

המדינה היא לא עסק פרטי

**תמורות בהחלת נורמות המשפט הציבורי: ממתן לגיטימציה
לגופים שלטוניים להפר נורמות ציבוריות ועד אכיפת נורמות
ציבוריות בגופים פרטיים**

מאת

אמנון רובינשטיין, ערן דוידי*

מבוא

במאמרו של פרופ' דניאל פרידמן "תחולתן של חובות מן המשפט הציבורי על רשות ציבורית הפועלת במשפט הפרטי"¹ הוא מבקר את התפיסה שרווחה עד אז בפסיקה – שעל פעולות של רשויות ציבוריות שהן בתחום המשפט הציבורי בלבד יחולו נורמות המשפט הציבורי, ולעומת זאת על פעולות של גופים ציבוריים שבתחום המשפט הפרטי לא יחולו נורמות המשפט הציבורי. לטענתו, עיקרון מוטעה זה יצר הבחנות מלאכותיות בפסיקה, שהתבטאו ראשית בהגדרתן של פעולות מובהקות העוסקות במשפט הפרטי – כמשפט ציבורי – לצורך כריס כניסה להחלת נורמות המשפט הציבורי. שנית, הבחנה ללא הצדק ענייני בין השלב הטרומי-חוזי לבין השלב החוזי כפרמטר לכפיפות הרשות למשפט הציבורי והפרטי.

במבט ראשון, כאשר קוראים כיום את מאמרו זה של פרופ' פרידמן, מתעוררת מיד התגובה – "פשיטא", משמע: פשוט הדבר ומובן מאליו, וכי מה בא לחדש לנו הכותב בחיבורו? ! אולם דווקא תמיהה זו יש בה כדי ללמד על חלוציות כתיבתו של פרופ' פרידמן

* אמנון רובינשטיין, פרופסור מן המניין, המרכז הבינתחומי הרצליה. ערן דוידי, המרכז הבינתחומי הרצליה. המחברים מודים לעו"ד שירלי נוה ולעמית לוין על עזרתם המועילה.
1 משפטים ה' 598 (1974).

ועל ראיית הנולד ממש בתחום זה,² שהרי כיום ברור לכל סטודנט בשנתו הראשונה בפקולטה למשפטים, שרשות ציבורית מחויבת להחלת נורמות המשפט הציבורי מתוקף דוקטרינת "הנאמנות הציבורית". לפיכך מה לי אם מדובר במישור הציבורי ומה לי אם מדובר במישור הפרטי? בשניהם חלה חובת נאמנות והגינות של הרשות כלפי הציבור. מאז מאמרו של פרופ' פרידמן ועד היום צעדו הן בית המשפט הן בית המחוקקים (לרוב בסדר הזה) עקב בצד אגודל, ותמורות מהותיות חלו בכל הקשור בסרטוט קו הגבול שבין המשפט הפרטי למשפט הציבורי,³ קו גבול שהתבסס בעיקר עקב ההבחנה בין הספרה "הציבורית" לבין הספרה ה"פרטית".⁴ מטרת רשימה זו היא לסקור בקצרה את הדרך הארוכה וההדרגתית שעשה בית המשפט בתחום זה⁵ תוך הדגשת השלב האחרון – החלת נורמות ציבוריות על גופים פרטיים. נציג שלב זה, כפי שמשתקף בחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים⁶ שנחקק בשנת 2000, כשיאו של תהליך ארוך שנים, אשר הביא להחלת נורמות של המשפט הציבורי גם על גופים פרטיים לחלוטין. ננסה לגעת בהצדקות ובמגבלות של מהלך שכזה וכן להביע את עמדתנו באשר לגבולות הגזרה של התערבות המשפט בחיי הפרט.

- 2 כבר בשנת 1993 כתבה פרופ' דפנה ברק-ארז כי "מאמר מפתח בתחום זה נכתב לפני כעשרים שנה על-ידי פרופ' פרידמן"; ראו דפנה ברק-ארז "אחריות אזרחית של גופים ציבוריים: דואליות נורמטיבית" **משפט וממשל** א 276, ה"ש 4 (1993).
- 3 קו גבול זה הוא אחד משורשי המשפט הישראלי. להרחבה ראו גם אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך ג 649 (1994). כן ראו דפנה ברק-ארז "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות גומלין" **משפט וממשל** ה 95 (1999); Henry J. Friendly, "The Public-Private", 130 *U. Pa. L. Rev.* 1289 (1982) *Penumbra – Fourteen Years Later*.
- 4 הבחנה זו היא משורשי המשפט הישראלי. ראו בנימין אקצין "על המשפט הציבורי" **דברי האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים** כרך ג 72 (1970); J. Beatson, "'Public' and 'Private' in English Administrative Law", 103 *Law Q. Rev.* 34 (1987) *Richard S. Kay, "The State Action Doctrine, the Private-Public Distinction, and the Independence of Constitutional Law"*, 10 *Constitutional Commentary* 329 (1993). עם זאת הבחנה זו אינה מקובלת על זרמים רדיקליים שונים, כגון הפמיניזם. ראו למשל Ruth Gavison, "Feminism and the Private/Public Distinction", 45 *Stan. L. Rev.* 1 (1992). כן ראו הלה קרן "שוויון ביני חוזים – קריאה פמיניסטית" **משפטים** לא 269 (2000).
- 5 בהתבססו, גם אם לא באופן ישיר, על העקרונות שטבע פרידמן במאמרו, לעיל ה"ש 1.
- 6 התשס"א-2000, ס"ח 58 (להלן: חוק איסור הפליה במוצרים).

א. המצב המשפטי בעבר, אז לא הוחלו, בצורה מפורשת, נורמות ציבוריות על פעולות רשות ציבורית במישור המשפט הפרטי

כאמור, בראשית ימיו של בית המשפט⁷ לא החילה הפסיקה את חובות המשפט הציבורי על גופים ציבוריים הפועלים במשפט הפרטי, לעומת זאת במקרים שבהם היה ברור שהרשות הציבורית עוולה כלפי האזרח העומד מולה, נאלצו שופטי בית המשפט העליון לבצע הבחנות מלאכותיות ולהשתמש בטכניקות משפטיות שהותאמו במיוחד לפתרון סוגיות מעין אלו ולהחיל בדרך לא דרך את חובות המשפט הציבורי על גופים ציבוריים. אחת הדרכים שהיו מקובלות בעבר⁸ להחלת הנורמות הציבוריות על גופים ציבוריים הייתה סיווג פעולה שלכאורה נראתה כפעולה מובהקת מתחום המשפט הפרטי – כפעולה הנמצאת בתחום המשפט הציבורי. כך למשל בעניין שניידר⁹ עתר אדם נגד מנהל רשות הפיתוח בטענה שהרשות מבקשת למכור את הדירה לאדם אחר אף על פי שהוא המתגורר בדירה, ולפיכך מגיעה לו זכות קדימה ברכישת הדירה, מכוח הוראות משרד האוצר. נראה כי לכל הדעות מדובר בפעולה שגרתית של רשות הפיתוח, אשר ברשותה נכסים רבים הנמכרים ומושכרים חדשים לבקרים. לפיכך טענה רשות הפיתוח כי מדובר בפעולה שבתחום המשפט הפרטי, ומשכך היא אינה בסמכותו של בג"ץ. מובן שמתחת לטענה פרוצדורלית זו חבויה הטענה המהותית שלפיה פטורה הרשות מלנהוג על פי נורמות המשפט הציבורי במקרה הנידון. בהתייחסו לסוגיה זו קובע כבוד השופט ברנזון כך: "סמכויות הענייניות של רשות פיתוח כוללות רכישת נכסים ומכירתם וכי אלו הם מעיקרי התפקידים של רשות הפיתוח... לאור זאת, לו למשל, קנתה רשות הפיתוח בית לשיכון משרדיה, או מכרה בית כזה, הייתי אומר... שזוהי פעולה עסקית מאחר שהיא טפלה לעיקר ונעשתה על-ידיה כדי לאפשר לה ולסייע בידה בביצוע תפקידיה הענייניים. אבל רכישת נכסים ומכירת נכסים כמטרות בפני עצמן – שאני. כאן ממלאת היא תפקיד ציבורי שהוטל עליה או שנתאפשר לה על פי דין ומקומו בתחום המשפט הציבורי".¹⁰ עניינו הרואות, בית המשפט אינו מוכן להכיר בצורה מפורשת וברורה בהחלת נורמות ציבוריות על גוף ציבורי כאשר הוא פועל בתחום המשפט הפרטי. על מנת לפתוח את דלת הכניסה של עילות תביעה מתחום המשפט הציבורי מגדיר בית המשפט את הפעולה כפעולה של המשפט הציבורי ורק אז מחיל אותן.

7 למעשה עד בג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פ"ד טז 2101 (1962) (להלן: עניין פרץ) שבו נדון בהרחבה בהמשך.

8 למעשה עד פסק הדין בעניין פרץ.

9 בג"ץ 160/58 שניידר נ' מנהל רשות הפיתוח, פ"ד יג 891 (1959).

10 שם, בעמ' 893.

הבחנה אחרת היא ההבחנה בין פעילות "פרטית" בשלב החוזי לבין פעילות "פרטית" בשלב הטרנס-חוזי. שלא כמו בשלב הטרנס-חוזי שבו נקבע כי יש להחיל את נורמות המשפט הציבורי על הרשות הציבורית בכל פעולותיה, בשלב החוזי (מרגע כריתת החוזה) נפסק שחלים עליה כללי המשפט הפרטי. עמדה זו באה לידי ביטוי בפסק דינו של השופט ברנזון בפסק הדין בעניין בית אריזה רחובות:¹¹ "נשוא הדיון שלפנינו הוא המכרז ואופן הטיפול בו. זהו שלב מוקדם לעשיית חוזה ולמסירת העבודה הכלולה במכרז, ושלב זה ודאי שמקומו בשטח המשפט הציבורי. רק אם וכאשר ייעשה חוזה בעקבות המכרז עם המציע שזכה בו, יעברו יחסים חדשים אלה אל שטח המשפט הפרטי". הנה כי כן, אף על פי שבית המשפט יכול לומר מפורשות שמדובר באפליה שאסורה על כל פעולה של גוף ציבורי בכל תחום משפטי, מתעקש הוא לבצע הבחנות מלאכותיות שונות ומסורבלות. להבהרת המלאכותיות שבהבחנה וכן היעדר הרציונל המשפטי שמאחוריה נשווה לנגד עינינו את הדוגמה הדמיונית הבאה: חברה זכתה במכרז של רשות מקומית לספק שירותי ניקיון לרשות המקומית למשך חמש שנים. כחלק מן החוזה הוסכם כי העירייה רשאית לצאת מן החוזה בסוף כל שנה. לאחר מערכת בחירות לאותה רשות מקומית נבחר ראש עירייה אשר החליט לממש את האופציה האמורה. האומנם ראש הרשות רשאי להפעיל את סמכותו בשירות תוך שקילת שיקולים זרים? האומנם לא יחולו נורמות המשפט הציבורי כיוון שמדובר בשלב החוזי?? יתרה מכך, המציאות המשפטית דחתה את ההבחנה האמורה וקבעה שבמשפט הציבורי קיימת חובת שימוע מורחבת טרם פיטוריו של עובד, זאת עוד טרם שהוכרה חובת שימוע דומה במשפט הפרטי אף שמדובר בהטלת נורמה ציבורית בשלב החוזי. יצוין שאם אכן היינו אווזים בהבחנה דלעיל, לעולם לא הייתה באה לעולם הלכת ההשתחררות מהחוזה על ידי הרשות הציבורית, שהרי הלכת ההשתחררות מניחה מניה וביה את קיומו של חוזה תקף, ולמרות זאת הוחלה נורמה ציבורית בשלב החוזי.¹²

הבחנה נוספת התבצעה בשלב החוזי עצמו. זוהי ההבחנה שבין חוזי רשות, שבהם פועלת הרשות כריבון הממצה את סמכויותיו השלטוניות, שם הוכפפה הרשות הן לדיני המשפט הפרטי הן לנורמות המשפט הציבורי, לבין חוזים מסחריים, שבהם הוכפפה הרשות לדיני המשפט הפרטי גרידא.

