

הזכות החוקתית להגנה על החיים, הגוף והכבוד

אהרן ברק*

מטרתה של רשימה זו לפתח מתודולוגיה חוקתית אשר תבחן את מימושם של ההיבטים החיוביים של הזכות לחיים, לגוף ולכבוד. על-פי היבטים אלה, "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו". את הזכות הזו להגנה על רשויות השלטון לכבד. הרשימה בוחנת את חובת הכיבוד המוטלת על הרשויות המחוקקת, המבצעת והשופטת. היא מתמקדת בעיקר ברשות השופטת. הרשימה מבקשת ליתן תשובה לשאלה מה על הרשות השופטת לעשות כדי לכבד את הזכות להגנה. לעניין זה נבחנת פעולתה של הרשות השופטת בפיתוח המשפט המקובל הציבורי (בעיקר בתורת הסעדים החוקתיים) ובפיתוח המשפט המקובל הפרטי (בדרך של יצירת משפט הלכתי המגן על בעל הזכות להגנה ביחסיו עם צדדים שלישיים).

מבוא – הצגת הבעיה. א. מהותה של הזכות להגנה וקשייה: 1. הזכות להגנה וחובת ההגנה; 2. היקפה של הזכות החוקתית להגנה; 3. הזכות החוקתית להגנה כזכות יחסית; 4. הזכות החוקתית להגנה ופסקת הכיבוד. ב. פסקת הכיבוד והרשות המחוקקת: 1. חובת חקיקה; 2. שיקול-הדעת של הרשות המחוקקת. ג. פסקת הכיבוד והרשות המבצעת: 1. חובת הביצוע; 2. שיקול-הדעת של הרשות המבצעת. ד. פסקת הכיבוד והרשות השופטת: 1. מגוון תפקידיה של השפיטה ומגבלותיה המוסדיות; 2. חובת הכיבוד וביקורת שיפוטית על הרשויות השלטוניות. ה. חובת הכיבוד והכרה בזכות ההגנה כלפי צדדים שלישיים: 1. זכות הלכתית להגנה כלפי צדדים שלישיים; 2. המעבר מהזכות החוקתית להגנה אל הזכות ההלכתית להגנה; 3. היקף הזכות ההלכתית להגנה כלפי צדדים שלישיים ודיני המידתיות; 4. שיקול-הדעת השיפוטי בפיתוח הזכות ההלכתית להגנה כלפי צדדים שלישיים. ו. סוף-דבר.

מבוא – הצגת הבעיה

התורה הקלסית של זכויות חוקתיות הכירה בהן כזכויות "שליליות" (status negativus).¹ משמעותה של שליליות זו הייתה שהן מטילות על המדינה אך חובות שליליות, כלומר, חובות

* נשיא בית-המשפט העליון בדימוס, בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.
1 ראו אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך א 347 (2014) (להלן: ברק כבוד האדם). ראו גם ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS 289 (Julian Rivers

של אי-פעולה. כך, למשל, הזכות החוקתית לחופש הביטוי, על-פי גישה זו, היא אך זכותו של הפרט כלפי המדינה שזו לא תתערב בחופש הביטוי שלו. באופן דומה, הזכות החוקתית לשם טוב היא אך זכותו של הפרט שהמדינה לא תפגע בשמו הטוב.

התורה הקלסית לא הכירה בזכויות חוקתיות "חיוביות". היא לא הכירה בחובתה של המדינה להגן על זכותו של הפרט. כך, למשל, הזכות החוקתית לחופש הביטוי, על-פי גישה זו, אינה כוללת זכות של הפרט כלפי המדינה שזו תגן על חופש הביטוי שלו מול אלה מבני החברה הפוגעים בה. ביסודה של גישה זו מונחת התפיסה כי חששו של הפרט – אותו חשש שהחוקה נועדה לעסוק בו – הוא מפעילות יתר של המדינה, ולא מפעילות חסר שלה.²

במשך השנים התעורר דיון נרחב בשאלה אם הגישה הקלסית ראויה.³ הוטל ספק באפשרות ובצורך להבחין בין זכויות חוקתיות שליליות לחיוביות. הודגש כי לכל זכות חוקתית יש היבט שלילי והיבט חיובי גם יחד. צוין כי חברה דמוקרטית ראויה, הדואגת לפרטים שבה, אינה צריכה להסתפק בהיבט השלילי בלבד. אט-אט השתנתה התפיסה באשר לתפקידה של המדינה בנושא זכויות האדם, וגברה 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 הקלסית. לעיתים התבטאה הרחבה זו בהכרה חוקתית בסמכותה של המדינה להגשים ערכים חוקתיים או בייקטיביים שעל המדינה להגשים בהגנה על הפרט, אך זאת מבלי להכיר בערכים אלה כבסיס לזכויות חוקתיות שלו. הגישה המודרנית, לעומת זאת, אינה מסתפקת אך בהכרה בתפקידה ובסמכותה של המדינה להגשים ערכים או בייקטיביים. החברה המודרנית צעדה צעד נוסף, והכירה בדור חדש של זכויות חוקתיות חיוביות של הפרט כנגד המדינה ובמימד חיובי-חברתי בכל הזכויות כולן.⁴ במסגרת זו הוכרה אט-אט הזכות להגנה של הפרט כלפי המדינה (status positivus).⁵

trans., 2002); Dieter Grimm, *The Protective Function of the State, in EUROPEAN AND US CONSTITUTIONALISM* 138 (Georg Nolte ed., 2005). אדרעי מכנה זאת "זכות סבילה"; ראו יוסף מ' אדרעי "זכויות אדם וזכויות חברתיות" ספר ברנזון כרך שני – בני סברה 45, 46 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000). מדינה מבחין בין "הגנה שלילית" לבין "הגנה חיובית"; ראו ברק מדינה "חובתה של המדינה לספק צרכים בסיסיים: משיח של זכויות" ליתאוריה של מימון ציבורי "זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל" 131, 133 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004). מקורה המודרני של ההבחנה בין חופש חיובי לחופש שלילי הוא בכתיבתו של ישעיהו ברלין; ראו ישעיהו ברלין "שני מושגים של חירות" ארבע מסות על חירות 170 (יעקב שרת מתרגם, 1969). ראו גם YILDIZ SILIER, *FREEDOM: POLITICAL, METAPHYSICAL, NEGATIVE AND POSITIVE* (2005).

2 ראו Jackson v. City of Joliet, 715 F.2d 1200, 1203 (1982) (R. Posner J.): "The men who wrote the Bill of Rights were not concerned that government might do too little for the people but that it might do too much to them".

3 ראו ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 355.

4 ראו גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" ספר ברנזון כרך שני – בני סברה 183, 213 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000).

5 ראו SANDRA FREDMAN, *HUMAN RIGHTS TRANSFORMED: POSITIVE DUTIES AND POSITIVE RIGHTS* (2008).

על רקע זה החלה להתפתח "הטרילוגיה החוקתית"⁶. על-פיה, זכויותיו החוקתיות של הפרט כלפי המדינה הן בעלות שלושה היבטים: על המדינה "להוקיר" (respect) את הזכויות החוקתיות של הפרט כלפיה, "להגן" (protect) עליהן ו"להגשים" (fulfil) אותן. החוקה של דרום-אפריקה קובעת ארבעה היבטים:

The state must respect, protect, promote and fulfill the rights in the Bill of Rights.⁷

יש המוסיפים היבטים נוספים.⁸ המשותף לכל ההצעות הללו הוא שאין להסתפק אך בהיבט השלילי של הזכות, אלא יש להוסיף היבטים חיוביים.⁹ הכרה בזכויות חוקתיות חיוביות המשתרעת על כלל הזכויות החוקתיות מקובלת בחוקות רבות.¹⁰ החשובות שביניהן הן החוקה הגרמנית¹¹ והחוקה של דרום-אפריקה.¹² רבות

- 6 על "טרילוגיה" זו ראו Asbjørn Eide, *Realization of Social and Economic Rights and the Minimum Threshold Approach*, 10 HUM. RTS. L.J. 35 (1989); IDA ELISABETH KOCH, HUMAN RIGHTS AS INDIVISIBLE RIGHTS: THE PROTECTION OF SOCIO-ECONOMIC DEMANDS UNDER THE HENRY SHUE, BASIC RIGHTS: EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS 14 (2009) SUBSISTENCE, AFFLUENCE, AND U.S. FOREIGN POLICY (2nd ed. 1996); Elizabeth Ashford, *The Alleged Dichotomy Between Positive and Negative Rights and Duties*, in GLOBAL BASIC RIGHTS 92 (Charles R. Beitz & Robert E. Goodin eds., 2009); KAI MÖLLER, THE GLOBAL MODEL OF CONSTITUTIONAL RIGHTS 5 (2012).
- 7 ס' 7(2) לחוקה של דרום-אפריקה: Constitution of the Republic of South Africa, 1996, [available at http://www.constitutionalcourt.org.za/site/constitution/english-web/index.html](http://www.constitutionalcourt.org.za/site/constitution/english-web/index.html) בפרשת Minister of Health v. Treatment Action Campaign (No. 2), 2002 (5) SA 721 (CC) (להלן: פרשת TAC) קבע בית-המשפט החוקתי של דרום-אפריקה, בפס' 3.15–3.17 לפסק-הדין, כי "in order to 'respect' a right, the State must refrain from action which would serve to deprive individuals of their rights... In order to 'protect' a right, the State must prevent others from interference with the rights of the individual. This may require positive action from the State... [T]he obligation to 'promote' a right means to further or advance such right". ראו גם G.J.H. van Hoof, *The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views*, in THE RIGHT TO FOOD 97 (Philip Alston & Katarina Tomaševski eds., 1984).
- 8 ראו HENRY J. STEINER, PHILIP ALSTON & RYAN GOODMAN, INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS IN CONTEXT: LAW, POLITICS, MORALS 200 (3rd ed. 2008).
- 9 ראו KOCH, לעיל ה"ש 6, בעמ' 16.
- 10 ראו ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 552.
- 11 ראו KONRAD HESSE, GRUNDZÜGE DES VERFASSUNGSRECHTS DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND § 350 (1999); MICHAEL SACHS, GG VERFASSUNGSRECHT II. GRUNDRECHTE 44 (2003); HORST DREIER, GG GRUNDGESETZ KOMMENTAR 265 (2006); BODO PIEROTH & BERNHARD SCHLINK, GRUNDRECHTE. STAATSRECHT II § 58 (2006); Donald P. Kommers, *Germany: Balancing Rights and Duties*, in INTERPRETING CONSTITUTIONS: A COMPARATIVE STUDY 161 (Jeffrey Goldsworthy ed., 2006). ראו גם Grimm, לעיל ה"ש 1; Christian Calliess, *Dimensions of Fundamental Rights – Duty to Respect versus Duty to Protect*, in DEBATES IN GERMAN PUBLIC LAW 27 (Hermann Pünder & Christian Waldhoff eds., 2014).

מהאמנות העוסקות בזכויות אדם מכירות – במפורש או במשתמע – בזכויות חוקתיות חיוביות.¹³ כך, למשל, האמנה האירופית לזכויות אדם – שבה אין למצוא הוראה מיוחדת ברוח ההוראה של חוקת דרום-אפריקה – התפרשה על-ידי בית-המשפט האירופי לזכויות אדם באופן שמייחס לרוב הזכויות החוקתיות הקבועות בה הן היבט שלילי והן היבט חיובי.¹⁴ הכרה זו בזכויות חיוביות (או בהיבטים חיוביים של זכויות) אינה מוכרת בחוקה הפדרלית של ארצות-הברית. הגישה הפרשנית המקובלת על בית-המשפט העליון האמריקאי מכירה אך בזכויות שליליות או בהיבטים שליליים. בית-המשפט סירב לפרש את מגילת הזכויות הפדרלית כמעניקה לפרט זכויות חוקתיות חיוביות להגנה כלפי המדינה.¹⁵ יש המבקרים גישה זו, ויש התומכים בה.¹⁶ גישה שונה מקובלת ברבות מחוקותיהן של המדינות בארצות-הברית, הכוללות זכויות חוקתיות חיוביות רבות, ובראשן הזכות לחינוך.¹⁷ שאלה חשובה היא מהו דין הזכויות החיוביות או ההיבטים החיוביים במסגרת חוקי-היסוד בישראל.¹⁸ כך, למשל, האם זכות הקניין, שלפיה "אין פוגעים בקנינו של אדם",¹⁹ מעניקה

- 12 ראו ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 558.
- 13 שם, בעמ' 553. ראו גם Silvia Borelli, *Positive Obligations of States and the Protection of Human Rights*, 15(3) INTERRIGHTS BULLETIN 101 (2006), available at <http://www.interights.org/files/45/Bulletin%2015.3.pdf>.
- 14 ALASTAIR MOWBRAY, THE DEVELOPMENT OF POSITIVE OBLIGATIONS UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS BY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (2004); Matthias Klatt, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, 71 ZAÖRV 691 (2011); DIMITRIS XENOS, THE POSITIVE OBLIGATIONS OF THE STATE UNDER THE EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS (2012); Hugh Tomlinson & Matrix Chambers, *Positive obligations under the European Convention on Human Rights* (published online, 2012); Catherine Dupré, *Human Dignity in Europe: A Foundational Constitutional Principle*, 19 EUR. PUB. L. 319, 336 (2013).
- 15 ראו *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*, 489 U.S. 189 (1989).
- 16 David P. Currie, *Positive and Negative Constitutional Rights*, 53 U. CHI. L. REV. 864 (1986); Susan A. Bandes, *The Negative Constitution: A Critique*, 88 MICH. L. REV. 2271 (1990); Cass R. Sunstein, *Against Positive Rights*, 2 E. EUR. CONST. REV. 35 (1993); Frank B. Cross, *The Error of Positive Rights*, 48 UCLA L. REV. 857 (2001); Frank I. Michelman, *The Protective Function of the State in the United States and Europe: The Constitutional Question*, in EUROPEAN AND US CONSTITUTIONALISM 156 (Georg Nolte ed., 2005); Gezim Bajrami, *Negative Constitutional Rights in America versus Positive Constitutional Rights in Other Democratic Nations and Why Our System Should Not Change*, SETON HALL L. REPOSITORY (Student Scholarship, paper No. 180, 2013).
- 17 Burt Neuborne, *State Constitutions and the Evolution of Positive Rights*, 20 RUTGERS L.J. 881 (1988); Jonathan Feldman, *Separation of Powers and Judicial Review of Positive Rights Claims: The Role of State Courts in an Era of Positive Government*, 24 RUTGERS L.J. 1057 (1993); EMILY ZACKIN, LOOKING FOR RIGHTS IN ALL THE WRONG PLACES: WHY STATE CONSTITUTIONS CONTAIN AMERICA'S POSITIVE RIGHTS (2013).
- 18 ראו אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 516 (2010) (להלן: ברק מידתיות במשפט); ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 1.
- 19 ס' 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו גם ס' 7(ד) לחוק-יסוד זה.

לאדם אך זכות חוקתית שלילית כלפי המדינה שהיא לא תפגע בקניינו או שמא ניתן לפרשה – כפי שנעשה במשפט החוקתי הגרמני²⁰ ובפרוטוקול הראשון לאמנה האירופית לזכויות אדם²¹ – גם כזכות חוקתית חיובית של אדם כלפי המדינה להגנה מפני פגיעה בקניינו על-ידי צדדים שלישיים²²? גישתי היא כי מקום שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי אין "פוגעים" בזכות פלונית, יש לפרש את הדיבור "פוגעים" ככולל בחובו גם פגיעה הנגרמת בשל מחדליה של רשות שלטונית אשר מודעת לכך – או צריכה להיות מודעת לכך – שצדדים שלישיים פוגעים בזכותו של הפרט, ואשר אינה מונעת זאת מהם אף שבכוחה לעשות כן.²³ נכנה זאת "הזכות להגנה מפני צדדים שלישיים". לעומת זאת, הדיבור "פוגעים" אינו כולל את הזכות החוקתית לקדם ולהגביר את מימושה של זכות חוקתית על-ידי פעולות חיוביות המממשות אותה מבלי שמימוש זה פוגע במישרין בזכותם של צדדים שלישיים. אני מכנה זאת "זכות להגנה נקייה".²⁴ הזכות להגנה נקייה אינה סומכת את עצמה על הזכות להגנה מפני פגיעה, אלא על הלשון הקובעת כי כל אדם "זכאי להגנה". הוראה כזו מצויה בסעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. נמצא כי הזכות החוקתית לקניין, שלפיה "אין פוגעים בקנינו של אדם",²⁵ אינה כוללת, על-פי גישה זו, את הזכות להגנה נקייה, אך משתרעת בהחלט גם על זכותו של הפרט להגנה מפני צדדים שלישיים, דהיינו, להגנה מפני פגיעה בזכותו החוקתית לקניין על-ידי מחדליה של רשות שלטונית אשר אינה משתמשת בסמכויות הנתונות לה ואינה מונעת צדדים שלישיים מלפגוע בקניינו של הפרט, חרף העובדה שהיא מודעת – או צריכה להיות מודעת – לפגיעה כאמור. רשימה זו בוחנת הן את הזכות החוקתית להגנה נקייה והן את הזכות החוקתית להגנה מפני צדדים שלישיים שפעולותיהם הפוגעות ידועות למדינה או צריכות להיות ידועות לה. היא מתמקדת בזכות החוקתית לחיים, לגוף ולכבוד. בכל הנוגע בהיבט של הזכות החוקתית להגנה נקייה, זכות זו סומכת את עצמה על הוראת סעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלפיה:

כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו.

בכל הנוגע בהיבט של הזכות החוקתית להגנה מפני צדדים שלישיים שפעולותיהם הפוגעות ידועות למדינה או צריכות להיות ידועות לה, זכות זו סומכת את עצמה על הוראת סעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלפיה:

אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם.

-
- 20 ראו Grimm, לעיל ה"ש 1. ראו גם אהרן ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי – התחולה במשפט העבודה" ספר אליקה ברק-אוסוסקין 363 (סטפן אדלר ואח' עורכים, 2012).
- 21 ראו HARRIS, O'BOYLE AND WARBRICK: LAW OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS 664 (2nd ed. 2009).
- 22 אנו מכנים את הפוגעים הללו "צדדים שלישיים" משום שבעל הזכות להגנה הוא הצד הראשון, והרשות השלטונית שהזכות להגנה מכוונת כלפיה היא הצד השני.
- 23 ראו להלן חלק א(ג).
- 24 לדיבור "הגנה נקייה" ראו להלן חלק א(ב).
- 25 ס' 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

בשורה ארוכה של פסקי-דין נפסק כי הזכות לכבוד האדם הינה זכות שלילית וחובתית גם-יחד.²⁶ עמד על כך בית-המשפט העליון באחת הפרשות:

חובתה של המדינה היא כפולה: ראשית, מוטלת עליה החובה שלא לפגוע בכבוד האדם. זהו ההיבט ה"שלילי" (ה-*status negativus*) של הזכות. הוא מעוגן בסעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. שנית, מוטלת עליה החובה להגן על כבוד האדם. זהו ההיבט ה"חיובי" (ה-*status positivus*) של הזכות. הוא מעוגן בסעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. שני ההיבטים (ה"שלילי" (הפסיבי) וה"חיובי" (האקטיבי)) הם חלקים שונים מן השלם, שהוא הזכות החוקתית לכבוד. שניהם נובעים מפירושה של הזכות לכבוד כפי שהיא מעוגנת בחוק היסוד. אין בכורה להיבט זה לעומת היבט אחר... איסור הפגיעה בכבוד וחובת ההגנה על הכבוד מטילים שניהם חובות משמעותיות על המדינה ועל הפרטים החיים בה.²⁷

נמצא כי לכל אחת מהזכויות-הבנות של כבוד האדם יש הן היבט שלילי (הגנה מפני פגיעה על-ידי המדינה או על-ידי צד שלישי שפעולותיו ידועות למדינה או צריכות להיות ידועות לה) והן היבט חיובי (הגנה נקייה).²⁸ גישה דומה חלה כמובן גם על הזכות לחיים וגם על הזכות לגוף.

26 ראו ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578, 593 (1995); דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1, 61 (1998): "נזכור כי חוק יסוד זה לא בא אך... לאסור על פגיעה בכבודו של אדם באשר הוא אדם (כלשון סעיף 4) (השופט מ' חשין); בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 680 (2006); בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משרת ישראל, פ"ד סב(1) 200 (2006); בג"ץ 3071/05 לוזון נ' ממשלת ישראל, פ"ד סג(1) 1, פס' 10 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש (2008): "גם זכויות-האדם המוכרות בשיטתנו, ושנהוג לכנותן 'זכויות אזרחיות ופוליטיות', מטילות על המדינה חובות 'חיוביות' של הגנה על מימוש הזכות ולא רק חובות 'שליליות' של אי פגיעה בזכות"; ע"א 9535/06 אבו מסאעד נ' נציב המים, פס' 21 לפסק-דינה של השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 5.6.2011): "הזכות לכבוד האדם מעוגנת, אפוא, בחוק היסוד הן בהיבטה החיובי והן בהיבטה השלילי"; בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, פס' 54 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש (פורסם בנבו, 21.2.2012): "הזכות לכבוד האדם מטילה על רשויות השלטון חובה שלילית וחובתית כאחד – החובה שלא לפגוע בכבוד והחובה להגן על הכבוד"; בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פס' 33 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש (פורסם בנבו, 28.2.2012): "זכותו של אדם לכבוד לפי החוק היא זכות בעלת שני פנים: פן שלילי, המשמיע כי יש למנוע פגיעה בזכות, ופן חיובי, המטיל חובה על רשויות השלטון להגן על הזכות".

27 בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464, 478–479 (2005).

28 לגבי הזכות-הבת לקיום מינימלי בכבוד ראו פרשת חסן, לעיל ה"ש 26, פס' 35–36 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש. לגבי הזכות-הבת לחיי משפחה ראו בג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, פס' 3 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש (פורסם בנבו, 24.3.2009). לגבי הזכות-הבת לשוויון ראו פרשת התנועה לאיכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 26, בעמ' 685–687. לגבי הזכות-הבת לחופש הביטוי ראו בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד

בישראל מוכרת אפוא זכות חוקתית להגנה על החיים, הגוף והכבוד,²⁹ או לשם הקיצור – הזכות להגנה. עיקרי הדברים חלים כמובן גם על הזכות החוקתית להגנה המעוגנת בזכויות אחרות בחוק-יסוד. איני עוסק כאן בהיבטים ההגנתיים של זכויות האדם ההלכתיות, הממשיכות לחול ולהתפתח בצד הזכויות החוקתיות.³⁰ הזכות להגנה שבה אני דן מצומצמת אפוא לשלוש זכויות חוקתיות: חיים, גוף וכבוד.

מאמר זה מתבסס על תפיסת-היסוד כי דין הזכות החוקתית להגנה כדין כל זכות חוקתית אחרת. תפיסת-יסוד זו מניחה ארבע הנחות: הראשונה, כי הזכות החוקתית להגנה מכוונת כלפי כל הרשויות השלטוניות, שהרי פסקת הכיבוד קובעת כי כל אחת ואחת מהן "חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה";³¹ השנייה, כי הזכות החוקתית להגנה היא זכות יחסית – הרשויות השלטוניות רשאיות לא לממשה כדי מלוא היקפה, ובלבד שאי-מימוש זה מקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה; השלישית, כי חובתן של הרשויות השלטוניות לממש את הזכות החוקתית להגנה צריכה להתגשם על-פי הסמכויות החוקתיות והחוקיות המוענקות לכל רשות שלטונית במסגרת עקרון הפרדת הרשויות – פסקת הכיבוד אינה מעניקה לרשויות השלטוניות סמכויות שאין להן בלעדיה; הרביעית, כי חובת הכיבוד מוטלת גם על הרשות השופטת, שכן היא אחת מ"רשויות השלטון", וככזו היא חייבת לכבד את הזכות להגנה. חובת הכיבוד המוטלת על הרשות השופטת מתממשת במסגרת המשפט המקובל בשתי דרכים עיקריות: (א) באמצעות פיתוח הלכות בדבר הביקורת השיפוטית שהרשות השופטת מפעילה על הרשויות השלטוניות – במסגרת זו הרשות השופטת רשאית לחייב את הרשות המחוקקת לחוקק חוק המממש את הזכות להגנה על-פי תנאיה של פסקת ההגבלה, וכן לחייב את הרשות המבצעת להתקין תקנות מכוחו של חוק למימוש זכות ההגנה; (ב) באמצעות פיתוח זכות הלכתית להגנה כלפי צדדים שלישיים הפוגעים בה – במסגרת זו הרשות השופטת עשויה להשיג מימוש של זכות ההגנה גם מקום שהביקורת השיפוטית נתקלת במחדל חקיקתי שצויה אינם מתגברים עליו.

