columbia University "2005 Environmental

על השיטה שבאמצעותה נמדדה איכות הסביבה במחקרים אלו. מכל מקום, תוצאות המחקר גורסות כי לא כל בעיות איכות הסביבה כרוכות בחיים נאותים. משמעות הדבר הנה שאם זכות יסוד לאיכות סביבה ראויה תוצדק באמצעות חיובה של הממשלה לספק תנאי חיים נאותים, הזכות תהיה מינימלית בהיקפה. אנו שבים לדבריו של ד"ר פרוז, אך כעת בהקשר שונה. אף על פי כן התוצאה הנה דומה: אם ההצדקה לאיכות סביבה ראויה נשענת על הצדקות שהוצעו לעיגון החוקתי של זכויות חברתיות וכלכליות, אזי הזכות הסביבתית הנה מוגבלת במידה קיצונית בממדיה. אין טעם בפעולה מרשימה לביסוסה של זכות חוקתית אשר תתמודד עם מספר מוגבל של מקרים. כל המאמץ לכונן זכות חוקתית לאיכות סביבה ראויה מבוסס על המטרה לכונן זכות רחבה יותר מהזכות המוכרת כיום כחלק מהזכות לכבוד האדם.

4. איכות סביבה ראויה הנה ערך מוסרי בחברה הישראלית

הצדקה עקרונית נוספת לכינונה של זכות לאיכות סביבה ראויה גורסת כי איכות סביבה ראויה היא ערך מוסרי חשוב בחברה הישראלית שאותו ראוי לבטא בחוקה. הצדקה זו נשענת על ההנחה כי אחת המטרות של חוקות היא לבטא את הערכים המוסריים של החברה. זוהי תפיסתם של מלומדים אחדים, אך לא של כולם.³⁴ מחד גיסא יש הטוענים, כי החוקה הנה מסמך בסיסי של החברה, ובו האמונות והשאיפות העמוקות ביותר. מאידך גיסא אחרים גורסים כי ערכים הנם עניין פרטי ויש להשאירם לבחירתו של הפרט, ולא להכתיבם באמצעות מסמך חוקתי. תוקף הטענה גובר במקרים שבהם החוקה נועדה לאכיפה, והזכויות החוקתיות הן בעלות כוח כופה. הן מונעות מהמחוקק ומהרשויות המנהליות להפעיל את סמכויותיהם באמצעות פעולות המפרות את הזכויות החוקתיות, ויכולות לפגוע בעצמן בזכויות ואינטרסים אחרים, כגון אינטרסים קנייניים או חופש הפעולה של הפרט. הדבר מעורר את השאלה אם פגיעה מעין זו יכולה להיות מוצדקת מטעמים מעורפלים הנעוצים בהגנת ערכים מוסריים.³⁵

גם אם נראה סביר ומתאים לבסס זכויות חוקתיות על ערכים מוסריים, עלינו לשאול שאלות נוספות. ראשית, אילו סוגי ערכים מוסריים צריכים להיות מוגנים? בעוד פילוסופים משפטיים מסוימים דואגים לפַרְט בפרטי פרטים את טבעם המדויק או את מקורם של ערכים מוסריים שעל החוקה לקדם, מומחים לתורת המוסר הסביבתית מציגים טענות כלליות יותר. ויכוחים פוליטיים, אף הם נובעים לעתים מרמה כללית יותר. הטענה כי ערכי המוסר הכלליים של הציבור דורשים שהזיהום

Sustainability Index: Benchmarking National Environmental Stewardship, Appendix B: "Country Profiles". http://www.yale.edu/esi/b_countryprofiles.pdf (נבדק ב-20.3.60).

34 ראו: Schwartz, *supra* note 32, at p. 25.

35 השו: A. Dan Tarlock "Environmental Law: Ethics or Science" 7 *Duke Envtl. L. & Pol'y* 193 (1996).

יהיה מבוקר או שמשאבי הטבע יהיו מוגנים נובעת מרמה כללית כזו. בנימה זו כתב הפילוסוף מרק סיגוף (Mark Sagoff) על "אינטואיציות מוסריות" המניעות את החוקים הדורשים לצמצם את הזיהום,³⁶ והיערן והמומחה לתורת המוסר הסביבתית אלדו ליאופולד (Aldo Leopold) כתב: "דבר הנו תקין כאשר הוא נוטה לשמר את השלמות, היציבות והיופי של החברה החיה. הדבר שגוי כאשר הוא נוטה לעשות את ההפך".³⁷

גם אם נקבל את ההשקפה שחוקה מבטאת ערכים מוסריים, עדין עולה השאלה אם הישראלים מחזיקים בערכים מוסריים המצדיקים את כינונה של זכות חוקתית לאיכות הסביבה. למרות האקטיביזם המבורך של ארגונים סביבתיים מסוימים, נראה כי החברה הישראלית איננה מחשיבה כערך מוסרי גבוה את איכות הסביבה הראויה. מוסר נובע מאמונות אישיות, וישראלים כיחידים אינם פועלים בדרך המראה כי הם מדרגים באופן אישי את איכות הסביבה הראויה בדרגה גבוהה. אנו חברה הזורקת זבל בכל מקום, גם בגנים לאומיים, כפי שניתן להיווכח בטיול בכל חג ישראלי. שיחות חולין חושפות כיצד אנשים רבים חסרי כל הבנה בחשיבותה של השמירה על איכות הסביבה. אנו יכולים לקשור דעות אלו בחוסר מידע או בחוסר מודעות, אך אין זה משנה את עצם העובדה שהן חושפות את הישראלים כמי שאינם חושבים שההגנה הסביבתית הנה כערך מוסרי עליון.

ניתן לשאול אם החברה הישראלית מציבה כערך עליון אינטרסים אחרים המוגנים כיום באמצעות עיגון חוקתי. האם הישראלים מעריכים את הזכות לכבוד האדם, לדוגמה? אך אין זה הכרחי לשאול שאלה זו. כבוד האדם מוגן חוקתית מסיבה אחרת. הזכות לכבוד האדם נובעת מטבעו של האדם. היא זכות קדם-חוקתית; היא מתקיימת גם מחוץ לחוקה, והחוקה רק מכירה בה אך איננה מבססת את הזכות. כפי שצוין לעיל, אי-אפשר להגיד זאת על ההגנה הסביבתית.

