

## פרק שני

### מודלים לתחולת זכויות האדם החוקתיות במשפט הפרטי

#### 1. המודלים האפשריים

ניתן לבנות ארבעה מודלים תיאורטיים עיקריים לבחינת ההשפעה של זכויות האדם החוקתיות<sup>1</sup> על היחסים בין פרטים. המודל הראשון קובע כי לזכויות האדם החוקתיות – שהוגדרו ונקבעו בחוקה או בחוק-היסוד – תחולה ישירה במשפט הפרטי, והשפעה ישירה על היחסים בין פרטים ("מודל התחולה הישירה"). על-פי מודל זה זכויות האדם "מוגנות" לא רק כלפי השלטון אלא גם כלפי הפרט. הפרת זכות אדם מוגנת על-ידי פרט עשויה להוליד תוצאות מיוחדות, שלא היו מתרחשות לולא אופייה החוקתי של הזכות המופרת. כך, למשל, אם ראובן צועק ומפריע לאסיפה או תהלוכה, הוא פוגע בכך בזכותו של שמעון, המשתתף באסיפה או בתהלוכה, ולשמעון מוענקת זכות כלפי ראובן. בדומה, אם ראובן מוכר למכור את מוצריו לשמעון אך לא ללאה, הוא פוגע בזכותה של לאה לשוויון, והיא זכאית לסעדים כלפי ראובן. המודל השני קובע כי לזכויות האדם החוקתיות תחולה רק במשפט הציבורי. הן מכוונות כנגד השלטון, וכלפיו בלבד ("מודל העדר התחולה"). על-פי מודל זה, לזכויות האדם החוקתיות אין כל תחולה – לא ישירה ולא עקיפה – במשפט הפרטי. בית-המשפט אינו רשאי לאכפף במשפט הפרטי: הזכויות מוגנות כלפי השלטון, אך לא כלפי הפרטים. בתחום המשפט הפרטי ממשיכים לחול הדינים הרגילים, כפי שהם חלו בטרם הוענק מעמד חוקתי לזכויות האדם. כך, למשל, אם ראובן מפריע לאסיפה או תהלוכה, הזכות כנגדו היא של השלטון – במסגרת דיני העונשין או המשפט המינהלי – או של בעל מקרקעין שהשימוש בו נפגע. ראובן, המסרב למכור את מוצריו ללאה חופשי לעשות כן, שכן זכות השוויון של לאה אינה מכוונת כלפיו. אם ראובן עושה חוזה עם שמעון להגבלת חופש העיסוק של ראובן ומפר חוזה זה, לשמעון הסעדים החוזיים הרגילים כלפי ראובן, בכפוף לטענה כי החוזה נוגד את תקנת הציבור. טענה זו עמדה לראובן

1 שער זה מבוסס על ברק, "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי", ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (בעריכת י' זמיר) 162 (1993).

בטרם ניתן מעמד חוקתי לזכויות האדם, והיא עומדת לו בצורתה המקורית גם לאחר השינוי במעמד של זכויות האדם. המודל השלישי והמודל הרביעי הם מצביי-ביניים בין שני המודלים הקיצוניים. המודל השלישי גורס כי לזכויות האדם המוגנות תחולה במשפט הפרטי. יחד עם זאת, תחולה זו אינה ישירה אלא עקיפה ("מודל התחולה העקיפה"). זכויות האדם המוגנות מוחלות, על-פי מודל זה, במשפט הפרטי, אך הן אינן חודרות לתוכו במישורן, "לכשעצמן", אלא רק באמצעות דוקטרינות של המשפט הפרטי (בין דוקטרינות קיימות ובין דוקטרינות חדשות הנוצרות לשם "קליטתו" של המשפט הציבורי). ראובן המסרב למכור את מוצריו ללא עשוי להיות אחראי כלפיה בגין ניהול משא-ומתן שלא בתום לב. המודל הרביעי גורס כי זכויות האדם החוקתיות מוגנות רק כלפי השלטון. אין להן תחולה (ישירה או עקיפה) ביחסים שבין פרטים. עם זאת, "השלטון" כולל גם את הרשות השופטת. על כן חל איסור על הרשות השופטת לפתח משפט מקובל (בתחום הנורמטיבי הכללי) או ליתן סעד במקרה ספציפי (בתחום הנורמטיבי המיוחד) שיש בו פגיעה בזכות אדם חוקתית ("מודל התחולה על הרשות השופטת"). על-פי מודל זה, אם ראובן מתחייב כלפי שמעון שלא למכור את מוצריו ללא וראובן מפר את התחייבותו זו כלפי שמעון, שמעון לא יזכה בסעד אכיפה או פיצויים. הטעם לכך הוא זה: אם בית-המשפט מצווה על ראובן לבצע את התחייבותו כלפי שמעון, בית-המשפט יפגע בזכות השוויון של לאה – זכות המכוננת כלפי המדינה, והמופרת על-ידי פעולתו של בית-המשפט. אלה הם ארכעת המודלים העיקריים. לעתים יהיו סתירות בין המודלים: כך, למשל, מודל התחולה הישירה ומודל התחולה העקיפה נוגדים את מודל העדר התחולה. מודלים אחרים עשויים לדור בכפיפה אחת. כך, למשל, ניתן לגרוס את מודל התחולה העקיפה, ורק אם זה אינו מעניק פיתרון ראוי, ניתן לעבור למודל התחולה הישירה. ניתן גם למזג בין שלושת המודלים הראשונים לבין המודל הרביעי. אכן מודל התחולה על הרשות השופטת עשוי לשמש כמודל משלים של כל אחד מהמודלים האחרים. ניתן לתאר, כמובן, מודלים נוספים. התמקדתי בארבעה אלה, שכן כל אחד מהם קיים במשפט המשווה, וכל אחד מהם משליך אור על פיתרונה של הבעיה בישראל.

