

## ריאיון עם אילה פרוקצ'יה

### מראיינים: שירה כהן בליימן, איתי מור

#### פתח דבר

המעבר מחיי השפיטה לחיים של חופש הוא מעבר מאוד מורכב. אני לא בטוחה שהייתי בוחרת בו אם זה היה נתון לבחירתי. הייתי נשאת בשיפוט כל כמה שהיה ניתן. אני דומה בעניין הזה לעבד האומר "אהבתי את אדוני" ומגיש את אוזנו למרצע. אם היה ניתן לרצוע את אוזני ולהפוך אותי לעבד המשפט הייתי מאוד מרוצה, אך אפשרות כזו – אין.

א' פרוקצ'יה יולי 2012

כך, בשורות ספורות, אפשר לזקק לטעמנו את מהותה של אילה פרוקצ'יה – שופטת. כארבעים ושבע שנים מחייה היא הקדישה למערכת המשפט, מתוכן כעשרים וארבע שנים בילתה על כס השיפוט, ובסך הכול במשך כעשר שנים כיהנה כשופטת בית המשפט העליון. תרומתה למשפט בישראל איננה מוטלת בספק. היריעה תקצר מלשבח את חכמתה, תבונתה, אומץ לבה ואהבתה העזה למשפט, אשר באו לידי ביטוי לאורך השנים בקבלת החלטות קשות, מורכבות, חלוציות, לא תמיד פופולריות, שהמשותף להן הוא אחד – הן ניתנו לאחר מחשבה מעמיקה ושקולה, ובמרכז ההחלטה תמיד ניצבו טובתו של הפרט וההגנה הבלתי מתפשרת והבלתי מסתייגת על זכויותיו.

שיחה זו נערכה עם השופטת פרוקצ'יה ביולי 2012. היא אינה מתיימרת לסכם את עשרות שנות השיפוט והעשייה מצדה, אך היא מבקשת להפנות זרקור על מקצת החלטותיה – המרכזיות ביותר, המעניינות ביותר, אלו שהיו שנויות במחלוקת הרבה ביותר – ולהבין את הלך הרוח האנושי והמשפטי שעמד בבסיס קבלתן.

איתי ושירה  
ינואר 2013

אנחנו רוצים להתחיל בנושא המהפכה החברתית – עניין משפטי שהיה לאקטואלי בשנים האחרונות. בעניין טויטו אמרת:<sup>1</sup>

תפיסת חזקה מתמשכת בלא הגבלת זמן, באזור נרחב המיועד לשימוש הציבור תוך הצבת אוהלים וכן מתקנים שונים לסיפוק צורכי מגורים שוטפים של חברי הקבוצה, הינה הפרה ישירה וברורה של הוראות חוק הערדוני. אחיזתם של חברי הקבוצה במקום פוגעת בראש ובראשונה בזכות מעבר טבעי הנתונה להולכי רגל ונוסעים ברכב; היא עלולה להוות מפגע תברואתי. ואמנם, בתגובת העירייה לבקשה לצו ביניים שהוגשה בבית המשפט לעניינים מינהליים נאמר כי המתקנים נושא הצו "גורמים למפגע תברואתי חמור, מים ושפכים נשפכים לחוץ ללא ניקוח; ויתושים מתרבים ועלולים להפיץ מחלות"; (סעיף ג(ב) ו(ג) לתגובה). יתר-על-כן, המאהל על שלוחותיו פוגע באופן מהותי בחזות פני המקום הציבורי וגורם מפגע ומטרד. בלא היתר מהרשות המוסמכת אין היתר לאזרחים לתפוס חזקה לאורך זמן ברחוב המיועד לשימוש הציבור הרחב ולהציב עליו מאהל ומתקנים שנועדו לשרת את צורכי שהותם במקום, ותהא התכלית שהם מבקשים לקדם חשובה ככל שתהא. סמכותה וחובתה של הרשות המקומית להגן על אינטרס הציבור לעשות שימוש ברחובות העיר בלא מפריע ובלא שייחשף למפגע ומטרד.<sup>2</sup>

האם התפיסה של "תכלית חשובה", ככל שתהא, מכשירה פעולות כאמור? האם את עדיין חשה כך היום, לאור אירועי קיץ 2011?<sup>3</sup>

השאלה שאתם מעלים היא אם ראוי להגביל את זכות ההפגנה של תנועת המחאה החברתית בדרך של פיקוח שלטוני על היקף ההיתר הניתן מבחינת המקום ומשך הזמן להקמת מאהל ברחובות מרכזיים של העיר, ומהם השיקולים הנוגדים בענין זה, וכיצד יש להעריך את משקלם היחסי. אפתח בהיבט כללי יותר ואגיע לנושא הספציפי בעניין טויטו, החוזר על עצמו גם במחאה החברתית הנוכחית.

נושא הזכויות החברתיות התחדד בעקבות המחאה של השנה האחרונה וקיבל תאוצה. הוא הבליט את הצורך החיוני בחקיקה של חוק יסוד: זכויות חברתיות. נראה לי כי זה צריך להיות היעד העיקרי האמתי של המחאה הזאת, מלבד ההישגים הקונקרטיים שמקווים להשיג, שאין לדעת מה מהם יושג, ואם לא יתבררו כהישגים קצרי טווח בלבד. חקיקת חוק יסוד זכויות חברתיות אמורה ליצור תשתית בסיסית להכרה בזכויות החברתיות כזכויות-על, המקנות לאדם בישראל ביטחון בסיסי לקיום מינימלי בכבוד,

1 ע"ם 3829/04 טויטו נ' עיריית ירושלים, פ"ד נט(4) 769 (להלן – עניין טויטו).

2 שם, בעמ' 776.

3 ההבדל – בירושלים הם ישבו כמעט שנה, ברוטשילד ובשאר המאהלים – כחודשיים וחצי.

בשני מובנים: במישור הכלכלי-פיזי ובמישור התרבותי-חברתי. המישור הכלכלי-פיזי מתייחס לסיפוק בסיסי של צורכי מזון, דיור, בריאות ותנאים הוגנים הקשורים בעבודה וביכולת ההשתכרות. המישור התרבותי-חברתי נוגע לזכויות לחינוך ולרכישת ערכי תרבות בסיסיים שאדם נזקק להם כדי לממש את האוטונומיה האישית שלו ואת זכותו לשוויון הזדמנויות בחברה. התפתחות המשפט החוקתי בארץ מתאפיינת בהישגים גדולים מאוד בתחום פיתוח הזכויות האזרחיות-פוליטיות, אבל בתחום הזכויות-החברתיות נדמה כי אנו בפיגור גדול. אפשר להתחקות על הסיבות להבדלים האלה בשני תחומי הזכויות. ייתכן שהסבר אפשרי לפער שנוצר נעוץ בכך שבניגוד לזכויות האזרחיות-פוליטיות, שהן זכויות נגטיביות בטיבן, המתאפיינות בכך שהשלטון מנוע מלהפריע למימושן, הזכויות החברתיות מחייבות השתתפות פוזיטיבית של השלטון במימושן ובמימוןן. כדי להבטיח לאדם קיום מינימלי בכבוד במישור הפיזי ובמישור התרבותי צריך להשקיע כספי ציבור רבים. כשמדובר בזכויות פוזיטיביות מסוג זה, קשה לשלטון להכיר מפורשות בעליונותן החוקתית, שכן משמעות הכרה זו היא קיום אחריות למימושן וקיום מנגנוני ביקורת שיפוטיים על מידת נשיאתו של השלטון באחריות הרובצת עליו.

אפשר להגיד כי גם בזכויות האזרחיות-פוליטיות יש גרעין פוזיטיבי, הזכות לבחור ולהיבחר למשל דורשת משאבים גדולים מאוד.

זה נכון שהגבולות בין הזכויות הנגטיביות לפוזיטיביות אינם תמיד חדים, ועשויה להיות לעתים חפיפה מסוימת ואף טשטוש ביניהם. למשל, קיימים מצבים שבהם מימוש חופש הביטוי של הפרט, שהיא זכות נגטיבית, מחייב את השלטון במצבים קיצוניים לספק לפרט ולקבוצות אמצעים חיוניים כדי שיוכלו לממש את זכותם לביטוי. אבל מדובר במצבים חריגים, והכלל הרחב הוא כי חופש הביטוי וחופש ההפגנה הם בעיקרם זכויות נגטיביות. כך גם הזכויות לבחור ולהיבחר, שהן אולי הזכויות החשובות ביותר מכל הזכויות הפוליטיות, הן זכויות נגטיביות אם כי ברור כי אי אפשר לממשן בלא הקמת מערך אדמיניסטרטיבי על ידי השלטון שיאפשר זאת הלכה למעשה. אבל בדרך כלל מימוש הזכויות האזרחיות-פוליטיות של האדם אינו מחייב השקעת משאבים מצד השלטון. לא כך באשר לזכויות החברתיות, המחייבות השקעה של משאבי ציבור גדולים. אבל הכיצד אפשר לחלוק על מעמדן החוקתי של הזכויות החברתיות? מה בסיסי ומהותי יותר לכבוד האדם מתנאי קיום מינימלי במישור הפיזי, ומהזכות לחינוך ולרכישת ערכי תרבות בסיסיים במישור התרבותי-רוחני? ומלבד זאת: איך יכול אדם לממש את הזכויות האזרחיות-פוליטיות הנתונות לו מבלי שמובטחים לו תנאי חיים והתפתחות מינימליים? איך הוא יממש את זכותו לחופש ביטוי, לחופש בחירה, לחופש קניין ולחופש עיסוק בלי קיום תנאי מחיה וערכי השכלה בסיסיים?

זו למעשה גישה רחבה מהגישה שהצגת בפסק דין טויטו.

עניין טויטו היה עניין נקודתי שעסק בשאלה מהו משך התקופה הסביר הנתון למפגיני מחאה חברתית לקיים מאהל ברחוב מרכזי של עיר. מיד אתיחס לכך, אבל אוסיף עוד בהיבט הכללי, כי במציאות של היום, שבה אין לנו חוק יסוד בעניין זכויות חברתיות, בית המשפט תורם תרומה מסוימת להכרה בזכויות אלה, אבל תרומה זו היא חלקית ביותר. חסרה בשיטה שלנו תפיסה כוללת ועקיבה בשאלת מהותה, מאפייניה ומעמדה של הזכות החברתית, ולכן היא עדיין לא רכשה את מעמדה הערכי הראוי. בחקיקת חוק יסוד: זכויות חברתיות חשוב לא רק להבהיר מהי זכות חברתית, שזו שאלה לא פשוטה כשלעצמה, אלא גם להגדיר בצורה זהירה ומדודה מהו היקף ההגנה הראויה על הזכות החברתית כזכות חוקתית, וכיצד לעצב פסקת הגבלה בעניין הזכות החברתית שתסדיר ותאזן את המתח המיוחד בין הצורך בכיבוד של הזכות החברתית מצד אחד לבין קיומם של אינטרסים ציבוריים-לאומיים וכלכליים נוגדים מצד שני. המתח הפנימי הזה משקף את הקושי הגדול שבגללו הזכויות החברתיות לא עוגנו עד היום בחקיקת יסוד כוללת. בישראל קיימות בעיות תקציביות מורכבות ושאלות של סדרי עדיפויות לאומיים, המקבלות משמעות מיוחדת, בין היתר בשל הסיכון הביטחוני שהיא נתונה בו לאורך שנים. בתנאים אלה תפקידו של השלטון לבנות את מדרג העדיפויות לפי כלל הצרכים הלאומיים המצויים בידיעתו המיוחדת ובתחום מומחיותו. ההנחה היא כי הרשות השיפוטית אינה צריכה להתערב בסדרי עדיפויות אלה דרך שגרה. עם זאת תנאי הקיום הבסיסיים של האדם בחברה דמוקרטית מודרנית צריכים להיות ערך מוגן, בעל מעמד חוקתי מחייב, אשר ימצא את מקומו הראוי במדרג העדיפויות של הצרכים הלאומיים לא כמעשה חסד של השלטון אלא כמעשה המצוי בגדרי אחריותו הלאומית. על מקומה הראוי של הזכות החברתית צריכה להגן פסקת ההגבלה בחוק היסוד כאשר חוק כזה יחוקק; על הפעלתה הנכונה של פסקת הגבלה כזו צריך בית המשפט לפקח במסגרת ביקורתו השיפוטית-חוקתית.