5. איכות סביבה ראויה הנה ערך מוסרי מתפתח בחברה הישראלית

ניתן לטעון כי עיגון ההצדקה לכינונה של זכות חוקתית לאיכות סביבה ראויה בערכים המוסריים הקיימים אינו נחוץ, אלא די לנו כי נראה כי היא מעוגנת בערכים מוסריים מתפתחים. כינונה של זכות חוקתית לאיכות סביבה ראויה תעודד את פיתוחם של ערכי החברה בכיוון הנכון של מוסריות סביבתית.³⁸ ניתן לטעון, אף על פי שהעניין אינו נקי מספקות, כי ההגנה על איכות סביבה ראויה היא ערך מוסרי מתפתח מעין זה. השאלה הברורה העולה מהצדקה זו היא, אם ראוי להשתמש בחוקה כדי לבסס

36 Mark Sagoff "The Principles of Federal Pollution Control Law" 71 *Minn. L. Rev.* (1986) 19.

37 Aldo Leopold *A Sand County Almanac and Sketches Here and There* (1949) 224–225.

38 Schwartz, *supra* note 32, at p. 28.

ערכים מוסריים מתפתחים. חוקות הן מסמכים בעלי עוצמה נורמטיבית, ועשויה להיווצר בעיה לבסס ערך נתון כבעל מעמד נורמטיבי גבוה כאשר טרם גובש סביבו קונסנזוס. כפי שצוין לעיל, כוחן של זכויות חוקתיות ניכר בכך שאפשר להשתמש בהן כדי לפגוע בזכויות ואינטרסים אחרים. ניתן להצדיק פגיעה כזו למען זכויות מוסריות בסיסיות שנתונה להן הסכמה חברתית, אך ישנה הצדקה פחותה לפגיעה כאשר אין הסכמה כזו. כוחן של זכויות חוקתיות ניכר גם בכך שזכויות חוקתיות מתאפיינות בעמידות ממושכת. הן אמורות להתקיים תקופה ארוכה ולהיות נתונות פחות לשינויים לעומת זכויות ואינטרסים אחרים. הקושי בהתאמת תכונה זו לערכים מוסריים מתפתחים גלוי לעין. אם הערך עדיין מתפתח, גמישות נדרשת להגדרתו ולפיתוחו. קביעתה של זכות מוסרית מתפתחת כזכות חוקתית עלולה לאלץ את החברה לקיים בהקדם שיח חברתי בטבעה ותוכנה של זכות זו כדי להגדירה או לגרום להעברת הדיון במהות הזכות לבתי המשפט האחראים לפרשנות החוקה ואכיפתה.³⁹ ניתן לטעון טענה מכלילה שזכויות חוקתיות הן מטבען אנטי-תרבותיות (*countercultural*),⁴⁰ לפחות עד אשר יאמצו האנשים והתרבות בכללותה את הערכים שהן מבטאות. אלמלא היו אנטי-תרבותיות, לא היינו צריכים להגדירן כזכויות-על, המצמצמות את שיקול דעת המחוקק, והיינו יכולים לסמוך על החקיקה הרגילה ועל מנגנונים מנהליים להגנתן. לכן, העובדה שהחברה עוד לא קיבלה את שמירת איכות הסביבה כערך מוסרי איננה מונעת כינון של ערך זה כזכות חוקתית. אך מצד אחר, כאשר מאפשרים לבתי משפט לאכוף ערכים חוקתיים אשר אינם מקובלים על הכול, הדבר עלול להביא לידי משבר אמון בבתי המשפט האוכפים את הזכויות, ולערער את ההסכמה לציית לפסיקות שיפוטיות וגם את יכולתם של בתי המשפט למלא את תפקידם החשוב בחברה דמוקרטית.⁴¹ היבט זה נעשה חמור אף יותר כאשר אנו פונים לערכים מוסריים מתפתחים, אשר הנם נתונים בוויכוח עז כאשר אינם נהנים מקונסנזוס רחב. אנו משלימים עם הסכנה הנשקפת מאופייה האנטי-תרבותי של זכות כאשר ישנה סיבה מספקת ספציפית להכיר בה, כגון הגנת טבעו האנושי הבסיסי של האדם. אין סיבה מספקת ספציפית שתצדיק הכרה בזכות כאשר אנו מנסים לקדם נורמה מוסרית מתפתחת, שטרם נהפכה למקובלת.

בדומה לכך, הבעיה שנדונה לעיל, היינו ההרשאה לפגוע בזכויות ובאינטרסים אחרים למען ערכים מוסריים שאינם מוגדרים במדויק נהפכת לבעייתית במיוחד

39 ראו: Waldron, *supra* note 7, at pp. 219–221.

40 Sunstein, *supra* note 29, at p. 181.

41 ראו: Shimon Shetreet "Resolving the Controversy Over the Form and Legitimacy of Constitutional Adjudication in Israel: A Blueprint for Defining the Role of the Supreme Court and the Knesset" 77 *Tul. L. Rev.* (2003) 659. פסק דינו הידוע של בית המשפט העליון בארצות הברית הדין בסוגיית הזכות החוקתית של האישה לבצע הפלות מלאכותיות, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), הביא לידי מתיחת ביקורת חריפה על בית המשפט ולידי תהפוכות פוליטיות משמעותיות.

כשמדובר בערכים מוסריים מתפתחים. אם הטעם להענקת מעמד חוקתי לזכות לאיכות סביבה ראויה נעוץ ברצוננו להגן על ערכים מוסריים מתפתחים, פירוש הדבר שזכויות ואינטרסים קיימים חייבים לסגת מפני ערכים מוסריים שאנו מקווים שבעתיד יתפתחו בחברתנו, אך כיום גבולותיהם של ערכים אלה עדיין אינם ברורים או מוגדרים מספיק.

ניתן להצביע על כך שלחוק הישראלי כבר יש מנגנון לשילוב ערכים מתפתחים, ועל כן אין חידוש בגישת הערכים המוסריים המתפתחים. כמה פסקי דין מתייחסים, למשל, לערכים של החברה הנאורה.⁴² בפסק דין אחד דחה בית המשפט את הדעות המסורתיות על נישואין, והתייחס במקומן להשקפות החברה הנאורה. כך הגיע בית המשפט לכלל מסקנה שידועה בציבור מוסמכת לאמץ את שם משפחתו של בן זוגה.⁴³ בפסק דין אחר, בשאלת האיזון בין החופש של הנשים להתפלל בכותל לפי מנהגן שלהן לבין רגישותם של המתפללים האחרים באתר וקדושת המקום, אמר הנשיא מאיר שמגר:

”חברה נאורה גם מכבדת אמונותיו ודעותיו של מי שדבק בהן בלהט ובהזדהות שאינם בהכרח מדרכו של האדם מן השורה.”⁴⁴

בשני פסקי הדין הללו לא ברור כלל וכלל אם החברה הישראלית כיום באמת מחזיקה בערכים שבית המשפט מייחס לחברה הנאורה. עם זאת, בית המשפט עדיין משתמש בערכים אלו ומבסס עליהם את החלטותיו.

