

תחולתה של הזכות החוקתית לקיום מינימלי בכבוד על אנשים החיים בעוני פרשנותם הראויה של דיני הוצאה לפועל לאחר פסק־הדין בבג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי*

מאת

סלים ג'ובראן** וחגי קלעי***

"מצליחנים מתנקמים קצת מדי פעם, למען השעשוע שבדבר, כשנופלת לידיהם הזדמנות בנקל ואיננה יכולה להיות להם לרועץ בעסקים; ולנקמות קטנות ולא נלהבות כאלה יש השפעה אדירה על החיים, בכל דרגות ההנאה, כולל חסימת האנשים המתאימים מלהגיע לעמדות רמות וכן השחרת אופיים בשיחה שבאקראי. יתר על כן, למראה בני־אדם שפגעו בנו רק פגיעה שולית שנעשים למרמס ומושפלים בלי מאמצים מיוחדים מצדנו, יכולה להיות השפעה מרגיעה ומחמיאה: ההשגחה העליונה, או איזה נסיך אחר בעולם הזה, כפי הנראה נטלו עליהם את המשימה להיפרע במקומנו; ובאמת, הודות למהלך רצוי של עניינים, אויבינו אינם עושים חיל משום־מה."

ג'ורג' אליוט¹

תקציר

ברשימה זו הכותבים מבקשים לבחון את תחולתה של הזכות החוקתית לקיום מינימלי בכבוד בהליכי הוצאה לפועל. חלקה הראשון מוקדש לבחינת מעמדן של הזכויות החוקתיות לחירות ממאסר ולחופש תנועה בהליכי הוצאה לפועל. בחינת פסיקותיהם של רשמי הוצאה לפועל ושל הערכאות הדיוניות בתקופה של יותר מעשרים שנה לאחר ההכרה העקרונית במעמדן החוקתי של זכויות אלה על־ידי בית־המשפט העליון מעלה כי מודלים שונים שאומצו בפסיקה על־מנת ליישם את הזכויות הלכה למעשה הובילו לתוצאות שונות. כך,

* בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 28.2.2012).

** שופט בית־המשפט העליון.

*** עורך־דין, עוזר משפטי לשופט ג'ובראן, בית־המשפט העליון.

הרשימה מבוססת על הרצאה שניתנה בכנס השנתי החמישי בנושא אכיפת חיובים, פשיטת־רגל והוצאה לפועל, שנערך ביום 11.3.2013 באוניברסיטת תל־אביב בשיתוף המרכז האקדמי למשפט ולעסקים. אנו מבקשים להודות לעורכי הכנס על קיומו, ובפרט להודות לפרופ' רון חריס, אשר עודדנו לפתח את העקרונות שנידונו בהוצאה לכלל תזה סדורה, היא הרשימה שלפניכם. עוד אנו מבקשים להודות לעו"ד טל חבקין ולעורכי עיוני משפט – יהודה גור, גלעד זוהרי ונעמה עמרי – על הערותיהם לגרסות קודמות של המאמר, אשר סייעו לנו רבות בפיתוחו. כמו־כן נבקש להודות לעיריית אולמן על העריכה הטכנית של המאמר.

1 ג'ורג' אליוט השתנה על הנהר פלוס 243 (אופירה רהט מתרגמת, 1998).

הכותבים מוצאים כי בכל הנוגע בזכות לחופש תנועה נותרה ההכרה בזכות "עלי ספר", ולא הפכה למציאות חייהם של חייבים בהליכי הוצאה לפועל. זאת, להבדיל מן ההכרה בזכות לחירות ממאסר, שהובילה לשינוי משמעותי בהליכי הוצאה לפועל עצמם.

לטענת הכותבים, ניתן להסביר את ההבדל האמור כנובע מהשוני המבני והפרוצדורלי בין אופני הסדרתן של שתי הזכויות האמורות. לטענתם, לא נקבעו עקרונות ושיקולים מנחים שעל בסיסם יש לקבל את ההחלטה בעניינו של חייב קונקרטי בהקשר של חופש תנועה, ובשל כך לא הפכה הזכות לבעלת משקל ממשי בחיי המעשה. לעומת זאת, המודל שאומץ בהקשרה של הזכות לחירות, הן במישור המוסדי הן במישור הפרוצדורלי, הוא שהניב שינוי ממשי במציאות חייהם של חייבים.

על בסיס זה הכותבים מציעים כי בדומה ליישום ההכרה בזכות לחירות, תישם ההכרה בזכות לקיום מינימלי בכבוד תוך שימוש במודל שיעצב את האיזונים הראויים שיש לערוך בין הזכות לבין אינטרסים מנוגדים. לטענתם, אין זה רצוי להסתפק בהכרה עקרונית במעמדה החוקתי של הזכות תוך הותרת האיזונים בינה לבין זכויות ואינטרסים מנוגדים ל"כל מקרה לגופו".

מכאן הכותבים פונים לבחינתה של הזכות לקיום מינימלי בכבוד, כפי שהוכרה בחקיקה ובפסיקה בישראל. הכותבים מראים כי לזכות יש שני מישורים: המישור הנקודתי, שעניינו ברווחה המיידית של הפרט וביכולתו להתקיים בכבוד בנקודת זמן נתונה; והמישור התהליכי, שעניינו ביכולתו של הפרט לצאת ממעגל הנזקקות ולספק את צורכי הקיום הבסיסיים שלו בכוחות עצמו.

בחלקה השלישי של הרשימה הכותבים פונים לבחינת אופן יישומה הראוי של הזכות לקיום מינימלי בכבוד בחיי המעשה בהליכי הוצאה לפועל. על-ידי בחינת הדוגמה של הליכי מימוש משכנתה ובחינת מעמדה של דירת מגורים בהליכי הוצאה לפועל, הכותבים מציגים את האופן שבו ניתן להביא, לגישתם, לידי יישומה בפועל של ההכרה בזכות לקיום מינימלי בכבוד. זאת, בשלושה מישורים: ראשית, הם מראים את האופן שבו ראוי, לגישתם, להבנות את שיקול-הדעת השיפוטי בקבלת החלטות הנוגעות במימוש דירת מגורים בהתחשב בזכות לקיום מינימלי בכבוד; שנית, הם מצביעים על הצורך בשיתוף-פעולה בין הרשויות על-מנת לקדם את ההכרה בזכות לקיום מינימלי בכבוד הלכה למעשה; שלישית, הם מצביעים על האופן שבו ראוי לעצב את כללי ההשגה בהליכי הוצאה לפועל, על-מנת להביא את ההכרעות העקרוניות בתחום לפתחו של בית-המשפט העליון. זאת, בפרט בהתחשב בשינוי המבני של מערך האכיפה והגבייה ובהפרדתו ממערכת בתי-המשפט.

מבוא

- א. השפעת חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני הוצאה לפועל
1. הזכות ליציאה מן הארץ של חייב זר
 2. הזכות לחירות ממאסר
 3. סיכום-ביניים
- ב. הזכות החוקתית לקיום מינימלי בכבוד

1. הזכות לקיום מינימלי בכבוד בדין הישראלי והתפתחותה בפסיקה
 2. סיכום ביניים קצר בנוגע לטיבה של הזכות לקיום מינימלי בכבוד
 - ג. הזכות לקיום מינימלי בכבוד בהליכי הוצאה לפועל
 1. הגנה על דירת מגורים
 2. משמעות הזכות לקיום מינימלי בכבוד בהליכי הוצאה לפועל – עקרונות מנחים
- סיכום

מבוא

המבנה של מערכת המשפט שלנו מושתת על יחסי גומלין בין הערכאות. זרקור ההתעניינות המשפטית, הציבורית והאקדמית מופנה על פירוב אל הנעשה בבית המחוקקים, בבית המשפט העליון ובהנהלות של משרדי הממשלה. אלה מעצבים את הדין ומפרשים אותו בהתאם לעקרונות המשפטיים החוקתיים של המדינה. עם זאת, עיקר העשייה המשפטית בפועל מתרחשת בערכאות הדיוניות ובגופים מעין-שיפוטיים הכפופים לרשות המבצעת. באתרים אלה המשפט נהפך מעקרונות ומכללי הכרעה כלליים למציאות חייהם של הפרטים המתגוררים בישראל. עליכן נדמה כי בבואנו לבחון את טיבה והיקפה של זכות חוקתית, או אף את טיבו והיקפו של עיקרון משפטי, עלינו לערוך בחינה משולבת: ראשית, עלינו לזהות את האופן שבו עוצבה הנורמה בחוק החרות ובפרשנות המחייבת שניתנה לו על ידי בית המשפט; ושנית, עלינו לראות אם סטנדרטים מחייבים אלה אכן חלחלו לפרקטיקה השיפוטית ובאיזה אופן. מהלך כפול זה הוא העומד אף לנגד עיניהן של הערכאות העליונות בבואן לפרש את החוק. עליהן לפרש את החוק באופן שיקל ככל האפשר את יישומו על ידי הערכאות הדיוניות השונות.

בתוך כך נראה כי רוב הכרעותיו של בית המשפט העליון מבנות את שיקול הדעת שעל הערכאה הדיונית להפעיל בבואה לבחון סוגיה נתונה. עם זאת, אין בית המשפט העליון מסוגל – ואין זה תפקידו – לייצר כלל שיאפשר הכרעה טכנית כמעט בכל מקרה ומקרה. בהמשך לכך, פסיקתו של בית המשפט העליון מושתתת תמיד על ההליכים הקודמים לו. רוב התיקים – ובתחום הנוכחי, של תיקי ההוצאה לפועל, כל התיקים – מגיעים לבית המשפט העליון לאחר שהערכאות הדיוניות כבר נתנו להם את דעתן, ובתוך כך עיצבו את המסגרת הראייתית והעובדתית של ההליך, וגדרו את השאלות המתעוררות במסגרתו. ברי כי אין בית המשפט העליון מוגבל בדיונו למסגרת העובדתית והמשפטית שהתוותה הערכאה הדיונית, אך מסגרת זו מהווה תמיד את הרקע להליך, ומשפיעה על הצדדים ועל אופי הדיון שיתקיים לפני ערכאת הערעור.²

כמילים אחרות, אם נתבונן על מערכת המשפט באמצעות פלי ניתוח ביקורתיים, נדמה כי כדי להבין את היקפה וטיבה של זכות חוקתית, אין די בבחינת פסיקתו של בית המשפט

2 כידוע, ככלל לא תערב ערכאת הערעור בממצאי המהימנות והעובדה של הערכאה הדיונית. ראו, לדוגמה, ע"א 458/06 שטנרל נ' חברת בזק בינלאומי בע"מ (פורסם כנבו, 6.5.2009); ע"א 1262/09 אברהם נ' בנק הפועלים בע"מ (פורסם כנבו, 9.6.2009).

העליון לבדו, ואין די בבחינת פסיקתן של הערכאות הדיוניות לבדן. רק בחינה משולבת, הבוחנת את האיזונים שנקבעו בהלכה הפסוקה ואת אופן יישומה של הלכה זו בחיי המעשה, יכולה לתת תמונה רחבה באשר לקיומה של הזכות בפועל.

בהקשרנו אנו מבקשים לבחון את תחולתן של הזכויות החוקתיות – ובפרט של הזכות החוקתית לקיום מינימלי בכבוד – בחיי המעשה, מבעד לאספקלריה של מערכת ההוצאה לפועל. ברי כי הזכות לקיום מינימלי בכבוד היא הזכות החוקתית המרכזית שבגינה מוצדק להגביל את יכולתו של הזוכה לקבל את קניינו באמצעות מערכת ההוצאה לפועל. ודוק, השלב שבו עסקינן הוא השלב שבו קיים כבר חוב לטובת הזוכה, ועיקר ההליך מהותו בהשבת קניינו של הזוכה אליו. קרי, בשלב זה של ההליך אין אנו עוסקים בזכות לקניין של החייב (למעט בסוגי הליכים מסוימים, ובראשם כפירה בחוב שאינו מכוח פסק-דין, שבהם יש מחלוקת באשר לעצם החיוב,³ וטענת "פרעתי", שבמסגרתה החייב טוען כי מלוא החוב שולם, וכי למעשה הזוכה מבקש להיפרע מקניינו של החייב בהיקף העולה על החוב המקורי). אם כן, כבואנו לבחון הליכי הוצאה לפועל ואת תחולתן של הזכויות החוקתיות במסגרתם, עלינו לערוך בחינה זו בשלושה רבדים. הרובד הראשון הוא סוג ההליך המתקיים לפני רשמי ההוצאה לפועל, והזכויות החוקתיות שיש להידרש להן במסגרתו. שנית, יש לבחון את האיזון בין הזכויות החוקתיות של הצדדים במסגרת ההליך, כפי שנקבע בהלכה הפסוקה והמחייבת. שלישית, יש לבחון כיצד האיזונים האמורים מיושמים בחיי המעשה. בחינה שלישית זו היא דו-שלבית: תחילה יש לבחון כיצד הערכאות הדיוניות מיישמות את ההלכות הנוגעות בעניין, ולאחר-מכן יש לבחון מה מידת התיקון העצמי של המערכת, באמצעות הליכי השגה וערעור, מקום שהערכאה הדיונית סתתה מהאיזון הראוי שבין זכויותיו של החייב לזכויותיו של הזוכה. במסגרת בחינה אחרונה זו יש להתחשב גם בשיקולים רחבים יותר הנוגעים באיזונים בין זכות הערעור לבין עקרון סופיות הדין.

מהלך הדין יהיה אם כן כאמור להלן.

בחלק הראשון של המאמר נציג בקצרה את השפעת חקיקתו של חוק-סוד: כבוד האדם וחירותו על הליכי ההוצאה לפועל בהקשרן של הזכות לחירות והזכות לחופש תנועה. התפתחות הדין בהקשר זה נעשתה בעיקרה בשני שלבים: ראשית, בשורה של פסקי-דין שניתנו על-ידי בית-המשפט העליון והגדירו את אופיו של שיקול-הדעת שעל רשמי ההוצאה לפועל להפעיל בבואם להורות על פעולות הפוגעות בחירות (בדרך של מאסר) ובחופש התנועה (בדרך של צו איסור יציאה מן הארץ); ושנית, בשינוי חקיקה רחב אשר הגביל את אפשרות מאסרם של חייבים וכן הטיל מגבלות שונות על הליכים אחרים במסגרת ההוצאה

3 לאופן שבו האיזון בין הזכויות משתנה מקום שאין מדובר בחוב חלוט ראו שחר קטוביץ סוגיות נבחרות בדיני ההוצאה לפועל 45-50 (2009). יוזכר בהקשר זה כי חלק לא-מבוטל של ההליכים בהוצאה לפועל נסבים על חובות מסוג זה. הליכים אלה, דוגמת תביעה לחוב קצוב, המתבררים לראשונה לפני רשם ההוצאה לפועל, מחייבים זהירות יתרה בהגנה על זכויותיו של החייב. זאת, שכן חייבים ללא אמצעים מתקשים על-פי-רוב להרים את הנטל, ולו הבסיסי, באופן שיצדיק את העברת ההליך לבירור לפני ערכאות שיפוטיות. משכך, עלולים להיווצר מצבים שבהם בשל מוחלשות החייב ננקטים נגדו הליכי הוצאה לפועל בגין חוב המוטל בספק. ראו עוד בהקשר זה ה"ש 110 להלן.

לפועל. נבחן, מבעד לניסיון המצטבר, אילו כלים משפטיים הובילו להגנה אפקטיבית על זכויות חוקתיות, ואילו נותרו כהלכות "עלי ספר", ללא השפעה ממשית על עולם המעשה. בהקשר זה נבקש להראות כי אף שבעקבות חקיקתו של חוקיסוד: כבוד האדם וחירותו קבע בית-המשפט העליון כי יש לתת משקל מוגבר הן לזכות לחירות ממאסר והן לזכות לחופש תנועה, בפועל רק הזכות לחירות ממאסר הובילה לשינוי האיזון הנורמטיבי שבין זכותו של הנושה לבין זכותו של החייב, בעוד שההכרה בזכותו של הפרט לחופש תנועה לא הובילה לשינוי ממשי בחיי היומיום.

ניתן לכאורה לטעון כי הסיבה להבדל זה נעוצה בשוני שבין הזכויות עצמן. אולם אנו נבקש לטעון כי אין אלה פני הדברים, וכי אף אם השוני בין הזכויות יכול להסביר הבדלים באופן שבו השפיעה ההכרה בזכות על הפרקטיקה המשפטית הנוהגת, אין הוא יכול להסביר את העדר ההשפעה המוחלטת כמעט של ההכרה בזכות לחופש תנועה על הפגיעה בזכותם זו של חייבים. במילים אחרות, ההכרה החוקתית בזכות הייתה צריכה לגרום לשינוי כלשהו במאזן הנורמטיבי בין זכויות הנושה לבין זכויות החייב.

כחלופה נבקש להראות, על בסיס בחינת פסיקתן של ערכאות דיוניות והחלטות של רשמי ההוצאה לפועל, כי ניתן להסביר את ההבדל האמור כנובע מהשוני המבני והפרוצדורלי בין אופני הסדרתן של שתי הזכויות האמורות בפועל. במסגרת זאת נראה כי לצד ההכרה בזכות לחופש תנועה, עיצבו המחוקק, הרשות המבצעת והרשות השופטת סטנדרט משפטי של בחינת כל מקרה לגופו, ולא קבעו עקרונות מנחים ושיקולים שעל בסיסם יש לקבל את ההחלטה בעניינו של חייב קונקרטי. בהמשך לכך נראה כי המודל של איזון ב"כל מקרה לגופו" הוביל להחלטות סותרות של הערכאות הדיוניות, ובו-בזמן מנע את פיתוח ההלכה בנוגע להיקפה של הזכות בפועל – כשאלת מדיניות כללית – על-ידי הערכאות הגבוהות. על בסיס דיונונו זה נבקש להציע כי על-מנת להפוך את ההכרה בזכות לקיום מינימלי בכבוד למציאות חיה של חייבים בהליכי הוצאה לפועל, יש לאמץ את המודל המשפטי שהוביל להכרה בפועל בזכות לחירות ממאסר, הבנוי על שלושה עקרונות.

ראשית, ברמה המוסדית, נראה כי יש להתבונן על התהליך של תרגום הזכויות החוקתיות לחיי היומיום כתהליך משותף, המקודם על-ידי שלוש הרשויות, ולהבין כי ללא שיתוף-פעולה זה תתקשה אחת הרשויות להעניק לבדה לזכות את מעמדה בחיי המעשה. תובנה זו, החורגת מן ההקשר הפרטני של הליכי ההוצאה לפועל, משקפת את ההבנה כי המסגרת החוקתית אינה מסגרת היוצרת עימות בין הרשויות, כי אם שיתוף בין הרשויות בחתימה יחדיו לקביעת הסדרים שיגנו ככל האפשר על זכויות האדם. נדמה כי ברמה המעשית קידום אפקטיבי של הגנה על זכויות האדם חייב להיעשות במשותף על-ידי הרשויות כדי להניב תוצאות בחייהם של הפרטים במדינה.⁴

יצוין בהקשר זה, במאמר מוסגר, כי גם ברמה הרעיונית נדמה שההתבוננות על זכויות האדם ככלי משפטי המגביל את הרשויות המחוקקת והמבצעת, במסגרת תיאוריה של איזונים ובלמים, היא התבוננות מוגבלת ומגבילה. הנחת-המוצא צריכה להיות כי כל שלוש הרשויות

4 ראו רות גביון "התקווה החלולה: האם בתי משפט יכולים להביא לשינוי חברתי? ביקורת על המהדורה השנייה (2008) של ספרו של ג'רלד רוזנברג "מעשי משפט ב 15 (2009); GERALD N. ROSENBERG, THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE? (2008).

פועלות לקדם את זכויות האדם למיטב תפיסתן ובמסגרת הסמכות המוקנית להן, וכי על כל שלוש הרשויות החובה לנהל דיאלוג והיזון הדדי כדי לייצר את ההסדרים הראויים ביותר.⁵ ברי כי בדין הישראלי עוגנה חובתן של כל שלוש הרשויות לפעול לקידום זכויות האדם במפורש בחוקי-היסוד, בלשון סעיף 11 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו: "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוקי-יסוד זה." וכבר צוין בהקשר זה כי –

"כידוע, זכויות האדם, האזרחיות והחברתיות, אינן זכויות מוחלטות ויש לאזן – בינן לבין עצמן ובינן לבין אינטרסים וערכים נוגדים. מלאכת האיזון שבין זכויות האדם השונות, ובין זכויות האדם לבין ערכים חברתיים אחרים, אינה פשוטה. מלאכת איזון זו עומדת, חדשות לבקרים, לפתחה של הרשות המחוקקת, המבצעת את תפקידה תוך שהיא מעמידה לנגד עיניה את כלל הנורמות החוקתיות הנוגעות לעניין, כמו גם את האינטרסים הציבוריים. הרשות המחוקקת היא בעלת היכולת לאסוף את הנתונים ולבחון את הסוגיה באופן נרחב ומעמיק, תוך התחשבות בכלל ההשפעות הישירות והעקיפות שיהיו להחלטתה, והיא הרשות המשקפת באופן הנאמן ביותר את רצונו של הציבור בנקודת זמן נתונה. במסגרת זו, אין זה תפקידו של בית המשפט להעמיד עצמו בנעליה של הרשות המחוקקת. תפקידו של בית המשפט צר הוא, וכל שמוטל לפתחו הוא הבחינה כי פעולת החקיקה נעשתה תוך כיבוד העקרונות החוקתיים של המשפט, המשקפים את תפיסת העולם הבסיסית של הציבור הישראלי. בהקשר זה, בשיטת משפטנו, הוכרה פסקת ההגבלה הקבועה בחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק ככלי עזר שראוי שיעמוד לנגד עיניה של הרשות המחוקקת בבואה לאזן בין הפגיעה בזכות החוקתית המוגנת לבין אינטרסים וצרכים ציבוריים."⁶

בהמשך לכך, נראה כי לשם הגנה אפקטיבית על זכויות האדם החוקתיות יש לקיים היזון אנכי בין הערכאות השיפוטיות. אין די בכך שתקבע הלכה עקרונית וכללית על-ידי בית-המשפט העליון. על הערכאות הדיוניות וערכאות הערעור לוודא כי ההלכה שנקבעה מיושמת בפועל, ונוצק בה תוכן מעשי. אכן, לאחר שנקבעה הלכה עקרונית מתעוררות לא פעם שאלות בעלות השלכות רחוב משמעותיות, המחייבות בהכרח באשר לטיב האיזונים שעל הערכאות הדיוניות לערוך. במקרים אלה חשוב מאוד שהערכאות הדיוניות יציפו את

5 יניב רוזנאי "חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם והליך החקיקה בכנסת – נאה דורש ונאה מקיים?" **משפט ועסקים** יד 199, 207–214 (2012). הכותב טוען כי המסגרת של הדיון החוקתי העכשווי, שבה עיקר הדיון בשיקולים חוקתיים נעשה בבית-המשפט, ולא בפרלמנט, אינה מספקת. כך, הכותב מציין כי "יש שיטענו כי הליך החקיקה הוא הליך פוליטי של משא-ומתן, מדיניות ציבורית וקבלת החלטות, שבמרכזו בחירה בין תכליות שונות ואמצעים להגשמתן. במסגרת הליך זה יש לשקול שיקולים של עלות-תועלת, שיקולים פוליטיים, שיקולים של טובת הציבור וכולי, אך השיקול החוקתי צריך להיות שיקול משני השייך בעיקרו לממלכת הרשות השופטת, ולא לרשות המחוקקת... לדידי, אין לקבל גישה זו. בית-המחוקקים הוא שצריך לדאוג להתאמת החוקים לחוקי-היסוד, מבלי לגרוע מכוחו של בית-המשפט למלא את תפקידו לאחר שהושלמה מלאכת החקיקה". שם, בעמ' 209–210.