כאן מתקשרים הדברים לפרשת טויטו. במקרה זה הקימה קבוצת אנשים שטענה לקיפוח חברתי מאהל גדול ברחוב מרכזי בקריית הממשלה בירושלים והשתכנה בו עם בני המשפחה תקופה ארוכה, שנמשכה כשנה עד לפינוי. נוצרה התנגשות בין ערך חופש הביטוי וההפגנה במסגרת מחאה חברתית לבין האינטרס הציבורי של שמירת הסדר הציבורי בהשלכתו הרחבה – ביטחון בדרכים, הגנה על התברואה וקיום חיים עירוניים שגרתיים תקינים במרכז עירוני שיש בו התנהלות אינטנסיבית של הממשל והציבור הרחב. המתח האמור בין חופש ההפגנה לבין האינטרס הציבורי האמור הצריך איזון תוך מתן משקל יחסי ראוי לכל אחד מהערכים המתנגשים. בתהליך האיזון הזה הובאה בחשבון קודם כול העובדה כי מאהל הקבוצה הוקם ברחוב מרכזי של קריית הממשלה ועמד שם במשך חודשים רבים ללא כל הפרעה מצד גורמי השלטון. מנגד הוכח כי המאהל היה מפגע ממשי שיצר סיכונים מבחינת התנועה והתחבורה בדרך, מבחינת תנאי

תברואה ומבחינת ניהול חיי שגרה באזור עירוני סואן. לאחר תקופה ארוכה של קיום המאהל באזור הוצע לקבוצת המפגינים לעבור למקום אחר בעיר, וההצעה נתקלה בסירוב. אז הוציאה העירייה צו פינוי למאהל, שתוקפו המשפטי הועמד לביקורת בית המשפט. פסק הדין בעניין זה הניח כי זכות המחאה וההפגנה, עם כל חשיבותה, אינה זכות מוחלטת. חלות עליה מגבלות, בין היתר של זמן ומקום, פרי שיקולים נוגדים של סדר ציבורי וביטחון. מבחינת יעדיה וזמן התמשכותה ההפגנה השיגה את מטרתה. כנגד זה הפגיעה שנגרמה מהתמשכותה במקום מרכזי בקריית הממשלה הייתה ניכרת ומשמעותית. בשקלול מלוא השיקולים הרלוונטיים הוחלט כי לאחר תקופה כה ממושכת של קיום המאהל, ובהתחשב באינטרס הציבורי הנוגד, אין מקום לפסול את תוקפו של צו הפינוי שהוציאה העירייה. ייתכן כי אילו הוצא צו הפינוי בחלוף תקופה קצרה בהרבה מזו שחלפה בפרשת טויטו, אפשר כי האיזון השיפוטי היה שונה. צריך לזכור כי חופש ההפגנה וחופש הביטוי, חרף חשיבותם, אינם זכויות מוחלטות, וגם להם יש גבולות של הגנה בהתחשב בקיומם של אינטרסים ציבוריים חשובים סותרים, ולעתים גם בשל זכויות נוגדות של פרטים אחרים. בית המשפט נדרש לאזן ביניהם ולהביא לנקודת שיווי משקל שבה הן זכויות האדם והן האינטרסים החברתיים הנוגדים יקבלו מענה יחסי ראוי. זו הייתה התפיסה המשפטית שהנחתה את הפסיקה בעניין טויטו.

גם המחאה החברתית הנוכחית צריכה להיות כפופה לאיזונים ראויים כפרי המתח שבינה לבין אינטרסים ציבוריים חשובים נוגדים. לצורך האיזון צריך תמיד לשקול את מלוא השיקולים והנתונים הרלוונטיים לנסיבות העניין הספציפי.

רואים הבדלים ניכרים בין עניין טויטו לבין המחאה של קיץ 2011, שלאחר שלושה חודשים בלבד הוציאו צו לפינוי המאהל. גם הניסיון להקים את המאהל מחדש בשנת 2012 זכה לתגובה כמעט מידית. האם יכול להיות שאנו רואים מידה של אסקלציה, ושהאיזון נוטה להגן על הסדר הציבורי יותר מאשר על הזכות למחות? האם זה ראוי לדעתך?

קשה לי לנקוט עמדה בעניין קונקרטי שאינני מצויה במלוא פרטיו העובדתיים. מה שאפשר לומר הוא כי האירועים האחרונים בתל-אביב מעוררים שאלת איזונים דומה לזו שעלתה בעניין טויטו. גם המחאה בתל-אביב מחייבת איזונים בין זכות ההפגנה לבין האינטרס הציבורי להגן על שגרת החיים ברחובות העיר ועל תקינות חיי היום-יום של התושבים המתגוררים בסמיכות למקום המאהל. דרך האיזונים מחייבת הכרת מלוא הנתונים הצריכים לעניין, שרק על יסודם אפשר להגיע לשיווי המשקל הראוי.

אנחנו רוצים לחדד את עניין הזכויות הסוציאליות. באותו פסק דין התייחסת להתפתחות התפיסה של כבוד האדם כזכות חוקתית והזכרת שכיום היא מוגבלת לסף מינימלי הנדרש לחיים בכבוד:

אכן במשפט בישראל הולכת ומשתרשת התפיסה כי כבודו של אדם כזכות חוקתית אוצר בתוכו גם זכות למינימום של קיום אנושי ובכלל זה קורת גג, מזון בסיסי, וטיפול רפואי אלמנטרי, וכי על המדינה חובה לדאוג לכך שרמת חייו של אדם לא תרד מתחת לסף הנדרש לחיים בכבוד...<sup>4</sup>

את ציינת כי את רואה בהכללתה של הזכות לחינוך כחלק מהזכות לכבוד, כלומר מדברים על זכויות סוציאליות רחבות מאלה שדובר עליהן בעבר. האם את רואה כך את הדברים היום? האם לדעתך יש סיכוי שנראה בקרוב התפתחות של הזכות לכבוד באופן שתכלול גם זכויות סוציאליות מעבר לסף המינימלי הנדרש לחיים בכבוד? האם זה יהיה ראוי לטעמך?

כבוד האדם היא אחת מן הזכויות החשובות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק היסוד כולל זכויות ספציפיות מוגדרות בצד זכויות מסגרת רחבות שניתן לגזור מתוכן זכויות שונות. הזכות לחירות והזכות לכבוד בחוק היסוד הן זכויות מסגרת. כבוד האדם הוא מושג רחב שאפשר במובן המילולי להטמיע אל תוכו עולם ומלואו. עם זאת ההיסטוריה החקיקתית של חוק היסוד מעידה שלא כל זכויות היסוד ההלכתיות שהיו עשויות להיחשב חלק מכבוד האדם, הוכנסו בגדר מושג זה. יש צורך לפרש פרשנות תכליתית את מושג כבוד האדם שבחוק היסוד, בין היתר על רקע ההיסטוריה החקיקתית הזו. לכן אי אפשר לתת פרשנות גורפת למושג כבוד האדם אלא יש להתמודד באורח פרטני עם השאלה אם זכות הלכתית מסוימת נכללת בזכות המסגרת של כבוד האדם. השאלה עלתה באופן הזה בנוגע לזכות לשוויון ובנוגע לזכויות לחינוך, למים, לבריאות ועוד. התשובה באשר לכל אחת מהזכויות האלה עשויה להיות מורכבת על שום הצורך בפרשנות תכליתית של מושג הכבוד בחוק היסוד. למשל, אשר לזכות לשוויון נפסק כי לא כל פגיעה בשוויון, באשר היא, תהיה בהכרח פגיעה בזכות לכבוד האדם. כדי שפגיעה בשוויון תהיה פגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם, עליה לנגוע בכבוד האדם בגרעיני המהותי. כך למשל פגיעה בזכות למשפחה של אזרחיה הערביים של מדינת ישראל, שנאסר עליהם להתאחד עם בני זוג מהאזור, היא פגיעה בשוויון היורדת לשורש כבודו של האדם. הזכות לשוויון בהקשר זה היא חלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם על פי חוק היסוד. מצבים של הפליה עדתית בין תלמידים בבתי ספר הם פגיעה בשוויון הנוגעת בגרעין כבודו של האדם. לכן הם פגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם. כך בפרשת בית הספר עמנואל (הפליה עדתית בין אשכנזים לספרדים בבית ספר לבנות) וכך בפרשת טבקה (הפליה בין תלמידים יוצאי עולי אתיופיה לבין תלמידים ילידי הארץ בבית הספר).

דעתי היא כי הזכויות החברתיות של האדם, הכוללות הן את הזכות לקיום פיזי מינימלי והן את הזכות הבסיסית לקיום תרבותי-רוחני הן חלק מהזכות הרחבה לכבוד

4 עניין טויטו (לעיל, הערה 1).

האדם. כך פסקתי כי הזכות למים ברמה החיונית לקיום והזכות לבריאות במישור האלמנטרי הן חלק מכבוד האדם. הזכות החוקתית לכבוד האדם כזכות מסגרת היא רקמה פתוחה שגבולותיה אינם מוגדרים. תוכנה מתעצב מזמן לזמן וממקרה למקרה. המבחן לפרשנות הזכות לכבוד בהקשר של הזכויות החברתיות הוא – מהו המינימום הנדרש לקיומו הפיזי והתרבותי של האדם לצורך שמירה על כבודו. זכות המסגרת של כבוד האדם מספקת את האכסניה לזכויות אדם ספציפיות שלא פורטו בחוק היסוד, ואשר בפרשנות תכליתית אפשר לכלול אותם במושג הרחב של כבוד האדם. השאלה אם הזכות לכבוד האדם כוללת בתוכה גם זכות לקיום ברווחה מעבר לסף המינימום איננה פשוטה. נראה לי כי בשלב זה, כשאנחנו בראשית הדרך בהכרה הניתנת לזכויות החברתיות, ראוי לפרש את מושג כבוד האדם כמתייחס לצורכי הקיום הבסיסיים ביותר של האדם. השאלה מהו המינימום הנדרש לקיום בכבוד בחברה מודרנית היא כשלעצמה עניין הנתון לתנודות של הזמן, המקום, אורח החיים המקובל בחברה ותפיסות משתנות הרווחות בה.

אם הזכרנו את עניין הזכות לחינוך, בהקשר של עניין טבקה,<sup>5</sup> נרצה להמשיך באותו כיוון. בעניין טבקה קבעת בדעת רוב כי הזכות לחינוך היא בעלת מעמד חוקתי כפול – הראשון – זכות יסוד בעלת מעמד עצמאי, והשני למצער – משתלבת בגרעין הזכות החוקתית לכבוד האדם:

בלא מימוש מלא של הזכות לחינוך נפגע כבודו של האדם, ונפגע קיומו האנושי בכבוד. בלא חינוך, נפגעת יכולתו של האדם לממש את הווייתו האנושית במלואה; פגיעה זו כמוה כפגיעה בזכותו לכבוד אנושי.<sup>6</sup>

עוד קבעת כי פגיעה בזכות לחינוך המשתלבת בפגיעה בזכות החוקתית לשוויון, הופכת לפגיעה בשוויון לחינוך ובכך היא עולה כדי פגיעה בזכות לכבוד.<sup>7</sup> דברים דומים עלו גם בעניין אבו לבדה.<sup>8</sup>

מדוע קבעת כי הזכות היא חוקתית כשקביעה זו לא הייתה נחוצה לשם הכרעה?<sup>9</sup>

נראה לי כי היה מקום לקבוע בעניין טבקה כי ההפליה בבית הספר כלפי בני העלייה האתיופית הייתה פגיעה חוקתית כפולה בכבוד האדם: הפגיעה האחת היא פגיעה בעצם

5 בג"ץ 7426/08 טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך (פורסם בנבו, 31.8.2010).

6 שם, בפסקה 16 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

7 שם.

8 בג"ץ 5373/08 אבו לבדה נ' שרת החינוך, בפסקה 26 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 6.2.2011).

9 ראו: לטם פרי-חזן "הזכות לחינוך: קווים לדמותה המשתנה בעידן של מהפכה חוקתית" משפט ועסקים יז (2013) (להלן – פרי-חזן "הזכות לחינוך").