בפרק א של רשימה זו אעמוד על מהותה של הזכות החוקתית להגנה וקשייה. אבהיר כי היקפה של הזכות החוקתית להגנה נקבע על-ידי פרשנותה החוקתית; כי היא מהווה זכות יחסית, כלומר, ניתן לא לממשה כדי מלוא היקפה, כל עוד אי-המימוש מקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה; וכי הזכות החוקתית להגנה משתרעת על ההגנה הנקייה³² ועל הגנת בעל הזכות מפני מחדלים של רשות שלטונית אשר נמנעת מלהגן על בעל הזכות מפני פעולות פוגעות של צדדים שלישיים שידועות לה או שמחובתה לדעת אותן. כן אבחן בחלק זה את היחס בין הזכות החוקתית להגנה לבין פסקת הכיבוד. פרק ב מנתח את חובתה החוקתית של

החינוך, פ"ד סג(2) 398 (2009); בג"ץ 7426/08 טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך, פ"ד סד(1) 820 (2010).

29 ס' 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עניין לנו בשלוש זכויות חוקתיות נפרדות להגנה: הזכות-האם לחיים, הזכות-האם לגוף והזכות-האם לכבוד האדם. ברשימה זו, בדברי על הזכות להגנה, אני מתייחס לכל אחת מהזכויות הללו.

30 לסוגיה זו ראו ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 133.

31 ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו להלן חלק א(א).

32 על ההגנה הנקייה ראו להלן חלק א(ב).

הרשות המחוקקת לכבד את הזכות להגנה. הוא מצביע על שיקול-הדעת הרחב הניתן לרשות המחוקקת בהגשמת חובת הכיבוד. פרק ג עורך ניתוח דומה לעניין חובתה החוקתית של הרשות המבצעת. פרק ד עוסק בחובת הכיבוד החוקתית המוטלת על הרשות השופטת. בחלקו הראשון הוא בוחן את מגוון סמכויותיה של הרשות השופטת, ומתמקד בפיתוח הלכות המשפט המקובל. פיתוח זה חייב להיעשות בגדריה של החוקה ועל-פי מטרותיה וערכיה. שני תחומים של המשפט המקובל רלוונטיים לענייננו: האחד, ביקורת שיפוטית על האופן שבו הרשויות השלטוניות מכבדות את הזכות החוקתית להגנה (משפט מקובל ציבורי); והאחר, פיתוח המשפט המקובל הפרטי כך שיכיר בזכות הלכתית להגנה בין פרטים (משפט מקובל פרטי). בחלק השני של פרק ד נבחנת חובתה החוקתית של הרשות השופטת לכבד את הזכות החוקתית להגנה על-ידי ביקורת שיפוטית על פעילותן של הרשויות השלטוניות. כך, למשל, נבחן כוחה של הרשות השופטת לחייב את הרשות המחוקקת לחוקק חוק המממש את הזכות להגנה. ביקורת שיפוטית זו עשויה להיתקל – אם להלכה ואם למעשה – בחוסר נכונות של המחוקק לחוקק. במצב דברים זה, ומבלי להכריע לגבי תוצאת הפרתו של הצו השיפוטי, על הרשות השופטת מוטלת חובה חוקתית לממש את חובתה על-ידי פיתוח המשפט המקובל הפרטי כך שיכיר בזכות הלכתית להגנה. זכות זו תעניק לבעל הזכות החוקתית להגנה זכות הלכתית ישירה כנגד צדדים שלישיים הפוגעים בזכותו החוקתית, ובלבד שזכות הלכתית זו לא תסתור את הוראותיו של כל חוק. לבחינתה של אפשרות זו מוקדש פרק ה. בגדרו אני מציין כי המשפט המקובל המגשים את זכות ההגנה כלפי צדדים שלישיים פוגע הן בזכות ההגנה כלפי הרשות השלטונית (שכן אין הוא מגשים אותה במלואה) והן בזכותם של הצדדים השלישיים (שכן הוא מגביל אותה). התנגשות זו בגדריו של המשפט המקובל נפתרת על-ידי הוראותיה של פסקת ההגבלה. אכן, המשפט המקובל כפוף למסגרות החוקתיות, והוא חייב לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה.

מאמר זה בוחן את מהותה של הזכות החוקתית להגנה ואת חובת הכיבוד שהיא מטילה על הרשויות המחוקקת, המבצעת והשופטת. כן נבחנים הסעדים שיינתנו על-ידי בית-המשפט מקום שזכות ההגנה של אדם לא מומשה, אם נמצא כי אי-המימוש אינו עומד בדרישותיה של פסקת ההגבלה. שאלה חשובה היא מה השפעתה של פסקת שמירת הדינים³³ על מימושה של הזכות להגנה. בשאלה זו אני עוסק במקום אחר,³⁴ ואעמוד עליה במאמר זה בקצרה בלבד.

א. מהותה של הזכות להגנה וקשייה

1. הזכות להגנה וחובת ההגנה

הזכות החוקתית להגנה על החיים, הגוף והכבוד היא זכותו של כל אדם כלפי כל רשות מרשויות השלטון. כנגד הזכות להגנה של הפרט עומדת חובת ההגנה (duty to protect).

33 ראו ס' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ("אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד").

34 ראו ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 391; אהרן ברק "שמירת הדינים" ספר ביניש (קרן אזולאי, איתי בר-סימן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, צפוי להתפרסם ב-2016).

(Schutzpflicht) של הרשות השלטונית.³⁵ חובת ההגנה היא צידה האחר של הזכות החוקתית להגנה. כאשר לפרט יש זכות חוקתית להגנה באמצעות פעולה פלונית, על הרשות השלטונית מוטלת חובה חוקתית כלפי הפרט לבצע פעולה פלונית.³⁶ הזכות החוקתית להגנה מופנית כלפי כל רשות שלטונית.³⁷ "היא חלה על הרשות המחוקקת, המבצעת והשופטת. היא חלה על הרשות המרכזית והמקומית."³⁸ על הרשויות השלטוניות לממש את הזכות החוקתית להגנה – כל רשות בתחומה שלה ועל-פי סמכויותיה. יודגש: הזכות החוקתית להגנה מופנית כלפי רשויות השלטון; היא אינה מופנית כלפי הפרטים.³⁹ היחסים המשפטיים בין פרטים אינם יחסים חוקתיים, אלא תת-חוקתיים. הם מוסדרים על-ידי הנורמות של המשפט התת-חוקתי, כלומר, על-ידי החקיקה (על כל רמותיה) והמשפט המקובל הישראלי.⁴⁰

2. היקפה של הזכות החוקתית להגנה

(א) הקשיים בקביעת היקפה של הזכות להגנה

היקפה של זכות חוקתית נקבע על-ידי פרשנותו של הטקסט החוקתי.⁴¹ פעילות פרשנית זו קשה, שכן רבות מהזכויות מעוצבות כעקרונות.⁴² פעילות פרשנית זו נתקלת בקושי הרב ביותר כאשר זכות חוקתית המעוצבת כעיקרון מחייבת את הרשות השלטונית לפעולה חיובית. טלו את הזכות החוקתית לחיים. קשה היא מלאכת הפרשנות בקביעת היקפה של זכות זו אפילו בהיבטה השלילי. עם זאת, דומה שהכל יסכימו כי הזכות לחיים, בהיבטה השלילי, אוסרת נטילת חייו של אדם. אך מהו היקפה של הזכות החוקתית להגנה על החיים? מתי החיים מתחילים ומתי הם מסתיימים? האם הזכות החוקתית לחיים משתרעת גם על הגנת האדם שלא ייטול את חייו שלו? האם היא כוללת גם הגנה על חייו של אדם החשוף לאיומים של אדם אחר? אילו פעולות חיוביות הרשות השלטונית חייבת לנקוט כדי להגן על הזכות החוקתית לחיים? האם עליה לקיים מוסדות שיבטיחו כי החיים אינם ניטלים? האם עליה לחייב כל אדם

35 על חובת ההגנה ראו Calliess, לעיל ה"ש 11; Grimm, לעיל ה"ש 1; ALEXY, לעיל ה"ש 1, בעמ' 289. שאלה אחרת היא אם כנגד כל חובה המוטלת על רשויות השלטון עומדת זכות של הפרט. בחינתה של שאלה זו חורגת ממסגרת מאמר זה. ראו JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM (1988) 210.

36 ALEXY, לעיל ה"ש 1, בעמ' 296: "If right-holder x has the right against the state S that it carry out positive act ϕ , then the state has *relative* to x the duty to ϕ ".

37 משמעותו של הדיבור "כל רשות מרשויות השלטון" (ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו) טרם התבררה. לבחינת השאלה במשפט המשווה ראו PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 85 (5th ed. 2007).

38 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 412 (1995) (הנשיא א' ברק).

39 ראו ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי – התחולה במשפט העבודה", לעיל ה"ש 20; ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 387.

40 ראו להלן חלק א3(ב)(2).

41 על הפרשנות החוקתית של זכויות האדם ראו ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 173.

42 על עקרונות ועל ההבדלים בינם לבין כללים ראו שם, בעמ' 321.

להציל את מי שנתון בסכנת חיים, ולקבוע כי אם לא יעשה כן יהא אחראי בפלילים (כלפי המדינה) ובנזיקין (כלפי מי שהוא היה יכול להציל ולא הציל)⁴³?

הקושי הוא רב, אך הוא ניתן לפתרון. המפתח לפתרון טמון בכללי הפרשנות החוקתית. כאשר הפרשן נותן מובן למונחים "חיים", "גוף" ו"כבוד", עליו לפרשם לפי התכלית המונחת ביסודם. תכלית זו היא האידיאל שהזכות נועדה להגשימו.⁴⁴ כאשר ביסודה של הזכות החוקתית להגנה מונחות כמה תכליות, יש לקבוע את היקפה של הזכות החוקתית על-פי התכלית הנותנת לה את ההיקף הרחב ביותר.⁴⁵ התכליות האחרות יבואו לידי ביטוי בהקשרים אחרים, אשר החשוב שביניהם הוא פסקת ההגבלה. על-כן, אם התכליות המונחות ביסודה של הזכות החוקתית להגנה נוגדות זו את זו, אין לפתור את הניגוד ברמה החוקתית בדרך של איזון פרשני בין התכליות הנוגדות.⁴⁶ במישור החוקתי ייקבע היקפה של הזכות החוקתית על-פי התכלית המעניקה לה את ההיקף הרחב ביותר. במישור התת-חוקתי – בין החקיקה לבין המשפט המקובל – יינתן ביטוי לתכליות הנוגדות בגדריה של פסקת ההגבלה. במסגרת זו, בבדיקת המידתיות במונח הצר, ייעשה איזון חוקתי בין התועלת ממימושן של תכליות אלה לבין הנזק הנגרם לזכות החוקתית.⁴⁷ על-כן בקביעת היקפה של הזכות החוקתית להגנה אין להתחשב באינטרסים ציבוריים, כגון הבטחת ביטחון ותברואה.⁴⁸ כמור-כן אין להתחשב בכך שהיא עשויה לפגוע בזכויות חוקתיות של צדדים שלישיים.⁴⁹ עם זאת, כפי שנראה,⁵⁰ יש להבחין בין היקף הזכות להגנה לבין מימושה של הזכות להגנה. כאשר למימוש הזכות, הזכות החוקתית להגנה – כמו שאר הזכויות החוקתיות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – היא זכות יחסית.⁵¹ ניתן לא לממשה עד מלוא היקפה. השיקולים הנוגעים באינטרס הציבורי ובפגיעה בזכויות החוקתיות של צדדים שלישיים הם שיקולים שיש להתחשב בהם במסגרת

43 ראו ALEXY, לעיל ה"ש 1, בעמ' 288.

44 ראו ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 294.

45 ראו ALEXY, לעיל ה"ש 1: "Everything which has at least one characteristic, which – viewed in isolation – would suffice to bring the matter within the scope of the relevant right, does so, regardless of what other characteristics it has"

46 על האיזון הפרשני ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 18, בעמ' 98.

47 על האיזון החוקתי ועל השוני בינו לבין האיזון הפרשני ראו שם, בעמ' 101.

48 ראו שם, בעמ' 102. ראו גם בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, 835–836 (2008) (הנשיאה ד' ביניש); פרשת משפחה חדשה, לעיל ה"ש 28, פס' 3 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש. גישה זו שנויה במחלוקת. ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 18, בעמ' 102. ראו גם ברק מדינה "על פגיעה" בזכות חוקתית ועל תכלית ראויה" משפט ועסקים טו 281 (2012).

49 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 18, בעמ' 120. ראו גם בג"ץ 1435/03 פלונית נ' בית-הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה, פ"ד נח(1) 529 (2003).

50 ראו להלן חלק א.3.

51 שם.

קביעת החוקתיות של אי-מימוש הזכות החוקתית כדי מלוא היקפה. מסגרת זו מצויה בפסקת ההגבלה.⁵²

(ב) הזכות החוקתית להגנה נקייה

הזכות החוקתית להגנה משתרעת על כל הפעולות של הרשויות השלטוניות שיש בהן כדי להגן עליה. פעולות אלה יכולות להיות פנימיות לרשות השלטונית, מבלי שהן יפגעו במישרין בזכויותיהם של צדדים שלישיים או יגבילו אותן. אכנה זאת "הגנה נקייה". פעולות אלה כוללות דינים המממשים את הזכויות החיוביות לחיים, לגוף ולכבוד האדם בדרך של יצירת תשתית נורמטיבית המבטיחה בריאות, מזון, דיור וכיוצא בהם אמצעים המממשים את זכותו החיובית של הפרט. זאת, מבלי שמימוש זה פוגע במישרין בזכותם של פרטים אחרים. דוגמה לזכות להגנה נקייה היא פרשת TAC.⁵³ במסגרת פרשה זו נמנעה הרשות המבצעת בדרום-אפריקה מלנקוט אמצעים להגן על תושביה מפני מחלת האיידס. הממשלה סירבה להשתמש בתרופות שונות שחברות מסחריות העמידו לרשותה בלא כל דרישה לתשלום, וזאת חרף יעילותן. מדיניות זו נבחנה על-ידי בית-המשפט החוקתי הדרום-אפריקאי על רקע ההוראה בחוקה של דרום-אפריקה המכירה, בין היתר, בזכות הגישה לשירותי רפואה (access to healthcare services).⁵⁴ בית-המשפט קבע כי מדיניות הממשלה מפרה את הזכות להגנה, והוציא צו המחייב את הממשלה להנגיש ולהפיץ את התרופות.

(ג) הזכות להגנה מפני פגיעתם של צדדים שלישיים

האם הזכות החוקתית להגנה מגינה גם מפני פגיעות של צדדים שלישיים בה? האם רשות שלטונית שאינה מונעת צדדים שלישיים מלפגוע בבעל הזכות החוקתית להגנה, חרף מודעותה לפגיעות אלה, מפרה במחדלה זה את הזכות להגנה של הפרט כלפיה? האם חובת ההגנה החוקתית של הרשות השלטונית להגן על החיים, הגוף והכבוד של הפרט כוללת גם חובה כלפיו למנוע צדדים שלישיים מלפגוע בחייו, בגופו או בכבודו? האין לקבוע כי החובה החוקתית להגנה מתמצית בהגנה הנקייה בלבד? התשובה המקובלת היא כי הזכות החוקתית להגנה אינה מוגבלת להגנה נקייה בלבד. הזכות החוקתית להגנה משתרעת גם על זכותו של אדם כלפי הרשות השלטונית כי זו תגן על חייו, גופו וכבודו של אדם כך שלא יפגעו במישרין על-ידי פעולות של צדדים שלישיים שהרשות השלטונית מודעת להן או צריכה להיות מודעת להן, ואשר בסמכותה למונען.⁵⁵ אכן, המשפט

52 ראו ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו גם בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006), שבו מובאות בעניין זה דעות שונות.

53 פרשת TAC, לעיל ה"ש 7.

54 ס' 127(1) לחוקה של דרום-אפריקה, לעיל ה"ש 7.

55 ראו FREDMAN, לעיל ה"ש 5, בעמ' 2: "The obligation to protect requires states to prevent violation of such rights by third parties". ראו גם SHUE, לעיל ה"ש 6, בעמ' 69; MANISULI; SSENIONJO, ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS IN INTERNATIONAL LAW 24 (2009):

הפלילי, דיני הנזיקין והוראות מקיפות של המשפט התת-חוקתי הם האמצעים שהרשות המחוקקת נוקטת כדי לממש את זכות ההגנה של הפרטים בחברה כלפיה. באופן דומה, חלקים של המשפט המנהלי מטילים חובות על הרשות המבצעת לממש את זכות ההגנה של פרטים כלפיה.⁵⁶ כך, למשל, כדי להגן על זכותי להפגין, מוטלת על הרשות המבצעת (המשטרה) החובה למנוע פגיעה מצד קהל עוין (צד שלישי) שהיא מודעת או צריכה להיות מודעת לכך שהוא יפריע לי.⁵⁷ מניעתם של צדדים שלישיים מלפגוע בזכות להגנה עשויה להגביל את זכותם החוקתית השלילית של אותם צדדים שלישיים. הזכות החוקתית כלפי הרשות השלטונית לחיים, לגוף ולכבוד מתייחסת לא רק לחייו, לגופו או לכבודו של האדם שהצד השלישי פוגע בהם, אלא גם לחייו, לגופו או לכבודו של הפוגע עצמו, אשר על הרשות לפעול במטרה שגם הם לא ייפגעו. על-כן חייו, גופו וכבודו של האדם אינם רק של המפגין, אלא גם של המתנגד להפגנה. הזכות החוקתית להגנה משתרעת על-כן גם על פעולות שיש בהן כדי להגביל זכות חוקתית של הפוגעים בה. הטעם לכך הוא שלעיתים קרובות אין אפשרות להגן על זכות חוקתית חיובית מבלי לפגוע בזכות חוקתית שלילית. לעיתים קרובות הסכנה לזכויות האדם מקורה בפעולתם של צדדים שלישיים – פעולות שהרשות השלטונית מודעת להן, או צריכה להיות מודעת להן, אך אינה מונעת אותן – ולא בפעולותיה הישירות של הרשות השלטונית. אם מבקשים להתייחס ברצינות לזכות החוקתית להגנה, אזי אין מקום לצמצם את ההגנה להגנה נקייה בלבד. יש מקום להכיר בכך שלעיתים קרובות הזכות החוקתית להגנה של פרט אחד תוכל להתממש רק על-ידי פעולות של הרשויות השלטוניות אשר יפגעו בזכותו החוקתית של פרט אחר או יגבילו אותה. אכן, לעיתים קרובות הסכנה לזכויות החוקתיות של אדם מקורה בפעולתם של צדדים שלישיים ובמחדלה של המדינה, אשר מודעת לפעולות של הצדדים השלישיים או צריכה להיות מודעת להן אך נמנעת מלפעול. הזכות להגנה של הפרט כלפי הרשויות השלטוניות נועדה להגן על הפרט מפני פעולתם של פרטים אחרים אלה (הצדדים השלישיים). על-כן הזכות החוקתית של ראובן כלפי הרשויות השלטוניות להגנה על שמו הטוב עשויה להטיל על הרשות השלטונית את החובה להגביל את דינה (צד שלישי) בפרסום דברי לשון-הרע על ראובן. הגשמתה של חובה זו עשויה להגביל את זכותה החוקתית (השלילית) של דינה כלפי הרשות השלטונית לחופש הביטוי שלה.

56 “The obligation to *protect* requires states to take measures that prevent NSAs [=non-states .actors]... from interfering in any way with ESC [=economic, social and cultural] rights” היקף רחב ביותר של חובת הגנה של הפרט כלפי הרשות המבצעת ניתן למצוא בס’ 33 לחוקה של דרום-אפריקה, לעיל ה”ש 7, שלפיו: “(1) Everyone has the right to administrative action that is lawful, reasonable and procedurally fair; (2) Everyone whose rights have been adversely affected by administrative action has the right to be given written reasons; (3) National legislation must be enacted to give effect to these rights, and must – (a) provide for the review of administrative action by a court or, where appropriate, an independent and impartial tribunal; (b) impose a duty on the state to give effect to the rights in subsections (1) and (2); and (c) promote an efficient administration”

57 בג”ץ 1928/96 מועצת יש”ע נ’ מפקד מחוז ירושלים של משטרת ישראל, פ”ד נ(1) 541 (1996); פרשת מטה הרוב, לעיל ה”ש 26.

בפרשת *TAC*, שהוזכרה לעיל,⁵⁸ מימוש הזכות להגנה נקייה לא היה כרוך בעלויות של ממש לרשות השלטונית. לא זה המצב ברוב המקרים. המצב הרגיל הוא שמימוש ההגנה הנקייה כרוך בעלויות לרשות השלטונית, ולעיתים אלה כבדות. טלו את מימון הזכויות החוקתיות לחינוך, לבריאות ולדיור. מימוש ההיבט ההגנתי ה"נקי" של זכויות אלה מטיל על הרשויות הציבוריות עלויות כספיות ניכרות, אשר סופן לפגוע בעקיפין בזכויות חוקתיות שליליות. מכאן שהגבול בין ההגנה מפני צדדים שלישיים לבין ההגנה הנקייה, שסופה לפגוע בעקיפין בזכויותיהם החוקתיות השליליות, הוא לעיתים דק.

3. הזכות החוקתית להגנה כזכות יחסית

(א) הזכות להגנה ופסקת ההגבלה

הזכות החוקתית להגנה נקייה והזכות להגנה מפני פגיעתם של צדדים שלישיים – ככל זכות חוקתית המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – היא זכות יחסית.⁵⁹ אין היא זכות מוחלטת. משמעות הדבר היא שקיימים מצבים שבהם הימנעותה של הרשות השלטונית ממימוש הזכות החוקתית להגנה היא חוקתית. מהם מצבים אלה? התשובה היא כי מצבים אלה קבועים בפסקת ההגבלה. פסקה זו קובעת:

אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.⁶⁰

"פגיעה", לעניינה של פסקת ההגבלה, היא כל מעשה או מחדל שאין בו מימוש של הזכות החוקתית כדי מלוא היקפה, למעט פגיעה שהיא עניין של מה-בכך.⁶¹ ביסודה של פסקת ההגבלה מונחת התפיסה כי הרשות השלטונית רשאית לפגוע בזכות חוקתית ובלבד שלפגיעה זו יש צידוק.⁶² אכן, המידתיות מחייבת בחינה תמידית שאכן קיים צידוק כזה.⁶³ היא מבוססת

58 לתיאורה התמציתי של פרשת *TAC* (לעיל ה"ש 7) ראו לעיל ליד ה"ש 53–54.

59 על הזכות היחסית ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 18, בעמ' 56; ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 366.

60 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הגישה המקובלת היא כי פסקה זו חלה הן מקום שזכות חוקתית נפגעת על-ידי חוק שנועד להגשים אינטרס ציבורי (הזכות לחופש הביטוי נפגעת על-ידי חקיקה שנועדה לשמור על בטחון המדינה) והן מקום שהיא נפגעת על-ידי חוק שנועד להגן על זכות חוקתית אחרת (הזכות לחופש הביטוי נפגעת על-ידי חקיקה שנועדה לשמור על השם הטוב). בשני המקרים יש תחולה לפסקת ההגבלה. לגישה שונה ראו בג"ץ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נה(4) 267 (2001). ודוק: פסקת ההגבלה חלה בכל מקרה שבו מתעוררת בעיה סביב חוקתיותה של חקיקה הפוגעת בזכות חוקתית. האיזון שנעשה במסגרתה הוא איזון חוקתי. יש להבחין בינו לבין איזון שנעשה בפירושה של הוראה תת-חוקתית. זהו איזון פרשני, שאינו מחיל את פסקת ההגבלה. להבחנה זו ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 18, בעמ' 98.

61 לגישה שונה ראו מדינה, לעיל ה"ש 48.

62 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 18, בעמ' 555.