אחד המקרים המעניינים להמחשת ההבחנה האמורה הוא עניין אל-כאזן נ' מנהל רשות השידור,¹³ שם עתר המבקש כנגד סירובה של רשות השידור לשרד הודעה על קיומו של כינוס יהודי-ערבי בתביעה לביטול הממשל הצבאי. בדיעבד התברר שרשות השידור נוהגת

11 בג"ץ 292/61 בית אריזה רחובות בע"מ נ' שר החקלאות, פ"ד טז 20, 30 (1962).

12 לדיון בהלכת ההשתחררות ראו בג"ץ 135/75 סאי-טקס קורפוריישן בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ל(1) 673 (1975).

13 בג"ץ 345/61 אל-כאזן נ' מנהל רשות השידור, פ"ד טו 2364 (1961).

לשדר הודעות של מוסדות ציבור בלבד, כגון עיריות, מועצות מקומיות וכדומה, לפיכך לא היה דופי בהתנהלותה של רשות השידור. אך לעניינו חשובה השאלה שהתעוררה אגב אורחא: האם העתירה נמצאת כלל בתחום שיפוטו של בג"ץ? שאלה פרוצדורלית שבגרעינה מצויה השאלה המהותית – האם אף על פי שמדובר בפעולה במשפט הפרטי, יחולו חובות המשפט הציבורי על רשות השידור? על שאלה זו עונה השופט כהן כך: "למעשה אין עניין זה של שידור הודעות אלא עניין מעין-מסחרי: שירות השידור קבע לו מחירים אשר בהם הוא 'מוכר' רגעים ספורים בשעות השידור לפרסם מודעות, והוא קבע לו גם לקוחות מסוימים אשר להם מוכן הוא למכור זמן משעות השידור לפרסום ההודעות. המבקש הציע לרשות השידור לעשות אתו חוזה, אשר על פיו תשדר רשות השידור את הודעתו, והמבקש ישלם את מחיר השידור, אבל ההצעה לא נתקבלה על-ידי הרשות ושום חוזה לא נעשה ביניהם. מאחר ואין דין אשר מחייב את רשות השידור לעשות חוזה עם כל דיכפין, אלא רשאי הוא לבחור לו את בעלי-חוזהו, אין אני רואה כיצד בית משפט זה יוכל להתערב" (ההדגשה שלנו – א' ר', ע' ד').¹⁴

הבחנות אלו בוקרו רבות,¹⁵ והטענה המרכזית שהועלתה הייתה שרשות ציבורית היא נאמן הציבור בכל פעולה שהיא נוקטת, לפיכך כמעט שאין בנמצא פעולה שניתן לומר עליה שהיא כל כולה במשפט הפרטי הטהור. אשר על כן לא ניתן לערוך את ההבחנות האמורות, וודאי שלא ניתן להבחין בין חוזה מסחרי לחוזה שלטוני, שהרי גם חוזה מסחרי שאינו קשור במישרין לסמכויות השלטוניות של הרשות, משפיע על האינטרס הציבורי, ולמעשה, כל חוזה של רשות יש בו כדי להגשים ייעוד שלטוני כלשהו.¹⁶ יתר על כן, כפי שמציינת בצדק פרופ' ברק-ארז, בהנמקה להבחנה בין חוזה מסחרי לחוזה שלטוני יש כדי לסתור עיקרון יסודי בתחום המשפט הציבורי – עקרון חוקיות המנהל – שהרי הנחה שרשויות מינהליות מבצעות חוזים ללא שום קשר לתפקידן עומדת בניגוד לעיקרון בסיסי זה.¹⁷

- 14 שם, בעמ' 2366. על עמדתו זו חזר השופט כהן גם בבג"ץ 421/71 יפ-אורה בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד כה(2) 741 (1971).
- 15 ראו אסף פוזנר "חוק החוזים המנהליים – כורח המציאות" משפטים יב 506, 516 (1982); גבריאלה שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית 14 (1999); דפנה ברק-ארז האחריות החוזית של רשויות המינהל 36 (1991); יצחק זמיר "גבריאלה שלו: חוזי רשות בישראל" משפטים טז 543 (1987). לדעות המצדדות בהבחנה המסורתית, ראו גד טדסקי "הסכמי המינהל הציבורי עם הפרט" משפטים יב 227 (1982).
- 16 ברע"א 2701/97 מדינת ישראל נ' צ'רטוק, פ"ד נו(2) 876 (2002) בית המשפט העליון ערך את ההבחנה בין פעולות מסחריות של המדינה ובין פעולות ציבוריות שלטוניות שלה לצורך בחינת השאלה אם ניתן לראות במדינה "עוסק" לצורך החלת חוק הגנת הצרכן.
- 17 ברק-ארז, לעיל ה"ש 2, בעמ' 282.

ב. החלת עקרונות היסוד של המשפט הציבורי על פעולות של גופים ציבוריים טהורים במישור הפרטי (דואליות נורמטיבית)

הכרוסום העקרוני הראשון בהבחנה המסורתית בין תחומי המשפט החל כבר בראשית שנות השישים בעניין פרץ. בפרשה זו סירבה המועצה המקומית האמורה להשכיר אולם ציבורי שבבעלותה לקבוצת תושבים אשר ביקשו להשתמש בו כאולם תפילות חג בנוסח שאינו אורתודוקסי. טענתה המרכזית של המועצה המקומית הייתה שמכיוון שמדובר בהשכרת נכס שבבעלותה, הווי אומר שמדובר בפעולה שאינה בתחום השלטוני-ציבורי אלא בתחום המשפט האזרחי-פרטי, ומשכך אין להחיל על פעולה זו את חובות המשפט הציבורי. השופט זוסמן (כתוארו אז) דחה טענה זו של המשיבה על הסף בהסבירו כך:

“עניינו הרואות בעוד שאזרח פרטי רשאי 'להפלות' בין פלוני לבין אלמוני ולבור לו את אלה שאתם יעסוק אפילו יהיו נימוקיו ומניעיו בלתי סבירים, אסורה הפליה מטעם רשות ציבורית. הטעם הוא, כי בהשתמשה בנכסיה או בעשותה את פעולותיה נטלה הרשות על עצמה תפקיד של נאמן כלפי הציבור, ובתור שכזה חייבת הרשות להתייחס יחס של שווה אל שווים, ומשהפרה עקרון יסוד זה והפלתה אזרח שלא כדין, הרי זו עילה להתערבותו של בית משפט זה; ואין נפקא מינא בכל אם השימוש גופו או הפעולה גופה משתייכים למשפט הציבורי או למשפט האזרחי. תפקיד הנאמנות כלפי האזרח והחובות הנובעות ממנו מן הדין, וממילא ניתנות הן לפיקוח ולביקורת בבית משפט זה.”¹⁸

לעניין הרישה של דברי השופט זוסמן, עוד נדון בהרחבה בשאלה אם עדיין שרירים וקיימים דבריו בעניין זכותו ויכולתו של האזרח הפרטי בימינו להפלות בין אדם לאדם,¹⁹ אך מכל מקום, לשלב זה חשובה הסיפה של דבריו, שבה ביסס בית המשפט באופן מפורש את “דוקטרינת הנאמנות הציבורית” בצורה שאינה משתמעת לשני פנים. מאז לא ניתן עוד לבצע את ההבחנה המלאכותית שבין פעולות במשפט הפרטי לפעולות במשפט הציבורי של רשות ציבורית: בשני המקרים חלים עקרונות היסוד של המשפט הציבורי.

18 עניין פרץ, לעיל ה”ש 7, בעמ’ 2115.

19 לדעה דומה בדבר ההבחנה בין רשות שלטונית לגוף פרטי באשר לחובה שלא להפלות ראו אלפרד ויתקון “הרשות הציבורית בפעולותיה בתחום המשקי-אזרחי” משפטים יא 304, 306 (1981).

כנגד הניסיונות השונים בפסיקה לחזור אל ההבחנה המסורתית קיבע השופט ברק בעניין **מרכז הקבלנים והבונים**,²⁰ המהווה אבן דרך ליישום הדוקטרינה האמורה, בכל הקשור לרשויות ציבוריות טהורות:²¹ "...על כן מקום שהמדינה פועלת בתחומי המשפט הפרטי חייבת היא לקיים, בנוסף לנורמות הרגילות של המשפט הפרטי, החלות על כל אדם, אף את הנורמות המיוחדות של המשפט הציבורי החלות עליה כנאמן הציבור תוך התאמתן של נורמות אלה למערכת היחסים עליהן היא מוחלת..."²² השופט ברק טבע למעשה באותה העת את המונח "דואליות נורמטיבית".²³ מושג זה, אשר פירושו החלה הן של כללי המשפט הציבורי הן של כללי המשפט הפרטי, אוצר בחובו סתירה אינהרנטית, שכן כללי המשפט הפרטי מבוססים על הנחה של שוויון בין הצדדים, והם נועדו להגן על אוטונומיית רצון הפרט ולאפשר לו למקסם את האינטרסים האישיים. לעומת זאת כללי המשפט הציבורי מבוססים על הנחת אי-שוויון בין הצדדים, והם נועדו להבטיח שרשויות הציבור ושלוחותיו יפעלו לטובת הציבור וימקסמו את אינטרס הציבור בכללותו. עקרון הדואלית הנורמטיבית מנסה ליישב את הדילמה שבה קיים גוף אשר התאגד במשפט הפרטי אך מבצע פעולות העושות שימוש במשאבי הציבור. לעניין זה יפים דבריו של כבוד השופט זמיר בעניין **און**:²⁴ "בגבול שבין המשפט הפרטי לבין המשפט הציבורי קיים אזור דמדומים, בו המשפט הפרטי והמשפט הציבורי משמשים בערבוביה, לעיתים זה לצד זה ולעיתים זה בתוך זה. באזור זה קיימת דואליות נורמטיבית, כלומר, דו-קיום של המשפט הפרטי והמשפט הציבורי".

