

זכויות חוקתיות במשפט הפרטי במדינה יהודית ודמוקרטיה

גרשון גונטובניק*

אחד התחומים שבהם ניכרים אותותיה של המהפכה החוקתית הוא סוגיית תחולתן של הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי. אם בראשית הדרך התעורר ויכוח לגבי הלגיטימיות של החלתן, נראה כי הוויכוח הוכרע, ודבר החלתן נהפך לעובדה קיימת. בעשרים השנה האחרונות הוחלו הזכויות החוקתיות בקצב הולך וגובר בתחומים רבים ומגוונים. המאמר בוחן את השאלה באיזה אופן יש להחילן. גם במסגרת מודל התחולה העקיפה, המקובל במקומותינו, אפשר לבחור בהחלה גורפת שלהן או בהחלתן בצורה מצומצמת ומידתית. הטענה המרכזית של המאמר היא כי בבואה להחיל את הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי, על שיטת המשפט לפעול באופן הרמוני וקוהרנטי עם האיזונים הנערכים בתחומי המשפט הציבורי שלה בין הזכויות החוקתיות לבין הערכים המתנגשים עימן. המשפט הציבורי כולל איזונים רגישים, לנוכח הצורך להתמודד עם השונות התרבותית הקיימת בחברות המודרניות. הוא מאזן בין הזכות לתרבות לבין אינטרסים חיוניים אחרים המתנגשים עימה. חשוב להביא איזונים אלה בחשבון בשעה שבוחנים את החלתן של הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי, כדי להימנע מתוצאות סותרות שיסכלו את התוצאות שההנדסה החוקתית של החברה מבקשת להשיג בתחומים כה מורכבים.

כדי לעמוד על טיבה של קוהרנטיות זו, המאמר מבקש להבחין בין שני סוגים של חברות רב-תרבותיות. עם הסוג האחד יש למנות את החברות הנהנות מקונסנזוס רחב יחסית בדבר ערכי-היסוד שלהן, בין שיהיו אלה ערכים לאומיים או ערכים פרוצדורליים ליברליים. עם הסוג האחר יש למנות חברות שאין בהן קונסנזוס כזה, וביניהן חברות שסועות, שבהן קשה למצוא סוגיה מהותית שאינה שנויה במחלוקת בין הקבוצות התרבותיות המרכיבות

* מרצה למשפט חוקתי, המרכז האקדמי כרמל; שותף במשרד ד"ר י' וינרוט ושות'. המאמר מבוסס על הרצאה שנישאה בכנס שנערך במרכז הבינתחומי הרצליה, ביום 21.12.2011, לרגל עשרים שנה לחוקי-היסוד. תודתי ליובל רויטמן ולחברי מערכת **משפט ועסקים** – לעורך אור דיסקין ולענבר בן שושן ויצחק צרפתי – על הערותיהם ועל הפניותיהם למקורות נוספים שלא נכללו בטיוטה המקורית. הערות אלה תרמו רבות לשיפור תכניו של המאמר.

את החברה. בחברות אלה יש חשיבות מיוחדת לערך האוטונומיה התרבותית, המאפשר לקבוצות תרבותיות בעלות מטען ערכי מתנגש לקיים את מפעלן המשותף. על רקע זה, כאשר באים להחיל זכויות חוקתיות במשפט הפרטי, שני הסוגים של החברות הרב-תרבותיות מצריכים שני סוגים שונים של קוהרנטיות. בחברות שיש בהן קונסנזוס ערכי ניתן להחיל את הזכויות החוקתיות מתוך "קוהרנטיות של שלמות". ניתן לשאוף להרמוניה ערכית בין המשפט הציבורי למשפט הפרטי, ולראות את ערכי-היסוד כבסיס נורמטיבי ליצירת חובות וזכויות לא רק במשפט הציבורי, אלא גם במשפט הפרטי. לעומת זאת, בחברות שאין בהן קונסנזוס ערכי, וביניהן חברות שסועות, יש לשאוף לא "קוהרנטיות של שלמות", אלא ל"קוהרנטיות של שלום". זוהי קוהרנטיות המשקפת פשרות פרגמטיות היכולות להשתנות מעניין לעניין, באופן שאינו הרמוני תמיד עם ערכי-יסוד ועם האיזון ביניהם בתחומים אחרים. בחברות כאלה, המייחסות חשיבות רבה לאוטונומיה התרבותית, יש להיזהר מאוד בהחלת הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי. ראוי לאמץ בהן הנחת-מוצא של מחויבות לאוטונומיה ולחירות במשפט הפרטי, שתאפשר את המימוש התרבותי של מגוון רחב של קבוצות תרבותיות (וביניהן קבוצות לא-ליברליות), ולהסיגה רק במקרים המתאימים לנוכח אינטרסים ציבוריים עדיפים. זוהי החלה של זכויות חוקתיות "מבחוץ", ולא "מבפנים" (קרי, לא מתוך המשפט הפרטי), והיא מתאימה במיוחד להחלה על גופים פרטיים אשר מממשים פעולות ציבוריות או מצויים בקשר הדוק עם הממשל.

חלקו האחרון של המאמר מוקדש לבחינת הדוגמה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. לנוכח העובדה שישאל היא חברה שסועה, יש להחיל בה את הזכויות החוקתיות מתוך קוהרנטיות של שלום, ולא של שלמות. בחלק זה נבחנות באופן ביקורתי כמה דוגמות – ביניהן עניין **קסטנבאום** ועניין **שביט**, עניין **קעדאן**, עניין **נוער כהלכה** וחוק ועדות קבלה – שבהן הוחלו זכויות חוקתיות במשפט הפרטי באופן גורף מדי, ולא באופן זהיר כיאה לחברה הרב-תרבותית הישראלית ובהינתן הבסיס הנורמטיבי ששורטט לעיל.

פתח-דבר

פרק א: הנדסה חוקתית ראויה והתאמתה למשפט הפרטי

1. החוקתיות של המשפט הציבורי ואתגר השונות התרבותיות
2. מגוון המודלים של תחולת זכויות חוקתיות במשפט הפרטי
3. החוקתיות של המשפט הציבורי והחלת זכויות חוקתיות במשפט הפרטי – שאיפה לקוהרנטיות

- (א) הקוהרנטיות המתחייבת בין החוקתיות של השונות במשפט הציבורי לבין החלת זכויות חוקתיות במשפט הפרטי
- (ב) שאיפה לקוהרנטיות של שלמות – זכויות חוקתיות במשפט הפרטי בחברות שיש בהן הומוגניות תרבותית או קונסנזוס בדבר ערכי-היסוד שלהן
- (1) חברות שיש בהן הומוגניות תרבותית או קונסנזוס בדבר ערכי-היסוד שלהן
- (2) קוהרנטיות של שלמות – הדגמת דרכים שונות להחלה "עבה" של זכויות חוקתיות במשפט הפרטי
- [א] גישתו של רייכמן – כבוד האדם כערך-יסוד (גם) של המשפט הפרטי
- [ב] גישתו של דגן – הכרה בקיומה של זכות כניסה בדיני הקניין
- [ג] גישתו של הראל – סיווג רחב של גופים פרטיים כגופים דו-מהותיים
- [ד] מבט נוסף על שלוש הגישות המודגמות
- (ג) שאיפה לקוהרנטיות של שלום – זכויות חוקתיות במשפט הפרטי בחברות שסועות
- (1) חברות שסועות שאין בהן קונסנזוס לגבי ערכי-היסוד שלהן
- (2) על חשיבותה של השאיפה לקוהרנטיות של שלום בחברה שסועה
- (3) החלה מידתית וזהירה של זכויות חוקתיות במשפט הפרטי, תוך שאיפה לקוהרנטיות של שלום
- [א] הבסיס – סובלנות, על גבולותיה, ומידתיות
- [ב] דוגמות להחלה מידתית וזהירה של זכויות חוקתיות במשפט הפרטי
- [1] החלה "מבחוץ", ולא "מבפנים"
- [2] הטלת מגבלות על שיקול-הדעת הפרטי בגין מילוי פונקציה ציבורית או בגין קשר עם המדינה
- [3] מבט נוסף על הגישות המודגמות
- פרק ב : בחינת המקרה הפרטי של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית
1. החברה הישראלית כחברה שסועה והחוקתיות שלה
2. תחולתן של זכויות חוקתיות במשפט הפרטי בישראל – החלה מידתית וזהירה תוך שאיפה לקוהרנטיות של שלום
- (א) כללי
- (ב) ניתוח ביקורתי של כמה דוגמות בולטות להחלת זכויות חוקתיות במשפט הפרטי בישראל
- (1) הכפפת גופים דתיים לזכויות חוקתיות

- (2) הקשר עם המדינה כאמצעי להחלת החובה לנהוג בשוויון
 [א] כללי
 [ב] עניין קעדאן
 [ג] עניין "נוער כהלכה"
 (3) החלה ישירה של חוק־יסוד : כבוד האדם וחירותו – עוולת
 הפרת חובה חקוקה
 (4) חוק ועדות קבלה

סיכום

פתח־דבר

חלפו עשרים שנה למן המהפכה החוקתית. זוהי הזדמנות לבחון את כבדת־הדרך שעברה השיטה המשפטית שלנו מאז נחקקו חוק־יסוד : כבוד האדם וחירותו וחוק־יסוד : חופש העיסוק. כדרכן של מהפכות, לא כל יעדיה ומטרותיה של המהפכה החוקתית הושגו, וגם אלה שהושגו אינם משייטים על מי מנוחות, בלשון המעטה. המחלוקת סביב המהפכה, משמעותה ותוצריה הן עזות, אך נראה שבדבר אחד לא יכולה להיות מחלוקת – מהפכה זו שינתה את פני המשפט הישראלי. עיקרו של השינוי מצוי במשפט הציבורי שלנו. יכולת החקיקה של הכנסת הוגבלה באופן מהותי והוכפפה לחוק־היסוד, שמעמדם התחזק. מעמדם של ערכי־היסוד בשיטתנו החוקתית התחזק אף הוא.¹ אך לא רק המשפט הציבורי עבר שינויים; זרמיה של המהפכה החוקתית הגיעו גם למשפט הפרטי. ממילא ההבחנה בין המשפט הציבורי לבין המשפט הפרטי בשיטתנו המשפטית אינה חדה וברורה. קיימים ביניהם, כלשון השופט זמיר, אזורי דמדומים משמעותיים.² גישתו של הנשיא ברק, שלפיה זכויות־היסוד של האדם אינן מוגבלות רק לתחומי המשפט הציבורי, אלא יש להן תחולה גם במסגרת המשפט הפרטי,³ קנתה לה שביתה. במשפט החוקתי זכויות אלה מוכרות כזכויות חוקתיות.⁴ הן מחלחלות למשפט הפרטי באופן

1 לדיון כללי ראו אהרן ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" **משפט ועסקים** א 3 (2004). השוו עם נקודת־המבט של הלל סומר "מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית" **משפט ועסקים** א 59 (2004).

2 ע"א 3414/93 **און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ**, פ"ד מט(3) 196, 204 (1995).

3 ע"א 294/91 **חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464, 530 (1992) (להלן: עניין קסטנבאום).

4 לצורכי מאמר זה אין זה משנה אם מדובר בזכויות המנויות בחוק־היסוד או בזכויות יצירות הפסיקה (זכויות הלכתיות) שהוכרו כחלות במערכת היחסים שבין הפרט לבין המדינה וגופים ציבוריים וממלכתיים. אלה ואלה יכוננו במאמר זה "זכויות חוקתיות". באמצי מונח זה, אני הולך בעקבות פרופ' אהרן ברק, אשר הציג את גישתו העדכנית לנושא במאמרו אהרן ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי: התחולה במשפט העבודה" **ספר אליקה ברק־אוסוסקין** 363 (2012) (להלן: ברק

עקיף⁵ באמצעות מונחי-שסתום, אשר שיטתנו המשפטית רוויה בהם. כך, חוק החוזים מורה כי חוזה הסותר את תקנת הציבור בטל⁶, וכי בקיום חיוב הנובע מחוזה⁷ ובמשא-ומתן לכריתת חוזה⁸ יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום-לב. הוראות אלה יכולות לחול גם בהקשרים חוץ-חוזיים, בשינויים המחויבים⁹. לצידם עומדים מונחי-שסתום נוספים, כגון האיסור להשתמש לרעה בזכות הקניין במקרקעין¹⁰ והכלים הנזיקיים של עוולת הרשלנות ועוולת הפרת חובה חקוקה¹¹.

אכן, בעשרים שנותיה של המהפכה החוקתית הלך וגבר זרם הפסיקה שהחיל את הנורמות הציבוריות על גופים המסווגים כגופים פרטיים. טלו, לדוגמה, את הכלי של תקנת הציבור – כלי זה יושם על-מנת לפסול הוראה לא-שוויונית בהסכם קיבוצי¹², בהתקשרות חוזית של עמותת קבורה¹³ ובהסכם עבודה של חברת תעופה¹⁴. תקנת הציבור ועקרון תום-הלב נהפכו למכשיר חשוב להגבלת חופש החוזים. "מרחק רב עברנו מאז התפיסה הקלאסית של חופש החוזים"¹⁵. אומנם, יש מי שסבורים כי אין מקום לתחולה של עקרון השוויון בדיני החוזים, או כי לכל-היותר יש מקום לתחולה מעודנת שלו¹⁶, וזאת לנוכח העובדה שעקרון חופש החוזים הוא ערך-יסוד חוקתי כמו ערך השוויון, אך זוהי מלחמת-מאסף, שכן הפור כבר נפל. ככל שהזמן חולף נראה כי היקף התחולה של הנורמות הציבוריות במשפט הפרטי ועוצמתה הולכים ומתגברים. למעשה, מדובר בשיטפון של ממש, הסוחף עימו את גדרי ההבחנה בין הפרטי לציבורי, בין השלטוני לחברתי, בין האישי לפוליטי. כך, יש המסווגים אגודה שיתופית כגוף דו-

"זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי". בכך החליף פרופ' ברק את המונח "זכויות אדם", ששימש אותו בפסיקתו ובכתיבתו האקדמית, במונח "זכויות חוקתיות", ואכן נראה כי מונח זה תורם לחידוד הסוגיה.

5 אהרן ברק **פרשנות חוקתית** 680 (1994) (להלן: ברק **פרשנות חוקתית**); ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", שם.

6 ס' 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ס"ח 694 (להלן: חוק החוזים (חלק כללי)).

7 ס' 39 לחוק החוזים (חלק כללי).

8 ס' 12 לחוק החוזים (חלק כללי).

9 ראו ס' 61 לחוק החוזים (חלק כללי).

10 ס' 14 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, ס"ח 575. לדיון בסעיף ראו אריאל רוזן-צבי "שימוש לרעה בזכות במקרקעין" **עינוי משפט** ד 651 (1975); יהושע ויסמן **דיני קניין: בעלות ושיתוף** 49 (1997).

11 ברק **פרשנות חוקתית**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 694.

12 בג"ץ 104/87 **נבו נ' בית-הדין הארצי לעבודה**, פ"ד מד(4) 749 (1990).

13 **עניין קסטנבאום**, לעיל ה"ש 3.

14 דנג"ץ 4191/97 **רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נד(5) 362, 330 (2000).

15 שם, בעמ' 370.

16 ראו אצל גבריאלה שלו "שוויון בדיני החוזים" **ספר מנשה שאוה** 115, 123–125 (אהרן ברק ודניאל פרידמן עורכים, 2006). עוד ראו אברהם וינרוט **חברות ממשלתיות: תחולת המשפט המינהלי** 411 (1995), המציין כי עקרון השוויון נובע בהכרח אך ורק מחובתו של מי שחב חובת אמון לזולתו לנהוג בהגינות הראויה. אולם נראה כי מבחינת הדין המצוי דחתה הפסיקה בישראל את יחסי האמון כבסיס הכרחי להטלת החובה לנהוג בשוויון במשפט הפרטי.

מהותי הכפוף לדיני המשפט הציבורי באופן ישיר,¹⁷ ומסתבר כי אפילו מערכת היחסים שבינו לבינה כפופה אולי לעקרון כבוד האדם שבחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹⁸ על רקע זה חשוב לעסוק בשאלה מהו אופן ההחלה הראוי של זכויות חוקתיות במשפט הפרטי. לדעתי, הדיון האקדמי והשיפוטי בעניין זה לא נתן עד כה משקל ראוי לחוקתיותה של מדינת־ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. במאמר זה אטען כי אי־אפשר לפתח גישה נאותה לשאלת החלתן של הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי מבלי שזו תתיישב עם מאפייני החוקתיות הכללית של החברה במשפט הציבורי. לא הרי החלת נורמות של המשפט הציבורי על פרטים בחברה הומוגנית כהרי החלתן על פרטים בחברה רב־תרבותית. לא הרי החלת נורמות אלה בחברה המלוכדת סביב אתוס לאומי מהותי כהרי החלתן בחברה רב־תרבותית המלוכדת סביב אמות־מידה פרוצדורליות ליברליות. לא הרי החלת נורמות אלה בחברה השואפת לאינטגרציה תרבותית מהותית כהרי החלתן בחברה שסועה, שאין בה הסכמה אפילו על אמות־המידה הפרוצדורליות האמורות, ואשר מבקשת לאפשר לקבוצות המרכיבות אותה אוטונומיה תרבותית משמעותית. יש להביא בחשבון את האיוונים החוקתיים של כל חברה וחברה, הבאים לידי ביטוי בשדותיה הציבוריים, בשעה שבוחרים את אופן החלתן של הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי שלה.

במאמר זה אציג את החשיבות של קיום הרמוניה בין איווני־היסוד של המשפט הציבורי לבין החלת הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי. אטען כי אופן ההחלה אמור להשתנות בהתאם למידת לכידותה של החברה ביחס לערכי־היסוד שלה, ובהתאם לחשיבות שהיא מייחסת לקיומה של אוטונומיה תרבותית של הקבוצות התרבותיות הפועלות בה. בחברות שיש בהן קונסנזוס ערכי משמעותי ניתן להחיל זכויות חוקתיות במשפט הפרטי באופן רחב ועמוק. ניתן לשאוף לקוהרנטיות של "שלמות", היוצרת בסיס ערכי משותף בין המשפט הפרטי והציבורי. בקוהרנטיות כזו, ערכי־היסוד החלים במערכת היחסים שבין הפרט לבין המדינה מעצבים במידה רבה גם את מערכת היחסים שבין הפרטים לבין עצמם, וזאת לנוכח הבסיס הערכי המשותף העומד בבסיסה של ההתנהלות החברתית הכוללת. לעומת זאת, בחברות שסועות – חברות שהפוליטיקה הפנימית שלהן משקפת שבטיות עזה וחוסר הסכמה על ערכי־היסוד של המשפט הציבורי ועל הפרהסיה החברתית – אין מקום להחלה גורפת של זכויות חוקתיות במשפט הפרטי. בחברות אלה יש חשיבות רבה לאוטונומיה תרבותית, ולכן יש לגשת להחלת הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי בזהירות רבה ובאופן מידתי, שכן החלת הבסיס הערכי של המשפט הציבורי במשפט הפרטי תפגע באוטונומיה זו. יש לשאוף לקוהרנטיות של "שלום", המבקשת לבסס פתרונות פרגמטיים היכולים להשתנות ממקרה למקרה ומעניין לעניין.

כאשר מתמקדים בישראל, מתחוור חי־ש־מהר כי אנו משתייכים למשפחת החברות האחרונה. חוקתיותה של המדינה היהודית והדמוקרטית משקפת חוסר הסכמה משמעותית

17 ראו להלן ה"ש 198.

18 ראו להלן ה"ש 180.

על הבסיס. זוהי חוקתיות של מדינה שסועה המייחסת חשיבות רבה לאוטונומיה תרבותית. לכן יש לאמץ החלה מידתית וזהירה של זכויות חוקתיות במשפט הפרטי שלנו. על רקע זה, אם בוחנים את הנעשה בפועל במקומותינו, בחלוף עשרים שנה למהפכה החוקתית, נראה לי כי יש מקום לדאגה ולשינוי. הזכויות החוקתיות מוחלות במשפט הפרטי שלנו לא בזהירות הראויה, אלא באופן גורף למדי. במאמר זה אבקש להצביע על הגישה הראויה לטעמי להחלתן של הזכויות החוקתיות במדינת-ישראל, בהיותה מדינה יהודית ודמוקרטית.¹⁹

פרק א: הנדסה חוקתית ראויה והתאמתה למשפט הפרטי

1. החוקתיות של המשפט הציבורי ואתגר השונות התרבותית

כל חברה וכל משטר אחזים בחוקתיות משלהם המכוננת את משפטם הציבורי. חוקתיות זו משקפת את חלוקת הכוחות הפוליטית, את דרכי ההפעלה של כוחות אלה²⁰ ואת מטענה הערכי של החברה. היא משקפת את מערכת היחסים שבין הפרטים והקבוצות בחברה לבין המדינה. על החוקתיות לנסות להתמודד עם האתגרים הניצבים בפני החברה – כל חברה ומאפייניה. אחד המרכזיים שביניהם הוא אתגר השונות התרבותית הניצב בפני החברות בנות-זמננו,²¹ ואשר ניצב גם בפני חברות שונות בימים עברו.²² השונות התרבותית היא עובדת-יסוד ברוב החברות של ימינו. טיפול חוקתי לא-נאות בשונות התרבותית עלול להוביל לשורה של הליכים הרסניים, והעדר התמודדות עימה עלול להוביל להתפוררות חברתית כוללת ואלימה. אכן, מדובר באתגר כבד – ואף קריטי – לתפקודה של החברה המודרנית.

כיצד חברות דמוקרטיות שונות מתמודדות עם אתגר השונות התרבותית? קשת האפשרויות רחבה למדי. הליברליזם הקלסי מבקש להבטיח כי הכוח הפוליטי ימומש באופן ניטרלי ככל האפשר, כך שהוא לא יגויס לטובת קידום ערכיה של תרבות פלונית

19 יודגש: אין אני טוען כי בישראל אסור להחיל זכויות חוקתיות במשפט הפרטי; גם אצלנו יש לזכויות אלה תפקיד חשוב בהסדרת היבטים מרכזיים של מערכת היחסים שבין הפרטים לבין עצמם ובין הקבוצות לבין עצמן. עם זאת, לטענתי, בבואנו להחילן, יש להביא בחשבון את המאפיינים הרב-תרבותיים של חברתנו. הבאה בחשבון זו צריכה להוביל להחלה זהירה שלהן, מתוך שאיפה לקוהרנטיות של "שלום". אפתח נקודה זו להלן בפרק ב של המאמר.

20 ראו: MARK TUSHNET, WHY THE CONSTITUTION MATTERS (2010).

21 Sujit Choudhry, *Bridging Comparative Politics and Comparative Constitutional Law: Constitutional Design in Divided Societies*, in CONSTITUTIONAL DESIGN FOR DIVIDED SOCIETIES: INTEGRATION OR ACCOMMODATION? 3, 3 (Sujit Choudhry ed., 2008).

22 ראו חיים כהן "על חופש הדת ושלום הדת: עיונים בהיסטוריה של המשפט" דת ודין 170 (דניאל פרידמן עורך, 2009).

(בעיקר דתית) בתוך המדינה הרב-תרבותית. ברי (Barry) מציג את האסטרטגיה הליברלית כנשענת על "הפרטת" השונות.²³ דווקא מפני שהליברליזם הקלסי הכיר בחשיבותה של הדת ושל המימוש הדתי, הוא קרא (וקורא עדיין) לעקר את היכולת להשתמש בכוח הפוליטי לקידום כפייה דתית, ולגלגל את המחלוקות בענייני אמונה אל מחוץ לספֶרה הפוליטית – אל הספֶרה הפרטית.²⁴ אלא שמדינות מערביות רבות סטו במידה כזו או אחרת מן המודל הליברלי הקלסי, וניתן למצוא בחוקתיות שלהן חוסר ניטרליות מובהק.²⁵

יש הטוענים לחשיבות קיומה של חוקתיות דמוקרטית הסדרית (consociational democracy) בחברות רב-תרבותיות. זאת, בהתאם לכתיבתו של ארננד לייפהרט (Arend Lijphart),²⁶ המבקשת להבטיח ייצוגיות של הקבוצות השונות הפועלות בזירה השלטונית, תוך יצירת מעין "ממשלת אחדות" תרבותית יציבה. ייצוגיות זו ניתנת למימוש, למשל, על-ידי התניית קבלתן של החלטות מסוימות בהסכמה של הקבוצות התרבותיות הנוגעות בדבר; על-ידי הכרה באוטונומיה קבוצתית, המאפשרת לקבוצות השונות לממש את מפעלן התרבותי תוך הענקת זכויות קבוצתיות; או על-ידי יצירת חלוקת כוח פדרלית. גישה זו משקפת מערכת יחסים בין הקבוצות התרבותיות לבין המדינה המעניקה חשיבות רבה לשמירת האוטונומיה התרבותית של הקבוצות השונות הפועלות בה. אין היא מבקשת להוביל למידה גבוהה של הומוגניות ערכית; נהפוך הוא – היא מבקשת לאפשר לקבוצות השונות לשמור על שונותן התרבותית, תוך יצירת מסגרת פוליטית יציבה, המאפשרת קיום יחדיו ומימוש בו-זמני של תרבויות ערכיות מתנגשות.

