

## פתח־דבר: לשים את האדם במרכז – על מקומו של האדם במשפט

מאת  
דפנה ברק־ארז\*

### תקציר

האדם הוא נושא של המשפט – הן לצורך הענקת זכויות והן לצורך הטלת חובות. בצד זאת המשפט מיועד לקביעת הסדרים שיכוונו את חייה של החברה האנושית כמכלול. בעת הנוכחית ניתן להצביע על התפתחויות משפטיות רבות המתמקדות במסגרות־התייחסות רחבות יותר שהאדם משתייך אליהן (קהילות ותאגידים), ופחות באדם עצמו. נוסף על כך גוברת הנטייה להדגיש כללים אשר מתאימים ל"מקרה הטיפוסי" וחותרים להסדרה חברתית יעילה, ופחות כאלה הבוחנים את נסיבותיו הקונקרטיות של האדם שעליו הם מוחלים. על רקע התפתחויות אלה, המאמר מבקש לחזור לשאלת מעמדו של האדם (היחיד) במשפט – הן במישור התיאורטי הכללי והן בהתייחס להתפתחויות שחלו בזירות החברתית והמשפטית בישראל – תוך חתירה להערכה מחדש של חלק מן ההתפתחויות שתוארו. הוא מציג את הטענה כי המשפט נועד למען בני־אדם, ועל־כן במרכזם של ההסדרים המשפטיים יש להעמיד את ההתייחסות לפרט כאישיות מוסרית, מובחנת וייחודית – הן בהקשר של הענקת זכויות והן בהקשר של הטלת חובות.

- מבוא: לשים את האדם במרכז
- א. היבטים של אנושיות וזיקתם למשפט
    1. הייחוד של כל אדם
    2. אוטונומיה ובחירה חופשית (agency)
    3. האדם כחלק ממשפחה או מקבוצה
  - ב. אתגר ההתמקדות באדם בעת הזו
  - ג. היבטים מבניים של המשפט והשלכתם על ההתייחסות לאדם

---

\* שופטת בית־המשפט העליון. אני מודה לגילת אברהם, עפרה בלוך, ישי בלנק, ארנה בן־נפתלי, עדי גולדינר, גרשון גונטובניק, יואב גור, איילת הוכמן, אסף וינר, נטע זיו, דינה זילבר, סתו כהן, צבי כהנא, ארנה לין, גלעד מילס, עומר נצר, שרית עבדיאן, ירון קובו, רועי קרייטנר, יורם רבין, אלעד רום ויופי תירוש על הערותיהם. תודות נוספות למערכת עיוני משפט על ההזמנה לכתיבת המאמר ועל ההערות המועילות.

1. יחידים ותאגידים
  2. קבוצות ויחידים בתוכן
  3. כללים וחריגים
  4. סעדים
  5. סדרי דין
  - ד. לשים את האדם במרכז והגנה על זכויות
    1. התייחסות לא־אינסטרומנטלית לאנשים
    2. הכרה בגיוון של חיי המשפחה
    3. השתתפות בהליך המנהלי, בבחירות ובחיים הציבוריים
    4. הגבלות של חופש הבחירה וסולידריות חברתית: האדם במרכז אך לא לבד
  - ה. לשים את האדם במרכז וחובות משפטיות
    1. עקרונות אחריות אובייקטיביים וסובייקטיביים
    2. שיקולים אישיים במשפט הפלילי
    3. ביצוע עברות כחלק מארגון או קבוצה
    4. גבולות האחריות האישית של עובדי ציבור
  - ו. לשים את האדם במרכז: כלי עבודה לדין באתגרים עכשוויים
    1. חזקות וחזקות חלוטות
    2. התאמת המשפט המנהלי לאוכלוסיות מוחלשות
    3. זכויות חוקתיות של תאגידים
    4. המשפט הפלילי ואחריותם של נושאי־משרה בתאגיד
    5. המשפט האזרחי ואחריותם של נושאי־משרה בתאגיד
- סיכום: משפט למען בני־אדם ופתרונות לא־מושלמים

### מבוא: לשים את האדם במרכז

המשפט מבקש להסדיר את חייה של החברה האנושית, ולא רק לתת פתרונות נקודתיים לעניינים של אנשים מסוימים.<sup>1</sup> במקביל לכך, שאלה חשובה שנמצאת תמיד ביסודה של החשיבה על המשפט נסבה על מקומו של היחיד במערכת נורמטיבית זו. היא רלוונטית הן לדין בזכויות משפטיות והן לדין בחובות משפטיות. מצד הזכויות מתעוררת השאלה באיזו מידה המשפט פתוח לראות את האדם היחיד, על צרכיו וקשייו המיוחדים, כבואו לבחון את השאלה אם אותו אדם זכאי לקבל זכות או טובת־הנאה מסוימות מן המדינה.<sup>2</sup> בהמשך לכך נשאלת גם השאלה אם המשפט פתוח להתחשב בבחירותיו של היחיד לגבי

1 ראו גם דפנה ברק־ארז "משפט ואחדות חברתית בישראל" ספר גבריאל כן 667 (דוד האן ואחרים עורכים, 2011).

2 זאת, מבלי לגרוע מכך שמהלך ההכרה בזכויות אינו מתמקד רק בפרט, אלא מבוסס (כשיטתו של רוז) גם על כך שהחברה רואה את האינטרס שהזכות מגינה עליו כחשוב דיו לקבל הגנה

מהלך חייו ולגבי המסגרת המשפחתית והקהילתית שלו. במקביל, מצד החובות, השאלה היא באיזו מידה המשפט מטיל אחריות על היחיד בגין התנהגויות החורגות מן הנורמה הראויה – בהתאם לאחריותו המוסרית האישית, הקשורה גם למאפייניו הסובייקטיביים, או בהתאם לאמות־מידה אחרות. אכן, המשפט לעולם אינו יכול להיות "מותאם אישית" באופן מלא, שכן משמעותה של התאמה כזו היא ויתור על היומרה להסדרה כללית, אשר מתחייבת מן ההתייחסות השווה לכלל בני־האדם ואף תורמת להכוונת התנהגויות ראויה. עם זאת, תפיסה הומניסטית של המשפט מחייבת תמיד התייחסות גם לייחודו של כל פרט, ובכלל זה לנסיבותיו ולבחירותיו. דרך נוספת להדגמת הדילמה היא באמצעות התייחסות לשניות הטמונה בערך השוויון עצמו – הזכות לשוויון מבוססת על ההכרה בערך הטמון בכל אדם, אך יישומה מחייב התבוננות הבוחנת את הפרט בהקשר הכללי.

המאמר מבקש לחזור לשאלה שעניינה מקומו של האדם במשפט – הן באופן כללי והן בהתייחס להתפתחויות שחלו בזירות החברתית והמשפטית בישראל. מבחינה זו הדיון המובא בהמשך הדברים גם מתאר מצב דברים קיים וגם מבקש להוסיף עליו ולהציג כיווני התפתחות רצויים. הוא עושה כן תוך התייחסות לשאלות "קלסיות" כמו־גם לדוגמות שעסקתי בהן במסגרת כהונתי השיפוטית ואשר עוררו אותי לחשיבה בכיוון זה. ככלל, אני סבורה כי עקרונות וכללים במשפט הפוזיטיבי מבטאים – לפחות באופן חלקי – את התפיסה המעמידה את האדם במרכזו של המשפט.<sup>3</sup> עם זאת, אני סבורה כי יש מקום לחידוד המודעות לתפיסה האמורה, וכי חידוד זה צפוי לתרום לשינוי דגשים או לפיתוח נוסף של כללים מסוימים. המאמר מבקש אפוא לחזור ולהזכיר את החשיבות הנודעת להצבת האדם במרכזה של החשיבה המשפטית.<sup>4</sup>

במתכונת של זכות. ראו: Joseph Raz, *Legal Rights, in* ETHICS IN THE PUBLIC DOMAIN: ESSAYS IN THE MORALITY OF LAW AND POLITICS 254 (1994).

3 כפי שכתב המשנה לנשיא (בדימוי) מישאל חשין: "בסוף כל הסופות – ובעצם: בתחילת כל התחילות – האדם הוא נושא המשפט וסביבו ינועו־יחוגו כל חובות וזכויות". בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 752 (2006). ראו גם ע"פ 1742/91 פופר נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 289, 306 (1997).

4 חשוב לציין כי להשקפתי, דיון שעניינו מקומו של האדם במשפט אינו סותר חשיבה על ההסדרה המשפטית הראויה ב"פריפריה" של החיים האנושיים – דוגמת ההגנה על זכויות של בעלי־חיים או האחריות בגין טכנולוגיה של בינה מלאכותית – ואף צפוי לתרום לפיתוחה. הטיעון ברבר "העמדת האדם במרכז" אינו שולל הכרה בזכויות של בעלי־חיים. אדרבה, מבחינות מסוימות הוא מייצר סביבה משפטית שמאפשרת למקם את הדיון בהן בהקשר הרחב של נכונות להתבוננות על הפרט. התבוננות כזו ממוקדת בבעלי־חיים ובדמיון הרגשי הרב בינו לבין בן־האנוש ניתן למצוא, למשל, בסיפורו של קפקא "דין וחשבון לאקרמיה". ראו פרנץ קפקא סיפורים ופרווה קטנה 140 (אברהם כרמל מתרגם, 1993). בדומה לכך, הדיון בשאלה של אחריות לפעולתם של רובוטים שתוכנתו לקבל החלטות יצא נשכר מבירור שעניינו גבולות האחריות המשפטית של האנשים העומדים מאחורי תאגידים. קיימות כמובן גישות רדיקליות יותר בנוגע לזכויות של בעלי־חיים, שאינן מקבלות כל עמדת־מוצא של התמקדות במין האנושי, אולם התייחסות אליהן חורגת מגבולותיו של הדיון הנוכחי.

במידה רבה, כפי שמובהר בהמשך, הקריאה הנוכחית להעמדת האדם במרכז מהווה תגובה על התפתחויות משמעותיות שחלו בעולם המשפט ואשר פגעו באופן חלקי במיקוד זה. כוונתי היא בעיקר לחיזוק מעמדן של קבוצות־התייחסות רחבות יותר שהאדם היחיד מהווה חלק מהן – קהילות ותאגידים – כמו־גם לאימוץ כללים משפטיים שמסדירים את "המקרה הטיפוסי" בשם חתירה ליעילות. התפתחויות אלה הן חשובות, ודומה כי כיום קשה לדמיין את עולם המשפט בלעדיהן. אולם בצד זאת המאמר מבקש לקרוא ל"הערכה מחדש" של עוצמתן. המטוטלת המשפטית נעה והתרחקה במידה רבה מן הקוטב האינדיווידואלי. אין מקום להסיטה בחזרה לנקודת ההתחלה, אך יש מקום לחזור ולהעריך את מידת ההתרחקות ממנה. כפי שאראה בהמשך הדברים, שאלת מקומו של היחיד במשפט חשובה הן ברמת העיצוב של הכללים המשפטיים עצמם (האם אלה מתמקדים באדם היחיד או באינטרס הציבורי הרחב) והן ברמת יישומם של הכללים (דהיינו, עד כמה הוא פתוח להתחשבות בנסיבות הקונקרטיות של האדם העומד לפני בעל־התפקיד שאמון על הוצאת הכללים מן הכוח אל הפועל, יהא זה איש המנהל או השופט).

לכאורה, הדגשת החשיבות הנודעת לשמירה על מקומו המרכזי של האדם במשפט היא מסר "ישן", המזוהה עם החשיבה הליברלית של המאה השמונה־עשרה.<sup>5</sup> מאז חלו בעולם המחשבתי תמורות משמעותיות – התפתחות הלאומיות, ההכרה הגוברת בזכויות קבוצתיות ועוד. עם זאת, אבקש להראות כי חרף תמורות אלה, ולצד ההכרה בחיוניותו של המבט הכללי, יש חשיבות לחזרה ל"מושכלות ראשונים" ולהכרה בערך הנודע לעמידה על כך שהאדם יישאר במרכז של החשיבה המשפטית. יתר על כן, אני סבורה כי דווקא במציאות הרב־תרבותית, שבה חוזרת ועולה התנגשות בין קבוצות אוכלוסייה בעלות "חזון" שונה לגבי דמותה של החברה, נודע ערך לחזרה אל ההתמקדות באדם ואל ההבטחה שהמשפט יהיה ממוקד־אדם (human-centered), לפחות כנקודת מוצא. למצער יש לחתור להחזרה חלקית של המטוטלת לעבר התייחסות מלאה יותר לפרט.<sup>6</sup> אין מדובר בקריאה ל"אטומיזציה" של המשפט. המשפט אינו יכול לוותר על היומרה שלו לנורמטיביות ולכלליות, ואף אינו צריך

5 המאמר מתמקד בשיטות משפט מודרניות. ניתן כמובן להקדים עוד יותר ב"מנהרת הזמן" ולהתייחס למקומו המרכזי של האדם גם בהגות עתיקה, לאו דווקא בתחום החשיבה המדינית. אין ספק שאחד הביטויים המובהקים לכך נמצא בדברי חז"ל – "כל המקיים נפש אחת, מעלים עליו כאילו קיים עולם מלא" (משנה, סנהדרין ד, ה). יתר על כן, הערך של פיקוח נפש הוא מרכזי, ועל־פירוב מכריע, במסורת היהודית. יש לכך חריגים – אותם איטורים שהם בגדר "ייהרג ובל יעבור" – אך הם מצומצמים (עבודה זרה, גילוי־ערויות ושפיכות־דמים), ובחלקם קשורים להגנה על החיים והאנושיות. ניתן להוסיף כי ההגות המסורתית מתמודדת עם המתח הטובע בין הכרה בערכו המיוחד של כל אדם לבין הכפיפות והצנעה המתחייבים לפני האלוהות. דוגמה מייצגת לכך משמש הסיפור המיוחס לרבי שמחה בונים מפשיסחה, שאמר לתלמידיו כך: "כל אחד מכם צריך שיהיו לו שני כיסים, כדי שיוכל להשתמש בזה או בזה לפי הצורך. בכיס הימני מונח המאמר: 'בשבילי נברא העולם', ובכיס השמאלי: 'אנכי עפר ואפר'". ראו מרטין בובר אור הגנוז – סיפורי חסידים 378 (2008).

6 חיזוק למהלך זה ניתן למצוא בטענה שערך "כבוד האדם" הוא ערך מרכזי בתרבויות שונות. ראו מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת 400 (2008).

להתעלם ממסגרות חברתיות וארגוניות שאנשים פועלים במסגרתן. עם זאת, אסור שאלה ידרסו לחלוטין את המימד האישי – הן מצד הזכות והן מצד החובה.

בהמשך לדברי מבוא אלה יוצגו (בפרק א) המאפיינים של האנושיות אשר רלוונטיים לעיצוב ההסדרים המשפטיים – נשיאה באחריות והענקת זכויות על בסיס מעשיו של האדם עצמו ונסיבותיו האישיות; כבוד להעדפותיו של האדם בכל הנוגע במהלך חייו; והתייחסות לאדם תוך התחשבות בבחירותיו ביחס לקשריו המשפחתיים והחברתיים. לאחר־מכן אראה (בפרק ב) כי ההתחשבות במאפיינים אלה הולכת ונעשית מורכבת במערכות משפט מודרניות, ובכלל זה המשפט הישראלי. במסגרת זאת אתייחס (בפרק ג) לכמה היבטים מבניים של המשפט המעוררים את שאלת מקומו של האדם היחיד בו: ההכרה באישיות המשפטית של תאגידים, ההכרה בזכויות קבוצתיות, תפקידם של חריגים במשפט, דיני הסעדים, וכן סדרי הדין. בהמשך אבחן ביתר פירוט דוגמות הנוגעות בהעמדת האדם במרכז ההסדרה המשפטית – הן בהתייחס לזכויותיו של היחיד (בפרק ד) והן בהתייחס לחובות שהוא נושא בהן ולאחריות המשפטית האישית הנגזרת מהן (בפרק ה). חלק מרכזי של הדין יוקדש לטיעון כי קבלת התפיסה המעמידה את האדם במרכזה של החשיבה המשפטית חשובה לפיתוח הדין בסוגיות עקרוניות העומדות על סדר־היום המשפטי. בהקשר זה ייבחנו (בפרק ו) ההתייחסות לחזקות ולחזקות חלוטות וההבחנה ביניהן, האפשרות להתאים את המשפט המנהלי לאוכלוסיות מוחלשות, העמדה הראויה ביחס להיקף ההכרה בזכויות חוקתיות של תאגידים, וכן שאלות הנוגעות באחריותם של נושאי־משרה בתאגיד במשפט הפלילי ובמשפט האזרחי. במסגרת הסיכום אבקש להצביע על מגמות ההתפתחות המתחייבות מן התפיסה המוצגת במאמר.

## א. היבטים של אנושיות וזיקתם למשפט

על־מנת לבחון את אופן ההתייחסות של המשפט לאדם, חשוב להקדים ולמנות את המאפיינים שנהוג לתאר באמצעותם את האנושיות.<sup>7</sup> כפי שאראה, מאפיינים אלה נמצאים

7 ראו להבהיר כי הדין במאפיינים של האנושיות אינו חופף את הדין בשאלה בעלת האופי הפורמלי מי מוכר כבעל "אישיות משפטית" לצורך תביעת זכויות או נשיאה בחובות. כך, למשל, שיטת המשפט עשויה להחליט, מטעמים תועלתניים וערכיים כאחד, כי רק אדם שהושלמה לידתו ועודו בחיים הוא "אישיות משפטית", כפי שקובע ס' 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 (להלן: חוק הכשרות). בדרך זו המשפט הישראלי אינו מתייחס אל העובר כאל "אדם" – שאלה שעומדת לא אחת במרכז המחלוקת בסוגיית ההפלות במדינות אחרות. ברומה לכך, ס' 308 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), מורה כי "משעה שיצא הולד כולו חי מבטן אמו הריהו נחשב אדם לענין סימן זה, בין שנשם ובין שלא נשם, בין שיש לו מחזור דם ובין שאין לו, בין שנכרת חבל טבורו ובין שלא נכרת". על־יכן פגיעה בעובר אינה נחשבת מעשה המתה בנסיבות שבהן הוא לא נולד בסופו של דבר. ראו רע"פ 7036/11 מדינת ישראל נ' חורי (פורסם בנבו, 24.4.2014) (להלן: עניין חורי). עמדה זו אינה שוללת את האפשרות של חקיקה שתחול על מצבים מסוימים של פגיעה בעוברים. בעניין חורי הוספתי וכתבתי כי חקיקה אפשרית שתחול במקרה של פגיעה בעובר "אינה חייבת לאמץ מינוח של הגנה על חיי העובר, אלא לבחור בנוסח ניטראלי יותר של הגנה על העובר או אף על האשה

לעיתים במתח זה עם זה מבחינת הכיוונים שאליהם הם "מושכים" – חלקם מבטאים את הפן האינדיווידואליסטי של המצב האנושי, וחלקם דווקא את הזיקה הבלתי־ניתנת להפרדה בין היחיד לבין הסביבה האנושית שבתוכה הוא חי. מתח זה יחזור ויעלה בהמשך במסגרת הדיון בשאלה כיצד יש לעצב הסדרים משפטיים קונקרטיים באופן שמעמיד את האדם במרכז.

## 1. הייחוד של כל אדם

המאפיין המובהק ביותר של האנושיות הוא ייחודו של כל אדם – העובדה ששום אדם אינו זהה לשום אדם אחר.<sup>8</sup> בהתאם לכך, על־פי התפיסה הליברלית הקלסית, החלטות הנוגעות באדם אמורות להתייחס אליו, ולא להשתייכותו הקבוצתית או המשפחתית.<sup>9</sup> במישור הזכויות הדוגמה המובהקת ביותר לכך היא ההסתייגות הכללית מהתייחסות לאדם על־פי השתייכותו הקבוצתית. התייחסות כזו היא בגדר סיווג "חשוד", ובמקרה הרגיל היא תיחשב הפליה

---

ההרהר כמי שנושאת אותו... במלים אחרות, החקיקה אינה חייבת לנקוט עמדה בסוגיה השנויה במחלוקת האם עובר הוא 'חי' אלא להגן על הערך החברתי המיוחס לכך שלעובר יש לפחות פוטנציאל חיים, כמו גם על האוטונומיה של אמו באותם מקרים שבהם היא חפצה, ואף מייחלת לכך שיבוא לאוויר העולם, ולכן יכולה לצאת נשכרת מהגנת החוק על פרי בטנה. חקיקה כזו יכולה, כמובן, לקבוע פטור מאחריות ביחס לאם, בהתאם לגישה הנוהגת בחקיקה במסגרת דיני ההפלות" (שם, פס' 9 לפסק־דיני). בדומה לכך, שיקולים הנוגעים בהגנה על כבוד האדם יכולים עדיין להיות מוכרים כאינטרסים חשובים גם כאשר מדובר, למשל, באנשים שאינם עוד בין החיים. ראו, למשל, בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נגנ(3) 817 (1999). ראו גם יצחק אנגלרד חוק הכשרות המשפטית והאפורטרופסות, תשכ"ב-1962 ס' 13-1, 19-20 (1995). כן ראו ס' 2 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, שמטיל הגבלות על פרסום תצלום של גופת נפטר באופן שמאפשר את זיהויו.

8 זוהי הפלורליות האנושית, כפי שמתייחסת אליה חנה ארנדט. ראו: HANNAH ARENDT, THE HUMAN CONDITION (1958). רעיון זה זכה בכינוי מזוקק בשיר "אתה פלא" (של חוה אלברשטיין, לפי פבלו קזלס). המאמר נסב על המשמעויות המשפטיות האופרטיביות של ההתמקדות באדם ובייחודו. עם זאת, כדאי להקדים ולציין כי להתמקדות זו עשויות להיות גם משמעויות "צורניות" וסמליות. כך, למשל, ניסוח של פסק־דין באופן שכולל התייחסות קצרה לנסיבותיהם של המתדיינים, להבדיל מתיאור כללי שלהם (דוגמת "מסתנן") – והכל, כמובן, במגבלות הנובעות מחיי המעשה – תורם לכך גם הוא.

