

## לא רק חוליה בשרשרת: ריאיון עם פרופ' אהרן ברק

מראיינים: קרן וידברג, סיוון חנוכה ורועי רבינוביץ\*

במהלך עשרים ושמונה שנות כהונתו כשופט בית המשפט העליון, הצליח פרופ' אהרן ברק, מי שנחשב לדמות כה בולטת במערכת המשפט הישראלית ומשנתו הינה אבן דרך מרכזית בהתפתחותה, להטמיע בתודעה המשפטית עקרונות וערכים מנחים ולהנחיל בה מורשת ענפה פרי ראייתו המשפטית.

פועלו המשפטי ואופן יישומו את החוק הותירו חותמם על מגוון רחב של ענפי משפט, אם כי לעתים היה בהם מן השנוי במחלוקת.

בריאיון מעמיק אשר נערך עימו (ביום 2.3.2009) ויובא להלן, חושף ברק את השיקולים להם נתן את הדעת בעשותו משפט, מתייחס להחלטות אשר ניתנו על-ידו בעת שבתו בדין ולאילו של עמיתיו, מדבר על הדרך שבה מתמודד המשפט עם נושאים מורכבים וכן מגיב למבקרו.

בין היתר, מתייחס הוא לטענה בדבר מעמדו הנשחק של בית המשפט ביחסיו עם הרשות המחוקקת והרשות המבצעת, מדבר על השפעת התקשורת על הכרעות שיפוט בדין הפלילי וכן מגלה דעתו באשר להחלת עונש המוות בישראל.

באשר ליחס בית המשפט לזוגות חד-מיניים, מתאר ברק את השקפתו תוך ניסיון להסביר את הפער שבין הרטוריקה של בית המשפט העוסקת בזוגות אלו לבין זו העוסקת ב"דועים בציבור", עוד מדבר הוא על האיזון הראוי בין זכותו החוקתית של העובד לפרטיות לבין זכויות המעביד בקניינו וכמו-כן מביע את דעתו באשר לדור המשפטנים הנוכחי בהשוואה לדורות שקדמו לו.

---

\* חברי מערכת דין ודברים.

## משפט ציבורי

נראה כי אנו נתונים כיום בתקופה של מהפכת נגד לאקטיביזם השיפוטי.<sup>1</sup> הן הרשות המנהלית והן הרשות המחוקקת מגיבות לאקטיביזם השיפוטי במתיחת ביקורת גוברת ובהימנעות מסיבוב פסיקה של בתי המשפט.<sup>2</sup> בעת שהנחלת פרקטיקה זו – האם חשבת כי האקטיביזם השיפוטי ייתקל בהתנגדות כה קשה? מה לדעתך ההסבר להתנגדות זו?

ישנה ביקורת והביקורת היא לגיטימית. לדעתי, אקטיביזם שיפוטי מתחלק לביקורת על מעמד ועל שפיטות. עובדה שלא ניסו עד עכשיו להפוך את פרשת בנק המזרחי.

עם השנים ניתן לראות כי כוחו של בית המשפט העליון נשחק אל מול התנגדותו וביקורתו של הרשות המחוקקת והמבצעת כלפיו.<sup>3</sup> מה דעתך על הטענה כי בית המשפט נחלש הלכה

1 המונח "אקטיביזם שיפוטי" מוגדר, על פי ברק, כנטייה שיפוטית, במסגרת שיקול הדעת השיפוטי, לאזן בין ערכים מתנגשים על ידי יצירתו של דין חדש מכוח פרשנות, על ידי ביטול חקיקה של הכנסת או על ידי החלטה המחוללת שינוי בדין הקיים. נוסף על כך, ברק סבור כי חלים על השופט איסור להפוך את אמונתו לדין המדינה ואיסור להגיע לתוצאה הסותרת את הוראות החוק. ראו: אהרן ברק, שופט בחברה הדמוקרטית (2004) בעמ' 393-390.

2 דוגמאות לכך ניתן למצוא, למשל, בע"א 10280/01 טל ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64. הדיון בפרשה זו נסב על אודות השאלה אם שתי נשים לא נשואות, אמהות לילדים, המקיימות מערכת זוגית משותפת, כשירות על פי דין לאמץ הדרת האחת את צאצאי רעותה. בית המשפט העליון קיבל את הערעור ברוב של שבעה שופטים כנגד שניים וקבע כי בנות הזוג יוכלו לאמץ האחת את ילדי האחרת. המדינה התנגדה להלכה זו והגישה על כך בקשה לדיון נוסף, ובקשתה נדחתה. בפועל רשמה המדינה רק את הבן שעליו הוגש הערעור ולא את הבת, לכן הצטרפו האמהות להגיש עתירה נוספת לרישום הבת. פסיקה זו יצרה זעם רב בקרב כמה חברי כנסת שמתחו ביקורת והביעו "צער עמוק" על החלטתו של בית המשפט העליון. ראו: זבולון אורלב, "השופטים מעדיפים לסביות על פני ילדים", NRG 10.01.2005 <http://www.nrg.co.il/online/1/ART/851/569.html>. לדוגמה נוספת ראו את היישום, וליתר דיוק, את אי-היישום ואי-כיבוד של הפסיקה ב: בג"ץ 6698/95 קעאדן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258. לדוגמה נוספת ראו בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (פורסם בנבו).

3 דוגמה לשחיקת בית המשפט ניתן למצוא בעניין בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464, בו נתן בית המשפט צו על תנאי המורה למדינה להגדיר מהו סטנדרט מינימלי לקיום אנושי בכבוד ולנמק מדוע לא ייקבע סטנדרט כזה. בינתיים פרשה מכס השיפוט ראש ההרכב בעתירה דנן, השופט דורנר, והרכב השופטים שדן בעתירה הוחלף. המדינה לא קיימה את הצו שנתן לה ההרכב הקודם, ובדיון שהתקיים חזר בו ההרכב החדש מהצו שניתן. זהו מקרה חריג למדי – המדינה לא עמדה בצו בית המשפט, ולאחר חילופי גברי בהרכב השופטים, בד בבד עם הפעלת לחץ מצד הכנסת, נכנע בית המשפט ושינה את תוכנו של הצו. זהו מהלך לא לגיטימי מצד המדינה שנועד למשוך זמן, בית המשפט היה מודע לכך ובכל זאת ויתר בהתעלמותו מהצו שניתן. ראו פירוט נוסף:

למעשה, שכן כל עוד גישת הרשויות כלפיו היא לעומתית הוא פועל לעתים כמי שחושש ומהלך על ביצים.

אני לא מסכים עם הטענה הזו. בית המשפט מפרש את חוקי היסוד והחוק. הוא עושה כן לפי מיטב הבנתו ומצפונו. גישה "אוהדת" או "לעומתית" אינה משפיעה עליו. בית המשפט אינו פוסק לפי רוחות השעה. הוא פוסק לפי תפיסות היסוד.

במשך עשרים ושמונה שנות כהונתך כשופט בבית המשפט העליון, מתוכן כיהנת במשך אחת-עשרה שנים כנשיא, זכית ליוקרה אקדמית בינלאומית רבה מאוד, לתוארי כבוד ולהערכה עצומה בקרב אנשי המשפט. לצד כל זאת נמתחה גם ביקורת רבה ממגזרים וממלומדים שונים, שהחשוב בהם הוא ריצ'רד פוזנר (Richard Posner). פוזנר, שתקף את מורשתך המשפטית, ציין במאמרו כי "פרופ' ברק יצר עוצמה משפטית שגם השופטים האגרסיביים ביותר בבית המשפט העליון שלנו (האמריקני) לא חלמו עליה".<sup>4</sup> הוא המשיך וכתב כי "רק בישראל, מעניקים השופטים את הסמכות הזו לעצמם (ליצור כללי משפט חדשים), בלי להזדקק לאישורה של חוקה או רשות מחוקקת. זה מזכיר את נפוליאון שלקח את הכתר מידי של האפיפיור והניח אותו על ראשו". פוזנר קבע כי גישה כזו "ניתן בקלות להגדירה כתפיסת שלטון בכוח".<sup>5</sup> בספרך "שופט בחברה דמוקרטית"<sup>6</sup> כתבת כי "מי שנושא על כתפיו את גלימת השופט צריך להסתגל לרעיון כי הוא יתפקד באווירה של ביקורת – ראויה ובלתי ראויה". כיצד אתה משיב לביקורתו של פוזנר?

התשובה שלי נשענת על הדברים שכתב ברק מדינה במאמרו.<sup>7</sup> פוזנר כבר הספיק לתקן את הביקורת שכתב עליי. פוזנר גם הסתמך על מקורות משניים: הוא לא קרא את פסקי הדין שלנו ולכן לא היה מודע באופן מלא למציאות המיוחדת בארץ. בכנס שנערך בירושלים חזר פוזנר על הדברים שאמר במאמרו, אך עשה זאת בשפה מעודנת ומרוככת יותר. המציאות הישראלית שונה מכל מציאות בעולם ולכן בית המשפט העליון בישראל והמדיניות שלפיה הוא פועל שונים מכל בית משפט אחר בעולם. פוזנר מדבר על כך שלשופטים בישראל אין בכלל סמכות ליצור משפט חוקתי חדש כי אין להם חוקה.

יסמין רובין ודקלה צרפתי, "הקלות הבלתי נסבלת של (מינימום) הקיום – על צדק חברתי, הליך רשלני והזכות למינימום קיום אנושי", הארת דין א(2) (תשס"ד) 128.

4 Richard A. Posner, "Enlightened Despot", 236 *The New Republic* (2007) 53.  
5 עם זאת העיר פוזנר כי ברק היה מעין "שודר ים משפטי" אך "אולי זה מה שישראל, כדמוקרטיה צעירה ולא בשלה, עם שלטון רעוע של פוליטיקאים בינוניים ומושחתים, היתה זקוקה לו".

6 אהרן ברק, שופט בחברה דמוקרטית (תשס"ג).  
7 ברק מדינה "ארבעה מיתוסים עלביקורת שיפוטית (בתגובה על מאמרי הביקורת של רוברט בורק וריצ'רד פוזנר על האקטיביזם השיפוטי של אהרן ברק)", דין ודברים ג2 (תשס"ח) 399.

עובדה היא שבעניין לאור<sup>8</sup> – כבר בשנות השמונים – אמרתי גם אני שאין לבית המשפט סמכות ליצור זכויות יש מאין ושעוד לא הגיעה העת. חיכינו שהמציאות תשתנה, שתבוא העת המתאימה לשנות דברים, ורק ברגע שהמכונן הכשיר את הקרקע הרשינו לעצמנו לפעול. כך כאשר הכנסת כוננה את חוקי היסוד בדבר זכויות האדם פסקנו כי חוק הנוגד להם אינו חוקתי. את המהפכה החוקתית בישראל עשתה הכנסת כרשות מכוננת. בית המשפט העליון נתן לכך תוקף. הכנסת-כוננה; בית המשפט פרש את מעשה הכנסת. פוזנר אינו מודע להיסטוריה החוקתית שלנו. יש לי הערכה רבה לפוזנר השופט ומורה ההלכה. בעניינים שלנו הוא אינו בקי כלל ועיקר.

### משפט פילי: כללי

אוואן פיס (OWEN M. FISS) טען במאמרו<sup>9</sup> כי השגת הסכם מחוץ לכותלי בית המשפט טובה לצדדים הישירים לסכסוך אך הרת אסון לחברה.<sup>10</sup> פיס גורס כי תפקידו העיקרי של בית המשפט, הוא להשתמש בתיק המשפטי (שאותו הוא מגדיר כמשאב ציבורי) כדי לכוון את התנהגות הציבור וליצור קונקרטיזציה של ערכי החברה הראויים. מהי דעתך על טענה זו בהקשר של הליכי גישור פילייים? האם הסכם המושג בגישור בין עברייני לנפגע העברה אכן מהווה נזק לחברה?

אוואן פיס הוא חבר קרוב שלי. לגוף העניין אינני רואה עין בעין עם גישתו הכללית של פיס לעניין מוסד הגישור, לכל הפחות בתחום האזרחי. בהקשר האזרחי גישור אמנם עשוי למנוע מבית המשפט ומהחברה תוצרים שיעצבו את פניה מרגע שתינתן ההכרעה, ובית המשפט הוא אכן אמצעי להפעלת כוח שלטוני ולהגשמת מטרות שלטוניות שאחת מהן היא הכוונה של התנהגות הפרטים; אך אני סבור שלא כל מקרה צריך להגיע לבית המשפט. לפעמים טוב היה, בכל הנוגע לגישור האזרחי, שמקרים מסוימים כלל לא היו מגיעים לדיון ולא היו מונחים בפני שופט להכרעה. אני מסכים שהגישור הוא לעיתים כלי בעייתי משום שלפעמים הוא אינו משרת את המטרה ולעתים מנציח פערי כוחות בין צדדים ונותן לגיטימציה להסכמים שראוי היה שלא לגבשם כלל. עם זאת, אנו חיים בחברה אנושית, ועיקרה הוא באינטראקציה בין הפרטים. בסוגיות מסוימות עדיף להניח לאנשים לפתור את הבעיות בעצמם, ככל שהן לא חמורות ומסוכנות לשלום הציבור, ועל

8 בג"ץ 142/89 תנועת לאור נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מד(3) 529.

9 Own M. Fiss, "Against Settlement", 93 *Yale L. Rev.* (1984) 1073.

10 "In my view, however, the purpose of adjudication should be understood in broader terms. Adjudication uses public resources". "Not by private agreement, their job is not to maximize the ends of private parties, nor simply to secure the peace, but to explicate and give force to the values embodied in authoritative texts such as the constitution and statutes: to interpret those values and to bring reality into accord with them. This duty is not discharged when the parties settle".

ידי שיח המודרך מכוח צרכים אישיים ולא צרכים ברמה הלאומית מדינית. הגישור הפלילי, מעורר שאלות שונות לחלוטין מהגישור האזרחי. אני סבור שישנם אירועים פליליים שמוטב להם כי יוכרעו על ידי בית המשפט ולא בין העברייני לקרבן שלו. לדעתי ישנן מטרות ראשונות במעלה שלא יושגו אילו יובא הסכסוך להכרעה בין הצדדים הישירים. מובן כי יש לתת ביטוי לצורך של קרבנות להתמודד בצורה קוגניטיבית וישירה עם האדם שגרם להם את העוול שבגינו הוא נושא באחריות פלילית; עם זאת אינני סבור כי נכון יהיה להרחיב את מעמדו או לפתח את סמכויותיו של מוסד הגישור הפלילי מעבר לנהוג כיום.

בעניין ע"פ שבס<sup>11</sup> זיכיתם את שבס מהעברה של הפרת אימונים, ואז הוגש דיון נוסף<sup>12</sup> ובית המשפט הרחיב את היקף העברה של הפרת אימונים והרשיע את שבס תוך שהטיל עליו עונש של קנס. האין כאן הרחבה של היקף האיסור הפלילי על ידי בית המשפט באופן המנוגד לעקרון החוקיות?

אני חושב שעקרון החוקיות אומר שאי-אפשר להטיל אחריות פלילית כשאין נורמה אוסרת המעוגנת בחוק או מכוח חוק. במקרה הזה היה חוק שמסדיר ומגדיר את העברה של הפרת אמונים. השאלה שעלתה הייתה מהו הפירוש הראוי של הסעיף. לכן, בפסק הדין שניתן כאן אין הפרה של עקרון החוקיות משום שעדיין מדובר באותו סעיף המגדיר את הנורמה האוסרת הרלוונטית לעניינו של שבס. כל שנעשה הוא שהוענק לסעיף פירוש מעט שונה. הבעיה שהתעוררה עם אותו פירוש נבעה מכך שזהו פירוש רחב יותר, ולכן מתעוררת רק השאלה אם הפרשנות שניתנה צריכה לחול פרוספקטיבית או רטרואקטיבית. בשל כך השופט חשין – שלמיטב זיכרוני נתן את הרשות לדיון הנוסף – התנה את קיומו של שלב דיוני זה בהסכמה של המדינה לכך שלא יוטל עונש מאסר על שבס בעניין הנדון. לגוף העניין אני חושב שגם לפי הפסיקה שקדמה לפסק הדין בדיון לא היה מקום להיות מופתע מההכרעה. משום כך אינני סבור שמתעוררת בפסיקה הזו בעיה של עקרון החוקיות.

בכל זאת שבס הורשע והוטל עליו עונש קנס, כלומר: נוסף על הקנס יש גם את העונש של הוקעה וגינוי הכרוכים בעצם ההרשעה. מדוע לא קבעתם שההיקף הרחב של עברת הפרת אמונים יחול מעכשיו ואילך, ללא תחולה על המקרה של שבס?

בדיון עלתה שאלה כללית שבה התחבט בית המשפט. השאלה הייתה אם להחיל על ההלכה שנקבעה בו את הדין הרגיל, שלפיו תחולתן הכללית של כל ההלכות היא

11 ע"פ 332/01 שבס נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(2) 496.

12 דנ"פ 1397/03 מדינת ישראל נ' שבס, פ"ד נט(4) 385.