## 2. מודל התחולה הישירה: טיעונים בעד ונגד

### בעד – טיעונים טקסטואליים

נקודת-המוצא של מודל התחולה הישירה היא לשון ההוראה החוקתית. חוק-יסוד: חופש העיסוק קובע, כי "כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד"<sup>2</sup>. בדומה קובע חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כי "אין פוגעים

2 סעיף 3 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

בקניינו של אדם<sup>3</sup>, וכי "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו"<sup>4</sup>. הוראות אלה ואחרות מנוסחות בלשון רחבה. לא משתמע מהן – לא במפורש ולא במשתמע – כי הן מכוונות כנגד השלטון בלבד. קיים הבדל מהותי בין ניסוח "פתוח" זה של זכויות האדם לבין הניסוח המופיע לעתים בחוקות, שבהן זכויות האדם מכוונות כלפי השלטון בלבד<sup>5</sup>. הנה כי כן, מבחינה "טקסטואלית" פירוש חוקי-היסוד המכיר בתחולתן הישירה של הזכויות ביחסים בין פרטים הוא אפשרי. זאת ועוד: חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע, כי מטרתו של החוק היא "להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוקי-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"<sup>6</sup>. מטרה זו אינה מוגבלת אך להגנת כבוד האדם וחירותו כלפי השלטון. מטרה זו כללית היא, והיא מוגשמת הן בהגנת הזכויות כלפי השלטון והן בהגנתן ביחסים בין הפרטים. בדומה, על-פי פסקת עקרונות יסוד<sup>7</sup>, זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות "על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין". ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין מצדיקה הכרה בתחולת זכויות האדם במשפט הפרטי. הסכנה לפגיעה בערך האדם, בקדושת חייו ובחירותו עשויה לבוא לא רק מהשלטון אלא גם מפרטים אלימים. אמנם חוקי-יסוד: חופש העיסוק קובע בפסקת הכיבוד כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את חופש העיסוק של כל אזרח או תושב"<sup>8</sup>, והוראה דומה קיימת בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>9</sup>. עם זאת, פסקאות הכיבוד אינן "חזקות" דיין כדי להסיק מהן את ייחודיות התחולה של חוקי-היסוד ביחסים עם השלטון בלבד. מטרתן של הוראות אלה לקבוע את מעמדם הנורמטיבי העל-חוקי של חוקי-היסוד, ואת היותם מקור לזכויות משפטיות ולא אך זכויות פוליטיות. אין להסיק מלשון "ההן" של פסקת הכיבוד הסדר שלילי לגבי תחולת זכויות האדם במשפט הפרטי.

### בעד – טיעונים מהותיים

הטיעונים הטקסטואליים מאפשרים את החלתן של זכויות האדם החוקתיות על היחסים שבין אדם לחברו, אך אין הם מחייבים מסקנה זו. למטרה זו עומדים טיעונים מהותיים. הראשון – והחשוב שבהם – הוא הטיעון כי הסכנה לזכויות האדם אינה קיימת רק מכיוון השלטון, וכי יש להכיר בכך שקיימת סכנה רבה לזכויות האדם מכיוונם של גופים לא שלטוניים. אכן, יש אף הטוענים כי במשטרים דמוקרטיים,

3 סעיף 3 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

4 סעיף 4 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

5 כגון החוקה האמריקנית. ראה, למשל, התיקון הראשון לחוקה הקובע: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances"

6 סעיף 1א לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

7 סעיף 1 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

8 סעיף 5 לחוקי-יסוד: חופש העיסוק.

9 סעיף 11 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

הסכנה לפגיעה בזכויות האדם מכיוונם של פרטים אחרים גדולה יותר לעתים מסכנת הפגיעה בהם על-ידי השלטון<sup>10</sup>. הגנה ראויה על זכויות האדם מחייבת איפוא בחינה כוללת, המשתרעת הן על המגזר הציבורי הן על המגזר הפרטי. טיעון מהותי שני, שאינו אלא צדו האחר של הטיעון הראשון, הינו כי זכויות האדם הן במהותן "חירויות", המעוגנות באוטונומיה של הרצון הפרטי ובאחדות האדם וכבודו. אלה עלולים להיפגע לא רק מפעולת השלטון אלא גם מפעולות היחיד. טיעון מהותי שלישי – בעל אופי דוגמאטי – הוא, שאין זה ראוי להבחין, בשיטת משפט נתונה, בין דרגות נורמטיביות שונות של אותה זכות אדם. מה טעם יש להכיר בישראל בזכות הקניין או בחופש העיסוק בזכות אדם חוקתית המכוונת כלפי השלטון (במסגרת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו) וזכות אדם הלכתית המכוונת כלפי פרטים אחרים (במסגרת זכויות יסוד 'שאינן כתובות על ספר')? מה טעם יש, מחד-גיסא, למנוע את המחקק מלחוקק חוק המאפשר לפרט אחד לפגוע בזכות אדם פלונית של פרט אחר, אך מאידך גיסא לאפשר – בהעדר דבר חקיקה אוסר – לפרט אחד לפגוע באותה זכות יסוד פלונית של פרט אחר? הטיעון הרביעי הוא בעל אופי פרגמטי. האלטרנטיבה האמיתית למודל הראשון היא רק המודל השני ("מודל העדר התחולה"). אם מודל שני זה אינו נמצא ראוי, עשויה השיטה המשפטית למצוא את עצמה במסגרת המודל השלישי והרביעי. שני אלה יוצרים הבחנות קשות ובלתי רצויות. עדיף לנקוט דרך "נקה" וכרורה, ואם המודל השני אינו נראה ראוי, עדיף ללכת "עד הסוף" ולהכיר במודל הראשון כמודל המועדף.

