

זכויות אדם בדיני החוזים ובדיני הנזיקין: המהפכה השקטה

מאת

דפנה ברק-ארז* וישראל גלעד**

א. מבוא

ב. הגישה המסורתית: זכויות אדם מול רשויות השלטון

ג. החלחול של זכויות האדם למשפט הפרטי

ד. תחולה ישירה ותחולה עקיפה

ה. זכויות אדם בדיני החוזים

ו. זכויות אדם בדיני הנזיקין

ז. סיכום: לקראת המשך

א. מבוא

מטרתו של מאמר זה היא לבחון את ההשפעה ההדרגתית של ההכרה בזכויות האדם על המשפט הפרטי, בעיקר מאז חקיקתם של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-

* פרופסור מן המניין ומופקדת הקתדרה למשפט ולביטחון ע"ש סטיוארט וג'ודי קולטון, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

** פרופסור מן המניין ומופקד הקתדרה ע"ש בורה לסקין, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

המאמר הוא גרסה מורחבת ומעודכנת של Daphne Barak-Erez & Israel Gilead, *Human Rights in Private Law – The Israeli Case, in HUMAN RIGHTS AND THE PRIVATE SPHERE – A COMPARATIVE STUDY* 252 (Routledge-Cavendish, Dawn Oliver & Jorg Fedtke eds., 2007). המחברים מודים ליעקב בן-שמש, לעופר גרוסקופף ולגדעון ספיר על הערותיהם וליוני בק על עזרתו.

יסוד: חופש העיסוק¹ בשנת 1992. המאמר מתמקד בשניים מענפיו הבסיסיים של המשפט הפרטי – דיני החוזים ודיני הנזיקין – הן בשל מרכזיותם והן בשל הקרבה הרבה ביניהם (כך שסוגיות שונות נשלטות לעתים במקביל על ידי כללי אחריות מתחום דיני החוזים ומתחום דיני הנזיקין). בהמשך למבוא, המאמר פותח בהצגת הגישה המסורתית לפיה זכויות האדם חלות מול רשויות השלטון (בפרק ב), בתיאור השינויים ההדרגתיים שחלו בה בעיקר מאז חקיקתם של חוקי היסוד בנושא זכויות האדם בשנת 1992 (בפרק ג) ובהצגתם של שני המודלים העיקריים להחלתן של זכויות האדם במשפט הפרטי – תחולה ישירה של חוקי היסוד או תחולה עקיפה שלהם (בפרק ד). על רקע זה, המאמר בוחן את ההקשרים העיקריים שבהם התקיים חלחול של הגנה על זכויות אדם לדוקטרינות של המשפט הפרטי – בדיני החוזים (בפרק ה) ובדיני הנזיקין (בפרק ו). הסיכום למאמר (בפרק ז) כולל סיכום של ההתפתחויות עד כה והערכה לגבי המשכו של תהליך זה.

ב. הגישה המסורתית: זכויות אדם מול רשויות השלטון

באופן מסורתי, ההגנה על זכויות האדם בישראל, כמו במדינות אחרות, נתפסה כמיועדת להגביל את כוחן של רשויות השלטון. עמדה זו נבעה מהשפעתה של החשיבה הליברלית שעוצבה על ידי החשש מעריצות המדינה ושלטה בשיח זכויות האדם באופן כמעט בלעדי במשך תקופה ארוכה.² במקביל, כמעט מבלי שהתקיים בנושא שיח חוקתי, זכויות אדם מסוימות זכו להגנה במסגרת דוקטרינות מסוימות של המשפט הפרטי.

דיני הנזיקין הגנו באופן מסורתי, וממשיכים להגן, על כמה זכויות-יסוד חשובות. פקודת הנזיקין [נוסח חדש],³ המשמשת עד היום כליבה של חקיקת הנזיקין בישראל, מגדירה "נזק" כ"אבדן חיים, אבדן נכס, רכוש, רווחה גופנית או שם טוב, או חיסור בהם, וכל אבדן או חיסור כיוצאים באלה".⁴ הגדרה זו רחבה דיה כדי לכלול נזקים הנובעים מפגיעה בזכויות אדם. מעבר לכך, במישור של כללי האחריות, העוולות

¹ חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב, 150 (להלן: חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו); וחוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ב 114 (להלן: חוק-יסוד: חופש העיסוק).

² דוגמה מובהקת לכך אפשר להביא מן החוקה האמריקאית, המבטאת את רוחה של מסורת זו. בהתאם לכך, התיקון הראשון לחוקה (U.S. CONST. Amend. I), מנוסח באופן המדגיש את הכוונה להגביל את השלטון דווקא מפני פגיעה בזכויות ופותח במלים "Congress shall make no law".

³ פקודת הנזיקין [נוסח חדש], נ"ח התשכ"ח 266 (להלן: פקודת הנזיקין).

⁴ ס' 2 לפקודת הנזיקין.

הספציפיות המסורתיות נועדו להגן, ומגינות בפועל, על זכויות-יסוד חשובות, כמו למשל העוולות של תקיפה⁵ וכליאת שוא⁶ (המגינות על הגוף והחירות) והעוולות של הסגת גבול⁷, מטרד⁸ וגניבת עין⁹ (המגינות על הקניין). מעבר לכך, תרמו להגנה על זכויות אלה עוולות המסגרת של רשלנות¹⁰ והפרת חובה חקוקה.¹¹ על כך יש להוסיף את ההגנה הנובעת מן ההסדרים הנזיקיים שמחוץ לפקודת הנזיקין: ההגנה על הגוף קיבלה משנה חיזוק מכוחם של הסדרים המטילים אחריות חמורה בשל נזקי גוף שנגרמים בתאונות דרכים או על-ידי מוצרים פגומים;¹² היבטים שונים של כבוד האדם זכו להגנה בחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה–1965,¹³ ובחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א–1981.¹⁴

במסגרת דיני החוזים חלק מן הדוקטרינות המסורתיות כללו מימד של הגנה (ולו חלקית) על זכויות אדם שונות, הגם שבדרך-כלל אלה לא נידונו תוך התייחסות מפורשת לכך. עקרון חופש החוזים עצמו מבטא את הזכות לחירות ולאוטונומיה אישית (בכפיפות למחלוקות באשר למידת ההגנה הראויה עליו באיזון מול זכויות ושיקולים חברתיים אחרים). בהתאם לכך, אפשר להבין את דיני הפגמים בכריתת חוזה כמיועדים להגן על צדדים לחוזה מפני פגיעות קשות באוטונומיית הרצון שלהם.¹⁵ מנגד, הכלל כנגד אכיפת חוזה לשירות אישי הוא ערובה חשובה להגנה על החירות האישית.¹⁶ מעבר לכך, העיקרון של תקנת הציבור מאפשר פסילת חוזים הכוללים הפרות קשות של זכויות אדם, אם כי עיקרון זה הוחל באופן מסורתי במקרים קיצוניים

5 ס' 23 לפקודת הנזיקין.

6 ס' 26 לפקודת הנזיקין.

7 ס' 29 ו-31 לפקודת הנזיקין.

8 ס' 44 לפקודת הנזיקין.

9 בעבר ס' 59 לפקודת הנזיקין; וכיום ס' 1 לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט–1999, ס"ח 146.

10 ס' 35–36 לפקודת הנזיקין.

11 ס' 63 לפקודת הנזיקין.

12 חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה–1975, ס"ח 234; חוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ם–1980, ס"ח 86.

13 חוק איסור לשון הרע 1965–התשכ"ה, ס"ח 240 (להלן: חוק איסור לשון הרע).

14 חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א–1981, ס"ח 128 (להלן: חוק הגנת הפרטיות).

15 דינים אלה מעוגנים כיום בפרק ב לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג–1973, ס"ח 118 (להלן: חוק החוזים). הפגמים בכריתה שמהווים עילה לביטול חוזה הם טעות, הטעיה, כפייה ועושה.

16 ס' 3(2) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א–1970, ס"ח 16 (להלן: חוק התרופות). הזיקה בין האפשרות לאכוף חוזה עבודה לפגיעה באוטונומיה ובכבוד הובהרה בפסיקתו של בית המשפט העליון בבג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, תק-על 2006(1) 4336 (2006), שבו נפסל הסדר "הכבילה" של עובדים זרים למעבידיהם.

יחסית.¹⁷

ככלל, אפשר לומר כי בפסיקתו המסורתית של בית המשפט העליון ההגנה על זכויות האדם במשפט הפרטי נותרה בשולי השיח המשפטי. בפועל, במסגרת דיני הנזיקין, זכויות האדם זכו לדיון מפורט, בעיקר בהקשר של דיני לשון הרע, לצורך האיזון בין הזכות לחופש הביטוי להגנה על השם הטוב.¹⁸ בתחום דיני החוזים, ההקשר העיקרי שבו ניתן ביטוי מפורש לשיח זכויות האדם היה הדיון בתניות של הגבלת עיסוק, וגם בו המדיניות הפסיקתית צידדה רק בפסילתן של תניות שפגעו בחופש העיסוק באופן גורף.¹⁹

ג. "חלחול" זכויות האדם למשפט הפרטי

הגם שאי-אפשר להצביע על התפתחות קונקרטית שהניעה שינוי זה, אפשר לציין כי החל בשנות התשעים של המאה העשרים התפתחה בפסיקתו של בית המשפט העליון מגמה של פתיחות גוברת לתפיסה של תחולת זכויות האדם במשפט הפרטי. במידה מסוימת יש לייחס התפתחות זו (בעיקר בתחום דיני החוזים) לתהליכי ההפרטה, שהעבירו כוח מגופים ציבוריים הכפופים לחובות מתחום המשפט הציבורי לגורמים פרטיים, אשר לפי התפיסה המסורתית כפופים לכאורה רק למשפט הפרטי. תהליך זה חידד את העוצמה המסורה בידיהם של גורמים פרטיים והמחיש את הצורך לאזן אותה על-ידי כך שגם גורמים פרטיים יוכפפו לחובה לכבד את זכויות האדם.²⁰

¹⁷ כך, למשל, לא ניתן תוקף לחוזה עבדות – דוגמה שנידונה בתקדים האנגלי הקלסי *Somerset v. Stewart*, (1772) *Lofft* 1, 98 Eng. Rep. 499 (King's Bench) (appeal taken from *Howell's State Trials*). לפירוט נוסף ראו Daniel Friedmann & Daphne Barak-Erez, *Introduction, in HUMAN RIGHTS IN PRIVATE LAW* 1, 2–3 (Daniel Friedmann & Daphne Barak-Erez eds., 2001).

¹⁸ ע"א 723/74 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד לא (2) 281 (1977). נוסף על כך בית המשפט אימץ הלכה שצמצמה באורח ניכר מתן צווי מניעה במקרים של לשון הרע, במטרה למנוע פרסום שנטענת לגבי טענה של הוצאת לשון הרע, בייחוד בנושאים ציבוריים או במקרים הנוגעים לאישי ציבור. ראו גם ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג (3) 840 (1989).

¹⁹ ע"א 238/73 שרעבי נ' חמצני, פ"ד כח (1) 85 (1973); ע"א 4/74 ברמן נ' משרד להובלת משאות פודס-חנה-כרכור והסביבה "עמל" בע"מ, פ"ד כט (2) 718 (1975); ע"א 369/74 "טרומאסבסט" חברה להרכבת מבנים טרומיים בע"מ נ' זכאי, פ"ד ל (1) 793 (1976); ע"א 566/77 דיקר נ' מוך, פ"ד לב (2) 141 (1978); ע"א 618/85 מעיינות הגליל המערבי בע"מ נ' תבורי-ביח"ר למשקאות קלים בע"מ, פ"ד מ (4) 343 (1986).