הבעיה בהשוואת הסוגיה שאנו דנים בה למנגנון זה הנה כפולה. ראשית, לא כולם מקבלים את עמדת בית המשפט שעליו לבסס את החלטותיו על ערכים שלדעתו הם ערכיה של החברה הנאורה. יתרה מזו, יש להבחין בין שתי הסוגיות משום שפסקי הדין הללו לא עסקו בשאלה חוקתית. בית המשפט לא השתמש בערכים של חברה נאורה היפותטית כדי לבסס זכויות חוקתיות עמידות ויציבות. הוא השתמש בערכיה של החברה הנאורה בדרך צנועה יותר ומצומצמת בהשלכותיה: בהחלטתו כיצד לפרש חוק קיים או כדי לאזן אינטרסים מתחרים. בידי המחוקק נתון הכוח לשנות ולתקן את ההלכה שנקבעה על ידי בית המשפט. מה שמצדיק הלכה משפטית רגילה לא בהכרח מצדיק חקיקה חוקתית.

כאשר משתמשים במסמך חוקתי כדי לבסס ערכים מוסריים שעדיין מתפתחים, נחשפים לסוג נוסף של בעיות הנוגעות לטבעו המיוחד של המסמך החוקתי. חוקה צריכה להיות מסמך הזוכה ליחס של כבוד רב מצד החברה שכוונה אותה. היא צריכה להכיל את האידיאלים והערכים העמוקים שהאומה מוקירה ביותר. כאשר אוכפים

42 ראו בג"ץ 257/89 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, פ"ד מח(2) 265, 355 (להלן: עניין הופמן); בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מז(1) 749 (להלן: עניין אפרת).

43 עניין אפרת, שם, בע' 749.

44 עניין הופמן, לעיל הערה 42, בע' 355.

את הוראות החוקה, בתי המשפט עוסקים בפעילות יוצאת דופן שיש לה תכונות אנטי-דמוקרטיות. בתי המשפט משתמשים בחוקות כדי לאיין חוקים אשר נחקקו על ידי המוסדות הנבחרים של הממשל. יתר על כן, השופטים, אשר פוסקים החלטות אלו, אינם נבחרים בעצמם ואין הם קשורים באופן פרוצדורלי לציבור הבוחרים. הציבור מתיר, אפילו תומך בפעולה זו של בתי המשפט כל עוד הוא מאמין במאמץ החוקתי. סוג זה של תמיכה פופולרית חשוב גם מסיבה פונקציונלית. יכולתם של בתי המשפט לאכוף בצורה פיזית את פסקי דינם היא יכולת חלשה. היא חלשה במיוחד כאשר מדובר באכיפת החלטות חוקתיות אשר מבטלות חקיקה או אקט מנהלי. כלי האכיפה החזק ביותר אשר נתון בידיהם של בתי המשפט הוא הנכונות של הציבור לציית להחלטות שיפוטיות. אם אנו משלבים בחוקה שאיפות מוסריות שאינן זוכות להסכמה כללית, אנו פוגעים באמונו של הציבור בחוקה כמסמך ייחודי ובלגיטימיות של פסיקת בתי המשפט בסוגיה ואכיפתה, וכך למעשה אנו מחלישים, אם לא מסכנים כליל, את כל הניסיון החוקתי.⁴⁵

ניתן לטעון כי מרביתן של ההתנגדויות לביסוס זכות חוקתית על ערכים מוסריים מתפתחים היו מאבדות מעוצמתן אילו הוראות החוקה היו רק בגדר שאיפה או הצהרה, אך לא היה ניתן לאכוף אותן בבתי המשפט. חשוב לציין, כי גם אז אין הדבר מפחית מחשיבות הבעיות; עדיין יש צורך למצוא הצדקה משכנעת להענקת מעמד חוקתי לערכים המוסריים המתפתחים הספציפיים. לומר כי הבעיות הכרוכות בזכויות אלו מתמתנות אין פירושו שזכויות אלו היו מתאימות מלכתחילה.

אשר לשימוש בחוקה כמסמך הצהרתי ולא כמסמך ביצועי ובר אכיפה, הרי הדבר בעייתי במיוחד בישראל. אמנם ניתן לטעון שבשני חוקי היסוד מ-1992 לא נאמר במפורש שבתי המשפט יאכפו אותם, אולם בתי המשפט מתייחסים אליהם כאל חוקים בני אכיפה שיפוטית. אין לצפות שבתי המשפט ייסוגו מעמדה זו וימנעו מלאכוף זכויות חוקתיות עתידיות שיתווספו. הוספת שאיפות מוסריות לחוקה לצורך תוקף הצהרתי גרידא אינה אפוא מוצדקת בישראל, כאשר ככל הנראה תראה המערכת השיפוטית את השאיפות המוסריות כבנות אכיפה.

ייתכן שניתן לפתור את הבעיה אם יצוין במפורש כי הזכות לאיכות סביבה ראוייה היא הצהרתית גרידא ואינה נתונה לאכיפה שיפוטית. אולם לא סביר שנוסחה זו תרצה את אלה המבקשים לכוון זכות חוקתית לאיכות סביבה ראוייה. בנוסף, ספק אם חוקה "מעורבת" מעין זו, שבה תנאים הצהרתיים ותנאים לביצוע כאחד, תצליח הלכה למעשה. פרופסור קאז סנסטיין (Cass Sunstein) טוען כי מסמך חוקתי יכול לכלול ביחד סעיפים הצהרתיים (expressive) וסעיפים פרגמטיים (ביצועיים), וכי חוקת ארצות הברית הנה מסמך כזה.⁴⁶ טיעונו אינו משכנע במלואו. הוא מוצא את

45 ראו: Laurence H. Tribe "A Constitution We Are Amending: In Defense of a Restrained Judicial Role" 97 *Harv. L. Rev.* (1983) 433, 441.

46 ראו: Sunstein, *supra* note 29, at pp. 144–145.

