

החלה ישירה של זכויות האדם על הכלל

מאת

עלי בוקשפון* ואסא כשר**

מוקדש בהערכה רבה למורנו אהרן ברק

תקציר

מאמר זה דן באפשרות ובצורך להחיל את זכויות האדם באופן ישיר גם בתחומי המשפט הפרטי, וזאת בניגוד לגישה הרווחת שעל-פיה זכויות האדם החוקתיות הינן חלק מהמשפט הציבורי, והחלתן במשפט הפרטי מוגבלת, מובלעת ובלתי-סדורה, ונעשית באמצעות מודל התחולה העקיפה.

אנו סבורים כי מנגנון זה אינו מתיישב עם תפיסת-העולם הדמוקרטית במובנה העמוק והאידיאלי. התפיסה הדמוקרטית מכירה לא רק בזכות הבסיסית של הפרט לממש את חירויותיו באופן חופשי ונטול הפרעות, אלא גם בצורך להגן על האפשרות שלו לממש את זכויותיו מפני מי שבא להפריע לו.

כפועל יוצא מכך אנו סבורים כי המדינה אמורה להיות מעורבת בהגנה על האזרח מפני פגיעה בזכויותיו גם במסגרת המשפט הציבורי וגם במסגרת המשפט הפרטי. לדידנו, בשיטת משטר דמוקרטית אין מקום לייחס מעמד כה מכריע לזהותה של הישות הפוגעת בזכויות האדם – הרשות השלטונית, על זרועותיה השונות, לעומת פרטים או גופים פרטיים אחרים – כאבן-בוחר לקביעת מקור ההגנה המשפטית הניתנת לזכויות האדם. ההבחנה באשר לזהותה של הישות הפוגעת יוצרת שניות לא-רצויה בין שתי מערכות חוקתיות נבדלות לכאורה, והכל באותה שיטת משטר, השואבת את כוחה מעקרונות-יסוד סדורים ולכידים (קוהרנטיים). זאת ועוד, הבחנה זו מייצרת תרגילי "לוליינות" משפטיים באמצעות שימוש במונחי-שסתום עמומים, דוגמת עקרונות "תום-הלב" ו"תקנת הציבור", המותירים ללא מענה את השאלה מה טעם יש בהסוואה מעין זו, ומה יתרונה על המודל הגלוי של מנגנון התחולה הישירה.

* מרצה בכיר בבית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.

** פרופסור אמריטוס מהקתדרה לאתיקה מקצועית ולפילוסופיה של הפרקטיקה ע"ש לאורה

שוורץ-קיפ, ופרופסור אמריטוס לפילוסופיה, אוניברסיטת תל-אביב.

תודתנו נתונה לאהרן ברק, אלישבע ברק-אוסוסקין, משה הלברטל, ריבי וויל, איל זמיר, דנה חפץ, סתיו כהן, אליאב ליבליך, אוריאל פרוקצ'יה, אלון קלמנט, שרון רבין מרגליות, אליעזר ריבלין ויורם שחר וכן למשתתפי הכנס המדעי הששי של האגודה הישראלית למשפט פרטי שהתקיים ב-29.4.2015 כמו גם למערכת עיוני משפט, ובמיוחד לעורך, גיא פריבר, לחברי המערכת, עידן ארנון, משי בן נפתלי ואסף קרמר ולקורא החיצוני על הערותיהם; תודתנו גם לנסי אנג'ל-כץ, תום כוכבי, שלי סימנא ואיציק צרפתי על עזרת המחקר המסורה.

אכן, יש הגורסים כי אימוץ מודל התחולה הישירה במשפט הפרטי יביא דווקא לידי פגיעה בזכויות הפרט, במובן זה שלמשפט הפרטי אין כלים שיאפשרו לו להכריע איזו זכות ייסוד גוברת על רעותה. אולם אין ממש בחשש זה, כפי שיודגם במאמר, שכן הדיון בזכויות הפרט במסגרת המשפט הציבורי נעשה ממילא במסגרת של איזונים, ואלה יכולים להיעשות באותו אופן גם במשפט הפרטי, בהתאמות הנדרשות, בין שזכויות האדם מוחלות בו באופן עקיף ובין שהן מוחלות בו באופן ישיר.

נוסף על כך, סקירה של הדין הישראלי והדין המשווה באשר למקומן של זכויות האדם במשפט הפרטי מעלה כי אף שרוב שיטות המשפט נמנעות מלהגדיר באופן פורמלי את מודל התחולה כישיר, הלכה למעשה זכויות האדם הולכות ותופסות מקום נכבד במסגרת המשפט הפרטי, וקיימים מנגנונים המקרבים – עד כדי מיזוג של ממש – בין גישה המכירה בתחולה עקיפה בלבד של זכויות אדם במשפט הפרטי לבין גישה המכירה בתחולתן במישרין. המאמר אינו מציע לפיכך הסדר שתהיה בו פגיעה ממשית ביציבותה של השיטה הקיימת. מטרתו היא לתאר מחדש את התפיסה המשפטית הנוהגת, על החוקים וההלכות הקיימים, ולפתוח את הדלת לפני סוג נוסף, עמוק יותר ומדויק יותר, של הצדקות למתכונת הראויה לתחולתן של זכויות האדם במשפט הפרטי ולאמצעים הפתוחים לפנינו כבר כיום להחלה ישירה של זכויות האדם במשפט הפרטי מבלי לזעזע את אמות הסיפים.

פתיחה

א. הדין הרצוי – מודל התחולה הישירה

1. הקדמה

2. דמוקרטיה, זכויות אדם ומשפט פרטי

3. בין מודל התחולה הישירה למודל התחולה העקיפה

4. האיזון בין זכויות אדם מתנגשות במשפט הפרטי ומודל התחולה הישירה

ב. הדין המצוי

1. היחס בין זכויות האדם למשפט הפרטי במשפט המשווה

2. היחס בין זכויות האדם למשפט הפרטי במשפט הישראלי

(א) על ציבורי ופרטי במשפט הישראלי

(ב) זכויות אדם במשפט הפרטי בראי הפסיקה

(1) דיני נזיקין

(2) עוולה חוקתית

(3) דיני קניין

(4) דיני עבודה ויצירתה של פסקת הגבלה פסיקתית במשפט

הפרטי

(i) הזכות לפרטיות

(ii) זכות ההתארגנות

ג. מודל התחולה הישירה והדין הנוהג – יישום והתאמות

1. פנייה שיורית למודל התחולה הישירה בהעדר הסדר תת-חוקתי הולם

2. חוקי־היסוד כמקור להנמקה ולהעמקת השיח בנושא זכויות האדם במשפט הפרטי
3. מעמד מחודש ליחס בין זכויות האדם לבין עקרונות תום־הלב ותקנת הציבור
4. סעדים
5. התאמות חקיקה בחוקי־היסוד, בחיקוקים הספציפיים ובהצעת חוק דיני ממונות
- ד. סיכום

פתיחה

שלושה אנשים שנשאו שלטים בעד הקמת ועדת חקירה ממלכתית בנושא היסטורי, ואשר הפגינו בשקט מופתי מול ביתו של ראש הממשלה, סולקו משם על־ידי עוברי־אורח, אשר הפריעו להפגנתם ופגעו כך ביכולתם של השלושה להגשים את זכותם להפגין. האם הזכויות החוקתיות של המפגינים, ביניהן חופש הביטוי וחופש ההפגנה, לא הופרו על־ידי אותם עוברי־אורח, רק מפני שאלה לא היו אנשי משטרה או בעלי תפקיד ציבורי אחר הכולל סמכות לפזר הפגנה חוקית?

בתערוכה הפתוחה לציבור מוצגות גופות משומרות של בני־אדם בלתי־ידועים. מארגני התערוכה מודים כי אין בידיהם תיעוד כלשהו וגם לא ידיעה בעל־פה בדבר הסכמתם של אותם בני־אדם בחייהם שיעשה שימוש כזה בגופותיהם לאחר מותם. האין בתערוכה זו משום פגיעה בזכות החוקתית של שמירה על כבוד האדם גם במותו, רק מפני שהתערוכה היא מיזם פרטי שאינו קשור לשום רשות ממלכתית או ציבורית? האם העקרונות האמורים לעמוד ביסוד ההסדרים של המדינה הדמוקרטית לשמירה על כבוד האדם במותו אמורים להבחין בין תערוכה של גופות בני־אדם אלמונים שמארגן ומקיים משרד התרבות, לדוגמה, על יסוד סקר בדבר הביקוש הציבורי, לבין תערוכה מטעם גוף עסקי הפועל על יסוד אותו סקר ביקוש מתוך מטרת כלכליות?

הגישה שאנחנו באים להציגה, להגן עליה ולהצביע על תוצאות אחדות של השימוש בה שוללת את המעמד המכריע הניתן להבדל בין פגיעות שונות בזכויות חוקתיות של אזרחים בהתאם לשאלה מי הפוגע – שוטר או עוברי־אורח, משרד ממשלתי או גוף עסקי פרטי. לגישתנו, אין הצדקה להבדל מכריע כזה, לא מנקודת־המבט של עקרונות־היסוד של הדמוקרטיה ולא מנקודת־המבט של מי שזכויותיו עלולות להיפגע ואשר זכאי להגנה של ממש מפני כל פגיעה כזו. טענתנו תהיה שביסוד הדמוקרטיה עומדת מערכת עקרונות אחידה, המחייבת הגנה אפקטיבית על האזרח מפני פגיעה בחירויותיו הבסיסיות, העומדות ביסוד זכויותיו החוקתיות, גם מפני הרשויות וגם מפני כל אזרח, תאגיד או גוף אחר.

ברמת ההסדרים המעשיים יוכלו להתקיים הבדלים ממשיים בין הגנה מפני הרשויות לבין הגנה מפני פגיעה אחרת, אבל ההבדלים הללו אינם משקפים הבדלים מקבילים ברמה הבסיסית ביותר – רמת עקרונות־היסוד של המשטר הדמוקרטי. ברמה הבסיסית הזאת מופיעות זכויות חוקתיות של הגנה על חירויות בסיסיות, ומופיעים עקרונות חוקתיים של

איון בין זכויות חוקתיות. גם במקרה שרשות כלשהי מחוללת פגיעה בזכות חוקתית של אזרח וגם במקרה שאדם, תאגיד או גוף אחר מחוללים פגיעה כזאת, מדובר באותן זכויות חוקתיות ובאותם עקרונות איון, גם אם המסקנות המעשיות המתבקשות בשני המקרים – במתכונת של איונים מפורטים בין זכויות שונות – עשויות להיות שונות זו מזו, על-פי זהותו של מחולל הפגיעה. לשון אחר, המערכת החוקתית של זכויות ועקרונות איון הקבועים בחוקה (או בחוקי-יסוד, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בשיטת המשפט הישראלית) חלה באופן ישיר גם בהקשרים הציבוריים וגם בהקשרים הפרטיים.¹ זוהי גישת התחולה הישירה. בנקודת הפתיחה של הדיון שלנו עומדות האינטואיציות הבסיסיות שלנו בדבר שתי ההשוואות שפתחנו בהן – בדוגמת ההפגנות ובדוגמת התערוכה של הגופות האלמוניות. הדיון שלנו מיועד להובילנו למסקנה חשובה בדבר אינטואיציות אלה: או שהן עולות בקנה אחד עם תפיסה סדורה בדבר התחולה הישירה ומחזקות אותה; או שהן אינן עולות בקנה אחד עם שום תפיסה סבירה בדבר תחולתן של זכויות חוקתיות ובדבר תחולתם של עקרונות איון חוקתיים, ועל-כן עלינו לדחותן, אף שהן מקובלות עלינו ברמה האינטואיטיבית.

אכן, באופן מסורתי נהג המשפט לתפוס את מערכת זכויות האדם הקבועות בחוקה כחומת הגנה על פרטים מפני כוחה ה"כל-יכול" של המדינה, כמעין המתקה של יחסי הכוחות המוטים בין השלטון לבין הפרט. במובן זה נתפסה מערכת זכויות האדם כחלק מהמשפט הציבורי. בשל נקודת מוצא מסורתית זו, השיח על מקומן של זכויות האדם במשפט הפרטי היה מובלע, חסר ולא-שיטתי, אף שמקובל לומר כי המשפט הפרטי התעסק גם הוא תמיד בזכויות אדם, בצורה כזו או אחרת, גם אם מבלי שהשתמש בלשון הזכויות.² בהתאמה, השאלה הבסיסית בדבר הדרך הראויה להחלת מערכת זכויות האדם ביחסים בין הפרטים נותרה פתוחה ושנויה במחלוקת.³

כך, הדרכים המקובלות במשפט המשווה להחלת זכויות אדם במשפט הפרטי הן בעיקרן באמצעות מודל של תחולה "עקיפה", שלפיו זכויות אדם מעוגנות ברמה תת-חוקתית בחקיקה הרגילה או במשפט המקובל בלבד, והן יחולו ביחסים בין פרטים אך באופן עקיף, בעזרת טכניקות משפטיות הנטועות במשפט הפרטי – דוגמת פרשנות המשפט הפרטי, על מושגי-השסתום שבו, והשלמת חוסרים באמצעות ההלכה הפסוקה – המשמשות צינורות לייבוא מרכיבים מסוימים של הזכויות החוקתיות אל תוככי המשפט הפרטי. מודל אחר להחלת

1 מאמר זה עניינו באותם חלקים בחוקה (או בחוקי-היסוד) הנוגעים בזכויות האזרח והאדם, וכן בעקרונות של מערכת הזכויות הקבועים את המדרג של חוקה, חוקים וכן הלאה, וכן את אופני האיון בין הזכויות החוקתיות הקבועות בחוקה (או בחוקי-היסוד). המאמר אינו עוסק בהסדרים חוקתיים אחרים, דוגמת אלה הנוגעים במוסדות.

2 HUMAN RIGHTS IN PRIVATE LAW (Daniel Friedmann & Daphne Barak-Erez eds., 2001) ראו במיוחד את הקדמת העורכים.

3 "The idea that constitutional rights norms affect the relations between citizens, and in this sense have a third party or horizontal effect, is accepted on all sides today. What is controversial is how and to what extent they do this." ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS 354–355 (Julian Rivers trans., rpt. 2010). כפי שנראה בהמשך, השאלה המהותית – ולמעשה העיקרית – שיש לתת לה את הדעת לאחר מתן מענה לשאלת אופן תחולתן של זכויות האדם במשפט הפרטי היא שאלת היקף תחולתן.

זכויות האדם במשפט הפרטי הוא מודל התחולה על הרשות השופטת, שלפיו השופט, כזרוע שלטונית, כפוף לחובה לשמור ולהגן על זכויות האדם בבואו להכריע בשאלת ההגנה על זכויות ובפיתוח ההלכות המשפטיות, וזאת גם בתחומי המשפט הפרטי.⁴ שני המודלים האמורים מחילים בעקפיין את זכויות האדם במשפט הפרטי. תיתכן גם תחולה "ישירה" של זכויות האדם ביחסיהם של הפרטים בינם לבין עצמם, בדומה לגישה המוכרת במשפט הציבורי ביחס לרשויות השלטונית, אך זו אינה המתכונת המקובלת,⁵ אף שהיא מתאפשרת באופן פורמלי בנוסחיהן של חוקות אחדות, דוגמת אלה של דרום-אפריקה ויוון.⁶

4 לסקירת הגישות השונות ראו אהרן ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי – התחולה במשפט העבודה" ספר אליקה ברק-אוסוסקין 363, 368-378 (סטפן אדלר, יצחק אליאסוף, נילי ארד, גיא דוידוב, סיגל דוידוב-מוטולה, יצחק זמיר, ארנה לין וגיא מונדלך עורכים, 2012) (להלן: ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי"). במאמרו מתאר ברק ארבעה מודלים: מודל התחולה הישירה, שלפיו הוראות החוקה בעניין זכויות האדם מכוונות הן כלפי השלטון והן כלפי הפרטים (שם, בעמ' 368); מודל העדר התחולה, שלפיו הוראות אלה חלות רק כלפי רשויות השלטון, ו"פסק דין המעניק סעד לפרט אחד כלפי רעהו אינו נבחן באמות המידה של הוראות החוקה, וחובתו של השלטון לכבד את זכויות האדם אינה גם חובתו של בית המשפט לכבד את זכויות הפרט. בית המשפט מכריע בסכסוך פרטי – זאת ותו לא" (שם, בעמ' 371); מודל התחולה על הרשות השופטת, שלפיו הזכות החוקתית מכוונת גם כלפי השופט, כרשות שלטונית, ו"משמעות הדבר, מבחינתו של השופט, כפולה: ראשית עליו לפתח את המשפט המקובל באופן העולה בקנה אחד עם חובתו שלא לפגוע באופן לא מידתי בזכויות החוקתיות; שנית עליו לפעול בגדריו של סכסוך ספציפי באופן העולה בקנה אחד עם זכויותיהם החוקתיות של הצדדים" (שם, בעמ' 373); ומודל התחולה העקיפה, שלפיו אין לפרט זכות חוקתית כלפי פרט אחר, אך הזכויות החוקתיות של הפרט כנגד הרשות השלטונית חלות במשפט הפרטי בעקפיין – ברמה התת-חוקתית (שם, בעמ' 375).

5 שם, בעמ' 370.

6 HUMAN RIGHTS AND THE PRIVATE SPHERE: A COMPARATIVE STUDY (Dawn Oliver & Jörg Fedtke eds., 2007). (להלן: HUMAN RIGHTS AND THE PRIVATE SPHERE). ראו גם סעיף פרטני בחוקת ארצות-הברית – התיקון השלושה-עשר, בדבר איסור העבדות (U.S. CONST. amend. XIII) (להלן: התיקון השלושה-עשר לחוקת ארצות-הברית), וס' 15(2) ל-INDIA CONST. (להלן: "No citizen shall, on grounds only of: religion, race, caste, sex, place of birth or any of them, be subject to any disability, liability, restriction or condition with regard to – (a) access to shops, public restaurants, hotels and places of public entertainment; or (b) the use of wells, tanks, bathing ghats, roads and places of public resort maintained wholly or partly out of State funds or dedicated to the use of the general public" כן ראו ס' 35 לחוקת שווייץ (CONSTITUTION) (Switz.) [FÉDÉRALE [CST] [CONSTITUTION] (Switz.)]. (1) The fundamental rights shall be realized in the entire legal system. (2) Whoever exercises function of the state must respect the fundamental rights and contribute to their realization. (3) The authorities shall ensure that the fundamental rights also be respected in relations among private parties whenever the analogy is applicable"

בישראל מקובלת הגישה שזכויות האדם חלות גם חלות ביחסים ההדדיים בין הפרטים.⁷ עם זאת, ולמרות האפשרות הקיימת בישראל לתחולה ישירה של זכויות האדם במשפט הפרטי, לנוכח קיומם של חוקי היסוד בנושא זכויות האדם (חוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי יסוד: חופש העיסוק) והלקונה החקיקתית הקיימת בהם בדבר תחולתם במשפט הפרטי, המודל המקובל הוא מודל התחולה העקיפה. החלתן של זכויות האדם בתחומי המשפט הפרטי בישראל נעשית כיום בעיקר באמצעות מושגי השסתום הפזורים במשפט הפרטי, ובראשם עקרונות "תום הלב" ו"תקנת הציבור", אשר קבועים בחוק החוזים ומוחלים על שיטת המשפט כולה באמצעות סעיף 61(ב) לחוק החוזים ובאמצעות דיני הפרשנות וההשלמה.⁸ הטענה העיקרית של מאמר זה היא כי בניגוד לגישה הרווחת, על זכויות האדם, לרבות אלה הקבועות בחוקי היסוד, לחול באופן ישיר ומפורש לא רק בתחומי המשפט הציבורי, אלא גם בתחומי המשפט הפרטי.⁹ מודל התחולה הישירה הוא לגישתנו גם המודל הראוי מבחינה עיונית, והוא אף אפשרי ומועיל מבחינה מעשית. בדיון שנציג כאן בטענתנו ניזוהר לא להציע הסדר שתהיה בו פגיעה ממשית ביציבותה של השיטה הקיימת. בשלב זה מטרותנו היא לתאר מחדש את התפיסה המשפטית הנוהגת, על החוקים וההלכות הקיימים, ולפתוח את הדלת לפני סוג נוסף, עמוק יותר ומדויק יותר, של הצדקות.

לצורך ביסוס הדברים יפתח המאמר, בחלקו הראשון, בדיון פילוסופי ותיאורטי בעקרונות היסוד של המשטר הדמוקרטי ובמסקנות המתבקשות בדבר מעמדן הכוללני של החירויות הבסיסיות והזכויות הבסיסיות, הקבועות בדרך כלל בחוקה ובחוקי היסוד. המשכו של חלק זה יעמוד על ההבדלים בין מודל התחולה הישירה של זכויות האדם במשפט הפרטי לבין

7 כפי שניתן לשמוע בדבריו הצלולים של הנשיא אהרן ברק: "דומה כי מובן וברור הוא, שעקרונות היסוד של השיטה בכלל וזכויות היסוד של האדם בפרט אינם מוגבלים אך למשפט הציבורי... זכויות היסוד של האדם אינן מכוונות רק כנגד השלטון. הן מתפרסות גם ביחסים ההדדיים שבין הפרטים לבין עצמם." ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד (2) 464, 530 (1992) (להלן: עניין קסטנבאום). ראו גם את דבריו בדנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, 362 (2000) (להלן: עניין רקנט); "אכן, עקרונות היסוד אינם נחלתו של המשפט הציבורי בלבד; הם חלק מהשיטה כולה, והם מכוונים את ההתנהגות האנושית בכל היבטיה..."

8 ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", לעיל ה"ש 4, בעמ' 390-395. ראו גם עניין קסטנבאום, לעיל ה"ש 7, בעמ' 530; ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ, פ"ד מט(3) 196 (1995); ע"א AES System Inc. 6601/96 נ' סער, פ"ד נד(3) 850 (2000) (להלן: עניין סער).

9 כך הם הדברים גם ביחס לזכויות אדם שטרם זכו במעמד חוק. השוו לדבריו של שמגר בד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עתון "הארץ" בע"מ, פ"ד לב(3) 337, 359 (1978) בכל הנוגע במעמדו של חופש הביטוי: "בהקשר זה כונה חופש הביטוי בשם 'זכות שאינה כתובה על ספר', אך סבורני שאין באפיה האמור כדי לגרוע ממעמדה המשפטי. אכן יש לפי שיטתנו משפט מקובל ישראלי, אשר טרם הפך לחוק חרות וככל שיגברו מאמציו של המחוקק להמיר עקרונות שבעליהם לכללים שבכתב, הרי יש להניח שיישאו עדיין הלכות משפט, אשר אין להן ביטוי בסעיף זה או אחר של דבר-חקיקה. בשיטת המשפט שלנו, אין בכך, כשלעצמו, כדי לגרוע ממעמד, והדברים ידועים."

מודל התחולה העקיפה. בהמשך לכך יובאו נימוקים משפטיים ולבר-משפטיים המבססים את יתרונותיו של מודל התחולה הישירה, תוך הזמנת החששות המתלווים לאימוצו של מודל זה. החלק השני של המאמר, על שני תת-חלקיו, יעסוק בדין המצוי וביכולתו לאמץ את מודל התחולה הישירה. התת-חלק הראשון יסקור את המודלים השונים המקובלים במשפט המשווה, ויראה כי המרחק בינם לבין מודל התחולה הישירה אינו רב, ואף הולך ומצטמצם עם חלוף הזמן. התת-חלק השני יתמקד במשפט הישראלי ובגישתו להחלת זכויות האדם במשפט הפרטי. עיון רחב במשפט הישראלי מצביע על התערעורת ההבחנה המסורתית בין המשפט הציבורי למשפט הפרטי, ועל בשלותה של מערכת המשפט הישראלית לאמץ את מודל התחולה הישירה בשל נימוקי-עומק חברתיים ודמוקרטיים.¹⁰ החלק השלישי והאחרון של המאמר יחתום בהעלאת כיווני חשיבה על-אודות הדרכים האפשריות הפתוחות לפנינו כבר כיום להחלה ישירה של זכויות האדם במשפט הפרטי מבלי לזעזע את אמות הסיפים.

א. הדין הרצוי – מודל התחולה הישירה

1. הקדמה

חלק זה בא לבסס את ההצדקה לאימוצו של מודל התחולה הישירה. חקיקת חוקי-היסוד בנושא זכויות האדם אפשרה לגבש תפיסה מחודשת בכל הנוגע במשפט הפרטי ובמשפט הציבורי, וראוי לדעתנו לנצל את ההזדמנות ולפרשם כחלים גם על המשפט הפרטי ולהנגישם לפלל, ברוח התפיסה הדמוקרטית כמובנה העמוק והאידיאלי. במסגרת הדיון נעמוד, ראשית, על הקשר שבין זכויות אדם, משפט ודמוקרטיה, ועל תפקידו של המשפט הפרטי בהקשר זה. לאחר-מכן נדון בהבדלים בין מודל התחולה הישירה למודל התחולה העקיפה, ונציג את יתרונותיו של הראשון. לבסוף נגם את ההתנגדות למודל התחולה הישירה, אשר מניחה – באופן בלתי-מבוסס לדעתנו – כי החלתן הישירה של זכויות האדם על המשפט הפרטי תביא לידי פגיעה בחירות הפרט ובהבחנה בין המשפט הציבורי למשפט הפרטי.¹¹ הנחה זו הובילה, כך נראה, לאימוצו של מודל התחולה העקיפה של זכויות האדם במשפט הפרטי, אשר משמר את ההפרדה בין המשפט הציבורי למשפט הפרטי, אך זאת רק בצורה קוסמטית, באופן שמנתק לא לצורך את מקורן האחד ומשמעותן של זכויות האדם בכל

10 גישה זו עומדת גם בבסיס עמדתו של פרופ' ברק במאמרו אהרן ברק "הזכות החוקתית להגנה על החיים, הגוף והכבוד" משפט וממשל יז 9, 10 (2016) (להלן: ברק "הזכות החוקתית להגנה על החיים") בבואו לנמק את הרחבת אחריותה של המדינה ואת זניחת התפיסה המסורתית בדבר זכויות שליליות: "אט-אט... גברה ההכרה כי המדינה מהווה לא רק סכנה לחירותו של הפרט, אלא גם מקור להגנה על חירויות אלה. הודגש כי שיקולים של דמוקרטיה, צדק חברתי ושיתוף-פעולה אנושי מצדיקים את הרחבת הגישה הקלאסית." דברים אלה יפים גם לביסוס הטענה בדבר אימוץ מודל התחולה הישירה המובאת במאמר זה.

11 Human Rights and the Private Sphere, לעיל ה"ש 6; ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", לעיל ה"ש 4; רע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ, פס' 19 לפסק-דינו של השופט הנציג (פורסם בנבו, 16.11.2011). השוו בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, פסק-דינו של הנשיא ברק (1998) (להלן: עניין קונטרס).

רחביה של שיטת המשפט וביחס לכל מרכיביה. בסופו של יום, ביסוד הדמוקרטיה עומדת מערכת עקרונות אחידה, המחייבת הגנה אפקטיבית על האזרח מפני פגיעה בחירויותיו הבסיסיות, המוגנות על ידי זכויותיו החוקתיות, גם מפני הרשויות וגם מפני כל אזרח, תאגיד או גוף אחר. ברמה הבסיסית הזאת מופיעות זכויות חוקתיות של הגנה על חירויות בסיסיות, ובצידן מופיעים עקרונות חוקתיים של איזון בין זכויות חוקתיות. דעתנו היא כי גם במקרה שרשות כלשהי מחוללת פגיעה בזכות חוקתית של אזרח וגם במקרה שאדם, תאגיד או גוף אחר מחוללים פגיעה כזאת, מדובר באותן זכויות חוקתיות ובאותם עקרונות איזון, גם אם המסקנות המעשיות המתבקשות בשני המקרים עשויות להיות שונות זו מזו, על-פי זהותו של מחולל הפגיעה.

2. דמוקרטיה, זכויות אדם ומשפט

מודל התחולה הישירה מושתת על תפיסת טיבו של המשטר הדמוקרטי. נתאר אפוא בקצרה את תפיסת המשטר הדמוקרטי העומדת ביסוד מאמר זה.¹² תחילה נציג את הרעיונות המרכזיים של תפיסה זו, המשתייכת למסורת הפילוסופית של גישת "האמנה החברתית",¹³ ולאחר-מכן נשבץ אותה בתוך התמונה הכללית של התורות הפילוסופיות בדבר ההסדרים הצודקים בחברת האזרחים של מדינה.

המשטר הדמוקרטי מתפרש כפתרון של בעיה מסוימת, כך שכל מרכיב חשוב של המשטר הדמוקרטי מתפרש כחלק מפתרון הבעיה. הבנת מהותו של המשטר הדמוקרטי מתחילה אפוא בהכרת הבעיה שהמשטר הדמוקרטי מתפרש כבא לפתור אותה. נציג את הבעיה הזאת בשני צעדים: בצעד הראשון נציג את הבעיה שביסוד כל משטר שהוא, ובצעד השני נציג את הבעיה הייחודית שביסוד המשטר הדמוקרטי.

המצב האנושי הרווח יוצר את בעיית הקונפליקטים בין בני-אדם. לכל אדם יש ערכים ואמונות, רצונות ואורחות חיים שהם לטעמו. על בסיסם כל אדם מעצב לעצמו את התוכניות המעשיות שלו במסגרות האישיות, המשפחתיות, הקהילתיות, הלאומיות, התרבותיות וכל כיוצא באלה. אילו היה כל אדם יכול לממש את כל תוכניותיו המעשיות במלואן, לפי טעמו, היה כל אדם יכול להיות שמח בחלקו. אלא שבמצב האנושי הרווח אין אדם יכול לממש במלואן את כל תוכניותיו המעשיות, מפני שאלה מתנגשות לעיתים קרובות בתוכניות המעשיות של זולתו, המשקפות ערכים אחרים או אמונות שונות, רצונות משלו או אורחות חיים מנוגדים. לפיכך, כאשר בני-אדם באים לממש את תוכניותיהם המעשיות, הם מוצאים

12 אסא כשר "מדינה יהודית ודמוקרטית – סקיצה פילוסופית" רוח איש – ארבעה שערים 13, 17-13 (2000) (להלן: כשר "סקיצה פילוסופית"); אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 128 (2004) (להלן: ברק שופט בחברה דמוקרטית) ("אכן, מרכיב מרכזי של הדמוקרטיה המודרנית – זו שנבנתה על חורבותיה של מלחמת העולם השנייה והשוואה שפקדה את עמנו – הנו זכויות האדם (החוקתיות, החקיקתיות וההלכתיות). בלעדיהן אין קיום לדמוקרטיה. נטלת מהדמוקרטיה את זכויות האדם, והדמוקרטיה איבדה את נשמתה. דמוקרטיה בלי זכויות אדם היא כלי ללא תוכן. אכן, לכל אדם הזכות הטבעית להכרה בזכויותיו"; אסא כשר "מדינה דמוקרטית" נדיב מרדכי, מרדכי קרמניצר ועמיר פוקס מודריך למחוקק 23 (2015).

13 אנחנו רואים את עצמנו פטורים מכל צורך להצדיק את השתייכותנו למסורת הזאת. עם זאת, נעמוד להלן על הבדלים בין התפיסה שביסוד המאמר הנוכחי לבין תפיסות חלופיות.

את עצמם לעיתים קרובות במצב של קונפליקט – מצב שבו אי-אפשר שכולם יממשו את כל תוכניותיהם המעשיות בעת ובעונה אחת. אם אדם אחד מעוניין בסביבה שיש בה דממה רבה, מכיוון שהיא עוזרת לו ללמוד או ליצור, בשעה שאדם אחר מעוניין בסביבה שאין בה דממה רבה, מכיוון שהוא עוסק בנגינה או בשירה במקלה, לדוגמה, הם אינם יכולים לקיים יחד סביבה שבה התוכניות המעשיות של שניהם מתממשות, מפני שלא תיתכן סביבה שיש בה דממה רבה ואין בה דממה רבה בעת ובעונה אחת. מה בני-אדם כאלה אמורים לעשות במצב כזה של קונפליקט שהתגלע ביניהם?

בכל מצב של קונפליקט מתבטאת הבעיה הכללית: כיצד בני-אדם עם תוכניות מעשיות שונות, המשקפות הבדלים משמעותיים בערכים ובאמונות, ברצונות ובאורחות החיים, אמורים לחיות זה בצד זה? הדעת נותנת שבני-אדם לא יעסקו בכל מצב של קונפליקט בפני עצמו, אלא ינסו לגבש תשובות כוללות לשאלה מה מן הראוי שהם יעשו במצב של קונפליקט. כאן אנחנו עושים את הצעד הראשון – הצגת הבעיה שכל משטר בא לפתור. הבעיה שכל משטר נועד לפתור היא זו: מהם ההסדרים האמורים לאפשר לבני-אדם לחיות אלה בצד אלה חרף ההבדלים העקרוניים ביניהם, המובילים אותם למצבים של קונפליקטים בין התוכניות המעשיות שלהם?

כל משטר מכונן פתרון לבעיה הזאת. לדוגמה, במלוכה מוחלטת, שבה מלך יחיד שולט בכל אורחות החיים של נתיניו, מערכת ההחלטות, החוקים והמוסדות של המלך היא הפתרון. על-פיו יישק כל דבר. בכל מצב של קונפליקט נוהגים על-פי החלטה של המלך בדבר הקונפליקט שעל הפרק או על-פי חוק שהמלך חוקק בדבר קונפליקטים כאלה או לחלופין בהתאם להנחיות של מוסד שהמלך כונן לשם פתרון אותם קונפליקטים. ההסדרים המלכותיים הללו אמורים להנחות את האזרחים כיצד לחיות אלה בצד אלה חרף הקונפליקטים שביניהם. המשטר הדמוקרטי אמור גם הוא לפתור את בעיית הקונפליקטים בין האזרחים, כלומר, להנחות את התנהגותם של האזרחים כאשר הם מוצאים את עצמם במצבים של קונפליקט. אולם ההסדרים של המשטר הדמוקרטי נושאים אופי ייחודי. הבעיה העומדת לפתרון אינה מה יהיו ההסדרים שינחו את האזרחים כיצד לחיות אלה בצד אלה חרף הקונפליקטים שביניהם, אלא מה יהיו ההסדרים ההוגנים, השומרים על כבוד האדם כאשר הוא אדם, שינחו את האזרחים כיצד לחיות אלה בצד אלה חרף ההבדלים העקרוניים שביניהם וחרף הקונפליקטים המעשיים המתגלעים ביניהם. השמירה על כבוד האדם כאשר הוא אדם בהסדרים הוגנים היא נשמת-אפו של המשטר הדמוקרטי. הסדרים הוגנים של שמירה על כבוד האדם כאשר הוא אדם יחייבו כל אחד לכבד את כבוד האדם כאשר הוא אדם של כל אחד אחר, כלומר, ידרשו מכל אחד להימנע מפגיעה בכבוד האדם של זולתו.

כאן עלינו להדגיש את אופי הטענות שלנו. במציאות המדינית נתונה לנו הבחנה אינטואיטיבית בין מדינות הנחשבות מדינות דמוקרטיות לבין מדינות הנחשבות לא-דמוקרטיות. מכיוון שיש מדינות שעלולה להתגלע לגביהן מחלוקת בשאלה אם הן משתייכות לכאן או לכאן, נסתפק בהבחנה בין מדינות שהן לכל הדעות דמוקרטיות לבין מדינות שהן לכל הדעות לא-דמוקרטיות (בעיני מי שמתבונן על המדינות הללו באחריות ובשיטתיות, באופן ענייני ולא-מגויס). תפיסה עיונית של מהות הדמוקרטיה אמורה לתת בסיס עקרוני להבחנה האינטואיטיבית. היא תקיים את ההבחנה על בסיס עקרונות-יסוד ברורים, תציג בהירות את ההבדלים בין המדינות משני הסוגים השונים, ותסביר את משמעותם של ההבדלים

הללו על יסוד עקרונותיה של התפיסה המוצגת. דיוננו הנוכחי הוא הצגת תפיסה כזו בדבר מהות הדמוקרטיה. זוהי גישה פרשנית המציעה תפיסה עיונית העומדת על עקרונות יסוד. נדבך מרכזי בתפיסה המוצגת כאן הוא מושג ההגינות. אנחנו משתמשים בו במובן שניתן לו במשנתו של רולס, בהגותו על צדק כהגינות. אפשר לתאר את דרישות ההגינות במונחי "צעיף הבערות" הידוע או במונחים של אמות-מידה לקבילותן של טענות במסגרת שיקולים בדבר הסדרים כלליים.¹⁴ דרישות ההגינות הן דרישות מוסריות מפני שהן מוצדקות על יסוד דרישות בדבר שמירה על כבוד האדם כאשר הוא אדם. התפיסה המוצגת כאן בדבר מהות הדמוקרטיה היא אפוא תפיסה הרואה את העקרונות הבסיסיים של הדמוקרטיה כעקרונות מוסריים. במדינות הדמוקרטיות העקרונות הבסיסיים הם מוסריים, אבל יש במשטר של כל אחת מהן מרכיבים רבים נוספים, ואלה יכולים להיות לא-מוסריים בטיבם, לא להלום את העקרונות הבסיסיים של המשטר הדמוקרטי, אבל להיות אפשריים בגלל פעילות לא-ראויה של מוסדות המשטר.