²⁰ בהקשר זה יש להבחין בין שני תהליכים שונים, המשלימים זה את זה: מחד גיסא, החלתן של

הצדקה זו להרחבת התחולה של זכויות האדם במשפט הפרטי לא נידונה במישורין בפסיקתו של בית המשפט העליון, אך באה לידי ביטוי בשיח המשפטי האקדמי.²¹ תמורה משפטית שתרמה רבות להפנמה הגוברת של זכויות האדם במסגרת המשפט הפרטי היתה העיגון החוקתי הפורמלי של זכויות אדם רבות עם חקיקתם של חוקי היסוד משנת 1992.²² מאז ואילך החלה הטמעה מוצהרת של נורמות מתחום זכויות האדם אל תוך המשפט הפרטי הגם שמבחינה פורמלית, כפי שיפורט בהמשך, תהליך זה לא התבסס על הוראות מפורשות בחוקי היסוד. פסק דינו של השופט ברק בעניין **קסטנבאום**²³ נחשב כנקודת מפנה המסמלת שינוי זה. פסק הדין נסב על סכסוך שהתגלע עוד קודם לחקיקתם של חוקי היסוד ולכן מבחינה פורמלית הם לא חלו עליו. בהתאם לכך, עמדתו של השופט ברק, שלפיה יש מקום להחיל את זכויות האדם גם על מערכת יחסים בין פרטים, לא התבססה בו על חוקי היסוד, אלא על השקפה כללית בדבר אחדותם של עקרונות היסוד של השיטה.²⁴

זכויות האדם גם על גורמים פרטיים לכל דבר ועניין – תהליך העומד במרכזו של המאמר הנוכחי; ומאידך גיסא, הגדרה מחודשת של התחום הציבורי, כך שתאגידים מסוימים ייחשבו כציבוריים הגם שהבעלות הפורמלית בהם היא פרטית – תהליך המוביל לתחולה ישירה של המשפט הציבורי, או לפחות של חלק מעקרונותיו, על גופים פרטיים מסוימים בלבד. גופים אלה מכונים על פי רוב בפסיקה ובספרות בשם גופים הדו-מהותיים. ראו, למשל, בג"ץ 731/86 **מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ**, פ"ד מא(2) 449 (1987); ע"א 294/91 **חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464 (1992) (להלן: עניין **קסטנבאום**); ע"א 3414/93 **און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ**, פ"ד מט(3) 196 (1995); ע"מ 7151/04 **הטכניון – מכון טכנולוגי לישראל נ' דץ**, פ"ד נט(6) 433 (2005); דפנה ברק-ארוז "תאגידים ציבוריים" **עיוני משפט** יט 273 (1995); אסף הראל **גופים דו-מהותיים: גופים פרטיים במשפט המינהלי** (2008). כאמור, המאמר הנוכחי מתמקד בתהליך הראשון. בהקשר זה הטענה היא, שכל אדם כפוף לחובות מסוימות הנובעות מזכויות האדם. חובות אלה פחותות מן החובות היתירות שבהן נושאים גופים דו-מהותיים בשל מעמדם הציבורי המיוחד.

התמקדות באי-השוויון כהצדקה להחלת זכויות אדם במשפט הפרטי באה לידי ביטוי בכתיבתה של פרנסס רדאי. ראו Frances Raday, *Privatising Human Rights and the Abuse of Power* (2000) 103 CAN. J. L. & JURISPRUDENCE 13; פרנסס רדאי "הפרטת זכויות האדם" והשימוש לרעה בכוח **משפטים** כג 21 (1994). רדאי מבקרת את היישום הנייטרלי של זכויות האדם במשפט הפרטי, בלא התחשבות מספקת באי-השוויון בין הצדדים המעורבים.

תהליכים דומים עברו גם על תחומי משפט אחרים. ראו, למשל, אהרון ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיני)" **מחקרי משפט** יג 5 (1996).

עניין **קסטנבאום**, לעיל ה"ש 20.

השופט ברק הסביר כי לשיטתו "דומה כי מובן וברור הוא, שעקרונות היסוד של השיטה בכלל וזכויות היסוד של האדם בפרט אינם מוגבלים אך למשפט הציבורי. ההבחנה בין משפט ציבורי לבין משפט פרטי אינה כה חריפה. שיטת משפט אינה קונפדרציה של תחומי משפט. היא מהווה אחדות של שיטה ומשפט. אכן, עקרונות היסוד הם עקרונות של השיטה כולה, ולא של המשפט

ד. תחולה ישירה ותחולה עקיפה

שאלה מקדמית שיש להכריע בה באשר להשפעתם של חוקי היסוד משנת 1992 על היקף ההגנה על זכויות האדם במשפט הפרטי היא, האם הגנה זו נובעת מתחולתם הישירה של חוקי היסוד גם על פרטים, או שמא רק מתחולה עקיפה שלהם, בעיקר באמצעות הקרנה פרשנית על דוקטרינות קיימות של המשפט הפרטי? שאלה זו מתחדדת מאחר שחוקי היסוד אינם עוסקים במפורש בסוגיית תחולתם על צדדים פרטיים, אלא רק מכריזים על תחולתם המחייבת על רשויות השלטון.²⁵ לכאורה אפשר היה לפרש בחירה ניסוחית זו כשוללת את תחולתן של זכויות האדם בתחום הפרטי. מנגד אפשר לטעון שחוקי היסוד כלל אינם מכריעים במישרין בסוגיה זו, אלא רק מדגישים את חובתן של רשויות השלטון לכבד את זכויות האדם המוגנות בחוקי היסוד.

העמדה המקובלת כיום לגבי תחולתן של זכויות אדם במשפט הפרטי תומכת במודל התחולה העקיפה. על פי מודל זה, חוקי היסוד משנת 1992 אינם חלים על צדדים פרטיים, אך הם משמשים מקור השראה לפרשנותם של מושגים בעלי "רקמה פתוחה", דוגמת תקנת הציבור, סבירות ותום-לב. בדרך זו הם משפיעים על המשקל היחסי שניתן לזכויות במסגרת דוקטרינות קיימות של המשפט הפרטי.²⁶ עם זאת, לעתים ניתן ביטוי גם למודל התחולה הישירה, לפחות בהקשרים מסוימים שיפורטו

הציבורי בלבד. זכויות היסוד של האדם אינן מכוונות רק כנגד השלטון. הן מתפרסות גם ביחסים ההדדיים שבין הפרטים לבין עצמם. כלום יעלה על הדעת כי ניתן לערוך חוזה בישראל בין שני פרטים, ולפי האחד הופך להיות עבד של האחר?" שם, בעמ' 530.

ס' 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק וס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

זוהי העמדה שצידד בה אהרן ברק בכתביבתו האקדמית, והיא השפיעה על התפתחותה של הפסיקה. ראו אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי** 163 (יצחק זמיר עורך, 1993); Aharon Barak, *Constitutional Human Rights and Private Law*, in HUMAN RIGHTS IN PRIVATE LAW 13, 29 (Daniel Friedmann & Daphne AES 6601/96 Barak-Erez eds, 2001). כך, למשל, כתב השופט ברק בפסק דינו בע"א 6601/96 **System Inc. נ' סער**, פ"ד נד (3) 850 (2000) (להלן: **עניין סער**): "זכויות האדם שבחוקי היסוד מכוונות כנגד הרשות הציבורית. אין הן מעניקות, כשלעצמן ובמישרין, זכויות לפרט כנגד פרט. עם זאת זכויות היסוד – ושאר ההוראות החוקתיות המעוגנות בחוקי היסוד – קובעות מערכת ערכים ותפיסות יסוד אשר במסגרתם פועל ומתפתח המשפט (הציבורי והפרטי)". שם, בעמ' 860–861. לאי-הבהירות שעדיין קיימת באשר למידת תחולתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. במערכות יחסים פרטיות ראו, למשל, רע"א 11925/05 **לוי נ' וייס**, תק-על 2006 (2) 2497, פס' 5 (2006). לדברי השופט ארבל בפסק דין זה: "חוק זה פורש חסותו בעיקר על מערכת היחסים שבין הפרט למדינה, ומידת ואופן תחולתו במסגרת המשפט הפרטי שנויה במחלוקת וכלל אינה ברורה מאליה".

בהמשך.²⁷

לשימוש במודל התחולה העקיפה של חוקי היסוד לצורך הפנמתן של זכויות האדם אל תוך המשפט הפרטי כמה יתרונות, ברמה הפורמלית-דוקטרינלית, מודל התחולה הישירה מעורר קשיים מבחינת נוסחם הנוכחי של חוקי היסוד בנושא זכויות האדם. ראשית, חוקי יסוד אלה מתייחסים במפורש רק לתחולתם על רשויות השלטון. ניסוח זה עשוי ללמד על היעדר תחולה (ישירה) על גורמים אחרים. שנית, חוקי היסוד חלים רק על חלק מזכויות האדם (בעוד זכויות אדם חשובות אחרות אינן נזכרות בהם). החדרתן של זכויות האדם למשפט הפרטי באמצעות החלה ישירה של חוקי היסוד היתה עלולה להעניק מעמד עדיף במשפט הפרטי לאותן זכויות שזכו לעיגון מפורש בחוקי היסוד (בהשוואה לזכויות האדם שטרם זכו להסדרה בחוקי יסוד).²⁸ אמנם, בית המשפט העליון בישראל ניסה להתמודד עם חלקיות ההסדרים שבחוקי היסוד באמצעות פרשנות רחבה שלהם (וציין, לדוגמא, שחופש הביטוי והזכות לשוויון הם נגזרות של כבוד האדם).²⁹ אולם גם למודל פרשני זה ישנן מגבלות. מעבר לכך, ברמה המהותית, חשוב לשים לב לכך, שהאיזון בין זכויות האדם מול אינטרסים חברתיים בתחום הציבורי שונה מהאיזון ביניהם בתחום הפרטי, המעמת בין זכותו של פרט אחד לזכותו של פרט אחר. אפשר לטעון, כי מודל התחולה העקיפה מיטיב לשקף את הבחירה בנקודת איזון שונה זו (אם כי לכאורה אפשר גם לחשוב על מודל של תחולה ישירה, שבו ייושמו מבחני איזון שונים במצבים של איזון בין זכויות של גורמים פרטיים).

27 ראו בפרק ו(1) להלן.

28 חוקי היסוד משנת 1992 אינם מזכירים לכאורה כמה זכויות חשובות. מבין הזכויות האזרחיות והפוליטיות המרכזיות הם אינם כוללים התייחסות מפורשת לחופש הביטוי, לחופש ההתאגדות, לחופש הדת והמצפון ולזכות לשוויון. הם גם אינם מאזכרים במפורש זכויות חברתיות.

29 פרשנות רחבה זו קודמה על ידי הנשיא ברק ובהדרגה זכתה לתמיכה רחבה. הטיעון כי הזכות לשוויון מוגנת בגדרה של הזכות לכבוד התקבלה על-ידי בית המשפט העליון בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, תק-על 2006 (2) 1559 (2006); בג"ץ 7052/03 עדאלה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, תק-על 2006 (2) 1754 (2006). פרשנות דומה לגבי ההגנה על הזכות לחופש ביטוי במסגרת הזכות לכבוד התקבלה על-ידי בית המשפט העליון בבג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-על 2008 (3) 3172 (2008) (להלן: עניין המפקד הלאומי).