9 יצוין כי גם הכתיבה הליברלית הקלסית אינה נקיה מקשיים מהיבט ההתייחסות לייחוד שבכל אדם. אומנם, היא מסתייגת מ"תיוג" של הפרט בהתאם להשתייכותו הקבוצתית, אך במסגרת החתירה לתיאוריה כללית היא מתעלמת לא אחת מן המאפיינים הפרטניים של נסיבותיו האישיות של כל אדם. כך, למשל, "מסך הבערות" של רולס (כפי שהוצע בספר־היסוד: JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (1971) נועד להעלים מן העין את הנסיבות הקונקרטיות של כל פרט ופרט. לביקורת המתמקדת בצורך להתייחס לא רק ל"אחר הכללי" (generalized other), אלא גם ל"אחר הקונקרטי" (concrete other), ראו: SEYLA BENHABIB, SITUATING THE SELF – GENDER, COMMUNITY AND POSTMODERNISM IN CONTEMPORARY ETHICS (1992). מטעמים אלה הדיון בהמשך מונה בין מאפייני האנושיות גם את ההשתייכות המשפחתית והקבוצתית של האדם.

פסולה.<sup>10</sup> דוגמה נוספת היא האיסור המוטל על קבלת החלטות הנוגעות בהעסקת אדם על בסיס המידע הגנטי שלו.<sup>11</sup> המידע הגנטי הוא אומנם "אישי",<sup>12</sup> אך התבססות עליו מבטאת תפיסה המתייחסת לאדם כאל "חבילה" של מאפיינים סטטיסטיים שהוא חולק עם אחרים.

## 2. אוטונומיה ובחירה חופשית (agency)

לכל אדם מוקנית יכולת הבחירה באשר למהלך חייו ולעיצוב זהותו. למאפיין בסיסי זה של האישיות האנושית יש תפקיד מרכזי במשפט. מצד הזכויות חשוב להבטיח כי המשפט יכיר ביכולתו של האדם לערוך בחירות משמעותיות לגבי מהלך חייו.<sup>13</sup> כמו־כן, מאחר שללא תנאי הקיום הבסיסיים (מזון, בריאות ועוד) המשמעות של יכולת הבחירה מצטמצמת במידה רבה, למשפט יש תפקיד ביצירתה של רשת־מגן חברתית שתבטיח תנאים אלה לכל אחד ואחד מיחיד החברה (בין במישור החוקתי של הכרה בזכויות חברתיות ובין במישור של

10 איסור ההפליה על בסיס קבוצתי מעוגן באמנות בין־לאומיות רבות. כך, למשל, ס' 2 לאמנה הבינ־לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב־1966) (אוסררה ונכנסה לתוקף ב־1991), מורה כי "כל מדינה שהיא צד באמנה זו מתחייבת לכבד ולהבטיח לכל היחידים בתחומיה והכפופים לשיפוטה את הזכויות שהוכרו באמנה זו, ללא הפליה מכל סוג שהוא, כגון מטעמי גזע, צבע, מין, לשון, דת, דעה פוליטית, או אחרת, מוצא לאומי או חברתי, רכוש, יחוס או כל מעמד אחר".

11 ס' 29 לחוק מידע גנטי, התשס"א-2000.

12 זהו מקור כוחה הרב של ראיית ה־DNA. ראו ע"פ 149/12 אלמליח נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 24.9.2012).

13 לעיתים מדובר בבחירות שנראות על פניהן כמשמעותיות לכל אדם – בשאלות של דת ומצפון, בחירת מקצוע, החלטה על הורות או הימנעות ממנה (ראו דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד (נ) 4 (661 (1996) ובג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות (פורסם בנבו, 5.2.2013)) או בחירת שם (ראו בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749 (1993)). במקרים אחרים אלה בחירות שעשויות להיראות טריוויאליות בעיניהם של אחרים, אך עדיין משמעותיות ביותר לאדם עצמו. למתן תוקף לבחירה באשר לחיצוניות (גידול זקן), ראו, למשל, בג"ץ 205/94 נוף נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון, פ"ד (נ) 449 (1997) (שפסל את ההבחנה בין גידול זקן מטעמים דתיים לבין גידול זקן מטעמים הנוגעים בתפיסתו של אדם בנוגע לאישיותו ולזהותו לצורך חלוקה של ערכות־מגן שאינן מחייבות גילוח). ראו גם יופי תירוש "בעקבות 'האהבה והפרט' למרתה נוסבאום: על עניין נוף נ' משרד הבטחון ומאפייניהם החד־פעמיים של נמעני המשפט" משפטים על אהבה 433 (ארנה בן־נפתלי וחנה נוה עורכות, 2005). עתירה שעוררה שאלה דומה נסבה על ההגבלה הגורפת לגבי גידול זקן על־ידי חיילים. ראו בג"ץ 5802/15 אצ'לדייב נ' צבא ההגנה לישראל (פורסם בנבו, 30.11.2015) (במקרה זה הודיעו המשיבים על שינויים מסוימים באופן יישומו של ההסדר החדש, והעותר משך את עתירתו).

החקיקה ה"רגילה"<sup>14</sup>. כמובן, מימושה של יכולת הבחירה על-ידי הפרט עשוי להשפיע לא רק עליו, אלא גם על אחרים, ולכן אין הוא בלתי-מוגבל לחלוטין.<sup>15</sup>

מצד החובות, האוטונומיה של הרצון היא הבסיס להטלת אחריות משפטית במצבים שבהם בחירותיו של הפרט היו בחירות רעות, כאלה שפגעו בטוב חברתי.<sup>16</sup> הבחירה החופשית מצדיקה הטלת אחריות אישית על כל פרט על בסיס מעשיו, ולא בגין מעשיו של אחר.<sup>17</sup> בוודאי ובוודאי אי-אפשר להטיל אחריות על אדם בשל השתייכותו לקבוצה מסוימת. נהפוך הוא: אחריות קולקטיבית כמובן של ענישה קבוצתית נחשבת פסולה באופן עקרוני. כבר אברהם אבינו התקומם כנגד חוסר הצדק בענישה כזו, בהתריסו: "האף תספה צדיק עם רשע"<sup>18</sup>? עד היום ענישה קולקטיבית נחשבת נורמה פסולה הן במערכות משפט מדינתיות והן במשפט הבינ-לאומי.<sup>19</sup> המשפט הישראלי מחויב כמובן לעיקרון זה,<sup>20</sup> אם כי

14 ראו דפנה ברק־ארז ואייל גרוס "הזכויות החברתיות והמאבק על אזרחות חברתית בישראל: מעבר לזכות לכבוד" ספר דליה דורנר 189 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכים, 2009); דפנה ברק־ארז "זכויות חברתיות במשפט הישראלי: הגנה ישירה, הגנה עקיפה ואתגרים להמשך הדרך" ספר אדמונד לוי (טרם פורסם).

15 דוגמות "מעורבות" עוסקות במצבים שבהם הבחירה נוגעת באדם עצמו אך יש לה גם "הקרנה" על הסביבה (דוגמת החלטה לא לנקוט אמצעי זהירות, כגון חבישת קסדה או שימוש בחגורת-מגן).

16 הדגשה זו של הקשר בין הכפפת ההתנהגות האנושית לכללים לכין תפיסת האדם כמי שמסוגל להיות אחראי לבחירותיו עומדת במרכז כתיבתו של לון פולר על המשפט. ראו: LON L. FULLER, THE MORALITY OF LAW 162 (rev. ed. 1969) ("To embark on the enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules involves of necessity a commitment to the view that man is, or can become, a responsible agent, capable of understanding and following rules, and answerable for his defaults"). יצוין כי יש המבקשים לחלוק על עמדה זו, המעמידה במרכזה את הבחירה החופשית, על בסיס מחקרים מתחום מדעי המוח. ראו, למשל: Steven K. Erickson, *Blaming the Brain*, 11 MINN. J. L. SCI. & TECH. 27 (2010); Anders Kaye, *Powerful Particulars: The Real Reason the Behavioral Sciences Threaten Criminal Responsibility*, 37 FLA. ST. U. L. REV. 539 (2010)

17 גם לאותו אחר יש אוטונומיה, ועל-כן עליו לשאת בעצמו באחריות למעשיו. השיקול שעניינו האוטונומיה של האחר הודגש בפסק-הדין התקדימי שקבע כי אין להרשיע אדם בהריגתו של אחר במצב של ניהול "מירוץ מכוניות" ביניהם, וזאת כאשר המנוח מת כתוצאה מתאונה שנבעה מנהיגתו שלו. ראו דנ"פ 404/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.4.2015).

18 בראשית יח 23. אותו רעיון חזר והובע גם במקומות נוספים בתורה: "האיש אחד יחטא ועל כל העדה תקפוץ[?]" (במדבר טז 22); "לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות, איש בחטאו יומתו" (דברים כד 16).

19 ראו, למשל, ס' 33 לאמנת ג'נבה (הרביעית) בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, כ"א 1, 559 (נפתחה לחתימה ב-1949) (אושרה ונכנסה לתוקף ב-1952).

20 אכן, פסיקתו של בית-המשפט העליון בנוגע לנקיטת האמצעי הבטחוני של גירוש ביקשה להדגיש את ההבחנה בין גירוש ללא הבחנה של אוכלוסייה אזרחית לבין גירוש של אנשים המעורבים בפעילות חבלנית עוינת. ראו בג"ץ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 4 (1988). פסיקה זו נתקלה בביקורת, שעמדה על כך שהמשפט הבינ-לאומי אוסר באופן



לעיתים התגלעו מחלוקות באשר לאופן יישומו.<sup>21</sup> כמו־כן נקבע כי אי־אפשר לעשות שימוש אינסטרומנטלי באדם לצורך הרתעתם של אחרים, וזאת ללא קשר לחומרת מעשיו שלו.<sup>22</sup>

כללי גירוש אוכלוסייה אזרחית משטח הכפוף למשטרם של דיני המלחמה. עם זאת, לעניינינו חשוב לשים לב להדגשת הפן של אחריות אישית בפסיקה. ברומה לכך נקבע כי האמצעי הבטחוני של "תיחום מגורים" – דהיינו, הרחקת אדם מאזור מגוריו הרגיל לתקופה מסוימת תוך קביעת האזור שבו יורשה להתגורר – יכול להינקט רק כלפי מי שקיימים לגביו באופן אישי חשדות לפעילות עוינת (להבדיל מקרבה לאדם החשוד בה). ראו בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352 (2002).

21 דוגמה מרכזית לדיון בלגיטימיות של נקיטת אמצעי בטחוני במתכונת המשפיעה גם על מי שלא היו מעורבים באופן ישיר בפעילות בטחונית עוינת היא הפסיקה שנסבה על הוצאת צווים להריסת בתים של מחבלים. צווים אלה מכוונים כלפי הבית שבו התגורר המחבל, ולכן יש להם זיקה אישית אליו. אולם הם משפיעים בהכרח על כלל יושבי הבית, ובמובן זה הם אינם פרטניים. בית־המשפט העליון נמנע מלפסול את השימוש באמצעי של הריסת בתים, חרף ההכרה באופיו הפוגעני, מפני שהוא נתפס כאמצעי הרתעתי חיוני. ראו, למשל, בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 31.12.2014); דנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר זלצברגר נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 12.11.2015). נסיונות לצמצם את הפגיעה בבני המשפחה של המחבל ניתן למצוא בפסקי־הדין שבהם הוגבל האמצעי שננקט לאטימת החלק בבית שבו התגורר המחבל עצמו. ראו, למשל, בג"ץ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון, פ"ד מח(1) 217 (1993). צעדים נוספים בכיוון זה היו הגבלות שהוטלו על הריסת בית שבו התגורר המחבל מכוח חוזה שכירות לתקופה קצרה, וכן הכרה בזכות לפיצויים של שכנים שרכושם הושפע מביצוע הצווים. ראו בג"ץ 7040/15 חמאר נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (פורסם בנבו, 12.11.2015). במקרה אחר נקבע כי אין לבצע צו הריסה בנסיבות שבהן חל שיהוי משמעותי בביצועו. ראו בג"ץ 6745/15 אבו חאשיה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (פורסם בנבו, 1.12.2015). כמו כן, בית המשפט הבחין בין מי שהייתה תשתית עובדתית לגבי מעורבותו הישירה בתקיפה הקטלנית לבין מי שסייעו לו אך חלקם באירוע היה מצומצם יותר. ראו בג"ץ 1336/16 אטרש נ' מפקד פיקוד העורף (פורסם בנבו, 3.4.2016). שופטים אחדים, ואני ביניהם, הדגישו כי פסיקתם בסוגיה מייחסת משקל לכך שבית־המשפט העליון אישר את השימוש באמצעי של הריסת בתים, וזאת מטעמים מוסדיים שעניינם כיבוד תקדימים ועקביות בפסיקה, תוך התייחסות לחשיבות הנודעת לבחינה חוזרת של ההלכה בהמשך. השופטים מזוז וג'ובראן סברו כי קיימת הצדקה לקיים דיון בשאלות שהנושא מעורר על בסיס של הוצאה של צווים על־תנאי ללא המתנה לשהות נוספת. ראו עור בג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו, 1.12.2015); בג"ץ 8567/15 חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו, 28.12.2015); בג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (פורסם בנבו, 22.12.2015); בג"ץ 1630/16 זכריא נ' מפקד כוחות צה"ל (פורסם בנבו, 23.3.2016); בג"ץ 1938/16 אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו, 24.3.2016); בג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (פורסם בנבו, 31.3.2016).

22 מטעם זה נפסק כי חומרת העברה, כשלעצמה, אינה יכולה לשמש בסיס למעצר (להבדיל מהתחשבות בה לצורך בחינת הסיכון שעלול לנבוע לשלום הציבור אם ישוחרר החשוד בביצוע העברה). ראו דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (1995). זהו גם העיקרון שעמד בבסיס פסיקתו של בית־המשפט העליון שנסבה על החקיקה בנושא כליאת

### 3. האדם כחלק ממשפחה או מקבוצה

אחד ההיבטים של הבחירה האנושית שיש לתת עליו את הדעת הוא הבחירה במסגרת משפחתית ובמסגרת חברתית־קהילתית. חשוב שהמשפט ייתן תוקף לבחירה עם אילו אנשים אדם מבקש לקיים מערכת יחסים משפחתית ועם אילו אנשים הוא מעוניין לקיים מערכת יחסים קהילתית. אומנם, אלה רק חלק מן הבחירות המשמעותיות בחייו של אדם. עם זאת, ראוי להדגיש את החשיבות הנודעת לגיבוש עמדה מכבדת ביחס אליהן, בשל היות האדם "יצור חברתי". הביטוי המובהק להכרה בזיקות אלה בחייו של אדם הוא ההכרה בזכות לחיי משפחה, ההכרה הגוברת בזכויות קבוצתיות, ולמעשה גם הזכות להגדרה עצמית של קבוצות לאומיות. עם זאת, יש להוסיף ולבחון מהו חזוקה של ההגנה על זכויות אלה.<sup>23</sup> במקביל לכך, זיקתו של אדם למסגרות חברתיות רחבות יותר היא אחד המקורות ל"איום" על ההגנה על זכויותיו כפרט. מתח בסיסי זה ילווה את הדיון בהמשכו של המאמר.

### ב. אתגר ההתמקדות באדם בעת הזו

כפי שציינתי, השאלה שהמאמר עוסק בה אינה חדשה. עם זאת, ניתן להצביע על טעמים שמחזקים את הרלוונטיות שלה בשל שחיקת מעמדו של היחיד במשפט, כפי שזה עוצב בחשיבה הליברלית הקלסית. ראשית, כיום רוב המדינות בעולם הן מדינות לאום, וכזו היא גם מדינת־ישראל. מדינת הלאום טבועה בחותם של התייחסות לכלל (דהיינו, ללאום), והדבר משפיע על משפטה.<sup>24</sup> כידוע, לפי חוקי־היסוד שלה, מדינת־ישראל היא מדינה

---

אנשים שנכנסו לישראל לא כדין ("מסתננים"). בית־המשפט העליון הבהיר כי כליאתם אינה אפשרית ככל שהיא מכוננת אך להרתעת אנשים אחרים שעשויים לבחור בהסתננות לישראל. ראו בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (פורסם בנבו, 16.9.2013); בג"ץ 8425/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.9.2014); בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת (פורסם בנבו, 11.8.2015). על כך ניתן להוסיף, באופן כללי יותר, כי ביסודו של הדיון בסוגייה נמצא המתח בין הסיפור ה"גדול" של כניסת ציבור גדול של מסתננים לישראל (ציבור שאף מתואר בדרך־כלל באמצעות מאפיינים כלליים, דוגמת "מסתננים מאפריקה") לבין הסיפור ה"פרטי" של כל אחד ואחד מהם.

23 דוגמה מובהקת להתלבטות באשר למידת ההגנה על הזכות לחיי משפחה במקרה שבו היא מתנגשת באינטרסים ציבוריים חשובים אחרים ניתן להביא מפסקי־הדין שעסקו בהגבלה של "איחוד משפחות" הכרוך בהענקת מעמד בישראל לבני משפחה פלסטינים של אזרחים ישראלים. ראו בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006); בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 11.1.2012). יצוין כי ההגבלה עוררה קושי כאשר היא נקבעה במתכונת של "חזקה חלוטה" כאשר לסיכון הבטחוני הצפון באותם בני משפחה (נושא שיידון להלן). ניתן להדגים את השאלה של איזון בין הזכות לחיי משפחה לבין ערכים חברתיים אחרים גם באמצעות סוגיות מתחומים "מסורתיים" יותר של המשפט. כך, למשל, ס' 3 לפקודת הראיות [נוסח חדש], הקובע כי אדם אינו כשר להעיד לחובת בן־זוגו, מהווה דוגמה "קלסית" להגנה על הקשר המשפחתי.

24 לא למותר להזכיר בהקשר זה כי הצהרת זכויות האדם והאזרח של המהפכה הצרפתית (משנת 1789) – שהיא המסמך המודרני הראשון בנושא זכויות האדם – מתייחסת לאנושיות של כלל

"יהודית ודמוקרטית", וכבר בכך גלום מתח בין היבטים כלליים (הקשורים לאופי היהודי של המדינה) לבין היבטים אינדיווידואליים (המתבטאים בדמוקרטיה ובחופש הבחירה שהיא מקנה לכל אחד ואחת, מבלי לגרוע מכך שגם המשטר הדמוקרטי מושתת על הכרעות רוב). שנית, מערכות גדולות ומורכבות כמו אלה של המדינה המודרנית מחייבות את חיזוקה של ההסדרה הכללית, שמדגישה ערכים של יעילות, באופן שמאיים על מקומה של ההתייחסות לפרט. על אחת כמה וכמה תורמים לכך תהליכי הגלובליזציה וההפרטה. התחרות הגלובלית חיזקה את המשקל שמקבלי ההחלטות מייחסים להתייעלות כלכלית. אף המצדדים בהפרטה מצדיקים את עמדתם, במקרה הרגיל, בטעמים שעניינם הצורך לחזק את כושר התחרות של המדינה בעולם הגלובלי. שלישית, ובמידה מסוימת בהמשך לאמור עד כה, חיי הכלכלה המודרניים מבוססים במידה רבה על פעילותם של תאגידים (בתחום המסחרי – בעיקר של חברות). פעילות באמצעות תאגיד נוטה להעלים את זהותם של היחידים שמאחוריו, במיוחד בשל ההכרה בעקרון האישיות המשפטית הנפרדת של התאגיד.<sup>25</sup> ההכרה באישיות המשפטית של התאגיד הייתה בתחילתה חריג להתמקדותו של המשפט ביחידים. כיום, לנוכח שכיחותה ומרכזיותה של הפעילות באמצעות תאגידים, קשה לראות בהתייחסות אליהם כאל נושאי משפט חריג גרידא.

לעומת זאת, ניתן להצביע על תהליכים אשר תרמו לשימור מעמדו של היחיד במשפט. חיזוק ההגנה על זכויות־היסוד של הפרט בעולם שלאחר מלחמת־העולם השנייה מדגיש את מעמדו של היחיד במשפט. תהליך זה בא לידי ביטוי הן במסמכים הבינ־לאומיים החדשים בנושא זכויות<sup>26</sup> והן בחוקותיהן החדשות של מדינות רבות, הכוללות, כעניין שבשגרה, פרק של הגנה על זכויות־יסוד. נוסף על כך, גם המשפט הבינ־לאומי המודרני עומד בסימן של מעבר מהתמקדות באחריותן של מדינות אל הכרה גם באחריות אישית במסגרת המשפט הבינ־לאומי הפלילי.<sup>27</sup> במשפט הישראלי נרשמה נקודת מפנה חשובה בהקשר זה עם חקיקתם של חוקי־היסוד על זכויות האדם בשנת 1992, ובעיקר עם חקיקתו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר מעמיד במרכזו את הזכות לכבוד האדם,<sup>28</sup> ובכך מדגיש את מקומו של האדם במשפט ואת החשיבות הנודעת להגנה עליו. כמו־כן ניתן להצביע – במישור הציבורי –

בני־האדם אך גם לאזרחות הצרפתית.

25 עיקרון זה נקבע כידוע בתקדים האנגלי המסורתי: *Salomon v. A. Salomon & Co. Ltd.*, [1896] UKHL 1. לכן, הטלת אחריות אישית על היחידים הפועלים במסגרת התאגיד – למשל, באמצעות "הרמת מסך" במקרה של מרמה – נחשבת חריג. ראו, למשל, ע"א 4606/90 מוברמן נ' תל מר בע"מ, פ"ד מו(5) 353 (1992).

26 החל בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, משנת 1948.

27 פושעי־המלחמה הבולטים של מלחמת־העולם השנייה הועמדו לדין ב"משפטי נירנברג" וב"משפטי טוקיו". בהמשך הוקמו טריבונלים מיוחדים לשפיטתם של פושעי־מלחמה גם בעקבות מלחמות־האזרחים ביוגוסלביה וברואנדה. כיום המהלך של הכרה באחריות פלילית אישית לפשעי־מלחמה מתבטא באמנת רומא, אשר מכוחה פועל בית־הדין הבינ־לאומי הפלילי. התפתחות מקבילה באה לידי ביטוי בדיון בשאלות של ביטחון (security) לא רק מנקודת־המבט הקבוצתית, אלא גם בהתייחס לביטחון האישי – human security – של כל פרט ופרט. ראו, למשל: Yaniv Roznai, *The Insecurity of Human Security*, 32 Wis. INT'L L.J. 95 (2014).

28 ראו אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה (2014).