6 בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פס' 3 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 28.2.2012) (להלן: פרשת חסן).

הקשיים המתעוררים כלפי מעלה. משמע, החובה המוטלת על הערכאות הדיוניות היא לזהות מקומות שבהם יש עמימות באשר ליישומה הרצוי של ההלכה, ולפתח את הדיון העקרוני הנדרש לשם פתרון עמימות זו.⁷ קל וחומר שתובנה זו חשובה בהקשר של דיני הוצאה לפועל. כפי שיפורט בפרק ג של מאמר זה, בהליכי הוצאה לפועל בית־המשפט העליון משמש כערכאה הרביעית הדנה בהליך. יתר על כן, לנוכח העומס הרב המוטל על לשכות הוצאה לפועל, לא פעם ההחלטות העומדות במוקד הדיון מנומקות בקצרה בלבד וללא הצגה של כלל השיקולים הנוגעים בעניין ושל האיזון שנעשה ביניהם. משכך, נוצר לא פעם קושי בהפרדה, במסגרת ערכאות הערעור, בין ההיבטים העובדתיים של התיק, הנוגעים ביישומה הפרטני של ההלכה הנוהגת בהליך זה או אחר, לבין השאלות העקרוניות המתעוררות במהלכו. דווקא מטעם זה חשוב ביותר שהערכאות הדיוניות יעשו מאמץ להפריד בין המסגרת הנורמטיבית שעליה התבססו בהחלטתם לבין יישומה של ההלכה באותם מקרים המגלים קושי עקרוני וכללי ודורשים הכרעה נורמטיבית.⁸ כך ייחשפו עמימויות שבדין, והערכאות הערעוריות יוכלו לחדר ולדייק את העקרונות המשפטיים שעל בסיסם יש לפסוק בכל הליך פרטני.

שלישית, נראה כי חשוב שהערכאות הערעוריות, ובפרט בית־המשפט העליון, לא יסתפקו בהצגת האיזון העקרוני שיש לערוך בין זכויות ואינטרסים, אלא יסבירו כיצד יש ליישם איזון זה בפועל. כך, בכל הנוגע במאסר חייבים, קביעותיו של בית־המשפט באשר למשמעויות הפרוצדורליות של המעמד החוקתי של הזכות לחירות אפשרו לערכאות הדיוניות ליישם את ההלכה שנקבעה בעניין ביתר קלות. לעומת זאת, כפי שיוסבר בהמשך, שאלת טיבם של השיקולים אשר יצדיקו את הגבלת יציאתו מן הארץ של תושב חוץ לא נידונה בהרחבה ולא הוכרעה בבית־המשפט העליון, ועובדה זו מקשה על הערכאות הדיוניות להכריע באופן אחיד ולתרגם את ההלכה העקרונית לכלל מציאות משפטית המגינה על זכות היציאה מן הארץ במידה הראויה בחיי היומיום.⁹

מן הראוי לציין כי בחירתנו לבחון את שני המודלים למימוש זכות חוקתית בהליכי הוצאה לפועל מבעד לזכות לחופש התנועה של חייב זר ומבעד לזכות לחירות ממאסר אינה בחירה

7 שאלת ההשפעה ההדדית של הערכאות הדיוניות והערעוריות על עיצוב ההלכה טרם זכתה במחקר מספק בארץ. מחקר פורי־דרך בנושא זה, בהקשר של דיני ההפקעות, נערך על־ידי יפעת הולצמן־גזית, הסוקרת בהרחבה את התפתחות המתודה המחקרית של ה־New Institutionalism. ראו יפעת הולצמן־גזית "בין המשפט, האישיות והמבנה המוסדי: פיתוחם של דיני הפקעת מקרקעין בפסיקתם של בתי־המשפט המחוזיים" עיוני משפט כט 311, 338-349 (2006) וההפניות שם.

8 ברי כי ברובם הגדול של הליכי הוצאה לפועל לא מתעוררות שאלות עקרוניות, וההחלטה היא יישומית באופייה. בוודאי אין לצפות שכל החלטה של רשם הוצאה לפועל תכלול התייחסות נרחבת למסגרת הנורמטיבית באותם מקרים שבהם לא מתעורר קושי של ממש.

9 יובהר בהקשר זה כי אין בכוונתנו לטעון כי ניתן לייצר מסגרת משפטית פורמליסטית שבה האיזונים העקרוניים בין שיקולים נוגדים נקבעים על־ידי המחוקק, מפורשים במקרים של עמימות על־ידי בית־המשפט העליון, ומיושמים על־ידי הערכאות הדיוניות כפעולה "טכנית". ברי כי כל מודל של היזון הדדי בין רשויות צריך להיות מושתת על רצון של הגורמים השונים המעורבים בעיצוב הכלל המשפטי להציב את הדיון, לעורר ביקורת ודיאלוג, ולפתח במשותף את הדיאלוג החוקתי והמשפטי.

ברירנית (סלקטיבית). שתי זכויות חוקתיות אלה הן הזכויות המרכזיות שבית־המשפט העליון קבע הלכה ברורה בעניין מעמדן בהליכי הוצאה לפועל, ואשר זכו בדיון ענף בפסיקותיהן של הערכאות הדיוניות ובהחלטותיהם של רשמי ההוצאה לפועל. כפי שיפורט בהמשך, זכויות חוקתיות אחרות המצויות באותו מדרג נורמטיבי – דוגמת הזכות לפרטיות, הזכות לחופש עיסוק וכדומה – לא זכו כמעט בהתייחסות בהקשרים של הוצאה לפועל.¹⁰

בחלקו השני של המאמר נעמוד על אופייה של הזכות לקיום מינימלי בכבוד, כפי שעוצבה בחקיקה ובפסיקה. בהקשר זה נעמוד על משמעויותיו של פסק־הדין בפרשת חסן¹¹ ועל קביעתו של בית־המשפט כי לזכות לקיום מינימלי בכבוד יש מעמד חוקתי על־חוקי. נראה כי פיתוחן של הזכויות החברתיות בפסיקתו של בית־המשפט העליון נעשה בשני מישורים של הזכויות: המישור הנקודתי, שעניינו ברווחה המיידית של הפרט וביכולתו להתקיים בכבוד בנקודת זמן נתונה; והמישור התהליכי, שעניינו ביכולתו של הפרט לצאת ממעגל הנוזקות ולספק את צורכי הקיום הבסיסיים שלו בכוחות עצמו.

בחלקו השלישי של המאמר נעמוד על האופן שבו ראוי, להבנתנו, לעצב את ההכרה בזכות לקיום מינימלי בכבוד בהליכי ההוצאה לפועל. על בסיס מסקנתנו מחלקו הראשון של המאמר, נבקש לטעון כי אין מקום לאמץ מודל של איזון בין זכויות הנושה לבין זכויות החייב בכל מקרה לגופו. חלף זאת נציע לאמץ מודל בעל שלושה מאפיינים מרכזיים. ראשית, נציע כי לצד ההכרה העקרונית בזכות, ייקבעו הלכות באשר לאופן הבנייתו של שיקול־הדעת במסגרת בחינת היקף ההגנה על הזכות בכל מקרה פרטני. נדגים את האופן שבו ניתן להבנות את שיקול־הדעת השיפוטי בהקשרה של הזכות לקיום מינימלי בכבוד בהליכי הוצאה לפועל על־ידי בחינת מעמדה של דירת מגורים בהליכי מימוש משכנתה כמקרה־מבחן. שנית, נעמוד על ההיבט המוסדי של עיצוב הזכות כדיאלוג בין שלוש הרשויות. שלישית, נעמוד על החשיבות הגלומה בעיצובם של הכללים הפרוצדורליים בהליכי הוצאה לפועל באופן שיניב הגנה אפקטיבית על הזכות.

כסוף הדברים נעמוד על העקרונות העולים מהעיון בחקיקה ובפסיקה באשר לאופן שבו יש לקדם את ההגנה על זכויות חוקתיות ככלל – ועל הזכות לקיום מינימלי בכבוד בפרט – בהליכי הוצאה לפועל. בתוך כך נתייחס גם למשמעויות של השינוי המבני בהסדרת תחום ההוצאה לפועל, ושל העברתה של לשכת ההוצאה לפועל מהרשות השופטת לרשות המבצעת, ונבחן את ההסדרים הקבועים בחוק ובפסיקה לעניין השגות על החלטות של ההוצאה לפועל. ברי כי אין כוונתו של הדיון הנוכחי להקיף את כלל הליכי ההוצאה לפועל או לפרוט כללים מעשיים להכרעות עתידיות בהם. מטרתו של הדיון הנוכחי כפולה: ראשית, הוא מבקש לסייע בפיתוחה המושגי של הזכות לקיום מינימלי בכבוד, ולקדם – מבעד לפסיקה הרבה העוסקת בזכויות חברתיות – את הבנת היקפה ומאפייניה של הזכות; ושנית, הוא מבקש להציג את הכללים שעיימם ראוי לגישתנו לעבוד בכבוד בבואנו לפעול לעיגונה של הזכות החוקתית לקיום מינימלי בכבוד בחיי המעשה. הבחירה בדוגמה של ההוצאה לפועל נדמית בהקשר זה כבחירה מובנת מאליה, לנוכח הזיקה ההדוקה שבין הליכי ההוצאה לפועל לבין זכותם של הפרטים במדינה לקיום מינימלי בכבוד. עם זאת, ברי כי ניתן להשתמש בדברים האמורים

10 ראו להלן ה"ש 56.

11 פרשת חסן, לעיל ה"ש 6.

אף בהקשרים אחרים, והכלים המושגיים והמעשיים שיידונו במאמר זה יוכלו לשמש בעתיד לבחינת תחולתה של הזכות לקיום מינימלי בכבוד בענפים שונים של המשפט והחברה.

א. השפעת חקיקתו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני ההוצאה לפועל

למן חקיקתו ניכרה השפעתו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני ההוצאה לפועל. כעיקרון, נקבע כי על ההסדרים הקבועים בחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967, לשקף איזון בין זכותו של הזוכה לקניינו, האינטרס הציבורי בשלטון החוק והאמון הציבורי באכיפתו, מחד גיסא, לבין זכויותיו החוקתיות של החייב, מאידך גיסא.¹² בהקשר זה התמקדו המחוקק ובתי־המשפט בשתי זכויות מרכזיות – הזכות לחופש תנועה והזכות לחירות ממאסר.

1. הזכות ליציאה מן הארץ של חייב זר

עיקר ההתפתחות הנוגעת בהגבלת יציאתו של חייב זר מישראל נעשתה בדרך הפסיקה. עוד בטרם נחקק חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו נקבע, מפי הנשיא שמגר, כי אין לאמץ גישה מרחיבה בכל הנוגע במתן צווי איסור יציאה מן הארץ, וכי יש להוכיח קיומה של סכנה לסיכול או להכבדה של הליך הגבייה, בהתחשב בערובות האפשריות.¹³ לכאורה, חקיקת חוק־יסוד: האדם וחירותו הובילה לשינוי בתפיסתו של בית־המשפט באשר לאיזון שיש לקיים בין זכותו של זוכה לקניינו לבין חופש התנועה של החייב. כך, בשתי פרשות מרכזיות עמד בית־המשפט על המעמד החוקתי שניתן לזכותו של הפרט לצאת מן הארץ. בית־המשפט העליון ציין בהקשר זה כי "על מערכת האיזונים שנקבעה

12 ראו ע"א 3553/00 אלוני נ' זנד טל מכוני תערובת בע"מ, פ"ד נז(3) 577, 599 (2003) (להלן: פרשת אלוני); ע"א 2097/02 איטונג בע"מ נ' חדיד, פ"ד נז(4) 211, 216 (2003) (להלן: פרשת חדיד); רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360, 375 (2001) (להלן: פרשת גמזו). סיכם את הרברים על־דרך העיקרון השופט א' רובינשטיין ברע"א 824/06 בנק הפועלים בע"מ נ' גרתי, פס' (3) לפסק־דינו (פורסם בבנו, 27.9.2006) (להלן: פרשת גרתי): "חוק ההוצאה לפועל נמנה על קבוצת החיקוקים שעניינם ביצוע פסקי דין וחייבים אחרים. החוק משקף איזון בין שתי תכליות עיקריות... הראשונה, גבייה יעילה של חובות. תכלית זו נועדה לקדם את האינטרס הפרטי של הזוכה, וכן אינטרסים ציבוריים שונים שעניינם כיבוד החוק והאמון בשלטון החוק... תכלית זו משתלבת בתכלית הכללית, היפה לכל עת, ברבר ההגנה על זכותו החוקתית של הנושה לקניין. התכלית השנייה, מצד אחר של המתרס, עניינה בהגנה על חייבים אשר נוכח מצבם הכלכלי אינם יכולים לעמוד בתשלום החוב הפסוק, תוך מאמץ להימנעות מהפיכת החייב לחסר כל ולנטל על החברה. עניין לנו בהיבט חברתי, בהתחשבות בחייב תוך מאמץ שלא לירד לחייו... תכלית זו משתלבת בתכלית הכללית שעניינה ההגנה החוקתית על כבוד האדם של החייב. המתח בין שתי תכליות אלה משתקף גם במתח מתמיד שבין חוק ההוצאה לפועל לבין חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן חלק ניכר מהרובד החוקתי של חוק ההוצאה לפועל פוגע מטבעו, במובן סעיף 8 לחוק היסוד, בהוראות החוקתיות שנקבעו בחוק היסוד."

13 ע"א 244/82 ינאי נ' ינאי, פ"ד לט(1) 529 (1985).

בפסיקה להבחן היום מחדש תוך מתן משקל ראוי לזכות לצאת בחופשיות את הארץ, זכות אשר זכתה להיות מוגנת בנורמה חוקתית".¹⁴

עקרון האיזון האמור נהפך להלכה מחייבת לגבי הערכאות הדיוניות הנוגעות בעניין. עם זאת, עיון בפסיקה המושתתת על הלכה זו מגלה כי בתי-המשפט התקשו לתרגם את העיקרון הכללי לכללים מעשיים הנוגעים במקרה הפרטי של בעלי-דין. כך, למשל, בפרשת ניסנקורן¹⁵ נקבע, מפי השופט בראופיר, כי "על כורחך אתה אומר כי ניצבות כאן שתי זכויות חוקתיות מוגנות אשר מתמודדות ביניהן על הבכורה, והדין צריך להתחך על פי הנסיבות המיוחדות של כל עניין. לא ניתן לקבוע נוסחה כללית וגורפת ולומר מראש זכותו של מי מבעלי הדין תגבר במאבק שבין שתי הזכויות החוקתיות הללו".¹⁶ כך היו הדברים בשנת 1994, וכך הם היו אף חמש-עשרה שנים מאוחר יותר, כאשר ציין בהקשר זה השופט המחוזי א"ש שילה, בפרשת י' ד', כי "ברור שהזכות למזונות היא זכות חוקתית, אך כך גם הזכות לחופש התנועה והזכות לחופש העיסוק. שלא כבית משפט קמא איני רואה צורך לדון בעניין שלפנינו ברמה החוקתית. כל שצריך הוא לאזן בין הזכויות לפי המקרה המיוחד שלפניי, וכל מקרה הוא מיוחד".¹⁷

בפרשת פלמן¹⁸ סקר בית-המשפט את התפתחות הדין בעניין צווי איסור יציאה מן הארץ בהליכי הוצאה לפועל. עיון בסקירתו הנרחבת של בית-המשפט מעלה כי גם קרוב לעשרים שנה לאחר פסק-הדין בעניין וייסגלס¹⁹ טרם התגבשו בפסיקה כללים ברורים באשר לשיקולים שעל רשמי ההוצאה לפועל לשקול בבואם להכריע בבקשה למתן הצו. במסגרת זאת ניתן לזהות שלושה מערכי שיקולים חוזרים בפסיקה: טיב הזכות המוגנת, הסיכוי שהיציאה מן הארץ תנוצל על-מנת להתחמק מהחוב, ומידתיות הפגיעה בזכות החוקתית ליציאה מן הארץ על רקע חלופות אחרות (כקביעת ערובות) להבטחת תשלום החוב.²⁰ עם זאת, עיון בהחלטותיהם של רשמי ההוצאה לפועל ובפסיקותיהם של בתי-משפט השלום ובתי-המשפט המחוזיים, בבואם להכריע בנוגע לצווי איסור יציאה מן הארץ, מעלה כי חרף

14 בר"א 7208/93 וייסגלס נ' וייסגלס, פ"ד מח(4) 529, 539 (1994) (להלן: פרשת וייסגלס). ראו גם בג"ץ 5304/92 פר"ח 1992 סיוע לנפגעי חוקים ותקנות למען ישראל אחרת – עמותת נ' שר המשפטים, פ"ד מז(4) 715, פס' 37 (1993) (להלן: פרשת פר"ח). איזון זה מצא את ביטויו אף בהמשך בפסיקתו של בית-משפט זה. ראו, למשל, רע"א 1667/07 דרון נ' רפ"ל (פורסם בנבו, 3.6.2007).

15 בר"ע (מחוזי ת"א) 7757/93 ניסנקורן נ' ניסנקורן (פורסם בנבו, 18.3.1994).

16 שם, פס' 10 לפסק-הדין. לפרשנות דומה שהציע השופט לאיזון האמור ראו דוד בראופיר "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ודיני ההוצאה לפועל" המשפט ג 71 (1996).

17 רמ"ש (מחוזי מר') 5316-01-09 י' ד' נ' י' ר' (פורסם בתקדין, 18.3.2009).

18 בר"ע (מחוזי י-ם) 3284/07 פלמן נ' פלמן (פורסם בנבו, 14.3.2008) (להלן: פרשת פלמן).

19 לעיל ה"ש 14.

20 כבר בשלב זה ראוי לתת את הדעת לכך ששלושת מערכי השיקולים הללו נבדלים זה מזה מבחינה חוקתית: השיקולים הנוגעים באפקטיביות של הצו עניינם במבחן המידתיות הראשון, הוא מבחן הקשר הרציונלי; השיקולים הנוגעים בהעדר חלופות פוגעניות פחות עניינם במבחן המידתיות השני; ואילו השיקולים הנוגעים בהיקף הפגיעה בחייב אל מול התועלת שתצמח לזוכה מהטלת המגבלה עניינם במבחן המידתיות השלישי.

זיהויים של שלושת מערכי השיקולים האמורים, לא התגבשו מבחני עזר פסיקטיים אחדים שעל בסיסם הופעל שיקול הדעת השיפוטי.²¹

כך, לדוגמה, במישור של טיב הזכות המוגנת פירשו הערכאות הדיוניות את תחולת ההגנה על הזכות החוקתית לקניין ככוללת גם זכויות חוזיות ואחרות. בתוך כך נקבע כי יש להבחין בין סוגי חיובים שונים.²² עם זאת, לא נקבע מה יהיה המשקל היחסי שיינתן לחיובים מסוגים שונים (דוגמת חיוב לתשלום מזונות) אל מול זכותו של החייב לצאת מן הארץ.²³ באופן דומה, בכל הנוגע בחייב עצמו ההלכה היא, כאמור, שיש לבחון את הסיכוי שהוא ינצל את יציאתו מן הארץ לשם התחמקות מתשלום החוב, וכי סיכון זה צריך להיות ממשי, ואין די בסיכון כללי או משוער.²⁴ עם זאת, ניתן למצוא פסיקות סותרות באשר לשיקולים הרלוונטיים שיש לשקול במישור של החייב. כך, נקבע כי יש לבחון את טיב הזיקות של

21 יואר בהקשר זה כי העיון בפסיקתן של הערכאות הדיונית נסב לא פעם על ההיקש הראוי שיש לעשות מהאפשרות להגביל את יציאתו של אדם מן הארץ במסגרת מערכות דינים מקבילות, ובראשן ההליך האזרחי וההליך הפלילי. עם זאת, שתי מערכות דינים אלה, חרף הדמיון בצו, שונות במהותן ממערכת ההוצאה לפועל. כך, בהליך הפלילי עסקינן לא בהתנגשות בין זכויותיהם של פרטים, כי אם בין האינטרס הציבורי באכיפת החוק הפלילי ובהגנה על שלום הציבור לבין זכותו של הפרט לצאת מן הארץ כל זמן שעומדת לו חזקת החפות. בהמשך לכך, אף שיש דמיון בין הליך ההוצאה לפועל לבין הליך של מתן סעד זמני בהליך אזרחי, בהליך האזרחי השלב הדיוני הוא שלב שקודם לקביעה כי יש חבות כלשהי. אכן, ההלכה שנקבעה לעניין זה היא כי מרגע שהליך הוצאה לפועל נהפך להליך אזרחי, משתנה המארג הנורמטיבי החל על ההליך, לרבות הדין המסדיר את האפשרות למתן צו איסור יציאה מן הארץ. ראו בהקשר זה רע"א 7815/09 דוד נ' אקסלנס נשואה שרותי בורסה בע"מ (פורסם בנבו, 3.11.2009); ה"מ 143267/95 אבן נ' סלמון (פורסם בנבו, 1.1.1996); רע"א (שלום הרצ) 4097-08-11 ברק בן שם נ' טפר (פורסם בנבו, 11.8.2011) (להלן: פרשת טפר).