כדי להבין את מהות הדמוקרטיה, יש להכיר את שני הרעיונות הללו על בוריים: כבוד האדם כאשר הוא אדם והסדרים הוגנים לשמירה עליו. נעבור אפוא להצגה קצרה של כל אחד מהם.

תורת השמירה על כבוד האדם כאשר הוא אדם (או בלשון המסורתית – השמירה על כבוד האדם שנכרא בצלם) עומדת על ארבעה עקרונות:¹⁵

ראשית, ראוי שההתנהגות האנושית תבטא יחס חיובי מיוחד לאדם, יחס המבדיל את האדם לטובה לעומת כל חפץ, כל רכוש וגם כל בעל-חיים שאינו אדם. דוגמה פשוטה ביותר להתנהגות אנושית כזו מתגלמת בהנחיה שב"פרקי אבות": "הוי מקדים בשלום כל אדם".¹⁶ אדם המקדים שלום לזולתו מזהה אותו כאדם, ונוהג בו בכך באופן חיובי מיוחד. ההבדל בין היחס החיובי לאדם לבין היחס החיובי לדבר אחר כלשהו יהיה איכותי, מפני שיתבטא בו כבוד לאנושיות שבאדם, כפי שנראה מייד.

שנית, ראוי שההתנהגות האנושית תבטא יחס חיובי מיוחד לאדם כאשר הוא אדם בין אם הוא אהוב או קרוב או שותף או דומה ובין אם לאו. מובן מאליו שיחס חיובי מיוחד לאדם אהוב יכול להיות שונה באיכותו מהיחס החיובי המיוחד לאדם אחר, אולם יהא האדם אשר יהא, ראוי לנהוג בו ביחס חיובי מיוחד אפילו הוא שונה או זר או רחוק או אפילו שנוא. אין מצב שבו מותר לראות אדם כמי שאבד לו צלם האנוש שלו. לדוגמה, היחס לאויב הוא יחס לאדם שהוא בגדר אויב, ולא יחס לאויב שאינו בגדר אדם.

שלישית, ראוי שההתנהגות האנושית תבטא יחס חיובי מיוחד אל האנושיות שבאדם, או בלשון המסורתית – אל הצלם שבו נכרא. ראוי אפוא שההתנהגות האנושית תבטא יחס חיובי מיוחד אל החירות ואל התבונה שבאדם כאשר הוא אדם, אל היכולת המובהקת של

14 ראו, לדוגמה: JOHN RAWLS, JUSTICE AS FAIRNESS – A RESTATEMENT 15, 18 (Erin Kelly ed., 2001) (להלן: RAWLS, JUSTICE AS FAIRNESS).

15 העקרונות המפורטים להלן נסמכים על התפיסה של קאנט בדבר כבוד האדם. ראו, לדוגמה, עמנואל קאנט הנחת יסוד למטפיסיקה של המידות 95 (ש' שטיין עורך, מ' שפי מתרגם, הוצאת מאגנס, 1995).

16 משנה, אבות ד, טו.

האדם לעצב, לכונן ולקיים צורת חיים אנושית על-פי טעמו, ובהתאם לערכיו ולאמונותיו, כדי לחיות כאוות נפשו. הדרך החשובה ביותר לבטא יחס חיובי מיוחד ליכולת האנושית הזאת היא לקיים מסגרת מעשית מוגנת של חירויות האדם בתחומים הבסיסיים של החיים, במתכונת המוכרת בכל מדינה דמוקרטית שיש בה הכרה מעשית בזכויות האזרח והאדם.¹⁷ כאן אנחנו עוברים מן המסגרת המושגית של תורת מוסר, המתמקדת באדם וביחסים שבין אדם לחברו, למסגרת מושגית רחבה יותר, הכוללת גם מרכיבים של תורת מדינה. זהו מעבר טבעי בכל דיון פילוסופי בסוגיות הללו.¹⁸ במשטר שיש בו שמירה על כבוד האדם באשר הוא אדם, כל גוף וכל אדם אמורים להיות זהירים מאוד בבואם לעשות מעשים או לכונן הסדרים שכרוכים בהגבלה של חירות בסיסית כלשהי של אזרח או אדם או בפגיעה בה. לשם השמירה על כבוד האדם באשר הוא אדם, דרושים נימוקים כבדי-משקל ומכריעים כדי להצדיק הגבלה של חירות בסיסית כלשהי.

רביעית, ראוי שההתנהגות האנושית תבטא יחס חיובי מיוחד אל האנושיות שבאדם גם באופן שבו היא מטילה, בלית בררה, הגבלה על חירותו. חירויות האדם הן רבות, ואם הן מתקיימות כולן ללא כל מגבלות, הן מתנגשות בהכרח זו בזו. כך, אין מנוס מהתנגשות בין החירות הבלתי-מוגבלת של אדם להגיע לכל מקום ברחבי המדינה לבין חירותו של אדם להיות בעל בית משלו – "ביתו הוא מבצרו" – שבו הוא קובע מי יבוא בשעריו. ההסדרים של המשטר האמורים להנחות את האזרחים כיצד לנהוג במצבים של קונפליקטים ביניהם אמורים להנחותם כיצד לנהוג במצבים שבהם חירות בסיסית אחת סותרת חירות בסיסית אחרת. לשם הבהירות נציין כאן כי אנחנו מתארים את מערכת החירויות הבסיסיות, ובכלל זה את עקרון התוכן של כל אחת מהן ואת תיחומה, באופן שמקל את הבנת התפיסה ומקרב אותה לפרקטיקה של המחוקק ובתי-המשפט. איננו חושבים על מערכת החירויות הבסיסיות במתכונת של מערכת הבאה לעולם שלמה וסדורה, ללא סתירות בין החירויות השונות בשום זמן, בשום מקום ובשום מצב. אנחנו מתחילים את העיסוק במערכת הזאת במשפחה של חירויות בסיסיות מוחלטות ללא שום מגבלות לגבי שום חירות בסיסית. מובן שבתמונה כזאת יופיעו עדר-מהרה סתירות בין החירויות השונות. בצעד הבא של אפיון המערכת הזאת נמצא את המערכת הרחבה ביותר האפשרית של חירויות בסיסיות שוות המתיישבת עם קיום מערכת כזו של חירויות לכל. בסופו של דבר לא תיוותר שום חירות בסיסית מוחלטת, אבל אין בזה שום דופי מוסרי או מושגי, כמובן.

מכיוון שהמשטר הדמוקרטי דורש שמירה על כבוד האדם בכל הנסיבות, הוא ידרוש שמירה על כבוד האדם גם בבואו להגביל את החירויות הבסיסיות כאשר הן מתנגשות זו בזו. משטר השומר על כבוד האדם יטיל מגבלות על חירות בסיסית כלשהי רק אם הן עולות מעצם החובה לשמור על כבוד האדם. גם חירות התנועה וגם חירות הקניין הן חירויות בסיסיות. השמירה עליהן היא חלק מן השמירה על כבוד האדם. חירות התנועה מוגבלת ככל שהיא פוגעת בחירות הקניין, אבל היא לא תוגבל על יסוד רצונו של אדם כלשהו לא

17 על הקשר בין מושג זכויות האדם לבין מושג היכולת לפעול ראו: ALAN GEWIRTH, HUMAN RIGHTS: ESSAYS ON JUSTIFICATION AND APPLICATIONS (1982). על הקשר בין המערכות הרווחות של זכויות אדם לבין מושג החירות ראו: JAMES GRIFFIN, ON HUMAN RIGHTS (2008).

18 ראו, לדוגמה, קאנט, לעיל ה"ש 15, בעמ' 85, 99 ו-104 ואילך.

לראות בקרבת ביתו אדם אחר שאינו רצוי בעיניו, שהרי אין לאדם חירות בסיסית להדיר בני-אדם מן הסביבה הציבורית, שהיא רשות הרבים כולם.

במדינה דמוקרטית השמירה על כבוד האדם באשר הוא אדם היא חובת הכל – האזרח, הקהילה, התאגיד והמדינה עצמה, על כל מוסדותיה. ברעיון יסודי זה נעוץ גם רעיון התחולה הישירה ונעוצות האינטואיציות שיש לנו בדבר שתי הדוגמות שפתחנו בהן את המאמר.

במשטר של כל מדינה דמוקרטית יש כמה עקרונות יסודיים ליישוב קונפליקטים באמצעות הסדרים השומרים על כבוד האדם באשר הוא אדם. בין העקרונות הללו מצוי עקרון יסודי המיועד לפתור את הקונפליקטים המתגלעים ברמת היחיד, ולצידו עקרון יסודי אחר המיועד לפתור את הקונפליקטים המתגלעים ברמת הכלל. נתבונן עתה בקצרה בעקרון היסודי הראשון, הקשור לענייננו.

במשטר הדמוקרטי ההסדר ההוגן – השומר על כבוד האדם באשר הוא אדם – ליישוב קונפליקטים ברמת היחיד הוא ההסדר המבטא את עקרון הזכויות הבסיסיות של האדם והאזרח. לפי התפיסה המוצגת כאן, ובמידה רבה גם לפי המציאות במדינות שהן לכל הדעות מדינות דמוקרטיות, לעיקרון זה יש מרכיבים אחדים:

1. לכל אזרח שמורה משפחה של חירויות בתחומים הבסיסיים של חייו האנושיים, המאפשרות לו לעצב לעצמו באופן עצמאי, לפי טעמו, אורח חיים בעל משמעות והולם את ערכיו ואמונותיו כיחיד, ככן משפחה, כחבר קהילה, ככן עם או קבוצה אתנית, ככן דת או קבוצה אידיאולוגית, ככן תרבות או מסורת וכל כיוצא באלה, כרצון כל אחד ואחת. ההגנה על החירויות הללו נעשית במסגרת הסדר של זכויות האדם והאזרח.¹⁹
2. לכל אזרח שמורה אותה משפחה בדיוק של חירויות בסיסיות ומוענקת אותה הגנה עליהן במסגרת הסדר זכויות האדם והאזרח.
3. לכל אדם אשר נמצא במדינה ונתון באחריותה אך אינו אזרח שלה שמורה משפחה דומה של חירויות בתחומים הבסיסיים של החיים, המוגנות באופן דומה. ההבדל בין אדם כזה לבין אזרח יהיה בתחום ההשתתפות בהחלטות של הכלל באמצעות מוסדות המדינה.
4. החירויות הבסיסיות של האזרח, ואיתן הזכויות הבסיסיות שלו, מוגבלות אך ורק כדי לאפשר לכל בעלי החירויות והזכויות הללו ליהנות מכולן בעת ובעונה אחת; החירויות והזכויות הבסיסיות של אדם שאינו אזרח מוגבלות גם בתחום ההשתתפות בהחלטות של הכלל.
5. ההגבלות של החירויות ושל הזכויות הבסיסיות חלות על כל בעלי החירויות באותו אופן, מלבד הסדרי ההשתתפות בהחלטות של הכלל והסדרי השמירה על כבוד האדם, המחייבים מגבלות נוספות.
6. הסדרי המדינה למימוש עקרון הזכויות הבסיסיות של האדם והאזרח אמורים לכונן, לקיים ולטפח זכויות בדיון באמצעות חקיקה מכוננת, חקיקה רגילה ופסיקה של בתי-המשפט.

19 אנחנו משתמשים כאן במושגים "חירויות" ו"זכויות" כמקובל. לאזרח יש זכות לחירות מסימית כאשר יש לו הצדקה לדרוש שיאפשרו לו ליהנות מן החירות הזאת בגבולותיה. הצדקה כזאת מעניק כינון הזכות בהסדריה החוקתיים של המדינה. כינונה של זכות לחירות מחייב גם הסדרים לקיום התשתית הנדרשת להנאה מן החירות הזאת וכן הסדרים להגנה על חירות האזרח מפני פגיעות שאין להן הצדקה.

7. הסדרי המדינה אמורים להגן על כל אחד מבעלי הזכויות הבסיסיות מפני כל פגיעה מידי רשויות, תאגידים או בני-אדם כלשהם; המדינה אחראית להגנה על האזרח והאדם לא רק מפני המדינה עצמה, אלא גם מפני כל גורם אחר היכול לגרום לפגיעה.

8. הסדרי המדינה אמורים לכונן, לקיים ולטפח את התשתית ההכרחית למימוש כל זכות בסיסית שהיא על-ידי בעליה.

שמונת מרכיביו של עקרון הזכויות הבסיסיות של בני-אדם עומדים בדרישות השמירה על כבוד האדם באשר הוא אדם ובדרישות ההגינות. עקרון הזכויות הבסיסיות של האזרחים מיישב את הקונפליקטים המתגלעים ברמת היחיד בכך שהוא מותיר את ההחלטה מה תהיה תוכניתו המעשית של אדם בתחום בסיסי כלשהו של חייו בידי האדם עצמו, בגבולות הזכות הבסיסית שלו בתחום זה. בעיקרו של דבר, אדם "באמונתו יחיה". עקרון-היסוד ליישוב קונפליקטים ברמת הכלל, ולא ברמת היחיד, הוא עקרון שלטון הרוב, אבל בהקשר הנוכחי אין צורך לעסוק בו.

התפיסה הנוכחית של המשטר הדמוקרטי משובצת במסורת העשירה של תורות פילוסופיות שצמחו מגישת "האמנה החברתית", החל בזו של תומס הובס, המשך באלה של ג'ון לוק, ז'ן ז'ק רוסו ועמנואל קאנט, ועד לתורתו של ג'ון רולס בימינו.²⁰ באופן כללי, תורה כלשהי בגישת "האמנה החברתית" עומדת על הרעיון שהסדרים חברתיים יכולים להיות בעלי תוקף מוסרי מחייב רק ככל שניתן להצדיקם כתוצרים סבירים של הסכמה כללית אפשרית. הצגה מלאה של תורה כלשהי בגישת "האמנה החברתית" תכלול הצגה של רעיון ההסכמה הכללית האפשרית, אפיון המשתתפים בהליך ההסכמה, תוכן ההסכמה, הנימוקים להצדקת תוכן ההסכמה, תוקף ההסכמה, הזיקה בין התורה לבין המציאות החברתית והמדינית וכדומה. בהקשר הנוכחי נתמקד בתוכן ההסכמה.²¹

באפיון התפקיד של תוכן ההסכמה אנחנו הולכים כאן בדרכו של רולס: תוכן ההסכמה אמור לכלול עקרונות צדק לכינון ולבקרה של "המבנה הבסיסי", אשר קובע, בין היתר, את האופן שבו המוסדות החברתיים העיקריים מייחסים זכויות וחובות בסיסיות.²² אכן, ההסכמה שתורתו של רולס מציגה כוללת את עקרון הצדק הראשון, בנוסח הבא:

20 לסקירה כללית, מקיפה ומעודכנת, בצירוף ביבליוגרפיה רחבה, ראו: Fred D'Agostino, Gerald Gaus & John Thrasher, *Contemporary Approaches to the Social Contract*, in STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Edward N. Zalta ed., 2014), available at <https://plato.stanford.edu/entries/contractarianism-contemporary>.

21 לבעלי תורות פילוסופיות בגישת "האמנה החברתית" יש לעיתים עמדה מפותחת בדבר מרכיביו של המשטר הדמוקרטי, אולם בהקשר הנוכחי נעסוק רק בעיקרון המוסרי העומד ביסוד המשטר הדמוקרטי, ולא בשלל מרכיביו. על תפיסת הדמוקרטיה של רולס, לדוגמה, ראו: Joshua Cohen, *For a Democratic Society*, in THE CAMBRIDGE COMPANION TO RAWLS 86 (Samuel Freeman ed., 2003); Amy Gutmann, *Rawls on the Relationship between Liberalism and Democracy*, in THE CAMBRIDGE COMPANION TO RAWLS 168 (Samuel Freeman ed., 2003).

22 JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM 258 (1993)

"Each person is to have an equal right to the most extensive scheme of liberties compatible with a similar scheme of liberties for others."²³

או בנוסח מאוחר יותר:

"Each person has the same infeasible claim to a fully adequate scheme of equal basic liberties, which scheme is compatible with the same scheme of liberties for all..."²⁴

בהקשר הנוכחי נדגיש תכונה בולטת של כל אחת מן החירויות הבסיסיות שעל הפרק: כל חירות בסיסית אינה ניתנת לערעור לא על-ידי מוסד כלשהו של המדינה ולא על-ידי אזרח שלה או גורם אחר בתוכה. אדם אמור ליהנות מחירותו כמות שהיא, בלא הפרעה מגבילה מצד הרשויות, מצד תאגידים הפועלים במדינה או מצד אזרחים או תושבים שלה. גישתנו זו מתיישבת עם עמדתו של רולס בדבר תוכן ההסכמה (במסגרת "האמנה החברתית"), ואינה נובעת מדבריו על כינונה ואכיפתה של ההסכמה. עמדותיו בנקודות אלה אינן עולות בהכרח מעמדתו בדבר עקרונות הצדק, ולפיכך איננו עוסקים בהן במאמר זה. אין בעקרון הצדק הראשון שום אחיזה להבנת החירויות הבסיסיות של האזרחים באופן המגביל אותן לתחום היחסים שבין האזרח לבין מוסדות השלטון. ככל שמדינה אמורה לנהוג על-פי עקרון הצדק הראשון (בצד שאר עקרונות הצדק שהיא אמורה לקיים), היא אמורה להצדיק כל הסדר שיש בו סטייה מובהקת מאופייה הכללי של ההגנה על החירויות הבסיסיות מפני כל ערעור. הסדר של הגנה על החירויות הללו רק מפני ערעור מצד רשות שלטונית טעון הצדקה העולה בקנה אחד עם עקרון הצדק הראשון. גישתו של מאמר זה באה למנוע סטייה מובהקת כזאת. כיוצא בזה, ככל שחוקתה של מדינה אמורה לבטא את העקרונות העומדים ביסוד המשטר שלה, ביניהם עקרון הצדק הראשון, על חוקתה לכוון הסדרים שאין בהם סטייה מובהקת מן האופי הכללי של ההגנה על החירויות הבסיסיות מפני כל ערעור. הסדר חוקתי המגביל את הזכויות הבסיסיות של האזרחים – האמורות לשקף במשפט את החירויות הבסיסיות שלהם – לתחום היחסים שבין האזרח לבין מוסדות השלטון הוא הסדר שיש בו סטייה מובהקת כזאת, שאותה גישתו של המאמר הנוכחי באה למנוע. בכל זה איננו שוללים הבדל משמעותי ומעשי בין המדינה לבין כל אורח. אומנם שניהם חייבים בכבוד האדם של כל אזרח, ואומנם שניהם חייבים להימנע מכל פגיעה לא-מוצדקת בחירות בסיסית של האזרח, אולם למדינה, כפי שציינו לעיל, יש חובות בתחום כינון התשתית של החירויות הבסיסיות ובתחום האכיפה של הסדר החירויות הבסיסיות, ואילו לאזרח היחיד אין חובות של כינון תשתית וניהול אכיפה. יש הבדל ניכר בין זהירות מפני פגיעה בזולת לבין אכיפה מוסדית של הזהירות הזאת.

כאן נוסיף ונדגיש את אופייה הכללי של השמירה על כבוד האדם. בהקשר המשפטי ענייננו הוא בהגנה על אדם מפני פגיעה אפשרית בכבוד האדם שלו. מנקודת-המבט של אזרח שכבוד האדם שלו נפגע, מצב הפגיעה ניתן לתיאור במונחים של פגיעה בחירות, דהיינו, פלישה אל תוך חייו באופן המגביל את חירותו, את מרחב האפשרויות שלו האמור

23 (Rawls, A Theory of Justice: להלן: JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 53 (rev. ed. 1999).

24 RAWLS, JUSTICE AS FAIRNESS, לעיל ה"ש 14, בעמ' 42.

להיות מוגן כראוי במסגרת ההסדרים החברתיים. תיאור הפגיעה במונחים של צמצום מרחב האפשרויות של אדם אינו תלוי בטיבו של גורם הפגיעה, יהא זה מוסד שלטוני, תאגיד או אדם יחיד. בעצם הפלישה אל תוך חייו של האדם, במתכונת של הגבלת מרחב האפשרויות שחירותו אמורה לתת לו כאשר היא נשמרת כראוי, יש פסול. מוסד שלטוני אמור להיות נקי מהתנהגות פסולה כזו, וכך גם תאגיד או אדם זה או אחר. בהיבט זה אין הבדל בין גורמים שונים של פגיעה, וכל אחד זכאי להגנה מפניהם במסגרת ההסדרים הראויים. ייתכן כמובן שעל מוסד שלטוני של המדינה תחול חובה לנקוט צעדים נאותים כדי למנוע פגיעה בחירות כלשהי של אדם, ובכך יהיה הבדל בין המוסד השלטוני לבין תאגיד או אדם מן השורה, אולם הבדל זה אינו משליך הבדלים על תמונת החירויות של האדם ועל הפגיעות האפשריות בהן מידי גורמים כלשהם.

עד כאן שרטטנו את התפיסה הכללית והעקרונית של מהות המשטר הדמוקרטי.²⁵ עתה נוסף לתמונה זו כמה מסקנות בדבר עקרון התחולה הישירה וכמה הבהרות הדרושות בשלב זה. ראשית, נחזור לשתי הדוגמות שבהן פתחנו את המאמר. לפי התפיסה שהצגנו זה עתה, בכל אחת מהן מדובר בפגיעה בזכויות בסיסיות של אזרחים: בראשונה – בחופש הביטוי ובחופש ההפגנה; ובשנייה – בכבוד האדם כמותו. ברור שפגיעה דומה הייתה יכולה להיגרם על-ידי גוף ממלכתי או רשות מקומית, אולם לדידנו הפגיעה היא אותה פגיעה ממש. מנקודת-המבט של האזרח שנמנעה ממנו האפשרות לעמוד ברחוב עם שלט בידו ובאמצעותו להביע את דעתו, הפגיעה בחופש הביטוי שלו ובחופש ההפגנה שלו היא אותה פגיעה ממש. אם שוטרים הם מי שמונעים את האזרח מלעמוד ברחוב עם שלט בידו ובאמצעותו להביע את דעתו, הטרוריה בדבר הפגיעה בחופש הביטוי שלו ובחופש ההפגנה שלו נשארת אותה טרוריה, אלא שיכולה להתוסף עליה טרוריה על התנהגותם של השוטרים כלפיו, אשר במקום להגן עליו הפריעו לו. זוהי טרוריה נוספת מפני שהיא נעוצה לא בחופש הביטוי ובחופש ההפגנה כשלעצמם, אלא בחובת השוטרים להגן על השימוש של האזרח בחופש הביטוי ובחופש ההפגנה שלו. כך גם בדוגמה של תערוכת הגופות: הפגיעה בכבוד האדם כמותו היא אותה פגיעה ממש בין שהתערוכה מתקיימת באתר פרטי ובין שהיא מתקיימת באתר ציבורי או ממלכתי.

לפי הגישה הרווחת, הטיפול המשפטי בהפרעה של שוטרים להפגנה חוקית ייערך במסגרת המשפט הציבורי, על יסוד שיקולים של פגיעה בזכויות בסיסיות של האזרח, ואילו הטיפול המשפטי בהפרעה של אזרחים שאינם ממלאים שום תפקיד לאותה הפגנה חוקית ייערך במסגרת המשפט הפרטי, על יסוד שיקולים אחרים. לפי התפיסה שלנו, גם אם נקיים את ההבחנה בין המשפט הציבורי למשפט הפרטי, מנימוקים כלליים שאינם נוגעים בעניין

25 לניסיון לאפיין את הדמוקרטיה באופן צר ופורמלי, ולא באופן רחב ומהותי, ראו רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח 21 (1997). אין כאן מקום לדין יסודי ומעמיק בהבדל שבין דמוקרטיה פורמלית לבין דמוקרטיה מהותית. בהקשר הנוכחי נסתפק באופי הנתון של המשטרים הדמוקרטיים המוכרים לנו. אופיים של כל המשטרים הדמוקרטיים המוכרים, בלי יוצא מן הכלל, חורג מן האפיון הפורמלי ולובש אופי מהותי. ייתכן הסבר היסטורי לאופיו של משטר דמוקרטי נתון במונחי דמוקרטיה פורמלית ונספחיה, אולם התוצר של ההתפתחויות ההיסטוריות, כפי שהוא מתגלה לעינינו כבחירות, הוא משטר של דמוקרטיה מהותית. הגישה שלנו מאפיינת את המהות הזאת.

שלפנינו, עדיין נאמר כי השיקולים בדבר פגיעה בזכויות הבסיסיות של האזרח חייבים להופיע גם במסגרת הטיפול באירוע במשפט הפרטי. כדי לסכר את העין, הבה נתבונן במקרה שבו שני אנשים אוהזים בידי של המפגין ומבטלים את הפגנתו – שוטר מושך אותו ביד ימינו, ואזרח שאינו שוטר מושך אותו ביד שמאלו. שניהם פוגעים בו אותה פגיעה ממש, ולפי התפיסה שלנו אין טעם לדון במעשיו של האזרח שאינו שוטר באופן שונה לחלוטין מן הדיון במעשיו של השוטר, ככל שמדובר בעצם ההפרעה להפגנה. אפשר כמובן לדון בהיבטים נוספים של התנהגות השוטר, כגון הפרת חובתו להגן על המפגין, אשר מוטלת עליו מתוקף תפקידו אבל אינה מוטלת על האזרח שאינו ממלא שום תפקיד, אולם ענייננו כאן הוא בהיבט אחר של התנהגות השוטר, עצם ההפרעה להפגנה, ומבחינה זו אין הבדל בין השוטר לבין האזרח המפריע למפגין להשתמש בחופש הביטוי וחופש ההפגנה שלו.²⁶ הטענה המערכתית הראשונה שלנו בדבר המשפט הפרטי היא אפוא שמן הראוי לאפשר לשיקולים של פגיעה בזכויות הבסיסיות של האזרח להופיע במסגרתו, אף שאין למדינה ולרשויותיה יד בפגיעה הנדונה. טיעונים על יסוד השיקולים הללו יהיה אפשר להפנות נגד פרט או תאגיד, ולא רק נגד רשות, אולם יהיה אפשר להפנותם גם נגד הרשות המחוקקת, ככל שזו לא כוננה חקיקה תת־חוקתית להגנה על הפרט מפני פגיעה של פרט או תאגיד, או נגד הרשות המבצעת, אם זו לא הגנה על הפרט או לא הגנה עליו כראוי – בהתאם לחקיקה רלוונטית של הרשות המחוקקת – מפני פגיעה של פרט או תאגיד. להלן נחזור לשאלות מעשיות בדבר השינויים הנדרשים במשפט הפרטי בעניין זה.

טענה מערכתית נוספת העולה מן התפיסה המוצעת כאן מנמיכה גם היא את הגדרות שבין המשפט הציבורי לבין המשפט הפרטי. הסדרי המדינה הדמוקרטית אינם מסתפקים בהצבעה על חירויות האזרח בתחומים בסיסיים של חיו, אלא מעגנים את החירויות הללו במעמד של זכויות בסיסיות. מעצם טיבה, זכות כזו נותנת מקום לשתי דרישות מוצדקות. ראשית, הזכות להתבטא באופן חופשי בגבולות המותר נותנת מקום לדרישה מוצדקת של אזרח כלפי זולתו, יהא אשר יהא, שלא יפריע לו להתבטא באופן חופשי בגבולות המותר. דרישה זו מוצדקת על יסוד עצם טיבו של המשטר הדמוקרטי. שנית, הזכות להתבטא באופן חופשי בגבולות המותר נותנת מקום לדרישה מוצדקת של האזרח לקבל הגנה על האפשרות שלו לממש את זכותו מפני מי שבא להפריע לו לממשה כאוות נפשו. דרישה זו מוצדקת ככל שהיא מופנית כלפי מי שהסדרי המדינה מפקידים בידי את האחריות ואת הסמכות הנדרשת להגן על האזרח מפני הבאים להפריע לו לממש את זכויותיו. במדינה דמוקרטית הסדרי המדינה מפקידים את האחריות הזו, ואת הכוח הנדרש כדי לשאת בה, בידי רשויות המדינה, דוגמת המשטרה.

26 לעניין דוגמה זו מן הראוי להדגיש כי אנחנו מתמקדים בשכבה היסודית של התמונה: חירות מסוימת אשר מצד אחד מוגנת כזכות חוקתית ומצד אחר נפגעת במצב נתון. גם כאשר מדובר בשוטר וגם כאשר מדובר באזרח אחר, ייתכן שיש להם הצדקה לפגוע בחירות וייתכן שההצדקות שונות. עם זאת, אנחנו חושבים על מצב שבו לשניהם אין הצדקה לפגיעה ולכן זהותם אינה משנה מנקודת־מבט של האזרח הנפגע. בתמונה הכוללת ייתכן שיהיה הבדל בין התגובה במקרה של שוטר שנהג בלי הצדקה לבין התגובה במקרה של אזרח שנהג בלי הצדקה, אבל הבדל זה אינו מעניינו הישיר של האזרח, וגם לא מעניינו כאן.

לפיכך, לפי התפיסה המוצעת כאן, המדינה אמורה להיות מעורבת בהגנה על האזרח מפני פגיעה באפשרותו לממש זכות בסיסית, וזאת גם במסגרת המשפט הציבורי וגם במסגרת המשפט הפרטי. המדינה חייבת להגן על האזרח המפגין כחוק מפני מי שבא להפריע לו לעשות זאת, והמדינה אמורה להגן על כבוד האדם כמותו מפני הפגיעה המתבטאת בתערוכת גופות מן הסוג שתיארנו בפתח המאמר. אומנם, יש הבדל בין המצבים הנדונים במשפט הציבורי לבין אלה הנדונים במשפט הפרטי: במצבים מן הסוג הראשון המדינה אמורה להימנע מהפרעה, כלומר, משימוש בכוח העומד לרשותה כדי להפריע לאזרח לממש זכות בסיסית שיש לו; ואילו במצבים מן הסוג השני המדינה אמורה להתערב להגנת האזרח מפני מי שבא להפריע לו לממש זכות בסיסית כזו. זהו הבדל בעל משמעות גם מבחינה מושגית וגם מבחינה מעשית, אבל הוא אינו מצדיק את המתכונת המקובלת של הגדר המפרידה בין המשפט הציבורי לבין המשפט הפרטי. המדינה היא שאחראית להגנה על האפשרות של האזרח לממש את זכויותיו הבסיסיות כאוות נפשו, והיא אמורה לעשות זאת בדרכים שונות בהתאם לנסיבות, בהתאם לדרישות הייחודיות של המצבים השונים.²⁷

גם לפי גישת התחולה העקיפה האזרח הנפגע יכול לקבל הגנה על זכותו – לא מידי הרשות המחוקקת, כאשר זו לא חוקקה הגנה תת-חוקתית בדבר פגיעות מן הסוג שעל הפרק, וגם לא מידי הרשות המבצעת, אלא מידי הרשות השופטת. זו אמורה ליצור זכות תת-חוקתית, שתיגזר בעקיפין מחוקי-היסוד, לשם הגנה על האזרח מפני הפגיעה הנתונה. גם לשיטתנו תוכל עתירה להביא לידי כך שבית-המשפט יהיה זה שיכונן את ההגנה הראויה לאזרח מפני הפגיעה הנתונה, אולם הוא יוכל לעשות זאת במישרין, על יסוד הזכויות החוקתיות, ולא רק בעקיפין.

כאן ראוי להדגיש כי הטענות שלנו בדבר הנמכת הגדר שבין המשפט הציבורי לבין המשפט הפרטי עולות במישרין מתפיסת טיבו של המשטר הדמוקרטי, כפי שתואר לעיל. ההגנה הראויה על זכויות האזרח, על האפשרויות שלו לממש את זכויותיו הבסיסיות כאוות נפשו, נעוצה בתמונת המשטר הדמוקרטי ברמת העקרונות ששרטטנו לעיל, ללא הנחות נוספות בדבר אורח החיים של אזרח במדינה. הסדרי ההגנה על האזרח נדרשים באופן מושגי, ולא על יסוד הבדלי הכוחות המעשיים שבין האזרח לבין המדינה או על יסוד חברתי

27 ברק "הזכות החוקתית להגנה על החיים", לעיל ה"ש 10. נקודה זו אינה בלתי-קשורה להבחנה שבין חובות שליליות לחובות חיוביות. גם אם נשים בצד את הדיון הרחב והביקורתי יותר בשאלת ההבחנה האמורה (ראו שם, בהקדמה), ניתן לומר כי החובה החיובית של המדינה מתבטאת בשני מישורים: תשתית ואכיפה. כדי שאזרח יוכל ליהנות מזכות חוקתית מסוימת, צריכה להתקיים התשתית ההכרחית להנאה מן החירות. לדוגמה, חופש התנועה מניח מערכת דרכים ואמצעי תחבורה. האחריות לתשתית חלה על המדינה, ראשית, מפני שהיא מעל יכולתם של היחידים, ושנית, מפני שהיא אמורה לעמוד בדרישות יסודיות של המדינה, כגון שוויון, ולכן אינה יכולה להיות אוסף מצטבר של פעולות של יחידים. האחריות לאכיפה מצריכה הענקת כוח אכיפה ייחודי, כמו לשוטרים, ואין הצדקה להעניק כוח של שוטר לכל אזרח, מפני שלשוטר יש מקצוע ואתיקה של הפעלת כוח ואילו לאזרח אין. עם זאת, יש הקשרים שבהם ניתנת סמכות אכיפה מוגבלת גם לאזרח – "מעצר אזרחי". לגישה נוספת המצדיקה חובות חיוביות גם על פרטים בהקשרים מסוימים ראו עלי בוקשפן המהפכה החברתית במשפט העסקי 167-169 (2007).

אחר, יהא טבעי ורווח ככל שיהא.²⁸ זכויות האזרח במדינה דמוקרטית אינן מנגנון הגנה של האזרח מפני רשויות השלטון, אלא מרכיב הכרחי של המשטר, שבלעדיו המדינה אינה דמוקרטית ואינה עומדת בדרישות המוסריות של השמירה על כבוד האדם באשר הוא אדם, כפרט במצבי קונפליקט.

אין פלא שזכויות האזרח וההגנה עליהן זוכות במעמד חוקתי ככל מדינה דמוקרטית. התפיסה של זכויות האזרח היא עקרון יסוד של המשטר הדמוקרטי, והמקום המתאים לביטויה, גם ההצהרתי וגם המעשי, הוא קודם־כל בחוקה או בהסדרים חוקתיים אחרים.²⁹ מקובל לראות את זכויות האזרח כזכויות מוסריות, בעלות מעמד טרום־משפטי, "שתפקידן המיוחד הוא להצדיק הטלת חובות על אחרים".³⁰ זכויות חוקתיות הן מעין תרגום של החובות המוסריות לכבד זכויות יסוד מוסריות למערכת של כללים משפטיים, על יסוד הכרה מוסכמת בחובה לכבד את הנורמות המוסריות.³¹ כאן ראוי לשים לב לכך שהנורמות המוסריות בדבר זכויות היסוד של האדם והאזרח אינן מבדילות בין פגיעה מידי אדם, פגיעה מידי תאגיד ופגיעה מידי רשות שלטונית.

התפיסה המוצעת כאן מחייבת שעקרון היסוד הזה יבוא לידי ביטוי חוקתי לא רק ככל שסכנת הפגיעה בזכויות האזרח היא מידי רשויות השלטון, אלא גם כאשר הסכנה נשקפת ממעשים של אדם יחיד, של תאגיד או של גוף כלשהו שאינו רשות שלטונית. בנדון זה מתבקש להחיל את הסדרי התחולה הישירה כבררת־המחדל של ההסדרים הראויים לכינון מערכת הזכויות הבסיסיות של האזרחים ומנגנוני ההגנה עליהן. הסדרי התחולה הישירה מבטאים במישורין את עקרון היסוד של המשטר הדמוקרטי בדבר הזכויות הבסיסיות של האזרח. הסדרי התחולה העקיפה מבטאים עיקרון זה באופן מפותל, המחייב הצדקה מיוחדת: למה תהא ההגנה על האזרח מפני פגיעה בזכויות הבסיסיות שלו בעלת מעמד חוקתי כאשר הסכנה נשקפת מידי רשויות שלטוניות אבל תהיה במעמד תת־חוקתי כאשר הסכנה נשקפת מידי אזרחים, תאגידים או גופים לא־שלטוניים כלשהם? הרי הזכויות הן אותן זכויות,

28 השוו ברק מדינה "על פגיעה" בזכות חוקתית ועל 'תכלית ראויה' משפט ועסקים טו 281, 290 (2012).