על "תרבות של צידוק".⁶⁴ הדמוקרטיה החוקתית מבוססת על זכויות אדם חוקתיות. אי-מימושן של זכויות האדם אינו יכול להיות דבר שבשגרה. חייב להיות צידוק שיש בו כדי לבסס את אי-מימושה של הזכות החוקתית.⁶⁵ חובת הצידוק מתבטאת בדרישות הקבועות בפסקת ההגבלה. פסקה זו חלה מקום שנורמה תת-חוקתית (חוק או משפט מקובל) פוגעת בזכות חוקתית. לעניין הזכות השלילית (או ההיבט השלילי), משמעותה של הפגיעה היא מניעת בעל הזכות מלהגשים את זכותו כדי מלוא היקפה. לעניין הזכות להגנה, משמעותה של הפגיעה היא אי-מימוש הזכות להגנה כדי מלוא היקפה.⁶⁶ אכן, פסקת ההגבלה חלה הן לעניין הזכות השלילית שלא יפגעו בחייו, בגופו ובכבודו של אדם והן לעניין הזכות החיובית להגנה על חייו, גופו וכבודו של אדם.⁶⁷

- 63 ראו דיון מקיף של תרבות הצידוק אצל MOSHE COHEN-ELIYA & IDDO PORAT, PROPORTIONALITY AND CONSTITUTIONAL CULTURE 111 (2013).
- 64 ראו Etienne Mureinik, *A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights*, 10 S. AFR. J. HUM. RTS. 31, 32 (1994); David Dyzenhaus, *Law as Justification: Etienne Mureinik's Conception of Legal Culture*, 14 S. AFR. J. HUM. RTS. 11, 27 (1998); Andrew Butler, *Limiting Rights*, 33 VICTORIA U. WELLINGTON L. REV. 113, 116 (2002); Jeffrey Jowell, *Judicial Deference and Human Rights: A Question of Competence*, in LAW AND ADMINISTRATION IN EUROPE: ESSAYS IN HONOR OF CAROL HARLOW 67, 69 (Paul Craig & Richard Rawlings eds., 2003); Michael Taggart, *Proportionality, Deference, Wednesbury*, Rainer Forst, *The Basic Right to* א על הזכות לצידוק ראו 2008 N.Z. L. REV. 423, 461 *Justification: Towards a Constructivist Conception of Human Rights*, 6 CONSTELLATIONS 35 (1999).
- 65 ראו Jeremy Kirk, *Constitutional Guarantees, Characterisation and the Concept of Proportionality*, 21 MELB. U. L. REV. 1, 20 (1997); JEFFREY M. SHAMAN, CONSTITUTIONAL INTERPRETATION: ILLUSION AND REALITY 44 (2001); Matthias Kumm, *Political Liberalism and the Structures of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement*, in LAW, RIGHTS AND DISCOURSE: THE LEGAL PHILOSOPHY OF ROBERT ALEXY 131 (George Pavlakos ed., 2007); VICKI JACKSON, CONSTITUTIONAL ENGAGEMENT IN A TRANSNATIONAL ERA 63 (2010).
- 66 על תחולתה של פסקת ההגבלה על הזכות להגנה ראו ברק *מידתיות במשפט*, לעיל ה"ש 18, בעמ' 513. ראו גם ALEXY, לעיל ה"ש 1, בעמ' 188; Robert Alexy, *On Constitutional Rights to Protection*, 3 LEGISPRUDENCE 1 (2009); MATTHIAS KLATT & MORITZ MEISTER, THE CONSTITUTIONAL STRUCTURE OF PROPORTIONALITY 85 (2012).
- 67 נמצא כי הדיבור "פוגעים" בפסקת ההגבלה משתרע גם על ההגנה הנקייה. על-כן הוא רחב יותר מהדיבור "פוגעים" בסעיפים אחרים של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר אינם משתרעים, לדעתי, על ההגנה הנקייה, אך כוללים הגנה מפני פגיעה של צדדים שלישיים. ראו לעיל ליד ה"ש 23. אכן, אם הדיבור "פוגעים" שבפסקת ההגבלה אינו חל על הזכות להגנה נקייה, האם צריך לראותה כזכות מוחלטת? האם צריך להכיר לעניינה בפסקת הגבלה שיפוטית? על פסקת הגבלה שיפוטית ראו אהרן ברק "פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית)" ספר אליהו מצא 77 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים, 2015). לדעה שונה ראו אריאל בנדור וטל סלע "על המידתיות של המידתיות" משפטים מב 1097 (2012).

פסקת ההגבלה דורשת, כאחד מתנאיה, כי הפגיעה תיעשה "בחוק". כיצד דרישה זו פועלת לגבי הזכות החוקתית להגנה?⁶⁸ התשובה היא כי כדי שיהא צידוק למחדל, יש לעגן צידוק זה בחוק.⁶⁹ אם הזכות החוקתית להגנה לא מומשה בלא כל עיגון בחקיקה, אין תחולה לפסקת ההגבלה. משמעות הדבר היא שבהעדר כל חוק ("מחדל מלא")⁷⁰ יש לממש את מלוא היקפה של הזכות החוקתית להגנה נקייה, ואין כל הסמכה לאי-מימוש מלא של הזכות להגנה.⁷¹ נמצא כי פסקת ההגבלה תספק צידוק למחדל החקיקתי רק אם המחדל אינו מלא (הימנעות כוללת מהגנה על הזכות), אלא חלקי בלבד (הגנה חלקית על הזכות, אשר לפי הטענה אינה מספקת). רק כאשר המחדל הוא חלקי ניתן לפנות להוראותיה של פסקת ההגבלה. אכן, כאשר המחדל הוא חלקי, קיים חוק פוגע, אם כי תחולתו היא חלקית בלבד, שכן אין הוא מממש את הזכות החוקתית להגנה במלואה. במצב דברים זה תחול פסקת ההגבלה, וייתכן שייקבע על-פיה כי המימוש החלקי הוא חוקתי. לעומת זאת, אם המחדל הוא מלא, אין כל חוק המסמיך אי-מימוש מלא של הזכות החוקתית להגנה. בהעדר כל חקיקה, כל מימוש שאינו מלא הוא פגיעה בלתי-חוקתית בזכות להגנה. במצב דברים זה הרשות השלטונית עומדת ללא כל אפשרות להצדיק את מחדלה המלא. אכן, ברוב-רובם של המקרים קיימת חקיקה אשר מגינה על הזכות באופן חלקי, כלומר, מממשת אותה באופן חלקי. הטענה היא כי ההגנה אינה מממשת את הזכות להגנה במלואה. במצב דברים זה תחול פסקת ההגבלה. אכן, קשה להלום שיטת משפט שאינה מעניקה כל הגנה לזכות להגנה על החיים, הגוף והכבוד. טלו, למשל, את דיני העונשין. הם קובעים כי אחריות פלילית קיימת רק אם בצד היסוד ההתנהגותי קיים גם יסוד של מחשבה פלילית. בכך דיני העונשין אינם מגינים על הזכות החוקתית להגנה על החיים, הגוף והכבוד מקום שהפגיעה בזכויות אלה נעשית ללא מחשבה פלילית. ההגנה שדיני העונשין מעניקים לחיים, לגוף ולכבוד היא חלקית בלבד. בהתקיים חלקיות זו תחול פסקת ההגבלה, שכן אי-המימוש המלא נעשה "בחוק". במצב דברים זה יש לקבוע אם דיני העונשין מקיימים את תנאיה של פסקת ההגבלה.

המסקנה היא, אפוא, שחוק עשוי לא לממש את הזכות החוקתית להגנה במלואה אם אי-המימוש המלא תואם את ערכיה של מדינת-ישראל, אם הוא נעשה לתכלית ראויה,⁷² אם קיים קשר רציונלי בין אי-המימוש המלא לבין התכלית הראויה,⁷³ אם אין חלופה אשר תאפשר את

68 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 18, בעמ' 522.

69 הדיבור "חוק" בפסקת ההגבלה כולל לדעתי גם את המשפט המקובל. ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 18, בעמ' 159.

70 יש המכנים זאת "מחדל מוחלט". ראו ALLAN R. BREWER-CARÍAS, CONSTITUTIONAL COURTS AS POSITIVE LEGISLATORS: A COMPARATIVE LAW STUDY 126 (2011).

71 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 18, בעמ' 523.

72 ראו שם, בעמ' 524. לביקורת גישתי בכל הנוגע בדרישת התכלית הראויה במקרה של זכויות חיוביות, ראו בנדור וסלע, לעיל ה"ש 67, בעמ' 1124–1125; אריאל בנדור והדר דנציג-רוזנברג "המעמד החוקתי של שירות המשפט הפלילי" ספר אליהו מצא 373 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים, 2015).

73 ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 18, בעמ' 525.

הגשמת התכלית הראויה מבלי להימנע ממימוש הזכות להגנה במלוא היקפה,⁷⁴ ואם קיים יחס מידתי בין התועלת החברתית השולית שבהגשמת התכלית הראויה לבין הנזק החברתי השולי הנגרם לזכות להגנה באי-מימושה המלא.⁷⁵ כמובן, ככל שאי-המימוש הוא בשולי הזכות להגנה, כן יקל להצדיק פגיעה בה.⁷⁶ המתודולוגיה שיש לנקוט היא אפוא המתודולוגיה הרגילה של פסקת ההגבלה.⁷⁷ אין כל הבדל, לעניין מרכיביה של פסקת ההגבלה, בין הגבלה של זכות חוקתית שלילית לבין אי-מימוש של זכות חוקתית להגנה.

לא למותר לציין כי פסקת ההגבלה אינה מצביעה תמיד על אפשרות חוקתית אחת ויחידה. פסקת ההגבלה אינה שוללת את שיקול-דעתן של הרשויות השלטוניות. היא אך מצמצמת אותן. אכן, פסקת ההגבלה מכירה במתחם של הגבלה.⁷⁸ זהו מתחם של החלטות שכל אחת מהן מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה ואשר לרשות השלטונית יש שיקול-דעת לקבלן. עמדה על כך הנשיאה ד' ביניש באחת הפרשות:

כאשר ישנן אפשרויות שונות שעשויות לעמוד בדרישת המידתיות נתון למחוקק מרחב תמרון חקיקתי, המכונה על ידינו "מתחם המידתיות", שבתוכו יכול המחוקק לבחור את האפשרות הנראית לו.⁷⁹

מתחם המידתיות נקבע על-פי הפירוש הניתן לפסקת ההגבלה.⁸⁰ הוא נגזר מהחלופות שפסקת ההגבלה מעמידה. חריגה ממתחם ההגבלה משמעותה אי-קיום של דרישות העולות מפרשנותה של פסקת ההגבלה. נמצא כי מתחם ההגבלה מתאר מציאות נורמטיבית הנקבעת על-ידי פסקת ההגבלה, והוא נגזר ממציאות זו. אין לראות במתחם ההגבלה משום הפחתה של הדרישות המתבקשות מהוראותיה של פסקת ההגבלה. עמד על כך דוידוב:

"מתחם התמרון" אין משמעותו הפחתה של הסטנדרט, אלא רק ציון העובדה – הברורה מאליה לדידי – כי אם ישנן כמה חלופות אשר עומדות כולן בדרישות חוקי-היסוד, המחוקק רשאי לבחור ביניהן, ובית המשפט לא יתערב בכך.⁸¹

גבולותיו של מתחם התמרון הנתון למחוקק במקרה קונקרטי נקבעים על-ידי בית-המשפט בהתאם למהותם של האינטרסים והזכויות העומדים על הפרק. הנה כי כן, תורת שלושת השלבים,⁸² הנוהגת בכל הזכויות החוקתיות הקבועות בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, נוהגת גם לעניין הזכות החוקתית להגנה. בשלב הראשון נקבע היקפה של

74 שם, בעמ' 526.

75 שם.

76 ראו ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 360.

77 שם, בעמ' 522.

78 על מתחם ההגבלה או מתחם המידתיות ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 18, בעמ' 506.

79 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ר), חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, 623 (2009).

80 ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 18, בעמ' 507.

81 גיא דוידוב "ביקורת חוקתית בעניינים בעלי השלכה תקציבית" הפרקליט מט 345, 365 (2008).

82 על שלושת שלבי הבחינה החוקתית ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 18, בעמ' 51.

הזכות החוקתית להגנה, ונבחנת השאלה אם הימנעותה של הרשות השלטונית פוגעת בזכות זו. לעניין זה אין חשיבות אם הפגיעה היא בגרעינה של הזכות להגנה או בשוליה.⁸³ בזכויות החוקתיות השליליות הפגיעה מתרחשת על-ידי חוק (או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו) הפוגע בזכות השלילית. בזכות החוקתית להגנה הפגיעה מתממשת על-ידי הוראת חוק (או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו) שאינה מגינה על הזכות החוקתית להגנה כדי מלוא היקפה. בשלב השני נקבע אם יש צידוק להימנעותה של הרשות השלטונית ממימוש הזכות החוקתית להגנה במלואה. אם תנאיה של פסקת ההגבלה אינם מתקיימים – כלומר, אי-המימוש של הזכות להגנה כדי מלוא היקפה אינו מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה – יש לעבור לשלב השלישי, שעניינו הסעד החוקתי.

(ב) הזכות החוקתית להגנה והפגיעה בזכויות של צדדים שלישיים

(1) הבחינה החוקתית הכפולה

זכותו של אדם להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו היא זכות חוקתית כלפי הרשות השלטונית.⁸⁴ חובתה של הרשות השלטונית אינה מתמצית אך בהגנה נקייה.⁸⁵ כפי שראינו,⁸⁶ מוטלת עליה גם החובה החוקתית למנוע צדדים שלישיים מלפעול באופן הפוגע הלכה למעשה בזכות ההגנה, וזאת מקום שהיא מודעת – או צריכה להיות מודעת – כי מחדלה מלהגן על זכותו החוקתית של פרט יביא לידי פגיעה בה על-ידי צדדים שלישיים. טלו את זכותו החוקתית של ראובן (הצד הראשון) כלפי הרשות השלטונית להגנה על השם הטוב. זכות חוקתית זו מטילה על הרשות השלטונית (הצד השני) את החובה לנקוט אמצעים אשר ימנעו את דינה (הצד השלישי) מלפרסם דברי לשון-הרע הפוגעים בשמו הטוב של ראובן. הניחו כי כדי לצאת ידי חובתה החוקתית, קבעה הרשות השלטונית נורמה תת-חוקתית אשר מגינה על שמו הטוב של ראובן ואוסרת על דינה לפרסם ביודעין דברי לשון-הרע הפוגעים בשם טוב זה. הדבר עשוי לבוא לידי ביטוי בחקיקת חוק על-ידי הרשות המחוקקת או בהלכות המשפט המקובל של הרשות השופטת באשר ללשון-הרע. כפי שראינו,⁸⁷ זכות ההגנה היא יחסית. חוקתיותה של הנורמה – אשר מגינה על ראובן רק לעניין פרסומים הפוגעים בשמו הטוב ביודעין או בפזיזות, ואינה מגינה עליו לעניין פרסומים הפוגעים בשמו הטוב ברשלנות – תיקבע על-פי התאמתה להוראותיה של פסקת ההגבלה. ראובן יטען כי נורמה תת-חוקתית זו פוגעת בזכותו החוקתית להגנה מפני פרסומים הנעשים ברשלנות. זכותו החוקתית להגנה אינה מתממשת אפוא במלואה. דינה תטען כי הנורמה התת-חוקתית שקבעה הרשות השלטונית פגעה בזכותה החוקתית לחופש הביטוי, שכן היא מגבילה את חופש הביטוי שלה בכל הנוגע בדברי לשון-הרע המתפרסמים ביודעין או בפזיזות.

83 ראו ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 360.

84 ראו שם, בעמ' 386.

85 על ההגנה הנקייה ראו לעיל חלק א2(ב).

86 ראו לעיל חלק א2(ג).

87 ראו לעיל חלק א3.

ההכרעה בדבר מידתיותה של הנורמה התת-חוקתית – אשר מממשת את הזכות החוקתית להגנה באופן חלקי בלבד, וזאת על-ידי הגבלת זכות חוקתית שלילית של צדדים שלישיים – מחייבת אפוא בחינה חוקתית כפולה. הבחינה האחת היא אם המימוש החלקי של הזכות החוקתית להגנה מקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה מנקודת-המבט של הזכות להגנה. הבחינה האחרת היא אם הפגיעה בזכות החוקתית השלילית של הצדדים השלישיים ממלאת את דרישותיה של פסקת ההגבלה מנקודת-המבט של הזכות השלילית. החוק היא חוקתית רק אם הוא מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה על-פי שתי נקודות-המבט גם-יחד. כפי שראינו,⁸⁸ ברבים מהמקרים קיים במצב דברים זה מתחם של הגבלה. הרשות השלטונית אינה רשאית לבחור פתרון המצוי מחוץ למתחם, אולם יש לה שיקול-דעת בבחירה בין האפשרויות השונות העומדות לרשותה בגדרי המתחם.

(2) יצירת יחס משפטי ישיר בין הצדדים הפרטיים

חקיקה המקיימת את מבחניה של פסקת ההגבלה הן מנקודת-המבט של הזכות החוקתית להגנה והן מנקודת-המבט של הזכות החוקתית של הצדדים השלישיים פועלת ברמה התת-חוקתית. היא עשויה להטיל אחריות פלילית על צדדים שלישיים, והיא עשויה להטיל עליהם מגבלות מתחום המשפט המנהלי, כגון חובת רישוי. במצבים אלה לא נוצר יחס משפטי ישיר בין בעל הזכות להגנה לבין הצדדים השלישיים אשר זכותם כלפי הרשות השלטונית הוגבלה באמצעים פליליים או מנהליים. טלו את המשפט הפלילי. הוא מהווה מערכת דינים שבאמצעותם הרשות המחוקקת מבקשת לצאת ידי חובת ההגנה המוטלת עליה כלפי כל פרט בחברה. אמצעים פליליים אלה יהיו חוקתיים אם הם מקיימים את הוראותיה של פסקת ההגבלה.⁸⁹ בחינת חוקתיותן של ההוראות הפליליות היא כפולה. היא צריכה להיעשות משתי נקודות-מבט. האחת היא נקודת-המבט של הפרט שיש לו זכות חוקתית (חיובית) להגנה כלפי הרשות המחוקקת. ככל שהמשפט הפלילי מממש את זכות ההגנה באופן חלקי בלבד, אי-המימוש המלא צריך לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. האחרת היא נקודת-המבט של הפרט שעליו מוטלת אחריות פלילית. אחריות זו פוגעת בזכותו החוקתית (השלילית) לחירות, לכבוד האדם ולקניין. פגיעה זו תהא חוקתית רק אם היא מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה. הנה כי כן, הזכויות החוקתיות המנויות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מכוונות כלפי הרשויות השלטוניות.⁹⁰ הן אינן מכוונות כלפי פרטים.⁹¹ כך, למשל, הזכות לכבוד האדם יוצרת

88 ראו לעיל ליד ה"ש 78 ואילך.

89 ראו ע"פ 4424/98 סילגורו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529, 540 (2002) (פסק-דינו של הנשיא א' ברק). ראו גם ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 18, בעמ' 66. לגישה שונה ראו פרשת סילגורו, לעיל, בעמ' 553 (פסק-דינה של השופטת ט' שטרסברג-כהן). ראו גם בנדור וסלע, לעיל ה"ש 67; בנדור ודנציג-רוזנברג, לעיל ה"ש 72.

90 ראו פס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

91 ראו ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 387; ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי – התחולה במשפט העבודה", לעיל ה"ש 20. לגישה שונה ראו, Mattias Kumm & Victor Ferreres Comella, *What Is So Special about Constitutional Rights in Private Litigation? A Comparative Analysis of the Function of State Action Requirements and Indirect Effect*, in THE CONSTITUTION IN PRIVATE RELATIONS (András Sajó & Renáta Úitz eds., 2005); עלי בוקשפן

קשר חוקתי בין כל אדם לבין כל רשות שלטונית. היא אינה יוצרת קשר חוקתי בין אדם לאדם. הנמען של הזכויות החוקתיות הן הרשויות השלטוניות – לא פרטים אחרים. לא כן החקיקה (של הרשות המחוקקת), חקיקת-המשנה והצווים (של הרשות המבצעת) והמשפט המקובל (של הרשות השופטת). נורמות תת-חוקתיות אלה מטילות לעיתים חובות על הפרט ביחסיו עם הרשות השלטונית, אולם לעיתים הן עשויות ליצור יחס משפטי ישיר בין בעל הזכות החוקתית להגנה לבין הצדדים השלישיים. נורמות אלה אינן יוצרות יחס חוקתי ישיר ביניהם; הן יוצרות ביניהם רק יחס תת-חוקתי. טלו, למשל, את חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה–1965. חוק זה מממש ברמה התת-חוקתית את הזכות החוקתית של האדם כלפי הרשות השלטונית להגנה על השם הטוב, ופוגע ברמה התת-חוקתית בזכות החוקתית השלילית של אדם כלפי הרשויות השלטוניות לחופש הביטוי. החוק קובע כי פרסום מסוים של דברי לשון-הרע הינו עברה פלילית, ובכך פוגע ביחסים בין הפרטים לבין הרשויות השלטוניות.⁹² החוק ממשיך וקובע כי על פרסום דברי לשון-הרע יחולו הוראות מסוימות של פקודת הנזיקין.⁹³ התוצאה היא שבין בעל הזכות החוקתית להגנה על שמו הטוב לבין בעל הזכות החוקתית לחופש הביטוי המפרסם דברי לשון-הרע נוצר – בכל הנוגע באחריות הנזיקית – קשר משפטי תת-חוקתי ישיר.⁹⁴ קשר זה בישראל הוא סטוטורי,⁹⁵ והוא פועל ברמה התת-חוקתית. באופן דומה, המשפט המקובל עשוי לפתח דיני לשון-הרע הקובעים זכויות הלכתיות בין המפרסם דברי לשון-הרע לבין הנפגע מהם.⁹⁶ זהו קשר הלכתי, הפועל ברמה התת-חוקתית.⁹⁷

4. הזכות החוקתית להגנה ופסקת הכיבוד

(א) פסקת הכיבוד ועליונותם של חוקי-היסוד

חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו כולל בחובו פסקת כיבוד. על-פיה:

תחולה

כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוקי-יסוד זה.⁹⁸

פסקת הכיבוד מגשימה את העליונות הנורמטיבית של חוקי-היסוד. עליונות זו מקורה בסמכותה המכוננת של הכנסת.⁹⁹ אחד הביטויים שלה הוא חובתן של כל הרשויות השלטוניות

ואסא כשר "החלה ישירה של זכויות האדם על הכלל" (טרם פורסם, עותק מצוי בידי המחבר).
 עיון בסוגיה זו חורג ממסגרת רשימה זו.
 92 ראו ס' 6 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה–1965.
 93 שם, ס' 7.
 94 ראו Hugh Tomlinson & Matrix Chambers, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, 4 (2012), <http://www.adminlaw.org.uk/docs/SC%202012%20by%20Tomlinson%20QC.docx>.
 95 על קשר סטוטורי זה ראו להלן אחרי ה"ש 130.
 96 כפי שקרה בפרשת (1964) 376 U.S. 254 *New York Times Co. v. Sullivan*. לפרשה זו ראו להלן ליד ה"ש 257 ואילך.
 97 על קשר הלכתי זה ראו להלן ליד ה"ש 198 ואילך.
 98 ס' 11 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

– ובמרכזן הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת – לכבד את הזכויות הקבועות בחוק-היסוד. חובת הכיבוד מבטאת את הרעיון כי תוכנה של הזכות החוקתית "אינו מבטא אך מדיניות או אידיאלים. אין הוא אך תכנית פעולה או מטרה הצריכה לעמוד לנגד עיני רשויות השלטון".¹⁰⁰ זו זכות חוקתית שרשויות השלטון חייבות לכבד, כלומר, להגשים הלכה למעשה. אכן, חובת הכיבוד "קובעת את תחולתן המשפטית הישירה של זכויות היסוד על רשויות השלטון".¹⁰¹ פסקת הכיבוד "מכריזה בפה מלא כי חקיקה רגילה חייבת לכבד את זכויות האדם, וממילא אינה יכולה לפגוע בהן, אלא על-פי האמור בחוקי היסוד עצמם".¹⁰² "אין אפשרות לחוקק חוק, אשר לא יקיים את פסקת הכיבוד".¹⁰³ "מכוחה של פסקה זו חייבת הכנסת, בחקיקתה החדשה, לכבד את זכויות האדם שבחוק היסוד";¹⁰⁴ "המחוקק הרגיל אינו יכול יכול".¹⁰⁵ מקום שחקיקה קודמת לא כיבדה את זכויות האדם החוקתיות, על המחוקק לשנותה או לבטלה.¹⁰⁶ בכך הוא יממש את חובתו לכבד את הזכות החוקתית להגנה. באופן דומה, גם הרשות המבצעת חייבת, בפעולותיה במסגרת החקיקה, לכבד את הזכויות החוקתיות הקבועות בחוק-היסוד. לבסוף, גם הרשות השופטת חייבת לכבד את הזכויות החוקתיות. היא תעשה כן על-ידי הגשמת מכלול תפקידיה,¹⁰⁷ ביניהם פרשנות הנורמות המשפטיות, השלמת חקר בחקיקה ופיתוח המשפט המקובל, אשר קובע אמות-מידה לביקורת שיפוטית על פעולתן של הרשויות השלטוניות, ואשר מפתח זכויות הלכתיות של פרט כנגד פרט ושל פרט כנגד רשויות השלטון. פרשנותם של כל הדינים חייבת להיעשות ברוח הזכות לכיבוד הנגזרת מחובת הכיבוד הקבועה בחוק-היסוד.¹⁰⁸

(ב) תוכנה של פסקת הכיבוד

- 99 ראו פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 38, בעמ' 355 (הנשיא א' ברק).
- 100 פרשת התנועה לאיכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 26, בעמ' 680 (הנשיא א' ברק).
- 101 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 38, בעמ' 412 (הנשיא א' ברק).
- 102 ש.ם.
- 103 ש.ם, בעמ' 308 (הנשיא מ' שמגר). הנשיא מ' שמגר מוסיף כי "חקיקה זו מן הראוי שתהא מודעת ומכוונת, מפורשת ולא משתמעת".
- 104 בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 416 (1995) (להלן: בש"פ גנימאת).
- 105 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 38, בעמ' 412 (הנשיא א' ברק).
- 106 ראו ברק "שמירת הדינים", לעיל ה"ש 34.
- 107 לתפקידיה של הרשות השופטת ראו להלן חלק ד'1.
- 108 ראו ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 393; ברק "שמירת הדינים", לעיל ה"ש 34; בש"פ גנימאת, לעיל ה"ש 104, בעמ' 420; דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (1995); בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997); דנ"פ 7048/97 פלוניס נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (2000); בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף (פורסם בנבו, 12.1.2006); בג"ץ 951/06 שטיין נ' קראדי (פורסם בנבו, 30.4.2006); רע"ב 6956/09 יונס נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 7.10.2010); דנ"פ 7383/08 אונגרפלד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.7.2011); ע"א 8622/07 רוטמן נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 14.5.2012).