הזכות לחינוך כזכות חברתית בעלת מעמד חוקתי, והפגיעה השנייה היא בזכות לשוויון כחלק מכבוד האדם. בחינת מעמדה הנורמטיבי של הזכות כזכות חוקתית או כזכות רגילה קובע את המתודה של הניתוח המשפטי לצורך הכרעה. בעניין זה יש הבדל ניכר בין זכות חוקתית לבין זכות רגילה, שכן השוני במעמד הנורמטיבי של הזכויות קובע את שיטת הניתוח שבאמצעותה אנו מנתחים את הזכות ואת הפרתה. לכן כאשר אנו דנים למשל בזכות לחינוך, בזכות לבריאות ובזכות למים, חשוב מאוד לברר כבר בתחילת הדרך מה מעמדה הנורמטיבי של הזכות כדי לדעת אילו כללים יש להחיל עליה ועל הפרתה. בזכות חוקתית בוחנים את שאלת מהות הפגיעה בזכות על פי תנאי פסקת ההגבלה שבחוק היסוד, ובזכות יסוד הלכתית – על פי תורת האיזונים, פרי המשפט המקובל, המושפעת מפסקת ההגבלה. ניתוח מהות הפגיעה בזכות רגילה אינו כפוף לתנאים אלה אלא לתנאים אחרים הנשאבים מעקרונות כלליים של המשפט הציבורי. זהו הבדל מהותי בניתוח הזכות והפרתה, ואפשר שיהיו הבדלים ניכרים גם לעניין הסעדים, והיבטים נוספים.

בעניין טבקה השאלה אם הפליה בחינוך היא פגיעה בזכות חוקתית הייתה שאלה מתחייבת, שבעקבות מתן מענה חיובי עליה הוחלו הכללים החוקתיים בעניין מידת הפגיעה המותרת בה. אי אפשר היה לדון בעניין טבקה מבלי לברר תחילה את שאלת מעמד הזכויות שנפגעו, ובעקבות זאת להחיל את הכללים החוקתיים החלים על הפרת שתי הזכויות החברתיות – הזכות לחינוך מצד אחד והזכות לשוויון ומניעת הפליה בחינוך, מצד אחר. בעניין טבקה התעוררה השאלה מהם גבולות האוטונומיה של החינוך הדתי הייחודי, ואם אוטונומיה זו מתירה למוסד חינוך לא רשמי לסרב לקבל למסגרתו תלמידים על רקע שוני במוצאם העדתי, ובמקרה זה ילדים בני העלייה האתיופית. בגדר האיזונים החוקתיים שהופעלו נקבע בפסיקה כי אכן נתונה להורים אוטונומיה אישית לבחור את דרך החינוך של ילדיהם, אבל אוטונומיה זו אינה מוחלטת, ויש לה סייגים. מימושה של האוטונומיה בחינוך אינו מתיר הפליה בקבלת תלמידים על רקע שוני עדתי.

דרך הניתוח בפסק הדין היא חוקתית, ואי אפשר היה לעקוף את הניתוח החוקתי. עניין אבו לבדה עסק במקרה שבו אירעה הפרה מתמשכת של חובת הרשות המוסמכת לקיים חינוך חובה רשמי לכל זכאי חינוך חינוך חינוך במזרח-ירושלים. התברר כי כארבעים אלף ילדים, זכאי חינוך רשמי חינוך, אינם יכולים לממש את זכותם ללמוד בבתי ספר רשמיים במזרח העיר בגלל היעדר מסגרת פיזית מתאימה. נכון, כי אפשר היה לבסס את פסק הדין, ולהוציא צו מוחלט נגד הרשויות באשר לעצם הפרת חוקי החינוך המחייבים אותן להקצות אמצעים פיזיים למימוש זכויות התלמידים במזרח-ירושלים לחינוך רשמי חינוך. אבל העובדה כי מדובר בזכות לחינוך של הפרט, שהיא זכות יסוד חוקתית, הוסיפה עצמה לניתוח ההתנהגות המפרה של הרשות. הודגש באותו עניין כי אין מדובר בהפרה רגילה של זכות רגילה אלא בהפרה מתמשכת של זכות אדם חוקתית



שיש לה השלכות מרחיקות לכת. גם כאן היה חשוב להגדיר את הזכות כזכות חוקתית, דבר שהשפיע בפועל ובמישרין גם על הסעדים החוקתיים שהוענקו בגין ההפרה.

כשנה לאחר מכן העירה הנשיאה ביניש כי מעמדה החוקתי של הזכות עדיין נמצא בסימן שאלה.<sup>10</sup> עם זאת בדיון עצמו ההרכב לא שלל את הטענה כי הזכות אינה חוסה בחלקים מסוימים תחת הזכות החוקתית לכבוד האדם (כלומר, שחלקים ממנה אכן חוקתיים).<sup>11</sup>

אם בית המשפט העליון אכן יצמצם את היקף ההגנה החוקתית על הזכות לחינוך, מהו לדעתך היקף ההגנה הראוי במצב דברים זה?

לא הייתי שותפה לאותו דיון, ואינני מכירה את פרטיו. זה נכון שבאשר לזכות לחינוך הייתה בשעתה מחלוקת בבית המשפט העליון בנושא מעמדה החוקתי של זכות זו. עם השנים, בפסיקות שונות, התייחסו שופטים שונים לזכות לחינוך כזכות חוקתית. דעתי היא, והדבר קיבל ביטוי בפסיקותי, כי אכן מדובר בזכות חוקתית. קשה לי לראות כיצד אפשר לדבר על זכות לכבוד האדם כמשמעותה בחוק היסוד מבלי לכלול בתוכה את הזכות לחינוך במובנה הבסיסי ביותר. אינני כוללת בכך את החינוך המוגבר מבחינת תכניות העשרה, החורגות מעבר לחינוך הבסיסי. הזכות לחינוך במובנה הבסיסי היא חלק מזכות האדם לקיום מינימלי בכבוד במישור התרבותי-רוחני-חברתי. ככזו היא זכות חברתית שהיא חלק מכבוד האדם כמובנו בחוק היסוד, ועל כן היא זכות-על חוקתית.

במאמרו "לחיות על פי עקרונות או לחנך לקראתם?"<sup>12</sup> מבקר דן גבתון בחריפות את מצבו העגום של החינוך הציבורי בישראל. הוא אומר:

החינוך הציבורי בישראל נמצא בסכנה, ומרכיביו המרכזיים – פיקוח על בחירת בתי הספר ותכנית הלימודים – עוברים תהליך של מעין הפרטה; למרות המימון ולעיתים אף למרות הבעלות הציבורית, עוברת השליטה לידי גורמים שאינם ציבוריים או לידי מגזרים מסוימים בעלי אינטרסים צרים, שאינם מייצגים את כלל הציבור באופן הטוב ביותר בהכרח.<sup>13</sup>

10 בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת [עתירה למתן צו על תנאי, 4.10.2011] בעמ' 12, מול שורות 27–28.

11 שם, שם. ראו לדוגמה דברי השופט פוגלמן בעמ' 12, מול שורות 18–20.

12 דן גבתון, "לחיות על פי עקרונות או לחנך לקראתם? מקום המשפט כמכשיר לקידום הוגנות במסגרת רפורמות בחינוך: ניתוח שלושה מקרים", האם המשפט חשוב? (2011) 355 (להלן – גבתון "לחיות על פי עקרונות").

13 שם, בעמ' 397.

כדוגמה לכך הוא מביא בהמשך את התייחסותו של בית המשפט העליון לסוגיה של בחירת בתי ספר. הוא מייחד את פרשת פוריה עלית<sup>14</sup> כמקרה הבולט ביותר לטענתו שבו בית המשפט העליון טועה פעם אחר פעם בכל הנוגע לתפיסתו את החינוך הציבורי, ובפרט בהקשר של חופש הפעולה הניתן לבתי ספר בעיני המחוקק, ולחוסר האפשרות לשלוט בנעשה בהם במובן של כללי המשפט החוקתי והמנהלי, לדבריו.<sup>15</sup> וכך הוא אומר:

[ב]ענין פוריה עלית... אפשר בית המשפט העליון את קיומו של מה שקרוי בספרות המחקרית "בית ספר בתוך בית ספר" (school within a school); אוכלוסיית ילדי קיבוצים שחויבה ללמוד בבית הספר מכוח הסכם לבעלות עליו בין משרד החינוך לעותרים, הופרדה במערכת השעות ממערכת הלימודים של העותרים. השופטת פרוקצ'יה מתעלמת בפסיקתה מכך שבחיי היומיום לא ניתן להפריד את החלק הממומן מכספי ההורים מן החלק הממומן מכספי הציבור (מה גם שבאותו מקרה נעלמה מעיני בית המשפט העובדה שחלק מהכסף שימש להקטנת מספר התלמידים בכיתות הלימוד הרגילות). עוד התעלמה השופטת מכך שבית ספר כזה אינו יכול להתקיים ולו יום אחד ללא מימון ציבורי, המגיע כדי כשמונים וחמישה אחוז מתקציבו.<sup>16</sup>

כיצד את מגיבה לביקורת זו, בייחוד כאשר פסק הדין דווקא מחזק את הזכות לחינוך ציבורי חינוכי?<sup>17</sup>

קשה לי להסכים עם הדברים, בעיקר מבחינת חוסר האיזון שיש בגישת הכותב בין זכות הפרט לאוטונומיה בבחירת החינוך הייחודי לבין צורכי כלל הציבור בקיום ערכי חינוך כלליים, שהם בגדר חינוך חובה הניתן חינוך, שהמדינה מחויבת להם. החוק בישראל מטיל חובת חינוך חינוך חינוך על כל ילד, והאחריות לכך מוטלת על המדינה. כשמדובר בחינוך חובה חינוך, הכוונה היא לתכנית הלימוד הבסיסית, שהיא תכנית היסוד של מערכת החינוך. תכניות ההעשרה בחינוך – בין שמדובר בחינוך הממלכתי ובין בחינוך הייחודי – אינן חלק ממערכת חינוך החובה הניתן חינוך. לצד החינוך הממלכתי הכירה השיטה בישראל בזכות הפרט ומגזרי אוכלוסייה שונים להקים לעצמם מסגרות חינוך ייחודי – אם זה חינוך דתי, קהילתי או קיבוצי – השמות דגש בתכניות העשרה הגזרות על פי אופיו של המגזר שהקימן. תכניות העשרה החורגות מתכנית הלימודים הבסיסית אינן אסורות – בין בחינוך הממלכתי ובין בחינוך הייחודי – וזוהי הפשרה בתפיסת החינוך בין היסוד האלמנטרי, המוטל כחובה וניתן חינוך, לבין יסוד ההעשרה,

14 בג"ץ 4363/00 ועד פוריה עלית נ' שר החינוך, פ"ד נו(4) 203.

15 גבתון, "לחיות על פי עקרונות" (לעיל, הערה 12) בעמ' 401.

16 שם, בעמ' 401, הערה 157.

17 פרי-חזן "הזכות לחינוך" (לעיל, הערה 9) בעמ' 29–30.

הניתן כאופציה למי שרוצה בכך, ויכול להרשות לעצמו זאת. החינוך המועשר יכול להתקיים הן במסגרת החינוך הממלכתי הרשמי והן במסגרת החינוך הייחודי, אבל האחריות להענקתו מוטלת על הורי התלמידים המעוניינים בכך. אלה שאינם מעוניינים, או אינם יכולים לעמוד בנטל הכרוך בכך, מסתפקים בתכנית הבסיסית. נכון הוא כי עלול להיווצר אי-שוויון בקיום קבוצות שונות של תלמידים באותו בית ספר שרק חלק מהם נחשפים לתכניות העשרה, אבל אי-שוויון זה נוצר על רקע תפיסת החינוך המאזנת בין זכותו של היחיד לחינוך ייחודי לבין הצורך בהקניית ערכי חינוך ממלכתי כלליים לכלל ילדי ישראל. המדינה נדרשת לאזן בין זכותו החוקתית של אדם לחינוך חובה חינוך והצפייה שלו שלא יטילו עליו מטלות כספיות הכרוכות בחינוך מועשר שהוא אינו חפץ בו או מתקשה לעמוד בו, לבין זכותו של הפרט האחר לחינוך מועשר, הכולל תכניות מיוחדות שהוא מוכן, רוצה, ויכול לממן. אני מסכימה כי חוסר השוויון בחינוך בין בעלי יכולת למיעוטי יכולת הוא עניין שצריך לשאוף למנעו או למתנו, אבל כל עוד המדינה אינה יכולה להעניק חינוך מועשר על חשבונה לציבור כולו, נדרשים פשרה ואיזון על ידי כיבוד רצונותיהן של קבוצות האוכלוסייה השונות, תוך התחשבות ביכולותיהן הכלכליות השונות ותוך ויתורים הדדיים, כנדרש באיזון חוקתי.