ה. זכויות אדם בדיני החוזים

לכאורה ההגנה על זכויות האדם בתחום דיני החוזים יכולה לבוא לידי ביטוי בשתי דרכים מנוגדות – בחיזוק ההגנה על החופש להתקשר בחוזה (כנגזרת של הזכות לחירות ולאוטונומיה), ומנגד, בהגנה מפני פגיעות בזכויות אחרות באמצעות התניה חוזית עליהן. בשל מורכבות זו, תוצאותיה של ההכרה ברלבנטיות של זכויות האדם לזירה החוזית אינה מובנת מאליה.

על אף שחופש החוזים אינו נמנה עם הזכויות שהוכרו במפורש בחוקי היסוד, סבר השופט ברק כי חופש זה נהנה ממעמד של זכות חוקתית מוגנת, כנגזרת של עקרון "כבוד האדם" המגלם בקרבו גם את ההגנה על האוטונומיה האישית.³⁰ חרף ההיגיון הטמון במתיחת הקו המקשר בין אוטונומיה ובין כבוד האדם, קיים חשש שההכרה בחופש החוזים כחלק מכבוד האדם החוקתי תרתיע מפני התערבות בהסדרים חוזיים וטרור-חוזיים הפוגעים בזכויות אדם אחרות. זאת על רקע הטענה, כי במקרים רבים הדוקטרינה של חופש החוזים אינה מגינה על חירות פעולה אלא דווקא על מציאות של הסדרים שיש בהם כניעה של צדדים חלשים (מבחינה סוציו-אקונומית או פוליטית) לחוזים המאיימים על זכויותיהם.³¹ ביקורת זו, המבוססת על מורשת הריאליזם המשפטי היא חשובה,³² אם כי לא בהכרח מובילה למסקנה חד-משמעית: אפשר לקבל אותה במלואה ובהתאם לכך לדחות כליל את הפרשנות שלפיה עקרון כבוד האדם טומן בחובו גם את חופש החוזים; ולחלופין אפשר לקבלה באופן מסויג בלבד שאמנם אינו שולל את ההכרה במעמד החוקתי של חופש החוזים, אך תומך בהגבלתו כאשר הוא מתעמת עם זכויות אחרות.

³⁰ ראו בג"ץ 1683/93 **יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים**, פ"ד מז(4) 702, 708 (1993); אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" **הפרקליט** מא 271, 279 (1994). לתמיכה בגישה זו ראו גבריאלה שלו "שוויון בדיני החוזים" **ספר מנשה שאוה – מחקרים במשפט לזכרו** 115, 118 (אהרן ברק ודניאל פרידמן עורכים, 2006).

³¹ לביקורת זו ראו אייל גרוס "החוקה הישראלית: כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי?" **צדק חלוקתי בישראל** 79, 91–92 (מנחם מאוטנר עורך, 2000).

³² היא גם מתאימה יותר לדיני החוזים המודרניים, שכבר מיתנו ממילא את תחולתו הנוקשה של עקרון חופש החוזים, לפחות בכל הנוגע למצבים לא-שוויוניים, כמו בדיני החוזים האחידים ובהקשרים צרכניים באופן יותר כללי. ראו, למשל, רע"א 1185/97 **יורשי ומנהלי עיזבון המנוחה מילגרם הינדה ז"ל נ' מרכז משען**, פ"ד נב(4) 145 (1998). ברוח זו בית המשפט העליון הרחיב את נכונותו לקבל טענות שלפיהן צד לחוזה התקשר בו שלא מרצונו החופשי. כך, למשל, הפסיקה הכירה גם בעילה של כפייה כלכלית (ראו ע"א 8/88 **שאוול רחמים בע"מ נ' אקספומדיה בע"מ**, פ"ד מג(4) 95 (1989) וכן הרחיבה את הנכונות לקבל טענה מן הסוג של "לא נעשה דבר" (ראו ע"א 8163/05 **הדר חברה לביטוח בע"מ נ' פלונית**, תק-על 2007(3) 1976 (2007)).

בהמשכו של פרק זה ייבחנו מצבים שבהם חופש החוזים נמצא במתח עם זכויות אחרות הן בשלב הטרם-חוזי (שבו המשמעות המעשית של התערבות בחופש החוזים היא ביקורת על החלטות שלא להתקשר, בעיקר כאלה המבוססות על טעמים מפלים) והן בשלב החוזי (הנוגע להתניות על זכות או זכויות של אחד מן הצדדים). כפי שיובהר, לעת עתה בית המשפט העליון מגלה פתיחות רבה יותר להתערבות בתניות הפוגעות בזכויות האדם (בשלב החוזי) מאשר לאכיפתה של מערכת יחסים חוזית על מי שנמנעו ממנה מטעמים פסולים, בעיקר טעמים מפלים (בשלב הטרם-חוזי). הלכה למעשה, הכלים המשפטיים המשמשים את בית המשפט להפנמתן של זכויות האדם בתחום החוזי הם פרשנות של נורמות קיימות במסגרת מודל התחולה העקיפה וכן חקיקה ספציפית המחילה במישור נורמות של זכויות אדם על הצדדים למערכת החוזית או הטרם-חוזית.

1. **תניות של הגבלת עיסוק** – כפי שכבר צוין, גם פסקי דין מוקדמים של בית המשפט העליון הכירו בבטלותן של תניות חוזיות, שפגעו באופן ממשי בחופש העיסוק (בעיקר בחוזי עבודה שהטילו הגבלות על עובדים בתקופה שלאחר סיום העבודה אצל המעביד). אולם, מאז שנות התשעים יישומה של גישה זו התחזק – תחילה בפסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה, ובהמשך אף בפסיקתו של בית המשפט העליון.

בעניין **פרומר**³³ בית הדין הארצי לעבודה פסק לטובת המערער, מהנדס תוכנה שלפי חוזה העבודה שלו היה מנוע מעבודה עבור חברה מתחרה במשך תקופה של 22 חודשים. בעוד שבעבר בתי המשפט היו מוכנים לקבל סעיפים מגבילים דומים כל עוד לא חרגו מעבר לתקופה של שנים ספורות, בית הדין הארצי לעבודה פסל במקרה זה את התניה. לשיטתו, ההגבלות על חופש העיסוק של המערער היו בלתי-סבירות, במיוחד בהתחשב בכך שלא התעוררה בעיה של פגיעה בסודות מסחריים של המעביד.³⁴ בית המשפט העליון המשיך וחיזק מגמה חדשה זו בעניין **סער**,³⁵ שעסק אף הוא בתניה של הגבלת עיסוק של עובד בתחום המחשבים. בית המשפט הסביר, כי חוקי

³³ ע"ע 164/99 **פרומר נ' רדגארד בע"מ**, פד"ע לד 294 (1999).

³⁴ בית הדין ביסס את החלטתו על כמה גורמים: הערכים העומדים בבסיס חוקי היסוד החדשים, חוסר השוויון האינהרנטי בין מעסיקים לעובדים, חשיבותו של חופש העיסוק להגשמה העצמית של הפרט, תרומתה של התחרות על עובדים למשק והערך של זרימת מידע לשוק המוצרים. על כן, אפשר יהיה להגביל את חופש העיסוק במקרה של הגנה על סוד מסחרי או הכשרה מיוחדת שניתנה לעובד, אך לא במקרה אחר. נוסף על כך, בית הדין הדגיש את חשיבותו של מתן פיצוי במקרה של הגבלות על חופש העיסוק וכן את נושא תום ליבם והגינותם של שני הצדדים.

³⁵ עניין **סער**, לעיל ה"ש 26.

- היסוד כוללים מערכת ערכים המקרינה גם על התפתחותו של המשפט הפרטי. על בסיס זה נפסק, כי השאיפה לחסימתה של תחרות מסחרית חוקית אינה אינטרס לגיטימי שעל בית המשפט להגן עליו.³⁶
2. **תניות חוזיות הפוגעות בכבוד האדם** – עניין קסטנבאום שהוזכר לעיל הוא דוגמה לביטול תניה חוזית שהובנה כפוגעת בכבוד האדם.³⁷ במקרה זה נידונו הוראותיו של חוזה אחיד של חברה קדישא, שחייב שימוש בכיתוב עברי וציון תאריכים לפי הלוח העברי על גבי המצבות בבית הקברות. בני משפחה של המנוחה, שחתמו על החוזה, ביקשו לתקוף תניות אלה, ושופטי הרוב בבית המשפט הסכימו עמם. השופט ברק, שכתב את פסק הדין העיקרי, קבע כי התניה הנידונה פסולה בשל פגיעתה בכבוד האדם של בני המשפחה, שזכותם לאוטונומיה ולחופש ביטוי הוגבלה.
3. **אכיפת חוזי עבודה וחופש ההתאגדות וההתארגנות** – התפתחות נוספת, שמקורה בפסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה, היא ההכרה באפשרות לאכוף חוזי עבודה על מעבידים שפיטרו עובדים מטעמים פסולים בשל פעילותם כנציגי העובדים, כלומר: בשל פעילות הקשורה במימוש חופש ההתאגדות וההתארגנות שלהם. בפסיקה זו היה משום חריג לעיקרון הבסיסי של דיני התרופות לפיו חוזה עבודה אינו נאכף (בהיותו חוזה למתן שירות אישי).³⁸ התקדים הראשון ברוח זו נקבע בעניין **יניב**,³⁹ שעסק בהחלטה לפטר נציגי עובדים. באופן דומה נפסק גם בעניין **הורן את ליבוניץ**,⁴⁰ שבו נידון עניינם של עובדים אשר פוטרו בעקבות שביתה. בית המשפט ביסס את פסיקתו על הזכות החוקתית להתאגד ועל עקרון השוויון. בית הדין הסביר, כי הזכות לשבות היא אחד מאמצעי הלחץ היחידים של עובדים על מעסיקיהם. לאחר מכן אומצה נורמה זו של אכיפת חוזה עבודה בנסיבות שבהן החלטת פיטורים פוגעת בזכות ההתארגנות גם בחקיקה.⁴¹
4. **תניות חוזיות המגבילות את זכות הגישה לערכאות** – תניה השוללת את הזכות לתבוע מכוח החוזה בבית משפט פוגעת בזכות הגישה לערכאות ועל כן בית המשפט רשאי לפסול אותה או לפחות להימנע מאכיפתה.

36 שם, בעמ' 873.

37 עניין קסטנבאום, לעיל ה"ש 20.

38 ס' 2(3) לחוק התרופות.

39 דב"ע נו/ 209–3 מפעלי תחנות בע"מ נ' יניב, פד"ע לג 289 (1996).

40 עס"ק 1008/00 הורן את ליבוניץ בע"מ נ' הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע לה 145 (2000).

41 חוק הסכמים קיבוציים (תיקון מס' 6), התשס"א–2001, ס"ח 123.