#### נגד – טיעונים טקסטואליים

נקודת-המריצה של הטיעון הטקסטואלי הנגדי הן אותן הוראות בחוק-היסוד המצביעות על כך שחוקי-היסוד מכוונים כלפי השלטון בלבד. ראשית, ישנן זכויות אדם המנוסחות באופן שניתן לפגוע בהן רק על-ידי פעולה שלטונית. כך, למשל, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע, כי "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת"<sup>11</sup>. "מאסר", "מעצר" ו"הסגרה" הן פעולות שלטוניות; שנית, בצד הכרה בזכויות אדם "פתוחות", קובעים חוקי-היסוד את ההגבלות שניתן להטיל על זכויות אדם. אלה הן "פסקאות ההגבלה" שבחוקי-היסוד<sup>12</sup>. פסקאות אלה מכוונות כלפי השלטון, וכלפיו בלבד. אין בחוקי-היסוד "פסקת הגבלה"

10 ראה MacDonald, "Postscript and Prelude — The Jurisprudence of the Charter: Eight Theses", 4 *Sup.Ct.L.Rev.* (1982) 321, 347; "In our day, the most grievous and most frequent abuses of civil liberties occur in the exercise of private power. The occasions for discriminatory state action are both comparatively few and subject to relatively formalized procedures for their exercise, when contrasted with an employer's power to dismiss, a landlord's power to exclude the needy, or an entrepreneur's refusal to provide services"

11 סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

12 ראה עמ' 473 לעיל.

הנוגעת ליחסים שבין אדם לחברו<sup>13</sup>. מכאן שחוקי-היסוד חלים אך כלפי השלטון, שכן אין זה אפשרי כלל להכיר בזכויות אדם בין פרטים, מבלי להכיר בהגבלה על זכות אדם אחת הנובעת מעצם קיומה של זכות אדם אחרת<sup>14</sup>; שלישית, אם חוקי-היסוד חלים גם ביחסים בין פרטים, משמע שהם לא רק מעניקים לפרט זכות כלפי פרט אחר, אלא הם גם מטילים על פרט אחד חובות כלפי פרט אחר. אך הלכה פסוקה היא כי זכות אדם אינה ניתנת לשלילה או להגבלה אלא על-פי דבר חקיקה הקובע זאת במפורש<sup>15</sup>. בהעדר הוראה מפורשת המחילה את חוקי-היסוד על היחסים בין פרטים, אין לפרש את חוקי-היסוד כחלים על יחסים אלה. רביעית, תוקי-היסוד כוללים פסקאות כיבוד, לפיהן "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד"<sup>16</sup> את זכויות היסוד הקבועות בהן. משמע שחוקי-היסוד מכוונים כלפי רשויות השלטון ולא כלפי פרטים.

### נגד – טיעונים מהותיים

הטיעון המהותי הראשון הינו, כי עיסוק חוקתי בזכויות אדם הוא תמיד כלפי השלטון<sup>17</sup>. החשש הוא שהשלטון – בין באמצעות הרשות המחוקקת ובין באמצעות הרשות המבצעת – יפגע בזכויות אדם, והדרך היחידה להתגבר על כך היא במתן מעמד נורמטיבי "על-חוקי" (כלומר: חוקתי) לזכויות האדם. אכן, כדי לשמור על זכויות אדם ביחסים שבין פרטים אין כל צורך בהוראה חוקתית, ודי בחקיקה רגילה או בהלכה הפסוקה. טיפול חוקתי בזכויות אדם מעצם מהותו הוא טיפול בזכויות אדם ביחסן לשלטון. הטיעון המהותי השני הינו, כי חוקי-היסוד נועדו להעניק לפרט זכויות יסוד חוקתיות. אם נחיל את הוראות תוקי-היסוד גם על היחסים בין פרטים, נמצא, כי חוקי-היסוד לא רק העניקו זכויות, אלא גם שללו זכויות – שכן זכותו של פרט אחד היא חובתו של פרט שני. נמצא, כי שלילתן של זכויות היסוד הועלתה לרמה חוקתית. זו תוצאה שאינה סבירה. חוקי-היסוד נועדו להעניק לפרט זכויות יסוד מוגנות, לא לשלול ממנו זכויות אלה. הטיעון המהותי השלישי קשור ונובע מהטיעון השני. על-פי, החלת זכויות האדם הקבועות בחוקי-היסוד על היחסים בין פרטים, מחייבת, מטבע הדברים, איוון בין זכויות אדם נוגדות, שכן זכותו של אדם אחד עשויה לפגוע בזכותו של אדם אחר. מכיוון שחוקי-היסוד אינם כוללים "פסקת הגבלה" באשר להגבלה על זכות אדם הנובעת מזכותו של אדם אחר, ממילא נובע כי השופטים יצטרכו לקבוע "פסקאות הגבלה" שיפוטיות. בכך ניתן לשופטים כוח חוקתי רב עוצמה, בלא כל הדרכה חוקתית. תוצאה זו אינה רצויה כלל. זאת ועוד: כאשר הכנסת בקשה להגביל זכויות אדם כלפי

13 ראה עמ' 444 לעיל.