כאמור, החלת הדואליות הנורמטיבית מטילה על רשויות הציבור חובות רבות מן המשפט הציבורי, ובהן סבירות, הגינות, מידתיות ועוד, אשר ככלל מיטיבות עם הפרט. דא עקא, שאין מדובר רק בחובות יתר, אלא גם בזכויות יתר, והזכות המשמעותית ביותר היא זכות ההשתחררות מחוזה כאשר זה אינו משרת עוד את אינטרס הציבור.²⁵ הפעלת זכות שכזו במשפט הפרטי יכולה ליצור התנגשות חזיתית בין טובת הכלל והאינטרס הציבורי ובין הכלל החוזי הידוע: "חוזים יש לקיים" – שבלעדיו תיפגע היציבות המשפטית החיונית עד

20 בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד (3) 729 (1980) (להלן: עניין מרכז הקבלנים והבונים).

21 כגון ממשלת ישראל, רשויות מקומיות, תאגידים סטטוטוריים וכמובן מדינת ישראל.

22 עניין מרכז הקבלנים והבונים, לעיל ה"ש 20, בעמ' 748.

23 מונח זה הוזכר באותה שנה שניתן פסק הדין בעניין מרכז הקבלנים והבונים, בפסק דין מפורסם אחר: בג"ץ 492/79 חברה פלונית נ' משרד הביטחון, פ"ד לד (3) 706 (1980).

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

25 השוו גם מרים מזרחי "הפריבילגיה הנתונה למדינה בסעיף 42 לפקודת הפרשנות" משפטים ה 135 (1973).

מאוד להגשמת תכלית המשפט הפרטי. כך יכולה החלת נורמה של המשפט הציבורי ביחסים המבוססים על המשפט הפרטי לפגוע באזרח המתקשר עם הרשות. נציין כי הדעות חלוקות בשאלה מי יגבר בעת התנגשות נורמות המשפט המנהלי עם כללי המשפט הפרטי. דעתה של פרופ' שלו היא שידם של נורמות המשפט המנהלי יהיו כדרך קבע – על העליונה משום שאלו הם *Lex specialis*.²⁶ חיזוק לטיעון זה, בהקשר הספציפי של הלכת ההשתחררות מחוזה, מובא גם בספרו של פרופ' ה' קלינגהופר על המשפט המנהלי: "סמכות עדיפה על חוזה".²⁷ לעומתם, גורסת פרופ' ברק-ארוז שבמקרים של התנגשות בין מערכות הדינים יש לבחון בכל מקרה לגופו כיצד יש לאזן בין האינטרסים השונים. לפיכך, לדידה של ברק-ארוז, הלגיטימציה המשפטית למתן תוקף להלכת ההשתחררות אינה מבוססת על העדפה מוחלטת של עקרונות המשפט המנהלי, כי אם על יצירת עיקרון של איזון בין איסור כבילת שיקול הדעת המנהלי ובין עקרון הוודאות המשפטית.²⁸

בכל הנוגע להלכת ההשתחררות, גם בפסיקה חלו תמורות רבות בנקודת ממשק זו בין דיני החוזים לדיני המשפט המנהלי: אם בתחילת הדרך תמך בית המשפט בגישת ההעדפה המוחלטת של כללי המשפט המנהלי,²⁹ הרי שעם הזמן התרככה גישה זו בפסיקה,³⁰ וכיום מנסה בית המשפט למצוא את נקודת האיזון בין מערכות הדינים השונות. המושג שלאורו מתבצעת ההכרעה הוא "צורכי ציבור חיוניים"³¹ משמע, השאלה שיש לשאול על מנת לאפשר לרשות ציבורית להשתחרר מחוזה היא אם כתוצאה מהמשך קיום החוזה נפגעים צורכי ציבור חיוניים. כאשר בית המשפט נותן תשובה חיובית על שאלה זו, אין מנוס מלבטל את ההתקשרות החוזית על אף הפגיעה בעקרונות היסוד בדבר היציבות והוודאות המשפטית.³² אולם לדעתנו נראה שהפגיעה בעקרון "חוזים יש לקיים" היא פגיעה לכאורה

26 גבריאליה שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית 22 (1999).

27 הנס קלינגהופר **משפט מנהלי** 118-123 (1957).

28 דפנה ברק-ארוז "השתחררות מחוזה של רשות מנהלית: מקרה מבחן לדואליות הנורמטיבית" **המשפט** 20 (2005). ראו גם דפנה ברק-ארוז "אחריות אזרחית של גופים ציבוריים: דואליות נורמטיבית" **משפט וממשל** א 275, 282 (1993).

29 ראו דברי השופט זוסמן בבג"ץ 30/51 בלבן נ' עיריית תל אביב, פ"ד 257 ו 260 (1952): "מה תוצאות ההתחייבות? נדרשת הקרקע למטרה ציבורית, ואפילו החיונית ביותר, תיאלץ העירייה להזניח את עניני הציבור ולוותר על רכישת הקרקע, כיוון שהחוזה כובל את ידיה ומונע אותה מלמלא את התפקיד שהחוק הטיל עליה. ההתחייבות הזאת מכוונת אפוא, לחייב את העירייה באי מילוי חובה סטטוטורית. מקום שטובת הכלל דורשת הקמת גן ציבורי, דורש החוזה שהדבר לא יקום. התחייבות כזאת מנוגדת לטובת הציבור והיא בטלה מעיקרה".

30 שינוי הגישה החל בבג"ץ 311/60 י. מילר, מהנדס (סוכנות ויבוא) בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד טו 1989, 2004 (1961).

31 שם.

32 זאת בלי להיכנס לסוגיית הפיצויים, כאשר לרוב זכאי הפרט הנפגע לפיצויי הסתמכות. להרחבה בנושא ראו ברק-ארוז, לעיל ה"ש 15, בעמ' 22. כן ראו ע"א 144/87 מדינת ישראל נ'

בלבד מאחר שמבחינה מהותית, מי שמתקשר בחוזה עם גוף ציבורי ממילא חייב להיות מודע לכך שלחוזה זה מאפיינים מיוחדים, וחלים עליו עקרונות המשפט הציבורי. המאפיינים של המשפט הציבורי הם למעשה תנאים מכללא בחוזה, שעליהם מסכים כל מי שמתקשר בחוזה עם רשות ציבורית. היינו, לעולם בחוזה שמתקשר בו גוף ציבורי חלים כללי המשפט הציבורי, אלא שלא תמיד עקרונות המשפט הציבורי מצדיקים את החלת המאפיינים של המשפט הציבורי, ופעמים דווקא עקרונות המשפט הציבורי מצדיקים שעל חוזה מסוים יוחלו רק מאפייני המשפט הפרטי. אכן, הבחנה זו פוטרת את הטענה שיש להחיל את עקרונות המשפט הפרטי מאחר שאלו ציפיותיו של זה המתקשר בחוזה עם גוף ציבורי, אולם מובן שהיא משאירה את הצורך באיזון, וכך בסופו של יום ראוי להחיל את מאפייני המשפט הפרטי על החוזה אלא אם הסיטואציה המסוימת של המקרה מצדיקה את החלת מאפייני המשפט הציבורי.

לסיכום פרק זה, ניתן לומר שבאופן טבעי הצעד הראשון במסעו הארוך של בית המשפט בהזרמת הנורמות הציבוריות אל המשפט הפרטי היה בהחלתן של אלו על גופים ציבוריים טהורים – זאת מעצם מחויבותם המלאה לנורמות אלו, ובייחוד מתוקף היותם נציגי הציבור בכל פעולותיהם באשר הם.

ג. החלת נורמות ציבוריות על חברות ממשלתיות ועל גופים דו-מהותיים

השלב הבא בהרחבת תחולתן של הנורמות הציבוריות היה הרחבת עקרון הדואליות הנורמטיבית אל עבר חברות ממשלתיות וגופים דו-מהותיים. האות הראשון למיסוד שלב זה הגיע כבר בבג"ץ 187/71 "רמט" בע"מ נ' החברה לשיקום ולפיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים.³³ בפרשה זו נדרשה המשיבה – חברה ממשלתית המאוגדת כחברה בע"מ – להסביר מדוע היא אינה נוהגת על פי כללי המכרז הציבוריים. טענתה העיקרית של המשיבה הייתה שאין היא גוף ציבורי הממלא תפקיד על פי דין, לפיכך אין לבג"ץ סמכות לדון בעתירה. כאמור, לאחר קילוף שכבת הפרוצדורה טוענת למעשה המשיבה שאין להחיל עליה את מערכת הדינים הכפולה, אלא את כללי המשפט הפרטי בלבד. לצורך הכרעת המקרה הספציפי, בעקבות סממניה הציבוריים הייחודיים מאוד של החברה לפיתוח הרובע

אינג' פבר, חברה לבנין, פ"ד מד(3) 769 (1990); ע"א 6328/97 רגב נ' משרד הביטחון, פ"ד נד(5) 506 (2000).

33 פ"ד כו(1) 118 (1971) (להלן: עניין רמט).

היהודי,³⁴ לא היה לבית המשפט קשה להחיל עליה גם את נורמות המשפט הציבורי. לפיכך בחר כבוד השופט ברנזון שלא לקבוע מסמרות בשאלת החלת נורמות המשפט הציבורי על גופים מעין אלו בצורה אופרטיבית, אך זאת עשה לא לפני שפרס בפנינו את דעתו בעניין:

“הרבה התלבטתי אם במקרה זה עלינו לצלול לעמקה של השאלה הנכבדה בדבר היקף סמכותו של בית משפט זה לגבי גופים מסוג המשיבה, שהיא אמנם רשומה כחברה לפי פקודת החברות אבל היא נתונה כולה ברשות הממשלה, ניזונה מכספי הציבור וממלאות תפקיד ציבורי מובהק – הלוא הוא בינוי ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה ירושלים. כשלעצמי הנני נוטה למחשבה, שעל-אף צורת ההתאגדות של המשיבה בתורת חברה ציבורית בעלת הון מניות והיותה נתונה בשל כך לשיפוט המשפט הפרטי, אין בהכרח להוציאה גם מתחום המשפט הציבורי.”³⁵

נקודת הציון הבאה הייתה עניין מיקרו דף,³⁶ שם עתרה חברת מיקרו דף נגד חברת החשמל, אשר לא ערכה מכרז לצורך התקשרות בחוזה אספקת ציוד טכני. השופט ברק (כתוארו אז) מציין כי לא על פי הצורה שבה התאגדה החברה יקום דבר, כי אם על פי המהות הפונקציונלית של התפקיד המבוצע על ידי אותה החברה, עם זאת בוחר אף הוא שלא להכריע אופרטיבית בשאלת תחולת נורמות המשפט הציבוריות על כלל החברות הממשלתיות, אלא להגדיר את חברת החשמל כ”יצור כלאיים”³⁷ ולייחד אותה כחברה העומדת בשלושה קריטריונים: קיומן של סמכויות שלטוניות, הענקת זיכיון בלעדי מהמדינה ושליטה על אמצעי ייצור חיוניים, אשר בהתקיימם יש להחיל על החברה אף את נורמות המשפט הציבורי.

