בסוף השיעור הקודם צויינו 3 סוגים של מודלים: בטלות, נפסדות ובטלות יחסית. בפס"ד של האגודה לזכויות האזרח, אומרים שבאופן עקרוני היו הולכים על מודל הבטלות היחסית – ולפי זה יש פגם זעיר, ובפגם זעיר לא מדובר בבטלות אלא בנפסדות. ולכן חרף הפגם – לא מבטלים. דהיינו, יש סמכות אם להחליט. **אבל** – בית המשפט אומר שגם אם היה עובד לפי מודל הבטלות, הרי שכמו שבמדינות אחרות הוסיפו לבטלות מקרים חריגים, אז אחד המקרים הקלאסיים לאי-בטלות, זה במקרה שבו תיקון הפגם היה רטרואקטיבית. ולפיכך, אם המחוקק ביצע תיקון עם כוונת רטרואקטיביות, אז גם לפי מודל הבטלות – התוצאה לא תשתנה והחוק לא היה מתבטל.

**פס"ד גניס** – החלטה על ביטול למפרע של מענק לזכאים בגין קניית/הרחבת דירה בירושלים. בשלב מסויים המדינה מחליטה שהיא רוצה להביא אנשים לירושלים – ואז ניתן לתת מענק כדי לגרום לאנשים לבוא לגור בירושלים. אנשים עוד לא קיבלו את הכסף וניסו לבטל את החוק למפרע. הטענה – פוגע בזכות הקניין. יש כאן שאלה מעניינת של "מגיע לך משהו ועוד לא קיבלת, האם זה זכות הקניין?". –חשין מציע שנקרא את הביטול (שהוא גם חוק) באופן כזה שהוא חל רק על מי שלא הסתמך על החוק. יש אנשים שהיו מודעים לחוק ואותם צריכים לשפות. לדבריו של חשין – מי שלא הסתמך, יש פגיעה פחות חמורה בקניין שלו. ההצעה של חשין היא לקחת את הסעיף של הביטול ולקרוא אותו בדרך כזאת שתצמצם את תחולתו רק למי שלא הסתמך על החוק (איך יודעים???). כנגד זה, טוענים חבריו להרכב (השופטים מצא ורבלין) – שאי אפשר לעגן את ההצעה של חשין בתוך הסעיף ולעשות הפרדה בין 2 האוכלוסיות. חשין אומר על זה שכאשר מבטלים חוק בטענה שהחוק עומד בסתירה לחוקה, מחוקקים את זה. כאשר אומרים שיש פסול בחוק אבל החוק יבוטל רק ממועד מסויים בעתיד – גם את זה מחוקקים. ולכן אומר חשין שכל הדברים האלה צריכים להיות בחקיקה. מה שעשה פה חשין הוא למעשה לקחת את סעיף הביטול, ביטולו – וכתיבת הסעיף מחדש בצורה מפוצלת על 2 אוכלוסיות. חשין אומר בנוסף, שפועלים פה לפי עיקרון מוכר (עקרון העפרון הכחול- סימון החלקים התקינים לעומת החלקים הפגומים) שלפיו ניתן לעשות חלוקה מה בסדר ומה פחות בסדר בחוק. חשין מבין שלשון החוק אינה מאפשרת חלוקה של הסעיף – ואין ממש "חלק תקין" לעומת "חלק פגוע". כי החוק מדבר על ביטול החוק על כולם. חשין אומר שאין הבדל עקרוני בעפרון כחול ובין מה שעושים כאן. לסיכום; חשין אומר שאנחנו מחוקקים פה למעשה את חוק הביטול מחדש, ובסה"כ משתמשים בעקרון העפרון הכחול – שזה למעשה עקרון מוכר. *ברק* מצטרף לעקרון העפרון הכחול של חשין. ברק עושה מאמץ מאוד מפורט לעשות כלל פרשנות ספציפי ולעשות "ניתוח קיסרי" בתוך הסעיף. השופט ריבלין אומר שהסמכות לתקן חוקים שמורה לרשות המחוקקת ופרשנות שאינה עולה בקנה אחד עם החוק, אינה תקינה לחלוטין ועדיף שלא לחוקק. ההכרזה על אי חוקתיות, לפי ריבלין, משפיעה ומשדרת מסר לגבי מהם הגבולות של הלגיטימיות, ואז המערכת הפוליטית (כפועל יוצא מהפסילה ומההד הציבורי שמתלווה לפסילה) מפנימים ואחר כך מיישמים בהזדמנויות מאוחרות יותר.   
פס"ד האגודה לזכויות האזרח – אומר שאם העקרון הוא עקרון בטלות יחסית אומר שלא תמיד ניתן לבטל את החוק. מפס"ד גניס ניתן להבין שלכאורה, אם סוקרים את ספר החוקים ושואלים את עצמנו כמה פעמים נפסלו חוקים מאז 1992, צריך לקחת בחשבון שייקרו מקרים שבית המשפט "יציל את החוק" מהצורך להיות בטל – ע"י תיקון. אבל בעצם התיקון הוא לכל עניין ודבר ביטול של החוק וכתיבתו מחדש. דהיינו – לפי ריבלין – כאשר מתקנים את החוק אזי זה למעשה ביטול החוק וכתיבתו מחדש.