14 ראה עמ' 377 לעיל.

15 ראה בג"צ 252/77 בבאגני נ' עיריית תל-אביב, פ"ד לב(1) 404, 415; בג"צ 337/81 (עמ' 574 לעיל, הערה 5).

16 סעיף 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק; סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

17 ראה Swinton, "Application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms", in W. Tarnopolsky and G. Beaudoin (ed.) *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1982) 41.

השלטון, היא קבעה את "פסקת ההגבלה". העדרה של "פסקת הגבלה" ביחסים שבין הפרטים לבין עצמם, גוררת אחריה ממילא את התוצאה כי כלל אין לערוך איזון בין זכויות האדם הקבועות בחוקי-היסוד. בהעדר איזון זה, אין כל אפשרות להחיל את זכויות האדם החוקתיות ביחסים שבין הפרטים לבין עצמם.

### 3. מודל העדר התחולה: טיעונים בעד ונגד

#### בעד

הטיעונים הטקסטואליים התומכים במודל העדר התחולה הם אותם טיעונים שקסר טואליים הנטענים כנגד מודל התחולה הישירה<sup>18</sup>. הוא הדין בטיעונים המהותיים<sup>19</sup>. אכן, מודל העדר התחולה הוא ניגודו המלא של מודל התחולה הישירה. ביסודו של מודל זה ניצבת ההנחה, כי חוקה פורמלית נועדה – בכל הנוגע לזכויות אדם – להגן על הפרט בפני השלטון, ואין זה מעניינה כלל לעסוק בזכותו של פרט כלפי פרט אחר. יחס אחרון זה מוסדר מימים ימימה על-ידי המשפט הפרטי<sup>20</sup>. זאת ועוד: החלת הוראות החוקה בדבר זכויות האדם גם על היחסים שבין פרטים, סופה פגיעה בזכויות אדם. אם איסור הפליה, למשל, חל גם על היחסים בין פרט אחד לרעהו, האם משמעות הדבר היא שמצווה אינו רשאי להפלות בין יורשים ומוכר אינו רשאי להפלות בין קונים? ומה יהא על האוטונומיה של הרצון הפרטי – ובעיקר על חופש החוזים – אם הוראות החוקה בדבר זכויות האדם יוחלו ביחסים בין פרטים? ואם תאמר כי הפיתרון הוא באיזון בין זכויות האדם השונות, בינן לבין עצמן, כיצד ייעשה איזון זה? החוקה – הקובעת נוסחת איזון לגבי היחסים בין השלטון לבין הפרט – אינה קובעת נוסחת איזון ביחסים שבין הפרטים לבין עצמם. האם נוסחת האיזון לגבי היחסים בין פרטים תהא זהה לזו החלה בין השלטון לבין הפרט? האם נאמר, כי דבר שהשלטון אינו רשאי לעשותו גם הפרט אינו רשאי לעשותו? תשובה זו אינה סבירה, שכן דברים רבים שהפרט רשאי לעשותם (כגון הפליה בין יורשים), השלטון אינו רשאי לעשותם (לקבוע הפליה בדבר חקיקה). ואם תאמר שנוסחת האיזון – בהתנגשות בין זכויותיהם של פרטים לבין עצמם – שונה היא, מה מהותה? אין זה ראוי כלל – כך טוענים התומכים במודל של העדר תחולה – שבית-המשפט יקבע נוסחת איזון זו, שסופה פגיעה בזכויות האדם עצמן. על כן, בכל הנוגע ליחסים שבין פרטים לבין עצמם, יש לחזור למשפט הפרטי ולאיוזונים המקובלים בו, בלא כל השפעה או חדירה של הוראות החוקה, שכל כולן בתחום הציבורי. כמוכן, קו הגבול בין המשפט הציבורי למשפט הפרטי אינו חד ואינו בלתי חדיר. קיימים יחסי גומלין בין המשפט הציבורי לבין המשפט הפרטי. על כן, בגיבוש דוקטרינות הלכתיות של המשפט הפרטי,

18 ראה עמ' 656 לעיל.

19 ראה עמ' 657 לעיל.

20 ראה סוינטון (עמ' 657 לעיל, הערה 17); רדאי (עמ' 62 לעיל, הערה 27).

יתחשב השופט במשפט הציבורי. התחשבות זו משקפת אך את הצורך להשקיף על מבנה כולל של חברה, משפט ושיטה, והיא אינה מבוססת על תחולה – ישירה או עקיפה – של הוראות החוקה בדבר זכויות האדם במשפט הפרטי. עמד על כך השופט מקינטייר (McIntyre J.) בפרשה קנדית, בה הוחלט שהוראות הצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחירויות אינן חלות במשפט הפרטי. מוסיף השופט<sup>21</sup>:

"This is a distinct issue from the question whether the judiciary ought to apply and develop the principles of the common law in a manner consistent with the fundamental values enshrined in the Constitution. The answer to this question must be in the affirmative. In this sense, then, the Charter is far from irrelevant to private litigants whose disputes fall to be decided at common law. But this is different from the proposition that one private party owes a constitutional duty to another, which proposition underlies the purported assertion of Charter causes of action or Charter defences between individuals".