הגבלתה של זכות הגישה לערכאות נידונה בעניין **לוי**,⁴² שעסק בחוזה מזונות בין בני זוג אשר נועד להסדיר את זכויותיהם בשלב שלפני הגירושין. הצדדים התחייבו שלא לתבוע מכוחו של חוזה זה, שאף הוסיף וקבע כי לא יוכל להיעשות בו שום שימוש, לרבות על דרך הצגתו בפני בית משפט. בהידרשו לחוזה, הנחת המוצא של השופט זמיר היתה, שזכות הגישה לערכאות היא זכות יסוד ועל כן יש לפרש את החוזה לאור ההנחה שהצדדים לא התכוונו להגבילה אותה. אם פרשנות כזו אינה אפשרית, בית המשפט יוכל לקבוע כי תניה מסוג זה היא בטלה בשל היותה מנוגדת לתקנת הציבור. עם זאת, בנסיבות העניין השופט זמיר מצא שאפשר להסתפק בהימנעות מאכיפתה של התניה. המשמעות המעשית של פסיקה זו היתה, שהתניה נותרה חסרת משמעות בנסיבות העניין. במקרים אחרים בית המשפט בחר בפרשנות שאפשרה לצקת לתניות מגבילות משמעות, שלפיה הן אינן חוסמות באופן מוחלט את האפשרות של תביעה משפטית, וכך להימנע מפסילתן.⁴³

5. **הפליה בהסכמים קיבוציים** – בית המשפט העליון הסתמך על עקרון השוויון לשם ביטולן של הוראות מפלות (במתכונת של הפליה קבוצתית) בהסכמים קיבוציים. ההתערבות בהסכמים קיבוציים נחשבת קלה יחסית מאחר שהמשקל המיוחס לאוטונומיה של הצדדים לחוזה בהקשר זה נמוך – בשל המתכונת הקולקטיבית של המשא ומתן וההחלה הנורמטיבית של ההסכמים הקיבוציים על חוזה העבודה האינדיבידואליים. פסקי הדין התקדימיים בתחום זה ניתנו בעניינן של נשים עובדות.⁴⁴ בהמשך לכך יושמו עקרונות דומים לגבי נסיבות של הפליה על בסיס נטייה מינית.⁴⁵ וגיל.⁴⁶ כיום המקרים שהוכרעו בעבר מכוח הפעלתה של הזכות לשוויון במסגרת העיקרון הכללי של תקנת הציבור נשלטים גם על ידי החקיקה הספציפית האוסרת על הפליה בעבודה (ושעילות ההפליה האסורות הורחבו

42 ע"א 3833/93 לוי נ' לוי, פ"ד מח(2) 862 (1994).

43 ע"א 3369/98 מינהל מקרקעי ישראל נ' רוזנטל, פ"ד נה(4) 52 (2001); רע"א 7608/99 לוקי ביצוע פרויקטים (בנייה) 1989 בע"מ נ' מצפה כנרת 1995 בע"מ, פ"ד נו(5) 156 (2002). לפירוט נוסף בסוגיה של חסימת הדרך לערכאות משפטיות, ראו עופר גרוסקופף "חוזה פסול" חוזים כרך ג 532, 473–537 (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים, 2003).

44 ראו בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749 (1990); בג"ץ 6845/00 ניב נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נו(6) 663 (2002). שני פסקי הדין עסקו בהפליה כנגד נשים בהקשר לגיל פרישתן.

45 בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994).

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

בה במהלך השנים).⁴⁷ יחד עם זאת, חשוב להדגיש את נכונותה העקרונית של הפסיקה לחתור לשוויון במסגרת העיקרון של תקנת הציבור, גם בלא חקיקה ספציפית.

6. **הפליה בשלב הטרם-חוזי** – החלתו של עקרון השוויון בשלב הטרם-חוזי היא אתגר גדול במיוחד מבחינת התפיסה המסורתית של דיני החוזים, משום שהיא מגבילה לכאורה את ההחלטה לגבי ההתקשרות עצמה, הנחשבת לביטוי המובהק ביותר של חופש החוזים.

סוגיה זו נידונה לראשונה בבית המשפט העליון בעניין **בית יולס**⁴⁸ בהקשר למכרז פרטי. באופן יותר ספציפי השאלה שהתעוררה היתה, האם גוף פרטי שמפרסם מכרז צריך להתייחס לכל הפונים אליו באופן שווה? מאחר שהזכות לשוויון כשלעצמה איננה עיקרון מוכר בתחום דיני החוזים, השאלה היתה, האם החובה לנהוג בתום-לב טומנת בחובה גם את הסטנדרט של יחס שווה למתמודדים במסגרת המכרז. דעת הרוב השיבה על שאלה זו בשלילה על סמך התפיסה המסורתית של חופש החוזים. בניגוד לכך, שופטי המיעוט סברו, כי הגם שעקרון השוויון איננו מחייב ככזה במשפט הפרטי, החובה לנהוג בשוויון משתמעת מן החובה לנהוג בתום לב ככל שמדובר בסיטואציה של מכרז. במישור הפורמלי ההלכה המחייבת היא זו שנקבעה על ידי שופטי הרוב. עם זאת, יש מקום לייחס חשיבות רבה גם לדעת המיעוט. מעבר לכך שזו היתה דעתם של שניים מהשופטים המשפיעים ביותר בבית המשפט העליון – שמגר וברק – ראוי לשים לב לכך שפסק הדין ניתן בראשית שנות השמונים, בעת שהתפיסה לגבי השפעת זכויות האדם על המשפט הפרטי היתה עדיין בראשית דרכה. מכל מקום, חשוב להדגיש כי מקרה זה עסק באפליה כלכלית רגילה, שלא חרגה לעבר אפליה קבוצתית פסולה. החלתו של עקרון השוויון במשפט הפרטי צפויה להתקבל ביתר קלות בנסיבות של הפליה קבוצתית, הפוגעת בגרעינה של הזכות החוקתית לשוויון. מאז הפסיקה בעניין **בית יולס** לא נקרתה לבית המשפט העליון עצמו ההזדמנות לחזור ולעסוק בשאלה, האם עקרון תום הלב מחייב לנהוג בשוויון גם בתחום המשפט הפרטי. אמנם, בעניין **קל בנין**⁴⁹ בית המשפט העליון פסל התנהגות לא-הגונה של חברה שפרסמה מכרז פרטי, אך פסק דין זה נסב על התקשרות עם גורם שכלל לא השתתף במכרז, בנסיבות שבהן כבר התקיים

⁴⁷ חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, ס"ח 38 (להלן: חוק שוויון הזדמנויות בעבודה).

⁴⁸ ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441 (1989).

⁴⁹ ע"א 4850/96 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נב(5) 562 (1998).

משא ומתן מתקדם מאוד עם החברה התובעת שהשתתפה בו. כלומר, סוגיית האפליה בין משתתפים במכרז לא עלתה בו במישורין.⁵⁰ עם זאת, פסקי דין שניתנו בערכאות ראשונות מלמדים, כי קיימת בהם פתיחות של ממש להתערבות בהפליית טרום-חוזיות בנסיבות של הפליה קבוצתית אסורה. פסקי דין אלה טרם הבשילו פסיקה עקרונית של בית המשפט העליון ולעתים הניתוח המשפטי הפורמלי שביסודם אינו נקי מספקות, אך הם מבטאים מגמה ברורה של התפתחות לעבר הפנמת ההגנה על זכויות אדם גם בשלב הטרם-חוזי.

אחד מציוני הדרך של התפתחות זו הוא פסק הדין של בית משפט השלום בירושלים בעניין **נעאמנה**.⁵¹ במקרה זה נידונה תקרית של הפליה נגד ערבים אזרחי ישראל שלא הורשו להיכנס לפארק מים פרטי. בית המשפט סבר שפרסום הפארק היה הצעה לציבור וכי אין לחזור ממנה לאחר שכבר הוחל בהסתמכות עליה, ועל כל פנים, יש לראות חזרה זו כנעשית בחוסר תום לב. לחלופין, בית המשפט סבר כי הסירוב לאפשר כניסה לפארק היה הפרה של חובה חקוקה (שבנסיבות העניין היתה החובה העומדת כנגד זכותם החוקתית של התובעים לכבוד, שפורשה כטומנת בחובה גם את הזכות לשוויון).⁵² פסק דין דומה ניתן בעניין **שמסיאן**,⁵³ שדן בסירוב לאפשר את כניסתה למועדון של אישה הסובלת ממוגבלות. בית משפט השלום בתל אביב קבע במקרה זה, כי אי אפשר היה לבטל את ההצעה שניתנה לציבור לאחר שכבר שימשה בסיס להסתמכות. שני פסקי דין אלה – בעניין **נעאמנה** ובעניין **שמסיאן** – מבטאים את פתיחותם הגוברת של בתי המשפט לאכיפת

⁵⁰ ראוי להוסיף, כי בפסק דין נוסף שעסק באותו מקרה נפסקו פיצויי קיום לחברה התובעת, שהיתה אמורה לזכות במכרז בשל כך שנמנעו ממנה הרווחים שהיו נובעים מן ההתקשרות עמה, אילו זו יצאה לפועל. ראו ע"א 6370/00 **קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ**, פ"ד נו(3) 289 (2002). לכאורה אפשר לטעון, כי פסק דין זה מבטא כרסום ברתיעה לכפות יחסים חוזיים עם מי שאינם מעוניינים בכך, אולם יש לשים לב לכך שפסק הדין עוסק בנסיבות שבהן מלכתחילה היתה נכונות להתקשר בחוזה. בית המשפט מדגיש, שלא היה פוסק באותו אופן אלמלא הגיעו הצדדים לשלב מתקדם מאוד במשא ומתן. לעומת זאת, במקרים של אפליה מטעמים פסולים של השתייכות קבוצתית לרוב הצד המפלה נרתע מלכתחילה מכניסה למשא ומתן עם הגורם שהוא חפץ להפלות.

⁵¹ ת"א (שלום י"ם) 11258/93 **נעאמנה נ' קיבוץ קליה**, תק-של 396 (3) 1639 (1996) (להלן: עניין **נעאמנה**).

⁵² הפן הנוזיקי של פסק הדין נידון בהמשך בפרק ו(3).

⁵³ ת"א (שלום ת"א) 15/97 **שמסיאן נ' מסעדת גני רוזמרי**, פדאור 99(5) 441 (1999) (להלן: עניין **שמסיאן**).

עקרונות חוקתיים במסגרת המשפט הפרטי. במקביל, הם חושפים את מגבלותיהן של הדוקטרינות המסורתיות בהגנה על זכויות אדם בשלב הקדם-חוזי. בשני המקרים ההנמקה המשפטית התבססה על כך שהנתבעים פרסמו הצעה לציבור. הנמקה זו אינה מתאימה למקרים של הפליה טרום-חוזית שבהם המציע מגלה פתיחות ומספק מידע לגבי מדיניותו המפלה. כדי להתמודד עם מגבלה זו נדרשת חקיקה ספציפית, כמפורט להלן.

7. **חקיקת זכויות אדם ספציפית נגד הפליה** – מעבר להגנה השיפוטית על זכויות אדם במסגרת פרשנותם של מושגי שסתום המעוגנים בחקיקה המסורתית של המשפט הפרטי, ערוץ פעולה נוסף שתורם להרחבת ההגנה על חלק מן הזכויות היה חקיקה ספציפית שהוחלה במישרין על הפרות של זכויות אדם מסוימות. במתכונת פעולה זו של חקיקה ספציפית נעשה שימוש מוקדם יחסית בתחום של דיני העבודה, עם חקיקתו של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, האוסר על הפליה בין עובדים או מועמדים לעבודה.⁵⁴ התפתחות משמעותית נוספת הושגה עם חקיקתו של חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א–2000.⁵⁵ סעיף 3(א) של חוק זה אוסר על אנשים שעסקם הוא באספקת מוצרים או שירותים, או בניהול מקום שאליו לציבור ישנה זכות גישה, להפלות על בסיס גזע, דת, לאום, ארץ מוצא, מין, העדפה מינית, השקפות, דעות פוליטיות, מעמד חברתי, הורות או נכות.⁵⁶ יתרונו הניכר של חוק זה מתבטא בתחולתו על השלב הטרום-חוזי, שעד אז הוזנח באופן יחסי. הוא גם כולל החלה ישירה של הזכות לשוויון על מערכות היחסים שהוא מסדיר (להבדיל מתחולה עקיפה בלבד). עם זאת, מנקודת מבטם של דיני החוזים, החסרון בחוק זה נעוץ בכך שהוא מגדיר הפליה אסורה כעוולה ואינו מכיר באפשרות של אכיפת ההתקשרות.⁵⁷

ו. זכויות האדם בדיני הנזיקין

החתירה להגנה על זכויות אדם במסגרת דיני הנזיקין מתיישבת, כאמור, היטב עם

⁵⁴ ראו לעיל ה"ש 47.