מכאן והלאה היה זה רק עניין של זמן עד להחלתה של הדואליות הנורמטיבית על גופים שונים אשר ממלאים פונקציה ציבורית כלשהי. הגדרת המונח “פונקציה ציבורית” נשארה פתוחה, ללא תאוריה משפטית ראויה מאחוריה וללא אמות מידה ברורות וראויות לסיווג דווקני ונכון של הגדרת גופים פרטיים כגופים הממלאים פונקציה ציבורית חיונית. אשר על

34 מדובר בחברה אשר יושב הראש שלה הוא ראש הממשלה, כל חברי ההנהלה פרט לאחד הם שרי הממשלה, כל תקציבה והוצאותיה הם על חשבון הממשלה, תפקידיה הם תפקידים ציבוריים מובהקים, והיא אינה פועלת לשם עשיית רווחים.

35 עניין רמט, לעיל ה”ש 33, בעמ’ 121.

36 בג”ץ 731/86 מיקרו דף נ’ חברת החשמל לישראל בע”מ, פ”ד מא(2) 449 (1987) (להלן: עניין מיקרו דף).

37 מושג זה, המופיע בעניין מיקרו דף, שם, בעמ’ 461, החליף את המושג “קוואזי-ציבוריים” שניתן לגופים אלו על ידי השופט עציוני בע”א 280/71 גדעון נ’ חברה קדישא גחש”א, פ”ד כז(1) 10, 18 (1972).

כן בוואקום שנוצר לא נותר לשופטי בית המשפט אלא למלא את החלל התאורטי בפסיקות שונות, אשר נראה כי רובן הוכרעו על סמך תחושות שיפוטיות בקשר למיהות הגוף המופיע בהתאם לנסיבות האמורות.

פסק הדין המרכזי שהמחיש סוגיה סבוכה זו היה עניין קסטנבאום,³⁸ שם עתרה חברה קדישא כנגד החלטת בית המשפט המחוזי לחייבה לכתוב את שם הנפטרת ואת תאריכי לידתה ופטירתה על פי השפה והלוח הלוועזי. אף שהכרעת בית המשפט העליון לא הייתה פה אחד, והיא התקבלה על בסיס דיני החוזים האחידים, לענייננו חשובה העובדה כי כל שלושת השופטים אשר ישבו במושב סברו שהמערערת, כיוון שהיא עמותה הממלאת תפקיד בעל אופי ציבורי, ואשר מוענקות לה סמכויות שלטוניות, ואף שהיא אינה מונופולין, אין ברשותה זיכיון בלעדי מהמדינה והיא אינה נמצאת בבעלות ציבורית – היא חברה אשר נורמות המשפט הציבורי צריכות לחול עליה.³⁹ כך למעשה אם על פי עניין מיקרו דף חשבנו שמדובר בקריטריונים בלעדיים אשר יוחדו לחברות ממשלתיות כגון חברת חשמל, הרי שפסק הדין האמור בעניין חברה קדישא הרחיב מאוד את פתח הכניסה להחלת הדואליות הנורמטיבית על כל גוף בעל סממנים ציבוריים, ודאי על הגופים הדיוניים, כגון הסוכנות היהודית לארץ ישראל וקרן קיימת לישראל, שיש להם מעמד המעוגן בחוק – כל זאת בלי שנקבעו קריטריונים או פרמטרים נהירים.

על מנת להדגיש את חוסר הקוהרנטיות בפסיקה בעניין הגדרת גופים כדו-מהותיים נבחן גם את פסק הדין בעניין גולן נ' רשות שדות התעופה בישראל,⁴⁰ שם פסק בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו שחברת אל-על היא גוף דו-מהותי למרות העובדה שהיא אינה מונופולין. החלטה זו נומקה על ידי בית המשפט בשל מהותה הפונקציונלית של חברת אל-על כחברה הישראלית הגדולה ביותר המספקת שירותי תעופה לציבור הרחב.⁴¹ לעומת זאת כחודשיים לאחר מכן פסק בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו בעניין גולדן פוינט נ' אל-על נתיבי אויר לישראל⁴² כי "אין חברת אל-על מתאפיינת בקווי הדמיון המאפיינים גוף דו-מהותי, והטלת חובות מתחום המשפט הציבורי על אל-על שלאחר ההפרטה אינה מוצדקת".⁴³ אמת הדבר, להבדיל מעניין גולן, פסק הדין בעניין גולדן פוינט ניתן לאחר

38 ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992) (להלן: עניין קסטנבאום) שם גם טבע השופט אלון את המונח "גוף דו-מהותי".

39 זאת בלי להיכנס לסוגיית היקף תחולתן של הנורמות עליה.

40 עת"מ (מחוזי ת"א) 1637/03 גולן נ' רשות שדות התעופה בישראל, פ"מ, מינהליים (תשס"ג) 946 (2005) (להלן: עניין גולן).

41 שם, פס' ה לפסק דינה של השופטת פלפל.

42 ה"פ (מחוזי ת"א) 505/05 גולדן פוינט חברה נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ, פ"מ תשס"ג(2) 762 (2004) (להלן: עניין גולדן פוינט).

43 שם, פס' ג לפסק דינו של השופט זפט.

הפרטת חברת אל-על, אך האומנם ההפרטה היא שגרמה להבדל המהותי בין שני פסקי הדין? והרי בעניין גולן נומקה ההחלטה בעקבות מהותה הפונקציונלית של אל-על. לעניין אל-על ניתן ליישב את אי הבהירות בפסיקה על ידי הטענה כי אל-על היא גוף דרמהוטי בכל הפונקציות שבהן היא משמשת "מוביל רשום", דהיינו בעלת מונופולין על טיסות רגילות (שאינן צ'יטר), והיא אינה כזו בכל הנוגע לקווי טיסה שמתקיימת בהם תחרות.

ברשימה זו לא נתיימר לקבוע קריטריונים ראויים לסיווג נכון של גופים דרמהוטיים,⁴⁴ אך עם זאת על מנת לנסות ולהתוות שביל בנבכי הפסיקה נציין כמה פרמטרים שאוזכרו בפסיקה תוך שימוש בחלוקה לשלוש קטגוריות, כפי שקטלג זאת ד"ר אסף הראל בחיבורו.⁴⁵

הקטגוריה הראשונה היא הפעלת סמכות שלטונית על פי דין. למעשה, כולי עלמא לא פליגי כי במקרים שבהם החוק מעניק סמכויות שלטוניות מפורשות לגופים פרטיים או במקרים שבהם הרשות הציבורית מאצילה כדין סמכות אשר יש לה אלמנט ציבורי-שלטוני על גופים שכאלו,⁴⁶ יש להחיל על הגופים האמורים דואליות נורמטיבית.

הקטגוריה השנייה היא פונקציונלית, משמע כאשר גופים פרטיים מבצעים פעולות אשר יש בהן "אינטרס ציבורי". בקטגוריה זו האפשרות השכיחה ביותר היא שהגופים הפרטיים מספקים פונקציה ציבורית חיונית. בין היתר הוכרו בקטגוריה זו בפסיקה: חברת החשמל,⁴⁷ הסוכנות היהודית,⁴⁸ חברה קדישא,⁴⁹ קופות החולים,⁵⁰ שירותי ספורט שונים,⁵¹ בתי ספר פרטיים⁵² וכן קרן קיימת לישראל.⁵³

44 לסקירה מקיפה של נושא זה ולהצעת קריטריונים ראויים לסיווג גופים פרטיים כדרמהוטיים ראו: אסף הראל גופים דרמהוטיים: בין קניין הפרט לקניין הציבור 268-302 (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר אילן – הפקולטה למשפטים, 2006).

45 שם, בעמ' 107.

46 ראו עניין מיקרו דף, לעיל ה"ש 36, בעמ' 454. כן ראו עניין קסטנבאום, לעיל ה"ש 38, בעמ' 517.

47 עניין מיקרו דף, לעיל ה"ש 36.

48 בש"א (מחוזי י"ם) 3417/03 הסוכנות היהודית לארץ ישראל נ' מינהל מקרקעי ישראל, פורסם במאגר נבו (2004); בג"ץ 4212/91 המוסד החינוכי הממלכתי דתי העל-יסודי לבנות "בית רבקה" נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל, פ"ד מז(2) 661 (1993). ראו גם: אהרן ברק "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה" משפטים כז 223, 244 (1996).

49 עניין קסטנבאום, לעיל ה"ש 38.

50 בג"ץ 6845/00 ניב נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נו(6) 663 (2002). ראו גם: אמנון כרמי בריאות ומשפט כרך ב 1129 (2003).

51 ה"פ (מחוזי ת"א) 1027/02 אביב גלעדי הפקות בע"מ נ' ההתאחדות לכדורגל בישראל, פורסם במאגר נבו (2003) (להלן: עניין ההתאחדות לכדורגל).

52 בג"ץ 4363/00 ועד פוריה עלית נ' שר החינוך, פ"ד נו(4) 203 (2002) (להלן: עניין פוריה).

תנאים נוספים אשר אינם תנאים בלעדיהם אין, אך היכולים להיות כלי עזר באבחון קטגוריה זו, יהיו כאשר הגופים מהווים מונופולין,⁵⁴ כאשר מדובר בגופים ללא מטרות רווח,⁵⁵ או כאשר לפנינו גופים פרטיים הנתמכים כלכלית באופן מוחשי על ידי מימון מכספי ציבור.⁵⁶

הקטגוריה השלישית והאחרונה היא זיקה מוסדית.⁵⁷ זוהי זיקה המורכבת מכמה זיקות משנה: ראשית, זיקת בעלות, במקרים שבהם אחת מרשויות השלטון שולטת בחברה/עמותה, והמקרה השכיח ביותר הוא חברה ממשלתית. שנית, זיקה רעיונית, כאשר הגוף נשלט מבחינה רעיונית על ידי אחת מרשויות השלטון ולמעשה הוא שליח מטעמה.⁵⁸ שלישית, זיקה פיקוחית, כאשר הגוף הפרטי מצוי בפיקוח של המדינה או מי מטעמה.⁵⁹ רביעית, זיקה מימונית, כאשר הגוף הפרטי מתקיים או אף נתמך על ידי כספים המגיעים מתקציב המדינה.⁶⁰ זיקות אלו מעידות למעשה על מידת הקשר בין מערכת השלטון לגוף הפרטי.