על-פי גישה זו, פסק-דין המעניק סעד לפרט אחד כלפי רעהו, אינו נבחן באמות המידה של הוראות החוקה, וחובתו של השלטון לכבד את זכויות הפרט אינה גם חובתו של בית-המשפט לכבד את זכויות הפרט. בית-המשפט מכריע בסכסוך פרטי – זאת ותו לא. על כן עשוי בית-המשפט להחליט כי חוזה הפוגע בזכויות האדם (כגון חופש העיסוק) נוגד את תקנת הציבור ועל כן בטל, אך הוא יעשה כן באותו אופן שבו פעל בעבר, בלא שחוקתיותן של זכויות האדם – ובהן הזכות לחופש העיסוק – תהא רלבנטית להכרעה זו.

## נגד

הטיעונים בעד מודל התחולה הישירה<sup>22</sup> הם גם הטיעונים נגד מודל העדר התחולה. הסכנה לזכויות האדם קיימת לא רק מכיוון השלטון אלא גם מכיוון הפרטים, ובעיקר פרטים בעלי עוצמה כגון חברות פרטיות מסוימות. אם עירייה קטנה אינה רשאית להפלות – שכן היא בגדר "שלטון" – מדוע תוכל חברה גדולה לעשות כן? זאת ועוד: אם תאמר שזכויות האדם בחוקה הפורמלית מכוונות כלפי השלטון, מה דין דבר תקיקה של המחוקק הקובע זכויות וחובות במשפט הפרטי, כגון חוק מכר, חוק ערבות או חוק שליחות? האם המחוקק חופשי לקבוע את תוכנם כרצונו בלא הגבלות חוקתיות הקבועות בפסקת ההגבלה? דומה שהתשובה הינה כי חוק הוא אקט שלטוני, ועל כן מגבלות החוקה חלות עליו, גם אם תוכנו של החוק הוא אך היחסים בין פרטים. אך אם כך, מדוע לא יחול דין דומה על פיתוח המשפט המקובל על-ידי בתי-המשפט,

21 בפרשת *Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 580 v. Dolphin Delivery Ltd.* [1986] 2 S.C.R. 573, 603; 71 N.R. (1987) 83, 119.

22 ראה עמ' 654 לעיל.

שעניינו היחסים בין פרטים? האין זו "חקיקה שיפוטית"<sup>23</sup> שהגבלות החוקה צריכות לחול עליה במישרין? ממה נפשך: אם הוראות החוקה בדבר זכויות אדם מכוונות גם כלפי הרשות השופטת, והיא מוגבלת בפיתוח משפט מקובל שעניינו יחסים בין הפרט לבין השלטון, מדוע לא תחול הגבלה זו – כשם שהיא חלה על המחוקק – גם על פיתוח משפט מקובל שעניינו יחסים בין פרטים? ואם תאמר, כי הוראות החוקה בדבר זכויות אדם אינן מכוונות כלל כלפי הרשות השופטת, האם סביר הוא שבית-המשפט יוכל לפתח משפט מקובל בדבר זכותו של הפרט כנגד השלטון בלא מגבלות חוקיות? אכן, תפיסת בית-המשפט כגורם שלטוני הכפוף להוראות החוקה מצביע על כך שמודל העדר התחולה אינו יכול לעמוד, שכן גם אם הוא מונע חדירה של הוראות חוקתיות בדבר זכויות אדם באמצעות מודל התחולה הישירה, סופו שהוא "יוצף" בהוראות החוקתיות באמצעות בית-המשפט כרשות שלטונית, ואם כך הוא הדבר, עדיף להגיע לתוצאה הראויה באמצעות מודל התחולה הישירה מאשר באמצעות מודל התחולה על הרשות השופטת. ואם תאמר כי מודל העדר התחולה עומד אף כנגד מודל התחולה על הרשות השופטת, תוצאתו הינה קשה ובלתי ראויה: מה שהמדינה אינה משיגה "במישרין" (באמצעות חקיקה) היא משיגה "בעקיפין" (באמצעות בתי-המשפט). כך או כך, זכויות הפרט אינן מוגנות באופן ראוי. מעבר לכך: אם הוראות החוקה בדבר זכויות האדם אינן חלות ביחסים בין הפרטים לבין עצמם, מה דין השלטון כאשר הוא פועל במשפט הפרטי? האם הוראות החוקה בדבר זכויות האדם חלות עליו במקרים אלה? מודל העדר התחולה עשוי ליתן תשובות נוגדות, ושתייהן מובילות לתוצאות בלתי-רצויות. תשובה אפשרית אחת היא, כי הוראות החוקה אכן עוסקות רק בזכויות האדם כלפי השלטון, וכאשר השלטון פועל במשפט הפרטי הוא פועל כפרט ולא כשלטון. תשובה זו – כך טוענים המבקרים – אינה מניחה את הדעת<sup>24</sup>. אין זה סביר כי המדינה תוכל להפלות, לפגוע בזכות הדיבור, בזכות התנועה ובשאר זכויות האדם, רק משום שהחליפה "אדרת". הגברת נשארה אותה גברת, ומן הראוי שמגבלות החוקה יוטלו עליה. תוכניתה של המדינה כלפי הפרט על-פי החוקה הן "משפטה האישי" של המדינה, והיא נוטלת משפט זה עמה בכל מהלכיה. כדי להתגבר על טיעונים אלה עשוי מודל העדר התחולה לנקוט גם את העמדה הפוכה: תשובה אפשרית שנייה של המודל היא, כי הוראות החוקה בדבר זכויות אדם אכן חלות גם מקום שהמדינה פועלת במשפט הפרטי<sup>25</sup>. תשובה זו פותחת את הפתח למגוון בעיות ושאלות: כיצד יוגדר "השלטון" לעניין זה? האם חברה ממשלתית היא "שלטון" לעניין הוראות החוקה<sup>26</sup>? וכיצד מיישבים את החלת הוראות החוקה בדבר זכויות אדם על השלטון כשהוא פועל במשפט הפרטי, עם הטענות השונות כנגד החלת הוראות החוקה בדבר זכויות אדם במשפט הפרטי? טול את הטענה, כי החלה כזו פוגעת באוטונומיה של הרצון הפרטי,

23 לחקיקה השיפוטית, ראה ברק (עמ' 67 לעיל, הערה 1) עמ' 147.