רטרואקטיבית, כפרשנות והבהרה של דבר קיים, או להעניק להלכה תוקף פרוספקטיבי בלבד. אני חושב שהחלת ההלכה באופן פרוספקטיבי הייתה מתבקשת רק אילו היינו קובעים בעניין שבס איזשהו עיקרון חדש, או אם היינו נותנים פירוש חדש שהיה מטיל אחריות פלילית על מעשה שביצעו הוא בגדר תחום אפור שאינו בהיר די הצורך גם לעורך-דין מומחה בתחום הפלילי עד כדי מצב שבו הוא לא היה מסוגל ליעץ ללקוח. לדעתי זה לא מה שקרה בעניין שבס. בית המשפט נתן ביטוי לאותם איסורים של המשפט הפלילי שהיו טבועים בהבנה הרגילה והלא מקצועית של העברה וכל מה שעשינו היה פשוט תיקון טעות שנפל במצבים כגון המצב נשוא הדיון. הרי בבית המשפט המחוזי הוא הורשע אף בשוחד. לא הרגשתי בתיק הזה שהיה מקום לבוא ולומר שההרשעה הזו נפלה כרעם ביום בהיר ולתת להלכה הזו תחולה פרוספקטיבית. אני אמנם סבור שניתן לקבוע תחולה מסוג זה במקרים מתאימים, אך לדעתי עניין שבס לא היה מקרה מתאים משום שבית המשפט המחוזי צדק בהרשיעו את שבס, על פי הדין כפי שפורש על ידו.

בתחום דיני החיפוש,<sup>13</sup> במקרה שבו שוטר מבקש צו חיפוש, כמעט כל הבקשות שנדונות על ידי בית המשפט השלום נענות בחיוב. לעומת זאת, לצורך הוצאה של צו להאזנת סתר יש לעמוד בדרישות נוקשות מכוח חוק האזנות סתר;<sup>14</sup> רק בעל תפקיד בכיר במשטרה, באמ"ן או בשב"כ יכול לבקש צו להאזנת סתר, ורק נשיא בית משפט מחוזי או סגנו יכולים לדון בבקשה. למרות שמדובר בדרישות נוקשות מאוד כמעט כל הבקשות מתקבלות. האם בתי המשפט הם חותמת גומי לרשויות אכיפת החוק בעניין הנדון?

ישבתי לפעמים בערעורים על החלטות של נשיאים בנושאים האלה, בחלק מן המקרים קיבלתי את הערעורים ואת חלקם דחיתי. אני חושב שבסוג הזה של המקרים, באופן כללי, הביקורת השיפוטית היא לא המכשיר הטוב ביותר. מובן כי למרות דעתי זו לא הייתי מציע בשום פנים ואופן לוותר עליו; עם זאת חשוב מאוד שתהיה בקרה פנימית בתוך הגופים הנוגעים בדבר, קרי: המשטרה, השב"כ והמוסד. אמנם גם עליהם צריכה להיות בקרה חיצונית, אך לשופט שיושב בלחץ של זמן ותיקים, ובאים אליו בבקשות ex-parte, קשה לבחון את הדברים לעומקם ולכן הוא נמצא במצב קשה. לכן לדעתי צריכה להיות יותר הקפדה פנימית לצד הביקורת השיפוטית וגם בטרם הגשת בקשות לצווים מסוג זה, אך אינני מכיר את הסוגיה די לעומק כדי לגבש ולהביע דעה בדבר קיומו של ניצול לרעה מצדן של רשויות אכיפת החוק את מערכת המשפט במצבים אלה.

13 חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), תשנ"ו-1996, ס"ח 136; פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969, דמ"י 284.

14 חוק האזנת סתר, תשל"ט-1979, ס"ח 118.

### השפעת התקשורת על הכרעות שיפוטיות בדין הפלילי

כשופט בעל ותק של עשרים ושמונה שנים, האם תוכל לשתף אותנו בעמדותיך ביחס לסיקורים תקשורתיים נרחבים על אודות אירועים פליליים, המתקיימים בד בבד עם הדיון המשפטי? איזה ביטוי, אם בכלל, ניתן לדעתך לסיקור מעין זה בהכרעותיך ובהכרעותיו של המותב שבו ישבת במקרים שונים?

זו הבעיה המוגדרת כסוביודיציה. אין ספק שסוביודיציה פוגע בחופש הביטוי, אבל השאלה היא האם הפגיעה הזו היא מידתית. באמריקה אין סוביודיציה משום שזה נחשב לבלתי-חוקתי. בתרבות שלנו, בתרבות האנגלית וברוב מדינות העולם הסוביודיציה היא חוקתית, ועיקר חשיבותה בתחום המשפט הפלילי ובתחומי הערכאה הדיונית שצריכה לקבוע את העובדות ולהסתמך על עדים, וחשוב שלא תהיה עליהם השפעה חיצונית. דיני הסוביודיציה נועדו להגן בעיקר על העדים. לכן אני בעד דיני הסוביודיציה ואני מצר על כך שהם לא זוכים לאכיפה מספקת על ידי התביעה הכללית. נתתי לזה ביטוי באחד מפסקי הדין בעניין אזולאי.<sup>15</sup> אני חושב שהיה צריך לאכוף יותר את העניין הזה, משום ששופטים אינם מלאכים ועיתונות יכולה להשפיע עליהם כפי שהיא משפיעה על כל אדם. נכון לשופטים יש "שריון" מקצועי עבה יותר וכתוצאה מכך הם יודעים לברור את העובדות וגם להימנע מקריאת מאמרים הנוגעים לדיון שבו הם עומדים להכריע. אני, למשל, לא הייתי קורא עיתונים בעניינים שבהם הייתי דן ולעתים נהגתי אף לכבות את הטלוויזיה במצבים שבהם החל סיקור תקשורתי של תיק שבו עסקתי. העדפתי תמיד לשמוע את העובדות במסגרת הדיון המשפטי ולא על ידי התקשורת שממילא מסתמכת על השערות, וברוב המקרים אינה חשופה לחומר הראיות של הצדדים העומד לנגד עיניו של בית המשפט. במקרים רבים הסיקורים התקשורתיים אינם אלא רכילות גרדא. לטעמי, החיים האמיתיים יותר מעניינים מכל רכילות. מסיבה זו העדפתי להימנע ככל יכולתי מחשיפה אל הסיקורים הללו. עם זאת, אינני יכול להגיד שהם אינם משפיעים, הן באופן הכרתי והן באופן תת-הכרתי. לכן משפט צריך לקיים באולם בית המשפט ולא בעיתון. זה עשוי במקרי גבול להשפיע על שופטים, בייחוד על שופטים היושבים בערי שדה שבהן התנהלות הדברים היא בעלת אופי מאוד אינטימי, אבל ההשפעה היא לא כמו שנראה וברור כי היא לא יכולה להתבטא בכך שחף מפשע יורשע או להפך, אך זה יכול להשפיע במצבי גבול שבהם יש בעיה הערכתית של הראיה, מבחינה זו שעולה בלבו של השופט השאלה אם לתת בה אמון או לא לתת בה אמון. לעומת זאת, זה לא יכול להשפיע במצבים שבהם השופט מגיע להכרה שיש לו ספק: מרגע שיש לו ספק השופט נכנס לאוטוסטרדה והתוצאה ברורה. במצבים שבהם יש לשופט ספק בעצם השאלה בדבר התעוררות ספק כלשהו – כאן עצם החשיפה לתקשורת יכולה להוביל במקרי גבול להטייתו לכאן או לכאן. שוב, ככל שהשופט מקצועי יותר, מיומן ובעל ביטחון עצמי

15 ע"פ 696/81 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 565.

גבוה יותר בעניין האופן שבו הוא מבצע את תפקידו השיפוטי, כך הוא מושפע פחות. לכן, בדרך כלל בתיקים הפליליים המסובכים והרגישים ביותר משובצים שופטים בעלי ניסיון רב. אם אסכם את דבריי, מובן כי ישנה השפעה במקרי גבול על שופטים, ואפילו אם רק אדם אחד בלבד מושפע מהטיה שנבעה מכך הרי שעצם ההשפעה אינו מניח את הדעת. לכן, לדעתי, יש להחיל בצורה טובה יותר את כללי הסוביודיצה ובעיקר בערכאה הדיונית. בית המשפט העליון ממילא עוסק בעיקר בבחינה ובשינוי של הלכות ולכן שם ההשפעה אינה מורגשת.

האם תוכל לציין מקרה שבו חשת את נטל החשיפה התקשורתית על שיקול דעתך המקצועי?

לגבי מותבים אחרים, שבהם הבטתי מן הצד, ממילא אינני יכול לדעת משום שלא היה מונח בפניי חומר הראיות ולא הייתה לי כל היכרות עמו. אני יכול לדבר רק על תיקים שבהם דנתי, אלא שלא דנתי ביותר מדי תיקים פליליים. אוכל לתת כדוגמה את עניין דמיאניוק.<sup>16</sup> בעניין זה אם היינו מושפעים מדעת הקהל והתקשורת ודאי היינו מרשיעים אותו. בעת שזיכינו אותו קמה מהומה רבתי, אבל נהגנו באופן אובייקטיבי, בחנו כל ראייה בסכין מנתחים ובדקנו איזה משקל ראוי לתת לה.

עניין קצב<sup>17</sup> – הנו דוגמה מהעת האחרונה לפרשה שהסעירה את דעת הקהל ויצרה תדהמה בקרב הציבור הישראלי. הפרשה והסדר הטיעון, שהועמד לבחינה מחודשת בבג"ץ,<sup>18</sup> עמדו במשך זמן מה במרכז הבמה התקשורתית ובלב הדיון הציבורי. מקריאת דעותיהם של שופטי ההרכב ניתן להתרשם כי החלטתם הושפעה רבות מהלחץ הציבורי.<sup>19</sup> האם ניתן לשאוב

16 ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 353.

17 בחודש יולי 2006 נודע על פגישה שקיים הנשיא קצב עם היועץ המשפטי לממשלה, מני מזוז, ובה התלונן על ניסיון סחיטה כלפיו מצד עובדת לשעבר במשרדו על רקע איום בהגשת תלונה על הטרדה מינית. עד מהרה נהפך הנשיא ממאשים לנאשם. פרצה סערה תקשורתית ובעיתונים פורסמו עדויות של כמה נשים שעבדו עמו במשך השנים ותיארו הטרדות מיניות ועברות מין אחרות מצדו. ביוני 2007 נחתם הסדר טיעון בין משה קצב לפרקליטות המדינה ובו סוכם כי קצב יודה ויורשע בסעיפים של ביצוע מעשה מגונה והטרדה מינית כנגד עובדת במשרדו בתקופת כהונתו כנשיא המדינה, ביצוע מעשה מגונה בלא הסכמה ובכוח והטרדה מינית כנגד עובדת במשרדו בתקופת כהונתו כשר התיירות ובהטרדת עד. הסדר הטיעון עורר סערת רוחות עזה והוגשו לבג"ץ עתירות נגדו, אך אלה נדחו. בעקבות דחיית העתירות הוגש כתב אישום נגד קצב. בעת פתיחת משפטו, בחודש אפריל 2008, חזר בו קצב מהסדר הטיעון.

18 בג"ץ 5699/07 פלוגית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו).

19 כך, למשל, השופט אדמונד לוי, שהיה בדעת מיעוט, הקדיש דיון מיוחד למושג "עניין לציבור" בפרשה זו. הוא קבע שכאשר הראיות בתיק אינן חד-משמעיות והן גבוליות, התובע חייב לבחון מה מחייב האינטרס הציבורי, שכן לדעתו של השופט לוי יש זיקה ברורה בין היסוד הראייתי לבין העניין הציבורי שבניהול משפט. הוא קבע כי "האינטרס הציבורי



לגיטימציה מסוימת מכך שעסקינן בהרשעה של נציג ציבור או שמא מדובר ביישום מבחן בזוגלו בכיוונו ההפוך?<sup>20</sup>

אינני רוצה להביע את עמדתי על הפרשה משום שמדובר בהליך תלוי ועומד, ונוסף על כך אינני מכיר מספיק את הפרשה.

### כשירות לעמוד לדין וחריגים לעקרון האשם בדין הפלילי

לעתים נדמה כי החוק במתכונתו הנוכחית מגלה אזלת-יד בהליכים משפטיים הכוללים טענות של אי-כשירות לעמוד לדין,<sup>21</sup> המתירות לעבריינים להתחמק מהליך פלילי ולשוב במהרה לשגרת חייהם אחרי פרק זמן קצר במוסד לחולי נפש.<sup>22</sup> האין לדעתך מקום לצמצם את שיקול הדעת השיפוטי ולקבוע תחתיו מנגנון מקצועי נפרד, שיבטיח מיצוי דין גם במקרים אלה ויאפשר מענה צודק יותר כלפי הקרבנות?

במקרה זה מחייב את קיומו של הליך משפטי בפרשה של א' ממשרד-התיירות. הסדר טיעון – חסרונותיו עולים במידה ניכרת על היתרונות הגלומים בו, ועל כן לא יוכל להגשים אינטרס זה" (הדגשה שלי – ג"ק). הנשיאה ביניש חזרה בפסק דינה על העיקרון שלפיו בית המשפט אינו מעמיד עצמו במקום גורמי התביעה ואין הוא שוקל מה היה מחליט אילו היה הוא בעל הסמכות, כאילו הוא היה "יועץ משפטי-על". בכל זאת הדגישה הנשיאה ביניש כי מדובר בעניין "יוצא-דופן" המתאפיין בשילוב נסיבות ייחודיות: הסדר הטיעון נעוץ בענייניו של עבירות מין חמורות, שבוצעו לכאורה על ידי איש ציבור בעודו מכהן במשרות רמות ביותר – שר ונשיא מדינה; לדברי ביניש, נתונים אלו מחייבים רגישות והקפדה על עקרונות שלטון החוק והשוויון בפני החוק.

<sup>20</sup> "מבחן בוזגלו" הוא מונח שהתפשט מתחומי עולם המשפט ונהפך למטבע לשון. בשנת 1976 הורה היועץ המשפטי לממשלה דאז, אהרן ברק, לפתוח בחקירה פלילית נגד אשר ידלין, פעיל מרכזי במפלגת מפא"י שעמד להתמנות לנגיד בנק ישראל, אך נחשד בגנבה ובקבלת שוחד במסגרת תפקידו הקודם כיו"ר מרכז קופת חולים. ידלין הורשע ונידון לחמש שנות מאסר. החלטה זו של ברק הייתה צעד נחוש ואמיץ באותם ימים. בהתייחסו להחלטה אמר ברק: "דין ידלין – כדין בוזגלו". המשמעות הייתה שאין הברדל בפני החוק בין החזק לחלש, לאמור אין הברדל בין בעל התפקיד הבכיר לבין האדם הפשוט. עם השנים התפתח גם המונח "מבחן בוזגלו ההפוך", המתייחס לרדיפה של איש ציבור על סמך חשדות לא מבוססים, שלא היו מצדיקים פתיחת חקירה כנגד אדם מן השורה. מבחן זה גם מתייחס למתן גזר דין דרקוני בגין עבירה שביצע איש ציבור בעוד שעל אדם מן השורה היה נגזר דין קל יותר.

<sup>21</sup> סעיף 170(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, ס"ח 1043.

<sup>22</sup> בקיץ 2008 התפרסמו בכלי התקשורת כמה פרשות קשות של רצח ילדים על ידי הוריהם ובעלי המשמורת החוקית עליהם. כך בעניינה של הילדה רוז פיזם ז"ל, שנרצחה באכזריות והושלכה לירקון, על פי החשד, על ידי סבה (שהיה גם אביה המאמץ) בשיתוף פעולה של אמה. בפרשה זו, כמו בפרשות דומות שקדמו לה, אחת הטענות הראשונות שהעלתה ההגנה הייתה לאי-כשירות לעמוד לדין מחמת מחלת נפש.

אם אין כשרות, או כשבית המשפט קובע שאין כשרות, זהו לא סוף פסוק. הנאשם עובר למערכת שנייה של אשפוז כפוי, אזרחי או פלילי, והוא יוצא מהאשפוז הכפוי הזה רק אם חל שיפור במצבו והוא לא מהווה עוד סכנה לציבור ולשלומו. נדמה לי שיש מערכת מקבילה כזו המניחה את הדעת. לעומת זאת, נגד מתחזים צריך לפעול במלוא עצמתו וכוחו של הדין. להטיל עליהם עונש על הפשע שביצעו ועונש נוסף על עצם ההתחזות. צריך שיהיו כלים כדי לבדוק אם אדם מתחזה; מצד שני, הכלים המשמשים לבדיקות המוצעות בשאלה הזו הם אותם כלים שעושים את הבדיקות אם הוא מתחזה. אין פסיכיאטרים מחוזיים נוספים לעניין הזה ולכן אותם אנשים יעשו את זה.