לסיכום חלק זה, נראה כי אף שעברו יותר מ-14 שנה, דבריו של השופט זמיר בעניין און יפים גם היום: "על דרך זאת, המחילה את הדואליות הנורמטיבית על גופים דרמהוטיים, ניתן לומר כי הכיוון ברור, אך הנתיב טרם סומן. הנסתר רב על הנגלה".⁶¹ בית המשפט אינו שש לקבוע החלטות אופרטיביות בתחום זה,⁶² אך עם זאת הוא אינו מגבש עקרונות ברורים ומוצקים אשר ניתן לפנות אליהם כאשר נתקלים בגוף ה"חשוד" בדרמהויות. משכך, כאמור בספר שופטים,⁶³ "איש הישר בעיניו יעשה"; כל שופט בוחר

- 53 ת"א (מחוזי י"ם) 1755/96 ל.נ.ע. סחר ועבודות מיוחדות בע"מ נ' קרן קיימת לישראל, פ"מ תשנ"ט(1) 337 (2000) (להלן: עניין הקרן הקיימת לישראל). לעניין הקרן הקיימת נציין כי לאחרונה ניתנה חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה אשר קבע כי יש לאסור אפליה נגד ערבים בשיווק קרקעות הקרן הקיימת לישראל.
- 54 ראו איל בנבנשתי "תחולת המשפט המינהלי על גופים פרטיים" משפט וממשל ב 11, 33 (1994).
- 55 ראו עניין קסטנבאום, לעיל ה"ש 38 וכן עניין הקרן הקיימת לישראל, לעיל ה"ש 53.
- 56 ראו עניין ההתאחדות לכדורגל, לעיל ה"ש 51.
- 57 לפירוט והרחבה ראו הראל, לעיל ה"ש 44, בעמ' 90-106. ראו גם בנבנשתי, לעיל ה"ש 54, בעמ' 14.
- 58 ראו למשל ע"א 509/00 לוי נ' מ. ברכה עו"ד נאמן בפשיטת רגל לנכסי יצחק בילו, פ"ד נה(4) 410 (2001).
- 59 אינדיקציה לפיקוח שכזה יכולה להיות אף באמצעות חוק ראשי, כגון חוק פיקוח על שירותים פיננסיים, התשמ"א-1981, ס"ח 1021.
- 60 דעה זו הובעה על ידי השופטת פרוקצ'יה בעניין פוריה, לעיל ה"ש 52, בעמ' 222.
- 61 לעיל ה"ש 24, בעמ' 207.
- 62 לאמירה זו אסמכתאות רבות מעניין רמט, לעיל ה"ש 33, ועד עניין און, לעיל ה"ש 24.
- 63 כא 25.

להתמקד בעקרונות שונים מקרב העקרונות שהצגנו לעיל, ומסווג את הגוף שלפניו בעיקר לפי אינטואיציה משפטית – אישית, דבר הסותר את מושכלות היסוד במשפט בדבר הוודאות והיציבות המשפטית.⁶⁴

ד. החלת נורמות ציבוריות על גופים פרטיים טהורים

עד ראשית שנות התשעים הייתה החלתן של נורמות ציבוריות על גופים פרטיים נחלתו הבלעדית של בית המחוקקים, אשר הגביל סוגיה זו בעיקר לתחום יחסי עובד-מעביד,⁶⁵ עם זאת בד בבד עם הרחבת המסגרת של גופים אשר נחשבים דו-מהותיים, בשני העשורים האחרונים, החל תהליך מקביל מצדו של בית המשפט בהחלת נורמות ציבוריות על גופים פרטיים טהורים.

נראה כי הזרע הראשון בתהליך זה נזרע במאמרו האמור של פרופ' פרידמן וכן באמרת אגב של השופט ברק בעניין קסטנבאום: "דומה כי מובן וברור הוא, שעקרונות היסוד של השיטה בכלל וזכויות האדם בפרט אינם מוגבלים אך למשפט הציבורי. ההבחנה בין משפט הציבורי לבין משפט הפרטי אינה כה חריפה... אכן עקרונות היסוד הם עקרונות של השיטה כולה, ולא של המשפט הציבורי בלבד. זכויות היסוד של האדם אינן מכוונות רק כנגד השלטון. הם מתפרסות גם ביחסים ההדדיים שבין הפרטים לבין עצמם".⁶⁶ במשך השנים זכו נורמות ציבוריות שונות להגנת בית המשפט במשפט הפרטי, הגנה שצברה תאוצה בעיקר לאחר "המהפכה החוקתית",⁶⁷ ובראשה חקיקת חוקי היסוד החדשים. באופן טבעי הזכות העיקרית אשר זכתה להגנת בית המשפט הייתה הזכות לשוויון שהיא "מעמודי התווך

64 לדיון מפורט בדבר חוסר הקוהרנטיות של הפסיקה ראו הראל, לעיל ה"ש 44.
65 ראו ס' 2(א) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, ס"ח 38. בצורה מצומצמת יותר ראו: חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996, ס"ח 203; ס' 42 לחוק שירות התעסוקה, התשי"ט-1959, ס"ח 32; חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשי"ח-1957, ס"ח 24; ס' 6 לחוק שירותי התיירות, התשל"ו-1976, ס"ח 228; ס' 2 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981, ס"ח 258; ס' 29 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, ס"ח 128.

66 עניין קסטנבאום, לעיל ה"ש 38, בעמ' 530.
67 על המהפכה החוקתית ראו אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א 9 (1992); הלל סומר "מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית" משפט ועסקים א 59 (2004); אהרן ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" משפט ועסקים א 3 (2004).

של המשטר הדמוקרטי.⁶⁸ עם זאת מאמרנו זה עוסק בהחלה כוללנית של נורמות המשפט הציבורי ולא דווקא בהחלה של הזכות לשוויון, מרתקת ככל שתהיה.⁶⁹ לתהליך זה של בית המשפט יכולות להיות כמה הצדקות: ההצדקה הפורמלית הגיעה מפרשנותו של הנשיא ברק לאופן ניסוחם של חוקי היסוד. לדידו, אין לראות בהוראת סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו⁷⁰ משום שלילה מפורשת של תחולת הנורמות החוקתיות בין פרטים, בין השאר מכיוון שצמצום תחולת זכויות האדם מחייב הוראה מפורשת שאינה קיימת בהוראת החוק. לדעת הנשיא ברק, הוראת סעיף זה היא הדגשת תחולה על המדינה ולא שלילת תחולה על גורמים פרטיים.

לצד הצדקה טקסטואלית זו קיימות גם כמה הצדקות מהותיות: אחת מהן הייתה אופן תפיסת החוקה. כידוע, בישראל קיימות יוזמות רבות לניסוחה של חוקה כתובה למדינת ישראל, אך לעת עתה אנו עדיין מסתפקים בחוקה לא כתובה כמשלימה את החוקה החלקית הנכללת בחוקי היסוד. מכל מקום, בין שתהיה בעתיד חוקה כתובה ובין שנישאר במתווה הנוכחי של חוקי היסוד,⁷¹ הרי שמי שרואה בחוקה מסמך נורמטיבי המאגד ערכים חוקתיים הבא לשקף את "האני מאמין" של המדינה ושל האזרחים בה, וכן מי שרואה בחוקה מסגרת שתכליתה גם לחנך את הפרטים ולא רק לרסן את כוחה של המדינה, הרי שמחזיקי דעות אלו יצדדו בהחלת הזכויות החוקתיות על כלל האזרחים ולא יסתפקו בהחלה רק על מוסדות המדינה.⁷²

68 בג"ץ 10026/01 עדאלה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נז(3) 31 (2003), פס' 9 לפסק דינו של הנשיא ברק.

69 לדיון בנושא החלת השוויון במשפט הפרטי ראו ד"ר 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441 (1989). לצידוד בהלכה שנקבעה בפסק דין זה ראו גם גבריאליה שלו "מכרזים פרטיים" משפטים כט 179 (1998); מיגל דויטש קניין כרך א 267 (1997). לצידוד בדעת המיעוט של הנשיא שמגר והשופט ברק (כתוארם אז) ראו למשל חנוך דגן "קניין, אחריות חברתית וצדק חלוקתי" צדק חלוקתי בישראל 97 (מנחם מאוטנר עורך, 2000); הלה קרן "שוויון בדיני חוזים – קריאה פמיניסטית" משפטים לא 269 (2000). ראו גם ברק מדינה "איסור הפליה במגזר הפרטי מנקודת מבט של תאוריה כלכלית" עלי משפט ג 37 (2003).

70 ס"ח התשנ"ב 150. ס' 11 לחוק קובע כי: "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק יסוד זה".

71 נציין כי בפסקי דין רבים נפסק כי חוקי היסוד מהווים את החוקה הכתובה. ראו למשל בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, פורסם במאגר נבו (2006).

72 תפיסה זו נקראת בספרות הדגם הקהילתני הקונטיננטלי. תפיסה אחרת היא הדגם הליברלי האנגלו-אמריקני, שעל פיו החוקה נתפסת כמסגרת המעניקה זכויות מסוג "חירות" לאזרחים. החוקה הליברלית לא נועדה לעצב "טוב" משותף, אלא להבטיח את חירותם של האזרחים מפני השימוש בכוח הרב שמרוכז בידי המדינה. לפיכך על פי תפיסה זו אין להחיל זכויות חוקתיות בין פרטים. ראו משה כהן-אליה "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ובשירותים" עלי משפט ג 15, 33 (2003).