22 פרשת פלמן, לעיל ה"ש 18, פס' 50-53; תמ"ש (משפחה ת"א) 88727/97 א.ח. נ' א.ו. (פורסם בנבו, 21.9.2008), שם נקבע כי יש מקום לתת משקל יתר לזכותו של הזוכה מקום שמדובר במזונות, שכן מזונות אלה מגלמים לא רק את זכויות הזוכה בקניין, כי אם גם את חובות ההורה כלפי ילדיו, ויש בהם כדי להגן על יכולתם של הילדים להתקיים בכבוד.

23 כך, ניתן למצוא בפסיקתן של הערכאות הדיוניות עמדה שעל-פיה כל מקום שעסקינן בחוב מזונות יש לראות בעצם טיבו של החוב "נסיבה חריגה" המצדיקה בחינה מקילה של הבקשה לצו איסור יציאה מן הארץ. ראו את ההחלטה בתהוצל"פ (רצ) 4-12-00002-21 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 19.1.2012) (להלן: פרשת פלוני 2012), שבמסגרתה ציינה הרשמת דיאנה פאסו ואגו כי "יחד עם זאת, לְהִיָּוֵת אדם 'תושב חוץ', משקל בבחינת מתן עיכוב יציאה מן הארץ או ביטול עיכוב שכזה, אך לא משקל מכריע". במקרים אחרים, לעומת זאת, נקבע כי אף אם עסקינן בחוב מזונות, אין בכך כדי להביא לידי אי-תחולתה של הלכת וייסגלס (לעיל ה"ש 14), ויש לתת משקל של ממש לזכות היציאה מן הארץ של החייב. ראו את דבריו של השופט הנדל בכר"ע (מחוזי ב"ש) 730/03 פ.מ. נ' פ.נ. (פורסם בנבו, 14.1.2004); תמ"ש (משפחה ת"א) 4221/00 ניב נ' ניב (פורסם בנבו, 18.4.2000).

24 יצוין כי הדרישה להוכיח כי החייב ניסה או עתיד לנסות להבריח נכסים בפועל, אשר הייתה קבועה בחוק, בוטלה במסגרת חוק ההוצאה לפועל (תיקון מס' 29), התשס"ט-2008 (להלן: תיקון מס' 29 לחוק), ומתחם שיקול הדעת של רשמי ההוצאה לפועל הורחב.

החייב לישראל,²⁵ אך לא התגבשה הלכה באשר למשמעות זיקתו של החייב לארץ לגבי ההחלטה בדבר עיכוב יציאתו מן הארץ, והגישה הרווחת היא שיש לבחון כל מקרה על-פי נסיבותיו. אכן, עיון בפסיקתן של הערכאות הדיוניות מעלה כי חלקן נתנו משקל לסיבת הגעתו של החייב לארץ ולסיבת רצונו לצאת ממנה, ואילו חלקן לא ראו מקום לתת משקל לשאלה זו במסגרת ההחלטה.²⁶ באופן דומה, היו שנתנו משקל לאפקטיביות הצפויה של הצו – משמע, לקיומם של נכסים שמהם יוכל החייב לשלם את חובו, ולכושר השתכרותו בישראל – והיו שקבעו כי צו יינתן אף אם אין בכך כדי להביא לידי פגיעה בחוב, משמע, אימצו תפיסה כי יש בצו היבט "מעין-עונשי".²⁷ יצוין בהקשר זה כי קיימת אף גישה הגורסת כי ההלכה שנקבעה בבית-המשפט העליון בפרשת וייסגלס²⁸ צומצמה, בחלוף הזמן, בפסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בפרשת פלמן,²⁹ וכי ההלכה כיום אינה כי רק במקרים חריגים תיאסר יציאתו מן הארץ של תושב זר, אלא כי יש לערוך איזון אופקי בין זכות היציאה של החייב לבין זכות הקניין של הזוכה.³⁰ מערך נוסף של שיקולים הקיים בפסיקה בהקשר זה,

- 25 רע"א 909/90 בן יהודה נ' ליסקו חברה להחכרת ציוד (פורסם בנבו, 21.3.1990); רע"א 7474/06 לוי נ' בנק לאומי (פורסם בנבו, 12.12.2006). יצוין כי בערכאות הדיוניות התפתח דיון באשר לקיומן של קטגוריות-ביניים, כגון מחזיקי אזרחות כפולה, ויש מקרים שבהם נבחנה שאלת הזיקה לישראל לא רק ברמה האובייקטיבית של היקף הזיקות, אלא אף ברמה הסובייקטיבית של רצונו של החייב, כפי שזה משתקף בפעולות שונות שעשה, כגון הוצאת רשיון נהיגה ישראלי. ראו פרשת פלוני (2012), לעיל ה"ש 23. לעומת זאת, כבר"ע (מחוזי ת"א) 1640/03 ע' ט' נ' א' ט' (פורסם בנבו, 18.5.2003) דחה בית-המשפט המחוזי פרשנות שניסתה להציג חייב כמי שמצוי במעמד-ביניים ואשר אין לפיכך לראותו כתושב חוץ, ואומץ מבחן מירב הזיקות.
- 26 כך, למשל, בפרשת טפר, לעיל ה"ש 21, נקבע כי כניסה לארץ לצורך השתתפות בחתונה אינה מצדיקה הקלה בתנאיו של צו איסור היציאה מן הארץ, להבדיל מכניסה לארץ לצורכי השתתפות בלוויית האב, וזאת בשל היות חובת כיבוד האב חובה המשקפת את אופייה היהודי של מדינת-ישראל; בע"ד (משפחה-י) 242256-08-11 פ. ס. נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 21.9.2011), אשר עסק בחוב בגין מזונות לביטוח הלאומי, לא נתן בית-המשפט משקל לעובדה שהחייב נכנס לישראל על-מנת להשתתף בחתונת בנו.
- 27 כך, בתהוצ'ל"פ (י-ם) 301425991 ר.ד. נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 11.9.2012) (להלן: פרשת ר.ד.) ציין הרשם אסף אבני כי "יציאת החייב מן הארץ לא הועילה לשם פירעון החוב והחייב אינו עובד בחו"ל. אף אין ילדים קטינים או תלויים אחרים אשר סמוכים לשולחנו ומחייבים נוכחותו המיידית בחו"ל ולא נשמעה לפניי כל טענה בנוגע לכך. החייב לא הצביע על כך, כי תצמח תועלת ממשית לזוכה מחזרתו המיידית לחו"ל" (שם, בעמ' 14). נדמה שעמדה זו אינה עולה בקנה אחד עם ההלכה הפסוקה בהקשר זה, ועם פסיקותיהן של הערכאות הדיוניות בנושא. ראו בר"ע (מחוזי-י) 4188/02 וינוגרד נ' פיליפוביץ, פס' 46 (פורסם בנבו, 18.5.2003).
- 28 פרשת וייסגלס, לעיל ה"ש 14.
- 29 פרשת פלמן, לעיל ה"ש 18.
- 30 ראו תהוצ'ל"פ (י-ם) 0315505111 החייבת נ' בנק איגוד בע"מ (פורסם בנבו, 2.4.2012), שבו ציין הרשם אסף אבני כי "על ההלכה האמורה, אשר הפכה לשגורה בראשית הדרך, נמתחה ביקורת נוקבת באקדמיה, אשר אומצה בפסיקה מאוחרת לפרשת וייסגלס, בפרשת

שבגינם לא יינתן צו איסור יציאה מן הארץ, נוגע באפשרות להיפרע מהחוב בחוץ-לארץ ובזמינותו של החייב במדינת מוצאו.³¹

דומים הדברים אף במישור של הערובה. לנוכח מעמדה החוקתי של זכות היציאה מן הארץ, אין לאסור את היציאה מן הארץ כל זמן שניתן להעמיד ערובות מתאימות להבטחת תשלום החוב.³² יתר על כן, על הערובות עצמן להיות מידתיות, ואין לקבוע ערובה שבפועל תמנע את יציאתו של החייב מן הארץ.³³ עם זאת, עיון בפסיקה מעלה כי טרם התגבשו כללים ברורים באשר ליחס שבין צו איסור יציאה מן הארץ לבין הפעלת סעדים אחרים העומדים לטובת הזוכה.³⁴

מכל האמור עולה כי חרף ההלכה העקרונית שנקבעה בפסיקתו של בית-המשפט העליון לפני קרוב לעשרים שנה, נותרה עמימות רבה באשר ליישומה בפועל. ערכאות דיוניות שונות שוקלות שיקולים שונים במסגרת החלטותיהן, ואף שיש קווים מרכזיים שלאורם נבחנים צווי איסור יציאה מן הארץ, ככלל לא הוביל חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לשינוי ממשי בהליכים הנוגעים בהגבלת היציאה מן הארץ. כפי שיידון להלן, שונים פני הדברים בכל הנוגע בזכות לחירות ממאסר.

2. הזכות לחירות ממאסר

כאמור, בעוד בכל הנוגע בהגבלת זכות היציאה מן הארץ של חייב זר נראה שהאיזונים שבננקטו בטרם נחקק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נותרו על כנם אף לאחר חקיקתו, בכל הנוגע בזכותם של חייבים לחירות ממאסר שונים פני הדברים. נדמה כי השינוי הדרמטי שעבר על הסדרי החוק שעניינם מאסרו של חייב מוכר וידוע ברבים, ואין צורך להרחיב בנושא

פלמן הנ"ל, ע"י בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט דרורי) (שם, בעמ' 3). ראו גם פרשת ר.ד., לעיל ה"ש 27. יצוין בהקשר זה כי ספק אם המבנה החוקתי של מערכת המשפט הישראלי מאפשר לערכאה דיונית להפוך הלכה שנקבעה על-ידי בית-המשפט העליון תוך הישענות על חלוף הזמן. לדיון נרחב בהקשר זה ראו בר"ע 3749/12 בר עוז נ' סטר (פורסם בנבו, 1.8.2013), שם ציין הנשיא גרוניס (שם, בפס' 19 לפסק-דינו) כי "נשאלת השאלה האם ערכאה שאינה בית המשפט העליון, רשאית לפעול כאילו הייתה היא בית המשפט העליון, היינו לבטל הלכה שקבע בית המשפט העליון או להתעלם ממנה. התשובה לשאלה זו הינה, כמובן, שלילית. אם נשלים עם מצב בו ערכאות נמוכות מחליטות, ביום בהיר, לבטל הלכה של הערכאה העליונה, תהפוך מערכת המשפט שלנו ל'מערכת שופטים', בה כל שופט עושה כרצונו בלא לראות עצמו מחויב לפעול על פי תקדימים מחייבים". אף שהרשם אבני טוען בהמשך החלטתו האמורה כי מדיניות זו אומצה אף על-ידי בית-המשפט העליון, לא מצאתי לכך כל תימוכין.

31 תמ"ש (משפחה ת"א) 59330/02 ק"ת נ' ק"ח (פורסם בנבו, 10.10.2004).

32 תמ"ש (משפחה ת"א) 22865-06-11 א.נ' נ' ע.ג. (פורסם בנבו, 17.7.2011).

33 בר"ע (מחוזי חי') 412/95 עראף נ' פראן (פורסם בנבו, 12.5.1995).

34 יואר בהקשר זה כי מבחינה נורמטיבית, אף שהחוק מאפשר לזוכה לבקש כמה סעדים במקביל, נדמה שעקרון המידתיות מחייב כי מקום שניתן להבטיח את תשלום החוב באמצעות מתן סעדים שאינם פוגעים בזכות היציאה מן הארץ (ובזכויות חוקתיות אחרות) יש למצות את השימוש בסעדים אלה לפני הגבלת תנועתו של החייב.

זה יתר על המידה. שאלת מאסרם של חייבים עמדה במוקד מחלוקת משפטית ופוליטית כבר בימיה הראשונים של מדינת-ישראל.³⁵ עם זאת, רק לאחר חקיקתו של חוק-ייסוד: כבוד האדם וחירותו התחוללה תמורה משמעותית בשאלת מאסרם של חייבים, שראשיתה בפסיקתו של בית-המשפט העליון בפרשת פר"ח,³⁶ והמשכה בשינוי חקיקה נרחב שנעשה בעקבות אותה פרשה. עוד לפני הלכת פר"ח האמורה הגביל החוק את מאסרו של החייב רק לנסיבות שבהן התגלה כי הוא יכול לשלם את החוב ואינו משלם. הקושי המרכזי שהתברר באותה פרשה היה שבפועל, חרף הוראת החוק, נהפך הליך המאסר להליך אוטומטי כמעט, ללא בחינה ראויה של יכולתו של החייב לשלם, וללא מיצוי כל החלופות האחרות לגביית התשלום. משכך, עיקר הסעד שניתן על-ידי בית-המשפט בהלכת פר"ח אינו נוגע בכלל המהותי, הוא שיקול-הרעת שעל רשמי ההוצאה לפועל להפעיל, שכן לא הייתה מחלוקת לעניין זה; הסעד המשמעותי שניתן היה הגדרת הפרוצדורה המחייבת לפני מאסרו של חייב, היא קיומה של חקירת יכולת שממנה נלמד כי החייב בעל יכולת וכי אין כל דרך אחרת לאלצו לקיים את הצו.³⁷

עיון בפסיקתו של בית-המשפט העליון לאחר מתן פסק-הדין בפרשת פר"ח מעלה כי העקרונות האמורים בו – שהם כאמור עקרונות פרוצדורליים בעיקרם, שתכליתם הבטחת ההגנה הראויה על הזכות המהותית – פורשו בהרחבה. כך, בפרשת בר-ינוי³⁸ נקבע, ראשית, כי חרף העובדה שהוראת סעיף 74 לחוק ההוצאה לפועל, העוסקת במאסר של חייבים בגין אי-תשלום חוב מזונות, אינה קובעת תנאים זהים לאלה של סעיף 70 לחוק (ואינה מחייבת ביצוע חקירת יכולת), יש לפרשה לאור הזכות החוקתית לחירות. משכך, אף במסגרתה על רשם ההוצאה לשקול את האפקטיביות של המאסר בהתחשב ביכולתו הכלכלית של החייב.³⁹ לצד זאת נקבע כי סעיף 74 לחוק ההוצאה לפועל יחול בצמצום, רק על חוב ישיר בין חייב למשפחתו, ולא על חוב שנוצר לטובת הביטוח הלאומי, שנשא בנטל תשלום המזונות.⁴⁰ עוד נקבע כי אף מקום שמחדלו של החייב הוא שהוביל לאי-ביצועה של חקירת יכולת יש להורות על ביצוע חקירת יכולת חרף האיחור ותחילתם של הליכי המאסר.⁴¹ בהמשך לכך

35 ראו, לדוגמה, ע"א 523/70 רכטמן נ' קורק, פ"ד כה(2) 542, 548-547 (1971). לסקירה מקיפה של ההתפתחויות שחלו בהקשר זה ראו רון חריס "נפילתו ועלייתו של מאסר החייבים" עיוני משפט כ 439 (1996).

36 פרשת פר"ח, לעיל ה"ש 14.

37 שם, בעמ' 763-764.

38 רע"א 4445/96 בר-ינוי נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד נא(4) 571 (1997) (להלן: פרשת בר-ינוי). יצוין בהקשר זה כי מדובר בחריג לכלל שעל-פיו המוסד לביטוח לאומי נכנס בנעלי הזוכה וזכאי למלוא הזכויות המוקנות לזוכה בהליכי הוצאה לפועל ופשיטת-רגל. העיקרון שנקבע בפרשת בר-ינוי פותח בפסיקה מאוחרת יותר, ונקבע כי יש הצדקה להבחין בין הזוכה המקורי לבין הזוכה הנכנס בנעליו רק מקום שיש נסיבות חריגות, דוגמת הגנה על זכויות האדם של החייב. ראו רע"א 631/07 גילו נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 21.5.2009); רע"א 3898/12 לרנר נ' כונס הנכסים הרשמי (פורסם בנבו, 30.8.2012).

39 פרשת בר-ינוי, שם, בעמ' 575.

40 שם, בעמ' 576.

41 רע"א 5269/06 מזרחי נ' כהן (פורסם בנבו, 9.7.2006).

נקבע כי אין להחיל את הוראות סעיף 74 מקום שעסקינן בהסכם גירושים, שכן חרף הכותרת "מזונות" שנתנו הצדדים לתשלומי החייב, אלה תשלומים ממוניים רגילים, ויש לגבותם במסלול של סעיף 70 לחוק ההוצאה לפועל. זאת, מכיוון שתשלומים מסוג זה אינם מבטיחים כי הסכומים שנקבעו מבוססים על הצורך של מקבלי המזונות ועל יכולתו הכלכלית של החייב, ואינם כפופים לאפשרות לשנותם אם השתנו הנסיבות.⁴² כן נקבע כי אין להחיל את ההסדר הקבוע בסעיף 74 על חוב מכוח כתובה, ואין לראות חוב זה כ"מזונות".⁴³ עוד נקבע כי אי-אפשר לוותר, בדרך של הסכמה, על החובה לבצע חקירת יכולת לפני מאסר.⁴⁴ בהמשך לאמור נקבע כי מקום שהתברר במסגרת חקירת היכולת כי אין ביכולתו של החייב לעמוד במלוא צו התשלומים שנקבע לו, ניתן לשחררו ממאסר אף אם שילם רק חלק מן החוב.⁴⁵ לאחר שניתן פסק-הדין בפרשת פר"ח, שב המחוקק ונדרש לסוגיית מאסרם של חייבים. במסגרת זאת תוקן חוק ההוצאה לפועל (תיקון מס' 19 לחוק).⁴⁶ עיקר משמעותו של תיקון זה, ככל שהוא נוגע בעניינינו, הוא שינוי נטל הראייה המוטל על הצדדים בהליך. במסגרת זאת נקבעו שני מנגנונים המקילים את מאסרם של חייבים. ראשית, נקבעה חזקה כי חייב שלא מילא אחר הוראות האזהרה שהומצאה לו, או לא הגיש בקשה לצו תשלומים, יראוהו כחייב המשתמט מתשלום החוב. כן חוקק סעיף 67(ד), הקובע כי יראו בחייב שלא התייצב לחקירת יכולת כחייב בעל יכולת המשתמט מתשלום חובותיו. שנית, בוטלה הדרישה בחוק שעל-פיה על הרשם לשקול, לפני מתן צו מאסר, את התועלת האפשרית הגלומה בנקיטת הליכי עיקול נגד נכסי החייב.⁴⁷ שאלת חוקתיותו של תיקון מס' 19 לחוק נידונה בבית-המשפט העליון, ונקבע, בקצרה, כי אף שהתיקון מעורר קשיים, אין אלה פגמים המובילים לבטלותו של התיקון לחוק.⁴⁸

אכן, בחלוף השנים מצא המחוקק לנכון לשוב ולתקן את הוראות חוק ההוצאה לפועל, ולצמצם בצורה ניכרת את היקף מאסרם של חייבים. תיקון מס' 29 לחוק שינה באופן נרחב את ההסדרים הנוגעים בעניין זה. ראשית, המחוקק קבע כי צו הבאה יינתן רק אם חלפו חודשיים מיום שהומצאה לחייב אזהרה מלאה והוא לא התייצב (סעיף 69 לחוק). שנית, נקבע כי לא יינתן צו מאסר בגין חוב הנמוך מ-2,000 ש"ח, אלא אם כן מדובר בחוב מזונות, ואף הותר לשר המשפטים לשנות סכום זה (יצוין כי בהצעת החוק המקורית הוצע לבטל את אפשרות מאסרו של חייב שחובו נמוך מ-500,000 ש"ח). יתר על כן, נקבע – כהוראת

42 משמע, להבדיל ממזונות הנפסקים על-ידי בית-המשפט, בנוגע לחוב שקם מכוח הסכם הגירושים לא התקיים פיקוח שיפוטי, ולא הובטחה ההגנה על זכויותיו החוקתיות של החייב. ראו ע"מ (מחוזי ת"א) 17/97 מלאך נ' מלאך (פורסם בנבו, 19.7.1998); תמ"ש (משפחה ת"א) 88372/97 פלוני נ' אלמונית (פורסם בנבו, 20.10.2004) (להלן: פרשת פלוני (2004)).

43 בר"ע 3269/96 טאקאש נ' טאקאש (פורסם בנבו, 29.5.1998).

44 פרשת פלוני (2004), לעיל ה"ש 42.

45 בר"ע (מחוזי נצ') 1113/07 פרידמן נ' גוזלן (פורסם בנבו, 9.7.2007).

46 חוק ההוצאה לפועל (תיקון מס' 19), התשנ"ט-1999 (להלן: תיקון מס' 19 לחוק).