29 אנחנו יוצאים כאן מנקודת־ההנחה שתפקידה של החוקה הוא לא רק לכונן מוסדות שלטון, אלא גם לקבוע את ההסדרים המכוננים את זכויות האזרח והאדם כזכויות במשפט וכן את ההסדרים להגנת הזכויות הללו מפני כל פגיעה או הגבלה של ממש. על רבוגניותן של העמדות האפשריות בדבר חוקה ראו גביזון, לעיל ה"ש 25. לא כאן המקום להגן ביסודיות ובהרחבה על נקודת המוצא שלנו בעניין תפקידיה של החוקה. נסתפק כאן בהערה כי עמדה זו מסבירה היטב את המעמד והתוכן של חוקות במדינות דמוקרטיות רבות.

30 נבחר כי גם זכויות אדם־שאינן־אזרח הן לרוב זכויות מוסריות, אבל בהקשר הנוכחי אנחנו מוצאים טעם להגבלת הדיון לזכויות האזרח. שיקולים בדבר זכויות תושב־שאינו־אזרח יובילו למסקנות דומות. ראו רות גביזון "על היחסים בין זכויות אזרחיות־פוליטיות ובין זכויות חברתיות־כלכליות" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 25, 29 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

31 מדינה, לעיל ה"ש 28, בעמ' 290-291. מן העמדה המוצעת כאן לא נובעת דרישה לחפיפה מלאה בין הזכות המוסרית לבין הזכות החוקתית המושתתת עליה. ראו בעניין זה גם שם, בעמ' 297.

הפגיעה היא אותה פגיעה, ההגנה חייבת להיות אפקטיבית באותה מידה ואין היא יכולה להיות פרטית. עוד נחזור לשאלה זו בהמשך.

בהרצאה שנשא הנשיא (בדימוס) של בית המשפט העליון מאיר שמגר על "חוקה ומהפכה חוקתית"³², מנה הנשיא מאפיינים של החוקה, האמורה לחלוש "על כל חקיקה, מעשה שלטוני או מעשה של הפרט". הצגה זו של רוחב תוקפה של החוקה, כמו גם גישתו של שמגר לגבי מעמדן של זכויות האדם היחיד,³³ הולמות את התפיסה המוצעת כאן, שהרי עקרון הזכויות הבסיסיות של האזרחים אמור, לשיטתנו, לחול על כל חקיקה, על כל מעשה שלטוני וגם על כל מעשה של הפרט שיש בו התערבות במצבו של אדם אחר. המאפיין הראשון שמנה הנשיא הוא "קומפריהנסיביות ביצירת מערכת זכויות וחובות בנוסחה הכתוב"³⁴ תפיסת התחולה הישירה הולמת את המאפיין הזה, ואילו תפיסת התחולה העקיפה אינה הולמת אותו, מכיוון שהיא מותירה מחוץ להסדרים החוקתיים את הפגיעה בחירויות הבסיסיות של האזרח ככל שהיא נגרמת על ידי גורם שאינו שלטוני. מאפיין נוסף שהופיע ברשימת מאפייני החוקה שמנה הנשיא הוא ש"טמון בה ערך מלכד וערך חינוכי"³⁵. גם את המאפיין הזה התפיסה המוצעת הולמת יותר מחלופותיה. כוחו המלכד של הסדר בדבר יחסו של כל אחד לכל אחד בתחום זכויות האזרח – בין שמדובר באדם, בתאגיד או ברשות שלטונית – גדול מכוחו המלכד של הסדר בדבר יחסן של רשויות השלטון אל האזרח בתחום זכויותו הבסיסיות. מובן שכוחו החינוכי של הסדר הדורש מכל אחד להיזהר מפגיעה בזכויות הבסיסיות של זולתו רב בהרבה מזה של הסדר הדורש זהירות כזו רק מרשויות השלטון ומהפעילים במסגרתן. נעבור עתה להשוואה נרחבת ומפורטת יותר בין מודל התחולה הישירה למודל התחולה העקיפה.

3. בין מודל התחולה הישירה למודל התחולה העקיפה

כיום כבר אין חולק כי מהבחינה המהותית זכויות היסוד של האדם אינן מכוונות רק כנגד השלטון, אלא חלות גם ביחסים ההדדיים שבין הפרטים לבין עצמם,³⁶ וכי כל פרט חייב בכיבוד זכויות היסוד של הפרט האחר.³⁷ במקומות שונים בעולם, וכיניהם ישראל, מקובלת

32 מאיר שמגר "חוקה ומהפכה חוקתית" (הרצאה במושב העשירי – "מהפכת זכויות האדם: עבר, הווה ועתיד" – במסגרת הכנס "עשרים שנה למהפכת זכויות האדם", המרכז הבינתחומי הרצליה, 21.12.2011) (להלן: שמגר "חוקה ומהפכה חוקתית").

33 מאיר שמגר **תם ולא נשלם – פרקי חיים** 155 (2015): "בראש מעייניו של בית המשפט עומד האדם היחיד וזכויותיו. עליו לצאת להגנתו של מי אשר חש מסיבה זו או אחרת כי זכויותיו לא הגיעו לידי מיצוי... יש הרואים ברגש שבתי המשפט בעולם המערבי כולו שמים על זכויות האדם היחיד מעין תגובה מאוחרת למלחמת העולם השנייה ולכל מה שנלווה אליה. אני לא חשכתי שאנחנו מאמצים גישה עולמית חדשה, אלא ראיתי בכך המשך פעולתו של בית המשפט בתחום שעליו הוא מופקד."

34 שמגר "חוקה ומהפכה חוקתית", לעיל ה"ש 32.

35 שם.

36 בחלק הבא נדגים כי החלתן של זכויות האדם במשפט הפרטי נעשית כבר כיום בצורה משמעותית, ואף ישירה, הן במשפט המשווה והן במשפט הישראלי.

37 ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", לעיל ה"ש 4, בעמ' 408-409.

העמדה כי זכויות האדם חלות באופן עקיף במשפט הפרטי.³⁸ במשפט הישראלי פותח מודל התחולה העקיפה של הזכויות החוקתיות בעיקר על-ידי אהרן ברק, הן כשופט ונשיא בית-המשפט העליון והן כפרופסור למשפטים. מודל זה נשען על חקיקה ספציפית, ומסתייע רבות במושגיה-השסתום הפוזורים בחקיקה.³⁹ לגישתו של ברק, מושגיה-השסתום – דוגמת תום-לב, תקנת הציבור, רשלנות וסבירות – כוללים בקרבם, בין היתר, את ההיבטים האובייקטיביים של הזכויות החוקתיות לכבוד האדם, לחירות, לקניין, לפרטיות, לתנועה ולחופש העיסוק. באופן זה מושגיה-השסתום קולטים הלכה למעשה את ערכי השיטה ועקרונות-היסוד, ומחדירים אותם לסוגיות המשפטיות השונות שבהן הם רלוונטיים.⁴⁰

מבט ראשון ההבדלים בין תחולה ישירה לתחולה עקיפה אינם אמורים להיות משמעותיים. ניטול כדוגמה מקרה שבו התבטאות פוגענית של אדם אחד פגעה בכבודו ובשמו הטוב של אדם אחר. לפי מודל התחולה העקיפה, על בית-המשפט להגן באופן מידתי על הזכות לחופש הביטוי של הראשון ועל זכותו לכבוד ולשם טוב של השני. שתי הזכויות מעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר מחייב גם את בית-המשפט, כשם שהוא מחייב את יתר רשויות השלטון. ככל שיש דין תת-חוקתי קיים, יצטרך בית-המשפט לוודא שפגיעתו בכל אחת מהזכויות (בנפרד) הינה מידתית. לצורך כך הוא יוכל לפרש חקיקה קיימת ו"מושגיה-שסתום" המצויים בדין התת-חוקתי ברוח חוקי-היסוד. ככל שאין דין תת-חוקתי קיים, יצטרך בית-המשפט ליצור הסדר שפגיעתו בכל אחת מהזכויות (בנפרד) הינה מידתית. גם על-פי מודל התחולה הישירה על בית-המשפט להגן באופן מידתי על שתי הזכויות. חובתו נותרת זהה. הוא עדיין צריך לוודא שככל שיש דין תת-חוקתי קיים, יהא דין זה מידתי; ועדיין, ככל שאין דין כזה, בית-המשפט צריך למצוא פתרון שפגיעתו בכל אחת מהזכויות (בנפרד) הינה מידתית, הגם שתחת מודל התחולה הישירה בית-המשפט עובד ישירות מול הזכויות החוקתיות. הסיבה היא שהפעם יש לצדדים זכויות וחובות גם זה כלפי זה, ולא רק כלפי בית-המשפט כרשות שלטונית. כשם שלפרט הראשון יש זכות לחופש הביטוי כלפי השלטון, יש לו זכות לחופש הביטוי גם כלפי הפרט השני; וכשם שלפרט השני יש זכות לכבוד ולשם טוב כלפי השלטון, יש לו זכות לכבוד ולשם טוב גם כלפי הפרט הראשון.⁴¹ עם זאת, בניגוד לרושם שההבדל המתואר בפסקה הקודמת הוא שולי, במובן העמוק והעקרוני ההבדל בין המודלים אינו סמנטי ואינו דק, כפי שיובהר בהמשך הפרק. בהקשר זה כדאי להבחין בין המודלים בשני מישורים שונים: במישור העקרונות והטיעונים ובמישור

38 לסקירת המודלים באשר לתחולתן של זכויות האדם במשפט הפרטי (מודל העדר התחולה, מודל התחולה העקיפה, מודל התחולה על הרשות השופטת ומודל התחולה הישירה) ראו שם, בעמ' 368-378.

39 בעניין רגנט, לעיל ה"ש 7, בעמ' 362, קבע הנשיא ברק כי "עקרונות היסוד אינם נחלתו של המשפט הציבורי בלבד; הם חלק מהשיטה כולה, והם מכוונים את ההתנהגות האנושית בכל היבטיה... חדירתם של ערכי היסוד... אל תחומי המשפט הפרטי נעשית בדרכים שונות... אחת מאותן דרכים היא השימוש ב'מונחי השסתום' של המשפט הפרטי, כגון הסבירות, הרשלנות ותום-לב". גם בעזרתה של "תקנת הציבור", שהיא מן הבולטות במושגיה-השסתום, "מבטיחה שיטת המשפט התנהגות ראויה ביחסים הבין-אישיים" (שם, בעמ' 363).

40 ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", לעיל ה"ש 4, בעמ' 382-390.

41 ALEX, לעיל ה"ש 3, בעמ' xli-xl.

התוצאות המעשיות. ההבדל במישור העקרוני מתבטא בכך שבמודל התחולה הישירה הגדרת הזכויות החוקתיות של האזרח היא במונחים של פגיעה בחירות מסוימת בלא קשר לזהות הפוגע, והטיעונים בדבר הפגיעה בחירות מתבססים באופן ישיר על הזכויות החוקתיות. במודל התחולה העקיפה, לעומת זאת, יש חשיבות לזהותו של הפוגע בחירות, והטיעונים הם במונחי־שסתום עקיפים, ולא במונחי הזכויות החוקתיות עצמן. במישור התוצאות המעשיות נראה שברוב־רובם של המקרים לא יהיה כל הבדל, ועניין זה ייגזר מהסעדים, שעליהם נרחיב את הדיבור בחלקו השלישי של המאמר.

נקודה נוספת שראוי להביא בפתח הדברים עניינה בהבהרה כי העמדות המוצעות כאן בסוגיות הדמיון והשוני שבין גישת התחולה הישירה לבין גישת התחולה העקיפה אינן עומדות על הכרעה בין שתי גישות מנוגדות בדבר היקפן של הזכויות החוקתיות. לפי גישה אחת, המתבטאת בדבריו של פרופ' ברק,⁴² במישור החוקתי כל זכות חוקתית היא זכות מוחלטת. ההגבלה של זכות חוקתית אפשרית במסגרת חקיקה תת־חוקתית לתכלית ראויה ובאופן מידתי. לפי גישה אחרת, המתבטאת בעקרון הצדק הראשון של רולס⁴³ וכן בהצגת הדמוקרטיה במאמרים של אסא כשר⁴⁴ ובספרו של אלקסי,⁴⁵ הזכויות החוקתיות אינן מוחלטות, אלא מוגבלות. ההבדל בין הגישות הללו מתבטא במעמד שהן מייחסות להגבלות של הזכויות החוקתיות. לפי הגישה הראשונה, לכל ההגבלות יש מעמד תת־חוקתי, בעוד לפי הגישה השנייה, הגבלות יכולות להיות בעלות מעמד חוקתי.

הגבלות נדרשות מטעמים שונים. ראשית, הגבלות דרושות באופן מושגי, מפני שבהעדר הגבלה על אחת מהזכויות, זכות אחרת עלולה להתבטל או להיפגע באופן קיצוני. לדוגמה, זכות מוחלטת לתנועה חופשית תבטל חלק ניכר של זכות הקניין ושל זכות הפרטיות. שנית, הגבלות דרושות באופן מהותי, על רקע ההתנהלות האנושית הרווחת. לדוגמה, זכות מוחלטת לביטוי חופשי תכלול זכות מוחלטת לחשיפה פומבית של הנתונים הרפואיים של כל אדם בכל מצב, אולם חשיפה כזו תהיה למורת־רוחם של האזרחים, עד כדי כך שרבים מהם יימנעו מטיפול רפואי, שמא יחשפו פרטי הבעיות הרפואיות שהם לוקים בהן. שלישית, הגבלות דרושות בנסיבות חברתיות מסוימות, גם אם אין הן נדרשות מבחינה מהותית. לדוגמה, הזכויות בתחום חופש הביטוי בגרמניה, בישראל ובארצות־הברית שונות אלה מאלה, על רקע הנסיבות החברתיות השונות של גרמניה שלאחר מלחמת־העולם השנייה, אשר רגישה מאין כמוה לכל ביטוי של גזענות; של ישראל, אשר רגישה גם היא לביטויים של גזענות; ושל ארצות־הברית, המטפחת את חופש הביטוי בהתאם לתיקון הראשון לחוקה.

42 אהרן ברק מידתיות כמשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 64–65 (2010). השוו גם לדבריו בספרו אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך א 388–389 (2014) (להלן: ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה): "מודל התחולה הישירה אינו ראוי, שכן זכותו של פרט לכבוד האדם כלפי המדינה שונה היא מזכותו של אותו פרט לכבוד האדם כלפי פרט אחר: כלפי המדינה עומדת זכותו של הפרט לכבוד האדם על מלוא היקף האידאל שהיא נועדה להגשים, אך כלפי פרט אחר עומדת זכותו של הפרט לאחר שעברה תהליך של איזון וצמצום לאור התנגשותה עם זכויות חוקתיות אחרות או אינטרס הציבור."

43 ג'ון רולס צדק כהוגנות – הצגה מחודשת (דפי אגס־סגל מתרגמת, 2010).

44 כשר "סקיצה פילוסופית", לעיל ה"ש 12, בעמ' 13–20.

45 ALEX, לעיל ה"ש 3, בעמ' 48, 56, 60 ו־210.

ההבדלים הללו בין הטעמים השונים להגבלת הזכויות החוקתיות נותנים מקום להסדרי הגבלה המתנהלים במישורים שונים: הגבלות הדרושות באופן מושגי אמורות להיות בעלות מעמד חוקתי; הגבלות הדרושות בנסיבות חברתיות מסוימות אמורות להיות בעלות מעמד תת-חוקתי; וההגבלות המהותיות שבתווך יכולות להתאים גם למישור החוקתי וגם למישור התת-חוקתי, בהתאם לחוזקם של הנתונים בדבר ההתנהלות האנושית הרווחת. הסדרים כאלה הולמים את גישת התחולה הישירה, הנותנת מקום במישור החוקתי לזכויות הבסיסיות של האזרח גם כנגד הפרט או התאגיד וגם כנגד רשות כלשהי, וכן לאיזונים בין זכויות שמתנגשות ברמה המושגית. עם זאת, גישת התחולה הישירה יכולה לעלות בקנה אחד גם עם הגישה הרואה את כל הזכויות החוקתיות כזכויות מוחלטות ומשתמשת במנגנוני האיזון הקבועים בחוקי-היסוד.

הבדלים בין המודלים קיימים גם ברמה ההצהרתית-החינוכית אך גם ברמה היישומית, במיוחד במצב החוקתי הנוכחי, כאשר בתי-המשפט נכונים פחות להקנות הגנה לזכויות אדם במשפט הפרטי בהעדר חקיקה ספציפית או הוראת-שסתום. יודגש: נקודת המוצא של פרופ' ברק – המצביע על קיומם של קשרים הדוקים בין המשפט החוקתי למשפט הפרטי, כפי שמשתקף, בין היתר, ביחסים שבין סעיף 4 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו לבין סעיף 2 לאותו חוק – היא גם נקודת המוצא שלנו.⁴⁶ גם לגישתו של פרופ' ברק, "במרכזם של קשרים אלה עומדת חובתו של המשפט הפרטי – וחובתם של המחוקק והשופט היוצרים ומפתחים משפט זה – להגשים את הערכים והעקרונות החוקתיים".⁴⁷ עם זאת, נראה כאמור כי מבחינה אנליטית קיימים הבדלים בין גישתו של ברק לבין גישתנו, הן ברמה ההצהרתית-החינוכית והן ברמה היישומית, ואליהם נפנה כעת.

כך, לשיטתו של ברק:

"הזכות החוקתית הסובייקטיבית הפועלת ביחסים בין הפרט לרשויות השלטון במישור החוקתי הופכת לזכות תת-חוקתית סובייקטיבית של הפרט כנגד פרטים אחרים. מטמורפוזת זו מתרחשת באמצעות שלושת השלבים הבאים: בשלב הראשון נשלפים מתוך הזכויות החוקתיות הסובייקטיביות ערכים חוקתיים אובייקטיביים. בשלב השני חודרים ערכים אובייקטיביים אלה למשפט הפרטי – בפרשנות ובהשלמת חסר. בשלב השלישי, ההיבט האובייקטיבי של הזכות החוקתית חודר למשפט הפרטי באמצעות חקיקה חדשה או משפט מקובל חדש... במקרים רבים התוצאה המתקבלת על ידי התחולה העקיפה אינה שונה מזו המתקבלת על ידי התחולה הישירה."⁴⁸

לדעתנו, אין מדובר במטמורפוזת איכותית ומהותית של הזכות החוקתית, גם אם מידתה ועוצמתה אל מול השלטון שונות בהיקפן ממידתה ומעוצמתה כאשר היא עומדת מול זכותו החוקתית של הזולת. תיחום חירותו של האזרח, המוגנת בזכות חוקתית, אינו תלוי, לפי המודל שלנו, בזכותו של מקור הפגיעה האפשרית, היא זה מקור "אנכי" או "אופקי". לפי

46 ברק "הזכות החוקתית להגנה על החיים", לעיל ה"ש 10, בעמ' 12-13.

47 ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", לעיל ה"ש 4, בעמ' 372.

48 שם, בעמ' 407-408 (ההדגשות בנטוי הוספו).

עקרון הצדק הראשון, בנוסח ג'ון רולס, לדוגמה,⁴⁹ לכל אזרח נתונה זכות שווה למערכת הרחבה ביותר האפשרית של חירויות בסיסיות שוות המתיישבת עם קיום מערכת כזו של חירויות לכל. מן הנוסח הזה ברור כי תיחום החירות נעשה על יסוד האפשרות לקיים מערכת חירויות שוויונית לכל. הגבלה תהא מוצדקת רק אם היא באה לאפשר את קיום המערכת השוויונית לכל. הגבלה תהא לא־מוצדקת אם היא אינה עומדת על שיקול כזה, ואין זה משנה כלל מי הפוגע. הטענה כי בעימות בין האזרח לבין הרשויות יש להמעט ככל האפשר בהסמכת הרשות להגביל את האזרח אינה עומדת על אופייה המיוחד של הרשות. כדי לקיים מערכת חירויות רחבה ככל האפשר, יש להמעט בהגבלת האזרח, בין בפעולה שלטונית ובין בפעולה אזרחית אחרת. הגנה על אזרח אחד מפני פגיעה של אזרח אחר בחירותו אינה אמורה להידון במונחים של חירות לפעול באופן הפוגע בחירות, אלא במונחים של ההסדר הכולל, שבו לכל אזרח יש אותה מערכת רחבה ככל האפשר של חירויות, ואין הצדקה לאזרח אחר לפגוע בה, גם לא על יסוד החירויות של עצמו.

לדידנו, לפיכך, ההתייחסות ה"עקיפה" אל זכויות האדם בעולם המשפט הפרטי אך מחלישה את הרעיון הכללי העומד בבסיס התפיסה הדמוקרטית שעליה עמדנו בתת-חלק הקודם. ייחוד ההגנה המפורשת והישירה על זכויות האדם המוענקות במסגרת חוקי־היסוד רק לתחומיו של המשפט הציבורי מקים מסך ומחסום בפני הגנה כוללת על זכויות אדם במערכת הדמוקרטית, ויוצר שניות לא־רצויה בין שתי מערכות חוקתיות נבדלות לכאורה – זו הקבועה בחוקי־היסוד אל מול זו הנובעת מ"ערכים אובייקטיביים" הנגזרים מחוקי־היסוד⁵⁰ – אף שמדובר במערכת אקולוגית אחת היונקת מאבן הראשה של זכויות האדם בשיטה הדמוקרטית. בתחילתו ובסופו של יום, כשם שהמשפט הפרטי יונק את חיותו מחוקי־היסוד, אלה יונקים את חיותם מעקרונות־יסוד דמוקרטיים. מודל התחולה הישירה הוא המאפשר, במקרים המתאימים, פנייה ללא תיווך אל הרובד הנורמטיבי החקוק הגבוה ביותר המייצג את עקרונות הדמוקרטיה. כשם שגם לפני חקיקתם של חוקי־היסוד הוחלו זכויות האדם במשפט הציבורי ובמשפט הפרטי כאחד, כך צריך להיות גם לאחר חקיקתם של חוקי־היסוד, המשמשים מעין לוחות־ברית שניתן לפנות אליהם במישרין כאשר הדבר נדרש. דברים אלה נאמרים במשנה תוקף לנוכח העובדה שזכויות האדם במשפט הפרטי מוחלות כיום ממילא, בין היתר, באמצעות מושגי־שסתום הנעדרים תוכן משל עצמם, ובראשם "תום־הלב" ו"תקנת הציבור". המהלכים המורכבים הנעשים כיום לצורך החלת זכויות האדם במשפט הפרטי,⁵¹ תוך שימוש קזואיסטי בטכניקות משפטיות מזדמנות ובראשן השימוש במושגי־שסתום, מעוררים את הצורך בלוליינות שיפוטית מורכבת ומאולצת המצריכה מהלך מורכב של גזירת ערכים אובייקטיביים הנובעים מחוקי־היסוד. מהלכים אלה אף הובילו את פרופ' ברק לניסוחה של הצעה אמיצה להטיל חובת עשה על המחוקק ליצור הגנה על זכות אדם במשפט הפרטי כאשר זו אינה בנמצא,⁵² אך מדובר בהצעה שאינה מקובלת על

49 Rawls, A Theory of Justice, לעיל ה"ש 23, בעמ' 53.

50 כפי שמשמע מהבחנותיו של ברק. ראו ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", לעיל ה"ש 4, בעמ' 372-373 ו-381.

51 להרחבה בנושאים אלה ראו להלן בחלק השני.

52 ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", לעיל ה"ש 4, בעמ' 395 ו-402-404.

בית־המשפט העליון.⁵³ מהלכים אלה יוצרים קשיי נגישות של זכויות האדם, אד־הוקיות של יישום זכויות אלה, ערפול לוגי, חולשה חינוכית, סרבול, טשטוש ושקיפות מוגבלת, בעוד מודל התחולה הישירה הינו צלול, נגיש ומצוי מעל כל אלה. זאת ועוד, מודל התחולה העקיפה יוצר כאמור מצב דואלי ומפוצל של שתי מערכות של זכויות אדם בשיטת משפט שלמה אחת, ומעכב את הדיון החשוב בשאלת המינון והאיוון של זכויות אדם בעת התנגשות ביניהן – נושא שנעמוד עליו בתת־חלק הבא.

הניסיון לבסס את מודל התחולה העקיפה באמצעות שימוש נרחב במושגי־שסתום, שהם סטנדרטים משפטיים נטולי תוכן אפריורי משל עצמם,⁵⁴ מעורר את השאלה אם אין מדובר הלכה למעשה במודל התחולה הישירה בתחפוש. אופיים העמום של הסטנדרטים המשפטיים של "תום־הלב" ו"תקנת הציבור", למשל, רגישותם לזכויות האדם והעובדה שהם חלים כיום באופן הרחב ביותר שניתן להעלות על הדעת על כלל הפעולות המשפטיות, מגרים את הצורך לקרוא לילד בשמו, ולהבהיר במפורש לכלל מרכיבי הציבור – פרט ושלטון כאחד – כי חובתם לשמור על זכויות האדם של הזולת, וזאת חלף חובתם הכללית והמעורפלת לשמור על "תקנת הציבור", למשל. לזכויות האדם יש מקום של כבוד בכל פינה ברחבי השיטה המשפטית, ועל מקומן ושמן המפורש להדהד גם בתחומיו של המשפט הפרטי.

כפי שנראה בחלקו השני של המאמר, המשפט הישראלי אינו רחוק ממהלך זה. המשפט הישראלי צועד באופן ברור להכרה מלאה בתחולה ישירה של זכויות חוקתיות בין פרטים, עד כדי כך שדומה כי חסר אך צעד אחד קטן לעבר הכרה סופית במודל זה. גישה זו אינה מהווה שינוי מעשי של ממש, שכן גם לגישתם של המצדדים במודל התחולה העקיפה זכויות האדם אינן זרות למשפט הפרטי, אשר משמש בסיס וקונקרטיזציה לזכויות האדם

53 בג"ץ 129/13 אקסלרוד נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 26.1.2014) (להלן: עניין אקסלרוד).

54 גם עקרון תום־הלב, שחוק החוזים הכללי השליט במשפטנו, מהווה כלי אפשרי להתערבות בתי־המשפט בחוזים שנערכו מתוך רצון חופשי. בכך דומה עקרון תום־הלב לעקרון תקנת הציבור, באשר שניהם מהווים אמצעי פיקוח ובקרה על חופש הצדדים לעשות חוזה תקף ואכיף" (גבריאלה שלו "מה נותר מחופש החוזים" משפטים יז 465, 473 (1987)); "מתן תוכן למושגי־השסתום היא פעילות פרשנית. האחריות לכך נתונה – כפוף להנחיה חקיקתית – לביית־המשפט. השופט יוצק תוכן במושגי־השסתום על־פי כללי הפרשנות המקובלים בשיטתו" (אהרן ברק "על השקפת־עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" עיוני משפט יז 475, 492 (1993)). מהלכים פרשניים אלה ביחס למושגי־השסתום הפזורים במשפט הפרטי דומים למהלכים הנעשים ביחס למושגי־השסתום החוקתיים: "הטקסט החוקתי מנוסח לעתים קרובות במונחים עמומים (הכללות מלכותיות, מושגי ססתום), המעניקים לפרשן, בלשונו של אלכסנדר המילטון, מרחב שיקול דעת מקסימלי. הפרשן יוצק תוכן למושגים כמו שיוון, תכלית ראויה, יהודית ודמוקרטית וכדו', תוך קביעת האיוון הראוי והמידתי בין ערכי יסוד" (יצחק הרצוג "על קביעת הרכבים בפרשנות חוקי היסוד" קרית המשפט ט 203, 261 (2011)); "החוקה נוקטת לרוב – בעיקר בתחום זכויות הפרט – ב'הכללות מלכותיות'. הכללות אלה, המעוגנות בעקרונות־יסוד (כגון שוויון, כבוד־אדם, חירות, חופש ביטוי), אינן מקרינות מעצמן תוכן חד־משמעי וקבוע. הן מהוות אמות־מידה רב־משמעיות ועמומות, המאפשרות לכל חברה נתונה, בזמן נתון, ליתן להן אותה משמעות המשקפת את תפיסות־היסוד החברתיות של אותה תקופה" (ברק, לעיל בהערה זו, בעמ' 478).

של פרט כנגד פרט. בסופו של יום דיני החוזים, הנזיקין, הקניין, המשפחה, העבודה ושאר דיני המשפט הפרטי מעצבים באופן תת־חוקתי את זכויות האדם של פרט אחד כנגד פרט אחר,⁵⁵ וכך הוא המצב, לטענתנו, גם בהעדר דין תת־חוקתי קונקרטי. היחסים בין המשפט החוקתי למשפט התת־חוקתי נדונים בהרחבה במאמרו של פרופ' ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי – התחולה במשפט העבודה".⁵⁶ במאמרו זה ברק דבק בהבחנה הקיימת בין המישור החוקתי למישור התת־חוקתי, ויוצא מנקודת מוצא שלפיה "הזכויות בין הפרטים [זכויות האדם] הן ברמה תת־חוקתית ולא ברמה חוקתית",⁵⁷ ומשכך זכותו החוקתית של הפרט כנגד השלטון מקיפה מזו שחלה במערכת יחסים שהיא בין פרטים בלבד, בשל ייעודן המקורי של הזכויות החוקתיות להגן על הפרט במסגרת פערי הכוחות הקיימים בינו לבין השלטון.⁵⁸ לדעת ברק קיימים קשרים הדוקים בין המשפט החוקתי למשפט הפרטי,⁵⁹ אך עם זאת, המהלך העקיף שהוא עושה להחלת זכויות האדם במשפט הפרטי הוא מורכב עד כדי כך שלעיתים אין בנמצא בית־משפט שיאזור עוז לעשות כן.⁶⁰ קל להדגים את הדברים הללו כאשר אין בנמצא חוק ספציפי אשר מקנה לפרט הגנה מפני פגיעה של פרט אחר. במקרים מעין אלה, לדידו של ברק, "אם המשפט הפרטי איננו קיים – צריך ליצור אותו. המחוקק (בגדרי החקיקה) והשופט (בגדרי המשפט המקובל) אינם יכולים לרחוץ בניקיון כפיהם. עליהם להתעשת ולהביא ליצירת דין חדש (חקיקתי או הלכתי לפי העניין) אשר יהיה בכוחו ליתן ביטוי להיבט האובייקטיבי של הזכויות החוקתיות",⁶¹ וזאת במטרה שזכות "תת־חוקתית" חדשה זו תהא מעתה ואילך זכות של הפרט כלפי פרטים אחרים. מהלך זה – המחיל את זכויות האדם במשפט הפרטי גם בהעדרו של חוק ספציפי – הינו ראוי ומתבקש בהשוואה למודל העדר התחולה, אך בהיבט הוא מהלך מסורבל ומיותר שבית־המשפט אינו ממחר לעשותו. אדרבה, נראה שהשופטים רואים התערבות שיפוטית כזו כמצויה מחוץ לגדר הרשאתם, כפי שניתן להסיק מפסקי־דין שניתנו לאחרונה בעניין

55 ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", לעיל ה"ש 4, בעמ' 367.

56 שם, בעמ' 375.

57 שם.

58 שם, בעמ' 376-377. בפסיקותיו קבע ברק, בין היתר, כי "חובתו של השלטון לקיים זכויות אדם אינה זהה בתוכנה לחובתו של הפרט לקיים זכויות אדם" (עניין קסטנבאום, לעיל ה"ש 7, בעמ' 531) וכי "חובתה של הרשות הציבורית לנהוג בשוויון כלפי הפרט אינה זהה בתוכנה לחובתו של פרט לנהוג בשוויון כלפי פרט אחר" (עניין רקנט, לעיל ה"ש 7, בעמ' 362).

59 אשר "במרכזם... עומדת חובתו של המשפט הפרטי – וחובתם של המחוקק והשופט היוצרים ומפתחים משפט זה – להגשים את הערכים והעקרונות החוקתיים" (ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", לעיל ה"ש 4, בעמ' 372).

60 אף שגם לדעת ברק על הרשות השלטונית להגן על הפרט במצב כזה מפני פגיעה על־ידי פרט אחר (שם, בעמ' 424-425).

61 שם, בעמ' 395.

מור⁶² ובעניין שונברג⁶³. פסק-הדין הראשון, בעניין מור, עוסק במקרה שבו פורסמו הודעות אנונימיות במרשתת נגד העותר מור, על רקע היותו מטפל אלטרנטיבי במחלות עור. מור טען כי בהתאם לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, ההודעות פוגעות בשמו הטוב. מאחר שזהות המפרסמים לא הייתה ידועה, ביקש מור כי בית-המשפט יורה לספקית הגישה למרשתת לחשוף את זהותם באמצעות כתובת ה-IP. השאלה המשפטית שעמדה בבסיס הדיון הייתה אם מוקנית לבית-המשפט סמכות להעניק צו המורה לצד שלישי לחשוף את זהותו של נתבע פוטנציאלי.

המשנה לנשיאה השופט אליעזר ריבלין דחה את העתירה בטענה שאי-אפשר להורות על חשיפת זהותו של גולש אנונימי לצורך הגשת תביעה נגדו היות שאין במשפט הישראלי הסדר חקיקתי המאפשר זאת. משכך, לדעת השופט ריבלין, אין ליצור הסדר כזה בפסיקה, אלא יש להמתין למלאכת המחוקק בעניין. לדעה זו הצטרף השופט לוי. לעומתם, השופט אליקים רובינשטיין, בדעת מיעוט, חלק על קביעתו של השופט ריבלין, וחשב כי לנוכח התנהלותו האיטית של המחוקק, ובהעדר חקיקה מתאימה, על בית-המשפט לייצר "כְּלִי עבודה" אשר יאפשר טיפול בבעיה ויסדירו את דרכי השפעתה של הטכנולוגיה החדשה על המשפט הקיים. לדידו, יש לאפשר חשיפת זהותו של גולש אנונימי אם יוכח, בהתאם לאיזונים המקובלים בין חופש הביטוי לזכויות מוגנות אחרות, כי למבקש החשיפה עומדת עילת תביעה.

פסק-הדין השני, בעניין שונברג, ניתן בעתירה שהוגשה נגד תערוכת גופות שהוצגה בישראל. בשנת 2012 הוצגה בישראל תערוכת "BODIES – תערוכת הגוף", שבמסגרתה הוצגו גופות אדם וחלקי גופות אדם שעברו תהליכי שימור. טענתו של העותר הייתה שהגופות וחלקי הגופות שייכות לסינים, לרבות אסירים שעונו והוצאו להורג ונמכרו ב"שוק השחור" לצורך הצגת גופותיהם בתערוכה למטרות מסחריות, וזאת ללא הסכמתם. המשיבים באותה עתירה לא הצליחו להזם חשד זה. בית-המשפט העליון, אף שצייץ כי אין כל מחלוקת לעניין הפגיעה בכבוד האדם, ובפרט בכבוד המת, קבע כי אין בנמצא מקור סמכות שמכוחו ניתן להגביל את התערוכה, וקרא למחוקק לתקן את הדרוש תיקון. במילותיו של בית-המשפט:

"היועץ המשפטי לממשלה, שגם דעתו לא היתה נוחה מכך, עשה מאמץ להצביע על מקור סמכות שמכוחו תוגבל התערוכה, כפי שהבהיר בהרחבה בתשובתו לצו על תנאי שהוצא מלפנינו. משהדבר לא הסתייע בידו, הפנה את הנושא למחוקק במבט צופה פני עתיד. דעתנו גם אינה נוחה ממצב הדברים הנורמטיבי הנוכחי, כפי שנפרש לפנינו, וגם אנו סבורים שראוי כי המחוקק ייתן דעתו לנושא ויתקן את הדרוש תיקון."⁶⁴

62 רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי. [1995] החברה לשרותי בזק בינלאומיים בע"מ (פורסם בנבו, 25.3.2010) (להלן: עניין מור).

63 בג"ץ 4068/12 שונברג נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 23.9.2012) (להלן: עניין שונברג).

64 שם.