**זכויות אדם במשפט הפרטי**

דגם המדינה עבר שינויים ב- 200 השנים האחרונות. בתקופה הזאת דגם המדינה עבר כמה פאזות:

1. **מדינה "שומרת לילה"** – הפונקציה העיקרית של המדינה הוא לשמור על הבטחון של הפרט- בטחון פנימי ובטחון חיצוני. זה מחייב משטרה, צבא ומיסים ובזה מסתכם תפקידה של המדינה. המשמעות היא שרוב תחומי החיים נמצאים מחוץ למעגל הפיקוח והשליטה של המדינה (חברה, משק, תרבות, רוח – אלמנטים שלמדינה אין דריסת רגל בהם). תפיסה זו נתמכת ע"י 2 רעיונות מרכזיים: גישה אחת אומרת שהתערבות נוספת אינה ראוייה כי היא פוגעת בערך החופש; גישה אחרת אומרת שלא כדאי שהמדינה תעשה מעבר לבטחון – כי אז אם היא מתערבת בכלכלה – אזי דברים יהיו טובים ונכונים יותר (תפיסת היד הנעלמה). לפיכך, 2 ההצעות האלה אומרות שאין תועלת במדינה שהיא מעבר ל"שומרת לילה".   
   עם זאת, כבר בשלב הזה, של "מדינה שומרת לילה" – יש חשיבות לניסוח ולגיבוש של מערכת כללים ונורמות שאומרים מה למדינה אסור לעשות – ועדיין פיתחו מגילת זכויות אדם. שמירת שיווי משקל בין הפקדת הכח במדינה ובין שמירה על זכויותיו של האזרח.   
   המציאות מלמדת שככל הנראה המערכת הזאת אינה עובדת בצורה חלקה – שכן היד הנעלמה לא מצליחה לעשות את שלה – ופערים מאוד גדולים בין העניים והעשירים. וכך הבינו שהמדינה צריכה להתערב יותר.
2. **מדינת רווחה** – מדינת הרווחה קובעת סטנדרטים במערכות יחסים פרטיות, מפקחת על סטנדרטים אלה, מדינת רווחה מספקת שירותים רבים ונותנת רשת בטחון מסודרת והמדינה הוכפת להיות רגולטורית וספקית שירותים. לצורך המטרות הללו, המדינה זקוקה לכח-אדם ולכן המדינה מרחיבה מאוד את שורותיה ומעסיקה חלק גדול מכח העבודה. כדי לעשות את כל זה – המדינה לוקחת מיסים הרבה יותר גבוהים – כי זאת הדרך שבאמצעותה היא מסוגלת לעשות את כל הדברים האלה- ואז המדינה הופכת להיות ספקית השירותים והמעסיקה הגדולה ביותר. המדינה הופכת להיות, למעשה, מקור לעושר: כספקית שירותים, כמעסיקה, כחותמת על חוזים גדולים עם גופים שמספקים לה שירותים שונים. זוהי מציאות חדשה – אשר נולדת במחשבה בסוף המאה ה- 19 ונכנסת לפעולה בסוף המאה ה- 20. מדינת ישראל קמה כבר בעידן מדינת רווחה. במערכת כזאת אי אפשר להסתפק בדגם של משפט חוקתי עם הגנה על זכויות אדם – וכך נולדת דיספילינת המשפט המינהלי – שבניגוד לעיסוק בזכויות, המשפט המינהלי עוסק בקביעת הכללים על הדרך של איך מפעילים את הסמכות. האם ניתן, לדוגמא, להעביר את הסמכות ואיך מפעילים את הסמכות, שיקול דעת, איך מפרסמים וכיוצ"ב. במקביל – מתחילים להווצר ענפים של המשפט המינהלי: שלטון מקומי, תכנון בנייה וכיוצ"ב. המשפט המינהלי מטיל חובות על המדינה אך גם מגדיר זכויות יתר על המדינה. בצורה זו או אחרת, המשפט הציבורי חל במערכת היחסים שבין הפרט ובין המדינה. על הטענה שהמשפט החוקתי וזכויות האדם אינה רלוונטית במערכות יחסים בין אנשים פרטיים – ולכן בתחילה לא היו חקיקות בנושא הזה, אפשר לערער עליה מכמה כיוונים:
   1. כמו שיש מדינה – שהיא ה"לוויתן הגדול" מסתובבים "כרישים" נוספים שיכולים לפגוע בחלש – ואם אנחנו יצרנו וביצרנו את זכויות הפרט כדי להגן על הפרט מהשלטון, לכאורה יש להפעיל את אותו הדין בשינויים הנדרשים. זכויות האדם צריכים להיות פעילות גם לגבי חוסר שיוויון כוחות קיצוניים.
   2. האופן שבו מתבוננים את ההגנות החוקתיות – יש בו משהו שגוי. יש להסתכל על זה גם כסוג של טובין שלכל אחד ואחד מאיתנו יש. כל אדם שיש לו את המאפיינים של בן אנוש – הדבר הזה בא יחד עם הזכות לכבוד, לדוגמא. ולכן לא משנה מי פוגע בה – האם זאת המדינה או אנשים פרטיים. ואם זה כך, לא ברור מדוע לאפשר למעסיק פרטי (בניגוד למדינה) לפגוע בכבוד של עובד, לדוגמא.
   3. תנועה חוזרת של המטוטלת – הפרטה: להפרטה יש 2 פנים ו2 מסקנות מרכזיות. ההפרטה מחזקת מאוד מוקדי כח פרטיים. כשהמדינה מוכרת את הנכסים שלה ומפריטה אותם,מה שקורה בסופו של דבר הוא התרכזות של העושר במס' מצומצם של מוקדי כח/משפחות עושר. זה מחזק את הטיעון הראשון – והסכנה אז קיימת לא רק מה"לוויתן הגדול" אלא גם במספר "כרישים" נוספים. המסקנה השנייה היא שההפרטה אומרת שחלק מהפונקציות השלטוניות נשמרות אבל המדינה מפסיקה לתת חלק מהשירותים בצורה של outsourcing. יש הפרטה ויש מיקור חוץ. זה מחייב רגולציה מאוד ברורה. ככל שתופסים את השירותים האלה כבעלי אופי ציבורי והגוף הפרטי הוא בסה"כ שליח של המדינה – אנו אומרים שהגוף הזה, הפרטי, הוא לכאורה "המדינה" ולכן צריכים להחיל על הגוף הפרטי את היחסים בינו ובין הציבור – וזה אומר בעצם שאפשר לערער על האמירה שצריכים לחוקק חוקים רק בין הפרט למדינה.