⁵⁵ חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א–2000, ס"ח 58 (להלן: חוק איסור הפליה במקומות ציבוריים).

⁵⁶ החוק אינו עוסק במפורש באיסור על אפליה מטעמי גיל.

⁵⁷ בעניין זה ראו: הלה קרן "שוויון בדיני חוזים – קריאה פמיניסטית" משפטים 269 (2000).

המסורת של ענף משפטי זה, שבו חלק מזכויות האדם נהנו מהגנה במסגרת העוולות הקיימות.⁵⁸ למעשה לא זו בלבד שדיני הנזיקין הגנו, ומגינים, על זכויות אדם, אלא שהם גם כוללים אמצעים המאפשרים להרחיב הגנה זו בדרכים שונות – באמצעות פרשנות דינמית של מושגי ה"רשלנות" ו"חובת זהירות" בעוולת הרשלנות, באמצעות החלתה של העוולה של הפרת חובה חקוקה על חובות חקוקות נוספות ובאמצעות פרשנות הנוטה לעבר זכויות האדם גם במסגרת העוולות הספציפיות. מעבר לכך, הגנה נוספת על זכויות האדם יכולה להתבסס על הסדרים חדשים של אחריות בנזיקין מחוץ לפקודת הנזיקין.

כמו בתחום דיני החוזים, גם בדיני הנזיקין הטמעתן של זכויות האדם מבוססת בעיקר על מודל התחולה העקיפה.⁵⁹ למודל זה יתרונות ברורים בהשוואה למודל התחולה הישירה. המשמעות של קבלת מודל התחולה הישירה היא הכרה באפשרות לתבוע פיצויים בגין הפרה של כל אחת מהזכויות המוכרות בחוקי היסוד על בסיס חוקי היסוד עצמם (למשל, הכרה בזכותו של אדם שרכושו נפגע לתבוע בגין הפרה של זכותו החוקתית לקניין, במקום להתבסס על עוולות מסורתיות כמו הסגת גבול או רשלנות). במילים אחרות, קבלת הגישה של תחולה ישירה היתה מובילה להתפתחות מערכת של דיני פיצויים חוקתיים המבוססים על חוקי היסוד במקביל לדיני הנזיקין. התפתחות זו היתה מעוררת בעיות שונות. ראשית, חוקי היסוד מתייחסים לזכויות המוגנות בהם רק באופן כללי מאוד. הם אינם מפרטים את מידת ההגנה על הזכויות, וממילא אינם כוללים הנחייה בכל הנוגע ליסודות הקונקרטיים, העובדתיים והנפשיים של החבות. זהו בסיס רופף וכללי מדי לפיתוח של מערך כללי אחריות שלם, המחייב התייחסות גם לשאלות נלוות, כמו סיבתיות, אחריות שילוחית, הגנות ועוד.⁶⁰ שנית, התפתחות כזו היתה יוצרת בעיות מרובות של חפיפה עם דיני הנזיקין הרגילים ואף של התנגשות עמם.

⁵⁸ ראו לעיל בפרק ב.

⁵⁹ יודגש, כי הכוונה היא להפרת זכויות במערכות יחסים פרטיות. המאמר אינו דן בתביעות פיצויים בגין הפרתן של זכויות אדם המוגשות נגד רשויות. לתביעות פיצויים נגד רשויות ראו דפנה ברק-ארז **עוולות חוקתיות – ההגנה הכספית על הזכות החוקתית** (התשנ"ד); דפנה ברק-ארז "עוולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד" **משפט וממשל** ט 103 (2005).

⁶⁰ בהקשר זה קושי נוסף הכרוך ביישום המודל של תחולה ישירה הוא, שהסתמכות עליו עלולה להוביל להטלת אחריות חמורה ובכך ליצור מתח שקשה ליישבו בין משטר האחריות על בסיס אשמה של עוולת הרשלנות, שהוא ליבת דיני הנזיקין הקיימים, ובין משטר האחריות בהשפעת חוקי היסוד. הטענה כי אפשר להטיל אחריות חמורה באמצעות חוקי היסוד הועלתה על ידי אהרן ברק, שכתב בעניין זה כי "רוב החובות המוטלות בחוקי-היסוד הן מוחלטות, ועל כן ניתן להטיל בגינן אחריות בהיקף רחב יותר מזו המתקבלת על-פי עוולת הרשלנות". ראו אהרן ברק **פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית** כרך שלישי 788 (1994).

טעם נוסף להעדפת המודל של תחולה עקיפה גם בהקשר הנזיקי הוא האיזון שדיני הנזיקין חותרים אליו בין זכותו של היחיד, מצד אחד, ובין ערכים ואינטרסים חברתיים, מצד אחר. יישומו של מודל התחולה העקיפה צפוי להבטיח בצורה טובה יותר, כי המשקל שיינתן לערכים ולאינטרסים הקולקטיביים באיזון בינם לבין זכויות אדם, לא יהיה נמוך מדי.⁶¹ כלומר, המסגרת הנזיקית מאפשרת פרספקטיבה מתאימה לאיזון הנדרש בין ההגנה על זכויות ובין ההגנה על האינטרס הציבורי.

רתיעתו של בית המשפט העליון מפיתוח של דיני נזיקין חוקתיים, המבוססים על תחולה ישירה של חוקי היסוד על גורמים פרטיים, באה לידי ביטוי בעניין **דעקה**.⁶² במקרה זה ההתדיינות נסבה על שאלת האחריות בגין מחדל של אי-מתן מידע לחולה בנוגע לטיפול בנסיבות שבהן בית המשפט השתכנע, כי החולה היתה מסכימה לטיפול גם לו נמסר לה המידע. אף על פי כן, בית המשפט קבע, כי התובעת זכאית לפיצוי בשל העובדה שנשללה ממנה הזכות להחליט עבור עצמה, על יסוד המידע הרלוונטי, האם לבחור בטיפול. אולם, למרות הפגיעה בזכותה של התובעת לכבוד ולאוטונומיה, השופטים נמנעו מלבסס את האחריות במישורין על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. השופטת שטרסברג-כהן הסבירה, כי פיתוח דיני נזיקין חוקתיים הוא משימה מורכבת ועל כן לפי שעה ייטב לבתי המשפט לדבוק בדיני הנזיקין, ובמקרה זה – בעוולת הרשלנות, המושפעת מן הערכים החוקתיים ומשמשת מסגרת נאותה לאיזון ביניהם.⁶³

⁶¹ ניתן להביא המחשה לכך מן התחום של אחריות בנזיקין של רשויות שלטוניות. לאחריות כזו יכולות להיות השפעות לוואי שליליות, כמו הרתעת יתר (בשל אימוץ דפוסי פעולה "מתגוננים" ולא ענייניים), שיבוש תפקודן של רשויות ציבור, הצפת בתי משפט בתביעות ופגיעה בעקרון הפרדת הרשויות. פסק דין שבו נידונו ויושמו שיקולים אלה, תוך מתן משקל של ממש לשיקולים התומכים בצמצום אחריותן של רשויות ציבוריות, הוא ע"א 915/91 **מדינת ישראל נ' לוי**, פ"ד מח(3) 45 (1994) (להלן: עניין **לוי**). להרחבה ראו ישראל גלעד "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור" (חלק ראשון) **משפט וממשל** ב 339 (1994); ישראל גלעד "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור" (חלק שני) **משפט וממשל** ג 55 (1995) (להלן: גלעד (חלק שני)). ראוי לציין, כי פסיקה חדשה של בית המשפט העליון נוטה לעבר הרחבת היקף האחריות של רשויות השלטון. ראו, למשל, ע"א 2906/01 **עיריית חיפה נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ**, תק-על 2006(2) 2504 (2006); ע"א 1068/05 **עיריית ירושלים נ' מימוני**, תק-על 2006(4) 4084 (2006); ע"א 10078/03 **שתיל נ' מקורות חברת מים בע"מ**, תק-על 2004(4) 3519 (2007).

⁶² ע"א 2781/93 **דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה**, פ"ד נג(4) 526 (1999) (להלן: עניין **דעקה**).
⁶³ לדברי השופטת שטרסברג-כהן: "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, שכמוה כעוולה חוקתית. פיתוחן של עילות תביעה הסבות על הפרת זכויות יסוד ופגיעה בהן הינו נושא מורכב העושה עתה אך את צעדיו הראשונים במשפט הישראלי. הכרה בקיומן של עילות תביעה חוקתיות מעוררת שלל קשיים ושאלות שטרם זכו לליבון ולדיון בפסיקת בתי המשפט ובכתיבת המלומדים, כגון אילו זכויות יהיו מושא להגנה על-ידי עילות חוקתיות; מה הם

גם השופטת ביניש דנה באי-הבהירות הקיימת באשר למידת הדמיון בין עוולת הרשלנות לעוולות חוקתיות.⁶⁴ בסופו של דבר, שופטי הרוב תמכו בהטלת אחריות על יסוד פיתוח של עוולת הרשלנות, תוך מתן משקל, במסגרת האיזונים הפנימיים של עוולה זו, להגנה החוקתית על האוטונומיה האישית בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כלומר: תוך שימוש במודל התחולה העקיפה.

אפשר להוסיף, כי הגם שבמקרה הרגיל לא מוכרת התחולה הישירה של חוקי היסוד על גורמים פרטיים, בית המשפט העליון לא סגר את הדלת באופן מוחלט בפני האפשרות של פנייה לערוץ זה בנסיבות יוצאות מן הכלל כבסיס שיוירי לאחריות. כך למשל, בפסק הדין בעניין **טננבוים**⁶⁵ השאלה היתה, האם קרוביו של מי שנחטף על ידי ארגון טרור יכולים לבקש הוצאתו של צו איסור פרסום לגבי מידע העלול לסכן את חייו? במישור העקרוני השיב בית המשפט על שאלה זו בחיוב, אם כי סירב לתת את הצו המבוקש בנסיבות העניין. עולה מפסק הדין כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, יכול לשמש בסיס לסעד במסגרת התדיינות בין צדדים פרטיים, לשם הגנה על חייו של אדם, כאשר תרופה זו אינה בת השגה מכוחו של חוק אחר. בכך גילה בית המשפט נכונות לאמץ את הגישה של *ubi ius ibi remedium* (במקום שקיימת זכות קיים גם סעד) אם כי הגביל אותה, מבלי לפרט, למצבים שיויריים.⁶⁶

1. התחולה העקיפה של חוקי היסוד והשפעתה על תהליך האיזון של דיני

הנזיקין – יישומו של מודל התחולה העקיפה בדיני הנזיקין בא לידי ביטוי בשינוי מיקומה של נקודת האיזון בין הזכויות והאינטרסים במסגרת ההליך

המבחנים להגנה על זכויות אלה; מה הם הסעדים ההולמים פגיעה בזכות חוקתית? וכדומה. במצב דברים זה, כאשר סוגיות אלה טרם נידונו 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" (שם, בעמ' 617).