האם הגנת אי-השפיות והטענה המקדמית של אי-כשירות לעמוד לדין,<sup>23</sup> המאפשרות את המפלט הנזכר לעיל, הן ראויות מבחינה נורמטיבית? האם לדעתך ראוי לקבוע תקופה מינימלית של אשפוז בבתי חולים פסיכיאטריים במקרים אלה? האם ראוי לאמץ חקיקה דומה לזו שבארצות-הברית, בקנדה, באוסטרליה ובמדינות נוספות,<sup>24</sup> לפיה יש ליצור קורלציה בין תקופת האשפוז במוסדות לחולי נפש לבין חומרת העברה שבוצעה?

זה לא נכון להטיל אחריות פלילית על אדם שאין לו את חופש הרצון להבחין בין טוב לרע. אם ניקח את זה במובן החוקתי, הרי זו פגיעה קשה מאוד בכבודו כאדם. במצב זה מוטל על אותו אדם עונש לא בגלל מה שעשה – כשהדגש הוא על עצמו, מתוך כוח רצונו הפרטי – אלא העונש נובע רק מן הרצון להרתיע. הוא הופך להיות אך אמצעי

23 סוגיה זו מעוגנת בסעיף 170(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב]. הסעיף קובע כדלקמן: "קבע בית המשפט, לפי סעיף 6(א) לחוק לטיפול בחולי נפש, התשט"ו-1955, או לפי סעיף 19(ב1) לחוק הסעד (טיפול במפגרים), התשכ"ט-1969, שנאשם אינו מסוגל לעמוד בדין, יפסיק את ההליכים נגדו; אולם אם ביקש הסניגור לברר את אשמתו של הנאשם, יברר בית המשפט את האשמה, ורשאי הוא לעשות כן אף מיזמתו מטעמים מיוחדים שיירשמו".

24 ראו: דרורה נחמני רוט, "סוגיות הנוגעות לתיקונים בחוק טיפול בחולי הנפש, התשנ"א 1991" רפואה ומשפט (תשס"ו) 35, בעמ' 81, 95-97. בקנדה: (א) לכל החיים – לגבי עבירות של מאסר לכל החיים ועבירות המוגדרות ברשימה עבירות מסוימות נגד ביטחון המדינה, חטיפות, הריגה, ניסיון לרצח, עברות מין חמורות, סיוע להתאבדות ועוד. (ב) שנתיים או מקסימום תקופת הסנקציה העונשית לגבי אותה עבירה – לגבי העבירות שאינן ברשימה שבסעיפים קודמים. בניו-זילנד: (א) עשר שנים מתאריך צו האשפוז – במקרה של עבירה של מאסר לכל החיים; (ב) מחצית העונש המקסימלי כאשר (א) לא חל. בקליפורניה שבארצות-הברית: נקבעה ביחס לעברות רצח ואליומות שנגרם בהן נזק גופני חמור תקופה מרבית של 180 יום לאשפוז ראשוני. עם סיום תקופה זאת נעשית הערכת מחודשת בבית המשפט ביחס למצבו הנפשי ולרמת מסוכנותו של החולה-הנאשם. באוסטרליה בית המשפט קובע עונש המגיע לו בנסיבות המקרה; כאשר בדומה לקליפורניה וניו-זילנד בהן מתאפשר מעבר בין אשפוז בעילה של אי-מסוגלות החולה-הנאשם לעמוד לדין ובין אשפוז בעילה של אי-שפיות החולה-הנאשם בעת ביצוע העברה כמפורט לעיל – גם כאן בתום תקופה של שנה נערך בבית המשפט מעין "משפט זוטא" בנושא זה.

להרתעה. לכן זה נראה לי נוגד את עקרון ההגנה על כבוד האדם. הפתרון שקובע זהות מסוימת בין תקופות הזמן שאדם ישהה במוסד משום שביצע רצח, ללא התחשבות במצבו הנפשי, נראה לי בלתי-מידתי בעליל. מהו הקשר הרציונלי? נראה לי כי המטרה היחידה כאן אינה שיקומו – כי אם כך הרי שהיה משתחרר ברגע שהיה חוזר לכשירות – ולכן המטרה היא לתת סיפוק ליצר הנקמה האנושי. עלינו לזכור שאנו חיים בחברה אנושית, שבה גורלם של פרטים מסוימים לא שפר עליהם, כך שאינם כשירים בדעתם ומבצעים פשעים מסוג זה או אחר. אשפוז הוא הפתרון כל עוד יש בו צורך. כאשר הצורך הזה חולף אין טעם להמשיך ולהעניש אדם רק בשל צורך הנובע מנקמה. פתרון שכזה אינו נראה לי. אני סבור שצריך לגשת לתיקים האלה בגישה רציונלית ולא בגישה אמוציונלית, כי הרי מהו הרווח של החברה הישראלית אם נכניס אדם כזה לבית סוהר?

### היסודות של עברת הרצח כוונה תחילה והרפורמה המוצעת בחוק

בעניין מוריס אזואלס<sup>25</sup> קבעת כי לעתים הגבר והאשה הישראלים הינם חמי מזג באופן העשוי לאפשר הכרה בהתקיימותו של קנטור מצד הקרבן, כשהתוקף רואה את אשתו עם גבר זר. אורית קמיר העלתה<sup>26</sup> את הצורך לקבוע הבחנה בין הגבר הסביר לבין האשה הסבירה בבדיקה של יסוד הקנטור.<sup>27</sup> האם לדעתך אכן יש מקום להבחנה מסוג זה ביסוד הקנטור עצמו?

סוגיית הקנטור היא קשה מאוד. פסק הדין בעניין ביטון<sup>28</sup> – אחד האחרונים שכתבתי – כלל גם ניתוח של סוגיית הקנטור. במסגרתו התייחסתי גם להלכת אזואלס. הגישה אצלנו היא שהקנטור הוא אובייקטיבי, כלומר: מתייחס לאדם באשר הוא אדם, ללא הבחנה דוגמת הבחנה מגדרית כפי שקמיר מציעה. אני הבעתי ספק במבחן האובייקטיבי והצעתי שהקנטור יהיה חצי אובייקטיבי וחצי סובייקטיבי. הרחבתי הדין באותה הלכה מתוך כוונה להעמיד את הלכת הקנטור על יסודות פרשניים. עד כמה שידוע לי, קיבלו את ההצעה שלי והדבר עומד להיות מוסדר גם בחקיקה. אני מודע לכך שיש ביקורת על

25 דנ"פ 3371/98 אזואלס נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 502. בעניין זה הורשע הנאשם ברצח אשתו לשעבר וכן זוגה לאחר קנטור חמור מצד הקרבנות, שכלל התעלסות בפניו.

26 אורית קמיר, "איך הרגה הסבירות את האישה – חום דמם של 'האדם הסביר' ו'הישראלית המצויה' ברוקטרינת הקנטור בהלכת אזואלס", פלילים 1 (תשנ"ז) 137, בעמ' 182-183.

27 שם, בעמ' 182: "משבאה לעולם 'הישראלית המצויה', מה עלינו להסיק מכך? האם 'האדם הסביר' הוכר כגבר, והוא יוחל מעתה על גברים בלבד? אם-כן, האם 'הישראלית המצויה', 'אשת-הכבוד' נטולת המעצורים, היא שתוחל לבדה על התנהגויותיהן של נשים, בעוד הגברים עודם כבולים לסטנדרט הכפול של 'האדם הסביר – המצוי' [...] האם עלינו להבין כי המשפט הישראלי אינו מכיר בקיומה של 'אשה סבירה', אלא ב'אשה מצויה' בלבד? מסופקתני אם זו היתה כוונתו של בית-המשפט, ולכן נוצר הרושם כאילו קיימים מעתה שני סטנדרטים נבדלים: האחד חל על גברים במשפט הישראלי, והוא מבחן 'האדם הסביר – הישראלי המצוי', והאחר חל על נשים, והוא 'האדם הסביר – האישה המצויה'."

28 דנ"פ 1042/04 ביטון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו).

פסק דין אזואלס ואני פתוח כלפי ביקורות מהסוג הזה, ולכן אינני נאבק על נכונותו. כך, בעקבות הביקורת ומתוך המחשבות שלי עצמי, הצעתי את הפיתרון שהזכרתי בפסק הדין בעניין ביטון.

בעת האחרונה הועלתה הצעת חוק שמטרתה לנסות ולעגן בחוק העונשין את עקרון "ההגנה התרבותית"<sup>29</sup>, המעניק חסות משפטית למעשה שאינו פסול בחברה מסוימת. בפסק דיין בעניין ביטון כתבת: "בעוד ש'הזות' המבחן האובייקטיבי מחוץ לגזרייה של 'הכוונה תחילה' באמצעות שינוי ההלכה השיפוטית אינה אפשרית, סובייקטיביזציה הלכתית של המבחן האובייקטיבי אפשרית היא"<sup>30</sup>. מהי לדעתך השלכתה של "סובייקטיביזציה הלכתית" על סייג "ההגנה התרבותית"?

הצעתי מבחן שמהווה מזיגה בין סובייקטיבי לאובייקטיבי. ההיבט האובייקטיבי פותר את הקושי הזה; כלומר: לא מספיק שבחברה מסוימת הדבר מקובל, אלא מפעילים בצד המבחן הסובייקטיבי גם אמות-מידה אובייקטיביות שמשקפות את מה שמקובל על ידי החברה בכללה. הדבר אמור למנוע קבלה של טענת קנטור המבוססת כולה על ההיבט הסובייקטיבי.

29 הצעת חוק העונשין (תיקון – הגנה תרבותית), תשס"ח-2008 (ח"כ שלמה נגוסה מולה, הוגשה ב 2.6.2008). להלן דברי ההסבר: (ראו באתר הכנסת: <http://www.knesset.gov.il/privatelaw/data/17/3728.rtf>) "מהי הגנה תרבותית? בספרות המשפטית ובפסיקה בחו"ל המושג 'הגנה תרבותית' הוא כינוי להכרה במנהגים חברתיים או תרבותיים של קבוצת מיעוטים ותתי-תרבויות מרקעים אתניים, דתיים ותרבותיים שונים בחברה נתונה, כמקנים הגנה (חלקית או מלאה) מפני אחריות פלילית ( "The Cultural Defense IN Criminal Law" 1293 (1986) 99 Harv. L. Rev.). ברור כי סוגיית ההגנה התרבותית נוגעת במכלול של בעיות, ואין לכך פיתרון קל. בעולם שמדברים כה רבות על רב תרבותיות, יש מקום לשלב הגנה תרבותית במסגרת המשפט הפלילי. אולם יישומה חייב לקחת בחשבון את זכויות היסוד של אלו העלולים להיות קורבנות של אותם מנהגים. רגישות, גמישות ואנושיות נדרשים על מנת להבטיח שתהיה התייחסות מכובדת למנהגים שבטיים ובה בעת התחשבות ממוקדת בגורלם של אלו החשופים לאותם מנהגים. עקרונית, רצוי שתהיה הכרה בזכות ההגנה תרבותית, ומעשית, רצוי שהיא תופעל בכל מקרה ומקרה רק לאחר בדיקה קפדנית לגופו של עניין. הפתרון לא ימצא על ידי הסתמכות גורפת על הרעיון של הגנה תרבותית, אך גם לא על ידי אי קבלתו המוחלטת. במשפט פלילי קיימות הגנות שונות, המתירות טיפול פרטני לכל מקרה לגופו ומאפשרות לפטור נאשמים מאחריות פלילית על רקע נסיבות שאינן בשליטת הנאשם. את ההגנה התרבותית יש להפעיל בכל מקרה באופן מבוקר וזהיר, תוך התחשבות מרבית במצבם של הפוגע והקורבן גם יחד. הגנה תרבותית אינה מבטיחה זיכוי מכל אשמה ללא שיקול דעת; להיפך, היא מאפשרת בדיקה מדוקדקת של המכלול, תוך נכונות להקל על דינו, אך ורק כאשר מובטח כי בכך יושג צדק ולא יכולע רע לקורבן, אם ניתן להימנע מכך".

30 שם, בעמ' 61.

לדעתך, האם לומר שקיומו של מבחן אובייקטיבי במסגרת רכיב היעדר התגררות (בעברת הרצח בכוונה תחילה לפי סעיף 300(א)(2)) מייתר רכיב זה ומרוקן אותו מתוכו?

שימוש ראוי בסובייקטיביזציה ייעשה לצורך בחינת התגבשותה של כוונה מיוחדת בעברת הרצח. נניח, למשל, מקרה שבו אדם הולך לקבל שירותים של יצאנית, וזו דוחה אותו בטענה שהבחינה כי יש לו גיבנת – והוא נפגע עד עמקי נשמתו וברגע של זעם פוגע בה וממית אותה. במצב כזה, אדם ללא ליקוי מן הסוג הזה שהיה שומע הערה ותגובה כזו כנראה לא היה נפגע ולא היה מגיב באופן כה חמור. אותו אדם ספציפי, בעל הליקוי, שסובל הערות דומות במקומות שונים ומגוונים, כנראה מושפע ונפגע באופן עמוק הרבה יותר. לכן, כשבאים ובוחנו כוונה מיוחדת מובן שהדבר משפיע על בחינת התגבשותה במקרים כגון אלה. מצד שני, אם נלך רק למבחנים סובייקטיביים תתעורר בעיה אחרת, של הצדקת מעשים של אנשים ללא יכולת להטיל עליהם איזושהי רמה של אחריות הנובעת מאמת-מידה אובייקטיבית. צריך למצוא פתרון, ולדעתי הוא לא יכול להימצא ולא ראוי שיימצא במסגרת הכוונה המיוחדת, שהיא מטבעה מושג סובייקטיבי. המחוקק צריך לקבוע בחקיקה ראשית מה הם המאפיינים האובייקטיביים ומה הם המאפיינים הסובייקטיביים. פרופ' פלר ופרופ' קרמניצר כתבו על הנושאים האלה, וכשהבעתי את עמדתי בפסק דין ביטון בחנתי גם את דעותיהם בעניין.

לאור הרף הגבוה של המבחן האובייקטיבי בעברת הרצח בכוונה תחילה שלעיל, מהי משמעותו הפרקטית של המבחן הסובייקטיבי ביסוד של היעדר התגררות?

הגישה שהייתה מקובלת עד עניין ביטון – שהכלל הוא אובייקטיבי – היא בעייתית מאוד משום שמבחן אובייקטיבי יכול להינתן רק כשלא נדרשת כוונה מיוחדת. לפי דעתי זה לא נכון כשנדרש לבחון את הדברים מתוך אמות-מידה אובייקטיביות לחלוטין. לכן נדרשת סובייקטיביזציה של המבחן האובייקטיבי.

### הסוגיה של עונש מוות

בעת פועלך העשיר והפורח בשירות הציבורי בישראל, הן כשופט והן כיועץ משפטי, נודעת כאדם שלחם בכל כוחו וגייס את כל משקלו וסמכותו הציבורית, האקדמית והשיפוטית להגנה על זכויות האדם. כך, בין השאר, דאגת לשמור גם על כבודם של אסירים המרצים את עונשם בבתי הכלא.<sup>31</sup> הסוגיה של עונש מוות הולכת ותופסת מקום גדול יותר ויותר בדיון הציבורי בישראל עקב הפשיעה הגואה והצורך בהרתעה קשה יותר של הפוגעים בביטחון הציבור

31 בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294, בעמ' 298.

ובשלדמו.<sup>32</sup> אילו תיהפך ענישה זו מאפשרות תאורטית לאפשרות מעשית, נראה כי הדבר יפגע למעשה בחומות ובמבצרים שבנית סביב זכויות האדם באשר הוא אדם.

הגישה שלי, היא נגד עונש מוות. אינני חושב שהטיעונים התועלתניים לסוגיהם, שמעלים גורמים כאלה ואחרים, מובילים לאיזושהו מקום. אני לא חושב שחברות שיש בהן עונש מוות הן פחות אלימות מחברות שאין בהן עונש מוות. אינני מוצא כל קורלציה בין עונש מוות לרמת האלימות ולכן אינני סבור שעונש מוות מוריד את רמת האלימות. כמו כן, אני סבור שעונש מוות פוגע בצורה לא מידתית בזכות לחיים ולכן אינו חוקתי. עונש מסוג זה אמנם מקיים את המבחן הראשון של המידתיות, כלומר: קשר רציונלי בין העונש למטרתו. עונש מוות גם מקיים את מבחן-המשנה השני, כי אין חלופה שהיא בדיוק אותו דבר, כלומר: משיגה את אותה תוצאה בדיוק. בעניין הזה ניתן בדרום-אפריקה פסק דין שפסל את עונש המוות על יסוד מבחן-המשנה השני, בקביעה שניתן להגיע לאותה תוצאה עם מאסר עולם. אני לא מאמין שמדובר באותה תוצאה ואינני מסכים עם הקביעה בפסק הדין. במאסר עולם הנאסר – עוד במהלך הריצוי של העונש – יכול לרצוח ולפגוע בעוד אנשים, ודי בכך כדי להגיד שלא מדובר באותה תוצאה בדיוק. בכל אופן, כפי שאמרתי, אני סבור שהעונש אינו מידתי משום שתוספת הביטחון לטובת החברה, המתקבלת עקב המעבר מעונש מאסר עולם לעונש המוות, אינה מידתית אל מול הנזק שנגרם לחיים של האדם שהורשע ונדון למאסר עולם לעומת זה נדון למוות. העונש אינו מידתי לאור המבחן השלישי של המידתיות.