מקרה פוריה עילית הוא מקרה מיוחד, המתייחס לקבוצת ילדים ממושב פוריה עילית בעמק הירדן שלא נמצא להם מוסד חינוך ממלכתי רשמי באזור שהיה יכול לקלוט אותם בתנאי חינוך חובה חינוך. הרשות המוסמכת, האחראית על פי החוק לספק להם חינוך חובה חינוך, הפנתה אותם אפוא לבית הספר הייחודי לילדי יישובי עמק הירדן בבית-ירח. מימון לימודי היסוד של אותם ילדי פוריה עילית בבית ספר זה הוטל על המדינה, והתעוררה השאלה אם הם חייבים בלימודי העשרה הייחודיים, הניתנים לשאר תלמידי היישובים במימון הוריהם. נפסק כי אין חובה על תלמידי פוריה עילית להשתתף בלימודי העשרה ולממןם אלא זו אופציה הנתונה לכל אחד על פי בחירתו. זוהי דוגמה למצב החוזר על עצמו הן בחינוך הממלכתי והן בחינוך הייחודי, של פער בין תלמידים המקבלים במסגרת חינוך חובה חינוך בסיסי חינוך בלבד, לבין אלה המקבלים, על פי בחירתם, תוספת שיעורי העשרה במימון הוריהם, ומצב זה עשוי להתרחש באותו מוסד חינוך עצמו. נוצר כאן שילוב של חינוך ממלכתי, המוטל כחובה וניתן חינוך, עם יסודות של חינוך ייחודי המתאפשר במימון פרטי, על פי בחירה. שילוב זה אינו חף מקשיים, אבל הוא נותן ביטוי לזכויות מתנגשות של פרטים וקהילות שונות באשר לערכי חינוך שהם מבקשים להקנות לילדיהם. ההסדר הקיים בנוי על ההנחה כי המדינה אינה יכולה לממן מכיסה את תכניות העשרה ולתתן לכול. העובדה כי מוסדות חינוך ייחודיים מקבלים תמיכה מהמדינה מעלה סוגיות נכבדות במישורים אחרים, אבל היא כשלעצמה אינה מולידה, מניה וביה, חובה על המוסד הנתמך להעניק שיעורי העשרה חינוך לכל תלמידי המוסד, המבוססים בדרך כלל על מימון עצמי של ההורים. הפער בין חינוך החובה הבסיסי הניתן חינוך לבין החינוך המועשר הניתן לפרט כאופציה במימונו, הוא

כפער בין הזכות לחינוך כזכות חוקתית, המתפרסת על החינוך הבסיסי, לבין החינוך המועשר, המצוי מחוץ לגדרה של הזכות לחינוך כזכות חברתית אלמנטרית. תמיכת המדינה בחינוך הייחודי אינה פועלת במישרין להקטנת הפער הזה, המשקף את רצונותיהם ויכולותיהם השונים של מגזרי אוכלוסייה שונים בתחום חינוך ילדיהם הן בחינוך הממלכתי והן בחינוך הייחודי. עם זאת חשוב לפעול למיתון הפער הזה ככל שמשאבי המדינה יעמדו בכך.

בעניין יחסי הורים ילדים את דגלת בפסיקותייך בגישה השוללת עד כמה שאפשר התערבות של הרשות הציבורית באוטונומיה של המשפחה הטבעית.<sup>18</sup> גישה זו הובילה אותך להיות בדעת מיעוט בפסקי דין רבים וחשובים שבהם פעם אחר פעם התנגדת לפירוק התא המשפחתי הביולוגי: החמרת מאוד את בדיקת המסוגלות ההורית, במובן זה שניתוק ילד מהוריו הטבעיים מחייב רמת הוכחה גבוהה ביותר של תנאים המצדיקים "התערבות בגורלות";<sup>19</sup> קבעת כי שאלת המסוגלות ההורית חייבת לעמוד לניסיון, ואין להפריד ילד מהוריו קודם שנבחנה מסוגלות זו, ולו המינימלית ביותר;<sup>20</sup> קבעת שעל הרשות הציבורית

18 רונה שוז, "זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת 'תינוק המריבה'", **משפחה במשפט** א (2007) 163, בעמ' 179 (להלן – שוז "זכות הילד").

19 דנ"א 6041/02 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(6) 246, בעמ' 277. דיון נוסף זה הפך את ההחלטה הקודמת בעניין, שניתנה ברע"א 3009/02 פלונית נ' פלוני, פ"ד נו(4) 872. בדיון הנוסף התקבלה גישתה של פרוקצ'יה, ונהפכה לדעת רוב. ברע"א 3009/02 פלונית נ' פלוני, פ"ד נו(4) 872, בעמ' 911 אמרת: "על-פי ערכיה של החברה בישראל, המשמורת ההורית והקשר בין הורה לילדו הוא ערך ממעלה עליונה. כדי להתערב בערך זה על דרך כפיית אמצעי טיפול והשגחה על קטין נדרש צורך קיצוני של נזקקות. בצד הנזקקות נדרש ביסוס משכנע להתאמתו של האמצעי הטיפולי המתבקש, כאשר ניתוק ילד ממשמורת הורית הוא הקיצוני מבין האמצעים המוכרים. על רשויות הסעד נטל הוכחה כבד לביסוס הנזקקות והתאמת האמצעי המבוקש לנסיבות העניין. על אחת כמה וכמה כך הוא כאשר ננקט הליך מקוצר על-פי ס' 12 המסמיך נקיטת אמצעים בכפייה גם בלא שמיעת הנוגעים בדבר – הקטינים והאחראי עליהם. הליך זה שמור למצבים מיוחדים שבהם מצד אחד – נזקקותו של הקטין ברורה על פניה, ומצד אחר – מפאת דחיפות גדולה, אין סיפק לקיים הליך רגיל שניתן להתייחס בו לכל העמדות והטענות של כל הגורמים שעמדתם ורצונם רלוונטיים ביותר לעניין כה הרה גורל. עם זאת טיבו של העניין ונסיבותיו אינם מותירים ספק בדבר הכרח לנקוט אמצעים מידיים לשמירה על שלומו של הקטין, ולא ניתן להמתין, ולו לשעה קלה".

20 רע"א 669/00 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נד(3) 218. דוגמה מתוך פסק הדין (בעמ' 208–209): "בשלב זה אין להכריז על הקטינה כבת-אימוץ. ראוי להעבירה לרשות הוריה בתקווה כי יעלה בידם למצות את כוחם ואת יכולתם המשותפת לעמוד במשימת גידולה וחינוכה של הילדה". בעמ' 212: "בירור השלב הראשון בהליך האימוץ מבקש לייחס את מלוא המשקל לזכותם של ההורים לממש את קשר ההורות עם ילדיהם ולא להתנתק מהם. הוא מניח כהנחה מובנית כי ההגנה על קשר ההורות הטבעי משקפת צו של הטבע האמור להישמר גם מקום שהגורל לא חנן הורים ביכולות ובכשירויות גדולות וכי גם במציאות כזו נועד הילד לגדול במערכת הטבעית שהוא קשור אליה קשר דם בלי ינתק. חריגה מהנחה זו מוכרת רק במקרים קיצוניים שבהם ברור מעבר לספק כי המערכת ההורית הטבעית לא תוכל לספק אף את צרכיו הראשוניים ביותר של הילד". בעמ' 218: "מכלול

מוטלת חובה עצמאית ובלתי תלויה באם, לנקוט אמצעים אובייקטיביים לאתר אב נעדר ולברר עמו מהי עמדתו באשר להכרזה על ילדו בר אימוץ;<sup>21</sup> ביטלת הכרזת ילד כבר אימוץ חרף היותו בן שנתיים ועל דעתם החולקת של ששת חברי ההרכב האחרים.<sup>22</sup>

בפרשה זו, שזכתה לכינוי "פרשת תינוק המדיבה", אמרת:

הזכות להורות זכותו של ילד לגדול בחיק הוריו הטבעיים הן זכויות שלובות זו בזו, היוצרות יחדיו את הזכות לאוטונומיה של המשפחה. זכויות אלה הן מיסודות הקיום האנושי, וקשה לתאר זכויות אנוש שתשווינה להן בחשיבותן ובעוצמתן.<sup>23</sup>

בפרשות אלו הצגת גישה שעולה מתוך מחקרים רבים המראים כי טובת הילד היא לגדול בחיק הוריו הביולוגיים, גם אם הציגו יכולת הורית פחותה.<sup>24</sup> מניין נובעת נקודת מבטך הייחודית על מעמד המשפחה הטבעית? מדוע שמת את מרב הדגש על זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים?

נראה לי כי נקודת המוצא שלפיה המשפחה הביולוגית היא התא הטבעי הבסיסי של הקיום האנושי אינה מצויה במחלוקת. זו המסגרת הטבעית שהאדם נולד לתוכה, גדל בה ויוצא מתוכה לבגרות. בתוך התא המשפחתי הטבעי נבנה הביטחון הקיומי של האדם, הניזון מקשר הדם הביולוגי להורים ומאהבה שאינה מותנית בכל תנאי מוקדם. לקשר הדם של הילד להוריו יש ממשות שאין לה תחליף לבניית אישיותו, וזוהי מציאות של הטבע שקשה לחלוק עליה. גם מנקודת ראותם של ההורים מדובר בזכות טבעית לגדל את הילד הטבעי במסגרת האוטונומיה האישית של האדם לבנות משפחה, להביא ילדים, לגדלם ולחונכם בתוכה. שילוב זה של זכותו הטבעית של הילד לגדול בחיק הוריו הטבעיים, וזכות ההורים לגדל את ילדם הטבעי במשפחה שהקימו, גם הוא אינו במחלוקת אמתית. עם זאת אפשריים מצבים אנושיים מסוימים שבהם הורים אינם

הנתונים שהובאו אינם מצביעים בכירור וברמת הוודאות הנדרשת על היעדר מסוגלות הורית משותפת לאב ולאם ביחס לקטינה, מה גם שמסוגלות הורית משותפת זו מעולם לא הועמדה בניסיון ולא נבחנה הלכה למעשה".

21 בע"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פ"ד ס(3) 201, 181, 241.

22 בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים, פ"ד ס(1) 124, בעמ' 229 (להלן – עניין פלונית ופלוני).

23 שם, בעמ' 184–185.

24 לקריאה נוספת בעניין זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: הוועדה לבדיקת חוק אימוץ ילדים, התשמ"ה–1981 והליכי אימוץ ילדים בישראל דו"ח ביניים (2006); שוו "זכות הילד" (לעיל הערה 18); ראו גם: <http://myfamilythoughts.wordpress.com/2009/11/25/mitashvura>; וראו גם: <http://myfamilythoughts.files.wordpress.com/2009/06/childabductionisreal.pdf>.

מסוגלים מסיבות שונות לממש את זכותם הטבעית לגדל את ילדם, והותרת המצב הטבעי בעינו בלא התערבות המדינה עלולה לגרום נזק כבד לילד, ואף לפגוע בהורים עצמם. לכן השאלה היא מתי ובאילו נסיבות רשאית המדינה להתערב בקדושת התא המשפחתי ולהוציא את הילד ממנו, בין לצורך השגחה ופיקוח הרשויות ובין לצורך אימוץ. זוהי ביסודה שאלה של יישום. חוקי האימוץ וחוקי הטיפול וההשגחה של המדינה הנוגעים לילדים נזקקים קובעים את התנאים שבהתקיימם נדרשת המדינה להתערב בתא המשפחתי ולהוציא מתוכו ילד למסגרת אחרת, לעתים באופן זמני, ולעיתים באופן קבוע. על פי תפיסתי האנושית והשיפוטית, המשפט מטיל נטל כבד ביותר על רשויות המדינה לבסס את הצורך בהתערבות בשלמות התא המשפחתי הטבעי ולהראות שבשום תנאי אי אפשר להשאיר את הילד בחיק משפחתו הטבעית מבלי שייגרם לו נזק כבד שאינו ניתן לתיקון. כובד הנטל הוא יחסי למידת הניתוק המתבקשת – אם זה ניתוק זמני לצורך טיפול והשגחה או ניתוק תמידי במסגרת אימוץ. אימוץ הכרוך בניתוק תמידי של הקשר הטבעי של הילד לתא הביולוגי הוא הצעד הדרסטי ביותר של התערבות המדינה בתוך התא המשפחתי, ומתחייב נטל כבד ביותר להוכחת קיומו של צורך חיוני בהתערבות כזאת. באותם ענייני אימוץ שבהם מצאתי את עצמי במיעוט, הטעם לדעה המסתייגת נבע בדרך כלל מכך שסברתי כי לא התקיימו אותן נסיבות חריגות מיוחדות, במלוא כובד השכנוע, המצדיקות את שבירת התא המשפחתי, וזאת בין מכיוון שאי-המסוגלות ההורית לא הוכחה בצורה מספקת, או שהיה מקום לתת הזדמנות להעמידה במבחן נוסף, ובין מאחר שחשבתי שהרשות לא יצאה ידי חובתה לאתר את האב הנעדר ולקבל את הסכמתו להכרזה על ילדו בר אימוץ קודם שינתקו את הילד ממנו לתמיד, ובין מסיבה אחרת, כגון שהסכמת אם לאימוץ ילדה ימים ספורים בלבד לאחר הלידה לא הייתה צריכה למנוע בעדה מלחזור בה מהסכמתה זמן סביר לאחר מכן, כשמצבה הרגשי השתפר והתייצב. הכרזה על ילד בר אימוץ ביחס לאב נעדר עשויה לסיים את הקשר הטבעי הקיים ביניהם לתמיד. ניתוק קשר כזה חייב להיות מותנה בתנאים מחמירים, הכוללים מאמץ סביר מצד הרשויות לגלות את זהותו של האב הנעדר ולברר את הסכמתו לאימוץ, ואם הוא מסרב – לאפשר לו להעלות את טענותיו. כל זאת גם כאשר האם מסרבת למסור פרטים על זהותו. במקרים כאלה המטלה של איתור האב הנעדר, המוטלת על הרשויות, נעשית קשה יותר, אבל עליהן לעשות מאמץ סביר לאתר את האב בהתחשב בנסיבות העניין. רק אם המאמצים הסבירים אינם עולים יפה, נפתח פתח להכרזת היותו של ילד בר אימוץ מבלי לקבל את עמדת האב הנעדר להליך זה. בעיניי, התנאים שהציבה הפסיקה בפני הרשויות לצורך עמידה בחובות אלה לא היו מחמירים מספיק, כאשר מנגד מדובר בניתוק הקשר הביולוגי של הילד להוריו לתמיד. בהקשרים אלה מצאתי את עצמי לא פעם בדעת מיעוט בבית המשפט.