פסקת הכיבוד מטילה על הרשויות השלטוניות את החובה לכבד את הזכויות החוקתיות. משמעותה של חובת הכיבוד היא שעל הרשות השלטונית מוטלת החובה לפעול באופן הנדרש על-פי תוכנה של הזכות החוקתית. על הרשות השלטונית להוציא מהכוח אל הפועל את מלוא הפוטנציאל הנורמטיבי הטמון בזכות החוקתית. הרשות השלטונית אינה יכולה להסתפק באמירה שזכויות האדם חשובות לה, ושהיא תפעל בעתיד למימוש חובתה "על-פי שיקול-דעתה" או "לכשירות". פסקת הכיבוד מטילה עליה חובה לממש את הזכות במהירות הראויה,¹⁰⁹ מתוך מודעות לכך שהדרישה החוקתית היא למימוש מידי, ושרק קשיים מעשיים שאין להתגבר עליהם ימנעו מימוש זה. עם זאת, מכיוון שהזכות החוקתית היא יחסית, הרשות השלטונית רשאית לא לממש את הזכות החוקתית כדי מלוא היקפה, אם הימנעותה זו ממלאת את דרישותיה של פסקת ההגבלה. לגבי הזכויות החוקתיות השליליות חובתה של רשות השלטון היא לא לעשות פעולות הפוגעות בהן. חובה זו מתממשת על-ידי הימנעות מפעולות פוגעות.¹¹⁰ כך, למשל, לגבי זכות הקניין, פסקת הכיבוד מטילה על הרשות המחוקקת את החובה לא לחוקק חוקים הפוגעים בזכות הקניין, אלא אם כן החוקים מקיימים את הוראותיה של פסקת ההגבלה. מקום שחוקים שנחקקו בעבר פוגעים בזכויות חוקתיות שליליות מבלי לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה, חובת הכיבוד מטילה על הרשות המחוקקת את החובה לשנות את הדין הקודם. לעניין הזכות להגנה, פסקת הכיבוד מטילה על הרשות המחוקקת את החובה החוקתית לחוקק חוקים המגינים על החיים, הגוף והכבוד.¹¹¹ בשני המקרים פסקת הכיבוד מטילה על הרשות השלטונית את החובה החוקתית לממש את הזכויות החוקתיות כדי מלוא היקפן, אלא אם כן חוק-היסוד עצמו משחרר אותן מחובה זו. שחרור כזה מתרחש אם אי-המימוש המלא מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. נמצא כי פסקת הכיבוד משתלבת עם פסקת ההגבלה.

פסקת ההגבלה אינה קובעת פתרון חוקתי אחד ויחיד; היא קובעת מתחם של הגבלה.¹¹² לפני הרשות השלטונית עומדות לרוב כמה אפשרויות חוקתיות. קיים מתחם של הגבלה שבמסגרתו נתון לרשות השלטונית שיקול-דעת באשר לבחירת הפתרון החוקתי אשר פגיעתו בזכות החוקתית תקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה.

היקפה של הזכות החוקתית (השלילית או החיובית) נקבע על-פי פרשנותה. פסקת הכיבוד אינה משפיעה על היקפה של זכות האדם. פסקת הכיבוד מקבלת כנתון את היקפה של הזכות כפי שזו נלמדת מפרשנותה של הזכות החוקתית. פסקת הכיבוד עוסקת במימושה של הזכות החוקתית. היא מטילה על הרשות השלטונית את החובה החוקתית לממש את הזכות החוקתית

109 השוו לחובה המקבילה במשפט המנהלי: יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 1098 (מהדורה שנייה, 2011).

110 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 38, בעמ' 308.

111 על הבעייתיות של היקף ההגנה על הזכות החיובית לכבוד האדם ראו פרשת עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי, לעיל ה"ש 27. כך, למשל, האם הזכות לקיום אנושי בכבוד היא לקיום מינימלי בכבוד או לקיום ראוי בכבוד? לשאלה זו ראו ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 547; אהרן ברק "זכויות חברתיות כזכויות חוקתיות: כבוד האדם וזכות-הבת לקיום אנושי מינימלי בכבוד" עבודה, חברה ומשפט יד 141 (2015).

112 על מתחם ההגבלה ראו לעיל ליד ה"ש 78 ואילך.

הלכה למעשה כדי מלוא היקפה,¹¹³ אלא אם כן אי-המימוש המלא מקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה.

(ג) פסקת הכיבוד וסמכותה של הרשות השלטונית

סוגי הפעולות שהרשות השלטונית צריכה לנקוט כדי לממש את הזכות החוקתית להגנה או להימנע מלנקוט כדי לא לפגוע בזכויות החוקתיות השליליות נקבעים על-פי הסמכויות החוקתיות הניתנות לכל רשות ורשות. סמכויות אלה מעוצבות לאור עקרון הפרדת הרשויות.¹¹⁴ אין הן נגזרות מפסקת הכיבוד. פסקת הכיבוד אינה מקור לסמכויות שלטוניות נוספות על אלה שהמסגרת החוקתית שמחוץ לפסקת הכיבוד העניקה לרשויות השלטוניות. כך, למשל, הרשות המחוקקת פועלת בעיקר באמצעות החקיקה הראשית. פסקת הכיבוד מטילה על הרשות המחוקקת את החובה לכבד את הזכויות החוקתיות על-ידי חקיקת חוקים (שמממשים את הזכות החוקתית להגנה) או על-ידי הימנעות מחקיקת חוקים (שפוגעים בזכויות החוקתיות השליליות).¹¹⁵ מקום שבעבר נחקקו חוקים שאינם מכבדים את הזכויות החוקתיות, על הרשות המחוקקת לשנותם או לבטלם.¹¹⁶ פסקת הכיבוד אינה מטילה עליה חובה לכבד זכויות חוקתיות על-ידי פעילות שהיא אינה מוסמכת לעשות.¹¹⁷ באופן דומה, פסקת הכיבוד מטילה על הרשות המבצעת את החובה החוקתית להתקין תקנות בעלות פועל תחיקתי וליתן צווים (לשם הגנה על הזכות החוקתית להגנה) או להימנע מכך (לשם אי-פגיעה בזכויות החוקתיות השליליות).¹¹⁸ היא אינה מטילה על הרשות המבצעת חובה לכבד זכויות חוקתיות על-ידי ביצוע פעולות שהן מחוץ לגדר סמכויותיה החוקתיות על-פי עקרון הפרדת הרשויות. מקום שבעבר הותקנו תקנות בעלות פועל תחיקתי שאינן מכבדות את הזכות החוקתית, על הרשות המבצעת לבטלן.¹¹⁹ פשיטא שאין פסקת הכיבוד מטילה עליה חובה לחוקק חקיקה ראשית, אם כי היא עשויה להטיל עליה את החובה להגיש הצעת חוק לכנסת אשר תעניק לה את הסמכות

113 דרכי המימוש וקשיי המימוש אינם משפיעים על היקפה של הזכות החוקתית. לדעה שונה ראו פרשת "המפקד האומי", לעיל ה"ש 48, בעמ' 856–857 (השופט א' פרוקצ'יה).

114 ראו דנג"ץ 4466/94 נוסייבה נ' שר האוצר, פ"ד מט(4) 68, 85 (1995) (השופט ד' דורנר): "על-פי סעיף זה, מחויבות כל רשויות השלטון... לכבד את הזכויות המעוגנות בחוק היסוד, ככל שהדבר מתיישב על החיקוקים התקפים שעל יסודם הן פועלות". ראו גם בש"פ 7721/95 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 166, 171 (1995); בג"ץ 5263/94 הירשזון נ' שר האוצר, פ"ד מט(5) 837, 847 (1996); בג"ץ 1912/97 ריש נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, פ"ד נב(5) 658, 650 (1998).

115 ראו להלן חלק ב.

116 ראו ברק "שמירת דינים", לעיל ה"ש 34.

117 שאלה אשר טרם נבחנה היא אם חובת הכיבוד של המחוקק כוללת גם חובה להכין הצעות לתיקון חוק-יסוד אשר עם קבלתן יממשו את הזכות להגנה של הפרט. לדעתי, התשובה לכך שלילית. חובת הכיבוד פועלת במסגרת חוקי-היסוד הקיימים. אין היא מטילה על המחוקק חובה חוקתית לשנות את חוקי-היסוד.

118 ראו להלן חלק ג.

119 ראו ברק "שמירת דינים", לעיל ה"ש 34.

הדרושה לה למימוש חובת הכיבוד המוטלת עליה.¹²⁰ באופן דומה, פסקת הכיבוד מטילה על הרשות השופטת חובה לקיים ביקורת שיפוטית על הרשויות השלטוניות,¹²¹ ולפתח זכויות הגנה הלכתיות כלפי הרשויות השלטוניות וכלפי צדדים שלישיים הפוגעים בזכויות אלה.¹²² פסקת הכיבוד אינה מטילה עליה חובות שאינן מתיישבות עם התפקיד השיפוטי. כך, למשל, חובת הכיבוד אינה מטילה על הרשות השופטת חובה חוקתית ליצור עברות פליליות שיגנו על הזכות החיובית. יצירת עברות פליליות הלכתיות אינה מתיישבת עם תפיסתנו בנוגע לתפקיד השיפוטי.¹²³

הנה כי כן, פסקת הכיבוד מטילה על הרשויות השלטוניות את החובה לכבד את הזכויות החוקתיות במסגרת הסמכויות הניתנות להן ובמסגרת התנאים הקבועים בפסקת ההגבלה.¹²⁴ בשלושת הפרקים הבאים אבחן בפירוט את החובות שפסקת הכיבוד מטילה על שלוש הרשויות השלטוניות העיקריות: הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת.

ב. פסקת הכיבוד והרשות המחוקקת

1. חובת חקיקה

"הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה."¹²⁵ היא הרשות המחוקקת.¹²⁶ פסקת הכיבוד קובעת כי הרשות המחוקקת – ככל רשות שלטונית בישראל – חייבת "לכבד את הזכויות שלפי חוק" יסוד זה"¹²⁷; "מכוחה של פסקה זו חייבת הכנסת... בחקיקתה... לכבד את זכויות האדם

120 ראו בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 625, פס' 6 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש (2001); בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל, פס' 9 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש (פורסם בנבו, 22.5.2012); ע"מ 7335/10 קצין התגמולים נ' לופר, פס' יא ו-נו לפסק-דינו של השופט א' רובינשטיין (פורסם בנבו, 29.12.2013). ראו גם רונן פוליאק המימד הרכושי של זכויות חוקתיות (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2015); רונן פוליאק "בית המשפט והחובה לחוקק" משפטים מה (עתיד להתפרסם, 2016).

121 ראו להלן חלק ד2.

122 ראו להלן חלק ה1.

123 בפרשת רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.3.2012) נדונה השאלה אם המשטרה מוסמכת לערוך חיפוש על גופו של אדם ללא הוראה בחקיקה אך בהסכמתו של אותו אדם. הנשיאה ד' ביניש והשופטת ע' ארבל השיבו בחיוב, ואילו השופט י' דנציגר השיב בשלילה. לא נבחנה השאלה העקרונית אם בית-המשפט מוסמך במצב דברים זה ליצור משפט מקובל שיעניק סמכות לרשות המבצעת לעצור אדם בהסכמתו.

124 על היחס בין פסקת הכיבוד לבין פסקת שמירת הדינים ראו ברק "שמירת דינים", לעיל ה"ש 34.

125 ס' 1 לחוק-יסוד: הכנסת.

126 ראו ס' 1 לחוק המעבר, התש"ט-1949 ("לבית המחוקקים במדינת ישראל ייקרא 'הכנסת'").

127 ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לדעתי, פסקת הכיבוד שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מטילה חובות על הכנסת כרשות המחוקקת, אך אינה מטילה חובות על הכנסת כרשות המכוננת. כמובן, גם הרשות המכוננת אינה חופשית בפעולותיה. כך, למשל, אני סבור כי הרשות המכוננת מוגבלת על-ידי עקרונות-היסוד שבהצהרת העצמאות; ראו אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקת" ספר גבריאל בכ 361 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בכ עורכים, 2011). על-פי גישתי,

שבחוק היסוד"¹²⁸. על המחוקק מוטלת החובה "לא לפגוע בזכות היסוד בניגוד לחוק היסוד"¹²⁹. מכוחה של פסקת הכיבוד מוטלת אפוא על הכנסת החובה לא לחוקק חוקים הפוגעים בזכויות החוקתיות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מבלי לקיים את הוראותיה של פסקת ההגבלה. אם חוקים כאלה חוקקו בעבר, על המחוקק לבטלם או לשנותם. מהי חובת הכיבוד של המחוקק לעניין הזכות החוקתית להגנה? התשובה היא כי הרשות המחוקקת חייבת להבטיח באמצעות המכשירים העומדים לרשותה את קיומה של תשתית נורמטיבית שבמסגרתה תוגשם במלואה זכותו החוקתית של הפרט להגנה נקייה ולהגנה מפני פגיעתם של צדדים שלישיים. המכשיר העיקרי העומד לרשותה במסגרת עקרון הפרדת הרשויות הוא החקיקה. הרשות המחוקקת תגשים אפוא את חובתה "לכבד את הזכויות" על-ידי חקיקתם של חוקים אשר יממשו במלואה את הזכות החוקתית להגנה. באמצעות דיני העונשין, דיני התברואה ודינים אחרים, הרשות המחוקקת מממשת את זכותו החוקתית של הפרט כנגד הרשות המחוקקת. הגשמתה המלאה של חקיקה זו היא חובה חוקתית המוטלת על הרשות המחוקקת. היא תוכל להשתחרר ממנה רק אם ההימנעות החלקית מחקיקה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה.

חובת המחוקק היא לקבוע באמצעות חקיקה את המסגרות הנורמטיביות שיאפשרו הגנה על חייו, על גופו ועל כבודו של כל אדם. חלק מהדינים הללו מגשימים הגנה נקייה על החיים, הגוף והכבוד (כגון הקמת מערכים של חינוך, בריאות וביטחון סוציאלי);¹³⁰ חלקם מגשימים הגנה זו על-ידי דינים מנהליים (כגון חובת רישוי) ודינים פליליים (כגון קביעת עברות) אשר מטילים חובות סטטוטוריות על צדדים שלישיים; וחלקם מגשימים את הזכות להגנה של הפרט על-ידי חקיקה המטילה חובות על צדדים שלישיים תוך קביעה כי לפרט המוגן יש זכות בחקיקה רגילה כנגד הצדדים השלישיים. המשפט הפרטי הוא ביטוי לסוג אחרון זה של דינים תת-חוקתיים. טלו את פקודת הנזיקין. פקודה זו קובעת מערכת של זכויות וחובות בין פרטים. מנקודת-המבט של הזכויות החוקתיות, פקודת הנזיקין מגשימה באופן חלקי את הזכות החוקתית להגנה על החיים, הגוף והכבוד של בעל הזכות להגנה כנגד הרשות המחוקקת. באופן דומה, פקודת הנזיקין מגבילה את הזכויות החוקתיות השליליות של הצדדים השלישיים (המזיקים) כנגד הרשות המחוקקת. הסדרים אלה של דיני הנזיקין הם חוקתיים אם ההגנה החלקית על הזכות להגנה והפגיעה בזכויות השליליות מקיימות את תנאיה של פסקת ההגבלה. הבחינה החוקתית על-פי פסקת ההגבלה היא אפוא כפולה: היא נעשית הן מנקודת-המבט של הזכות החוקתית להגנה של הזכאי כלפי המחוקק והן מנקודת-המבט של הזכות החוקתית של הצדדים השלישיים כלפי המחוקק.¹³¹

חובותיה של הרשות המכוננת אינן מעוגנות בפסקת הכיבוד. פסקת הכיבוד – פרי יצירתה של הרשות המכוננת – אינה מטילה חובות על הרשות המכוננת עצמה. מכל מקום, איני בוחן ברשימה זו את חובותיה של הרשות המכוננת, אלא את חובותיה של הרשות המחוקקת.

- 128 בש"פ גנימאת, לעיל ה"ש 104, בעמ' 416 (המשנה לנשיא א' ברק).
 129 בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 260 (1999) (השופט י' זמיר).
 130 על ההגנה הנקייה ראו לעיל חלק א(ב).
 131 על הבחינה הכפולה ראו לעיל חלק א(ב)3(1).

הנה כי כן, החקיקה של המשפט הפרטי – דיני הנזיקין, דיני החוזים, דיני המשפחה, דיני הקניין, דיני העבודה, דיני החברות וכיוצא בהם דינים הקובעים את מערכת היחסים בין פרטים בשיטת המשפט – היא התוצאה של מימוש הזכות החוקתית של הפרטים כנגד הרשות המחוקקת. דינים אלה הם חוקתיים אם הם מקיימים את תנאיה של פסקת ההגבלה. הבדיקה היא כאמור כפולה: היא נעשית הן מנקודת-המבט של הזכות החיובית של הפרט כנגד הרשות המחוקקת (שבה נבחנת השאלה אם אי-מימוש מלא מקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה) והן מנקודת-המבט של הזכות השלילית של הפרט כנגד הרשות המחוקקת (שבה נבחנת השאלה אם הפגיעה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה). מן הראוי להדגיש כי היקף זכותו החוקתית (החיובית או השלילית) של הפרט כנגד הרשות המחוקקת רחב מהיקפה של אותה זכות של הפרט כנגד פרט אחר ברמה התת-חוקתית. הטעם לכך הוא שהיקף זכותו של הפרט כנגד הרשות המחוקקת ברמה החוקתית משקף את האידיאל שהזכות נועדה להגשים, מבלי שהיקף זה מושפע מאינטרס ציבורי נוגד או מזכות חוקתית נוגדת.¹³² לעומת זאת, היקף זכותו התת-חוקתית של פרט כנגד פרט אחר משקף את המימוש החלקי בלבד של הזכות החוקתית ברמה התת-חוקתית. מימוש חלקי זה הוא תולדה של ההגבלות המוטלות על הזכות החוקתית על-ידי הוראותיה של פסקת ההגבלה.¹³³

משפט פרטי זה התפתח במשך מאות בשנים. הוא עשה כן מבלי שעמדו לנגד עיניו חוקה וזכויות חוקתיות (שליליות וחיוביות). משפט פרטי זה הוא עשיר ומורכב. קיימות תורות שונות המנסות להסביר את התפתחותו.¹³⁴ תורות אלה לא התבססו בעבר על ראיית המשפט הפרטי כהסדר משפטי תת-חוקתי של זכויות חוקתיות מתנגשות. מהי אפוא השפעתה של הזכות החוקתית להגנה על המשפט הפרטי ועל המשך התפתחותו? תשובתי היא כי בתוך מתחם ההגבלה יוכל המשפט הפרטי להתפתח על-פי התורות השונות המאפיינות אותו. עם זאת, מקום שהתפתחותו של המשפט הפרטי חורגת ממתחם ההגבלה, הדינים החורגים אינם חוקתיים, וחובת הכיבוד המוטלת על הרשות השלטונית מחייבת אותה לשנותם או לבטלם. מציאות נורמטיבית זו עשויה להוביל עם השנים לשינויים בתפיסתו העצמית של המשפט הפרטי, שיבטיחו כי חריגה כזו ממתחם ההגבלה לא תתרחש. עשויה להתרחש אפוא התקרבות מסוימת בין תורת הזכויות החוקתיות (כחלק מהמשפט החוקתי) לבין תורת המשפט הפרטי (כחלק מהמשפט התת-חוקתי). התקרבות זו עשויה להיות איטית, והשפעתה על המשפט הפרטי הפוזיטיבי עשויה להיות מועטה, ולו מן הטעם שניתן להניח כי המשפט הפרטי הפוזיטיבי מצוי, רובו ככולו, בתוך מתחם ההגבלה. עם זאת, השינוי בוא-יבוא, שכן תורות של

132 ראו לעיל ליד ה"ש 46.

133 ראו לעיל אחרי ה"ש 89.

134 ראו ROBERT NOZICK, ANARCHY, STATE, AND UTOPIA (1974); JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM (1993); RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE (1988); ERNEST J. WEINRIB, THE IDEA OF PRIVATE LAW (1995); ERNEST J. WEINRIB, CORRECTIVE JUSTICE (2012); Hanoch Dagan & Avihay Dorfman, *Just Relationships* (2014), available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2463537; Hanoch Dagan & Avihay Dorfman, *The Justice of Private Law* (2015), available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2527970.

משפט פרטי שתוצאתן אי-חוקתיות לא יוכלו להתפתח על-פי הגיון הפנימי. הן יחייבו שינוי והתאמה לזכויות החוקתיות המצויות מעליהן. בהתנגשות בין המשפט הפרטי לבין זכויות חוקתיות – ידן של הזכויות החוקתיות על העליונה. כדי למנוע התנגשות זו, תצטרך התיאוריה של המשפט הפרטי להתאים את עצמה לתיאוריה של המשפט החוקתי.

כאמור, מערכות מסועפות של חקיקה המגשימה את חובתה של הרשות המחוקקת להגנה הוקמו בכל חברה עוד בטרם כוננה בה חוקה ובטרם הוכרה בה הזכות להגנה. לעיתים קרובות חקיקה זו אינה מגשימה את הזכות החוקתית להגנה במלוא היקפה. אם מצב דברים זה מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה, יש בו כדי לממש את חובת המחוקק "לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה". אולם אם מצב דברים זה אינו מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה – אם קיים מה שמכונה בספרות החוקתית מחדל חקיקתי (legislative omission)¹³⁵ – אזי חובת הכיבוד מטילה על המחוקק את החובה לשנות את המצב החקיקתי כך שיגשים את הזכות החוקתית להגנה באופן המקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. אם המחוקק אינו עושה כן, הוא מפר את חובתו החוקתית לכבד את הזכות להגנה.

האם חובת החקיקה מתיישבת עם הדמוקרטיה החוקתית? האין למחוקק שיקול-דעת – ברצותו מחוקק וברצותו אינו מחוקק? התשובה היא כי ביסוד הדמוקרטיה החוקתית עומדת חובתו של המחוקק – כחובתו של כל גוף שלטוני אחר – לפעול בגדרי החוקה. המחוקק שואב את סמכותו מהחוקה – ואצלנו מחוקק-היסוד בכלל ומחוקק-יסוד: הכנסת ומחוקק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בפרט – והיא הקובעת את כוחו ואת החובות שעליו לממש. בהעדר זכות חוקתית להגנה, המחוקק חופשי להחליט אם ברצונו להגן על זכויות חוקתיות אם לאו. הוא חופשי אפוא לא לחוקק. לא כן מקום שהחוקה מעניקה לפרט זכות חוקתית להגנה. במצב דברים זה חוקק-היסוד מטיל על המחוקק את החובה לכבד את הזכות החוקתית להגנה. חובת הכיבוד של הרשות המחוקקת משמעותה, בין היתר, חובתה לחוקק. המחוקק רשאי להימנע מקיום מלא של חובה זו רק אם הימנעות זו מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה. עליונותו של המחוקק היא עליונות בגדרי החוקה, ולא מחוץ לה; היא עליונות בגדרם של חוקק-היסוד, ולא מחוץ להם. הכנסת, כרשות מכוננת, העניקה לאדם את הזכות החוקתית להגנה. בכך היא הטילה על הכנסת, כרשות מחוקקת, את החובה לכבד את הזכות החוקתית להגנה, כלומר לחוקק באופן המגשים את הזכות החוקתית להגנה, אלא אם כן אי-החקיקה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה.

135 על המחדל החקיקתי ראו Brewer-Carías, לעיל ה"ש 70, בעמ' 125. ראו גם Venice Commission, General Report of the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts on Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence (2008), available at <http://www.venice.coe.int/files/Bulletin/SpecBull-legislative-omission-e.pdf> (להלן: דוח ועדת ונציה). דוח זה התבסס על הדוחות של בתי-המשפט החוקתיים של המדינות השונות לקונגרס הארבעה-עשר של בתי-המשפט החוקתיים באירופה; ראו המדינות השונות לקונגרס הארבעה-עשר של בתי-המשפט החוקתיים באירופה; ראו <http://www.confcoconsteu.org/en/reports/reports-xiv.html>. המחדל החקיקתי יכול להיות מלא או חלקי; ראו לעיל ליד ה"ש 69 ואילך.