בשני פסקי־דין אלה לא עלתה כלל האפשרות שבית־המשפט יורה למחוקק לחוקק חוק שימנע את הפגיעה בזכויות האדם,⁶⁵ וכך נותרו להן זכויות אדם בלתי־מוגנות בשל העדרו של הסדר תת־חוקתי ספציפי. תוצאה לא־רצויה זו הייתה נמנעת אילו הכיר בית־המשפט בתחולתו הישירה של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו במשפט הפרטי ובמקור הסמכות הזמינה הקיימת לו להגן על זכויות אדם פגיעות שנתרו ללא מענה שלטוני. תוצאות פסקי־הדין מעידות על אוזלת־ידה של תפיסת התחולה העקיפה בהגנה על זכויות אדם בשל נימוקים פורמליים. במקום להתמקד לפעולה נוספת מצידו של המחוקק ולהתיר עד אז (ואולי לעד) את זכויות האדם מופקרות וללא הגנה, מודל התחולה הישירה היה נותן בידי השופטים דבר חקיקה קיים המאפשר לערוך את האיזונים הנדרשים כבר במסגרתו.⁶⁶

במילים אחרות, מודל התחולה הישירה, המופעל בהעדרו של חוק ספציפי המגן על זכויות אדם, נותן לבית־המשפט את הגושפנקה לפנות במישרין לדבר המחוקק, דהיינו לחוקי־היסוד, מבלי ליצור חקיקה שיפוטית יש מאין, מבלי להורות למחוקק לחוקק, וחשוב מכל – מבלי למעול בתפקידו במערכת הדמוקרטית שעל הגנתה הוא מופקד ולהותיר זכויות אדם כשהן בלתי־מוגנות. ככל שהדברים אמורים במעמדו המוסדי של בית־המשפט, מודל התחולה הישירה הולם את תפקידו.⁶⁷ תחת מודל התחולה העקיפה, הרשות המחוקקת קובעת זכויות חוקתיות באופן מופשט, למשל באמצעות עקרונות שסתום, ובתי־המשפט קובעים אותן באופן מפורט יותר, חד יותר. זוהי חלוקת העבודה המקובלת בין המחוקק לבין בתי־המשפט בסוגיות חוקתיות. לפיכך היא מתאימה באופן טבעי גם למודל החוקתי שאנחנו מציעים, מבלי לחולל מהפכות, ויש בצידה יתרונות מעשיים.

ככל שהדברים אמורים בפרט, מודל התחולה הישירה מאפשר לו לפנות לחוקי־היסוד, ללא תיווך שלטוני כזה או אחר וללא מהלכים עקיפים ומאולצים שיש בהם כדי לעכב את מימוש זכויותיו היסודיות או אף להותירן ללא הגנה. מודל התחולה הישירה מעצים לפיכך את הפרט, ונותן לזכויות האדם הקבועות בחוקי־היסוד מענה מידי ואת ההגנה הראויה להן בחברה הדמוקרטית.

יתרון מעשי זה בהגנה על זכויות אדם באמצעות מודל התחולה הישירה מקבל חיזוק נוסף בדמות היתרון ההצהרתי והחינוכי הגלום במודל האמור. באמצעות הצהרה כללית כי זכויות האדם הקבועות בחוקי־היסוד חלות על כל אינטראקציה משפטית, ובאמצעות התייחסות שיפוטית ישירה ומפורשת אליהן ככל אינטראקציה משפטית רלוונטית המובאת לפני בית־המשפט, יש במודל התחולה הישירה כדי לסייע בהבנת ההקשר של זכויות האדם, מושגיות ומקומן בתוך התפיסה הדמוקרטית.

על החינוך לדמוקרטיה כאחד מתפקידיה של הרשות השופטת במדינה דמוקרטית עמד פרופ' אהרן ברק בספרו שופט בחברה דמוקרטית, ואין לנו אלא להצטרף לדבריו בכלל פה:

65 עניין אקסלרוד, לעיל ה"ש 53.

66 השוו לגישתו של השופט רובינשטיין בעניין מור, לעיל ה"ש 62, על־אודות האיזון האופקי בין זכויות מתנגשות בסכסוך בין פרטים גם בהעדר הסדר תת־חוקתי. כן ראו את תפיסתו של אלקסי ביחס לאיזון בין זכויות גם ברמה החוקתית (ALEXY, לעיל ה"ש 3, בעמ' 13–14).

67 השוו ליחסן של רשויות השלטון השונות לזכויות החוקתיות, כפי שהיא מתוארת על־ידי ברק "הזכות החוקתית להגנה על החיים", לעיל ה"ש 10.

"דמוקרטיה היא שיטת ממשל מורכבת וסבוכה. הצורך לקיים את שני היבטיה – ריבונות העם ושלטון הערכים הדמוקרטיים – אינו תמיד מובן מאליו... כיצד ניתן להתגבר על כך? יש להניח שקיימות כמה דרכים לכך. בעיניי הדרך החשובה ביותר היא החינוך. יש לחנך את הציבור בכלל, ואת הנוער בפרט, על מהותה של הדמוקרטיה ועל מורכבותה. חובה זו לחנך את הציבור מוטלת על כל גורמי השלטון. חובת החינוך של הציבור מוטלת גם על השופטים. אכן, הנני סבור כי השופט הוא מחנך. בפסקי הדין שלו עליו לתת ביטוי לחשיבותה של הדמוקרטיה במובנה ה'עשיר' ובכך לסייע לציבור הרחב בהבנת מושגיות זו. הנני רואה זאת כתפקידו של השופט לחנך את הציבור באשר לחשיבותה של הדמוקרטיה והשמירה עליה. בית המשפט העליון – כמי שעומד בראש הפירמידה השיפוטית – ראוי לו שיראה עצמו כגוף מחנך, כאשר השופטים הם מורים המשתתפים ב'סמינריון לאומי חיוני'.⁶⁸

הנה כי כן, החלתן הישירה של זכויות האדם במשפט הפרטי, במקרים המתאימים שעליהם נעמוד בחלקו האחרון של המאמר, מאפשרת להנגיש את זכויות האדם לכלל באופן מהיר, במפורש ובשמך, מבלי להזדקק למונחים עמומים ומבלי לחייב את המחוקק בעשיית משפט חדש,⁶⁹ והיא מתיישבת עם מטרת-הלוואי של הרשות השופטת לחנך לדמוקרטיה ולסייע בהבנת המושגיות המשפטית. תחולה ישירה של זכויות האדם במשפט הפרטי תגשים כך את תכליתם של חוקי-היסוד "להגן באורח חוקתי על זכותו הבסיסית של האדם לחיים, לחירות, לשלמות גופו ולשמירת כבודו",⁷⁰ וזאת ללא סייג של הגנה על זכות בסיסית זו רק מול פעולות המדינה.

4. האיזון בין זכויות אדם מתנגשות במשפט הפרטי ומודל התחולה הישירה

הנימוקים לדחייתו של מודל התחולה הישירה ולאימוצו של מודל התחולה העקיפה נשענים לא מעט על החשש המעשי מפגיעה יתרה בזכויות הפרט תחת המודל הראשון. חשש זה ניתן לשמוע בעמדתו של ברק שלפיה הענקת מעמד חוקתי לזכותו של פרט כלפי פרט חזק ממנו גוזרת גזרה שווה גם ביחס לזכותו של הפרט החזק כלפי פרט חלש ממנו, וכך "לא נחזק את מעמדו של הפרט החלש, שכן לעומתו יעמוד פרט חזק בעל זכות חוקתית זהה".⁷¹ באופן דומה גורס ברק כי "כלפי המדינה עומדת זכותו של הפרט לכבוד האדם על

68 ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 12, בעמ' 94-95.

69 עניין אקסלרוד, לעיל ה"ש 53.

70 דברי ההסבר להצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ה"ח התשנ"ב 60.

71 ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", לעיל ה"ש 4, בעמ' 369. ברק מתייחס שם גם לסוגיית ההפרטה ולחשש בדבר תוצאות ההשתחררות של אותה פעילות מחובות חוקתיות, אולם מדובר בתופעה מוגבלת בהיקפה, וממילא אין בה, גם לשיטתנו, צידוק עקרוני לתחולה הכללית במשפט הפרטי המוצעת במאמר זה, ועל-כן לא נרחיב בדברים. על הזמת הנימוקים האנליטיים בדבר אופייה וטבעה השונה כביכול של הזכות החוקתית הקבועה בחוקי-היסוד לעומת הזכות החוקתית הקיימת במשפט הפרטי עמדנו בתחילת השני. להרחבה בנוגע לנימוקים להתנגדויות למודל התחולה הישירה ראו גם: Aharon Barak, *Constitutional Human Rights and Private Law*, 3 Rev. Const. Stud. 218 (1996).

מלוא היקף האידאל שהיא נועדה להגשים, אך כלפי פרט אחר עומדת זכותו של הפרט לאחר שעברה תהליך של איזון וצמצום לאור התנגשותה עם זכויות חוקתיות אחרות או אינטרס הציבור.⁷² בכך כורכים נימוקים אלה בטעות שתי שאלות שונות יחדיו – זו העוסקת באופן תחולתן של זכויות האדם וזו העוסקת בשאלת האיזון בין זכויות אדם מתנגשות. לגישתנו, אין בשאלת אופן תחולתן של זכויות האדם במשפט הפרטי – ישיר או עקיף – כדי לסייע בשאלת האיזון בין זכויות אדם מתנגשות במשפט הפרטי. כפי שנתאר בהרחבה בחלק הבא, שיטות משפט שונות, כולל זו הישראלית, משתמשות כבר כיום בשלל דוקטרינות וטכניקות להחלת זכויות אדם במשפט הפרטי ולהכפפתו למערכת זכויות האדם,⁷³ ואף אלה אינן מספקות, מכוח עצמן, כל תשובה לשאלת האיזון בין הזכויות המתנגשות. לעניין אחרון זה נדרש ניתוח נפרד, הנשען על הצדקות שונות הנוגעות, בין היתר, במשקלן היחסי של זכויות האדם (של שני הצדדים) שבהן מדובר, וכן במיהותו, בעוצמתו ובחשיפתו הציבורית של הגוף הפוגע בזכויות האדם.⁷⁴ ניתוח זה מושפע כמובן גם ממעמדו הפרטי או הציבורי של הגוף הפוגע בזכויות אדם, אך מעמד זה אינו נגזר, מתחזק או נחלש עקב עצם השימוש במודל התחולה הישירה או העקיפה של זכויות האדם הקבועות בחוקה או בחוקי-היסוד. יוצא אם כן כי הכרה בקיומה של זכות חוקתית, המוקנית לפרט כלפי השלטון (וגם כלפי הפרט לשיטתנו), אינה אוצרת בתוכה את תוכנה הקונקרטי של החובה, על מבניה והיקפה במקרה נתון.⁷⁵ אם בשלב הראשון יוכרע כי עומדת לפרט זכות חוקתית להגנה מצד רשות שלטונית (או מצד הפרט), ייקבעו בשלב השני היקף הזכות ותוכנה. יפים לעניין זה דבריהם של Kumm ו-Comella, אשר מדגישים באופן מפורש כי השוני בין שיטות המשפט השונות באופן החלתן של זכויות האדם במשפט הפרטי מקורו בכלל הבהדלים מבניים ופרוצדורליים, ולא בשאלות מהותיות של איזונים בין זכויות אדם מתנגשות:

“There is a line to be drawn between the public and the private sphere, but doctrines such as indirect effect or state action have little to do with guiding substantive choices about where the lines are to be drawn. This

72 ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה, לעיל ה"ש 42, בעמ' 388-389; Michal Tamir, *Human Rights in Private Law: Hybridization of the Balancing Tests*, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING 401 (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., 2013).

73 Mattias Kumm & Víctor Ferreres Comella, *What Is So Special about Constitutional Rights in Private Litigation? A Comparative Analysis of the Function of State Action Requirements and Indirect Horizontal Effect*, in THE CONSTITUTION IN PRIVATE RELATIONS: EXPANDING CONSTITUTIONALISM 241, 265 (András Sajó & Renáta Uitz eds., 2005): “[T]he fact that a constitution is addressed only to public authorities and not to individuals does not preclude private law from being fully subjected to substantive constitutional standards in the context of private litigation”

74 להרחבה ולהצגת גישה נוספת שמנתחת את היקפה של הזכות החוקתית ראו מדינה, לעיל ה"ש 28; בוקשפן, לעיל ה"ש 27; Tamir, לעיל ה"ש 72.

75 מדינה, לעיל ה"ש 28, בעמ' 307. להרחבה בנושא אמות-המידה לאיזון בין זכויות אדם ראו Tamir, לעיל ה"ש 72, בעמ' 407-414.

chapter has sought to get a clearer understanding both of the problems relating to the application of constitutional rights in civil litigation and how the various doctrines used by constitutional courts to address these problems actually function. It establishes three propositions. First, there is no general problem relating to the application of constitutional rights in civil litigation. At least in constitutional jurisdictions where rights analysis is structured in a way that allows taking into account differences in the context of application, there are no general reasons to exclude relationships between individuals from the class of those addressed by constitutional rights norms. These are only substantive questions about where the lines between competing interests are to be drawn. Second, these substantive questions are neither avoided nor meaningfully guided by doctrines such as state action, indirect effect or 'mittelbare Drittwirkung'. Instead, these doctrines tend to obscure rather than illuminate the relevant normative concerns. Third, the specific doctrines applicable to civil litigation developed by the highest German, Canadian, and US courts, and the differences between them do not reflect different substantive answers that are the result of the engagement with similar substantive questions. They are best understood to reflect very different and highly idiosyncratic institutional concerns that are particular to their respective constitutional systems and connected to specific legal relations.⁷⁶

פעולת האיזון אינה רנטית על-כן לכל שיח הזכויות, והיא בלתי-נמנעת לפי כל אחת מצורות התחולה. ככלות הכול, כל זכות היא יחסית, בין שהיא ממוקמת במשפט הציבורי ובין שהיא ממוקמת במשפט הפרטי. כשם שבמושגי-השסתום מובלעת כבר כיום פעולת האיזון בין זכויות אדם מתנגשות, כך ניתן וראוי לעשות גם בהחלה ישירה של חוקי-היסוד, תוך הישענות על מבחני המידתיות והאיזון הקבועים בחוקי-היסוד ובפסיקה, ותוך התחשבות בעובדה שהאיזון בין זכויות האדם המתנגשות נעשה במסגרת הספּרה הפרטית. כפי שנראה בחלק השני, הפסיקה בישראל כבר החלה לעשות שימוש במבחני האיזון הקבועים בחוקי-היסוד גם כאשר מדובר במחלוקות בתחום המשפט הפרטי.⁷⁷

במילים אחרות, גם המודלים הבלתי-ישירים להחלת זכויות האדם במשפט הפרטי עוסקים בהתמדה באיזונים בין זכויות האדם,⁷⁸ אלא שהם עושים כן בצורה לא-צלולה וללא

76 Kumm & Comella, לעיל ה"ש 73, בעמ' 284.

77 ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", לעיל ה"ש 4, בעמ' 384-385.

78 ראו כמה ציטוטים המדגימים את הצורך הבלתי-נמנע בעריכת איזונים במסגרת השימוש בעקרונות "תום-הלב" ו"תקנת הציבור". כך, למשל, ס' 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים (חלק כללי)), הוגדר כ"מכשיר משפטי עיקרי – בצד עקרונות אחרים, כגון תום הלב – אשר באמצעותו מובטחת ההרמוניה הכללית בשיטת המשפט. זהו הכלי המרכזי המשקף את אושיות היסוד של הסדר החברתי" (עניין קסטנבאום, לעיל ה"ש 7, בעמ' 531); "לשם פגיעה בעקרון תום-הלב, אין נדרש כי בעל הזכות יפעל מתוך זדון או רוע-לב. די בכך שפעולתו אינה עולה בקנה אחד עם 'הסטנדרדים הערכיים הראויים של החברה הישראלית, כפי

אמות-מידה ברורות. משכך, בחירה כמודל התחולה הישירה תאפשר התעסקות באתגר האמיתי שכל צורות התחולה ניצבות בפניו, והוא שאלת האיוון והמידתיות של זכויות האדם המתנגשות בהתאם לאינטראקציה שבה מדובר. רעיון התחולה הישירה, כשלעצמו, אינו משפיע לרעה על טיב המענה לשאלת האיוון.⁷⁹ מודל התחולה הישירה של חוקי-היסוד מציף את הצורך בניסוח שיטתי של אמות-מידה אשר יסייעו במלאכת האיוון בין זכויות אדם מתנגשות – צורך שנדרש ממילא גם תחת מודל התחולה העקיפה. משכך, אין חשש שמודל התחולה הישירה יביא עימו פגיעה בחירויות הפרט מעבר לזו הקיימת ממילא במודל התחולה העקיפה.⁸⁰ במשפט הפרטי חזקת-הרקע היא שאדם (או גוף פרטי) עושה לטובת עצמו, ואילו במשפט הציבורי חזקת-הרקע היא שהגוף השלטוני פועל אך ורק לטובת הכלל. ככלות הכל, ברור שלשלטון, כנאמן הציבור, אין זכויות משל עצמו, בעוד לפרט יש זכויות משל עצמו, והבדל זה גורר מעצמו גם שוני בהיקף החובות. על-כן פשיטא שהמינונים של זכויות האדם (וחובות האדם) שיישקלו באיזונים בין פרט לפרט, ובתוך כך גם בין תאגיד לפרט, יהיו שונים מאלה שיישקלו באיזונים בין הפרט לשלטון,⁸¹ אך אלה אינם נגזרים משאלת מקור (ומודל) התחולה של זכויות האדם.

היקף החובה לכבד זכויות אדם – אשר אינו נגזר באופן בינרי מהמיהות השלטונית או הפרטית של הצד לאינטראקציה – מושפע גם משיקולים מעודנים יותר הקשורים, בין היתר, לעוצמה היחסית של הגופים המעומתים, לחשיפתם למרחב הציבורי ולעוצמת הזכות החוקתית שבה מדובר.⁸² כך, למשל, גם בתוך המשפט הפרטי עצמו, על פרטים בעלי

שבית המשפט מבין אותם מעת לעת" (רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, פס' 5 לפסק-דינו של הנשיא ברק (1999)) (להלן: עניין רוקר); "תום-הלב הקבוע בסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי)... הוא עיקרון 'מלכותי'... הוא חל בגדריו של כל דין... עקרון תום-הלב אינו מוגבל לחוזים או לחיובים. זהו עקרון יסוד החולש על כל תחומי המשפט... כל פעולה משפטית, כל חיוב וכל משא ומתן חייבים להתבצע בתום-לב" (שם, פס' 2-3 לפסק-דינו של הנשיא ברק).

79 כשר "סקיצה פילוסופית", לעיל ה"ש 12, בעמ' 16. שאלת-השאלות בדמוקרטיה היא שאלת ההתנגשות בין שתי זכויות מתנגשות.

80 השוה גרשון גונטובניק "זכויות חוקתיות במשפט הפרטי במדינה יהודית ודמוקרטית" משפט ועסקים טז 57, 68 (2013) ("הצגתם של המודלים הללו ושל השימוש בהם במשפט המשווה היא מאלפת ומעוררת מחשבה רבה. הנימוקים לבחירה כמודל התחולה העקיפה, בהתאם לגישתו של הנשיא ברק, הם כבדי-משקל ומשכנעים ביותר... 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?").

81 לעניין זה מקובלת עלינו קביעתו של ברק כי "חובתו של השלטון לקיים זכויות אדם אינה זהה בתוכנה לחובתו של הפרט לקיים זכויות אדם" (עניין קסטנבאום, לעיל ה"ש 7, בעמ' 531).

82 בוקשפן, לעיל ה"ש 27, בעמ' 157-168. השווה אהרן ברק "התאגיד וחוקי-סוד: כבוד האדם וחירותו" מאזני משפט ח 11, 21-22 (2013) (להלן: ברק "התאגיד וחוקי-סוד: כבוד האדם

עוצמה וחשיפה חברתית משמעותית מוטלת חובה גדולה יותר לכבד זכויות אדם מאשר על פרט שאינו כזה. נוסף על כך, קביעת הגבולות בין זכויות האדם המתנגשות נגזרת לא רק ממיהותו של הצד הפוגע, אלא גם ממיהותו של הצד שזכותו נפגעה (כגון גורם שלטוני, תאגיד בעל עוצמה חברתית-כלכלית, תאגיד קטן או פרט).⁸³ אולם החובה העקרונית בשיטה הדמוקרטית לכבד זכויות אדם אדישה לשאלות אלה. מקורה של חובה עקרונית זו טמון בחוקה ובחוקי-היסוד בשיטת המשפט. החוקה היא שיוצרת את המשפט,⁸⁴ ולנוכח עליונותה זו ראוי שלזכויות-היסוד הקבועות בה תהיה השפעה מיידית ותמידית על המשפט הפרטי, במיוחד בהעדר נורמה תת-חוקתית המסדירה יחסים אלה.

חיזוק לגישתנו העקרונית בדבר תחולתן הישירה של זכויות האדם על הכלל ובדבר הצורך באיזון מתמיד שלהן – אשר אינה מושתתת רק על הניכור הקיים בין השלטון לפרט וגם לא רק על פערי הכוחות בין הגוף החזק לגוף החלש – מקבלת חיזוק מהתמורות המשמעותיות המחילות זכויות אדם על תאגידים עסקיים,⁸⁵ ובעיקר מהשימוש המתגבר בדיני החוזים לצורך החלת זכויות אדם. דיני החוזים, ממלכת המשפט הפרטי, משמשים כיום מסגרת בולטת להחלת זכויות האדם במשפט הפרטי בישראל,⁸⁶ ובכך טמון לדעתנו מסר משמעותי ועמוק. זכויות האדם עומדות למבחן בחיי היומיום באינטראקציות הפרטיות ביותר (כגון יחסי עבודה ויכולתו של המעביד, למשל, לפטר את עובדו, סירובו של ספק לספק שירות וכיוצא באלה) לא פחות – ואולי אף יותר – מאשר במפגשו של הפרט עם השלטון. נראה על-כן שהחלה ישירה של זכויות האדם באינטראקציות הוולונטריות והיומיומיות ביותר מחזקת את מקומן ואת המודעות של כל פרט וגורם אליהן, בכל מקום ובכל זמן, ממש בדומה להחלתן הישירה של זכויות האדם במסגרת המשפט הפרטי בכללותו.

קרבתם וזיקתם של דיני החוזים לכל פרט ומרכיב חברתי בחיי היומיום, והשקתם לערכים חברתיים מגוונים ומקיפים, הופכות את דיני החוזים למנוף טבעי ומעשי להטמעתה של תפיסה המדגישה את חשיבותן של זכויות האדם בשיטת המשפט בכללותה ובכל רבדיה.

וחירותו): "אכן, האיזונים בין זכויות חוקתיות מתנגשות, ובינן לבין אינטרס הציבור, מושפעים מהחשיבות החברתית של הזכות הנפגעת ושל הזכות או האינטרס המוגנים. במסגרת זו יינתן משקל נכבד לזכות החוקתית של הפרט לאור חשיבותה החברתית המיוחדת."

83 השוו לפועלו של עקרון המידתיות (שבעזרתו נערך האיזון בין זכויות אדם מתנגשות), אשר מאפשר להתחשב בכך שבעל הזכות הוא בן-אדם, ולא תאגיד. כך, לדוגמה, לקניינו של אדם פרטי יינתן משקל כבד יותר מזה שיינתן לקניין של תאגיד (שם, בעמ' 21). כשם שסיווג זה משפיע על היקף זכותו של הנפגע, כך ביכולתו להשפיע גם על היקף חובתו של הפוגע.

84 יצחק קלינגהופר "האנס קלזון – חייו ומשנתו בקצירת האומר" משפטים ז 229, 230 (1976).

85 ראו, למשל: John Gerard Ruggie, *Business and Human Rights: The Evolving International Agenda*, 101 Am. J. Int'l L. 819 (2007); Donald Robertson, *Business & Human Rights: A New Era of Accountability?* (Sydney L. Sch. Res. Paper No. 14/75, 2014), available at <http://ssrn.com/abstract=2483607>; Gavriel Mairone, *A Grotian Moment: Corporations Are Required to Respect Human Rights*, 54 JUSTICE 27 (2014).

86 אף שהדבר נכון גם לגבי דיני הנזיקין, דיני העבודה, דיני הקניין ועוד, כפי שנראה בחלקו השני של המאמר. להדגמת הטמעתן של זכויות אדם במסגרת דיני החוזים ובאמצעותם ראו בוקשפן, לעיל ה"ש 27, בעמ' 60-71.

כאמור, רוב האינטראקציות של בני-האדם אינן מול השלטון, אלא דווקא בינם לבין עצמם, כך שהכרה בכוחם ובאחריותם של הפרטים במסגרת יחסיהם הבין-אישיים משביחה את ההגנה על חירויות-היסוד ואת השתייכותם ומקומם של כלל מרכיבי השיטה המשפטית – ולא רק של רשויות השלטון – בהבנייתה של חברה שוחרת חירות. הקשר בין חירות הפרט לבין אחריותו לשמירה על זכויות האדם של זולתו מעוגן כבר בסעיפיו של חוק החוזים עצמו, אשר מחזקים את עקרון חופש החוזים ואת אוטונומיית הרצון הפרטי (סעיף 24 לחוק החוזים) אך בהיבט מכילים גם את עקרונות תום-הלב ותקנת הציבור (סעיפים 12, 30 ו-39 לחוק החוזים) כמקור להסגת אותן חירויות לצורך ההתחשבות בזולת ובמרקם חברתי הסובב. תובנות אלה אינן נותרות בספירה החוזית בלבד, אלא חולשות על כלל הפעולות המשפטיות, וזאת מכוח חוק החוזים עצמו, בסעיף 61(ב) שבו. גישה זו אינה מפליאה, שכן המוסד החוזי, אולי יותר מכל פעולה משפטית אחרת, רגיש לזכויות האדם של האחר. ככלות הכול, כבר בתחילתו של יום, תכליתו העיקרית של החוזה היא לאפשר לבני-האדם, כ"חיות חברתיות", ליצור יחסים, להגשים את עצמם ולספק את מרבית צורכיהם באופן רצוני על-ידי תיאום, שיתוף-פעולה וויתור הדדי. מכוח זה פוזלים דיני החוזים, כבר בהגדרתם, גם לענייניו של הזולת, להסתמכותו ולציפייתו המוצדקת, תוך הנחה שבכך מקודם גם האינטרס האנוכי בשיתוף-פעולה, היוצר ציפיות מוצדקות של חירות ואחריות. במובן זה ניתן להשקיף על החוזה הבין-אישי ה"רגיל" כעל מיקרוקוסמוס של "החוזה החברתי", המסביר את קיומן של המסגרות האנושיות הבסיסיות ביותר. גם בחוזה הפרטי וגם בחוזה החברתי נעוצה התובנה בדבר הכורח בהגבלה מסוימת של חירויות כדי לאפשר את קיומן והגדלתן למעשה.

הנה כי כן, אפיוניהם של דיני החוזים, והמגמות החוקתיות המתפתחות בהם ובאמצעותם, מדגימים בצורה ברורה כי אין טעם של ממש להמשיך להחיל את זכויות האדם בעקיפין בלבד ככל שמדובר בתחומי המשפט אשר מסדירים את מישור חייו היומיומי של הפרט. החלתן של זכויות האדם במסגרתן של האינטראקציות הפרטיות השכיחות והמגוונות ביותר מכשירה את הקרקע ואת הלבבות להחלה ישירה של זכויות אדם. מהלך זה ישדר מסר צלול המבנה בצורה חינוכית, עקבית ושיטתית את חשיבותן ומקומן של זכויות האדם באשר הן. בכך אין כדי להפוך את דיני החוזים לרגישים עוד יותר לזכויות אדם מעבר לשימוש שנעשה כבר כיום בעקרונות "תום-הלב" ו"תקנת הציבור" הקבועים בחוק החוזים עצמו.

ב. הדין המצוי

1. היחס בין זכויות האדם למשפט הפרטי במשפט המשווה

עיון בחוקות השונות בעולם מעלה כי קיימת אי-אחידות באשר לשאלת תחולתן של הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי. כך, למשל, הצ'רטר הקנדי קובע כי הזכויות החוקתיות משתרעות לכאורה רק על היחסים שבין המדינה לפרטים. סעיף 1(32) לצ'רטר מייחס את תחולת הצ'רטר לפרלמנט ולממשלה הקנדיים:

“This Charter applies

- (a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and
- (b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.”⁸⁷

בדומה לכך, מגילת הזכויות שבחוקה האמריקנית מכוונת מפורשות, כמעט בכל חלקיה, ליחסים שבין המדינה לאזרח. עם זאת, יש לציין כי בתיקון השלושה-עשר למגילת הזכויות קבע המחוקק האמריקני, בניסוח אשר סוטה מהמגמה הכללית, תחולה ישירה משתמעת לזכות חוקתית ספציפית – החופש מעבדות – גם בין פרטים.⁸⁸

גם חוקתה של גרמניה אינה קובעת באופן חד-משמעי מהו מודל התחולה בדין הגרמני, אף שנראה כי היא רואה את השמירה על זכויות האדם כמשימה חברתית כללית, כזו שלא רק הרשות מחויבת לה. זאת, כפי שמשמע מסעיפים (2) ו-1(3) לחוקה הגרמנית:

“(2) The German people therefore acknowledge inviolable and inalienable human rights as the basis of every community, of peace and of justice in the world.

(3) The following basic rights shall bind the legislature, the executive, and the judiciary as directly applicable law.”⁸⁹

בעוד חוקתיהן של ארצות-הברית וגרמניה אינן מספקות תשובה ברורה לשאלת תחולתן הישירה של זכויות האדם במשפט הפרטי, חוקתה של יוון דווקא נוקטת לשון ברורה בעניין זה. מדובר בתיקון חדש יחסית, משנת 2001, אשר הכניס לחוקה סעיף מפורש המחיל זכויות חוקתיות במשפט הפרטי היווני:

“The rights of the human being as an individual and as a member of the society and the principle of the welfare rule of law are guaranteed by the State. All agents of the State shall be obliged to ensure the unhindered and effective exercise thereof. These rights also apply to the relations between individuals to which they are appropriate.”⁹⁰

חוקתה של דרום-אפריקה קובעת גם היא תחולה ישירה של זכויות חוקתיות במשפט הפרטי:

.Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, sec. 32(1) 87

“Neither slavery nor involuntary (servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction)” 88

ראו גם ס' 15(2) לחוקת הודו, לעיל ה"ש 6, הקובע את איסור ההפליה.

.GRUNDGESETZ [GG] [Basic Law] arts. 1(2), 1(3) 89

.1975 SYNTAGMA [SYN.] [CONSTITUTION] (Greece) art. 25(1) 90

“A provision of the Bill of Rights binds a natural or a juristic person if, and to the extent that, it is applicable, taking into account the nature of the right and the nature of any duty imposed by the right.”⁹¹

סקירה קצרה זו, המצביעה על ההבדלים הקיימים בלשונן של החוקות השונות, אין בה כדי ללמד על קיומו של מודל מקובל לתחולתן של זכויות האדם במישור היחסים שבין הפרטים בחברה. לדאבוננו, גם סקירת הפסיקה במשפט המשווה אינה מצביעה באופן ברור על הגישות המקובלות להחלת זכויות האדם במשפט הפרטי בשיטות המשפט השונות. אף שהיה מי שניסה להסביר הבדלים אלה בנימוקים מוסדיים ופורמליים גרידא,⁹² ואף שברור כי שיטות המשפט השונות מאוחדות בהחלה מעשית מתגברת של זכויות האדם במשפט הפרטי, מגמה זו נעדרת תפיסת-עומק אחידה ושיטתית.

91 S. Afr. Const., 1996 art. 8(1). גם חוקת שווייץ, לעיל ה"ש 6, אימצה את מודל התחולה הישירה של זכויות האדם במשפט הפרטי, בקובעה, בסעיף 35: “The authorities shall ensure that fundamental rights, where appropriate, apply to relationships among private persons.” ניתן להצביע על מדינות נוספות, דוגמת אירלנד, ספרד וברזיל, שבהן פירשו בתי-המשפט הגבוהים זכויות מסוימות בחוקה כחלות גם במערכת היחסים בין פרטים. ראו: Maria Vittoria Onufrio, *The Constitutionalization of Contract Law in the Irish, the German and the Italian Systems: Is Horizontal Indirect Effect Like Direct Effect?*, 4 INdRET (2007), available at <http://ssrn.com/abstract=1371538>; THE ROUTLEDGE HANDBOOK OF CONSTITUTIONAL LAW 85–184 (Mark Tushnet, Thomas Fleiner & Cheryl Saunders eds., 2013).

92 “...the specific doctrines applicable to civil litigation developed by the highest German, Canadian, and US courts, and the differences between them do not reflect different substantive answers that are the result of the engagement with similar substantive questions...” ראו Kumm & Comella, לעיל ה"ש 73, בעמ' 284. אך ראו משה כהן-אליה “תחולת זכויות חוקתיות במשפט הפרטי” (מסמך-רקע לקראת דיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, יולי 2005). במאמרו זה מציע כהן-אליה הסבר מהותי להבדלים בין השיטות השונות. לדבריו, בעוד הדגם הליברלי האנגלו-אמריקני שולל את תחולתן של זכויות האדם ביחסים בין הפרטים, הדגם הקהילתי-הקונטיננטלי תופס את החוקה כ”אני מאמין” של החברה, ולא רק כאמצעי שנועד לרסן את כוחה של המדינה, ועל-כן מחייב תחולה כזו. לגישתו, “בשיטות משפט ליברליות, בעיקר אנגלו-אמריקאיות, החוקה נתפשת כמסמך המעניק זכויות מסוג ‘חירות’ לאזרחים. החוקה הליברלית לא נועדה לעצב ‘טוב’ משותף, אלא להבטיח את חירותם של האזרחים בדרך של הצבת סייגים חמורים על השימוש בכוח הרב שמרוכז בידי המדינה... הליברלים חוששים שעצם החיוב של גורמים פרטיים לכבד זכויות של אחרים יהווה פגיעה בחירויות של אותם גורמים. בנוסף לכך, מכיוון שהחוקה מנוסחת בדרך כלל בצורה עמומה ומופשטת, מתעורר החשש שתהליך פרשנות החוקה ילקה בסובייקטיביות שיפוטית וכי שופטים (במודע או שלא במודע) יכפו את ערכיהם על גורמים פרטיים”. לנוכח ההתפתחויות הפסיקטיות שייסקרו בחלק זה – התפתחויות אשר הלכה למעשה מחילות את זכויות האדם במשפט הפרטי בכל שיטות המשפט – נראה שההבחנה האמורה אינה מספקת הסבר משכנע למצב הקיים בפועל.

כך, בגרמניה, בשנת 1958, הגיע לפתחו של בית-המשפט לחוקה, ה-FCC,⁹³ מקרה *Lüth*.⁹⁴ במקרה זה נערך דיון משפטי סביב השאלה אם זכויות האדם הקבועות בחוקה חלות גם ביחסים בין הפרטים ומחייבות אותם או שהן חלות רק ביחסים שבין הפרט למדינה לנוכח פערי הכוחות הקיימים במישור זה.⁹⁵ בפרשה זו דובר באריק לות, אשר החזיק בשתי משרות במקביל – ראש משרד העיתונות הממשלתי בעיר המבורג ונשיא מועדון העיתונות של המבורג (שהינו גוף פרטי). לות קרא לחרם על יוצר סרטים שהפיק סרטים אנטישמיים בתקופת הנאצים. האחרון פנה לבית-המשפט בבקשה להוציא צו שיחייב את לות להפסיק בקריאות החרם. בית-המשפט נעתר לבקשה, ולות ערער לבית-המשפט לחוקה בטענה לפגיעה בחופש הביטוי שלו. עצם הפנייה יצרה מצב יוצא-דופן, מאחר שלות קרא לחרם בהחזיקו בשני תפקידים מקבילים – תפקיד ציבורי ותפקיד פרטי. על-כן לפני בית-המשפט נדון מקרה שיכול להיתפס כיריבות בין פרטים, מחד גיסא, או כיריבות בין פרט לנציג המדינה, מאידך גיסא. כך או כך, בית-המשפט נדרש לסוגיה אם ניתן להחיל זכויות חוקתיות ביריבות המשפטית בין פרטים, ודחה – בהחלטה תקדימית ועקרונתית – את הטענה כי זכויות חוקתיות חלות רק בין הפרט לרשות. בית-המשפט קבע כי תחולתן של זכויות האדם במישור הפרטי הינה באמצעות מודל של תחולה עקיפה כלפי "צדדים שלישיים" ("*mittelbare Drittwirkung*"). מודל זה הוסיף "צד שלישי" למערכת היחסים הקלסית שבין הפרט מול הרשות, ולמעשה הכיר ביריבות החוקתית בין שני פרטים, לאחר שבית-המשפט פירש את סעיפי החוקה הנוגעים בזכויות האדם כיוצרים מערך של ערכים אוניקטיביים המחלחלים לכל תחומי המשפט.⁹⁶

למן פרשת *Lüth* התפתחה בגרמניה ההכרה הפסיקתית בזכויות חוקתיות ביחסים שבין פרטים בשורה של מקרים. בשנת 1975 הכיר בית-המשפט לחוקה בזכות לחיים ולשלמות הגוף של עובר אל מול אמו בכל הנוגע בביצוע הפלות.⁹⁷ במקרה אחר הכיר בית-המשפט בזכות לחופש המחקר והלימוד, המקימה חובה על האוניברסיטות לייצר את התנאים להגשמת זכות זו.⁹⁸ לצד הכרה זו בתחולתן של הזכויות החוקתיות ביחסים שבין הפרטים, עמד בית-המשפט הגרמני לחוקה על אופיין המעשי של זכויות אלה, על-ידי כך שחייב את המדינה להכיר בזכות מסוימת ולהגן עליה. כך, למשל, בית-המשפט הכיר בזכותו של הפרט לשלמות הגוף אל מול מפעל פרטי מזהם. באותו מקרה חייב בית-המשפט את המדינה

93. Federal Court of Constitution

94. BVerfGE 7, 198 (1958) (להלן: פרשת *Lüth*).

95. Ulrich Preuß, *The German Drittwirkung Doctrine and Its Socio-Political Background*, in *THE CONSTITUTION IN PRIVATE RELATIONS: EXPANDING CONSTITUTIONALISM* 23 (András Sajó & Renáta Uitz eds., 2005). לפני פרשת *Lüth*, הכרה בתחולתן של זכויות חוקתיות במערכת יחסים שאינה מתמקדת בפרט מול הרשות הייתה מקובלת רק בתחום דיני העבודה. מתוך הצורך להגן על העובד, אשר נמצא במערכת כוחות לא-שוויונית מול מעבידו, הכיר בית-הדין העליון לעבודה בגרמניה בתחולה ישירה של זכויות חוקתיות – כגון חופש הביטוי, חופש המצפון והשוויון – ביחסי עובד-מעביד.