בעניין זה כתבה השופטת ביניש, כי "לא ברור אם הנזק בגין עוולה חוקתית נבחן על-פי אמות-המידה של עוולת הרשלנות" (שם, בעמ' 559).

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

השופט אור כתב בעניין זה כך: "הנטייה המסתמנת היא כי יש מקום להכיר בתרופה חוקתית עצמאית במקום שבו נפגעה זכות המעוגנת בחוקי היסוד. בענייננו מדובר בסעד מניעתי – מניעת מעשה אשר על-פי הטענה טומן בחובו פגיעה או אפשרות לפגיעה בזכות היסוד. אכן, אם קיימת עילה כנגד פגיעה בזכות זו, ניתן לעתור למניעת פגיעה כזו. 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... 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. כאמור, בנסיבות המקרה איננו נדרשים להכריע בשאלה זו, ונשאירה לדיון מעמיק לעת שתידרש הכרעה לגופו של עניין" (שם, בעמ' 365–366).

הנזיקי. כאשר בתי המשפט דנים בשאלה של הטלת אחריות בגין פעילות מזיקה, הם שוקלים את הזכויות ואת האינטרסים של הצדדים הנוגעים בדבר – המזיקים, הניזוקים, צדדים שלישיים המושפעים מן האירוע ואף האינטרס הציבורי בכללותו. איזון זה מצריך מתן משקל לכל זכות או אינטרס ומושפע משיקולים ערכיים. העיגון החוקתי של זכויות האדם מחייב לכאורה את הגדלת משקלן במסגרת תהליך זה ולפיכך הן עשויות לקבל הגנה גדולה יותר גם במסגרת של דיני הנזיקין בהשוואה למה שהיה מקובל קודם לכן, ואף לקבל הגנה שלא ניתנה בעבר. העיגון החוקתי של הזכות לכבוד, למשל, הוסיף על המשקל היחסי שניתן לה בתהליך האיזון. עקב כך היבטים שונים של זכות זו, כמו האוטונומיה של הפרט, התחזקו ואף קיבלו צורות חדשניות של הגנה. ההשפעה על תהליך האיזון בין זכויות ואינטרסים ניכרת במיוחד במסגרת עוולת הרשלנות, שבה האיזון קובע האם פעילות נתונה היא רשלנית והאם יש להכיר בחובת זהירות. זו, בזעיר אנפין, ההשפעה העיקרית של התחולה העקיפה של זכויות האדם בדיני נזיקין.

ראוי להוסיף שתי הערות חשובות בהקשר זה: ראשית, המשקל הגדול יותר שניתן לזכויות החוקתיות משפיע על הגנתן בדיני הנזיקין הן בספירה הפרטית (מול גופים פרטיים) הן בספירה הציבורית (מול רשויות ציבוריות). בהתאם לכך, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, חיצק את הנכונות להטיל אחריות גם על נתבעים ציבוריים, למשל: כאשר המשטרה נכשלה בהגנה על כבודו של התובע מפני פגיעות נמשכות מצדם של עבריינים.⁶⁷ שנית, שינוי משקלן של הזכויות החוקתיות באיזון הנזיקי אינו מוביל בהכרח לשינוי תוצאותיו של האיזון. אפשר שחרף שינוי המשקלות התוצאה שהתקבלה במסגרת האיזונים המוקדמים תישאר על כנה. יתר על כן, כאשר האיזון נוגע לזכויות חוקתיות מתנגשות, שכל אחת מהן קיבלה משקל רב יותר, ייתכן שנקודת האיזון לא תשתנה כלל.⁶⁸ כך, למשל, הדעה המקובלת היא, שגם חופש הביטוי וגם הזכות לשם טוב הן נגזרות של הזכות החוקתית לכבוד. לכן האיזון בין השתיים, זו מול זו, במסגרת חוק איסור לשון הרע, לא יושפע בהכרח מחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו, כפי שמוסבר בהמשך.

⁶⁷ ראו, למשל, ע"א 1678/01 מדינת ישראל נ' וייס, פ"ד נח(5) 167 (2004) (להלן: עניין וייס).

⁶⁸ "אם כל האינטרסים המאוזנים במסגרת דיני הנזיקין יועלו בדרגה עקב הלחץ האוסמוטי של חוקי-היסוד "המפעפעים" אל תוך דיני הנזיקין, ייוצר מצב "אינפלציוני" שבו יעלה מחירן של זכויות הפרטים מבלי שערכה של זכות אחת יגדל ריאלית ביחס לאחרות". ראו גלעד (חלק שני), לעיל ה"ש 61, בעמ' 82.

2. **ההגנה על כבוד האדם בחקיקת נזיקין ספציפית (הטרדה מינית והפליה) –**

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הדגיש את החשיבות שהחברה מייחסת לערך כבוד האדם. בהמשך לכך, כמה שנים לאחר מכן הוא שימש השראה לחקיקתם של שני חוקים המגינים על היבטים חשובים של כבוד האדם במישור הפרטי.

החוק למניעת הטרדה מינית⁶⁹ יצר עוולות חדשות המטילות אחריות בנזיקין במצבים המאופיינים בו כהטרדה מינית. החוק קובע, כי לאף אדם אסור להטריד מינית אדם אחר, והוא מטיל אחריות בנזיקין (כמו גם אחריות בפלילים) בגין התנהגות כזו.⁷⁰ הטרדה מינית, כהגדרתה בחוק, כוללת, נוסף על העבירות הפליליות הקיימות של ניצול מיני ומעשים מגונים, גם הצעות חוזרות ונשנות בעלות אופי מיני, המכוונות כלפי אדם שציין בפני המטריד שהוא, או היא, אינם מעוניינים בהצעות אלה; התנהגות חוזרת ונשנית המכוונת כלפי אדם, המתמקדת במיניותו, כשאדם זה העיד שאינו מעוניין בהתנהגות זו; והתנהגות מבזה או משפילה המכוונת כלפי אדם באשר למגדר או למיניות שלו, או שלה, כולל לנטייה המינית שלו או שלה. החוק מסמך את בתי המשפט לפסוק פיצויים בגין הטרדה מינית עד לתקרה הקבועה בו אף בלא הוכחת נזק.

החוק לאיסור הפליה במקומות ציבוריים כבר הוזכר בדיון שנסב על הפליה בכריתת חוזה.⁷¹ חוק זה מגדיר כעוולה הפליה על בסיס גזע, דת, לאום, ארץ מוצא, מין, נטייה מינית, דעות, השקפות פוליטיות, מעמד אישי, הורות או נכות, והכול בהקשר של אספקת מוצרים או שירותים לציבור או בניהול מקום ציבורי. גם במסגרת הסדר זה יכול שהפיצוי יינתן עד לתקרה הקבועה בחוק בלא הוכחת נזק.⁷²

3. **הגנה על זכויות אדם מכוח שילוב של חקיקה מקדמת זכויות עם העוולה**

של הפרת חובה חקוקה – שאלה שעדיין לא קיבלה מענה מלא היא, באיזו מידה אפשר להטיל אחריות בנזיקין בגין הפרתן של הוראות המגינות על זכויות אדם במסגרת חקיקה ספציפית, תוך שימוש בעוולה של הפרת חובה חקוקה. העוולה של הפרת חובה חקוקה מבוססת על הפרת חובה שהוטלה מכוח חקיקה חיצונית לפקודת הנזיקין בנסיבות שבהן חקיקה זו נועדה להגנתו של אדם מסוגו של התובע ושהנזק הוא מסוג הנזקים שאותה

⁶⁹ חוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, ס"ח 166 (להלן: חוק למניעת הטרדה מינית).

⁷⁰ ס' 3, 4 ו-6 לחוק למניעת הטרדה מינית.

⁷¹ ראו לעיל בפרק ה(6).

⁷² ס' 5 לחוק לאיסור הפליה במקומות ציבוריים.

חקיקה נועדה למנוע. אם הפרה זו פגעה בתובע, הוא זכאי לקבל סעד, ובלבד שהחקיקה הספציפית לא התכוונה להוציא מכלל אפשרות הענקתו של סעד כזה.⁷³

האם חוקי היסוד כשלעצמם יכולים לשמש בסיס לאחריות באמצעות עוולה נזיקית כללית זו? כך סבר בית המשפט בעניין **נעאמנה**.⁷⁴ כזכור, במקרה זה בית משפט השלום הטיל אחריות חוזית על בעלים של פארק מים שלא אפשר לבני מיעוטים להיכנס אליו. נוסף על כך הוא הוסיף וקבע, כי אפשר להטיל במקרה זה אחריות נזיקית על יסוד העוולה של הפרת חובה חקוקה – בהתייחס לחובה שלא להפלות, הנגזרת מן הזכות לכבוד שבחוקי היסוד. אף שהתוצאה של עניין **נעאמנה** רצויה, עמדתו של בית המשפט באשר לשימוש בחוקי היסוד כבסיס לחובות חקוקות מעוררת כמה שאלות: ראשית, ספק אם יש לראות בחוקי היסוד, שלהם מעמד נורמטיבי על-חוקי, חובות חקוקות רגילות לצורך העוולה של הפרת חובה חקוקה. שנית, מכיוון שחוקי היסוד מגדירים את הזכויות המוגנות בהם באופן כללי מאוד, מבלי לפרט את המרכיבים הקונקרטיים, העובדתיים והמחשבתיים הנדרשים לצורך הטלת אחריות, בתי המשפט יצטרכו למלא פערים אלו באמצעות פיתוח יוצר דיני נזיקין חוקתיים, שיחפפו לדיני הנזיקין הרגילים או אף יימצאו במתח עם. התפתחות כזו מעוררת שאלות דומות לאלה שנידונו בהקשר לאפשרות של תחולה ישירה של חוקי היסוד על צדדים פרטיים. למעשה, האופי הכללי מאוד של החובות החוקתיות הנגזרות מחוקי היסוד אף אינו מתיישב עם העמדה השיפוטית שלפיה חובה יכולה לשמש בסיס לתביעה של הפרת חובה חקוקה רק אם היא קונקרטית.⁷⁵

בניגוד לקשיים שמעוררת ההתבססות על חוקי היסוד עצמם בהקשר זה, אין ספק שחובות חקוקות קונקרטיות אחרות המגינות על זכויות אדם יכולות לשמש בסיס לאחריות נזיקית במסגרת העוולה של הפרת חובה חקוקה. דוגמה בולטת לכך היא החובה החקוקה האוסרת לגרש אשה בעל כורחה. על בסיס זה נקבע, כי פעולה חד-צדדית של גירושין משמשת בסיס לאחריות בגין הפרת חובה חקוקה וכי האישה הנפגעת זכאית לפיצוי.⁷⁶ דוגמה נוספת, הנידונה בהמשך, מתייחסת לחובה הקבועה בחוק זכויות החולה משנת

⁷³ ס' 63 לפקודת הנזיקין.

⁷⁴ עניין **נעאמנה**, לעיל ה"ש 51.

⁷⁵ עניין **לוי**, לעיל ה"ש 61, בעמ' 90; ע"א 5379/95 "**סהר**" חברה לביטוח בע"מ נ' **בנק דיסקונט לישראל בע"מ**, פ"ד נא(4) 464 (1997).