על עליית המגמה של דרישה להטלת אחריות אישית על בעלי־תפקידים, להברידל מהכרה באחריות כללית של "המדינה" או "הממשלה".<sup>29</sup>

### ג. היבטים מבניים של המשפט והשלכתם על ההתייחסות לאדם

בשלב זה אני מבקשת להתייחס לכמה היבטים מבניים של מוסדות וכללים התורמים לאופן שבו מעוצב מקומו של היחיד במשפט. אין מדובר ב"לקט" של דוגמות מענפי משפט שונים, אלא באבני־יסוד של השיטה המשפטית שנעשה בהן שימוש ש"חוצה" ענפי משפט.

#### 1. יחידים ותאגידיים

היבט מוסדי חשוב שרלוונטי לשאלת מקומו של האדם במשפט הוא הדיון בזכויותיהם ובחובותיהם של תאגידיים. הטעם לכך הוא שבמקרים רבים הדיון בזכויותיהם ובחובותיהם של תאגידיים מחליף את ההתייחסות הישירה לאנשים הפועלים במסגרתם. כידוע, ההכרה בפעולה באמצעות תאגידיים נחשבת כלי חשוב בחיים הכלכליים המודרניים. אין עוד מחלוקת על כך שיש להם אישיות משפטית. עם זאת, מעמדם המשפטי אינו זהה לזה של בני־אדם. תאגיד אינו יכול ואינו צריך להשתתף בבחירות, למשל. השאלה עד כמה המערכת המשפטית מוכנה להתייחס לתאגיד כאל "שחקן" שווה־זכויות לנושאי המשפט האנושיים, ואף להתעלם מזהותם של האנשים הפועלים במסגרת התאגיד ובחלק שנטלו בעיצוב דרכו, קשורה אפוא בקשר הדוק לשאלה עד כמה האדם הוא העומד במרכזו של המשפט. ההכרה באישיות המשפטית הנפרדת של התאגיד כרוכה מִנְה ובה בעת נקטן של זכויות וחובות משפטיות לתאגיד. ההנחה העומדת ביסוד הדברים היא שהתאגיד הוא מסגרת לפעילות אנושית, ולכן הענקת זכויות לתאגיד משרתת בסופו של דבר את האנשים העומדים מאחוריו. כך, למשל, חשוב להגן על חופש הביטוי של התאגיד המחזיק בעיתון, על־מנת להגן על חופש הביטוי של היחידים העומדים מאחורי פעילותו כנגד כוחו הדורסני של השלטון.<sup>30</sup> עם זאת, ברי כי יש זכויות שהענקתן לתאגיד אינה משרתת תמיד ובהכרח את זכויותיהם של האנשים הממשיים העומדים מאחורי התאגיד (בעיקר בשל בעיית הנציג, היינו הפקדת הכוח התאגידי בידי המנהלים). לעיתים המהלך של הענקת זכויות לתאגידיים

29 דוגמה מרכזית בהיסטוריה הפוליטית של ישראל היא התביעה הציבורית להטלת אחריות אישית למה שכונה "המחדל" של מלחמת יום־הכיפורים. ראו עוד בג"ץ 9223/10 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 19.11.2012). במקרה זה נסבו העתירות על הדרישה כי שר הפנים ושר האוצר יועברו מתפקידם בעקבות אירוע השרפה באזור הכרמל, בהסתמך על דוח מבקר המדינה בנושא, שקבע כי הם נושאים "באחריות מיוחדת למחדלים החמורים שהביאו לרמת המוכנות וההיערכות הנמוכה במיוחד של שירותי הכבאות וההצלה ערב פרוץ השריפה וכפי שבאה לידי ביטוי במהלכה". ראו מבקר המדינה דוח ביקורת על השרפה בכרמל – דצמבר 2010: מחדלים, כשלים ומסקנות 505 (2012).

30 אכן, פסיקתו הקלסית של בית־המשפט העליון בתחום של חופש הביטוי נסבה על עניינם של עיתונים שהמסגרת הפורמלית לפעילותם הייתה זו של תאגיד. ראו בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר־הפנים, פ"ד ז 871 (1953). ראו גם ע"א 105/92 ראם מהנרסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189 (1993).

מוביל לכך שניתן לזכויותיהם משקל יתר בהשוואה לזכויותיהם של יחידים (בשל העוצמה הריכוזית שהתאגיד נהנה ממנה). כמורכב יש זכויות שהענקתן לתאגיד אינה מתיישבת עם מאפייניו כאישיות משפטית מלאכותית. כפי שכבר צוין, תאגידים אינם נהנים מן הזכות לבחור ולהיבחר. כמורכב, עיקרי ההסדרים בחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 הוחלו רק על אנשים טבעיים, ולא על תאגידים.<sup>31</sup> דוגמה מעניינת לשניות בנוגע להענקת מעמד שווה לתאגידים לכל דבר ועניין ניתן להביא מתיקון התקנון של פרס ישראל באופן שאינו מאפשר עוד הענקת הפרס לתאגיד, להבדיל מיחידים.<sup>32</sup> לנוכח מרכזיותם הרבה של תאגידים בחיי המשפט והכלכלה, אין ספק שהדיון בהיקף ההגנה על זכויותיהם, ובעיקר על זכויותיהם החוקתיות, צריך להיבחן כאחת מנקודות המבט החשובות על שאלת מרכזיותו של האדם במשפט.<sup>33</sup>

ניתן להוסיף על כך שהמציאות התאגידית מעוררת שאלות לא רק ביחס למעמד של התאגידים עצמם, אלא גם – ובעוצמה לא פחותה – ביחס להיקף האחריות האישית של נושאי-משרה בתאגידים, בין במישור הפלילי ובין במישור האזרחי. במציאות הכלכלית והשלטונית המורכבת של ימינו רוב האנשים פועלים במסגרת ארגונים, ולארגונים אלה, ברובם המכריע של המקרים, יש אישיות משפטית מובחנת. לכן בהליכים משפטיים שמתנהלים בעקבות פעולות שנעשות במסגרת ארגונים גם הארגונים עצמם הם צד. התוצאה היא שתביעות אזרחיות ואף כתבי אישום פליליים מוגשים נגד תאגידים. חשיבות עצומה נודעת אפוא לשאלה באיזו מידה מוטלת אחריות לא רק על התאגיד, אלא גם על האנשים שפעלו מאחורי מסך ההתאגדות. לכאורה, מתן משקל לאוטונומיה של אותם אנשים מחייב להתנגד לפטור גורף שלהם מאחריות רק משום שהם פעלו במסגרת התאגיד.<sup>34</sup>

## 2. קבוצות ויחידים בתוכן

התפתחות נוספת המתאפיינת בהתייחסות לישות קולקטיבית, להבדיל מיחידים, היא ההכרה בזכויות של קבוצות המבקשות לשמר את תרבותן. כיצד התפתחות זו מתיישבת עם המודל של משפט המתמקד באדם היחיד? התשובה המקובלת נעוצה לכאורה בכך שקיומה של הקבוצה מבוסס על רצונם של היחידים להשתייך אליה, ולכן הזכויות המוענקות לקבוצה משרתות את היחידים הנמנים עימה. אנשים רבים סבורים כי אין משמעות לחייהם מחוץ למסגרת הקהילתית.<sup>35</sup> אולם זו תשובה שיש לקבל בזהירות ובסייגים. לא אחת השתייכות לקהילה אינה מבטאת בחירה של ממש. במקרים רבים אנשים "נולדים" אל תוך הקבוצה. לעיתים

31 הגדרת "אדם" בס' 3 לחוק הגנת הפרטיות מורה כי לגבי רוב סעיפי החוק (כפי שמופיע שם) היא "למעט תאגיד".

32 לפי ס' טו של התקנון הכללי העדכני של פרס ישראל, "הפרס יינתן ליחידים, או במקרים חריגים לשותפי הישג, אך לא לתאגידים". בעבר הוענק פרס ישראל גם לגופים ולמוסדות.

33 ראו להלן תת-פרק 31.

34 לדיון מפורט בסוגיה של אחריות אישית של נושאי-משרה בתאגיד ראו להלן תת-פרקים 41-51.

35 מבחינה זו, מאבקים משפטיים של יחידים לחבישת כיפה או כיסוי-ראש במרחבים פומביים אינם רק מאבקים של קבוצות, אלא גם מאבקים של יחידים, אשר הביטוי האישי שלהם קשור למנהגי הקהילה שהם משתייכים אליה. למאבקים מסוג זה שאינם נטועים בהקשר קהילתי השוו לעיל ה"ש 13.

הפרקטיקה של הקבוצה אף כרוכה בדיכוי האוטונומיה של הפרט. בשים לב לכך, תפקידו של המשפט הוא להגן על זכויות קבוצתיות באופן שמשמר את התכלית האינדיווידואלית העומדת ביסודן – התחשבות ברצונותיהם של יחיד הקבוצה ובמימוש העצמי שלהם.

הזכות לחופש דת והזכות לשפה הן דוגמות לזכויות שהגנה עליהן חייבת להתייחס גם לקבוצה. לזכות לחופש דת אין משמעות מלאה ללא היכולת לבטא אותה במסגרת של פעילות דתית קבוצתית. גם זכויות שפה הן זכויות שאין להן חיות מעשית אלא בהקשר שבו קיימת קהילה הדוברת את השפה.<sup>36</sup> על רקע זה, ההצדקה הליברלית להכרה בזכויות קבוצתיות ככלל ובזכות לתרבות בפרט מבוססת על מקומה של הקבוצה בחייו של הפרט.<sup>37</sup> מנגד, כפי שכבר צוין, אחד האתגרים של כל שיטה משפטית הוא להתוות את גבולות ההגנה על זכויות קבוצתיות.

במקרים רבים השאלה של גבולות ההכרה בזכויות הקבוצה מתעוררת בשל כך שהנורמות הקבוצתיות פוגעות באופן פוטנציאלי או ממשי בזכויותיהם של פרטים מוחלשים הנמנים עימה (דוגמת נשים וילדים). אור־אז השאלה היא אם יש לפרטים אלה אפשרות להשמיע את קולם או לצאת מן הקבוצה (exit and voice), לפי העניין.<sup>38</sup> במקרים אחרים השאלה של גבולות ההכרה בזכויות הקבוצה מתעוררת בשל הפגיעה בזכויותיהם של פרטים מחוץ לקהילה, כפי שנטען לגבי הפרקטיקה של ועדות קבלה ליישובים.<sup>39</sup> כמו־כן, לעיתים הפגיעה הפוטנציאלית היא גם ביחידים הנמנים עם הקבוצה וגם ביחידים שמחוץ לה – למשל, במצבים שבהם מתעוררת שאלת ההכרה בהגנה תרבותית כמשפט הפלילי.<sup>40</sup>

- 36 ראו, למשל, מיטל פינטו "בזכותן של זכויות שפה" משפט ועסקים יד 639 (2012).
- 37 ראו, למשל: Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship* (1995); אבישי מרגלית ומשה הלברטל "ליברליזם והזכות לתרבות" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל 93 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונון שמיר עורכים, 1998); גרשון גונטובניק "הזכות לתרבות בחברה ליברלית ובמדינת-ישראל" עיוני משפט כז 23 (2003); דני סטטמן וגרעון ספיר "חופש הדת, חופש מדת והגנה על הגשות דתיות" מחקרי משפט כא 5, 16-15 (2004); Chaim Gans, *Individuals' Interest in the Preservation of Their Culture: Its Meaning, Justification and Implications*, 1 *LAW & ETHICS OF HUM. RTS.* 6 (2007)
- 38 למינוח זה ראו: ALBERT O. HIRSCHMAN, *EXIT, VOICE AND LOYALTY: RESPONSES TO DECLINE IN FIRMS, ORGANIZATION, AND STATES* (1970).
- 39 בג"ץ 2311/11 סכה נ' הכנסת (פורסם בנבו, 17.9.2014) (להלן: עניין סכה). לדיון באופן כללי ראו ישי בלנק "איים של פלורליזם: היפרדות ושלילוב בין דתיים וחילונים בישראל" דין ודברים ו 85 (2011); גרשון גונטובניק הפליה בדיון וקבוצות תרבותיות (2015). דוגמה אחרת הנוגעת בהגבלת אחרים מחוץ לקבוצה נסבה על הנכונות להגן על "רגשות הציבור" (של הקבוצה). ראו, למשל, צבי טריגר "בין ירושלים לאום אל פאחם: על מה שיש ועל מה שאין בפסיקה בג"ץ בעניין מצעדי הגאווה בירושלים וצעדת הימין הקיצוני באום אל פאחם" המשפט יד 339 (2011). יצוין כי ההתייחסות ל"רגשות הציבור" מהווה מעבר לא־טריטוריאלי מן התחום האישי (הרגש הפרטי) אל התחום הקולקטיבי.
- 40 ראו, למשל, ע"פ 10358/08 אזברג נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.3.2010). לדיון באופן כללי ראו יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך ב 1029 (מהדורה שלישית, 2014).

השאלה של מתן קול ליחידים בתוך הקבוצה חוזרת ועולה בעתירות המגיעות לפתחו של בג"ץ. כך, למשל, העתירה נגד ההפרדה המגדרית באוטובוסים הנוסעים דרך אזורים חרדיים הוגשה על-ידי נשים שראו את עצמן כמשתייכות לקבוצה החרדית וטענו למעשה כי עמדתן בנושא ההפרדה שונה מן העמדה ה"רשמית" של קהילתן.<sup>41</sup> העתירה נגד ההפרדה על בסיס עדתי בבית-הספר החרדי לבנות בעיר עמנואל הוגשה אף היא על-ידי אנשים שנמנים עם הקהילה החרדית, ואשר התנגדו להסדר שנהג בבית-הספר.<sup>42</sup> הסוגיה של זכות היציאה היא פרספקטיבה מועילה נוספת להתבוננות על עניין לימודי-הליבה,<sup>43</sup> שבו נדון הפטור מלימודי-ליבה במסגרת הישיבות הקטנות בחינוך החרדי. למעשה, פטור זה משפיע גם על יכולתם המעשית של יחידים לעזוב את דרך החיים החרדית או לבחור במשלח-יד מסוימים בבגרותם. על-כן השאלה שמתעוררת אינה רק אם יש מקום להתחשב בקבוצה החרדית, אלא מהו האיוון בין התחשבות זו לבין הגנה על כוח הבחירה של היחיד באמצעות ריסון המנגנון שמציב משמעותית בפני האפשרות של עזיבת הקבוצה.<sup>44</sup> באופן רעיוני או מטפורי ניתן לומר כי גם איסור ההתייחסות לאדם על בסיס שיוכו הקבוצתי<sup>45</sup> מבטא את הרעיון של זכות יציאה, כמובן זה שכל אדם זכאי להתייחסות בעומדו לברו, מחוץ לקבוצה.<sup>46</sup> איסור זה גם ממחיש כי במקרים רבים ההשתייכות לקבוצה אינה פרי של בחירה אישית, אלא נובעת מבחירה של החברה "לסווג" את האדם לגדרה של קבוצה מסוימת, בין שהוא מעוניין בכך ובין שלא. באותו הקשר יש לבחון גם את השאלה כיצד העיקרון של העדפה מתקנת מתיישב עם הערך של התייחסות לכל אדם "בפני עצמו". כידוע, העדפה מתקנת פירושה מתן עדיפות לאדם בשל היותו חלק מקבוצה מוחלשת על

41 בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה, פ"ד סד(2) 530 (2011). ראו גם נויה רימלט "המשפט כסוכן של רב-תרבותיות: על אוטופיה ומציאות בפרשת ההפרדה באוטובוסים" משפטים מב 773 (2012).

42 בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פ"ד סג(2) 398 (2009).

43 בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת (פורסם בנבו, 17.9.2014). הדוגמה ה"קלסית" שמדגימה שאלה זו היא המקרה שבו נדונה ההכרה בפטור של בני קהילת האמיש מלימודים תיכוניים. ראו: *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972).

44 להרחבה נוספת ראו לטם פרייזון החינוך החרדי בישראל: בין משפט, תרבות ופוליטיקה (2013).

45 ראו לעיל ה"ש 10.

46 זהו גם הרקע לריילמה הכרוכה בשימוש באכיפה העושה שימוש בקריטריון קבוצתי (דוגמת "פרופיילינג" אתני). אין ספק שפרקטיקה זו, הגם שניתן לעיתים לראות בה הפליה "רציונלית", מהווה דוגמה להתייחסות קבוצתית מתייגת, ולכן פוגעת גם בכל אחד מחברי הקבוצה. הצגת הפרופיילינג בראי של מחיקת ההתייחסות האישית אל הפרט הנוגע בדבר מיטיבה להאיר את הקושי שהשימוש בשיטה זו מעורר. כמובן, אין בכך כדי להכריע את הכף מבחינת "השורה האחרונה" אם השימוש בפרופיילינג משמש לתכלית ראויה ועומד במבחני המידתיות (למשל, כאשר ההכבדה הכרוכה בכך אינה גבוהה ואולי אף מתלווה אליה פיצוי). העתירה שהוגשה בהקשר זה בעניינם של כללי הבידוק הבטחוני בישראל לא הוכרעה לגופה בשל שינויים בפרקטיקה הנהוגת. ראו בג"ץ 4797/07 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' רשות שדות התעופה (פורסם בנבו, 10.3.2015).

רקע היסטורי (למשל, כמי שנמנה עם מיעוט אתני או מגדרי).<sup>47</sup> האם מתן העדפה מתקנת לאדם מוחק את ההתייחסות האישית אליו? איני סבורה כן. אמנם, אי־אפשר להתעלם מכך שבהעדפה המתקנת יש פן קבוצתי חזק, ובכך מתמקדות ההצדקות הקלסיות התומכות בה. עם זאת, אני סבורה כי כאשר ניתנת לאדם טובת־הנאה על בסיס השתייכות קבוצתית, ניתן להניח כי אף הוא עצמו, כבן לקבוצה המקופחת, נפגע במהלך חייו מהפליה. מפרספקטיבה זו, הפיזיו הניתן לו אינו קבוצתי בלבד, אלא גם אישי – על בסיס חזקה "חזקה" כי הפגיעה בו הייתה גם פרטנית.<sup>48</sup> באופן כללי, ביחס לכלל הדוגמות שנזכרו כאן, התמקדות באדם היחיד מחייבת לוודא שההטבה על בסיס קבוצתי לא תבוא על־חשבון זכותו המלאה של הפרט להתמודד על תפקידים או טובות־הנאה גם במסגרת הכללים ה"רגילים".

### 3. כללים וחריגים

תכונתו הבסיסית של המשפט היא כלליותו. לא בכדי צוין עוד לפני שנים רבות כי אחת מתכונותיה של החקיקה היא כלליותה – היותה מכוונת לכלל הציבור או לחלק בלתי־מסוים ממנו.<sup>49</sup> הכלליות מתחייבת קודם־כל משיקולים יסודיים של צדק, הגינות ושוויון. מקרים שווים אמורים להיות כפופים לכללים שווים. כללים שונים לקבוצות או ליחידים "מיוחסים" נחשבים סממן של שיטות לא־דמוקרטיות שעבר זמנן. כלליותו של המשפט מתחייבת גם משיקולים של יעילות, התומכים בקביעת כללים שיתירו הכרעות פרטניות ביחס לכל מקרה ומקרה, ואף יאפשרו לאנשים לתכנן את פעולותיהם בהתאם לכללים אלה.<sup>50</sup> תפיסה זו בדבר כלליותו של המשפט היא שעומדת בבסיס ההסתייגות מחקיקה "פרטית", במובן של קביעת כללים מיוחדים למקרה נתון.<sup>51</sup> חקיקה במתכונת נקודתית כזו מותירה

47 ראו, למשל, בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501 (1994).  
48 ברוח הדיון הכללי שלהלן (בתת פרק 11) בסוגיה של חזקות, ניתן להוסיף כי גם בהקשר של העדפה מתקנת יש להן מקום, וכי גם בהקשר זה יש יתרון לכללים הבודקים "ייצוג הולם", ולא קובעים מכסות "חלוטות". להרחבה ראו יופי תירוש "ייצוג הולם לבני שני המינים בשירות המדינה: תיקון מס' 7 לחוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-1959 – פרשנותו וקווי יסוד ליישומו" משפטים ל 183 (1999).

49 ע"פ 213/56 היועץ המשפטי לממשלה נ' אלכסנדרוביץ, פ"ד יא 695 (1957).  
50 התכליות של וודאות ויכולת תכנון רלוונטיות גם לכללים הנוגעים בהליך המשפטי עצמו. כוונתי לכללי ההתיישנות וסופיות הדיון. זאת, למרות שיישומם של כללים אלה עשוי להיות כרוך בתחושה של חוסר צדק לפרט ש"נחסם" בשל חוסר האפשרות להעלות טענה נכונה כשלעצמה, בין בשל מירון הזמן ובין בשל סופיות הדיון. ראו, למשל, בג"ץ 681/12 גרינשפן נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 19.9.2012).

51 עם זאת, יש להטעים כי לעיתים חקיקה "נולדת" במגמה לתת מענה לבעיה שהתגלתה אגב מקרה מסוים שנדון בערכאות (או למה שנתפס כבעיה כזו בעיניו של המציע). כך, למשל, "הגנת בית מגורים, בית עסק ומשק חקלאי מגודר" (ס' 134 לחוק העונשין) נחקקה בעקבות המקרה המכונה "פרשת שי דרומי". ראו ת"פ (מחוזי ב"ש) 1010/07 מדינת ישראל נ' דרומי (פורסם בנבו, 15.7.2009).



בדרך־כלל תחושה של חוסר צדק, בשל היותה אישית, ולכן שרירותית<sup>52</sup> או אינטרסנטית.<sup>53</sup> גם פסיקתם של בתי־המשפט, הממוקרת בהכרעה בסכסוך, ניתנת בשים לב להשלכותיה התקדימיות על מקרים דומים אחרים, בין במסגרת עקרון התקדים המחייב ובין מבחינת מה שמכונה לעיתים "השלכות־רוחב". עם זאת, הכלליות, המכוונת את עצמה אל "המקרה הטיפוסי", היא לכאורה גם קושי שצריך להתמודד עימו ככל שהמשפט מבקש להתייחס לייחודיותו של כל אדם.