96. שם.

97. BVerfGE 39, 1 (1975).

98. BVerfGE 35, 79 (1973).

לחוקק חוק שיסדיר מצב זה ויאפשר לפרט להגשים את זכותו. בית המשפט הגיע לתוצאה זו באמצעות טכניקה משפטית מורכבת:⁹⁹ ראשית, הוא הכיר בזכות העמידה של הפרט לטעון להפרה חוקתית כנגד פרט אחר (באמצעות דוקטרינת *mittelbare Drittwirkung*). לאחר שמצא כי הופרה הזכות, הוא חייב את המדינה לחוקק חוק אשר יעניק לפרט הגנה על זכותו זו מול פרטים אחרים.

מבט על ההלכות האמורות מעלה כי ברמה המוסדית והפורמלית נשמרת אומנם תחולה עקיפה של זכויות האדם במשפט הפרטי. עם זאת, מהבחינה המהותית מתקיימת הלכה למעשה תחולה כמעט ישירה, מאחר שבאופן עקרוני הכיר הדין בטענה חוקתית במסגרת המשפט הפרטי. פרט א יכול לטעון כי פרט ב פוגע בזכותו החוקתית, אלא שתביעה מסוג זה יכולה להתברר רק בבית המשפט הגרמני לחוקה, אשר מוסמך לקבוע כי חוק פוגעני אינו חוקתי או לחלופין לחייב את המדינה לחוקק חוק אשר יגן על הזכות הנתבעת באופן שיחייב את הפרטים לכבדה.¹⁰⁰ נראה שאי-ההכרה בתחולה ישירה מפורשת נשענת על החשש מהאפשרות שהכרה כזו תקנה לבתי המשפט האזרחיים בגרמניה אפשרות לפסוק הלכות הנוגעות בזכויות חוקתיות של פרטים, ואפשרות זו תיצור שתי ערכאות חוקתיות.¹⁰¹ אם כך הדבר, ומשבית המשפט האזרחי הגרמני מחויב ממילא לפסוק ברוח הזכויות החוקתיות ביריבות בין פרטים אף שאלה נקבעות בבית המשפט לחוקה, ברור למדי שההצדקה לקביעת אופן תחולתן של הזכויות החוקתיות נמצאת במתחם הדיוני, אך לא המהותי. במילים אחרות, משאין השפעה על הסמכות המעשית והסופית שקיימת לבית המשפט לפסוק בעניין זכויות חוקתיות, והן חוסות על כל תחומי המשפט,¹⁰² קשה למצוא בגרמניה הבדל עקרוני-מעשי – להבדיל מזה הדיוני – בין התחולה הישירה לתחולה העקיפה.¹⁰³

מקרה מעניין נוסף לבחינת היחס המעורפל לתחולתן של זכויות האדם במשפט הפרטי הוא זה של המשפט הקנדי. משפט זה מאמץ מבחינה פורמלית את מודל העדר התחולה של זכויות האדם במשפט הפרטי. עם זאת, מבחינה מהותית יש עדות בפסיקה להלכות הממתנות את הדומיננטיות של מודל זה לכיוונו של מודל הפועל להשפעה הולכת וגדלה של זכויות האדם גם בין פרטים. כך, בדומה למודל התחולה הגרמני, גם המודל הקנדי מאמץ את הגישה כי על המשפט הפרטי ועל החקיקה להתפתח ברוח זכויות היסוד הקבועות בחוקה, כלומר בצ'רטר במקרה הקנדי.¹⁰⁴

99 BVerfGE 53, 30, 62 (1979).

100 ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", לעיל ה"ש 4, בעמ' 404; Kumm & Comella, לעיל ה"ש 73, בעמ' 246-256. אם בית המשפט האזרחי מגיע למסקנה שיש ככל הנראה ממש בטענה לפגיעה בזכות חוקתית אך אין ביכולתו להגן עליה בהעדר הגנה חוקתית קיימת, תועבר הסוגיה לדיון בבית המשפט לחוקה, על-ימנת שזה יכריע בשאלת חוקתיותה של הזכות וברבר הצורך בהגנה חוקתית עליה.

101 ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", לעיל ה"ש 4, בעמ' 370-373.

102 Kumm & Comella, לעיל ה"ש 73, בעמ' 244-245.

103 שם, בעמ' 250-251; Tamir, לעיל ה"ש 72, בעמ' 405, שם מובאים מקרים שבהם בתי המשפט בשווייץ ובגרמניה החילו על עצמם את מודל התחולה הישירה על-דרך חקיקה שיפוטית.

104 Lorraine E. Weinrib & Ernest J. Weinrib, *Constitutional Values and Private Law in Canada*, in HUMAN RIGHTS IN PRIVATE LAW 43 (Daniel Friedmann & Daphne Barak-Erez

פרשת *Dolphin*¹⁰⁵ הינה נקודת המוצא בעניין זה. בפרשה זו נדונה דרישתו של ארגון עובדים בתאגיד מסוים להפסיק את כל קשרי המסחר של התאגיד עם תאגיד אחר שארגון העובדים היה מסוכסך עימו. ארגון העובדים ביקש להפגין נגד התאגיד שבמסגרתו הוא פועל, והתאגיד פנה לבית-המשפט בבקשה להוצאת צו-ביניים נגד ההפגנה, בטענה שהדבר מהווה עוולה של גרם הפרת חוזה. ארגון העובדים טען כי החלטה כזו מהווה הפרה של חופש הביטוי, אשר מעוגן בצ'רטר הקנדי, אך בית-המשפט דחה טענה זו וקבע כי הצ'רטר הקנדי אינו חל ביחסים שבין פרטים, אלא רק ביחסים שבין הפרט למדינה.¹⁰⁶ למרות הלכה זו, פרשנותו של בית-המשפט לסעיף 132(1) לצ'רטר – שהובא בפתחו של תת-חלק זה ואשר מחיל את הצ'רטר על רשויות השלטון – הובילה לתפנית מסוימת באשר למעמדו של מודל העדר התחולה. בית-המשפט קבע כי סעיף 132(1) החיל את הצ'רטר לעניין הזכויות החוקתיות על הפרלמנט וגופי הממשלה הקנדיים, ובכך פתח את הדלת להכרה בדוקטרינת ה-*state action*, המאפשרת להחיל את זכויות האדם במשפט הפרטי. במסגרת דוקטרינה זו נדרשת פעולה של המדינה על-מנת לטעון להפרה של זכות חוקתית בין פרטים, ומכיוון שכל חוק הוא פרי פעולה של המדינה, תביעה אזרחית של פרט נגד חברו בטענה לפגיעה חוקתית הנוגעת ביישומו של חוק – גם אם הוא מתחום המשפט הפרטי – מאפשרת להעמיד את החוק לביקורת חוקתית. בפרשה מאוחרת יותר נדונה תביעת דיבה של אדם נגד הכנסייה הסיינטולוגית. בפרשה זו נדונה השאלה אם ניתן לתבוע בגין הוצאת דיבה כחלק מהזכויות הקבועות בצ'רטר.¹⁰⁷ השופטים קבעו כי אי-אפשר לתבוע זכויות חוקתיות במשפט הפרטי בתחולה ישירה, אולם תביעה כזו מתאפשרת אם קיים חוק המגן על הזכות, לנוכח היותו של כל מעשה חקיקה פעולה של המדינה.¹⁰⁸ במילים אחרות, כל פרט יכול לטעון להפרה של זכות חוקתית ובלבד שיצליח לקשור אותה להפרה של חקיקה אזרחית.¹⁰⁹ התפנית המשמעותית יותר במעמדו של מודל העדר התחולה בקנדה התרחשה בפרשת *Dagenais*,¹¹⁰ שם החיל בית-המשפט, הלכה למעשה, בצורה ישירה אמות-מידה חוקתיות במסגרת המשפט הפרטי. בפרשה זו נדונה בקשה לאסור שידור טלוויזיוני כלל-ארצי של

.eds., 2001)

Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 580 (RWDSU) v. Dolphin 105
Delivery Ltd., [1986] 2 S.C.R. 573 (Can.)

שם, בעמ' 605-600. 106

Hill v. Church of Scientology of Toronto, [1995] 2 S.C.R. 1130 (Can.) 107

שם, בעמ' 1170. 108

109 הדבר מודגש במיוחד בשיטת משפט הקובעת מושגי-שסתום נרחבים בחקיקה הפרטית. כך, במשפט הישראלי, עקרונות "תום-הלב" ו"תקנת הציבור" – אשר חוקקים בחוק החוזים ומוחלים מכוח סעיף 61(ב) לחוק החוזים על כלל הפעולות המשפטיות, גם כאלה שאינן בבחינת חוזה – הינם "מעשה מדינה", וככאלה הם כפופים, כשלעצמם ולפי הגישה הקנדית, לזכויות האדם הקבועות בחוקי-היסוד. ברוח הטענה הכללית המובאת במאמר זה, קשה להתייחס ברצינות לתפיסתה של גישה כזו כגישה המצייתת למודל העדר התחולה של זכויות האדם הקבועות בחוקה במשפט הפרטי.

Kumm & Comella, [1994] 3 S.C.R. 835 (Can.) 110
Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp., [1994] 3 S.C.R. 835 (Can.)
ראו גם
לעיל ה"ש 73, בעמ' 259.

תוכנית החושפת סדרה של הטרדות מיניות, בטענה שתוכנית זו תשפיע על מושבעים פוטנציאליים שטרם נבחרו. הבקשה אושרה, אך לאחר ערעור צומצם איסור השידור רק לאזור אונטריו ומונטריאול. דעת הרוב נימקה את הצמצום בכך שאיסור כזה מהווה הפרה של חופש הביטוי, המוגן בצ'רטר, וקבעה כי זכויות חוקתיות יידונו במשפט הפרטי בהתאם למבחן המידתיות. השופטים קבעו כי אמות-מידה חוקתיות יוחלו במשפט הפרטי באמצעות יכולתו של פרט לטעון לזכויותיו החוקתיות כנגד פרט אחר. אף שבית-המשפט מתעקש עדיין לשמור על הרטוריקה שלפיה הדבר נעשה באמצעות תחולה עקיפה,¹¹¹ הוא משעין את החלטתו על ערכי-על הנגזרים מהצ'רטר, ובכך מרחיב את ההלכות שצוינו לעיל, המכירות בתחולתן של זכויות האדם במשפט הפרטי רק כאשר יש חקיקה ספציפית.

סיכומו של דבר, כאשר בוחנים את הטקסט החוקתי הקנדי, נראה שקיימת בו אי-בהירות באשר לתחולתן של זכויות האדם במשפט הפרטי, והתוצאות המעשיות המתקבלות במשפט הקנדי אינן שונות באופן מהותי מאלה המתקבלות בשיטות המשפט שנסקרו עד כה. יודגש שוב כי אפילו בשיטה הקנדית, הדוגלת לכאורה במודל העדר התחולה, קיימת הכרה עקרונית ומתחזקת בתחולתן של זכויות חוקתיות במשפט הפרטי.¹¹²

במשפט האמריקני, שבו החוקה מופנית כלפי רשויות השלטון, המצב מורכב יותר. הגישה המרכזית במשפט האמריקני מדגישה כי מערכת השפיטה היא חלק מהממשל, אשר החוקה חלה עליו, ולפיכך תחולת הזכויות במשפט האמריקני נעשית באמצעות הרשות השופטת. נקדים ונאמר כי גם בארצות-הברית הדוקטרינה המקובלת להחלת זכויות אדם במשפט הפרטי היא דוקטרינת ה-"state action", שלפיה תביעה של זכות חוקתית נדרשת להתבסס על פעולה של המדינה, באמצעות החוקה או החקיקה.¹¹³ עם זאת, דוקטרינת ה-"state action", אשר במסגרתה המדינה מחויבת להגן על זכויות האדם, חלה גם על השופט בכובעו כרשות שלטונית. כרשות שלטונית המחויבת בהגנה על זכויות אדם, על השופט לפתח את המשפט בכפוף לחובתו לא לפגוע באופן לא-מידתי בזכויות החוקתיות.¹¹⁴ אכן, כפי שראינו בפתחו של חלק זה, לשונה של החוקה האמריקנית קובעת כי ניתן לטעון להפרה של זכויות חוקתיות רק כלפי המדינה, והחריגים לכך מעטים.¹¹⁵ והנה, אף שבהשוואה לשיטת המשפט הגרמנית דוקטרינת ה-"state action" מהווה לכאורה קו הפרדה נחרץ יותר מדוקטרינת התחולה העקיפה של הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי,¹¹⁶ גם השיטה האמריקנית מוצאת דרכים המאפשרות זרימה של זכויות אדם למשפט הפרטי.

בפרשת *Shelley*¹¹⁷ נוצרה הרחבה משמעותית בגישתו של המשפט האמריקני לדוקטרינת ה-"state action". בפרשה האמורה נדונה בקשתו של תושב אחת השכונות של סנט-לואיס,

111 Kumm & Comella, לעיל ה"ש 73, בעמ' 260.

112 שם, בעמ' 263.

113 שם, בעמ' 266.

114 ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", לעיל ה"ש 4, בעמ' 373.

115 הבולט שביניהם הוא התיקון השלושה-עשר לחוקת ארצות-הברית, לעיל ה"ש 6, אשר ניתן לפרשו כמחיל את הזכות החוקתית לחופש מעבדות גם בין פרטים (ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", לעיל ה"ש 4, בעמ' 368).

116 Kumm & Comella, לעיל ה"ש 73, בעמ' 245.

117 *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948) (להלן: עניין *Shelley*).

מיזורי, אשר ביקש למנוע תפיסת חזקה של משפחה אפרו-אמריקנית באחד הבתים בשכונה בהתבסס על חוזה האוסר את מכירת הבית ל"שחורים". בית-המשפט קבע כי גם כאשר עסקינן ביריבות הקלסית בין פרטים, במסגרת דיני החוזים למשל, מסגרתו של כל חוזה קשורה ל"state action" בהינתן שהמדינה היא שקבעה את ההסדרים החוקיים התוחמים את מסגרתו של כל חוזה.¹¹⁸ זאת ועוד, בהתבסס על רעיון התחולה של זכויות האדם באמצעות הרשות השופטת, נקבע כי שופט אינו רשאי להעניק צו אכיפה לפעולה הפוגעת בזכות לשוויון המוגנת בחוקה, וזאת אף אם מדובר באכיפה של זכות שבדין.¹¹⁹ בית-המשפט האמריקני ממשיך אומנם לנקוט רטוריקה הבוחנת זכויות חוקתיות על-פי דוקטרינת ה"state action", וממשיך לשמור על הפרדה רשמית בין התחולה הישירה לעקיפה,¹²⁰ אך התעקשות זו, על נימוקיה הצורניים, אינה ברורה בעינינו, ונראה כי אין בה הסבר מדויק לחתירתו וליצירתיותו של המשפט בהגנה המהותית על זכויות האדם במשפט הפרטי.¹²¹

מסיכום האמור עד כה עולה כי הגישה העקרונית בדבר תחולתן של זכויות האדם במשפט הפרטי, כפי שהיא באה לידי ביטוי בחוקות השונות, הינה עמומה וניתנת לפרשנויות שונות. אף ששיטות המשפט השונות נמנעות ברובן מלהגדיר את מודל התחולה כישיר, הלכה למעשה נראה כי זכויות האדם מוצאות את מקומן בכירור ובמוצהר במשפט הפרטי. יתר על כן, גם בחוקות שבהן יש אזכור ברור והרשאה לגישת התחולה הישירה, פרשנותו של בית-המשפט אינה ברורה. זה המצב כיוון, שבה ההכרה כמודל התחולה הישירה בחוקה היוותה חידוש בחשיבה המשפטית בכל הנוגע ביחס שבין החוקה למשפט הפרטי. הכרה זו נומקה בצורך לפקח על יישומן ואכיפתן של זכויות אדם חוקתיות גם במערכת היחסים בין הפרטים, וזאת כתוצאה מהתפתחות הטכנולוגיה והחברה המודרנית וניוד הכוח מהמדינה לשחקנים פרטיים, וכן כתוצאה מהתפתחות התקשורת והשפעתה החברתית. סביב אלה התפתחה סביבה המאיימת על הזכויות החוקתיות של פרטים בשדה האזרחי, ולכן נוצר צורך לצאת להגנתן.¹²² חידוש זה אימץ את הביטויים "איזון אופקי" בין זכויות וכן "השפעה בין-אישית" בין פרטים הגוררת הפרה של זכות.¹²³ אף-על-פי-כן, גם בשיטת המשפט היוונית השאלה בדבר היקפן של זכויות האדם במשפט הפרטי ובדבר האופן שבו הן חלות בין פרטים נותרה עדיין פתוחה.¹²⁴

כדומה לחוקה היוונית, גם החוקה הדרום-אפריקנית קובעת במפורש את תחולתן הישירה של זכויות אדם במשפט הפרטי, ואף-על-פי-כן נדרשו השופטים לפרשנותה של

118 Kumm & Comella, לעיל ה"ש 73, בעמ' 267.

119 ראו את התיקון הארבעה-עשר לחוקת ארצות-הברית (U.S. CONST. amend. XIV).

120 Kumm & Comella, לעיל ה"ש 73, בעמ' 268.

121 שם, בעמ' 267-270. יצוין כי יש הגורסים שההלכה שנקבעה בעניין *Shelley*, לעיל ה"ש 117, בוטלה בהמשך, וכי כיום נעשה שוב שימוש בדוקטרינת ה"state action". לעניין זה ראו ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", לעיל ה"ש 4, בעמ' 375.

122 HUMAN RIGHTS AND THE PRIVATE SPHERE, לעיל ה"ש 6, בעמ' 159.

123 שם, בעמ' 158.

124 Nicos Alivizatos & Pavlos Eleftheriadis, *The Greek Constitutional Amendments of* 2001, 7(1) S. EUR. Soc'y & Pol. 63 (2002).

קביעה זו. בפרשת *Du Plessis*, משנת 1996,¹²⁵ נדונה תביעה נגד עיתון בטענה כי הוא קשר, בשורה של מאמרים, בין קבוצה של אנשי עסקים לבין סחר בנשק עם אנגולה והאשים אותם במלחמה המתרחשת שם. טענת העיתון הייתה כי כל הפרסומים בדוקים ונכונים, וכי בחשיפת הפרשה קיים עניין לציבור. הדיון נסב סביב השאלה אם לעקרון חופש הביטוי, כפי שהוא מעוגן בחוקה, יש תחולה גם ביריבות בין פרטים. למרות הקבוע בחוקה, קבעה דעת הרוב כי אי-אפשר להחיל באופן ישיר זכויות חוקתיות במשפט הפרטי, אלא יש לאמץ את מודל התחולה העקיפה.¹²⁶ נימוקי השופטים היו כי החלה ישירה של זכויות האדם תפגע ביכולתה של המערכת המשפטית להכריע בסכסוכים בין פרטים, מאחר שהיא תיצור אי-ודאות משפטית ותפר את האיזון העדין שבין הרשות השופטת לרשות המחוקקת. החשש היה כי טענה לפגיעה בזכות חוקתית עלולה לייתר את החקיקה בתחום המשפט הפרטי ולהוביל להתערבות חזקה מדי של בית-המשפט בתהליך החקיקה ובעיצובה של החוקה. עם זאת, וכסימן לשינוי מגמה לעתיד לבוא, הוסיף אחד משופטי הרוב כי במקרים מסוימים תוכל בכל-זאת זכות אדם בעלת חשיבות חברתית מיוחדת לקבל "יחס ישיר יותר". מול עמדת הרוב ניצבת עמדתם של שני שופטי המיעוט – מתוך שבעת שופטי המותב – אשר פסקו כי יש להחיל באופן ישיר זכויות חוקתיות ביחסים בין פרטים. לגישתם, נורמות חוקתיות חלות בכל תחומי המשפט, ובכלל זה במשפט הפרטי. ההכרעה בהלכת *Du Plessis* גררה התנגדויות רבות, ובכלל זה נשמעו טענות כי ההשראה מהמודל הגרמני והקנדי אינה מתאימה, בהיותה מבוססת על חברות שמאפייניהן שונים מאלה של דרום-אפריקה.¹²⁷

ההלכה בדרום-אפריקה לא שקטה על שמריה, ובשנת 2002 קבע בית-המשפט בפרשת *Khumalo*¹²⁸ כי זכויות האדם החוקתיות חלות באופן ישיר במשפט הפרטי. בפרשה זו נדונה תביעה שהגיש פוליטיקאי דרום-אפריקני ידוע נגד עיתון שפרסם כי הוא נחקר בעבר במשטרה בנוגע למעורבותו בכנופיה של שודדי בנק. גם פה סבה השאלה המרכזית סביב תחולתו של חופש הביטוי, כפי שהוא מוגן בחוקה, ביחסים בין פרטים. הקושי עם פסק-הדין הוא שהשופטים לא נימקו באופן ממשי כיצד הם רואים את ההבדל בין תחולה ישירה לעקיפה, וגם בכך מומחשת הטענה, המועלית לכל אורכו של מאמר זה, בדבר הגבולות המדומים והלא-שיטתיים הקיימים בין מודל התחולה העקיפה לבין מודל התחולה הישירה. הנה כי כן, הסקירה שהובאה מעלה מצביעה על מגמה המבקשת להחיל זכויות אדם במשפט הפרטי. אכן, מעטות הן החוקות אשר מבהירות, בצורה ברורה, מהו מודל תחולתן של זכויות האדם במשפט הפרטי, וגם באלה שעושות כן הדבר כפוף לפרשנות משפטית רחבה. כך, במספר מועט של חוקות, דוגמת זו של דרום-אפריקה, נקבעה באופן מפורש גישת התחולה הישירה, אך בית-המשפט נקט הליך פרשני המערפל בהירות זו. לעומת זאת, בחוקות אחרות, דוגמת אלה של ארצות-הברית וקנדה, אף שקיימות התייחסויות מסויגות

125. *Du Plessis v. De Klerk*, 1996 (3) SA 850 (CC).

126. אכן, גם לגישתו של ברק, המצב המשפטי בדרום-אפריקה מכיר בתחולה עקיפה (ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", לעיל ה"ש 4, בעמ' 366).

127. להרחבה בנושא ראו: Delisa Futch, *Du Plessis v. De Klerk: South Africa's Bill of Rights and the Issue of Horizontal Application*, 22 N.C.J. INT'L L. & COM. REG. 1009 (1997).

128. *Khumalo v. Holomisa*, 2002 (5) SA 401 (CC).

ביחס לתחולתן במשפט הפרטי, מצא בית־המשפט דרכים להחיל את קביעותיהן במשפט הפרטי, כפי שעשה גם בית־המשפט בגרמניה. ניתן לראות, אם כן, כי המדינות השונות אומנם ממשיכות להפריד בין זכויות האדם לבין המשפט הפרטי במובן הפרוצדורלי והרטורי, אולם במובן המהותי תפיסת־העומק והמגמה השיפוטית הקיימת בכל שיטות המשפט שנסקרו דוחפות לכיוון הכרה הולכת ומתחזקת בתחולתן של זכויות האדם במשפט הפרטי, אף אם זו נעשית לא פעם בצורה מאולצת ולא־שיטתית. מגמה דומה, המבקשת להחיל זכויות אדם בגדרי המשפט הפרטי מקום שהחוקה אינה מתייחסת לתחולה ישירה, מסתמנת גם במשפט הפרטי הישראלי, שאליו נפנה מייד. ברקע הדברים נבקש לטעון כי התפתחות בתפיסת־העומק של ההגנה על זכויות אדם במשפט הפרטי, בשל שיקולים של "דמוקרטיה, צדק חברתי ושיתוף־פעולה אנושי"¹²⁹, מצדיקה – או למצער מנבאת – את המשך התפתחותה הסטיכי של המגמה גם לעבר הרחבת ההכרה במודל התחולה הישירה.

2. היחס בין זכויות האדם למשפט הפרטי במשפט הישראלי

(א) על ציבורי ופרטי במשפט הישראלי

הגם שאי־אפשר להצביע על התפתחות קונקרטית שהניעה תהליך של "חלחול" זכויות אדם למשפט הפרטי בישראל,¹³⁰ אפשר לציין כי החל בשנות התשעים של המאה העשרים התגברה בפסיקתו של בית־המשפט העליון מגמה של מודעות ופתיחות הולכות וגוברות לתפיסה המכירה בתחולתן של זכויות חוקתיות במשפט הפרטי, באופן שהוביל לטטטוש ההבחנה המסורתית בין המשפט הציבורי למשפט הפרטי. תמורה משפטית שתרמה רבות לקיומו של תהליך זה הייתה העיגון החוקתי הפורמלי של זכויות אדם רבות עם חקיקתם של חוקי־היסוד בשנת 1992,¹³¹ ועוד קודם לכן התפתחותם הדרמטית של עקרון תום־הלב ותקנת הציבור בדיני החוזים ובכל רחבי המשפט הפרטי. התפתחות זו הכשירה את הקרקע ואת הלבבות להתבססותה של תמורה חברתית וחוקתית במשפט הפרטי.¹³² על ציר הזמן ניתן להצביע על שלושה פסקי־דין מרכזיים, המדגימים באופן מובהק נקודות־ציון בנוגע לשינוי תפיסת־זה.

129 ברק "הזכות החוקתית להגנה על החיים", לעיל ה"ש 10, בעמ' 10.

130 זכויות האדם הוחלו במשפט הישראלי במסגרת היחסים בין פרטים אף עוד בטרם נחקקו חוקי־היסוד. לדברי נילי כהן "ה'שוויון' מול חופש החוזים" המשפט א 131, 135-136 (1993): "למעשה, בעמדה העקרונית שהובעה בחברה קדישא גחש"א 'קהילת ירושלים' נ' קסטנבאום, בעניין קליטתם של ערכי המשפט הציבורי למשפט הפרטי, לא היה משום חידוש מפליג. כבר קודם לכן בפסק הדין נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה קלט בית המשפט העליון את הערך של שוויון בין המינים מן המשפט הציבורי והזרימו לתוך חוזה במשפט הפרטי באמצעות העיקרון של תקנת הציבור." דברים אלה נכונים כמובן גם ביחס להטמעתם של עקרונות חוקתיים באמצעות דברי חקיקה ספציפיים.

131 דפנה ברק־ארז וישראל גלעד "זכויות אדם בדיני החוזים ובדיני הנזיקין: המהפכה השקטה" קרית המשפט ח 11, 14-15 (2009).

132 בוקשפן, לעיל ה"ש 27, בעמ' 13.

פסק־הדין הראשון הוא פרץ נ' כפר־שמריהו, אשר ניתן בשנת 1962.¹³³ מקרה זה עוסק בסירובה של המועצה המקומית כפר שמריהו להשכיר אולם ציבורי שהיה בבעלותה ליהודים רפורמים לצורך תפילה בחג סוכות. פסק־הדין בחן את מחויבותה של המועצה המקומית לחופש הדת ולשוויון כלפי הזרמים השונים ביהדות, וקבע כי המועצה אינה רשאית לא להשכיר מבנה ציבור שברשותה לטובת תפילה של קבוצה רפורמית, אך קבע כי אילו דובר באדם פרטי, המסקנה הייתה שונה. בלשונו של בית־המשפט: "בעוד שאזרח פרטי רשאי 'להפלות' בין פלוני לבין אלמוני ולבוד לו את אלה שאתם יעסוק אפילו יהיו נימוקיו ומניעיו בלתי־סבירים, אסורה הפליה מטעם רשות ציבורית."¹³⁴

פסק־הדין השני הוא מיקרו דף נ' חברת חשמל, שניתן בשנת 1987.¹³⁵ זהו פסק־הדין הראשון שהכיר ברעיון "הדואליות הנורמטיבית" בנוגע לתחולתן של נורמות מהותיות של המשפט הציבורי על תאגידים שהוקמו בתחום המשפט הפרטי. בפסק־הדין עלתה השאלה בדבר סמכותו של בג"ץ לרונן בסכסוך בין חברת החשמל, שהיא חברה פרטית, מול חברה פרטית אחרת – מיקרו דף. חברת חשמל נזקקה לציוד, ולאחר משא־ומתן עם חברת מיקרו דף החליטה להתקשר עם חברה אחרת. לטענתה של מיקרו דף, היה על חברת החשמל לערוך מכרז, שאותו היא נמנעה לא כרין מלעשות. השופט אהרן ברק החליט כי יש לבחון – בעזרת מבחן פונקציונלי שיצר – אם הפעולה הנבדקת של הגוף הינה שלטונית/ציבורית, וקבע כי ככלל לבית־המשפט יש סמכות להתערב כאשר גוף פרטי ממלא פונקציה ציבורית, שאז הוא מסווג כגוף "דו־מהותי". בכך, כאמור, ייסד פסק־הדין את רעיון "הדואליות הנורמטיבית". פסק־הדין השלישי, שעשה את חברת־הדרך המשמעותית ביותר, הוא קדישא נ' קסטנבאום, שניתן בשנת 1992.¹³⁶ פסק־הדין עסק במקרה שבו אדם ביקש מחברת קדישא להוסיף על מצבת רעייתו את שמה באותיות לטיניות ואת תאריכי הלידה והפטירה הלועזיים. חברת קדישא סירבה לבקשה בטענה כי הרישום על־גבי המצבות נעשה אך ורק בשפה העברית ובהתאם ללוח העברי, וכי כך גם הוסכם בחוזה בין הצדדים. בפסק־הדין צעד בית־המשפט צעד אחד קדימה וקבע, מפי השופט ברק, כי גם אילו לא הייתה חברה קדישא גוף דו־מהותי, היה עליה להתחשב בזכויות האדם המעורבות מהטעם הבא:

"דומה כי מובן וברור הוא, שעקרונות היסוד של השיטה בכלל וזכויות היסוד של האדם בפרט אינם מוגבלים אך למשפט הציבורי... זכויות היסוד של האדם אינן מכוונות רק כנגד השלטון. הן מתפרסות גם ביחסים ההדדיים שבין הפרטים לבין עצמם."¹³⁷

- 133 בג"ץ 262/62 פרץ נ' יושב־ראש, חברי המועצה המקומית ותושבי כפר־שמריהו, פ"ד טז 2101 (1962).
- 134 שם, פס' 2 לפסק־דינו של השופט זוסמן. ספק רב אם דברים אלה, בנימתם הגורפת, היו תקפים גם כיום בעידן שלאחר חקיקתם של חוקי־היסוד ועיגון מעמדו של עקרון השוויון.
- 135 בג"ץ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד (א) 449 (1987).
- 136 עניין קסטנבאום, לעיל ה"ש 7.
- 137 שם, בעמ' 530. ראו גם עניין רקנט, לעיל ה"ש 7, בעמ' 362: "אכן, עקרונות היסוד אינם נחלתו של המשפט הציבורי בלבד; הם חלק מהשיטה כולה, והם מכוונים את ההתנהגות האנושית בכל היבטיה". רעיונות אלה בוטאו גם בפסיקה שדנה בגופים פרטיים. ראו, למשל, המ' (שלום חי) 4583/96 האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' מצקין (פורסם בנבו, 23.4.1996).

שינוי תפיסתי זה מוצא את ביטויו ומכה את שורשיו לא רק בפסיקה בתחומי המשפט הפרטי (שתיסקר בתת-חלק הבא), אלא גם בספרות האקדמית. מאמרים משפטיים רבים מתייחסים בצמצום הולך וגובר להבחנה בין משפט פרטי לבין משפט ציבורי, וכבר מכותרותיהם – "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי"¹³⁸, "הפרטת זכויות האדם' והשימוש לרעה בכוח"¹³⁹, "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות-גומלין"¹⁴⁰ ו"תחולת המשפט המינהלי על גופים פרטיים"¹⁴¹ – ניתן להבין כי עיסוקם המרכזי הוא ב"בחינה תיאורתית באשר ליחס בין זכויות יסוד מוגנות לבין המשפט הפרטי"¹⁴² ובשיקולי המדיניות המשפטית בנוגע "להפרטת זכויות האדם במשפט הפרטי"¹⁴³. עם זאת, היזקקותם של מאמרים אלה להבחנה המסורתית בין משפט "ציבורי" למשפט "פרטי" מחמיצה לשיטתנו משהו ממעמדן המתגבר של זכויות האדם וממקומן הראוי במשפט הציבורי ובמשפט הפרטי כאחד.

המשפט הישראלי, בוודאי לאחר הלכת קסטנבאום, עובר בהתמדה לתפיסה המייחסת מאפיינים "ציבוריים" לכלל מרכיבי החברה וכללי המשפט – עד כדי זניחתו של המושג "משפט פרטי" במובנו המסורתי. בכך אין כדי להמעיט מחשיבותו של המושג "משפט פרטי", אלא הזדמנות לשימוש מעודכן ומושכל בו. סיווגה של אינטראקציה לתחומיו של המשפט הפרטי יכול לרמוז על מאפיין כמותי (ולאו דווקא איכותי) למינן שבו יש להחיל את עקרונות-היסוד ביחסים שבין אדם לרעהו, אך אין בו עוד כדי לחסום את תחולתן העקרונית של זכויות האדם בכל הקשר שהוא – ציבורי ופרטי כאחד,¹⁴⁴ ואין בו כדי למנוע את יחסי-הגומלין הקיימים כל העת בין תחומי המשפט השונים. דברים ברוח זו השמיע השופט זמיר בעניין קונטרם:

"כיום גלוי וידוע שאין הפרדה ברורה ונוקשה בין תחום זה לבין תחום זה [בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי – ע' ב' וא' כ']. אין ביניהם אלא רשת נמוכה, שאפשר ללא קושי רב להסתנן דרכה או לדלג מעליה. התחומים מתערבבים זה בזה, יותר ויותר, ואין בכך רע."¹⁴⁵

אומנם, בית-המשפט בישראל טרם הכיר בתחולה ישירה של הזכויות החוקתיות בין פרטים, אולם תפיסת-העומק הקיימת בו וזהה למדי, כפי שנראה בתת-חלק הבא, לתפיסה המובעת במאמר זה על-אודות מעמדן של זכויות האדם בחברה דמוקרטית. תפיסה זו משקפת

138 אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 163 (יצחק זמיר עורך, 1993) (להלן: ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי").

139 פרנסס רדאי "הפרטת זכויות האדם' והשימוש לרעה בכוח" משפטים כג 21 (1994).

140 דפנה ברק-ארז "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות-גומלין" משפט וממשל ה 95 (1999).

141 איל בנבנשתי "תחולת המשפט המינהלי על גופים פרטיים" משפט וממשל כ 11 (1994).

142 ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי", לעיל ה"ש 138, בעמ' 167.

143 רדאי, לעיל ה"ש 139, בעמ' 23. במונח "הפרטת זכויות האדם" התכוונה רדאי לאפשרות ש"זכויות האדם יחולו בין הפרטים בחברה כך שהאוטונומיה של היחיד תוגבל במקום שהפעלת כוח על-ידי אותו פרט תגרע מזכויות האדם של פרט אחר". שם, בעמ' 22.

144 בוקשפן, לעיל ה"ש 27, בפרק המבוא.

145 עניין קונטרם, לעיל ה"ש 11, בעמ' 310.