⁷⁶ ע"א 245/81 **סולטאן נ' סולטאן**, פ"ד לח(3) 169 (1984) (להלן: עניין **סולטאן**).

1996⁷⁷ לספק לחולה מידע מתאים לפני טיפול רפואי.

4. הסרת המחסומים הנוגעים לפיצוי עבור נזקים "טהורים" במסגרת עוולת

הרשלנות – יכולתם של דיני הנזיקין המסורתיים להגן ביעילות על המגוון הרחב של זכויות אדם גם בהיעדר חקיקה מיוחדת הוגבלה בעבר על ידי הדוקטרינה ששללה או הגבילה את האחריות במסגרת עוולת הרשלנות בגין נזקים "טהורים" – ממוניים ולא-ממוניים. נזקים "טהורים" הם נזקים שאינם פסיים או שאינם תוצאה של נזק פיסי לגופו או לרכושו של התובע. בפועל, הפרה של זכויות אדם כוללת לעתים קרובות נזקים "טהורים", בעיקר נזקים לא-ממוניים "טהורים" של פגיעה בכבודו של אדם או בחירותו. האחריות בגין נזקים כאלה הוגבלה על פי הגישה המסורתית לנזקים שנגרמו בעוולות ספציפיות דוגמת כליאת שוא, נגישה, הוצאת לשון הרע, מטריד ליחיד ותרמית. לעומת זאת, במקור העיקרי לאחריות בנזיקין – עוולת הרשלנות – לא ניתן היה לעשות שימוש בהקשר זה. עם השנים הוסרו מגבלות אלה באורח הדרגתי. פיצוי בגין נזק כלכלי טהור במסגרת עוולת הרשלנות הוכר כאפשרי בשנות החמישים של המאה העשרים בהתייחס לנזקים הנובעים מחוות דעת רשלנית מוטעית, ומאז הורחבו תחומי ההכרה בנזק זה.⁷⁸ פיצוי בגין נזק לא-ממוני טהור הוכר בתחילת שנות השמונים במקרה של אכיפה וכליאה רשלניות,⁷⁹ והכרה זו הורחבה מאז על ידי בית המשפט העליון והוחלה בנסיבות של פגיעה באוטונומיה של החולה במקרים של הסכמה שלא-מדעת לטיפול רפואי,⁸⁰ צער ועצב שנגרמו בשל אובדן עובר לאם ולבן זוגה,⁸¹ גועל שנגרם כתוצאה משתיית חלב המכיל סיליקון לא מזיק,⁸² עלבון הנובע מיחס לא הוגן של רשויות ציבוריות⁸³ ותסכול שנגרם ללקוח בשל ייעוץ מס רשלני שניתן לו.⁸⁴ הסרתו של מחסום זה סללה את הדרך לשימוש בעוולת הרשלנות לשם הגנה על

77 חוק זכויות החולה, התשנ"ו–1996, ס"ח 327 (להלן: חוק זכויות החולה).

78 להרחבה, ראו: תמר גדרון "חובת הזהירות בעוולת הרשלנות ונזק כלכלי טהור" הפרקליט מב 126 (1996); עמוס הרמן **מבוא לדיני נזיקין** 79–101 (2006).

79 ע"א 243/83 **עיריית ירושלים נ' גורדון**, פ"ד לט (1) 113 (1985).

80 ראו פרק ו(5) להלן.

81 ע"א 398/99 **קופת החולים של ההסתדרות הכללית נ' דיין**, פ"ד נה (1) 765 (1999); ע"א 754/05 **לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק**, תק-על 2007 (2) 4563 (2007).

82 ע"א 1338/97 **תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי**, פ"ד נז (4) 673 (2003).

83 ע"א 1081/00 **אבנעל חברה להפצה בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט (5) 193 (2005).

84 ע"א 153/04 **רובינוביץ נ' רובינובים**, תק-על 2006 (1) 1549 (2006).

זכויות אדם. לפחות באופן חלקי אפשר לייחס התפתחות זו לרגישות הגוברת לזכויות אדם בעקבות חקיקתם של חוקי היסוד משנת 1992.

5. **הגנה על האוטונומיה של החולה והזכות לקבלת מידע** – כשחולה מסכים לטיפול רפואי על בסיס מידע בלתי-מספק באשר ליתרונות ולחסרונות של הטיפול שהוצע או באשר להיקפו, המחדל הלא-מוצדק של הצוות הרפואי לתת מידע ראוי פוגע באוטונומיה של החולה ובכבודו. דיני הנזיקין הגנו זה מכבר על זכויות אלה של החולה, וכמפורט בהמשך, היקפה של ההגנה הנזיקית עליהן אף התרחב. תחילה נקבע כי כאשר לא נמסר לחולה מידע מספיק, נחשב הטיפול לתקיפה. האחריות הוטלה לא בגין הפגיעה בכבודו של התובע, אלא בשל הנזק הגופני שנגרם לו על ידי הטיפול הרפואי. בהמשך התפתחותה של הפסיקה הוכרו תביעות מסוג זה גם במסגרת עוולת הרשלנות על יסוד ההנמקה שהמחדל מממן מידע ראוי הוא התנהגות מקצועית רשלנית.⁸⁵

חשוב להאיר את השוני בין שני נתיבי אחריות אלה: עוולת התקיפה מתמקדת לכאורה בהשקפתו הסובייקטיבית של החולה. המידע שניתן נחשב בלתי-מספק אם אינו נותן מענה לצורך הסובייקטיבי של החולה לדעת. לעומת זאת, עוולת הרשלנות אמורה להתמקד בסטנדרט האובייקטיבי של אספקת מידע – סטנדרט המביא בחשבון בין השאר מגבלות זמן ותקציב, פרקטיקה מקובלת ואף גישות פטרנליסטיות. היא מתמקדת בשאלה, האם מנקודת מבטו של עוסק סביר במקצוע הרפואה יש במידע זה כדי לספק? בשל הבדלים אלה פעלו בתי המשפט לגשר בין שתי נקודות השקפה אלה באמצעות גיבוש המבחן של "החולה הסביר", המשלב את הסובייקטיבי (החולה) עם האובייקטיבי (הסביר).

ההתפתחות הבאה בתחום זה באה בעקבות חקיקתו של חוק זכויות החולה, שאימץ את מבחן "החולה הסביר" ונדרש בפירוט למידע שיש לתת למטופלים.⁸⁶ בהמשך לכך נקבע, כי הפרה של החובות שמטיל חוק זה תיחשב להפרת חובה חקוקה בהקשרם של דיני הנזיקין.⁸⁷ היבט חשוב נוסף של ההגנה המוגברת על האוטונומיה והכבוד של הפרט מכוחו של חוק זכויות החולה הוא הזכות שלא להיות נתון לטיפול רפואי כפוי ופטרונני.⁸⁸

85 להרחבה ראו הרמן, לעיל ה"ש 78, בעמ' 249–264.

86 ס' 13 לחוק זכויות החולה.

87 ראו ע"א 6153/97 שטנדל נ' שדה, פ"ד נו(4) 746 (2002).

88 לפי ס' 15 לחוק זכויות החולה הסמכות לאשר טיפול רפואי בלא הסכמה מסורה רק לוועדה אתית מיוחדת. יתר על כן, אף ועדה זו אינה יכולה לאשר טיפול אם אין יסוד סביר להניח כי המטופל

עניין **דעקה** שכבר הוזכר⁸⁹ משקף התפתחות נוספת באחריות הנזיקית במקרים של מחדל במתן מידע מספק. במקרה זה לא הוכח קשר סיבתי בין המחדל ממתן מידע ראוי ובין הנזק שנגרם על ידי הטיפול. על כן, הנזק היחיד התבטא בכך שנשללה מהתובעת הזכות להחליט בעצמה, על בסיס מידע רלבנטי, האם לעבור טיפול רפואי. בית המשפט קבע, ששלילה זו של חופש הבחירה היא נזק לאוטונומיה ולכבוד – נזק שהוא בר-פיצוי במסגרת עוולת הרשלנות.⁹⁰

6. **החלתו של עקרון השוויון על חישוב פיצויים** – פסק הדין התקדימי בעניין **אבו חנה**⁹¹ התאים את ההנחות שעליהן מבוסס חישוב הפיצויים לעקרון השוויון. במקרה זה נפסק לקטינה הפסד השתכרות שחושב על יסוד ההכנסה הממוצעת במשק, למרות השתייכותה לקבוצת מיעוט שבה ההכנסה הממוצעת נמוכה יותר. לגישתו של בית המשפט, הערכים של אוטונומיה ושוויון תומכים באימוץ ההנחה שמיעוטים מקופחים ייהנו בעתיד משוויון הזדמנויות.⁹²

7. **המתח בין ההגנה על השם הטוב ובין חופש הביטוי** – העלאתה של הזכות לכבוד למעלה של זכות חוקתית פתחה לכאורה פתח לאפשרות, שהזכות לשם טוב תזכה להגנה מוגברת במסגרת דיני לשון הרע, בהשוואה לעבר. אפשרות זו קיבלה חיזוק עקיף מן העובדה שהזכות לחופש ביטוי, העומדת על הכף השנייה של דיני לשון הרע, לא זכתה לאזכור מפורש בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. במלים אחרות, השאלה היתה האם האיזון העדין והמורכב בין הזכות לשם טוב ובין חופש הביטוי, כפי שעוצב מאז חקיקתו של חוק איסור לשון הרע משנת 1965, נע בעקבות חוק היסוד לעבר הגנה מועצמת על הזכות לשם הטוב תוך החלשת ההגנה על חופש הביטוי?⁹³ בית

יתן את הסכמתו למפרע, לאחר הטיפול. במילים אחרות, כאשר סירובו של המטופל הוא אידיאולוגי, אין אפשרות לכפות עליו טיפול.

89 עניין **דעקה**, לעיל ה"ש 62.

90 כפי שכבר צוין, השופטים נמנעו מלבסס תוצאה זו על תחולה ישירה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על צדדים פרטיים.

91 ע"א 10064/02 **"מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא**, תק-על 2005 (3) 3932 (2005).

92 ראו גם ע"א 6111/03 **שורוגו נ' בית הספר כנסת יהודה**, תק-על 2005 (4) 1450 (2005).