2. שיקול-הדעת של הרשות המחוקקת

למחוקק ניתן שיקול-דעת רחב ביותר בהחלטה אם לחוקק או לא לחוקק. קביעה זו נכונה ברוב-רובם של המקרים. אכן, ברוב המקרים ההחלטה אם לחוקק אם לא נעשית משיקולים חברתיים, בלא חובה משפטית-חוקתית לחוקק. כך הדבר אם לא קיימת כלל חוקה פורמלית. שונה הדבר מקום שקיימת חוקה פורמלית. לעיתים החוקה מטילה על המחוקק את חובת החקיקה. כך, למשל, לעיתים החוקה קובעת כי פרטיהם של הסדרים חוקתיים ייקבעו בחקיקה.¹³⁶ במצב דברים זה מוטלת לעיתים חובה על המחוקק לחוקק. אחד המקרים החשובים שבהם קיימת חובת חקיקה היא המקרה שבו החוקה מכירה בזכות החוקתית להגנה על החיים, הגוף והכבוד. כאשר זו מעוגנת בחוקה, מוטלת על המחוקק החובה לכבדה. עליו לממש אותה. עליו לחוקק חקיקה המגינה עליה. בהעדר חקיקה המממשת את הזכות החוקתית להגנה, חובת הכיבוד מופרת, והימנעות מחקיקה היא בלתי-חוקתית. החרג לכך הוא אם ההימנעות מחקיקה מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה, כלומר, מהווה חלק ממתחם ההגבלה.¹³⁷

היש למחוקק שיקול-דעת¹³⁸ בכל הנוגע במימוש הזכות החוקתית להגנה? התשובה לכך חיובית. אם המצב החקיקתי מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה – כלומר, אם הוא במסגרת מתחם ההגבלה – המחוקק חופשי לא לחוקק. כאשר מצב החקיקה הקיים אינו חוקתי, לרוב נתון למחוקק מגוון רחב של אפשרויות שבמסגרתן הוא יכול לממש את הזכות החוקתית להגנה על-פי דרישותיה של פסקת ההגבלה, כלומר, מגוון רחב של אפשרויות אשר כל אחת שתיבחר תקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה באשר לזכויות החוקתיות (החיוביות והשליליות) שאינן מתממשות במלואן. במצב דברים זה קיים מתחם של הגבלה.¹³⁹ במסגרתו יש למחוקק חופש תמרון. חופש זה פועל, ראשית, בבחירה בין הגנה נקייה לבין הגנה שיש בה הגבלה של זכויות חוקתיות של צדדים שלישיים. במסגרת ההגבלה של צדדים שלישיים יש למחוקק מרחב נוסף של שיקול-דעת בבחירה בין האמצעים השונים המגבילים זכות חוקתית של צד שלישי (כגון בחירה בין אמצעים פליליים¹⁴⁰ לבין אמצעים מנהליים) מבלי להעניק לבעל הזכות החוקתית להגנה זכות תת-חוקתית כלפי הצדדים השלישיים. כן יש למחוקק שיקול-דעת אם להסתפק באמצעים אלה או להוסיף אמצעים המעניקים הלכה למעשה לבעל הזכות החוקתית להגנה ולצד השלישי הפוגע בו זכויות תת-חוקתיות זה כנגד זה. גם במצב אחרון זה ניתן למחוקק שיקול-דעת רחב בבחירת היחס בין ההגנה הניתנת לבעל הזכות

136 ראו ס' 5א ו-7א לחוק-יסוד: הכנסת, אשר עוסקים ברשימות המועמדים לבחירות לכנסת, וקובעים עניינים שיש להסדירם בחוק.

137 על מתחם ההגבלה ראו לעיל ליד ה"ש 78 ואילך.

138 למושגיות של שיקול-דעת ראו אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 29 (1987) ("שיקול דעת הוא הכוח שניתן לבעל סמכות לבחור בין שתי חלופות או יותר, כאשר כל אחת מהחלופות היא כדין").

139 על מתחם ההגבלה ראו לעיל ליד ה"ש 78 ואילך.

140 על-פי גישתי, הטלת אחריות פלילית פוגעת בזכות החוקתית לחירות. ראו פרשת סילגדו, לעיל ה"ש 89. לביקורת על גישה זו ראו לעיל ה"ש 89.

החוקתית להגנה לבין הפגיעה בזכותם החוקתית של הצדדים השלישיים. זהו מתחם המידתיות, אשר בגדרו יש למחוקק שיקול-דעת רחב. האם המחוקק משוחרר מחובתו לממש את הזכות החוקתית להגנה מקום שזכות זו לא מומשה בדין הישן – דין אשר תוקפו נשמר על-פי הוראותיה של פסקת שמירת הדינים?¹⁴¹ מהו היחס בין פסקת הכיבוד, המחייבת את המחוקק לממש את זכות ההגנה, לבין פסקת שמירת הדינים, שלפיה אין בהוראות חוק-היסוד כדי לפגוע בתוקפו של דין ישן? תשובתי היא¹⁴² כי פסקת שמירת הדינים אינה משחררת את המחוקק מחובתו לממש את הזכות החוקתית להגנה, גם אם הדבר יחייב אותו לבטל או לשנות דין ישן. פסקת שמירת הדינים אינה משחררת את המחוקק מחובתו לכבד את הזכויות החוקתיות, ובכלל זה לבטל או לשנות דין ישן שפוגע בזכות חוקתית שלילית או שאינו מגן על זכות חוקתית חיובית. אכן, פסקת שמירת הדינים שומרת על תוקפו של הדין הישן אך מבלי לשחרר את המחוקק מחובתו לשנותו. אמנם, תוקפו של הדין הישן לא נפגע בשל הניגוד שבינו לבין הוראות חוק-היסוד, אולם החובה לשנותו – חובה הנגזרת מפסקת הכיבוד – עומדת בעינה. על רקע זה מתעוררת השאלה מה הדין אם המחוקק אינו ממלא את חובתו ואינו משנה את הדין הישן – האם בית-המשפט מוסמך לאכוף את חובת הכיבוד על המחוקק? בשאלה זו נדון בהמשך.¹⁴³

ג. פסקת הכיבוד והרשות המבצעת

1. חובת הביצוע

"הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה".¹⁴⁴ כנגד זכותו החוקתית של אדם להגנה על חייו, גופו וכבודו עומדת חובתה של הרשות המבצעת להגן על חייו, גופו וכבודו של האדם. חובת הכיבוד מטילה על הרשות המבצעת את החובה "לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה". עליה לממש את זכות ההגנה במהירות הראויה, אלא אם כן אי-המימוש מקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. מימוש זה חייב להיעשות במסגרת הסמכויות הניתנות לרשות המבצעת בחקיקה. זהו עקרון חוקיות המנהל.¹⁴⁵ סמכויות אלה יתפרשו, בין היתר, כמבוססות על תכלית כללית של כיבוד זכויות האדם.¹⁴⁶ פסקת הכיבוד אינה מהווה מקור סמכות עצמאי לפעילות המנהל. מקור מרכזי לסמכויותיה של הרשות המבצעת מצוי בחוק-היסוד בכלל ובחוק-יסוד:

- 141 ס' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ("אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד").
- 142 ראו ברק "שמירת דינים", לעיל ה"ש 34.
- 143 ראו להלן חלק ד(ג)2(2).
- 144 ס' 1 לחוק-יסוד: הממשלה.
- 145 על עקרון חוקיות המנהל ראו ברוך ברכה משפט מינהלי כרך ראשון 35 (1997); אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל – עקרונות יסוד כרך א 159 (2005); אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המינהלי כרך א – עקרונות יסוד 281 (2009); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי 97 (2010); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 73 (מהדורה שנייה, 2010). ראו גם את פסק-דינו של השופט י' דנציגר בפרשת בן חיים, לעיל ה"ש 123.
- 146 לתכלית כללית זו ראו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 196 (2003).

הממשלה בפרט, וכן בחקיקה של הכנסת, אשר מימושה מוטל על הרשות המבצעת. אכן, אין מקום לעסוק בתפקידה של הרשות המבצעת בהגשמת הזכות החוקתית להגנה אם הרשות המחוקקת עצמה נמנעת מלקבוע מערכת נורמטיבית שבמסגרתה הרשות המבצעת מוסמכת לפעול. עם זאת, את החקיקה המעניקה סמכויות לרשות המבצעת יש לפרש על בסיס ההנחה כי תכליתה של החקיקה היא לקדם את הערכים החוקתיים המונחים ביסודו של חוק יסודי: כבוד האדם וחירותו.

בהעדר חקיקה, הרשות המבצעת עשויה לינוק סמכות למימוש הזכות החוקתית להגנה מהוראת סעיף 32 לחוק יסודי: הממשלה, שלפיה:

הסמכויות השיוריות של הממשלה

הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת.

הוראה חוקתית זו מעניקה סמכות לממשלה לממש את חובת הכיבוד המוטלת עליה. מימוש זה צריך, בין היתר, לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה.¹⁴⁷ רבות מהפעולות בתחום החברתי יונקות את סמכותן מהוראה זו. עם זאת, הרשות המבצעת תוכל להסתמך על סמכות כללית זו רק במקרים שבהם מימוש הזכות להגנה אינו פוגע בזכויות של צדדים שלישיים.¹⁴⁸ אלה הם המקרים של ההגנה הנקייה.¹⁴⁹ אין בכוחה של הוראה זו להסמיך את הממשלה לממש את הזכות החוקתית להגנה אם יש בה כדי לפגוע בזכויות חוקתיות שליליות של צדדים שלישיים.¹⁵⁰

147 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 18, בעמ' 195. ראו גם President of the Republic of South Africa and Another v. Hugo, 1997 (4) SA 1 (CC).

148 ראו בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 1, 52 (2006) (המשנה לנשיא מ' חשין) ("מכוח סמכותה השיורית... אין הממשלה מוסמכת לפגוע בזכויות היסוד של היחיד... סמכותה השיורית של הממשלה אינה מקור לסמכות הפוגעת בחירותו של הפרט"); ראו גם בג"ץ 8600/04 ראש-המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש-הממשלה, פ"ד נט(5) 673, 687 (2005) ("הסמכות השיורית אינה יכולה להוות מקור להסמכה לפגיעה בחירותו של הפרט... הממשלה אינה מוסמכת מכוח סמכותה השיורית לפגוע בזכויות אדם").

149 על הזכות להגנה נקייה ראו לעיל חלק א(2). במקרים אלה קיימת לרוב מערכת מקיפה של חקיקה המממשת באופן חלקי את הזכות הנקייה להגנה. השאלה המתעוררת היא אם מימוש חלקי זה מקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. התנאי הדורש עיגון "בחוק" מתקיים, שכן החקיקה היא הקובעת את חלקיות המימוש. השאלה מתעוררת לגבי הדרישות האחרות בפסקת ההגבלה (מידתיות). בעניין זה ראו בנדור וסלע, לעיל ה"ש 67. לטענתם, הדרישה של פסקת ההגבלה בעניין התכלית הראויה אינה מתקיימת לעיתים, שכן אין להסיק מהסדר החוקתי הקיים תכלית שלילית שלפיה אין לממש את הזכות להגנה נקייה במלואה. איני מקבל גישה זו. התכלית הראויה יכול שתהא חיובית ויכול שתהא שלילית. היא ניתנת להסקה מנסיבות החקיקה, והיא אינה מעוררת קושי מיוחד.

150 על הזכות להגנה כלפי צדדים שלישיים ראו להלן חלק ה1.

סמכות חשובה של הרשות המבצעת היא הסמכות להתקין תקנות, כלומר, הוראות בעלות פועל תחיקתי הניתנות מכוח חוק.¹⁵¹ כללי המשפט המנהלי קובעים את היקף שיקול-הדעת הנתון לרשות המבצעת בעניין זה.¹⁵² כאשר העדר תקנות יש בו משום הימנעות מהגשמת הזכות להגנה, מוטלת על הרשות המבצעת – החייבת לכבד את הזכות החוקתית להגנה – החובה להתקין את התקנות, אלא אם כן אי-התקנתן מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה. במצבים אלה סמכותה של הרשות להתקין תקנות עשויה ליהפך לסמכות-חובה.¹⁵³

2. שיקול-הדעת של הרשות המבצעת

האם יש לרשות המבצעת שיקול-דעת במימוש חובת ההגנה? האם נתון לה הכוח לבחור בין כמה חלופות אשר כל אחת מהן חוקתית?¹⁵⁴ אף כאן – כמו לעניין הרשות המחוקקת¹⁵⁵ – התשובה לכך חיובית. מתחם ההגבלה קיים גם לגבי הרשות המבצעת. עם זאת, שיקול-הדעת שלה אינו רחב כשיקול-דעתה של הרשות המחוקקת. הרשות המבצעת חייבת לפעול – מכוח עקרון חוקיות המנהל – במסגרת החקיקה הקיימת. היא אינה יכולה לממש את הזכות החוקתית להגנה מבלי שהוסמכה לכך. במסגרת ההסמכה הקיימת נתון לה – כשם שנתון למחוקק – שיקול-הדעת כיצד לממש את הזכות החוקתית להגנה. חובת הכיבוד המוטלת עליה היא החובה להגן על הזכות החוקתית להגנה במלוא היקפה. היא תוכל להשתחרר מחובה זו רק בנסיבות המקיימות את דרישותיה של פסקת ההגבלה. אף כאן, כמו לעניין הרשות המחוקקת, קיים מתחם של הגבלה.¹⁵⁶ בתוך מתחם זה הרשות המבצעת רשאית לממש את הזכות החוקתית להגנה בדרכים שונות ומגוונות. לרוב לא תתממש הגנה מלאה לזכות ההגנה בשל החובה החוקתית של הרשות המבצעת לא לפגוע בזכויות שליליות של צדדים שלישיים באופן שאינו מקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה או בשל ההתחשבות – באופן הקבוע בפסקת ההגבלה – באינטרסים ציבוריים, כגון ביטחון ושלום הציבור. ככל שההתחשבות בזכויות חוקתיות של צדדים שלישיים או באינטרס הציבורי מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה, ההימנעות ממימושה המלא של הזכות החוקתית להגנה הינה חוקתית. הן רשויות מבצעות "סוציאליסטיות" והן רשויות מבצעות "קפיטליסטיות" ימצאו מגוון רחב של פעולות המצויות במתחם המידתיות אף-על-פי שהן שונות זו מזו.

151 ראו ברכה, לעיל ה"ש 145, בעמ' 89; ברק-ארז משפט מינהלי, לעיל ה"ש 145, בעמ' 86; זמיר, לעיל ה"ש 145, בעמ' 210.

152 ראו זמיר, לעיל ה"ש 145, בעמ' 319; ברק-ארז משפט מינהלי, לעיל ה"ש 145, בעמ' 221. ראו גם בג"ץ 295/65 אופנהימר נ' שר הפנים והבריאות, פ"ד כ(1) 309 (1966); בג"ץ 3410/07 העמותה לקידום נפגעי תגובות קרב נ' שר הבטחון, פס' 7 לפסק-דינו של השופט י' אלון (פורסם בנבו, 30.7.2008).

153 ראו זמיר, לעיל ה"ש 145, בעמ' 73; ברק-ארז משפט מינהלי, לעיל ה"ש 145, בעמ' 97.

154 להגדרת שיקול-הדעת ראו לעיל ה"ש 138.

155 ראו לעיל חלק ב2.

156 על מתחם ההגבלה ראו לעיל ליד ה"ש 78 ואילך.

האם חובתה של הרשות המבצעת לממש את הזכות להגנה חלה גם לעניין "דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד"¹⁵⁷? כידוע, פסקת שמירת הדינים קובעת כי "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין"¹⁵⁸ זה. מה יחסה של פסקת שמירת הדינים לחובת הכיבוד המוטלת על הרשות המבצעת? על שאלה זו עמדתי בהרחבה במקום אחר.¹⁵⁹ לדעתי, אין בפסקת שמירת הדינים כדי להשפיע על חובתה של הרשות המבצעת לממש במלואה את הזכות החוקתית להגנה. פסקת שמירת הדינים שומרת על תוקפו של הדין הישן ביחסו להוראותיו של חוק-היסוד. היא אינה שומרת על הדין הישן מפני חובתה של הרשות המבצעת – כחלק מחובת הכיבוד המוטלת עליה – לשנות את הדין התת-חוקתי הישן. על רקע זה מתעוררת השאלה – אשר דומה לה מתעוררת גם לעניין הרשות המחוקקת¹⁶⁰ – מה הדין אם הרשות המבצעת אינה ממלאת את חובתה ואינה משנה את הדין התת-חוקתי הישן. האם בית-המשפט מוסמך לאכוף עליה את חובת הכיבוד המוטלת עליה? בשאלה זו נדון בהמשך.¹⁶¹

ד. פסקת הכיבוד והרשות השופטת

1. מגוון תפקידיה של השפיטה ומגבלותיה המוסדיות

(א) פרשנות, השלמת חֶסֶר, פיתוח המשפט המקובל

פסקת הכיבוד מטילה את חובת הכיבוד על "כל רשות מרשויות השלטון". במסגרת זו מצויה גם הרשות השופטת.¹⁶² גם היא רשות שלטונית.¹⁶³ גם היא חייבת "לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה". בעניין זה הלך חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בעקבות החוקה הגרמנית, אשר קבעה:

157 ס' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

158 שם.

159 ראו ברק "שמירת הדינים", לעיל ה"ש 34; ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 391.

160 ראו לעיל ליד ה"ש 143.

161 ראו להלן חלק ד(ג)2(2).

162 ראו פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 38, בעמ' 307 ("שלוש הן רשויות השלטון" – הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת) (הנשיא (בדימ') מ' שמגר); שם, בעמ' 412 ("היא חלה על כל רשויות השלטון. היא חלה על הרשות המחוקקת, המבצעת והשופטת") (הנשיא א' ברק).

163 גישה שונה נקט הצ'רטר הקנדי: Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part 1 of the Constitution Act, 1982, art. 32 (Can.). על-פי גישה זו, הצ'רטר מכונן רק כלפי הרשות המחוקקת והרשות המבצעת. לא נקבע כי הוא חל גם כלפי הרשות השופטת. ראו גם HOGG, לעיל ה"ש 37, בעמ' 101.

The following basic rights shall bind the legislature, the executive and the judiciary as directly applicable law.¹⁶⁴

משמעות הדבר היא שכל שופט ושופט הממלא תפקידי שפיטה חייב לכבד את הזכויות החוקתיות.

מה חובתה של הרשות השופטת במסגרת חובת הכיבוד, וכיצד היא מגשימה את חובתה זו? כדי להשיב על שאלה זו, יש לבחון את תפקידיה של הרשות השופטת. תפקידים אלה רבים ומגוונים.¹⁶⁵ במרכזם ההכרעה בסכסוך.¹⁶⁶ אגב כך השופט צריך לפרש את הדין שהסכסוך מוכרע על-פיו. כאשר הדין חסר (Lücke, Lacune), על השופט להשלימו.¹⁶⁷ במרכז פעילותו השיפוטית עומד כוחו של בית-המשפט ליצור משפט מקובל.¹⁶⁸ כוח זה ניתן, על-פי המסורת המשפטית שלנו, לבית-המשפט בישראל.¹⁶⁹ בגדרי מאמר זה אתמקד בחובת הכיבוד של בית-המשפט בפיתוח המשפט המקובל הישראלי.

(ב) פיתוח המשפט המקובל הישראלי

המשפט המקובל הישראלי מתפתח בדרכים המאפיינות אותנו כשיטת משפט מעורבת בעלת מסורת ותרבות משפטית משלה.¹⁷⁰ עמד על כך בית-המשפט העליון באחת הפרשות:

-
- GRUNDGESETZ [GG] [BASIC LAW], § 1(3), translation at http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/index.html. הוראה דומה מצויה בס' 8 לחוקה של דרום-אפריקה, לעיל ה"ש 7: 164
- "The Bill of Rights applies to all law, and binds the legislature, the executive, the judiciary and all organs of state"
- ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית 21 (2004); ברק פרשנות במשפט כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית 427 (1992) (להלן: ברק תורת הפרשנות הכללית). 165
- ראו ברק שיקול דעת שיפוטי, לעיל ה"ש 138, בעמ' 242. 166
- ראו ס' 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980. על חֶסֶר והשלמתו ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 165, בעמ' 214; ברק תורת הפרשנות הכללית, לעיל ה"ש 165, בעמ' 443. 167
- שאלה מעניינת היא אם מחדל חקיקתי יוצר חֶסֶר. לשאלה זו ראו דוח ועדת ונציה, לעיל ה"ש 135. בספרות החוקתית-השוואתית נעשה שימוש רב במושגים של חֶסֶר (gap) ומחדל חקיקתי (legislative omission). אולם בספרות זו חסר ניתוח אנליטי של המושג "חֶסֶר" (gap), וספק אם הוא מקביל למושג "חֶסֶר" (Lücke, Lacune) שנהוג במשפט הפרטי, ואשר מצא את ביטויו בס' 1 לחוק יסודות המשפט. על המושג "חֶסֶר" במשפט הפרטי ראו ברק תורת הפרשנות הכללית, לעיל ה"ש 165, בעמ' 443. 168
- ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 165, בעמ' 214. 169
- ראו בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 859, 749 (1991). ראו גם משה לנדוי "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט" משפטים א 292, 293 (1969); רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי. [1995] החברה לשרותי בזק בינלאומיים בע"מ, פ"ד סג(3) 664, 722 (2010) (השופט א' רובינשטיין): "כבר נשפכו דיואות לא מעטים באשר לתפקידה של הפסיקה בגישור על הפער בין המשפט למציאות החברתית והטכנולוגית המשתנה, ולכוחם של בתי המשפט ליצור על כרחם כמעט – נוכח הצרכים הדוחקים במציאות – זכויות מהותיות". 170
- לעקרונות אלה ראו ברק תורת הפרשנות הכללית, לעיל ה"ש 165, בעמ' 615.

כשיטה מעורבת, אנו מכירים בכוחו של בית המשפט ליצור ולפתח "משפט מקובל נוסח ישראל". חלקים נרחבים של משפטנו הם פרי הפעילות השיפוטית בפיתוח המשפט המקובל הישראלי. המשפט הציבורי הישראלי הוא אחד מתחומים אלה. במסגרתו של זה מכיר בית המשפט בעקרונות היסוד של השיטה, תוך שהוא משקף בכך את "האני-מאמין" של האומה ומגבש את תפישותיה הבסיסיות.¹⁷¹

פעילות שיפוטית זו אפיינה את בתי-המשפט בתקופת המנדט, והיא נמשכה עם קום המדינה.¹⁷² היא נמשכת גם לאחר כינונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹⁷³ עם זאת, למן כינונו של חוק-יסוד זה מוטלת על המשפט המקובל הישראלי החובה להתאים את עצמו לעקרונות המונחים ביסודו של חוק-היסוד¹⁷⁴ ולהתפתח במסגרת מטרותיו.¹⁷⁵ אין שתי מערכות משפט. יש מערכת אחת בלבד, שבראשה עומדת החוקה.¹⁷⁶ עמד על גישה זו נשיא בית-המשפט החוקתי של דרום-אפריקה א' צ'סקלסון (A. Chaskalson):

I cannot accept this [counsel's] contention which treats the common law as a body of law separate and distinct from the Constitution. There are not two systems of law, each dealing with the same subject matter, each having similar requirements, each operating in its own field with its own highest court. There is *only one system of law*. It is shaped by the Constitution which is the supreme law, and all law, *including the common law, derives its force from the Constitution* and is subject to constitutional control.¹⁷⁷

אכן, הקונסטיטוציונליזציה של המשפט¹⁷⁸ משתרעת גם על המשפט המקובל.¹⁷⁹

-
- 171 ראו פרשת ז'רז'בסקי, לעיל ה"ש 169, בעמ' 859 (השופט א' ברק); ברק תורת הפרשנות הכללית, לעיל ה"ש 165, בעמ' 179; אהרן ברק "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה" הפרקליט מ 197 (1992).
- 172 ראו ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 109. ראו גם לנדוי, לעיל ה"ש 169.
- 173 ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 133.
- 174 ראו ס' 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- 175 ראו ס' 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- 176 שאלות יפות מתעוררות באשר לכפיפותה של החוקה עצמה למערכות נורמטיביות שמעליה. בחינתן של שאלות אלה חורגת מגדרה של רשימה זו. מכל מקום, רק חלקן ניתנות לפתרון באמצעות הפרשנות החוקתית. ראו אהרן ברק "על ההשתמעות בחוקה הכתובה" משפטים מה (עתיד להתפרסם, 2016).
- 177 Pharmaceutical Manufacturers Association of S.A.: *In re Ex Parte* President of the RSA, 2000 (2) SA 674 (CC), para. 44 (ההדגשות הוספו). ראו גם LAURIE ACKERMANN, HUMAN DIGNITY: LODESTAR FOR EQUALITY IN SOUTH AFRICA 258 (2012).
- 178 ראו אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג 5 (1996).
- 179 ראו ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 133.