מגמה ברורה, אשר הולכת ומתחזקת, ולפיה כבוד האדם, למשל, מהווה שורש היחסים בין פרטים, ועל-כן עליו למצוא ביטוי מוחשי בכל רובדי החיים והחברה, ולא רק במערכת היחסים שבין הרשות לפרט. כך, בעניין פלוני ציין השופט שמגר:

"חוק היסוד מחיל את החובה להגן על כבוד האדם על כל רשות מרשויות השלטון. זוהי החובה שבחוק, אך בכך לא סגי; כבוד האדם וההימנעות מן הפגיעה בכבודו של אדם באשר הוא אדם, הם ערכים שיש להשרישם בתוך כל מרכיבי החברה מעל ומעבר לתחומיהן של החובות המשפטיות המוטלות על רשויות השלטון. הנושא הערכי האמור שיבקש למצות עצמו בהגדרות של יחסי כוחות חוקתיים בלבד, ובאיוונים בין רשויות השלטון יישאר תלוי על בלימה בלי לזכות להגשמה מלאה. הגנת כבוד האדם כחובה של רשויות השלטון ספק אם תצלח, אם תהיה מנותקת מן המציאות אשר בתוכה הרשויות פועלות. הגשמת הזכות מן הנכון שתעלה מתוך חיות ערכיהן של המדינה ושל החברה אשר בהן היא מופעלת ומן הנכון שתמצא את ביטויה המוחשי בחיי היום-יום, ובין היתר בהתייחסותו של בית המשפט להגשמת הזכות, בכואו לדון בסכסוכים קונקרטיים שבהם מתחייבים דיון והכרעה בהגשמת זכות היסוד.¹⁴⁶"

תפיסה דומה עולה ממאמרו של ברק,¹⁴⁷ אלא שתפיסה זו מוליכה אותו למסקנה כי מודל התחולה העקיפה הוא המתאים להטמעתה ולהגשמתה, בעוד לגישתנו מודל התחולה הישירה הוא המתבקש מהצדקות אלה.

(ב) זכויות אדם במשפט הפרטי בראי הפסיקה

ברומה למתרחש בשיטות משפט אחרות, נראה כי המרחק בין הגישה המתפתחת במשפט הישראלי לבין מודל התחולה הישירה, ככל שהוא קיים בכלל, הוא דקיק. עיון בפסיקה הנוגעת בתחומים השונים של המשפט הפרטי מראה כי זו אומנם נאמנה לתפיסת-העומק באשר למודל התחולה העקיפה, אולם יש בה כדי לשקף מגמה של התקרבות – עד כדי מיוזג – בין הגישה הגורסת לתחולה עקיפה של זכויות אדם במשפט הפרטי לבין גישה המכירה בתחולתן הישירה של זכויות חוקתיות בין פרטים.

146 ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח(3) 837, 842 (1994). ראו גם את דבריו שם: "לעולם יש לשוות לנגד עינינו, כי קיומה והגשמתה של הזכות אינם מתמצים במבנה החוקתי הקובע שריונה ובנוסחאות המשרתות אותו. ביצועה של הזכות – לרבות העמקתה, השרשתה והרחבתה – חייב למצוא ביטויו בכל רובדי החיים ובכל ההקשרים והנסיבות המדיניים, החברתיים והאנושיים, אשר בהם על הזכות למצוא את ביטוייה המוחשיים. בעת הדיון בהסדרים החוקתיים אין לזנוח את ההדרגה וההכרה של ביטוייה הריב-גוניים ועשירי ההשלכות של הזכות לגופא... כבוד האדם משתקף, בין היתר, ביכולתו של יצור אנוש בתור שכזה לגבש את אישיותו באופן חופשי, כרצונו, לבטא את שאיפותיו ולבחור בדרכים להגשמתן, לבחור בחירותיו הרצוניות, לא להיות משועבד לכפייה שרירותית, לזכות ליחס הוגן מצד כל רשות ומצד כל פרט אחר, ליהנות מן השוויון אשר בין בני אנוש, לזכות לתשומת הלב הראויה של החברה שבה הוא חי, להשיג דעת או לסרב לדעת, כרצונו."

147 ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", לעיל ה"ש 4.

את דברינו נדגים, על קצה המזלג, באמצעות מבט על תמורות בדיני הנזיקין – בעיקר בכל הנוגע בעוולת הפרת חובה חקוקה ובנפקותה המשפטית של הפגיעה באוטונומיה של הפרט – וכן באמצעות מבט על דיני העוולה החוקתית. מגמה דומה מוצאת את ביטויה גם בדיני הקניין, שבהם ניכרת זליגה של מאפייני הקניין ה"חוקתי" (הוא המצב שבו המדינה מבקשת לפגוע בזכות הקניינית החוקתית של הפרט) אל הקניין ה"פרטי" (הנוגע בשיח בין פרטים).¹⁴⁸ ענף משפטי נוסף שידגים את טענתנו הוא דיני העבודה, שבהם (אם כי לא רק בהם) השופטים משתמשים לא רק ברשימת זכויות האדם הקבועות בחוקי-היסוד, אלא גם במבחני האיוון הקבועים בהם, דהיינו, בחלק ממבחניה של פסקת ההגבלה הקבועה בחוקי-היסוד.¹⁴⁹ בצד דוגמות אלה, או שמא מעליהן, עומדים דיני החוזים – ממלכת המשפט הפרטי – והשימוש המשמעותי שנעשה בעקרונות "תום-הלב" ו"תקנת הציבור" הקבועים בהם לצורך החלתן של זכויות אדם במשפט הפרטי. נושא זה פותח עלידינו בהרחבה במקום אחר, ועל-כן לא נרחיב בו במסגרת זו,¹⁵⁰ אך נדגיש כי מושגי-שסתום אלה, שבאמצעותם זכויות האדם מוחלות במשפט הפרטי,¹⁵¹ מעידים לדעתנו יותר מכל על טשטוש הגבולות שבין המשפט החוקתי למשפט הפרטי, ומצביעים על כך שבשלה השעה להכרה בתחולתן הישירה

148 שם, בעמ' 375. לגישה כללית דומה (אם כי בנימה ביקורתית) ראו יצחק עמית "על טשטוש תחומים, טשטוש גבולות ואי-ודאות במשפט" דין ודברים ו 71, 33 (1102) ("אף על פי שהנשיא ברק צידד במודל התחולה העקיפה, דומה שאף הוא לא חזה את היקף השימוש בזכויות היסוד במסגרת המשפט הפרטי. מאז קסטנבאום זרמו הרבה מים בקישון, ודומה כי עברנו מזמן למודל של תחולה ישירה, אמנם לא להלכה אך למעשה").

149 להרחבת הדיון גם לתחומיהם של דיני החברות ראו בוקשפן, לעיל ה"ש 27, בעמ' 71-114 ובשער השלישי.

150 שם.

151 ראו, למשל, את הציטוטים הבאים: "תום הלב... כולל בחובו – כמו בכל הקשר חוזי אחר – גם את הערכים החוקתיים המהווים את ההיבט האובייקטיבי של הזכויות החוקתיות" (ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", לעיל ה"ש 4, בעמ' 390); "עקרון תום-הלב קובע את אופן התנהגותם של אנשים שמציאות החיים הפגישה ביניהם. הוא קובע כי התנהגות זו צריכה להיות ביושר ומתוך הגינות כנדרש על-פי תחושת הצדק של החברה בישראל. מעצם מהותו, עקרון תום-הלב מהווה אמת-מידה 'פתוחה' המשקפת את תפיסות היסוד של החברה הישראלית כאשר להתנהגות ראויה בין בני-אדם. הקטגוריות של תום-לב לעולם אינן סגורות; לעולם אינן נוקשות ולעולם אינן שוקטות על השמרים. תום-הלב מכניס לשיטתנו יסוד של גמישות המאפשר לשיטה להתאים את עצמה לצורכי החיים המשתנים" (עניין רוקר, לעיל ה"ש 78, בעמ' 279); "תקנת הציבור" משקפת את תפיסות היסוד של החברה הישראלית כאשר לרמה הראויה של התנהגות ביחסים חוזיים. היא מבטאת את עמדתו של המשפט הישראלי כאשר למותר ולאסור בהתקשרות החוזית. תוכנה של תקנת הציבור משתנה מחברה לחברה; הוא משתנה בחברה נתונה מעת לעת... על תפיסות היסוד של החברה הישראלית – ועל עמדתו של המשפט הישראלי – כאשר למותר ולאסור, לומד השופט ממכלול ערכיה של שיטת המשפט. הראשונים בערכים אלה הם הערכים החוקתיים של המשפט ושל המשטר. על-כן מהוות זכויות האדם, המעוגנות בחוקי היסוד, מקור מרכזי – אם גם לא יחיד – שממנו שואב השופט את הנתונים הערכיים המגבשים את 'תקנת הציבור' הישראלית" (עניין סער, לעיל ה"ש 8, בעמ' 860).

של זכויות האדם בין פרטים.¹⁵² יישומם של עקרונות מסגרת כוללניים אלה בדיני החוזים – ליבתו של המשפט הפרטי – וברחבי המשפט הפרטי כולו ממחיש כי המשפט הישראלי עובר בהתמדה לתפיסה המייחסת מאפיינים "ציבוריים" לכל מרכיבי החברה, ויוצר אווירה נורמטיבית שלפיה המשפט הפרטי כולו מצוי בתוך המתחם הציבורי, הערכי והחוקתי.¹⁵³ אכן, עקרונות תום-הלב ותקנת הציבור נתפסים כטכניקה עקיפה לייבואם של עקרונות-היסוד למשפט הפרטי, אך למעשה הם נושאים בחובם מסר ישיר בדבר משכנם של זכויות-היסוד ועקרונות-היסוד בתוככי המשפט הפרטי עצמו כבר כעת.¹⁵⁴ בהתאם, אין בדוגמות שיובאו להלן כדי להצביע על השתרשותו של מודל התחולה העקיפה, אלא על התקדמות ברורה לכיוונו של מודל התחולה הישירה – מודל אשר מתאים למגמה האמורה ומצדיק אותה באופן טבעי, שיטתי וברור יותר.

(1) דיני נזיקין

דיני הנזיקין הגנו על זכויות-היסוד חשובות עוד לפני חקיקתם של חוקי-היסוד.¹⁵⁵ כך, למשל, עוולות התקיפה¹⁵⁶ וכליאת-השווא¹⁵⁷ מגינות על הגוף והחירות, והעוולות של הסגת גבול,¹⁵⁸ מטרה¹⁵⁹ וגניבת-עין¹⁶⁰ מגינות על הקניין. מעבר לכך תרמו להגנת זכויות אלה גם עוולות-המסגרת של רשלנות¹⁶¹ והפרת חובה חקוקה.¹⁶² את הדברים נדגים בדיון קצר בהחלתן של זכויות האדם הקבועות בחוקי-היסוד באמצעות העוולה של הפרת חובה חקוקה ובהתייחסותה של הפסיקה לפגיעה באוטונומיה כראש-נזק עצמאי.

בכל הנוגע בעוולה של הפרת חובה חקוקה,¹⁶³ הקביעה כי חוקי-היסוד כשלעצמם משמשים בסיס לאחריות נזיקית, בהיותם חובות חקוקות, מהווה הרחבה של ההגנה על זכויות האדם

152 ראו בוקשפן, לעיל ה"ש 27, בשער הראשון.

153 שם.

154 שם, בעמ' 62 ו-64.

155 לאחר המהפכה החוקתית גברה הגנה זו, והיא מתאפשרת במידה רבה הודות להגדרה הרחבה של המונח "נזק" בפקודת הנזיקין. בהתאם לס' 2 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח-1968 (להלן: פקודת הנזיקין), "נזק" מוגדר כ"אבדן חיים, אבדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם-טוב, או חיסור מהם, וכל אבדן או חיסור כיוצאים באלה". נראה כי הגדרה רחבה זו כוללת בחובה גם פגיעה בזכויות האדם.

156 ס' 23 לפקודת הנזיקין.

157 ס' 26 לפקודת הנזיקין.

158 ס' 29 ו-31 לפקודת הנזיקין.

159 ס' 44 לפקודת הנזיקין.

160 בעבר ס' 59 לפקודת הנזיקין וכיום ס' 1 לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999.

161 ס' 35-36 לפקודת הנזיקין. באמצעות פרשנות דינמית של מושגים כגון "רשלנות" ו"חובת הזהירות", דיני הנזיקין מאפשרים לייצר הגנות על זכויות אדם. ראו ברק-ארז וגלעד, לעיל ה"ש 131, בעמ' 12-13 ו-25.

162 ס' 63 לפקודת הנזיקין.

163 עוולה זו, הקבועה בס' 63 לפקודת הנזיקין, מבוססת על הפרת חובה שהוטלה מכוח חקיקה חיצונית לפקודת הנזיקין, בנסיבות שבהן אותה חקיקה נועדה להגן על אדם התובע נזק שהוא מסוג הנזקים שאותם נועדה החקיקה למנוע.

במסגרת המשפט הפרטי, ולמעשה מכניסה זכויות אלה לתחומי המשפט הפרטי כמעט ברלת הראשית.¹⁶⁴ עמד על כך פרופ' ברק בספרו **פרשנות במשפט**:

"עוולה זו מתאימה במיוחד להפרת זכות אדם המוגנת בחוקי-היסוד. חוקים אלה מטילים חובות אשר נועדו להגן על האדם, והפרתן מקיימת את יסודותיה של העוולה בדבר היפר חובה חקוקה... על פי חוקי-היסוד עצמם זכותו של פרט אחד היא חובתו של פרט אחר. 'החובה' החקוקה היא זו העולה מהאיזון הפנימי בין זכויות האדם השונות."¹⁶⁵

בפסק-הדין בעניין **נעאמנה**,¹⁶⁶ למשל, הוגשה תביעה נגד פרק המים שבקיבוץ קליה, לאחר שזה סירב להכניס תושבים ערבים לתחומו. פסק-הדין, אשר דן ביריבות בין שני גורמים פרטיים, קבע כי מדובר בהפליה פסולה, תוך שהוא מחיל, הלכה למעשה, את החובה לנהוג בשוויון – הנגזרת מהחובה החוקתית לכבוד – גם במערכת היחסים בין פרטים. בית-המשפט סבר כי תהליך האיזון בין השיקול הבטיחותי וחופש ההתקשרות, מחד גיסא, לבין עקרון השוויון, מאידך גיסא, מוביל למסקנה כי במקרה דנן הופרה החובה לנהוג בשוויון, החקוקה בחוקי-היסוד.¹⁶⁷

החלת חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו ביחסים שבין פרטים באמצעות העוולה של הפרת חובה חקוקה מצאה את מקומה גם בסדרה של פסקי-דין שעסקו במערכת יחסים זוגית.¹⁶⁸ אכן, מדובר בכמה דוגמות נקודתיות, אך אלה מצטרפות לדוגמות מגוונות רבות נוספות, המחזקות יחדיו, לטעמנו, את ההיזקקות לחוקי-היסוד גם בהכרעות יומיומיות. דוגמה לכך היא פסיקתו של בית-המשפט לענייני משפחה בטבריה, אשר הכיר באפשרות שניאוף או בגידה מהווים פגיעה בכבוד האדם, המוגן בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומשכך מדובר בהפרת חובה חקוקה מצידו של הנואף לצורכי התביעה הנזיקית.¹⁶⁹ באופן דומה, בית-המשפט לענייני משפחה בירושלים קיבל גם הוא תביעת נזיקין ופסק פיצויים נגד גבר שהתעלל באשתו, מתוך הכרה בזכותה החוקתית של האישה לכבוד ולאוטונומיה.¹⁷⁰ אותו בית-משפט קבע במקרה אחר,¹⁷¹ שעסק בסירובו של בעל לתת גט לאשתו, כי הסירוב למתן הגט מהווה פגיעה קשה של הבעל באוטונומיה של האישה ובזכותה לממש את עצמה, ופוגע בכבודה ובחירותה. גם בית-המשפט לענייני משפחה בנצרת קיבל תביעה בגין נזק

164 ראו ברק-ארז וגלעד, לעיל ה"ש 131, בעמ' 12-13 ו-25. יש לציין כי בפסיקה יש גישה הסבורה כי מאחר שהזכויות בחוקי-היסוד אינן ספציפיות, אין בהן כדי לשמש בסיס לתביעה במסגרת העוולה של הפרת חובה חקוקה. לעניין זה ראו ע"א 10508/08 דור זהב חברה לקבלנות בנין והשקעות בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה (פורסם בנבו, 4.2.2010).

165 אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שלישי – פרשנות חוקתית 788 (1994) (להלן: ברק **פרשנות חוקתית**).

166 ת"א (שלום י-ם) 11258/93 **נעאמנה נ' קיבוץ קליה** (פורסם בנבו, 1.9.1996).

167 שם, בעמ' 18.

168 ברק-ארז וגלעד, לעיל ה"ש 131, בעמ' 34.

169 תמ"ש (משפחה טב) 10541-03-11 א.ז. נ' מ.ז., פס' 21.7 (פורסם בנבו, 15.7.2011).

170 תמ"ש (משפחה י-ם) 18551/00 ק' ס' נ' ק' מ' (פורסם בנבו, 7.6.2004).

171 תמ"ש (משפחה י-ם) 19270/03 כ.ש. נ' כ.פ. (פורסם בנבו, 21.12.2004).

שגרמו גירושים לאישה, לאחר שהבעל גירש את אשתו באופן חד-צדדי ובניגוד לרצונה, תוך שהוא מבסס זאת על הפרת חובה חקוקה.¹⁷²

הנה כי כן, מדובר בתביעות "פרטיות" המושתתות לגמרי על פגיעה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אף שהדבר נעשה באופן עקיף ובצורה מלאכותית, באמצעות התיווך של עוולת-המסגרת של הפרת חובה חקוקה.¹⁷³ לדידנו, הדבר נחזה כשימוש ב"תחנת מעבר" פורמלית ובלוליינות שיפוטית מיותרת לצורך זיהויים של חוקי-היסוד כחקיקה המקימה עילת תביעה במשפט הפרטי. קיומן של זכויות האדם בשיטה הדמוקרטית אופף ממילא את כל שיטת המשפט, ועליהן להיות זמינות לפרט ללא כל צורך ב"כליאתן" בנורמות תת-חקיקתיות המנוסחות כסטנדרט משפטי.

המחשה נוספת לחיפוש המתמיד והיצירתי אחר כלים להחלתן של זכויות אדם במשפט הפרטי ניתן למצוא במגמה ההולכת וגוברת מצד הפסיקה להכיר בתביעות בגין פגיעה באוטונומיה כראש-נוק עצמאי.¹⁷⁴ פגיעה כזו אינה דורשת הוכחה של קשר סיבתי, והפיצוי ניתן בגין הנזק הלא-מוני שנגרם, ולא בגין נזק הגוף שנגרם לאחר אי-הגילוי.¹⁷⁵ במילים אחרות, ההגנה מיועדת למנוע את שלילת חופש הבחירה של הנפגע ככזה ואת הפגיעה בכבוד האדם שלו ככזה. התבססות על ראש-נוק זה נעשתה מקובלת יותר בהשפעתם של חוקי-היסוד וההגנה החוקתית על כבוד האדם, על שלמות הגוף ועל הפרטיות. ההכרה בראש-נוק זה, שמקורו במשפט החוקתי, כעילת תביעה עצמאית – דהיינו, לא במסגרת עוולת הרשלנות – מהווה פיתוח נוסף אל עבר דיני נזיקין חוקתיים, ומחזקת גם את ההכרה ברעיון הכללי של "עוולות חוקתיות", במובן של הטלת אחריות נזיקית בגין פגיעה בזכויות אדם. פריצת-הדרך באשר להכרה בפגיעה בזכות לאוטונומיה כראש-נוק לא-מוני עצמאי המקים חובה (חוקתית) במשפט הפרטי אירעה בעניין דעקה.¹⁷⁶ מעובדות המקרה עולה כי למטופלת לא נמסר מידע שהיה צריך להימסר לה בהתאם לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, והמטופלת טענה כי בית-החולים התרשל בכך שלא קיבל את הסכמתה המודעת לטיפול בכתף, דבר המהווה פגיעה באוטונומיה שלה. בית-המשפט קבע כי ביצוע טיפול ללא הסכמה מהווה כשלעצמו נזק, ובלשונו של השופט אור:

"יש לראות גם בפגיעה בכבודו של אדם ובזכותו לאוטונומיה, הטבועה בכיצוע פרוצדורה רפואית בגופו שלא בהסכמתו המודעת, משום נזק בריפוי בדיני

- 172 תמ"ש (משפחה נצ') 4790/00 פלונית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 13.1.2005).
- 173 ראו גם מקרה שבו קבע בית-הדין הארצי לעבודה כי "ההפרה הבוטה של הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו... יכולה למצוא סעד גם בדרך של פסיקת פיצוי נזיקי על ידי בית הדין לעבודה באמצעות עוולת המסגרת של הפרת חובה חקוקה". ע"ע 480/05 בן עמי – פלונית, פס' 41 לפסק-דינו של הנשיא אדלר (פורסם בנבו, 8.7.2008) (להלן: עניין בן עמי).
- 174 ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526, 575-573 (1999) (להלן: עניין דעקה). בעניין דעקה הוכר לראשונה פיצוי בגין ראש-נוק עצמאי של "פגיעה באוטונומיה", במקרים שבהם קיימת התנהגות עוולתית אך לא מתקיים קשר סיבתי ממש בין ההתנהגות לבין הנזק.
- 175 ת"א (שלום חי') 18005-07 עובון שטרנשוש נ' איתנית מוצרי בניה בע"מ, פס' 75 לפסק-דינה של השופטת דגן (פורסם בנבו, 11.4.2012).
- 176 עניין דעקה, לעיל ה"ש 174.

הנזיקין. הפגיעה, שלא כדין, ברגשותיו של אדם כתוצאה מאי־כיבוד זכותו היסודית לעצב את חייו כרצונו, מהווה פגיעה ברווחתו של אותו אדם, והיא נכנסת לגדר הגדרת 'נזק' האמורה.¹⁷⁷

השופטים נמנעו אומנם מלבסס את האחריות במישרין על חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך על־ידי שימוש בעוולת־המסגרת של רשלנות הם הגיעו למעשה לאותה תוצאה. השופט שטרסברג־כהן הסבירה¹⁷⁸ כי פיתוח דיני נזיקין חוקתיים הוא משימה מורכבת, ועל־כן לפי שעה ייטב לבית־המשפט לדבוק בדיני הנזיקין, ובמקרה זה בעוולת הרשלנות, אשר מושפעת מן הערכים החוקתיים ומשמשת מסגרת נאותה לאיזון ביניהם.¹⁷⁹ בלשונה:

"אכן, ניתן להגן על זכותו של אדם לאוטונומיה בכלל, ולקבלת מידע רפואי בפרט, גם בגדרה של עילת תביעה בגין פגיעה בזכות יסוד בעלת חשיבות עליונה, שכמו־כך כעוולה חוקתית. פיתוחן של עילות תביעה הסבות על הפרת זכויות יסוד ופגיעה בהן, הינו נושא מורכב העושה עתה אך את צעדיו הראשונים במשפט הישראלי... במצב דברים זה, כאשר סוגיות אלה טרם נדונו לעומקן, ראוי ללכת במסלול אחר ההולם את פתרון הבעיה העומדת בפנינו, ודי לנו לקבוע כי זכותו של אדם לאוטונומיה תזכה להגנה באכסניה המשפטית של ראש נזק עצמאי ונפרד מראשי הנזק המוכרים בגדרה של עוולת הרשלנות.¹⁸⁰"

דברים אלה חוזקו בכמה פסיקות מאוחרות, אשר סייעו בגיבוש התפיסה שלפיה יש לסווג פגיעה באוטונומיה כעוולה חוקתית המבססת עילת תביעה עצמאית. כך עולה מפסק־דין **עזבון צבי**,¹⁸¹ אשר דן במקרה שבו נעשה שימוש בחומר לזירוז לידה מבלי שהתקבלה הסכמתה של היולדת לכך, ומבלי שהוסברו לה הסיכונים הכרוכים בטיפול, כגון קריעת הרחם, כפי שאכן אירע. כך התייחס למקרה המשנה לנשיאה ריבלין:

"אכן, הפגיעה באוטונומיה המקימה עילת תביעה בשל שנתקימה עוולה חוקתית צריך שתיגע ב'גרעין הקשה' של זכות האדם המקדשת את האוטונומיה. עוולה זו של הפגיעה באוטונומיה הובאה למשפטנו בידי השופט ת' אור בפסק־הדין המכונן בפרשת **דעקה**... הפגיעה באוטונומיה נתייחדה לא רק בשל שיש לסווגה כעוולה חוקתית, כי אם גם בשל שבלבושה הקיים מאפשרת היא להתגבר על קשיים בקביעת הקשר הסיבתי שבין ההתנהגות הפסולה לבין הנזק שבא בשלה.¹⁸²"

בפסק־הדין בעניין **ענטבי**¹⁸³ דובר בהיריון בסיכון. בסקירת מערכות מורחבת נמצאה אצל העובר נקודה היפראקוגנית בלב, אולם הרופא המטפל מסר לאם כי מדובר בממצא חסר חשיבות. לאחר לידתה אובחנה התינוקת כסובלת מתסמונת דאון. בדומה לעניין **עזבון**

177 שם, בעמ' 574.

178 שם, בעמ' 617.

179 ברק־ארוז וגלעד, לעיל ה"ש 131, בעמ' 26.

180 עניין **דעקה**, לעיל ה"ש 174, בעמ' 617.181 ע"א 8126/07 **עזבון צבי נ' בית החולים ביקור חולים** (פורסם בנבו, 3.1.2010). ראו גם ע"א7952/08 **חכם נ' קופת חולים כללית** (פורסם בנבו, 24.2.2010).182 עניין **עזבון צבי**, לעיל ה"ש 181, פסק־דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.183 ע"א 9936/07 **בן דוד נ' ענטבי** (פורסם בנבו, 22.2.2011).

צבי, גם באותו מקרה נקבע כי לא הוכח קשר סיבתי בין ההתרשלות באי־הגילוי לבין הנזק, אך בית־המשפט פסק סכום חריג של 250,000 ש"ח בגין הפגיעה הקשה באוטונומיה.¹⁸⁴ דין זה, גם אם אינו מתבסס על הפגיעה באוטונומיה כעוולה חוקתית, משקף את התגבשותה והתרחבותה בפסיקה הישראלית של התפיסה המכירה בפגיעה באוטונומיה כראש־נזק עצמאי. לא זו אף זו, גם מתן הסעד הכספי הגבוה על־ידי בית־המשפט משקף את החשיבות ההולכת וגדלה של פגיעה מסוג זה, שהיא במהותה פגיעה חוקתית של פרט ברעהו. יפים לעניין זה דבריו של השופט הנדל בעניין **ענטבי**:

"דומני כי עתה, משראש הנזק נקלט בשיטתנו והושרש, בשלה העת לפסוק סכום פיצויים שאינו בהכרח 'סמלי'. כך דרכו של פיצוי כספי בגין רכיב נזק חדש. תחילה, די בפיצוי סמלי. ברם, בחלוף הזמן – כזכור, ניתן פסק דין דעקה בשנת 1999 בגין מקרה שארע בשנת 1988 – יש ליתן פיצוי הראוי מבחינה נורמטיבית על פי נסיבות המקרה... פגיעה באוטונומיה לחוד ופגיעה פיזית לחוד. מבחינה משפטית לא הוכח, אפוא, שהגילוי היה מונע את הנזק שנגרם למערערת... ובכל זאת, התוצאה המתקבלת הינה בגדר מענה לשאלה 'מה אם?'. שאלה זו משמעה גם כי לעולם לא ניתן יהא לדעת מה היה מתרחש בשדה החיים, להבדיל מקביעה באפיק המשפטי. הפער האמור מצדיק אף הוא מתן פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה.¹⁸⁵"

סוגיית ההכרה בפגיעה באוטונומיה כראש־נזק הוכרה גם בפסק־הדין בעניין **קדוש**,¹⁸⁶ שבו נדונה תביעת רשלנות רפואית לעניין היקפה של חובת הגילוי. בפסק־הדין מציין המשנה לנשיא ריבלין כי ראש־הנזק של פגיעה באוטונומיה נהפך לכר דיון נרחב במשפט הישראלי, ורומז כי הגיעה השעה להעמיקו.¹⁸⁷ ריבלין עומד על השימוש המלאכותי בפגיעה באוטונומיה במסגרת עוולת הרשלנות (דבר המצביע על השימוש המאולץ במודל התחולה העקיפה), ואף שאין הוא פוסל את ההכרה בפגיעה באוטונומיה כראש־נזק, הוא מוסיף כי אין להירתע משינויים ומיישומן של דוקטרינות חדשות:

"שיבוצה של הפגיעה באוטונומיה כראש נזק במסגרת עוולה קיימת – עוולת הרשלנות – נראה לעתים מלאכותי ומאולץ, וממילא מותר את הקשיים עליהם עמדנו בעינם. כשלעצמי, סבורני כי ההגנה החוקית והחוקתית על זכויות היסוד של האדם מאפשרת להטיל אחריות נזיקית גם בגין פגיעה באוטונומיה של האדם. יתכן, לפיכך, כי מוטב היה להגן על הזכות לאוטונומיה בגדרה של

- 184 מקרה נוסף הוא ע"א 6936/09 יהודה נ' כללית שירותי בריאות (פורסם בנבו, 5.3.2012). במקרה זה ילדה אישה בשבוע השלושים ושישה להריונה תאומים בלידה רגילה וזאת חרף העובדה שאחד מהעוברים היה מצוי במצב רוחבי. הרופא לא יידע את היולדת לגבי האפשרות ללדת בניתוח קיסרי ובסופו של יום נולד הוולד כשהוא סובל מפיגור שכלי. גם במקרה זה נדחתה התביעה לגופה בהעדר קשר סיבתי בין הפרת חובת הגילוי לבין הנזק ובין אירועי הלידה לבין הפיגור של היילוד, אך ניתן פיצוי בסך 40,000 ש"ח בגין פגיעה באוטונומיה.
- 185 עניין **ענטבי**, לעיל ה"ש 183, פס' 11 לפסק־דינו של השופט הנדל.
- 186 ע"א 1303/09 **קדוש נ' בית החולים ביקור חולים** (פורסם בנבו, 5.3.2012)
- 187 שם, פס' 49 לפסק־דינו של המשנה לנשיא ריבלין. ראו גם שם, פס' 72-77 לפסק־דינו של השופט עמית.

עוולה עצמאית ונפרדת – עוולה חוקתית, שכן מרגע שמכירים אנו בפגיעה באוטונומיה כעוולה העומדת בפני עצמה, אין אנו נדרשים עוד, באופן מלאכותי, לדיון ביסודות הקשר הסיבתי והנזק, שכן הבחינה אינה נערכת כדלת אמות עולות הרשלנות.¹⁸⁸

הדוגמות האחרונות שהובאו לעיל מדגישות את הצורך לגזור במישרין את ראש-הנזק של פגיעה באוטונומיה מערכים חוקתיים, ובראשם כבוד האדם,¹⁸⁹ ולהכיר בפגיעה זו כעוולה חוקתית העומדת בפני עצמה. בענייננו, מגמה חוקתית מתגברת זו דיני הנזיקין מעידה על התקרבותו של המשפט הפרטי למעיין זכויות האדם הנובעות מחוקי-היסוד, ומדגימה כי בשלה השעה להכיר במפורש במודל התחולה הישירה.

(2) עוולה חוקתית

דוגמה מעניינת לשילובם הדו-כיווני של תחומי המשפט הציבורי והפרטי לצורך הגנה כלל-משפטית על זכויות האדם ניתן למצוא בהתפתחותה של העוולה החוקתית, שבאמצעותה ניתן להטיל אחריות בעלת אופי כספיינזיקי – אחריות המזוהה עם המשפט הפרטי – במקרה של הפרת זכויות אדם.¹⁹⁰ אחריות כזו עומדת בניגוד לעמדה המסורתית, אשר לא הכירה בכך וקבעה כי הסעד שניתן בגין הפרת זכויות אדם הוא סעד הציווי. לאחר חקיקתם של חוקי-היסוד, התפיסה המכירה בהגנה הכספית עקב הפרת זכויות-היסוד קיבלה משנה תוקף בפסיקה.¹⁹¹ יתר על כן, ברק-ארז, בספרה עולות חוקתיות, מתמקדת במקרים שבהם תביעת הפיצויים בגין הפרה של זכויות חוקתיות הופנתה נגד רשות שלטונית, אולם במאמר מאוחר יותר היא מדגישה כי עוולה זו עשויה לשמש גם כאשר מדובר בהפרת זכויות בין פרטים בחברה.¹⁹² אם כך הוא הדבר, מצינו כי דוקטרינה זו מהווה דוגמה מעניינת במיוחד לקשר שבין המשפט הציבורי למשפט הפרטי בכלל, ולקשר שבין תחולתן של זכויות האדם במשפט הציבורי לבין תחולתן במשפט הפרטי בפרט.¹⁹³ כשם שניתן לייבא סעדים ותפיסות "פרטיות"

188 שם, פס' 34 לפסק-דינו של המשנה לנשיא ריבלין (ההדגשה במקור).

189 אסף יעקב "דא עקא דעקה – גלגוליה של פגיעה באוטונומיה" משפטים מב 5, 36-35 (2012).

190 דפנה ברק-ארז "עולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד" משפט וממשל ט 103, 105 (2005) (להלן:

ברק-ארז "עולות חוקתיות"). במשפט האמריקני תחום העולות החוקתיות מהווה ענף משפטי נפרד העומד בפני עצמו, ומקורו בחקיקה פדרלית שנועדה להגן על האזרחים השחורים של מדינות הדרום ולאפשר להם זכות תביעה על רקע פגיעה בזכויותיהם החוקתיות שהוכרו בתום מלחמת-האזרחים. לעניין זה ראו גם: *Civil Rights Act*, 42 U.S.C. § 1983 (1871); *Monroe v. Pape*, 365 U.S. 167 (1961); *Bivens v. Six Unknown Named Agents of Federal Bureau of Narcotics*, 403 U.S. 388 (1971).

191 ברק-ארז "עולות חוקתיות", לעיל ה"ש 190, בעמ' 106-107.

192 שם, בעמ' 119-120. לדידה, אין בהסדרים הספציפיים המאפשרים הגשת תביעות כספיות בגין הפרה של זכויות אדם (לדוגמה, חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, וחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988) כדי לחסום תביעה במקרים שאינם נמנים במסגרת חוקים אלה.

193 באופן פורמלי מציעה ברק-ארז ליצור הכרה בעוולה החוקתית באמצעות חקיקה חדשה או תיקון של החקיקה הקיימת בתחום דיני הנזיקין, בצירוף פיתוח פסיקתי שבעקבותיו תגבש

למישור הציבורי-השלטוני, כך ניתן באופן עקרוני להשתמש בעולה החוקתית ככלי משפטי המאפשר תביעת פיצויים של פרט נגד פרט אחר בשל הפגיעה בזכות חוקתית. נוסף על כך, דיונה של ברק-ארז בנושא הפיצוי בגין עולה חוקתית¹⁹⁴ יכול לבסס את המענה לשאלת הסעדים הנתבעים באמצעות מודל התחולה הישירה של חוקי-היסוד במשפט הפרטי.¹⁹⁵ שאלת הפיצוי אכן מורכבת ומעלה קושי, מאחר שאין לכאורה אמת-מידה להערכת נזק הנגרם כתוצאה מעולה חוקתית. עם זאת, תשובתה של ברק-ארז לכך – תשובה שאנו מצטרפים אליה בכל פה – היא כי גם זכויות שאין להן לכאורה שיעור הן זכויות שהפרתן מזכה בפיצוי, ועל בית-המשפט לשמש במקרים אלה מעריך של הנזק כפי שהוא עושה תדיר במקרים אחרים שבהם קיימים נזקים קשים לאומדן, דוגמת עוגמת-נפש, דיני לשון-הרע, פגיעה בפרטיות והפליה בעבודה.¹⁹⁶ כך בכלל וכך בפרט בהינתן שלא כל הנזקים הנגרמים כתוצאה מעוולות חוקתיות הינם בהכרח נזקים ערטילאיים בלבד. כמו-כן – וגם לעמדה זו אנו שותפים – אין כמוכן הצדקה טובה למצב שבו שיטת המשפט מייחסת ערך רב יותר לפגיעה באינטרסים כלכליים מאשר לפגיעה באינטרסים חוקתיים, אף אם הם אישיים ורגשיים, אך בשל קשיים שבאומדן.

הנה כי כן, גם העולה החוקתית מדגימה כי התפיסה שלפיה מערכת היחסים בין פרטים משוחררת מ"עול זכויות האדם", כך שהפרתן במישור זה אינה מזכה בפיצוי, אינה משקפת

ההכרה בתביעות פיצויים חוקתיות (ברק-ארז "עוולות חוקתיות", לעיל ה"ש 190, בעמ' 111). עם זאת, לנוכח הקושי הטמון בחקיקה חדשה בעניין זה, היא מציעה לעשות שימוש בכלים המשפטיים הקיימים, אשר אחד מהם הוא עולת הרשלנות בדיני הנזיקין – עולת-המסגרת שבאמצעותה בית-המשפט קובע באילו מסגרות ובאילו תנאים אדם נושא בחובות זהירות כלפי חברו, ובכך יוצר נורמות התנהגות חברתיות יש מאין. כבר במהלך מוצע זה אפשר לראות כי המטרה ברורה – החלה של זכויות אדם והגנה עליהם בכל תחומי המשפט – וכעת נותר רק לחדד את האמצעים. מודל התחולה הישירה יוכל לסייע בכך באופן צלול ואלגנטי.