אחרים מתנגדים להנדסה החוקתית האמורה בטענה כי זו תוביל לפירוד, מפני שהיא מדגישה את השונה, במקום את המאחד. כך, הורוביץ (Horowitz) מציין כי החוקתיות ההסדרית אינה מתגמלת את הקולות הפרגמטיים והפשרניים, אלא דווקא את הקולות הקיצוניים שבכל קבוצה וקבוצה. לכן, לשיטתו, על ההנדסה החוקתית להבטיח כי רק נציגים שיוכלו לגייס רוב משמעותי מקרב ציבור הבוחרים יכהנו במשרות הפוליטיות הבכירות. בדרך זו ייאלצו הקבוצות התרבותיות השונות לשתף פעולה ביניהן על-מנת להבטיח את ייצוגן בשלטון, ויצומצם הליך הפלגנות בחברה.²⁷

גיבוש הנדסה חוקתית מתפקדת הינו קשה במיוחד בחברות שסועות (divided).

23 B. BARRY, CULTURE & EQUALITY 19 (2001).

24 שם, בעמ' 25.

25 ראו אצל אלכסנדר יעקובסון ואמנון רובינשטיין **ישראל ומשפחת העמים: מדינת לאום יהודית וזכויות האדם** 289 (2003).

26 ראו אצל Choudhry, לעיל ה"ש 21, בעמ' 18–19. התרגום המקובל למונח של לייפהרט הוא "דמוקרטיה הסדרית"; יש אומנם המתרגמים אותו ל"דמוקרטיה התאגדותית" או ל"דמוקרטיה הסכמית", אך לטעמי המונח "דמוקרטיה הסדרית" משקף את הרעיון באופן המדויק ביותר, שכן הוא מתייחס במהותו להסדרים בין קבוצות תרבותיות המאפשרים להן לשתף פעולה במסגרת חברת-הגג הדמוקרטית, תוך קיומה של אוטונומיה תרבותית משמעותית.

27 שם, בעמ' 20–21.

חברה שסועה אינה כל חברה שפועלות בה קבוצות אתיות, לשוניות, דתיות ותרבותיות שונות. אילו זה היה המדר, כמעט כל החברות הקיימות במדינות השונות בעולם כיום היו נחשבות שסועות, ולא היא. חברה שסועה היא חברה שקיימת חפיפה מכרעת בין השונות התרבותית שלה לבין השיח הפוליטי המתקיים בה. השסעים באים לידי ביטוי בשיח פוליטי מגזרי, דהיינו, שיח שבו כל "שבט" מקדם את צרכיו שלו, ולא בהכרח את טובת החברה כולה. בחברות שסועות קיימת מחלוקת עצומה על ערכי-היסוד שצריכים להנחות את החברה, בעיקר בהקשר של אופן ההתמודדות עם השונות התרבותית.²⁸ לפי הגדרה זו ולפי מאפיינים אלה, ארצות-הברית, עם כל חילוקי-הדעות הקיימים בה, אינה נחשבת חברה שסועה,²⁹ ואילו ישראל היא מן השסועות שישנן.³⁰

על רקע השונות התרבותית, שמאפייניה משתנים מחברה לחברה, מתעוררת הדילמה אם ההנדסה החוקתית של החברות השונות צריכה לאפשר אוטונומיה תרבותית גבוהה, כדי לאפשר מימוש תרבותי עמוק ומגוון,³¹ או שמא עליה לאמץ אסטרטגיה של אינטגרציה, המנסה לצמצם את המשמעות הנורמטיבית של השונות התרבותית.³² עד כמה יש לאמץ אסטרטגיה של הכרה בשונות, תוך התאמה (accommodation) של המדיניות הציבורית כך שתתמודד עימה ואולי אף תקדמה? גם כאן רבות מאוד המחלוקות לגבי היעדים שעל ההנדסה החוקתית לשאוף אליהם.³³ נראה כי משפט ציבורי המבקש להוביל להטמעה (assimilation) תרבותית, עד כדי חניקת השונות התרבותית והעלמתה, אינו מקובל עוד. דרישות מקבוצות תרבותיות לוותר על מטענן התרבותי כדי להיטמע בתרבות הדומיננטית אינן אמורות להתפס כראויות.³⁴ באשר לאינטגרציה, כאן מדובר בעניין של דרגה. ככל שהמשפט החוקתי יבקש לקדם אינטגרציה ערכית גבוהה יותר כן תגבר פגיעתו באוטונומיה התרבותית של הקבוצות השונות הפועלות בחברה. יש המעודדים אינטגרציה רפובליקאית, הכוללת אתוס ערכי משותף ו"בשרני" שעל כל חלקי החברה לקבל; יש המעודדים, לעומתם, אינטגרציה

28 HANNA LERNER, MAKING CONSTITUTIONS IN DEEPLY DIVIDED SOCIETIES 31 (2011)

29 Choudhry, לעיל ה"ש 21, בעמ' 9.

30 לאפיון החברה הישראלית מבחינה זו ראו להלן בתת-פרק ב.

31 לדוגמה של קול בולט מתוך המחנה הליברלי התומך בכך ראו: WILL KYMLICKA, MULTICULTURAL CITIZENSHIP 26–33 (1995).

32 זוהי גישתו של BARRY, לעיל ה"ש 23, שהינו תומך מובהק של הליברליזם הקלסי, ואשר קורא למזעור התערבותה של המדינה בהתנהלותם התרבותית של חבריה.

33 John McGarry, Brendan O'Leary & Richard Simeon, *Integration or Accommodation? The Enduring Debate in Conflict Regulation*, in CONSTITUTIONAL DESIGN FOR DIVIDED SOCIETIES: INTEGRATION OR ACCOMMODATION? 41 (Sujit Choudhry ed., 2008).

34 שם, בעמ' 43. אלא שהמציאות העכשווית הטעונה מראה אחרת. ניתן למצוא דוגמות לחקיקה באירופה אשר מקשה מימוש דתי מוסלמי, ומראה עד כמה שרירה וקיימת המתיחות בין הקבוצות התרבותיות הללו ביבשת, הבאה לידי ביטוי בהעמדת דרישות מצד הרוב הנוצרי להגביל את המימוש התרבותי המוסלמי בפרהסיה הציבורית הכללית. להרחבה ראו: Syed M. Murshed & Sara Pavan, *Identity and Islamic Radicalization in Western Europe*, 13 CIVIL WARS 259 (2011). אני מודה למערכת משפט ועסקים על ההפניה.

ליברלית, המקדשת את חירויות-היסוד³⁵ ומבקשת לצמצם את המטען האידיאולוגי שהמדינה מקדמת; אחרים מבקשים לקדם רב-תרבותיות, אשר מכירה בשונות התרבותית ומייחסת לה משמעות נורמטיבית בכל הנוגע בעיצוב מוסדות השלטון ובהפעלת הכוח הפוליטי.³⁶ קשת האפשרויות אכן מרשימה, ועוד לא הזכרנו את אלה שמציעים לשנות את האסטרטגיה החוקתית מדי תקופה, בהתאם לצרכים הדינמיים המשתנים של החברה.³⁷

באופן כללי, ואם נתרום מעל הגישות והיעדים השונים שההנדסה החוקתית יכולה לשאוף אליהם, נראה לי כי חברות המתאפיינות בשונות תרבותית, ואפילו חברות שסועות, חייבות כולן, לכל-הפחות, להציב לנגד עיניהן השגת מידה מינימלית של אינטגרציה, ברוח הגדרתו של קימליקה (Kymlicka) למונח. עליהן לשאוף למציאות חברתית שבה הקבוצות התרבותיות השונות הפועלות בחברה רואות אותה כבסיס להתנהלותן;³⁸ שבה הן רואות את החברה הכללית כמרכיב בזהותן שלהן; שבה הן רואות את מפעלן התרבותי כקשור בקשר ישיר לחברת-הגג שבה הן פועלות. השגת יעד כזה תוביל לכך שהקבוצות התרבותיות השונות יגלו נכונות להשתתף בפעילותם של המוסדות החברתיים הכוללים, ולבוא במגע זו עם זו.³⁹ בחברות שסועות אפילו יעד צנוע זה קשה להשגה.

המשפט הציבורי אמור להוות את הבסיס להשגת יעד זה או אף יעד שאפתני ממנו. עליו להכריע ביחס שבין השאיפה ללכידות ערכית חברתית כוללת לבין מידת האוטונומיה התרבותית שהקבוצות התרבותיות השונות אמורות ליהנות ממנה. עליו לשאוף לנקודת האיזון הראויה בין הומוגניות ערכית לבין שונות תרבותית, וזאת בהתאם למאפייני החברה. ניתן להשיג נקודת איזון זו בין על-ידי אימוץ חוקתיות ליברלית קלסית, חוקתיות הסדרית, חוקתיות רב-תרבותית, חוקתיות לאומית ועוד ועוד. לפני שאציג את הקשר בין הגישה הנוהגת במשפט הציבורי ביחס לשאלות אלה לבין שאלת החלתן של הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי, אפנה להציג, בקצרה, את מגוון המודלים של תחולת הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי.

2. מגוון המודלים של תחולת זכויות חוקתיות במשפט הפרטי

אחד ממרכיבי-היסוד של המשפט הציבורי של חברה דמוקרטית הוא הזכויות החוקתיות

35 McGarry, O'Leary & Simeon, לעיל ה"ש 33, בעמ' 46–47.

36 שם, בעמ' 56.

37 Richard H. Pildes, *Ethnic Identity and Democratic Institutions: A Dynamic Perspective*, in CONSTITUTIONAL DESIGN FOR DIVIDED SOCIETIES: INTEGRATION OR ACCOMMODATION?

.173, 175 (Sujit Choudhry ed., 2008).

38 Will Kymlicka, *Ethnic Associations and Democratic Citizenship*, in FREEDOM OF ASSOCIATION 177, 181 (Amy Gutmann ed., 1998).

39 WILL KYMLICKA, FINDING OUR WAY: RETHINKING ETHNOCULTURAL RELATIONS IN CANADA 17 (1998).

שיש להגן עליהן ולקדמן. בעוד המשפט הציבורי קובע את היחסים שבין הממשל לבין הפרט ואת ההגנה על זכויותיו מפני כוחו של הממשל, המשפט הפרטי קובע את מערכת היחסים שבין הפרטים לבין עצמם. אלא שכפי שציין אהרן ברק, "ההבחנה בין משפט ובית משפט ציבוריים לבין משפט ובית משפט פרטיים לא היתה מעולם חדה וחרפה"⁴⁰. רשויות ציבור פועלות גם במשפט הפרטי; גורמים פרטיים מסוגים לעיתים כגופים דרמהוטיים; וחובות אמון, הגינות וסבירות חלחו אף הן למשפט הפרטי. על רקע זה עולה השאלה אם ראוי להחיל את הזכויות החוקתיות גם במשפט הפרטי, ואם כן – מהי הדרך הראויה לעשות כן.

כשם שקיימות גישות שונות להנדסה החוקתית של השונות התרבותית, כך קיימים גם מודלים שונים לתחולתן של זכויות חוקתיות במשפט הפרטי. בכתובה מכוננת הציג ברק כמה מודלים המתייחסים לסוגיה – ביניהם מודל התחולה הישירה, מודל העדר התחולה, מודל התחולה העקיפה ומודל התחולה על הרשות השופטת⁴¹ – וכן את יישומם של המודלים השונים במדינות שונות. כך, תחולה ישירה חלה בשווייץ, בגרמניה (על-פי אחת הגישות) ובהודו (שם חלה הוראת החוקה האוסרת הפליה גם על פרטים); מודל העדר התחולה מקובל בקנדה; מודל התחולה העקיפה מקובל בגרמניה (על-פי גישתו של בית המשפט החוקתי שם) וכן באיטליה, בספרד וביפן; ומודל התחולה על הרשות השופטת נוהג בארצות-הברית.⁴² דוגמה נוספת ומעניינת לתחולה ישירה לכאורה של ערך השוויון במשפט הפרטי ניתן למצוא בחוקתה של דרום-אפריקה.⁴³ ברק צידד בהחלטו של מודל התחולה העקיפה בישראל הן בכתבתו האקדמית⁴⁴ והן בפסיקתו.⁴⁵ אכן, זו ההלכה הנוהגת במקומותינו.

40 ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 5, בעמ' 649–650.

41 שם, בעמ' 653–665. לגישתו העדכנית ראו ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", לעיל ה"ש 4. על-פי מודל התחולה הישירה, הזכויות החוקתיות (שהן הזכויות המעוגנות בחוקה במפורש או במשמע, ואשר מצויות לפיכך ברמה העל-חוקית (ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", לעיל ה"ש 4, בעמ' 364)) חלות לא רק במערכת היחסים שבין הפרט לבין הממשל, אלא גם במערכות היחסים שבין הפרטים לבין עצמם, וזאת באופן ישיר. על-פי מודל העדר התחולה, הזכויות החוקתיות חלות רק במערכת היחסים שבין הפרטים לבין השלטון, ולא במערכת היחסים שבינם לבין עצמם. על-פי מודל התחולה העקיפה, הזכויות החוקתיות חלות במשפט הפרטי לא במישורין, אלא בעקיפין, באמצעות דוקטרינות של המשפט הפרטי, כגון החובה לנהוג בתום-לב והחובה לא להפר את תקנת הציבור. על-פי מודל התחולה על הרשות השופטת, הזכויות החוקתיות חלות רק במערכת היחסים שבין הפרט לבין הממשל, אך בשעה שבית-משפט נדרש ליישוב סכסוך – גם סכסוך בין פרטים – עליו להימנע ממתן סעד הפוגע לא כדין בזכות חוקתית.

42 ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 5, בעמ' 667–678.

43 Constitution of the Republic of South Africa Act, 1996, sec. 9(4). לניתוחה של הוראה זו, ולפרשנות שהוענקה לה בפסיקתו של בית-המשפט החוקתי במדינה, ראו ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", לעיל ה"ש 4, בעמ' 365–366.

44 ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 5, בעמ' 679 ואילך. לגישתו העדכנית ראו ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", לעיל ה"ש 4.

45 ראו בעניין קסטנבאום, לעיל ה"ש 3.

הצגתם של המודלים הללו ושל השימוש בהם במשפט המשווה היא מאלפת ומעוררת מחשבה רבה. הנימוקים לבחירה במודל התחולה העקיפה, בהתאם לגישתו של הנשיא ברק, הם כבדי-משקל ומשכנעים ביותר.⁴⁶ אכן, יש תחומי פעילות שבהם ראוי להחיל ערכי-יסוד כשוויון וחירויות-יסוד גם במשפט הפרטי. עם זאת, מודל התחולה העקיפה מציג מסגרת בלבד, והחשוב אינו נעוץ במסגרת, אלא בתוכן הגלום בה ובאופן השימוש בה. חברה יכולה לאמץ לעצמה את מודל התחולה העקיפה ולהחיל באמצעותו זכויות חוקתיות במשפט הפרטי בצורה מסיבית, וחברה אחרת יכולה לאמץ אף היא אותו מודל אך להחילו בצורה מתונה וזהירה. על רקע זה אין די במתן מענה לשאלה איזה מודל ראוי לאמץ. שאלות חשובות לא פחות הן: כיצד יש להשתמש בו? מהם היעדים שיש לשאוף אליהם בעניין זה? עד כמה יש להחיל את הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי ובאיזה אופן? לטעמי, כדי לתת מענה ראוי לשאלות-עומק אלה, מתבקשת גישה קוהרנטית אשר תביא בחשבון את מאפייני החוקתיות של משפטה הציבורי של השיטה, ותתחשב בהם בכואה להחיל זכויות חוקתיות במשפט הפרטי.

3. החוקתיות של המשפט הציבורי והחלת זכויות חוקתיות במשפט הפרטי – שאיפה לקוהרנטיות

(א) הקוהרנטיות המתחייבת בין החוקתיות של השונות במשפט הציבורי לבין החלת זכויות חוקתיות במשפט הפרטי

מדוע הקוהרנטיות בין ההנדסה החוקתית של המשפט הציבורי לבין החלת זכויות חוקתיות במשפט הפרטי חשובה? אחת התשובות המרכזיות, שבה אתמקד במאמר זה, מצויה בזכות לתרבות. ההנדסה החוקתית שלנו מבקשת לקדם באופן ראוי ונאות את מימושה של הזכות לתרבות.⁴⁷ מתן התוכן לזכות זו משקף את האופן שבו החברה מתמודדת עם אתגר השונות התרבותית שלה. הנדסה חוקתית ראויה, בחברה שקיימת בה שונות תרבותית מהותית, צריכה לאפשר מימוש ראוי של התכנים התרבותיים השונים. זהו אתגר כביר. מדובר בדרך-כלל בערכים סותרים ומתנגשים הפועלים כולם באופן בו-זמני בחברת-הגג. כפי שראינו, חברות שונות מפתחות גישות שונות בניסיון להתמודד עם האתגר,⁴⁸ והתמודדותן זו משקפת איזונים עדינים ורגישים ברמה הציבורית: איזונים בין אוטונומיה תרבותית לבין גבולות המחויבות לסובלנות ולפלורליזם; איזונים בין חופש הדת לבין האינטרסים הציבוריים השונים המתנגשים עימו; איזונים בין האינטרס הדתי והתרבותי לבין החופש מדת וחופש המצפון. איזונים אלה הם תוצר של מחשבה

46 ראו את ההנמקה אצל ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", לעיל ה"ש 4, בעמ' 375 ואילך.

47 על הזכות לתרבות ראו גרשון גונטובניק "הזכות לתרבות בחברה ליברלית ובמדינת-ישראל: לחיות את הסתירות" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 619 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

48 ראו את הדיון לעיל בתת-פרק א.1.

רבה. הם באים לקדם את היציבות החברתית, תוך הפגנת מחויבות חוקתית לערכי-היסוד של החברה.

על רקע זה ברור שאין זה ראוי כי איזונים רגישים אלה של ההנדסה החוקתית, שכל חברה בוחרת לעצמה, יקועקעו על-ידי גישה סותרת לשאלת החלתן של זכויות חוקתיות במשפט הפרטי באותה חברה ממש. אם החוקתיות בחברה פלונית שמה את הדגש באוטונומיה תרבותית במסגרת מערכת היחסים שבין הקבוצה התרבותית לבין המדינה, כיצד זה ניתן להסיגה באופן גורף בשעה שעל הפרק עומדת, למשל, החלת החובה לנהוג בשוויון במשפט הפרטי? הסגה כזו פירושה יצירת קטורים העלולים להוביל לתוצאות מתנגשות והרסניות. בחברה כזו נצפה להחלה זהירה וחלקית של זכויות חוקתיות במשפט הפרטי. הקוהרנטיות חשובה, כמוכן, גם מן הצד האחר של המתנס. אם מדובר, למשל, בחברה שהחוקתיות שלה משקפת רצון לממש יעד עליון של אינטגרציה ערכית, אזי החלה מדוללת של המחויבות לשוויון, למשל, במשפט הפרטי תוביל לסיכול יעד זה. לכן בחברה כזו נצפה לראות החלה עמוקה ורחבה של הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי.

ברשימה זו אני מבקש לעמוד על טיבה של הקוהרנטיות שצריכה להתקיים בחברות הרב-תרבותיות השונות ככלל ובישראל בפרט. אטען כי ככל שמדובר בחברה דמוקרטית הומוגנית יותר מבחינה ערכית, עוצמת ההחלה של הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי יכולה להיות ממשית יותר וגורפת יותר. כאשר מדובר בחברה שקיים בה קונסנזוס בדבר ערכי-היסוד האמורים לשמש ככוכב הצפון המכוון את דרכה, גם אז ניתן לצפות ליכולת משמעותית להחיל זכויות חוקתיות במשפט הפרטי. בחברות כאלה יכולה להתקיים קוהרנטיות מסוג של "שלמות", אם נשתמש ברטוריקה של נשיא בית-המשפט העליון אהרן ברק. נוכל להגיע בהן לתוצאה שבה על גופים פרטיים רבים מוחלות בסופו של יום חובות הדומות לאלה המוחלות על רשויות ציבוריות.

לעומת זאת, חברות מפולגות, ובראשן חברות שסועות, שאין בהן הומוגניות או הסכמה על ערכי-היסוד הבסיסיים ביותר, צריכות להחיל את הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי באופן מבוקר וזהיר, וזאת לנוכח ההתנגשויות הרבות עם הזכות לתרבות שעלולות להתרחש כתוצאה מהחלה זו. החלה לא-זהירה עלולה לסתור את השגת מטרותיה של ההנדסה החוקתית הכוללת המבקשת לשמר אוטונומיה תרבותית משמעותית. בחברות כאלה, המחויבות לפשרות פרגמטיות וכואבות לכל הצדדים, לא ראוי לשאוף לקוהרנטיות של "שלמות", אלא לקוהרנטיות של "שלום", אם נשתמש ברטוריקה של המשנה לנשיא בית-המשפט העליון השופט אֶלון. אכן, בחברות אלה גם תחולתן של הזכויות החוקתיות במשפט הציבורי תהיה כרוכה בפשרות ובאיזונים מורכבים, כשם שהנורמות במשפט החוקתי מגובשות תוך פשרות ואיזונים מורכבים. מורכבות זו צריכה לשמש תמרוז אזהרה מפני החלה גורפת ולא-זהירה של הזכויות האמורות במשפט הפרטי.

(ב) שאיפה לקוהרנטיות של שלמות – זכויות חוקתיות במשפט הפרטי בחברות שיש בהן הומוגניות תרבותית או קונסנזוס בדבר ערכי-היסוד שלהן

(1) *חברות שיש בהן הומוגניות תרבותית או קונסנזוס בדבר ערכי-היסוד שלהן* ניתן למצוא דוגמות לחברות שמידת השונות התרבותית בהן אינה כה מכרעת. אלה הן, למשל, חברות הומוגניות יחסית, אשר גובשו לאורך מאות שנים של פעילות תרבותית משותפת ועמדו במבחנה האכזרי של ההיסטוריה. אלה הן מדינות לאום שקיימת בהן חפיפה ממשית בין האומה לבין המדינה, שבהן האומה ההומוגנית (יחסית) קודמת למדינה המודרנית (ברוח כתיבתו של קרל שמיט (Schmitt)). כפי שציינה לרנר (Lerner), בחברות אלה קיימת חוקתיות לאומית, הכוללת מחויבות למטען ערכי תרבותי-לאומי מהותי.⁴⁹ זוהי חוקתיות "בשרנית" המבקשת להחיל מטען ערכי מהותי בכל הספרות של הפעילות החברתית. אין ספק שחוקתיות זו דורשת קונסנזוס לאומי רחב, אך חברות כאלה נעשות נדירות יותר ויותר בנוף הבין-לאומי הכללי. לעומתה, החוקתיות הליברלית "רזה" יותר.⁵⁰ היא מבחינה בין מושג האזרחות, המגדיר את היחס שבין התושב לבין המדינה, לבין הזהות התרבותית, אשר חלקים נכבדים שלה ממומשים מחוץ להקשר המדינתי. עם זאת, גם החוקה הליברלית שואפת לקונסנזוס ערכי – קונסנזוס בדבר ערכי-היסוד של המשטר. בחברות המתאפיינות בשונות תרבותית ניכרת, מימוש החוקתיות הלאומית נתקל בקשיים מרובים יותר ויותר. כפי שציין ברמס, בחברות מודרניות מורכבות מושג האזרחות אינו יכול לשאת עוד על גבו הסכמה בדבר ערכים מהותיים, אלא אך הסכמה על הדרך הנאותה לחקיקת חוקים ולמימוש הכוח הפוליטי.⁵¹

בחברות כאלה, המחויבות לערכי לאום הומוגניים או לערכי-היסוד הליברליים, נוכל למצוא חוקתיות השואפת לאינטגרציה ערכית רחבה בין התושבים והאזרחים השונים. הנדסה חוקתית של אינטגרציה מהותית מתאימה למדינות שרמת הקיטוב בהן על בסיס לאומי, אתני, דתי או לשוני אינה כה עמוקה. היא יכולה להתאים גם לחברות שהשונות בהן נובעת מקיומם של מיעוטים תרבותיים קטנים, במיוחד אם אין מדובר במיעוטים ילידיים או לאומיים.⁵² בחברות כאלה החלה משמעותית של זכויות חוקתיות במשפט הפרטי יכולה לסייע רבות במפעל האינטגרטיבי. כך נוצרת קוהרנטיות של שלמות בין ההנדסה החוקתית במשפט הציבורי לבין שאלת תחולתן של הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי. בחברה שקיים בה קונסנזוס בדבר ערכי-היסוד של האומה כולה או בדבר ערכי-היסוד הליברליים העומדים בבסיסם של הליכי קבלת ההחלטות יהיה אפשר לצפות להחלה משלימה של הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי, במטרה לקדם את השגת היעדים הערכיים האינטגרטיביים שהחוקתיות הציבורית שואפת להשיג. במקום שקיים

49 LERNER, לעיל ה"ש 28, בעמ' 19–26.

50 שם, בעמ' 28.