פיתוח המשפט המקובל מעניק לבית-המשפט שיקול-דעת לבחור בין כמה חלופות. שיקול-דעת זה אינו מוחלט.¹⁸⁰ זהו שיקול-דעת מוגבל.¹⁸¹ הוא צריך להתחשב במגבלות נורמטיביות – דיוניות¹⁸² (הגינות) ומהותיות¹⁸³ (סבירות, מידתיות) – המוטלות עליו. כן עליו להתחשב במגבלות מוסדיות המאפיינות את הרשות השופטת.¹⁸⁴ על כל אלה עמדתי במקום אחר.¹⁸⁵ השאלה שאנו ניצבים לפניה עתה היא זו: האם חובתה של הרשות השופטת לכבד את הזכויות החוקתיות משפיעה על שיקול-דעתה בפיתוח המשפט המקובל? התשובה לשאלה זו חיובית. הרשות השופטת חייבת לכבד את הזכויות החוקתיות. על-כן היא חייבת לפתח את המשפט המקובל באופן שיש בו כדי לכבד את הזכויות החוקתיות של בעל הזכות להגנה כלפיה ואת הזכויות החוקתיות הנוגדות של הצדדים השלישיים כלפיה. ביטוי ברור לגישה זו ניתן בחוקה של דרום-אפריקה:

When interpreting any legislation, and when developing the common law or customary law, every court, tribunal or forum must promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights.¹⁸⁶

הוראה דומה אינה מצויה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עם זאת, גישה זו מתבקשת מהתפיסה החוקתית המונחת ביסוד ההסדר החוקתי שלנו. כך הדבר לעניין כלל הזכויות החוקתיות, וכך הדבר גם לעניין הזכות החוקתית להגנה. כשם שהרשות המחוקקת חייבת לחוקק חוק כדי לכבד את הזכות החוקתית להגנה, כך גם הרשות השופטת חייבת לפתח את המשפט המקובל כדי לכבד את הזכות החוקתית להגנה.¹⁸⁷ חובת הכיבוד היא אחת, והיא מוטלת על כל רשויות השלטון. הן משתחררות מחובת הכיבוד רק אם אי-המימוש מקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה, כלומר, אם הוא במסגרת מתחם ההגבלה.¹⁸⁸ בפיתוח המשפט המקובל במסגרת הזכויות החוקתיות השופט חובש שני כובעים. הכובע האחד עניינו הביקורת השיפוטית ביחס לפעולותיהן של הרשויות השלטוניות הפוגעות בזכויותיו של אדם. אכנה זאת "המשפט המקובל הציבורי". הכובע האחר עניינו הזכויות ההלכתיות של פרט כנגד צדדים הפוגעים בזכותו. אכנה זאת "המשפט המקובל הפרטי". המשפט המקובל הציבורי הוא רחב ומקיף. הוא כולל בחובו, בין היתר, רשימה ארוכה של "זכויות יסוד" שאינן כתובות על ספר, אלא הן נובעות במישרין מאפיה של מדינתנו כמדינה

180 ראו ברק שיקול דעת שיפוטי, לעיל ה"ש 138, בעמ' 42.

181 שם, בעמ' 44.

182 שם, בעמ' 37.

183 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 165, בעמ' 37.

184 ראו ברק שיקול דעת שיפוטי, לעיל ה"ש 138, בעמ' 241.

185 ראו שם, בעמ' 173.

186 ס' 39(2) לחוקה של דרום-אפריקה, לעיל ה"ש 7.

187 ראו ACKERMANN, לעיל ה"ש 177, בעמ' 261. ראו גם Carmichele v. Minister of Safety and Security, 2001 (4) SA 938 (CC).

188 על מתחם ההגבלה ראו לעיל ליד ה"ש 78 ואילך.

דמוקרטיה השוחרת חופש".¹⁸⁹ זכויות הלכתיות אלה, המכוונות כלפי הרשויות השלטוניות, כוללות הן זכויות להגנה והן זכויות שליליות.¹⁹⁰ על-כן המשפט המקובל ההלכתי כולל הן זכות הלכתית להגנה נקייה והן זכות הלכתית להגנה מפני פעולות של צדדים שלישיים. הזכויות ההלכתיות פותחו בעיקר במסגרת ביקורת שיפוטית על פעולותיה של הרשות המבצעת, וחל עליהן המשפט המנהלי הישראלי. הלכות אלה כוללות עקרונות וכללים באשר לחובותיו של המנהל הציבורי וכן סעדים בגין הפרתן של הזכויות ההלכתיות ושל הזכויות הסטטוטוריות. במסגרת זו פיתח המשפט המקובל את מה שפרופ' זמיר מכנה "הזכות המינהלית", כלומר, הזכות של הפרט כנגד המנהל.¹⁹¹ עתה נוספות לצד הזכויות המנהליות גם הזכויות החוקתיות של הפרט כנגד הרשויות השלטוניות.¹⁹² חובת הכיבוד מחייבת את השופט לפתח את המשפט המקובל הציבורי באופן המכבד את הזכויות החוקתיות.¹⁹³ משפט מקובל זה צריך להתחשב באופיו המיוחד של ההליך החוקתי,¹⁹⁴ באופיים המיוחד של הסעדים החוקתיים,¹⁹⁵ בתפקידו המיוחד של השופט בהליך הציבורי¹⁹⁶ ובמגבלות המוסדיות של הרשות השופטת.¹⁹⁷

- 189 ראו בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז 2407, 2415 (1962) (השופט מ' לנדוי); הפסקות "שאינן כתובות על ספר" לקוחה (בשינוי קל) מפסק-דינו של השופט ש"ז חשין בבג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80, 83 (1949). ראו גם בג"ץ 29/62 כהן נ' שר הביטחון, פ"ד טז 1023, 1027 (1962); בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 745, 729 (1980).
- 190 ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ג 1631 (2014).
- 191 ראו שם, בעמ' 1629; אלפרד ויתקון "הזכות המהותית במשפט המינהלי" עיוני משפט ט 5 (1983). ראו גם בג"ץ 170/87 אסולין נ' ראש עיריית קרית גת, פ"ד מב(1) 678, 692 (1988).
- 192 הוראה מעניינת בהקשר זה מצויה בס' 33(1) לחוקה של דרום-אפריקה, לעיל ה"ש 7, שלפיה "Everyone has the right to administrative action that is lawful, reasonable and procedurally fair". שאלה יפה היא אם דין זה קיים גם בישראל. ראו זמיר, לעיל ה"ש 190, בעמ' 1635, ה"ש 16. הזכות לכבוד האדם כוללת זכות להליך הוגן – ראו ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 870. בגדרו של ההליך ההוגן נכלל גם ההליך המנהלי ההוגן – שם, בעמ' 876. ראו גם ברק-ארז משפט מינהלי, לעיל ה"ש 145, בעמ' 495.
- 193 כך, למשל, הגישה המקובלת היא כי זכות הגישה לערכאות השיפוטיות מעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו אהרן ברק "זכות הגישה למערכת השיפוטית" ספר שלמה לויין 31 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013). כללי-הסף שפיתח המשפט המקובל מגבילים זכות זו – ראו זמיר, לעיל ה"ש 190, בעמ' 1696. על-פי גישה זו, כללי-הסף צריכים לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. ראו גם רונן פוליאק "בשלוח יחסית: ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית או מופשטת" עיוני משפט לו 45 (2014).
- 194 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 18, בעמ' 546. ראו גם Antonio Lamer, *Canada's Legal Revolution: Judging in the Age of the Charter of Rights*, 28 ISR. L. REV. 579 (1994).
- 195 ראו להלן חלק ד2(א). כך, למשל, אופיו של ההליך החוקתי משפיע על דיני הראיות ונטלי ההוכחה. ראו פרשת צמח, לעיל ה"ש 129, בעמ' 268; זמיר, לעיל ה"ש 109, בעמ' 1119.
- 196 ספרות רבה עוסקת בתפקידו של השופט בהליך החוקתי. ראו Abram Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 HARV. L. REV. 1281 (1976); Owen M. Fiss, *Foreword: The Forms of Justice*, 93 HARV. L. REV. 1 (1979).
- 197 על המגבלות המוסדיות של הרשות השופטת ראו ברק שיקול דעת שיפוטי, לעיל ה"ש 138, בעמ' 241. מגבלות אלה חריפות במיוחד לעניין הסעדים החוקתיים במצבים של פגיעה בזכות להגנה נקייה.

המשפט המקובל הפרטי מסדיר את היחסים בין הפרטים לבין עצמם. אין הוא סותר את החקיקה, אלא פועל "בין סדקיה"¹⁹⁸ כך, למשל, ברבות משיטות המשפט המקובל דיני החוזים והנזיקין מוסדרים על-ידי הלכות המשפט המקובל. הלכות אלה מכירות בזכויות של פרט כנגד פרט ובסעדים של המשפט הפרטי בגין הפרתן. גם בישראל חלקים של המשפט הפרטי הם הלכתיים¹⁹⁹ – למשל, הלכת שיתוף הנכסים,²⁰⁰ הלכות הידועים-בציבור²⁰¹ והלכות רבות אחרות.²⁰² למן כינונה של מגילת זכויות חוקתיות, זכויות אלה מכוונות גם כנגד הרשות השופטת. עליה לכבד את הזכויות החוקתיות. כיבוד זה ימצא את ביטויו, בין היתר, בפיתוח הזכויות ההלכתיות שבין פרט לפרט. במסגרת זו תוכר גם הזכות ההלכתית להגנה שתעמוד לפרט כנגד צדדים שלישיים.²⁰³ כמובן, המחוקק חופשי לשנות הלכות אלה באמצעות חקיקה, ובלבד שהחקיקה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה.

2. חובת הכיבוד וביקורת שיפוטית על הרשויות השלטוניות

(א) הסעד החוקתי

במסגרת המשפט המקובל הציבורי פיתח המשפט המקובל הישראלי מערכת מסועפת של הלכות שיפוטיות הקובעות את חוקיות התנהגותן של הרשויות השלטוניות. עם כינונם של חוקי-היסוד התרחבה מערכת הדינים, והיא משתרעת גם על ההלכות הקובעות את חוקתיות התנהגותן של הרשויות השלטוניות. במסגרת זו יהא על המשפט המקובל לפתח הלכות אשר יכבדו את הזכות להגנה של הפרט על החיים, הגוף והכבוד. לא אוכל בשימה זו לעמוד על מלוא היקפן של הלכות אלה. נצטמצם אפוא אך בהלכות הקשורות לאי-מימושה של הזכות החוקתית להגנה. מיקומן של הלכות אלה בהלכות הסעד החוקתי.

נקודת המוצא לדיוננו בחלק זה היא שבית-המשפט בחן את זכותו החוקתית של אדם להגנה, ומצא כי הרשות השלטונית לא מימשה את חובתה לכבד זכות זו. משמעות הדבר היא שהזכות להגנה נפגעת. אכן, על-פי השקפתי, "פגיעה" לעניין פסקת ההגבלה היא כל אי-מימוש של הזכות החוקתית כדי מלוא היקפה, ובלבד שאין מדובר בעניין של מה-בכך.²⁰⁴ במצב

- 198 כאמרתו של השופט א"ו הולמס (O.W. Holmes) בעניין Southern Pacific Co. v. Jensen, 244 U.S. 205, 221 (1917). ראו גם לנדוי, לעיל ה"ש 169, בעמ' 297.
- 199 ראו פרשת מור, לעיל ה"ש 169, בעמ' 723 (השופט א' רובינשטיין).
- 200 ראו ברק שיקול דעת שיפוטי, לעיל ה"ש 138, בעמ' 258. ראו גם יהושע ויסמן דיני קניין – בעלות ושיתוף 125 (1997).
- 201 ראו מנשה שאה "הידועה בציבור כאשתו" – הגדרתה, מעמדה וזכויותיה" עיוני משפט ג 484 (1974); דניאל פרידמן "הידועה בציבור בדין הישראלי" עיוני משפט ג 459 (1974); חמן פ' שלח "בן הזוג הידוע בציבור" משפטים ו 119 (1975); שחר ליפשיץ הידועים-בציבור בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה (2005).
- 202 ראו, לדוגמה, דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נו(4) 661 (1996) (בידי מי מבני-הזוג הזכות על ביציות מופרות של בני-הזוג). גם הדינים החלים בישראל על צווי עקיבה הם בעיקרם הלכתיים – ראו דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך ב 1064 (מהדורה שנייה, 1998).
- 203 ראו להלן חלק ה1.
- 204 לגישה שונה, המפרשת את ה"פגיעה" בפסקת ההגבלה באופן צר יותר, ראו מדינה, לעיל ה"ש 48.

דברים זה הניתוח החוקתי עובר לשלבו השני, והשאלה היא אם תנאיה של פסקת ההגבלה מולאו במלואם. אני מניח כי בסיומו של שלב זה קבע בית-המשפט כי אי-מימוש הזכות להגנה אינו מקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. השאלה שאנו ניצבים בפניה עתה היא מהם הסעדים החוקתיים שיעניק בית-המשפט לאדם שזכותו להגנה לא מומשה. התשובה לשאלה זו מצויה – בהעדר הוראה מיוחדת בחוקי-היסוד בעניין הסעדים החוקתיים²⁰⁵ – בתורת הסעדים החוקתיים שפיתח המשפט המקובל במשך השנים.²⁰⁶ תורה זו, בהיותה חלק מהמשפט המקובל, היא ברמה התת-חוקתית על-פי מהותה. בפיתוחם של דיני הסעדים החוקתיים יש לבית-המשפט שיקול-דעת רחב. עם זאת, שיקול-דעת זה מוגבל.

שאלה יפה היא מהן אמות-המידה החוקתיות לפיתוח הסעדים החוקתיים. ניתן לטעון כי אמת-מידה זו מעוגנת במישרין בפסקת ההגבלה. על-פי טיעון זה, חובת הכיבוד המוטלת על הרשויות המחוקקת, המבצעת והשופטת בפסקת הכיבוד²⁰⁷ מעניקה לכל אדם זכות חוקתית שהזכויות הקבועות בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו יכובדו.²⁰⁸ סעד חוקתי אשר פוגע בזכות הכיבוד או אינו מממש אותה במלואה, חוקתיותו נקבעת על-פי הוראותיה של פסקת ההגבלה. הוראות אלה קובעות כי "אין פוגעים בזכויות שלפי חוקי-יסוד זה" אלא אם כן מתקיימים תנאים מסוימים (מידתיות). "זכויות שלפי חוקי-יסוד זה" כוללות גם את זכות הכיבוד, הנגזרת מחובת הכיבוד הקבועה בחוקי-היסוד.²⁰⁹ גם אם אין מקבלים ניתוח זה, דומה שיש להסכים לגישתו של ד"ר י' מרזל, שלפיה בפיתוחם של הסעדים יש להתחשב במערכת שיקולים דומה לזו המובאת בחשבון במסגרת פסקת ההגבלה.²¹⁰ מערכת שיקולים זו יוצרת "מתחם של סעדים", אשר במסגרתם יש לבית-המשפט שיקול-דעת שיפוטי באשר לבחירה בסעד הראוי במקרה קונקרטי.

תורת התרופות היא מקיפה. במקום אחר עמדתי על שני סוגים של סעדים חוקתיים.²¹¹ הסוג האחד עוסק בתוקף הנורמטיבי של נורמה תת-חוקתית הפוגעת באופן לא-מידתי בזכות חוקתית. במסגרת זו נבחנת, בין היתר, השאלה מהן תוצאות בטלותה של הנורמה הפוגעת, ואם תורת הבטלות היחסית חלה בה. הסוג האחר של הסעדים החוקתיים עוסק בסעדים בגין פגיעות

205 דוגמה להוראה בחוקה בעניין הסעד מצויה בס' 24 לצ'רטור הקנדי, לעיל ה"ש 163.
 206 על סעדים חוקתיים ראו דפנה ברק-ארז עוללות חוקתיות (1993); עמנואל גרוס "תרופות חוקתיות" משפט וממשל ד 433 (1998); Alfred Hill, *Constitutional Remedies*, 69 COLUM. L. REV. 1109 (1969); LISA TORTELL, MONETARY REMEDIES FOR BREACH OF HUMAN RIGHTS (2006); KENT ROACH, CONSTITUTIONAL REMEDIES IN CANADA (2nd ed. 2013); Michael Bishop, *Remedies*, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA ch. 9 (Stu Woolman, Michael Bishop & Jason Brickhill eds., 2nd ed., 4th rev. 2012); OCTAVIAN ICHIM, JUST SATISFACTION UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS (2015).
 207 ראו ס' 11 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
 208 ראו לעיל ה"ש 100 והטקסט שלידה.
 209 ראו לעיל ה"ש 103 והטקסט שלידה.
 210 ראו יגאל מרזל "השעיית הכרזת הבטלות" משפט וממשל ט 39, 91 (2005). ראו גם ROACH, לעיל ה"ש 206, בעמ' 143–146.
 211 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 710 (1994) (להלן: ברק פרשנות חוקתית).

פיזיות הנגרמות על-ידי פעולות בלתי-חוקתיות. במסגרת זו נבחנת, בין היתר, השאלה מהי המסגרת האזרחית שבגדרה יינתן הסעד (כגון פיצויים או צווים) לאדם שזכותו החוקתית נפגעה לא כדין. במאמר זה אבחן שתי תרופות העוסקות בתוקף הנורמטיבי של נורמה תת-חוקתית הפוגעת בזכות החוקתית להגנה מבלי לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. שתי התרופות הן הצהרת בטלות ומתן צו למחוקק לחוקק.

(ב) הצהרת בטלות

כאשר הזכות החוקתית המופרת היא זכות חוקתית שלילית, הסעד הטבעי הוא הצהרה כי החוק הפוגע בטל.²¹² כאשר הזכות המופרת היא זכות חוקתית להגנה, סעד זה מופעל כאשר הזכות להגנה מומשה על-ידי חוק באופן חלקי בלבד.²¹³ כפי שראינו,²¹⁴ אלה הם המקרים שבהם קיימת נורמה חוקתית – חוק או חקיקת-משנה – המעניקה הגנה חלקית לפרט, וחלקיות זו אינה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה. במצב דברים זה בית-המשפט רשאי להכריז על ההסדר החלקי של החוק כבלתי-חוקתי, ולקבוע כי החוק בטל בשל העדר מידתיות של ההסדר החלקי הגלום בו. תוצאה זו עלולה לעיתים להיות קשה, שכן ביטולו של החוק עלול להביא לידי בטלותם של הסדרים מידתיים הכלולים בו, וזאת בהעדר כל אפשרות להפריד ("עיפרון כחול") בין החלק המידתי של החוק לבין החלק שאינו מידתי.²¹⁵ בישראל פותחה הדוקטרינה ההלכתית של הבטלות היחסית או התוצאה היחסית.²¹⁶ דוקטרינה זו הופעלה לעניין הסעדים בגין הפרת זכות מנהלית,²¹⁷ והיא חלה גם לגבי הזכות החוקתית.²¹⁸ כאשר בית-המשפט מכריז כי חוק הפוגע בזכות חוקתית – ולענייננו בזכות החוקתית להגנה – הוא בטל, הוא רשאי לקבוע בפסק-דינו כי הבטלות תיכנס לתוקפה במועד עתידי קבוע (suspension).²¹⁹ מטרת ההשעיה היא לאפשר למחוקק לתקן את אי-החוקתיות שנמצאה

212 ראו בש"פ גנימאת, לעיל ה"ש 104, בעמ' 416; פרשת צמח, לעיל ה"ש 129, בעמ' 283.
 213 כאשר אי-המימוש הוא מלא, אין כלל חוק, וממילא אין מקום להצהיר על בטלותו. ניתן כמובן להצהיר על אי-חוקתיותו של המצב שנוצר כתוצאה מהעדרו של חוק, ועל התוצאות המתבקשות מאי-חוקתיות זו. ראו Brewer-Carías, לעיל ה"ש 70, בעמ' 94.
 214 ראו לעיל אחרי ה"ש 71.
 215 על עקרון ההפרדה ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 211, בעמ' 735; גרוס, לעיל ה"ש 206, בעמ' 450.
 216 ראו ברק-ארז משפט מינהלי, לעיל ה"ש 145, בעמ' 795; זמיר, לעיל ה"ש 190, בעמ' 1647 ו-1717; אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המינהלי כרך ד – סעדים 69 (2012).
 217 על הזכות המנהלית ראו לעיל ליד ה"ש 191.
 218 ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 211, בעמ' 720; ברק-ארז משפט מינהלי, לעיל ה"ש 145, בעמ' 833.
 219 ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 211, בעמ' 745; ברק-ארז משפט מינהלי, לעיל ה"ש 145, בעמ' 833. ראו גם בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 415 (1997); בג"ץ 6652/96 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים, פ"ד נב(3) 117 (1998); פרשת צמח, לעיל ה"ש 129, בעמ' 284; פרשת חסן, לעיל ה"ש 26, פס' 71 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש.

בחקיקה, ובכך להימנע ממצב של מחדל חקיקתי.²²⁰ לעיתים מתלונן להשעיה הזמנית "פטור חוקתי" (constitutional exemption), המבקש לתת סעד-ביניים לעותר אשר זכה בדינו ועלול להיפגע מכך שהכרזת הבטלות הושעתה בזמן.²²¹

מקרה מיוחד מתעורר כאשר המחוקק מעניק טובת-הנאה לפרטים בקבוצה א, ולא לפרטים בקבוצה ב. הפרטים בקבוצה ב אינם טוענים כי בכך לא מומשה זכותם להגנה נקייה. טענתם היא כי אי-הענקתה של טובת-ההנאה גם להם פוגעת בזכותם החוקתית לשוויון. הבה נניח כי בית-המשפט מקבל את הטענה כי נפגעה זכותם החוקתית של הפרטים בקבוצה ב לשוויון, וכי פגיעה זו אינה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה. הסעד החוקתי במצב דברים זה הוא לכאורה ביטול החקיקה המעניקה את ההטבה לפרטים של קבוצה א, שכן בכך תימנע ההפליה. אולם תוצאה זו קשה היא. במה חטאו בני קבוצה א? בתי-משפט פתרו לעיתים את הבעיה בדרך פרשנית.²²² בית-המשפט העליון של קנדה מצא פתרון למצב זה: הוא "קרא" אל תוך החוק הוראה שלפיה גם הפרטים של קבוצה ב זכאים להטבה.²²³ גישה דומה נקט בית-המשפט העליון האמריקאי כאשר "הרחיב" את הטקסט הקיים באופן שכלל בהוראה גם את יחיד קבוצה ב.²²⁴ גישה זו מקובלת על כמה בתי-משפט חוקתיים.²²⁵ גישה דומה נקט גם בית-המשפט העליון בישראל.²²⁶ לדעתי, התוצאה ראויה, אולם הדרך להשגתה אינה קריאה אל תוך החוק של מה שאין בו או הרחבתו לתחומים שמחוץ לו.²²⁷ הדרך הראויה היא לקבוע – כפי שפרשנות החקיקה מחייבת – כי החוק חל רק על פרטים של קבוצה א, אלא שבכך יש פגיעה בזכות החוקתית לשוויון של בני קבוצה ב אשר אינה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה, ועל-כן, כדי לכבד את הזכות החוקתית לשוויון של בני קבוצה ב, בית-המשפט מכיר, כסעד חוקתי, בזכות הלכתית לבני קבוצה ב כלפי רשויות השלטון, וזאת כל עוד בני קבוצה א נהנים

- 220 ראו מרזל, לעיל ה"ש 210, בעמ' 66. ראו גם ROACH, לעיל ה"ש 206, בעמ' 14–73; BREWER-CARÍAS, לעיל ה"ש 70, בעמ' 94.
- 221 ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 211, בעמ' 743. ראו גם ROACH, לעיל ה"ש 206, בעמ' 14–34.
- 222 ראו BREWER-CARÍAS, לעיל ה"ש 70, בעמ' 79. דרך פרשנית זו תוארה כ"מניפולטיבית"; ראו שם, בעמ' 79.
- 223 ראו HOGG, לעיל ה"ש 37, בעמ' 188. ראו גם ROACH, לעיל ה"ש 206, בעמ' 14–52.
- 224 ראו Welsh v. United States, 398 U.S. 333, 361 (1970). ראו גם Ruth Bader Ginsburg, *Some Thoughts on Judicial Authority to Repair Unconstitutional Legislation*, 28 CLEV. ST. L. REV. 301 (1979); Bruce K. Miller, *Constitutional Remedies for Underinclusive Statutes: A Critical Appraisal of Heckler v. Mathews*, 20 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 79 (1985); Evan H. Caminker, *A Norm-Based Remedial Model for Underinclusive Statutes*, 95 YALE L.J. 1185 (1986).
- 225 ראו BREWER-CARÍAS, לעיל ה"ש 70, בעמ' 79.
- 226 ראו בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 765–767 (1994) (המשנה לנשיא א' ברק); פרשת נסר, לעיל ה"ש 120, פס" 57–61 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש; בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל (פורסם בנבו, 28.5.2012); בג"ץ 3734/11 דודיאן נ' כנסת ישראל, פס" 14–17 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש (פורסם בנבו, 15.8.2012).
- 227 ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 211, בעמ' 759.

מזכות חקיקתית.²²⁸ אם המחוקק יבטל את ההסדר החקיקתי המעניק הטבה לפרטים של קבוצה א, תבוטל בכך גם ההטבה ההלכתית לבני קבוצה ב.

(ג) מתן צו למחוקק לחוקק

(1) שיקול-דעת לבית-המשפט

רשות שלטונית לא מימשה את חובתה לכבד את הזכות החוקתית להגנה. הרשאי בית-המשפט לצוות על הרשות השלטונית לקיים את חובתה? דומה שאין כל קושי במתן תשובה חיובית לשאלה זו בכל הנוגע בצווים כלפי הרשות המבצעת, לרבות חיובה להתקין תקנות בעלות פועל תחיקתי (במסגרת המשפט המנהלי), וכלפי הרשות השופטת. עניין של יום-יום הוא שבית-המשפט מצווה על הרשות המבצעת או על השופטים לקיים את חובותיהם, ולעניין זה אין נפקא מינה אם עניין לנו בחובת אל-תעשה (לעניין זכות חוקתית שלילית) או בחובת עשה (לעניין הזכות החוקתית להגנה). האם דינה של הרשות המחוקקת שונה?