מאז שנות השישים נמנעו פרקליטים צבאיים מלדרוש עונשי מוות למחבלים. מה הם, לדעתך, הגורמים והשיקולים המרתיעים כיום פרקליטים צבאיים מלדרוש עונשי מוות, כפי שמתיר להם סעיף 7(21) חוק השיפוט הצבאי?<sup>33</sup> האם ישנו קונצנזוס שבשתיקה בנושא זה בין שופטים לעורכי-דין?

לא מדובר בהסכמה שבשתיקה אלא במילוי אחר הנחיות שניתנו במפורש על ידי מוסד היועץ המשפטי לממשלה. כיועץ משפטי הוצאתי – בעקבות קודמי בתפקיד – הנחיה להימנע מלדרוש עונש מוות מכוח תקנות ההגנה. היה מקרה שלא דרשו עונש מוות אך השופטים החליטו להטיל עונש מוות, והיועץ המשפטי לממשלה ערער על חומרת העונש.

32 קטליזטור מסוים להעלאה מחודשת של נושא זה למרכז הבמה הציבורית סיפק הרצח של רוז פיזם על ידי סבה ואמה. ראו: ליאת רון, "עונש מוות לרוני רון", גלובס אונליין, 11.09.2008. <http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000381053&fid=3211>.

33 חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, ס"ח 189. להלן נוסח הסעיף: "21. אלה הענשים שבית דין צבאי רשאי להטיל בגבולות סמכותו על עבירה צבאית וסדרם מן הקל אל החמור: [...] (5) מאסר לתקופה קצובה (6) מאסר עולם (7) עונש מוות".

בועז סנג'רו בחן במאמרו אם יש מקום להטיל עונש מוות בגין רצח המתבצע אגב פעולת טרור.<sup>34</sup> בין ההצדקות שהוא ציין ניתן למצוא את הקונצנזוס הציבורי הרחב, לטענתו, בנושא הטלת עונש מוות על מפגעים שאינם מבחינים בין אזרחים תמימים לחיילים ופועלים לצורך הטלת אימה וסחטנות מדינית ופוליטית. כאשר על הפרק מונחת הזכות לחיים, הנדונה בהקשרם של מפגעים על רקע לאומני, האם לדעתך הזכות לחיים הינה זכות מוחלטת? לאור התמיכה הרחבה הקיימת בקרב מלומדים שונים בעניין הטלה של עונש מוות על מבצעי פעולות טרור (תמיכה הקיימת גם בקרב המתנגדים עקרונית לעונש מוות בגין עברות רצח "רגילות"), מהי עמדתך ביחס להטלת עונש מוות עקב רצח אגב פעולת טרור?

הדברים שאמרתי קודם מקבלים כאן משנה-תוקף לדעתי. ודאי שאין לעשות שימוש בעונש מוות, במיוחד בהקשרים של מחבלים, שבהם יש סיבות נוספות לכך שהרעיון אינו מוצלח. בין השאר, אותם מפגעים למעשה מעוניינים שנטיל עליהם עונש מוות – אמנם לא הם אישית – וכך הם נהפכים לגיבורים ושאהידים.

### סוגיית החיסולים

בפסק הדין בעניין הוועד הציבורי נגד עינויים<sup>35</sup> נדונה החוקיות של מדיניות החיסולים של צה"ל. העותרים טענו, בין השאר, כי מדיניות זו נוגדת את חוקי המשפט הבינלאומי הפומבי. אמנון רייכמן כתב<sup>36</sup> שבית המשפט העליון תופס את עצמו כחלק מהמערכת השלטונית בישראל. לטענתו, תפיסה זו משלבת בתוכה נרטיב ציוני המונע מבית המשפט ליצור צדק אמיתי בין כתליו בסוגיות שבהן מתעוררת מחלוקת עזה בין ערכים ציוניים לבין ערכים לאומיים פלסטיניים. האם ההלכה שנקבעה בעניין החיסולים אכן הושפעה מ"נרטיב ציוני", אף על פי שההנמקות בהכרעה בפרשה נתמכו דווקא על המשפט הבינלאומי?

34 בועז סנג'רו, "על עונש המוות בכלל ועל עונש המוות בגין רצח בפעולת טרור בפרט", עלי משפט ב (תשס"ב) 127, בעמ' 133, 167-168.

35 בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו). בפסקה 60 לפסק דינו של השופט ברק נכתב: "התוצאה המתקבלת אינה שפגיעה מונעת זו מותרת תמיד או שהיא אסורה תמיד. הגישה של המשפט הבינלאומי המנהגי החלה בסכסוכים מזויינים בעלי אופי בינלאומי הינה, כי אזרחים מוגנים מפני תקיפתו של הצבא. עם זאת, הגנה זו אינה קיימת כלפי אותם אזרחים 'ולמשך אותו הזמן בו הם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה' (סעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון). פגיעה באזרחים אלה, גם אם תוצאתה מוות, מותרת היא, ובלבד שאין אמצעי שפגיעתו בהם פחותה, ובלבד שאינם נפגעים אזרחים תמימים שבקרבם. הפגיעה בהם צריכה להיות מידתית. מידתיות זו נקבעת על פי מבחן ערכי הבא לאזן בין התועלת הצבאית לבין הנזק האזרחי. נמצא, כי אין בידינו לקבוע כי פגיעה מונעת היא תמיד חוקית, כשם שאין בידינו לקבוע כי היא לעולם אינה חוקית".

36 אמנון רייכמן, "ביקורת שיפוטית, תפיסה לוחמתית והשיח האקדמי", משפט וממשל ח (תשס"ה) 731, בעמ' 749-751.

אני באופן אישי מרגיש ציוני בלא שהדבר פוגע בשיקול דעתי, כשאני צריך לפרש את הדין או להפעילו. הנרטיב הציוני אינו בא במקום המשפט אלא במסגרת המשפט. אני שופט בהרי ירושלים ולא באולימפוס היווני. עם זאת, אני משתדל להיות אובייקטיבי ככל האפשר. אשר לתיק הספציפי שהזכרתם, התיק הזה נותח בצורה חדה ונקייה, על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, אמנת ז'נבה הרביעית והפרוטוקול הראשון לאמנה. ניתן פירוש להוראה בפרוטוקול, סעיף 51(3) למיטב זכרוני. אגב, כפי שידוע לי, הצלב האדום בוחן סוגייה זו לאור פסק הדין שלנו. אני סבור שבמקרה הזה, אילו ישב לדיון בית משפט לא ישראלי, הוא היה נותן את אותו פתרון שאני נתתי.

קרצ'מר טען<sup>37</sup> כי בית המשפט העליון בוחר להשתמש במשפט הבינלאומי רק כשהדבר תואם את השקפותיו. כך, למשל, נטען כי בשורה ארוכה של פסקי דין דחה בג"ץ עתירות בעניינים שונים הנוגעים להריסה של בתי פלסטינים (כצעד עונשי) תוך דחיית טענות של עותרים בדבר תחולה של המשפט הבינלאומי. כיצד ניתן להסביר את ההבדלים בגישתו של בית המשפט כלפי שימוש במשפט הבינלאומי?

אני יכול לדבר על עצמי. אני חושב שעברתי תהליך של למידה ולימוד של המשפט הבינלאומי בנושאים הללו. בזמן שהייתי סטודנט כל ההסדרים הללו לא היו קיימים. המשפט הבינלאומי נתפס כמשפט בין מדינות ולא כמשפט שמעניק זכויות לפרטים. אמנות האו"ם בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות התקבלו רק בשנת 1966, זמן רב לאחר שסיימתי את לימודיי. כאמור לא למדנו את זה באוניברסיטה ובחיי היומיום לא נתקלתי בנושא הזה. בתחילת העיסוק של הפסיקה הישראלית במשפט הבינלאומי ובפרשנות הוראותיו, הקו הראשוני שהציגה הפסיקה היה פירוש של אמנת ז'נבה הרביעית מתוך גישה של סמכות, כלומר: מה המפקד הצבאי מוסמך לעשות ומה אינו בתחום סמכותו. גם אני הלכתי באותו קו של הפסיקה; באחד מפסקי הדין הראשונים שכתבתי ציינתי שכל

37 דוד קרצ'מר, "אכיפתה ופירושה של אמנת ג'נבה IV – דרכו של בית-המשפט העליון", משפטים כו (תשנ"ה) 49, בעמ' 66-71: "ברור ששתי שיטות פרשנות שונות ובלתי-מתיישבות זו עם זו אומצו לפירוש הוראות שונות באותה אמנה עצמה. השיטה האחת היא שיטה פורמליסטית טקסטואלית המתחשבת בנוסחה המילולית של ההוראה בלבד ומסרבת להיעזר ברקעה החקיקתי ובמדיניות העומדת מאחוריה כדי להשיג את תכליתה. השיטה השנייה היא אנטי-פורמליסטית, המתעלמת מנוסחה הברור של ההוראה ומבקשת להחילה רק על מצבים שמניחים כי נסחיה רצו למנוע. השאלה החשובה לענייננו איננה אם יש להעדיף את השיטה הראשונה או השנייה, או אולי אם יש לדחות את שתיהן לטובת גישה הנשענת בראש-ובראשונה על לשון הטקסט, אך נעזרת בתכלית כאשר התוצאות המתקבלות הן דר-משמעיות או בלתי-סבירות בעליל. לענייננו הנקודה החשובה היא, ששתי שיטות אלה הן שיטות נוגדות שאינן יכולות לגור בכפיפה אחת. עם זאת ברור, שהפסיקה היתה עקיבה לחלוטין בבחירת שיטת-הפרשנות שיושמה בכל מקרה ומקרה. השיטה היתה תמיד השיטה שהצדיקה את עמדתן של הרשויות" (הדגשה שלי – ג.ק.).



חייל מחזיק בקיטבג את אמנות ז'נבה, אבל האמנה עצמה נתפסה כדבר הרבה יותר פורמלי. אני עצמי למדתי, התעניינתי, רכשתי דעת וקראתי מדף שלם של ספרים העוסקים בנושא של המשפט הבינלאומי ההומניטרי. אני כתבתי חלק גדול מפסקי הדין על הריסות בתים, ובאותה עת זה לא נתפס בכלל כחלק מהמשפט הבינלאומי ההומניטרי אלא יותר כחלק מהשאלה אם יש למפקד סמכות לעשות את זה. כך, לדוגמה, תקנה 119 נבחנה לאור הסמכות שהיא מעניקה להרוס בתים ולאור עיקרון המידתיות. ככל שלמדתי את הנושא יותר, החשיבה שלי בעניין נעשתה מקצועית יותר והאופקים רחבים יותר, והתחלתי לשקול שיקולים שונים מאלה שנהגתי לשקול קודם לכן. אשר על כן הביקורת הזו היא נכונה ולא נכונה; כלומר: היא נכונה בכך שהיו מקרים בקו הראשוני של הפסיקה שבהם לא נשקלו השיקולים מספיק, אבל היא לא נכונה במובן זה שלא מדובר באי-בחינה של שיקולים אלה בגלל מהותם אלא שמדובר בתקופה שונה. בין השנים 1967-1987 הבחינה התמקדה, כפי שציינתי, בעניין הסמכות, ורק לאט-לאט ובהדרגה נכנס גם השיקול של זכויות אדם. אחד הדברים שתרם רבות להתפתחות הזו היה הריבוי שחל בכתיבה האקדמית בנושא, שכיום היא ענפה למדי. אני מניח שכיום בית המשפט מפעיל את הפרשנות הזו באופן אחיד, אלא אם יש פסיקה קודמת בנושא מסוים והוא פונה אליה כדי לבסס את הפתרון המוצע. במילים אחרות, אילו היה מגיע לפניי כיום תיק של הריסת בתים הייתי בוחן אותו מחדש על יסוד ההיבט ההומניטרי. יכול מאוד להיות שהייתי מגיע במקרה ספציפי לאותה תוצאה אך הבדיקה מטבע הדברים הייתה יותר מעמיקה. בדיקה כזו עשויה להביא אותנו במקרים ספציפיים אחרים לתוצאות שונות מאלה שהגעתי אליהן בעבר.

האיון לטעון שבחרת להסתמך דווקא על המשפט הבינלאומי משום שהוא מתיר את החיסולים, בעוד שתתקשה מאוד להצדיק את החיסולים על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו?

במקרה הזה לא יכולנו לעסוק בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו משום שלא הייתה הסמכה בדין שהובילה אותנו אליו. ממילא, בהיעדר הסמכה כזו בחוק אנו מנועים מלבחון אותו לאור חוק היסוד. פסק הדין שניתן עסק גם בסוגיה זו. אני אף ציינתי זאת במפורש בפסק דיני שאילו חוקק חוק שכזה, המתיר את ביצוע הסיכולים הממוקדים, הוא היה נתון לביקורת חוקתית, והיה נערך האיזון הרגיל והמקובל הנדרש בדיני המידתיות.

לאחרונה אושר בכנסת תיקון 98 לחוק העונשין,<sup>38</sup> הנודע בשם "חוק שי דרומי". במסגרת הדין הציבורי הועלתה הטענה כי החוק מהווה צעד אל עבר "הפרטת" עונש המוות.<sup>39</sup> כך שאדם

38 חוק העונשין (תיקון מס' 98), תשס"ח-2008, ס"ח 217. תיקון זה הועלה בעקבות זעקה ציבורית שנשמעה מיד לאחר מעצרו של החקלאי שי דרומי, שירה למוות בפורץ שחדר

פרטי מקבל סמכות להוציא לפועל, כמעט כראות עיניו, את הענישה האולטימטיבית. מהי דעתך בעניין טענה זו?

אינני מכיר את פרטי החוק והניואנסים שבתיקון הנ"ל לעומקם, עם זאת אני חושב שאין שחר לטענה כי מדובר בהפרטה של עונש מוות. מכאן ועד הפרטה כזו – אלו שני עולמות שונים לחלוטין. כמו כן אני סבור כי אם יש צידוק להרחיב את הסייג של ההגנה העצמית לכיוון הזה, אני בעד הרחבה אם היא אכן נדרשת.

### דיני משפחה

יש טענה שלפיה דיני המשפחה האזרחיים, כפי שעוצבו בבתי המשפט בישראל, התפתחו בעיקר תחת השפעת הדין הדתי, כתגובה אליו, ובמטרה לתקן ליקויים בו. עקב כך לעתים התפתחו דיני המשפחה האזרחיים ללא התחשבות במכלול השיקולים החילוניים.<sup>40</sup> האם טענה זו נכונה לדעתך?

לשטחו בכוונה לבצע שוד של בקר ומרעה. החידוש העיקרי בתיקון זה הוא הרחבה של סייג ההגנה העצמית וקביעה של חזקת מסוכנות של הפורץ. כתוצאה מהתיקון, החוק במתכונתו החדשה מתיר לכל אדם העומד בפני אירוע פריצה את הברירה להגן על קניינו. לשון התיקון: "בחוק העונשין, התשל"ז-1977 אחרי סעיף 34 יבוא: 34(א) לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי כדי להדוף מי שמתפרץ או נכנס לבית המגורים, בית העסק או המשק החקלאי המגודר, שלו או של זולתו, בכוונה לבצע עבירה, או מי שמנסה להתפרץ או להיכנס כאמור (ב) הוראת סעיף קטן (א) לא תחול אם – (1) המעשה היה לא סביר בעליל, בנסיבות העניין, לשם הדיפת המתפרץ או הנכנס; (2) האדם הביא בהתנהגותו הפסולה להתפרצות או לכניסה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים ג. לעניין סעיף זה, 'משק חקלאי' – לרבות שטח מרעה ושטח המשמש לאחסון ציוד וכלי רכב במשק חקלאי".

39 מרכזי קרמניצר ורועי קונפינו, "חוק שי דרומי, מיותר והרסני" YNET 11.3.2008 <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3516862,00.html>: "הטענה השלישית שהועלתה נגד השימוש בסבירות היא שהמשטרה אינה מסוגלת לספק מענה לגל הפריצות הפוקד את המדינה. אולם, אם אכן כך, האם הפתרון הראוי הוא הפרטתה של אכיפת החוק והעברתה לידיים הפרטיות של האזרח? אחד הצידוקים העמוקים והבסיסיים ביותר לקיומה של המדינה הוא העובדה שהמדינה אמורה להגן על רכושם של אזרחיה ועל גופם. אם המשטרה, זרועה הארוכה של המדינה, אינה מסוגלת לעשות זאת, הפתרון אינו העברת הסמכויות לאזרח אלא הגדלת המשאבים המוקצים למשטרה".