עניין תינוק המריבה הוא מקרה מיוחד, שבו לא עמדה לדיון שאלת המסוגלות ההורית, שכן היה ברור באותו מקרה שהן האם והן האב הם בעלי מסוגלות מלאה.

השאלה שם הייתה אחרת: בשלב לידת הילד האם היתה עדיין אם חד-הורית, ויחסיה הזוגיים עם האב לא היו יציבים. היו לה חששות עמוקים מלידת הילד ומגידולו לבדה. ימים בודדים בלבד לאחר הלידה היא נעתרה לבקשת רשויות האימוץ ונתנה את הסכמתה לאימוץ הילד, כשמצבה הרגשי עדיין סוער ובלתי יציב, וחששותיה מהעתיד כבדים. כשלושה חודשים לאחר מכן היא התחזקה והתעשתה וביקשה לחזור בה מהסכמתה לאימוץ. יש עוד לציין כי האב לא ידע כלל על הולדת הילד, והכרזת הילד כבר האימוץ ביחס אליו הוצאה הן בהיעדרו, וללא ידיעתו. בשלב חזרתה מההסכמה לאימוץ התאחדה האם עם האב, והם הקימו תא משפחתי חדש שבמסגרתו היא הרתה בשנית. בני הזוג החליטו יחדיו כי הם רוצים בילד ומשתוקקים לגדלו יחד. בעת ההליכים הועבר הילד למשפחה שביקשה לאמצו, ונקלט יפה בביתה. השאלה הייתה אם לאפשר את החזרת הילד להוריו הביולוגיים או להשאירו בידי ההורים החדשים לתמיד. אני החזקתי בדעה שהן ההכרזה על הילד בר אימוץ כלפי האב הנעדר והן קבלת הסכמת האם לאימוץ ימים ספורים בלבד לאחר הלידה היו מהלכים שאין לאשרם במישור המשפטי. אשר לאם, סברתי כי לא היה מקום להסתמך על הסכמתה לאימוץ, שהתקבלה רק ימים ספורים לאחר הלידה, בהיותה במצב רגשי קשה ולא יציב. לצורך קבלת הסכמה תקפה של אם לאימוץ ילדה נדרש להמתין זמן סביר לאחר הלידה עד שיתעצב רצון אמתי, מגובש ומושכל באשר לגורלו של הילד. אין להעמיד בפני אישה החלטה הרת גורל של אימוץ ילדה מיד לאחר הלידה כאשר היא מצויה במצב של תהפוכות נפש קשות, כפי שאירע במקרה זה. בנסיבות אלה חשבתי שאין לראות בהסכמת האם לאימוץ הסכמה משפטית תקפה, ויש לבטלה. ראיתי קושי להכשיר את האימוץ גם כלפי האב שלא ידע לא על ההיריון, לא על הלידה ולא על הליך האימוץ ומעולם לא הסכים לו. בנסיבות אלה היה מקום לדעתי להחזיר את הילד להוריו הביולוגיים. רוב השופטים נתנו משקל נכבד לעובדה החשובה שהילד היה אותה עת כבר למעלה מכן שנתיים, ונמצא אצל הורים שביקשו לאמצו, ונקלט יפה אצלם. מצב עובדתי זה הקשה כמובן על ביצוע המעבר של הילד למשפחתו הביולוגית, אבל לגישתי, חרף קושי זה, היה מקום להעניק משקל מכריע לשלמות התא המשפחתי הביולוגי ולזכותו של הילד ולזכותם של הוריו הביולוגיים לממש את קשר הדם ביניהם. קשר הדם נראה לי חזק מכל שיקול אחר בנסיבות אותו עניין, ולא מצאתי כי התקיימו תנאים קיצוניים שהצדיקו את ניתוקו. כאמור, נותרתי במיעוט, והכרזת הילד בר אימוץ נותרה על כנה כי המשקל שיוחס למעבר הזמן שחלף בהליכי האימוץ, לגילו של הילד ולקליטתו הטובה במשפחה החדשה היה מכריע, ולזה התלווה הסכמת האם לאימוץ מיד לאחר הלידה והיעדרותו של האב מהתמונה המשפחתית בשלב המוקדם של מהלך הדברים.

האם את יכולה לחשוף מעט מהלבטים של חברי המותב ומלבטייך האישיים?

אני חושבת שהלבטים עולים בבירור מן הכתובים. נראה לי כי המשקל היחסי השונה שכל אחד מהשופטים העניק לכל אחד מן השיקולים הרלוונטיים לעניין הוא שיצר את

השוני בעמדות ההכרעה. בעיניי, השמירה על התא הביולוגי וקיומה של מסוגלות הורית מלאה מצד שני ההורים הביולוגיים היו בעלי ערך מכריע. חשבתי שבנסיבות אלו, חרף המהלכים הבעייתיים המוקדמים, ראוי לאחד את התא הביולוגי ולאפשר את מימושו ולא להמשיך בהליכי אימוץ, אף שלא התעלמתי מכל השיקולים הנגדיים כבדי המשקל.

האם בשלבים השונים של ההליך נושא חלופי הזמן עמד על הפרק?

בהחלט כן. פרק הזמן החולף וגיל הילד הם תמיד נתונים חשובים מאוד בהליכי אימוץ, אך אינני חושבת שאלה הם בהכרח נתונים מכריעים בכל מצב. נכון הוא כי ככל שילד מתבגר והתקופה שבה הוא נמצא במשפחה אומנת או במשפחה המבקשת לאמצו ארוכה יותר, כך תהליך הקליטה וההסתגלות שהוא עובר בתא החדש מעמיק יותר, וניתוקו מסביבה זו והשבתו לתא הביולוגי עלולים לכרוך זעזוע קשה. יש בוודאי להביא זאת בחשבון. אבל בסופו של דבר השאלה היא של איזון ומשקל שיש לתת לכל אחד מהשיקולים הרלוונטיים. השאלה האמתית היא תמיד מהו המהלך שיביא לתוצאה האופטימלית הראויה, בהתחשב בשיקולים הנוגדים הפועלים באותו עניין. לאחר פרשת "תינוק המריבה" מונתה ועדה ציבורית שבחנה בין היתר את שאלת המועד שבו אפשר לקבל הסכמה בת-תוקף משפטי של אם יולדת לאימוץ תינוקה. ככל שידיעתי מגעת, אותה ועדה הציעה לקבוע פרק זמן ארוך יחסית ממועד הלידה ועד לזמן שבו אפשר לקבל הסכמה בת-תוקף של אם לאימוץ תינוקה. כל זאת כדי לאפשר לה לגבש את רצונה באופן אמתי.

מדברייך עולה גישה שנבקש להתעכב עליה. את טוענת שהנחת הבסיס שלך במקרים מעין אלה היא שהן טובת הילד והן טובת ההורים היא שהילד יישאר בתא המשפחתי הביולוגי. עם זאת אנו נמצאים במציאות מורכבת שבה התא המשפחתי משתנה ונוצרים סוגי הורות שונים, שאינם מבוססים בהכרח על תא משפחתי במובן המסורתי. יכול להיות שהשקפה זו אינה עולה בקנה אחד עם כורח המציאות. את חושבת שיש אפשרות שגישתך זו צריכה להתגמש?

אני מסכימה בהחלט כי בתקופה המודרנית דמותו של התא המשפחתי הקלסי משתנה, ונוצרים תאים משפחתיים במתכונות שונות שכמותן לא הכרנו בעבר. כאן השאלה היא של היחס בין ההורות הביולוגית לבין ההורות הפסיכולוגית לאדם. הורות פסיכולוגית יכולה להיות הורות נפלאה ויוצאת מן הכלל, אך כאשר קיימת הורות ביולוגית, וכאשר ההורה הביולוגי הוא בעל מסוגלות הורית והוא עומד על רצונו לגדל את ילדו ולא ויתר על כך בויתור משפטי בר-תוקף, כי אז הורות זו צריכה לגבור על הורות אחרת. קשר הדם הוא גורם חזק ביותר בחיי אדם, וזהו הקשר של הטבע. כל עוד קשר הדם יכול להתממש מבלי לפגוע בטובת הילד, יש להניח לו להתממש בלא התערבות הרשויות. מוצדק להפר קשר זה רק כאשר כלו כל הקצין, וטובת הילד אינה מתירה להשאירו בתחומי התא הביולוגי. חלופת האימוץ היא חלופה יוצאת מן הכלל שמדינה מודרנית מספקת למצבים קיצוניים של חוסר יכולת או חוסר רצון של הורה



לממש את הקשר הביולוגי לילדו, אלא שצריך ליישם עיקרון זה בדרך זהירה ומוקפדת כדי למנוע הרס התא הביולוגי אלא במקום שאין מנוס מכך מטעמים כבדי משקל במיוחד. מקרי אימוץ נמנים עם המקרים הקשים ביותר הבאים בפני שופטים להכרעה. החשש הגדול הקיים ברקע הוא שאנשים המבקשים לאמץ ילד תולים בכך את כל תקוותם, ולא תמיד אפשר לממש תקווה זו בקלות. רשויות האימוץ משתדלות למלא את התקוות ולענות על הצרכים של מבקשי האימוץ, ולעתים נוצר מתח גדול מאוד בין קבוצת המבקשים לאמץ לבין קבוצת המועמדים שהיא יעד פוטנציאלי לאימוץ. חשוב להקפיד שהרצון הטבעי לתת מענה להורים רבים המבקשים לאמץ ילד לא יבוא על חשבון משפחות שאולי אינן אידאליות מבחינת רמתן התרבותית-השכלתית, הכלכלית וההתנהגותית, אך עדיין אינן מגיעות לסף הגבוה ביותר הנדרש לקיום תנאי אי-המסוגלות ההורית, המצדיק לשלול מהם את ילדם. בהתמודדות הזאת בית המשפט חייב להיות ערני וקפדן עד מאוד כדי להבטיח שהתא הביולוגי יישמר ככל שרק ניתן, וכי פירוקו יתרחש רק כאשר אין כל מוצא סביר אפשרי אחר. בעניין זה יש צורך בפתחות גם לאפשרות שהורה חסר מסוגלות הורית נכון לעת זו עשוי להשתקם בעתיד הנראה לעין ולרכוש מסוגלות מינימלית שתאפשר לו לגדל את הילד, כמו למשל מי שנמצא בהליך מתקדם של גמילה מסמים, או מי שנתון לטיפול משקם מוצלח בשל מצב נפשי מעורער. לגישתי, גם בעניין זה צריך למצות את הסיכוי לרכוש מסוגלות הורית בפרק זמן סביר לצורך שימור התא המשפחתי. כמובן, אין להתעלם משיקול נוגד שלפיו חשוב שלא להותיר את מעמד הילד במצב של אי-ודאות ואי-יציבות למשך זמן רב. חשוב להדגיש כי בכל מקרה, טובת הילד היא נורמת-העל, ושיקול זה הוא לעולם במוקד ההתייחסות באיזון בין השיקולים הנוגדים בסוגיה זו.