הצדקה מהותית נוספת היא ההבנה וההפנמה שלנוכח ריכוז של סמכויות וכוח משמעותי בידי גופים פרטיים לא ניתן עוד להתעלם מגופים אלו.⁷³ כאמור, התאגידים הפרטיים הופכים להיות הגופים המשפיעים בעולם כולו. יש מדינות שהתאגידים בהן רבים מבני האדם, ונראה כי אנו עומדים בפתחו של יום שבו תאגיד פרטי בין-לאומי יהיה גוף חשוב מבחינת האזרחים יותר מהגופים המדינתיים. נדבך חשוב הנגזר מהנמקה זו הוא תהליכי ההפרטה ההולכים ומתעצמים בשנים האחרונות, תהליך שבו המדינה מוסרת חלק ניכר ממוסדותיה לטובת גוף ניהול פרטי. לפיכך הסכנות האורבות לזכויות הפרט מצד אותו תאגיד פרטי אינן פחותות מאלו האורבות לו מצד המדינה. אדרבה, אם ביחסי הכוחות שבין המדינה לפרט, למרות פערי הכוחות, קיים בסיס כלשהו של ערכות ואחריות מצד רשויות השלטון מתוקף היותן נציגות הציבור הבאות לתת לו שירות, הרי שככל שמדובר בתאגידים פרטיים, בסיס אחריות זה לעולם לא היה קיים. נראה שאלו ההצדקות אשר עומדות לנגד הנשיא ברק אשר טוען כי אם ראוי להבטיח את זכויותיו של פרט נגד השלטון, אזי ראוי אף להגן עליהן מפני פרטים אחרים, שכן הסכנה לפגיעה בזכויות אדם מכיוונם של פרטים אחרים גדולה לעתים מסכנת הפגיעה בהן מצד השלטון.⁷⁴ אשר על כן יש לאפשר למדינה לעשות שימוש בכוח כופה למימוש ערכים בין פרטים.⁷⁵ לשיטתו של הנשיא ברק, הפתרון בסיטואציה של התנגשות זכויות במשפט הפרטי הוא שקילה ואיזון בין הערכים המתנגשים, שהרי כל זכות איננה זכות מוחלטת.⁷⁶

כנגד הצדקות אלו, הן הפורמליות והן המהותיות, הושמעו ביקורות רבות. הביקורת המתבקשת במישור הפורמלי נכתבה, בין היתר, על ידי פרופ' גבריאלה שלו, שטענה שאופן ניסוחם של חוקי היסוד מעיד על כוונת המחוקק להגן על הפרטים דווקא מפני רשויות המדינה ולא מפני פרטים אחרים, שאילו רצה המחוקק לעשות כן, היה עליו לכתוב

73 את השפעת התהליכים האלה ניתן לראות בדברי השופט זמיר בבג"ץ 7721/96 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח, פ"ד נה(3) 625, 651 (2001): "השוק החופשי נותן הזדמנות למשק הפרטי לצבור כוח כלכלי רב. גם כוח כלכלי עלול להשחית. אסור לשכוח את הלקח המר של המדינה המתירנית, שאפשרה לכוח כלכלי לגרום, תחת הסממה של חופש, הרבה עושק ועוול. דווקא בתנאים של שוק חופשי נדרשת המדינה להגן על חלשים".
74 כדברי פרופ' ברק: "...סכנה רבה לזכויות האדם קיימת מגופים לא שלטוניים... מכיוון הפרטים, בעיקר פרטים בעלי עוצמה, כגון חברות פרטיות מסוימות. אם עיריה קטנה אינה רשאית להפלות... מדוע תוכל חברה גדולה לעשות כן?"; אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות במשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 163 (יצחק זמיר עורך, 1993).

75 ברק, לעיל ה"ש 3, בעמ' 656.

76 בלשונו של השופט ברק בעניין קסטנבאום, לעיל ה"ש 38, בעמ' 533: "כשם שחופש החוזים אינו ערך מוחלט, כך גם זכויות האדם האחרות אינן משקפות ערכים מוחלטים. ענין לנו בזכויות חוקתיות יחסיות מעצם מהותן. הן עשויות לנגוד זו את זו ולהתנגש זו בזו. נדרשת פעולה של שקילה ואיזון... חופש ההתקשרות אינו חופש מוחלט. ככל זכות יסוד חוקתית, זהו חופש יחסי. יש לאזן אותו כנגד חופשים אחרים וכנגד אינטרסים אחרים הראויים להגנה...".

מפורשות.⁷⁷ שלו לא חסכה אף בביקורת מהותית וטענה כי להבדיל מתהליך החלת נורמות ציבוריות על רשויות השלטון המגדיל את מערך הזכויות הכללי, בתהליך החלת נורמות ציבוריות במשפט הפרטי יש כדי להגביל את אוטונומיית הפרט, לפגוע בחופש החוזים, בעקרון ההסתמכות וביכולת התכנון של צדדים למשא ומתן מסחרי – זאת מעצם העובדה שהחלת זכויות היסוד במשפט הפרטי לא רק יוצרת זכויות, אלא גם שוללת אותן ואף יוצרת חובות חוקתיות, שהרי הענקת זכות לאחד במשפט הפרטי יוצרת בהכרח פגיעה בזכות של פרט אחר.⁷⁸ לדעת שלו, את הבעיות הנורמטיביות העלולות להתעורר מהפרת זכויות יסוד במשפט הפרטי ראוי ורצוי לפתור על ידי כלים מן המשפט הפרטי, כגון דיני הצעה וקיבול, תום לב וכדומה.⁷⁹

ביקורת מהותית הגיעה גם מצדה של פרופ' פרנסיס רדאי, המכנה במאמרה את דעתו של הנשיא ברק כ"הפרטת זכויות האדם".⁸⁰ לדידה, סוגיית החלת זכויות האדם במשפט הפרטי ראוי שתוכרע על ידי הרשות המחוקקת ולא על ידי זו השופטת. בכל מקרה היא מציינת שהתערבות באוטונומיית הפרט צריכה להתרחש רק כאשר היא מיושמת למניעת ניצול לרעה של כוח סוציו-כלכלי במצבים של אי-שוויון כרוני בין הצדדים.⁸¹ כאמור, הדעות חלוקות באשר לתחולת זכויות האדם והנורמות הציבוריות במשפט הפרטי, אך מכל מקום, אם נחליט ללכת בעקבות גישת 'מפריטי הנורמות הציבוריות', הרי שסוגיה נוספת שיש לבחון היא אופן החלת הנורמות הציבוריות במשפט הפרטי. בסוגיה זו נראה כי אף שלא אומץ באופן רשמי מודל מסוים להחלת הנורמות הציבוריות, היה זה מודל התחולה העקיפה המחוזקת והמוגברת של הנשיא ברק.⁸² המאפשר הזרמת עקרונות יסוד מהמשפט הציבורי אל המשפט הפרטי באמצעות מושגי שסתום, כגון תקנת הציבור, תום לב, רשלנות והפר חובה חקוקה, אשר זכה לעדנה מצד בתי המשפט. לדידו של הנשיא ברק, מושגי שסתום אלו רגישים במיוחד לשיקולים חוקתיים ומאפשרים גמישות בפעולתו של

77 גבראלה שלו "השפעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני החוזים" קרית המשפט א 41 (2001). הנמקה זו מובאת אף בספרו של ברק, לעיל ה"ש 3, בעמ' 656, אך כאמור הוא אינו תומך בה.

78 בנקודה זו ראוי להזכיר את דעתו של משה כהן-אליה אשר טוען כי מי שיתנגד בצורה הנמרצת ביותר לכפיית זכויות אדם על גורמים פרטיים יהיה הליברטריאן (libertarian) אשר יראה בכל פגיעה חמורה באוטונומיה שלו שאינה מכבדת את האדם ואת בחירותיו הערכיות, אלא מתייחסת לאדם כאמצעי למימוש מטרות, ובכך היא פוגעת בכבוד האדם; ראו כהן-אליה, לעיל ה"ש 72, בעמ' 16.

79 להשקפה דומה ראו דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 64 (1991); נילי כהן "השוויון מול חופש החוזים" המשפט א 131, 142 (1993). כמו כן ראו הראל, לעיל ה"ש 44, בעמ' 128.

80 פרנסיס רדאי "הפרטת זכויות האדם" והשימוש לרעה בכוח "משפטים כג 21 (1994).

81 שם, בעמ' 42.

82 ראו ברק, לעיל ה"ש 3, בעמ' 680.

המשפט הפרטי; הם מאפשרים ביטוי לזכויות אדם ולאינטרס הציבורי כמצבם מעת לעת בלא כל צורך להביא לשינוי פורמלי באיזונים של המשפט הפרטי.⁸³ ביטוי משתמע לכך⁸⁴ ניתן בכמה פסקי דין בערכאות נמוכות בקשר להפעלת מקומות המיועדים לשימוש הקהל הרחב, פסקי דין אשר נתקבלו טרם חקיקת חוק איסור הפליה במוצרים.⁸⁵ כך למשל בפסק הדין בבית משפט השלום נעאמנה נ' קיבוץ קליה⁸⁶ נידונה אפליה של משפחה ממוצא ערבי בכניסה לפארק המים בקיבוץ קליה. בית המשפט פסק כי אפליה על בסיס לאום היא פגיעה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר מחייב לא רק את המדינה, אלא אף גופים פרטיים. עם זאת הודגש כי הזכות לכבוד אינה מוחלטת בצורה ישירה על הגופים הפרטיים אם כי בדרך עקיפה באמצעות פרשנות של דוקטרינות המשפט הפרטי. לפיכך נפסק כי בכך שבעלי פארק המים פעלו בניגוד לזכויות המצויות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – הם הפרו חובה חקוקה המקימה עילה נזיקית.⁸⁷ פסק דין אחר אשר עשה שימוש בהוראת שסתום הוא שמסיאן נ' מסעדת גני רוזמרי,⁸⁸ שם בעלי מועדון פנויים-פנויות סירבו להכניס למועדון חולה בניוון שרירים על כיסא גלגלים רק בשל נכותה. בית המשפט פסק, תוך שילוב ומתיחה לקצה הפרשנות של כמה קונסטרוקציות משפטיות, כי התנהגות בעלי המועדון איננה תואמת רמת התנהגות סבירה של בעל מועדון אשר מטבעו פתוח לכלל הציבור, לפיכך היה עליהם לצפות שלתובעת ייגרם נזק. ומשכך, קמה עוולת הרשלנות המעוגנת בסעיף 36 לפקודת הנזיקין.⁸⁹ פסק דין נוסף הקשור דווקא לזכות יסוד אחרת ואשר חולל סערה גדולה בשעתו הוא AES System נ' סער,⁹⁰ שם נבחנה השאלה מה דינה של תניה חוזית המחייבת עובד שלא להתחרות במעבידו גם לאחר תקופת עבודתו בחברה. הנשיא ברק פסק כי תניה בין מעביד לעובד המגבילה את חופש העיסוק של העובד לאחר סיום עבודתו בלא להגן על "אינטרסים לגיטימיים" של המעביד היא בטלה בהיותה נוגדת את "תקנת הציבור".⁹¹

- 83 שם, בעמ' 685.
- 84 כאמור, המודל לא אומץ בצורה רשמית כך שעילות הסעד היו בסופו של דבר עילות חוזיות, אך בהנמקות של השופטים ניתן לראות בבירור את השפעת מודל התחולה העקיפה.
- 85 חוק זה נותן כיום מענה משפטי ברור לסוגיות שהתעוררו בשני פסקי הדין הראשונים שלפנינו.
- 86 ת"א (שלום י-ם) 11258/93 נעאמנה נ' קיבוץ קליה, פורסם במאגר נבו (1996).
- 87 ס' 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], ס"ח התשכ"ח 266.
- 88 ת"א (שלום ת"א) 15/97 שמסיאן נ' מסעדת גני רוזמרי, פורסם במאגר נבו (1999).
- 89 ס' 36 לפקודת הנזיקין.
- 90 ע"א 6601/96 AES System Inc נ' סער, פ"ד נד (3) 850 (2000).
- 91 דוגמה נוספת להחלת הנורמות הציבוריות במשפט הפרטי היא הערת האגב של השופט ברק בעניין קסטנבאום, שם הוא קובע כי גם לו הייתה חברה קדישא חברה פרטית לחלוטין, היה ניתן להחיל עליה את עקרונות היסוד של המשפט הציבורי דרך תקנת הציבור. ראו עניין קסטנבאום, לעיל ה"ש 38, בעמ' 530.