40 שחר ליפשיץ, "דיני זוגיות חילוניים ביובל הבא בין ליברטריאנוזציה וביין בית המשפט 'המחשק'", מחקרי משפט יז (תשס"א) 159, בעמ' 175-187. המחבר טוען כי לאור אופייה הייחודי של מדינת ישראל לעתים התפתח בה הדין האזרחי כריאקציה לדין הדתי. לכן, רכיבים שונים בדין האזרחי אינם מייצגים בהכרח את הדין הראוי במערכת אזרחית-חילונית. במאמרו הדגים המחבר טענה זו דרך היחס המשפטי למוסד הידועים בציבור. על פי המאמר, דיני הידועים בציבור נתפסים בדרך כלל כ"נקודת אור בחשכת דיני המשפחה", אך למעשה יש שיקולים אזרחיים כבדי-משקל כנגד השוואת התנאים של מוסד הידועים בציבור

הבסיס של דיני הנישואין והגירושין נשלט על ידי הדין הדתי ולכן דיני המשפחה האזרחיים שפותחו על ידי בית המשפט בעצם נועדו למלא את התחומים שבהם הדין הדתי לא נוקט עמדה או שבהם הוא נוקט עמדה הנראית לא ראויה. לכן דין המשפחה השיפוטי רפלקטיבי למצב הקיים ולא נוקט עמדה עצמאית משלו. לא נעשה אף פעם ניסיון במשפט הישראלי לבנות חוק משפחה שיפתור את כל הבעיות משום שפוליטית זה בלתי-אפשרי, להבדיל למשל מחוק החזים, שבו אפשר היה לעשות שינוי. דיני המשפחה שלנו באו לפתור בעיות שקרו או לעסוק בתחומים שבהם הדין הדתי הוא עמום, כמו שעשיתי במקרה של פיתוח תום הלב בחוזים בין ידועים בציבור.

הטענה הזו, שעולה במאמר של שחר ליפשיץ, אכן מודגמת על ידועים בציבור. ליפשיץ הראה שיכול להיגרם נזק מכיוון שנותנים תוקף ליחסי ידועים בציבור כמענה לדין הדתי בעוד שיתכן כי ידועים בציבור בוחרים בצורת החיים הזו בדיוק כדי להתחמק מהתוקף שהנישואין נותנים.

זו הסיבה שצריך להגדיר מחדש את מושג הידועים בציבור. המושג צריך להתייחס למי שחי יחד ומנהל משק בית משותף מתוך מטרה לחיות יחד עם כוונות ארוכות-טווח.

אך ניתנה החלטה שלפיה זוג שחי יחד שלושה חודשים הוכר כידועים בציבור.

אני לא הייתי מקבל החלטה כזו. זו החלטה בעייתית. צריכים לפתח את דיני הידועים בציבור תוך התייחסות לכך שהם כוללים לא רק זכויות אלא גם חובות. צריך לבנות אותם כך שהדין יתאים לרציונל שעומד ביסודו. זה ה-Common Law הישראלי, זו פסיקה שאפשר לגבש בצורה נכונה. אשר על כן, החלטות שגויות אינן נימוק נגד כל המוסד אלא נגד הפעלה לא נכונה של המוסד הזה.

האם כיום, עקב התעלמותם בפועל של בתי הדין הרבניים מההלכות שנפסקו בפרשות בבלי ולב,<sup>41</sup> שבהן דרשת מבתי הדין הרבניים להחיל דין אחיד בכלל הסוגיות האזרחיות הנלוות לדיני הנישואין והגירושין, היית בוחר בהנמקות מצומצמות וקונקרטיות יותר?

לתנאים של מוסד הנישואים. אחת הטענות העיקריות היא שהמשפט הישראלי מתעקש להתייחס למוסד הידועים בציבור כתחליף חילוני לנישואים הדתיים ומסרב להפנים את האפשרות לראות בצורת החיים של ידועים בציבור דחייה כוללת וחד-משמעית של מוסד הנישואין באשר הוא.

41 בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221, בעמ' 239-249 (להלן – עניין בבלי). בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי תל אביב-יפו, פ"ד מח(2) 491, בעמ' 503-506, 509-512 (להלן – עניין לב). מדובר בשני פסקי דין שבהם הפך הנשיא ברק

עניין לב ועניין בכלי הם שני דברים שונים. עניין לב עסק בצווי עיכוב שבהם עשויה להיות ביקורת שיפוטית מיידית, ולפי דעתי בתי הדין הרבניים מקיימים את ההלכה שנפסקה שם. איני מכיר מספיק מה קרה בבתי הדין הרבניים אחרי עניין בבלי. ישנו זרם שטוען, כמו השופט אלון, כי גם לפי המשפט העברי היינו מגיעים לתוצאה של פסק דין בבלי, אך בתי הדין הרבניים לא אימצו את ההשקפה הזו. לכן היום הייתי מחליט בדיוק באותה צורה, ואני לא רואה איך זה פוגע בבתי הדין הרבניים, מכיוון שזה רק אומר שאדם נכנס לבית הדין הרבני עם מטען. אם למשל הדין העברי היה אומר שכאשר מחלקים רכוש, כל רכוש האשה הולך לבעל, הקביעה הזו הינה בסמכותם – אך עדיין הייתי אומר שהלכת בבלי חלה כדי לקבוע מהו הרכוש של האשה. פסק דין בבלי לא בא להתנגש עם הדין הדתי. כל מה שפסק דין בבלי אמר זה שהמשפט העברי יקבע איך מחלקים את הנכסים בין בני זוג. לגבי השאלה מהו הקניין שלהם – זו שאלה של הדין האזרחי. אני לא ראיתי בפסיקה הזו התערבות במשפט העברי. המשפט העברי חל על דיני הנישואין והגירושין וקובע את תוצאותיהם, אך הוא לא קובע תוצאות שאינן קשורות בכך.

בפסיקותיך ובפסיקות של בית המשפט העליון ושל הערכאות הנמוכות ניתן לראות עידוד וגיות של ידועים בציבור, המתבטאת ב"תנאי כניסה קלים" לסטטוס הידועים בציבור,

---

הכרעה של בית הדין הרבני בנימוק שעל בתי הדין הרבניים להחיל דין אזרחי כאשר הסוגיה העומדת על הפרק היא "סוגיה אזרחית נלווית". כלומר, כל עניין נלווה לנישואין וגירושין שיגיע להכרעה של בית דין רבני צריך להיות מוכרע על פי הדין האזרחי. בעניין בבלי נדונה תביעת גירושין שהגיש בן זוג לבית הדין הרבני תוך כריכת הסוגיה של חלוקת הרכוש. האשה דרשה כי בית הדין הרבני ידון בכך לפי הלכת השיתוף (ראו להלן, ה"ש 57). בית הדין הרבני סירב בנימוק שלפיו הוא פוסק רק על פי ההלכה היהודית. השופט ברק בחר בשני מסלולים לפתרון המקרה: הראשון – מסלול "חוק שיווי זכויות האישה", המיועד לשמור על שוויון האישה ביחס לאיש. ברק יכול היה לסיים בכך את פסק דינו, אך הוא בחר להתוות מסלול נוסף לפתרון הפרשה, במטרה לגבש מחדש את מערכת הדינים המוחלת בבתי הדין הרבניים. כמילותיו של השופט ברק עצמו: "...לבעיה הניצבת לפנינו בעתירה זו יש רק פתרון אפשרי אחד, והוא זה: על כל בתי הדין הדתיים במדינה להפעיל, בסוגיות 'אזרחיות' נלוות שאינן חלק מענייני המעמד האישי [...] הנתון לסמכותם, את המשפט האזרחי הכללי..." (הדגשה שלי – ג"ק). עניין לב עסק בתביעה לשלום בית שהגיש בן זוג לבית הדין הרבני, במסגרתה ביקש להוציא נגד אשתו צו לעיכוב יציאה מהארץ. בית הדין הרבני נעתר לבקשה. השופט ברק קבע כי כשם שאדם זכאי להגנה על זכויות היסוד שלו בערכאה האזרחית כך יהא זכאי להגנה עליהן בערכאה הדתית. בסופו של דבר קבע ברק כי בית הדין הרבני לא הפעיל את האיוון הראוי בין מגוון הזכויות והערכים ועל כן החלטתו לעכב את יציאת האשה מן הארץ – פסולה. להרחבה ראו: רות הלפרין-קדרי, "פלורליזם משפטי בישראל – בג"צ ובתי הדין הרבניים בעקבות בבלי ולב", עיוני משפט כ (תשנ"ז) 683, בעמ' 696-715.

בהרחבה של מעגל הזכויות ההדדיות ביניהם ובדיון פתוח ומפורט בעניינם.<sup>42</sup> עם זאת, גישתך וגישת בתי המשפט נעשית מהוססת כשעומדת על הפרק הכרה משפטית בזוגות חד-מיניים. למעשה, גם במקרים שבהם מעמדם של זוגות חד-מיניים משתפר מבחינה תוצאתית, נראה כי ההנמקות של בית המשפט הן מצומצמות ומהוססות יותר.<sup>43</sup> האומנם? אם כן, כיצד תסביר את הפער בין הרטוריקה של בית המשפט כשמדובר בידועים בציבור לבין זו העוסקת בזוגות חד-מיניים?

לי אין בעיה להחיל את דיני הידועים בציבור על זוגות חד-מיניים. אני לא רואה את ההבדל. אם המבחן הוא חיים משותפים אין בעיה שזה יחול גם על זוגות חד-מיניים. אני לא עושה שום הערכה ערכית של הקשר הזה, אם הוא טוב או רע, אבל אין שום סיבה לא להחיל את הדין המשפטי של ידועים בציבור על זוגות חד-מיניים כמו שעשה בית המשפט כשהחיל את הלכת שיתוף הנכסים על זוגות חד-מיניים. היו מקרים של חלוקת רכוש של חיילים שנהרגו בצבא לבני זוגם, ולא הייתה עם זה שום בעיה. לשופטים הדתיים עצמם אין בעיה עם הצד הרכושי. הבעיה וההסנות מתעוררת כשהזוגות החד-מיניים טוענים שתבנית הקשר שלהם היא נישואים. אז מתעוררת השאלה מה הם נישואים כי מוסד הנישואין הוא מוסד היסטורי, תרבותי. עולה השאלה אם מדובר במוסד חדש של "ברית נישואים"; אבל בעניין ההיבטים הרכושיים לא צריכה להיות בעיה. בדין האזרחי אין שום בעיה והוא צריך לחול באופן שווה.

באמרות אגב שכתבת בפרשות שנדונו בפניך<sup>44</sup> נתת ביטוי לעמדותיך העקרוניות ביחס לשינויים ולמהלכים משמעותיים שיש לנקוט בתחום דיני המשפחה. מדוע בחרת, דווקא באמרות אגב, להביע את עמדותיך העקרוניות בעניינים שבהם המחוקק טרם הביע את דעתו?

42 להדגמת היחס של בתי המשפט לידועים בציבור, ראו למשל: ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית, פ"ד נה(1) 12, בעמ' 25-40; ע"א 1165/01 פלוגית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(1) 69, בעמ' 83-85; עב"ל 1407/04 המוסד לביטוח לאומי נ' נחמה פריימן, בפסק דינה של סגנית הנשיא השופטת אלישבע ברק-אוסוסקין (פורסם בנבו).

43 להדגמת היחס של בתי המשפט לזוגות חד-מיניים ראו, למשל, בג"ץ 721/94 אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילביץ, פ"ד מח(5) 749, בעמ' 757-759, 782-777; בג"ץ 3045/05 בן ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים (פורסם בנבו), בפסקאות 1, 16-18, 22-23 לפסק דינו של הנשיא ברק, פסקאות ג', ט'-י', כ"ו לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

44 ראו, למשל, בע"מ 9607/03 פלוני נ' פלוגית (פורסם בנבו) בפסקאות 13-20, 22-23 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק. דובר ביהודי אזרח ותושב ישראל שנישא לנוצרייה אזרחית ותושבת רומניה בנישואים אזרחיים ברומניה. לאחר מות הגבר ביקשה אשתו לרשת מחצית מעיזבונו. הנשיא (בדימ') ברק קבע שהסדר הירושה המקנה מחצית מהעיזבון ל"בן זוגו" של המנוח כולל גם את מי שנישא למוריש בנישואים אזרחיים מחוץ לישראל. ברק הדגיש כי ההכרעה בדבר הזכאות לרשת התקבלה במנותק משאלת התוקף של נישואי תערובת אזרחיים במשפט הישראלי. אף על פי כן, ומעבר לנדרש, בחר ברק לסיים את פסק דינו

אכן בעניינים מסוימים הבעתי את עמדתי באמרות אגב אך זאת משום שהדברים לא נדרשו לצורך הכרעה במקרה שעמד לפני בית המשפט. כאשר בית המשפט קובע הלכות הוא מוגבל למקרה שעומד בפניו ולכן אמרתי את הדברים באמרות אגב. אמנם עמדה בפניי האפשרות לא לדון כלל בסוגיות הללו אך החלטתי לדון בהן. כאשר שופט מכריע בתיק הוא צריך להחליט אם לפתח גם סוגיות נוספות. ישנם תיקים שזה מתאים וישנם תיקים שלא. במסגרת התיקים שעשיתי זאת חשבתי שזה הדבר הנכון לעשות. עם זאת, מדובר באמרות אגב בלבד ולא בהלכות.

### יחסי ממון

בעניין שחר<sup>45</sup> נקבע כי הלכת השיתוף בנכסים תחול על ידועים בציבור. בעניין יעקובי<sup>46</sup> נקבע כי הלכת השיתוף לא תחול על זוגות שנישאו לאחר ה-1.1.1974, ועליהם יחול באופן בלעדי

באמירה הבאה: "לו נדרשנו לשאלת תוקף הנישואין [...] נוטים היינו לדעה כי הנישואין מוכרים בישראל [...] יש לשקול הליכתו של צעד נוסף ולהכיר אף בנישואין אזרחיים בין יהודי למי שאינו יהודי, תושבי הארץ ואזרחיה, הנערכים מחוץ לישראל והתקפים לפי דין מקום עריכתם..." (הדגשה שלי – ג"ק). בע"א 805/82 ורסנו נ' כהן, פ"ד (1) 529, בעמ' 531, דובר בבני-זוג שחיו יחדיו ללא נישואין משום שהגבר הוא כהן והאשה – גרושה. לאחר כשנתיים וחצי נפרדו בני הזוג והאשה תבעה תשלום מזונות ומדור. מאחר שעל פי עובדות המקרה לא הוכח כי נוצר בין בני הזוג הסכם מכללא שעל פיו יחויב הגבר במזונותיה של האשה, נדחתה תביעת האישה למזונות. עם זאת, בחר השופט ברק (כתוארו אז) להביע את דעתו בשאלת תשלום מזונות לאחר הפרידה בין בני זוג (בדרך כלל, ניתנים מזונות רק טרם הפרידה): "... הייתי מוכן, לכאורה, לבסס את זכותה של אישה למזונותיה לאחר הפירוד גם על הסכם מכללא..." (עמ' 531 פסקה 5 לפסק הדין).

45 ע"א 52/80 שחר נגד פרידמן, פ"ד לח(1) 443, בעמ' 445-447, 448-449. בעניין זה דובר בזוג שחי כידועים בציבור. בתקופת חייהם המשותפים רכש הגבר זכות חכירה לדורות בבית מגורים ורישום הזכות נעשה על שמו בלבד. בני הזוג חיו חיים משותפים באותו בית כשלושים ושבע שנים. האשה נפטרה ובנה פנה לבית המשפט בבקשה שיוכרו כי עיזבון האישה הוא הבעלים של מחצית הזכויות בבית על פי "הלכת השיתוף בנכסים". לפי הלכת השיתוף מכירים בהסכם משתמע בין בני זוג הקובע שהם שותפים שווים ברכוש מסוים. בפרשה זו עלתה השאלה האם ניתן להחיל את הלכת השיתוף על זוגות ידועים בציבור? השופט ברק (כתוארו אז) פסק שאין כל מניעה להחיל את הלכת השיתוף, בשניוים המחויבים, גם על ידועים בציבור.

46 ע"א 1951/91, 2094, 3208 יעקובי נ' יעקובי, פ"ד מט(3) 529, בעמ' 572-596, 607-623, 623-633. בשני המקרים, שאוחדו לדיון אחד, דובר על זוגות שנישאו לאחר ה-1.1.1974. ונכנסו לגדר חוק יחסי ממון (סעיפים 14 ו-19 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973, ס"ח 267), אך האשה תבעה את תחולתה של הלכת השיתוף. השאלה המשפטית שעלתה הייתה תחולתה של הלכת השיתוף בצד חוק יחסי ממון. זוהי שאלה גורלית שכן על פי סעיף 5 לחוק יחסי ממון, חלוקת הרכוש בין בני הזוג תתבצע רק עם "פקיעת הנישואין" (גירושין או מות אחד מבני הזוג), בעוד שעל פי הלכת השיתוף בני הזוג יכולים לדרוש את פירוק השיתוף בכל עת. יתרה מזאת: ההסדר שבחוק יחסי ממון, המחייב מתן גט, עלול לפתוח

חוק יחסי ממון.<sup>47</sup> על הלכות אלה חזר בית המשפט גם בכמה פרשות מאוחרות יותר.<sup>48</sup> מצב זה עלול לגרום לכך ש"הצד החלש" בזוג של ידועים בציבור יזכה לנתח זמין ונגיש יותר מהנכסים המשותפים מאשר "הצד החלש" בזוג נשוי. כיצד ניתן להצדיק פער זה?