93 בת"א (מחוזי ת"א) 942/93 **תרמוקיר חורשים – שותפות רשומה נ' חברת המגן לצרכן מחקר ומודיעין צרכני 1992 בע"מ**, פ"מ התשנ"ד (3) 177, 185 (1993) נקבע, כי יש לתת משקל כבד יותר לאיסור על הפגיעה בשמו הטוב של אדם. השופט ברק התייחס לאפשרות של שינוי באיזוני העבר בבש"פ 537/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט (3) 355 (1995), שבו חיווה את דעתו, כי "המעמד החדש של הזכות לשם הטוב (חלק מהזכות לכבוד האדם) עשוי להצדיק עיון מחדש

המשפט העליון בישראל השיב על שאלה זו בשלילה, וטוב שכך. ההלכה שנקבעה בעניין זה היא, שגם חופש הביטוי הוא נגזרת של כבוד האדם ולכן יש לשמור על משקלו היחסי בתהליך האיזון המתקיים עם הזכות לשם טוב.⁹⁴ אי-נכונותו של בית המשפט לשנות את האיזון לטובת ההגנה על הזכות לשם טוב משקף את המשקל הניתן לחופש הביטוי כאבן פינה של הדמוקרטיה. אכן, פסיקתו העדכנית של בית המשפט העליון בתחום של איסור לשון הרע נוטה דווקא לעבר נכונות רבה יותר "להקריב" את זכותו של היחיד לשם טוב בשם ההגנה על האינטרס הציבורי המזוהה עם מתחם רחב של חופש ביטוי, בעיקר בנסיבות שבהן היחיד הוא "דמות ציבורית".⁹⁵

8. **ההגנה על זכויות אדם במסגרת יחסי נישואין** – מקרה מבחן נוסף להתפתחות ההגנה על הכבוד, האוטונומיה והשוויון במשפט הישראלי הוא השימוש בדיני הנזיקין בהקשר של קשרי נישואין. כפי שצוין, כבר בשנות השמונים של המאה העשרים הוטלה אחריות על גבר שהתגרש מאשתו בלא הסכמתה, תוך שימוש בעוולה של הפרת חובה חקוקה.⁹⁶ כיום אפשר להצביע על פסקי דין חדשים של בתי משפט של ערכאה ראשונה, שהטילו אחריות בנזיקין על גברים אשר סירבו לגרש את נשותיהם בלא הצדקה סבירה.⁹⁷ בעניין אחר הנוגע לקשרי נישואין פסק בית המשפט העליון שלא רק בני זוג נשואים, אלא גם ידועים בציבור זכאים לתבוע כתלויים בניזוק שנפטר עקב מעשה עוולה.⁹⁸

בהפעלת שיקול-דעת שיפוטי במתן צווי מניעה (זמניים) כנגד פירסומים שיש בהם, לפי הטענה, לשון הרע" (שם, בעמ' 418). בסופו של דבר בית המשפט העליון דבק בהתנגדותו העקרונית לצווי מניעה זמניים במקרים של הוצאת לשון הרע בהקשר ציבורי. ראו גם רע"א 10771/04 **רשת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' אטינגר**, פ"ד נט(3) 308 (2004).

94 ע"א 6871/99 **רינת נ' רום**, פ"ד נו(4) 72 (2002). תוצאה זו מתיישבת עם פסיקה מאוחרת יותר שהכירה באופן מפורש בכך שהזכות לכבוד כוללת גם הגנה על חופש הביטוי (לפחות בהיבטיו הגרעיניים). ראו עניין **המפקד הלאומי**, לעיל ה"ש 29.

95 ראו ע"א 4534/02 **רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ'**, פ"ד נח(3) 558 (2004). במקרה זה נקבע, כי גם המענה לשאלה העובדתית, האובייקטיבית לכאורה, האם הצהרה מסוימת עולה כדי לשון הרע, צריך להיות מושפע משיקולי מדיניות. למחלוקת באשר לנקודת האיזון בין חופש הביטוי לזכות לשם טוב ראו רע"א 10520/03 **בן גביר נ' דנקנר**, תק-על 2006(4) 1410 (2006).

96 עניין **סולטאן**, לעיל ה"ש 76.

97 ראו, למשל, תמ"ש (משפחה י-ם) 19270/03 **כ.ש. נ' כ.פ.**, תק-מש 2004(4) 353 (2004). לדיון בסוגיה זו, ראו: יחיאל קפלן ורונן פרי "על אחריותם בנזיקין של סרבני-גט" **עיוני משפט** כח 773 (2005); יפעת ביטון "עניינים נשיים, ניתוח פמיניסטי והפער המסוכן שביניהם – מענה ליחיאל קפלן ורונן פרי" **עיוני משפט** כח 871 (2005).

98 ע"א 2000/97 **לינדורן נ' קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים**, פ"ד נה(1) 12 (1999).

9. **הגדלה של סכומי הפיצוי בגין עצם הפגיעה בזכויות** – גישתם המסורתית של דיני הנזיקין לפסיקת פיצויים בגין עצם קיומה של פגיעה בזכויות היתה מצמצמת מאוד (בנוגע לפגיעה בזכות עצמה או לעוגמת הנפש הכרוכה בה, להבדיל מן הפיצוי בגין נזקי גוף או נזקי רכוש שנגרמו אגב כך).⁹⁹ על רקע זה, ביטוי נוסף להגנה המוגברת על זכויות אדם בידי נזיקין הוא הגידול בסכומים הנפסקים בגין הפרתן של זכויות אלה, מעבר לפיצוי בגין נזקי גוף או נזקי רכוש ספציפיים. כך, לדוגמה, בעוד שבפסק הדין התקדימי בעניין **דעקה** סכום הפיצויים שנפסק בגין פגיעה באוטונומיה היה נמוך יחסית וספק אם נתן ביטוי מתאים לחומרתה של הפגיעה,¹⁰⁰ הרי שבמקרה דומה בשנת 2005 נפסק סכום פיצויים גדול פי עשרה לערך.¹⁰¹ ביטוי נוסף למגמה זו הוא הסכום הגדול שנפסק בעניין **וייס** בשל הסבל שנגרם לתובעים עקב הטרדה פלילית מתמשכת.¹⁰²

ז. סיכום: לקראת ההמשך

בחינת ההתפתחויות שעברו על דיני החוזים ודיני הנזיקין, במיוחד מאז חקיקתם של חוקי היסוד בשנת 1992, מלמדת כי המשפט הישראלי מגלה נכונות הולכת וגוברת להגן על זכויות האדם גם בתחום המשפט הפרטי. הלכה למעשה, הפנמתה של הגנה זו התבססה בעיקר על המודל של תחולה עקיפה של זכויות האדם במסגרת הדוקטרינות הקיימות של המשפט הפרטי (ולא על הכרה בתחולה ישירה של חוקי היסוד על הצדדים הפועלים בתחום המשפט הפרטי).

במקביל אפשר לראות, כי מידת הפתיחות השיפוטית להגנה על זכויות אדם במסגרת דוקטרינות של המשפט הפרטי משתנה בהתאם להקשר. ככלל, לעת עתה,

⁹⁹ לביקורת על גישתם המסורתית של דיני הנזיקין לפיצויים בגין עוגמת נפש ופגיעה בזכויות ראו יפעת ביטון "מחירן של דמעות – אינטרסים מיוחסי מגדר בעוולת הרשלנות" **עיונים במשפט מגדר ופמיניזם** 233 (דפנה ברק-ארז, שלומית ינסקי-רביד, יפעת ביטון ודנה פוגץ' עורכות, 2007).

¹⁰⁰ לדיון ביקורתי ראו, למשל, נילי קרקו-אייל "אופן הערכת הפיצוי בגדר ראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה – בעקבות ע"א 2781/93 עלי דעקה נ' בית החולים כרמל, חיפה" **המשפט יא** 267 (2007).

¹⁰¹ החל ב-15,000 ש"ח בעניין **דעקה**, לעיל ה"ש 62, ועד ל-150,000 ש"ח בע"א 9817/02 **וינשטיין נ' ברגמן**, תק-על 2005 (2) 4450 (2005).

¹⁰² בעניין **וייס**, לעיל ה"ש 67, נפסקו לתובעים 600,000 ₪ (בנוסף לפיצויים בגין נזקים אחרים שנגרמו להם).

דיני החוזים מגלים זהירות וריסון ביישום של זכויות האדם על רקע המתח הברור השורר בין הגנה על זכויות אלה ובין התפיסה המסורתית של חופש החוזים. עם זאת, השאלה כיום איננה עוד, האם יש להגן על זכויות האדם במסגרת דיני החוזים, אלא רק, באיזו מידה הן יזכו להגנה? גישה פתוחה יותר להפנמת ההגנה על זכויות האדם באה לידי ביטוי בדיני הנזיקין, שבאופן הדרגתי ועקיב מרחיבים את גבולות האחריות כדי לספק הגנה רחבה יותר לכבוד האדם, לאוטונומיה של הפרט, לשוויון ולזכויות אדם נוספות.

המהלך של הפנמת זכויות האדם במשפט הפרטי התמקד עד כה בחלק מן הזכויות הליברליות הקלאסיות – הזכויות לאוטונומיה, לכבוד, להגשמה עצמית ולשוויון. על רקע זה, מעניין להידרש לפוטנציאל הטמון במשפט הפרטי לשם הגנה על זכויות אדם גם בהקשרים אחרים. ראשית, לפי שעה טרם נעשה שימוש בדיני הנזיקין לשם הגנה על זכויות בספירה הציבורית-פוליטית – להצביע, להפגין ועוד. לכאורה, הפרעות שלא כדין למימושן של זכויות אלה יכולות לשמש בסיס לתביעות בנזיקין. שנית, מתעוררת השאלה של הגנה על זכויות חברתיות במשפט הפרטי. ההכרה במעמדן של הזכויות החברתיות כזכויות יסוד התפתחה בשלב מאוחר יחסית ונמצאת עדיין בשלבים של הכרה והתגבשות.¹⁰³ יישומן של הזכויות החברתיות מתבטא בדרך כלל בתביעות המכוונות כלפי המדינה להבטחת נורמה בסיסית של אמצעי קיום. עם זאת, כבר היום ברור כי בנסיבות מתאימות, לזכויות החברתיות יכול להיות ביטוי גם בהקשרים של התדיינות פרטיות, כפי שעולה בבירור מעניין **גמזו**,¹⁰⁴ שבו הוגבלה היכולת לממש זכייה בהוצאה בפועל בשם הבטחת הקיום של החייב. בתחום דיני החוזים, למשל, יכולה להתעורר השאלה, האם פינוי של דייר על פי הוראות חוזה או עקב מימוש משכנתא שנרשמה על דירת מגורים יכולה להיות מסויגת בשל כך שהפעולה תותיר אותו בלא קורת גג?¹⁰⁵ דיון בשאלה זו יחייב כמוכך להתחשב בכך שהזכות לקורת גג היא זכות המכוונת קודם כול כלפי המדינה ולכן השפעתה על הפינוי יכולה לבוא לידי ביטוי לכל היותר בעיכוב מסוים שלו (להבדיל ממניעתו).

¹⁰³ ראו Daphne Barak-Erez & Aeyal M Gross, *Social Citizenship: The Neglected Aspect of Israeli Constitutional Law*, in EXPLORING SOCIAL RIGHTS: THEORY AND PRACTICE (Daphne Barak-Erez & Aeyal M Gross eds., 2007) 243; דפנה ברק-ארז ואיל גרוס "הזכויות החברתיות והמאבק על אזרחות חברתית בישראל: מעבר לזכות לכבוד" **ספר דליה דורנר** 189 (2009).

¹⁰⁴ רע"א 4905/98 **גמזו נ' ישעיהו**, פ"ד נה(3) 360 (2001).

¹⁰⁵ בעבר שאלה דומה של עיכוב הפינוי נידונה בע"א 597/72 **בן שחר נ' מחלב**, פ"ד כז(2) 449 (1973); וד"נ 22/73 **בן שחר נ' מחלב**, פ"ד כח(2) 89 (1974) בנסיבות מיוחדות שבהן הדייר חלה במחלה קשה. במקרה זה, שנידון לפני שנים רבות, הדיון התמקד בשאלה של עיכוב הפינוי מטעמי "צדק". כיום אפשר להמשיג שאלה זו גם במונחים של זכויות אדם.

אפשר אפוא לסכם ולומר, כי התהליך של הפנמת זכויות האדם אל תוך המשפט הפרטי יימשך ויעלה לדיון שאלות חדשות. הפוטנציאל הטמון בהתפתחות זו רחוק מלהיות ממוצה.