אם כן, השאלה של התמקדות בפרט חופפת, לפחות באופן חלקי, את השאלה של פתיחות משפטית לקביעת חריגים. הדרישה להכיר בחריג לכלל קשורה לא אחת להכרה במיוחדות של נסיבות חייו של האדם שעניינו עומד להכרעה, ובהמשך לכך לחתירה להשגת תוצאה צודקת במישור הפרטי.<sup>54</sup> למעשה, החתירה למתן פתרונות צודקים למקרים שבהם הכללים ה"יבשים" לא אפשרו זאת עמדה ביסוד התפתחותם של "דיני היושר" במשפט האנגלי.<sup>55</sup> עם זאת, חשוב לשים לב שהדרישה להעמדת האדם במרכז אינה חופפת את הדיון בשאלת

52 טענות ברוח זו התעוררו בשיח הציבורי בעקבות התיקון שהוסיף את ס' 30 לחוק שחרור על־תנאי ממאסר, התשס"א-2001, הקובע כי אי־אפשר לקצוב את עונשו של אסיר־עולם שהורשע ברצח ראש ממשלה ופעל ממניע פוליטי־אידיאולוגי. תיקון זה כונה בשם הלא־פורמלי "חוק יגאל עמיר" משום שהיה ברור כי הוא נועד לחול, במועד חקיקתו, רק על יגאל עמיר, רוצחו של ראש הממשלה יצחק רבין ז"ל (אם כי במישור הפורמלי הוא לא הוגבל לעניינו). יצוין כי העתירה הציבורית שהוגשה נגד התיקון האמור התבססה על טעמים אחרים, ומכל מקום נדחתה על הסף משום שיגאל עמיר עצמו לא צורף כצד לה. ראו בג"ץ 1406/02 אסקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נוז (3) 603 (2003). טענה דימה הועלתה ונדחתה גם בבג"ץ 85/12 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (פורסם כנבו, 16.1.2012), שנסכ על תיקון החוק בנושא משך הכהונה הנדרש מנשיא בית־המשפט העליון. למעשה, במישור העקרוני אותה בעיה מתעוררת גם לגבי חקיקה שחלה על קבוצה מצומצמת באוכלוסייה, באופן שהופך אותה לחקיקה אישית כמעט.

53 טענות ברוח זו הועלו לעיתים ביחס ליוזמות חקיקה שנגעו בהארכת "תקופת הצינון" הנדרשת מבעלי־תפקידים קודם שיוכלו להציג מועמדות בבחירות.

54 ראו יצחק זמיר "שיקול הצדק בהחלטות מנהליות" משפט וממשל ז 623 (2005). המתח בין הכלל לבין החתירה לתוצאה צודקת במקרה הפרטי הוא מתח "קלסי" במשפט. ראו אריסטו **אתיקה: מהדורת ניקומאכוס** ספר ה, פרק י (יוסף ג' ליבס מתרגם, 1985). דוגמה מעניינת ניתן להביא מהענקת צו־בנינים "למען הצדק", אף בניגוד לדיני התכנון והבנייה, מתוך התחשבות במצוקתם המיוחדת של תלמידים צעירים שנאלצו לעבור בנחל מזוהם בדרכס לבית־הספר. ראו בג"ץ 3511/02 עמותת "הפורום לדו קיום בנגב" נ' משרד התשתיות, פ"ד נוז (2) 102 (2003).

55 זה היה כוחם של דיני היושר, וזו הייתה גם חולשתם, אשר התבטאה, בין היתר, בביקורת הנודעת על כך שהיושר נקבע לפי "מידת כף־רגלו של הצ'נסלור". בהמשך הדרך נהפכו גם דיני היושר למערכת נורמטיבית הפועלת לפי כללים. לדיון בשאלת המידה הראויה להכרה בחריגים בהקשר של הסדרי נושים בפשיטת־רגל ראו רע"א 1685/14 סדן נ' פנינסולה נכסים בע"מ (פורסם כנבו, 20.1.2015).

היחס בין כללים לחריגים במשפט.<sup>56</sup> העמדת האדם במרכז אמורה להשפיע ולכוון כבר בשלב של ניסוח הכללים עצמם, ולא רק בעת יישומם. כמו כן, לא תמיד ניתן לזהות הכרה בחריגים עם התחשבות בנסיבותיו של האדם היחיד. כך, למשל, פטורים והקלות הניתנים לקבוצות מיעוט עשויים להיות פוגעניים מהיבט ההגנה על זכויות היחידים שמשתייכים לקהילות אלה, כמפורט לעיל.<sup>57</sup>

כפי שצוין בראשית הדברים, שאלת ההתייחסות לפרט, כמו השאלה של כללים וחריגים, נוגעת הן באופן ניסוחן של הנורמות המשפטיות והן באופן החלתן. לעיתים הנורמה עצמה מנוסחת באופן שמתיר מקום לחריגים או להתאמה באופן יישומה,<sup>58</sup> ולעיתים האפשרות להכיר בחריגים או בהתאמות אינה מתבטאת בנוסחה של הנורמה, אלא באופן יישומה על־ידי מקבל ההחלטות הרלוונטי.<sup>59</sup>

#### 4. סעדים

מקומו של היחיד במשפט משפיע גם על עיצובם של דיני הסעדים. כך, למשל, בתחום דיני החוזים נוהג הכלל של הימנעות מאכיפת חוזה לשירות אישי.<sup>60</sup> כלל זה נועד לשמור על עקרון־היסוד של חירות האדם, ולכן ההקפדה על אכיפתו גוברת כאשר האכיפה כרוכה בכפיית פעולה על אדם טבעי, להבדיל מכפיית עובד על מעסיק גדול, שהוא על־פירוב חברה.<sup>61</sup> גם בתחום דיני הנזיקין ניתן להצביע על כמה התפתחויות אשר רלוונטיות לענייננו. ראשית, התפתחות התביעה בגין פגיעה באוטונומיה<sup>62</sup> נותנת ביטוי להגנה על האישיות והבחירה האישית.<sup>63</sup> שנית, קבלת העיקרון של פסיקת פיצויים לנפגע שלא על יסוד סטטיסטיקות

56 באופן כללי יותר, ראו דפנה ברק־ארז "כלל, חריג ושיקול דעת" ספר בניש (שחר ליפשיץ ואחרים עורכים, טרם פורסם).

57 ראו את הדיון לעיל בתת־פרק ג2.

58 בהקשר זה יש חשיבות להבחנה בין כללים לסטנדרטים. ככל שהנורמה מנוסחת במתכונת של כלל ספציפי, הצורך בקביעתם של חריגים מפורשים גובר. לעומת זאת, ניסוח הנורמה במתכונת של סטנדרט מאפשר יתר גמישות בהפעלתה מבלי להגדיר את החריגים מראש. ראו מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת־המשפט של החקיקה" משפטים יז 321 (1988).

59 הבחנה נוספת שראויה לאזכור כאן היא ההבחנה בין "כללי הכרעה" לבין "כללי התנהגות". הנורמות שאמורות לכוון את התנהגותם של הפרטים בחברה צריכות לשאוף לכלליות, אך ביישומן של נורמות אלה במסגרת החלטה ביחס למקרה מסוים יכול להיות מקום להתחשבות במאפייניו. הקושי שהמשפט מתמודד עימו הוא כמובן ה"זליגה" מן ההכרעה במקרה המסוים אל הכוונת ההתנהגויות של הציבור בעולם שאין בו "הפרדה אקוסטית" מלאה בין שני המישורים. ראו: Meir Dan-Cohen, *Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law*, 97 HARV. L. REV. 625 (1984).

60 ראו ס' 2)3 (לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970).

61 בג"ץ 1719/11 פונדקי נ' בית הדין האזורי לעבודה בתל אביב יפו (פורסם בנבו, 19.11.2013).

62 ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999).

63 הקשר של תובענה מסוג זה לאישיותו של האדם מהווה דוגמה נוספת לקושי להחיל את כללי המשפט גם על תאגידים באופן חסר הבחנה.

הנוגעות בהשתכרות הצפויה שלו לפי מאפייניו הקבוצתיים<sup>64</sup> מבטאת אף היא התייחסות לאדם באופן פרטני, ולא כמרכיב של קבוצה.

## 5. סדרי דין

באיזה מובן מתעוררת שאלת מקומו של היחיד בתחום סדרי הדין? לכאורה התשובה לכך נעוצה קודם-כל בעובדה שפתיחת ההליך המשפטי (במשפט האזרחי והציבורי) מסורה לפרט, אשר ברצותו ינקוט הליך משפטי למימוש זכויותיו וברצותו יימנע מכך. הלכה למעשה התשובה מורכבת יותר. אף שהנחת-היסוד של שיטת המשפט היא שכל אדם יכול לנקוט הליך למימוש זכויותיו, בפועל עלולים לעמוד בדרכו של היחיד חסמים לא-מבוטלים, בין כאלה שעניינם מודעות לזכויות ובין כאלה שעניינם העלות הכלכלית של ניהול הליכים.<sup>65</sup> כמו-כן, לאחר שנפתח ההליך, ניהולו נעשה באופן שמביא בחשבון גם שיקולים הנוגעים במשאבים הציבוריים המושקעים בו (דוגמת הגבלות בנוגע לקביעתם של מועדי הדין ולשינויים). על כך יש להוסיף כי בהליך הפלילי המסורתי – להבדיל מהליכים אזרחיים ומנהליים – לא ניתן מעמד פורמלי לקורבנות העברה להשמיע את קולם האישי (למעט באותם מקרים חריגים שבהם היה אפשר לפתוח הליכים בדרך של קובלנה פלילית).<sup>66</sup> בהתייחס לחסמים בדרך אל פתיחת ההליך, יש עניין מיוחד בפרוצדורות שמכירות באפשרות שלפיה עניינו של אדם יגיע אל בית-המשפט לאו דווקא במתכונת של הליך פרטני-אישי, אלא באמצעות אחרים, דהיינו, בהקשר קבוצתי. אלה פני הדברים כאשר מוגשת עתירה לבג"ץ על-ידי ארגון שהנפגע חבר בו או על-ידי ארגון אחר ללא כוונת רווח הפועל לייצוג זכויות. אלה פני הדברים גם כאשר מוגשת תובענה ייצוגית.<sup>67</sup> הליכים אלה מסייעים בהסרת חסמים בדרך אל ההליך השיפוטי, ובמובן זה הם עוזרים לפרטים הנוגעים בדבר. עם זאת, הם אינם מבוססים על שמיעת כל פרט ופרט, אלא על הצגת עניין הכלל כמבטא את עניינם של הפרטים, ומבחינה זו הם אינם מדגישים את מצוקתו הייחודית של כל אחד מהם. האם יש לומר כי בשל כך הם משטיחים את מקומו של האדם במשפט? בחשבון כולל אני סבורה כי יש להשיב על שאלה זו בשלילה. הטעם לכך הוא שלא אחת רק ההליך הקיבוצי או הייצוגי הוא הדרך להביא את דברם של הפרטים אל בית-המשפט, ולו כקבוצה.

64 ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא (פורסם בנבו, 27.9.2005).

65 באופן כללי ראו יששכר רוזן-צבי ההליך האזרחי 161-128 (2015). פטורים והנחות באגרות משפט והכרה בזכותם של מעוטי-יכולת לקבל סיוע משפטי מהווים פתרונות חלקיים ביותר.

66 ראו ס' 68-73 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

67 לעיתים תורם לכך גם ייצוג של עובדים על-ידי ארגון עובדים. על רקע זה נקבע בס' 10(3)

לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות), כי ככלל לא תוגש תובענה ייצוגית על-ידי "עובד שחל עליו הסכם קיבוצי המסדיר את תנאי עבודתו, והמעסיק של אותו עובד או ארגון מעבידים שהוא חבר בו, צד להסכם הקיבוצי". כבג"ץ 1893/11 הארגון הארצי של מפעלי השמירה והאבטחה בישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 30.8.2015) (להלן: עניין הארגון הארצי של מפעלי השמירה) נקבע כי חריג זה אינו חל באותם מצבים שבהם ארגון העובדים אינו פועל הלכה למעשה לאכיפת זכויותיהם של העובדים.

בצד זאת חשוב להקפיד על המנגנונים המשמרים את מקומו של היחיד גם במסגרת שיטה המכירה בהליכים קיבוציים. קודם־כל יש לזכור כי האפשרות להיות חלק מתובענה ייצוגית והעתירה הציבורית אינן חוסמות את דרכו של הפרט לערכאות בהליך פרטי, ככל שהוא בוחר לעשות כן. במסגרת דיני התובענות הייצוגיות, יחיד שאינו רוצה שעניינו יידון כחלק מן ההליך יכול לבקש לפרוש ממנו.<sup>68</sup> גם במוכן זה התובענה הייצוגית היא פתיחת אפשרות נוספת, ולא חיוב. כמו־כן, בג"ץ קבע לא אחת כי במקרה הרגיל לא תתאפשר הגשת עתירה ה"מתעברת" על ריבו של אחר. דהיינו, ככלל, כאשר הנפגע הספציפי נמנע מהגשת עתירה אף שהוא יכול לעשות כן, בית־המשפט לא יאפשר את הגשתה באמצעות אחר.<sup>69</sup> מעניין שגם כאשר מוגשת עתירה באמצעות ארגון המשמש עותר ציבורי, לא אחת היא כוללת גם עותרים ספציפיים, המביאים אל בית־המשפט את קולם האישי, גם אם אין מדובר בכל הנוגעים בדבר.

הגם שהמתח בין ה"כללי" ל"פרטי" בהליכים בעלי אופי קיבוצי הוא פתיר, הוא חוזר ומעלה שאלות שעניינן עיצוב המדיניות המשפטית בתחום זה. דוגמה למתח כזה בזירה הבג"צית היא השימוש בדוקטרינת ה"בשלות" לדחייתן של עתירות חוקתיות שמבוססות על טענות כלליות נגד חוק חדש קודם ליישומו ביחס למקרה קונקרטי.<sup>70</sup> האם ניתן לטעון כי דוקטרינה זו מדגימה התמקדות באדם ובחיים ה"אמיתיים" שלו, להבדיל מדיון בעקרונות מופשטים? איני משוכנעת בכך. ראשית, אין ספק שהטעמים העומדים מאחורי השימוש בדוקטרינת הבשלות קשורים לשיקולים של שפיטות וצמצום החיכוך עם הספירה הפוליטית,

68 לפי ס' 11 לחוק תובענות ייצוגיות. כמו־כן, לפי ס' 12 לחוק זה, בית־המשפט רשאי בנסיבות מסוימות להורות כי הקבוצה שבשמה תנוהל התובענה הייצוגית תכלול רק את מי שהודיע על רצונו להצטרף לתובענה.

69 ראו, למשל, בג"ץ 1759/94 סרוזברג נ' שר הביטחון, פ"ד נה(1) 625 (1994); בג"ץ 2031/13 רגבים נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.6.2015). לכלל זה נקבעו חריגים במקרים שבהם העתירה נסבה על סוגיה חוקתית בעלת חשיבות רבה. ראו, למשל, בג"ץ 651/03 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' יושב־ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש־עשרה, פ"ד נז(2) 62, 70 (2003); בג"ץ 6972/07 לקסר נ' שר האוצר, פס" 24 (פורסם בנבו, 22.3.2009). מקרה־מבחן מעניין נדון בבג"ץ 1247/15 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 29.3.2016), שבו ביקש עיתון להגיש עתירה נגד סירובו של שירות בתי־הסוהר לאשר לאסיר להתראיין לעיתון, בנסיבות שבהן האסיר עצמו נמנע מלהגיש עתירת אסיר בנושא. השופט דנציגר, שעומו הסכים השופט שהם, קבע כי בנסיבות העניין יש להשיב על שאלה זו בשלילה, ואילו אני סברתי – בדעת מיעוט – כי מאחר שההחלטה פוגעת לכאורה גם בחופש הביטוי של העיתון ומשפיעה על השיח הציבורי, יש לאפשר לעיתון לעתור בנושא ולדון בנושא לגופו, ולא לדחות את העתירה על הסף.

70 ראו, למשל, בג"ץ 7190/05 לובל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 18.1.2006); בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 5.1.2012); בג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.2.2012) (להלן: עניין איגוד הנאמנים בשוק ההון); עניין סבת, לעיל ה"ש 39; בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.3.2015). ראו עוד ילנה צ'צ'יקו "על בשלות וחוקתיות" משפטים מג 419 (2012); רונן פוליאק "בשלות יחסית: ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית או מופשטת" עיוני משפט לז 45 (2014).

ולא לשיקולים שעניינם התחשבות בפרטים ובנסיבות חייהם. שנית, דוקטרינת הבשלות מאפשרת לדהות גם עתירות שהובאו על-ידי נפגעים פוטנציאליים קונקרטיים, ולא רק עתירות של ארגונים ועותרים ציבוריים (אם כי במקרה הטיפוסי היא תוביל להמרה של עתירה ציבורית בהליך שינוהל על-ידי נפגע קונקרטי, לאחר שהפגיעה בו יצאה מגדר פוטנציאל בלבד לעולם המעשה). שלישי, השימוש בדוקטרינת הבשלות עלול להיות כרוך ביצירת "אפקט מצנן" כלפי פרטים שיחששו מהעמדת החוק למבחן תוך היחשפות לסנקציות שהוא מטיל.

את המתח הטבוע בתובענה הייצוגית בין ההתמקדות בפרט לבין מתכונת הפעולה הקיבוצית ניתן להדגים באמצעות הליכים שנסבים על ראש-הנוק של פגיעה באוטונומיה. בעניין **תנובה**<sup>71</sup> נעשה ניסיון לגשר בין השניים על-ידי עמידה על כך שפסיקת הפיצויים בראש-נוק זה לא תהיה "אובייקטיבית", אלא תידרש לשאלה אם אכן הייתה פגיעה סובייקטיבית בחלק מחברי הקבוצה. לצד זאת, בשל חוסר האפשרות לבחון כל אחד ואחד מהם, נקבע כי פסיקת הנוק תהיה על-דרך האומדנה.

התפתחות חשובה בתחום המשפט הפלילי הייתה חקיקתו של חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001, אשר הכיר (לפחות באופן חלקי) במעמד של קורבנות עברה בהליכים פליליים, לרבות בהליכים בעלי אופי מקדמי (עיכוב הליכים והסדרייטיעון)<sup>72</sup> ובהליכים מאוחרים (שחרור ברישיון או חנינה).<sup>73</sup> זאת, להבדיל מן הגישה שנהגה בעבר, אשר הסתירה את נפגע העברה תחת המעטה הכללי והאטום של "האינטרס הציבורי" כפי שהוא מיוצג על-ידי התביעה.

קבוצה נוספת של דוגמות נוגעת במתח אחר שמעוררת השאלה של העמדת האדם במרכז וכבר נדון לעיל – המתח בין כללים לחריגים.<sup>74</sup> בהקשר של סדרי דין מתח זה מעמת בין עניינם של בעלי-הדין עצמם לבין שיקולים הנוגעים ביעילות המערכת ובהשקעת המשאבים הציבוריים בהליך. ככלל, ניהול ההליך חייב להביא בחשבון שיקולים ציבוריים. ברוח זו נפסק כי גם מקום ששני צדדים מבקשים את דחיית הדיון, על בית-המשפט לשקול גם את טובתם של כלל בעלי-הדין הממתינים ליומם בבית-המשפט, ולא רק את רצונם של בעלי-הדין בתיק הספציפי.<sup>75</sup> עם זאת, בסופו של דבר ניתן משקל לשיקולים פרטניים, בעיקר כאשר הם נוגעים פליבה של הגנה על זכויות. ברוח זו נפסק כי כאשר בית-המשפט בוחן בקשות לפטור מאגרה בתביעה הנוגעת בזכות לחירות, העומדת בלב-ליבו של "הגרעין הקשה" של זכויות האדם, עליו לנהוג בגמישות.<sup>76</sup> כמו-כן, כאשר בית-המשפט נדרש להחליט בשאלה

71 ע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי נ' עזבון ראבי (פורסם בנבו, 4.12.2011).

72 ס' 16 ו-17 לחוק.

73 ס' 19 ו-20 לחוק.

74 ראו לעיל תת פרק ג.

75 ראו רע"א 8327/05 צדיק נ' פנימי (פורסם בנבו, 14.9.2005). על-דרך ההשאלה ניתן להזכיר את נהג האוטובוס בסיפורו של אתגר קרת "סיפור על נהג אוטובוס שרצה להיות אלוהים", אשר לא הסכים לפתוח את הדלת למי שאיחרו לאוטובוס, על-מנת לא לעכב את הנוסעים היושבים בו. ראו אתגר קרת **הקייטנה של קנלר** (1998).

76 ראו בר"ם 1512/14 פלוני נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 19.3.2014); בר"ם 2459/15 פלוני נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 13.5.2015). הקשר אחר שבו נבחנים שיקולים פרטניים – תוך

אם יש מקום לתת רשות ערעור בגלגול שלישי (דהיינו, ההליך כבר נדון בשתי ערכאות), דרך־המלך לכך היא אמנם הצבעה על שאלה בעלת חשיבות כללית שהבקשה מעוררת,<sup>77</sup> אך תינתן רשות ערעור גם במקרים שבהם הדבר נדרש לשם מניעתו של עיוות דין חמור.<sup>78</sup>

## ד. לשים את האדם במרכז והגנה על זכויות

בשלב זה אבקש להדגים כיצד התביעה "לשים את האדם במרכז" חשובה לדיון בסוגיות משפטיות שעניינן הגנה על זכויות.

### 1. התייחסות לא־אינסטרומנטלית לאנשים

אתגר מרכזי ששיטת המשפט ניצבת בפניו הוא ההתייחסות לרמות המלאה של הסובייקט המשפטי ודחיית ההתייחסות המצמצמת אליו מפרספקטיבה אינסטרומנטלית־פונקציונלית בלבד, אשר אינה מאפשרת לראות את דמותו המלאה כאדם. תפיסה זו היא אחד הביטויים המובהקים של הרעיון של כבוד האדם, והיא הושפעה במידה רבה מן הציווי הקטגורי של קנט<sup>79</sup> ומכתיבתו של מרקס,<sup>80</sup> כמו־גם מדבריהם של הוגי־דעות רבים אחרים שבאו בעקבותיהם. ענף משפטי המבוסס כולו על ההכרה באנושיותו של הפרט, מעבר ל"תועלת" הטמונה בו, הוא משפט העבודה המגן. חקיקת־המגן, שאף אינה ניתנת להתניה, מבטאת הכרה בכך שהעובדים הם בני־אדם, ולא רק "אמצעי ייצור".<sup>81</sup> מן השנים האחרונות ניתן להזכיר בהקשר זה את המאבק על זכותם של עובדים לשבת במסגרת העבודה.<sup>82</sup> דוגמה ספציפית יותר, שאף מחדדת את המתח בין ההתייחסות לאנושיותם של העובדים לבין החתירה למקסום התועלת מעבודתם, נוגעת בהסדרת זכויותיהם של מהגרי־העבודה – עובדים שהצדקת הימצאותם במדינה המארחת (במקרה זה ישראל) מבוססת על שיקולי תועלת. השאלה היא אפוא באיזו

- 
- 77 ראו ר"ע 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו(3) 123 (1982).
- 78 במקרים נדירים תינתן רשות ערעור אף על יסוד שיקולים של עשיית צדק שחורגים מעבר לתיקון של עיוות דין. ראו, למשל, רע"פ 5066/09 אוהיון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.4.2010).
- 79 ראו עמנואל קאנט הנחת יסוד למטאפיסיקה של המידות 95 (משה שפי מתרגם, 1965).
- 80 לפי מרקס, בעלי ההון מתייחסים לעובדים כאל חפצים שהם רוכשים. וכך הוא כותב: "עם קנייה זו שקנה בעל־ההון את כוח־העבודה, הרי צירף את העבודה גופה, חומר־תוסס חי זה, אל היסודות המתים, להתהוותה של התוצרת, שאף הם שייכים לו... תהליך־העבודה הוא תהליך המתרחש בין עצמים, שקנה בעל־ההון, בין עצמים השייכים לו". ראו קרל מרקס הקפיטל 149 (צבי וויסלֶבסקי ויצחק מן מתרגמים, 2012). גם אם היישום המעשי של כתיבתו של מרקס נכשל, הביקורת העקרונית שלו מעוררת למחשבה.
- 81 הכוונה לחקיקה בנושאים דוגמת שעות עבודה ומנוחה, שכר־מינימום ועוד.
- 82 חוק הזכות לעבודה בישיבה, התשס"ז-2007.