תוצאה של גישתך זו היא החמרה בעניין מוסד האימוץ. הנשיא ברק אמר בפרשת תינוק המריבה: "יש להתחשב... [ב]אינטרס של ההורים המיועדים לאימוץ".<sup>25</sup> זהו אינו משפט שקיים בפסיקותייך. בעניין משפחה חדשה קבעת,<sup>26</sup> על דעתם החולקת של הנשיאה ביניש והמשנה לנשיאה ריבלין, כי כלל הפרש הגיל המרבי בין הורים המבקשים לאמץ ובין ילדים המיועדים לאימוץ במוסד הבין-ארצי הוא "הוגן, סביר ובלתי מפלה",<sup>27</sup> וכן "אינו פוגע בעקרונות חוקתיים... [נ]עונה לאמות המידה של תקינות על-פי המשפט הציבורי".<sup>28</sup> מסיבות אלו דחית את העתירה במלואה. לעומת זאת שאר שופטי המותב, שהסכימו עם חלק מאמירותייך אלו, ראו מקום להקל מעט על הורים המבקשים לאמץ ולהגמיש את הליכי

25 עניין פלונית ופלוני (לעיל, הערה 22) בעמ' 156.

26 בג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה (פורסם בנבו, 24.3.2009).

27 שם, בפסקה 50 לפסק דינה של השופטת פרוקציה.

28 שם, שם.

האימוץ באופן כזה שבידי ועדת הערר הדנה במקרי האימוץ ייוותר שיקול דעת לחרוג מכלל הפרש הגיל המרבי במקרים שבהם הנסיבות הן מיוחדות, חריגות ומצדיקות את הסטייה.<sup>29</sup>

מדוע ביכרת שלא לקבל את פרשנותם של שאר חברי המותב לכלל הפרש הגיל המרבי?

אפתח בכך שחשיבות פסק הדין הזה איננה בשאלת הפרש הגיל אלא בשאלה אם עומדת לאדם זכות חוקתית לאימוץ כחלק מהזכות החוקתית למשפחה. השאלה הזאת עמדה ברקע הניתוח המשפטי בסוגיה הספציפית. אני סברתי שאימוץ איננו חלק מהזכות החוקתית למשפחה. גישה זו מתבססת על התפיסה שהזכות למשפחה היא ביסודה זכות נגטיבית במובן זה שהיא חלק מזכותו של אדם לאוטונומיה אישית שהשלטון אינו אמור להתערב בה ולהפריע למימושה. בה בעת זכות זו, על פי מהותה, אינה מטילה חובה על המדינה לסייע לפרט במימוש זכותו למשפחה. אדם אינו זכאי לדרוש מהמדינה להעמיד לרשותו ילד לאימוץ, שכן זכותו למשפחה איננה אלא חופש שהוא זכאי לממש בעצמו בלא הפרעה. רעיון זה משתלב גם בתפיסת מעמדו וזכויותיו של הילד במשפט. טובתו ורווחתו של הילד הן שיקול-העל בכל הקשור בגורלו. תפיסת זכות האימוץ כזכות חוקתית עלולה להשמיע כי גורלו של הילד שוב אינו שיקול-העל, אלא הוא מתמודד עם זכות חוקתית נגדית הנתונה כביכול למבקש האימוץ. זה אינו דומה לזכותו של ההורה הביולוגי על ילדו. קשר זה מניח כנקודת מוצא כי טובת הילד וטובת הוריו הביולוגיים הן לקיים את התא המשפחתי הטבעי, ורק נסיבות חריגות מצדיקות להתערב בשלמותו של תא זה. המדינה אמורה להניח לתא זה להתקיים בלא הפרעה ובלא התערבות במהלכם הטבעי של הדברים. לא כך באימוץ. הכרה בזכות חוקתית לאימוץ ילד משמעה כי כנגד הזכות קיימת חובה חוקתית פוזיטיבית של המדינה לספק ילד לאימוץ תוך יצירת ניגוד חזיתי לתא הביולוגי הטבעי המתקיים מצדו בלא התערבות המדינה. באחד מפסקי הדין באיחוד האירופי נאמר בצורה יפה מאוד כי עיקרו של האימוץ איננו במציאת ילד עבור משפחה אלא במציאת משפחה בעבור הילד, והשוני בדגשים בעניין זה הוא ממהותו של העניין. באימוץ אנחנו מחפשים משפחה לילד, וטובתו של הילד היא שמשמשת מנוע החיפוש. חלפו דורות רבים מאז ראתה האנושות בילדים מעין קניין שאפשר להעבירו מיד ליד, וממשפחה למשפחה. זו תפיסה שקשה לקבלה בחשיבה האנושית המודרנית, ולכן ברוב מדינות העולם אין רואים באימוץ חלק מהזכות החוקתית למשפחה. עם זאת במסגרת המנהלית של פעילות המדינה נוצר מנגנון מנהלי מסודר, הפועל מכוח חוק, שנועד להפגיש, בגדרו של תהליך מובנה, בין ילדים הזקוקים למשפחה חלופית לבין בני אדם המבקשים לאמץ ילד. המנגנון החשוב הזה מסדיר את מפגש הרצונות והצרכים הללו במסגרת מוסד האימוץ. על המדינה להפעיל מנגנון זה על פי כללי המשפט המינהלי ולנהוג בו ביעילות, בהגינות, בסבירות ומשיקולים ענייניים בלבד.

29 שם, בפסקה 9 לפסק דינה של השופטת ביניש.

באותו עניין התייחסו הנשיאה ביניש והמשנה לנשיאה ריבלין לשאלת האימוץ זכות חוקתית ונקטו עמדה שונה משלי, אבל בסופו של יום הותירו את העניין בצריך עיון. לגישתם, בתמצית, רצון האדם לממש את זכותו למשפחה דרך האימוץ הופך את האימוץ, לכאורה, לזכות חוקתית בגדרה של הזכות למשפחה.

אשר לסוגיית הפרשי הגיל בין המאומץ להורה המאמץ, המחלוקת לא הייתה עקרונית אלא נקודתית בטיבה. השאלה הייתה אם הרשויות פעלו כדין כאשר קבעו בתקנות שבמוסד האימוץ הבין-ארצי ההפרש המרבי בין גיל ילד מאומץ לבין שני הוריו המאמצים לא יעלה על ארבעים ושמונה שנים. כלומר, זוג הורים מאמצים שגילו של כל אחד מהם עולה על ארבעים ושמונה שנים, לא יהיה זכאי לאמץ תינוק בן יומם. אולם אם אחד מבני הזוג צעיר מגיל ארבעים ושמונה, או אם הילד שמבקשים לאמצו גדול יותר, האימוץ מותר, ובלבד שפער הגילאים בין כל אחד מההורים לבין הילד לא יעלה על ארבעים ושמונה שנים. הרעיון העומד מאחורי קביעה זו נסמך על עמדה מקצועית של רשויות הרווחה שלפיה הפרשי גיל גדולים מדי בין ילד מאומץ לשני הוריו המאמצים עלולים לפגוע בטובתו ולדמות את מערכת היחסים בתא המשפחתי המאמץ ליחסי סב וסבתא ונכד, לעומת יחסי הורים וילד. אבל אם אחד ההורים צעיר יותר, קשר האימוץ אפשרי, כך על פי אותן תקנות. דעתי באותו עניין הייתה שקביעת הרשויות המקצועיות בעניין הפרשי הגיל לצורך אימוץ בין-ארצי איננה חורגת מדרישת הסבירות המנהלית באופן המצדיק התערבות שיפוטית לשינויה, מה גם שבאימוץ הפנים-ארצי ההפרש המרבי שנקבע מחמיר יותר, ונקבע לארבעים ושלוש שנים. בניגוד לעמדתי זו, סברו יתר חבריי להרכב שיש להגמיש את התנאי בעניין הפרש הגילאים באימוץ הבין-ארצי ולפתוח אותו לחריגים. ברוב דעות עמדתם נתקבלה.

עכשיו מנקודת מבט מעט אחרת. האם תסכימי לאמירה כי בגישתך זו יש משום תפיסה פמיניסטית, השואפת להעצים את האם, להקנות לה כוח על פרי גופה ולחזק את כוחה ומעמדה מול רשויות המדינה? האם היום, במבט לאחור, את חשה שזו תפיסה שעמדה לנגד עיניך עת נתת את הכרעותיך?

איני חושבת שיש בתפיסתי אלמנט פמיניסטי. אני מייחסת חשיבות לקשר הדם במידה שווה לאם ולאב, ללא הבחנה ביניהם. קשר הדם של ילד לאב אינו חשוב פחות מהקשר הביולוגי שלו לאם. אין פה עניין של העדפת האם על פני האב אלא התייחסות לחשיבות קשר הדם של הילד לשני הוריו, ולחשיבות התא הביולוגי שבו יגדל הילד. התא המשפחתי החד-הורי הוא תא ביולוגי שווה מעמד. גם כאן הקשר הביולוגי בין ההורה לילד הוא גורם מכריע, בין שמדובר באם חד-הורית ובין באב חד-הורי. מותר למדינה להתערב בתא ביולוגי במתכונת כזו או אחרת רק במצבים חריגים, כאשר אין מנוס מכך מבחינת טובת הילד.

בעניין דוברין<sup>30</sup> באה לידי ביטוי באופן המובהק ביותר נאמנותך הבלתי מתפשרת להגנה על הזכות להורות. בעניין זה נידונה עתירתם של חברי כנסת לבטל את ההיתר שניתן לאסיר יגאל עמיר ולבת זוגו לממש את זכות ההולדה באמצעות הפריית מבחנה. גם אם אינה שנויה במחלוקת משפטית, החלטה זו הייתה בוודאי לא פשוטה. האם תוכלי לספר לנו על הלבטים והזילמות, אם היו, שהובילו לפסק דינך?

אין צורך לומר שקשה מאוד להתעלם מהאמוציות החזקות הפועלות בלבו של אדם כאשר הוא דן בסוגיה רווית כאב כמו רצח ראש הממשלה. האירוע הזה נגע במישור הלאומי, שכן הוא גרם זעזוע לאומי עמוק שלא נרפא עד היום, ובמישור הפרטי, מאחר שכל אחד מאתנו עבר בדרך משלו גם זעזוע אישי עמוק. ההיתכנות לרצח מנהיג יהודי על ידי יהודי הפכה את הלא-ידיאמן לדיאמן, והדבר הזה קשה להפנמה עד היום הזה. עם זאת האחריות הרובצת על הרשות המוסמכת במישור הציבורי ועל הרשות השופטת במישור המשפט היא גדולה ומחייבת אותן לבחון כל סוגיה שעולה במישור הענייני, גם אם ברקע שלה פועלות אמוציות חזקות מאוד. רשויות המדינה נדרשות לנתק את עצמן מעולם הרגשות ולנהוג בסוגיות השונות כפי שהדין והנחיות הפעולה מחייבים. במקרה זה יגאל עמיר, אסיר עולם באשמת רצח ראש הממשלה יצחק רבין, ביקש בהיותו בכלא לממש את זכות ההורות שלו עם בת זוגו. בתחילה הוא ביקש לעשות זאת על דרך ההתייחדות, אך הדבר נאסר עליו מטעמי ביטחון. אז עלה רעיון לממש את ההולדה בדרך של הפרייה, באמצעות העברת הזרע של עמיר אל מחוץ לכלא אל בת זוגו. שירות בתי הסוהר אישר בקשה זו לאחר שלא מצא עילה עניינית להתנגד לה, ובעקבות האישור הוגשה עתירה לבית המשפט לפסול את ההחלטה. נטען כי אישור שב"ס ניתן ללא סמכות, והוא בלתי סביר בנסיבות העניין. הטענה העיקרית של העותרים הייתה כי אין להתיר לרוצח ראש ממשלה להביא ילדים לעולם בעודו מרצה עונש מאסר עולם בכלא, מאחר שאין מקום להתיר לו לממש את זכותו לאבהות כחלק מהעונש הכבד על מעשה העברה הנתעב שביצע. נדרשנו להחליט אם להתערב בהחלטת שירות בתי הסוהר ולמנוע את המהלך הזה. נשאלה השאלה אם שב"ס פעל בסמכות ובסבירות בהתירו את העברת זרעו של עמיר אל מחוץ לכלא לצורך הולדה. דרך הניתוח שלי, שאליה הצטרפו חברי להרכב, הייתה, בתמצית, זו: בריצוי עונש מאסר נשללות מהאסיר זכויות האדם הנתונות לו אך ורק ככל שהדבר הכרחי לצורך מימוש תכליות המאסר. אין לשלול ממנו זכויות אדם

30 בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שרות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 13.6.2006). שירות בתי הסוהר אישר ליגאל עמיר, בתנאים מסוימים הקשורים לסדרי מנהל בית הסוהר, להעביר דגימת זרע מחוץ לכלא באופן שתשמש את בת זוגו להפריית ביצית והולדת ילד. בבסיס העתירה עמדה הטענה כי נפלו פגמים בהחלטתו המנהלית של השב"ס באופן שמחייב את ביטולה. השופטת פרוקצ'יה, בדעת רוב, ואליה הצטרפו השופטת חיות והשופט ג'ובראן, קבעה כי ההחלטה ניתנה בסמכות, היא סבירה ומידתית ואינה מצדיקה התערבות שיפוטית. פסק הדין דן בפרוטרוט בזכותו של האסיר להורות ולחיי משפחה ובמעמדה החוקתי.