החלק ההצהרתי בחוקת ארצות הברית בפסקאות המעורפלות, כגון ההבטחה לממשל רפובליקני במבנהו בכל אחת מהמדינות.⁴⁷ עניין זה מרוחק ביותר מהממשיות של זכות סביבתית. יתר על כן, הוא מבסס את טענתו, שחלק מדרישות החוקה הן הצהרותיות בלבד, על העובדה שלמעשה לא אוכפים אותן. למשל, סעיפי החוקה החלים על התנהגות משטרתית הם מסוג זה, לטענתו, כי הם למעשה מופרים ואינם נאכפים במלואם. הטעות כאן נעוצה בהשוואה בין סעיף שלא אוכפים אותו לבין סעיף חוקתי שלא מיועד להיות אכיף. ישנו הבדל גדול בין אכיפה בלתי יעילה לבין חוסר אכיפות כלל. אין ספק שבתי המשפט בארצות הברית מנסים לאכוף את ההוראות בדבר ההתנהגות המשטרתית; כישלון בתי המשפט לשלוט שליטה מלאה בהתנהגות המשטרה אינו מראה כי בתי המשפט מתייחסים לסעיפים חוקתיים אלו כאל סעיפים הצהרתיים.

יתר על כן, גם אם חוקת ארצות הברית הנה חוקה מעורבת, אין פירוש הדבר שלישראל יכולה להיות חוקה מעורבת. בית המשפט העליון האמריקני הוא במידה רבה מרוסן יותר בגישותיו לנושאים חוקתיים מבית המשפט העליון הישראלי.⁴⁸ בית המשפט העליון בארצות הברית מתייחס, למשל, לנושאים מסוימים כאל נושאים לא שפיטים, וכך, לפי ניתוחו של פרופסור סנסטיין, הופך את סעיפי החוקה הקשורים לנושאים אלה לסעיפים הצהרתיים. בית המשפט הישראלי דחה את הרעיון שנושאים משפטיים מסוימים אינם שפיטים. אין בפסיקה הישראלית אינדיקציה משכנעת לכך שבית המשפט העליון יתייחס להוראות בחוקה כאל הוראות הצהרתיים.

לבסוף, הניסיון בארצות אחרות מראה כי גם בתי המשפט המתוחכמים לא תמיד מכבדים קו גבול ברור בין סעיפים חוקתיים הצהרתיים לבין סעיפים ביצועיים. לדוגמה, בית המשפט העליון ההודי הפך סעיף הצהרתי בחוקה לסעיף ביצועי והשתמש בו לצורך הוצאת צווים בדבר פעולות שנועדו להביא לידי שיפור איכות הסביבה. בהודו, החוקה מכילה רשימה ארוכה של עקרונות מנחים (Directive Principles), וכיניהם נמצא סעיף A48:

“Protection and Improvement of Environment and Safeguarding of Forests and Wild Life: The State shall endeavour to protect and improve the environment and to safeguard the forests and wild life of the country.”

סעיף 37 לחוקה מבהיר כי עקרונות מנחים אלו הם הצהרתיים ואינם מיועדים לאכיפה שיפוטית.

⁴⁷ סעיף 4 לחלק ההצהרתי של חוקת ארצות הברית, פסקה 4, קובע: “The United States shall guarantee to every State in this Union a Republican form of government...”

⁴⁸ ראו: Marcia Gelpe “Constraints on Supreme Court Authority in Israel and the United States: Phenomenal Cosmic Powers; Itty Bitty Living Space” 13 *Emory Int’l L. Rev.* 101 (1999).

“Application of the Principles Contained in this Part: The provisions contained in this Part shall not be enforced by any court, but the principles therein laid down are nevertheless fundamental in the governance of the country and it shall be the duty of the State to apply these principles in making laws.”

אף על פי כן, בית המשפט העליון ההודי השתמש בעיקרון המנחה המפורט בסעיף A48, ובהוראת סעיף בלתי אכיף נוסף, ככלים פרשניים שבעזרתם קבע כי הזכות לחיים שבסעיף 21 לחוקה, שהיא זכות אכיפה, כוללת את הזכות לסביבה נקייה.⁴⁹ באמצעות שילוב הוראות הסעיפים, הוציא בית המשפט צווים שהורו לרשויות להתחשב בערכים סביבתיים, ולעתים אף לקבוע דרישות מפורטות כיצד להגן על איכות הסביבה הראויה.⁵⁰ זו דוגמה ברורה כיצד בית המשפט הופך סעיף חוקתי הצהרתי לסעיף ביצועי. מכאן שהענקת מעמד חוקתי הצהרתי גרידא לערך מוסרי מתפתח לא בהכרח משחרר אותנו מהבעיות הכרוכות באכיפת ערכים מוסריים מתפתחים.

ניתן לטעון כי ההגנה על איכות הסביבה הייתה יכולה להיות ערך מוסרי מבוסס ומקובל בחברה הישראלית לו לאנשים הייתה הבנה טובה יותר בעניינים סביבתיים. זכות יסוד צריכה אפוא להתבסס כדי להעלות את חשיבותם של עניינים סביבתיים בקרב הציבור, כדי לאפשר את התפתחות הערך המוסרי של הגנה על איכות הסביבה. במילים אחרות, עלינו לכונן זכות לאיכות סביבה ראויה לא בגלל שזכות זו תשקף את ערכיה המוסריים של החברה הישראלית, אלא בגלל שכינון זכות זו תעזור ליצירת ערך מוסרי כזה.

טיעון זה אינו נופל לתחומן של ההצדקות העקרוניות לכינון הזכות לאיכות סביבה ראויה. הוא למעשה הצדקה טקטית או פונקציונלית. הוא אינו טוען כי יש משהו פנימי בסוגיית איכות הסביבה המצדיק את ביסוסה כזכות חוקתית. במקום זאת הוא טוען שביסוסה של הזכות לאיכות סביבה ראויה תשיג מטרה מסוימת המוצדקת מטעמים עצמאיים.

6. איכות סביבה ראויה הנה ערך חברתי חשוב בחברה הישראלית

לפי נקודת מבט שונה, ההגנה הסביבתית איננה ערך מוסרי אלא ערך חברתי, וחשיבותה מצדיקה עיגון בזכות חוקתית. הדעות חלוקות אם זוהי הצדקה מספקת

49 ראו: Martin Lau “The Scope and the Limits of Environmental Law in India” 4 *Rev. Eur. Community & Int’l Envtl. L.* (1995) 15S; Shubhankar Dam “Green Laws for Better Health: The Past That Was and the Future That May Be: Reflections from the Indian Experience” 16 *Geo. Int’l Envtl. L. Rev.* (2004) 593

50 ראו: Armin Rosencranz & Michael Jackson “The Dehli Pollution Case: The Supreme Court of India and the Limits of Judicial Power” 28 *Colum. J. Envtl. L.* (2003) 223, 250

לחקיקת זכויות חוקתיות.⁵¹ לא ברור אם מוצדק לכוון ערכים חברתיים כזכויות חוקתיות, אבל יש בספרות רמזים לכך שנעשה שימוש בערכים חברתיים בעיקר כהצדקה לזכויות מה"דור השלישי",⁵² ובהן בנוסף לזכות לאיכות סביבה ראויה גם הזכות לפיתוח כלכלי, הזכות לשלום,⁵³ לסיוע אנושי, לירושה משותפת,⁵⁴ וזכויות אתניות.⁵⁵ ניתן למצוא בספרות התלבטות בעניין ההכרה באינטרסים האלה כזכויות.⁵⁶ פרופסור אדרעי טוען שבישראל, בהיעדר חוקה כתובה מלאה, לא לגיטימי לעגן ערכים חברתיים כזכויות חוקתיות.⁵⁷ גם בדיונים במעמד האינטרסים הללו כזכויות, המקור העקרוני לזכויות אלו אינו ברור. אף על פי כן יש לדון בטענה שיש לכוון זכות לאיכות סביבה ראויה בחוקה משום שהיא ערך חברתי חשוב.