51 Jürgen Habermas, *Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State*, in

MULTICULTURALISM 107, 135 (Amy Gutmann ed., 1994).

52 McGarry, O'Leary & Simeon, לעיל ה"ש 33, בעמ' 85.

משפט ועסקים טז, תשע"ד זכויות חוקתיות במשפט הפרטי במדינה יהודית ודמוקרטית

בו קונסנזוס ערכי, אם עבה ואם רזה, הנורמות המשפטיות יכולות לפעול לקידומו של קונסנזוס זה במשפט הציבורי ובמשפט הפרטי כאחד.

דוגמה מאלפת לקוהרנטיות של שלמות ניתן למצוא בחוקתיות הגרמנית. על-פי חוקתיות זו, הזכויות החוקתיות, החלות במערכת היחסים שבין הפרטים למדינה, נגזרות מהבסיס הערכי והרעיוני העומד בבסיס המשפט כולו, ובסיס זה נוגע גם בהתנהלותם של התושבים והאזרחים אלה מול אלה. בית-המשפט החוקתי הגרמני מבסס עמדה זו על קיומו של אפקט נורמטיבי אובייקטיבי של זכויות חוקתיות (objektivrechtliche Wirkung) ⁵³. בעניין *Lüth* הידוע קבע בית-המשפט כי החוקה הגרמנית אינה ניטרלית מבחינה ערכית. מערך הזכויות החוקתיות יוצר "קטלוג" של ערכי-יסוד, אשר חל גם במשפט הפרטי ומשפיע על האופן שבו על הפרטים להתנהג זה כלפי זה.⁵⁴ אומנם, לגישתו של בית-המשפט הגרמני לחוקה, לזכויות החוקתיות יש תחולה עקיפה בלבד במשפט הפרטי, אך השאיפה היא עדיין ליצור גישה קוהרנטית הנשענת על סדר ערכי כולל, החולש גם על המשפט הפרטי.⁵⁵ זוהי קוהרנטיות של שלמות במלוא הדרה, שכן הערכים האובייקטיביים הכוללים משמשים בפתרון סכסוכים אזרחיים וסכסוכים ציבוריים כאחד. אומנם, האיזון בין הערכים המתנגשים במשפט הפרטי יכול להיות שונה מזה שבמשפט הציבורי, אך הבסיס הערכי משותף לשני המישורים. בחברות כאלה ראוי ליישם את גישתו של הנשיא ברק, שציין כי נקודת המוצא היא ש"המשפט הציבורי והמשפט הפרטי מקיימים ביניהם איזון פנימי מלא".⁵⁶

(2) קוהרנטיות של שלמות – הדגמת דרכים שונות להחלה "עבה" של זכויות חוקתיות במשפט הפרטי

[א] גישתו של רייכמן – כבוד האדם כערך יסוד (גם) של המשפט הפרטי
אמנון רייכמן עמד על המובן שיש להעניק לערך כבוד האדם. במרכזו של ערך זה, לגישתו, עומדת חברותו של האדם בקהיליית בני-האדם. כל בני-האדם הם יחידה

Christian Starck, *Human Rights and Private Law in German Constitutional Development* 53 and in the *Jurisdiction of the Federal Constitutional Court*, in HUMAN RIGHTS IN PRIVATE LAW 97, 103 (Daniel Friedmann & Daphne Barak-Erez eds., 2001).

54 שם, בעמ' 106. באותו מקרה ביקר *Lüth* בחריפות רבה את יוצר הסרט הנאצי "היהודי זיס" (Jud Süß), וקרא להחרים את סרטו החדש, שנוצר לאחר המלחמה. פסיקתה של הערכאה הנמוכה הורתה ללות להימנע מקריאה לחרם, אך בית-המשפט לחוקה קבע כי תוצאה כזו סותרת את המחויבות לחופש הביטוי, וכי העובדה שמדובר בגורמים פרטיים אין בה כדי לשנות, שכן המחויבות לחופש הביטוי משקפת ערך החל גם על פרטים. עוד לניתוח הגישה הגרמנית ראו ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", לעיל ה"ש 4, בעמ' 378. גישה זו עומדת בבסיס גישתו של ברק לתחולתן של הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי.

Andreas Helderlich & Gebhard M. Rehm, *Importing Constitutional Values through Blanket Clauses*, in HUMAN RIGHTS IN PRIVATE LAW 113, 115 (Daniel Friedmann & Daphne Barak-Erez eds., 2001).

56 בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 484-485 (1994).

מוסרית, ומכיוון שאין הם מתקיימים בעולם ללא בני-אדם אחרים סביבם, ניתן לדבר על קהיליית בני-האדם – קהיליית הסוכנים המוסריים.⁵⁷ מכאן נובע כי לכל אדם יש אוטונומיה לגבי מימוש חייו, ולכל אדם יש תביעה לגיטימית כלפי כל אחד מחברי הקהילייה לא לשלול את הביטוי של חברותו בקהילייה.⁵⁸ לכל אחד עומדת זכות שווה לחברות בקהילייה האזרחית. מדובר בגישה ששורשיה אוניוורסליים. הם נוגעים בכל בני-האדם באשר הם.⁵⁹ לגישת-יסוד זו יש השלכות שונות, והיא נוגעת, למשל, גם בהתמודדות עם הפליה מצד פרטים כלפי פרטים אחרים. רייכמן מסביר כי ההפליה פוגעת בכבוד האדם, משום שהיא מטילה ספק או שוללת את "חברות הקרבן בקהיליית בני האדם, שבה כל החברים שווים מעצם היותם בני אדם".⁶⁰

רייכמן מודע לכך שיש להפריד בין הבסיס הפילוסופי של עמדתו לבין השאלה עד כמה יש להפוך אותה לכזו המקנה זכויות משפטיות.⁶¹ תשובתו לשאלה זו היא שיש להופכה לכזו במידה רבה. לשיטתו, כבוד האדם צריך לשמש בסיס רב עוצמה להכרה בזכויות ובחובות משפטיות המחייבות גם את הגורמים הפרטיים בחברה. כך, הוא סבור כי יש להכיר בעילת תביעה במשפט הפרטי בגין פגיעה בכבוד האדם, ולראות פגיעה כזו כמבססת ראש-נזק.⁶² לכן, למשל, הפליה של משפחה על בסיס לאומי או אתני בכניסה לפארק שעשועים פוגעת בכבוד האדם של חבריה. היא פוגעת בביטוי של חברותם השווה בקהילייה המוסרית שבה חברים כל בני-האנוש.⁶³ עוד מסביר רייכמן כי חופש ההתקשרות החוזית מוגבל בשל כבוד האדם, בהתאם להקשר החברתי הקונקרטי העומד על הפרק. כך, בעל מסעדה, המציג את עצמו כמי שעיסוקו הוא לספק שירות לאחרים, חב בחובת שוויון כלפי לקוחותיו. יכולתו לממש את האוטונומיה של הרצון שלו מוגבלת. כאשר ההתקשרות היא של בעל-מקצוע אשר אינו מספק שירות בעל מאפיינים אישיים, מדובר בהתקשרות עם חברים בקהילייה באשר הם,⁶⁴ ואין מקום לאפשר לו להפלות. זו הסיבה, לשיטתו של רייכמן, שבעטייה הטיל המשפט המקובל על בעלי-מקצוע העוסקים ב-"common callings" ("מקצועות ציבוריים") את החובה לא להפלות במתן שירותיהם, ולא הטיל חובה כזו על מספקי שירותים אישיים.⁶⁵

חשוב להדגיש: גישתו של רייכמן ממקמת את כבוד האדם כבסיס היכול להטיל באופן עצמאי חובות במשפט הפרטי. לשם כך לא חייבת להימצא הוראה בחוקה

57 אמנון רייכמן "כבוד האדם מלא עולם: הזכות לכבוד האדם בחברות בקהילייה המוסרית" **משפט וממשל** ז 494, 469 (2005).

58 שם, בעמ' 495.

59 שם, בעמ' 501.

60 שם, בעמ' 491.

61 שם, בעמ' 506.

62 שם, בעמ' 511.

63 שם, בעמ' 512.

64 שם, בעמ' 515.

65 שם, בעמ' 515. להתייחסות נוספת לעניין זה ראו להלן ליד ה"ש 101 ואילך.

משפט ועסקים טז, תשע"ד זכויות חוקתיות במשפט הפרטי במדינה יהודית ודמוקרטית

המכירה בזכות-יסוד לכבוד האדם. לכן, בשיטת המשפט הישראלית, גישתו אינה תלויה בפרשנותו או אף בתוקפו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בלשונו של רייכמן:

"מקור הזכות לכבוד האדם במשפט הפרטי איננו חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אלא עקרונות המשפט הפרטי עצמם. כך, גם אם תבטל הכנסת את חוק היסוד, אין בכך כדי לשנות את מבנהו של המשפט הפרטי. לגופו של עניין, טענתי כי הזכות כוללת מרכיבים של עקרון השוויון. הראיתי כי התזה הרואה בזכות לכבוד האדם את ההגנה המשפטית על החברות השווה בחברה האזרחית – חברות הבאה לידי ביטוי באמצעות מושג הסטטוס, או התפקיד החברתי – עונה על הדרישות הפורמליות לכינון זכויות וחובות משפטיות."⁶⁶

גישתו של רייכמן יוצרת מנוע רב עוצמה, המחדיר למשפט הפרטי, מתוך המשפט הפרטי עצמו, זכויות הדומות במהותן לזכויות חוקתיות. בדרך זו יכולה להיווצר קוהרנטיות משמעותית ביותר בין החובות שכבוד האדם מטיל במשפט הציבורי לבין החובות שזכויות האדם מטילות במשפט הפרטי.

[ב] גישתו של דגן – הכרה בקיומה של זכות כניסה בדיני הקניין

גישה נוספת המבקשת להחדיר למשפט הפרטי, מתוך המשפט הפרטי עצמו, זכויות הדומות במהותן לזכויות חוקתיות ניתן למצוא בתפיסתו של חנוך דגן בנוגע למונח "קניין". לשיטתו, הקניין מטיל אחריות חברתית.⁶⁷ לכן תפיסה קניינית הנותנת בכורה לחירות בעלים ולשרירות בעלים אינה מתארת את המציאות הקניינית הלכה למעשה, והיא בעייתית מהבחינה התיאורטית.⁶⁸ כך, למשל, דגן נכון להכיר אף ב"זכות הכניסה" של מי שאינם בעלי הקניין לקניינם של אחרים.⁶⁹ כיצד? דגן מנתח את המושג הקנייני ככזה החורג ממערכת היחסים הצרה (הקוטבית) שבין בעל הקניין לבין פרטים אחרים, ומתייחס אליו כאל מושג שמאגד בתוכו גם ערכים ציבוריים. ערכים ציבוריים אלה יש ביכולתם להגביל את האוטונומיה של בעלי הקניין הפרטי. בכך הקניין הוא דוגמה מובהקת לגישתו של דגן לגבי המשפט הפרטי באופן כללי.⁷⁰ כלומר, אבני-הבניין של הקניין הפרטי הן מורכבות, הרבה מעבר לאינטרסים הפרטיים, וניתן לבנות את הזכות הקניינית כך שתכונן במקביל "זכות כניסה" של אחרים. זכות זו תהיה פנימית למושג "קניין", ותצמצם למעשה את זכותם של בעלי הקניין הפרטי להדרה.⁷¹ גם כאן נוצר

66 שם, בעמ' 521–522.

67 ראו אצל חנוך דגן "קניין, אחריות חברתית וצדק חלוקתי" 97 **צדק חלוקתי בישראל** (מנחם מאוטנר עורך, 2000).

68 ראו את הדיון אצל חנוך דגן "זכות הכניסה" **מחקרי משפט** כד 59, 62 (2008).

69 שם, בעמ' 65.

70 ראו: 809, 811 *AM. J. COMP. L.* 56 *Hanoach Dagan, The Limited Autonomy of Private Law*, (2008).

71 שם, בעמ' 828–832.

מנוע רב עוצמה המחדיר למשפט הפרטי, מתוך המשפט הפרטי עצמו, זכויות הדומות במהותן לזכויות חוקתיות. גם כאן, כמו בגישתו של רייכמן, נוצר הפתח לקוהרנטיות משמעותית ורחבה בין החובות המוטלות על פרטים לבין אלה המוטלות על הרשויות הציבוריות. הרשויות הציבוריות חבות באחריות חברתית, שהרי זה הבסיס לקיומן, אך כך גם פרטים – גם הם חבים באחריות חברתית זה כלפי זה. כך תיווצר קוהרנטיות בין האופן שבו פרטים צריכים לנהוג זה עם זה לבין האופן שבו רשויות ציבוריות צריכות לנהוג כלפי פרטים.

[ג] גישתו של הראל – סיווג רחב של גופים פרטיים כגופים דו־מהותיים

דוגמה לגישה נוספת היכולה לשמש בסיס עיוני להטלת חובות ציבוריות על גורמים פרטיים מצויה בכתיבתו של אסף הראל. לשיטתו של הראל, יש ליצור מעגל רחב ביותר של גורמים פרטיים שראוי לסווגם כגופים דו־מהותיים.⁷² גישתו חלה על גופים המסווגים פורמלית כגופים פרטיים, הנהנים משלטון עצמי ומעצמאות ניהולית.⁷³ ומה הופך אותם לדו־מהותיים, קרי, לגופים הכפופים לערכי־היסוד של המשפט הציבורי? התשובה לשאלה זו מצויה בעובדה שהם עושים שימוש מהותי ב"משאבים חיצוניים" השייכים לציבור.⁷⁴ לשיטתו של הראל, יש ליצוק תוכן רחב ביותר למונח "קניין ציבורי". כאשר "ההתאגדות החברתית" – כלומר, הפעילות הקבוצתית שלנו כחברה – יוצרת את הצורך בהספקת שירות מסוים, קם הבסיס להכפפתו של גוף המספק שירות זה אל הנורמות הציבוריות, בהיותו גוף דו־מהותי. זאת, משום שההתאגדות החברתית היא "שנפחה חיים בקרב גופים פרטיים" המספקים שירותים כגון שירותי ביטוח, בנקאות, ספורט, מוזיקה, השכלה גבוהה, הימורים, אגודות חברתיות וכיוצא בהם.⁷⁵ לכן כמעט כל גורם הפועל בשווקים של ימינו (ולא רק גורמים מסחריים) יכול להיחשב גוף דו־מהותי בכוח. כך, הראל מציין כי גוף פרטי המספק שירות לציבור (ללא קשר לסוג השירות, לחיננותו ולמהותו) עושה שימוש מסוים ב"קניין הציבורי". עצם העובדה שהשוק החיצוני נדרש להעריך את טיב השירות המסופק על־ידי עשויה להפוך את השירות לקניין הציבורי.⁷⁶ הראל מכיר בצורך לצמצם את התוצאה הנובעת מגישתו, שאם לא כן ניהפך כולנו לדו־מהותיים. הפרמטר המוצע על־ידיו לשם צמצום הוא פרמטר ה"מהותיות". על השירות להיות מהותי. זהו פרמטר עמום, המותיר גופים רבים מאוד כניתנים עקרונית לסיווג כגופים דו־מהותיים.⁷⁷

גם כאן מדובר בגישה שתוצאתה היא החלה משמעותית ביותר במשפט הפרטי של

72 אסף הראל גופים דו־מהותיים: גופים פרטיים במשפט המינהלי (2008).

73 שם, בעמ' 427–428.

74 שם, בעמ' 431.

75 שם, בעמ' 383.

76 עם זאת, הראל מציין כי לנוכח החשש לפגיעה עקיפה בהיבטיו הפרטיים של אותו גוף, ולנוכח השימוש המינורי במשאבי הציבור, הוא מציע לבחון פרמטר זה במשורה, ולהימנע מלהשתמש בו כאמת־מידה מספקת לצורכי סיווג גוף כדו־מהותי. שם, בעמ' 115.

77 שם, בעמ' 115.

זכויות הדומות במהותן לזכויות חוקתיות. סיווגם של גורמים פרטיים רבים כגופים דר- מהותיים ייצור קוהרנטיות רבה – מסוג שלמות – בין המשפט הפרטי לבין המשפט הציבורי, שהרי מאפיינים דומים של החובות הציבוריות יחולו הן במשפט הציבורי, על הגורמים הציבוריים, והן במשפט הפרטי, על הגופים הרבים שישווהו כגופים דר- מהותיים.

[ד] מבט נוסף על שלוש הגישות המודגמות

גישות אלה של רייכמן, דגן והראל אוהדות ביופי עיוני כבד-משקל. אלא שבבסיס כולן, כך נראה לי, עומד יעד-יסוד של השגת אינטגרציה ערכית חברתית עמוקה ובעלת ממשות – אינטגרציה הנשקפת מהיותנו קהילייה אנושית (רייכמן), שמטילה חובות הדדיות משמעותיות על פרטיה (דגן), ואשר חלק נכבד מפעילותה ניתן להגדרה כקניין ציבורי (הראל). לכן גישות אלה מתאימות מאוד לחברה השואפת לקוהרנטיות מסוג שלמות בין המשפט הציבורי לבין המשפט הפרטי. שלמות נורמטיבית כזו מתאימה להחלה בחברות שקיים בהן קונסנזוס ממשי בדבר ערכי-היסוד של החברה, בין שקונסנזוס זה נוגע בערכיה של מדינת הלאום ובין שהוא נוגע בערכיה של החוקתיות הליברלית. אלא שלא נראה לי כי גישות כאלה ראויות ליישום בחברות שסועות המבקשות להעניק לקהילות הפועלות בתוכן אוטונומיה תרבותית לשם מימוש ערכים מגוונים המתנגשים אלה באלה, לעיתים עד כדי סתירה של ממש. בחברות שקיימת בהן שונות תרבותית ניכרת, המוליכה למחלוקת-יסוד לגבי ערכי-היסוד החוקתיים ותקפותם או לגבי משמעותה ותוכנה של האחריות החברתית הכוללת, אי-אפשר לעקוף את האיזונים הרגישים שההנדסה החוקתית מגיעה אליהם – אשר משקפים רגישות למחלוקות הערכיות העמוקות והעזות ומאפשרים אוטונומיה תרבותית – על-ידי החלה מסיבית כל-כך של זכויות חוקתיות במשפט הפרטי. הזהירות שבה נוהגים במשפט הציבורי בכל הנוגע בגיבוש הזכויות החוקתיות ובאיזון בינן לבין האינטרסים הנוגדים צריכה להקרין גם על שאלת תחולתן של זכויות אלה במשפט הפרטי. לפיכך בחברות שסועות השאיפה אינה יכולה להיות לקוהרנטיות של שלמות, אלא לקוהרנטיות של שלום. על טיבה של קוהרנטיות זו אעמוד להלן.

(ג) שאיפה לקוהרנטיות של שלום – זכויות חוקתיות במשפט הפרטי בחברות שסועות

(1) חברות שסועות שאין בהן קונסנזוס לגבי ערכי-היסוד שלהן

חברות שסועות, כפי שהוצגו לעיל,⁷⁸ מתאפיינות במחלוקות עזות לגבי ערכי-היסוד החברתיים ולגבי מאפייניה הראויים של הפרהסיה שלהן – מחלוקות שבבסיסן התנגשות בין קבוצות תרבותיות, היוצרת שיח פוליטי הנוטה לשבטיות. בשיח פוליטי זה כל קבוצה מבקשת לקדם את יעדיה הפרטיקולריים, להבדיל מטובת הציבור בכללותו. מרכיב השונות התרבותית בחברות אלה גבוה במיוחד, והאתגר הניצב בפני החוקתיות

78 ראו לעיל בתת-פרק 1א, אחרי ה"ש 27.

שלהן כבר מנשוא. להבדיל מהחברות שהוצגו בחלקו הקודם של המאמר, בחברות השסועות קשה להגיע לקונסנזוס מהותי אפילו בנושאים הבסיסיים ביותר. קשה להן, לפיכך, לגבש הסכמה בדבר חוקה שתהיה לגיטימית בעיני כלל חלקי החברה. כפי שציינה לרנר:

"[S]ome societies lack the consensus that is necessary for the enactment of a constitution that has legitimacy in the eyes of society as a whole. These societies lack either cultural homogeneity that would enable them to agree on the symbolic elements of a nation-state constitution, or else popular support for the underlying principles of a liberal-proceduralist constitution."⁷⁹

גם ההבחנה בין המישור הציבורי למישור הפרטי, האופיינית לחוקות ליברליות רבות, קשה ליישם בחברות שסועות אלה, הנאבקות לא רק על הפוליטיקה, אלא גם על הפרהסיה:

"This liberal constitutional doctrine is difficult to implement in societies still struggling over the definition of their collectivity and over their most fundamental commitments and beliefs. The liberal demand to differentiate between private identities and beliefs of the citizens and their public commonalities of shared democratic procedures cannot be met if the members of society define themselves in terms of their conflicting visions regarding the state as a whole."⁸⁰

על רקע זה מציגה לרנר הנדסה חוקתית ייחודית לחברות שסועות, הבוחרת באסטרטגיה של הבניה חוקתית הדרגתית (incrementalist approach).⁸¹ לפי גישה זו, לנוכח חוסר היכולת להגיע להסכמה, יש לדחות את גיבוש החוקה המקיפה לעתיד, תוך תקווה שבינתיים תתגבש אותה הסכמה חברתית, וזאת כתוצאה מתהליכים חברתיים שיגבשו אותה לאורך השנים. אין פירוש הדבר שבינתיים לא תעסוק החברה בעניינים השנויים במחלוקת, אלא שאלה יהיו נושא להסדרה במישור הפוליטי הרגיל, ולא במישור החוקתי. בחברות שסועות אלה, גם אם קיים רוב פוליטי המאפשר כפיית מהלך של חוקה, אין בכך כדי להפוך כפייה כזו לחכמה או לראויה. ההנדסה החוקתית מכירה למעשה בשונות הקיימת בחברה ובקיומם של פערים שאינם ניתנים לגישור בשלב הראשוני של המפעל המדינתי החברתי המשותף. היא שואפת להגיע להסכמה כזו

79 LERNER, לעיל ה"ש 28, בעמ' 29.

80 שם, בעמ' 44.

81 שם, בעמ' 39.

משפט ועסקים טז, תשע"ד זכויות חוקתיות במשפט הפרטי במדינה יהודית ודמוקרטית

בעתיד, אך עד אז היא משקפת מחויבות לערכים סותרים, ומנסה לחיות את הסתירות. ישראל היא כמובן דוגמה בולטת לכך.⁸²

(2) על חשיבותה של השאיפה לקוהרנטיות של שלום בחברה שסועה לנוכח הקושי להגיע להסכמה ערכית בחברה שסועה, קם צורך במקרים רבים להגיע לפתרונות פרגמטיים, המשתנים ממקרה למקרה. בתקופת-הביניים, עד לגיבוש ההסכמה החברתית על ערכיה החוקתיים, המשפט החוקתי של החברה השסועה צריך להקנות אוטונומיה תרבותית ניכרת לקבוצות השונות הפועלות בה. ניתן למצוא בו פשרות וויתורים, אשר באים לידי ביטוי, בין היתר, בנכונות לא להחיל את הזכויות החוקתיות באופן מלא ואחיד. פתרונות כאלה משקפים שאיפה לא לשלמות, אלא לשלום, כפי שהגדיר זאת בצורה מאלפת המשנה לנשיא אֶלון, כאשר התפלמס עם פסק-דינו של השופט ברק (כתוארו אז) אשר החיל על בתי-הדין הרבניים את עיקריה של מערכת השיפוט האזרחית:

"בדבריו להנמקת דעתו אומר השופט ברק, בין היתר, כי 'משפטה של מדינה שואף לשלמות' (פרשת בבלי, בע' 246). ואני, עבדכם, מעדיף לומר ולגרוס כי משפטה של מדינה שואף לשלום – לדין, לאמת ולשלום. השלמות אינה נחלתו של שופט בשר ודם, ובוודאי שאינה נחלתה של מערכת משפטו. מערכת זו, מעצם טבעה ומהותה, מלאה היא ניגודים של דין וצדק, של חוק ומוסר, של אמת משפטית ואמת עובדתית. ועל המערכת השיפוטית לעשות שלום בין כל אלה לפי פסיקת דין אמת לאמיתו.

עיון משפטי אקדמי יכול שישאף לשלמות. מערכת משפטית מעשית צריכה לענות על צורכי המציאות החברתית.⁸³

בניגוד לשופט אֶלון, אני סבור כי מערכות משפטיות יכולות לשאוף לשלמות; העובדה ש"השלמות אינה נחלתו של שופט בשר ודם" אין פירושה שאין לשאוף אליה.⁸⁴ עם זאת, בכל הנוגע בשאיפה לשלמות ערכית קוהרנטית בענפיה השונים והמגוונים של שיטת המשפט, שאיפה זו יכולה להיות נחלתן רק של שיטות משפט

82 ראו את הדין להלן בתת-פרק ב1.

83 מנחם אֶלון "אלה הן אמרות אגב... בטעות יסודן, ומן הראוי לסטות מהן": ערעורים והרהורים בעקבות פרשיות בבלי ולב" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רחן-צבי ז"ל 361, 400 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורוגן שמיר עורכים, 1998) (ההדגשות במקור).