שאינן להן כל קשר לתכליות הענישה הפלילית, והמחשבה כי אפשר להוסיף עצמה לענישה הפלילית על ידי שלילת זכויות אדם באשר הן אינה מתיישבת עם התפיסה החוקתית. כך נוכח עונש המאסר אדם מאבד את חירותו ואת חופש העיסוק שלו, ועשויות לחול עליו מגבלות שונות נוספות הנובעות מאינטרס ההגנה על שלום הציבור ושמירת הסדר והביטחון בין כותלי הכלא. ככל שמימוש זכויות האדם האחרות הנתונות לאסיר אינו נוגד את תכליות העונש הפלילי ואת האינטרסים הציבוריים הנזכרים, המשפט אינו מתיר לפגוע בהן. תפיסה בסיסית זו השתרשה בפסיקת בית המשפט העליון עוד בטרם פרשת יגאל עמיר. לכן ככל שזכות האדם למשפחה ולהורות אינה פוגעת במימוש עונש המאסר ואינה מסכנת את שלום הציבור או פוגעת בהסדרי הביטחון בכלא, אין מקום לפגוע בה, וזאת ללא קשר לחומרת המעשה הפלילי שבוצע על ידי האסיר ולתוצאותיו. בעניינו של יגאל עמיר העברת דגימת הזרע לבת זוגו לא פגעה, בין במישורין ובין בעקיפין, בתכליות עונש המאסר או באינטרסים ציבוריים רלוונטיים אחרים הנובעים מהמאסר. לכן פסקנו כי נציב שב"ס היה מוסמך להתיר העברה של דגימת הזרע, וכי החלטתו אינה נגועה בחוסר סבירות בהיותה החלטה המאפשרת לאסיר לממש את זכותו למשפחה, שהיא זכות חוקתית של האדם. במישור המשפטי תוצאה זו נתבקשה במסגרת העיקרון שלפיו זכויות האדם של אסיר נשמרות כל עוד אין בהן ניגוד או סתירה לתכלית ריצוי העונש, לשלום הציבור ולסדרי הביטחון בכלא. אשר למישור האישי והרגשי, מובן כי רגשותיו של כל אדם, ובכלל זה רגשותיו של שופט, אינם רדומים. זוהי דוגמה למקרה שבו ההפרדה בין העולם הרגשי לבין העולם המשפטי ברורה וחדה מאוד, אבל מוטל על בית המשפט לקבל החלטות מקצועיות ענייניות ונכונות גם כאשר הן כרוכות במעמסה רגשית כבדה. ומלבד זאת: מחויבויות בית המשפט להגנה על זכויות האדם נבחנת לאו דווקא במקרים הקלים והמובנים מאליהם; היא נבחנת דווקא במקרים הקשים שבהם חרף היחס הרגשי השלילי כלפי אדם ומעשיו פורסת מערכת המשפט את הגנתה על זכויותיו, ובית המשפט נותן בפסיקתו ביטוי להגנה זו על אף הקושי האמוציונלי הגדול העשוי להיות כרוך בכך.

הנושא של דת ומדינה הוא נושא שהיה וכנראה גם יהיה מרכזי מאוד בחייה של מדינת ישראל. אפשר גם לראות שבפסיקה רבה שלך התייחסת לנושא זה.

את "התפרסמת" בעקבות החלטה מרחיקת לכת לבטל חוק עזר עירוני שאסר על פתיחת בתי קולנוע בשבת בירושלים,<sup>31</sup> בנימוק כי "הפתרון השלם והכולל של מחלוקת אידאולוגית עמוקה זו אינו מסתכם בהסדר חקיקתי כזה או אחר. הוא מחייב כיבוד הדדי של רגשות הזולת ברוח של קידמה וסובלנות הדדית וצו זה חל באותה מידה על שני המחנות – החרדי והחילוני. כשם שיש לכבד רגשות דת ואמונה ולהימנע ככל אפשר מלפגוע בהם, כך יש להתחשב באורח

31 ת"פ (מקומיים י-ם) 3471/87 מדינת ישראל נ' קפלן, פ"מ התשמ"ח(2) 26 (להלן – עניין קפלן).

חיים חפשי, הנובע מהעדר אמונה.<sup>32</sup> צמצום זה של הזהות היהודית כדי לקדם את הזהות הדמוקרטית בא לידי ביטוי גם ביחסך לבית הדין הרבני, אשר בסמכויותיו צמצמת פעם אחר פעם.<sup>33</sup>

בעניין דיזיין<sup>34</sup> התעוררה "מחלוקת" מסוימת בינך ובין כבוד הנשיא בדימוס ברק בדבר פרשנות המושג "יהודית ודמוקרטית" באשר ליום המנוחה השבועי.

32 שם, בעמ' 46. על החלטה זו אמר ד"ר אביעד הכהן, דיקן מכללת "שערי משפט", כי הציבור הדתי שבע ממנה מרורים. ראו: [www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000637732](http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000637732).  
 33 דוגמאות: בבג"ץ 2222/99 גבאי נ' בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד נד(5) 401 הייתה השופטת פרוקצ'יה דעת הרוב, ואליה הצטרפו אנגלרד וברק, ביישמה את הלכת בבלי [שנקבעה מפי השופט ברק בבג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221 – חזקה על בני זוג שמנהלים אורח חיים תקין תוך מאמץ משותף כי רכוש שנצבר במהלך חייהם המשותפים משויך לשניהם בבעלות משותפת, ובקבעה כי "בית-הדין לא הונחה על-ידי חזקת השיתוף ולא בחן את זכויות הצדדים על-פיה" (בעמ' 417) ועל כן "אין מנוס מביטולן של החלטות בתי-הדין האזורי והגדול נושא עתירה זו" (בעמ' 427). בבג"ץ 6751/04 סבג נ' בית-הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד נט(4) 817, קבעה בדעת רוב כי "תופעת סרבנות הגט והעגינות בתחום המעמד האישי של בני-זוג יהודים היא קשה וכאובה... עם זאת חרף ההכרה בעומק הבעיה האמורה סמכויותיהם של בתי-הדין הרבניים בישראל בענייני נישואין וגירושין אינן משתרעות על יהודי העולם כולו באשר הם" (עמ' 829). היא לא אפשרה לבתי הדין הרבניים לכפות פשרה בין הצדדים (עניין גבאי לעיל) או לפסוק מכוח הסכם בוררות בעניינים המצויים בהסכם אך חורגים מתחום סמכותם (בג"ץ 8638/03 אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (פורסם בנבו, 6.4.2006)). באותו עניין – עניין אמיר – היא למעשה קבעה כי בית הדין הרבני מוסמך לדון בענייני נישואין גירושין בלבד. בעניין אמיר לעיל הוסיפה השופטת הערה בפסקה 28 לפסק דינה:

סוגיית סמכותו של בית הדין הרבני לשיפוט מכח הסמכת הצדדים, המצויה מחוץ לגדרי הדין, עלתה בהקשרים קודמים בעבר, ואף שהובעו בעניינה דעות שונות בפסיקה, לא נדרשה הכרעה מחייבת בהקשר אליה. מציאות זו של העדר הכרעה איפשרה את המשכו של נוהג דיוני שאינו מתיישב עם המיבנה המערכתי של ערכאות השיפוט, וחלוקת הסמכויות ביניהן על פי דין המדינה. נוהג זה איפשר פרקטיקה שיפוטית שאינה עולה בקנה אחד עם עקרון חוקיות המינהל וחוקיות מערכת השפיטה. הגיעה העת לעבור משלב הבעת הדעה לשלב ההכרעה, הנדרשת כדי להבטיח את תיפקודה התקין של מערכת השפיטה בגדרי סמכויותיה, ולהגן בכך על התשתית העקרונית המגדירה את גבולות פעולותיה על בסיס עקרון החוקיות ושלטון החוק. אין בכך כדי לפגוע, כהוא זה, בצורך ובמרחב היכולת של קבוצות חברתיות שונות להיזקק למערכות הכרעה חלופיות מחוץ לערכאות השפיטה הממלכתיות, על בסיס עקרונות הבוררות המוסדרים בדין, או על יסוד כללי דיון מוסכמים ומוכרים אחרים. אולם בה בעת, יש לשמור ולהגן מפני טשטוש גבולות בין מערכות השיפוט הממלכתיות לבין מערכות ההכרעה החלופיות, הבנויות על הסמכת הצדדים, כדי להגן על תקינות פעולתה של מערכת השיפוט על זרועותיה השונות, ועל אימון הציבור בדרך הפעלת סמכויותיה והכרעותיה.

הנשיא ברק ראה באיזון הקיים איזון ראוי, גישה שנקט גם בעניין חוק טל:<sup>35</sup>

יש לראות בדיבור "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" עילה אחת המורכבת משני מרכיבים (יהודית ודמוקרטית). בין שני אלה ראוי שישדרו סינתזה והתאמה: "על השופטים, כפרשנים נאמנים של הטקסט החוקתי, לעשות הכול כדי לקיים סינתזה זו. על הפרשן לאתר את המשותף והמאחד." (פרשת דיזיין 22).

מאחר שלא מדובר במקרה קיצוני של חוק או חוקי-סוד, השולל את אופייה של ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית, אין מקום לתפיסה כי מדובר בחוק שאינו חוקתי; חוק טל אינו פוגע בליבת הדמוקרטיה. הוא אינו שולל את תכונות המינימום הדרושות למשטר דמוקרטי.

ואילו את בחרת להדגיש כי באיזון בין הפן הדתי לפן הסוציאלי של יום המנוחה השבועי על הפן הדתי לעתים לסגת מפני הפן הסוציאלי:<sup>36</sup>

בקיום יום המנוחה השבועית ובהיעדרנו לשבת לגבי יהודים חתר המחוקק להגשים שתי מטרות משולבות זו בזו – מטרה סוציאלית, שיסודה בתפיסה של רווחה חברתית, ומטרה דתית-לאומית, שיסודה בציווי ההלכה ומסורת ישראל... בין שתי המטרות הללו העומדות ביסוד איסור העבודה של יהודי בשבת מתחייב איזון פנימי ראוי. בצד ההגנה על שמירת השבת מן ההיבט הדתי-לאומי, מותיר החוק את הפן הסוציאלי של יום המנוחה פתוח לעיצוב תכניו בהתאם למגוון איכויות החיים, הסגנונות והטעמים של רבדים שונים של החברה הישראלית על גווניה המרובים. ואכן, דרכיהם של בני האדם בעיצוב יום המנוחה השבועי הנתון להם הן שונות ומגוונות, איש איש על פי דרכו, על פי אמונתו ועל פי סגנונו.

הצורך באיזון בין הפן הדתי לפן הסוציאלי של השבת עשוי להצדיק פעמים חריגה מהכלל האוסר עבודה בשבת כדי לאפשר לפרט לעצב את תוכנו של

34 בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת – אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה, פ"ד ס(1) 38 (להלן – עניין דיזיין 22).

35 בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (לעיל ולהלן – עניין חוק טל).

36 יש לציין כי באותו עניין הכריעה השופטת לטובת איסור העסקה בשבת, אך בד בבד בחרה להדגיש שזהו אינו כלל מוחלט.