מהו ההבדל בין ערך מוסרי ובין ערך חברתי? במאמר זה לא נזדקק להבחנה טכנית משביעת רצון מתחום פילוסופיית המוסר; די לנו בהבחנה מעשית. כפי שצוין כאן, ערך מוסרי זוכה להכרה מעצם טבעו. ערך חברתי זוכה להערכה כי הוא מייצג את רצון הציבור. הציבור יכול לבסס את רצונו על שיקולים תועלתניים או על שיקולים אחרים אשר אינם נובעים ממה שרובנו מחשיבים כשיקולים מוסריים.

לא מעט ראיות תומכות בטענה כי ההגנה הסביבתית הנה ערך חברתי חשוב בישראל.⁵⁸ משרד ממשלתי שלם מופקד על הגנת איכות הסביבה, וכמה משרדים אחרים הם בעלי סמכויות סביבתיות.⁵⁹ יותר ממאה שלושים ושניים חוקים ותקנות מיועדים להגן על איכות הסביבה במישרין או בעקיפין. בנוסף, ממשלת ישראל קיבלה כמה

51 ראו: Cass R. Sunstein "Social and Economic Rights? Lessons from South Africa" *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper No. 12* (2001) 5 [http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/resources/Paper No. 12](http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/resources/Paper%20No.%2012.pdf) (2001) 5 (נבדק ב-20.3.06).

52 פרופסור פיינמן (Martha Fineman) טוענת שסיווג זכויות לפי דורות הוצג בראשונה על ידי קרל וסק במוסד הבינלאומי לזכויות האדם בשטרסבורג (International Institute of Human Rights) (in Strasbourg). ראו: Martha Albertson Fineman "The Social Foundations of Law" 54 *Emory L. J.* (2005) 201, 214, at footnote 60 קולקטיביות, לעתים, "זכויות סולידריות". ראו: Edward L. Rubin "Rethinking Human Rights" 9 *International Legal Theory* (2003) 5, 52 ("rights to collective benefits"); Stephen Marks "The Human Right to Development: Between Rhetoric and Reality" 17 *Harv. Hum. Rts. J.* (2004) 137, 138 ("solidarity rights").

53 ראו: Cass R. Sunstein "Something Old, Something New" *E. Eur. Const. Rev.* (Spring 1992) 18.

54 ראו: Marks, *supra* note 52, at p. 138.

55 Rubin, *supra* note 52, at p. 56.

56 *Id.* at p. 57.

57 אדרעי, לעיל הערה 19, בע' 541.

58 ראו מרשה גלפי "שיפור ההגנה על איכות הסביבה: פרק ביישום עקרונות המשפט המנהלי" *מאזני משפט ג* (תשס"ג-תשס"ד) 9, 23-29.

59 בנוסף לסמכות העיקרית של המשרד לאיכות הסביבה, חוקים שונים מסמיכים, בין היתר, את שר הבריאות, שר הפנים ונציג המים להשתמש בסמכויות הקשורות להגנת איכות הסביבה.

החלטות המגנות על הסביבה. מצד אחר, במקרים רבים עניינים סביבתיים עדיין זוכים לטיפול שולי בלבד על ידי הכנסת, הממשלה, המשרדים, מרבית הרשויות המקומיות ובתי המשפט שלנו. הראיות אינן מוכיחות כי החברה הישראלית מצדדת תמיד בהגנה על איכות הסביבה, או שהגנת איכות הסביבה הנה ערך חברתי עליון. הראיות מצביעות רק על כך שהחברה הישראלית רואה בהגנה על איכות סביבה ראוייה ערך חברתי משמעותי.

השאלה היא אם הדבר מצדיק את כינונה של זכות חוקתית. אם אנו סבורים כי הגנת איכות הסביבה היא ערך חברתי, מדוע אין להשאיר למחוקק להגן על ערך חברתי זה באמצעות חוקים "רגילים"? ברור שזהו תפקידם של בתי מחוקקים; הם מחוקקים חוקים כדי לקדם את הערכים החברתיים של החברה.

לחקיקת חוקים רגילים להגנת ערכים חברתיים נודע יתרון על פני קביעתם במסמך חוקתי. ערכים חברתיים אינם קבועים. בממשל דמוקרטי, החוק צריך לשקף את הערכים החברתיים של הציבור, והם משתנים מעת לעת. קל יותר להגיב על שינויים אלה באמצעות חוקים רגילים כיוון שהם גמישים יותר מהדרישות החוקתיות. ניתן לשנות ביתר קלות חוקים רגילים. מכאן נובע, באופן כללי, שעדיף להשתמש בחוק רגיל כדי לקדם ערכים חברתיים, ובמיוחד כשמדובר בהגנת איכות הסביבה. הבה נניח שתנועה מודרנית להגנת איכות הסביבה החלה את דרכה ב-1962 בעת פרסום ספרה של רייצ'ל קארסון (Rachel Carson), *The Silent Spring*. כפי שראינו, בתקופה ההיסטורית הקצרה שחלפה מאז, התחוללו תגודות עצומות ביחס החברה כלפי הסביבה במדינות רבות.