מידה המשפט הישראלי מצליח לשמר את ההתייחסות אליהם גם כאל בני-אדם בעלי צרכים וזכויות, אף שהם כאן "על תקן" של עובדים.<sup>83</sup>

ככלל, כמה מציוני-הדרך החשובים בפסיקתו של בית-המשפט העליון בנושאים אלה מדגימים באופן מאיר-עיניים התייחסות הומניסטית ולא-פונקציונלית למהגרי העבודה. הדברים עולים באופן ברור כבר מפסק-הדין החשוב הראשון בעניין הכבילה.<sup>84</sup> במקרה זה נפסלה המדיניות של הגבלת אשרת העבודה הניתנת למהגרי-עבודה כך שהוא יוכל לעבוד רק אצל המעביד ה"מזמין" אותו לישראל. הטעם לפסילתו של הסדר זה היה ההכרה בזכות לחירות של העובדים. דברים דומים יכולים להיאמר לגבי פסק-הדין שניתן בעניין נוהל עובדת זרה בהיריון.<sup>85</sup> במקרה זה נסבה העתירה על נוהל שהורה כי מהגרת-עבודה היולדת בעודה בישראל תהיה חייבת לצאת עם הילד מן הארץ בתוך תקופה של שלושה חודשים מיום הלידה או לחלופין להביא לידי יציאתו של הילד מישראל בתוך תקופה זו על-מנת שהיא תוכל להמשיך לעבוד בארץ. בית-המשפט העליון קיבל את העתירה בשל הפגיעה הקשה בזכות החוקתית של מהגרת-העבודה להורות ולחיי משפחה. מבחינות רבות ניתן לראות כשיאה של התפתחות זו את פסק-הדין בעניין ביטוח הבריאות של עובדי הסיעוד.<sup>86</sup> במקרה זה נסבה העתירה על הסדר ביטוח הבריאות של מהגרי-עבודה השוהים בישראל תקופות ארוכות, שבפועל הם עובדי סיעוד. העתירה הצביעה על הליקויים בכיסוי הביטוחי של עובדים אלה, אשר פוקע תוך שלושה חודשים במקרה של מחלה המובילה לאובדן כושר עבודה נמשך. בית-המשפט העליון קיבל את העתירה והורה למדינה להעניק הסדר מיטיב יותר לקבוצה זו – הן משום שהכיסוי החלקי האמור פוגע בזכותם של העובדים לבריאות, הנגזרת מן הזכות לכבוד האדם, והן משום שהוא פוגע אף בזכותם לכבוד במובנה הבסיסי. ה"מוטו" הפותח את חוות-הדעת העיקרית, של השופטת ארבל, הוא ציטוט מדבריו של מקס פריש: "הבאנו עובדים וקיבלנו בני אדם".<sup>87</sup> במסגרת הסכמתי לפסק-דינה ציינתי כי תוצאה זו מתחייבת מן ההסתויגות מהשלכתם של העובדים כ"כלי אין חפץ בו" כאשר אין בהם עוד תועלת למעסיקהם.<sup>88</sup>

- 
- 83 למעשה, דוגמה זו כרוכה בפרדוקס. ההתייחסות המובחנת למהגרי-עבודה בחקיקה הישראלית מדגימה כי הסדרה ספציפית אינה מובילה תמיד לקידום היסוד ההומניסטי של המשפט.
- 84 בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד (א) 346 (2006).
- 85 בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פ"ד (סד) 122 (3) (2011).
- 86 בג"ץ 1105/06 קו לעובד נ' שר הרווחה (פורסם בנבו, 22.6.2014).
- 87 שם, בפתח פסק-דינה של השופטת ארבל.
- 88 שם, פס' 4 לחוות-דעתי. לשם השוואה, פסק-דין שנמצא במתח מסוים עם מגמה זו ניתן בדנג"ץ 10007/09 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 18.3.2013). עמדתם של שופטי הרוב בפסק-הדין הייתה שחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951 אינו חל על עובדי סיעוד, ולכן הם אינם זכאים לתגמול בגין שעות נוספות. לכאורה, חוק שעות עבודה ומנוחה אינו חל גם במערכות נסיבות שמאפיינות עובדים חזקים ובכירים (שביחס אליהם חלים חלק מחריגיו). אולם אי-החלת החוק על עובדי הסיעוד ללא חריג מפורש בנוסח החוק, באופן שנועד להיטיב עם אזרחי ישראל הנזקקים לטיפולם, מביאה לידי כך שההתייחסות לעובדי הסיעוד שמה את מירב הדגש בתרומתם המעשית החשובה למי שנזקקים לעזרתם.

אתגר נוסף לבחינת ההתייחסות לאנשים במישור ההומניסטי – להבדיל מהתבוננות בהם מנקודת־המבט של התועלת הצפונה בהם – ניתן להביא מן ההתמודדות המשפטית עם ההגנה על זכויות־יסוד במציאות של הפרטה. כדוגמה לכך משמש עניין בית הסוהר הפרטי,<sup>89</sup> שבו סבר בית־המשפט העליון כי ההתחשבות באנושיותם של האסירים מחייבת לשלול את הרעיון של כליאה באמצעות קבלן פרטי, ללא קשר לשיקולי התועלת החברתית שעשויים לתמוך בכליאה כזו.<sup>90</sup> בהקשרים אחרים סממן בולט של מדיניות ההפרטה הוא המעבר לרכישה בכסף של שירותים שניתנו קודם לכן ללא תשלום. הפיכה של חלק מן השירותים שניתנו בעבר כעניין של זכות ל"מצרך" שניתן תמורת כסף<sup>91</sup> מדגישה את הפן ה"צרכני" באישיותו של האדם, ובכך מרדדת את אנושיותו.<sup>92</sup> לא אחת זהו הכרח שיש להשלים עימו, אולם יש להציב לו גבולות, וגבולות אלה צריכים להיות מבוססים על הכרה בזכויות חברתיות וזכויות־יסוד. משמעותה של הכרה זו היא שיש דברים שכל אדם, באשר הוא אדם, זכאי להם, ללא תלות ביכולתו הכלכלית לשלם תמורתם.<sup>93</sup>

דוגמות נוספות ניתן להביא מתחום דיני המשפחה. ראוי להזכיר בהקשר זה את סירובו של בית־המשפט לתת תוקף לניצול מיני של קטינה על־ידי אדם חשוך ילדים, על־מנת להביא באמצעותה ילד לעולם. בנסיבות העניין ביקש האב הביולוגי לאמץ את הילד שנולד לו מהקטינה ולתת לו בית. בית־המשפט דחה את בקשתו, משום שלא היה נכון לתת למעוול לצאת נשכר מפרי עוולתו.<sup>94</sup> מן הפרספקטיבה של הדיון הנוכחי ניתן לומר שבית־המשפט סירב לאפשר לאב לעשות שימוש בקטינה שבה פגע כאמצעי להולדת ילדים, תוך התעלמות מאנושיותה. בהקשר אחר לגמרי סברתי כי גבר שהורשע בניסיון לרצוח את אשתו אינו זכאי לחלוק בזכויות הקצבה שלה. ההסבר שנתתי לכך היה שאין לאפשר לו לשלול את אנושיותה (עמדה שעולה בכירור מהניסיון ליטול את חייה) ובמקביל לכך לחלוק בפירות עמלה.<sup>95</sup> ניתן להשקיף על מקרה זה גם כדוגמה – אם כי יוצאת־דופן – לשלילתה של התייחסות אינסטרומנטלית לבן־הזוג אשר לא מתלווה אליה התייחסות אליו גם כאל בן־אנוש.

- 89 ראו בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009).
- 90 חשוב לציין כי פסק־הדין התמקד בהעדפת אנושיותם של האסירים על־פני הטענה של חיסכון כלכלי. יוער כי בנסיבות העניין לא הוכח כי כליאה באמצעות התקשרות עם קבלן פרטי דווקא תיטיב בהכרח את תנאי הכליאה של האסירים. במובן זה, אין מדובר בדוגמה שעניינה התנגשות בין תפיסה "עקרונית" בדבר אנושיותו של האסיר לבין רווחתו הממשית. למעשה, שיפור בתנאי הכליאה צפוי לנבוע מבנייתם של מתקני כליאה חדשים ומודרניים, ולא דווקא מהפעלתם על־ידי קבלן פרטי.
- 91 התופעה מתרחשת בהקשרים שונים של מתן שירותים חברתיים: בריאות (אייל גרוס "בריאות בישראל: בין זכות למצרך" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 437 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004)), חינוך (בהקשר של תשלומי הורים) ועוד.
- 92 זהו המקור לכותרת ספרי: דפנה ברק־ארז אורח־נתין־צרכן – משפט ושלטון במדינה משתנה (2012).
- 93 לזכויות חברתיות ראו לעיל ה"ש 14.
- 94 ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ(3) 133 (1996).
- 95 בע"מ 7272/10 פלונית נ' פלוני (פורסם כנבו, 7.1.2014).



## 2. הכרה בגיוון של חיי המשפחה

ההכרה המשפטית בייחודו של סיפור החיים הפרטי של כל אדם ואדם באה לידי ביטוי בפתיחות ההולכת וגוברת של המשפט להכרה בתאים משפחתיים אשר שונים מהתא המשפחתי ה"מסורתי".<sup>96</sup>

החקיקה בתחום דיני המשפחה בישראל שיוותה כידוע לנגד עיניה את התא המשפחתי המסורתי. הדברים מתבטאים בתחולת הדין האישי בתחום הנישואים והגירושים, אשר מהווה עד היום מגבלה משמעותית מבחינת יכולת ההתחדשות של דיני המשפחה. גם החוקים החלים על סיועה של המדינה למימוש הזכות להורות משקפים את התא המשפחתי המסורתי – כך בחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981,<sup>97</sup> וכך גם בחוק המסדיר את נושא הפונדקאות.<sup>98</sup> עם זאת, פסיקתם של בתי המשפט מגשרת – באופן חלקי לפחות – על הפער שנוצר בין המציאות החברתית והצרכים האנושיים שהיא מעלה לבין הדין. גישור זה קל יותר, באופן יחסי, בכל הנוגע בהסדרתן של מערכות זוגיות, ונעשה בזהירות רבה יותר כאשר מדובר בהסדרים החלים על אימוץ ופונדקאות.<sup>99</sup>

הכרתו של המשפט הישראלי בריבוי הפנים של התא המשפחתי מתבטאת קודם-כל בהתפתחויות פסיקתיות שנשכו על זכויותיהם הרכושיות והכלכליות של ידועים-בציבור, מסגרת זוגית שהיא אחת הצורות המוקדמות של המשפחה ה"חדשה",<sup>100</sup> לרבות בני-זוג ידועים-בציבור מאותו מין.<sup>101</sup> הוא הדין בנוגע לרישום של נישואין אזרחיים, ככל שהוא מבוסס על תיעוד רשמי של רישום בחוץ-לארץ.<sup>102</sup> לעומת זאת, בתחום של אימוץ ילדים הגישור בין הדין לבין מציאות החיים נעשה באופן חלקי בלבד באמצעות החריגים הקבועים

96 פתיחות זו אין משמעותה, כמובן, היתר כללי להסדרים הנחשבים כפוגעים בקטינים, דוגמת "סחר" בתינוקות לצורכי אימוץ. לדחיית האפשרות של מימוש הזכות להורות בנסיבות שבהן אישה "הפיקה" לידה של תינוק על בסיס תרומת ביצית (שלא היה לה קשר אליה), תרומת זרע ופונדקאות, ראו בע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים (פורסם בנבו, 1.4.2015).

97 להלן: חוק אימוץ ילדים.

98 חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996.

99 הדיון המובא בהמשך מתמקד בתחום דיני המשפחה עצמם, לרבות היבטיהם הרכושיים. עם זאת, יש להתפתחויות אלה השלכות גם בענפי משפט נוספים, דוגמת תחום המיסוי. ראו, למשל, ע"א 3178/12 שלמי נ' מנהל מיסוי מקרקעין נתניה (פורסם בנבו, 17.11.2014) (להלן: עניין שלמי).

100 ראו דניאל פרידמן "הידועה בציבור בדין הישראלי" עיוני משפט ג 459 (1973).

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

102 החל בהלכה הידועה שנקבעה בבג"ץ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר-הפנים, פ"ד יז 225 (1963). הלכה זו הוחלה גם על רישום בני-זוג מאותו מין שנישאו בחוץ-לארץ. ראו בג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין, פ"ד סא(3) 537 (2006). המשמעות המעשית של פסיקה זו הולכת ומתעצמת ככל שהאפשרויות הפתוחות לפני תושבי ישראל להינשא בחוץ-לארץ מתרחבות, לרבות לגבי בני-זוג מאותו מין – אפשרות שהוכרה לאחר שנים רבות גם במשפט האמריקני זכות אזרחית שאינה תלויה בעמדתן של המדינות השונות. ראו: Obergefell v. Hodges, 576 U.S. (2015).

בחוק אימוץ ילדים. כך, אף שהכלל הרגיל הוא של אימוץ קטינים בלבד, נפתחה הדרך לאימוץ של אדם מבוגר על-מנת לתת תוקף מאוחר למצב שבו אותו אדם גודל למעשה על-ידי אדם שאינו הורהו הביולוגי.<sup>103</sup> כמו-כן ניתנה האפשרות לבנות-זוג מאותו מין לאמץ זו את ילדיה של זו.<sup>104</sup> בהסדרתם של דיני הפונדקאות סבר בית-המשפט העליון כי שומה עליו להימנע מביקורת שיפוטית על הגבלתו של הסדר הפונדקאות הישראלי לזוגות הטרוסקסואליים בשל אופיו החדש של החוק.<sup>105</sup> עם זאת, הוא הקל על זוגות שביצעו הליכי פונדקאות בחוץ-לארץ בכל הנוגע ברישום הילדים בישראל.<sup>106</sup> במקרה הרגיל המשפט אינו מכיר באימוץ דה-פקטו. כך, בעניין פולטורצקי<sup>107</sup> נדחתה עתירתו של אדם אשר גודל בפועל על-ידי בן-הזוג היהודי של אמו וביקש לקבל אזרחות ישראלית מכוח שבות.<sup>108</sup> עם זאת, בית-המשפט העליון מכיר לעיתים באפשרות של חיוב חוזי במזונות של אנשים כלפי ילדים של בני-זוג שאותם גידלו בפועל כילדיהם.<sup>109</sup>

### 3. השתתפות בהליך המנהלי, בבחירות ובחיים הציבוריים

אחד ההיבטים של "שחיקת" מקומו של היחיד במערכת המשפטית – היבט שיש לו כבר "ותק" ניכר – הוא המעבר מדמוקרטיה ישירה לדמוקרטיה ייצוגית, אשר מותירה לכל אחד מן הבוחרים תפקיד שולי יחסית בחיים הציבוריים: הצבעה בבחירות הכלליות. נראה כי במדינה המודרנית הגדולה והמורכבת (גם כאשר מדובר במדינה קטנה יחסית כישׂראל) היה המעבר הכרחי.<sup>110</sup> עם זאת, מתעוררת עדיין השאלה עד כמה תהליכי קבלת החלטות צריכים להיות פתוחים להשתתפות של יחידים, גם אם לא במתכונת של דמוקרטיה ישירה ממש. מבחינה זו נודעת חשיבות למנגנונים השתתפותיים שונים – הגשת התנגדויות בהליכים של

103 ע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(1) 160 (1997).

104 ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64 (2005).

105 בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פ"ד נז(1) 419 (2002). לאחר שנים הוגשה עתירה עדכנית בנושא. ראו בג"ץ 781/15 ארד פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (תלויה ועומדת). ניתן להוסיף כי הפרשנות שהתקבלה לחוק במתכונתו הנוכחית לא אפשרה את החלתו אף על הסדר פונדקאות שבמסגרתו האם הפונדקאית היא בת-זוגה של האם הביולוגית שממנה ניטלה הביצית לצורך הפריה. ראו בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (פורסם בנבו, 18.9.2014).

106 בג"ץ 566/11 ממש מגד נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 28.1.2014).

107 בג"ץ 5020/08 פולטורצקי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.9.2013).

108 בנסיבות העניין נותרתי אני בדעת מיעוט.

109 בע"מ 4751/12 אלמוני נ' אלמונית (פורסם בנבו, 29.8.2013).

110 המנגנון של משאל-עם, גם כאשר נעשה בו שימוש, אינו "הערוץ המרכזי" לקבלת מירב ההחלטות בנושאים ציבוריים. שאלה בפני עצמה היא אם האפשרויות החדשות להצבעה במתכונת מקוונת צריכות להביא לידי שינוי במגמה זו. כשלעצמי איני סבורה כך, אך הדיון בנושא חורג ממסגרת המאמר הנוכחי.

תכנון ובנייה, הצגת עמדות לפני ועדות ציבוריות ועוד.<sup>111</sup> אומנם, גם מנגנונים אלה עלולים לעורר קשיים, ובפרט להעצים את כוחן של קבוצות-אינטרסים חזקות ממילא, אולם אי-הכרה בהם היא בעייתית יותר.<sup>112</sup> על כך יש להוסיף כי מכל מקום, כאשר החלטה מנהלית פוגעת בפרט, מוקנית לו זכות טיעון אישית בעניין, גם אם הרשות מחליטה בעניינם של רבים אחרים במצבו.<sup>113</sup>

#### 4. הגבלות של חופש הבחירה וסולידריות חברתית: האדם במרכז אך לא לבד

שאלה שחשוב לעורר בשלב זה היא אם העמדת האדם במרכז משמעותה עיצוב של הכללים המשפטיים באופן שמקנה תמיד לאוטונומיה של הפרט מעמד עליון. אין להיכשל בעניין זה ולסבור כי התשובה לשאלה היא בהכרח חיובית. למעשה, המסגרת המדינתית כולה, הכרוכה בציות לחוק ובתשלום מיסים, מגבילה את האוטונומיה האישית, לפחות במידת-מה.<sup>114</sup>

מעניין במיוחד להתמקד במצבים שבהם לבחירה של פרט אחד יש השלכות על פרטים אחרים, על השוויון החברתי שלהם ועל הסולידריות החברתית בכללותה. כך, למשל, הקניית חופש בחירה מוחלט להורים באשר להרשמת ילדיהם לבתי-ספר, תוך "פתיחה" מלאה של אזורי רישום, עלולה להוביל לבידול של אוכלוסיות ולסגרגציה של אוכלוסיות מוחלשות. במצבים מסוג זה העמדת האדם במרכז אין פירושה בהכרח מתן תוקף מלא להעדפותיהם של ההורים.<sup>115</sup> דוגמה נוספת שיכולה להיות רלוונטית לדיון מבוססת על העתירה (שנדרחתה) נגד

111 ראו גם חני אופק-גנדלר "תסקיר השפעה על הקהילה ככלי להשמעת קולות מושתקים בחברה משוסעת" **משפט וממשל** יא 199 (2008).

112 רפנה ברק-ארו "האתגר הדמוקרטי של המשפט המינהלי" **עיוני משפט** כד 369 (2000).

113 ראו, למשל, בג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865 (2004). במקרה זה נפסק כי בכל הנוגע בשלילתן של הטבות שכר ממי שסיים את לימודיו בשלוחה בישראל של אוניברסיטת לטביה, בשל ההתנהלות הבלתי-תקינה של המוסד, אי-אפשר להסתפק בשימוע של ארגונים מייצגים, אלא יש להעניק לכל עובד ועובד זכות טיעון אישית על-מנת לשכנע כי לימודיו שלו היו ראויים. גם בהקשרים של קבוצות גדולות אף יותר, דוגמת אוכלוסיית המסתננים לישראל, אין חולק כי נקיטת צעדים הפוגעים בהם מחייבת הענקת זכות טיעון לפרט הנוגע בדבר. ראו, למשל, ע"ם 2863/14 עלי נ' משרד הפנים – רשות האוכלוסין וההגירה (פורסם בנבו, 10.8.2014) (במוקד הדיון במקרה זה עמדה הדרישה להענקת שימוע לפני הוצאתה של הוראת שהייה, ולא בדיעבד. זכות הטיעון עצמה לא הייתה שנויה במחלוקת. ההתדיינות במקרה זה הובילה לשינוי הנוהל הנוגע בהוצאת הוראות שהייה למסתננים, כך שיינתן שימוע לאדם הנוגע בדבר לפני מתן הוראת שהייה בעניינו).

114 המחלוקת שהתגלעה בארצות-הברית בנושא של הטלת מס בריאות (במסגרת התוכנית המכונה ObamaCare) נסבה במידה רבה על טיעונים הנוגעים באוטונומיית הבחירה של הפרט. ראו: National Federation of Independent Business v. Sebelius, 567 U.S. (2012).

115 ראו עוד ישי בלנק "ממלכתיות מבורחת: שלטון מקומי, היפרדות ואי-שוויון בחינוך הציבורי" **עיוני משפט** כח 347 (2004); דן גבתון "בציפייה למזרחי נ' מחלקת החינוך של טופי-גן השרון (לא נידון): מבט משווה וביקורתי על עמדת בית-המשפט העליון כלפי האינטגרציה בחינוך בישראל" **עיוני משפט** כח 473 (2004).