84 לשאוף אליה ניתן גם ניתן, ואף ראוי במקרים המתאימים, כשם שניתן לשאוף לשורה נוספת של אידאות נשגבות, אשר המרחק בינן לבין מימושן גדול עד-מאוד. כך, למשל, רב המרחק בין האידיאה הדמוקרטית לבין מימושה בחיי המעשה. אוזנו של השלטון אינה קשובה תמיד לציבור המצביעים הרחב, ולא פעם היא כרויה יותר לאליטות מקורבות, אך אף-על-פי-כן אין פירוש הדבר שאין זה ראוי לשאוף למימוש החזון הערכי הדמוקרטי. הוא הדין ביחס למודל השיפוטי ההרקוליאני שמציב פרופ' דוורקין (Dworkin), ביחס לשיווי-המשקל החברתי פרי כתיבתו של רולס (Rawls), ביחס למימוש ערך הסובלנות בחברה מקוטבת, ועוד ועוד.

הפועלות בחברות הומוגניות או בחברות ששורר בהן קונסנזוס בדבר ערכי-היסוד הבסיסיים שלהן. חברות שסועות המחויבות לאוטונומיה תרבותית אינן יכולות, מלכתחילה, לשאוף לשלמות ערכית, אלא אך לשלום. הן יכולות לשאוף לפתרונות ראויים המאפשרים מימוש תרבותי אוטונומי של קבוצות שונות האוחזות בערכים מתנגשים וסותרים, תוך שמירה על יציבות חברתית.

במסגרת זו על החברות השסועות לפתח הנדסה חוקתית המכירה בלגיטימיות של השונות, כדי לאפשר את המימוש האוטונומי האמור. מימוש נאות של הפוליטיקה של ההכרה, שעליה עמד טיילור (Taylor), הינו חשוב במיוחד בחברות אלה. כפי שהוא ציין: "Due recognition is not just a courtesy we owe people. It is a vital human need"⁸⁵. לכן המחויבות לשוויון בחברות שסועות חייבת להביא בחשבון את השונות התרבותית. גישתו של פָּרֶק (Parekh), שלפיה אין אפשרות להעניק שוויון לכל בני-האדם בהתעלם מצורכיהם וממאפייני הקבוצות התרבותיות שהם משתייכים אליהן,⁸⁶ יפה במיוחד לחברות אלה. לכן, לעיתים, כדי לקרב קבוצות שונות למפעל החברתי הכולל, יש להתפשר ולהחיל את הערכים החוקתיים באופן רגיש, תוך יצירת חריגים ופטורים מתאימים. המימוש האוטונומי צריך לבוא לידי ביטוי גם בנושא הזכויות הקבוצתיות, אשר ההכרה בהן נתפסת כנגזרת של הזכות לתרבות, שיכולה להטיל חובה על המדינה לנקוט צעדים חיוביים (affirmative) על-מנת לתמוך במימושן התרבותי של קבוצות הראויות לכך. מסכת זו של שיקולים ואיזונים עומדת בבסיס משפטן הציבורי של חברות שסועות. ההנדסה החוקתית שלהן נועדה לאפשר את יציבותה של חברת-הגג הכוללת, תוך יצירת שותפות לדרך בין מרכיביה השונים והמגוונים. אסור לשכוח יעדים אלה בשעה שבאים לבחון את החלת הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי. חיוני להחילן באופן שיהיה קוהרנטי עימם.

(3) החלה מידתית וזהירה של זכויות חוקתיות במשפט הפרטי, תוך שאיפה לקוהרנטיות של שלום

[א] הבסיס – סובלנות, על גבולותיה, ומידתיות

כיצד יש לגשת לסוגיית החלתן של זכויות חוקתיות במשפט הפרטי בחברות שסועות? התשובה היא – בזהירות ובמידתיות. הדברים מתחייבים במיוחד בחברות שקיימות בהן קבוצות תרבותיות בולטות שאינן מקבלות את הערכים הליברליים, ובכלל זה את המחויבות לזכויות האדם. חשוב לזכור שהחלה של זכויות חוקתיות במשפט הפרטי, ובמיוחד של החובה לנהוג בשוויון, עלולה להתנגש עם הזכות לתרבות ועם האוטונומיה התרבותית שהמשפט הציבורי שואף להשיג. כפי שמציינים מרגלית והלברטל, בבסיסה של זכות זו עומדת הזכות "לקיים ללא הפרעה אורח חיים מקיף במסגרת החברה

Charles Taylor, *The Politics of Recognition*, in *MULTICULTURALISM* 25, 26 (Amy Gutmann ed., 1994).

BHIKHU PAREKH, *RETHINKING MULTICULTURALISM: CULTURAL DIVERSITY AND POLITICAL THEORY* 239–240 (2nd ed. 2006).

הרחבה, כשהגבלה היחידה היא העיקרון שאין לפגוע בזולת", ועליה יש להוסיף את "הזכות להכרה באורח החיים של הקהילה מצד החברה הכללית".⁸⁷ הזכות לתרבות ממומשת בחוקתיות הדמוקרטית, גם זו של חברות שסועות, בין היתר על בסיס מחויבות לערך הסובלנות. זהו ערך אשר חוצה את גבולות המשפט הציבורי אל המשפט הפרטי, וחל על החברה כולה. זהו ערך המחייב משפטית גם את אלה המתנגדים לתחולתו. הוא נגזר מן המחויבות לאוטונומיה, ובכלל זה לאוטונומיה תרבותית. כפי שציין יצחק זמיר:

"הכבוד לאוטונומיה האישית כולל הכרה בזכות להיות שונה ובזכות לתת ביטוי לשוני. מהכרה זאת צריכות לצמוח הבנה לאורח חיים שונה, גם אם הוא נבדל וזר, התחשבות בדעה שונה, גם אם היא משונה."⁸⁸

לפי אחת הגישות הבולטות לערך הסובלנות, הרוב צריך לגלות סובלנות לאורח החיים, לתרבות ולפרקטיקות של קבוצות מיעוט, ולא לנסות לכפות את אורחות חייו על כולם.⁸⁹ לכן יש להגיע לאיזון ראוי בין החלת זכויות חוקתיות במשפט הפרטי לבין הזכות לתרבות ולאוטונומיה התרבותית. כך בכל חברה, ובוודאי כך בחברות שסועות הרואות באוטונומיה זו יעד חשוב והכרחי ליכולת הפעולה של החברה הכוללת, על מרכיביה השונים. החלה מסיבית מדי של זכויות חוקתיות במשפט הפרטי תפגע באוטונומיה התרבותית, ועל-כן תהיה לא-קהרנטית עם שאיפתה של ההנדסה החוקתית של המשפט הציבורי לאפשר את מימושה הראוי של הזכות לתרבות, ובכלל זה גם את מימושה התרבותי של קבוצות לא-ליברליות. הסובלנות באה לידי ביטוי במשפט הציבורי בדמות מתן תוכן רגיש למחויבות לנהוג בשוויון, תוך יצירת פטורים וחריגים שיאפשרו את קיומן של התרבויות המגוונות הקיימות במקומותינו. רגישות זו צריכה לחול, מכוח קל וחומר, אף בשעה שבוחנים את החלתן של הזכויות החוקתיות – ובכלל זה את החלת הזכות לשוויון – במשפט הפרטי.

הטענה הנגדית יכולה להיות שמתן משקל גבוה מדי לאוטונומיה התרבותית פירושו הפקרות נורמטיבית, בבחינת "איש הישר בעיניו יעשה". כאן חשוב להעיר כי אין לבלבל בין זהירות לבין שיתוק. אי-אפשר להשלים עם כל התנהלות חברתית בשם הזכות לתרבות. ערכי-היסוד של החברה רלוונטיים גם במשפט הפרטי, וגם לסובלנות יש

87 אבישי מרגלית ומשה הלברטל "ליברליזם והזכות לתרבות" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל 93, 97 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורוזן שמיר עורכים, 1998).

88 יצחק זמיר "סובלנות במשפט" ספר מנחם גולדברג 321, 323 (אהרן ברק, סטיב אדלר, רות בן-ישראל, יצחק אליאסוף ונחום פינברג עורכים, 2001).

89 ראו יעקב בן-שמע "ניטרליות המדינה והזכות לשפה" משפט וממשל ח 347, 364 (2005). לכן קיים טעמי קושי עקרוני עם גישות המחילות את עקרון השוויון בחברות שסועות הכוללות קבוצות תרבותיות לא-ליברליות, וביניהן קבוצות דתיות אדוקות, מתוך המשפט הפרטי עצמו, החל על מערכת היחסים שבין הפרטים לבין עצמם, להבדיל ממערכת היחסים שבינם לבין המדינה. השוו לעיל עם הטקסט שליד ה"ש 66.

גבולות.⁹⁰ החובה לנהוג בסובלנות חלה לא רק על המדינה ולא רק על הרוב, אלא גם על המיעוט. היא חלה על אלה המקבלים את המחויבות לערכי-היסוד ולזכויות החוקתיות ואף על אלה שאינם מחויבים להם. מדובר באמת-מידה חיצונית שהכל מחויבים בה. המחויבות לערך הסובלנות יכולה, למשל, לשלול מקבוצות תרבותיות את האפשרות להטיל מגבלות פנימיות כופות על חבריהן.⁹¹ הסובלנות בדמוקרטיה מערבת מכירה בחירות ובאוטונומיה של היחיד, וביכולתו לשנות את השקפת-עולמו אם יחפוץ בכך.⁹² כוחן של קבוצות תרבותיות למנוע זאת מוגבל. דווקא בחברות שאינן הומוגניות, ואשר כוללות מרכיבים משמעותיים שאינם מקבלים את ערכי-היסוד הליברליים, חשוב להגן גם על "המיעוט שבתוך המיעוט".⁹³

הנה כי כן, גם על הקבוצות התרבותיות המתבדלות ביותר להיות מוכנות לשלם את מחיר החיים בחברת-הגג. הדברים יפים גם לחברות שסועות. השונות התרבותית הסובבת מפעילה לחץ על קבוצות תרבותיות מסתגרות. היא מאיימת עליהן, שכן היא מקנה אפשרות לחברי הקבוצה להבין כי קיים אורח חיים שונה שהוא בגדר חלופה,⁹⁴ ואפילו חלופה נגישה. על רקע זה, ההתאגדות הוולונטרית משמשת כלי ראשון במעלה לשימור תרבותי. כפי שציין וולצר:

"...מתקיים בהצלחה, במדינות-הלאום הליברליות והדמוקרטיות, מגוון גדול של הבדלים משמעותיים, בייחוד בתחום הדת. למעשה, מיעוטים רבים מצליחים למדי בהגדרת תרבות משותפת ובשימורה דווקא משום שמופעל עליהם לחץ מצד הרוב הלאומי. הם מתארגנים להתנגדות, חברתית ופסיכולוגית, והופכים את משפחתיהם, את שכונותיהם, את כנסיותיהם ואת אגודותיהם למין ארץ מולדת שעל גבולותיה הם מגוננים."⁹⁵

לכן על כולנו להיזהר מפני התערבות-יתר, אשר תפגע בזכות לתרבות שלא לצורך. יש לאזן כהלכה בין צורכי החברה לבין צורכי הקבוצה. יש לאזן בין הצורך להגן על האוטונומיה התרבותית לבין הצורך להגן על הפרטים עצמם באמצעות החלת זכויות חוקתיות במשפט הפרטי. החלה זו צריכה להיעשות במידה, תוך שאיפה לקוהרנטיות של

90 גרשון גונטובניק "הזכות לתרבות בחברה ליברלית ובמדינת-ישראל" **עיוני משפט** כו 23, 39 (2003).

91 ראו KYMLICKA, לעיל ה"ש 31, בעמ' 152.

92 שם, בעמ' 156.

93 אילן סבן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו" **עיוני משפט** כו 241, 255 (2002).

94 עידן החילונית, כפי שמכנה אותו טיילור, מתאפיין בכך שקיים אורח חיים חלופי שאינו מתבסס על אמונה דתית. עידן המודרנה החילונית מתאפיין ב"אובדן התמימות" שאפיינה את החיים שלפני חמש מאות שנה, שבהם פשוט לא היה אפשר כמעט להעלות על הדעת חיים ללא אמונה דתית. קיומו של האל היה מוסכמה בלתי-מעורערת. לא כך בימינו, ומכאן הלחץ המופעל על המאמינים באל בעידן המודרני. CHARLES TAYLOR, A SECULAR AGE 14 (2007).

95 מייקל וולצר **על הסובלנות** 37 (1999).

שלום עם ההנדסה החוקתית הכוללת של החברה. גישה מאוזנת ראויה משקפת פשרה הדדית: פשרה מצד הקבוצה החילונית הליברלית, המבינה כי היא לא תוכל להחיל באופן גורף את המחויבות לשוויון, הנוהגת בין הפרטים כולם לבין המדינה, במערכת היחסים שבין הפרטים לבין עצמם, אף שהדבר עלול לעורר קיפוח מעמדי בתוך קבוצת המיעוט, והוא הדין ביחס לערכי-יסוד חילוניים נוספים; ופשרה מצד קבוצת המיעוט התרבותית, אשר צריכות להכיר כי גם ליכולתן לממש את תרבותן יש גבולות, משום שלסובלנות יש גבולות. הזכות לתרבות אינה מכירה בכל ואינה מכשירה הכל.

[ב] דוגמות להחלה מידתית וזהירה של זכויות חוקתיות במשפט הפרטי

[1] החלה "מבחוץ", ולא "מבפנים"

בחלקה הקודם של הרשימה עמדתי על גישות שונות המבקשות להחיל את הזכויות החוקתיות מתוך המשפט הפרטי עצמו. זוהי גישתו של רייכמן, המבקש להחדיר את המחויבות לכבוד האדם אל המשפט הפרטי; זו גם גישתו של דגן, המבקש להחדיר מחויבות לזכויותיהם של האחרים אל המונח "קניין"; ולמעשה גם הראל מבקש להרחיב מאוד את המונח "קניין ציבורי". אסטרטגיה חלופית מדגישה את ערך החירות, ומבקשת לשמור עליו כערך-היסוד של המשפט הפרטי. היא רואה בו בררת-מחדל, אך זאת לצד נכונות להטיל עליו מגבלות חיצוניות במידת הצורך. על-פי גישה זו, כפי שציין בראונסוורד (Brownsword), אחת האפשרויות להבין את חופש החוזים היא ככזה שיש לשמור עליו אלא אם כן קיימת סיבה טובה להטיל עליו איסורים.⁹⁶ לטעמי, גישה זו ראויה יותר להחלה בחברות המתאפיינות בשונות תרבותית ניכרת. בררת-המחדל המשמרת את החירות ואת האוטונומיה חשובה גם לצורך מימושה של הזכות לתרבות. בררת-מחדל זו קוהרנטית עם המשפט החוקתי בחברות שסועות, המכיר בחשיבותה של האוטונומיה התרבותית ובמימושה, אף בכל הנוגע בקבוצות תרבותיות מסורתיות ולא-ליברליות. באמצעות המחויבות לחירות ולאוטונומיה, הקבוצות התרבותיות המגוונות הקיימות בחברה השסועה יכולות לממש את מפעליהן התרבותיים, אף כאשר אלה סותרים זה את זה ומתנגשים זה בזה באופן שאינו ניתן ליישוב.⁹⁷ עם זאת, במקרים שבהם מוצדק להגביל חירות ואוטונומיה אלה כדי להשיג יעדים חברתיים חשובים, ביניהם קידום הערכים שבבסיס הזכויות החוקתיות גם במשפט הפרטי, ניתן לעשות כן, אך חשוב להיות מודעים למה שהחברה עושה – היא מטילה מגבלות מבחוץ על החירות והאוטונומיה. מודעות זו תבטיח שהמגבלה תהיה מידתית וזהירה, ולא תעלה על המידה המינימלית הנדרשת על-מנת לאזן כהלכה בין החירות, האוטונומיה והזכות לתרבות מזה לבין האינטרסים הציבוריים הנוגדים מזה.

Roger Brownsword, *Freedom of Contract, Human Rights and Human Dignity*, in HUMAN RIGHTS IN PRIVATE LAW 181, 185 (Daniel Friedmann & Daphne Barak-Erez eds., 2001). יצוין כי בראונסוורד עצמו סבור כי יש להחדיר את המונח "כבוד האדם", על מובניו השונים, אל המשפט הפרטי, תוך דיון במצב הדברים בשיטת המשפט הבריטית, הכפופה לאמנות האירופיות בדבר זכויות האדם.

97 ראו גונטובניק, לעיל ה"ש 90, בעמ' 36.

אילו טעמים יכולים להצדיק החלת זכויות חוקתיות במשפט הפרטי לפי האסטרטגיה האמורה? המחויבות לאוטונומיה יכולה לשמש בסיס לא רק להכרה בזכויות, אלא גם להכרה בחובות – חובות הבאות לאפשר את מימוש הרצון האוטונומי של פרטים מודרניים. טלו, למשל, את הזכות לשוויון. מה צריכה לעשות חברה, ואפילו חברה שסועה, כאשר גילויי ההפליה מצד פרטים הם בוטים ורחבים עד כדי כך שהם פוגעים באופן ממשי באפשרויות הגישה של קבוצות שלמות להזדמנויות? הפליה חברתית מקיפה ושיטתית יכולה לצמצם עד-מאוד את מאגר ההזדמנויות העומדות לפני הקבוצה התרבותית המופלית לרעה. לכן יש לפעמים הצדקה למלחמה בהפליה, תוך פגיעה בחופש החוים, על-מנת לקדם את האוטונומיה של המופלים ולהגדיל במידה משמעותית את קשת הבחירה העומדת לרשותם.⁹⁸ הנה כי כן, דווקא המחויבות לערך האוטונומיה יכולה להצדיק מהלך הבא להילחם בהפליה במשפט הפרטי.⁹⁹ אולם הצדקה זו צריכה להיות מיושמת באופן מידתי. היא מצדיקה התערבות רק במקומות שבהם אכן קיימת פגיעה ממשית באוטונומיה של יחידים או של קבוצות מודרות. אין היא מצדיקה איסור כללי של הפליה במשפט הפרטי. נוסף על כך, ככל שההפליה פוגעת באפשרויות הגישה לתחום בעל חשיבות מהותית גדולה יותר כן קל יותר להצדיק את איסורה, ולהפך.

ציודק נוסף לצמצום החירות, האוטונומיה והזכות לתרבות של פרטים, אם ניוותר בסוגיית ההפליה במשפט הפרטי, מתמקד בנזקים הנגרמים לסובלים מהפליה. לעיתים

98 James H. Carr & Nandinee K. Kutty, *The New Imperative for Equality*, in SEGREGATION: THE RISING COSTS FOR AMERICA 1, 2 (James H. Carr & Nandinee K. Kutty eds., 2008). טלו נגזרת של דברים אלה כפי שזו באה לידי ביטוי בשוק הדיור. כפי שעולה ממחקר מפורט שנערך בארצות-הברית, תושבים שחורים והיספנים המחפשים פתרונות דיור נתקלים בהפליה משמעותית מצד בעלי בתים, מתווכים ואנשי-מקצוע אחרים בשוק הדיור. הדבר מצמצם בצורה משמעותית את יכולתם למצוא פתרונות דיור נאותים. ראו אצל: JOHN YINGER, CLOSED DOORS, OPPORTUNITIES LOST: THE CONTINUING COSTS OF HOUSING DISCRIMINATION 4-5 (1995). גם כיום, לאחר עשרות שנים של מלחמה נחושה בהפליה מצד המחוקק ומצד בתי-המשפט, אדם שחור בארצות-הברית צריך לפנות לארבעה מתווכים שונים כדי לקבל אותו מידע שאדם לבן מקבל משלושה מתווכים (שם, בעמ' 36). מציאות שבה שוק הדיור מפלה כרוכה במחיר גדול שהקבוצות הסובלות מההפליה נדרשות לשלם. היצע גדול של דירות נמנע מהן בשל הסתרת מידע מכוונת, וחיפוש הדיור כרוך לעיתים באי-נעימות בוטה בשל גילויי ההפליה הכלליים. כתוצאה מכל אלה, על המופלים להשקיע מאמצים רבים יותר במציאת פתרון הדיור המועדף עליהם. חישוב גס העלה כי בשנות התשעים שילמו שחורים "מס" של 3,000 דולר בכואם לעבור דירה כתוצאה מגילויי ההפליה השונים (שם, בעמ' 102). נתונים אלה, יש לזכור, חושבו במציאות שבה ההפליה הייתה כבר אסורה על-פי חוק. ניתן רק לשער איזה מחסום הציבה ההפליה בפני שחורים לפני שהיא נאסרה בחקיקה. נטל עודף של אלפי דולרים המושת על משפחה שחורה בכואה לחפש הזדמנות דיור חדשה מהווה פגיעה קשה באוטונומיה, במיוחד לנוכח העובדה שמשפחות שחורות רבות מגיעות מרקע חברתי-כלכלי נמוך.

99 John Gardner, *Liberals and Unlawful Discrimination*, 9 OXFORD J. LEGAL STUD. 1, 21 (1989).

הפליה – ובעיקר הפליה מחמת השתייכות לקבוצות תרבותיות – מוליכה לנזקים חמורים עד כדי כך שהם מצדיקים התערבות משפטית כדי להתמודד עימם ולהילחם בהם. הפליה נעוצה במקרים רבים בסטיגמות ובסטריאוטיפים. קבוצות תרבותיות שלמות מאופיינות כסוטות, כפגומות או כבעלות מאפיינים שליליים אחרים, וזאת ללא כל הצדקה. סטיגמה חברתית המופעלת כלפי קבוצות תרבותיות מסוימות משדרת מסר כי אין מדובר בקבוצות שוות-ערך לקבוצות האחרות הפועלות בחברה.¹⁰⁰ את הנזקים הקשים של תופעת ההפליה על רקע השתייכות לקבוצות תרבותיות ניתן למקד בשני סוגים עיקריים: בנזקים לבני הקבוצה עצמם ובנזקים לחברה הכוללת. בכל הנוגע בקבוצה המופלית, מדובר בפגיעה קשה בכבודם ובהערכתם העצמית של הסובלים מההפליה. מדובר בהשפלה היורדת לשורש הזהות. הפליה המתבטאת בגילויים יומיומיים במגוון רחב של מקרים משמעה שאין כמעט מקום שבו בני הקבוצה מרגישים כי הם זוכים ביחס של כבוד. תחושות של כעס, סלידה ומתח נהפכות לעניין שבשגרה, וההתמודדות עם ההפליה מקשה את התפקוד היומיומי. הפליה סטיגמטית עלולה לגרום לנזקים נפשיים חמורים. הפליה על רקע השתייכות לקבוצה התרבותית פוגעת באופן עמוק במיוחד, משום שהשתייכות זו הינה חשובה במיוחד. באשר לנזקים לחברה הכוללת, גם אלה קשים וחמורים. הפליה נמשכת על רקע קבוצות-תרבותי היא סרטן בחברה הרב-תרבותית, שכן השפעותיה מכרסמות ומערערות את יסודותיה. זרמים סטיגמטיים ואתנוצנטריים סוערים עלולים להוליך להתפוררות חברתית ולגילויי אלימות. הם עלולים לפרק את המבנה החברתי כולו. אכן, הרסנותה של התופעה יכולה להצדיק מהלך חברתי הבא להילחם בה ובגילוייה גם במסגרת המשפט הפרטי.

אלא שגם צידוק זה ראוי ליישום מידתי. אין הוא מוביל לחובה לנהוג בשוויון בכל המצבים ותוך ביטול כל ההבחנות. יש לאזן בין הנזקים הנלווים להפליה לבין ערכי-היסוד של האוטונומיה. בסופו של יום, לא כל התנהלות שאין אנו מסכימים עימה ראויה לאיסור משפטי. אוטונומיה פירושה שעלינו לסבול גם התנהלויות שאין אנו שלמים עימן. עוד חשוב לזכור כי כל מימוש תרבותי כרוך בהבחנה בין המשתייכים לקבוצה לבין אלה שאינם משתייכים אליה, ולכן אי-אפשר לאסור הבחנות כאמור באופן גורף. לפיכך ראוי לאסור על בסיס צידוק זה רק הפליה חמורה במיוחד, כגון הפליה מחמת השתייכות לקבוצה תרבותית או מחמת מגדר, ביחס לתחומי פעילות מוגדרים, כגון פעילות עסקית או בשוק העבודה, ולא להטיל איסור משפטי כולל על הפליה. יישומה של גישה זו יוביל לכך שנמצא איסור של הפליה בתחומים מסוימים, אך לא נמצא הוראה כוללת האוסרת הפליה מכל סוג ומין במשפט הפרטי.

[2] הטלת מגבלות על שיקול-הדעת הפרטי בגין מילוי פונקציה ציבורית או בגין קשר עם

המדינה

דרך זהירה נוספת להחלת זכויות חוקתיות במשפט הפרטי עושה שימוש בקשר שבין המדינה לבין גורמים פרטיים. נוסף על כך היא מתמקדת במקרים שבהם גורמים פרטיים

Charles R. Lawrence III, *The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism*, 39 STAN. L. REV. 317, 350 (1987).