47 יצוין כי עיון בדברי ההסבר להצעת החוק מעלה כי כוונת המחוקק בביטול סעיף זה לא הייתה אלא למנוע טענה בדבר צורך בקיום הליך נפרד מהליכי העיקול והמאסר עצמם שעניינו שקילת החלופה של עיקול.

48 בג"ץ 538/01 התנועה למלחמה בעוני בישראל נ' שר המשפטים (פורסם בנבו, 9.1.2002).

שעה לתקופה של שנתיים, אשר הוארכה בשנה נוספת (עד למאי 2014) – כי לא ייאסרו חייבים כלל, למעט בגין חוב מזונות העולה על 2,000 ש"ח. מן המרובה עולה, אם כן, כי בכל הנוגע במאסר חייבים התחוללו שתי תמורות מרכזיות. התמורה האחת עניינה בהליך הפרוצדורלי הנדרש לפני מתן צו מאסר, והיא התחוללה בעיקר בפסיקה. תמורה זו קבעה כללים מחייבים המבטיחים כי רשם ההוצאה לפועל יפעיל שיקול-דעת בכל מקרה ומקרה, ויורה על מאסר רק מקום שהחייב יכול לשלם את חובו ונמנע מכך, ואין חלופות פוגעניות פחות לגביית החוב. התמורה השנייה, שהתחוללה מכוח חקיקה, היא צמצום משמעותי של האפשרות להורות על מאסרו של חייב, ונכון ליום זה – ביטול אפשרות המאסר של רוב החייבים (כאמור, למעט חייבים בחוב מזונות). אכן, אל מול מאות אלפי צווי מאסר שהוצאו מדי שנה בגין חוב עד לשנת 2010, נכון להיום ניתנים אלפים ספורים בלבד מדי שנה, ורק בתיקי מזונות.⁴⁹

49 בשנת 2010 הוצאו במסגרת הליכי הוצאה לפועל 17,469 צווי מאסר לחייבים, וזאת אל מול 100,437 צווי מאסר לחייבים בשנת 2009 ו-204,278 צוויים כאלה בשנת 2008. רשות האכיפה והגבייה דו"ח שנתי על הפעילות בשנת 2010 (2011) www.eca.gov.il/loadedFiles/2010doch.pdf. יצוין כי לא פורסמו נתונים באשר למספר צווי המאסר שניתנו בשנת 2011, אך מהדוח לשנת 2011 – רשות האכיפה והגבייה דו"ח שנתי על הפעילות בשנת 2011 (2012) www.eca.gov.il/loadedFiles/doch_peilut.pdf (להלן: דוח רשות האכיפה והגבייה לשנת 2011) – עולה כי חלה ירידה של 50% בהיקף הבקשות למתן צו מאסר אל מול שנת 2010. בעת עריכת מאמר זה לדפוס, פורסם הדו"ח השנתי על פעילות רשות האכיפה והגבייה לשנת 2012, ראו רשות האכיפה והגבייה דו"ח שנתי על פעילות רשות האכיפה והגבייה לשנת 2012 (2013) www.eca.gov.il/loadedFiles/doch%202012.pdf. העיון בדו"ח מעלה כי בכל הנוגע לנתונים המוצגים במאמר זה, לרבות היקף צווי המאסר, סוגי החייבים והיקף הייצוג של חייבים ושל זוכים, לא חלו תמורות משמעותיות בשנה החולפת. יוער בהקשר זה כי האפשרות למאסר חייבים עודה קיימת במסגרת הליכי פשיטת-רגל. במאמר הנוכחי אין בכוונתנו לבחון את הקשיים המרובים המתעוררים בשל ההפרדה בין הליכי ההוצאה לפועל לבין הליכי פשיטת-הרגל (וכן הליכי הפירוק של חברות). עם זאת, יצוין כי גם בתחום פשיטת-הרגל צמצמה ההלכה הפסוקה את אפשרות מאסרו של פושט-הרגל למקרים נדירים שבנדירים, שבהם הוכח כי פושט-הרגל נמנע מתשלומים במכוון וחרף קיומה של יכולת כלכלית. ראו בהקשר זה ע"א 3477/13 שריה נ' גולן (פורסם בנבו, 23.5.2013) (החלטה בבקשה לעיכוב ביצוע): "אכן, סעד זה הינו סעד קיצוני שיש להפעילו לעיתים רחוקות בלבד. יחד עם זאת, על פניו נראה שהמקרה דנן הינו אחד מאותם מקרים חריגים בהם החייב עושה דין לעצמו משך שנים רבות ולא משלם כמעט מאומה לקופת פשיטת הרגל, תוך הפיכת הליך פשיטת הרגל ל'עיר מקלט', כאשר מנגד עומדים הנושים (המיוצגים על ידי הנאמן) בחוסר אונים...". (שם, פס' 6). ראו עוד בהקשר זה רע"א 1334/06 בלס נ' הנאמן בפשיטת רגל (פורסם בנבו, 23.7.2006); ע"א 9349/01 מוסאיוף נ' הנאמן על נכסי פושט הרגל (פורסם בנבו, 13.12.2001).

3. סיכום ביניים

כאמור בפתח הדברים, ניתוח הדין הפוזיטיבי שהוצע עד כה אינו כולל דיון בזכויות חוקתיות אחרות המשפיעות אף הן על מערך השיקולים בהליכי הוצאה לפועל, דוגמת הזכות לפרטיות וכן חופש התנועה של חייבים שאינם תושבי חוץ – זכויות אשר מעמדן בהליכי הוצאה לפועל טרם זכה בדיון מספק בפסיקה. עם זאת, נדמה כי ההשוואה בין האופן שבו השפיע חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על הליכים להוצאת צו איסור יציאה מן הארץ לבין האופן שבו הוא השפיע על הליכי מאסר מראה כי במבחן המעשה אין די במודל המכיר במעמדה החוקתי של הזכות, ומותיר את האיזון בינה לבין זכויות מתחרות להכרעה פרטנית ב"כל מקרה לגופו", אם ברצוננו להפוך את הזכות מזכות עלי ספר לזכות בפועל. על-מנת להפוך את הזכות לזכות ממשית בחיי המעשה, יש לאמץ את המודל המשולש שהוצג בפתח הדברים, קרי: יש לפעול בשיתוף-פעולה של שלוש הרשויות על-מנת לתקן את הדין באופן שיבנה את שיקול-הדעת המוסדי ואת הכללים הפרוצדורליים כך שהזכות תזכה בביטוי ממשי; על הערכאות הדיוניות לזהות את שיקולי-הרוחב העומדים בבסיס פסיקתן, ולהביאם לידי ביטוי באופן שיאפשר ביקורת של ערכאות הערעור ועיצוב דין אחיד בנוגע לשיקולים אלה; ועל ערכאות הערעור לעצב את הדין באופן שיאפשר לערכאות הדיוניות להפעיל את שיקול-הדעתן בצורה סדורה, על בסיס שיקולים אחידים, בהתאם למשקלה הנורמטיבי של הזכות. תובנות אלה הן שיהוו את התשתית לדיון בהשפעתה של הזכות החוקתית לקיום מינימלי בכבוד על הליכי ההוצאה לפועל.

ב. הזכות החוקתית לקיום מינימלי בכבוד

הזכות החוקתית לקיום מינימלי בכבוד הוכרה לראשונה בפרשת עמותת מחויבות.⁵⁰ עם זאת, באותה פרשה לא נדרש בית-המשפט להכריע בשאלה כיצד יש לצקת תוכן לזכות זו, והוא הסתפק בקביעה העקרונית כי –

"חוקי היסוד מגנים על הזכות לכבוד, ובגדרה על היבט הקיום החומרי הנדרש לצורך מימוש הזכות לכבוד. בראייה זו זכותו של אדם לכבוד היא גם הזכות לנהוג את חייו הרגילים כבן אנוש בלא שתכריע אותו המצוקה ותביא אותו לכלל מחסור בלתי נסבל. זוהי התפיסה שהזכות לקיום בכבוד היא הזכות כי יובטח לאדם אותו מינימום של אמצעים חומריים שיאפשרו לו להתקיים בחברה שבה הוא חי."⁵¹

מכל מקום, אין ספק שהזכות לקיום מינימלי בכבוד היא זכות אחת מתוך מארג של זכויות שעניינן הגנה על יכולתו של אדם להתקיים בכבוד מבחינה חומרית. זכות זו נעוצה

50 בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד (3) 464 (2005) (להלן: פרשת עמותת מחויבות). ראו גם בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט' (1) 729 (2004).

51 פרשת עמותת מחויבות, שם, בעמ' 482.

היטב במערכי חקיקה שונים החלים על הפרט, ביניהם חוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987,⁵² חוק הבטחת הכנסה, התשמ"א-1980, חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995⁵³ וכיוצא בהם. תכליתם המשותפת של דברי חקיקה אלה היא מימוש הזכות לקיום מינימלי בכבוד, והם בחלקם הביטוי שנתן המחוקק לזכות לקיום מינימלי בכבוד. (כפי שיוסבר בהמשך, לצד ההגנה על הזכות לקיום מינימלי בכבוד, חוקים אלה פורשים הגנות נוספות על פרטים בחברה, שאינן מחויבות מכוח הזכות החוקתית לקיום מינימלי בכבוד.) מערכת חוקים נוספת היוצקת תוכן לזכות לקיום מינימלי בכבוד בחיי המעשה עוסקת ביצירת מינימום של שוויון בסיכויים. במסגרת חוקים אלה ניתן למנות את חוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953, וחוק לימוד חובה, התש"ט-1949,⁵⁴ וכן את חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, וכדומה. חוקים אלה מבטיחים כי התנאים החברתיים יאפשרו לפרט לקיים את עצמו בכבוד. כך, לדוגמה, תכליתו של חוק שעות עבודה ומנוחה אינה רק לחייב מעסיקים לשלם תשלום נוסף בגין העסקה חורגת, כי אם גם להגביל את היקף עבודתו של אדם. זאת, על בסיס ההנחה שקיום בכבוד משמעותו כי לאדם יעמדו גם שעות פנאי.⁵⁵

- 52 השופט זילברטל ציין בהקשר זה כי "הזכות לשכר מינימום היא זכות נגזרת, מנגנון למימוש של הזכות למינימום קיום אנושי בכבוד, כאשר היא קובעת רף מינימאלי של שכר עבודה". רע"פ 4717/11 סגא אנטרפרייזי (ישראל) (1996) בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד התמ"ת, פס' 10 לפסק-דינו של השופט זילברטל (פורסם בנבו 6.1.2013). ראו גם את דבריה של השופטת ארבל בבג"ץ 3512/04 שזיפי נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נט(4) 70, 77 (2004), ואת דבריו של השופט שהם ברע"פ 4784/12 מגן נ' מדינת ישראל משרד התמ"ת (פורסם בנבו, 17.10.2012).
- 53 ראו בג"ץ 494/03 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר האוצר, פ"ד נט(3) 322, פס' 15-19 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2004) (להלן: פרשת רופאים לזכויות אדם).
- 54 בג"ץ 5373/08 אבו לבריה נ' שרת החינוך, פס' 24-28 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 6.2.2011).
- 55 לעניין האופן שבו יצק המחוקק תוכן לזכות החוקתית בדברי חקיקה שונים ראו פרשת חסן, לעיל ה"ש 6, פס' 37-38 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש. באופן דומה צוין בדנג"ץ 10007/09 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פס' 11 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 18.3.2013), כי "אין מחלוקת כי לחוק שעות עבודה ומנוחה תכלית סוציאלית, היא הגבלת היקף שעות העבודה של העובדים במשק". ראו, לדוגמה, רע"פ 10687/02 הנדימן עשה זאת בעצמך בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) (2003); בג"ץ 287/69 מירון נ' שר העבודה, פ"ד כד(1), 337 (1970); בג"ץ 5073/91 תיאטרות ישראל בע"מ נ' עיריית נתניה, פ"ד מז(3) 192 (1993). הנחת-המוצא של החוק היא כי השילוב הנוצר בין חוקי המגן המגיינים על שכרו של העובד (ביניהם חוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987, חוק שכר שווה לעובד ולעובדת, התשנ"ו-1996, וצו ההרחבה [נוסח משולב] לפנסיה חובה משנת 2011) לבין חוקים המונעים העסקה נצלנית, ובראשם חוק שעות עבודה ומנוחה (לצד חוקים נוספים, כחוק גיל פרישה, התשס"ד-2004 – וראו לעניין זה את הדיון בתכליתו הסוציאלית של החוק בפס' 23-24 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן בבג"ץ 1268/09 זוזל נ' נציבות שירות בתי הסוהר (27.8.2012)), מאפשרים לעובד קיום בכבוד. יצוין בהקשר זה כי ההכרה בזכות החוקתית לקיום מינימלי בכבוד טרם חלחלה לפסיקתן של הערכאות הדיוניות בהקשרים רבים. כך,

במילים אחרות, עיון בחקיקה, ולו ממעוף הציפור, מגלה כי המחוקק נתן את דעתו לשני היבטים מרכזיים של הזכות לקיום מינימלי בכבוד: **ההיבט האחד** הוא ההיבט הנקודתי, המגולם במחויבותה של המדינה לספק בכל רגע נתון תנאי מחיה מינימליים לפרטים הנמצאים בה; **וההיבט האחר** הוא ההיבט התהליכי, המגולם במחויבותה של המדינה לוודא שלכל אדם ואדם תהיה האפשרות לשפר את תנאי קיומו, ושלא יהיו פרטים במדינה המצויים במעגל-קסמים של מצוקה שאין ממנו מוצא. ודוק, כבר בשלב זה של דיוננו יש לתת את הדעת לכך שמשמעותה של הזכות לקיום בכבוד, כפי שהיא עולה מהחקיקה המממשת אותה (כמורגם מהפסיקה, כפי שנראה בהמשך), היא כי אין לפגוע, בשם הזכות לקיום בכבוד, בזכויותיו החוקתיות האחרות של הפרט, ובראשן הזכות לאוטונומיה ולפרטיות. כך, לדוגמה, אין מנגנון הקצבאות של חוק הביטוח הלאומי מצדיק שהביטוח הלאומי יקבע לאיזה צורך תשמש הקצבה או אם מקבלה משתמש בה בפועל לצורך "ראוי" אם לאו. משמעות זו חשובה במיוחד בכל הנוגע במישור הנקודתי של הזכות – אין בעצם העובדה שסכום הקצבה מחושב באופן זה או אחר על בסיס הצרכים המינימליים לקיום בכבוד כדי להצדיק את התערבותה של המדינה באופן שבו הפרט מנצל את קצבתו. כל שהמדינה מחויבת לו הוא להבטיח כי לפרט יהיו הכלים להתקיים בכבוד, אך בכך אין כדי לשלול את זכותו של אדם, הנובעת מזכותו לאוטונומיה, להשתמש במשאביו כפי שהוא רואה לנכון.⁵⁶

יצוין בהקשר זה כי עיון בחקיקה המבטיחה את קיומו בכבוד של האדם מעלה, כפי שיפורט בהמשך, כי עיקר ההגנה על הזכות לקיום מינימלי בכבוד מצויה במישור של המשפט הפרטי, ומונעת את כניסתו של הפרט למצב של תלות בצורך התקיימותו הבסיסית, קרי, מגינה על ההיבט התהליכי של הזכות. התערבותה הישירה של המדינה בהקצאת

לדוגמה, חרף ההיבט האמור של הזכות (קרי, שאדם יוכל להתקיים בכבוד בתנאי עבודה מכבדים, תוך הגנה על זכותו לפנאי), חרף לשונו הברורה של חוק שעות עבודה ומנוחה וחרף הדיון בזכות שהתקיים בפרשת גלוטן שהוזכרה לעיל, ממשיכות להתקיים בשוק פרקטיקות העסקה אשר ספק אם עומדות בדרישת החוק, דוגמת העסקה קבועה בשעות נוספות לא מכוח החריגים לאיסור הקבועים בחוק או העסקה במתכונת של שעות נוספות "גלובליות".

56 עם זאת, אפשר שבמקרים חריגים, דוגמת מקבל קצבה שלשולחנו סמוכים קטינים או חסרי-ישע, תהיה הצדקה מסוימת להבטיח שהקצבה תשרת אף את צורכיהם. יוזכר בהקשר זה כי הזכות לפרטיות, שזכתה בעיגון בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, עומדת לחייב גם לא במסגרת ההגנה הנתונה מכוח זכותו החוקתית לקיום מינימלי בכבוד. נדמה כי מעמדה של זכות זו במסגרת הליכי ההוצאה לפועל לא נידון כמעט בפסיקה, ובפועל גורמים שונים במערכת מייחסים לה משקל שונה. ברי כי הליכים רבים, דוגמת חקירת יכולת וכניסה לחצריו של החייב, מביאים לידי פגיעה בזכות החוקתית לפרטיות, וראוי שיתקיים דיון מקיף על היקפה של הזכות. דיון זה חורג מגדרו של המאמר הנוכחי. עם זאת, אפשר שיש בתוכנות המובאות במאמר זה, לעניין ההגנה האפקטיבית על זכויות של חייבים מקום שההליך פוגע בזכויות אלה באופן שיטתי, כדי לסייע בניתוחה של הזכות לפרטיות בהקשרים של הוצאה לפועל. מכל מקום, סוגיה מורכבת זו לא תידון במאמר הנוכחי. להתייחסות נקודתית לשאלות של פגיעה בפרטיות בהקשרו של מסלול הגבייה המקוצר בהוצאה לפועל ראו בג"ץ 6804/12 לשכת עורכי הדין בישראל נ' שר המשפטים, פס' 30 לפסק-דינו של השופט סולברג (פורסם כנבו, 25.6.2013) (להלן: פרשת לשכת עורכי הדין בישראל).

משאבים לפרט נעשית רק מקום שאין די במנגנונים האזרחיים להבטיח את התקיימותם של הפרטים בכבוד. כאמור, בהמשך הדברים נבחן את ההצדקות למנגנון זה. עיון בפסיקה שלאחר פרשת עמותת מחויבות מעלה כי אט"אט החלו מתגבשים כללים פסיקטיים המפרשים את הזכות בשני המישורים האמורים. ניתן להמחיש כפילות זו בדיון המשפטי הנוגע בזכות למים. במישור הנקודתי נקבע מפורשות כי הזכות למים היא חלק בלתי-נפרד מהזכות לקיום מינימלי בכבוד.⁵⁷ במישור התהליכי נקבע כי קביעת תעריפים גבוהים למים (ומכאן שאף לצרכים אחרים הנדרשים לקיום מינימלי בכבוד) אפשר שתהיה לא-חוקתית.⁵⁸ ודוק, קביעת תעריפי מים גבוהים יכול שתעורר קושי חוקתי אף מקום שבפועל ניתנת גישה למים לכל דורש אך נוצר לו חוב שאותו יתקשה לפרוע. כל קביעה אחרת, שלפיה אי-אפשר למנוע את מתן השירות או הגישה למצרך אך ניתן לחייב בגין השירות או המצרך מחיר שבפועל יחייב את הפרט להיותר במעגל העוני, תהיה פרשנות לא-קוהרנטית ולא-רצויה. במילים אחרות, דוגמה זו ממחישה היטב את החשיבות הרבה שבהתפרשותה של הזכות לקיום מינימלי בכבוד לא רק על מצבו המידי של הפרט, אלא אף על יכולתו לקיים את עצמו בכבוד בעתיד. נראה כי הסדר שבמסגרתו יוכל הפרט להמשיך להתקיים בכבוד רק מכוח תמיכתה של המדינה, באופן שיחמיר את תלותו במדינה, הוא הסדר שאינו עולה בקנה אחד עם הזכות.

מישור אחר להתפתחותה של הזכות לקיום מינימלי בכבוד הוא מישור הבריאות. אף בהקשר זה ניתן לזהות בפסיקתו של בית-המשפט העליון את שני הרבדים של הזכות. עקרון הגישה לטיפול רפואי אלמנטרי כזכות-יסוד חוקתית נקבע כבר בפרשת גמזו.⁵⁹ השאלה שהתעוררה בהקשר זה היא כיצד יוגדר אותו טיפול רפואי אלמנטרי, ומהו הסף שמעבר לו עסקינן במדיניות ציבורית שאינה יכולה להקים סעד משפטי.⁶⁰ בתוך כך צוין כי "ניתן לעגן זכות סוציאלית לאספקת שירותי בריאות בסיסיים בגדר הזכות לשלמות הגוף, הקבועה בסעיף 4 לחוק היסוד"; כי מוסכם שחובתה של המדינה להבטיח, באמצעות שירותי הרפואה

57 "נגישות למקורות מים לצורך שימוש אנושי בסיסי נופלת בגדר הזכות לקיום מינימלי בכבוד. מים הם מצרך חיוני לאדם, ובלא נגישות בסיסית למצרך זה באיכות סבירה אין האדם יכול להתקיים. לפיכך, יש להשקיף על הזכות למים כחלק מהזכות לקיום אנושי בכבוד, הזוכה להגנה חוקתית מכח הזכות החוקתית לכבוד האדם..." ע"א 9535/06 אבו מסאעד נ' נציב המים, פס' 23 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 5.6.2011). ראו גם אלרון שפירא בר-אור "ההפרטה של שירותי הספקת המים בישראל: באפיק ההפרטה 'המוחלטת' חוקים א' 319, 329 (2009); בג"ץ 5671/01 ה.ל.ב. התנועה למלחמה בעוני נ' עיריית תל אביב (פורסם בתקדין, 19.4.2004).

58 בג"ץ 10541/09 יובלים ש.ד.י. בע"מ נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 5.1.2012).

59 פרשת גמזו, לעיל ה"ש 12, בעמ' 375-376.