התנאתה של תוספת לקצבת הילדים במתן "חבילה בסיסית" של חיסונים לילדים.<sup>116</sup> חלק מן הטענות שהועלו בעתירה נסכו על פגיעה באוטונומיה של ההורים. אולם האוטונומיה ההורית התנגשה במקרה זה בזכויותיהם של הילדים לבריאות (בהתאם לתפיסתו של משרד הבריאות, אשר לא הופרכה) ובזכויותיהם של פרטים אחרים (בשל ההחצנה של חלק מתוצאות ההחלטה לא לחסן), ולכן ההכרעה הייתה מורכבת. עוד דוגמה אפשרית נסבה על הסדרת הכיתוב על מצבות בבתי־קברות צבאיים. בעבר נהגה בבתי־קברות אלה סטנדרטיזציה מוחלטת של המצבות בשם השוויון והרצון לא להפלות "בין דם לדם". פסיקתו של בית־המשפט העליון בעניין ויכסלבאום<sup>117</sup> פתחה את הדרך למתן ביטוי אישי מסוים, על־דרך הגמשת־מה של הכללים. אולם אין מדובר בהגמשה מלאה, כך שזו עדיין דוגמה להערפה של סולידריות חברתית על אוטונומיה מלאה.<sup>118</sup>

### ה. לשים את האדם במרכז וחובות משפטיות

התמקדות באדם היחיד חשובה גם לצורך הטלת חובות ונשיאה באחריות משפטית. דוגמות מרכזיות לכך לקוחות מתחום המשפט הפלילי, העוסק כל־כולו בשאלות של אחריות, אך למעשה גם מתחומי משפט נוספים, כגון דיני הנזיקין.

#### 1. עקרונות אחריות אובייקטיביים וסובייקטיביים

כללי אחריות עשויים להיות מבוססים על סטנדרטים אובייקטיביים (דוגמת סבירות) או על סטנדרטים סובייקטיביים (שענינם אמונתו וידיעתו של האדם עצמו). הטלת אחריות על בסיס האשם האישי הממשי של האדם ממוקרת בפרט שאמור לתת את הדין על מעשיו. עם זאת, אין לומר שסטנדרט אובייקטיבי אינו ממוקד באדם, ככל שלנגד עיניו של המשפטן עומדת החשיבות הנודעת ליצירת תמריצים להתנהגות שתטיב עם צדדים שלישיים (למשל, נפגעים פוטנציאליים). הקושי הכרוך בקביעת סטנדרטים אובייקטיביים מתחדד באותם מקרים שבהם מתברר כי מדובר ברף שהצד להליך המשפטי לא היה יכול לעמוד בו כלל, אפילו היה שואף לכך, משום שהוא אינו "האדם הסביר".<sup>119</sup> ניתן אפוא לומר כי הדיון ב"מינון" היחסי של סטנדרטים אובייקטיביים לעומת סטנדרטים סובייקטיביים הוא אתר חשוב לכינון מקומה של ההתייחסות לאדם היחיד במשפט. ברוח זו הועלתה ההצעה החשובה לחתור לכך שהחלתן של נורמות הסבירות תתחשב בנסיבותיו של הפרט שעליו הן מוחלות.<sup>120</sup>

116 בג"ץ 7245/10 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה (פורסם בנבו, 4.6.2013).

117 דנג"ץ 3299/93 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מט(2) 195 (1995).

118 עם זאת, קיימת כמובן האפשרות לבחור לא להיקבר בבתי־קברות צבאי. ראוי לציין כי גישתו של בית־המשפט להסדרת הכיתוב על מצבות בבתי־קברות אזרחי נתנה משקל רב יותר לבחירה האישית, ופחות לשיקול הסולידריות. ראו ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992).

119 לביקורת על מושג "האדם הסביר" ראו יורם שחר "האדם הסביר והמשפט הפלילי" הפרקליט לט 78 (1989).

120 דפנה ברק־ארז "האשה הסבירה" פלילים ו 115 (1997).

הדגשים בתחום זה משתנים, ובצדק, בין תחומי המשפט.<sup>121</sup> כך, למשל, במשפט הפלילי מושם דגש מיוחד בשאלת האשם הסובייקטיבי, בשים לב למשמעות הנלווית לענישה פלילית ולהטלת סטיגמה פלילית.<sup>122</sup> בתחום זה "בררת־המחדל" היא אחריות המבוססת על מחשבה פלילית,<sup>123</sup> להבדיל מרשלנות.<sup>124</sup> מכל מקום, רשלנות יכולה להיקבע כסוד נפשי רק לעברה שאינה מסוג פשע.<sup>125</sup> ביחס לעברות של אחריות קפידה נקבע כי הנאשם יכול לפטור את עצמו מאחריות אם יוכיח כי נהג ללא מחשבה פלילית וללא רשלנות.<sup>126</sup> כמו־כן, הדין הפלילי מכיר – במגבלות מסוימות – בהגנות שעניינן טעות (במצב הדברים או במצב המשפטי).<sup>127</sup> בעניין וחנון<sup>128</sup> נפסק כי במקרה שבו חלה הגנת אי־השפיות יזוכה הנאשם זיכוי מלא.<sup>129</sup> בעניין טמטאווי<sup>130</sup> אומצה פרשנות מצמצמת לאפשרות של הרשעה ברצח במקרה של גרימת מוות אגב בריחה מעברה אחרת, כך שזו תיתכן רק בנסיבות שבהן דרגת האשם של הנאשם גבוהה יחסית. ברקע הדברים עמדה התפיסה הגורסת כי הטלת אחריות פלילית בגין עברה חמורה הכרוכה בסטיגמה חברתית ללא כל יסוד של אשמה אישית עשויה לעורר אף קושי חוקתי.<sup>131</sup> בדומה לכך מתעוררות שאלות ביחס לאפשרות של הרשעת אדם בעברה שביצע אחר רק בשל היותם "מבצעים בצוותא" או בשל קשר של שידול או סיוע, בנסיבות שבהן העברה שבוצעה שונה מזו שעליה נדברו.<sup>132</sup>

## 2. שיקולים אישיים במשפט הפלילי

נקודת המוצא של המשפט הפלילי היא הנורמות הכלליות הקבועות בו – העברות שחלות על הכל. עם זאת, כפי שצוין לעיל, העובדה שהטלת אחריות פלילית מבוססת על בחינת

- 121 ג'ורג' פלטר הצביע על כך שמידת ההיזקקות לאמת־המידה של סבירות היא גם פרי של התרבות המשפטית. באופן ספציפי יותר הוא ציין שההיזקקות לה מאפיינת יותר את שיטת המשפט המקובל, בהשוואה לשיטות משפט קונטיננטליות. ראו: George P. Fletcher, *The Right and the Reasonable*, 98 HARV. L. REV. 949 (1985).
- 122 במשפט הישראלי זכתה עמדה זו במשנה חיזוק למן הרפורמה ב"חלק הכללי" של דיני העונשין שהונהגה במסגרת חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994.
- 123 עם זאת, המניע אינו חשוב לרוב.
- 124 ס' 19 לחוק העונשין.
- 125 ס' 21(ב) לחוק העונשין.
- 126 ס' 22(ב) לחוק העונשין.
- 127 ההגנה על טעות במצב הדברים קבועה בס' 34 לחוק העונשין, וההגנה (המצומצמת יותר) של טעות במצב משפטי קבועה בס' 34יט (בהתייחס לטעות שהייתה "בלתי נמנעת באורח סביר"). ראו עוד אלעד רום טעות בחוק הפלילי (2015).
- 128 רע"פ 2675/13 מדינת ישראל נ' וחנון (פורסם בנבו, 3.2.2015).
- 129 לפי ס' 34 לחוק העונשין.
- 130 ע"פ 6026/11 טמטאווי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 24.8.2015).
- 131 בית־המשפט העליון של קנדה קבע בכמה הזדמנויות כי חקיקה כזו אינה חוקתית. ראו, למשל: R. v. Martineau, [1990] 2 S.C.R. 633; R. v. Hess, R. v. Nguyen, [1990] 2 S.C.R. 906.
- 132 עניין זה מוסדר בס' 34 לחוק העונשין. ראו ע"פ 4424/98 סילגרו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) (2002) 529.

"המצב הנפשי" של הנאשם, אשר משליך על שאלת האחריות המוסרית שלו, מלמדת על התייחסות לפרט. האיזון בין הפן הכללי של המשפט לבין ההתחשבות בנסיבותיו של מבצע העברה בא לידי ביטוי גם בשלב של גזירת הדין. למעשה, בשלב זה יש מקום רב יותר, באופן יחסי, לשקילת הפן האישי. עם זאת, גם אז הפן האישי של הנאשם אינו בלעדי. העונשים הקבועים בצידן של העברות (לרבות עונשי־המינימום) וכן מדיניות הענישה ביחס אליהן מבטאים שיקולים כלל־חברתיים.<sup>133</sup>

ניתן להדגים את הדברים באופן מעניין באמצעות תיקון מס' 113 לחוק העונשין,<sup>134</sup> שביקש לקבוע מערך שלם של איזונים בין הפן הכללי לפן הפרטי בענישה. אכן, תיקון 113 נחשב חוק שמעדיף את ההסדרה הכללית, באמצעות קביעה של מתחמי ענישה, מתוך מגמה לחתור לשוויוניות בענישה. עם זאת, הוא מותיר מקום נכבד גם לממד האישי בגזירת הדין. אדרבה, אחד העקרונות החשובים שאומצו בתיקון זה הוא הגבלת המשקל הניתן לשיקול של הרתעת הרבים, כך שההתחשבות בו לא תביא לידי חריגה ממתחם העונש ההולם.<sup>135</sup> בקביעתו של מתחם הענישה המתאים לעברה בנסיבות העניין, בית־המשפט נדרש לבחון לא רק היבטים כלליים, אלא גם שיקולים הנוגעים בנאשם עצמו, ובכלל זה "חלקו היחסי של הנאשם בביצוע העבירה ומידת ההשפעה של אחר על הנאשם בביצוע העבירה", "הסיבות שהביאו את הנאשם לבצע את העבירה", "יכולתו של הנאשם להבין את אשר הוא עושה, את הפסול שבמעשהו או את משמעות מעשהו, לרבות בשל גילו" ו"מצוקתו הנפשית של הנאשם עקב התעללות בו על ידי נפגע העבירה".<sup>136</sup> נוסף על כך, בגזירת העונש בתוך המתחם, בית־המשפט רשאי לתת משקל לטעמים הנוגעים בנאשם, לרבות "הפגיעה של העונש בנאשם, לרבות בשל גילו", "הפגיעה של העונש במשפחתו של הנאשם", "הנזקים שנגרמו לנאשם מביצוע העבירה ומהרשתתו",<sup>137</sup> "נטילת האחריות של הנאשם על מעשיו, וחזרתו למוטב או מאמציו לחזור למוטב", "מאמצי הנאשם לתיקון תוצאות העבירה ולפיצוי

133 מדיניות זו נגזרת לא אחת גם מהגדרתן של עברות מסוימות "מכת מדינה". ראו, למשל, ע"פ 8821/14 שואמרה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 19.7.2015). יצוין כי בית־המשפט העליון של קנדה קבע כי עונשי־מינימום גבוה שאינו מאפשר התייחסות לנסיבות הספציפיות של העברה ושל העושה אינו חוקתי בשל היותו עונש "אכזרי" המנוגד לס' 12 לצ'רטר הקנדי על זכויות וחירויות. ראו: R. v. Smith, [1987] 1 S.C.R. 1045.

134 חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב-2012.

135 ס' 140 לחוק העונשין.

136 ס' 40 לחוק העונשין.

137 במקרים מיוחדים השיקול של הנזקים שנגרמו מביצוע העברה מובא בחשבון גם בשלב ההעמדה לדין. כך, למשל, במקרה הרגיל קיימת נטייה לא להעמיד לדין הורה שהיה מעורב בגרימת מותו של ילדו ברשלנות. בשינויים המחויבים השאלה יכולה להתעורר לגבי פגיעה של אם בעובר, כך שהוא נולד חי ומת בהמשך. בית־המשפט העליון אימץ את הפרשנות הגורסת כי פגיעה בעובר שנולד חי ומת בהמשך יכולה לשמש בסיס להרשעה בעברה של גרם מוות ברשלנות. ראו עניין חורי, לעיל ה"ש 7. באותו עניין לא נדונה השאלה ביחס לאם, אלא ביחס לפגיעה על־ידי צד שלישי. כשלעצמי סברתי שיש מקום לפרש את העברה כך שמלכתחילה היא לא תחול ביחס לאם. עם זאת, הוספתי כי גם מי שאינו מקבל גישה זו ראוי שיסבור כי מדובר בשיקול רלוונטי בכל הנוגע בהגשת כתב אישום. שם, פס' 8 לחוות־דעתי.

על הנזק שנגרם בשלה" ועוד.<sup>138</sup> עם זאת, ראוי להטעים כי שיקולים אלה אומנם משפיעים על גזירת העונש בתוך המתחם, אך אינם מאפשרים חריגה ממנו. חריגה בעלת אופי אישי מן המתחם עצמו אפשרית רק "בשל שיקולי שיקום".<sup>139</sup>

### 3. ביצוע עברות כחלק מארגון או מקבוצה

העמידה על יסוד האחריות האישית במשפט הפלילי מתבטאת בכך שאדם אינו יכול להסתתר מאחורי אחריותם של אחרים – מי שהורו לו לבצע את העברה או פעלו עימו בצוותא חדא. השתייכות קבוצתית או ארגונית אינה פוטרת את הפרט מאחריות.<sup>140</sup> אומנם, במסגרת הצבא ציות לפקודה הוא חובה, ואין מקום לצפות שחייל יבחן באופן "שוטף" את חוקיות הפקודות שניתנות לו. סעיף 34ג לחוק העונשין אף קובע באופן מפורש כי אדם לא יישא באחריות פלילית למעשה שעשה אם "היה חייב או מוסמך, לפי דין, לעשותו". אולם לצד זאת מוכר החריג של פקודה בלתי-חוקית בעליל. במקרה מסוג זה אחריותו האישית של הפועל אינה נסוגה. לא זו בלבד שהוא אינו חייב לציית לפקודה כזו, אלא אסור לו לעשות כן, ואם יציית לה, הוא יישא באחריות מלאה.<sup>141</sup> בכל מקרה, ביצוע עברות יחד עם אחרים אינו נחשב יסוד ש"מדלל" אחריות.<sup>142</sup> אדרבה, לעיתים ביצוע בחבורה מהווה נסיבה לחומרה.<sup>143</sup>

### 4. גבולות האחריות האישית של עובדי ציבור

ההכרה בערכה של האחריות האישית אינה מוחקת את הצורך לגרוע ממנה – באופן מוגבל – על-מנת לא להיקלע למצב של הרתעת-יתר של גורמים שקיים אינטרס חברתי בפעילותם. דוגמה לכך משמש ההסדר הנוגע באחריותם של עובדי ציבור. החשש מפני הרתעת-יתר של עובדי ציבור הוביל לקביעת הסדר של חסינות בנוזיקין מפני תביעות המבוססות על פעולה לא-ראויה שלהם במסגרת מילוי תפקידם.<sup>144</sup> עם זאת, הסדר החסינות אינו גורע מזכותה של הרשות לחזור ולתבוע את עובד הציבור במקרים שבהם הייתה "סטייה חמורה מהתנהגות ראויה של עובד ציבור".<sup>145</sup> בכך נשמר היסוד של אחריות אישית לפחות בכל הנוגע בהתנהגויות שיש בהן דופי מובהק. ניתן להוסיף ולהזכיר שהחסינות בנוזיקין

138 ס' 40א לחוק העונשין.

139 לפי ס' 40ג לחוק העונשין. ראו, למשל, ע"פ 779/15 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בבנו, 12.4.2015). להשלמת התמונה יוער כי חריגה ממתחם הענישה אפשרית גם בשם "הגנה על

שלום הציבור", אלא שזהו שיקול הנוגע באינטרס הציבורי, כמוכח, ולא בפרט הנוגע בדבר.

140 זוהי תמונת-הראי של סוגיה שנזכרה קודם לכן – הטלת אחריות על אדם בשל מעשיו של אחר בחבורה של "מבצעים בצוותא". ראו לעיל ה"ש 132 והטקסט שמפנה אליה.

141 הדוגמה הקלסית לדיון בפקודה בלתי-חוקית בעליל במשפט הישראלי נותרה, עד היום, "פרשת כפר-קאסם" (ביד"צ מר/3/57 תובע צבאי נ' מלינקי, פ"מ יז 90 (1958)).

142 ס' 29 לחוק העונשין.

143 כך נקבע לגבי העברות של חבלה בחבורה, אונס בחבורה ושוד בחבורה (ס' 335(א)(2), 345(ב) (5) ו-402(ב) לחוק העונשין, בהתאמה).

144 ההסדר העדכני בתחום זה מעוגן בס' 7-17 לפקודת הנוזיקין (נוסח חדש) (להלן: פקודת הנוזיקין). ראו רע"א 775/11 פלקסר נ' מדינת ישראל – משטרת ישראל (פורסם בבנו, 11.8.2014).

145 ראו ס' 17 לפקודת הנוזיקין.

אינה מהווה פטור מאחריות במישורים אחרים של הדין, דוגמת הדין המשמעתי, במקרים המתאימים.

## 1. לשים את האדם במרכז: כלי-עבודה לדין באתגרים עכשוויים

בשלב זה אבקש להראות כי אימוצה של נקודת-המבט המעמידה את האדם במרכז של המשפט יכולה לשמש כלי עבודה מועיל להתמודדות עם סוגיות משפטיות פרטניות שחוזרות ומתעוררות בחיי המעשה. אני מבקשת להציג כאן כמה דוגמות לכך, המבקשות ללמד לא רק על עצמן, אלא גם על חיוניותה של הזווית המוצעת לדין המשפטי גם בהקשרים אחרים.

### 1. חזקות וחזקות חלוטות

השימוש בחזקות ראייתיות, החוצה את ענפי המשפט כולם, הוא דוגמה בולטת ליישום של "נסיון החיים הכללי" על מקרהו של האדם היחיד.<sup>146</sup> בתחום המשפט הפלילי נהוג לומר כי חזקה על אדם שהוא מתכוון לתוצאות הטבעיות הנובעות ממעשיו. כך, נסיון החיים המצטבר מוחל גם על מקרה קונקרטי שבו יש להחליט אם לנאשם הייתה כוונה לפגוע באחר, ואולי אף ליטול את חייו (בהקשר של הרשעה ברצח).<sup>147</sup> בהקשר אחר נהוג ליחס לאדם עברה של גנבה כאשר נמצאים בכליו פריטים גנובים סמוך לאחר גנבתם – מה שמכונה "חזקה תכופה".<sup>148</sup> בתחום דיני המשפחה מוחלת חזקת "הגיל הרך", אשר מקנה, במקרה הרגיל, עדיפות לאם בכל הנוגע במשמורת ילדים קטינים במקרה של פרידה בין ההורים.<sup>149</sup> השאלה שחזקות מסוג זה מעוררות היא מהו המשקל שיינתן להן אל מול טענות הנוגעות במצבו של האדם שעניינו עומד לדין. אין מקום לשלול את השימוש בחזקות כלליות, גם מן ההיבט של התמקדות באדם, משום שלא אחת הן מבטאות את נסיון החיים האנושי. על-כן השאלה אינה אם השימוש בחזקות לגיטימי, אלא מהם הגבולות הראויים להסתמכות עליהן. הצבתם של גבולות כאלה נדרשת מאחר ששימוש גורף בחזקה עלול להיות מכשול להתבוננות על נסיבותיו של המקרה העומד לדין כפי שהן – נסיבות שעשויות להיות שונות מאלה של המקרה ה"טיפוסי". הקושי הכרוך בשימוש בחזקות הכלליות מתמקד כמובן במצבים שבהם הוא נעשה לחובתו של הפרט.<sup>150</sup> כמו-כן יש מקום להבחנה בין חזקות הנוגעות במצב דברים עובדתי לבין חזקות המבטאות עיקרון נורמטיבי, אשר עשוי להיות

146 לדיון כללי בחזקות ראו: Edna Ullman-Margalit, *On Presumption*, 80 J. Phil. 143 (1983).

147 ראו, למשל, ע"פ 5964/13 פרץ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.6.2015).

148 ראו, למשל, ע"פ 8584/13 שטאה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.6.2014).

149 ס' 25 לחוק הכשרות. כידוע, ועדת שניט הציעה לבטל חזקה זו (בדעת רוב כנגד דעת המיעוט בה), כפי שעוד יפורט להלן. ראו דוח הוועדה לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין (2011).

150 פטור מאחריות בשל קטינות של מבצע העברה (כפי שמורה ס' 134 לחוק העונשין) מעורר שאלות שאינן סימטריות – מתן פטור לילד שהבין את מעשיו עשוי להיות בעייתי פחות מהטלת אחריות על נער שעבר את גיל האחריות הפלילית אך למעשה תודעתו טרם הבשילה. לבעיה האחרונה ניתן מענה חלקי בכללים המיוחדים הנוגעים בשיפוט קטינים ובענישתם. ראו עוד רבין וואקי, לעיל ה"ש 40, בעמ' 719-729.



ראוי (דוגמת חזקת החפות) או בעייתי (למשל, כלל גורף לגבי החלפת שם המשפחה של האישה עם נישואיה).<sup>151</sup>

הקושי העיקרי שהשימוש בחזקות מעורר מתגלה במקרים שבהם החזקה נחשבת חלוטה, מאחר שאז נסתם לחלוטין הגולל על האפשרות להוכיח כי הכלל המשפטי אינו מתאים לנסיבותיו הספציפיות של האדם. על-כן גישה המעמידה את האדם במרכז צריכה לשאוף לצמצום מקומן ומעמדם של חזקות חלוטות (להבדיל מחזקות "סתם", שניתנות לסתירה). הדברים מקבלים כמובן משנה עוצמה כאשר החזקה החלוטה מופעלת לצורך הטלת חובות, אכן, לגישה המסתייגת מחזקות חלוטות יש מחיר מבחינת השלכותיה על העלויות הדיוניות, אך לשיטתי זהו מחיר מתבקש ואף הכרחי לשם שימור המרכיב האנושי של המשפט.