מה יכול אפוא להצדיק את עיגונה של ההגנה הסביבתית, כערך חברתי, במסמך חוקתי, במקום בחוקים רגילים? ניתן להשיב שהליך החקיקה הרגיל אינו מתאים להגנת איכות הסביבה, כיוון שההגנה הסביבתית כרוכה בעלויות גבוהות בטווח קצר שנושאות רווחים רק בטווח ארוך.⁶⁰ הרשו לי לבחון את הטענה ביתר דיוק. הגנת איכות הסביבה, כפי שנטען, מאופיינת בעסקות חליפין בין רווחים בטווח הארוך לבין עלויות גבוהות בטווח הקצר. בעסקות חליפין אלו, ההליך החקיקתי אינו מתפקד כראוי. המחוקקים מעוניינים להיבחר שוב. אין זו הערה צינית. האינטרס הזה הנו ראוי; הוא שהופך את המחוקק לקשוב לציבור ולמייצג הציבור, כפי שאנו רוצים שיהיה בחברה דמוקרטית. בהצבעה, הציבור מגיב יותר על אינטרסים קצרי מועד מאשר על אינטרסים ארוכי טווח, או כך לפחות תופס המחוקק את התנהגות הציבור. לכן, מחוקקים לא יתמכו בחוקים אשר יטילו עלויות על הציבור בטווח הקצר אם אין הם מבטיחים הפקת רווחים קצרי מועד נראים לעין. לפיכך, הדרך היחידה להגן על איכות הסביבה הנה לכונן זכות חוקתית.

60 ראו: Francois Du Bois "Social Justice and the Judicial Enforcement of Environmental Rights and Duties" *Human Rights Approaches to Environmental Protection* (Alan E. Boyle & Michael R. Anderson eds., Oxford, 1998) 153, 157

אמנם הגנת איכות הסביבה בדרך כלל אכן כרוכה בעלויות יקרות בטווח הקצר ורווחים הצפויים רק בטווח הארוך, אך למרות מצב זה, לא ברור, שהציבור תמיד אינו מוכן לתמוך בעסקות חליפין כאלו, ושההגנה החוקתית על הסביבה היא משום כך חיונית. בכמה מדינות ישנם חוקים סביבתיים איתנים בהיעדרה של זכות חוקתית לאיכות סביבה. ארצות הברית היא הדוגמה הבולטת ביותר, אך אינה הדוגמה היחידה. בנוסף, נראה בבירור שהמחוקקים כן תומכים בסוגים אחרים של חוקים, שיש להם עלויות מיידיות גבוהות אך רווחים רק בטווח הארוך. זהו מאפיין של כל חוקי הביטוח הלאומי וחוקי קרנות הפנסיה. הציבור משלם דמי ביטוח כעת ומקבל תגמולים מאוחר יותר. יתר על כן, ההצעה לעגן בחוקה את הזכויות לאיכות סביבה ראויה עקב בעיית העלויות הרבות לטווח הקצר לעומת הרווחים בטווח הארוך מעלה הצדקה בעלת תחולה רחבה ביותר. היא מצדיקה את יצירתה של זכות חוקתית כדי להתמודד עם כל בעיה בעלת מאפיינים אלו, וכמוה ישנן רבות. היא מאיימת אפוא על עצם ההבחנה בין חקיקה רגילה ובין חקיקה חוקתית. הרחבת ההצעה והחלתה על עניינים אחרים יכולה גם להוציא עניינים רבים וחשובים משליטתם של הבוחרים. חקיקתה של זכות חוקתית לאיכות סביבה ראויה עקב טבען של עסקות חליפין לעניין הטווח הקצר לעומת הטווח הארוך תהיה מוצדקת, רק אם בעיית עסקות החליפין הנה חמורה במיוחד בתחום הגנת איכות הסביבה. בעיית העלויות הרבות בטווח הקצר ורווחה בטווח הארוך אינה מצדיקה כשהיא לעצמה חקיקת זכות חוקתית לאיכות הסביבה. ישנן טענות המצביעות על בעיות אחרות הכרוכות בהליך החקיקה הרגיל. אחת מהן היא ההקצאה הבלתי שוויונית של העלויות והיתרונות הכרוכים בחוקים סביבתיים. עלויות ההגנה הסביבתית נוטות במקרים מסוימים להיות מרוכזות ואילו היתרונות הם מפוזרים. בחוק סביבתי הדורש ממפעל פרטי להפחית את הזיהום הנפלט, למשל, או בחוק סביבתי המונע בניית מלון על חוף הים זהו אמנם המצב. במקרה של המפעל בדרך כלל מקובל להניח כי בעלויות הפחתת הזיהום נושאים הבעלים של המפעל, ואילו מן האוויר הנקי נהנה הציבור הרחב. למעשה, זוהי פשטנות יתר של הבעיה, כיוון שעלויות הפחתת הזיהום בדרך כלל משותפות לעובדי המפעל ולצרכנים של מוצרי המפעל. אף על פי כן, בדרך כלל או לפחות לעתים קרובות, עלויות יותר מרוכזות מרווחים. גם בדוגמת המלון, אף שחלק מן העלויות יגולגלו באופן פוטנציאלי אל אורחי המלון או אל עסקים אחרים אשר ירוויחו כספים מאנשים הבאים למלון, העלויות הן מרוכזות יותר מהרווחים. ניתן להניח כי ההליך החקיקתי יצליח במקרים כאלו, כי קולם של המעטים הנושאים בעלויות חלש משל הרבים משיגי הרווחים. הנחה זו לא בהכרח נכונה. כיוון שהעלויות הן מרוכזות, לנושאים בהן יש תמריץ חזק להתנגד להליך החקיקתי.⁶¹ כיוון שהרווחים מפוזרים, כל פרט בציבור ירוויח אך מעט. ייתכן שהציבור כלל לא יכיר

61 אדרעי, לעיל הערה 19, בע' 481–482.

או יבין את הרווחים. מכל מקום, הרווח הקטן אינו מצדיק את השקעת המאמץ לקדם את ההליך החקיקתי. תופעה זו מאוזנת בחלקה בזכות הארגונים הירוקים המייצגים אינטרסים משותפים של המוטבים בהגנה הסביבתית, אך בעיקר משום המימון המוגבל של ארגונים אלו, ייתכן שהייצוג אינו מספיק. לפיכך ניתן לטעון כי יש להוציא עניינים אלו מידיו של המחוקק, אשר ככל הנראה יהיה מושפע ממאמציהם החזקים של לוביסטים של מפעלים וחברות מלונאות. בהליך החקיקתי הרגיל, המחוקק לא יחוקק חוקים סביבתיים בגלל השפעת יתר זו.

ניתוח זה מתחמק מהשאלה מדוע פגמים דומים לא יגרמו למניעת כינונה של הזכות החוקתית לאיכות סביבה ראויה. אם האינטרסים המיוחדים אינם מונעים את כינונה של זכות חוקתית, מדוע לנו להניח שהם יצליחו למנוע את חקיקתה של חקיקה רגילה? האם הדרגה הגבוהה יותר של חוקה מספיקה כדי להזעיק את "הרוב השקט" להתנגד לאינטרסים המיוחדים?