60 יוזכר, כפי שצוין בפתח הדברים, כי עצם העובדה שהזכות אינה מצמיחה סעד משפטי חוקתי אין משמעה שהיא חסרת תוקף, לנוכח חובתן של כל הרשויות לכבד את מארג הזכויות החוקתיות בהחלטותיהן. קרי, אף מקום שעסקינן במדיניות ציבורית, שבה לא יתערב בית-המשפט, חובה על הרשות לשקול את זכויותיו החוקתיות של הפרט ואת השלכותיהן על ההחלטה הקונקרטית.

שלה, כי ייתן טיפול רפואי נאות לאדם הנתון במצוקה גופנית מיידית; וכן כי "ניתן להסכים שהיבטים מסוימים של מוסד ביטוח הבריאות הממלכתי מוגנים בגדר הזכות לכבוד".⁶¹ בהמשך לכך, בפרשת סולומטיץ'⁶² נידונה שאלת זכותם של קטינים שמעמדם האזרחי בישראל טרם הוסדר לשירותי בריאות. בפסק-דינו חזר בית-המשפט על העיקרון כי בגדר הזכות החוקתית לכבוד האדם נכללת הזכות לשירותי בריאות מינימליים. בפסק-דינו פירט בית-המשפט בהרחבה את חובת הסבסוד החלה על המדינה (באותו מקרה, מכוח הסדרה מפורשת בחקיקה), המונעת הטלת נטל כלכלי מוגבר על הנוקמים לשירות רפואי. משמע, אף בהקשר זה נקבע כי אין די בעצם הספקת השירות, אלא יש להבטיח כי הספקת השירות לא תוביל למציאות שבה עצם קבלתו מעמיקה את מצב המצוקה של הפרט. בהקשר של הזכות לשירותי בריאות מינימליים יצוין כי במקרה יחיד אף נדרש בית-המשפט בפועל לתחשיבי הצדדים באשר לעלותו של יום אשפוז, וקבע כי המימון הציבורי לאשפוזם של קשישים אינו מאפשר קיום מינימלי בכבוד.⁶³

אם כן, כאמור לעיל, לאחר פסק-הדין בפרשת עמותת מחויבות החלה הפסיקה לגבש כללים מעשיים בנוגע ליישומה של הזכות לקיום מינימלי בכבוד בחיי המעשה. במסגרת זאת עסק עיקר הדיון במישור הראשון של הזכות, קרי, בהיבט הנקודתי של הזכות שלפיו בכל רגע נתון לא יישללו מאדם הצרכים הבסיסיים לקיומו. עם זאת, עוד לפני פסק-הדין בעניין חסן ניכרה בפסיקה אף הכרה במישור השני של הזכות, הוא ההיבט התהליכי שלה והזכות לא להיות נזקק.

פסק-הדין בפרשת חסן מהווה בהקשר זה נקודת מפנה משמעותית, שכן לראשונה הוא מעגן, בהרכב מורחב של בית-המשפט העליון, את הפן התהליכי של הזכות לקיום מינימלי בכבוד. באותה פרשה נידון סעיף 9א(ב) לחוק הבטחת הכנסה, שקבע כי ניתן לשלול את קצבת הבטחת הכנסה ממי שמחזיק רכב או עושה ברכב שימוש קבוע. בית-המשפט קבע פה אחד כי שלילת הקצבה בנסיבות אלה מהווה פגיעה לא-מידתית בזכות לקיום מינימלי בכבוד. לכאורה, כל זמן שאנו מבינים את הזכות לקיום מינימלי בכבוד רק כזכות שבכל רגע נתון לא יחסרו לפרט צרכים בסיסיים, נדמה שהגדרתו של רכב כ"צורך בסיסי" היא הכללה מרחיבה למדי. אכן, פסק-הדין אינו קובע כי רכב, באשר הוא, יהיה תמיד חלק מהצרכים החומריים של הפרט.⁶⁴ הבסיס לפסילתו של החוק עוגן בכך ששלילת האפשרות להחזיק רכב, במציאות החיים הנוכחית, מבטיחה כי הנתמך ייוותר במעגל העוני, ולא יוכל להפסיק

61 פרשת רופאים לזכויות אדם, לעיל ה"ש 53, בעמ' 334.

62 בג"ץ 11044/04 סולומטיץ' נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 27.6.2011).

63 עת"ם (מחוזי ת"א) 2724/07 ביחד עטרת אבות נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.5.2011). ראו עוד בהקשר זה את הדיון שנערך בנוגע לחובת הסבסוד של שירותים רפואיים במערכת החינוך, סביב שאלת הפרטתו של מערך בריאות זה, בבג"ץ 10794/05 לנדאו נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.8.2007).

64 כך, הנשיאה ביניש ציינה כי "אין גם ללמוד ממסקנה זו כאילו בעלות או שימוש ברכב מהווים תנאי לקיום אנושי בכבוד. יחד עם זאת, יש להכיר בכך שרכב, בנסיבות מסוימות, אינו מותרות ויכול לסייע במציאת עבודה ובהגעה למקום עבודה; במיוחד כך במקומות בהם התחבורה הציבורית אינה מפותחת". פרשת חסן, לעיל ה"ש 6, פס' 47 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

את הזדקקותו לסיוע מהמדינה.⁶⁵ זאת, מכיוון שללא שימוש ברכב אפשרויות התנועה של החייב, לעבודה ולכל צורך אחר, נפגעות בצורה משמעותית. בהקשר זה צוין כי –

"במסגרת עיצובה המשפטי של הזכות לקיום מינימאלי בכבוד, שתי שאלות מרכזיות עומדות לנגד עיני המחוקקים, ועל פיהן נבחנת הזכות אף בבית המשפט. ראשית, נבחנת שאלת היקפה של הזכות. משמע, השאלה מהו הרף של קיום מינימאלי אשר את קיומו בקרב כלל תושביה מחויבת המדינה לוודא. שנית, נבחנת השאלה האם האמצעים שעוצבו כדי לוודא כי כלל תושבי המדינה הננים מרמת קיום זו עושים את תפקידם נאמנה."⁶⁶

יתר על כן, בפסק-הדין צוין מפורשות כי שלילת השימוש ברכב חמורה במיוחד ככל שעסקינן בקבוצות אוכלוסייה שהתחבורה הציבורית אינה נגישה להן ברמה גבוהה, ובראשן האוכלוסייה הערבית הלא-עירונית.⁶⁷ יצוין בהקשר זה כי בפרשת חסן עוגן אף העיקרון שעל-פיו אין בעצם נזקקותו של אדם כדי להצדיק פגיעה בזכותו לאוטונומיה, לחירות או לפרטיות:

"יצוין, כי אף דעתי, כדעת הנשיאה, שאין כל פסול בבחינת נכסיו של מבקש גמלה לשם הערכת יכולתו הכלכלית, ובכדי לוודא את אמינות טענותיו בכל הנוגע למצבו הכלכלי (בפסקה 41 לחוות דעתה). יחד עם זאת, למן הראוי להדגיש, בהקשר זה, כי בחינת הנכסים כל מטרתה היא לברוק את הכנסותיו הממשיות של מבקש הגמלה. האופן שבו מוציא אדם את סכום הגמלה שהוענקה לו כדין נתון לשיקול דעתו בלבד. אף שהמדינה מעניקה למי שידו אינה משגת את היכולת להתקיים קיום מינימאלי בכבוד, אין היא רשאית לפגוע באוטונומיה שלו ובחירותו על ידי התערבות באופן השימוש בגמלה. אם יכול אדם למעט בהוצאות אחרות, ולחסוך מכספי הגמלה המוקצבים לו כדין די בשביל להחזיק ברכב, או בשביל להשתמש בו, אין בכך כדי לפגוע בעצם זכותו לגמלה, כל זמן שחיסכון זה אינו מעיד על הסתרת נכסים והכנסות."⁶⁸

65 במילותיה של הנשיאה ביניש: "הנחת היסוד הגלומה בחוק היא כי הדרך המרכזית להשגת והבטחת קיום אנושי בכבוד היא עבודה. הנחה זו משתקפת בשני היבטים משלימים של החוק: ראשית, גמלת הבטחת הכנסה ניתנת רק למי שאינו מסוגל לפרנס את עצמו בכוחות עצמו. אופייה של הגמלה, בהגדרה, הינו שיוירי: היא מוענקת רק לתושב המדינה שאינו מקבל הכנסה מספקת מעבודה, מגמלאות או ממקור מכניס אחר, ואין לו משאבים מספקים להעמיד לצורך קיומו הבסיסי (הצעת חוק הבטחת הכנסה, בעמ' 2–3). שנית, הפן המשלים של מתן הכנסה חלופית בידי הפרט, הוא מניעת מצב שבו הכנסה זו הופכת בעצמה תמריץ שלילי ליציאה לעבודה. תכלית הגמלה היא לקיים את הפרט בתקופת הביניים בה הוא מוצא עצמו מחוסר משאבים, אך לא למנוע ממנו לשוב ולהשתלב בשוק העבודה. נהפוך הוא, המדינה מעוניינת לעודד את תושביה לצאת לעבוד, ולא להישאר נזקקים ותלויים בתמיכת הציבור לאורך זמן."

שם, פס' 7 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

66 שם, פס' 7 לפסק-דינו של השופט ג'זבראן.

67 שם, פס' 10 לפסק-דינו של השופט ג'זבראן.

68 שם, פס' 9 לפסק-דינו של השופט ג'זבראן.

במילים אחרות, בעוד פסק־הדין בעניין עמותת מחויבות מהווה את המסד העיקרי לפיתוח ההלכה ככל שהיא נוגעת בטיבם של הצרכים המינדיים שעל המדינה לספק לכל אדם באשר הוא מכוח הזכות לקיום מינימלי בכבוד, פסק־הדין בפרשת חסן הוא המסד לפיתוחה של ההלכה ככל שהיא נוגעת בהבטחת זכותו של הפרט להתקיים במינימום כבוד ככוחות עצמו ולצאת ממעגל המצוקה והעוני, אשר אינו מאפשר את מימוש האוטונומיה שלו ופוגע תדיר בכבודו.

ורוק, בחינתנו בשלב זה מתמקדת רק באופן שבו יצקו המחוקק ובית־המשפט תוכן לזכות לקיום מינימלי בכבוד, וברי כי יש במדינה מערכים חברתיים רבים, המוסדרים בחקיקה, אשר מטעמים של מדיניות חברתית־כלכלית מקדמים ערכים שונים, ובראשם את ערך הקיום בתנאי מחיה נאותים. ברי כי השאלה עד כמה תסייע המדינה לקידום ערכים אלה היא שאלת מדיניות בעיקרה. מכל מקום, בדיון הנוכחי אנו מבקשים להתמקד ברובד המינימלי של הזכות, המעוגן בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. רובד זה מקים חובה משפטית על הרשויות לכבדו, וזו ניתנת לאכיפה באמצעות בתי־המשפט.

2. סיכום־ביניים קצר בנוגע לטיבה של הזכות לקיום מינימלי בכבוד

מכל האמור עולה כי מערך השיקולים שעלינו לשקול בכאנו לפרוט את הזכות לקיום מינימלי בכבוד לחיי המעשה הוא כפול: ראשית, עלינו לבחון מהם הצרכים שבלעדיהם אין אדם יכול להתקיים באופן תקין, דוגמת מזון, מים, קורת־גג ובריאות, ולהבטיח את הספקתם; שנית, עלינו לבחון מהם התנאים החומריים והמשפטיים הנדרשים כדי שאדם יוכל לצאת ממעגל המצוקה ולקיים את עצמו בכבוד.⁶⁹ ברי כי הזכות החוקתית לקיום מינימלי בכבוד, על שני היבטיה, צריכה למצוא ביטוי בדיני הוצאה לפועל.

כפי שראינו בפתח הדברים לגבי החלתן של הזכויות החוקתיות לחופש תנועה ולחירות, אף שהעקרונות האמורים יכולים לשמש בסיס לפיתוח כללים מעשיים אשר יבטיחו את ההגנה על זכותם של הפרטים לקיום מינימלי בכבוד, אין די בהם. לשם הגנה אפקטיבית על הזכות לקיום מינימלי בכבוד עלינו לוודא כי הערכאות הדיוניות, כמו־גם ערכאות הערעור, ייצקו תוכן קונקרטי לזכות בעצבן את השיקולים השונים שעליהם הן מבססות את הכרעותיהן. הכל, תוך הבנה כי מפעל ההגנה על הזכויות החוקתיות, לרבות הזכות החוקתית לקיום מינימלי בכבוד, הוא מפעל המשותף לשלוש הרשויות.

על בסיס תובנות אלה נפנה אם כן לחלקו האחרון של הדיון, שבמסגרתו נבחן היבטים שונים של תחולת הזכות לקיום מינימלי בכבוד בתחום הוצאה לפועל. נראה כי כבר כיום ניתן לזהות במסגרת הליכים שונים של הוצאה לפועל, דוגמת מימוש משכנתה, הסדרים חקיקתיים ופסיקתיים המגינים בפועל על הזכות לקיום מינימלי בכבוד. בהמשך לכך נדון במשמעותה של הזכות לגבי כמה הליכים נוספים המתקיימים בלשכות הוצאה לפועל. בסוף

69 היטיב להבחין בהקשר זה השופט טירקל, ברע"א 5368/01 יהודה נ' תשובה, כונס נכסים, פ"ד נח(1) 214, 223 (2003) (להלן: פרשת יהודה), כי "פגיעה בחייב על־ידי הליכי הוצאה לפועל אינה רק פגיעה בו ובקרובים אליו, אלא גם פגיעה בחברה שהחייב נעשה תלוי בה ואינו תורם עוד לכוחה. פגיעה זאת חמורה במיוחד במצב הכלכלי הקשה שבו נתון המשק בתקופה שבה אנו מצויים".

הדברים נדון בקצרה בשאלה מהו ההסדר הפרוצדורלי הנכון שיבטיח כי מערכת המשפט ממלול תגן באופן רחב ואחיד על זכות הפרט למינימום של קיום בכבוד.

ג. הזכות לקיום מינימלי בכבוד בהליכי הוצאה לפועל

אין חולק כי הזכות לקיום מינימלי בכבוד חלה אף על דיני הוצאה לפועל.⁷⁰ עיון בחקיקה ובפסיקה מעלה כי קבועים בהן כמה מנגנונים שייעודם הגנה על הזכות לקיום מינימלי בכבוד במובנה הראשון, קרי, הזכות שבכל רגע נתון יהיו לחייב תנאי מחיה מינימליים. נפנה לדוגמה ממשעותית אחת, היא ההגנה הנתונה לחייב על דירת מגוריו, כדי להמחיש את היקף פרישתה של הזכות לקיום מינימלי בכבוד בתחום הוצאה לפועל לפני פרשת חסן, ואת ההשלכות שיש לפרשת חסן על פרשנותה הראויה של הגנה זו כיום.

1. הגנה על דירת מגורים

ההגנה על רוכשי דירות מגורים במשפט הישראלי היא תוצר של שורה של חוקים שנועדו להבטיח שהם לא יישארו חסרי קורת־גג. מישור אחד של ההגנה האמורה הוא המישור החוזי, ועיקרו בהגנה על רוכשים מפני סיכונים שונים שהם חשופים להם במערכת היחסים שלהם עם הקבלן שממנו הם רוכשים את הדירה, לנוכח פערי הכוחות המובהקים בין הצדדים. כך, לדוגמה, חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1974, מבטיח

70 רע"א 1814/12 אבו סלאח נ' בנק הפועלים בע"מ – סניף זיכרון יעקב (פורסם בנבו, 27.3.2012) (להלן: פרשת אבו סלאח); פרשת אלוני, לעיל ה"ש 12, בעמ' 599; פרשת חדיד, לעיל ה"ש 12, בעמ' 216-217; פרשת גרתי, לעיל ה"ש 12, פס" (3) לפסק־דינו של השופט רובינשטיין. בהקשר זה יש הגורסים כי איוון בין זכויות של שני גורמים פרטיים אינו איוון חוקתי, כי אם איוון "תת־חוקתי". זאת, מכיוון שזכויות חוקתיות עומדות לפרט מול המדינה בלבד. האיוון התת־חוקתי בהקשר זה נובע מכך שלשם מימוש זכותו של פרט אחד מול פרט אחר המדינה נדרשת להפעיל את סמכותה, ומשכך, עליה להפעילה בהתחשב בזכויותיהם החוקתיות של שני הצדדים. ראו אהרן ברק **מידתיות במשפט** 115-132 (2010). לדעתנו, השאלה אם זכות חוקתית עומדת לפרט מול המדינה בלבד (אך זו תיתן משקל לזכויותיהם החוקתיות של שני הצדדים כמי שמסדירה את יחסיהם) או שמא עומדות לצדדים זכויות גם האחד כנגד האחר היא בעיקרה רטורית, לנוכח האיסור החל ככלל על עשיית דין עצמי. במילים אחרות, מאחר שכל הסדרה של זכויות בין פרטים נובעת מן ההכרה החוקתית של המדינה, ממילא המדינה מעורבת תמיד במערכות יחסים אלה, ובבואה לתת תוקף לזכויות חוקתיות עליה לשקול את זכויותיהם של שני הצדדים. עם זאת, ככל שיש משמעות מעשית לדבר, להבנתנו התבוננות על זכויות חוקתיות כזכויות של הפרט אל מול המדינה בלבד אינה שלמה. עדיפה בעינינו ההמשגה של הזכויות כעומדות בין הפרטים, כאשר המדינה משמשת נאמן של שני הצדדים וחותרת להגנה מרבית על זכויותיהם. עם זאת, איננו רואים טעם טוב להניח כי מקום שהמדינה מתקשה לפעול להגנה על זכויות אין זה ראוי לקבוע שקיימות חובות מכוונות האדם על גורמים פרטיים שונים (ואלה יכולות להיאכף באמצעים אחרים, דוגמת הפעלת כוח ציבורי ואזרחי). ראו עוד בהקשר זה את הטקסט להלן מהפסקה שאחרי ה"ש 91 ועד לפסקה שלידי ה"ש 96, ובפרט את ה"ש 96.

כי לא יועבר מלוא המחיר לקבלן לפני הצגת ערובות בנקאיות המבטיחות את ההשקעה אם לא תושלם העסקה, אם לא נרשמה הערת-אזהרה, אם הקבלן לא בוטח בגין הבנייה וכדומה (סעיף 2 לחוק). חובות אלה, ונוספות, נקבעו בחוק בשנת 2008⁷¹ לנוכח ההבנה כי לא פעם אובדן ההשקעה בגין דירה עלול לפגוע ברוכשים בצורה חריפה ולגרור לאובדן מרבית הונם. מישור אחר של ההגנה על רוכשי דירות הוא ההגבלות המוטלות על בנקים בכואם להעניק משכנתה. ברי כי היה אפשר לראות בסמכותו של המפקח על הבנקים לקבוע תנאים למתן משכנתות משום פגיעה בזכות לחופש חוזים. עם זאת, הטעם למתן הסמכות האמורה נעוץ במישור השני של הזכות החוקתית לקיום מינימלי בכבוד. משמע, באופן זה הרשות המחוקקת והרשות המבצעת מוודאות כי רוכשי הדירות לא ייטלו חוב שאותו לא יוכלו לשלם, פן ייקלעו למעגל-קסמים של חובות שיפגעו ביכולתם להתקיים בכבוד. ודוק, כפי שהוסבר, עצם העובדה שזהו האופן שבו בחר המחוקק להסדיר את ההגנה על רוכשי דירות מפני אובדן הונם בשלב הרכישה אין משמעה שזהו ההסדר היחיד שיעמוד במתחם המידתיות. אף שהסדרים האמורים משקפים את חובתן של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת לכבד את הזכות לקיום מינימלי בכבוד, ההגנה האמורה יכולה להינתן גם באופנים אחרים. במישור המשפטי-החוקתי, השאלה שעל הפרק אינה יכולה להיות מבודדת לבחינה של הסדר פרטני זה או אחר. השאלה היא אם מכלול ההסדרים הקיימים מספק מטריית הגנה על מינימום הקיום בכבוד. במישור הפרשני משמעות הדבר היא שהסדרים המרכיבים את ההגנה על הזכות יפורשו בהרחבה, ושהחריגים להם יפורשו בצמצום.

ברי שכדי להתבונן על מלוא רוחב היריעה של הזכות לקורת-גג עלינו להפנות את מבטנו אל שתי מערכות דינים נוספות. מערכת דינים אחת עניינה במי שאין לו כל קורת-גג משלו ובהגנות שהמדינה נותנת לו – בין באמצעות הקצאת דיור ציבורי⁷² בין בדרך אחרת.⁷³ מערכת דינים שנייה עוסקת במי שיש בבעלותו נכס מסוג דירת מגורים אך הוא

71 חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) (תיקון מס' 4), התשס"ח-2008. בהקשר זה צוין בדברי ההסבר לחוק כי "חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1974 (להלן – החוק) נועד להגן על זכויותיהם של רוכשי דירות ולהבטיח את השקעתם הכספית. במהלך שנות הפעלתו של החוק התברר כי ההגנה שמספק החוק אינה מספקת וכי יש צורך להרחיבה". דברי הסבר להצעת חוק המכר דירות (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) (תיקון מס' 5), התשס"ח-2008, ה"ח הממשלה 406.

72 ת"א (שלום ת"א) 56205/06 עמידר החברה הלאומית לשכון בישראל נ' פרץ (פורסם בנבו, 29.7.2012).

73 עדי בלוטנר וגיל רוטשילד "משפט הרחוב" מעשי משפט ה 35 (2013); עת"ם (מחוזי ת"א) 20761-10-11 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' עיריית תל-אביב (פורסם בנבו, 19.11.2012). ראו גם עע"ם 3829/04 טויטו נ' עיריית ירושלים, פ"ד נט(4) 769, פס' 16 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (2004); עת"ם (מחוזי י-ם) 37873-01-12 בן-דוד נ' עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 29.2.2012); עת"ם (מחוזי ת"א) 44629-11-11 אמסלם נ' ראש עיריית תל אביב יפו (פורסם בנבו, 29.12.2011); עת"ם (מחוזי ת"א) 2838-10-11 זיו נ' ראש עיריית תל אביב יפו (פורסם בנבו, 3.10.2011).