לאור העובדה שרוצים להרחיב את התחולה של המשפט כך שיעסוק בין הפרטים, אפשר לעשות את זה ב- 2 דרכים:

* + 1. הזזת קו הגבול בין הפרט ובין המדינה: אמירה שחלק מהמקרים מחילים עליהם את ההגדרה "מדינה". מי חייב לכבד זכויות אדם? – המדינה. אבל בנוסף ל"מדינה" הסטנדרטית – להוסיף גופים מסויימים בעלי מאפיינים מסויימים. בשיטה זו שומרים על ההפרדה, והמשפט החוקתי חל על המדינה- אבל את מושג המדינה מרחיבים גם לגופים פרטיים נוספים.
    2. ביטול או טשטוש של הגבול – החובה לכבד זכויות חלה לא רק ביחס למדינה, אלא חלה גם ביחס לפרטים – ומטשטשים את הגבול.כולם חייבים לכבד זכויות בגלל כל הסיבות שמנינו. בנושא זה ניתן לחשוב עליו בכמה רמות/מודלים:
       1. *מודל תחולה ישירה* – דין אחד למדינה ולפרט.   
          אם המדינה מסרבת לקלוט מישהו לעבודה מטעמים של חוסר שוויון אז הפרט יכול לתבוע את המדינה. ואותו הדבר עם בעל מפעל פרטי יעשה את זה. משתמשים בזכות כעילת התביעה ביחס לגורם פרטי, בדיוק כמו בעילת התביעה כלפי המדינה. זה למעשה ביטול מוחלט של הגבול.   
          **תחולה ישירה אינה קיימת במדינת ישראל והיא כמעט ולא ריאלית.**
       2. *מודל תחולה עקיפה* – הערכים של הגנה ושמירה על זכויות רלוונטיים לא רק במערכת יחסים בין הפרט למדינה אלא גם לגבי מערכת היחסים לגבי פרטים. אבל הכללים לא מוחלים ישירות אלא מחלחלים למשפט הפרטי דרך צינורות המשפט הפרטי. לדוגמא; חוק החוזים קובע שמו"מ לקליטת חוזה צריך להתקיים בתום לב. מהו תום לב? זה מושג אבסטרקטי מעט שניתן למלא אותו בתוכן. מה אם נגיד שתום לב הוא כזה שמחיל את הקשר לנטייה מינית, דת או לאום – אינם משחקים תפקיד במסגרת המו"מ לכריתת חוזה ושאם לוקחים את הנתון הזה בחשבון תוך כדי מו"מ – אז זה אינו תום לב. ואז הטענה תהיה שאם יובהר תוך כדי המו"מ נסוג בגלל שיקולים כאלה, אזי זה לא שהופרה הזכות לשוויון, אבל הופרה הזכות לתום לב. העקרונות של המשפט הציבורי (זכויות האדם) מחלחלות גם למערכות יחסים בין הפרטים, אבל לא בדרך של תחולה ישירה אלא בפריזמה של המשפט הפרטי.   
            