מממשים פונקציות בעלות חשיבות ציבורית משמעותית. מדוע מדובר בדרך מידתית? משום שגם במקרה זה החלת הערכים החוקתיים נעשית "מבחוץ", ולא "מבפנים". גם כאן הנחת-המוצא היא של אוטונומיה, אך זו נסתרת לנוכח קיומו של קשר בין הגורם הפרטי לבין הרשות הציבורית או בשל מימוש פונקציה ציבורית חשובה.

טלו מצב דברים שבו המדינה מעורבת בענייניו של גורם פרטי, בין כתוצאה מפיקוח הדוק עליו ובין כתוצאה מגיהול ענייניו. כך, למשל, בעניין *Burton*¹⁰¹ נשאלה השאלה מה דינה של מסעדה המסרבת לספק שירותים ללקוחות שחורים בהינתן שהיא פועלת בשטח המצוי בבעלות ציבורית. השופט Clark ציין כי אין לקבוע אמת-מידה אוניוורסלית כללית היפה לכל חוזי השכירות שהמדינה עורכת, וכי יש לבחון תמיד את הדברים "in the framework of the peculiar facts or circumstances present".¹⁰² בעניין *Burton* שכרה המסעדה חלק ממבנה שהיה בבעלותה של רשות עירונית, ואותה רשות גם פיקחה על המחירים שגבתה המסעדה. במקרה זה נפסק כי עוצמת הקשר וטיבו מצדיקים את הטלת החובה לנהוג בשוויון על המסעדה. מובן, מכוח קל וחומר, שגם במקרים שבהם הייתה הרשות השלטונית מעורבת בניהול נכסיו של הגורם הפרטי שימש הדבר בסיס להטלת החובה לנהוג בשוויון על הגורם הפרטי, שכן אסור לרשות שלטונית לנהל נכסים תוך פגיעה בזכויות חוקתיות, גם אם יוזם הפגיעה הוא בעל הנכס הפרטי.¹⁰³

אולם גם קשר הדוק פחות בין הגורם הפרטי לבין המדינה יכול לשמש בסיס להחלה אפקטיבית של זכויות חוקתיות במשפט הפרטי. כך, למשל, המדינה יכולה להתנות הטבות-מס שהגורם הפרטי מבקש לקבל בכך שיעמוד בחובה לנהוג בשוויון. טלו, למשל, את אחד המקרים הידועים שבהם התמודד בית-המשפט העליון האמריקאי עם הפליה מחמת גזע שנקט גורם דתי פרטי. הכוונה היא לפסק-הדין בעניין *Bob Jones University*¹⁰⁴. באותה פרשה אושרה החלטתה של רשות מס הכנסה לא להעניק הטבות-מס לאוניברסיטה הדתית בגין מדיניותה המוצהרת שלפיה התנ"ך אוסר זוגיות בין-גזעית. בשנת 1971 ניא אותה האוניברסיטה לקלוט לשורותיה סטודנטים שחורים, אך רק אם היו נשואים לשחורים. לאחר-מכן היא הייתה מוכנה לקלוט גם שחורים שאינם נשואים, אך הטילה משטר משמעותי שאסר על שחורים ולבנים לבוא במגע על בסיס רומנטי(!). החלטתה של רשות המס האמריקאית אושרה מהבחינה החוקתית, וזאת לנוכח האינטרס המדינתי הברור והכבד (compelling) בביעור ההפליה הגזעית. טיעוניה של האוניברסיטה במישור של חופש הדת לא הועילו. אלא שיש לשים לב למהלך שנקטו הרשויות. אלה עשו שימוש בקשר של האוניברסיטה עם המדינה כאמצעי לחץ

101 *Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365 U.S. 715 (1961) (להלן: עניין *Burton*).

102 שם, בעמ' 721.

103 *Pennsylvania v. Board of Directors of City Trusts of the City of Philadelphia*, 353 U.S. 230 (1957). ראו גם עניין *Evans v. Newton*, 382 U.S. 296 (1966), שם ניסתה הרשות

המקומית להימנע מן החובה לאפשר כניסת תושבים שחורים לפארק שהיה בניהולה על-ידי העברת

ניהול הפארק לידי גורם פרטי. ראו את ההתפתחות שחלה בעקבות פסיקתו של בית-המשפט העליון

באותה פרשה: *Evans v. Abney*, 396 U.S. 435 (1970).

104 *Bob Jones University v. United States*, 461 U.S. 574 (1983).

להכפפתה אל החובה לנהוג בשוויון. על הפרק עמדה שלילת הטבות-המס, שהייתה עתידה להמיט חורבן כלכלי על המקום. מדובר בלחץ כבד-משקל שהמדינה בחרה להפעיל, במקום להטיל על הגורם המפלה, קרי על האוניברסיטה, חובה ישירה לנהוג בשוויון. אכן, לחץ זה הועיל: תוך חודשים ספורים לאחר פסיקת בית-המשפט העליון שינתה האוניברסיטה את מדיניות הקבלה שלה ואת דיניה המשמעתיים. לחץ אפקטיבי זה השיג את המטרה הראויה – החלת שוויון על גורם פרטי – באמצעי פוגעני פחות מאשר חיכוך ישיר ועוצמתי. אמצעי זה ראוי בוודאי לאימוץ בחברה שסועה.

לעיתים גם ללא קשר ישיר למדינה ניתן להטיל מגבלות על חופש החוזים ועל האוטונומיה של גורמים פרטיים. זאת, אם הם ממלאים פונקציות ציבוריות. טלו, למשל, את המשפט המקובל. פסיקה ותיקה, ששורשיה במאה השש-עשרה, אסרה על בעלי-מקצוע מסוימים לסרב ליתן שירות ללקוחות-בכוח שלהם אלא מטעמים סבירים מבחינה אובייקטיבית.¹⁰⁵ במילים אחרות, פסיקה זו אסרה עליהם להפלות במתן שירותיהם. מגבלות אלה הוטלו על העוסקים ב-"common callings"¹⁰⁶ כלומר, במקצועות הכרוכים במתן שירותים לציבור הרחב. הדוגמות הבולטות לעוסקים אלה היו בעלי פונדקים (inns),¹⁰⁷ ספקים של שירותי הסעה בכרכרות ובעלי-מקצוע שעסקו בתיקונים ובהספקה של פרסות לסוסים.

מהו היקף האיסור, מהו לוז קיומו, וכיצד ניתן להסבירו במציאות שבה המשפט המקובל מחויב לחופש החוזים? כאן נחלקו הדעות. היו שהסבירו זאת בהיותם של שירותים אלה חיוניים במיוחד.¹⁰⁸ אחרים הסבירו זאת בהיותם של שירותים אלה מונופוליסטיים באותה עת.¹⁰⁹ הסברים אלה תומכים בהחלה חלקית של הדוקטרינה רק

105 ראו: Jackson v. Rogers, (1683) 89 E.R. 968. כן ראו: Garton v. Bristol & Exeter Railway Co., (1861) 121 E.R. 656. לגבי קנדה ראו: Graham & Strang v. Dominion Express Co., (1920) 55 D.L.R. 39; Ludditt v. Ginger Coote Airways Ltd., (1942) 2 D.L.R. 241.

106 ראו: Amnon Reichman, *Property Rights, Public Policy and Limits of Legal Power to Discriminate*, in HUMAN RIGHTS IN PRIVATE LAW 245, 248 (Daniel Friedmann & Daphne Barak-Erez eds., 2001).

107 ראו: Henry L. Molot, *The Duty of Business to Serve the Public: Analogy to the Innkeeper's Obligation*, 46 CAN. BAR. REV. 612 (1968). עוד ראו ביחס לחובות המוגברות המוטלות על בעלי פונדקים: Williams v. Linnitt, [1951] 1 All E.R. 278; Constantine v. Imperial London Hotels, [1944] 2 All E.R. 171. בקנדה ראו: Carriss v. Buxton, [1958] S.C.R. 441; Carey v. Deveaux, (1920) 53 D.L.R. 267.

108 לדין בהסבר זה ראו Reichman, לעיל ה"ש 106, בעמ' 252.

109 ראו: RICHARD A. EPSTEIN, PRINCIPLES FOR A FREE SOCIETY: RECONCILING INDIVIDUAL LIBERTY WITH THE COMMON GOOD 279 (1998). ראו גם: RICHARD A. EPSTEIN, NEGLECT: HOW TO REVIVE CONSTITUTIONAL PROTECTION FOR PRIVATE PROPERTY 78-79 (2008). חיזוק לכך ניתן למצוא בפסיקתו של הלורד Denning, שפסק כי סירוב של מועדון להעניק רשיון אימון סוסים למועמדת רק בגין היותה אישה עלול להיות מנוגד לדין ולסתור את תקנת הציבור. העובדה שדובר במועדון שהחזיק במונופול בעניין זה זכתה במשקל רב. ראו: Nagle v. Feilden, [1966] 2 Q.B. 633.

על מספקי שירותים מסוימים, ולא על כלל מספקי השירותים בשוק המסחרי. אכן, דוקטרינה זו, שהיא יצירה שיפוטית טהורה, לא הורחבה במידה משמעותית במשך מאות השנים שחלפו מאז באה לעולם, ואין היא כוללת מגוון כללי ורחב של מספקי שירותים. היה זה השופט הולמס (Holmes) שציין כי "An attempt to apply this doctrine generally at the present day would be thought monstrous"¹¹⁰ – אמירה אשר משקפת ללא ספק את החשיבות שיוחסה עדיין לחופש החוזים במשפט הפרטי. באופן עקי גילו בתי-המשפט זהירות רבה מפני הטלת חובת הימנעות מהפליה על בעלי-המקצוע הפועלים בשוק הפרטי. הם נטו להשתמש בדוקטרינה בזמן המודרני רק ביחס לחלק מבעלי-המקצוע, כגון העוסקים בתעשיית הרכבות, ולא לגבי רוב האחרים, כגון בעלי מסעדות וכיוצא בהם.¹¹¹ אכן, נראה כי הדוקטרינה יושמה רק ביחס למספקי שירותים שנתפסו כחיוניים ביותר או כמונופוליסטיים. זהו ביטוי למידתיות החלתה. ההכפפה אל החובה לנהוג בשוויון נעשתה רק באותם מקרים שהצדיקו זאת. למען שלמות התמונה יש לציין כי אחרים ראו את הדוקטרינה כנשענת על רציונל כללי, שלפיו מי שמצהיר כי הוא מספק שירות לציבור חייב לספקו באופן שוויוני.¹¹²

[3] מבט נוסף על הגישות המודגמות

הגישות השונות שהוצגו לעיל להחלת זכויות חוקתיות במשפט הפרטי מבוססות על ההבחנה בין המשפט הפרטי לבין המשפט הציבורי. הן מייחסות להבחנה זו חשיבות רבה, אף שמדובר בשדות שקווי הגבול ביניהם אינם ברורים וחדים. זאת, משום שבחברה שסועה, שבה המחלוקות ואי-ההסכמות הערכיות רבות, יש חשיבות רבה לשימור היכולת למימוש אוטונומי תרבותי. החברות השסועות נקרעות בין מטענן הערכי של קבוצות תרבותיות שונות, המיישמות ערכים חילוניים-מערביים, דתיים, מסורתיים, לאומיים או אתניים. ההתנגשויות בין מטענים אלה רבות, ואין אפשרות ליישבן במלואן. דווקא השמירה על האוטונומיה היא המאפשרת קיום בר-זמני ערכי זה. דווקא היא זו המאפשרת לחיות את הסתירות תוך גיבוש פשרות פרגמטיות וכואבות מצד כל מרכיבי החברה. לכן הגישות שהוצגו כאן אינן יוצאות מנקודת-מבט של הסדר נורמטיבי כולל שצריך לחול על המשפט הציבורי והמשפט הפרטי כאחד. הן גם אינן שואפות להסדר כזה. הן משקפות שאיפה לקוהרנטיות מסוג של שלום, ולא מסוג של שלמות. הן מבקשות לשמור על ערכי-היסוד של החירות והאוטונומיה של הגורמים הפרטיים, באופן שיקדם את מימושה של הזכות לתרבות. עם זאת, גם על-פי גישה זו מוצדק

110. OLIVER WENDELL HOLMS, JR., THE COMMON LAW 203 (1991).

111. ראו למשל את פרשת Christie v. York Corporation, [1940] 1 D.L.R. 81 (S.C.C.) בה נפסק ברוב דעות שלא ליישם את הדוקטרינה על מסעדה שסירבה לספק שירותים ללקוח שחור.

112. ראו: Joseph William Singer, *No Right to Exclude: Public Accommodations and Private Property*, 90 NW. U. L. REV. 1283, 1331 (1996). רציונל זה גם זכה ביישום בפסק-דינו של בית-המשפט העליון של מדינת ניו-ג'רזי. ראו: Uston v. Resorts International Hotel, 445 A.2d 370, 375 (N.J. 1982). בגישה כללית זו תומך גם פרופ' ברק (ראו ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", לעיל ה"ש 4, בעמ' 389), וזו גם גישתו של אמנון רייכמן – ראו לעיל ליד ה"ש 65.

להחיל זכויות חוקתיות במשפט הפרטי באותם מקרים המצדיקים את הסגת הזכות לתרבות לאחור. גם האוטונומיה אינה ערך מוחלט, אלא ערך יחסי בלבד. ההצדקה לסטייה ממנה ולפגיעה בה נבחנת באופן פרטני ומיושמת ממקרה למקרה. היא פרי תמהיל של הכרעות ערכיות לצד שיקולים פרגמטיים. זוהי החלה זהירה ומידתית. אופן ההסדרה ישתנה בהתאם לאופי העניין הנידון. לא כל הפתרונות יהיו קוהרנטיים, וכך מתחייב כאשר האיזונים הפרטניים משתנים מתחום לתחום. זהו המחיר המשולם בחברה שאין בה קונסנזוס לגבי ערכי-היסוד החולשים על פעילותה, ואשר נאלצת לבחון את האיזון בין האינטרסים המתנגשים בכל תחום ותחום תוך שרטוט קוויו האדומים הקונקרטיים. זהו המצב המתבקש בחברות שסועות המתאפיינות בשונות תרבותית ניכרת. זהו המצב המתבקש בחברה הישראלית.

פרק ב: בחינת המקרה הפרטי של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית

1. החברה הישראלית כחברה שסועה והחוקתיות שלה

קשה לחלוק על היותה של החברה הישראלית חברה שסועה.¹¹³ השסעים המרכזיים החוצים אותה הם רבים, ובראשם, כידוע, השסע הפנים-יהודי (הנוגע במערכת היחסים שבין דתיים וחילונים ובמערכת היחסים שבין זרמים שונים בתוך היהדות) והשסע היהודי-ערבי¹¹⁴ או היהודי-פלסטיני. השונות התרבותית בישראל הינה אדירה, וקשה לנו להתמודד עימה. ההנדסה החוקתית שלנו לוקה היא עצמה בסכיוזופרניה, שכן יש בה מאפיינים בולטים של מדינת לאום לצד מאפיינים מובהקים של מדינת מהגרים, ועל כך יש להוסיף ירושות שקיבלנו מעידן האימפריה העות'מאנית בכל הנוגע בדיני המעמד האישי. כל אלה חלים באופן מתנגש וסותר, תוך שפיכת שמן למדורת השסעים ההולכת

113 ראו לעיל תת-פרק א, אחרי ה"ש 27, לדיון כללי במהותן של חברות שסועות. כן ראו אצל סמי סמוחה "החברה הישראלית: ככל החברות או מקרה יוצא דופן?" סוציולוגיה ישראלית יא 297, 299, 300 (2009–2010). סמוחה מציין כי קיימת הסכמה כללית שהחברה הישראלית היא חברה שסועה באופן עמוק ביחס לשני שסעים לפחות: השסע הדתי-חילוני והשסע היהודי-ערבי. הוא מוסיף וכותב כי יש בחברה שלנו הבדלי תרבות והפרדה חברתית בין הקבוצות בכל שסע, וכן בסיס אידיאולוגי לחילוקי-הדעות ביניהן. עם זאת, קיימת יציבות משטרית, שניתן להסבירה, בין היתר, במנגנוני הלכידות הקיימים במדינה. לדבריו, על הסולידריות בין דתיים לבין חילונים לא קשה להצביע, אך גם ביחס למערכת היחסים שבין ערבים ליהודים ניתן להצביע על דמוקרטיה יציבה, שתורמות לה מדינת הרווחה, הזכויות הקולקטיביות המוענקות למיעוט הערבי ועוד.

114 רות גביון "מדינה יהודית ודמוקרטית: אתגרים וסיכונים" רבת-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל 213, 217 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורוגן שמיר עורכים, 1998).

ומתגברת. בצדק מביא וולצר את ישראל כדוגמה למקרה מסובך במיוחד בשעה שהוא מדגים התמודדויות של חברות שונות עם ערך הסובלנות.¹¹⁵ תסבוכת זו נותנת את אותותיה ביציבות החברתית הרעועה שלנו. עוד לפני המהפכה החוקתית, ובוודאי אחריה, חלה שחיקה ביציבות זו, והשסעים הפנים-יהודי והיהודי-ערבי הולכים ומתעצמים.¹¹⁶ תמונת-מצב קודרת מציג קרייני, המצביע על כך שאין במדינה מכנה משותף רחב בין האזרחים השונים, מעבר לנתוני האזרחות הבסיסיים ביותר, ושקיים ניכור בין אוכלוסיות שונות, אשר החברה הערבית סובלת ממנו במיוחד.¹¹⁷ במקביל נרשמת התרחקות בין חילונים לבין דתיים, וכן בין זרמים שונים ביהדות פנימה. העובדה שקשה כל-כך לענות על השאלה הבסיסית אם קיים לאום ישראלי¹¹⁸ – ואם לא, אם ראוי לשאוף אליה¹¹⁹ – מדברת בעד עצמה, ומראה כי חבלי הזהות המאחדים אותנו כאן רופפים.

העובדה שהחברה הישראלית היא חברה שסועה באה לידי ביטוי גם במחלוקות לגבי ערכי-היסוד של החברה שלנו ולגבי מאפייני זהותה הראויים. מנחם מאוטנר עמד על עוצמתן של מחלוקות אלה, היורדות אפילו לשאלת הצורה שבה יש לעצב את הזירה הציבורית שלנו ואת מוסדות המדינה.¹²⁰ מאוטנר מוסיף על מחלוקת זו את המחלוקת סביב שאלת היחס הנאות בין המדינה לבין הקבוצות התרבותיות הפועלות בה. סוגיות רבות נהפכות לסלע-מחלוקת אף שאין לכך הצדקה מהבחינה האובייקטיבית.¹²¹ גם בעניין זה ניכרת מגמת החמרה.¹²² הלכידות הערכית מאיתנו והלאה בתחומים רבים. כפי שמציינת לרנר, הניסיון החוקתי שלנו מראה כי אפילו החוקתיות הרזה הליברלית קשה ליישום בחברה הישראלית, הנאבקת עדיין על עיצוב החיים הקולקטיביים ועל המחויבויות הבסיסיות ואמונות-היסוד שלה.¹²³

אי-קיומו של קונסנזוס בשאלות-היסוד הללו הוביל אותנו לאימוץ הנדסה חוקתית הדוחה את השלמת המפעל של כינון החוקה המלאה למועד עתידי לא-מוגדר (גישת

115 וולצר, לעיל ה"ש 95, בעמ' 49.

116 גביון, לעיל ה"ש 114, בעמ' 218.

117 מיכאל קרייני "על 'השלנו': רב-תרבותיות בהקשר הערבי-יהודי" **עיוני משפט** כז 71, 72 (2003).

118 ראו את פסק-דינו של השופט סולברג (כאשר כיהן בבית-המשפט המחוזי בירושלים) בעניין ה"פ (מחוזי י"ם) 6092/07 **אורנן נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, 15.7.2008), שקבע כי שאלת קיומו של לאום ישראלי לצורך רישומו במרשם האוכלוסין אינה שפיטה.

119 ראו את הדיון אצל יעקובסון ורובינשטיין, לעיל ה"ש 25, בעמ' 268.

120 מנחם מאוטנר **משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת** 275 (2008).

121 אריאל רוזן-צבי "מדינה יהודית ודמוקרטיה": אבהות ורחינות, ניכור וסימביוזה – האפשר לרבע את המעגל? " **עיוני משפט** יט 479, 492 (1995).

122 כפי שציינה דפנה ברק-ארז, אם לפני שישים שנה, למשל, ראה רוב העם היהודי אכילת בשר חזיר כחותרת תחת ערכי-היסוד לאומיים ודתיים כאחד, כיום נהפכה היכולת לרכוש בחופשיות מוצרי חזיר לאחד ממוקדי הוויכוח העזים הניטשים בין חילונים לדתיים. ראו את ניתוח הסוגיה אצל דפנה ברק-ארז "גלגולו של חזיר: מסמל לאומי לאינטרס דתי?" **משפטים** לג 403 (2003).

123 LERNER, לעיל ה"ש 28, בעמ' 201.

ה-incrementalist, על-פי כתיבתה של לרנר).¹²⁴ בהכרזה על הקמת מדינת-ישראל נאמר בצורה ברורה כי האספה המכוננת תקבע חוקה עד ליום 1 באוקטובר 1948. אף שהיה אז רוב פוליטי ברור שאפשר קבלת חוקה בכנסת הראשונה,¹²⁵ נדחה לעתיד מהלך גיבושה של החוקה בישראל, בהחלטת הררי המפורסמת.¹²⁶ כיום, שישים שנה לאחר-מכן ועשרים שנה לאחר המהפכה החוקתית, בשעה שחוקה חלקית כבר עומדת על מכונה, קיימות עדיין מחלוקות מהותיות המונעות את השלמת המפעל החוקתי. ההנדסה החוקתית של דחיית השלמתו של מפעל החוקה הוליכה לכך שההכרעה בנושאי דת ומדינה הועברה במידה רבה לדרגים הפוליטיים, ואלה הגיעו להסכמות ששיקפו "סטטוס-קוו" עם הגורמים הדתיים. סטטוס-קוו זה כלל את שמירת השבת ודיני הכשרות במוסדות ציבור, אוטונומיה בתחום דיני המעמד האישי, ואוטונומיה חינוכית. על חשיבותו של מרכיב הפשרה החוקתית בהנדסה החוקתית שלנו, במיוחד בכל הנוגע בשאלות-יסוד של השקפות-עולם, כגון מיהו יהודי, ניתן ללמוד מפסק-דינו של השופט לנדוי בבג"ץ שליט,¹²⁷ שם פסק:

"אין אצלנו מונוליות רעיונית בשאלות יסוד כאלה, וכוחו של משטרנו הדמוקרטי הוא בכך שהוא מאפשר לבעלי השקפות שונות מאד לחיות ולהיאבק יחד למען הדברים המאחדים את כולם, ובראש ובראשונה למען המשך קיומו של העם בחומר וברוח. מלחמת קיום זו דורשת שלא להחרף ניגודים רעיוניים מתוך יצר הקנאות והדיספוטציה בו מצויין עמנו מאז ומתמיד, אלא להתמיד בחיפוש אחרי 'מודוס ויוונדי' נסבל, בדרך ההתפשרות ההכרחית."¹²⁸

כוחם של הדברים לא תש בחלוף יותר מארבעה עשורים. למרבה הצער, המחויבות ההדדית של החוגים הניצים למרכיב הפשרה הולכת ונשחקת עם חלוף הזמן, מה שמעיד על אי-עמידתה של החוקתיות שלנו ביעדים שהציבה לעצמה. ההנדסה החוקתית שלנו משקפת את היותנו חברה שסועה בכך שהיא מקדמת מחויבות לערכי-יסוד סותרים במידה רבה, אשר לא נמצאה הדרך ליישב אותם באופן שיהיה מקובל על כל מרכיביה של החברה הישראלית. כך, הביטוי "מדינה יהודית ודמוקרטית" משקף הסכמה על ערך-יסוד שיש בו סתירות. זוהי הנדסה חוקתית שמתאימה לחברות שסועות, המראה כי אנו מסכימים על כך ש"אין הסכמה".¹²⁹ אין אנו יכולים להתעלם מן הסתירות; עלינו לחיות אותן ולנסות לרכך אותן. אכן, המשפט הציבורי שלנו מנסה להשיג יעד זה. אחת הדרכים לכך היא לתת למונחים הללו תוכן

124 ראו לעיל ליד ה"ש 81.

125 LERNER, לעיל ה"ש 28, בעמ' 57.

126 אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל: עקרונות יסוד 37 (2005).

127 בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477 (1970).

128 שם, בעמ' 519. יצוין כי השופט לנדוי ציין שאין מדובר בשאלות בלתי-שפיטות, אך מדובר בסוגיות

ש"הציבור הנאור" אינו מסוגל לשמש כמקור ליישוב מחלוקות שכאלה (שם, בעמ' 530).