24 ראה עמ' 452 לעיל.

25 ראה עמ' 452 לעיל.

26 ראה עמ' 453 לעיל.



שכן היא מטילה חובות על הפרט. אם הוראות החוקה בדבר זכויות אדם חלות על המדינה במשפט הפרטי, הן בוודאי אינן מוגבלות אך להטלת חובות, אלא חלות גם לעניין הענקת זכויות. זכותה של המדינה היא חובתו של הפרט. כיצד, אם כן, מיישבים מסקנה זו – שמודל העדר התחולה מוכן לקבלה – עם הטענה כי תוצאה זו היא הרת אסון לזכויות האדם? טול את הטענה, כי אין להחיל את הוראות החוקה בדבר זכויות האדם במשפט הפרטי שכן החוקה אינה קובעת פסקת הגבלה המגבילה את זכויות האדם. כיצד מתגברים על טענה זו כשהמדינה פועלת במשפט הפרטי? פסקת ההגבלה – החלה על פעולות החקיקה של השלטון – אינה חלה על המדינה במשפט הפרטי. מהי, אפוא, ההגבלה אשר תחול במסגרת המשפט הפרטי? ואם תאמר, שבת־המשפט יגבשו נוסחות איוון מתאימות ליחסים במשפט הפרטי בין המדינה (כפרט) לבין פרטים אחרים, מדוע לא יוכלו בת־המשפט לגבש נוסחות אלה – או דומות להן – ביחסים בין הפרטים לבין עצמם?

#### 4. מודל התחולה העקיפה: טיעונים בעד ונגד

##### בעד

מודל התחולה העקיפה – בדומה למודל התחולה הישירה – מכיר בתחולתן של זכויות האדם הקבועות בחוקה על היחסים בין פרטים. מרבית הטענות התומכים במודל התחולה הישירה<sup>27</sup> תומכים גם במודל התחולה העקיפה. לדעת התומכים בו<sup>28</sup>, יתרונן של מודל זה הוא בכך שיש בו תשובה לחלק מהביקורת הנמתחת על מודל התחולה הישירה. נקודת־המוצא של מודל התחולה העקיפה הינו, כי המשפט הפרטי – העוסק ביחסים בין הפרטים לבין עצמם – התחשב תמיד בזכויות אדם. ביסוד הוראות המשפט הפרטי עומדות זכויות האדם לאישיותו, להגשמתו העצמית ולכבודו. ההסדרים הספציפיים של המשפט הפרטי – כגון הגנה על השם הטוב, על הקניין ועל הרכוש – משקפים זכויות פרט (כלפי המדינה וכלפי פרטים אחרים). מושגי ה"שסתום" – כגון "תום לב", "סבירות", "רשלנות" – משקפים, בין השאר, איוון ראוי בין זכויות אדם נוגדות. זכותו של פרט אחד לחופש פעולה מתנגשת עם זכותו של פרט אחר לשלמותו הגופנית. האיוון נמצא "במוסדות" שונים של המשפט הפרטי – כגון הרשלנות<sup>29</sup>; מוסד אחר של המשפט הפרטי "הקולט" זכויות אדם שמקורן בחוקה הוא זה של "תקנת הציבור"<sup>30</sup>. לטענת חסידי מודל התחולה העקיפה, "תקנת הציבור" משקפת את מעמדן של זכויות האדם החוקתיות. החופש לכרות חוזה הוא חופש חוקתי וחופש העיסוק הוא חופש חוקתי. כאשר ראובן כורת עם שמעון חוזה להגבלת

27 ראה עמ' 654 לעיל.

28 ראה עמ' 672 להלן.

29 ראה, למשל, ע"א 243/83 (עמ' 651 לעיל, הערה 25).