עלול לאבדו בשל חובות.⁷⁴ מישור זה הוא הרלוונטי לדיני ההוצאה לפועל. עיון בדין מעלה כי בכל הנוגע בהגנה על דירת מגורים אכן התחולל שינוי של ממש הן על-ידי בית-המשפט הן על-ידי המחוקק. בתוך כך קבע המחוקק הגבלות לגבי יכולתם של נושים – בעיקרם בנקים – לממש משכנתה על דירת מגורים יחידה. במסגרת זאת קבע המחוקק כי אם תמומש משכנתה, יהיה הסכום לפירעון רק הסכום העודף שנותר לתשלום, ולא מלוא הנכס, וקבע תנאים פרודורליים שונים שעל הזוכה לעמוד בהם לפני מימוש המשכנתה.⁷⁵ הסדר שלישי, ומשמעותי ביותר, הוא חיובו של הזוכה לדאוג לדיוור חליף לחייב (סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל). על חובה זו אין הצדדים יכולים להתנות באופן שיקצרה לתקופה של פחות משמונה-עשר חודשים.⁷⁶ חשיבותו של הסדר זה גדולה במיוחד, שכן הוא מבטיח כי אף מי שנכנס לחובות יזכה בתקופת זמן מספקת כדי להסדיר את ענייניו ולמצוא לעצמו פתרון מגורים סביר.

מבחינה היסטורית, שאלת הדיוור החליף לחייב בגין חוב משכנתה נידונה לא פעם בפסיקה, וזאת לנוכח הזיקה ההדוקה שבין שאלה מעשית זו לבין היקף תחולתה העקרונית של הזכות לקיום מינימלי בכבוד. על בסיס ההסדר המשפטי שהתקיים בחוק עד לשנת 2008, אשר התיר לנוטל המשכנתה לוותר על זכותו לדיוור חליף, נקבע כי יש להחיל על הבנק חובת גילוי מוגברת, קרי, על הבנק לוודא כי הוסברו לחייב משמעויות הוויתור.⁷⁷ במסגרת זאת נקבע כי הנטל המוטל על הבנק להוכיח כי משמעויות הוויתור אכן הוסברו הוא נטל הוכחה מוגבר, וכי עליו להוכיח כי משמעויות הוויתור הוסברו לחייב הספציפי

74 יפים לעניין זה דבריו של השופט רביד: "להגנת המחוקק נזקקים דווקא אלה שאין בידם אמצעים לרכוש דירות והם הזקוקים להגנת החוק ובתי המשפט. המחוקק ובתי המשפט אכן פורשים רשת הגנה על מגזר היחסים שבין הקבלן והקונה, וגם במערך היחסים שבין רוכש דירה והבנקים. ברם, המחוקק מתעלם מכך שהוראת סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל הפכה לאות מתה. הרי הא בהא תליה: אין כל תועלת בהגנה על רוכש דירה ביחסיו עם הקבלן, אם לאחר שעבר משוכה זו הוא יאבד את דירתו לבנק, משום שלא היה באפשרותו לפרוע את ההלוואה שנטל." ה"פ (מחוזי י-ם) 4032/05 בנק הפועלים בע"מ נ' שלום, פס' 48 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 3.4.2006). ראו שם סקירה באשר למכלול דברי החקיקה המגינים על אדם מפני פינוי מדירת מגורים. באותה פרשה קרא בית-המשפט למחוקק לשנות את הדיספוזיטיביות של הזכות לדיוור חליף, ושינוי זה אכן נערך שנתיים לאחר-מכן.

75 סעיף 181(ב)(4)(א) לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967. לדיון בתחולתו של סעיף זה ראו רע"א 3180/13 בן ארי נ' בנק המזרחי טפחות בע"מ (פורסם בנבו, 6.6.2013).

76 ראו לעניין התפתחות הדין בהקשר זה ריקרדו בן-אוליאל "משכנתא בנקאית בכלל ומשכנתא על בית מגורים בפרט – סקירה ביקורתית" דין ודברים ה' 119, 149-156 (2010). מעניינת במיוחד הצעתו באשר לאופן שבו ניתן לראות ויתור על דיוור חליף שנעשה לפני תיקון מס' 29 לחוק כתיבה מקפחת בחוזה אחד. נדמה כי מעמדה החוקתי של הזכות לקיום מינימלי בכבוד מחזק במידה רבה את ניתוחו המוצע.

77 רע"א 1132/94 פי.אף.איי אסטבלישמנט נ' רוזנר, פ"ד מט(5) 215 (1996); ע"א 9136/02 מיסטר מאני ישראל בע"מ נ' רייז, פ"ד נח(3) 934 (2004) (להלן: פרשת מיסטר מאני); ע"א 9120/09 בנק לאומי למשכנתאות בע"מ נ' פלקסר (פורסם בנבו, 15.9.2011) (להלן: פרשת פלקסר).

(כלומר, אין די בציון מדיניות כללית של מתן הסבר כזה).⁷⁸ עוד נקבע כי אין די בהסבר שניתן לחייב על-ידי גורם שלישי, וכי על ההסבר להינתן על-ידי הבנק עצמו.⁷⁹ נוסף על כך נקבע כי נטל ההוכחה המוטל על הבנק מקום שלחייב יש קשיי שפה⁸⁰ או שהוא אנאלפבית⁸¹ הוא נטל מוגבר ביותר. לצד זאת התגבשה בפסיקה עמדה שעל-פיה אפשר שיהיה נכון, לנוכח ההתקדמות הטכנולוגית, להטיל על הבנק חובה להוכיח את מתן ההסבר בדרך של תיעוד חזותי או קולי.⁸²

היבט נוסף של סוגיה זו התעורר בנוגע לשאלה מהו תוקפו של ויתור על דיור חליף כלפי צדדים שלישיים. לשאלה זו ניתנו תשובות שונות, והיא טרם הוכרעה בבית-המשפט העליון.⁸³ עם זאת, נקבע כי על נותן המשכנתה מוטלת החובה לברר את היקף זכותו של החייב בנכס, ואפשר כי מקום שהבנק לא טרח לבדוק ולשלול את האפשרות שמחצית הנכס שייכת לבן-הזוג או לבת-הזוג מכוח הלכת השיתוף, יראו את פעולתו ככזו שנעשתה בחוסר תום-לב, וזכותם של בן-הזוג או בת-הזוג לנכס תגבר.⁸⁴ יתר על כן, מעמד מיוחד ניתן לעוברת היותה של דירה דירת מגורים אף במסגרת בחינת מאזן הנוחות בבקשה לעיכוב ביצוע הליכי מימוש משכנתה, וזאת אף אם ויתר החייב על דיור

- 78 פרשת פלקסר, שם, פס' 17.
- 79 פרשת מיסטר מאני, לעיל ה"ש 77, פס' 12 לפסק-דינו של השופט ריבלין.
- 80 ה"פ (מחוזי י-ם) 34589-12-10 אנריקה (בפשיטת רגל) נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ (פורסם בנבו, 17.10.2011) (להלן: פרשת אנריקה).
- 81 ע"א 4138/09 בנק לאומי למשכנתאות בע"מ נ' קובסי (פורסם בנבו, 12.12.2011) (להלן: פרשת קובסי).
- 82 ציין בהקשר זה השופט פוגלמן בפרשת קובסי, שם: "להשקפתי, יש מקום כי הבנקים יפעלו – בין בעצמם ובין כפועל יוצא של חיוב רגולטורי או חקיקתי עתידי – לתייעוד מעמד החתימה על התחייבות בהיקף משמעותי, כגון משכנתה, במקרים שבהם – על פני הדברים – עלול להתעורר ספק בדבר גמירת הדעת של החותם. כך, למשל, כאשר מדובר באדם שאינו יודע קרוא וכתוב או אדם שעברית אינה שפת אימו. הדבר יכול להתבצע על-ידי חתימה על טופס נפרד, שבו מצהיר החותם כי הוא מבין את ההתחייבות שהוא נוטל על עצמו והדבר הוסבר לו על-ידי נציג הבנק, או – נוכח ההתפתחויות הטכנולוגיות של השנים האחרונות וירידת העלויות הנגזרות מכך – בדרך של הקלטה קולית או חזותית של מעמד ההסברה והחתימה. ראוי כי הגורמים הרגולטורים יבחנו אפשרות זאת, שעשויה גם להפחית את כמות ההתדיינות המשפטיות בנושא זה."
- 83 לעמדה הקובעת כי הוויתור עומד רק ביחס לנותן המשכנתה, וכי אין להעדיף את החובות ליתר הנושים על הסכום המוקצה לדיור חליף, ראו רע"א (מחוזי חי') 39991-11-12 דהן נ' בנק לאומי למשכנתאות בע"מ (פורסם בנבו, 12.2.2013); רע"ץ (שלום חי') 7464-02-12 ברשימת נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ (פורסם בנבו, 13.2.2012). לעמדה הקובעת כי הוויתור פועל גם ביחס לנושים רגילים ראו רע"ץ (שלום ת"א) 14541-10-11 ויכסלפיש נ' רוטנברג (התפרסם בנבו, 29.11.2011). יצוין כי לאחר תיקון מס' 29 לחוק, שהפך את הוראת סעיף 38 לקוגנטית, נדמה כי הכף נוטה לצמצום האפשרות לוותר על דיור חליף ביחס לצדדים שלישיים.
- 84 ע"א 3352/07 בנק הפועלים בע"מ נ' הורש (פורסם בנבו, 7.12.2009).

חליף.⁸⁵ עוד נקבע בהקשר זה כי במסגרת בחינת מאזן הנוחות יש להתחשב, לצד הפגיעה החמורה שעלולה להיגרם לנאשם, גם בזהות הזוכה וכיכולתו להיפרע מהחוב בעתיד תוך דחיית המועד של מימוש המשכנתה.⁸⁶

לצד צמצום האפשרות לסייג את הזכות לדיור חליף, פורשה עצם הזכות לדיור חליף בהרחבה. אמות-המידה לאיכותו של הדיור החליף נקבעו בפרשת נגולה,⁸⁷ ובראשן הצורך של המשפחה ויכולתה לרכוש דירה חליפית בעתיד בהתחשב במקורות המימון העומדים לרשותה. עוד נידונה באותה פרשה שאלת משך הזמן של הדיור החליף, ונקבע כי יש מקרים שבהם יהא עליו להיות זהה למשך הזמן שבו היה הדיור המקורי עומד לחייב אלמלא אי-פריעת החוב (קרי, במקרה של רכישת דירה יעמוד הדיור החליף לשארית חייו של החייב), אף שיכולים להיות חריגים לכלל זה. עוד נקבע בהקשר זה כי על הדיור החליף לשמש למדור בפועל, וכי הוא אינו יכול להיות כפוף לקופת פשיטת-רגל של חייב.⁸⁸

בהמשך לכך התברר כי במבחן התוצאה, חרף פסיקתו של בית-המשפט העליון, הוסיפו נותני המשכנתות, ובעיקר הבנקים, לכלול כדרך שגרה את סעיף הוויתור על דיור חליף בהסכמי המשכנתה, ונראה כי בשל פערי הכוחות המשמעותיים בין הצדדים, לא יכלו נוטלי המשכנתה להגן על זכותם לדיור חליף בפועל. משכך, כאמור, תיקן המחוקק את חוק ההוצאה לפועל, והפך את הזכות לדיור חליף לזכות קוגנטית. בדברי ההסבר לתיקון צוין כי "סעיף 38(ג) לחוק ההוצאה לפועל מחיל את הגנת הדיור החליף גם על מימוש משכנתה או משכון, ואולם מאפשר להתנות בהסכמי משכון ושטרי משכנתה על הגנה זו. בפועל כוללים בנקים למשכנתאות בחוזה ההלוואה שלהם, כדבר שבשגרה, סעיפים המתנים על הגנת הדיור החליף. כתוצאה מכך רשאים הנושים, ובעיקר הבנקים למשכנתאות, לממש את דירת המגורים

85 ע"א 6139/11 עזרן נ' בנק הפועלים, פס' ט לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 1.9.2011).

86 פרשת יהודה, לעיל ה"ש 69, בעמ' 221; בש"א (מחוזי ת"א) 2527/07 צארום נ' בנק ירושלים בע"מ (פורסם בנבו, 27.2.2007).

87 רע"א 7700/95 נגולה נ' חזן, פ"ד נ(1) 338, 343 (1996), שם קבעה השופטת שטרסברג-כהן כדלקמן: "ניתן למנות מספר קריטריונים לעניין הסיודור החלוף. אין זו רשימה סגורה ומחייבת, אלא רשימה גמישה ומנחה: יש לבדוק את האפשרות להגיע לסילוק החוב בדרך פחות דראסטית ממכירת בית המגורים של החייב, את יכולת המשפחה להשיג קורת גג לאחר שדירתה תימכר; את מקורות הכנסתה ואת הרכוש והאמצעים העומדים לרשותה; את יכולתה להיעזר במקורות מימון חיצוניים לרכישת דירה אחרת; את גודל המשפחה ואת צרכיה ההווים והעתידיים; את הנסיבות האישיות המיוחדות של החייבים; את היחס בין גודל החוב, שאמור להיגבות ממדי מכירת הדירה, לעומת גובה הפיצויים או עלות הסיודור החלוף שהחייב צריך לדאוג לו; את היחס בין סכום החוב שייגבה מתמורת הדירה לבין סכום העודף עד מלוא מחירה, שיישאר בידי החייב לרכישת סידור חלוף. יש לתת את הדעת לכך שהסיודור החלוף אינו חייב להינתן בדירה ב'עין', ואין הוא חייב להיות תואם את הדיור המוחלף על-ידיו, לא בגודלו, לא ברמתו ולא בטיב הזכות הנרכשת. האיזון בין שיקולים אלה ואחרים, כולם או מקצתם, לבין זכותו של נושה לגבות את חובו יקדמנו לקראת התוצאה הראויה בכל מקרה ומקרה."

88 פרשת אנריקה, לעיל ה"ש 80, בעמ' 242-264.

המשועבדת במשכנתה ולפנות חייבי משכנתאות מדירות המגורים, בלי שיש לחייב ולבני משפחתו מקום מגורים סביר או בלי שניתן להם סידור חלוף.⁸⁹ במסגרת זאת נקבע כי ניתן לסייג את הזכות לדירור חליף, וזאת בתנאי ש"שווי הסידור החלוף יהיה בסכום המאפשר לחייב לשכור דירת מגורים באזור מגוריו התואמת את צורכי החייב ובני משפחתו הגרים עמו למשך תקופה שלא תעלה על 18 חודשים; ואולם רשם ההוצאה לפועל רשאי להעמיד לרשות החייב ובני משפחתו הגרים עמו סידור חלוף לתקופה ארוכה מהתקופה האמורה אם סבר שקיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת".⁹⁰ משמע, הסעיף מאפשר לסייג את הזכות לדירור חליף בשני מישורים: ראשית, להמירו בכסף שווה־ערך לשווי הדירור החליף; ושנית, בכך שאף אם הסכימו הצדדים להגביל את משך התשלום לשמונה־עשר חודשים, הרשם רשאי להאריך את התקופה.

עיון בפסיקה שניתנה לאחר תיקון הסעיף מעלה כי טרם גובשו בערכאות הדיוניות, כמו־גם בפסיקתו של בית־המשפט העליון, העקרונות שעל בסיסם יפורש החריג. עם זאת, נדמה כי לנוכח הפסיקה הקיימת, ובעזרת הפרשנות המוצעת לזכות לקיום מינימלי בכבוד, ניתן לעמוד על הפרשנות הראויה לסעיף. באשר למישור הראשון, קרי באשר לכימות הסכום שיכול להיות תחליף למתן הדירור החליף בפועל (המגולם בביטוי "צורכי החייב ובני משפחתו"), נדמה שסכום זה צריך לשקף את צורכי המשפחה לקיום מינימלי בכבוד בפועל. כמו־כן, הסכום צריך לשקף את מחירה של דירה באותו אזור מגורים. משכך, נדמה שאי־אפשר לקבוע את הסכום בעוד מועד, בעת חתימת ההסכם, שכן עליו לשקף את הצרכים בפועל במועד הפינני מהדירה. באשר למישור השני, מתעוררת השאלה מהן אותן "נסיבות מיוחדות" המצדיקות את הארכת תקופת הסידור החליף. בהקשר זה – ומבלי לפרוט את מכלול השיקולים הנוגעים בעניין, אשר סביר להניח שיתפתחו בפסיקה עתידית – יש להתחשב בשני היבטים של הזכות לקיום מינימלי בכבוד. משמע, לצורך הכרעה בשאלת הארכתה של תקופת הסידור החליף יש לבחון, ראשית, את השאלה אם ללא הארכתה לא יהיו לחייב ומשפחתו תנאים מינימליים לקיום בכבוד בנקודת הזמן הנתונה, ושנית, אם ללא מתן ההארכה ייקלעו החייב ומשפחתו למצוקה צפויה, אשר לא תאפשר להם להתקיים בכבוד בכוחות עצמם בעתיד הנראה לעין (בהנחה שיתר נסיבות חיהם לא ישתנו בצורה משמעותית). כך, לדוגמה, אם בחלוף שמונה־עשר החודשים יוכלו בני המשפחה לשכור דירת מגורים שתספק את צורכי המדור הבסיסיים שלהם באזור אחר מזה שבו ממוקם ביתם הנוכחי, אך משמעות הדבר תהיה פגיעה חמורה ביכולתם להשתכר, ולפיכך, בטווח זמן ארוך יותר, פגיעה ביכולתם העתידית להתקיים בתנאים מינימליים בכבוד, אזי אי־אפשר לראות בפתרון זה פתרון מספק.⁹¹

89 הצעת חוק הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2007), התשס"ז-2006, ה"ח הממשלה 16, 99 (תיקון מס' 29 לחוק ההוצאה לפועל) (ההרגשה הוספה).

90 סעיף 38(ג)(2)(א) לחוק ההוצאה לפועל.

91 ראו בהקשר זה פבלו לרנר "דירור חלופי במקרה של מימוש משכנתה על דירת מגורים: דיון בעקבות הפסיקה והרפורמה בחוק ההוצאה לפועל" הפרקליט נא 51 (תשע"א) (להלן: לרנר "דירור חלופי"). יצוין בהקשר זה כי דיונו המקיף של לרנר בהשפעותיה של הרפורמה בחוק ההוצאה לפועל על הסדר הדירור החליף מתבססת במידה רבה על האופן שבו ניתחה הפסיקה

יצוין בהקשר זה כי לכאורה היה אפשר לקבוע שהנטל של הספקת מדור מינימלי למי שאין בידו לרכוש דירה מוטל על המדינה, ואין להטילו על מספק המשכנתה. במילים אחרות, השאלה היא מדוע ראוי שהמדינה תטיל על גופים פרטיים את האחריות למדור של חייבים שנטלו חוב שאין הם מסוגלים לעמוד בו, בעוד החובה הבסיסית לספק מדור לכל אדם מוטלת לפתחה. עם זאת, נדמה שהתשובה לשאלה זו נובעת מן ההתבוננות ההוליסטית על מערכת הדינים שפורטה לעיל, שעניינה הסדרת המדור של החיים בישראל. מערכת דינים זו מייצרת הסדרה רחבה של הזכות למדור כזכות המתממשת מן הממשק שבין המשפט הציבורי והמשפט הפרטי. ברוב המקרים הפרט מתקיים בכבוד בכוחות עצמו. או־אז אין המדינה מסייעת בידו כלל ברכישת דירת מגורים (אף לא בהיקף המינימלי הנדרש לשם החזקת דיור בסיסי), והוא נאלץ לפעול במסגרת השוק הפרטי תוך נטילת חובות לשם רכישתה. הנהנים מכך שהמדינה אינה מסדירה באופן ריכוזי את הזכות לדיור, ומותירה אותה לגורמים מסחריים, הם בעלי ההון, ובפרט הבנקים למשכנתות, אשר מרוויחים מן הפער שבין רצונו של הפרט למדור בנקודת זמן ראשונית של חייב לבין יכולתו הכלכלית לממן את השכירות או הרכישה. משכך, לשם מימוש זכותו המינימלית לקיום בכבוד, הפרט נדרש לצבור חובות נוספים (מעבר לחוב בגין השכירות או הרכישה עצמם) בדמות ריביות שונות לגורמים פרטיים. על־כן ראוי לראות את נותני המשכנתות, לכל־הפחות ככל שהמשכנתות נוגעות באותו רכיב של מגורים מינימליים בכבוד, כביטוי של הסדרה באמצעות השוק הפרטי של ההגנה על הזכות החוקתית – הסדרה שבגינה אותם נותני משכנתות זוכים באפשרות להרוויח ממימוש הזכות.

יורא כי בשיטתנו נהוגה ההכרה כי מקום שגוף מסחרי מעניק שירות בסיסי לאזרח, חלות עליו חובות מתחום המשפט הציבורי, ועצם העברת הסמכות לגורם מסחרי אינה מאפשרת פגיעה בזכויותיו של הפרט.⁹² בהסתמך על הכרה זו נקבע כי ככלל אין בעצם היות הזכות המוגנת זכות־יסוד כדי למנוע את הסדרתה באמצעות השוק, כל זמן שהסדרה זו עומדת במבחניה של פסקת ההגבלה.⁹³ אדרבה, העברת הסמכות של הספקת שירותי ציבורי לידי גוף פרטי ראוי שתביא דווקא לידי החלת חובות מוגברות עליו, לנוכח החשש מפני ניצול לרעה

את ההסדר לפני פסק־הדין בפרשת חסן. במובן זה, הדיון שנערך במאמר הנוכחי יכול לשמש רובד נוסף, ולהאיר באור חדש את הדיון המפורט שערך לרנר, וזאת על בסיס ההכרה החוקתית בזכות לקיום מינימלי בכבוד.