129 LERNER, לעיל ה"ש 28, בעמ' 203.

שיצמצם את ההתנגשות ביניהם. כך, למשל, גביון ציינה כי "ככל שהמושג דמוקרטיה שלנו יהיה עשיר, ניטרלי ושוויוני יותר, כן הוא יוכל להתיישב פחות עם הדגשת יסודות ייחודיים ופרטיקולריסטיים ברמת המדינה".¹³⁰ הגישה שהיא מטיפה לה היא לפיכך גישה "מינימליסטית".¹³¹

על רקע כל אלה ברור כי ההנדסה החוקתית שלנו נמנעת מהכרעות של "שלמות" נורמטיבית. היא כוללת מרכיב מרכזי ביותר של פתרונות פרגמטיים. הד ברור לדברים מצוי אצל אריאל רוזן-צבי, שציין:

"אני מציע שינחו אותנו כמה קני-מידה. קני-מידה אלה נועדו להשיג שתי מטרות עיקריות. ראשית, לצמצם את תחום המחלוקת האפשרית בין יהדות לדמוקרטיה. לשם השגת מטרה זו, ניתן להשתמש בדרכי עקיפין, להיפגש במישור התוצאה בלבד ולהימנע מהכרעות אידיאולוגיות. שנית, למנוע השתלטות מוחלטת של יסוד אחד על אחר, העלולה לפגוע במסורת תרבותית ומשפטית ולתרום להרחבה של תחושת הניכור של קבוצות מסוימות כלפי המדינה."¹³²

על רקע זה הטיף רוזן-צבי להימנעות, ככל האפשר, מהכרעות אפריוריות וקבועות בדבר העדפת יסוד אחד על רעהו.¹³³ גישת-יסוד זו מתיישבת עם שאיפה לקיומה של אוטונומיה תרבותית משמעותית במקומותינו. קרייני הוסיף על כך את חשיבותו של הדיאלוג ואת החדרת מרכיבי הסובלנות לקבוצות התרבותיות השונות – "כל זאת לצד ההכרה בקיומה של אוטונומיה תרבותית לכל אחת מהקבוצות הקיימות".¹³⁴ חשוב שהשתתפות במסגרות הדיאלוגיות לא תהיה פרי כפייה כוחנית, אלא פועל יוצא מהסכמה.¹³⁵

בכל אלה ניתן למצוא שאיפה לשיח חוקתי של "שלום" נורמטיבי, ולא לשיח של "שלמות" נורמטיבית. שאיפה זו באה לידי ביטוי במשפט הציבורי שלנו בתוכנו של הזכויות החוקתיות ובאיוונים ביניהן לבין אינטרסים ציבוריים נוגדים. טלו, למשל, את

130 גביון, לעיל ה"ש 114, בעמ' 223.

131 ניתן, כמובן, להתווכח על גבולותיו של אותו מינימליזם. גביון שמה את הדגש בכללי המשחק המוסכמים הדמוקרטיים ובפרוצדורה, ונכונה להותיר מידה ניכרת של מחויבות לזכויות אדם או לצדק חברתי מחוץ לגדרי המונח (שם, בעמ' 224). אלא שהדמוקרטיה עצמה היא נגזרת של ערכי-יסוד וזכויות-יסוד בסיסיים, דוגמת השוויון הפוליטי (שהוא העומד מאחורי פרוצדורת-היסוד של שלטון הרוב), חופש הביטוי והמידע, חופש ההתאגדות ועוד ועוד. ראו: ROBERT A. DAHL, ON DEMOCRACY 44–50 (1998). לכן המחויבות לזכויות האדם (אשר תורמות לדמוקרטיה ועומדות בבסיסה) אינה חיצונית לערך שלטון הרוב, אלא פנימית לו.

132 רוזן-צבי, לעיל ה"ש 121, בעמ' 498.

133 שם, בעמ' 499.

134 קרייני, לעיל ה"ש 117, בעמ' 87.

135 שם, בעמ' 87.

סעיף שמירת הדינים שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹³⁶ סעיף זה מניח כי יש דינים, ביניהם חוקים, שאינם מקיימים את הוראות חוק-היסוד, ואשר כוללים, למשל, פגיעות לא כדין בזכויות-יסוד, וקובע כי אלה יעמדו עדיין בתוקפם. אכן, ניתן לפרש חוקים אלה בהתאם לתכליתם של חוקי-היסוד,¹³⁷ אך ייוותרו עדיין דינים משמעותיים שגם לאחר פרשנותם לא יקיימו את הוראותיה של פסקת ההגבלה. לשמירת דינים כזו לא היה מקום אילו דובר בחברה המקיימת שלמות נורמטיבית, שכן היא יוצרת חוסר קוהרנטיות בין הדינים השונים, שחלקם עומדים בפסקת ההגבלה וחלקם אינם עומדים בה. אולם בחברה הישראלית, בהיותה חברה שסועה אשר חלוקה לגבי ערכי-היסוד, נראה כי סעיף זה היה הכרחי כדי לאפשר את הרוב הפוליטי לחקיקת חוק-היסוד, שאם לא כן פשרות רבות שהושגו בעבר, בעיקר בענייני דת ומדינה, היו עלולות למצוא את עצמן מבוטלות מכוח חוקי-היסוד. סעיף שמירת דינים מתאים לחברה השואפת לשלום.

על העובדה שהחוקתיות של המשפט הציבורי שלנו שואפת, במקרים מרכזיים, לפתרונות מסוג של שלום, להבדיל משלמות, ניתן ללמוד גם מן המקרים שבהם הדינים השונים כפופים לביקורת מכוח חוקי-היסוד, ואינם נהנים משמירת הדינים. טלו, למשל, את סוגיית השוויון בנטל השירות הצבאי והפטור שניתן ממנו לבני הישיבות. זוהי סוגיה כבדה ורגישה, אשר זה עשרות שנים מצויה בדיונים ציבוריים ומשפטיים נוקבים. בית-המשפט העליון הכיר בכך שראוי ליתן הזדמנות לחקיקה, אשר פטרה באותה עת מגיוס עשרות אלפי בני ישיבות, וזאת כדי לאפשר הנעת הליכים שיובילו בסופו של יום לגיוסם של חלק מהם ולשילובם של אחרים בעבודה.¹³⁸ לאחר-מכן, משלא עמדה החקיקה ביעדיה, פסל אותה למעשה בית-המשפט, בקובעו כי תוקפה לא יוארך.¹³⁹ הנה כי כן, ניתן לראות כיצד הסדרת הנושא הצריכה – ומצריכה עדיין – הגעה לפשרה פרגמטית, אשר מעניקה את המשקל הראוי לערך השוויון בנטל הגיוס ולמימוש הזכות לשוויון, מחד גיסא, אך מכירה בצרכיה התרבותיים הייחודיים של הקהילה החרדית, מאידך גיסא. זהו ביטוי להתחבטות ולחיפוש אחר פתרונות שיצליחו להוביל לשינוי החברתי המיוחל, גם אם אין הם משקפים שלמות נורמטיבית. על רקע זה, התוכן שקיבלה הזכות לשוויון במשפט הציבורי שלנו בסוגיה רגישה זו אינו מתיישב בהרמוניה עם התוכן הניתן לה בהקשרים אחרים. אין כאן מימוש מושלם של הזכות לשוויון, ואין גם שאיפה למימוש כזה. תוכנה של הזכות החוקתית והאיזון בינה לבין האינטרסים המתנגשים האחרים ישקף, בתקווה, שלום, ולא שלמות. הוא ישקף, בתקווה, אותו "מודוס ויוונדי" נסבל, בדרך ההתפשרות ההכרחית שעליו עמד השופט לנדוי.¹⁴⁰ בכך באים לידי ביטוי מאפייניו של המשפט הציבורי שלנו, שהוא משפטה של חברה שסועה.

136 ס' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150, הקובע כי "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד".

137 ראו דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (1995), הכולל התייחסות לשאלה כיצד יש לפרש דין הנהנה משמירת הדינים לאחר חקיקת חוקי-היסוד העוסקים בזכויות חוקתיות.

138 ראו בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006).

139 בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 21.2.2012).

140 ראו לעיל ליד ה"ש 128.

את מאפייני-היסוד הזה של המשפט החוקתי שלנו חובה עלינו להביא בחשבון בבואנו לבחון את שאלת תחולתן של הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי בישראל. השאיפה לקוהרנטיות בין ההנדסה החוקתית הכוללת לבין שאלת החלתן של זכויות אלה צריכה לחייב אותנו לאמץ שאיפה לקוהרנטיות של "שלום", ולא של "שלמות", בין שני ענפי המשפט. כך במדינות שסועות באופן כללי, וכך גם בחברה הישראלית.

2. תחולתן של זכויות חוקתיות במשפט הפרטי בישראל – החלה מידתית וזהירה תוך שאיפה לקוהרנטיות של שלום

(א) כללי

על רקע מאפייניה של החוקתיות הישראלית, ועל רקע היות החברה שלנו חברה שסועה, מתבקשת החלה זהירה ומידתית של זכויות חוקתיות במשפט הפרטי. רמז כבד לכך מצוי כבר במונח-היסוד החוקתי שלנו "מדינה יהודית ודמוקרטית". "מדינה", ולא "חברה" יהודית ודמוקרטית. לבונטין תהה על הבחירה בתיבה "מדינה", להבדיל מ"חברה", שהרי מדינה היא כלי. החשבתה לנושאת ערכים עלולה לשקף, לשיטתו, הלך-מחשבה פשיסטי. בחברות חופשיות לא המדינה היא עיקר, אלא החברה.¹⁴¹ תהייה זו אינה מתבקשת. הבחירה במונח "מדינה" לא נבעה משיקולים פשיסטיים. בבסיסה עומדת ההבחנה שבין הציבורי לפרטי. היא משקפת הנדסה חוקתית שלפיה אין המדינה מבקשת להחיל קוהרנטיות נורמטיבית על החברה כולה. קוהרנטיות כזו מקהרתנו והלאה. הרי קוהרנטיות כזו אנו מתקשים להחיל אפילו במישור הציבורי, הכולל מחויבות למונחים בעלי מתח פנימי עז, דוגמת "יהודית" ו"דמוקרטית", וכולל גם סעיפי שמירת דינים והחלה מודרנית של החובה לנהוג בשוויון בתחומים רגישים. אם כך במישור הציבורי, אזי בוודאי אי-אפשר להגיע לקונסנזוס חברתי כולל במישור הפרטי.

גישה חוקתית זו מתיישבת עם עמדתו של מנחם מאוטנר, שלפיה יש לאמץ בישראל את הליברליזם הפוליטי, אשר מפריד במפורש בין הציבורי לפרטי, ומבקש למקם את המחויבות לערכי-היסוד הליברליים במישור המדינה, ולא להחיל תפיסת ליברליזם מוסרית כוללת על החברה בכללותה.¹⁴² מכאן שיש לנקוט משנה זהירות בשעה שבאים לשקול החלת זכויות חוקתיות במשפט הפרטי בישראל. מאוטנר מציע ליישם כאן את "עקרון הביזור" בכל הנוגע במימוש התרבותי. לפי גישה זו, אזרחי המדינה לא יממשו את תפיסות-עולמם ברמת המדינה, אלא ברמה התת-מדינתית (ברמה המוניציפלית, ברמת הקהילה, בהתאגדויות וכולי).¹⁴³ מאוטנר מצייין כי עקרון הביזור הוא שמנחה את

141 אביגדור לבונטין "יהודית ודמוקרטית" – הרהורים אישיים "עיוני משפט" יט 521, 521 (1995). לכן גם השמיט לבונטין מכתרת המאמר שלו את המילה "מדינה".

142 מאוטנר, לעיל ה"ש 120, בעמ' 297. מובן שלא אודקק ברשימה זו להכרעות בדבר תקפות תורתו של רולס. כפי שראינו, קיימים ערכים ציבוריים אשר חלים במערך היחסים שבין פרטים. זהו, למשל, ערך הסובלנות, אשר מחייב את כלל הקבוצות, כולל קבוצות לא-ליברליות, ולא רק את המדינה. ראו לעיל בחלק א3(ג)3[א].

143 שם, בעמ' 323.

משפט ועסקים טז, תשע"ד זכויות חוקתיות במשפט הפרטי במדינה יהודית ודמוקרטית

החוקתיות הישראלית הלכה למעשה.¹⁴⁴ מכאן שההנדסה החוקתית שלנו שואפת, כמקובל בחברות שסועות רבות, לאפשר מימוש תרבותי אוטונומי לקבוצות התרבותיות המשמעותיות הפועלות כאן. הנדסה חוקתית זו תמצא מסוכלת אם במקביל לה יוחלו באופן גורף זכויות חוקתיות במשפט הפרטי. זאת, משום שהחלה גורפת של זכויות חוקתיות במשפט הפרטי תטיל מגבלות ערכיות ציבוריות כבדות-משקל, שיפגעו קשות במימוש התרבותי האוטונומי של קהילות וציבורים שלמים. גם כאן אנו רואים את חשיבותה של הקוהרנטיות בין ההנדסה החוקתית הכוללת לבין שאלת החלתן של זכויות חוקתיות במשפט הפרטי.

ומה המציאות הלכה למעשה בשיטתנו המשפטית? נראה לי כי קוהרנטיות בסוגיית תחולתן של זכויות חוקתיות במשפט הפרטי מאיתנו והלאה. ניתן למצוא גילויים של זהירות ראויה בהחלתן, מחד גיסא, לצד החלה מסיבית ואולי אף אגרסיבית שלהן, מאידך גיסא. לאחרונה פסק השופט דנציגר כי –

“ערך השוויון במשפט הפרטי איננו ערך יסוד. נהפוך הוא, בספֶּרָה הפרטית החירות היא הכלל, ועקרון השוויון הוא החריג לו, חריג המוחל בדרך כלל כאשר קיים פער משמעותי בין הצדדים או כאשר לאחד הצדדים מעמד מעין ציבורי...”¹⁴⁵

ניתן כמובן להרחיב את קשת המקרים שבהם יוחל השוויון במשפט הפרטי מעבר לזו שהשופט דנציגר מונה, אך העיקרון הבסיסי העולה מגישתו הוא שכדי להסיג את החירות הפרטית, יש להצביע על טעם טוב לדבר. לדעתי, זו הגישה הראויה ליישום בישראל, ויש בה כדי לשקף את האיזון הראוי בין הזכות לתרבות לבין האינטרסים המתנגשים בה. זהו ביטוי לאותה החלה “מבחוץ” (ולא “מבפנים”) של הזכויות החוקתיות, אשר ראויה לחברות שסועות,¹⁴⁶ ומכאן שהיא ראויה גם לחברה הישראלית. חשוב לזכור כי באותו פסק-דין הביע השופט ג'ובראן את דעתו הנוגדת כי יש לראות את השוויון כחלק בלתי-נפרד מפעולתם של גופים עסקיים במשפט הפרטי, וכי אין לראותו כחריג לזכותו של הפרט לפעול בחירות ובשרירות בעלים.¹⁴⁷ זוהי גישה התומכת בהחלה רחבה יחסית של זכויות חוקתיות במשפט הפרטי, אם כי יש לזכור שדבריו של השופט ג'ובראן פונוו למישור העסקי, ולא למכלול הגורמים הפועלים במשפט הפרטי. הנה כי כן, כבר כאן, בפסק-דין זה, ניתן לראות גישות שונות וסותרות לשאלת תחולתן של זכויות חוקתיות במשפט הפרטי. לצד גישות אלה ניתן למצוא דוגמות להחלת נורמות ציבוריות על גורמים פרטיים באופן גורף, תוך סיווגם כגופים דו-מהותיים בקלות

144 שם, בעמ' 323–329.

145 ראו רע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ, פס' 19 לפסק-דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 16.11.2011) (להלן: עניין פרוז'אנסקי).

146 ראו את הדיון לעיל בחלק א3(ג)3[ב]1.

147 עניין פרוז'אנסקי, לעיל ה"ש 144, בעמ' 23.

יתרה, ואף ללא סיווג כזה. בחלק זה אבקש להציג כמה דוגמות להחלה בעייתית, לדעת, של זכויות חוקתיות במשפט הפרטי, הסוטה מהמודל המוצע ברשימה זו.

(ב) ניתוח ביקורתי של כמה דוגמות בולטות להחלת זכויות חוקתיות במשפט הפרטי בישראל

(1) הכפפת גופים דתיים לזכויות חוקתיות

האם בית-ספר דתי נוצרי יכול לאסור על תלמידות מוסלמיות הלומדות בו לחבוש רעלה, בטענה שבכך ייפגעו הערכים הדתיים שבית-הספר מחויב להם? התשובה שבית-המשפט העליון משיב תלויה בסוג בית-הספר.¹⁴⁸ אם מדובר בבית-ספר פרטי (בית-ספר מוכר שאינו רשמי) הנתון בבעלותה של עדה דתית מוכרת, אזי נראה שהוא יוכל לאסור על התלמידות הבוחרות ללמוד בו לחבוש רעלה.¹⁴⁹ לעומת זאת, אם מדובר בבית-ספר רשמי, קרי בית-ספר הפועל במסגרת ממלכתית, אזי כללים בדבר אחידות הלבוש לא יוכלו לגבור על חופש הדת של התלמיד.¹⁵⁰ כיצד ניתן להסביר תוצאה שונה זו? התשובה מצויה בשאלת קיומם של מאפיינים ציבוריים לבית-הספר. ככל שמדובר במסגרת פרטית יותר, הזכות לתרבות ולאוטונומיה תהיה על העליונה, שכן מדובר בהטלת מגבלות על מימוש עיקריה של אמונה דתית. לעומת זאת, כאשר מדובר בבית-ספר ממלכתי, מחויבותו לערכי הפלורליזם והשוויון הדוקה יותר, ולכן ניתן להטיל מגבלות על יכולתו למנוע את הבאים בשעריו מלממש את חופש הדת שלהם. גישה זו עולה בקנה אחד עם הקריאה להחלה מידתית וזהירה של זכויות חוקתיות במשפט הפרטי. היא עולה בקנה אחד עם הרעיון שהזכויות החוקתיות מוחלות על הגורמים הפרטיים "מבחוץ", ולא "מבפנים". רק אם יש טעמים המצדיקים זאת, כגון קשר בין בית-הספר לבין מערכת החינוך הממלכתית, יהיה אפשר לחייב את בית-הספר הדתי לכבד את חופש הדת של בני דתות אחרות הלומדים בו.

והנה, סטייה מגישה זו ניתנת למצוא בפסק-הדין בעניין **שביט**.¹⁵¹ בפרשה זו עסק בית-המשפט העליון באחת מנגזרות הוויכוח בשאלה אם חברה קדישא, שהינה גוף דתי, יכולה לאסור כיתוב לועזי על מצבות בבית-עלמין שבניהולה. התשובה השלילית ניתנה כזכור, ברוב דעות, בעניין **קסטנבאום**,¹⁵² לנוכח מאפייניה של חברה קדישא כגוף דתי-מהותי, לנוכח היותה מונופולין, ולנוכח תחולתן של הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי. אולם להבדיל ממקרים קודמים, הפעם עמד בתוקפו חוק הזכות לקבורה אזרחית חלופית, התשנ"ו-1996, ס"ח 249 (להלן: חוק הקבורה האזרחית). חוק זה שבר לכאורה את המונופול של חברה קדישא, ובא לאפשר למבקשים זאת להיקבר בקבורה אזרחית. בגין חוק זה דחה בית-המשפט המחוזי (השופט זפט) את בקשתם של בני משפחת שביט

148 בג"ץ 4298/93 ג'בארין נ' שר החינוך, פ"ד מח(5) 199 (1994) (להלן: עניין ג'בארין).

149 שם, בעמ' 204.

150 שם, בעמ' 203-204.

151 ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ, פ"ד נג(3) 600 (1999) (להלן: עניין שביט).

152 ראו לעיל ה"ש 3.

לאפשר להם לכתוב כיתוב לועזי על המצבה של יקירתם. נקודת התורפה בפסק־הדין הייתה שבמועד התהוותו של הסכסוך לא היה אפשר עדיין ליישם את החוק, שכן לא הייתה חלופה של קבורה אזרחית במקום, ולמעשה אף לא ברוב הארץ, ולכן בפועל נשמר המונופולין של חברה קדישא.

בית־המשפט העליון קיבל את ערעור המשפחה. השופט חשין, כתוארו אז, דחה את הרלוונטיות של השאלה אם קיימת אפשרות קבורה אזרחית חלופית. בבסיס פסק־דינו עומדת שאלת תחולתם של עקרונות המשפט הציבורי ושל ערכי השפה העברית, כבוד האדם והסובלנות במשפט הפרטי.¹⁵³ לשיטתו, חוק הקבורה האזרחית לא שינה את נקודת האיזון של פסק־הדין בעניין **קסטנבאום**. כל מטרתו הייתה להוסיף דרך חדשה על דרכי הקבורה המקובלות. השופט חשין פסק כי לא "בטלה מאליה זכותו של אותו אדם לכיתוב לועזי על מצבה בבית קברות רגיל, אם אמנם קנה זכות זו לפני היותה של אותה זכות לקבורה חלופית".¹⁵⁴ השופט חשין מסביר כי פסק־הדין בעניין **קסטנבאום** מייסד את עצמו בעיקר על תקנת הציבור ועל חלותו של המשפט הציבורי על גופים דר־מהותיים. לכן אין מקום לצמצום ההלכה לגופים המספקים שירותים באופן מונופוליסטי.¹⁵⁵ הנשיא ברק הצטרף לניתוחו של השופט חשין. גם לשיטתו לא חל שינוי במעמדה של חברה קדישא כגוף דר־מהותי בעקבות חקיקת חוק הקבורה האזרחית.¹⁵⁶ הנשיא ברק הסביר כי אל מול הפגיעה הישירה הנגרמת למשפחת המנוחה עומדת פגיעה עקיפה בלבד במשפחותיהם של הקבורים האחרים במקום, שהרי המצבה עם הכיתוב הלועזי אינה המצבה שלהן, אלא של זולתן. לשיטתו, איסור הכיתוב הלועזי מטעמים שבדת מהווה כפייה דתית.¹⁵⁷ אפילו שופט המיעוט, השופט אנגלרד, לא השתית את פסק־דינו על חשיבותו של חוק הקבורה האזרחית. הואבחן אם יש מקום להכריח את חברה קדישא, שהינה גוף דתי, להתיר מעשה כיתוב במצבה אשר אסור על־פי פסיקת הלכה של המרא דאתרא, המחייבת את החברה לפי רשיונה שלה.¹⁵⁸ על שאלה זו הוא עונה בשלילה, ותשובתו זו היא עקרונית. לשיטתו, אין בית־המשפט מוסמך, ככלל, לכפות על גוף דתי, בין ציבורי ובין פרטי, לנהוג בניגוד לדין הדתי שעליו הוא אמון, שאם לא כן תיווצר פגיעה קשה במיוחד בחופש הדת.¹⁵⁹

אם ניישם את גישת ההחלה המידתית והזהירה של הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי, כראוי בחברה שסועה, אזי לטעמי, שאלת יישומו של חוק הקבורה האזרחית צריכה להיתפס כרלוונטית מאוד להכרעה בדילמה. על הפרק עומדת אכיפת סטנדרטים חוקתיים חילוניים על חברת קבורה דתית, המבקשת לקבור בהתאם לאופן שבו היא

153 עניין **שביט**, לעיל ה"ש 151, בעמ' 610. בכך צועד השופט חשין במתווה של השופט ברק בעניין **קסטנבאום**, לעיל ה"ש 3.

154 שם, בעמ' 618.

155 שם, בעמ' 629.

156 שם, בעמ' 646.

157 שם, בעמ' 652–653.

158 שם, בעמ' 644.

159 שם, בעמ' 645.

מבינה את ההלכה הדתית ובהתאם להוראותיהם של הרבנים שהיא נשמעת להם. הסיבה שבגינה תוצאת פסק־הדין בעניין **קסטנבאום** הייתה מוצדקת נובעת מכך שלציבור לא הייתה אז בררה ממשית אלא לקבור את מתיו בבתי־העלמין שנוהלו על־ידי חברה קדישא. חברה קדישא הייתה אז גוף דר־מהותי בגין חינויותם של השירותים שהיא העניקה, מחד גיסא, ומשום שלא הייתה אז אפשרות אמיתית לקבלם במקום אחר, מאידך גיסא. זו הסיבה שבגינה היה מוצדק להחיל עליה זכויות חוקתיות, וביניהן את המחויבות לאוטונומיה. זו הסיבה שבעטייה נדחתה זכותה לתרבות של חברה דתית כחברה קדישא. זהו ביטוי להחלה "מבחוץ" של ערך כבוד האדם על גוף דתי שאינו מוגדר פורמלית כממלכתי. אולם אם יש בידי משפחות המנוחים לקבור את מתיהם בבתי־עלמין אזרחיים (בין בקבורה דתית ובין באחרת), א־אז (ורק אז) צריכה להישמט ההצדקה להחלת הזכות החוקתית לכבוד האדם על חברה קדישא. כאשר בנסיבות כאלה, שבהן קיימת חלופה לקבורה דתית, המשפחות בוחרות בכל־זאת לפנות לבית־העלמין הדתי, יתכבדו ויכבדו את חופש הדת ואת הזכות לתרבות של העמותה הדתית המפעילה אותו. אכן, יש בתי־עלמין מחמירים ויש כאלה שמקילים, אך כזאת היא היהדות, ואין לכפות על פלג מחמיר את הגישה המקילה דווקא כאשר קיימת אפשרות לקבור במקום אחר.