ככלל, בית-המשפט אינו מצווה על המחוקק לחוקק. הטעם המונח ביסוד דין זה הוא שככלל אין חובה על המחוקק לחוקק, ובהעדר חובה לחוקק, אין בית-המשפט מורה לו לחוקק. צו של בית-המשפט אשר יורה למחוקק לחוקק מקום שאין מוטלת עליו חובה לחוקק פוגע בעקרון הפרדת הרשויות. על רקע זה ציינו הנשיא א' גרוניס והמשנה לנשיא מ' נאור בפרשת אקסלרוד כי –

אין בידי בית המשפט להורות למחוקק לחוקק חוק. קיים הבדל תהומי בין ביטולו של חוק בשל פגם חוקתי לבין ציווי על המחוקק להסדיר נושא כלשהו בחקיקה.²²⁹

בפרשת המרכז האקדמי למשפט ולעסקים ציין הנשיא א' גרוניס:

אין זה מתפקידו של בית המשפט הגבוה לצדק להורות לממשלה או לכנסת לפעול לצורך חקיקתה של חקיקה ראשית של הכנסת... כך מנחים אותנו יסודות המשטר הדמוקרטי בישראל, וכך מחייבים אותנו עקרונות הכיבוד ההדדי בין רשויות השלטון בישראל.²³⁰

אולם לכלל זה יש חריגים שבהם החוקה מטילה חובה על המחוקק לחוקק.²³¹ אחד מאותם חריגים הוא כאשר החוקה קובעת זכות חוקתית להגנה על החיים, הגוף והכבוד. על המחוקק

228 ראו Brewer-Carías, לעיל ה"ש 70, בעמ' 148.

229 בג"ץ 129/13 אקסלרוד נ' ממשלת ישראל, פס' 2 לפסק-דינם של הנשיא א' גרוניס והמשנה לנשיא מ' נאור (פורסם בנבו, 26.1.2014). ראו גם בג"ץ 8233/13 כץ נ' כנסת ישראל, פס' 5 לפסק-דינו של השופט ח' מלצר (פורסם בנבו, 10.3.2014).

230 בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל, פס' 48 לפסק-דינו של הנשיא א' גרוניס (פורסם בנבו, 2.7.2014); ראו גם בג"ץ 7717/13 קוליאן נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 2.10.2014).

231 ראו לעיל חלק ב1.

לכבד זכות זו, כלומר, לחוקק. המחוקק רשאי לא לממש את חובתו אם אי-החקיקה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה. כאשר אי-החקיקה אינה מקיימת תנאים אלה, המחוקק מפר באי-החקיקה את חובתו החוקתית לכבד את הזכות להגנה. במצב דברים זה בית-המשפט רשאי לקבוע זאת, ולצוות על המחוקק לקיים את חובתו, כלומר, לחוקק.²³² צו שיפוטי זה תואם את יסודות המשפט החוקתי, המחייב את המחוקק לכבד את הזכות להגנה. עקרונות הכיבוד ההדדי בין רשויות השלטון והפרדת הרשויות אינם יכולים להצדיק הפרה של חובת הכיבוד על-ידי המחוקק (שאינו מחוקק) והשופט (שאינו מצווה). תוכן החקיקה ייקבע על-ידי המחוקק, ובלבד שהוא מקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. במשפט המשווה ניתן למצוא דוגמאות רבות לכך.²³³

(2) השפעתה של פסקת שמירת הדינים

האם סעד חוקתי המחייב את המחוקק לממש את הזכות החוקתית להגנה על-ידי הוצאת צו לחקיקה מתיישב עם פסקת שמירת הדינים? הפסקה קובעת כי "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד".²³⁴ ראינו כי הפסקה אינה משחררת את המחוקק מחובתו לכבד את הזכות החוקתית להגנה באמצעות חקיקה חדשה מתאימה.²³⁵ אם המחוקק מסרב לעשות כן, ובית-המשפט סבור, על-פי שיקול-דעתו, כי יש מקום לחייבו לממש את חובתו, האם פסקת שמירת הדינים מונעת סעד שיפוטי זה?

²³² לעיתים מתלוות לצו הוראות באשר לתוכן המידתי של החקיקה. ראו Brewer-Carías, לעיל ה"ש 70, בעמ' 160, שם המחבר מציין, על בסיס מחקר השוואתי מקיף, כי "Constitutional courts... issuing not only directives, but also orders or instructions, for the legislator to reform or correct pieces of legislation in the sense indicated by the courts".
²³³ לסקירה השוואתית ראו Brewer-Carías, לעיל ה"ש 70, בעמ' 160; דוח ועדת ונציה, לעיל ה"ש 135. לפסיקות כאלה של בית-המשפט החוקתי הגרמני ראו BVerfGE 39, 1 (הפלות); BVerfGE 115, 259 (דיני עבודה); BVerfGE 116, 243 (טרנסקסואלים); BVerfGE 103 (זכויות ילדים).
 לסקירה על הפסיקה הגרמנית בתחום זה ראו Michael Gerhardt, *Problems of Legislative Omission in the Federal Constitutional Court's Case-Law* (12.9.2007), http://www.confco.org/reports/rep-xiv/report_Germany_en.pdf.
 לסקירה על הפסיקה הצ'כית בתחום זה ראו Constitutional Court of the Czech Republic, *Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence: Questionnaire for the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts* (2007), http://www.confcoconsteu.org/reports/rep-S.T.C.,_May_30_xiv/report_Czech_en.pdf.
 לסקירה על הפסיקה של בית-המשפט החוקתי בספרד ראו Constitutional Court of Spain, *The Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence* (May 2008), http://www.confcoconsteu.org/reports/rep-xiv/report_Spain_en.pdf.
 לסקירת הפסיקה של המשפט החוקתי בהונגריה ראו Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence (Hungarian National Report of the 14th Conference of Constitutional Courts, n.d.), http://www.confcoconsteu.org/reports/rep-xiv/report_Hungary_en.pdf.

²³⁴ ס' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

²³⁵ ראו לעיל ליד ה"ש 141–143.

לדעתי, בנסיבות אלה בית-המשפט אינו רשאי לצוות על המחוקק לחוקק. צו כזה יחייב את המחוקק, ועלינו להניח, במישור המשפטי, כי המחוקק יכבד את הצו השיפוטי. אמת, אין בצו השיפוטי כדי לפגוע במישרין בתוקפו של הדין הישן, אולם הוא פוגע בתוקפו של הדין הישן בעקיפין, באמצעות הרשות המחוקקת. לדעתי, מה שהרשות השופטת אינה רשאית לעשות במישרין היא גם אינה רשאית לעשות בעקיפין. דבר אחד הוא להכיר – במסגרת פסקת שמירת הדינים – בחובתה של הרשות המחוקקת לכבד את הזכויות החוקתיות על-ידי שינוי של הדין הישן או ביטולו ביוזמתה שלה; דבר אחר הוא לצוות עליה לעשות כן. כאשר פסקת שמירת הדינים קובעת כי תוקפו של הדין הישן לא ייפגע, במתן הצו יש משום העמדת המחוקק במצב משפטי שבו הוא חייב לבטל את הדין הישן או להפר את הצו השיפוטי. מצב דברים זה אינו מתיישב עם קביעתו של חוק-היסוד כי אין בו כדי לפגוע בתוקפו של הדין הישן.

(3) פסיקת בית-המשפט העליון

בפרשת המרכז האקדמי למשפט ולעסקים קבע הנשיא א' גרוניס כי בית-המשפט לא יורה לכנסת לחוקק. בפרשה זו ציין הנשיא א' גרוניס כי "העותרים לא טענו בענייננו שחוק הנפט פוגע בזכויות יסוד המוגנות באילו מבין חוקי היסוד בדבר זכויות האדם".²³⁶ לנוכח קביעה זו לא התעוררה כל בעיה של זכות חוקתית בפרשה זו. המחוקק היה אפוא חופשי, מנקודת-המבט של זכויות האדם, לחוקק או לא לחוקק, ואף חופשי לקבוע את תוכן החקיקה. באין חובת חקיקה אין בית-המשפט חייב לצוות על המחוקק לחוקק, ואף אין הוא רשאי לעשות כן. דין דומה חל בפרשת קוליאן.²³⁷ בפרשה זו ביקשה העותרת לבטל חקיקה בעניין מימון מפלגות, שכן חקיקה זו מעניקה מימון למפלגות שאינן מאפשרות לנשים להימנות עם חבריהן. כן עתרה העותרת למתן צו למחוקק שישנה את חקיקת מימון המפלגות באופן שישלול את המימון ממפלגות שאינן מאפשרות לנשים להימנות כחברותיהן בכנסת. השופט נ' סולברג ציין בפסק-דינו כי העותרת "לא נשאה... בנטל להראות כי הוראות חוק אלה פוגעות בזכות השוויון החוקתית".²³⁸ על רקע זה נדחתה העתירה. השופט נ' סולברג ציין כי "תורת הפרדת הרשויות מחייבת אותנו כבית משפט להשיב את פניה של העותרת ריקם, ולהפנותה אל הכנסת".²³⁹ שונים פני הדברים בפרשת אקסלרוד.²⁴⁰ באותה פרשה ביקש העותר כי בית-המשפט יצווה על המחוקק לחוקק חוק שיסדיר סוגיות אחדות הקשורות לזכות להינשא. היבטים מסוימים של הזכות לנישואים נגזרים מהזכות לכבוד האדם.²⁴¹ היה מקום לכאורה לבחון בפרשת אקסלרוד אם הדין הקיים פגע בזכות לנישואים כזכות-בת של כבוד האדם, ואם פגיעה זו מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה. בית-המשפט דחה את העתירה מבלי לבחון את הפגיעה בזכות

236 פרשת המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, לעיל ה"ש 230, פס' 21 לפסק-דינו של הנשיא א' גרוניס. ראו גם פרשת כץ, לעיל ה"ש 229, פס' 5 לפסק-דינו של השופט ח' מלצר.

237 פרשת קוליאן, לעיל ה"ש 230.

238 שם, פס' 9 לפסק-דינו של השופט נ' סולברג. בחינתה של שאלה זו חורגת ממסגרת רשימה זו.

239 שם.

240 פרשת אקסלרוד, לעיל ה"ש 229.

241 ראו ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 638 ו-671.

לנישואים.²⁴² חרף זאת אני סבור כי פסק-הדין בפרשת אקסלרוד הוא ראוי. הטעם לכך הוא שמתן צו לחקיקה בפרשה זו מתנגש עם ההוראה בדבר שמירת דינים הקבועה בחוק-היסוד. תוצאת ההתנגשות הזו היא שהדין הישן חסין מפני פגיעה בתוקפו על-ידי בית-המשפט.²⁴³ פסקת שמירת הדינים מגינה על הדין הישן מפני תקיפה חוקתית, ישירה או עקיפה.²⁴⁴ על-כן בית-המשפט מנוע מלצוות על המחוקק לחוקק, ודין העתירה להידחות מטעם זה.

(4) שיקול-הדעת של בית-המשפט

מה הדין אם המחוקק אינו ממלא אחר הצו השיפוטי לחוקק? התשובה לשאלה זו קשה היא. אי-כיבודו של צו שיפוטי יוצר משבר חוקתי. האפשרויות העומדות לרשות בית-המשפט אינן רבות. לא זה המקום לעמוד עליהן, אולם דומה שהכל יסכימו כי עדיף לפתור את הבעיה החוקתית מבלי ליצור משבר חוקתי. פתרון זה מצוי בידה של הרשות השופטת, אשר אף היא – כמו הרשות המחוקקת – חייבת לכבד את הזכות החוקתית להגנה. על-כן, במסגרת שיקול-הדעת הניתן לבית-המשפט לפתח סעדים חוקתיים, על הרשות השופטת לפתח אמצעים חלופיים שיהא בהם כדי לממש את הזכות החוקתית להגנה מבלי להזדקק לצו המחייב את המחוקק לחוקק.²⁴⁵ כך, למשל, פיתחו בתי-המשפט בארצות-הברית²⁴⁶ ובקנדה²⁴⁷ את צו המניעה החוקתי. על-פיו התאפשר מימוש הזכות להגנה נקייה מכוחם של צווי מניעה נגד הרשות המבצעת והרשות המחוקקת. צווי מניעה אלה הביאו, בסופו של הליך מורכב, לידי כיבוד של הזכות החוקתית. דוגמאות לכך הם צווי המניעה שניתנו על-ידי בתי-משפט פדרליים בארצות-הברית בכל הנוגע בנייהול בית-סוהר שיעלה בקנה אחד עם הדרישות החוקתיות. פיקוח רצוף של הרשות השופטת הביא בסופו של התהליך לידי כך שהרשות המחוקקת (או המבצעת, לפי העניין) קיימה בסופו של יום את חובתה החוקתית. אחד מאותם אמצעים העומדים לרשות בית-המשפט הוא פיתוח הזכות להגנה כזכות הלכתית של בעל הזכות כלפי צדדים שלישיים הפוגעים בה.²⁴⁸ פיתוח זה יגשים את חובתה של הרשות השופטת לכבד את הזכות החוקתית להגנה, ויאייץ במקרים רבים את הצורך במתן צו למחוקק לעשות כן.²⁴⁹ על מהותה של זכות הלכתית זו אעמוד בהמשך.²⁵⁰

242 פרשת אקסלרוד, לעיל ה"ש 229, פס' 2 לפסק-דינם של הנשיא א' גרוניס והמשנה לנשיא מ' נאור.
 243 ראו ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 399.
 244 ראו לעיל חלק ד(ג)2(2); ברק "שמירת דינים", לעיל ה"ש 34.
 245 לפיתוח אמצעים חלופיים אלה ראו Brewer-Carías, לעיל ה"ש 70, בעמ' 148–165.
 246 ראו Owen M. Fiss, The Civil Rights Injunction (1978).
 247 ראו Roach, לעיל ה"ש 206, בעמ' 1–13.
 248 לדעתי, אין מניעה עקרונית שבית-המשפט יפתח משפט הלכתי המממש גם את הזכות להגנה נקייה. עם זאת, פיתוח זה יצריך התחשבות במגבלות המוסדיות של בית-המשפט. ראו ברק שיקול דעת שיפוטי, לעיל ה"ש 138, בעמ' 241.
 249 פיתוח הלכתי זה מקובל גם במדינות המשפט האזרחי; ראו Brewer-Carías, לעיל ה"ש 70, בעמ' 160.
 250 ראו להלן חלק ה1.

אין בכך פתרון מלא למחדל החקיקתי.²⁵¹ עם זאת, יהא בכך כדי להעניק במקרים הראויים לזכאי להגנה זכות הלכתית כנגד צדדים שלישיים הפוגעים בזכותו להגנה. זכות הלכתית זו תהא בעלת תחולה נורמטיבית כללית. היא תגשים במידה רבה את מה שהזכות החקיקתית הייתה מגשימה אילו קיים המחוקק את הצו השיפוטי. במובן מסוים ניתן להשקיף על פיתוח זה של המשפט המקובל כסעד חוקתי. אולם תהא זו, לדעתי, הסתכלות צרה מדי. פיתוח הלכתי זה עומד על רגליו-הוא, בלא כל קשר לתפקיד השופט בביקורת השיפוטית. הוא קיים גם כאשר אין כלל ביקורת שיפוטית על חוקתיותו של חוק. הוא פרי חובתה של הרשות השופטת כרשות שלטונית לכבד את הזכות להגנה ביחסים בין פרטים בגדרי המשפט הפרטי. הוא מתאפשר בשל אופייה של שיטת המשפט הישראלית כשיטת משפט המכירה ביצירה שיפוטית במסגרת המשפט המקובל.²⁵² הוא יתממש בתביעות בין פרטים במסגרת הליכים אזרחיים על-פי דיני המשפט הפרטי. לבחינתה של פעילות שיפוטית זו נפנה עתה.

ה. חובת הכיבוד והכרה בזכות ההגנה כלפי צדדים שלישיים

1. זכות הלכתית להגנה כלפי צדדים שלישיים

פסקת הכיבוד מטילה על כל רשות שלטונית את החובה "לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה".²⁵³ פסקה זו מטילה על הרשות השופטת, בצד החובה לפתח את המשפט המקובל הציבורי,²⁵⁴ את החובה לפתח משפט מקובל פרטי אשר יממש את זכותו החוקתית של אדם להגנה על החיים, הגוף והכבוד. בית-המשפט יעשה כן על-ידי הכרה בזכותו ההלכתית של אדם להגנה כלפי הצדדים השלישיים הפוגעים בו, ובחובתם ההלכתית של הצדדים השלישיים כלפיו להגן עליו.

טלו את המקרה של ראובן אשר שמו הטוב נפגע בשל פרסומים של דינה. הזכות של ראובן להגנה על שמו הטוב והזכות של דינה לחופש הביטוי הן זכויות חוקתיות כלפי הרשויות השלטוניות. אין הן, כשלעצמן, מעניקות זכות לראובן כלפי דינה.²⁵⁵ חובתה של הרשות המחוקקת היא ליצור משפט תת-חוקתי אשר יממש את זכות ההגנה של ראובן לשמו הטוב ואת זכותה של דינה לחופש הביטוי. משפט תת-חוקתי זה יהא חוקתי אם הוא מממש את זכות ההגנה של ראובן באופן חלקי ואם הוא פוגע בזכות לחופש הביטוי של דינה באופן המקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. המחוקק רשאי כמובן להסתפק במשפט תת-חוקתי הכולל אמצעים פליליים ומנהליים בלבד. הוא רשאי גם – כפי שאכן פעל המחוקק הישראלי – ליצור קשר משפטי אזרחי ישיר בין ראובן לבין דינה על-ידי כך שהוא יעניק לראובן זכות על-פי דיני

251 פתרון זה לא יחול מקום שההגבלות המוסדיות המוטלות על הרשות השופטת ימנעו אותה מלפתח משפט מקובל המקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. ראו לעיל ליד ה"ש 184.

252 ראו לעיל חלק ד(ב).

253 ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

254 ראו לעיל ליד ה"ש 189 ואילך.

255 ראו לעיל ליד ה"ש 90 ואילך.

הנזיקין כלפי דינה.²⁵⁶ נניח עתה כי המחוקק נמנע מכל חקיקה. במצב דברים זה אך טבעי הוא שהמשפט המקובל ייצור מערכת יחסים הלכתית בין ראובן לבין דינה. יהיו אלה דיני לשון-הרע הלכתיים אשר יממשו את הזכות החוקתית של ראובן להגנה על שמו הטוב תוך כיבוד הזכות החוקתית של דינה לחופש הביטוי.

דוגמה לכך ניתן למצוא בפרשת *Sullivan* האמריקאית.²⁵⁷ פרשה זו דנה בדין הנזיקין באשר לאחריותו של עיתון ללשון-הרע המתפרסם בו על שמה הטוב של דמות ציבורית. דין נזיקין זה, של מדינת אלבמה, הוא בחלקו סטטוטורי ובחלקו משפט מקובל. נקבע כי העיתון המפרסם אחראי בנזיקין רק אם הוא פועל מתוך זדון או מתוך פזיזות. הלכה זו היא חלק מהמשפט המקובל האמריקאי. היא קובעת את מערכת הזכויות והחובות שבין שני פרטים במסגרת המשפט המקובל. עם זאת, לכל אחד מהפרטים יש זכות חוקתית כנגד המדינה: ל- *New York Times* יש זכות חוקתית כנגד המדינה לחופש הביטוי, ול- *Sullivan* יש זכות חוקתית כנגד המדינה לשם טוב. לשם קביעת הזכויות במשפט הפרטי בין הצדדים, בחן בית-המשפט את היחס בין הזכויות החוקתיות לבין עצמן. כותב השופט ו' ברנן (W. Brennan):

Although this is a civil lawsuit between private parties, the Alabama courts have applied a state rule of law which petitioners claim to impose invalid restrictions on their constitutional freedoms of speech and press. It matters not that that law has been applied in a civil action and that it is common law only, though supplemented by statute... The test is not the form in which state power has been applied but, whatever the form, whether such power has, in fact, been exercised.²⁵⁸

אכן, המשפט המקובל כולל בחובו מערכת מקיפה של זכויות הלכתיות בין פרטים. דיני הנזיקין ודיני החוזים באנגליה הם דוגמה מובהקת לכך.

2. המעבר מהזכות החוקתית להגנה אל הזכות ההלכתית להגנה

מה חשיבות יש לזכות ההלכתית להגנה מקום שמוכרת ממילא זכות חוקתית להגנה? התשובה החשובה לענייננו היא זו: הזכות החוקתית להגנה מכוונת כלפי הרשויות השלטוניות בלבד; לעומת זאת, הזכות ההלכתית להגנה עשויה להיות מכוונת הן כלפי הרשויות השלטוניות והן כלפי צדדים שלישיים הפוגעים בה. כתוצאה מכך נתונה בידי הזכאי להגנה זכות הלכתית כנגד צדדים שלישיים הפוגעים בה. בגין הפרתה של זכות זו הצדדים השלישיים הפוגעים עשויים להתחייב בכל הסעדים שהמשפט הפרטי מעמיד למי שזכותו נפגעה.

האם היקפה של הזכות ההלכתית להגנה הוא כהיקפה של הזכות החוקתית להגנה? התשובה לכך שלילית – אין זהות בהיקפן של הזכויות. בהקשר שלפנינו חשובים המצבים

256 ש.ם.

257 פרשת *Sullivan*, לעיל ה"ש 96.

258 ש.ם, בעמ' 265.

שבהם היקפה של הזכות החוקתית להגנה כלפי הרשות השופטת רחב מהיקפה של הזכות ההלכתית להגנה. היקפה של הזכות החוקתית להגנה נקבע על-פי האידיאל שהיא נועדה להגשים. כך, למשל, היקפה של הזכות החוקתית להגנה על השם הטוב כוללת בחובה הגנה על כל אמירה הפוגעת בשם הטוב, יהיו נסיבות האמירה אשר יהיו. שיקולים של האינטרס הציבורי או זכויות חוקתיות נוגדות אינם משפיעים על היקף זה.²⁵⁹ ההתחשבות בהם נעשית במשפט התת-חוקתי, במסגרת התנאים הקבועים בפסקת ההגבלה. על-כן המשפט התת-חוקתי עשוי לקבוע כי רק אמירות הנעשות מתוך פזיזות או זדון מצדיקות הגבלה של חופש הביטוי החוקתי של הדובר והגנה על שמו הטוב של בעל הזכות להגנה. אכן, דיני המשפט הפרטי הם הקובעים את מידת מימושה של הזכות החוקתית להגנה. מימוש זה קובע את היקפה של הזכות ההלכתית להגנה. גם ביסודה מונח כמובן האידיאל שהזכות נועדה להגשים, אולם כאשר זכות זו מתנגשת בשיקולים של האינטרס הציבורי או בזכויות הלכתיות נוגדות של צדדים שלישיים הפוגעים בה, אלה מצמצמים את היקפה של הזכות ההלכתית. היקף זה משקף את תוצאתו של צמצום זה. המישור ההלכתי הוא מישור תת-חוקתי, ובגדרו נקבע היקפה של הזכות ההלכתית. בגדרו של משפט הלכתי זה אפוא היקף הזכות ומידת מימושה זהים. כיצד הם נקבעים? על כך להלן.

3. היקף הזכות ההלכתית להגנה כלפי צדדים שלישיים ודיני המידתיות

היקפה של הזכות ההלכתית להגנה – בדומה למידה שבה הזכות להגנה מתממשת על-ידי החקיקה – נקבע תוך התחשבות באינטרס הציבורי ובזכויות של צדדים שלישיים הפוגעים בה. כך הדבר מקום שהמשפט המקובל מתפתח לא במסגרת דמוקרטיה חוקתית. אכן, הזכויות ההלכתיות משקפות תמיד איזון בין זכות האדם לבין האינטרס הציבורי וזכויות של אחרים. הן לעולם אינן מוחלטות, ותמיד מתחשבות בשיקולים נוגדים שיש להתחשב בהם במסגרת העקרונות שהמשפט המקובל נוהג על-פיהם.²⁶⁰ כך הדבר בוודאי מקום שהמשפט המקובל מתפתח במסגרת חוקה. כשם שהחוקה מכירה בזכות החוקתית להגנה על החיים, הגוף והכבוד (למשל, בזכות החוקתית של ראובן לשמו הטוב), כן היא מכירה באינטרס הציבורי ובזכויות חוקתיות של צדדים שלישיים העשויים לפגוע בה (למשל, באינטרס הציבורי למנוע פרסום סודות מדינה או בזכות החוקתית של דינה לחופש הביטוי). אכן, גם לצדדים שלישיים הפוגעים בזכות החוקתית להגנה יש זכויות חוקתיות, המשקפות את חופש הרצון שלהם. הכרה זו באינטרס הציבורי ובזכויות החוקתיות של צדדים שלישיים אינה פועלת במישור החוקתי, אלא במישור התת-חוקתי, שבו מצויות החקיקה וההלכה הפסוקה.

כיצד נקבע היחס בין הזכות החוקתית להגנה לבין הזכות ההלכתית להגנה? התשובה – אשר חלה כמובן גם לעניין החקיקה – היא כי המשפט המקובל חייב לכבד הן את הזכות החוקתית להגנה והן את הזכויות החוקתיות של צדדים שלישיים הפוגעים בה. טלו את הדוגמה²⁶¹ של הזכות החוקתית (החיובית) של ראובן להגנה על שמו הטוב והזכות החוקתית

259 ראו לעיל ליד ה"ש 44 ואילך.