הפער אינו מוצדק ונוצרת בעיה. אכן צריכה להתקבל החלטה שתהפוך את הלכת יעקובי ותאפשר להחיל בצד חוק יחסי ממון גם את הלכת השיתוף. זוהי הלכה בעייתית שיוצרת מצב בעייתי. התיקון החדש בחוק יחסי ממון יכול להיות פתח לפתרון המצב הבעייתי שנוצר.<sup>49</sup>

### "מיהו יהודי?"

לעניין רישום במרשם האוכלוסין נקבע כי תפקידו של פקיד הרישום הוא תפקיד של איסוף חומר סטטיסטי, ועל כן עליו להיענות לכל בקשת רישום ובלבד שאי-נכונותה אינה בולטת לעין. על כן נקבע כי מי שעבר גיור רפורמי או קונסרבטיבי יהא זכאי להירשם במרשם האוכלוסין כבעל לאום יהודי.<sup>50</sup> לעומת זאת נקבע שלצורך חוק שיפוט בתי דין רבניים,<sup>51</sup> "יהודי" הוא רק מי שעונה על ההגדרה של ההלכה היהודית האורתודוקסית.<sup>52</sup> קביעה זו

פתח לסחטנות באופן שבן הזוג המעוניין לצאת מהקשר הזוגי יאלץ להקריב מחלקו ברכוש המשותף כדי לקבל גט. אף על פי כן הוכרע בדעת הרוב שהלכת השיתוף לא תחול בצד חוק יחסי ממון.

47 חוק יחסי ממון בין בני זוג.

48 ע"א 4385/91 סלם נ' כרמי, פ"ד נא(1) 337, בעמ' 346; רע"א 8672/00 אבו רומי נ' אבו רומי, פ"ד נו(6) 175, בעמ' 179-183; בע"מ 4951/06 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו) בפסקה 6 לפסק הדין.

49 סעיף 5 לחוק יחסי ממון בין בני זוג.

50 בג"ץ 5070/95 נעמת – תנועת נשים עובדות ומתנדבות נ' שר הפנים, פ"ד נו(2) 721, בעמ' 749-744, 753-752. במקרה זה נדונו כמה עתירות שאוחדו לדיון אחד. העותרים עברו בישראל או מחוצה לה הליך גיור רפורמי או קונסרבטיבי. העותרים הקטינים ביקשו להירשם רישום ראשון במרשם האוכלוסין כבעלי לאום יהודי; העותרים הבגירים ביקשו להירשם כבעלי לאום יהודי תוך שינוי רישומם הקודם. הנשיא ברק (כתוארו אז) קבע שברישום ראשון על הפקיד לרשום שהעותרים הם יהודים כאשר הם ממציאם תעודת גיור רפורמי או קונסרבטיבי, אלא אם כן יש לו יסוד סביר להניח שההודעה אינה נכונה. במקרה של שינוי רישום נקבע שנדרשת גם "תעודה ציבורית" והעותרים עמדו בתנאי זה, ומכאן שפקיד הרישום צריכה להיות לבצע את השינוי ברישום. בכך, למעשה, אושר רישומם של מי שעברו הליך גיור רפורמי או קונסרבטיבי כ"יהודים".

51 חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, ס"ח 165.

52 בד"מ 1/88 בנקובסקי נ' בנקובסקי, פ"ד מב(2) 404. במקרה זה דובר בזוג של גבר יהודי ואשה שהתגיירה. במהלך הדיון בדבר הגירושין של בני הזוג וחלוקת הרכוש ביניהם, שהתקיים בפני בית דין רבני, נקבע כי גיורה של האשה בטל ומבוטל. עקב כך פסק בית המשפט העליון כי משעה שקבע בית הדין הרבני שגיורה של האישה בטל, היא אינה עוד "יהודייה" ונשללת סמכותו של בית הדין הרבני לדון במקרה.

וקביעות דומות של בית המשפט העליון, גם אם לא ניתנו על ידך באופן ישיר, מייצגות קו בעייתי היוצר חשש מוחשי ל"פיצול סטטוס" (מצב שבו אדם יוגדר כבעל לאום מסוים לצורך אחד אך כבעל לאום שונה לצרכים אחרים). כיצד לדעתך יש להתמודד עם סיטואציה זו?

לא נוצר חשש לפיצול סטטוס משום ששאלת הרישום במרשם האוכלוסין אינה קשורה כלל לשאלת הסטטוס. מדובר באיסוף חומר סטטיסטי בלבד. בפסקי הדין שבהם עסקתי בסוגיה זו הקפדתי להדגיש נקודה זו: המרשם אינו משקף הכרעה בשאלות מהותיות של סטטוס.

### דיני חוזים

פרשות נורקייט<sup>53</sup> ואנגלו-סכסון<sup>54</sup> שניתנו לאחרונה על ידי בית המשפט העליון, תוארו על ידי חוקרים כמציגים מגמה ברורה של נסיגה מכללי הפרשנות לחוזים שעוצבו על ידך בפרשה הידועה כעניין אפרופים.<sup>55</sup> בעניין נורקייט קבע השופט דנציגר כי "על אף כללי הפרשנות שנקבעו בהלכת אפרופים ובהלכת ארגון מגדלי הירקות, מן הראוי כי במקום שבו לשון ההסכם היא ברורה וחד-משמעית, כמו המקרה שבפניי, יש ליתן לה משקל מכריע בפרשנות ההסכם". בעניין אנגלו-סכסון, המאוחר יותר, כתב השופט דנציגר כי "באחרונה הבעתי את דעתי שכאשר לשון ההסכם היא מפורשת, יש ליתן לה משקל מכריע בפרשנות ההסכם ואני סבור כי דברים אלה יפים גם לעניין שבפניי [...] אין צורך לשער מה היתה כוונת הצדדים, הואיל והיא באה לידי ביטוי בצורה מפורשת ומדויקת בסעיפי הביטול הקבועים בהסכם". מה דעתך על עמדת השופט דנציגר? האם לדעתך עמדתו קוראת תיגר על הלכת אפרופים ומציגה מגמה הנוגדת את מורשתך?

53 ע"א 5856/06 לוי נ' נורקייט בע"מ (פורסם בנבו).

54 ע"א 5925/06 בלום נ' אנגלו-סכסון (פורסם בנבו).

55 ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265 (להלן – עניין אפרופים). עד קביעתו של בית המשפט בעניין אפרופים משלה בכיפה שיטת הפרשנות הדו-שלבית. שיטה זו ביררה את כוונת הצדדים לחוזה על פי לשונו, ורק אם לא היה בה די כדי להבהיר את כוונת הצדדים ניתן היה להיעזר בבחינת הנסיבות של כריתת החוזה. הלכת אפרופים, שזכתה לאישור בדנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקות – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו), הפכה את היוצרות ושינתה את שיטת פרשנות החוזים בישראל לשיטת פרשנות משולבת. לפי שיטה זו יתחקה בית המשפט אחר כוונת הצדדים באמצעות לשון החוזה ונסיבות חתימתו בעת ובעונה אחת. במקרים שבהם לא ניתן לעמוד על אומד דעתם של הצדדים מלשון החוזה או מנסיבותיו, יש לפרש את הכוונות הסובייקטיביות של הצדדים לחוזה ככאלו שנועדו להגשים תכליות אובייקטיביות כגון הגינות, תום לב וסבירות. בעניין אפרופים כתב השופט ברק, המשנה לנשיא (כתוארו אז) כי "אין מילים 'ברורות' כשלעצמן. מה שעל פניו נראה כברור, עשוי להתברר כלא ברור לאור הנסיבות...". פסיקה זו עוררה ביקורת רבה בקרב הקהילה המשפטית, שטענה כי הלכת אפרופים מרוקנת את כל הביטחון והוודאות בכל הנוגע לפרשנות חוזים. נטען כי אם באמת "אין מילים ברורות" – מה טעם יש בטרחתם של עורכי ועורכות הדין ובשקידתם על ניסוחי חוזים?



פסקי הדין שציינת בשאלתך אינם משנים לדעתי את הלכת אפרופים. גם אני באפרופים אמרתי כי בפרשנות חוזה יש לבחון גם את הנסיבות וגם את לשון החוזה כדי ללמוד על אומד דעתם של הצדדים, שזהו בעצם כוונתם; אך אם יש סתירה בין הנסיבות ללשון החוזה ולשון החוזה היא מפורשת, הרי היא מכריעה. נוסף על כך, מבחינה פורמלית, לא ניתן להפוך הלכה שניתנה בדיון נוסף בערעורים אזרחיים כמו בפרשות נורקייט ואנגלו-סכסון.

### דיני נזיקין

סוגיית הרשלנות הרפואית מציפה את בתי המשפט ויוצרת דילמות קשות. מצד אחד הרופאים עצמם מעידים שהם נוקטים דרכים של רפואה מתגוננת מחשש לתביעות נזיקיות; מנגד, צמצום סטנדרט הזהירות עלול ליצור הרתעה לא אפקטיבית ולמנוע פיצוי מניזוקים. האם אתה סבור שהמשפט הישראלי בחר באיזון הרצוי בהקשר זה? האם היית תומך ביצירה של מנגנון פיצוי במסגרת חוק נפרד – המגדיר רשלנות רפואית,<sup>56</sup> קובע בגינה אחריות מוחלטת ויוצר מנגנון ביטוחי נלווה להבטחת פיצוי לניזוקים?

במסגרת תפקידי כיועץ משפטי לממשלה קידמתי את חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים כמנגנון פיצוי נפרד מדיני הנזיקין הכלליים, ואני סבור שהיום חוק הפיצויים מוכיח את עצמו ומהווה הסדר טוב. מדובר בהסדר מתקדם וחדשני ביחס לשיטות משפט אחרות, ועל השיטה הישראלית להיות גאה בו. לדעתי, העיקרון שבו מתאים לנושא הרשלנות הרפואית. מדובר בתחום שבו החלה של דיני הנזיקין הכלליים עלולה ליצור מבוכה רבה. מנגנון פיצוי נפרד כדוגמת חוק הפיצויים יכול להיות פתרון הולם לדילמה זו.

מהו הפתרון הראוי בעיניך לקשיים המתעוררים שוב ושוב בקשר להגדרת תאונת דרכים שבחוק הפיצויים לנפגעי תאונות הדרכים?<sup>57</sup> האם לדעתך יש לתקן את ההגדרה הקיימת או לפנות לדרך חדשה ושונה מהותית מזו הנוכחית?

56 דוגמת חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975, ס"ח 234 וחוק האחריות למוצרים פגומים, תש"ם-1980, ס"ח 86. בשנים שקדמו לחקיקת החוקים הנ"ל היו תאונות הדרכים והמוצרים הפגומים שתי הסוגיות שהיוו את עיקר ההתדיינות בתחום דיני הנזיקין. עקב כך בחר המחוקק להוציא תחומים אלה מגדר דיני הנזיקין הכלליים ולחוקק חוקים נפרדים שיסדירו סוגיות אלו באופן עצמאי. שני החוקים הנ"ל, המסדירים סוגיות אלו, פותחים בהגדרת הסוגיה ובקביעת אחריות מוחלטת לגביה, ללא התחשבות בשאלת אשם. ייתכן שגם תחום הרשלנות הרפואית, המהווה כיום את אחד ממוקדי ההתדיינות הנזיקיות, ראוי להסדר נפרד מעין זה.

57 סעיף 1 לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים. כיום הגדרתה של תאונת דרכים מורכבת מכמה חלקים: הגדרה ראשית, חזקות חלוטות מרבות וחזקה חלוטה ממעטת. עקב בעיות במבנה ובניסוח של ההגדרה קרא בית המשפט העליון פעם אחר פעם לתיקונה על ידי

כפי שבית המשפט העליון העיר שוב ושוב בפסקי הדין, ההגדרה – כפי שהיא מופיעה כיום, לאחר תיקון 588 – היא מסורבלת ובעייתית. אני סבור שההגדרה הקודמת הייתה עדיפה מההגדרה החדשה אך אני מקבל את עמדת המחוקק. לדעתי ראוי לנסח את ההגדרה מחדש, בצורה שונה ובהירה יותר.

האם העובדה שהחוק מגדיר את המושג "תאונת-דרכים" בצורה עמומה אפשרה לפסיקה לכלול במסגרת אותה הגדרה סיטואציות שונות ומשונות?<sup>59</sup>

אני סבור שמדובר בסיטואציות משונות. כפי שפסקתי בעבר, לדעתי גם תאונת רכבת נכנסת בגדר תאונת דרכים אף על פי שלדעת רבים מדובר בסיטואציה שאינה מתאימה להגדרה של "תאונת דרכים". לדעתי התכלית שבבסיס המנגנון היא קביעת אחריות מוחלטת, קביעת גג לפיצויים שיבואו מביטוח פרטי והקמת קרן למקרים בהם אין ביטוח. תכלית זו היא שצריכה לעמוד מול עינינו בבואנו להכריע אם מדובר בתאונת דרכים אם לאו.

המחוקק. בין השאר מופיעה קריאתו זו של בית המשפט העליון בפרשות רע"א 8061/95 עוזר נ' ארט חברת לביטוח בע"מ, פ"ד נ(3) 541, בעמ' 552-553, ע"א 418/03 אסם תעשיות מזון בע"מ נ' סמגה, פ"ד נ(3) 541, בעמ' 552-553, 565-568. חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (תיקון מס' 8), תשנ"א-1991, ס"ח 96. 58 ראו, למשל, רע"א 1389/98 מזאוי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 207, בעמ' 210-213, 220, 222-223, 232, 234-235. במקרה זה נסע התובע ברכב שבו נסע גם חייל נושא נשק. במהלך הנסיעה נפלט כדור מנשקו של החייל ופגע ברגלו של התובע. בתי המשפט השלום והמחוזי שדנו בעניין קבעו כי לא מדובר ב"תאונת דרכים". בבית המשפט העליון נשאלה השאלה אם "השימוש ברכב" הוא הגורם לפגיעת התובע בנסיבות המקרה. בית המשפט העליון הפך את קביעת הערכאות הקודמות ופסק שמדובר ב"תאונת דרכים" המזכה בפיצויים לפי חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים. זאת, משום שנשק הנמצא בתוך כלי רכב דינו כדין מטען והוא מהווה סיכון הכרוך בשימוש ברכב. אמנם התאונה נשוא הדיון התרחשה טרם תיקון מס' 8, בו שונתה ההגדרה של "תאונת דרכים" לנוסח המופיע כיום (לפני התיקון, ת"ד הוגדרה כ"מאורע שבו נגרם לאדם נזק גוף עקב שימוש ברכב מנועי, בין בנסיעת הרכב ובין בעמידתו"), אך בית המשפט הביע דעתו כי הכרעתו רלוונטית גם לאור ההגדרה שהייתה קיימת בעת הדיון ואשר לא שינתה את ההגדרה הבסיסית של "נזק גוף עקב שימוש ברכב מנועי" רע"א 7509/98 כהן נ' הפניקס, פ"ד נ(1) 250, בעמ' 252-257. עיקר הדיון עסק בשאלה אם תאונה במהלך משחק ילדים בכננת קדמית של רכב חונה, המיועדת לחילוץ עצמי של הרכב, נכללת בהגדרה של "תאונת דרכים". הקושי היה טמון בכך שהשימוש בכננת היה לצורך משחק ולא לצורך חילוץ אמיתי של הרכב שחנה בחצר הבית. הנשיא ברק (כתוארו אז) קבע ש"נחיצות" הפעולה אינה מעלה ואינה מורידה לעניין הגדרתה כ"שימוש" ברכב. לכן, אף על פי שהגרידה לא הייתה נחוצה אין מניעה לראות בה "שימוש ברכב". יתרה מזאת: אף שדובר במשחק ילדים קבע ברק שהפעולה הייתה "למטרות תחבורה" ולכן התאונה נכללת בהגדרת "תאונת דרכים" שבחוק הפיצויים.

שנה זו מציינת עשור לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.<sup>60</sup> בג"ץ בוצר,<sup>61</sup> שנכתב על ידך בשנת 1996, פרץ את הדרך להכרה המשפטית בזכויות של אנשים עם מוגבלויות, ואילו חוק השוויון שנחקק אחריו, בשנת 1998, אמר היה לסלול את הדרך למקרים הבאים שיבואו בפני בית המשפט. בפועל, מאז לא נתן בית המשפט פסק דין משמעותי נוסף בתחום מלבד בג"ץ ית"ד,<sup>62</sup> שעסק בשילוב של תלמידים עם מוגבלויות במערכת החינוך הרגילה. עם זאת, בג"ץ ית"ד לא התמקד בחוק השוויון אלא בחוק החינוך המיוחד,<sup>63</sup> אם כי בהשראת העקרונות שעוגנו בחוק השוויון. כיצד אתה רואה את חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות – מהי חשיבותו? האם הוא חולל שינוי במשפט הישראלי? אם כן – כיצד? אם לא – מדוע? אם רק בתחומים מסוימים – אלו הם?