לכן, לדעתי, פסק־הדין בעניין **שביט** מחיל את הזכויות החוקתיות על חברה קדישא באופן גורף יתר על המידה. הוא משקף קוהרנטיות של שלמות, ולא של שלום. הוא מבקש ליצור קוהרנטיות בין הזכות לכבוד האדם במשפט הציבורי לבין ערך כבוד האדם במשפט הפרטי, תוך הטלת חובה לנהוג על־פיו על גוף דתי, לנוכח העובדה שהוא מספק שירותי קבורה חיוניים. אולם קוהרנטיות של שלום בחברה שסועה תיחס חשיבות לאוטונומיה התרבותית. היא תיחס משקל רב לעובדה שמתבקשת כאן החלת נורמות חילוניות על גוף דתי. אכן, בניגוד לדעת המיעוט בעניין **שביט**, אוטונומיה זו צריכה לסגת כאשר מדובר בשירות מונופוליסטי, אך בהינתן קיומה של חלופה לקבורה הדתית, אין עוד מקום להסיגה, שכן השאיפה היא להשיג פתרון פרגמטי ראוי, השואף לשלום, ולא לשלמות נורמטיבית. בהינתן קיומה של חלופה לקבורה הדתית נשאלת השאלה במה דינה של חברה קדישא שונה מזה של בית־הספר הנוצרי הפרטי המבקש להחיל תלבושת אחידה ולאסור חבישת רעלות. כאן וכאן מדובר במוסדות דתיים המעניקים שירותים חיוניים. גם בעניין **ג'בארין** דובר במצב שבו הפגיעה בחופש הדת של התלמידות הנוצריות היא חלשה יחסית לזו של התלמידות המוסלמיות. והנה בעניין **ג'בארין** הגיע השופט ברק לתוצאה הפוכה מזו שאליה הגיע בעניין **קסטנבאום** ובעניין **שביט**. אני סבור כי הגישה שיושמה בעניין **ג'בארין** ראויה ליישום גם בעניין בתי־העלמין. החלה מידתית וזהירה של זכויות חוקתיות במשפט הפרטי במדינה היהודית והדמוקרטית מחייבת שהחלתן על גופים דתיים תיעשה "מבחוץ", כלומר, רק אם האינטרס הציבורי מחייב זאת.

(2) הקשר עם המדינה כאמצעי להחלת החובה לנהוג בשוויון

[א] כללי

בחברה שסועה, זיקה בין גורמים פרטיים לבין המדינה יכולה להוות בסיס אפקטיבי ורב

עוצמה להחלת זכויות חוקתיות עליהם. בחלק זה אבחן שתי דוגמות למקרים שבהם היה אפשר להשתמש בזיקה כזו. בדוגמה הראשונה אכן נעשה בה שימוש כדי להגיע לתוצאה הצודקת, אך באופן גורף מדי, לטעמי, ללא התחשבות ראויה בצורך להחיל את הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי באופן מידתי. בדוגמה השנייה שאציג לא נעשה בה שימוש, אף שהיה צריך לעשותו, לדעתי.

[ב] עניין קעדאן

הסוכנות היהודית היא גוף וולונטרי שהוקם על-ידי העם היהודי וממומן מתרומותיו, קרי, מכספים שיהודים תורמים לטובת המפעל הלאומי היהודי בישראל. מתוך נאמנות למטרותיה, הסוכנות משתמשת בתקציב העומד לרשותה, בין היתר, לשם הקמת יישובים שיתגוררו בהם יהודים בלבד. האם הסוכנות היהודית חבה בחובה לנהוג בשוויון כלפי תושביה ואזרחיה הערבים של מדינת-ישראל? השאלה הגיעה לפתחו של בית-המשפט העליון, אשר לא רצה להטיל על הסוכנות חובה ישירה לנהוג בשוויון בעניין זה. מדובר בעניין רגיש ביותר במציאות הישראלית. הסוכנות ופעילותה נחשבות לאחד ממנועי העשייה המרשימים ביותר של המפעל הלאומי שלנו. על רקע זה בחר בית-המשפט העליון להטיל את החובה לנהוג בשוויון בעקיפין, וזאת על-ידי התמקדות במדינה. היה זה בבג"ץ קעדאן הידוע.¹⁶⁰ בית-המשפט הציג את השאלה המשפטית העומדת להכרעה באופן הבא:

“השאלה הניצבת בפנינו הינה, אם המדינה, היא עצמה, מפרה את החובה לנהוג בשוויון, שעה שגוף שלישי שאליו מועברים מקרקעי המדינה, נוקט במדיניות המקצה מקרקעין ליהודים בלבד.”¹⁶¹

על כך ענה בית-המשפט בחיוב. הוא הסביר שאת מה שאסור למדינה לעשות במישורין אסור לה לעשות גם בעקיפין.¹⁶² בכך ניסה בית-המשפט להתחמק מן השאלה אם הסוכנות עצמה חייבת בשוויון בהקצאת מקרקעין.¹⁶³ הוא לא עסק בחובתו של הגוף השלישי הפרטי לנהוג בשוויון, אלא בחובתה של המדינה. מה יהיה דינה של הסוכנות בשעה שתפעל על-פי המטען האידיאולוגי שלה על קרקע פרטית, למשל? תשובה ישירה לשאלה זו לא יהיה אפשר למצוא בפסק-הדין.

המהלך העקרוני שנקט בית-המשפט העליון מתיישב עם חוקתיותה של מדינה שסועה. הוא מתיישב עם קוהרנטיות של שלום בין המשפט הציבורי לבין החלת הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי. זאת, משום שבית-המשפט בחר לפתור את הדילמה המשפטית באמצעות מתן משקל נורמטיבי לכך שמדובר בקרקעות בעלות מאפיין ציבורי, קרי, מקרקעי המדינה. זוהי החלה “מבחוץ” של החובה לנהוג בשוויון,

160 בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000) (להלן: עניין קעדאן).

161 שם, בעמ' 283.

162 שם.

163 שם.

המתגבשת לנוכח הקשר עם המדינה.¹⁶⁴ גם התוצאה שאליה הגיע בית-המשפט, שלפיה אין לשלול מקעדאן את היכולת להיות חבר ביישוב רק בגין היותו ערבי, היא ראויה. אך בסיס ההנמקה של תוצאה זו רחב ביותר, ועל-כן היא עלולה לשקף החלה גורפת מדי של זכויות חוקתיות במשפט הפרטי. אכן, בית-המשפט ניסה להימנע מלהטיל באופן ישיר על הסוכנות את החובה לנהוג בשוויון, אך התוצאה המעשית של פסק-הדין היא הטלה גורפת של החובה לנהוג בשוויון על יותר מ-90% מאדמות המדינה, אותן אדמות המנהלות על-ידי רשות מקרקעי ישראל, ועל מגוון רחב ביותר של דיירים.

על-מנת להמחיש את הקושי, נניח כי מי שניצב לפנינו הוא לא הסוכנות, אלא אדם פרטי, בעל זכויות חכירה ביחידת דיור אחת קטנה, אשר אינו מוכן להחכיר בשכירות-משנה את יחידת הדיור שלו ללא-יהודים. אותו אדם מגדיל לעשות ושולח מכתב להנהלת רשות מקרקעי ישראל שבו הוא מצהיר על הדברים מפורשות. האם המדינה מפרה את מחויבותה לעקרון השוויון בכך שהיא מחכירה לו את הקרקע? האם עליה לבטל את חוזה החכירה עימו? לכאורה, על-פי הנמקת פסק-הדין בעניין **קעדאן**, התשובה חיובית. זאת, משום שלפנינו גוף שלישי המדיר מחמת לאום, שהמדינה מוסרת לו את המקרקעין שלה. אך זוהי הנמקה גורפת ומזיקה, במיוחד בחברה שסועה, משום שהיא עלולה לפגוע באוטונומיה התרבותית של ציבורים שלמים. היא תחיל בעקיפין על כולנו – גורמים קטנים וגדולים, מסחריים ופרטיים – את החובה לנהוג בשוויון במשפט הפרטי על כל מקרקעיה של המדינה כמעט. חשוב להזכיר כי בכתיבתו האקדמית ציין ברק כי לדעתו אין זה ראוי להטיל את החובה לנהוג בשוויון על בעל יחידת דיור יחידה המבקש להשכיר חדר בדירתו.¹⁶⁵ אולם על-פי הלכת **קעדאן**, אם ניישמה כפשוטה, אם החדר המושכר מצוי על קרקע בניהולה של רשות מקרקעי ישראל, אזי אותו משכיר יסתכן בביטול חוזה החכירה שלו אם לא יפעל בשוויון. זוהי פגיעה גורפת באוטונומיה, המגיעה עד לרמה האינטימית ביותר, וקשה לקבלה בחברה שסועה כחברה הישראלית.

לנוכח זאת, החלה מידתית של החובה לנהוג בשוויון במשפט הפרטי צריכה לשלול את הפרופוזיציה שניתן להטיל בחברה שלנו על גורמים פרטיים, יהיו אשר יהיו, את החובה לנהוג בשוויון במקרקעי ישראל, שאם לא כן הם יסתכנו באובדן זכויות החכירה שלהם. אולם מוצדק להטיל חובה כזו על סוגי חוכרים מסוימים. לכן, לדעתי, לא היה מנוס בעניין **קעדאן** מלבחון את זהותו של אותו צד שלישי המחכיר את הקרקע. אם מדובר באדם פרטי יחיד, אזי יש מקום לכבד את האוטונומיה של הרצון שלו. אם מדובר בחוכר מסחרי או בחוכר המשפיע רבות על אפשרויות הגישה למקרקעין, התמונה תשתנה. למעשה, גישתו של בית-המשפט העליון בעניין **קעדאן** אינה משקפת נכונה את הלכת *Burton*, אשר עליה, בין היתר, היא מסתמכת.¹⁶⁶ כזכור, לפי הלכה זו, בעצם קיומו של קשר בין המדינה לבין גורם פרטי אין כדי להחיל על האחרון את החובה לנהוג

164 ראו את הדין לעיל בחלק א3(ג)3[ב]2].

165 ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 5, בעמ' 691; ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", לעיל ה"ש 4, בעמ' 389.

166 ראו לעיל ה"ש 101.

בשוויון, אלא יש לבדוק את נסיבות ההתקשרות ואת מאפייניה. לכן לא היה אפשר להגיע לתוצאה בעניין קעדאן ללא בחינת מערכת היחסים שבין המדינה לבין הסוכנות, שהיא החוכרת את הקרקע מרשות מקרקעי ישראל. התוצאה בעניין קעדאן מוצדקת דווקא בגלל מאפייניה הציבוריים המובהקים של הסוכנות. יש לומר כי לא הרי הסוכנות היהודית כהרי בעל יחידת דיור יחידה בשכונה נתונה כלשהי. הסוכנות ממלאה פונקציה שלטונית מן הדרגה הראשונה. היא גורם מיישב בתחומי המדינה. פעילותה מתממשת תוך שיתוף-פעולה מלא מצד המדינה, והיא נהנית מהקלות רבות המעוגנות בחקיקה ראשית ובחקיקת-משנה לעניין זה.¹⁶⁷ היקף פעילותה העצום של הסוכנות בישראל, העובדה שהיא ממלאת תפקידים שלטוניים מובהקים של תכנון סביבתי, וכן טיב הקשר שלה עם הרשויות השלטוניות – כל אלה מחייבים את המסקנה כי המדינה אינה יכולה להתנער ממחויבותה לשוויון בדרך של מתן יד חופשית לפעילותה הסרגטיבית של הסוכנות במקרקעי ישראל.

זאת ועוד, תוצאה זו, לגבי הסוכנות, נוגעת אך בפעילותה בתחום המקרקעי. לדעת, אין ללמוד ממנה כי יש להחיל על הסוכנות חובה מלאה לנהוג בשוויון חוקתי בכל אשר תעשה ובכל תחומי פעילותה. אכן, הסוכנות הוכרה בפסיקה בתי-המשפט כגוף דו-מהותי,¹⁶⁸ אך יש לזכור כי מדובר בהתאגדות אידיאולוגית, וכי ככזו היא צריכה ליהנות מהגנה חזקה על יכולתה לממש את חופש ההתאגדות.¹⁶⁹ לכן יש להטיל על הסוכנות את החובה לנהוג בשוויון בזהירות ובמידתיות, ברוח הגישה הכללית המקודמת במאמר זה, היפה לחברות סועות. לפיכך אין לדרוש מן הסוכנות לוותר על מטענה האידיאולוגי באופן גורף ומלא. כך, למשל, לא נראה לי שקיימת חובה לשלב עובדים ונושאי-משרה

167 פעולותיה של הסוכנות קיבלו הכרה רשמית מטעם המדינה כבר בחוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ-ישראל, התשי"ג-1952, ס"ח 2, שבו הכירה המדינה בסוכנות כמוסמכת לפעול ליישוב הארץ. נוסף על כך, לפי תק' 3(19) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993, ק"ת 826, הקצאת קרקעות לסוכנות פטורה ממכרז; ס' 19 לחוק ההתיישבות החקלאית (סייגים לשימוש בקרקע חקלאית ובמים), התשכ"ז-1967, ס"ח 108, פוטר את הסוכנות היהודית מן האיסורים שהחוק מטיל על שימוש חורג בקרקע חקלאית שהוחכרה מהמדינה; בס' 4א(א)(2)(ב) לחוק רשות מקרקעי ישראל, התש"ך-1960, ס"ח 57, נקבע כי אחד מחברי מועצת מקרקעי ישראל יכול שיהיה נציג של הסוכנות היהודית; בחוק הרשות לפיתוח הנגב, התשנ"ב-1991, ס"ח 26, הוקמה הרשות לפיתוח הנגב, אשר בין חבריה יושב נציג של הסוכנות היהודית (לפי ס' 9א(10)); הֶסֶדֶר דומה קיים גם בחוק הרשות לפיתוח הגליל, התשנ"ג-1993, ס"ח 138; ובכך לא תמה רשימת הדוגמות.

168 ראו בג"ץ 4212/91 המוסד החינוכי הממלכתי דתי העל-יסודי לבנות "בית רבקה" נ' הסוכנות היהודית לארץ-ישראל, פ"ד מז(2) 661, 667 (1993), שם הושארה הסוגיה בצריך עיון, אך עם נטייה ברורה להשיב עליה בחיוב. כן ראו את פסיקתו של בית-הדין הארצי לעבודה בדב"ע תש"ן/5-9, 4-9 פריד נ' ההסתדרות הציונית העולמית, פד"ע כא 80 (1989), אשר השיב עליה בחיוב, וסיווג את הסוכנות כגוף דו-מהותי.

169 ראו את גישתה של השופטת אוקונור (O'Connor) בפסק-הדין הידוע Roberts v. United States Jaycees, 468 U.S. 609 (1984) (להלן: עניין Roberts), שבו קבעה כי זכות-היסוד לחופש ההתאגדות חזקה במיוחד ביחס לאגודות "אקספרסיביות".

לא־יהודים בתפקידי־מפתח אידיאולוגיים בתוך הסוכנות. טוב שהסוכנות תעשה כן מרצונה, אך לא נראה לי שראוי להטיל עליה חובה משפטית לעשות כן, כל עוד אין הוראות דין ספציפיות המטילות חובה כזו. שונים פני הדברים בכל הנוגע בתחום **המקרקעין**. המקרקעין, בניגוד לחינוך או לפעילות תרבותית אחרת שהסוכנות יכולה להיות מעורבת בה, הינם משאב מוגבל. לישראל יש היקף מקרקעין נתון. על רקע זה, האינטרס החברתי במקרקעין מחייב הבטחת אפשרות גישה של כלל תושבי החברה למשאב יקר־ערך זה. זו הסיבה שבגינה מוצדק להטיל על הסוכנות את החובה לנהוג בשוויון במשפט הפרטי גם כלפי לא־יהודים בתחום המקרקעין. תוצאה זו, המשתנה בהתאם לפעילותה של הסוכנות, משקפת החלה מידתית של זכויות חוקתיות במשפט הפרטי במקומותינו. היא משקפת החלה "מבחון", ולא "מבפנים". היא משקפת פשרה מתוך שאיפה לקוהרנטיות של שלום, ולא של שלמות.

[ג] עניין "נוער כהלכה"

הדוגמה השנייה שאבקש להתמקד בה היא פרשת ההפרדה העדתית שנידונה בבג"ץ **"נוער כהלכה"**.¹⁷⁰ במקרה זה דובר בבית־הספר היסודי לבנות שביישוב עמנואל, שהינו מוסד "מוכר שאינו רשמי" לחינוך תורני. בית־הספר פילג את תלמידותיו, הלכה למעשה, לתלמידות אדוקות ולתלמידות אדוקות פחות, תוך שימוש בפרמטר של השתייכות אתנית. התלמידות האשכנזיות הוכרו כאדוקות בקלות רבה, ואילו התלמידות ממוצא ספרדי – לא. מידת האדיקות לא נבחנה באופן אישי, אלא על בסיס סטטוס. בית־המשפט העליון קבע כי התנהלות זו של בית־הספר מהווה הפליה בוטה, והחיל את החובה לנהוג בשוויון על בית־הספר ועל הוריהם של התלמידות. ההורים, שהינם גורמים פרטיים בעליל, הדפו את קביעת בית־המשפט, והעדיפו לנסוע למתקן הכליאה בגין בזיון בית־המשפט, והכל כדי לא למלא אחר החובה לנהוג בשוויון.¹⁷¹

גם כאן אני סבור כי התוצאה שאליה הגיע בית־המשפט, קרי החלת החובה לנהוג בשוויון על בית־הספר, היא ראויה. מדובר במקרה מובהק של הפליה בוטה, הפוגעת עמוקות בתלמידות ובהוריהן. פגיעה כזו יכולה להצדיק את הטלת החובה לנהוג בשוויון במשפט הפרטי גם בחברות שסועות.¹⁷² עם זאת, לטעמי, החלה מידתית וזהירה של זכויות חוקתיות במשפט הפרטי בחברה שסועה, במיוחד על מיעוט דתי אדוק ומתבדל, הייתה צריכה להוביל לצעידה הדרגתית יותר מצד בית־המשפט העליון. היה מקום להקדים צעד אחר לשליחת ההורים אל הכלא, ולנסות להפעיל תחילה לחץ דווקא באמצעות הזיקה למדינה. היה ראוי לשקול צעידה באפיק שהותווה בעניין *Bob Jones University*,¹⁷³ אשר הפעילה אף היא מדיניות קבלה גזענית. לדעתי, בית־המשפט היה צריך תחילה להורות למשרד החינוך לבטל את ההכרה בבית־הספר, ולאסור העברת כסף – ולו שקל אחד – למימונו, כל עוד ימשיך בית־הספר להתנהל כפי שהתנהל. לחץ כזה

170 בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך (פורסם בנבו, 6.8.2009).

171 ראו בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך (פורסם בנבו, החלטה מיום 15.6.2010).

172 ראו את הדיון לעיל בחלק 3א(ג)(3)[ב][1].

173 ראו לעיל ה"ש 104 והטקסט שלידה.

ניתן לאכיפה ביתר קלות, שכן הוא מוטל על אורגן של המדינה, ולא על גורמים פרטיים, וייתכן שהוא היה מוביל לשינוי בהתנהלותו של בית־הספר, כפי שקרה בעניין האוניברסיטה האמריקאית. חשוב לזכור בהקשר זה כי הורים לתלמידות חרדיות מעוניינים, במקרים רבים, שבנותיהן יקבלו תעודת סיום בעלת תוקף, כדי שיוכלו להשתלב בשוק העבודה. לחץ כזה היה יכול להוביל לשינוי חיובי, ורק אם היה נכשל, היה ראוי להחיל את החובה לנהוג בשוויון על ההורים עצמם. בכך היה בית־המשפט צועד במתווה המחיל זכויות חוקתיות במשפט הפרטי מתוך שאיפה לקהרנטיות של שלום, ולא של שלמות. מתווה מודרג ומידתי זה מתאים יותר להחלה במדינה היהודית והדמוקרטית השסועה.

(3) החלה ישירה של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו – עוולת הפרת חובה חקוקה
כיום הולכת ומשתכללת האחריות הנזיקית של המדינה בשעה שהיא פוגעת בזכויות־היסוד של תושביה.¹⁷⁴ אחת הדרכים לעשות כן היא באמצעות עוולת הרשלנות הנזיקית. ברק־ארז כותבת כי עוולת הרשלנות היא עוולת־מסגרת "שבתשתיה מונחת תפיסה של חובה – חובת הזהירות. החובות שמוטלות על הרשות מכוח פסיקת בג"צ יכולות לשמש בסיס להכרה בחובת זהירות חדשה במערכת היחסים שבין הרשות לפרט – חובת זהירות חוקתית. הפרה של נורמות מתחום המשפט הציבורי עשויה להיחשב גם כהפרה של חובת הזהירות הנזיקית, ולכן, תוכל לשמש בסיס לתביעת פיצויים".¹⁷⁵ בשעה שנחקקו חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק־יסוד: חופש העיסוק, המעגנים חלק מזכויות־היסוד בהסדר חקיקתי על־חוקי, קמה, לצד עוולת הרשלנות, עוולת הפרת חובה חקוקה (סעיף 63 לפקודת הנזיקין) כעולה מתאימה נוספת לחיוב המדינה בגין הפרת חובותיה החוקתיות.¹⁷⁶

האם התפתחות זו יכולה וצריכה לחול גם במישור היחסים שבין הפרטים לבין עצמם, להבדיל ממערכת היחסים שבין המדינה לבין הפרטים? במשפט הישראלי הולכת וגוברת ההכרה בכך שהפרת החובה לנהוג בשוויון יכולה להוליך לחיוב בגין עוולות חוקתיות גם כאשר מדובר במערכת יחסים בין פרטים, ולא רק כאשר מדובר במערכת היחסים שבין הפרטים למדינה.¹⁷⁷ כך, ברק מציין כי עוולת הפרת חובה חקוקה יכולה

174 ראו את ספר־היסוד של דפנה ברק־ארז *עוולות חוקתיות – ההגנה הכספית על הזכות החוקתית* (1994). כן ראו יואב דותן "עילות תביעה ציבוריות ופיצויים ללא אשם" *משפט וממשל* ב 97 (1994); בג"ץ 2665/98 *נחום נ' משטרת ישראל – מפקד מרחב דן*, פ"ד נב(2) 454, 460–461 (1998); ע"א 2781/93 *דעקה נ' בית החולים "כרמל"*, חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999); ע"א 1081/00 *אבנעל חברה להפצה בע"מ נ' מדינת ישראל*, פ"ד נט(5) 193 (2005). לגישה הקוראת לזהירות בהחלת העוולות החוקתיות וביישומן ראו את פסק־דינו של השופט עמית (בשבתו בבית־המשפט המחוזי) בת"א (מחוזי חי') 653/02 *ח. יעקבי בניה והשקעות נ' עיריית חדרה*, פס' 24–44 (פורסם בנבו, 31.10.2005).

175 ברק־ארז, לעיל ה"ש 174, בעמ' 302.

176 ברק *פרשנות חוקתית*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 787.

177 לסקירה בעניין זה ראו דפנה ברק־ארז "עוולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד" *משפט וממשל* ט 103, 119–122 (2005).

לחול גם במישור היחסים שבין הפרטים לבין עצמם.¹⁷⁸ הדבר זכה אף בעיגון בפסיקת בתי-המשפט. בעניין **נעאמנה**, למשל, נידון סירוב של פארק המים בקליה, אשר לחופי ים המלח, להכניס לתוכו משפחה ערבית. בית-המשפט ציין כי לצד החובה לנהוג בתום-לב, נראה שחלה במקרה זה גם עוולת הפרת חובה חקוקה, אשר יכולה להיות בסיס נאות להטלת חבות בנזיקין.¹⁷⁹ מהי אותה הוראה חקוקה שהופרה? זהו חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לאחרונה אף שמענו כי ניתן לשקול קונסטרוקציה משפטית שלפיה "ניאוף" או "בגידה" בין בני-זוג יכולים להיות פגיעה ב"כבוד האדם" המוגן שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וזאת מכוח עוולת הפרת חובה חקוקה.¹⁸⁰

גישה שיפוטית הקוראת להכיר ברלוונטיות של עוולת הפרת חובה חקוקה גם למערכות יחסים בין פרטים, בגין הפרת זכויות חוקתיות, הינה מרחיקת-לכת מדי לטעמי. החובה החקוקה שהאחריות הנזיקית רוכבת עליה היא החובה המצויה בחוקי-היסוד. חובה זו חלה על הממשל מכוח סעיפי התחולה שבחוקי-היסוד.¹⁸¹ לפיכך עוולת הפרת חובה חקוקה אכן מתאימה להחלה במערכת היחסים שבין הפרט לבין השלטון. אולם יישומה של עוולה זו ביחס לפרטים הופך אותם, להלכה ולמעשה, לכפופים ישירות לחוקי-היסוד. זוהי מסקנה דרמטית, העומדת בניגוד לדין המצוי וגם בניגוד לדין הרצוי בחברות שסועות, וביניהן החברה הישראלית, שכן פירושה סופו של המשפט הפרטי ושל הזכות לתרבות. זהו ביטוי לחוסר קוהרנטיות בין הדין הציבורי לבין הדין הפרטי. הרי הדין הציבורי שלנו מייחס חשיבות רבה לערך האוטונומיה התרבותית,¹⁸² שממנה אמורות ליהנות גם הקבוצות התרבותיות המסורתיות והדתיות. והנה, הטלת אחריות נזיקית על פרטים בגין הפרה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו פירושה החלת חוק-היסוד עליהם תוך פגיעה קשה באותה אוטונומיה תרבותית. אחד הטעמים שברק מציג לעדיפותה של עוולת הפרת חובה חקוקה על חברתה עוולת הרשלנות הוא שגבולות האחריות של הראשונה רחבים מאלה של האחרונה. עוולת הפרת חובה חקוקה אינה דורשת את מרכיב ה"התרשלנות" שחובה להוכיח בעוולת הרשלנות לשם גיבוש האחריות הנזיקית.¹⁸³ אלא שיתרון זה שברק מצביע עליו הוא חשוב בכל הנוגע באחריותן של הרשויות הציבוריות כלפי הפרטים. יתרון זה נהפך לחיסרון בשעה שמדובר במערכות יחסים בין פרטים, שאז חובה עלינו לנקוט גישה זהירה

178 ברק **פרשנות חוקתית**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 788.