הנה כי כן, בית המשפט עושה שימוש הלכה למעשה בדוקטרינת התחולה העקיפה המחזקת והמוגברת⁹² על מנת להחיל על המשפט הפרטי את נורמות המשפט הציבורי, בכלל, ואת חוקי היסוד החדשים, בפרט.⁹³ כאמור, בהיעדר חוקה כתובה שתביע את עמדת המדינה בקשר לתחולת זכויות האדם בין הפרטים, החליט בית המחוקקים הישראלי להחיל זכויות במשפט הפרטי באמצעות חקיקה ספציפית. שיאו של תהליך זה נקבע בשנת 2000, עת חוקקה הכנסת את חוק איסור הפליה במוצרים.

חוק זה נחקק עקב רצף מתמשך של אירועים אשר סוקרו בהרחבה בתקשורת, ובהם בעלי מועדונים פרטיים אשר הפלו לרעה חיילים ובני נוער בכניסה למועדונים על רקע עדתי על בסיס צבע עורם.⁹⁴ במבוא להצעת החוק נכתב כך: "אחת הבעיות הקשות בתחום החברתי היא הפליה בהספקת מוצרים ושירותים ובכניסה למקומות ציבוריים. בסירוב לאפשר לאדם כניסה למקום ציבורי או לספק לו שירות או מוצר, רק בשל השתייכותו לקבוצה ובמיוחד לקבוצה שיש לגביה היסטוריה של הפליה בעבר, יש משום פגיעה קשה בכבודו של האדם. בעת האחרונה נודע כי במקומות הבילוי, למשל, נמנעה כניסה מאנשים בעלי חזות מזרחית... החוק נועד להתמודד עם תופעה שלילית זו ולהקנות לכלל האוכלוסייה הזדמנות שווה בהנאה ממוצרים, משירותים ומקומות המיועדים להיות פתוחים לציבור הרחב. מוצע שהחוק יחול גם על עסקים פרטיים המחזיקים מקומות ציבוריים או מספקים מוצרים או שירותים ציבוריים, שכן עיקר התופעה החברתית השלילית מתרחשת במקומות שהם בבעלות פרטית כאמור..."⁹⁵

בחוק איסור הפליה במוצרים נקבע כי "מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, מושגים המבוארים בהרחבה בסעיף 2 לחוק, "לא יפלה בהספקת המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום ציבורי, מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטייה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, מעמד אישי, הורות או מוגבלות".⁹⁶ למעשה החוק מרחיב את תחומי העיסוק הנמצאים בלב המגזר הפרטי ומחייב אותם להחיל את עקרון השוויון.⁹⁷

92 לביקורת על דוקטרינה זו של הנשיא ברק ראו סומר, לעיל ה"ש 67, בעמ' 74.
93 נציין אנו כי להבדיל מחופש העיסוק, סוגיית השוויון במשפט הפרטי לאחר "המהפכה החוקתית" עדיין לא נתגלגלה לפתחו של בית המשפט העליון.

94 ד"כ 195, 7740 (התש"ס).

95 הצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, ה"ח 370.

96 ס' 3(א) לחוק איסור הפליה במוצרים.

97 ראו מדינה, לעיל ה"ש 69, בעמ' 44.

סעיף חשוב נוסף הוא סעיף 5 לחוק המנוסח בטרמינולוגיה נזיקית. למעשה המחוקק, על מנת להילחם בתופעת האפליה, יצר בסעיף זה כלי נזיקי חדש. משמע, אף שהאינטרס המוגן הוא אינטרס חוקתי של כבוד אדם, אשר אינו נזק פיזי ממש, בכל זאת ייחשב האירוע כעוולה חוקתית אשר מחויבת בפיצוי אשר צריך לשקף את הנזק שנגרם לנחבע.

סעיף 6 לחוק מנסה להקל על המופלים ולנסות לעודד אותם להגיש תביעות בנושא. המחוקק הבין כי הסיבה העיקרית לאי-הגעתן של תביעות בגין אפליה במועדונים לבתי המשפט היא הקושי הראייתי האמיתי להוכיח את עילת האפליה. אשר על כן נקבע בסעיף זה כי שאלות או בירורים הנוגעים לעילות האפליה, שקדמו לסירוב או למניעת כניסה, וכן התנהגות עקבית של סירוב לספק מוצר או שירות כלפי מי שנמנים על קבוצה מופלית, יוצרות חזקה לאפליה.

סעיף 8 לחוק טומן בחובו את ההבנה כי ככלל האוכלוסיה המופלית היא באופן טבעי האוכלוסיה החלשה ברוב תחומי החיים. הלכה למעשה זוהי בדרך כלל אוכלוסיה של עולים חדשים, אנשים בעלי רקע סוציו-אקונומי נמוך, חסרי ידע באשר לזכויותיהם ולעיתים קרובות אף חסרי ביטחון עצמי, אלמנטים אשר מחמירים את הסיטואציה המשפילה ומקשים על הנפגעים לנסות ולתבוע את זכויותיהם. לפיכך על מנת להקל על אוכלוסיה זו את התהליך המשפטי הארוך והמורכב הרחוב המחוקק את הזכות להגיש תביעה על הפרת הוראות החוק גם לארגון העוסק בהגנה על זכויותיו של מי שאסור להפלותו לפי החוק.

כאמור, בחנו את הדעות השונות בדבר ההצדקה להחלת נורמות משפטיות של המשפט הציבורי במשפט הפרטי, אולם לדעתנו, כל ההצדקות האמורות לעיל הן עטיפות טרמינולוגיות של הצדקה גרעינית מרכזית אחת, הנובעת מהתפיסה הפוליטית החברתית של המדינה ומהותה. נסביר את דברינו: אין דין התערבות המדינה בחיי הפרט במשטר דמוקרטי כדין התערבותו במשטר קומוניסטי. אין דין התערבות המדינה במשטר דמוקרטי ליברלי בנורמות המשפט הפרטי כדין ההתערבות במשטר סוציאלי-דמוקרטי. אין גבול לגוונים השונים הקיימים בתוך כל תפיסה פוליטית. הכול על פי ערכי החברה.

אין ברצוננו לסקור את התפיסות הפוליטיות השונות ואת השלכותיהן, אלא להציג בקליפת האגוז את המקור הגרעיני ואת התשתית המשפטית להחלת נורמות המשפט הציבורי במשפט הפרטי. ככלל התפיסה היא שקיים קשר הדדי בין הפרט לבין המדינה, החברה והקהילה. הפרט פועל בתוך החברה, מתקיים בזכותה, מוגן על ידיה. הפרט איננו יכול להגיע ללא החברה לשגשוג כלכלי, לביטחון אישי, לביטחון רפואי, לקיום חברתי וכיוצא בזה. העולה מן הדברים: הפרט אינו יצור בודד ועצמאי בסביבתו; אף לפי התפיסות הליברליות הקיצוניות ביותר – יש לפרט מחויבות כלשהי לקהילה שבה הוא מתגורר. הפרט לא רק נהנה מזכויות, אלא יש לו גם חובות; המערך שנקרא מדינה אוצר בחובו זכויות וחובות כאחד.

למערך המדינה שני ביטויים מרכזיים: ראשית – מערכת היחסים שבין הפרט למדינה; שנית – מערכת היחסים בין הפרטים החיים בתוכה. משמעות המישור הראשון היא שהיות

שהמדינה פועלת מכוח אזרחיה, משמע הם המעניקים לה את סמכויותיה, אזי היא מחויבת לפעול בנאמנות, בהגנות ובשוויון כלפי כלל אזרחיה. אולם הקושי הוא במישור היחסים שבין הפרטים במדינה, והשאלה המשמעותית בסוגיה זו היא מהי הנקודה שבה מסתיימת המחויבות של הפרט כלפי החברה. לטענתנו, אין ספק שלפרט יש מחויבות ליישם את הערכים הבסיסיים והגרעיניים של שיטת המשטר. אכן שאלת האזון הראוי בין חופש הפרט למחויבותו היא שאלה שאין לה פתרון מתמטי. אולם אמת המידה לגודל ההתערבות בחיי הפרט תיגזר מערכי החברה. אותו רציונל מוסרי ערכי המצדיק את קידום ערכי החברה באמצעות כפיית חוקים באופן לא שוויוני אף מצדיק התערבות והחלת נורמות ציבוריות במישור הפרטי. עובדה היא כי במשך שנים רבות אפליה מהותית כנגד בני מיעוטים – כולל בראש ובראשונה נגד יהודים – התבצעה בדמוקרטיה מערביות באמצעות אנשים פרטיים במישור המשפט הפרטי, כגון סירוב להשכיר דירות או לספק שירותים לבני המיעוט.

נבהיר את דברינו: מדינת ישראל נטלה על עצמה עוד משחר קיומה לספק שירותים מסוימים, על בסיס כללי, לכל אזרח בלא קשר ליכולתו הכלכלית, כגון חוק הביטוח הלאומי,⁹⁸ חינוך,⁹⁹ בריאות¹⁰⁰ ועוד. חוקים אלה מיטיבים למעשה את מצבו של חסר היכולת על ידי חלוקה מחדש של ההון, שהרי בשיטת מיסוי פרוגרסיבית דוגמת זו הנהוגה בישראל, שבה ההכנסות ממסים מיועדות גם למימון שירותים אלה, נושאים בעלי היכולת בנטל מס רב מזה שנושאים בו מעוטי היכולת.¹⁰¹ ברי שחלוקה זו פוגעת באוטונומיית הפרט והיא אינה שוויונית. העולה מן המקובץ: הפרט נדרש לפעול על פי הנורמות המוסריות הבסיסיות של החברה, ואין הוא יכול להתגונן בטענות קנייניות אוטונומיות כלשהן. אותו רציונל בדיוק מצדיק את כפיית הנורמות הציבוריות במסגרת המשפט הפרטי. מובן שמילת המפתח היא האזון הראוי שבין חופש הפרט לכלכל את צעדיו בכל תחומי החיים לבין גבול ההתערבות של החברה. דוגמה מובהקת הממחישה את המתח שבין חופש הפרט להתערבות הקהילתית לדרוש מהפרט לפעול על פי ערכי החברה באה לידי ביטוי במשפט העברי בדין "כופין ליתן צדקה".¹⁰² לכאורה, סוגיית הצדקה, מעצם משמעות המושג, היא עניין שמעבר לחובה על פי דין; מתן צדקה אמור להיות עניינו הבלעדי של הפרט, אולם לפי המשפט העברי, לקהילה יש סמכות לכפות מתן צדקה לנוזקים על הפרט

98 [נוסח משולב], התשנ"ה-1995, ס"ח 210.