          יש כאלה שאומרים שכוחות השוק הם אלה שיביאו בסוף לכדי שיוויון. גישה אחרת אומרת שלא צריכים ללכת לקיצוניות: מצד אחד לאנשים פרטיים יש זכויות ולכן כאשר אנחנו באים להחליט מה תהיה התוצאה, אנו צריכים לשקלל את העובדה שהשחקנים שיש לנו מול העיניים הם לא המדינה אלא שחקנים פרטיים שגם להם יש זכויות – ואז יהיה לנו את עקרון חופש החוזים, כדוגמא מצד אחד, ומהצד השני יש את הזכות לשיוויון (החובה למו"מ בתום לב) – וכל מה שיש לעשות הוא איזון ביניהם בתוך המושג תום לב. כשנדון בתום הלב, ניקח בחשבון לא רק את הצורך לתת כבוד ולנהוג בשיוויון עם בני אדם, אלא גם את הצורך לתת לאנשים לנהל את חייו באופן עצמאי. האם בכלל יש לחשוב שמושג כמו שיוויון חל במערכות יחסים בין פרטים.

פס"ד קציר – היישוב הזה בסביבת ואדי ערה לא הסכים לקבל משפחה ערבית לישוב. בית המשפט אמר שהוא אינו מתעסק עם הסוכנות אלא הוא מתעסק עם המדינה – ומבחינתו כאילו המדינה היא זאת שאמרה שאינה מקבלת ערבי.

**דוגמאות לפס"דים העוסקים בהזזת קו הגבול / בביטול או טשטוש של הגבול בתחולה עקיפה**:

1. **פס"ד מיקרודף נ' חברת חשמל** – היו משתמשים בעבר במיקרופיש/מיקרופילם והיו גופים שסיפקו את השירותים האלה. חב' חשמל היתה זקוקה לשירות כזה והתקשרה בחושה מול מיקרודף ללא קיום מכרז. השאלה הראשונה היתה איזה בית משפט ידון בזה (דאז היה סוג של חיבור: אם זה בימ"ש עליון בשבתו כבג"צ – ציבורי; אם זה מחוזי – אז המשפט הפרטי). ברק העביר את זה לבית המשפט המחוזי – ולא רצה להתעסק בחוזים מטעמי עומס. ומאז זה עוגן ובית המשפט המחוזי עוסק בנושאים כאלה. השאלה השנייה היא איזה דין להחיל עליהם? כשבית המשפט המחוזי ידון אילו נורמות הוא יחיל, הוא צריך להכריע כך: מצד אחד חברת חשמל היא חברה שמתאגדת בתחום המשפט הפרטי. מצד שני – יש לחברת חשמל מספר תכונות שבגינן יש להתייחס אליה כאלה תאגיד סטטוטורי – תאגיד שלטוני המעוגן בחוק (חברת חשמל אינה כזאת, אך יש להסתכל על זה כך, כיוון שיש לה מונופול, סמכויות שלטוניות – היא קובעת תעריפים- והיא נותנת שירות חיוני). בגלל המאפיינים האלה יש להתייחס אל חב' חשמל כאל חלק מהשלטון ולכן גם חב' החשמל היתה צריכה לנהוג באופן שיוויוני. לכאורה, לחב' החשמל יש עוד מאפיין אחד: חב' החשמל היא בבעלות המדינה. ואם היא בבעלות המדינה יש להתייחס אליה כחלק מהמדינה. ברק אינו מזכיר את הנושא הזה – והוא מונה את היכולות שלה: מונופול, סמכויות שלטוניות ושירותים חיוניים. כך שגם אם חב' חשמל לא היתה חברה ממשלתית, מספיק שיש לה את המאפיינים האלה – היא הופכת להיות כאילו ממשלתית.