179 ת"א (שלום י-ם) 11258/93 **נעאמנה נ' קיבוץ קליה** (פורסם בנבו, 1.9.1996). פסק-הדין מתבסס אומנם על דיני החוזים לשם הגעה לתוצאה המצדיקה פיצוי, אך יש בו (שם, בפס' 6) התייחסות חיובית גם לאפיק הפיצוי בגין הפרת חובה חקוקה.

180 ראו את ניתוחו של השופט אסף זגורי בתמ"ש (משפחה טב') 10541-03-11 **א.ז. נ' מ.ז.**, פס' 21.7 (החלטה מיום 15.7.2011).

181 ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה, והוא הדין ביחס לס' 5 של חוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90.

182 ראו לעיל ליד ה"ש 143-144.

183 ברק **פרשנות חוקתית**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 788.

משפט ועסקים טז, תשע"ד זכויות חוקתיות במשפט הפרטי במדינה יהודית ודמוקרטית

יותר.¹⁸⁴ גישתו זו של ברק מתאימה יותר לחברה השואפת לקהרנטיות של שלמות, ולא של שלום.

בניגוד לעוולת הפרת חובה חקוקה, עקרון תום-הלב, שהחובה לנהוג לאורו מעוגנת היטב בחוק החוזים, הוא העיקרון המבטיח גמישות נאותה, לדעת, לשם גיבוש גבולותיה של החלת החובה המשפטית לנהוג בשוויון במשפט הפרטי. זהו עיקרון גמיש יותר, המאפשר לעצב את החובה לנהוג בשוויון בזהירות המתבקשת. קיומו על אפיק חלופי זה הופך את החלתו למידתית יותר בהשוואה לחלופה של עוולת הפרת חובה חקוקה. ניתן ללמוד רבות בהקשר זה מגישתם של בתי-המשפט בקנדה, אשר סירבו לכונן עוולה נזיקית כללית האוסרת הפליה, לנוכח קיומם של דברי חקיקה ספציפיים האוסרים הפליה בתחומי פעילות מסוימים. הם סירבו לכונן זאת בדרך שיפוטית,¹⁸⁵ תוך הדגשת חשיבותם של ערכי האוטונומיה של הרצון וחופש החוזים במשפט הפרטי. זוהי גישה ראויה, לטעמי, אשר ראוי ליישמה גם במחוזותינו. בחברה שסועה כחברתנו אין זה ראוי להכפיף את כל הפרטים לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. זוהי למעשה החלה ישירה של הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי, שאין לה מקום במחוזותינו.

(4) חוק ועדות קבלה

הסוגיה האחרונה שבה אעסוק במאמר נוגעת בגבולות שיקול-הדעת של אגודות שיתופיות ושל יישובים קהילתיים בנוגע לקבלת חברים לשורותיהם. עניין זה עמד במרכזו של החוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א-2011 (להלן: חוק ועדות קבלה). התפתחות הדין והפסיקה בנושא זה מראה עד כמה החלתן של זכויות חוקתיות במשפט הפרטי צריכה להיות מורכבת וזהירה, ואיזה דיאלוג מורכב מתקיים בין הרשות המחוקקת לבין הרשות השופטת כאשר זכויות אלה אינן מוחלות בצורה זהירה על-ידי הרשות השופטת. אבקש להציג את חוק ועדות קבלה כתגובת-נגד של המחוקק על החלה מסיבית מדי מצד בתי-המשפט של החובה לנהוג בשוויון במשפט הפרטי בתחום זה. אני עוסק בהרחבה בסוגיה זו במקום אחר,¹⁸⁶ וכאן אסתפק בהצגה נקודתית של הדברים.

היכולת של כל התאגדות להחליט מי החברים בה ומי אינם כאלה היא אחת מאבני-

184 לגישה המתנגדת להחלתה של עוולת הפרת חובה חקוקה מכוחם של חוקי-היסוד על מערכות יחסים בין פרטים ראו מיגל דויטש קניין 231–224 (1997).

185 השופט וילסון (Wilson), במדינת אונטריו, היה מוכן אומנם להכיר בעוולה כללית של הפליה במשפט המקובל () 105 D.L.R. [1979] Bhadauria v. Board of Governors of Seneca College, 707 (3d). אולם נכונותו זו נבעה מריבוי החוקים ברמת המדינה וברמה הפדרלית שאסרו הפליה במשפט הפרטי, ומכל מקום, גישתו זו נהפכה בבית-המשפט העליון הקנדי, אשר לא היה מוכן להכיר בה. ראו: Ian A. Bhadauria v. Seneca College, [1981] 2 S.C.R. 183. לדיון בכך ראו: Ian A. Hunter, *The Stillborn Tort of Discrimination*, 14 OTTAWA L. REV. 219 (1982).

186 ראו פרק 5 בכתב-היד של ספרי – גרשון גונטובניק הפליה בדיוור וקבוצות תרבותיות: על חומות משפטיות, גדרות חברתיות ומה שביניהן (צפוי לראות אור בהוצאה לאור של אוניברסיטת בראילין ונבו).

היסוד של חופש ההתאגדות. החופש להתאגד כולל גם את החופש לא להתאגד.¹⁸⁷ עם זאת, הזכות לחופש ההתאגדות אינה מוחלטת, וניתן להגבילה בגין אינטרסים ציבוריים חשובים נוגדים, ביניהם הרצון להילחם בהפליה במשפט הפרטי. כיצד יש לערוך את האיזון? בעניין *Roberts*, שעליו עמדתי לעיל, פסק בית-המשפט העליון האמריקאי כי ככל שמדובר בהתאגדות אינטימית יותר (גישתו של השופט ברנן (Brennan)) או אקספרסיבית יותר (גישתה של השופטת אוקונור (O'Connor)) כן צריך להיות קשה יותר להכפיפה לחובה לנהוג בשוויון. אולם בכל הנוגע בתאגידי דיור אמור להיות קל יותר לעמוד בנטל, משום שמשאב המקרקעין הינו מוגבל, וקיים אינטרס ציבורי כבד-משקל בהבטחת נגישותו לכל.

אף-על-פי-כן, כאשר בוחנים את המשפט המשווה, מסתבר שאין למצוא החלה מלאה של החובה לנהוג בשוויון על תאגידי הדיור. דברי החקיקה אשר אוסרים הפליה בדיור במשפט הפרטי¹⁸⁸ אוסרים רק הפליה מחמת השתייכות לקבוצות מוגנות (דת, גזע, לאום, אתניות, נכות וכיוצא בזה). אם נערכת הפליה שרירותית שאינה על בסיס קבוצתי מוגן, בתי-המשפט נוטים לא להתערב בשיקול-הדעת התאגידי. כך, למשל, נמנע בית-משפט אמריקאי מלהתערב במדיניות קבלה של תאגידי דיור שאסרה מכירת זכויות קניין בו לעורכי-דין (!).¹⁸⁹ כאשר נעשה ניסיון מצד הטוענים להפליה להרחיב את הבסיסים שהחוק מתייחס אליהם, תוך הזמנת בתי-המשפט לגבש חובה כללית לנהוג בשוויון גם ביחס לקבוצות שאינן מוגנות, נדחו הדברים על-ידי בתי-המשפט.¹⁹⁰ בזמן האחרון ניתן למצוא גישה ברורה בבתי-המשפט האמריקאיים המסרבת לסווג את תאגידי הדיור הפרטיים – גם את אלה שמתגוררים בהם אלפי אנשים – כגופים הכפופים ישירות למשפט הציבורי.¹⁹¹ נוסף על כך ניתן למצוא מתן פטור לתאגידי דיור דתיים מן החובה לנהוג בשוויון, ובלבד שהקבלה לדת אינה נעשית על בסיס פרמטר מסנן של צבע, אתניות או לאום.¹⁹² בכל אלה אנו רואים החלה זהירה של החובה לנהוג בשוויון במשפט הפרטי, תוך איזון רגיש בין הזכות לתרבות והאוטונומיה של הפועלים במשפט הפרטי לבין האינטרס הציבורי להילחם בהפליה במשפט הפרטי ולאפשר גישה למשאב המקרקעין המוגבל. זוהי דוגמה להחלה של החובה לנהוג בשוויון "מבחוץ", ולא "מבפנים". זוהי גישה ראויה לחברה המתאפיינת בשונות תרבותית כה רבה כמו החברה האמריקאית, וזו בוודאי הגישה הראויה ליישום בחברה שסועה כחברה הישראלית.

187 עניין *Roberts*, לעיל ה"ש 169, בעמ' 623.

188 ראו, למשל: Fair Housing Act, codified at 42 U.S.C. sec. 3601 (להלן: חוק הדיור ההוגן האמריקאי) או את ה-Equality Act 2010 בבריטניה.

189 *Kramarsky v. Sthal Management*, 401 N.Y.S.2d 943, 945 (N.Y. App. Div. 1977).

190 ראו, למשל, עניין *Miller v. Bd. of Managers of Whispering Pines at Colonial Woods Condo*, II, 457 F. Supp.2d 126 (E.D. N.Y. 2006; Lexis) שם נדחתה טענה של בני-זוג שהלינו על ניסיון

לפנותם מיחידת המגורים שלהם בתאגידי הדיור בשל העובדה שבת-הזוג הינה רקדנית אקזוטית.

191 ראו את פסק-דינו של בית-המשפט העליון של מדינת ניו-ג'רזי בעניין *Committee for a Better*

Twin Rivers v. Twin Rivers Homeowners' Ass'n, 929 A.2d 1060 (N.J. 2007).

192 ראו, למשל, ס' 3607 לחוק הדיור ההוגן האמריקאי, לעיל ה"ש 188.

ומהם פני הדברים בישראל? אחד מתאגידי הדיור הכולטים בישראל הוא האגודה השיתופית. במשך עשרות שנים נמנעו בתי-המשפט מלהתערב בשיקול-דעתן של האגודות השיתופיות בבחירת חבריהן, גם כאשר היו סימנים ברורים לכך ששיקול-דעת זה הופעל על בסיס גזעני.¹⁹³ הימנעות זו ננקטה בשמו של אידיאל החיים המשותפים, שנתפס כחיים במסגרת של משפחה מורחבת, המצדיקה ריסון רב בשאלת ההתערבות השיפוטית בקבלת החברים אליה. אך מדובר באידיאל ושברו, שהגיע לשיא בעשרים השנה האחרונות, ועל כך יש להוסיף את החלת הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי בעקבות המהפכה החוקתית, שהוליכה לשינוי המציאות המשפטית מן הקצה אל הקצה. בתי-המשפט גילו נכונות להעביר ביקורת שיפוטית מקיפה יותר ויותר על שיקול-דעתן של האגודות השיתופיות בבחירת חבריהן.

כאן התגלו שתי גישות-יסוד בפסיקת בתי-המשפט. הראשונה הייתה זו של השופט ארבל בעניין דור.¹⁹⁴ לפי גישה זו, האגודות השיתופיות כפופות לחובה לנהוג בתום-לב, וסינון מועמדים על בסיס השתייכות קבוצתית תרבותית עלול להיחשב כמפר החובה. בעיניי זוהי גישה ראויה. היא משקפת זהירות ומידתיות בהחלת החובה לנהוג בשוויון במשפט הפרטי. אין היא מטילה חובה גורפת לנהוג בשוויון. יש בה גמישות המאפשרת לפטור מהחובה הזו במקרים המתאימים (למשל, תאגידי דיור דתיים, כמקובל במשפט המשווה). היא מאפשרת ליחד את החובה למקרים המתאימים לכך. זוהי החלה של החובה לנהוג בשוויון "מבחוץ". בררת-המחדל היא מימוש האוטונומיה, אלא אם כן קיימים טעמים כבדי-משקל לסטות ממנה. זוהי בררת-מחדל המתאימה לחברות שסועות.

הגישה השנייה הפכה למעשה את האגודות השיתופיות לרשויות ציבוריות. היא הטילה עליהן חובה לנהוג בשוויון באופן גורף, ובתוך כך אסרה עליהן לנקוט הבחנות שאי-אפשר להצדיקן אובייקטיבית. גישה זו אוסרת, אם תרצו, לא רק את "ההפליה החוקתית", אלא גם את "ההפליה המנהלית" מצד האגודות השיתופיות. אומנם, ההבחנה בין ההפליה החוקתית לבין זו המנהלית אינה נקיה מספקות, כפי שציננה השופטת חיות,¹⁹⁵ שהרי "שוויון הוא שוויון"; אך נראה לי שדבריה פונו בעיקר אל מישור המשפט החוקתי, שהרי רשויות המנהל אכן צריכות להימנע מכל הפליה שהיא. לעומת זאת, בהקשר של גורמים פרטיים יש להבחנה זו ערך, שכן היא מצביעה על כך שבהקשר זה החלת החובה לנהוג בשוויון היא עניין של מידה ודרגה. האינטרס הציבורי להילחם בהפליה אינו מצדיק בהכרח את הפיכת הגורמים הפרטיים לשקולים לרשויות ציבוריות. ההבחנה מראה כי אין להטיל על הפרטים את החובה לנהוג בשוויון, משל היו רשויות מנהליות, אלא יש לאסור עליהם את גילויי ההפליה המזיקים במיוחד. והנה,

193 ראו, למשל, ה"פ (מחוזי נצ') 29/88 שיבלי נ' פישר ויורשי המנוח פישר, פ"מ תשמ"ט(3) 499, 501 (1989).

194 ע"א 10419/03 דור נ' רמת הדר – כפר שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ, פ"ד ס(2) 277, במיוחד 293–295 (2005).

195 כך ציינה השופטת חיות בעע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, הערה (1) לפסק-דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 14.9.2010).

בכמה פסקי-דין הוצגה הגישה שלפיה קביעת תנאי על-ידי אגודה שיתופית שאינו רלוונטי לקבלת מועמדים היא פסולה בעיני בית-המשפט.¹⁹⁶ היו בתי-משפט שהחילו את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על האגודות השיתופיות,¹⁹⁷ ולאחרונה השמיעה דעת יחיד בבית-המשפט העליון את עמדתה כי אגודה שיתופית היא גוף דרומהותי הכפוף לעקרונות-היסוד של המשפט הציבורי.¹⁹⁸ למגמה פסיקתית זו נלוו הגבלות הולכות וגדלות מצד מנהל מקרקעי ישראל על הליכי הקבלה של החברים לאגודות השיתופיות.¹⁹⁹

לטעמי, גישה שנייה זו אינה מידתית ואינה ראויה. אי-אפשר להפוך את האגודות השיתופיות לרשויות מנהליות, שכן בכך ייחנק חופש ההתאגדות, ותיפגע יתר על המידה הזכות לתרבות ולאוטונומיה. כך במיוחד ביחס לאגודות שיתופיות קטנות ואינטימיות יחסית. חופש ההתאגדות הוא זכות חוקתית שחשיבותה הוכרה בפסיקתו של בית-המשפט העליון, וכיום הוא חלק מזכות-היסוד החוקתית לכבוד האדם.²⁰⁰ לתושבי המדינה ולאזרחיה עומדת הזכות להקים צורות יישוב שונות ומגוונות בהתאם להשקפת-עולמם ולהבנתם. זכות זו קיימת הן ביחס לאדמות בבעלות פרטית והן באדמות המצויות בניהולה של רשות מקרקעי ישראל. אין לקבל את הטענה כי חופש זה צריך שייסוג וייעלם ביחס לקרקעות מקרקעי ישראל מכיוון שמדובר באדמות בניהול ציבורי. קבלת טענה זו פירושה שלא תהיה תקומה לחופש ההתאגדות ביחס ליותר מ-90% מאדמות המדינה. גורמים פרטיים רבים פועלים באדמות המנוהלות על-ידי רשות מקרקעי ישראל. יש קבוצות ופרטים המכוננים קשת מגוונת ביותר של צורות התיישבות. אסור להכפיף את כולם אל אותה חובה לנהוג בשוויון שהרשויות הציבוריות כפופות אליה, קרי, אל החובה לפעול הן על-פי עקרון השוויון החוקתי והן על-פי עקרון השוויון המנהלי. זאת, מכיוון שהכפפה כזו פירושה סופו של הקניין הפרטי בישראל וסופה של האוטונומיה של הרצון ביחס למקרקעין במדינה הזו. כפי שראינו, החלה גורפת של החובה לנהוג בשוויון אינה מקובלת גם בעולם הרחב, המטיל מגבלות חלקיות בלבד על חופש ההתאגדות, בראש ובראשונה בגין השתייכות לקבוצות מוגנות (שוויון חוקתי), ומסרב להרחיב את החובה לנהוג בשוויון מעבר לכך (שוויון מנהלי).

מטרתו של המחוקק הישראלי הייתה להבהיר כי יש תחולה ויש חשיבות לערך חופש ההתאגדות ביחס ליישובים קהילתיים מסוימים וביחס להרחבות ביישובים שאינם גדולים, באזורי הנגב והגליל, וזאת גם על מקרקעי ישראל. החוק בא לצמצם את

196 ראו, למשל, ת"א (מחוזי ת"א) 1664/97 סגל נ' יד נתן – מושב עובדים של העובד הצינוני, פס' 11 לפסק-דינו של השופט עדי אזור (לא פורסם, 6.9.2000). ראו עוד ה"פ (מחוזי ת"א) 362/03 רוזן נ' בני דרוו – מושב שיתופי להתיישבות בע"מ (פורסם בנבו, 19.1.2004).

197 ראו ה"פ 168/03 (שלום י"ם) מנשה נ' ועד מקומי עלי (פורסם בנבו, 19.9.2004).

198 ראו ע"א 1773/06 אלף נ' קיבוץ איילת השחר, פס' ד לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 19.12.2010).

199 ראו נטע זיו וזן תירוש "המאבק המשפטי נגד מיון מועמדים ליישובים קהילתיים – מלכוד ברשת טובענית ומחוררת" קהילות מגודרות 311, 327–328 (אמנון להבי עורך, 2010).

200 ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", לעיל ה"ש 4, בעמ' 430.

ההכפפה הגורפת של האגודות השיתופיות לחובה לנהוג בשוויון. הוא בא לחזק את מרכיב חופש ההתאגדות ולהסיט את נקודת האיזון הפסיקתית הפוגעת בו יתר על המידה. לכן החוק מאפשר שימוש באמת-מידה של חוסר התאמה למרקם החברתי-התרבותי של היישוב הקהילתי. אך בה-בעת המחוקק מציין כי חופש ההתאגדות אינו גובר על כל אינטרס אחר. אין הוא גובר על החובה לנהוג בשוויון חוקתי בתחום המקרקעין. כך, סעיף 6ג(ג) לחוק ועדות קבלה קובע כי "ועדת הקבלה לא תסרב לקבל מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, נטייה מינית, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית-פוליטית". אכן, הרקע החברתי שקדם לחקיקה זו הינו מטריד, וגם ההיסטוריה החקיקתית של החוק היא קשה. ההגניעה להדיר מועמדים ערבים ומועמדים אחרים ש"אינם רצויים" היא בולטת. היא בלטה בהליכי החקיקה עצמם וגם עובר להליכי החקיקה. עם זאת, לשון החוק ברורה. היא יוצרת איזון ראוי בין חופש ההתאגדות לבין השוויון. לכן חוק ועדות קבלה הולם את החוקתיות שלנו כמדינה שסועה, ואת האופן הזהיר שבו יש להחיל במדינה זכויות חוקתיות, וביניהן הזכות לשוויון, על תאגידי דור, ובראשם האגודות השיתופיות. לדעתי, הבעיה בחוק אינה נעוצה בהגנת חסרה על ערך השוויון, אלא דווקא בהוראות המגבילות יתר על המידה את חופש ההתאגדות.²⁰¹

201 כך, אין זה ברור כלל ועיקר מדוע כל היישובים מושא החוק, ללא יוצא מן הכלל, יהיו חייבים לכלול בוועדת הקבלה שלהם נציג של הסוכנות היהודית או של ההסתדרות הציונית. אגודות שיתופיות שירצו בכך, אם בשל קשרים שיש להן עם גופים אלה ואם מכל סיבה אחרת, יוכלו להציב בוועדות הקבלה שלהן נציגים של אותם גופים, אך אין כל בסיס לגיטימי לכפיית נציגות כזו על אגודות שאינן מעוניינות בה. בעיניי זוהי מגבלה בלתי-חוקתית, שכן מדובר בפגיעה בלתי-מידתית בחופש ההתאגדות המעוגן בכבוד האדם. מישור אחר שלגביו מתעוררת בעייתיות נוגעת באגודות שיתופיות דתיות ובהרחבות שלהן. בעניין זה נראה לי שנפלה תקלה אצל המחוקק. החוק אוסר לחלוטין הדרה על בסיס דתי. כפי שציינתי, עיון במשפט המשווה מראה כי ברוב המקרים התאגדויות דתיות פטורות מהחובה לנהוג בשוויון, ובלבד שהדת אינה מסרבת לקלוט חברים על בסיס גזע, לאום או אתניות. והנה, הכנסת בחרה לאסור באופן גורף הדרה מחמת דת, ולא יצרה חריג שיאפשר הדרה כזו ביחס ליישובים דתיים הפועלים באזורים כפריים, שאכן מממשים אורח חיים דתי הלכה למעשה. לדעתי, מדובר בתוצאה בלתי-חוקתית, והטלת מגבלה מוחלטת כזו הינה פסולה. בשעה שמדובר ביישוב קטן בגליל או בנגב, המממש אורח חיים דתי, יש מקום לאפשר לו לממש אורח חיים זה על-ידי התעקשות, אם ירצה בכך, שרק בני אותה קהילה דתית יצטרפו אל היישוב, ולא אחרים. שלילת יכולתם של יישובים אלה לממש את פעילותם התרבותית – וזאת דווקא רחוק ממרכזי הערים, במקומות שבהם המקרקעין אינם כה מבוקשים – מהווה מגבלה בלתי-מידתית ובלתי-ראויה, הפוגעת יתר על המידה בחופש הדת ובכבוד האדם. לדעתי, מגבלה זו צריכה להיפסל.

סיכום

ברשימה זו ביקשתי לנצל את ההזדמנות שבה אנו מהרהרים על-אודות המהפכה החוקתית כדי לדרון בשאלת תחולתן של הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי. ביקשתי להראות כי עד כה לא נעשה הקישור הראוי בין אופן ההחלה של זכויות אלה לבין ההנדסה החוקתית של המשפט הציבורי שלנו. יש לשאוף לקוהרנטיות בין ההנדסה החוקתית הכללית של המשפט הציבורי, על איזוניה הרגישים, לבין החלת הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי, שאם לא כן ירדו איזונים אלה לטמיון. ביקשתי להראות כי בחברות שסועות כשלנו, שהמשפט הציבורי שלהן מייחס חשיבות רבה לערך האוטונומיה התרבותית ולפשרות פרגמטיות, יש להימנע מהחלה גורפת של הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי, ולבחון את הדברים בזהירות ובמידתיות. יש לשאוף לא לקוהרנטיות של שלמות, אלא לקוהרנטיות של שלום.

בסוגיה שבחנתי במאמר, כמו בתחומים אחרים הנוגעים במהפכה החוקתית, מצויה תרומה אדירה שתורם השופט, הנשיא והפרופסור אהרן ברק בפסיקתו ובהגותו. ברק ביקש להחיל את הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי לא באופן ישיר, אלא באופן עקיף, וגם אם ביקשתי להראות כי גישתו יושמה באופן גורף מדי לטעמי, לא נוכל לא להכיר בחוב העצום שכולנו חבים לו על ביצור מעמדן של הזכויות החוקתיות ועל חיזוקן גם במשפט הפרטי שלנו. ברצוני לנצל הזדמנות מיוחדת זו, בצייננו עשרים שנה למהפכה החוקתית, להבעת הכרת-טובה למי שהייתה לי הזכות לעבוד תחתיו וללמוד ממנו הרבה כל-כך. מאמר זה מוקדש לו בתודה ובאהבה רבה.