92 ראו בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, פס' 34 לפסק־דינו של הנשיא ברק (2000).

93 ובלשונו של הנשיא ברק: "מחוקק 'סוציאליסטי' ומחוקק 'קפיטליסטי' עשויים לחוקק חוקים שונים ומנוגדים, אשר כולם ימלאו את דרישותיה של פסקת ההגבלה. אכן, חוקי היסוד אינם תכנית לפעולה מדינית קונקרטי. הלאמה והפרטה עשויות להתקיים במסגרתם. כלכלת שוק או ניהול מרוכז של הכלכלה עשויים למצוא בה מרחבי מחיה, ובלבד שהפעילות המשקית – הפוגעת בזכויות אדם – תקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה." בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 386 (1997). ראו עוד בהקשר זה, בריאות פרטית: Aeyal Gross, *Is There a Human Right to Private Health Care?*, 41 J. L. & Ethics 138 (2013).

של הכוח מטעמים מסחריים.⁹⁴ עם זאת, במצבים חריגים אפשר שלנוכח החשש לפגיעה בזכות מוגנת תהא המדינה חייבת להימנע מלהפריט את השירות.⁹⁵ במסגרת זאת יצוין כי יש הרואים בהטלת חובות מתחום המשפט הציבורי על גופים מסחריים כהתערבות מוצדקת ב"שוק" לשם קידום ערכים חברתיים ציבוריים. גישה זו אינה גישתנו. לגישתנו, כל מוסד שוקי הוא מלכתחילה תוצר של מערכת דינים המאפשרת את קיומו ומסדירה אותו.⁹⁶

מכל מקום, הדיון בשאלה אם הגבלת ההגנה על האינטרס הכלכלי של הגוף המסחרי היא פנימית למסגרת המשפטית שבה הגוף פועל או חיצונית לו הוא בעיקרו דיון תיאורטי, הנעדר נפקות מעשית. בסופו של יום השאלה היא באיזה אופן יאוזנו הערכים השונים הנוגעים בהסדר המשפטי שעל הפרק. ודוק, במישור הפוזיטיבי לשאלה זו יש שני רבדים. ראשית, עלינו לבחון אם לפנינו שתי זכויות מוגנות (או ערכים מוגנים) העומדות זו מול זו, שאז יש לערוך איזון אופקי ביניהן. שנית, מקום שמול הזכות המוגנת ניצב אינטרס ציבורי, יש לבחון אם הפגיעה בזכות עומדת במבחניה של פסקת ההגבלה. יוזכר כי בענייננו עסקינן בזכויות חוקתיות מוגנות של החייב. משכך, איננו רואים לנכון, במסגרת דיון זה, להרחיב

94 ראו דפנה ברק-ארז "זכויות אדם בעידן של הפרטה" עבודה, חברה ומשפט ח 209, 220 (2001); דפנה ברק-ארז "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות גומלין" משפט וממשל ה 95 (2000); דפנה ברק-ארז "הוראת המשפט המינהלי: בין חוקתיות להפרטה" עיוני משפט כה 503, 514-517 (2001).

95 ראו בהקשר זה בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ר 2-026630-58), חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 19.11.2009) (כנוגע להקמת בית-סוהר פרטי); שירי רגב-מסלם וחגי קלעי "ראיון עם הנשיאה (בדימוס) דורית ביניש" מעשי משפט ה 165, 167 (2013).

96 גישתנו זו מבוססת במידה רבה על גישתו של פולני. ראו: KARL POLANYI, THE GREAT TRANSFORMATION 71-80 (1965); Justin Desautels-Stein, *The Market as a Legal Concept*, 60 BUFF. L. REV. 387, 451-477 (2012). לביטוייה של גישה זו בפסיקה ראו רע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ (פורסם בנבו, 16.11.2011): "תפישה זו, כי גופים, אף אם בבעלות פרטית, הפועלים במרחב הציבורי, כפופים לשיח זכויות האדם, הינה תפישה בעלת עיגון עמוק בשיטת המשפט הישראלית"; דנ"א 1595/06 עזבון ארידור נ' עיריית פתח תקווה, פס' 9 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 21.3.2013): "אין מקום לעצב את הזכות לפיצויים בגין הפקעה כקטגוריה משפטית נפרדת. זאת, דווקא מתוך נקודת ההנחה כי כל מוסד קנייני הוא תמהיל של ערכים ציבוריים. תמהיל זה הוא המוביל, בסופו של יום, לעיצובם של מוסדות קנייניים שונים, שבהם משתנה מידת השליטה והוודאות של בעל הקניין ומידתה ואופייה של המעורבות הציבורית. כך לדוגמא, במוסדות מסוימים יתעורר הצורך לבחון את היחס שבין זכותו של הפרט לפעול בשירות קנייני לבין האיסור על הפליה, במוסדות אחרים אפשר ונדרש לבחון את היחס שבין זכות הפרט להשמיד מיטלטלין שבבעלותו לבין האינטרס הציבורי שבשימורם וכדומה...". ליישום תפיסה זו של מעורבות המשפט בשוק במשפט הישראלי ראו, לדוגמה, הלה קרן "בתום לב אך לא בדרך המקובלת: על ערכה של שפיטה שאינה יודעת גבולות (חוזיים) מהם" ספר ברק 411 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009); שירי רגב-מסלם "בעקבות תיאוריית האחריות הציבורית של פיינמן: ניתוח משטר הסיעוד הישראלי" מעשי משפט ה 25 (2013).

עוד באשר לשאלה כיצד תופעל פסקת ההגבלה מקום שנפגעת זכות מוגנת המוסדרת במשפט הפרטי לשם מימושו של אינטרס ציבורי.

הבנה זו, כי הזכות החוקתית לקיום מינימלי בכבוד מצויה בבסיס היחסים שבין החייב בחוב משכנתה לבין נותן המשכנתה, היא המסבירה מדוע אין הבנקים למשכנתות יכולים להתפרק מחובתם לספק תנאי קיום מינימלי בכבוד למי שהם בחרו לתת להם שירותים. במילים אחרות, מי שמרוויח מאופן ההסדרה הנוכחי של הזכות למגורים מינימליים בכבוד הוא שצריך לשאת בעלויות באותם מקרים שבהם נדרשת הוצאה כדי להגן על הזכות האמורה. מן הראוי לציין שגם ניתוח כלכלי של מערכת היחסים שבין נותן המשכנתה למקבלה מוביל למסקנה דומה. כפי שנידון קודם לכן, מערכת יחסים זו מתאפיינת בחוסר שוויון קיצוני. נוטל המשכנתה מתקשה להבין את מלוא המשמעויות הכלכליות הגלומות בה, ויכולת המיקוח שלו מול הבנק מועטה ביותר. כאשר האחריות לוודא כי המשכנתה לא תוביל את החייב לוותר על יכולתו להתקיים במינימום של כבוד מוטלת על נותן המשכנתה, הדבר יוצר לבנקים תמריץ ראוי להגן על זכויותיהם החוקתיות של נוטלי המשכנתות בבואם לשקול את אישור המשכנתה. יפים לעניין זה דבריו של השופט בראופיר:

"פעמים רבות נתקלים בתי המשפט במקרים שבהם בנקים מאשרים משיכת יתר ללקוחות שאין להם מקורות הכנסה, ואין זה בטוח כלל שיוכלו לעמוד בהחזרת הכספים שקבלו מהבנק. מקרים אלה רבים למדי, לפי התרשמותי, ונראה שזו תופעה חוזרת ונשנית מבלי שהבנקים לומדים את הלקחים הנדרשים ממנה. כאשר אשראי ניתן ברוחב יד – מבלי להבטיח בדרך סבירה את פירעון החוב – אין הבנקים יכולים להלין אלא על עצמם, כאשר הם נתקלים בקשיים הכרוכים בהחזרת כספי האשראי שניתנו ללקוחות. אשראי צריך להינתן רק למי שיש בידי ערובות מתאימות להחזרת הכספים שקבל. הדברים אמורים במיוחד בתקופה של קשיים כלכליים גוברים ופיטורים המוניים ממקומות עבודה כמו בתקופת זמן זו."⁹⁷

97 בר"ע (מחוזי ת"א) 1071/03 גולן נ' בנק לאומי בע"מ (פורסם בנבו, 2.2.2003). השופטת פלפל חידדה את הדברים: "חובת הזהירות של הבנק כלפי הלקוח היא מוגברת, כאשר הוא בעל המקצוע המיומן, במיוחד בעסקאות שאינן יום-יומיות לפעילות שגרתית של לקוח רגיל; על אחת כמה וכמה חבותו תתגבר בעסקאות שאולי אינן חריגות עפ"י אופי החשבון המנוהל, אבל בהחלט חריגות בתוצאתן הכספית הסופית, וחריגות מבחינת התנהלותו הרב-שנתית של לקוח מוכר"; ובהמשך – "הבנק אמור לשמש אפוטרופוס למתאבד הכלכלי: כשם שבדין הפלילי יש חובה מכח הדין למנוע התאבדות פיסית, אזי מכח חובת האמון והנאמנות המוגברת שבין הבנק לבין לקוחו, מכח חובת תום הלב והדרך המקובלת, בשלב שהבנק מגיע למסקנה כי התנהלות הלקוח בין בעצמו ובין באמצעות באי-כוחו, לא רק שמסיימת את כל הבטחונות בבנק (שזה אינטרס של הבנק) אלא עוד לפני כן, עלולה לגרום בזמן קצר להתאבדות כלכלית של הלקוח, יש לעצור את פעילותו של הלקוח בחשבון". ת"א (מחוזי ת"א) 2150-08 בנק מזרחי טפחות בע"מ נ' הרץ, עמ' 18 (פורסם בנבו, 8.7.2013). ראו גם את ביקורתו של השופט בנימיני על העדר הגנה אפקטיבית על לקוחות בחוק, בדברים שנשא בכנס לציין שלושים שנה לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981 – הילה רו' שופט

מן האמור לעיל עולה כי ההסדר החוקי שעוצב כדיני הוצאה לפועל משקף, להבנתנו, את עמדת המחוקק שעל־פיה הזכות לקיום מינימלי בכבוד ממומשת לא פעם באמצעות מנגנוני השוק. מנגנונים אלה, אשר מעוצבים ומוסדרים במשפט, מטילים לרוב את נטל מימוש הזכות על הפרט עצמו, תוך שגופים פרטיים מפקים רווח בגין מתן שירותים אשר אילולא ניתנו על־ידיהם הייתה המדינה נדרשת לספקם. גופים פרטיים אלה מוגנים בשני אופנים: ראשית, הם אינם חייבים להתקשר עם הפרט, והם רשאים להותיר למדינה את ההגנה על הזכות החוקתית לקיום מינימלי בכבוד; שנית, מקום שהם התקשרו עם הפרט, מותר להם להפיק רווח מן ההתקשרות האמורה, לרבות מהרכיב בהתקשרות זו המשקף את הזכות לקיום מינימלי בכבוד. (יודגש כי עסקינן רק באותו רכיב של ההתקשרות בין הצדדים המשקף את זכותו של הפרט למגורים מינימליים; חייבים שייטלו חובות לשם תנאי מחיה שמעבר למינימום שעליו מגינה הזכות החוקתית יוגנו במידה פחותה על־ידי החוק ובתי־המשפט.)

בטרם נסיים את הדיון בזכות לדיור חליף, מן הראוי להדגיש כי המחוקק העניק סמכות לרשות המבצעת – בפיקוחה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת – לקבוע תנאים לעניין טיבו של הדיור החליף (סעיף 38(ג)(2)(ב) לחוק ההוצאה לפועל). סמכות זו משקפת את הצורך בדיאלוג בין הרשויות כדי לתחם ולעצב את הזכות לקיום מינימלי בכבוד בחיי המעשה, ויוצרת מצב שבו שלוש הרשויות מעורבות, באופן שוטף, בגיבושה של הזכות בהתאם לנסיבות החיים המשתנות.

2. משמעות הזכות לקיום מינימלי בכבוד בהליכי הוצאה לפועל – עקרונות מנחים

אין בכל האמור לעיל כדי להוות סקירה ממצה או מספקת של פועלה של הזכות לקיום מינימלי בכבוד בהליכי הוצאה לפועל, וניתן למצוא בחקיקה ובפסיקה הקיימות ביטויים רבים נוספים לזכות. ביטוי מובהק להגנה על הפן התהליכי של הזכות ראינו במסגרת דיונו לעיל בשאלת הגבלת היציאה מן הארץ של תושב חוץ, שם עמדנו על משקלו של שיקול הפגיעה ביכולת ההתפרנסות של אותו אדם בחוץ־לארץ. באותו הקשר נידונה סוגיה זו על רקע התועלת שתצמח לזוכה מן ההגבלה. עם זאת, אותה סוגיה ממש ניתנת להמשגה כהגנה על זכותו של החייב לפרוע את חובו ולסיים את ההליכים בהוצאה לפועל. ברי כי הליכי הוצאה לפועל המקשים על פרעון החוב מייצרים מעגל שוטה, שבמסגרתו אין החייב מסוגל לפרוע את חיוביו.

באופן דומה ניתן לראות בהגבלות המוטלות על זוכה מפני נקיטת הליכים שאינם דרושים, תוך הטלת ההוצאות על החייב, כהגנה על זכותו של החייב לא להעמיק את חובותיו ועל אפשרותו לצאת ממעגל החובות. זאת, בפרט לנוכח העובדה שרוב החייבים הם אנשים פרטיים שמפגשם עם הרשויות הוא חד־פעמי, בעוד רוב הזוכים הם בעלי־דין חוזרים בתחום ההוצאה לפועל, המיוצגים היטב. בהקשר זה נדמה שיש לברך על הקמתו של המסלול המקוצר בתחום ההוצאה לפועל,⁹⁸ המאפשר גבייה יעילה של חובות ללא צורך

בבית המשפט המחוזי קורא למחוקק לתקן את חוק הבנקאות "The Marker 18.5.2011

www.themarker.com/law/1.643127

98 ראו פרק 1א לחוק ההוצאה לפועל.

בפעולות של הזוכה, ובכך מונע את תפיחת החוב בשל הליכי הוצאה לפועל עצמם.⁹⁹ באופן דומה, ניתן למצוא היבטים נוספים של הגנה על הפן הנקודתי של הזכות, ובראשם ההגבלה החלה על עיקול מיטלטלין המשמשים את האדם כדי לממש את זכותו לקיום מינימלי לכבוד (דוגמת מזון וכלי-מיטה).¹⁰⁰

מכל מקום, על בסיס הדיון עד כה ניתן להצביע על עקרונות בסיסיים אחדים המאפשרים לצאת תוכן מעשי לזכות לקיום מינימלי בכבוד בהליכי הוצאה לפועל.

99 באחרונה נדחתה עתירה של לשכת עורכי-הדין נגד פרשנותה המרחיבה של רשות האכיפה והגבייה לגבי טיבה של הזכאית להיעזר במסלול המקוצר. השופט סולברג, בהסכמתם של המשנה לנשיא נאור והשופט זילברטל, קבע כך: "שוכנעתי כי קבלת פרשנותה של העותרת ביחס להוראות המסלול המקוצר בחוק הוצאה לפועל תפגע ביעילות המנגנון האמור שנוצר מכוח הדין, תאט את פעולות רשמי הוצאה לפועל ועובדי היחידה לניהול תיקים במסלול המקוצר, תקשה על הזוכים לממש את זכיותם ותשפיע על מידת מעורבותם בהליך. תהיינה לכך שתי תוצאות שליליות, הן מבחינת הזוכה הן מבחינת החייב. האחת, מעורבותם של עורכי דין בהליכי הגבייה תגבר באופן ישיר, בניגוד לכוונת המחוקק לצמצם את הוצאות תשלום שכר טרחת עורכי הדין ולחסוך מכספם של שני הצדדים; השנייה, תקופת הגבייה צפויה להתארך במידה ניכרת. כפועל יוצא מכך, מבחינת החייב, החוב עשוי לצבור ריבית והצמדה; ומבחינת הזוכה, גביית החוב תידחה למועד שאינו ידוע. כיוצא בדרבים הללו, המסקנה המתבקשת היא כי השימוש במסלול המקוצר משרת לבד מן הזוכה גם את החייבים. מן הראוי לזכור ולהזכיר כי מנגנון הוצאה לפועל נועד להפוך את הפסק למציאות. בכך הוא מקדם לא רק את האינטרס של הזוכה אלא גם את טובת הציבור...". פרשת לשכת עורכי הדין בישראל, לעיל ה"ש 56, פס' 26 לפסק-דינו של השופט סולברג.

100 ס' 22 לחוק הוצאה לפועל. יצוין בהקשר זה כי במסגרת תיקון מס' 29 לחוק הוספו לסעיף שני רכיבים. ראשית, נקבע כי השר יהיה רשאי לקבוע בתקנות מיטלטלין נוספים שאין לעקלם. בכך פתחה הרשות המחוקקת פתח לרשות המבצעת להתאים את רשימת המיטלטלין המוגנים לנסיבות החיים המשתנות ולשינוי העיתים, מבלי שתידרש פעולת חקיקה ארוכה. שנית, נקבע עיקרון כללי שלפיו אין לעקל מיטלטלין מקום שהערך ממכירת המיטלטלין נמוך מעלות עיקולם. עיקרון זה מגן על החייב מפני פגיעה מקום שזו אינה משרתת את הזוכה כלל ומשמשת רק כלי מעין-עונשי. ראו בהקשר זה את דיונו המלומד של עמית מור בנושא עיקול מכשיר טלוויזיה – עמית מור "בעיות במערכת העיקול" – בסיס להצעת חוק לתיקון חוק הוצאה לפועל (איסור עיקול טלוויזיה), תשס"ד-2004 "דין ודברים ה' 579 (2005). כן ראו בנושא זה את סקירתו המקיפה של פבלו לרנר "הערות על אפיון נכסים הפטורים מעיקול מעבר ל'צרכים מינימליים של החייב'" עלי משפט ט 479 (2011) (להלן: לרנר "נכסים פטורים מעיקול"). יצוין כי הניתוח המוצע במאמר מבוסס על הדין לפני פרשת חסן, ולרנר אף מציין כי "למעשה השאלה קשורה לשאלה עקרונית אחרת שאין לה פתרון פשוט – עד כמה זכויות בעלות אופי חברתי או כלכלי הן בגדר זכויות יסוד, או ליתר דיוק עד כמה זכויות אלה יכולות להיות מוגנות על ידי בתי משפט" (שם, בעמ' 511-512). כמפורט במאמר, לגישתנו, ובהתאם להלכה שנקבעה בפרשת חסן, אין מקום להבחין באופן אנליטי בין זכויות אזרחיות ופוליטיות לבין זכויות כלכליות וחברתיות – אלה גם אלה מעוררות קשיים דומים באופיים, אשר ניתנים לפתרון במסגרת המשפט.

מבחינה מהותית – בכל הכרעה שעלולה לפגוע בזכותו של חייב לקיום מינימלי בכבוד יש לבחון הן את ההיבט הנקודתי של הזכות והן את ההיבט התהליכי שלה. במסגרת זאת יש לבחון אם ייוותרו לפרט די משאבים בנקודת הזמן הנתונה להתקיים בכבוד. רשימת פריטים זו אינה רשימה סגורה, ועליה להיות מותאמת לנסיבות החיים המשתנות. ברמה התהליכית יש לבחון אם משמעותה של ההכרעה היא שהפרט צפוי להיקלע בעתיד למצב שבו אין הוא מסוגל לספק לעצמו תנאי קיום מינימליים (למשל, אפשר שעצם עיקול רכב לא יהיה בגדר פגיעה נקודתית ביכולתו של החייב להתקיים בכבוד, אך יוביל לחוסר יכולת של החייב להגיע לעבודתו, ומשכך יפגע ביכולתו להתקיים במינימום של כבוד בפן התהליכי). במסגרת זאת יש לפתח, עקב בצד אגודל, מבחנים מעשיים אשר יאפשרו לזהות פגיעה בזכות לקיום מינימלי בכבוד במובנה התהליכי (לדוגמה, ניתן להיעזר בשאלה אם תהיה לפעולה השפעה משמעותית על כושר ההשתכרות של הפרט). ללא פיתוח מבחני-עזר מעשיים לעניין היקפה של הזכות עלול להיווצר מצב שבו בפועל אין מעמדה החוקתית של הזכות למינימום של קיום בכבוד משפיע על הליכי ההוצאה לפועל ועל חייהם של החייבים. בהקשר זה מן הראוי להוסיף ולתת את הדעת למשמעותה של זכות הקניין של הזוכה בהליכי הוצאה לפועל (קרי, לאינטרס הכלכלי של הזוכה בחוב).¹⁰¹ אין חולק כי הזכות לקניין היא זכות חוקתית המעוגנת מפורשות בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כפי שראינו בפתח הדברים, בהתייחס להגבלת יציאה מן הארץ, הצורך באיזון בין זכותו של הזוכה לקניינו לבין זכויותיו החוקתיות של החייב הוביל לכך שהערכאות הדיוניות פירשו את שתי הזכויות כ"מקוזזות" זו את זו. פרשנות זו לוקה, כך נדמה, בעיוורון מסוים, הן ברמה המשפטית-הנורמטיבית הן ברמה האמפירית.