194 שם, בעמ' 115.

195 ראו את הדיון להלן בתת-חלק 4.

196 לעניין אופיו של חישוב הפיצוי ברק-ארז מבחינה בין שלוש קבוצות עיקריות של נזקים: גופני, כלכלי ורגשי (רפנה ברק-ארז עוולות חוקתיות – ההגנה הכספית על הזכות החוקתית 266 (תשנ"ד)). דומה כי חישובם של הנזקים הגופני והכלכלי אינו מערים קושי ממשי, שכן יש נזק מוחשי וקל יחסית למדידה, להבדיל מהנזק הרגשי העומד בבסיס הפגיעה בכבוד או בשוויון, לדוגמה. ברק-ארז טוענת כי ההצדקה לאחריות החוקתית נובעת ממשקלה הסגולי הגבוה של הזכות החוקתית ומן הערך שהפרט הנפגע מייחס לה, ולא מן ההיבטים התוצאתיים של ההפרה (שם, בעמ' 276). את קבוצת הזכויות הרלוונטיות לענייננו היא מכנה "קבוצת הזכויות האזרחיות הקלאסיות", שעמן נמנים חופש הביטוי, חופש הדת וחופש המצפון. אומנם, ברק-ארז אינה דנה בקבוצות הללו במסגרת היחסים שבין פרטים, אלא במסגרת היחסים שבין הפרט לשלטון, אך המהלך המכיר עקרונית בפיצוי כספי בגין עולה חוקתית הוא צעד משמעותי לכיוון הכרה במעמדן החברתי של הזכויות החוקתיות גם בין פרטים וביסוסן כזכויות שהפרתן מזכה בפיצוי נזיקי. במקרים אלה מציעה ברק-ארז לחתור לא לפסיקת פיצויים ללא הוכחת נזק, אלא לפיצוי אשר מיושם בשל טבעו באופן גמיש אך מושתת עדיין על הפגיעה האישית שנגרמה עקב הפרת הזכות החוקתית.

עוד את הדין ואינה מקובלת.¹⁹⁷ התפתחותה של העוולה האמורה מקדמת אם כן גם היא את הדין הנהוג לכיוון הכרה מלאה בגישת התחולה הישירה.

(3) דיני קניין

ברומה לדיני הנזיקין, גם דיני הקניין הגנו באופן מסורתי על זכויות האדם. זכות הקניין הוכרה כזכות-יסוד בסיסית עוד בטרם התרחשה "המהפכה החוקתית", וזכתה בשפע של הגנות משפטיות בשל עוצמתה החברתית.¹⁹⁸ עם עיגונה בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, זכתה זכות הקניין במעמד חזק אף מזה שהיה לה קודם לכן, ואין ספק שכיום היא מן הזכויות החזקות – זכות כלפי כולי עלמא המהווה חלק מליבת הזכויות הבסיסיות של הפרט בחברה הדמוקרטית. נהיר לכל, אם כן, כי מעמדה החוקתי של הזכות לקניין יציב וחזק במערכת היחסים שבין הפרט למדינה.¹⁹⁹ עם זאת, מעמדה החוקתי של זכות הקניין בסכסוך בין פרטים טרם הובהר דיו. בעוד בשיח הציבורי המדינה מבקשת להגביל את הזכות הקניינית של הפרט כדי להגשים אינטרס ציבורי, במשפט הפרטי מדובר בהתנגשות בין שתי זכויות. משכך, קיים שוני בין ההגנה על זכות הקניין במסגרת המשפט הציבורי לבין ההגנה על זכות זו במסגרת המשפט הפרטי, אלא שלדידנו שוני זה אינו נובע מזכות קנייני שונה, ועניינו בשאלת האיזון והיקף ההגנה על הזכות כאשר מולה זכות נוגדת – הא ותו לא. הדיון להלן יציב על זליגה של מאפייני הקניין ה"חוקתי", שבבסיסו עומדים כל אותם עקרונות בסיסיים המחייבים את הרשות השלטונית, אל תחום הקניין ה"פרטי", עד כדי כך שניתן להרהר עד כמה יש עוד מקום לדבוק במודל התחולה העקיפה של זכויות האדם גם כאשר עסקינן בדיני הקניין.

197 ברק-ארז "עוולות חוקתיות", לעיל ה"ש 190, בעמ' 120.

198 חנוך דגן "דיני קניין: דיני נטילה שלטונית ודיני תחרות – לקראת שיח קנייני חדש" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו 673, 676 (אריאל רוזן-צבי עורך, 1997); ע"א 4809/91 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים נ' קהתי, פ"ד מח(2) 190, 201 (1994).

199 ראו, לדוגמה, פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943, וכן ס' 188-202 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, אשר מסדירים את אופן הפקעת הקרקעות על-ידי המדינה. בהתאם להוראות החוק הללו, על ההפקעה להיות למטרה ציבורית, צריכה להינתן לבעל המקרקעין הורעה מראש, יש להעמיד שיכון חלופי סביר למי שהיה דר בבית ועוד. למדינה יש אומנם סמכות לפגוע בזכות הקניין של הפרט ולהפקיע קרקעות לצורך קידום פרויקטים ציבוריים, אך עם השנים נראה כי בתי-המשפט שואפים לצמצם את הפגיעה בזכות הקניין של הפרט ועל-כן מתערבים בהחלטות המדינה. כך נהג בית-המשפט במקרה של שיהוי אשר נתפס בעינו כזניחת מטרת ההפקעה (ע"מ 8989/04 הוועדה המקומית לתכנון ובניה פתח-תקווה נ' מ.זיטמן ובניו בע"מ (פורסם בנבו, 2.8.2005)), במקרה שבו תמה המטרה הציבורית שלשמה נעשתה ההפקעה (גישתו של השופט חשין בדבר הזיקה הנמשכת של הפרט אל הקרקע בבג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(2) 625 (2001)) או כאשר המדינה הפחיתה בפצויים בגין הפקעת קרקע בשלמותה (ע"א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה קריית-אטא נ' הולצמן, פ"ד נה(4) 629 (2001)).

כאמור, עם חקיקתם של חוקי-היסוד התחזק מעמדה של הזכות הקניינית גם במסגרת המשפט הפרטי. התפתחות זו החלה בפסק-הדין רוקר נ' סלומון.²⁰⁰ השאלה העקרונית שעמדה בבסיס הדיון במקרה זה הייתה אם לבית-המשפט יש שיקול-דעת בנוגע לסעד של הריסת בנייה שנעשתה על-ידי משפחת רוקר בחלק מהרכוש המשותף ללא הסכמתם של שאר דיירי הבניין. בית-המשפט, ברוב דעות, הורה על מתן סעד של הריסת הבנייה. חשיבותו של פסק-הדין לענייננו אינה טמונה בתוצאת פסק-הדין, אלא בגישות השונות של השופטים באשר למעמדה של זכות הקניין בסכסוך בין פרטים. כך, למשל, בעוד השופטים אנגלרד וברק מכירים בסעיף 14 לחוק המקרקעין (האוסר שימוש לרעה בזכות הקניינית ומכיר בעיקרון הכללי של תום-הלב כמקור להגבלת זכות הקניין), מעניינת גישתם יוצאת-הדופן של השופט חשין והשופט טירקל. השופט חשין מחזק את מעמדה של זכות הקניין ומציג גישה נחרצת לגבי הזכות בסכסוך בין פרטים:²⁰¹

"בעל-קניין אינו חייב להצדיק עצמו ואינו חייב להתנצל על שום מה מבקש הוא כי רכושו יוחזר לו. בעל-קניין אינו חייב להסביר ולפרש מדוע אין הוא מסכים כי זר ישב על כיסאו, מדוע מתנגד הוא כי נוכרי ישתלט על רכושו. החוק מזכה אותו בכך."²⁰²

השופט טירקל נוקט גישה קיצונית יותר, ובפסק-דינו הוא מעניק פרשנות מצומצמת לעקרון תום-הלב,²⁰³ ולמעשה "קורא את תוכן המושג הקנייני-החוקתי החזק לתוך הקניין הפרטי".²⁰⁴ על-פי גישתו של השופט טירקל, זכות הקניין החוקתית קיבלה מעמד חזק וישיר בסכסוך בין צדדים פרטיים, ובלשונו של מיכאל בירנהק, במאמרו "צדק קנייני: על שלושה מושגים של קניין":

"אין מדובר כאן בחלחול של נורמה מהמשפט הציבורי לתוך המשפט הפרטי דרך מושגי השסתום שבמשפט הפרטי, שהרי מושג השסתום הרלוונטי הוא עקרון תום הלב, ואת המושג הזה דווקא טירקל מבקש לצמצם."²⁰⁵

זליגה זו של מושג הקניין ה"חוקתי" אל השיח הקנייני הפרטי ניתן למצוא גם בשורה של פסקי-דין נוספים. כזה הוא, למשל, רע"א 6141/02 אקו"ם נ' גל"צ, שבו השופט דורנר עושה "קישור חוקתי מהיר... בין זכות הקניין בחוק-היסוד לבין זכות היוצרים, תוך דילוג על השאלות בדבר ההצדקה להכרה בזכות היוצרים ותיחום היקפה בנסיבותיו של

200 עניין רוקר, לעיל ה"ש 78.

201 מיכאל בירנהק "צדק קנייני: על שלושה מושגים של קניין" מחקרי משפט כא 470, 439 (2005).

202 עניין רוקר, לעיל ה"ש 78, בעמ' 259.

203 "בלי לקבוע אמות-מידה קשיחות יתר על המידה וכלי לצפות את כל המצבים העלולים להתעורר, נראה לי כי יש להיזהר מהרחבה יתרה של שיקול-הדעת כאשר מדובר במניעת מימושן של זכויות קניין, בין מכוח סעיף 14 לחוק המקרקעין... ובין מכוח דוקטרינת תום-הלב. זאת, בעיקר, כאשר הפעלתו של שיקול-הדעת מתבקשת כדי לכבול את ידיו של בעל הזכות ולמנוע ממנו להתגונן מפני פגיעה שלא כדין בזכותו..." (שם, בעמ' 240).

204 בירנהק, לעיל ה"ש 201, בעמ' 471.

205 שם.

אותו מקרה".²⁰⁶ במקרה זה נדון סכסוך בין המוזיקאים לבין תחנת הרדיו סביב תמלוגים על זכויות יוצרים. יש לציין כי פסק-הדין אומנם עוסק ברשות ציבורית, אולם הרטוריקה רלוונטית גם ליחסים בין פרטים. מדבריה הכוללניים של השופטת דורנר להלן ניתן ללמוד כי בעידן שאחרי חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו יש משקל-יתר לזכות הקניין גם במסגרת המשפט הפרטי, ומכוחה ניתן אף לגזור את הסעד הראוי:

"ליוצר זכות קניין ביצירתו, וזכות זו, המעוגנת בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הינה כידוע זכות יסוד במשפטנו. מטיבה של הזכות, בכפיפות למגבלות שבחוק ובהסכמים שבעל הזכות הינו צד להם, שהיא מקנה לבעליה את הכושר לעשות בקניינו כראות עיניו, ובכלל זה להעמידו לשימוש של אחר בתנאים שייראו לבעל הזכות או לשלול שימוש כזה אם נעשה הוא בניגוד לדעתו של בעל הזכות. טענתו של פלוני כי רשאי הוא להשתמש בקניינו של אדם בלא הסכמתו אך משום שהלה דורש עבור השימוש מחיר הנראה בעיני פלוני מופרז, לא תוכל להישמע.

מכך נגזר כי ראש וראשון לסעדים בגין הפרתה של זכות היוצרים הוא מתן אפשרות לבעל הזכות למנוע הפרה זו בדרך של עתירה לקבלת צו-מניעה. סעד זה הוא מידי, ויש לתתו כבר מעת שעלה בידי היוצר להוכיח כי זכותו הופרה. פיצוי כספי אינו תחליף לסעד המניעה, ובהיעדר הסכמה לכך מצד בעל הזכות לא יוכל לבוא במקומו של סעד זה. אדרבה, על-פירוב יהיו הפיצויים בגין הפגיעה שגרמה ההפרה סעד משלים לסעד המניעה.²⁰⁷"

במקרה נוסף, מקדונלד נ' מקדונלד'ס, נדונה שאלת זכותו של אדם בשמו ובתדמיתו בית-המשפט המחוזי מצא כי הפרסומת מטעם מקדונלד'ס, שעשתה שימוש בשמו ובתדמיתו של שחקן הכדורסל אריאל מקדונלד, פגעה בקניינו, וכי בכך הפרה החברה את סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בסכסוך זה – המתבסס על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בין פרטים לבין עצמם – לא נפסקו לאריאל מקדונלד פיצויים מאחר שלא נתבע סכום כספי, אולם בית-המשפט קבע כי מבחינה עקרונית הפגיעה בזכות הקניין מכוח חוק-היסוד מצדיקה תרופה כזו.²⁰⁸

206 אמנון להבי "על המרחב הציבורי של הקניין הפרטי (בעקבות ספרו של חנוך דגן קניין על פרשת דרכים)" משפט וממשל ט 619, 635 ה"ש 72 (2006).

207 רע"א 6141/02 אקו"ם בע"מ, אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' תחנת השידור גלי צה"ל, פ"ד נז(2) 625, 629 (2003) (ההדגשות הוספו).

208 ת"א (מחוזי ת"א) 2578/00 מקדונלד נ' מקדונלד'ס (אלוניאל) בע"מ, פ"מ תשס"א(2) 813, 844 (2002). נציין כי פרשה זו הגיעה לפתחו של בית-המשפט העליון, אך מאחר שטענת הפיצויים לא הועלתה על-ידי הצדדים, החליט בית-המשפט, בדומה לבית-המשפט המחוזי, להשאיר סוגיה זו ב"צריך עיון": "בית-משפט קמא מצא כי מקדונלד'ס פגעה בזכותו של אריאל לקניין, זכות המוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אריאל לא טען בפני בית-משפט קמא לפגיעה שכזו, ואף לא עשה כן בפנינו. בית-המשפט המחוזי קבע בפסק-דינו כי לא נתבקש סעד בגין עילה זו. לפיכך אין, ולא היה, מקום להידרש לעילה זו ולשאלות הנכבדות שהיא מעלה בדבר מעמדה של זכות הקניין החוקתית...". ראו ע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד, פ"ד נח(4) 314, 367-368 (2004).

כזה הוא גם מקרה שופרסל בע"מ נ' ניב, שבו הוגשה בקשה מצד שופרסל לחיוב בהפקדת ערובה להוצאות משפט.²⁰⁹ השופטת פרוקצ'יה קבעה בפסק-דינה כי הטלת ערובת הוצאות פוגעת בזכות הקניין, המוכרת כזכות-יסוד מכוח סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולכן היא צריכה להיעשות במשורה ובמקרים חריגים בלבד. קביעה זו נבעה מההשקפה ה"חוקתית" על הזכות הקניינית, וגזרה ממנה, במישורין, נפקויות במשפט הפרטי. חיזוק נוסף לטענתנו בדבר הפנייה הישירה אל חוקי-היסוד בדיני הקניין ניתן למצוא בפסק-הדין בעניין פלוני נ' פלוני,²¹⁰ שם השתמש בית-המשפט באיזונים הקבועים בפסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לצורך איזון הזכויות הקנייניות המתנגשות במשפט הפרטי. במקרה זה דן בית-המשפט בסוגיית פירוק השיטוף של בני-זוג בדירת מגורים:

"המדובר אפוא בהשעיית זכותו הקניינית של בעל דין להשתחרר משותפות כפויה... אך פגיעה זו נעשית לתכלית ראויה (הגעה להסדר כולל וסופי בין הצדדים), ועל בית המשפט לוודא שהיא נעשית אך במידה שאינה עולה על הנדרש, ובאופן המשרת את התכלית האמורה. השכל הישר יהא יועץ טוב ככגון דא."²¹¹

עצם בחינת הפגיעה בזכות הקניין באמצעות חלק ממבחניה של פסקת ההגבלה,²¹² גם אם לא בצורה מפורשת, מעידה בעינינו, למצער, על יציאת תוכן חדש לתוך זכות הקניין במסגרת המשפט הפרטי ועל עמעום נוסף של ההבחנה המסורתית בין הגנת הקניין במישור היחסים שבין המדינה לבין הפרט לבין הגנת הקניין במישור היחסים שבין פרטים.

(4) דיני עבודה ויצירתה של פסקת הגבלה פסיקתית במשפט הפרטי דוגמה מובהקת נוספת למגמת התחזקות תחולתן של זכויות האדם במשפט הפרטי ניתן למצוא בדיני העבודה – תחום אשר יש אף כאלה שראוהו כחלוץ בכל הנוגע בתחולתן של זכויות האדם במשפט הפרטי. בפסק-הדין בעניין חזין, אשר ניתן בשנות השבעים,²¹³ דובר בהסכם קיבוצי שקבע מסלולי קידום נפרדים לדיילים ולדיילות, כמו-גם הסדרים ספציפיים לדיילות הנוגעים בפטוריהן ללא דיון וללא הודעה מוקדמת. באותה תקופה טרם נחקק חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, ואף-על-פי-כן קבע בית-הדין הארצי, בשם עקרון השוויון, כי גם ללא הסדר חוקי חל איסור על הפלייתן של קבוצות מוגדרות.²¹⁴

209 רע"א 2808/00 שופר סל בע"מ נ' ניב, פ"ד נד(2) 845, 848 (2000).

210 בע"מ 8873/06 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 7.6.2007).

211 שם, פס' טו לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (ההדגשות במקור).

212 פסקת ההגבלה כוללת בחובה ארבעה מבחנים כדי להתיר פגיעה בזכויות חוקתיות – הפגיעה צריכה להיעשות בחוק, להלום את ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, להיות לתכלית ראויה, ולא לפגוע במידה העולה על הנדרש. במסגרת המשפט הפרטי אין מדובר בבחינה ה"קלסית" של חוק אשר פוגע בזכות אדם, ובכל-זאת אנו עדים לשימוש במבחנים השונים של פסקת ההגבלה.

213 רב"ע (ארצי) לג/3-25 ועד אנשי צוות דיילי אוויר – חזין, פד"ע ד 365, 379 (1973).

214 גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" שנתון משפט העבודה ז 65, 117 (1999). בית-הדין קבע את המסגרת

עם חקיקתם של חוקי־היסוד, זכו זכויות האדם בהשפעה ניכרת יותר במישור היחסים שבין מעביד לעובד. פרנסס רדאי, במאמרה "הפרטת זכויות האדם" והשימוש לרעה בכוח",²¹⁵ עומדת על כך שלהבטחת זכויות אדם יש תפקיד מסורתי בתחום העבודה, ומשכך הדוקטרינה של "הפרטת" זכויות האדם יושמה מספר רב של פעמים בסוגיות הנוגעות ביחסי עבודה. לטענתה, הבסיס של דיני העבודה הוא איזון החולשה היחסית של העובד כנגד המעביד, ומכאן נובעות זכויותיו של העובד – הזכות להתארגן ולנהל משא־ומתן קיבוצי, הזכות לשוויון הזדמנויות בעבודה, הזכות לחופש העיסוק, הזכות לפרטיות ועוד.²¹⁶ כך, למשל, בעניין סער הוכרה זכותו של העובד לחופש העיסוק למרות תניית איתחורות שהוא הסכים לה עם קבלתו לעבודה. בית־המשפט קבע כי יכולתו של המעביד לכבול אליו את העובד בשם הזכות הקניינית והפררוגטיבה הניהולית שלו הינה מוגבלת, וככל שכבילה זו אינה באה להגן על אינטרסים לגיטימיים, היא בלתי־סבירה, גם אם היא נעשתה בחוזה. מעניין שבפסק־דין זה השתמש הנשיא ברק באופן ישיר ומפורש באיזון ובשיח חוקתי, אף שדובר בסכסוך בין פרטים שנדון במסגרתם של דיני החוזים:

"כנגד חופש העיסוק עומדים ערכים אחרים, אשר גם עליהם מבקש המשפט להגן. ההגנה הניתנת על חופש העיסוק היא תוצאת האיזון הנובע מהעיונות שבין חופש העיסוק מזה לבין חירויות אחרות של הפרט (כגון חופש הקניין, חופש ההתקשרות (כחלק מכבוד האדם וחירותו)) מזה, ומהעיונות שבין חופש העיסוק לבין האינטרס הציבורי (כגון אינטרס הציבור בשמירת סודות מקצועיים)... כנגד חופש העיסוק של העובד ושל המעביד החדש עומדים אינטרסים ראויים להגנה של המעביד המקורי, ובהם קניינו (סעיף 3 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו) ואולי אף פרטיותו (סעיף 7). כן יש להתחשב בחופש ההתקשרות של המעביד המקורי ובאינטרס הציבורי."²¹⁷

שיח חוקתי ער ומשמעותי דומה נערך גם בעניין רקנט, שבו קבע בית־המשפט כי הסכם קיבוצי בין חברת אל־על לבין עובדיה שלפיו דיילי אוויר ודיילות אוויר יפרשו מעבודתם בגיל שישים ואילו דיילי קרקע ודיילות קרקע יפרשו בגיל שישים וחמש, מהווה הפליה פסולה מחמת גיל:

"מחד גיסא, עומדת האוטונומיה של הרצון הפרטי של הצדדים להסכם הקיבוצי – בענייננו, האוטונומיה של הרצון הפרטי של אל־על – שממנה נגזרים חופש החוזים והערך בדבר קיום החוזה. כן יש להעמיד בצד זה של המאזניים את

הנורמטיבית שלפיה ההסכם הקיבוצי כפוף לדיני החוזים, ולנוכח איסור קיומם של חוזים הנוגדים את הסדר הציבורי, הסכם כזה כפוף לחובת השוויון.

215 רדאי, לעיל ה"ש 139, בעמ' 41.

216 עיון בפסיקה ובספרות המשפטית מעלה כי ראשיתה של המגמה החברתית אשר התפתחה במשפט הישראלי, בכלל, ובדיני העבודה, בפרט, הוצדקה בשיקולים הנעוצים בפערי כוחות. עם זאת, המשכה של מגמה זו, בדומה לטענות המועלות במאמר זה, מושגת על תכלית חברתית נרחבת יותר הרואה את כל מרכיבי החברה כמחויבים לעקרונות־היסוד (בוקשפן, לעיל ה"ש 27, בעמ' 83-85, 90-91, 167 ו־466-467).

217 עניין סער, לעיל ה"ש 8, בעמ' 864-865.

קניינו של המעביד ואת חופש העיסוק שלו, שמהם מתבקשת הכרה בחירותו לעצב את קניינו-עסקו כרצונו. מאידך גיסא, עומדים כבודו של הדייל המבוגר והצורך להבטיח את שוויונו. ייתכן כי יש להציב בצד זה של המשוואה גם את חופש העיסוק של העובד, שממנו מתבקשת הכרה בזכותו להמשיך בעיסוקו ככל שיכולתו תאפשר לו.²¹⁸

במקרים הללו בית-המשפט מתחיל אומנם את הדיון בעקרון "תקנת הציבור" הקבוע בחוק החוזים, כ"מקפצה" להכרעה באיזון בין זכותו של העובד לבין זכותו של המעביד, אך זונח מהר מאוד את העיקרון התת-חוקתי הזה (אשר נעדר תוכן משל עצמו) לטובת שיח מהותי וחוקתי. אך במהלך זה הדרא קושיא לדוכתא – מדוע בית-המשפט נדרש למושגי-סתום מלאכותיים כלליים ונטולי תוכן חוקתי משל עצמם במקום לפנות ישירות אל חוקי-היסוד עצמם?

טענתנו זו ברבר התחולה הישירה של זכויות אדם מומחשת גם בשיח הנוגע בזכות לפרטיות ובזכות ההתארגנות בדיני העבודה. בחינת הפסיקה הנוגעת בזכויות אלה מצביעה על מתודולוגיה מעניינת שהשופטים נוקטים: הגישה השוללת את תחולתם הישירה של חוקי-היסוד במשפט הפרטי הייתה אמורה לשלול גם את יישום מבחניה של פסקת ההגבלה הקבועה בחוקי-היסוד בסכסוכים פרטיים,²¹⁹ אולם בפועל בתי-המשפט משעינים במקרים רבים את פסיקתם בסכסוכים פרטיים על חלק מתנאיה של פסקת ההגבלה²²⁰ – בעיקר על מבחן המידתיות²²¹ – לצורך האיזון בין הזכויות המתנגשות. בפנותם אל תנאיה של פסקת ההגבלה, השופטים יוצרים "פסקת הגבלה שיפוטית" הנשענת הלכה למעשה במישרין על חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וממחישים בכך שוב את מקומם הישיר של חוקי-היסוד, על נוסחות האיזון שלהם, במחוזות המשפט הפרטי, חלף השימוש במודל התחולה העקיפה. לא זו בלבד שגישה זו אינה מצביעה על התבססותו של מודל התחולה העקיפה, היא מעידה דווקא על מהלך אשר נשען באופן טבעי וספונטני על מרכיבים שונים הנגזרים ממודל התחולה הישירה.

(i) הזכות לפרטיות

הזכות לפרטיות מעוגנת אומנם בחוק הגנת הפרטיות, אך חוקי-היסוד תרמו תרומה ניכרת להגדרתה של הזכות במובן המהותי.²²² אולם בכך לא מתמצית תרומתם. התחזקות מעמדה החוקתי של הזכות לפרטיות בולטת לנוכח השימוש שנעשה במבחניה של פסקת ההגבלה שבחוקי-היסוד לצורך איזון הזכויות המתנגשות.

218 עניין רקנט, לעיל ה"ש 7, בעמ' 364 (ההדגשות במקור).

219 ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", לעיל ה"ש 4, בעמ' 385.

220 הלימות לערכיה של מדינת-ישראל, תכלית ראויה ומבחן המידתיות, הכולל בחובו שלושה מבחני-משנה: קשר רציונלי, אמצעי שפגיעתו פחותה ואיזון הנוק מול התועלת.

221 גיא דוידוב "עקרון המידתיות בדיני העבודה" עיוני משפט לא 5 (2008).

222 כך, עם עיגונה של הזכות לפרטיות בס' 7 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, התגבשה התפיסה שלפיה כל אדם זכאי להגנה מינימלית על פרטיותו במקום העבודה, ללא קשר להסכמתו. ראו, לדוגמה, ע"ע (ארצי) 90/08 איסקוב ענבר – מדינת ישראל – הממונה על חוק עבודת נשים, עמ' 86 (פורסם בנבו, 8.2.2011).

כך, בפרשת איסקוב ענבר דן בית־הדין הארצי לעבודה בשאלת זכותו של מעביד להיכנס לתיבת דוא"ל אישית של עובדו. בית־הדין הארצי הבחין בין שימוש בתיבה מקצועית, המיועדת לצורכי עבודה בלבד, לבין תיבה חיצונית־פרטית שבבעלותו של העובד, המשמשת לצרכיו הפרטיים במרחב הווירטואלי במקום העבודה. בית־הדין קבע כי המידע שעובר דרך התיבה המקצועית ניתן לניטור, וזאת כחלק מהפררוגטיבה הניהולית של המעביד, אולם לגבי המידע שעובר דרך התיבה החיצונית־הפרטית פעולת הניטור אינה מותרת אלא במקרים קיצוניים, בכפוף למבחן הרלוונטיות ולמבחן הקשר לעבודה, ובצו שופט בלבד. באותו מקרה עמדה השופטת ארד על חשיבותו של מבחן המידתיות לעניין זה:

*"כמסגרת יישום עקרון המידתיות, בפרשנות מדיניות השימוש במחשב והמעקב אחר השימוש שעושים העובדים במחשב ובטכנולוגיות שהועמדו לרשותם בעבודה, יש לתת לפרטיות העובד ולכבודו, משקל המשקף את חשיבותם של ערכים חוקתיים־אובייקטיביים אלה, לאור חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, בכפוף לדיון החל ולפרשנותו, ובהתאם למבחן המידתיות במונח הצר. לאורו ייבחן היחס הראוי בין התועלת שבהגשמת מטרתה הראויה של מדיניות המעקב, לבין הנזק והפגיעה בזכויות העובד לפרטיות ולכבוד, לאוטונומיה אישית ולאנונימיות, כתוצאה ממדיניות המעקב... עקרון המידתיות ועקרון הלגיטימיות במשולב, מחייבים כי חרירה לתכתובת אי־מייל אישית, תיעשה כביררת מחדל לאחר שמוצו כל אפשרויות המעקב, ולאחר שנבחנו אמצעים חלופיים למעקב, שפגיעתם בזכויותיו החוקתיות של העובד קטנה יותר."*²²³

שימוש דומה במבחני האיזון החוקתיים הקבועים בחוקי־היסוד נעשה גם בסוגיית מבחני ההתאמה הנערכים למועמדים לקבלה לעבודה. במבחנים הללו טמון פוטנציאל לפגיעה בפרטיותם של המועמדים היות שהם חושפים לרוב לפני המעביד מידע הנחשב אינטימי ופרטי. חלק מהמבחנים בודקים גם דברים שהעובדים אינם מודעים אליהם, כגון איכויות אישיותיות, ולעיתים הם בודקים פרטים שהעובד מודע אליהם אך נחשבים בכל־זאת פרטיים, כגון הרגלים מייניים. בפרשת אוניברסיטת תל אביב, במסגרת איזון חוקתי של אינטרסים, קבע בית־הדין לעבודה אמות־מידה לגבי השאלה מתי יהיה אפשר לנקוט מבחן התאמה. בפסק־דינו פונה הנשיא אדלר באופן ישיר אל חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו כמקור להגנה על הזכות לפרטיות ולאיזון בין זכות הקניין של המעביד לבין זכות הפרטיות של העובד:

"כנושאים הפוגעים בפרטיותם של העובד או של המועמד לעבודה, רשאי המעסיק להציג שאלות רק לצורך "תכלית ראויה" ו"במידה שאינה עולה על הנדרש". שכן, הזכות לפרטיות המעוגנת, כאמור, גם בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, מגבילה את המעסיק בבואו לחייב מועמד לעבודה או עובד לעמוד במבחני התאמה. יש לבחון אם החרירה לתחום הפרט על־ידי המעסיק היא לתכלית ראויה. המעסיק רשאי לחייב עובד להשיב על שאלות אישיות, לשם דיווחים לשלטונות המס, לקרן הפנסיה ולהעברת משכורתו של העובד; זאת

223 שם, בעמ' 32 (ההדגשות במקור).

משום שמידע זה דרוש למעסיק על-מנת שימלא אחר חובותיו על-פי חוק או הסכם קיבוצי.²²⁴

גם בהליך-המשך שנערך בעניין זה עמדה השופטת אלישבע ברק-אוסוסקין על תחולתו של עקרון המידתיות באיזון האינטרסים והזכויות במסגרת מערכת היחסים שבין העובד למעביד:

"אל לו לאמצעי להיות בלתי פרופורציונאלי למטרתו (זוהי פרופורציונאליות במובנה הצר)... בית-המשפט העליון ציין שלושה יסודות אלו בבחון את עקרון המידתיות - 'במרבית שיטות המשפט, בהן מקובל עקרון המידתיות, נקבע כי הוא מורכב משלושה יסודות, או מבחני משנה. היסוד הראשון של מבחן המידתיות קובע כי נדרש קשר של התאמה בין המטרה לבין האמצעי. האמצעי אשר המינהל נוקט בו צריך להיות גזור להשגת המטרה אשר המינהל מבקש להשיגה... היסוד השני המרכיב את המידתיות קובע כי האמצעי שהמינהל בוחר בו צריך לפגוע בפרט במידה הקטנה ביותר. החייט המינהלי צריך לתפור את החליפה המינהלית באופן שתהא גזורה בהתאם למטרה המנחה אותו, תוך בחירה באמצעי הפוגע פחות באדם... היסוד השלישי במבחן המידתיות קובע כי האמצעי שהמינהל בוחר בו אינו ראוי, אם פגיעתו בפרט היא ללא יחס ראוי לתועלת שהוא מביא בהגשת התכלית. זהו מבחן האמצעי המידתי (או המידתיות ב'מובן הצר')... השתלבותם של שלושת יסודות אלה - אשר לעתים קיימת ביניהם חפיפה - מגבשות את מבחן המידתיות כאמת מידה מהותית להפעלת שיקול דעת מינהלי. ודוק: יסודות אלה הם בעלי אופי עקרוני. הפעלתם במקרה הקונקרטי עשויה להשתנות על-פי מאפייניה של התכלית, ומהותה של הפגיעה בפרט... מה הם אפוא גבולות הלגיטימיות של מבחני התאמה? מה נדרש על-מנת שהאיזון יהא מידתי? המידתיות תקבע כאשר המבחנים יבחנו היטב על-ידי מומחים, ואם יתברר שהמבחנים אכן במידת ביטחון גבוהה יעילים, מקובלת עליי גם גישתו העקרונית של הנשיא אדלר בעניין אוניברסיטת תל אביב..."²²⁵

שיח זה במשפט הפרטי נשען במישורין על חשיבה חוקתית, ואין זה מפתיע שהיה מי שראה גישה זו של השופטת ברק-אוסוסקין ככזו המבקשת להחיל באופן גורף את עקרון המידתיות במגזר הפרטי.²²⁶

גישה דומה עולה מפסיקתו של בית-הדין לעבודה בנוגע לבדיקת פולגראף לעובד. בעניין ויטראול נבחן סירובו העקרוני של עובד להיבדק בפולגראף ולחתום על מסמך שלפיו הוא מסכים להיבדק בפולגראף.²²⁷ וכך מתאר בית-המשפט את הילוכו בסוגיה זו:

- 224 רב"ע (ארצי) 4-70/97 אוניברסיטת תל אביב - ההסתדרות הכללית החדשה, האגף לאיגוד מקצועי, פד"ע ל 385, 410-413 (1998) (ההדגשות הוספו).
- 225 עס"ק (ארצי) 8/99 ההסתדרות הכללית החדשה, האגף לאיגוד מקצועי - אוניברסיטת תל אביב, פד"ע לט 791, 810-811 (2004).
- 226 רוידוב, לעיל ה"ש 221, בעמ' 31-32.
- 227 ע"ע (ארצי) 300228/95 ויטראול - אבא מרגלית יצור ושינוק דברי מאפה בע"מ (פורסם כנבו, 25.10.2006).

- "יש על כן לבחון אם בדיקת פוליגרף היא מידתית, היינו, אם היא עומדת בשלושה המבחנים של מידתיות. עלינו לבחון האם האמצעי של בדיקת פוליגרף תואמת את המטרה והיא האמצעי הראוי. המבחנים הם:
1. על קנה המידה להיות תואם להשגת המטרה.
 2. עליו להיות חיוני במובן זה ששום אמצעי אחר הפוגע פחות בחירויות אדם אינו מספיק.
 3. אל לו לאמצעי להיות בלתי פרופורציונלי למטרתו (זוהי פרופורציונליות במובנה הצר).