99 חוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953, ס"ח 137.

100 חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, ס"ח 156.

101 לגישה ביקורתית שיש בה כדי לערער עמדה מקובלת זו ראו צילי דגן "ההשלכות החלוקתיות הנסתרות בדיני מיסים" צדק חלוקתי בישראל 261 (מנחם מאוטנר עורך, 2000). דגן מראה כיצד בעלי ההון ובעלי ההכנסות הגבוהות יכולים לנצל את חוקי המס לטובתם.

102 משנה, בבא בתרא ח, א. להרחבה בנושא ראו שאול ישראלי ספר חוות בנימין כרך ראשון צב (תשנ"ב).

לאור הנורמות הערכיות של החברה; לחברה יש זכות לדרוש את הביטוי של ערכיה הבסיסיים בכל תחומי החיים. ייתכן שניתן ללמוד מדוגמה זו בחינת קל וחומר: אם ניתן לדרוש מהפרט לשאת בנטל כלכלי של האחר, הרי שמדובר בערכי הגינות, שוויון, תום לב, כבוד האדם; מקום שהפגיעה נובעת מהתנהגות הפרט לא כל שכן שתהיה מחויבות קהילתית חברתית? דוגמה נוספת, הפעם מהדין הפלילי, היא חוק לא תעמוד על דם רעך.¹⁰³ החוק מחייב אדם לצאת מד' אמותיו ולהושיט עזרה לנזקק. האם זהו אינו ביטוי של ערכי החברה באמצעות קביעת מחויבות על הפרט? אדרבה, חוק זה אף הולך צעד אחד קדימה מחוק איסור הפליה במוצרים מבחינת הפגיעה בחירות הפרט, שהרי חוק לא תעמוד על דם רעך מחייב את הפרט לנקוט פעולה "עשה", שהיא התערבות חריפה יותר בתפיסה הליברלית מאשר חובת ה"אל-תעשה" המנויה בחוק איסור הפליה במוצרים. לסיכום, כפי שעולה מהפרק האחרון, הרי שהחלת זכויות אדם חוקתיות על גופים פרטיים הפכה לנורמה. אמנם טרם נקבע ואופן ההחלה והיקפה, אבל המגמה ברורה היא. להחלה זו צידוקים מוסריים שונים אשר יש להם ביטוי בדין הכללי, אך היא מושפעת בראש ובראשונה מהתפיסה הפוליטית של המדינה ומערכיה הגרעיניים של החברה.

סיכום, מסקנות ומבט קדימה

ברשימה זו סקרנו את דרך התחתיתים שעברו בית המחוקקים ובית המשפט בהחלתן של נורמות המשפט הציבורי מאז פרסומו של מאמרו החלוצי של פרופ' דניאל פרידמן: בתחילה על רשויות ציבוריות במשפט הפרטי, דרך חברות ממשלתיות, דרך גופים פרטיים בעלי אופי מיוחד וכלה בגופים פרטיים טהורים. המסקנה המתבקשת מניתוח זה היא שחוט השני אשר עבר לאורך כל דרך הוא מעבר ממבחן אורגני, שבו בוחנים מי הוא האורגן שמבצע את הפעולה, לעבר מבחן פונקציונלי, שבו בוחנים את הפונקציה שממלא אותו גוף בפעולה המדוברת בלי להתייחס למיחות הגוף. מהות התפקיד של הגוף – ולא שייכותו – היא הקובעת. המסקנה השנייה היא שעם החלת נורמות המשפט הציבורי על גופים פרטיים טהורים, הרי שאנו נמצאים בשיאו של תהליך שבו זכויות יסוד ועקרונות יסוד ערכיים ונורמטיביים משמשים הן במשפט הציבורי הן במשפט הפרטי, והם מהווים תשתית משותפת להם. למעשה, תהליך זה מטשטש כמעט לחלוטין את ההבחנה המסורתית בין המשפט הציבורי למשפט הפרטי שאותה ירש המשפט הישראלי מהמשפט האנגלי.¹⁰⁴ מסקנה נוספת היא שהחלת הנורמות החוקתיות במשפט הפרטי היא ככלל צעד מתבקש, שכן ראשית מבחינת אופן תפיסת החוקה הישראלית נראה שעל פי נוסח חוקי היסוד

103 התשנ"ח-1998, ס"ח 245.

104 לעניין זה ראו טובה שטרסברג-כהן "עקרונות כלליים במשפט הפרטי" המשפט ז 523 (2002).

החדשים, ובייחוד נוסחו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, נטיית המדינה היא לחוקה בעלת אופי המחנך לערכים ולא בעלת אופי חירותי בלבד. שנית, הידיעה הברורה כי בישראל הולכים ומתרבים תאגידים פרטיים בסדרי גודל עצומים אשר חלקם נוסדו כפרטיים וחלקם הופרטו במשך השנים כך שסיטואציה שבה תאגידים אלו אינם מחויבים לנהוג לפי כללי המשפט הציבורי – אינה מתקבלת על הדעת.

אפשר רק לנחש מה יהיה השלב הבא, ומי תהיה הרשות הראשונה אשר "תרים את הכפפה", אך מכל מקום ברור שתהליך החלת הנורמות הציבוריות, בכלל, ואיסור על תופעת האפליה, בפרט, טרם מיצו את ייעודם באופן סופי. כך למשל אדם אשר יש ברשותו כמה בניינים אשר מפוזרים בעיר אחת או בכמה ערים בישראל, יכול להפלות עולה חדש מאתיופיה ולסרב למכור לו או להשכיר לו את אחת מעשרות דירותיו. הן הפסיקה הן חוק איסור הפליה במוצרים אינם נותנים מענה לסוגיה מעין זו, שכן אין מדובר במוצר או בשירות ציבורי.¹⁰⁵

מה היא אפוא הדרך האידאלית להחלתן של נורמות חוקתיות במשפט הפרטי? האם באמצעות חקיקה ספציפית, חקיקה שיפוטית או שמא באמצעות החוקה? נראה שתשובה על שאלות אלו צריכה להיגזר משלוש תובנות שעליהן צריכים לתת את הדעת:¹⁰⁶ ראשית, החלת הנורמות החוקתיות באמצעות חקיקה ספציפית מגדירה בדרך כלל חריגים ברורים לנושא האמור ומצמצמת את היקף תחולתן של החובות לעומת המדינה. שנית, חקיקה ספציפית מנוסחת בלשון ברורה וחדה, לעומת חוקה אשר בדרך כלל מנוסחת בצורה רחבה ומופשטת, כך שבאמצעות חקיקה ספציפית פוחתת הן סכנת הפרת החוק מטעמי חוסר בהירות הן פרשנות מרחיקת לכת מצדה של הרשות השופטת באשר לחובותיו של הפרט. שלישית, היעדרם של חוקה או של חוקים ספציפיים המחילים את הנורמות החוקתיות ואוסרים את האפליה במשפט הפרטי, הוא הקטליזטור העיקרי לחקיקה שיפוטית.¹⁰⁷ אשר על כן אם חפצים אנו במדינה מתוקנת שבה כל רשות אינה מתערבת בתפקידי הרשות האחרת, יש לדאוג להסדרת נושא זה בחקיקה פרטנית מסודרת.

אם כן, לסיכום סוגיה חשובה זו, לעניות דעתנו, יש להמשיך ולהחיל את נורמות המשפט הציבורי באמצעות חקיקה ספציפית, וכהמשך לחוקים בתחום דיני העבודה יש לחוקק

105 ס' 2 לחוק איסור הפליה במוצרים מגדיר שירות ציבורי כ"שירותי תחבורה, תקשורת, אנרגיה, חינוך, תרבות, בידור, תיירות ושירותים פיננסיים, המיועדים לשימוש הציבורי".

106 לעניין זה ראו משה כהן-אלה "תחולת זכויות חוקתיות במשפט הפרטי" (מסמך רקע לקראת דיון בוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, 2005) www.knesset.gov.il/AllSite/OneResDoc.asp?DocID=68162.

107 כך למשל בארצות הברית, שם עד שלהי שנות השישים התבססו על הלכת פסק דין *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948), אך משחוקקו חוקי איסור ההפליה בסוף שנות השישים, בתי המשפט האמריקנים כמעט שאינם עושים שימוש בהלכה זאת.

חקיקה ספציפית מקיפה אשר תכלול בין היתר דיוור,¹⁰⁸ חינוך ועוד. בנסיבות שנוצרו, ושפורטו לעיל, זוהי הדרך הטובה ביותר להחיל את הנורמות החוקתיות, דרך אשר, מחד, תבהיר את כללי המשחק במדינת ישראל, ומאידך, לא תפגע בצורה קשה מדי באוטונומיות האדם הפרטי.

נסיים באשר התחלנו: כל המסלול הארוך והמורכב הזה שסקרנו לעיל, החל בהסתמך על רעיונותיו הפשוטים והבהירים של פרופ' דניאל פרידמן, שראה את הנולד. משפטן דגול אינו מי שמגלה בקיאות במשפט, אלא מי שמשפיע על המשפט, ופעולתו מצעידה את המשפט קדימה. בהקשר זה יפה לענייננו המשנה שלכאורה תמוהה: רבי יוחנן בן זכאי שאל את תלמידיו: "איזוהי דרך ישרה שידבק בה האדם?" ונענה: "רבי אליעזר אומר – עין טובה. רבי יהושע אומר – חבר טוב. רבי יוסי אומר – שכן טוב. רבי שמעון אומר – הרואה את הנולד. רבי אלעזר אומר – לב טוב."¹⁰⁹ נשאלת השאלה: תשובת כולם עוסקת במעלה מוסרית שבאישיות האדם, ואילו תשובתו של רבי שמעון עוסקת במעלה שכלית של האדם, ומה בינה לבין יושר? נתרץ את הקושיה בדרכנו שלנו: אף ראיית הנולד היא מעלה מוסרית. זוהי מעלה של אדם שאיננו מקבל את המצב הקיים כמוכּן מאליו, אלא בוחן את המציאות ובוחן את פעולותיו ומתוך כך מתרומם מהרגע, מהקיים ובוחן מה ראוי שיהיה, כיצד ניתן לתקן ומתוך כך מתקן את עצמו ואת העולם. חברנו דניאל פרידמן זכה להיות מאלו הרואים את הנולד. מדהים לראות כיצד ניבא ממש לפני כמעט 35 שנה את התהליך שרק החל שני עשורים לאחר מכן. הרציונל שהבין והביע פרופ' פרידמן בכתביו הוא אותו הרציונל שמלווה את בית המחוקקים ואת בית המשפט עד ימינו אנו.

108 לעניין זה ראו רות גביון ואורי שוורץ "הפרדה בדיוור כמרכיב בהפליה: הניסיון האמריקאי"

עיוני משפט כה 73 (2001).

109 משנה, אבות ב, ט.