30 סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

חופש העיסוק, נערך עימות בין החירויות השונות. מימים ימימה נפתרו עימותים אלה במסגרת העיקרון של "תקנת הציבור"<sup>31</sup>, אשר איזן בין הזכויות המתנגשות על-פי מעמדן היחסי במערך החוקתי. אכן, "תקנת הציבור" היא הצינור אשר באמצעותו מוזרמים ערכי המשפט החוקתי למשפט הפרטי<sup>32</sup>. כאשר המשפט הפרטי נותן ביטוי לזכויות אדם, אין הוא יוצר מערך מיוחד של זכויות אדם במשפט הפרטי; אין שתי מערכות של זכויות אדם, אלה של המשפט הפרטי ואלה של המשפט הציבורי. קיים מערך אחד של זכויות אדם. בעבר היו זכויות האדם מעוגנות בהלכות "שאינן כתובות על ספר"<sup>33</sup>; כיום הן מעוגנות בגורמה "על-חוקית". בעבר "חלחלו" זכויות האדם ההלכתיות למשפט הפרטי באמצעות "מונחי השסתום" של המשפט הפרטי; כעת "מחלחלות" זכויות האדם החוקתיות למשפט הפרטי באמצעות מונחים אלה עצמם. ההבדל במעמד החוקתי עשוי להביא להבדל בתוצאה. טול מעביד פרטי המפטר עובד בשל דעה פוליטית שהעובד הביע. פיטורין אלה עשויים להיות שלא כדין. כאשר מעמדה של זכות הביטוי אינו חוקתי, עשויים הפיטורין שלא כדין לגרור תרופה של פיצויים, אך לא של אכיפה. לעומת זאת, אם המעמד של זכות הביטוי מועלה לדרגה על-חוקית עשוי העובד לזכות בתרופת האכיפה. העלאת המעמד הנורמטיבי של זכות הביטוי מחזק את כוחה במשפט הפרטי, ומאפשר לבית המשפט להעניק תרופת אכיפה במקום שהיא לא הוכרה בעבר. בדומה, בעל מסעדה המסרב ליתן שירותים על בסיס מפלה, עשוי להיחשב כמנהל משא-ומתן "בתום לב" אם הזכות לשוויון היא הלכתית גרידא, שכן אין ככוחה לגבור על חופש התזוים של בעל המסעדה. אותו בעל מסעדה עשוי להיחשב כמנהל משא-ומתן שלא "בתום לב" אם הזכות לשוויון היא חוקתית. יתרונו של מודל התחולה העקיפה על-פני מודל התחולה הישירה הוא בכך, שהוא עושה שימוש בכלים של המשפט הפרטי. אלה עשויים להיות כלים ישנים, המתמלאים בתוכן חדש, או כלים חדשים, הנוצרים על-ידי המשפט הפרטי בטכניקות של המשפט הפרטי — לשם מתן ביטוי לתוכן החדש.

## נגד

הטיעונים נגד מודל התחולה העקיפה זהים בעיקרם לאלה הנטענים נגד מודל התחולה הישירה<sup>34</sup>. אכן, אם זכויות האדם החוקתיות מוגנות רק כנגד השלטון, אין להן תחולה — בין ישירה ובין עקיפה — ביחסים בין פרטים. מודל התחולה העקיפה מנסה להקל את "עיכול" התחולה של זכויות מהמשפט הציבורי במשפט הפרטי, אך אין מקום להקלה זו, שכן הרעיון בבסיסו אינו ראוי. אם כבוד האדם, החירות והקניין הן

31 ראה גולדברג, "הגבלת חופש העיסוק של עובד מכוח חוזה" מחקרי משפט ה (תשמ"ז), 7; חרמון, "תקנת הציבור והגבלות על חופש העיסוק באספקלריה של הפסיקה הישראלית והאנגלית", ספר יצחק כהן (1989) 393.  
 32 ראה ע"א 294/91 (עמ' 68 לעיל, הערה 4).  
 33 בג"צ 243/62 (עמ' 62 לעיל, הערה 26).  
 34 ראה עמ' 657 לעיל.

זכויות חוקתיות כלפי השלטון, כיצד הן מצליחות לגבש תקנת ציבור שעניינה היחסים בין פרטים? מדוע חוזה המגביל חופש עיסוק נוגד את תקנת הציבור, אם חופש העיסוק מעיקרו אינו מכוון כלפי פרט אחד אלא אך כלפי השלטון?

## 5. מודל התחולה על הרשות השופטת: טיעונים בעד ונגד

### בעד

מודל התחולה על הרשות השופטת שונה משלושת המודלים הקודמים. אלה מצויים על רצף אחד, ואילו המודל הרביעי ("מודל התחולה על הרשות השופטת") מציג קטגוריה נפרדת<sup>35</sup>. חשיבותו העיקרית היא במצבים שבהם ניסוחה של ההוראה החוקתית מצביע על כך שזכות האדם מכוונת כלפי השלטון וכלפיו בלבד. גם במצב דברים זה יש לזכות האדם תחולה במשפט הפרטי. הוראת החוקה בדבר זכות האדם מכוונת גם כלפי הרשות השופטת, והיא מחייבת אותה לפתח הלכות במשפט המקובל, לפרש דברי חקיקה או ליתן סעדים ספציפיים, אשר יתנו ביטוי לזכות האדם החוקתית ולא יעמדו בסתירה אליה. כך, למשל, בשיטת משפט שבה הזכות החוקתית לחופש הביטוי מנוסחת בלשון האוסרת על השלטון לפגוע בחופש הביטוי, על בתי-המשפט לפתח משפט מקובל שבו דיני לשון הרע לא יפגעו בחופש הביטוי מעבר לראוי. על בסיס זה הוחלט בארצות-הברית כי דיני המשפט המקובל בעניין לשון הרע חייבים להכיר בהגנת הרשלנות לגבי לשון הרע כלפי דמות ציבורית<sup>36</sup>. אכן, בית-המשפט הוא זרוע של המדינה. כאשר בית-המשפט מדבר, המדינה מדברת, וכאשר בית-המשפט פועל, המדינה פועלת. הרשות השופטת היא רשות שלטונית, וזכויות האדם צריכות לקבל הגנה גם מפניה. בשיטת משפט שבה חקיקה של הרשות המחוקקת מוגבלת בהיקפה, וחייבת לפעול במסגרת פסקת הגבלה — חקוקה או הלכתית — אין כל טעם בשחרור המשפט המקובל, פרי היצירה של הרשות השופטת, מכל הגבלה. זאת ועוד: אם המשפט המקובל כפוף לזכויות יסוד חוקתיות, גם דין אינדיבידואלי צריך להיות כפוף להן. אין הכרח, לעניין זה, בין פעולה נורמטיבית כללית של הרשות השופטת, המפתחת משפט מקובל, לבין פעולה נורמטיבית אינדיבידואלית של הרשות השופטת, המעניקה תרופות בסכסוך בין פרטים. כאשר בית-המשפט נותן צוהאוכף חוזה מפלה, הוא מעמיד את כוחה של המדינה — הפועלת באמצעות מגוון של אמצעים, לרבות הכללים בדבר בזיון בית-המשפט — לרשותו של פרט אחד הפוגע בזכות הפרט האחר לשוויון. בכך הוא מפר את חובתו של השלטון שלא להפלות<sup>37</sup>. תוצאה זו יש למנוע,

35 ראה Quint, "Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory", 48 *Mar.L.Rev.* 247 (1989).