דוגמה מובהקת להסתייגות מן השימוש בחזקה חלוטה, ואף במישור החוקתי, אפשר להביא מפסק-הדין בעניין חסן,<sup>152</sup> שניתן על-ידי הנשיאה ביניש ביום פרישתה. בנסיבות העניין נדונה חוקתיותו של הסדר בחוק הבטחת הכנסה, התשמ"א-1981, אשר קבע, כחזקה חלוטה, כי מי שעושה שימוש קבוע ברכב אינו זקוק להבטחת הכנסה.<sup>153</sup> הרציונל שעמד ביסודו של תנאי זה היה ההנחה ששימוש ברכב מעיד על יכולת השתכרות שאינה מצדיקה לכאורה קבלת תמיכה מן המדינה. הנחה זו היא אכן סבירה במקרים רבים. אולם הקושי שהתעורר במקרה זה נסב על כך שהחזקה הסטטוטורית הייתה חלוטה, באופן ש"תפס" את כלל המקרים, לרבות כאלה שבהם השימוש ברכב אינו מעיד על דבר (למשל, כאשר הוא נובע מצורך להסיע ילד נכה, ונעשה תוך קבלת סיוע כספי מן המשפחה). כך, הפעלת החזקה החלוטה שמטה למעשה את "רשת הביטחון" האחרונה של מי שזכאותו נשללה. הנשיאה ביניש קבעה בפסק-דינה, בהסכמת שאר חברי ההרכב, כי קביעת ההסדר כחזקה חלוטה פגיעה בלתי-מידתית בזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד.

ענף משפטי נוסף שבו נעשה לא אחת שימוש בחזקות הוא דיני המיסים, שבו נודעת חשיבות מעשית לכללים ברורים ופשוטים להפעלה. עם זאת, אף בו מתעוררת השאלה עד כמה השגת מטרות אלה צריכה להיעשות במתכונת של אימוץ חזקות חלוטות דווקא. פסק-דין המשקף את ההעדפה הגוברת (גם אם לא המלאה) לחזקות לא-חלוטות ניתן בעניין שלמי.<sup>154</sup> בנסיבות העניין נדונה פרשנותו של סעיף 49(ב) לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963, הקובע כי לצורך הוראות החוק העוסקות בפטור ממס שבח מקרקעין במכירתה של דירת יחיד "יראו מוכר וכן זוגו... כמוכר אחד". הטעם העומד ביסוד הוראה זו הוא ברור, בשים לב לכך שבמקרה הרגיל אדם ובן-זוגו הם יחידה כלכלית אחת. אולם קיימות מערכות נסיבות, בעיקר בנישואים של בני-זוג מבוגרים בשלב מאוחר של חייהם (אם כי לא רק במצבים אלה), שבהן בני-זוג אינם יוצרים יחידה כלכלית חדשה ומאוחדת. פסק-הדין אפשר לבני-זוג להוכיח כי הם אינם מתפקדים כיחידה כלכלית אחת.

151 כלל זה אינו מבטא עוד את המצב המשפטי העדכני. ראו ס' 6 לחוק השמות, התשט"ז-1956.

152 בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה (1) 782 (2012).

153 החזקה החלוטה שבחוק התבטאה בייחוס הכנסה רעיונית בגובה הקצבה למי שעשה שימוש כלשהו ברכב, ובלבד שהיה זה שימוש קבוע.

154 עניין שלמי, לעיל ה"ש 99. ראו גם ע"א 900/01 קלס נ' פקיד שומה תל-אביב 4, פ"ד נז(3) 750 (2003). ראו גם רפעת עזאם "פרשנות דיני המיסים: מס-אמת וזכויות האדם בפסיקת

בית-המשפט העליון" משפט ועסקים יח 401, 462-464 (2014).

בין היתר כתבתי בעניין זה כך: "ברירת המחדל בשיטת המשפט הישראלית היא כי בין בני זוג קיים שיתוף רכושי – כך בדיני המשפחה וכך בדיני המס. אולם, לא כל הזוגות עשויים עור אחד, ועל המשפט להתאים עצמו למציאות זאת ולהתחשב בה. בני זוג העורכים הסכם ממון שמאמץ הפרדה רכושית מלאה ביניהם מממשים בכך את בחירתם שלא להפוך ליחידה כלכלית אחת... החלתו של משטר מס שבח על בני זוג שכווננו ביניהם משטר של הפרדה רכושית מוחלטת, תוך התעלמות מהסכמתם, כופה עליהם דה־פקטו שיתוף רכושי עקיף (במובן זה שמצבו הכלכלי של כל אחד מהם בעקבות מכירתה של דירה מושפע ממצב נכסיו של האחר)"<sup>155</sup>.

המסקנה המשותפת העולה מן הדיון במקרים אלה היא שהשימוש בחזקות מעורר קושי מיוחד כאשר החזקה "קמה על יוצרה" וחוסמת כליל את הדרך להוכיח כי ההנחות שביסודה אינן מתקיימות במקרה הפרטני שנדון לפני בית־המשפט.<sup>156</sup> יש במסקנה זו כדי להאיר באור נוסף את המחלוקת בשאלה של "חזקת הגיל הרך", המקנה עדיפות ראייתית לאם בסכסוכי משמורת שעניינם ילדים צעירים. נגד חזקה זו נטען כי היא אינה שוויונית, ומובילה לתוצאות לא־צודקות. לשם התמודדות עם הטענה יש להבחין בין שתי שאלות – אם יש מקום להתחשב בחזקות בהליך של קביעת משמורת, ואם החזקה במתכונתה הנוכחית היא רצויה. לנוכח האמור עד כה נראה שקל לומר כי אין פסול עקרוני בעצם השימוש בכלי של חזקה ראייתית גם בתחום זה. אולם, חשוב לחזור ולבחון אם החזקה המסורתית בנושא עורנה משקפת את המציאות החברתית והמשפטית או שמא יש להמירה בחזקה "מעודכנת" – למשל, "חזקת ההורה המטפל".<sup>157</sup>

## 2. התאמת המשפט המנהלי לאוכלוסיות מוחלשות

דוגמה נוספת לחשיבותה של נקודת־המבט המעמידה את האדם במרכזו של המשפט עוסקת בהתאמתה של מדינת הרווחה המודרנית להתמודדות עם קשייהם של יחידים הנמנים עם אוכלוסיות מוחלשות.<sup>158</sup> השאלות בהקשר זה מתעוררות בשני מישורים – מישור שיקול־הדעת ומישור ההליך. במישור שיקול־הדעת השאלה היא עד כמה הרשויות המנהליות פתוחות לשקול את ענייניו של הפרט ולסייע לו גם אם לפי "שורת הדין" הוא אינו כשר לקבלת זכאות מסוימת. במישור ההליך השאלה היא עד כמה הפרוצדורה המנהלית מותאמת לשמיעת קולם של אנשים ששפת המשפט אינה שגורה בפיהם, ולפעמים אף לא שפת המדינה או ה"קודים" המקובלים ברשויות המנהליות.

155 עניין שלמי, לעיל ה"ש 99, פס' 5 לחוות־דעתי.

156 בעניין זה ראו לעיל ה"ש 23 ביחס לחקיקה שאסרה באופן גורף איחוד משפחות.

157 ראו עוד דפנה הקר "פמיניזם דילמתי ומודל המשמורת הפיזית הרצוי בגירושין" עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם 699 (דפנה ברק־ארז ואחרות עורכות, 2007).

158 חשוב לחזור ולהזכיר בהקשר זה כי ההתחשבות באנשים המשתייכים לקבוצות מוחלשות אינה מבטאת "תיוג" קבוצתי שלהם, אלא מבוססת על ההנחה ההגייונית כי כל אחד מהם – בפני עצמו – חווה קשיים בשל בית הגידול שלו, דהיינו, סביבת חייו וההזדמנויות המוגבלות שניתנו לו. ראו גם לעיל תת־פרק 2.

האתגר שמישור שיקול-הדעת מזמין הוא הקשה מבין השניים. כאשר החוק, התקנה או ההנחיה החלים על עניינו של הפרט אינם מקנים לו זכאות, ברגיל דרכה של הרשות לסייע לו חסומה, בין מטעמים של חוקיות המנהל (כאשר מדובר בנורמה סטטוטורית) ובין מטעמים של שוויון (גם כאשר מדובר בהנחיות, שמהן ניתן לסטות).<sup>159</sup> כמו-כן, אי-אפשר להתור למצב שבו הרשות המנהלית תעניק הטבות ללא כל אמת-מידה, בשל חשש להפליה ולפרוטקציוניזם. אולם, חשוב להקפיד שהכללים המסדירים את פעילותה של מדינת הרווחה יכללו בכל-זאת "שסתומים" לקבלת החלטות צודקות במקרים קונקרטיים קשים.<sup>160</sup> כך, נודעת חשיבות לקיומן של "ועדות הומניטריות" – למשל, במסגרת יישומם של דיני ההגירה – וכן חשוב להקפיד שהן ימלאו את תפקידן, במובן זה שהן יותירו סיכוי (מסוים) לשכנע כי עניינו של הפרט הפונה מצדיק התייחסות מיוחדת. כמו-כן, אף שהגישה לוועדות אלה אינה יכולה להיות פרוצה לכל רוח, חשוב מאוד להקפיד ש"דחייה על הסף" של פנייה (אף ללא דיון בה לגופה בוועדה) תונהג רק לגבי מצבים שבהם הפנייה אינה מצביעה אף על "סיכוי מסוים" לקבלתה.<sup>161</sup> בהקשר אחר סברתי כי נקודת מוצא המתייחסת בחומרה להפרות חוק אינה צריכה לאיין את האפשרות שהרשויות יתייחסו – במקרים מתאימים – לנסיבות ההפרה, ובהתאם לכך למשקל שיש לתת לה בהקשרו של מקרה נתון.<sup>162</sup>

התחשבות בפרטים מוחלשים בהליך המנהלי היא חשובה לא פחות, ואף מעוררת קושי פחות מן הדיבר של חשש להפליה. בהקשר זה אין מדובר בחריגה מן הנורמה המהותית, אלא בהתאמה של הפרוצדורות הנהוגות ביחס לקבלת החלטות באופן שיאפשר לאדם המוחלש להשמיע את קולו. כאן השאלה היא אם ההליך המנהלי מדבר בשפתו של היחיד – לא רק מבחינת הלשון עצמה,<sup>163</sup> אלא גם מבחינת ניהול השיח באופן שמבהיר לאדם הנוגע בדבר מהם הנושאים העומדים על הפרק, ומאפשר לו להציג את עניינו בצורה מלאה המשרתת את ההגנה על זכויותיו. לא אחת תועדו בספרות מקרים שבהם החלת הכללים ה"יבשים" על פרטים מוחלשים הובילה לתוצאות לא-צודקות בשל אי-הטיית אוזן קשובה לנסיבותיהם ובעיקר לאופן הצגתן.<sup>164</sup> ניתן להוסיף כי התחשבות בפרט המוחלש בדרך ניהולו של ההליך

159 לעקרונות החלים על סטייה מהנחיות מנהליות ראו, למשל, בג"ץ 4422/92 עפרן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מז(3) 853 (1993).

160 לא אחת עובדים סוציאליים נתקלים בקושי של חוסר יכולת לסייע למי שאינו נופל "בריוק" לתוך הכללים. כך, למשל, בתחום הדיור הציבורי מוכרת הבעיה שרק הורות לכמה ילדים מקנה זכאות לדיור ציבורי.

161 עע"ם 2357/14 אסברוק נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 19.3.2015).

162 ראו עע"ם 823/12 קליסה נ' שמעון, פס' 31 לחוות-דעתי (פורסם בנבו, 8.8.2013). בעניין זה נותרתי בדעת מיעוט, כנגד דעת הרוב שהדגישה את השיקול של הגנה על נכסי ציבור מפני פולשים כשיקול שמכריע את הכף.

163 למשל, ניסוח הנהלים באופן שיהיה נגיש ובהיר גם למי שאינם משפטנים או שחקנים חוזרים "מתוחכמים".

164 ראו, למשל, לואי א' ווייט "הכפפה, כישורי הישרדות רטוריים ונעלי יום ראשון: הערות על השימוע בעניינה של גברת ג'" מעשי משפט ב 119 (2009). ראו גם איל פלג אתגר העוני של המשפט המינהלי (2013).

אינה פוגעת בהכוונת התנהגויותיהם של הפרטים הכפופים להחלטות מנהליות, מאחר שהיא אינה נוגעת בתוכנה של ההחלטה המתקבלת בסופו של דבר.

דוגמה ראשונה ניתן להביא מעניין גורובץ,<sup>165</sup> שבו נדון עניינה של מי שהתאלמנה מאזרח ישראלי קודם שהושלם תהליך רכישת המעמד שלה בישראל. נוהל משרד הפנים במקרים מסוג זה מורה כי ההחלטה בשאלה אם לאפשר את השלמת תהליך ההתאזרחות מתקבלת על בסיס בדיקה מהי המדינה שאליה יש לבן־הזוג הנותר זיקה חזקה יותר – ישראל או ארץ־המוצא שלו. השאלה היא כיצד המשרד מיישם מדיניות זו, שהיא סבירה כשלעצמה, ומהם מאפייניו של ההליך שבו זיקות אלה נבחנות. העותרת זומנה לריאיון שבו יכלה אומנם להגיד כל דבר שיעלה בדעתה, אך בפועל השאלות הספציפיות שהופנו אליה נגעו בחייה באוקראינה ובזיקותיה למדינה זו בהיבטים של רכוש, קרובים וכולי'. קו תשאול זה הוביל לכך שהריאיון התרכז בנושאים אלה, ובסופו של דבר התקבלה החלטה שלפיה הקשר של העותרת לאוקראינה הוא משמעותי. העתירה נגד ההחלטה נדחתה בבית־המשפט המחוזי, והערעור על כך נדחה ברוב דעות בבית־המשפט העליון. בדעת המיעוט שלי סברתי כי המקרה מצדיק עריכת ריאיון חוזר במשרד הפנים, שבו תינתן לעותרת הזדמנות להתייחס גם לקשריה החברתיים והתרבותיים בארץ, על־מנת שיהיה אפשר להשוות בצורה אמיתית והוגנת בין זיקותיה לאוקראינה לבין זיקותיה לישראל.

דוגמה נוספת ניתן להביא מעניין שניידר.<sup>166</sup> במקרה זה נדונה השאלה אם נכד של דיירת עמידר שלטענתו התגורר עימה זכאי להיות מוכר כ"דייר ממשין". עמידר הציגה בבית־המשפט "דוחות מעגל"<sup>167</sup> שבהם נאמר מפי הדיירת כי היא מתגוררת לבדה (לאחר שנשאלה לגבי "סימני חיים" של אדם נוסף). כמו־כן היא הוחתמה על תצהיר ברוח זו. דעת הרוב הייתה שדי בכך להניח בסיס של "ראיות מנהליות", תוך דחיית "הצהרות" שכנים שהביא הנכד. אני, לעומת זאת, סברתי בדעת מיעוט כי קיים קושי בהצגת השאלות ואף בהחתמה על תצהיר מבלי להעמיד את הדייר על כך שחתימה זו אומנם מבטיחה תשלום שכר־דירה נמוך יותר אך עלולה לחבל באפשרות להכיר בבני משפחתו כ"דיירים ממשכים".<sup>168</sup>

### 3. זכויות חוקתיות של תאגידים

כפי שכבר צוין, ההכרה במקומם ובמעמדם של תאגידים שוב אינה חדשה. עם זאת, היא קיבלה "תנופה" מחודשת ומשנה חשיבות על רקע ההתלבטות המאוחרת יותר באשר לשאלת ההכרה בהענקת זכויות חוקתיות (ולא רק זכויות משפטיות "רגילות") לתאגידים. בישראל התפתח השיח המשפטי באשר לאפשרות של הכרה בזכויות חוקתיות של תאגידים בעיקר מאז נחקקו חוקי־היסוד על זכויות האדם. נוסחם של חוקי־היסוד אינו

165 ע"ם 6147/11 גורובץ נ' משרד הפנים – מינהל האוכלוסין (פורסם בנבו, 3.3.2013).

166 ע"ם 2732/14 שניידר נ' משרד הבינוי והשיכון (פורסם בנבו, 28.1.2015).

167 הכוונה היא לדוחות שנערכו במסגרת הבדיקה השוטפת של הנכס על־ידי נציגים של החברה המשכנת.

168 לדיון באופן גביית הראיות בהליך המנהלי ראו גם את חוות־דעתי בעניין ע"ם 5017/12 אמזלג נ' עמידר, החברה הלאומית לשיכון בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 29.1.2013) (גם־כן בדעת מיעוט לעניין התוצאה).

סותר הענקת זכויות על-פיהם גם לתאגידים. על רקע זה, וגם בהתחשב בפסיקה שקדמה לחוקי-היסוד,<sup>169</sup> החיל בית-המשפט העליון את חוקי-היסוד גם על תאגידים באופן עקרוני, על בסיס ההנחה המובלעת שההגנה על זכויות אלה חשובה להגנת זכויותיהם של יחידים.<sup>170</sup> מפעם לפעם צוין שלא כל הזכויות מתאימות על-פי טיבן לחול על תאגידים, אך באופן שמבכיר כי תחולתה של הגנת הזכויות על תאגידים היא הכלל.<sup>171</sup> ההתלבטות בשאלת הזכויות החוקתיות של תאגידים אינה מיוחדת למשפט הישראלי. היא התחדדה במיוחד בפסיקתו של בית-המשפט העליון של ארצות-הברית, אשר הכיר בזכותם של תאגידים, גם מסחריים, לחופש ביטוי (בהקשר של פסילת הגבלות לגבי תרומות למועמדים במערכת הבחירות),<sup>172</sup> ואף בזכותם של תאגידים שהבעלות בהם מוחזקת על-ידי מעטים לחופש דת (בשם ההגנה על חופש הדת של בעלי המניות בהם).<sup>173</sup> בעיקרו של דבר, גם בארצות-הברית הטעם המרכזי שניתן לתמיכה בהכרה בזכויות אדם של תאגידים

169 ראו לעיל תת-פרק ג1.

170 ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995). בפסק-דין תקדימי זה, שעסק לראשונה בביקורת שיפוטית של חקיקה, נדונה ההגנה על זכותו החוקתית לקניין של בנק, שהוא תאגיד מסחרי. ראו גם בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004).

171 ראו, למשל, בג"ץ 4593/05 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה, פס' 10 (פורסם בנבו, 20.9.2006); בג"ץ 956/06 איגוד הבנקים בישראל נ' שר התקשורת, פס' 7 (פורסם בנבו, 25.3.2007); בג"ץ 6971/11 איתנית מוצרי בניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פס' 17 (פורסם בנבו, 2.4.2013). יצוין כי בספרות המשפטית נמתחה על גישתה זו של הפסיקה גם ביקורת, שהרגישה כי לא תמיד החלת המשטר של חוקי-היסוד על תאגידים אכן מחזקת את מצב ההגנה על זכויות אדם. ראו עופר סיטבון "על בני אדם, תאגידים ומה שביניהם – האם חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו צריך לחול על תאגידים?" קריית המשפט ח 107 (2009).

172 ראו: Citizens United v. Federal Election Commission, 558 U.S. 310 (2010). לפסיקה מוקדמת יותר שהתוותה כיוון זה ראו: First National Bank of Boston v. Bellotti, 435 U.S. 765 (1978). פסיקה זו שימשה מוקד לדיון ולביקורת מכיוונים שונים. לביקורת המתמקדת במישור החוקתי ראו: Samuel Issacharoff, *On Political Corruption*, 124 HARV. L. REV. 118 (2010); Kathleen M. Sullivan, *Two Concepts of Freedom of Speech*, 124 HARV. L. REV. 143 (2010); Geoffrey R. Stone, *Citizens United and Conservative Judicial Activism*, U. ILL. L. REV. 485 (2012); Jedediah Purdy, *Neoliberal Constitutionalism: Lochnerism for a New Economy*, 77 L. & CONTEMP. PROBS. 195 (2014) Lucian A. Bebchuk & Robert J. Jackson, Jr., *Corporate Political Speech: Who Decides?*, 124 HARV. L. REV. 83 (2010); Leo E. Strine, Jr. & Nicholas Walter, *Conservative Collision Course?: The Tension between Conservative* ראו כי בישראל, להבדיל מארצות-הברית, חל איסור על קבלת תרומות פוליטיות מתאגידים. ראו ס' 8א) לחוק מימון מפלגות, התשל"ג-1973.

173 ראו: Burwell v. Hobby Lobby, 573 U.S. (2014). פסק-הדין עסק בתאגיד מסחרי, אך כזה שהוגדר "closely held". הסוגיה שנדונה בפסק-הדין הייתה סירובו של התאגיד לכלול בתוכנית הביטוח הרפואי לעובדיו כיסוי לאמצעי מניעה.

הוא הצורך להגן על זכויותיהם של האנשים המאוגדים במסגרתם. הביקורת על גישה זו התמקדה בחשש שההכרה בזכויות חוקתיות של תאגידים, שהיא התפתחות מאוחרת, כרוכה ב"בעיות נציג" קשות, ותוביל בפועל להעצמה נוספת של כוחם מעבר למידה הראויה, בשים לב לכוחם הכלכלי הרב ממילא.<sup>174</sup> ואומנם, גישה שונה ומצומצמת יותר באה לידי ביטוי בחוק־היסוד הגרמני ובחוקה הדרום־אפריקנית. חוק־היסוד הגרמני קובע כי בכל הנוגע באנשים "מלאכותיים" (artificial persons) יחולו הזכויות החוקתיות במידה שמאפשר זאת טבען.<sup>175</sup> בדומה לכך, החוקה הדרום־אפריקנית מבחינה בין "אדם טבעי" (natural person) לאדם משפטי (juristic person), ומורה כי האחרון ייחנה מן הזכויות שהחוקה מקנה רק ככל שהדבר מתיישב עם אופייה של הזכות ועם מאפייניו של האדם המשפטי.<sup>176</sup>

אני סבורה כי אימוץ נקודת־המבט המדגישה את מקומו של האדם הממשי במרכזו של המשפט יכולה לסייע בבחירת הפתרון הראוי, ברוח המגמה העולה מן המשפט החוקתי של גרמניה ודרום־אפריקה. ככל שהמטרה היא אכן להגן על זכויותיהם הכלכליות של האנשים המאוגדים במסגרת התאגיד, חשוב להגן על אותן זכויות שמיוחדות לתאגיד עצמו – זכויות הקניין שלו. כמו כן, הגנה על חופש הביטוי המסחרי של התאגיד עולה בקנה אחד עם ההגנה על אותן זכויות שקשורות לפעילותו העסקית, דוגמת זכות הקניין או חופש העיסוק. לעומת

174 ההגנה על זכויות חוקתיות של תאגידים מתפרשת גם על תחומים שחורגים מקידום מטרותיהם העסקיות – למשל, על תרומות למטרות פוליטיות. ההחלטות על כך מתקבלות על־ידי הנהלת החברה או בעלי המניות השולטים בה. הן אינן מקדמות בהכרח את טובתו העסקית של התאגיד, ולעיתים הן אף עומדות בניגוד לעמדתם של בעלי המניות האחרים. הביקורת על גישתה המרחיבה של הגישה האמריקנית הובילה אף להעלאת הצעה לתיקון החוקה באופן שיבדיל בין היא מגינה על זכויותיהם של אנשים טבעיים בלבד, כדלקמן:

"Section 1. We the people who ordain and establish this Constitution intend the rights protected by this Constitution to be the rights of natural persons.