נניח כי ניתן להתגבר על השפעת היתר של האינטרס המיוחד באמצעות כינונה של זכות חוקתית. עלינו להמשיך ולשאול אם הבעיה של כוח מופרז של האינטרס המרוכז הנה חמורה מספיק כדי להצדיק סטייה מהעקרונות הדמוקרטיים הכללים המקובלים.⁶² ניתן להשתמש בטענה של השפעה בלתי הוגנת של אינטרסים מרוכזים כמעט בכל מקרה שבו נחפוץ להצדיק את דחיית הברירה הדמוקרטית. אינטרסים מיוחדים מושפעים כמעט מכל דבר חקיקה. אם האינטרסים האלה מצדיקים התעלמות מבחירות של בית המחוקקים בחוקים רגילים, לא נותר דבר לתהליך החקיקה הרגיל ואין שום דרך, חוץ ממשאל עם, לאפשר לבחור לבטא את דעותיו.

פגם נוסף בתהליך החקיקה הרגיל הנו, שהבחירות לכנסת יכולות לשקף את הברירה הפופולרית במספר קטן של נושאים על סדר היום, ואינן מגלות את דעת הציבור בנושאים רבים שהמחוקק מטפל בהם או שיש מחדל בטיפול בהם.⁶³ מכאן שהיעדרה של חקיקה רגילה ראויה בעניינים סביבתיים אינו מוכיח שהציבור אינו חפץ בחקיקה בעניינים אלו. בישראל, לדוגמה, ניתן לטעון כי ענייני הביטחון וקשרי החוץ מושכים את מרב תשומת הלב ורוב הציבור מצביע בבחירות לכנסת על סמך עניינים אלו בלבד. גם מי שמעוניין בהגנה נמרצת על איכות הסביבה ככל הנראה ייטה להצביע על סמך ענייני ביטחון וקשרי חוץ. לפיכך ההשקפות הסביבתיות של הציבור אינן מתבטאות בהליך הבחירה.

שוב, הטענה רחבה מדי. היא תומכת בדחיית הלגיטימיות של דבר המחוקק בכל התחומים חוץ מהמעטים המכריעים יותר. הטענה מתעלמת גם מכך שהציבור מוסר את רצונו למחוקק לא רק באמצעות הבחירות. הוא כותב מכתבים; משתתף, בדרך כלל באמצעות קבוצות מייצגות בשיבות ועדות הכנסת, בהליכי החקיקה; משתתף

62 שם, בע' 482.

63 מרשה גלפי "התקנת תקנות מינהליות בישראל בדרך של משא ומתן (Reg-Neg)" מחקרי משפט יד (תשנ"ח) 57, 61.

בארגוני המפלגות הפוליטיות; מביע עמדות בכלי התקשורת. אין סיבה להניח כי כל השיטות הללו הנן בעלות השפעה זניחה.

טענה אחרת מזכירה פגם נוסף בהליך הבחירות והוא חוסר ההשתתפות של קבוצות בעלות אינטרסים מסוימים, אשר אינן כשירות להצביע, כגון הילדים ודורות ההמשך. ספרות חשובה מצביעה על כישלון השיטה הדמוקרטית ביכולתה להגן על אינטרסים ארוכי טווח של קבוצות אלו.⁶⁴ טענה זו לוקה בהתעלמות מהעובדה שקבוצות אלו מצביעות, אף כי לא במישרין. אמנם לילדים ולדורות העתיד אין זכות הצבעה, אך ניתן להניח כי הוריהם, בעלי זכות ההצבעה, מתחשבים באינטרסים של אותן קבוצות ומבטאים אינטרסים אלו בדפוסי הצבעתם. בנוסף, לא ברור מדוע המחוקק יהיה רגיש יותר לאינטרסים הבלתי מיוצגים כשיחוקק זכות חוקתית לאיכות סביבה ראויה במקום חקיקה סביבתית רגילה. חשובה יותר השאלה אם בתי המשפט, אשר מתפקדים לפרש את הזכות החוקתית ולהגדיר את היקפה, יוכלו לזהות את זכויותיהם של דורות ההמשך ולהגן עליהן. הדבר יהיה תלוי, כך נראה, בהשקפותיהם הפרטיות של השופטים, ולא בשום השפעה מבנית מצד קבוצות בלתי מיוצגות בהליך השיפוטי.

ישנו פגם אחר הנובע מטיבה של מערכת הבחירות בישראל ומהסתמכות היתר על שיטת המפלגות המביאה לידי פגיעה בהיענות המחוקק לרצון העם. זוהי טענה רחבה יתר על המידה. הטענה ביסודה הנה כי עקב הפגמים בשיטת הבחירות שלנו, מותר לעקוף את בית המחוקקים בקבלת החלטות. עמדה זו מצדיקה התעלמות מבית המחוקקים בכל עניין. התרופה המתאימה לפגמים אמיתיים בשיטת הבחירות ולהיענות של בית המחוקקים לדרישות הציבור הנה תיקון שיטה זאת, ולא חיפוש מפלט בהפיכת אינטרסים שונים לחוקתיים.

אם עקב אחד או יותר מפגמי תהליך החקיקה, אנו משתמשים במסמך חוקתי כדי לבסס ערכים חברתיים, אנו נתקלים בכמה בעיות החותרות תחת תשתית ההשקפה הדמוקרטית האומרת שעל הממשל לפעול לפי הבחירות החברתיות של הציבור. זהו עיקרון בסיסי בשלטון הדמוקרטי שהממשל יעשה מה שהציבור רוצה. כך אנו מבססים את שליטתו של העם בממשל. כמוכן, אנו מגבילים את כוחו של הממשל, ובכך גם את כוח הציבור, במקרים שבהם חיוני להגן על זכויות הפרט, אך באופן כללי, אנו רוצים שהממשל יממש את הוראותינו. כאשר אנו משתמשים בחוקה כדי לקדם ערכים חברתיים, אנו מפחיתים מיכולת הממשל לקבל החלטות המגיבות על רצון הרוב.