36 כפי שאכן החליט בית-המשפט העליון בפרשת *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

37 ראה *Shelley v. Kraemer* 334 U.S. 1 (1948).

שכן העיקרון של שלטון החוק – או, נכון יותר, שלטון החוקה – חל גם כלפי הרשות השופטת<sup>38</sup>.

### טיעונים נגד

מודל התחולה על הרשות השופטת נתון לביקורת רבה. ראשית, כאשר הרשות השופטת מעניקה סעד בסכסוך פרטי, היא אינה כפופה לזכויות האדם החוקתיות. היא פועלת כגוף נייטרלי הקובע את הזכויות והחובות. אכן, אם מותר לראובן להפלות את שמעון, ובית-המשפט נותן תוקף להיתר זה – כפסק-דין הצהרתי, בפיצויים, באכיפה או בביטול – אין בית-המשפט פוגע בחובתו של השלטון לא להפלות. כל שבית-המשפט עושה הוא להכיר באי-תחולתו של עקרון השוויון במשפט הפרטי. עמד על כך השופט מקאינטייר (McIntyre J.), בציינו<sup>39</sup>:

"While in political science terms it is probably acceptable to treat the courts as one of the three fundamental branches of Government, that is, legislative, executive, and judicial, I cannot equate for the purposes of *Charter* application the order of a court with an element of governmental action. This is not to say that the courts are not bound by the *Charter*. The courts are, of course, bound by the *Charter* as they are bound by all law. It is their duty to apply the law, but in doing so they act as neutral arbiters, not as contending parties involved in a dispute".

אכן, אם נראה בצו השיפוטי – פרי ההכרעה בסכסוך בין פרטים – צואשר כנגדו מכוון האיסור החוקתי, כי אז יהפכו כל הזכויות החוקתיות של הפרט, המכוונת כנגד המדינה, לזכויות החלות בין פרטים. בכך תסוכל מטרתו של ההסדר החוקתי. כדי להתגבר על טיעון זה, עשוי בית-המשפט ליצור הבחנות בין המקרים שבהם הוא אך מכיר בחופש הפעולה של הפרט במשפט הפרטי (בהם הוא אינו כפוף לאיסור החוקתי), לבין המקרים שבהם הוא פועל כשלטון (ובהם הוא כפוף לאיסור החוקתי). אם אמנם יבקש בית-המשפט לעשות הבחנות אלה – והמשפט המשווה מצביע על נסיונות מקיפים בכיוון זה<sup>40</sup> – כי אז ייתקל מודל התחולה על הרשות השופטת בביקורת שנייה. ביקורת זו גורסת כי ההבחנות בין המקרים שבהם בית-המשפט פועל כ"בורר נייטרלי" מחוץ לאיסור החוקתי, למקרים שבהם הוא פועל כשלטון הכפוף לאיסור החוקתי, הן מלאכותיות. מדועצוהאוכף חוזה מפלה הוא פעולת שלטון המפירה את חובת המדינה שלא להפלות<sup>41</sup>, אךצוהמכריז כי תקנון של מועדון מפלה הוא תקף אינו

38 ראה הוג (עמ' 80 לעיל, הערה 12) עמ' 842.

39 פרשת דולפין (עמ' 443 לעיל, הערה 250).

40 ראה עמ' 452 לעיל.

41 כפי שהוחלט בפרשת שלי (עמ' 663 לעיל, הערה 37).

מפר את חובתה של המדינה שלא להפלות<sup>42</sup>? נניח מקרה של בעל מסעדה המסרב ליתן שירות מטעמי גזע, והמופלה מסרב לעזוב את המקום. בעל המסעדה פונה לבית-המשפט ומבקשצוֹפִּינוּי: האם במתן צוֹפִּינוּי, בית-המשפט — הפועל כשלטון — מפר את חובתו שלא להפלות<sup>43</sup>? אכן, כל ניסיון ליצור הבחנות סבירות בין מצבים שבהם בית-המשפט פועל בסכסוכים בין פרטים, סופו להיכשל. יש אפוא לבחור באחת משתי מסקנות: מסקנה אחת היא כי כל פעולה של בית-משפט, המכריע בסכסוך בין פרטים, היא פעולה שלטונית הכפופה לזכות האדם החוקתית. גישה כזו נוגדת את לשון החוקה, ואינה ראויה. המסקנה האחרת הינה כי פעולה של בית-משפט, המכריע בסכסוך בין פרטים, אינה נתפסת כפעולה שלטונית שכלפיה מכוונת זכות האדם המוגנת. בכך בא המודל הרביעי לידי כליונו.

42 ראה *Moose Lodge No. 107 v. Irvis*, 407 U.S. 163 (1972).

43 *Peterson v. Greenville*, 373 U.S. 244 (1963); *Bell v. Maryland*, 378 U.S. 226 (1964).

---

---