מבחינה משפטית-נורמטיבית, כפי שנידון לעיל, יכולתו של הזוכה לייצר חיוב קנייני, תוך הפקת רווח מזכות זו, קשורה בקשר מובנה לאחריותו של הזוכה לכך שהחיוב לא ייגבה מקום שיהיה בגביית החיוב כדי לפגוע בזכותו החוקתית של החייב לקיום מינימלי בכבוד. זהו סיכון המגולם מלכתחילה ביחסים החוזיים שבין הצדדים, והזוכה שוקל אותו מראש. הפרמיה שהחייב משלם בגין מתן האשראי משקפת סיכון זה. משמע, הרווח לזוכה בגין מתן האשראי כולל את הסיכון שבחלק מהמקרים לא יוחזר החוב (קרי, תחלת הרווח היא חיובית, בהתחשב בסיכון). בהקשר זה, הגבלת יכולתו של הזוכה לממש משכנתה על דירת מגורים אפשר שתשנה אומנם את שיווי-המשקל הכלכלי, ותניע את המלווה לא להעניק הלוואות מסוימות או לדרוש בעבורן פרמיה גבוהה יותר, אך היא אינה עתידה לפגוע ביעילותו המצרפית של השוק. להפך, מדיניות זו יעילה כלכלית, מאחר שהבנק הוא לא פעם המונע היעיל של הנזק (לנוכח יכולתו לצפות במידה גבוהה יותר של ודאות את הסיכויים

101 הדיון בזכות הקניין בהקשר של הוצאה לפועל ממחיש היטב את היות המונח "קניין" דינמי בהתאם למוסד הקנייני הספציפי (ראו ה"ש 96 לעיל). ברי כי התכונה הרלוונטית בהקשר של הליכי הוצאה לפועל בחוב כספי היא האינטרס הכלכלי, ואילו היבטים אחרים של הקניין, דוגמת שרירות הבעלים והאוטונומיה, אינם רלוונטיים לדיון. לדיון במוסדות קנייניים ובערכים השונים המגולמים במסגרתם ראו חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 17-96 (2005).

לפרעון המשכנתה), וכן מאחר שהבנק מסוגל לפזר את הנזק בצורה טובה יותר.¹⁰² כרי כי באותם מקרים (שאינם הרוב) שבהם עסקינן בזוכה פרטי אשר אי-גביית החוב תוביל לפגיעה ביכולתו שלו להתקיים בכבוד, ואשר אין בהם פערי כוחות משמעותיים בין הצדדים, אפשר שיהיה מקום למתן משקל מוגבר לזכות הקניינית של הזוכה.¹⁰³ עם זאת, דרך הכלל צריכה להיות הגנה על קיומו המינימלי בכבוד של החייב, וצמצום הגנה זו צריך להיעשות רק אם יש טעמים חריגים וייחודיים המצדיקים זאת.¹⁰⁴

בהמשך לכך, במישור האמפירי נראה שחרף ההליכים המורכבים בלשכות ההוצאה לפועל, רוב החייבים העניים אינם מצליחים להשיב את חובם כלל. זאת, בפרט מקום שהחוב תופח – בשל הליכי ההוצאה לפועל וחלוף הזמן – בקצב מהיר מקצב החזר החוב. כך, לדוגמה, בכל הנוגע בחייבים מוגבלים באמצעים צוין ברוח של רשות האכיפה והגבייה כי "חייבים אלו, לאחר שאוחדו תיקיהם והוכרוזו כחייבים מוגבלים באמצעים, משלמים לרוב סכומים קטנים מדי חודש (100–1,000 ₪) שאין בהם כדי לכסות את הריביות הנצברות

102 בהקשר זה מן הראוי לציין כי טענות שונות שעל-פיהן צמצום האחריות של ערבים בשוק המשכנתות יוביל לפגיעה בבנקים למשכנתות התברו. זאת ועוד, התברר כי לאחר הרפורמה בחוק הערבות וצמצום הבטוחות שבידי הבנקים התייעל שוק המשכנתות, ושיעור גבוה יותר מן החובות שניטלו הוחזרו. יתר על כן, לא רק שרווחיהם של הבנקים עלו עקב הקטנת היקף הבטוחות שניתנו להם באמצעות ערבים למשכנתה, אלא שהיקף המשכנתות לציבור, לרבות לאוכלוסיות ממעמד חברתי-כלכלי לא-גבוה, עלה לאחר הרפורמה. ראו בהקשר זה רוי-בר קהן ערבות 562–557 (2006); לרנר "דיוור הלופי", לעיל ה"ש 91, בעמ' 91–92; לרנר "נכסים פטורים מעיקול", לעיל ה"ש 100, בעמ' 497; Jeremy Berkowitz & Richard Hynes, *Bankruptcy Exemptions and the Market for Mortgages Loans*, 42 J. L. & Econ. 809 (1999).

ראו עוד בהקשר זה את ניתוחו המקיף של רון חריס, המזהה את פערי המידע והכוח בין המלווים לבין הלווים ככשל שוק המצדיק התערבות רגולטורית – רון חריס "מעסקה סולידית למשבר עולמי: על כשלי שוק המשכנתאות האמריקני" משפטים מ 601, 616–623 (2011). לדברי חריס: "בנסבות מסוימות ההטיות הקוגניטיביות יכולות להביא לוויס למצב שבו ילוו בסכומים או יתחייבו לריביות או לתנאים אחרים מחמירים עד כדי כך שהסתברות שלא יוכלו לפרוע את הלוואתם תגדל באופן ניכר. מצב זה אינו בהכרח רע עבור המלווים. דירת המגורים משמשת בטוחה. אם יוכלו להיפרע דיים מדירה זו, בהתחשב בעלויות הפינוי ממנה ועלויות מכירתה, אזי הדלות הפירעון של הלווה לא שינתה מצבם לרעה. הם הנהנים מהתשלומים ומהעמלות שגבו בשלב של ביצוע העסקה ומתשלום הריבית על פני תקופת זמן מסוימת, וכן מקנסות הנובעים מאי-עמידה של הלווה בתנאי החוזה – ובסופו של דבר נפרעים מהדירה." שם, בעמ' 622–623. לעניין עיוות התמריצים הנוצר למלווים בשל קיומה של בטוחה ראו: Lucian Arye Bebchuk & Jesse M. Fried, *The Uneasy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy*, 105 YALE L.J. 857, 863 (1996).

103 לגבי השפעת זהותם של הזוכים על הכלים שבידיהם לגביית החוב ראו לרנר "נכסים פטורים מעיקול", לעיל ה"ש 100, בעמ' 490.

104 יודגש כי 61% מהזוכים הם חברות, 4% הם שירותי בריאות ו-6% הם עירויות, בעוד כ-90% מהחייבים הם בני-אדם בשר-ודם. דוח רשות האכיפה והגבייה לשנת 2011, לעיל ה"ש 49, בעמ' 14–15, 24–25.

בתיקים. במצב זה, אפילו יוסיפו החייבים וישלמו במשך כל חייהם, אין לזוכים אפשרות לקבל את מלוא הסכומים המגיעים להם".¹⁰⁵ יוזכר כי רק בשנת 2011 הוכרו קרוב ל-18,000 איש כחייבים מוגבלים באמצעים (וזאת לצד אלפי החייבים המוגבלים באמצעים שהוכרו בשנים שלפני כן), וכל אלה מצויים בתוך מעגל-קסמים זה של חוב התופח בקצב מהיר מיכולתם לפרוע אותו. במצב דברים זה נדמה כי אין מקום לשקול את זכותו של הזוכה לקניינו, שכן בין אם יופעל הליך זה או אחר במסגרת תיק ההוצאה לפועל ובין אם לאו, הוא לא יזכה בהחזר החוב.¹⁰⁶ יצוין, על בסיס נתונים אמפיריים אלה, כי יש בהחלט מקום שהמחוקק ייתן את דעתו לשאלה אם מצב שבו אדם מצוי בהליך הוצאה לפועל כחייב מוגבל באמצעים במשך שנים ארוכות, וללא כל תקווה לסיום ההליך, הוא מצב חוקי שראוי לשמרו, לנוכח ההיבט התהליכי של הזכות החוקתית לקיום מינימלי בכבוד. אפשר שיש מקום לאמץ במקרים אלה מסלול של הפטר, כפי שהציע בעבר פרופ' רון חריס – הצעה אשר טרם נידונה דייה.¹⁰⁷ יובהר כי האמור בהקשר זה עניינו רק במי שחסר באופן כנה את היכולת לפרוע את החוב. נדמה שאין חולק כי מקום שהעדר היכולת לפרוע את החוב נובע מפעולות בחוסר תום-לב של החייב, כגון הברחת נכסים, יהיה מקום לצמצם את ההגנה עליו הנובעת מהזכות לקיום מינימלי בכבוד (ולמעשה, יהיה צורך להחיל את ההגנה רק אם בחינה אובייקטיבית של החייב, תוך התעלמות מצעדיו המכוונים להקטנת היקף נכסיו, תוביל למסקנה שהוא אכן נעדר אמצעים לקיום מינימלי בכבוד).¹⁰⁸

מבחינה מוסדית – מן הראוי שההליך של הטמעת המשמעויות השונות של הזכות לקיום מינימלי בכבוד ייעשה בפעולה משותפת של שלוש הרשויות. זאת, תוך ניצול יתרונה היחסי של הרשות המחוקקת בהתבוננות רחבה על כלל ההסדרים הנוגעים בעניין לשם גיבוש אמות-מידה אשר יקלו את התהליך המשפטי – הן ברובד של פרשנות החוק הן ברובד החוקתי.¹⁰⁹

מבחינה פרוצדורלית – נדמה שיש לשים את הדגש בשני היבטים מרכזיים. ההיבט האחד הוא הגנה על יכולתו של החייב להוכיח את הפגיעה בזכותו לקיום מינימלי בכבוד, לנוכח העובדה שעסקינן בזכות-יסוד חוקתית. זאת, תוך התחשבות בעובדה שבקהשר הנוכחי יש

105 שם, בעמ' 17.

106 בנוגע לשיקול של אי-ביצוע עיקולים משום שעלותם תהא גבוהה מהתועלת שתופק מהם ראו עוד לרנר "נכסים פטורים מעיקול", לעיל ה"ש 100, בעמ' 496-508.

107 רון חריס "ממאסר להפטר: הצעת סדר-יום חדש לחקיקת דינים לאכיפת חיובים" עיוני משפט כג 641 (2000).

108 ראו בהקשר זה, בין היתר, פרשת חדיד, לעיל ה"ש 12; פרשת אבו סלאח, לעיל ה"ש 70. יצוין בהקשר זה כי בפסיקתו של בית-המשפט העליון נקבע שחוסר תום-הלב של החייב צריך להיות במסגרת הליכי גביית החוב עצמם, ושרק במקרים חריגים, של פגיעה משמעותית בתקנת הציבור, ייתן משקל להתנהלות בחוסר תום-לב שהובילה ליצירת החוב. ע"א 6416/01 בנבנישתי נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד נז(4) 197 (2003). לסקירת הפסיקה בהקשר זה ראו ע"א 307/12 בלום נ' כונס הנכסים הרשמי (פורסם בנבו, 14.8.2012).

109 לעניין יתרונה של המחוקק בקביעת הסדרים כלליים המממשים את הזכות החוקתית ראו פרשת חסן, לעיל ה"ש 6, פס' 5 לפסק-דינה של השופטת ארבל ("האיפוק שגוזר על עצמו בית המשפט בעניינים אלה נובע מהתפיסה לפיה חלוקת משאבי המדינה צריכה לזכות להסדרה מקיפה וכוללת מצד המחוקק, שהוא בעל ראיית הרוחב הנדרשת לטיפול בסוגיות אלה").

קשר מידי בין הפגיעה בזכות לבין היכולת להוכיחה, שכן מי שידו אינה משגת תנאי קיום מינימליים ספק אם יוכל לשכור לעצמו ייצוג הולם בבתי-המשפט ובמסדרונותיהן של הרשויות המבצעת והמחוקקת.¹¹⁰ בתוך כך יש להכריע ביחס לסוגים שונים של טענות אם ראוי שהנטל של הוכחת העדר הפגיעה יוטל על הזוכה (בדומה לנטל שנקבע לעניין הוכחת ההסבר לסעיף של ויתור על דיור חליף) או שמא ראוי כי המדינה תישא בעלות של וידוא ההגנה על זכויות החייב.¹¹¹ ההיבט האחר הוא קביעת כללים אחידים, ברורים ופשוטים ליישום שיאפשרו לערכאות השונות ליישם באופן דומה את החקיקה הנוגעת בעניין. לשם כך ראוי שהערכאות הדיוניות יפרטו, במסגרת הכרעתם, את האופן שבו הן מפרשנות את ההלכות המחייבות בהליכים ספציפיים, ושפרשנות זו תעמוד לביקורת בערכאות הערעור. בהקשר זה נדמה שיש יתרון בשינוי המבני של לשכות ההוצאה לפועל והליכי ההשגה על החלטותיהן. עד לתיקון מס' 29 לחוק היו לשכות ההוצאה לפועל בהליכים מסוימים מקבילות לבתי-משפט השלום, והערעור על החלטותיהן הוגש לבית-המשפט המחוזי, ואילו בהליכים אחרים הוגש הערעור על החלטותיהן לבית-משפט השלום. המבנה הנוכחי של לשכות ההוצאה לפועל מאפשר הפרדה בין הבירור העובדתי לבין הדיון המשפטי. במסגרת זאת עיקר תפקידם של רשמי ההוצאה לפועל הוא החלת הדין הקיים על המקרה הקונקרטי, ואף שהם רשאים (אם יש צורך בכך) להכריע אף בקשיים משפטיים המתעוררים בהליך, אין זה ראוי שהכלל המשפטי יעוצב בפועל במסגרת לשכות ההוצאה לפועל (באשר הן אינן חלק מהרשות השופטת, כי אם גוף "מעין-שיפוטי" של הרשות המבצעת).¹¹² זאת, בפרט מקום שחלק לא-מבוטל מהליכי ההוצאה לפועל מתקיימים לפני גורמים חיצוניים (כך, למשל, בשנת 2011 הועסקו 140 חוקרים חיצוניים שביצעו חקירות יכולת לחייבים).¹¹³ בהמשך לכך, כלל ההשגות על הליכי ההוצאה לפועל מגיעות לבתי-משפט השלום. בית-משפט השלום אמון הן על בקרת ההליך של בירור העובדות לפני רשמי ההוצאה לפועל והן על זיהוי השאלות המשפטיות המתעוררות במהלך ההליך, והוא למעשה הערכאה הראשונה הקובעת כלל משפטי באשר לאופן יישומו של הדין. בהמשך לכך, ההשגות על פסקי-הדין של בתי-משפט השלום בהליכי הוצאה לפועל מוגשות בדרך של בקשת רשות ערעור לבית-המשפט המחוזי. במסגרת זאת בית-המשפט המחוזי משמש כערכאה השיפוטית השנייה

110 אכן, נראה כי חייבים מתקשים למצות את זכויותיהם בהליכי הוצאה לפועל. כך, לדוגמה, על-פי הנתונים לשנת 2011, מתוך 17,909 עורכי דין הפועלים במערכת ההוצאה לפועל, 15,802 מייצגים זוכים (דוח רשות האכיפה והגבייה לשנת 2011, לעיל ה"ש 49, בעמ' 15); 94% מהזוכים מיוצגים, ולעומתם רק 6% מהחייבים מיוצגים (שם, בעמ' 26); ורק 8% מהחייבים המזומנים לחקירת יכולת מתייצבים אליה (שם, בעמ' 9). עוד ראו בהקשר זה יובל אלבשן "נגישות האוכלוסיות המוחלשות בישראל למשפט" עלי משפט ג 497 (2003).

111 ראו בהקשר זה חמי בן-נון וטל חבקין הערעור האזרחי 35-37, 54-55 (מהדורה שלישית, 2012).

112 ראו לעניין זה רע"א 1853/12 אבניאל נ' פולק (פורסם בנבו, 28.2.2013); בש"ס 1070/13 עיריית גבעתיים נ' התחדשות אורבנית ייזום ונדל"ן (פורסם בנבו, 17.3.2013). לעניין ההשפעה של מידת עצמאותו של הגוף המעין-שיפוטי ושל טיב ההליך הנערך לפניו על אמות-המידה לבחינת בקשת רשות הערעור, ראו בן-נון וחבקין, שם, בעמ' 78.

113 דוח רשות האכיפה והגבייה לשנת 2011, לעיל ה"ש 49, בעמ' 9.

הדנה בהליך. עם זאת, לנוכח טיבו המעין-שיפוטי של ההליך בלשכת ההוצאה לפועל, יש הצדקה לצמצם את התערבותו של בית-המשפט המחוזי במישור העובדתי של ההליך רק למקרה שבו נפלה טעות משמעותית בהחלטות הקודמות. לעומת זאת, בכל הנוגע במישור המשפטי, במקרים שבהם עורר ההליך חידוש משפטי או צורך בפיתוח ההלכה הקיימת, יש לראות את בית-המשפט השלום כערכאה הראשונה ולהקל בתנאים לכירור ההליך ב"גלגול שני". זאת, לשם פיתוח אחיד של ההלכה. כמו-כן, נדמה שעל בית-המשפט המחוזי להבטיח שההלכה המשפטית יושמה כלשונה וכרוחה בנסיבות המקרה הקונקרטי.¹¹⁴ בהמשך לכך, במקרים שבהם אין עסקינן בפיתוח שולי של ההלכה הקיימת, ומתעוררת שאלה ממשית החורגת מעניינם של הצדדים באשר לאיזונים החוקתיים השונים בהליכי ההוצאה לפועל, יש מקום שהיא תוסדר בפסיקתו של בית-המשפט העליון (ולעניין זה יש לראות בבית-המשפט העליון "ערכאת ערעור שלישית").

סיכום

הדיון בזכות החוקתית לקיום מינימלי בכבוד עודו בראשיתו. הליכי ההוצאה לפועל הם אחד האתרים המרכזיים שבהם הזכות החוקתית מתורגמת למציאות חיים מעשית. ייחודו של ההליך המתנהל בהוצאה לפועל, להבדיל מהליכים אל מול המדינה, הוא שהשדה המשפטי הוא השדה האזרחי, ואל מול החייב עומד זוכה, אשר גם על האינטרסים שלו יש להגן.

הדיון הנוכחי החל בבחינת האופן שבו תורגמו למציאות חיים מעשית שתי זכויות חוקתיות "שליליות" – הזכות לחופש תנועה והזכות לחירות ממאסר. אף שההלכה שנפסקה בנוגע לשתי זכויות אלה הייתה דומה באופייה, וקבעה כי לנוכח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו יש לתת להן משקל מוגבר, נמצא כי בפועל זכתה רק הזכות לחירות ממאסר במעמד מוגבר זה, ואילו הדיון המשפטי בזכות לחופש תנועה של חייב תושב חוץ נותר בקווים שבהם היה לפני חקיקת חוק-היסוד. מסקנתנו הייתה כי לשם הפיכת הזכות החוקתית מזכות עליו ספר לזכות בחיי המעשה יש צורך בהתקיימותם של שלושה יסודות: ראשית, על התהליך להיעשות בשיתוף-פעולה בין הרשויות, לשם גיבושם של הסדרים כוללים ורחבים המגינים על זכויות האדם הקבועות בחוק; שנית, יש לעצב את ההלכה בנושאים אלה באופן המגדיר ומבנה את אופן הפעלת שיקול-הדעת על-ידי הערכאות הדיוניות; שלישית, על הערכאות הדיוניות לחדד את הדיון המשפטי בכל הנוגע בהפעלת הזכויות החוקתיות בפועל, ולהביאו לפתחן של ערכאות הערעור לשם פיתוחה של ההלכה.

מכאן עברנו לבחינתה של הזכות החוקתית לקיום מינימלי בכבוד. מצאנו כי לזכות יש שני היבטים: ההיבט האחד הוא ההיבט הנקודתי, המחייב שייוותרו לאדם תנאי קיום חומריים מינימליים בנקודת הזמן הנתונה; וההיבט האחר הוא ההיבט התהליכי, המחייב שהאדם יוכל לצאת ממעגל הנזקקות ולקיים את עצמו בכבוד. ראינו כי ביטוי לשני היבטים אלה של הזכות ניתן למצוא בחקיקת הכנסת ובאופן שבו פירש אותה בית-המשפט. על בסיס זה הפנינו מבט לתחום ההוצאה לפועל. זיהינו כי ההצדקה ליישומה של הזכות בתחום ההוצאה לפועל חרף הפגיעה בזוכים, שהם גופים פריטיים, נעוצה בכך שההסדר

114 ראו רע"א 8476/12 עזבון כהן נ' בנק הפועלים בע"מ (פורסם בנבו, 29.1.2013).

המשפטי הנוכחי בישראל אכן מטיל עליהם חלק מהעלויות הכרוכות בהגנה על זכויות היסוד. זאת, לנוכח מתן האפשרות לגופים פרטיים להרוויח מהספקת התנאים לקיום מינימלי בכבוד. עיצובו של השוק באופן זה הוא המצדיק שהשוק גם יישא בחלק מהעלויות הנובעות מן ההגנה על זכותו של הפרט לקיום מינימלי בכבוד, מקום שבחר הזוכה באופן וולונטרי להתקשר עם החייב. בהמשך לכך הדגמנו כיצד ניתן לפרוט בפועל את הזכות החוקתית לקיום מינימלי בכבוד בהקשר של הגנה על דירת מגורים, וזאת בשני מובניה של הזכות. בסוף הדברים עמדנו, על־דרך ההכללה, על שלושת המישורים המשפיעים על עיצובה של הזכות בחיי המעשה, הם מישור הדין המהותי, המישור המוסדי והמישור הפרוצדורלי. נדמה כי יש לתת משקל לזכות החוקתית בכל אחד מהמישורים הללו על־מנת להביא לידי מימושה.

ברי כי עוד שורה ארוכה של קשיים ומורכבויות עומדת בדרכן של הרשויות בבואן להפוך את הזכות לקיום מינימלי בכבוד למציאות חייהם של הפרטים במדינת־ישראל, ולו רק בתחום ההוצאה לפועל. בדיוננו זה לא דנו ברוב ההליכים הקיימים בתחום ההוצאה לפועל, ואפשר שביחס להליכים שונים יהיה מקום לקבוע כללים מעשיים שונים ליישומה של הזכות. עם זאת, נדמה כי העקרונות המפורטים בדברים עד כה יכולים להוות מראה־כיוון לקראת פיתוחן של הלכות אלה.