חוקה מיועדת להיות מסמך יציב, ולכן הערכים החברתיים המוגנים בה עלולים להמשיך להיות מוגנים גם אחרי שהם כבר אינם מייצגים רצון העם. יש אנשים

64 ראו: Jack B. Weinstein "Why Protect the Environment for Others?" 77 *St. John's L. Rev.* (1989) 217; Richard A. Epstein "Justice Across the Generations" 67 *Tex. L. Rev.* (1989) 1465; R. George Wright "The Interests of Posterity in the Constitutional Scheme" 59 *U. Cin. L. Rev.* (1990) 113

שרואים בכך יתרון, בנעילתם של ערכים חברתיים לנצח. אחרים רואים בכך הוכחה לספקותיה של החברה בדבר יכולתה לזהות "בצורה נכונה" את הערכים החברתיים שהיא תגן עליהם בעתיד.⁶⁵ אם תנאים חוקתיים הדורשים הגנה על איכות סביבה ראויה יחוקקו בשנת 2006, ויפורשו בשנת 2008 כדי שיכילו דרגה מסוימת של הגנה סביבתית, ייתכן שבשנת 2016 הציבור יחליט שהוא רוצה הגנה רבה יותר, הגנה פחותה או הגנה סביבתית שונה. בייחוד סביר להניח שהדבר יקרה בתחום איכות הסביבה, שבו כחברה אנו עדיין נמצאים בחלק התלול של עקומת הלימוד.

בעיה זו ניתנת לפיתרון באחת משתי דרכים. ניתן לתקן את החוקה לעתים קרובות, ולהסיר ממנה את מאפיין היציבות, אך יש לשאול אם הדבר ראוי לחוקה. אם אנו עומדים להסיר את מאפיין היציבות, ראוי לשאול מדוע ברצוננו לעגן את הערך החברתי בחוקה. יתר על כן, כאשר אנו רוצים לתקן את החוקה בתדירות גבוהה, אנו מסכנים את יציבות החוקה גם בתחומים חוקתיים אחרים. אנו מסכנים את יציבותו של מבנה הממשל, לדוגמה.⁶⁶ החוקה מאבדת חלק ממעמדה המיוחד וכמעט משתווה לחוק רגיל. אנו מצמצמים את היכולת להבחין בין חוקים רגילים ובין חוקים חוקתיים. לחלופין, ניתן לפרש את החוקה בכתי המשפט לאורם של שינויי העתים. כך החוקה נשארת בלתי משתנה אך פירושה משקף את רצון הציבור בנושאים חברתיים. פתרון זה כשלעצמו הנו בעייתי מאוד, כיוון שהוא מעלה את השאלה אם בתי המשפט, כגופים שאינם מייצגים את רצון הציבור ואינם קשורים לציבור באופן מבני, יכולים לזהות בדייקנות ולשקף את השינויים בערכים החברתיים. שופטים ממונים בעיקר בשל יכולתם להכריע בסכסוכים, ולא כדי לייצג את רצון הרוב. הם אינם קשורים לציבור באמצעות בחירות. אין להם סמכות לקבוע את רצון הציבור. ייתכן שחשוב אף יותר, הם נעדרי יכולת לדעת את רצונו של הציבור. אין לשופטים ידע מיוחד באשר לרצון הציבור. אין לבעלי הדין יכולת להביא לידיעתם של השופטים מידע זה; תפקידם הנו לייצג את האינטרסים של צד אחד לסכסוך, ולא לייצג את האינטרסים של הציבור כולו. עקב מגבלה זו, היבט עיקרי בעקרון החוקתיות הוא שתפקידה של החוקה לבסס את המבנה הממשלתי ואת המגבלות העיקריות של המבנה הזה, ולהשאיר את ברירת הערכים החברתיים לגופים הנבחרים, שיוכלו לשקף במדויק את רצון החברה.⁶⁷

בעיה נוספת הכרוכה בשימוש בחוקה כדי לבסס ערכים חברתיים היא שהכנסת דרישה חברתית בחוקה לא בהכרח מביאה לידי שינויים במציאות.⁶⁸ ספרות הזכויות

65. Waldron, *supra* note 7, at pp. 221–223.

66. כעת יש שינויים תדירים במבנה הממשל, ואין לטעון כי התופעה הזו הנה חיובית.

67. ראו: Barton H. Thompson, Jr. "Environmental Policy and State Constitutions: The

Potential Role of Substantive Guidance" 27 *Rutgers L. J.* 853 (1996) 863.

68. לפי Waldron, *supra* note 7, at p. 310, גורלן של "חוקות" רבות בעולם מגלה שהצהרות על הנייר שווין כקליפת השום אם הן אינן מלוות בתרבות פוליטית מתאימה של חירות.

החוקתיות במדינות אחרות מציגה דוגמאות רבות של מדינות אשר יש בחוקה שלהן זכויות חוקתיות נמרצות לאיכות סביבה ראויה, אבל איכות הסביבה במדינתם הנה גרועה.⁶⁹ בהתבסס על ניסיון זה, ספק רב אם חקיקה של תנאים חוקתיים לאיכות סביבה ראויה תביא לידי מימוש הערך החברתי של שמירת איכות הסביבה.

ו. סיכום

לסיכומו של עניין, נראה כי לא מצאתי הצדקה עקרונית לחקיקת זכות חוקתית לאיכות סביבה ראויה בישראל.

נותר אפוא לברר אם יש הצדקות מסוג אחר לכינון זכות חוקתית כזו, הצדקות טקטיות או פונקציונליות. הבירור במידה רבה יסתמך על חסרונות הכרוכים בביסוס זכות זו. הוא יסתמך גם על ההשוואה בין היתרונות והחסרונות של השימוש בכלים החוקתיים לבין היתרונות והחסרונות של השימוש בכלים המשפטיים האחרים לטיפול בבעיות סביבתיות. כל התחומים הללו נתונים למחקרים עתידיים.

בסופו של דבר חשוב להדגיש שהקביעה שלא מתאים לכונן זכות חוקתית לאיכות סביבה ראויה בשום אופן אין פירושה שאין חשיבות להגנת איכות הסביבה באמצעות כלים אחרים. הניתוח במאמר זה אינו אומר שלא הולם, לא ראוי או לא רצוי לחוקק חוקים ולנקוט צעדים מנהליים כדי להפחית את רמת זיהום הסביבה או לשמור על משאבים טבעיים. ההחלטה שלא לתת הגנה חוקתית לאינטרסים הסביבתיים אין פירושה שהאינטרסים הסביבתיים אינם חשובים, אלא פירושה שהכלי החוקתי אינו הכלי המשפטי המתאים ביותר להגנה על אינטרסים אלה.

69 ראו: Andrew Harding "Practical Human Rights, NGOs and the Environment in Malaysia" *Human Rights Approaches to Environmental Protection* (Alan E. Boyle & Michael R. Anderson eds., Oxford, 1998) 227; Adriana Fabra "Indigenous Peoples, Environmental Degradation, and Human Rights: A Case Study" *Human Rights Approaches to Environmental Protection* (Oxford, A. Boyle & M. Anderson eds., 1998) 245