ראשית, הסיבה שלא ניתן פסק דין נוסף בעניין חוק השוויון היא העובדה שביט המשפט אינו יוזם אלא מגיב, וככל שלא מגיע פסק דין מתאים בית המשפט אינו יכול לומר את דברו. שנית, אני כמובן רואה את חוק השוויון כחוק חשוב וחיוני לחברה. אני גם סבור ששמו הכולל את המונח "אנשים עם מוגבלויות" הוא שם נכון שמתייחס בכבוד

60 חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998, ס"ח 152.  
 61 בג"ץ 7081/93 בוצר נ' מועצה מקומית מכבים-רעות, פ"ד נ(1) 19, בעמ' 25-27. העותר היה נער בן 13 שסבל ממחלת ניוון שרירים והתנועה באמצעות כיסא גלגלים חשמלי. משפחתו של העותר התגוררה ביישוב "מכבים-רעות". עוד בטרם עברו להתגורר ביישוב פנו הוריו של העותר לכלל הגורמים הרלוונטיים וביקשו שיתקינו ביישוב דרכי גישה וסידורים מיוחדים לנכים. למרות הפניות עדיין יש ביישוב מבנים ציבוריים רבים נעדרים גישה לאנשים עם מוגבלויות. במהלך הדיון נדרש הנשיא ברק לניתוח הפרקים בחוק התכנון והבנייה ובתקנות שהותקנו על פיו העוסקים בסידורים מיוחדים לנכים. נקבע כי תכלית החקיקה היא לאפשר את שילובו של הנכה בחברה, להגשים את הערך המרכזי של שוויון הזדמנויות לנכה, להקנות לנכה עצמאות ולהגן על כבודו וחירותו. עוד נקבע כי מטרת ההסדרים שבחוק היא לשלב את הנכה במרקם החיים של החברה. הדרך המרכזית שנקבעה להגשמת תכלית זו היא הנגשתם של מקומות ציבוריים לצרכיהם של הנכים.  
 62 בג"ץ 2599/00 ית"ד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834, בעמ' 838-847. העותרים, הורים לילדים בעלי צורכי חינוך מיוחדים, טענו כי המדינה אינה משתתפת בעלויות השילוב של ילדים בעלי צרכים מיוחדים במוסדות חינוך רגילים. טענתם הייתה כי באי-השתתפות המדינה פוגעת בזכותם של הילדים לחינוך, מפלה אותם שלא כדין ומפרה את הוראותיו של חוק חינוך מיוחד הקובע כי תינתן קדימות להשמת הילדים במסגרות חינוך רגילות. השאלה המשפטית הייתה אם ילדים בעלי צרכים מיוחדים זכאים לחינוך מיוחד חנם במוסד לחינוך מיוחד בלבד, או שמא המדינה חייבת להעניק חינוך מיוחד חנם גם לילדים ששולבו במסגרות החינוך הרגיל? השופטת דורנר קבעה שהזכות לחינוך מיוחד נגזרת מהזכות לחינוך וכי במדינות רבות בעולם הוכרה החשיבות שבשילובם של ילדים ומבוגרים בעלי צרכים מיוחדים במסגרות רגילות. לבסוף קבעה השופטת דורנר כי חובת המימון על ידי המדינה חלה גם על סיוע לילד בעל צרכים מיוחדים ששולב במוסד רגיל. בעוד הבסיס החוקי שעליו מושתת פסק הדין הוא חוק חינוך מיוחד השתמשה השופטת דורנר בהשראה מחוק השוויון, הקובע את חובת הנגשת המקומות הציבוריים לאנשים עם מוגבלויות.  
 63 חוק חינוך מיוחד, תשמ"ח-1988, ס"ח 114.

לאותה אוכלוסייה ואינו מכנה אותה בשמות קשים שנשמעים לפעמים בחברה שלנו. החשיבות של חוק השוויון היא בהגנה על כבודם של אותם אנשים, שהינם בני אדם הראויים ליחס שווה של כבוד.

שיטת הפיצויים הניתנים בגין עוולות נזיקיות מייצגת גישה אינדיבידואלית שלפיה כל ניזוק זכאי לפיצוי שישב אותו למצב בו היה טרם העוולה. סך הפיצוי נקבע על פי מטרת העל של דיני הנזיקין – "השבת המצב לקדמותו" לטענתו של צחי קרן פז, עקרון ההשבה לוקה בקשיים חמורים ומביא לתוצאות חברתיות קשות. עיקרון זה מנציח את חלוקת העושר הקיימת ובכך חוסם כל דרך לשינוי חברתי. עקרון ההשבה מחנך את החברה הישראלית שלא להכיר הן באחריותה ליצירת הפערים והן בחובה המוסרית-חברתית שלה ושל חבריה לשפר את מצב הזולת. בכך עקרון ההשבה מבטא ומקדם גישה המסרבת להפנים רעיונות של אחריות חברתית בקהילה.<sup>64</sup> מה דעתך על טענות אלה כנגד עקרון ההשבה? האם לדעתך ניתן להמשיך ולהצדיק את עקרון ההשבה כעקרון העל של דיני הנזיקין? אם כן, כיצד?

אני מכיר את הטענות הללו. עם זאת, זה העיקרון שקבע המחוקק, ועל בית המשפט להשתמש בו כשהוא מכריע בשאלת הפיצויים הנזיקיים.

ולגופו של עניין – האם אתה סבור שיש עיקרון אחר הראוי להיות העיקרון המנחה של דיני הפיצויים?

עבר זמן מה מאז עסקתי בתחום ועל כן איני בקיא דיי כדי לענות על השאלה הזו.

64 צחי קרן פז, "כיצד דיני הפיצויים הופכים את העניים לעניים יותר (ומדוע ביהמ"ש העליון מפרש את חוק הפלח"ד באופן בלתי עקבי?)", עיוני משפט כח (תשס"ד) 299, בעמ' 304-308. לטענת המחבר, כאשר בית המשפט נדרש להפעיל את דיני הנזיקין עליו להתחשב בתוצאות של הפעלת דינים אלה על קבוצות אוכלוסייה חלשות. כתגובה לרטוריקה של בית המשפט, לפיה אין זה מתפקידו לנהל את חלוקת העושר בחברה, המחבר עונה כי הפעלה של כל כלל משפטי שהוא – ועקרון ההשבה בכלל זה – גוררת תוצאות חלוקתיות-חברתיות שאין להתעלם מהן, ולכן השאלה היא רק באיזה מנגנון חלוקה יתמכו דיני הנזיקין. על פי המאמר, כל מנגנון חלוקה שבו יבחר בית המשפט צריך להתחשב, בין השאר, במאבק לקידום השוויון בחברה. מעצם היותו של עקרון ההשבה עיקרון המחייב שימור של המצב שהתקיים טרם העוולה, הוא מחייב השארה של הקבוצות החלשות במצב שבו היו, ללא כל אפשרות מילוט. דבקותו של בית המשפט בעיקרון זה עלולה לשרר לציבור הישראלי כי המצב המצוי הוא גם הרצוי ובכך לגרום להתנגדות של הציבור לשינויים במצב הקיים. העובדה שבגין פגיעות זהות בניזוקים שונים מתקבל פיצוי שונה (על פי מידת ההכנסה) משרדת מסר קשה ש"[...] העשירים, הצעירים והבריאים שווים יותר מהעניים, המבוגרים והחולים" (שם).

## דיני קניין

בפסקי דין שונים, דוגמת אהרונוב,<sup>65</sup> עשית שימוש בכלים משפטיים כגון תום לב ודיני היושר "הישראליים" כדי לרכך את התוצאה בדיני התחרות המתקבלת מסעיף 9 לחוק המקרקעין. למרות זאת נראה כי במקרים רבים התוצאה המשפטית נותרה קשה. האין לדעתך מקום לפתוח את שערי המשפט הישראלי בפני פתרונות בעלי אופי פחות דרסטי (מהכרעה של הכול או כלום) דוגמת חלוקת הנכסים ביחס ישר לאשמו התורם של כל אחד מן הצדדים?

אני מאמין שהלכת אהרונוב אכן עשתה צעד בכיוון זה של חדשנות במשפט הישראלי. אינני נכנס לסוג הכלים המשפטיים, אך אני סבור שהפתרון שניתן קידם את ההלכה לעבר יישום רחב יותר של אותם עקרונות דוגמת תום הלב. בכתיבת ההכרעה ניתן משקל ראייתי לחלקן של כל אחד מהצדדים לעימות המשפטי ביצירת הבעיה. זה מקביל ממילא להחלה של עקרון האשם התורם, גם אם הדבר לא נאמר במפורש וגם אם הדבר לא בוצע מתוך אנלוגיה מכוונת לעיקרון זה. בכל אופן אני פתוח לפתרונות יצירתיים חדשים.

יחיאל בהט הציע<sup>66</sup> לאמץ אל חיקם של דיני התחרות את מונח "הקניין היחסי". לפי הצעתו יש לחלק את הקניין בין ה"מתחרים" לפי שיקולי יעילות, אשם תורם והסתכנות מרצון באופן שיביא להחלטה רציונלית שהצדדים יכלו לקבל אילו בחנו את תוצאות העסקה מבעוד מועד. מדוע נדחה פתרון מסוג זה בהלכת גנו?

יחיאל בהט הציע לקלוט את המינוח שהוזכר לפני הוועדה שעסקה בגיבוש הקודקס האזרחי החדש. הפתרון שלו נדחה על ידי הוועדה. מנגד עמלנו על יצירת פרק ייחודי לסוגיות שבהן עוסקת הצעתו. פרק זה אמור לאחד מונחים וסטנדרטים כדי לסייע לבית המשפט לפסוק בצורה קוהרנטית ביחס למונחים דוגמת תום לב על ידי החלה – אם לא זהה אזי לא פחות דומה – של המונח על רבדים שונים במסגרת הדין הכללי ועל דיני הקניין בפרט.

65 ע"א 189/95 בנק אוצר החייל נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199. הלכה חשובה זו העניקה מחדש את המעמד לזכויות שביושר אף על פי שאלו בוטלו בהלכת בוקר שנים רבות קודם לכן, בקביעה שלפיה מעת שנכנס לתוקפו חוק המקרקעין אין עוד תוקף לדיני היושר האנגליים. פסק הדין קבע עוד כי זכותו של מעקל אינה זכות קניינית ולכן תהיה חלשה יותר אף מזכות ביושר שקיבלה מעמד.

66 יחיאל בהט, "גבולות החלוקה הבינארית בדיני תחרות", ספר שמגר – מאמרים ג (תשס"ג) 459, בעמ' 465-459.

העותרים בעניין קרסיק<sup>67</sup> תקפו את החוקיות של שינוי ייעוד של מקרקעין שהופקעו על ידי המדינה. הטענה אותה העלו הייתה שעם סיומו של הצורך הציבורי שלשמו בוצעה הפקעת הקרקע מוטלת על המדינה חובה להשיבה לבעליה המקוריים. עוד טענו העותרים כי המדינה אינה רשאית לבצע במקרקעין שימוש אחר כלשהו שאינו תואם את המטרה הראשונית שלשמה הופקעו הקרקעות. למרות הגישה האוהדת שהפגינו חברי המותב כלפי טענותיהם של העותרים, במבחן המעשה לא זכו העותרים – שחלקם נפטרו בינתיים – למימוש ההחלטה להשיב את הקרקעות אליהם, כפי שנקבע בפסק הדין. את פסק דינו בעניין קרסיק פתחת במילים "היום יוצאת לפנינו הלכה חשובה". אל נוכח התוצאות המעשיות של פסק הדין, האם בעת כתיבת ההלכה בעלת ההצהרות החשובות הובאו בחשבון, במסגרת השיקולים השונים, גם שיקולים המתייחסים לשינוי משקלה הכלכלי של מדינת ישראל (המוספע רבות מערך הקרקעות שבידיה) והוצאתה מאיזון עקב שינוי מהותי בכוחה המפקיע אל מול האזרחים?

למיטב זיכרוני בעניין קרסיק עלתה שאלה משפטית קשה, בעלת תוצאות מהותיות נרחבות הן בפן של הקופה הציבורית ואוצר המדינה והן בפן של זכות היסוד לקניין, המוגנת באופן מפורש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לדעתי כדאי להפריד את משמעות ההלכה שניתנה לשני זרמים שונים. הזרם הראשון פועל כלפי עתיד, כלומר: בתחולה פרוספקטיבית, ולדעתי אכן משמעותו רבה ונרחבת כנגד כוחה המפקיע של הממשלה. מבחינה זו אני סבור שבעקבות ההלכה שניתנה אין כל ספק שרשויות המדינה יחשבו היטב בטרם יחליטו להשתמש בכוחן המפקיע. הזרם השני, עדיין תלוי ועומד, ולא אביע בו כל עמדה.

עידו באום מתח ביקורת חריפה על ההתנהלות של בית המשפט העליון בכל הקשור ליישומה המעשי של הלכת קרסיק. לטענתו, בית המשפט העליון רוקן הלכה זו מתוכו על ידי עיכוב ההליכים.<sup>68</sup> בדרך זו החטיא פסק הדין את תכליתו לספק הגנה איתנה לזכות הקניין כפי שהתיימר להעניק ולמעשה שימש "תמרור אזהרה" בפני העותר. כך, למשל, ציין באום: "קשה להבין מדוע התאמץ שר המשפטים, דניאל פרידמן, להעביר חקיקה שתאפשר לכנסת להתגבר על פסיקת בג"ץ, כאשר בג"ץ עצמו עושה כל מאמץ לאפשר לכנסת לחוקק חוק שיבטל את אחת

67 בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 625.

68 עידו באום, "בג"ץ קרסיק: מי יגן על זכויות הקניין של בעלי הקרקע כגבעת אולגה?", דה מרקר אונליין 14.9.2008, [http://www.themarker.com/tmc/article.jhtml?ElementId=skira20080914\\_1020796](http://www.themarker.com/tmc/article.jhtml?ElementId=skira20080914_1020796): "להלכת קרסיק קרה משהו לא טוב. יהודית קרסיק היא היום קשישה בת 95. היא מרותקת לכיסא גלגלים ואינה בקו הבריאות. ספק אם תזכה לראות את החלטת בג"ץ מתממשת. מצבה טוב מזה של כמה מחבריה, גם הם בעלי קרקעות שהופקעו, שעתרו יחד עמה באותה עתירה. שלושה מהם כבר הלכו לעולמם, בהם מי שהיה הפרקליט הצבאי הראשון, אהרן חוטר-ישי. עותרים נוספים, מיכאל סמואל וורדינה סימון, אינם אנשים צעירים".

ההחלטות המהפכניות ביותר שקיבל בעשור האחרון.<sup>69</sup> האם לדעתך אכן מדובר בהחלטה בעלת משמעות הצהרתית גרדא ונטולת השפעה על חיי המעשה? האם אתה סבור כי שגה בית המשפט באופן שבו אפשר להליכים בעניין קרטיק להתמשך תקופה כה ארוכה?

כפי שצינתי, אינני סבור שמשמעות ההלכה היא הצהרתית. אני מאמין שכל אותן עתירות שיונחו לפתחו של בית המשפט וייתחו אל זמנים שבהם כבר הוחלה הלכת קרטיק יעמידו את המדינה במצב שבו היא תהיה כפופה למשמעויות אקטיביות של ההלכה שנקבעה. על כל פנים, אני ושאר חברי המותב לא חשבנו שיהיה זה נכון – בהתחשב במשמעות הכבדה מבחינת אינטרסים כלכליים של כלל הציבור – שלא לאפשר למדינה ולמשרד האוצר לבחון את הדברים ולגבש עמדה שתיושם בחקיקה ראשית. עד כמה שידוע לי, הדברים עודם מתנהלים ואין אותם גורמים שוקטים על השמרים ומעכים את תהליך יצירת הפתרון החוקי באופן אינטרסנטי כלשהו. אינני סבור שאותם גורמים מצילים לרעה את בית המשפט. זוהי חקיקה מורכבת משום שהיא כרוכה בתוצאות כלכליות בעלות היקף נרחב בהיותה דורשת זהירות יתרה מן המחוקק, מאחר שעליו לדאוג כי הפתרון יעמוד בקנה אחד עם ההגנה החוקתית הנפרשת על זכותו של הפרט לקניין. אני לא מוצא כאן בעיה מבחינת ההתנהלות למרות שאני מצר על כך שאותם עותרים ספציפיים לא זכו לסעד לו קיוו.

כיצד ניתן להסביר את הפער שבין הרטוריקה שנוקט פסק הדין, המעניקה תחושה של תגובה אוהדת לזכויותיה של יהודית קרטיק, לבין העובדה שקרטיק ושאר העותרים טרם זכו – יותר משבע שנים לאחר מתן פסק הדין המונומנטלי – לתוצאה מעשית כלשהי? האם לדעתך, במבט לאחור, היה ראוי יותר להעניק סעד שונה, שהיה מדרבן את המחוקק לתת את דעתו בעניין זה באופן שהיה מונע את העוול שנגרם לעותרים?