Section 2. The words people, person, or citizen as used in this Constitution do not include corporations, limited liability companies or other corporate entities established by the laws of any State, the United States, or any foreign state, and such corporate entities are subject to such regulation as the people, through their elected State and Federal representatives, deem reasonable and are otherwise consistent with the powers of Congress and the States under this Constitution.

Section 3. Nothing contained herein shall be construed to limit the people's rights of freedom of speech, freedom of the press, free exercise of religion, freedom of association and all such other rights of the people, which rights are unalienable". (S.J.Res.18 – 113th Congress (2013–2014))

יש בכך כדי לשקף את עוצמתו של הוויכוח שניטש בסוגיה זו אף בארצות־הברית.

175 ס' 19(3) לחוק־היסוד הגרמני קובע כך: "The basic rights shall also apply to domestic artificial persons to the extent that the nature of such rights permits" GRUNDGESETZ. ראו: art. 19(3) FÜR DIE BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND (FEDERAL CONSTITUTION OF GERMANY), art. 19(3).

176 ס' 4(8) לחוקה הדרום־אפריקנית מורה כך: "A juristic person is entitled to the rights in the Bill of Rights to the extent required by the nature of the rights and the nature of that juristic person" .CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF SOUTH AFRICA, 1996, art. 8(4). ראו:

זאת, בכל הנוגע בזכויות אחרות נדרשת בחינה הקשרית.<sup>177</sup> כך, למשל, כאשר מוטלת צנזורה על מאמר שמתפרסם בעיתון ששייך לתאגיד, ניתן להתמקד בפגיעה בחופש הביטוי של כותב המאמר, ואין הכרח לדון במקרה זה גם מנקודת המבט של פגיעה בחופש הביטוי של התאגיד עצמו. לכאורה, יש מקום לתת משקל גם לאופיו של התאגיד – אם מדובר בתאגיד מסחרי או שמה בתאגיד שכל תכליתו היא קידום זכויות מסוימות. מועיל לחשוב כאן גם על מעמדם של ארגוני עובדים אל מול זכותם של הפרטים המיוצגים על-ידיהם.<sup>178</sup>

#### 4. המשפט הפלילי ואחריותם של נושאי-משרה בתאגיד

לשאלת האחריות של נושאי-משרה בתאגיד (נוסף על אחריותו של התאגיד עצמו) יש חשיבות מיוחדת בתחום הפלילי – הן משום שהמשפט הפלילי מכוון מלכתחילה להתנהגויות שהפסול החברתי בהן גדול יותר והן משום שתכליתו המרכזית אינה הטבת נזקו של הנפגע, אלא הטלת אחריות על האשם. לשיטתי, משפט המחויב למיקוד באדם צריך לשים בראש מעייניו את שימור המימד של אחריות אישית (במצבים מתאימים), כך שלא תמיד יוכלו אנשים להסתתר תחת כנפי האחריות של התאגיד שבמסגרתו הם פועלים. במילים אחרות, כשם שהראיתי כי אין מקום לכך שתכונת הכלליות של המשפט תחסום את דרכו של האדם היחיד לצדק, כך גם אסור שמסך ההתאגדות יחסום כליל את דרכו של המשפט אל הפרט הפועל במסגרת התאגיד. גם אם התוצאה אינה נוחה מבחינת הפרט, במקרים מתאימים הטלת אחריות אישית מבטאת, באופן עמוק, את הכבוד לאדם כמי שיש לו רצון חופשי ויכולת לשאת באחריות. במקביל לכך, אין לומר שהדבר יחתור תחת הרצינול שביסוד ההכרה באישיות המשפטית של התאגיד, אם מביאים בחשבון את התכליות שעמדו מלכתחילה ביסודה של הכרה זו, דהיינו, עידוד יוזמה והשקעה על-מנת לקדם את הטוב החברתי.

במישור של המשפט הפלילי המהותי עצמו השאלה היא עד כמה הדין מטיל אחריות אישית על נושאי-משרה בגין פעולות שהם מבצעים במסגרת תפקידם בתאגיד. זוהי שאלה חשובה בעיקר בהקשרים של חקיקה אסדרתית (רגולטיבית). ככלל, ניתן להצביע על שני מודלים מרכזיים של חקיקה בהקשר זה: הוראות שמטילות אחריות גם על נושאי-משרה בתאגיד בגין עברות של התאגיד, אלא אם כן ביכולתם להוכיח כי הם לא ידעו על העברה

177 גם אהרן ברק הדגיש בכתיבתו כי הענקתן של זכויות חוקתיות לתאגידים צריכה להיות מוגבלת לזכויות שמתאימות על-פי טיבן לחול על תאגידים, ובהקשר זה הוסיף כי אין אלה פני הרברים ביחס לזכות לכבוד האדם, אשר מוענקת ליחידים בלבד. ראו אהרן ברק "התאגיד וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" מאוני משפט ח 11 (2013); אהרן ברק כבוד האדם: הזכות החוקתית ובנותיה כרך ראשון 386 (2014). הגישה המוצעת כאן צרה אף יותר.

178 במקרים שבהם התאגיד אמור לייצג את זכויותיהם של חבריו עשויה להתעורר במשנה עוצמה השאלה הנוגעת ב"בעיית הנציג". כך, למשל, האינטרסים של ארגון עובדים אינם עולים תמיד בקנה אחד עם האינטרסים של העובדים המיוצגים על-ידיו. לשם השוואה ניתן להזכיר כי בעניין הארגון הארצי של מפעלי השמירה, לעיל ה"ש 67, נקבע כי אף שבמקום עבודה שבו חל הסכם קיבוצי אי-אפשר, ברגיל, להגיש תובענה ייצוגית, חריג זה לא יחול באותם מצבים שבהם ארגון העובדים אינו פועל הלכה למעשה לאכיפת זכויותיהם של העובדים.

ואף נקטו אמצעים סבירים לקיום הוראות החוק;<sup>179</sup> והוראות אחרות שמטילות אחריות על נושאי־משרה לפקח ולעשות כל שניתן למניעת ביצוען של עברות.<sup>180</sup> חשוב להוסיף ולהזכיר בהקשר זה את האיסור הכללי שחוק העונשין מטיל על תאגיד לשלם, במישרין או בעקיפין, קנס שהוטל על זולתו.<sup>181</sup> אם כן, התאגיד אינו רשאי לשאת בקנסות המוטלים באופן אישי על נושאי־משרה בו.

במישור של מדיניות התביעה השאלה של שימור האחריות האישית לצד אחריותו של התאגיד חוזרת ומתעוררת משום שלא אחת קל יותר מבחינה עובדתית להעמיד לדין את התאגיד, במקום להתחקות אחר זהותם של מי שביצעו את העבירות במסגרתו. בהיבט קיים גם תמריץ לנושאי־משרות בתאגיד לסייע בהליך ההעמדה לדין של התאגיד עצמו במחיר של "הצלת עורם". על רקע זה נודעת חשיבות למדיניות מצמצמת בכל הנוגע בעריכתם של הסדר־טיעון המכוונים להרשעתם של תאגידים בלבד (ובהמשך לכך, בכל הנוגע באישורם של הסדר־טיעון כאלה). כמובן, הדברים תלויים במכלול של שיקולים, וביניהם סוג העבירה שמדובר בה.<sup>182</sup>

דילמה זו התעוררה בעניין דרור כהן,<sup>183</sup> שנסב על הסדר־טיעון שנחתם בין בכירים ברכבת ישראל לבין רשויות התביעה בנוגע לכתב האישום המקורי שהוגש בגין תאונה קטלנית שנהרגו בה כמה מנוסעי הרכבת. הסדר־הטיעון התבסס על ביטול האישומים בגרם מוות ברשלנות נגד הבכירים, והותרת אישומים אלה נגד רכבת ישראל (התאגיד) בלבד. בנסיבות העניין נדחתה העתירה שהוגשה נגד הסדר־הטיעון, במסגרת הכלל שלפיו רק במקרים נדירים יתערב בג"ץ בשיקול־דעתה של התביעה לעניין העמדה לדין או עריכת הסדר־טיעון. עם זאת, בדעת יחיד הצבעתי על הבעייתיות שהסדר־הטיעון מעורר, בשמרו את ההעמדה לדין של התאגיד לברו, להבדיל מבעלי־התפקידים שפעלו בגדרו. בדבריי אלה התרעתי מפני השימוש בעיקרון של אחריות פלילית של תאגידים כתחליף למיצוי ההליך הפלילי נגד אנשים בשר־ודם שכייוונו את התאגיד בדרך שבה הלך, והוספתי כי על הפרקליטות לבחון היטב, במקרים עתידיים, באיזו מידה העמדה לדין של התאגיד בלבד, ללא העמדה לדין של בעלי־תפקידים בו, משרתת את תכליות המשפט הפלילי וכפועל יוצא מכך את האינטרס הציבורי. במסגרת בחינה זו, כך סברתי, יש לתת את הדעת לסוג העבירה, לחומרתה, לנסיבות ביצועה,

179 כך, למשל, ס' 48 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, קובע בעניין זה כך: "נעברה עבירה לפי חוק זה בידי חבר־בני־אדם, יואשם בעבירה גם כל אדם אשר בשעת ביצוע העבירה היה, באותו חבר־בני־אדם, מנהל פעיל, שותף – למעט שותף מוגבל – או עובד מינהלי בכיר האחראי לאותו תחום, אם לא הוכיח שהעבירה נעברה שלא בידיעתו ושנקט כל אמצעים סבירים להבטחת שמירתו של חוק זה".

180 כך, למשל, ס' 64(א) לחוק אוויר נקי, התשס"ח-2008, קובע כי "מעביד ונושא משרה בתאגיד חייבים לפקח ולעשות כל שניתן למניעת ביצוע עבירה לפי חוק זה בידי עובד מעובדיו".

181 ס' 252א לחוק העונשין.

182 להשלמת התמונה ייאמר כי החשש שהסדר־טיעון יובילו למעשה למתן פטור לנאשמים מסוימים על־חשבון נאשמים אחרים, אשר יישאו בעבורם בעול, מתעורר גם מחוץ למסגרת התאגידית – למשל, כאשר מתנהלת חקירה פלילית נגד בני־זוג בגין פעילות כלכלית משפחתית (בחשבונות־בנק, בהעסקת עובדים וכולי) ובפועל רק אחד מהם עומד בסופו של דבר לדין.

183 בג"ץ 4395/12 דרור כהן נ' פרקליטות מחוז מרכז (פורסם בנבו, 15.11.2012).



להישנותה, לשיקולי הרתעה, למידת הקרבה הפונקציונלית בין נושאי־המשרה הרלוונטיים בתאגיד לבין הפעולה מושא כתב האישום, וכמובן לאינטרס הציבורי במובנו הרחב. גישה זו זכתה בתמיכה בעניין נמלי ישראל.<sup>184</sup> השאלה העיקרית שעמדה לדיון במקרה זה הייתה אם ניתן להטיל צו מבחן על תאגיד (להבדיל מאדם טבעי). עם זאת, בהתייחסם לאמצעים העונשיים המוגבלים שבהם ניתן להשתמש בעניינם של תאגידים, חיוו חלק מן השופטים את דעתם כי יש להעדיף הסדר־יטעון שאינם כרוכים ב"פטור" של נושאי־המשרה בתאגיד מאחריותם האישית כאשר מעשה או מחדל שעשו במסגרת פעילותו של התאגיד גרם נזק.<sup>185</sup>

## 5. המשפט האזרחי ואחריותם של נושאי־משרה בתאגיד

במישור האזרחי התביעה נגד התאגיד היא התביעה המתבקשת מבחינת החתירה לקבלת פיצוי מבעל "הכיס העמוק". לכאורה, כאשר מדובר במצבים של "רק כסף" אין בכך כדי להפריע.<sup>186</sup> למעשה, עקרון האחריות המשפטית הנפרדת של התאגיד נועד במקורו – קודם־כל – לשחרר מחיובים אזרחיים את בעלי המניות, ולמעשה את הפועלים במסגרת התאגיד באופן כללי יותר. עם זאת, גם כאן יש לשאול עד כמה עיקרון זה צריך להיות גורף. מתן פטור לבעלי־התפקידים מאחריות לכל מעשה עולה שעשו במסגרת התאגיד אינו מתאים במישור המוסרי, ואף לא מן ההיבט של הכוונת התנהגויות.

כאשר מעשה או מחדל שנעשו במסגרת פעילות של תאגיד וגרמו נזק מהווים עוולה בנוזיקין, ניתן לתבוע לא רק את התאגיד עצמו, אלא גם אנשים שפעלו במסגרתו, ובלבד שהם יחובו בגין מעשים או מחדלים שלהם בלבד. סעיף 54(א) לחוק החברות, התשנ"ט-1999,<sup>187</sup> קובע בהקשר זה כי "אין בייחוס פעולה או כוונה של אורגן, לחברה, כדי לגרוע מהאחריות האישית שיחיד האורגן היו נושאים בה אילולא אותו ייחוס". בהתאם לכך הוטלה אחריות אישית בנוזיקין על מנהלים בגין מחדלים רשלניים שלהם.<sup>188</sup> הדברים מורכבים יותר כאשר מדובר בפעולות שעניינן משא־ומתן עסקי, שאמורות להיות מיוחסות לתאגיד בלבד. כיום דומה שאין עוד מחלוקת על כך שיש מקום להכיר באחריות אישית למעשי מרמה מובהקים שנעשים במסגרת של תאגיד.<sup>189</sup> אולם, אין הסכמה באשר להיקפה הראוי של האחריות האישית. דוגמה לכך ניתן להביא מעניין מרכז העיר אשדוד.<sup>190</sup> במקרה זה נדון עניינן של חברות בנייה שהפרו את התחייבויותיהן כלפי קוני דירות לדאוג לרישום זכויותיהם בתוך זמן סביר. השאלה שהתעוררה הייתה אם מנהלי החברות – אשר שבו והבטיחו כי הנושא "בטיפול" ויהיה "בסדר" אך למעשה לא נקפו אצבע – חייבים אף הם כלפי הקונים. דעת

184 דנ"פ 8062/12 מדינת ישראל – המשרד להגנת הסביבה נ' חברת נמלי ישראל – פיתוח ונוסעים בע"מ (פורסם בנבו, 2.4.2015).

185 שם, פס" 45 לפסק־דינו של הנשיא (בדימ') גרוניס, וכן הערותיה של השופטת חיות.

186 ניתן אף לשער כי מי שנכשל בפעולתו יישא בתוצאות לכך בעקיפין, בדרך של אובדן משרתו או פגיעה במוניטין המקצועי שלו. אולם השלכות אלה אינן מתממשות תמיד בחיי המעשה.

187 להלן: חוק החברות.

188 ראו, למשל, ע"א 6507/11 מפעלי לוקי לבניה בע"מ נ' ג.ד עיט חברה לשירותים בע"מ (פורסם בנבו, 11.3.2014).

189 ראו ע"א 230/80 פנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו, פ"ד לה(2) 713 (1981).

190 ע"א 3807/12 מרכז העיר אשדוד ק.א בע"מ נ' שמעון (פורסם בנבו, 22.1.2015).

הרוב סברה כי אין זה המקרה המתאים להטלת אחריות אישית על נושאי־משרה, בעוד אני סברתי אחרת בדעת המיעוט. במישור העקרוני נסבה המחלוקת העיקרית על הברדלי הגישות ביני לבין השופט דנציגר. בעוד השופט דנציגר סבור כי אחריות אישית אמורה להיות מבוססת על חוסר תום־לב שיש בו סממנים של הטעיה או מרמה, עמדתי שלי היא שהרף להטלת אחריות אישית צריך להיות נמוך יותר (הגם שאני מקבלת את הגישה הגורסת כי אל לו להיות נמוך מדי).

החשיבות הנודעת לאחריות אישית מתבטאת גם בהגבלות שעניינן היקף האפשרות לפטור מאחריות או לבטח מפני תביעות. סעיף 258(א) לחוק החברות מורה כי "חברה אינה רשאית לפטור נושא משרה מאחריותו בשל הפרת חובת האמונים כלפיה"<sup>191</sup>, להבדיל מפטור מאחריות בשל הפרתה של חובת הזהירות כלפי החברה.<sup>192</sup> נוסף על כך החוק קובע הוראות המגבילות את היקף האפשרות לשפות נושאי־משרה בגין חיובים שהושתו עליהם<sup>193</sup> או לבטח אותם מפני תביעות.<sup>194</sup> גם בהקשר אחרון זה נשמרת ההבחנה בין ההיתר הרחב לבטח מפני הפרתה של חובת הזהירות לבין הגבלת האפשרות לבטח מפני הפרתה של חובת אמונים כלפי החברה רק למקרים שבהם "נושא המשרה פעל בתום לב והיה לו יסוד סביר להניח שהפעולה לא תפגע בטובת החברה".<sup>195</sup>

דוגמה למחלוקת ביחס למימוש האחריות האישית של נושאי־משרה בקשר לאישורם של הסדרי חוב ניתן להביא מעניין אפריקה ישראל.<sup>196</sup> במקרה זה נדונה תניית פטור בהסדר חוב שחלה גם על אחריותם של הדירקטורים בחברה. במרכזו של פסק־הדין עמדה השאלה על אילו עילות תביעה תניית הפטור משתרעת. בנסיבות העניין סברו הכל כי התניה מעניקה פטור מאחריות לדירקטורים מפני תביעה בעילות של רשלנות והפרת חובת אמונים בתום־לב, ואינה צריכה להתפרש כמשתרעת גם על תביעה בעילות של תרמית או הפרה של חובת אמונים שלא בתום־לב. עם זאת, ברקע הדברים ניצבו חילוקי־דעות עקרוניים באשר למקרים אחרים. השופט עמית, שעימו הסכימה השופטת ברון, סבר כי אין לשלול באופן קטגורי תניות פטור שיחולו גם על עילות של תרמית או הפרת חובת אמונים שלא בתום־לב, בכפוף לכך שפרשנותן של תניות אלה צריכה להיות דווקנית ולהתבסס על התייחסות מפורשת ומפורטת שלהן לאותן עילות. השופט סולברג, לעומת זאת, סבר כי במישור העקרוני אין מקום להשלים עם פטור מאחריות אישית במצבים אלה, ובכך ביטא עמדה הקרובה יותר לזו המוצגת כאן.

191 ס' 258 לחוק החברות.

192 ס' 259 לחוק החברות.

193 ס' 260 לחוק החברות.

194 ס' 261 לחוק החברות.

195 שאלה שטרם הוכרעה נסבה על חוקתיותו של האיסור הסטטוטורי על עריכת ביטוח או הסדרי שיפוי כנגד הליכים של אכיפה מנהלית (בס' 56 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968). ראו עניין איגוד הנאמנים בשוק ההון, לעיל ה"ש 70. העתירה נדחתה בשל העדר בשלות, ולכן הסוגיה לא נדונה לגופה.

196 רע"א 4024/14 אפריקה ישראל להשקעות בע"מ נ' כהן (פורסם בנבו, 26.4.2015).

## סיכום: משפט למען בני־אדם ופתרונות לא־מושלמים

הדיון מעלה כי חרף נקודת המוצא שלפיה המשפט נוצר למען אנשים, קיימת התלבטות מתמדת בשאלה עד כמה המשפט "יכול להרשות לעצמו" להתמקד בפרטים, ולא במערכות, בהכללות ובמסגרות. מבחני האיזון של המשפט החוקתי מקפידים כל העת להעמיד אלה מול אלה את זכויות הפרט והאינטרסים הציבוריים. נטייתם של החיים המודרניים היא לחזק את הפן הכללי והתועלתני של המשפט ולהדגיש את ההתייחסות למסגרות חברתיות רחבות. זהו הכרח בל יגונה, ולעיתים הוא גם מסייע לפרט (היכול, למשל, להסתמך על כללים וכך לתכנן את פעולותיו). עם זאת, אני סבורה כי חשוב לשמור כל העת על הגחלת המזכירה לנו כי המשפט הוא בסופו של דבר על בני־אדם ולמענם. תובנה זו גלומה למעשה במשפט הפוזיטיבי, והמאמר ביקש – בשלב הראשון – לחשוף את ביטוייה בו. בהמשך לכך הוצג הטיעון כי הדגשתה של נקודת־המבט המעמידה את האדם במרכז אינה רק פרספקטיבה חשובה להתבוננות על המשפט, אלא גם תורמת לדיון בסוגיות משפטיות שגיבושן טרם הושלם. כפי שהראיתי, לעיתים החתירה להעמדת האדם במרכז אמורה להשפיע על הכללים המשפטיים עצמם. במקרים אחרים – לצד העמדה הבסיסית המצדדת בכלליותן של נורמות – יש מקום להתאמה קונקרטית של הנורמה המשפטית לאדם שעניינו עומד לדיון.

אבקש לסיים בסיפור "לפני החוק" של פרנץ קפקא. זהו סיפורו של אדם שאינו יכול להיכנס ולעבור את שער החוק, אף שהשער פתוח לכאורה, מאחר שבפתח ניצב שומר החוסם את דרכו. לבסוף, לאחר שנות חיים של המתנה, ממש לפני מותו של האיש, השומר נפנה לסגור את השער ומסביר לזקן את מעשיו: "הכניסה הזאת נועדה רק לך, עכשיו אני הולך לסגור אותה".<sup>197</sup> מערכת משפטית תקינה אמורה להבטיח כי האדם שהמשפט נועד למענו לא יישאר מחוץ לשעריו.

197 הסיפור משולב בספר המשפט. ראו פרנץ קפקא המשפט 205-206 (אברהם כרמל מתרגם, 1992).