אשר למבחן הראשון אכן אם מבקשים למנוע מעילות בעבודה הרי האמצעי תואם את השגת המטרה. יתכן גם שכשמדובר בניסיון להגן על הרכוש של המעביד מפני מעילות, הרי פוליגרף הוא אמצעי יעיל. כך עלול המעביד לדעת אם העובד מועל או עשוי למעול ברכוש. זאת כמובן, אם הברדיקה מהימנה. ברם הברדיקה אינה עומדת בעיני במבחן השלישי של מידתיות, היינו, מבחן המידתיות במובנה הצר. האמצעי של בדיקת פוליגרף פוגע במידה לא מידתית בפרטיות. הפגיעה בפרטיות גדולה ביותר ומן הצד השני ספק אם הברדיקה אכן מדויקת דיה. האם האפשרות שהיא אולי מצביעה על מעילה מספיקה על מנת לפגוע בפרטיות במידה כה גדולה.²²⁸

(ii) זכות ההתארגנות

בדומה למקרים שתוארו לעיל בנוגע לזכות לפרטיות, גם בהקשר של זכות העובדים להתארגן ב"תהדין הארצי לעבודה עורך איזון אופקי בין זכויות אדם מתנגשות במשפט הפרטי לאור פסקת ההגבלה הקבועה בחוקי-היסוד. כך, בתביעה שהוגשה נגד חברת פלאפון על-ידי הסתדרות העובדים הכללית נטען כי חברת פלאפון פעלה לסיכול מהלכי התארגנות ראשוניים של עובדי החברה, לרבות החתמת העובדים על ביטול חברות וטופסי אי-הצטרפות. טענה זו מעוררת התנגשות חזיתית בין הזכויות היסודיות, החוקתיות והחוקיות של המעסיק, מחד גיסא, ושל העובדים, מאידך גיסא: זכותו של המעסיק לחופש הביטוי וזכות הקניין שלו, כחלק מהפררוגטיבה הניהולית שלו, אל מול זכותם של העובדים להתארגן בארגון עובדים, הנגזרת מן הזכות לכבוד המעוגנת בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כך מנתחת הנשיאה נילי ארד את המחלוקת הממוקמת במשפט העבודה:

"האיזון האופקי בין הזכויות, לרבות החזקה הנגזרת מכוחו, המעניק את כובד המשקל לזכות התארגנות העובדים בשלב ההתארגנות ראשונית, עונה על שיקולי המידתיות לפי פסקת ההגבלה. זאת, מן הטעם שהפגיעה בהיקף ההגנה על חופש הביטוי של המעסיק הינה לתכלית ראויה... ולאור עמידת האיזון והחזקה מכוחו במבחן הצורך כאמצעי שמידת פגיעתו פחותה... יפים הדברים לענייננו, כאשר היקף ההגנה על זכויותיו של המעסיק לחופש הביטוי ולקניין, נסוג מפני מימושה של זכות ההתארגנות הראשונית, ומצטמצם בהתאם. תוצאת האיזון האופקי, כאמור, עומדת אף במבחן המידתיות במובן הצר, לאורו נבחן

היחס הראוי בין התועלת בהגשמת הגבלת חופש הביטוי של המעסיק, לבין הנזק בגין הפגיעה באותה זכות. זאת, נוכח פער הכוחות במקום עבודה שאינו מאורגן, ומעמדו העדיף של המעסיק על פני עובדיו כיחידים; ובשים לב לכך שצמצום ההגנה על חופש הביטוי של המעסיק מוגבל לתקופה מוגבלת ומוגדרת במיוחד, טרם כינונו של ארגון יציג... [וכל עוד] ההתארגנות אינה חוסה תחת כנפיו של המרחב הקיבוצי.²²⁹

סיכומם של דברים, פרק זה תיאר על קצה המזלג כיצד זכויות האדם הקבועות בחוקי-היסוד חלות בפועל גם במשפט הפרטי. מופעים כמעט ישירים אלה של זכויות האדם ושל נוסחות האיזון ביניהן בתחומי של המשפט הפרטי מונעים לא רק על-ידי הצורך להגן מפני שימוש לרעה בכוח חברתי-כלכלי עודף,²³⁰ אלא גם על-ידי גישת-עומק רחבה יותר בדבר מקומן של זכויות האדם בשיטה הדמוקרטית גם במסגרת יחסים פרטיים שווי-כוחות, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בתחומי המשפט הפרטי המובהקים, ביניהם דיני החוזים, דיני הנזיקין, דיני הקניין ודיני העבודה. אין ספק, על-כן, שגם המשפט המצוי בשל להכרה ביחסי-גומלין ישירים עם זכויות האדם הקבועות בחוקי-היסוד. לדרכים שבהן ניתן לעשות כן מוקדש הפרק הבא.

ג. מודל התחולה הישירה והדין הנוהג – יישום והתאמות

1. פנייה שיורית למודל התחולה הישירה בהעדר הסדר תת-חוקתי הולם

הצעתנו בדבר החלה ישירה של זכויות אדם במשפט הפרטי אינה באה לפגוע במה שעוד נותר מן ההבחנה בין משפט ציבורי למשפט פרטי, אלא רק לתאר במדויק יותר את השיטה הנוהגת, לשפרה ולהציע הצדקות נוספות למתכונת הראויה לתחולתן של זכויות האדם במשפט הפרטי. בהתאם, יישומי האופרטיביים האפשריים של מודל התחולה הישירה במשפט הפרטי אינם אמורים לזעזע את אמות הסיפים ולפגוע במקומו של המשפט התת-חוקתי. המשפט הפרטי מוסדר באמצעות חיקוקים ספציפיים אשר נועדו בעיקרם לממש את זכויות האדם הקבועות בחוקה או בחוקי-היסוד, ומשכך יש לתת לו מקום של בכורה בסכסוכים בין פרטים. לפי גישתו של פרופ' ברק – שעימה אנו מסכימים כמובן – החוקים הספציפיים מהווים ביטוי קונקרטי לזכויות האדם ולגבולותיהן במשפט הפרטי. בהתאם, גם הצעתנו, המצדדת ברעיון התחולה הישירה, אינה מערערת על מקומו של המחוקק במשטר דמוקרטי בקביעת הסדרים ספציפיים אלה, ואין היא באה לייתר חוקים אלה. לנוכח העובדה שחזקת-הרקע במשפט הציבורי היא שלשלטון אסור לעשות כל מה שלא הותר לו, בעוד במשפט הפרטי חזקת-הרקע היא הפוכה, ההנחה היא כי כפיתתם של פרטים וגופים פרטיים לזכויות האדם הקבועות בחוקי-היסוד מוסדרת בראש ובראשונה בחוקים הפרטניים. עם זאת, בשל מעמדם העל-חוקי של חוקי-היסוד, הנחה זו ניתנת לסתירה אם אין חוק קונקרטי

229 ע"ק (ארצי) 25476-09-12 הסדרות העובדים הכללית החדשה – האגף להתאגדות עובדים – פלאפון תקשורת בע"מ, פס' 68 לפסק-דינה של הנשיאה ארד (פורסם בנבו, 2.1.2013). (ההדגשות במקור).

230 רדאי, לעיל ה"ש 139, בעמ' 26.

המגן על זכויות האדם המוסדרות בחוקי-היסוד²³¹ או אם קיים חוק פרטני הסותר את זכויות האדם הקבועות בחוקי-היסוד. לפיכך גישתנו תכיר בעילת תביעה ישירה של פרט נגד רעהו הנובעת מחוקי-היסוד בנושא זכויות האדם במקרים החריגים הבאים:

- (א). כאשר המשפט הפרטי שותק ואינו מספק את ההגנה הנדרשת לזכויות האדם²³² – הצעה זו וזה בתוצאתה להצעתו של פרופ' ברק להגן על זכות האדם שאינה מוגנת במישור התת-חוקתי באמצעות הטלתה של "חובת עשיית משפט" על המחוקק, אך קלה ממנה לאין שיעור ביישומה;
- (ב). כאשר קיים משפט תת-חוקתי רלוונטי אך כזה שקביעותיו סותרות את האמור בחוקי-היסוד בנושא זכויות האדם – הצעתנו זו אינה שונה מן המשפט הנוגה, המכיר בסמכותו של בית-המשפט לערוך ביקורת שיפוטית לאור חוקי-היסוד ולבטל חקיקה שאינה עולה עימם בקנה אחד, והיא מוסכמת גם על אלה המצדדים בכך שהסדריהם של חוקי-היסוד מוחלים אך ורק על רשויות השלטון, ובראשן המחוקק, ועל-כן יש בכוחן לגבור במקרים המתאימים על דבר חקיקה ספציפי הפוגע בזכויות האדם.²³³

2. חוקי-היסוד כמקור להנמקה ולהעמקת השיח בנושא זכויות האדם במשפט הפרטי

בעוד הצעתנו לעיל היא לנקוט זהירות בכינון של עילות תביעה במסגרת המשפט הפרטי מכוחם של חוקי-היסוד העוסקים בזכויות האדם, ולעשות זאת רק בשעה שאין דין פרטי הולם או כאשר קיים דין פרטי הפוגע בזכויות אדם, אנו מציעים להיות נועזים ולהרבות בפנייה אל חוקי-היסוד ולהסדרים הקבועים בהם כ"נספח פרשני" בדיונים תת-חוקתיים. מודל התחולה הישירה מחזק את הלגיטימציה לשילוב ההתייחסות לזכויות האדם הקבועות בחוקי-היסוד ולאיון ביניהן כמקור הנמקה ישיר המצדיק את תוכנם ותכליתם של אותם הסדרים פרטניים.²³⁴ לפי גישה זו, רעיון התחולה הישירה מקל את התייחסותו האקספרסיבית של

231 כדוגמה לשימוש אפשרי בהצעתנו ראו את העובדות בעניין שונברג, לעיל ה"ש 63 (תערוכת הגופות).

232 השוו למגמה הנוטה ליישם את עקרון תום-הלב ואת עקרון תקנת הציבור במקרים שבהם החקיקה הספציפית שותקת. ראו בפרט את דבריו של השופט חשין על השימוש בעקרון תקנת הציבור כנורמה "של קצה" כאשר אין די בנורמה "מן המניין" (ע"א 1569/93 מאיה נ' פנפורד (ישראל) בע"מ, פ"ד מח(5) 705 (1994)). השוו גם לגישתו של יצחק עמית, לעיל ה"ש 148, בעמ' 34 ("ראוי למצות את הדוקטרינות המקומיות לפני שנדרשים לזכויות חוקתיות").

233 בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009).

234 לדוגמה לשימוש האמור ראו תומר זרחין "פעיל חברתי נדחה מקיבוץ גבים: לא מתאים לקהילה" הארץ 12.2.2012, www.haaretz.co.il/news/education/1.1639354, המדווח על בני-זוג שנדחו על-ידי ועדת הקבלה בקיבוץ גבים בהסתמך על חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א-2011, ס"ח 683. הגישה העקרונית המוצעת על-ידינו נועדה לחזק את השיח החוקתי בנושאים כאלה, כמו-גם בנושאים בעלי אופי "פרטי" יותר שאין בהם

בית-המשפט להצדקה ולהקשר החוקתי של כל אינטראקציה באשר היא, ויש בו כדי לסייע בבניית המודעות להקשר החוקתי ולמקומן של זכויות האדם בשיטת המשפט הדמוקרטית.²³⁵

3. מעמד מחודש ליחס בין זכויות האדם לבין עקרונות תום-הלב ותקנת הציבור

מושגי-השסתום, ובראשם "תום-לב" ו"תקנת הציבור" הקבועים בחוק החוזים, הינם עקרונות חשובים הרגישים לזכויות האדם. עם זאת, מאחר שעקרונות אלה ריקים למעשה מתוכן עצמאי ונטולי מסר לכיד (קוהרנטי) ומפורש בדבר חשיבותן של זכויות האדם בשיטה הדמוקרטית, אנו מציעים לראות בהם הרשאה לפנייה ישירה אל חוקי-היסוד ולהחלתן של זכויות האדם בתחומיהן של המחלוקות החוזיות, כמו-גם של כלל הפעולות המשפטיות (מכוח סעיף 61(ב) לחוק החוזים). זאת, במקום לראות בהם דוקטרינות עצמאיות, מהותיות ועקיפות, שדרכן מייבאים באופן "קמעונאי" ערכים הנגזרים בעקיפין ובאופן אובייקטיבי מזכויות אדם. כפי שהודגם במהלך המאמר, יישומם כיום של עקרונות-מסגרת אלה בדיני החוזים וברחבי המשפט הפרטי כולו יוצר ממילא אווירה נורמטיבית שלפיה המשפט הפרטי כולו מצוי בתוך המתחם הציבורי, הערכי והחוקתי. עובדה זו בצירוף היותם של עקרונות תום-הלב ותקנת הציבור אלסטיים וחסרי תוכן אחיד, ברור ומפורט – וממילא נטולי מסר

חוק ספציפי אלא רק מושגי-שסתום. התזה הדוגלת בתחולתן הישירה של זכויות האדם תאמר כי הן למועמד והן לקיבוץ יש זכויות-יסוד המוקנות להם מכוח חוקי-היסוד. המועמד ידבר בעיקר בשם כבוד האדם וזכותו לשוויון, ואילו הקיבוץ יתמוך את החלטותיו בעיקר בחופש החוזים, בחופש הקניין ואולי גם בחופש הביטוי, שאף הם חלק מכבוד האדם (אשר חל גם על תאגידים דוגמת קיבוץ – ראו ברק "התאגיד וחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו", לעיל ה"ש 82). מאמר זה אינו דן אומנם בפירוט בשאלת המינון והאיזון בין הזכויות המתנגשות, אך הוא מחזר את העובדה שזכויות האדם הקבועות בחוקי-היסוד חלות במישור בסיטואציה זו על הצדדים כולם, וכל אחד חייב באופן עקרוני להכיר בזכותו החוקתית של הזולת ולהתחשב בה. עד כמה שגישה זו נשמעת אולי בסיסית, היא אינה טריוויאלית – גישת העדר התחולה, במהדורות הקיצוניות, הייתה מתמקדת בזכויותיו של הקיבוץ, וגורסת כי זה אינו צריך לתת כלל דיין-וחשבון לשום מועמד אלא בתנאים הקבועים בחוק הספציפי, וגישת התחולה העקיפה הייתה מתמקדת בפרשנות רחבה של החוק הנוגע בדבר, ומדגישה ככל הנראה את העובדה – הנכונה למקרה הנתון אך לא בהכרח למקרים אחרים – שמדובר בקרקעות ציבוריות. במילים אחרות, ללא מודל התחולה הישירה היה השיח בדבר זכויות האדם מוגבל באופיו וחלקי, והיה נבלע במלל התת-חוקתי.

235 ראו בוקשפן, לעיל ה"ש 27, בעמ' 87: "...זיקתה של כל הכרעה – גם כזו הנחזית כאישית ופרטית – לעקרונות היסוד הולמת את התמורה החברתית המתהווה במשפט הישראלי, ומסייעת בתהליך ההזדהות עם יעדיה ועם איוניה הראויים. ביסוס עקרוני וחברתי כזה – לו היה נספח פרשני קבוע לכל פעולה על פי חוק ולכל אינטראקציה משפטית – היה עשוי לתרום לכיסוסה של השקפה צלולה על מעמדו הציבורי והקשרו החברתי של המשפט כולו." ראו גם: Cass R. Sunstein, *On the Expressive Function of Law*, 144 U. Pa. L. Rev. 2021 (1996). דוגמות יפות לכך ניתן למצוא בניתוח המשפטי המובא על-ידי הנשיא ברק בעניין סער, לעיל ה"ש 8; בעניין קסטנבאום, לעיל ה"ש 7; ובעניין רקנט, לעיל ה"ש 7.

לכיד ומפורש בדבר חשיבותן של זכויות האדם בשיטה הדמוקרטית – מצדיקים לדעתנו פרשנות מחודשת שלהם. בהתאמה, גישתנו המוצעת, המאפשרת פנייה ישירה לחוקי-היסוד, מנביעה ממילא עמדה מצמצמת כלפי שיח זכויות האדם באמצעות עקרונות תום-הלב ותקנת הציבור הקבועים בחוק החוזים. במילים אחרות, קל להסכים על כך שעקרונות תום-הלב ותקנת הציבור – הממוקמים בדיני החוזים, שהינם ממלכת המשפט הפרטי – מבטאים את ההכרה התת-חוקתית בדבר מקומם החברתי, החוקתי והציבורי של דיני החוזים. עם זאת, בשל חריגותם לעקרונות-העל המוגן בחוק החוזים ובשל ניסוחם העמום, מתאים להתייחס אליהם כאל תזכורת מובלעת לכך שההתחשבות בזכויות אדם במסגרתם של דיני החוזים הינה אפשרית ואף הכרחית אך אינה מהלך שגרתי ופנימי, אלא כזה המצריך פנייה חיצונית ואיזונים שייערכו במקום הראוי לכך, דהיינו, במסגרתם של חוקי-היסוד בנושא זכויות האדם, ולא במסגרת חוק החוזים עצמו.²³⁶ באמצעות מהלך זה יישמרו מעמדו הבכיר של עקרון חופש החוזים וההגנה על אוטונומיית הרצון כעקרונות התשתיתיים של חוק החוזים, וככל שיידרשו איזונים עם זכויות אדם אחרות, הם ייעשו באמצעות מהלך המתנהל מחוץ לחוק החוזים. התבוננות כזו על מקורו ומיקומו של האיזון שייערך בין עקרון חופש החוזים לבין עקרונות חוקתיים מתנגשים לא רק שלא תהפוך את דיני החוזים לרגישים יותר לזכויות אדם מעבר לשימוש שנעשה כבר כיום בעקרונות תום-הלב ותקנת הציבור הקבועים בחוק החוזים עצמו, אלא להפך.

4. סעדים

חלק מהקולות נגד החלתן הישירה של זכויות אדם במשפט הפרטי נשענים על הקושי במתן סעדים אזרחיים מכוח חוקי-היסוד, ועל הצורך הנובע מכך בשימוש ב"תחנת מעבר" תת-חוקתית. טענה זו אינה משכנעת, וכבר מצינו בספרות ובפסיקה התייחסות ברורה הקובעת כי מקום שקיימת זכות יימצא גם סעד.²³⁷ ביטוי לגישה זו ניתן למצוא, למשל, בפסק-דין טננבוים,²³⁸ שבו ביקשו קרובי-משפחתו של אלחנן טננבוים – אשר הוחזק בשבי על-ידי ארגון טרור בלבנון – שבית-המשפט יוציא

236 פרשנות כזו זוכה בחיזוק מההתייחסות לחוזה ה"בלתי-חוקי", המוזכר גם הוא, לצד עקרון תקנת הציבור, בס' 30 לחוק החוזים (חלק כללי). קטגוריית החוזה הבלתי-חוקי משמיעה אפשרות לפנייה ישירה בדרך-המלך אל חוקי-היסוד – בהיותם דברי חקיקה – לצורך החלת זכויות האדם בדיני החוזים ומחוץ להם (סעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי)), אשר תמעת ואף תייתר את הפנייה לעיקרון המעורפל של תקנת הציבור במקרים של פגיעה בזכויות אדם באינטראקציה החוזית או החוץ-חוזית. בהקשר זה יוזכר כי מהלך דומה, המסווג את חוקי-היסוד כ"חקיקה" הניתנת לשימוש במשפט הפרטי, נעשה בכל הנוגע בעוולת הפרת חובה חקוקה בדיני הנזיקין.

237 "חוקי-היסוד ייעשו פלסטר אם הזכויות החוקתיות לא יגררו אחריהן סעדים מתאימים... כאשר זכות אדם מוגנת נפגעת, בית-המשפט רשאי וחיוב לעבד תרופה מתאימה. לשם כך אין צורך בדבר חקיקה מיוחדת הקובעת תרופה להפרת זכות חוקתית: התרופה טמונה בעצם ההפרה, ובזכותו של הנפגע." ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 165, בעמ' 704-705. ראו גם ברק "הזכות החוקתית להגנה על החיים", לעיל ה"ש 10, חלק ד(א) 2(א) בעמ' 44-46 ("הסעד החוקתי").

238 ע"א 9185/03 טננבוים נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ, פ"ד נח(1) 359 (2003) (להלן: עניין טננבוים).

צו איסור פרסום לגבי מידע העלול לסכן את חייו. אף שבמקרה הקונקרטי לא התקבלה בקשתם של בני המשפחה להוצאת צו איסור פרסום, בית-המשפט קובע כי באופן עקרוני חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו יכול לשמש בסיס שיורי לאחריות במסגרת המשפט הפרטי.²³⁹ בית-המשפט רומז על תמיכה בתזה כי חוק-היסוד אינו מסתפק רק בהכרה בזכות החוקתית ובאיסור הפגיעה בה, אלא גם מעניק משמעות אופרטיבית ואקטיבית לזכות – כזו שעל בית-המשפט לפעול להגנה עליה. בלשונו של המשנה לנשיא אור:

"אכן, שאלה משפטית נכבדה היא אם יש להכיר בזכותו של אזרח לסעד חוקתי עצמאי מקום שבו נפגעה זכותו המעוגנת בחוקי היסוד. בית-המשפט המחוזי ענה על כך בחיוב. שאלה זו (ונגזרותיה) הועלתה פעמים מספר בפסיקה, אולם היא הותרה בגדר שאלה הצריכה עיון... עם זאת מסתמנת בספרות המשפטית ובהערות אגב בפסיקה נטייה שלפיה במקום שבו הופרה זכות חוקתית עשוי להינתן סעד חוקתי."²⁴⁰

ובהמשך:

"שאלה זו לא הועלתה בטיעון בפנינו, ואינני נדרש להכריע בה. אזכיר רק שבענייננו מדובר בזכויות יסוד הראויות לעוצמת הגנה גבוהה – הזכות לחיים והזכות לשלמות הגוף. חוק היסוד אינו מסתפק באיסור על פגיעה בהן (ראה סעיף 2 לחוק), אלא קובע גם את הזכות להגנה עליהן (ראה סעיף 4 לחוק). לכאורה, השימוש בלשון 'הגנה' טומן בחובו משמעות אופרטיבית-אקטיבית, שהיא מעבר להכרה גרידא בקיומן ובמעמדם של זכויות היסוד... מכאן, ייתכן שבמקום שבו זכויות יסוד לחיים ולשלמות הגוף עלולות להיפגע, ובהיעדר דבר חקיקה מיוחד הקובע תרופה בגין פגיעה זו קמה עילת תביעה חוקתית למנוע את הפגיעה."²⁴¹

תמיכה ברעה זו ניתן למצוא גם בדברי הנשיא שמגר בפרשת כהן נ' לשכת עורכי הדין. פרשה זו נוגעת בהגבלת חופש הביטוי של כהן על-ידי לשכת עורכי-הדין לאחר שנפסלה בקשתו לפרסם בביטאון של הלשכה מאמר ביקורת בדבר תפקודה. אף שבמקרה זה מדובר בגוף סטטוטורי, ציבורי, חיווה הנשיא שמגר את דעתו כי ככלל "פגיעה בזכות החוקתית גוררת בעקבותיה מתן תרופה, כשם שפגיעה בזכות חוזית גוררת בעקבותיה תרופה לנפגע החוזי".²⁴²

השופט חשין התייחס גם הוא לסוגיה זו בפרשת פלונית נ' פלוני,²⁴³ שבה נדון מקרה של בחורה מוסלמית רווקה אשר הגישה תביעה לבית-הדין השרעי בבקשה שיצהיר כי פלוני הוא אביה של ילדתה וכי עליו לשאת במזונותיה. בית-הדין דחה את בקשתה בקובעו כי באין קשר של נישואים אין בסיס לטענת האבהות ולחיוב המשיב במזונות. בית-המשפט המחוזי דחה על הסף, מהטעם של העדר סמכות, את תביעתה של הבחורה להצהרה בדבר אבהותו

239 ברק-ארז וגלעד, לעיל ה"ש 131, בעמ' 27.

240 עניין טננבוים, לעיל ה"ש 238, בעמ' 364.

241 שם, בעמ' 365-366.

242 בג"ץ 6218/93 כהן נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מט(2) 529, 539 (1995).

243 ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578 (1995).

של המשיב ולחיובו במזונות. הדיון בבית-המשפט העליון נסב, בין היתר, סביב השאלה אם בית-המשפט המחוזי מוסמך להידרש לסכסוכי אבהות ומזונות בין בעלי-דין מוסלמים, ובהקשר זה התייחס השופט חשין לשאלת הסעד החוקתי:

"משידענו כי כבוד האדם, זכות חוקתית במשפטנו, מזכה כל אחד מאתנו לדעת מאין בא: מי היא אמו יולדתו ומי הוא אביו מולידו (ובלא שננסה לגעת בנושא האימוץ), נוסף ונדע כי בצדה של זכות זו קמה ומתייצבת חובתה של המדינה להיות לעזר לאדם לבוא אל שלו. הזכות השוכנת בחוק היסוד קורנת אל פנינו: מקרינה היא מעצמה סעד לבעל הכבוד, ומטילה היא מעצמה חובה על זולתו. כך ככלל, ולא כל שכן שחוק היסוד מורנו מפורשות – בסעיף 4 בו – כי כל אדם זכאי להגנה על כבודו. ומה החבל יילך אחר הדלי והטפל יילך אחר העיקר, כן יילך הסעד אחר הזכות... זכותו המהותית של אדם לכבוד יולדת זכות-בת לקבלת סעד בבית-משפט, כל אימת שאותו כבוד נפגע."²⁴⁴

ביטוי נוסף לכך, בהקשר חמור וקיצוני במיוחד, ניתן בבית-הדין הארצי לעבודה בעניין **בן עמי**.²⁴⁵ באותו מקרה נדון ערעור נגד חיוב המערערים בתשלום פיצויים לאזרחית מולדובה שהועסקה על-ידיהם בזנות. הפיצויים נתבעו בגין כאב, סבל ועוגמת-נפש, לאחר שהמערערים הורשעו בעברה של סרסרות, שידול למעשי זנות, החזקת מקום לשם זנות ובעילה אסורה. את קביעת הפיצויים, שנתבעו מצדדים פרטיים, ביסס השופט אדלר במישרין על חוקי-היסוד:

"הסחר בבני אדם כולל פגיעה חמורה בזכויות האדם של הקורבן. גלומה בו הפרה של האיסור על עבדות, שעבוד, עבודה כפויה וניצול לצרכי זנות; גלומה בו פגיעה בזכות לשלימות הגוף, לחופש התנועה, לחירות ולכבוד. אין לך מקרה מובהק של פגיעה בכבוד האדם כפגיעתם של עברייני הסחר בקורבנותיהם. המערערים סחרו במשיבה משל היתה חפץ, רמסו וחיללו את כבודה עד עפר, שללו את חירותה וביזו את צלם האנוש שבה. לפנינו אחד מאותם מקרים בהן ניתן לחייב את המערערים בפיצוי על הפרת זכויות היסוד הקבועות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו."²⁴⁶

מדברים אלה ניתן להסיק כי משמובאת לבית-המשפט טענה לפגיעה בזכות חוקתית, כאשר הסעד אינו ברי-השגה מכוח חוק ספציפי אחר, הוא יכול לתיתו מכוח פנייה ישירה לחוק-היסוד.²⁴⁷

מעבר לאמירות אלה ניתן להעלות דרכים נוספות להענקת סעדים מכוח פנייה ישירה לחוקי-היסוד – דרכים שלא יפותחו במסגרת מאמר זה:

(א). ס' 75 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984;²⁴⁸

244 שם, בעמ' 593.

245 עניין **בן עמי**, לעיל ה"ש 173.

246 שם, פס' 40 לפסק-דינו של הנשיא אדלר.

247 עמנואל גרוס "תרופות חוקתיות" משפט וממשל ד 433, 440 (1998).

248 סעיף זה קובע כי "כל בית משפט הדין בעניין אזרחי מוסמך לתת פסק דין הצהרתי, צו עשה, צו לא-תעשה, צו ביצוע בעין וכל סעד אחר, ככל שיראה לנכון בנסיבות שלפניו". השוו ליצירת הסעדים במסגרתם של דיני תום-הלב, אשר גם הם, בדומה לחוקי-היסוד, אינם מתייחסים

(ב). אפשרות מורכבת יותר לעצב סעדים חוקתיים;²⁴⁹
 (ג). כלל ה־ubi ius ibi remedium, שלפיו מקום שקיימת זכות קיים גם סעד. גישה זו הועלתה לראשונה בפסק־דין אדמה חברה בינלאומית בישראל בע"מ נ' לוי,²⁵⁰ ואף הוזכרה מאוחר יותר במקרה המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל.²⁵¹ בהתאם לדבריו של השופט ברנזון בהלכת אדמה: "נוצרת עילת־תביעה כאשר מתקיימים שלושה יסודות אלה: (1) הנתבע עשה מעשה בלתי־חוקי. (2) המעשה גרם נזק כספי לתובע או פגע בנוחיותו או בהנאתו מרכושו. (3) הנזק או הפגיעה הם תוצאה ישירה וטבעית של מעשהו הבלתי־חוקי של הנתבע."²⁵²

5. התאמות חקיקה בחוקי־היסוד, בחיקוקים הספציפיים ובהצעת חוק דיני ממונות

לבסוף, כשם שהצענו לעיל להחיל בהרחבה את הדיון בזכויות־היסוד הקבועות בחוקי־היסוד בהנמקות הפסיקתיות בסכסוכים בין פרטים, כך אנו מציעים לחזק את זיקתו ורגישותו של המשפט הפרטי לזכויות אדם גם בחקיקה. כך, מתבקשת הוספת אמירה מפורשת ברוח זו הן בחוקי־היסוד עצמם והן בחיקוקים ה"פרטיים", ובמיוחד במפעל המתהווה של הקודיפיקציה האזרחית. אכן, מזור ש"הפיל שבחדר", המלווה את החקיקה, הפסיקה והספרות המשפטית זה עשרות בשנים, אינו מוזכר ולו במילה מפורשת אחת בדברי החקיקה השונים. אך ראוי ומתבקש הוא שבחוקי־היסוד העוסקים בזכויות האדם תנוסח אמירה מפורשת, דוגמת זו הקיימת בחוקותיהן של דרום־אפריקה ויוון, אשר תחיל את עקרונותיהם בין הפרטים לבין עצמם. בהיבט ראוי שבמסגרת החלתם ופרשנותם של החיקוקים בתחומי המשפט הפרטי, ובראשם הצעת חוק דיני ממונות המונחת בימים אלה על שולחן הכנסת, יתייחסו למעמד־העל של זכויות האדם, ובכלל זה לאפשרות לפנות באופן ישיר לזכויות האדם ולחוקי־היסוד העוסקים בזכויות האדם, ככל שאין בחיקוקים עצמם התייחסות מפורשת או משתמעת

לסעדים הניתנים במסגרתם (בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר־שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה(1) 828, 838-839 (1980): "סעיף 39 לחוק החוזים אינו כולל כל הוראה באשר לתוצאות הנובעות מתוך כך, שבעל חוזה אינו מקיים את החוזה בתום־לב ובררך מקובלת. אין משמעות הדבר, כי זו חובה מוסרית בלבד, שאין לה נפקות משפטית. היעדר הוראה באשר לתוצאות, הנובעות מאי־קיום החובה האמורה בסעיף 39 לחוק החוזים, מקורו בעובדה, שתוצאות אלה אינן אחידות, אלא הן משתנות על־פי ההקשר בו מתעוררת השאלה. לעתים תוצאת אי־קיום החובה היא בתשלום פיצויים או כמתן אכיפה. לעתים התוצאה היא בשלילת פיצויים או אכיפה מהצד המפר. לעתים תוצאת ההפרה היא כמתן כוח לבעל החוזה האחר לפעול פעולות מסוימות בתחום החוזה, שאחרת היו נחשבות להפרה, או שלילת כוח, הנתון לבעל החוזה המפר על־פי הוראות החוזה. לעתים התוצאה אינה אלא זו, שהפעולה, שבוצעה תוך הפרת החובה, אינה משתכללת ואינה תופסת...").

249 ברק־ארז וגלעד, לעיל ה"ש 131, בעמ' 30-31.

250 ע"א 140/53 אדמה חברה בינלאומית בישראל בע"מ נ' לוי, פ"ד ט 1666 (1955) (להלן: עניין אדמה).

251 בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005).

252 עניין אדמה, לעיל ה"ש 250, בעמ' 1672.

לזכויות האדם או ככל שההסדרים הקבועים בהם עומדים בסתירה לזכויות תשתיות אלה הקבועות בחוקי-היסוד.

סיכום

מאמר זה דן באפשרות ובצורך להחיל את זכויות האדם באופן ישיר גם בתחומי המשפט הפרטי. כאמור, נקודת המוצא של שיטת המשפט הישראלית היא כי זכויות האדם החוקתיות הינן חלק מהמשפט הציבורי, והחלתן במשפט הפרטי הינה מוגבלת, מובלעת ובלתי-סדורה, ונעשית באמצעות מודל התחולה העקיפה.

אנו סבורים כי מנגנון זה אינו מתיישב עם תפיסת-העולם הדמוקרטית במובנה העמוק והאידיאלי, שהרי התפיסה הדמוקרטית מכירה לא רק בזכות הבסיסית של הפרט לממש את חירויותיו באופן חופשי ונטול הפרעות, אלא גם בצורך להגן על האפשרות שלו לממש את זכויותיו מפני מי שבא להפריע לו.

כפועל יוצא מכך אנו סבורים כי המדינה אמורה להיות מעורבת בהגנה על האזרח מפני פגיעה בזכויותיו גם במסגרת המשפט הציבורי וגם במסגרת המשפט הפרטי. לדידנו, בשיטת משטר דמוקרטית אין מקום לייחס מעמד כה מכריע לזהותה של הישות הפוגעת בזכויות האדם – הרשות השלטונית, על זרועותיה השונות, לעומת פרטים או גופים פרטיים אחרים – כאבן-בוחן לקביעת מקור ההגנה המשפטית הניתנת לזכויות האדם. ההבחנה באשר לזהותה של הישות הפוגעת יוצרת שניות לא-רצויה בין שתי מערכות חוקתיות נבדלות לכאורה, והכל באותה שיטת משטר, השואבת את כוחה מעקרונות-יסוד סדורים ולכידים. זאת ועוד, הבחנה זו מייצרת תרגילי "לוליינות" משפטיים באמצעות שימוש במונחי-שסתום עמומים, דוגמת עקרונות "תום-הלב" ו"תקנת הציבור", המותירים ללא מענה את השאלה מה טעם יש בהסוואה מעין זו, ומה יתרונה על המודל הגלוי של מנגנון התחולה הישירה. תחולה ישירה של זכויות האדם במשפט הפרטי תגשים למעשה את תכליתם של חוקי-היסוד כנדרש לדידנו במסגרת שיטת המשפט הדמוקרטית, וללא תלות בזהותה של הישות הפוגעת – ציבורית או פרטית.

אכן, יש הגורסים כי אימוץ מודל התחולה הישירה במשפט הפרטי יביא דווקא לידי פגיעה בזכויות הפרט, במובן זה שלמשפט הפרטי אין כלים שיאפשרו לו להכריע איזו זכות-יסוד גוברת על רעותה. אולם, כפי שטענו והדגמנו באריכות, אנו סבורים כי אין ממש בחשש זה, שכן הדיון בזכויות הפרט במסגרת המשפט הציבורי נעשה ממילא במסגרת של איזונים בין זכויות, ואלה יכולים להיעשות באותו אופן גם במשפט הפרטי, בין שזכויות האדם מוחלות בו באופן עקיף ובין שהן מוחלות בו באופן ישיר.

נוסף על כך, סקירה של הדין המשווה באשר למקומן של זכויות האדם במשפט הפרטי מעלה כי הגם שרוב שיטות המשפט נמנעות מלהגדיר באופן פורמלי את מודל התחולה כישיר, הלכה למעשה נראה כי זכויות האדם הולכות ותופסות מקום נכבד במסגרת המשפט הפרטי. מגמה דומה נמצאה אף בסקירה של הדין הישראלי הנוהג, אשר מעלה כי בשנים האחרונות חלה התקרבות – עד כדי מיזוג של ממש – בין גישה המכירה בתחולה עקיפה בלבד של זכויות אדם במשפט הפרטי לבין גישה המכירה בתחולתן במישרין.

הנה כי כן, הצעתנו אינה באה לפגוע בהבחנה שבין המשפט הציבורי למשפט הפרטי, אלא לתאר ביתר דיוק את השיטה הנוהגת, וכן להציע הצדקות נוספות למתכונת הראויה לתחולתן של זכויות האדם במשפט הפרטי.

אנו סבורים כי אכן יש לתת בכורה לחיקוקים קיימים בתחומי המשפט הפרטי, אשר ממילא, כך יש להניח, מגלמים מימוש של זכויות האדם הקבועות בחוקי־היסוד. במקרים כאלה יש להתייחס לזכויות האדם הקבועות בחוקי־היסוד כאל בסיס פרשני. עם זאת, הנחה זו ניתנת לסתירה במקרה שקיים ריק חקיקתי או במקרה שקיים חוק פרטני הסותר את האמור בחוקי־היסוד. במקרים כאלה אנו מציעים להכיר ביצירתן של עילות תביעה עצמאיות מכוח חוקי־היסוד.

עוד אנו מציעים להעצים את מקומם של מושגי־השסתום, שהם עקרונות חשובים אשר רגישים לזכויות אדם, ולראותם כמעניקים הרשאה לפנייה ישירה אל חוקי־היסוד ולהחלתן של זכויות האדם במשפט הפרטי. זאת, במקום לראותם כדוקטרינות עצמאיות כביכול המייבאות זכויות אלה באופן עקיף.

לסיום, מהתפיסה שהוצגה במאמר זה נובע גם כי יש לחזק את זיקת המשפט הפרטי לזכויות האדם באמצעות חקיקה. את זאת ניתן לעשות על־ידי אמירה מפורשת בחוקי־היסוד, כמו־גם בחקיקה הפרטנית ואף בקודיפיקציה האזרחית המתגבשת, בדבר אפשרות הפנייה לזכויות האדם ולחוקי־היסוד מקום שאין בחיקוקים הקיימים התייחסות כגון דא או מקום שההסדרים הקיימים עומדים בסתירה לזכויות אלה.