אינני יודע איזה סעד ניתן היה להעניק במקרה זה מבלי להיגרר לכל אותן משמעויות כלכליות שצינתי. אני סבור שאילו היינו קובעים תחולה אקטיבית להלכה היה הדבר פותח צוהר רחב לדרישות מקבילות מטעם עותרים וגופים שונים, והדבר היה חוטא למטרת האיזון בין אותם גורמים שצינתי קודם, דהיינו: לא היה מושג איזון נכון וראוי בין זכות הקניין של הפרט לבין האינטרסים הכלכליים של המדינה ויציבות הקופה הציבורית.

### דיני עבודה

ההתפתחות הטכנולוגית מוצאת את ביטוייה בין היתר בסביבת עבודה ממוחשבת ובתכתובות ממוחשבות, ופותחת מגוון הזדמנויות בלתי-מוגבלות לסביבת עבודה יעילה יותר, נוחה יותר ואולי אפילו נעימה יותר לעובד. אלא שאליה וקוף בה: בהשתמשו בכל אותם כלים

טכנולוגיים העובד עלול לחשוף את עצמו באופן כזה שהמעביד יכול בכל עת ובאמצעים פשוטים למדי לחדור לפרטיותו.<sup>70</sup> מהו לדעתך האיזון הראוי שיש לבצע במקרים מעין אלו בין זכותו החוקתית של העובד לפרטיות לבין זכויות המעביד בקניינו?

הזכות לקניין והזכות לפרטיות הן זכויות חוקתיות ולכן הן חלות רק בין המדינה לבין האזרח ולא בין עובד למעבידו. התחולה במשפט הפרטי של זכויות העובד היא עקיפה. כך, למשל, היא עשויה להשפיע על שאלת הביצוע בתום לב של חוזה העבודה. במסגרת מושג תום הלב ייעשה איזון בין הערך (ולא הזכות) של הקניין לבין הערך של הפרטיות. לדעתי האיזון הראוי הוא שהמעביד לא יוכל לחדור לפרטיותו של העובד כל אימת שירצה אלא רק כשמדובר בעניין הקשור למעביד עצמו. לדוגמה, אם המעביד חושד שהעובד גונב ממנו ויכולות להיות לכך אינדיקציות – למשל בתכתובת האלקטרונית – הרי שבמקרה כזה המעביד רשאי לחדור למחשב של העובד ולהסתכל בהודעות שלו. במצבים אחרים, חדירה לפרטיותו של העובד אינה בתום לב, כלומר אין בה איזון מידתי בין הערכים הרלבנטיים.

בעניין ורד פרי<sup>71</sup> קבע בית המשפט המחוזי כי הוצאות בגין השגחה וטיפול בילדים של הורים עובדים ייחשבו כהוצאות מוכרות במס של ההורים. ברשות המסים מיהרו להודיע כי בכונתם

70 מדובר בפעולות שהעובד מבצע תחת קורתו של המעביד ותוך שימוש במחשב, הנחשב לקניינו של המעביד. יש לזכור כי חוק הגנת הפרטיות מונה בסעיף 18 נסיבות שבהתקיימן תקום למעביד שקרא דוא"ל ששלח או שקיבל עובד הגנה טובה כנגד אחריות על פי חוק הגנת הפרטיות, ובלבד שמתקיים עקרון תום הלב. לדוגמה, אם הפגיעה נעשתה בנסיבות שבהן "היתה מוטלת על הפוגע חובה חוקית, מוסרית, חברתית או מקצועית לעשותה" או אם "הפגיעה נעשתה תוך ביצוע עיסוקו של הפוגע כדין ובמהלך עבודתו הרגיל, ובלבד שלא נעשתה דרך פרסום ברבים". בעניין זה יש להזכיר את הפסק דין שניתן בעניין עב' עבודה רבים יש מחשבים המחוברים לרשת אחת המחוברת לשרת אחד. תכתובת דואר אלקטרוני של המשתמשים ברשת נשמרת גם היא על גבי השרת. תכתובת הדואר האלקטרוני יכולה להכיל מידע אישי על אודות בעל התיבה שאינו מעוניין לגלותו לכלל הציבור ואף לא למעביד. לפיכך, ניתן לראות כל משתמש ברשת כבעל ציפייה סבירה לפרטיות ולמניעת חשיפה של תוכן התכתובת האלקטרונית שלו, וזאת כל עוד לא ויתר על כך באופן מפורש. לכן, כל עוד אין ויתור מפורש של העובד על זכותו לפרטיות, יהיה קשה מאוד להגיע למסקנה כי יש לראותו כמי שויתר על כך באמצעות לימוד של הסכמה מכללא. עצם העובדה שהעובד ידע שהתכתובת שלו נשמרת בשרת שבבעלות המעביד, ושלמעביד גישה אליו, אינה יכולה להספיק כדי ללמד שהעובד הסכים מכללא לכך שהמעביד יהיה רשאי לעיין באותה תכתובת.

71 עמ"ה (ת"א) 1213/04 ורד פרי נ' פקיד שומה גוש דן (פורסם בנבו). בפרשה זו ביקשה המעוררת להכיר בהוצאות מטפלת לילדיה כהוצאות מוכרות במס. המעוררת טענה כי במשפחה שבה שני בני הזוג עובדים, ההורים נאלצים לשכור שירותי מטפלת/מעון בשעות עבודתם, וכי מדובר בהוצאות שהן כורח ולא מותרות, שאחרת אחד ההורים לא יוכל לצאת לעבוד. בית המשפט קיבל את ערעורה וקבע כי הוצאות של השגחת הילדים בזמן שהוריהם



לערער על פסיקה זו לבית המשפט העליון, וכי עד להכרעה בערעור אין בכוונתם ליישם את פסק הדין משום שאינו עולה בקנה אחד עם כללי התרת הוצאות כנגד הכנסות. במקביל ישנם קולות הקוראים לחקיקה בנושא.<sup>72</sup> מה דעתך בעניין זה?

זה נכון שרשויות המס אינן כפופות להחלטה של בית המשפט המחוזי כי בסופו של דבר זו החלטה מנחה. מעבר לכך, מכיוון שיש ערעור תלוי ועומד על כך בבית המשפט העליון, אינני רוצה להביע את דעתי.

## שאלות כלליות

משנות השישים ועד שנת 1981 נחקקו בישראל עשרים ושלושה חוקים חדשים במגוון תחומי המשפט האזרחי, ואלה החליפו את פרקי המג'לה שהיוותה עד אז את הקודקס התקף. הכוונה שליוותה את החקיקה הייתה שחוקים אלה, שכוננו "קודיפיקציה לשיעורין", יאוחדו בעתיד לקובץ אחד – לקודקס. ואכן, בשנת 1976 החלו ההכנות להצעת הקודקס החדש. טיוטת ההצעה הובאה בפני ועדה ציבורית של מומחים ישראליים למשפט אזרחי, שאתה עמדת בראשה. עבודת הוועדה נמשכה כעשרים שנה שבהן הציגו המומחים את הצעותיהם בתחומים השונים. כיום ההצעה מופצת באופן פורמלי כהצעת תזכיר והיא ממתינה להגשתה לכנסת לקראת הליכי חקיקה.<sup>73</sup> מה דעתך על הפרויקט של ה-American Law Institute, ה-"Restatement"<sup>74</sup>? האם לדעתך יש מקום שהאקדמיה הישראלית תשקיע בפיתוחו של מוסד זה בצד הקודקס החדש?

עובדים הן הוצאות הכרחיות המשמשות בייצור ההכנסה: "זכותו של כל אחד מבני הזוג להגשים את שאיפותיו המקצועיות, את זכותו לממש את רצונו לעסוק בעיסוקו וליצור פרנסה לו ולבני ביתו. והשמת ילדים הזקוקים להשגחת מבוגר נעשית לשם יציאת ההורים לעבודה ולשם ביצוע העבודה" (עמ' 11 לפסק הדין).

72 הוועדה לקידום מעמד האישה אישרה לקריאה ראשונה שורה של הצעות חוק שלפיהן יוכרו הוצאות הטיפול בילדים לצורכי מס. ראו "אושר בוועדה: הוצאות טיפול בילדים יוכרו במס", YNET, 16.07.2008, <http://www.ynet.co.il/articles/1,7340,L-3568955,00.html>.

73 אהרן ברק, "מבוא להצעת הקודקס האזרחי הישראלי", משפטים לו (תשס"ו) i, בעמ' i-viii.

74 רועי קרייטנר, "קודקס, מדע, חוזה: טיול שורשים בחשיבה הקודיפיקטיבית", משפטים לו (תשס"ו) 327, בעמ' 352-355. ה-American Law Institute, מוסד שהוקם בשנת 1923 במטרה להבהיר לפשט ולהתאים את ה-Common Law לצורכי החברה המשתנים, מפתח את פרויקט ה-Restatement. פרויקט זה נוצר, כמו הקודיפיקציה, תוך שיתוף פעולה בין משפטנים ומתוך מטרה לתרום לתחושת הארגון במשפט. עם זאת, ה-Restatement כולל את תיאור דרכי החשיבה שהובילו למסקנה משפטית מסוימת, ואף מונה דוגמאות להפעלת הכלל המשפטי. זאת בניגוד לקודיפיקציה, המציגה בפני הקורא מערך של כללים ללא התהליך החשיבתי שהביא לקביעתם. לטענת מחבר המאמר, אם האקדמיה הישראלית תפתח פרויקט דומה לפרויקט ה-Restatement – פרויקט שמקדם את פיתוח ההנמקות וההצדקות להכרעות במשפט – יהא זה תהליך שעשוי לתרום רבות, אף מעבר לתרומתו של הקודקס המתמצה בארגון מחדש בלבד.

כמובן. אני בעד ה-*Restatement*. אני חושב שיש מקום שהאקדמיה הישראלית תשקיע בפיתוחו של מוסד זה. זהו מוסד חשוב והאקדמיה יכולה לתרום רבות למשפט הישראלי אם תיקח על עצמה פרויקט מעין זה.

בביוגרפיה שנכתבה עליך, ובראיונות רבים עם אנשים קרובים אליך, אתה מתואר כ"בן אדם בנעלי בית". עם זאת, בציבור הרחב דמותך נתפסת – בדומה לדמותם של רוב שופטי בית המשפט העליון – כ"יושב במגדל השן". האם לדעתך, ומתוך היכרותך האישית עם שופטי בית המשפט העליון, אכן יש פער בין התדמית הציבורית של השופטים לבין דמותם ואופיים בפועל? האם צריך להיות פער כזה כדי לשמור על מעמדם העליון של השופטים?

השופטים הם אנשים רגילים, כמו שאר בני האדם. חשוב שבכית המשפט יהיו מעין גינונים של כבוד כמו גלימות, הבמה הגבוהה שעליה בדרך כלל יושבים השופטים וכולי כדי לשמור על כבודה של מערכת המשפט. המצב בישראל הוא לא כמו באנגליה, למשל, שבה השופטים מתהלכים עם פאות. בישראל השופטים אמנם חייבים לשמור על ריחוק כלשהו אך אני מתנגד להגדרה של "שופטים עליונים" ומעדיף להשתמש בביטוי "שופטי הערכאה הגבוהה".

מהו, לדעתך, התפקיד שבו הגשמת את עצמך בצורה הטובה ביותר? האם במסגרת תפקיד זה אתה מרגיש שתרמת לחברה את תרומתך הניכרת ביותר?

התפקיד החשוב ביותר שמילאתי היה להיות בן טוב להוריי, בעל נאמן לאשתי ואב טוב לילדיי. הייתי בן יחיד והטיפול בהוריי, שהיו אנשים חולים, לא היה פשוט כלל, אך אני מרגיש שמילאתי את תפקידי זה בצורה ראויה. מעבר לכך, כל תפקיד ציבורי שמילאתי היה עם האופי הייחודי שלו, ובכל תפקיד השתדלתי להגשים את הייחודיות שלו.

בשנות השישים, מיד לאחר שסיימת את עבודת הדוקטורט ואת תקופת ההתמחות, התחלת ללמד בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית. מאז פרישתך מבית המשפט העליון ועד היום הינך מכהן כחבר בסגל האקדמי של בית הספר למשפטים שבמרכז הבינתחומי בהרצליה. מתוך היכרותך רבת-השנים עם דורות של סטודנטים למשפטים, כיצד תגדיר את דור המשפטנים החדש ביחס לדורות שקדמו לו?

בתור מי שמלמד גם באוניברסיטאות בארצות-הברית אני יכול לומר שהסטודנט המצטיין הישראלי לא נופל ביכולותיו מהסטודנט המצטיין האמריקני הלומד באוניברסיטאות הטובות ביותר בעולם. אמנם ממוצע הסטודנטים שם גבוה מממוצע הסטודנטים בישראל אך השכבה המצטיינת שווה ביכולותיה. לדעתי הדבר נובע

מדרישות קבלה לא פשוטות הקיימות כיום לכניסה ללימודי המשפטים, דרישות שלא היו קיימות בזמן שאני הייתי סטודנט; גם אז היו כמוכן משפטים מצוינים.

מה דעתך על מצב השוק העמוס של עורכי-הדין? האם לדעתך החברה הישראלית זקוקה לכמות כזו של משפטינים?

בעיית ההצפה של שוק עורכי-הדין היא בעיה קשה ולשכת עורכי-הדין צריכה לטפל בה. עם זאת, צריך לשים לב לעובדה שאחוז גבוה מהסטודנטים למשפטים אינם ממשיכים למסלול ההכשרה לעריכת-דין אלא רואים את התואר במשפטים כתואר בסיסי שלא מחייב המשך עבודה בתחום. בכך אין כל פסול והדבר מבורך.

אחד הפרטים המפתיעים בעברך הוא שלמרות ניסיוןך העשיר במגוון תחומי המשפט. והעובדה שכינת שנים רבות כשופט וכנשיא בית המשפט העליון, מעולם לא התנסית כטוען בפני ערכאה שיפוטית.<sup>75</sup> האם אתה רואה בכך חיסרון או יתרון?

ללא ספק מדובר בחיסרון, כמו גם העובדה שלא התנסיתי בשיפוט בערכאה נמוכה. ישנה אפשרות ששופט בבית המשפט העליון ימונה לתקופה קצרה לשפוט בערכאה נמוכה כדי להתנסות בהערכת עדויות וכיוצא באלה. כשופט בפועל, לחץ העבודה בבית המשפט העליון מנע ממני את היכולת לממש אפשרות זו.

האם אתה חושב שיש מקום למסלול הכשרה נפרד למעוניינים לעסוק בשיפוט, החל בלימודים בפקולטה למשפטים?

לדעתי אין שום הצדקה להפרדה בין המסלולים כבר בתחילת הדרך. בשיטה הקונטיננטלית יש מסלול נפרד כזה והתוצאה היא שהשופטים מתחילים לשפוט בגיל מאוד צעיר, בשנות העשרים לחייהם, כשהם חסרים ניסיון ובשלות. לעומת זאת, לדעתי ישנו יתרון בכך שהשופטים מתמנים בגילאים מאוחרים יותר, לאחר שהתנסו בעריכת-דין, לאחר שצברו ידע וניסיון בתחומים נוספים, כגון לאחר שנישאו והקימו משפחה והם מתמודדים עם "צרות היומיום". כך אנו מקבלים שופטים בשלים, בוגרים ומנוסים יותר.

האם כיום, במבט לאחור, תוכל לומר שכבר בתחילת דרכך ייעדת את עצמך להיות מובילה של מערכת המשפט בישראל? האם בניית את דרכך המקצועית מתחילתה במטרה לכהן בסופו של

75 נעמי לויצקי, כבודו (תשס"א) בעמ' 133.

דבר כנשיא בית המשפט העליון? ואם לא – באיזה שלב בדרך התרחש המפנה והבנת כי זה העתיד המקצועי שאליו אתה שואף?

בתחילת דרכי ודאי שלא ייעדתי את עצמי לתפקיד שהגעתי אליו בסופו של דבר. למעשה, לא הייתה אף נקודה בדרכי המקצועית שבה הגדרתי את עצמי כמי ששואף להוביל את מערכת המשפט הישראלית. גם היום אינני מגדיר את עצמי ככזה. שופטי בית המשפט במשך כל הדורות הם שרשרת המורכבת מחוליות ואני הייתי רק חוליה בשרשרת. אינני ממעיט מתרומתי למשפט הישראלי אך אינני חושב שניתן להגדיר אותי כ"מובילה של מערכת המשפט בישראל". מעטים מאוד הם פסקי הדין המהפכניים שניתנים בכלל, ומעטים עוד יותר הם פסקי הדין המהפכניים שאני פסקתי. חשוב לזכור שפסקי הדין ניתנים על ידי הרכב שופטים ולא על ידי שופט יחיד, וגם כשמדובר בפסק דין של שופט אחד הרעיונות שמובעים בו נובעים גם מהתייעצות עם שופטים אחרים.