260 לעקרונות אלה ראו ברק תורת הפרשנות הכללית, לעיל ה"ש 165, בעמ' 615.

261 ראו לעיל בפסקה השנייה של חלק ה'1.

(השלילית) של דינה לחופש הביטוי. ההגנה שהמשפט המקובל יעניק לזכות החוקתית לשם הטוב תגביל את הזכות החוקתית לחופש הביטוי. המשפט המקובל, פרי יצירתה של הרשות השלטונית השופטת – בדומה לחקיקה של הרשות השלטונית המחוקקת – חייב לכבד את שתי הזכויות גם יחד. כיצד הוא יעשה זאת?

התשובה היא כי הפתרון יימצא בפסקת ההגבלה. זו חלה לא רק על חוק של המחוקק שאינו מכבד את הזכות להגנה, אלא גם על ההלכה השיפוטית שאינה מכבדת את הזכות להגנה.²⁶² על-פי הוראותיה תקבע הרשות השופטת זכות הלכתית להגנה של הפרט כלפי צדדים שלישיים הפוגעים בה בנסיבות שבהן הרשות השופטת מודעת לפגיעה זו או צריכה להיות מודעת לה. זכות הלכתית זו לא יהא בה כדי לממש את מלוא היקפה של הזכות החוקתית להגנה של בעל הזכות כלפי הרשות השלטונית; הזכות ההלכתית להגנה כלפי צדדים שלישיים תממש את הזכות החוקתית להגנה בהיקף שיקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה, כלומר, שיימצא במתחם ההגבלה.²⁶³ באופן דומה, הרשות השופטת תקבע זכות הלכתית לצדדים שלישיים כלפי בעל הזכות להגנה אשר לא תמנע פגיעה במלוא היקפו של האידיאל המונח ביסוד זכות החוקתית של הצדדים השלישיים כלפי הרשות השלטונית, אלא תמנע רק פגיעה בזכות החוקתית שאינה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה, כלומר, שמצויה מחוץ למתחם ההגבלה. כפי שראינו,²⁶⁴ הבחינה במסגרת פסקת ההגבלה היא כפולה – היא מתייחסת הן לזכות החוקתית להגנה והן לזכות החוקתית של צדדים שלישיים הפוגעים בה. התוצאה המתקבלת היא הזכות ההלכתית להגנה של הזכאי להגנה כלפי צדדים שלישיים הפוגעים בה, והזכות ההלכתית של הצדדים השלישיים כלפי בעל הזכות להגנה. זכויות אלה צרות בהיקפן מזכויותיהם של בעלי הזכויות כלפי הרשות השלטונית. שוני זה הוא פרי האיזון המתקיים ברמה התת-חוקתית.

4. שיקול-הדעת השיפוטי בפיתוח הזכות ההלכתית להגנה כלפי צדדים שלישיים

(א) פיתוח הזכות ההלכתית להגנה כלפי צדדים שלישיים

המשפט המקובל התפתח מאות בשנים מבלי שעמדו מעליו חוקה וזכויות חוקתיות. התיאוריה של המשפט המקובל מורכבת, ואין לגביה הסכמה.²⁶⁵ בחינתה של תיאוריה זו ושל דרכי התפתחותו של המשפט המקובל חורגת ממסגרת רשימה זו. לענייננו די להצביע על כך שגם בעתיד יתפתח המשפט המקובל על-פי דרכי ההתפתחות המאפיינות אותו. כל עוד תפעל

262 לסוגיה זו וקשייה ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 18, בעמ' 159. ראו גם לעיל ליד ה"ש 210 ואילך. ראו גם דנ"א 5698/11 מדינת ישראל נ' דיראני, פס' 69 לפסק-דינו של הנשיא א' גרוניס ופס' 16 לפסק-דינו של השופט ח' מלצר (פורסם בנבו, 15.1.2015).

263 על מתחם ההגבלה ראו לעיל ליד ה"ש 78 ואילך.

264 ראו לעיל חלק א3(ב)(1).

265 ראו Roscoe Pound, *The Spirit of the Common Law* (1921); Karl N. Llewellyn, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals* (1960); Julius Stone, *Precedent and Law: Dynamics of Common Law Growth* (1985); Melvin Aron Eisenberg, *The Nature of the Common Law* (1988); W.J. Waluchow, *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree* (2007); Common Law Theory (Douglas E. Edlin ed., 2007).

התפתחות זו במסגרת מתחם ההגבלה, היא לא תעורר כל בעיה חוקתית. עם זאת, ככל שהלכות המשפט המקובל הפועלות בתחומי המשפט הפרטי לא יממשו במלואן את זכות ההגנה החוקתית, הן יהיו חוקתיות רק אם הן יקיימו את תנאיה של פסקת ההגבלה. מתחם ההגבלה הוא שיקבע את חוקתיותו של המשפט המקובל. כמו לעניין החקיקה,²⁶⁶ כך גם לעניין המשפט המקובל: דרכי התפתחותו של המשפט המקובל בתחומי המשפט הפרטי יושפעו על-ידי הזכות החוקתית להגנה. דבר זה יוליד שינויים בתפיסתו העצמית של המשפט המקובל. לעיתים המשפט המקובל הקיים אינו מממש את הזכות להגנה במלואה. מהי חובתה של הרשות השופטת במצב דברים זה? התשובה היא כי הרשות השופטת חייבת להוביל לשינוי המשפט המקובל ולהתאמתו לזכויות החוקתיות – בין הזכויות החוקתיות להגנה ובין הזכויות החוקתיות השליליות.²⁶⁷ עמדה על כך השופטת ק' אוריגן (K. O'Regan) באחד מפסקי-הדין של בית-המשפט החוקתי של דרום-אפריקה:

The overall purpose of section 39(2) is to ensure that our common law is infused with the values of the Constitution. It is not only in cases where existing rules are clearly inconsistent with the Constitution... The obligation imposed upon courts... is thus extensive, requiring courts to be alert to the normative framework of the Constitution not only when some startling new development of the common law is in issue, but in all cases where the incremental development of the rule is in issue.²⁶⁸

חקיקה שיפוטית²⁶⁹ זו תיעשה במסגרת המגבלות המוסדיות של הרשות השופטת. על מגבלות אלה עמדתי במקום אחר.²⁷⁰ בתמצית, לא תמיד עומד לרשות בית-המשפט המידע הנדרש, והאמצעים השיפוטיים והפתרונות השיפוטיים שהוא יכול לנקוט הם מוגבלים. כך, למשל, בית-המשפט אינו רשאי, במסגרת המשפט המקובל, ליצור עברות פליליות, להטיל מס או להקים תאגיד. כל אלה הם שיקולים שעל בית-המשפט להביא בחשבון. שיקולים אלה הדריכו את בתי-המשפט של המשפט המקובל זה שנים. אין בהם חידוש רב מבחינת הפעילות השיפוטית הרגילה ביחסים בין פרטים במשפט הפרטי. השוני שהחוקה מכניסה לפעילות שיפוטית זו טמון בכך שהיא מכפיפה את הפעילות השיפוטית-ההלכתית הרגילה לדרישות

²⁶⁶ ראו לעיל בפסקה השנייה של חלק ב1.

²⁶⁷ ראו ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי – התחולה במשפט העבודה", לעיל ה"ש 20, בעמ' 404.

²⁶⁸ K. v. Minister of Safety and Security, 2005 (6) SA 419, para. 17 (CC). ראו גם ס' (38) לחוקה של דרום-אפריקה, לעיל ה"ש 7, וכן ACKERMANN, לעיל ה"ש 177, בעמ' 255 ו-261.

²⁶⁹ על המושגיות של חקיקה שיפוטית ראו אהרן ברק "חקיקה שיפוטית" משפטים יג (1983); ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 165, בעמ' 26.

²⁷⁰ ראו ברק שיקול דעת שיפוטית, לעיל ה"ש 138, בעמ' 241. מגבלות אלה מונחות ביסוד קביעתו של המילטון (Hamilton) כי לרשות השופטת "אין שום השפעה לא על החרב ולא על הארנק" (אלכסנדר המילטון, גיימס מדיסון וג'ון ג'יי הפדרליסט 388 (אהרן אמיר מתרגם, 2001)).

החוקתיות.²⁷¹ זוהי תוצאה בלתי-נמנעת של הקונסטיטוציונליזציה של המשפט הישראלי. אכן, אם המשפט המקובל הישראלי מבקש להישאר חלק מהמשפט הישראלי, עליו לקיים את דרישותיה של החוקה הישראלית, כלומר, של חוקי-היסוד בכלל ושל חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו בפרט. כשם שחקיקה של המחוקק הפוגעת בזכות חוקתית היא בלתי-חוקתית אם היא אינה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה, כך גם חקיקה שיפוטית ("המשפט המקובל נוסח ישראל") היא בלתי-חוקתית אם היא אינה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה. הנה כי כן, נקודת המוצא של בית-המשפט צריכה להיות הזכות החוקתית להגנה, וחובתו של בית-המשפט – כחובתה של כל רשות שלטונית – היא לכבד זכות זו. על רקע גישה זו נבחן כעת את פרשת מור.²⁷²

(ב) פרשת מור²⁷³

בפרשה זו ביקש מור (המבקש) להגיש תביעה בגין לשון-הרע נגד תגובנים (טוקבקיסטים) שכתבו תגובות אנונימיות מסוימות באתר המרשתת. לטענתו של המבקש, הודעות אלה פגעו בשמו הטוב. מכיוון שהמבקש לא ידע את זהות הכותבים, הוא פתח בהליכים נגד ספקית גישה למרשתת (המשיבה), ודרש כי זו תגלה נתונים שברשותה אשר יאפשרו לחשוף את זהותם של המפרסמים. בית-המשפט המחוזי (השופט י' עמית) קבע כי מן הראוי להגיש בקשה לצו עשה לחשיפת זהותו של המפרסם האנונימי, וזאת במסגרת תביעה נגד אותו מפרסם, אשר יכונה בינתיים "פלוגי". תביעה זו יכולה להיות תביעה עצמאית או חלק מהתביעה נגד ספקית הגישה למרשתת. לגוף העניין פסק בית-המשפט המחוזי כי תביעתו של המבקש בדין יסודה, וקבע אמות-מידה מנחות באשר להפעלת שיקול-הדעת השיפוטי. על פסק-דין זה הוגש ערעור לבית-המשפט העליון. הערעור התקבל ברוב דעות.

המשנה לנשיאה א' ריבלין עמד על זכותו של המבקש לשם טוב, על זכותם של התגובנים לאנונימיות כחלק מהזכות לפרטיות, ועל זכותה של הספקית לחופש הביטוי. הוא ציין כי פורסמה בעניין זה הצעת חוק, אך זו נמשכה לאחר זמן, ואינה צפויה לעלות מחדש. המשנה לנשיא בחן את החקיקה הראשית ואת תקנות סדר הדין האזרחי, וקבע כי אין הם מעניקים זכות למבקש כנגד המשיבה לגילוי זהותו של התגובן. על רקע זה כתב המשנה לנשיאה א' ריבלין:

הסעד שמתבקש בענייננו הוא חריג. מדובר בניסיון לרתום, עוד בטרם משפט, את מערכת המשפט ואת הצד השלישי לצורך קיום חקירה שתביא לחשיפת זהותו של מעוול כדי שניתן יהיה להגיש נגדו תביעה אזרחית. מדובר, למעשה,

271 ראו ס' (3)8 לחוקה של דרום-אפריקה, לעיל ה"ש 7: "When applying a provision of the Bill of Rights to a natural or juristic person in terms of subsection (2), a court – (a) in order to give effect to a right in the Bill, must apply, or if necessary develop, the common law to the extent that legislation does not give effect to that right; and (b) may develop rules of the common law to limit the right, provided that the limitation is in accordance with section 36(1)".

272 פרשת מור, לעיל ה"ש 169.

273 ש.ס.

בהליך מעין-חקירתי שבית המשפט מגויס לו בהליך מקדמי במתכונת כזו או אחרת. הליך זה אינו טריוויאלי, הוא מערב שיקולי מדיניות מורכבים והוא מצריך הסדרה חקיקתית... אני חש כי גם הפעם הזו, עלול בית המשפט לעבור את המידה הראויה, להסיג גבולם של אחרים, להכיר ביצירת "משפט מקובל" בפסקי דין שאינם תקדים. והכול – ללא אחיזה בחוק ובחקיקת המשנה, חקיקה שהמחוקק עצמו ער לה, עוסק בה ומתחבט בה... האנונימיות מבטאת זכויות יסוד חשובות – זכות לחופש ביטוי וזכות לפרטיות – ויש לה מעמד חוקתי. מכאן ברירת המחלף ההפוכה שהתוויית בחוות דעתי, לאמור: בהיעדר הסדר חקיקתי המאפשר פגיעה בזכות זו – ברירת המחלף היא שאין אפשרות ליתן סעד של חשיפה ואין אפשרות "ליצור" סעד כזה בשיטת "המשפט המקובל" נוסח הערכאות הדיוניות.²⁷⁴

גישתו של השופט א' רובינשטיין הייתה שונה. לדעתו, על בית-המשפט העליון ליצור משפט מקובל בתחום זה של המרשתת, אשר טרם הוסדר בחקיקה. "הכרה זו [בעילת תביעה נגד אתרים וספקיות גישה למרשתת המחזיקים בפרטיהם ובזהותם של גולשים שעולו] באה בגדרי סמכותם וחובתם של בתי המשפט לפתח את המשפט ולהתאימו למציאות החיים המשתנה".²⁷⁵ על רקע זה בחן השופט א' רובינשטיין את גבולותיה המדויקים של עילת התביעה ואת השתלבותה במסגרות הדיוניות המקובלות, המכירות בחובה של צדדים שלישיים כלפי תובעים פוטנציאליים. לגישתו, הדרך הדיונית הראויה היא הגשת המרצת פתיחה, שהמשיבה בה תהא ספקית הגישה למרשתת. כתב ההמרצה יכלול פירוט התביעה הפוטנציאלית נגד התגובנים. עילת התביעה של המבקש תתבסס על הלכה שיפוטית שלפיה "אם במסגרת האיזונים הרגילים בין חופש הביטוי לזכויות מוגנות אחרות תקבל התביעה – יש להסיר את מסך האנונימיות ולאפשר את ניהולה, ואין מקום לאיזונים נוספים הקשורים להגנה על האנונימיות של הגולש".²⁷⁶

השופט א' לוי הצטרף לעמדתו של המשנה לנשיאה א' ריבלין. הוא ציין כי כדי לחייב את הספקית לגלות למבקש את זהותם של התגובנים, צריך להצביע על עילה שבדין היוצקת חוליית קישור בין התובע לספקית. עילה כזו אינה קיימת, וראוי שתוסדר בחוק, "אשר ככל שיקדים לבוא כן ייטב".²⁷⁷ עוד הוסיף השופט א' לוי:

אותו הסדר מחייב התייחסות למכלול רחב של פרמטרים. השלכותיו רבות, והן משתרעות הרחק מעבר לגדרה של השאלה העומדת לדיון. סוגיית האנונימיות ברשת, בה העמיק בדבריו הקולעים חברי השופט ריבלין, היא אך אחת מבין אלו. ענין מהותי אחר הוא הגינותו של ההליך המשפטי ויכולתו של נתבע להתגונן מפני תובענה אשר מופנית נגדו. מבלי למעט מן הקושי הפוקד בעלי

274 שם, בעמ' 716 ו-718–719.

275 שם, בעמ' 730.

276 שם, בעמ' 744.

277 שם, בעמ' 764.

דין בהמתנים להסדר אשר מבושש לבוא, אין אלו סוגיות ההולמות את קביעתם של הסדרים ראשוניים בהלכה פסוקה. תפקיד המחוקק הוא, ויש להניח כי זה ירים את הכפפה ויפעל להשלמת הטעון השלמה בהקדם.²⁷⁸

בפרשת מור לא הזכיר בית-המשפט את פסקת הכיבוד כלל. השופטים לא ציינו כי הם פועלים במסגרתה וכי הם רואים את עצמם כחייבים מכוחה לכבד את הזכות החוקתית להגנה. עם זאת, שופט המיעוט א' רובינשטיין עמד על חובתו של בית-המשפט לפתח את המשפט המקובל ולהתאימו למציאות החיים המשתנה. שנתיים לאחר פרשת מור נדונה פרשת Football Association.²⁷⁹ בפרשה זו נדונה חובתה של ספקית גישה למרשתת לגלות את זהותו של בעל אתר אשר פגע, לטענת העותרת, בזכותה לקניין רוחני. בית-המשפט דחה את הבקשה ברוב דעות. כל חברי המותב הסכימו כי על המחוקק לקבוע הסדר חקיקתי. הם ציינו כי בהעדר פתרון חקיקתי יהיה ראוי בעתיד לפתח פתרון הלכתי. חברי המותב לא עמדו כלל על חובת הכיבוד המוטלת על המחוקק ועליהם. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לא הוזכר כלל. מאז נפסקו פרשת מור ופרשת Football Association חלפו שנים מספר, והמחוקק לא אמר את דברו.²⁸⁰ אם הנושא יגיע שוב לבית-המשפט, יהא ראוי לבחון אותו מחדש מנקודת-המבט של הזכות החוקתית להגנה, אשר הרשות השופטת חייבת לכבד. במסגרת מתחם ההגבלה²⁸¹ הרשות השופטת יכולה לפתח את הדינים על-פי שיקול-דעתה. לא למותר לציין כי כל משפט הלכתי שבית-המשפט יפתח מנקודת-המבט של הזכות החוקתית להגנה יהא חייב לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה – הן מנקודת-המבט של הזכות החוקתית להגנה (אשר בוודאי לא תזכה במימוש מלא) והן מנקודת-המבט של הזכות החוקתית לחופש הביטוי (אשר בוודאי תיפגע). בכל אלה איני טוען לתוצאה זו או אחרת. אני טוען רק כי הניתוח המשפטי צריך להניח את חובת הכיבוד המוטלת על הרשות השופטת. במסגרתה של זו ייתכן שהפתרון שיתקבל יהיה זהה בתוצאותיו לפתרון שניתן בעבר. איני טוען לשינוי הפתרון, אלא לשינוי הגישה. אין עוד מקום לתיאוריה הרגילה של פיתוח המשפט המקובל על-פי שיקול-הדעת השיפוטי. שיקול-דעת זה חייב לפעול במסגרת החוקתית הראויה: עליו לכבד את הזכויות הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; עליו לפעול בגדריה של פסקת ההגבלה; עליו להתפתח במסגרת מתחם ההגבלה.

ו. סוף-דבר

הזכות החוקתית להגנה מעניקה לכל אדם את הזכות החוקתית שהרשות השלטונית תעניק לו הגנה נקייה. כמו-כן היא מעניקה לכל אדם את הזכות החוקתית לכך שהרשות השלטונית תגן

278 שם, בעמ' 764–765.

279 ראו ע"א 9183/09 The Football Association Premier League Limited נ' פלוני (פורסם בנבו, 13.5.2012).

280 ראו הצעת חוק חשיפת זהותו של מפרסם תוכן ברשת תקשורת אלקטרונית, התשע"ב–2012, ה"ח 1376.

281 על מתחם ההגבלה ראו לעיל ליד ה"ש 78 ואילך.

עליו מפני פעולותיהם הפוגעות של צדדים שלישיים שידועות לרשות השלטונית או שהיא צריכה לדעת עליהן. פסקת הכיבוד קובעת כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה"²⁸². מכוחה מוטלת על כל אחת מהרשויות השלטוניות החובה החוקתית לממש את הזכות החוקתית להגנה – כל רשות במסגרת סמכויותיה החוקתיות. הרשויות השלטוניות חייבות לממש את הזכות החוקתית להגנה במלוא היקפה. הן משוחררות מחובתן זו אם מתקיימים התנאים הקבועים בפסקת ההגבלה.²⁸³

הרשויות השלטוניות כוללות, בראש ובראשונה, את הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת. מכוון המצטבר של הזכות החוקתית להגנה וחובת הכיבוד החוקתית עולה כי הרשות המחוקקת, אשר לה ניתנות בחוקה סמכויות החקיקה, חייבת לחוקק חוקים אשר יניחו את התשתית הנורמטיבית למימוש הזכות להגנה על החיים, הגוף והכבוד. חקיקה זו צריכה להבטיח כי זכות ההגנה לא תיפגע מפעולותיהם של צדדים שלישיים. הרשות המחוקקת משוחררת מחובה חוקתית זו אם אי-מימוש מלא מקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. הרשות המבצעת חייבת, במסגרת הסמכויות המוענקות לה בחוקה ובחוקים (עקרון חוקיות המנהל), להתקין תקנות, להוציא הוראות מנהל ולעשות פעולות שיבטיחו את מימושה המלא של הזכות להגנה. היא משוחררת מחובתה זו אם אי-מימוש מלא מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. הרשות השופטת חובשת שני כובעים. תחת הכובע האחד – וזוהי חובתה בגדרי המשפט המקובל הציבורי – עליה לכבד את הזכות החוקתית להגנה על-ידי פיתוח משפט מקובל הקובע, בין היתר, את דיני הביקורת השיפוטית על פעולותיהן של הרשויות השלטוניות. במסגרתם של דינים אלה עליה לפתח סעדים שמטרתם להבטיח את מימושה של הזכות החוקתית להגנה על-פי חובת הכיבוד. אם המחוקק נמנע מלממש בחקיקה את חובת הכיבוד המוטלת עליו, הרשות השופטת רשאית לחייב אותו לממשה, אלא אם כן הדין הישן חוסה תחת ההגנה החוקתית המוענקת לו בפסקת שמירת הדינים. תחת הכובע האחר – וזוהי חובתה בגדרי המשפט המקובל הפרטי – עליה לכבד את הזכות להגנה על-ידי פיתוח משפט מקובל הקובע זכות הלכתית של אדם להגנה כנגד צדדים שלישיים הפוגעים בה. שופט שנמנע מכך אינו מכבד את הזכות החוקתית להגנה. תחת שני הכובעים הרשות השופטת משוחררת מחובת הכיבוד המוטלת עליה אם ההימנעות ממימוש מלא מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה, כלומר, אם היא פועלת במסגרת מתחם ההגבלה.

צו של הרשות השופטת המחייב את הרשות המחוקקת לחוקק חוק המגן על הזכות להגנה עלול ליצור משבר חוקתי אם הוא לא יכובד. במצב דברים זה תיטיב הרשות השופטת לעשות אם תימנע מלצוות על המחוקק לממש את חובת הכיבוד המוטלת עליו, ותחת זאת תממש את חובת הכיבוד המוטלת עליה על-ידי יצירת משפט מקובל ישראלי ("חקיקה שיפוטית") אשר יכיר בזכות ההלכתית להגנה של בעלי הזכות להגנה כנגד צדדים שלישיים. בכך תגשים הרשות השופטת את תפקידה הטבעי בפיתוח המשפט המקובל. פעילותה זו לא תנגוד כל חקיקה, שכן אנו מניחים מחדל חקיקתי. המחוקק רשאי כמובן לבטל משפט מקובל זה, ובלבד שהביטול

282 ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
283 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

יקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. על-כן בפרשת מור, לדוגמה, יש מקום לשקול – כפי שעשה השופט א' רובינשטיין – פיתוח משפט הלכתי אשר יקבע את זכותו ההלכתית של אדם שטוען לפגיעה בשמו הטוב לקבל מידע על זהותו של תגובן אשר לפי הטענה פגע בו. משפט הלכתי זה מקיים, כמובן, גם את ההגבלות על זכות זו. לא למותר לציין כי פיתוחו של משפט הלכתי זה אינו מונע את המחוקק מלחוקק חוק אשר יסדיר את הסוגיה על-פי השקפתו שלו. חוק זה – כמו ההלכה השיפוטית – יהא חוקתי אם הוא יקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. הזכות החוקתית להגנה על החיים, הגוף והכבוד מעוררת בעיות רבות. חלקן בעלות אופי אנליטי-מתודולוגי, וחלקן בעלות אופי חברתי כללי. רק על חלק מהבעיות עמדתי ברשימה זו. אני מניח כי לא הכל יסכימו לעמדותי. יש שיסכימו כי גישתי אכן מגבירה את ההגנה על זכויות האדם החוקתיות, אך יש שיטענו כי גישתי דווקא מחלישה הגנה זו; יש שיטענו כי גישתי מרחיבה את המעורבות השיפוטית, ועל-כן אין היא רצויה, ואילו אחרים יגרסו כי הרחבה זו רצויה היא. על כל אלה לא עמדתי ברשימה זו. מטרתי הייתה להניח את התשתית הנורמטיבית לטיעון באשר לזכות החוקתית להגנה. פרשתי ברשימה זו את תפיסתי באשר לחובת הכיבוד של כל הרשויות השלטוניות, ובכלל זה של הרשות השופטת. רואה אני ברשימתי זו הזמנה לרב-שיח תיאורטי על הזכות החוקתית להגנה, ואני מקווה כי הדיון בסוגיה זו בקהילה המשפטית שלנו יגביר את המודעות לכך ש"כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו",²⁸⁴ וש"כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה".²⁸⁵

284 ס' 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
285 ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.