יום המנוחה שלו על פי טעמו, וכדי להעמיד לרשותו גם מסגרות ציבוריות מסוימות שתאפשרנה לו לממש זכות זו.<sup>37</sup>

ראוי להכיר בכך כי כדי לאפשר מימוש התכנים האישיים ותרבות המנוחה של הפרט נדרשות גם מסגרות ציבוריות שתסייענה בכך ותאפשרנה זאת, ובהן תחבורה ציבורית שתאפשר תנועה חופשית של הציבור; פתיחת מוזאונים ומוסדות תרבות, פעילות תאטראות ובתי קולנוע, קיום הרצאות וכינוסים וכיוצא באלה. הפעלתם של מוסדות אלה עשויה להצדיק מתן היתרי עבודה בשבת למפעיליהם".

אבל אז את אומרת כי:

"מן העבר האחר, תוכנו של המושג "צורך חיוני לציבור" לעניין מתן היתרי עבודה בשבת הוא, על פי טיבו, מצומצם ומוגבל במידותיו, שכן מתחייב איזון קפדני בין זכותו של הפרט החילוני לממש את חירותו בעיצוב תכניה הסוציאליים של השבת שלו על פי טעמו, לבין הערך המקודש שעניינו הותרת יום השבת כיום מנוחה כללי בעל צביון דתי-לאומי.<sup>38</sup>

זוהי אמנם שאלה רחבה, אך נשמח לשמוע מהו לדעתך האיזון הראוי בין זהות המדינה היהודית לזהותה כדמוקרטיה, מהו קו פרשת המים לטעמך, ומיהו הגורם הראוי לטעמך ליצור את האיזון הזה.

זו אכן שאלה טעונה מאוד, שיש לה רבדים רבים. את הסוגיה של דת ומדינה צריך לנתח על רקע אופייה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית. בהיותה מדינה דמוקרטית היא פועלת על פי כללי המשפט החוקתי המהותי, וחופש הדת והחופש מדת מוכרים כזכויות חוקתיות של האדם בהיותן חלק מחופש האמונה. אבל אופייה של המדינה כמדינה דמוקרטית אינו ממצה את מלוא מאפייניה, מאחר שנוסף על היותה דמוקרטית חוקתית, ישראל היא גם מדינה יהודית. היסוד היהודי באופייה של המדינה אינו מונוליתי אלא הוא עירוב של מורשת לאומית-יהודית רבת שנים, של יסודות דומיננטיים של הדת היהודית ושל ערכי ציונות מודרנית. על רקע ההיסטוריה היהודית המיוחדת ערכי הלאומיות היהודית והדת היהודית התערבבו זה בזה עד לקושי להפריד ביניהם. הפן הלאומי-יהודי של המדינה בנוי ממרכיבים שונים הכוללים בין היתר את התרבות היהודית, ההיסטוריה היהודית, השפה העברית, חגי ישראל ועקרונות הציונות. אבל ב"הדותה" של המדינה נכללים גם יסודות של הדת היהודית. השאלה היא איך יהדותה

37 עניין דיזיין 22 (לעיל, הערה 34) בעמ' 65–66.

38 שם, בעמ' 67.



זו של המדינה, על מרכיביה השונים, מתיישבת עם היותה מדינה דמוקרטית, המגנה על זכויות אדם, ואיך הדואליות הזו בתפיסת המדינה מקרינה על חופש הדת והחופש מדת של הפרט. שאלות אלה, הכרוכות במתח הפנימי שבין שתי זכויות האדם הנוגדות הללו, מעסיקות את המשפט הישראלי ואת בית המשפט עוד מקום המדינה. הדגשת הפן הדתי ביהדותה של המדינה על חשבון הפן הלאומי-ציוני משתקף בהסדרים מדינתיים בתחומים מסוימים שהתאפשרו בעקבות הסכם ה"סטטוס קוו" בענייני דת שהתגבש בסמוך לאחר קום המדינה. הסדרים אלה אפשרו הטלת מגבלות שונות על הציבור החילוני שיש בהן אלמנטים של כפייה דתית. נוצר מתח רב בין הזכות לחופש דת לבין הזכות לחופש מדת בנושאים שונים, ובהם חופש התנועה בשבת, מגבלות מכירת בשר חזיר וחמץ בפסח, ובעיקר בתחום המעמד האישי, בשל החלת דין תורה על נישואין וגירושין של יהודים בישראל. בעניינים אלה הדין הדתי הוחל בלא להותיר כל שוליים לחופש הבחירה של הפרט בתחום מובהק הנוגע באוטונומיה האישית של האדם.

בית המשפט פעל ופועל למיתונו של הניגוד בין חופש דת לחופש מדת במאמץ למצוא את האיזון החוקתי ביניהם, ככל שידו משגת במסגרת הסמכות השיפוטית הנתונה בידיו על פי הדין ופרשנותו. אבל כוחו במלאכת האיזון נבלם בהסדרי חקיקה כופים מסוימים, המשוריינים מהתערבות שיפוטית מכוח הוראת "שמירת הדינים" בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין),<sup>39</sup> המחיל דין תורה על נישואין וגירושין של יהודים בישראל, הוא דוגמה לכך. בלא רפורמה חברתית וחקיקתית מהותית הפער בין היסוד הדמוקרטי ליסוד היהודי באופייה של המדינה יישאר בעינו.

במישור המנהלי-ציבורי בית המשפט תרם תרומה חשובה מאוד ליצירת איזונים בין האופי היהודי בפן הדתי שלו לבין האופי הדמוקרטי של המדינה. למשל, בנושא השבת נקבעו איזונים בין רגשות הדת לבין חופש התנועה של האדם החילוני בפרשת כביש בר-אילן (עניין חורב<sup>40</sup>); בפתיחת בתי קולנוע בשבת (עניין קפלן<sup>41</sup>); בעניין מכירת חזיר (עניין סולודקין<sup>42</sup>). הקו המנחה בכל הפסיקה הזו הוא קו של איזונים. קו זה אינו מעדיף את החופש של האחד על פני החופש של האחר, אלא מחפש אחר שיווי המשקל בין אמונות ואורחות חיים שונים כדי לאפשר למגזרים שונים בחברה פלורליסטית להתקיים זה לצד זה.

בצד האיזון בין זכויות אדם נוגדות לחופש דת ולחופש מדת תרם המשפט לאיזון גם בין חופש הדת לבין אינטרסים ציבוריים חשובים נוגדים. למשל, חובת השוויון בנטל

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

40 בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1.

41 לעיל, הערה 31.

42 בג"ץ 1355/01 סולודקין נ' עיריית בית שמש, פ"ד נח(5) 595.

השירות הצבאי. עקרון השוויון החוקתי בעניין זה הוכר במשפט כבר לפני שנים, כאשר נקבע כי אי-גיוס חרדים לצה"ל מפר את ערך השוויון בנטל השירות ובכך פוגע בכבוד האדם. טענת חופש הדת בעניין זה איננה יכולה לגבור על חובת השירות השוויוני בצבא. כיום נותרה השאלה כיצד ליישם הלכה למעשה את עקרון השוויון בעניין זה, שגם פתרונה מלווה בקשיים מעשיים לא מעטים. המשפט עסק גם באיזון הנדרש בין חופש האמונה הדתית לבין הצורך בקיום חוליית חיבור שתקשר בין הקהילות השונות בחברה הישראלית, שנועדה להביא להרמוניזציה, שהיא תנאי חיוני לקיומה של חברה מאורגנת. חוליית חיבור כזו נחוצה הן בתחום התרבותי-חברתי והן בתחום הפיזי. בתחום התרבותי-חברתי עסק המשפט למשל בחובת המגזר החרדי להנהיג לימודי ליבה בבתי הספר החרדיים הייחודיים כחלק מהאחריות הלאומית הכללית להעניק לכל ילד, באשר הוא, ערכים בסיסיים של השכלה כללית שיבטיחו לו שוויון הזדמנויות בחברה, וכדי ללכד את מגזרי האוכלוסייה השונים לחברה שיש לה מכה ערכי משותף. בתחום הפיזי נדרש בית המשפט להבטיח את קיומה של חוליית חיבור בין הקהילות השונות, למשל על דרך מניעת הקמתן של חומות פיזיות, המבודדות מגזרי אוכלוסייה שונים אלה מאלה בשכונות המגורים שלהם. בפרשת סולדון<sup>43</sup> דחה בית המשפט עתירה של קבוצה חילונית שביקשה למנוע בניית מבנה ציבור דתי בשכונתם בעילה של חופש מדת. נפסק כי החופש מדת אינו מכשיר סגרגציה ויצירת חומות פיזיות המבדילות בין הקהילות השונות, וכי זרימה בין-קהילתית חופשית חיונית בחברה רב-תרבותית.

בתחומי הדת והמדינה שאינם משוריינים מפני תקיפה חוקתית, המשפט ובית המשפט תורמים תרומה גדולה ליצירת איזונים בין חופש הדת לחופש מדת בדרך של מתן משקל יחסי לאמונה ולאורח החיים של המגזר וחיפוש אחר שביל הזהב שיאפשר חיים משותפים אלה עם אלה. הקושי הגדול מצוי באותם נושאים שבהם קצרה ידו של בית המשפט מלהתערב, מאחר שהם מוסדרים בחוקים משוריינים מפני תקיפה חוקתית על פי חוק יסודי: כבוד האדם וחירותו. הכוונה היא בעיקר לנישואין וגירושין של יהודים בישראל שהוחל עליהם דין תורה על פי חוק שיפוט בתי דין רבניים. החקיקה הזאת מקשה על יצירת איזונים ראויים בין המגזר החילוני למגזר הדתי בתחום המעמד האישי, וטמונה בה כפייה דתית על הפרט בתחום חשוב ביותר הנוגע לאוטונומיה האישית שלו. המציאות הקיימת בתחום זה היא קשה וטעונה תיקון שורשי. מימוש שינוי כזה מצריך רפורמה מהותית בתפיסה החברתית והפוליטית במדינה. לאורך השנים ניסה בית המשפט לרכך את עצמת הפגיעה בפרט בתחום המעמד האישי, למשל בדרך של הכרה בחובת פקיד מרשם האוכלוסין לרשום במרשם נישואין של זוגות שנישאו בנישואין אזרחיים בחוץ לארץ. רישום זה אמנם אינו מוביל להכרה בתקפות הנישואין, אבל יש לו ערך מסוים מבחינת ההכרה החברתית בקשר הזוגי והכרה בזכויות אזרחיות מסוימות הנובעות מהקשר הזה. כמו כן בית המשפט פעל לריכוך המונופול האורתודוקסי

43 בג"ץ 10907/04 סולדון נ' עיריית רחובות (פורסם בנבו, 1.8.2010).

במנגנונים של שירותי הדת והטמיע את העיקרון כי בענייני גירושין של יהודים, הנדונים בבתי הדין הרבניים, יחולו עקרונות השוויון הרכושי בין בני זוג החלים בדין הכללי. חרף כל אלה בענייני המעמד האישי המרחק בין הפן הדמוקרטי לפן היהודי במאפייניה של המדינה עדיין רחב וגדול. המפתח לשינוי ולגישור על פני הפערים העמוקים בתחום הזה מצוי בהבנה כי יהדותה של המדינה איננה חופפת את דתיותה. יהדותה של המדינה בנויה על המורשת הרחבה והעתיקה של התרבות וההגות היהודית, על ההיסטוריה היהודית ועל עקרונות הציונות המודרנית שמושגיהם ההומניסטיים הבסיסיים משתלבים יפה עם הרעיון הדמוקרטי של חופש האמונה והמצפון. בתפיסה הרחבה הזו של יהדותה של המדינה, שהדת היא רק מרכיב אחד בתוכה, עשוי להימצא המפתח לגישור בין אופייה היהודי של המדינה לאופייה הדמוקרטי.

איסור העבודה בשבת על פי חוק שעות עבודה ומנוחה, שנדון בפרשת דיזיין<sup>44,22</sup> מדגים היטב את הרעיון שיהדותה של המדינה איננה חופפת את דתיותה, אלא היא מושג רחב בהרבה, ששילובו עם הפן הדמוקרטי של המדינה הוא טבעי ומתבקש. באותו עניין התעוררה השאלה אם חוק שעות העבודה ומנוחה, האוסר על יהודים לעבוד בשבת, צולח את המבחן החוקתי במובן הפגיעה בזכות היסוד של הפרט לחופש עיסוק. הנשיא ברק קבע בפסק דינו כי תכלית איסור העבודה בשבת היא כפולה ומשולבת מטרה לאומית-דתית עם מטרה סוציאלית-חברתית. במישור הסוציאלי העובד זקוק ליום מנוחה שבועי, וכיהודי יום המנוחה שלו הוא בשבת, וזאת כערך לאומי-דתי. שילוב זה של התכלית הסוציאלית והתכלית הלאומית-דתית מעיד כי אין מדובר כאן באיסור שעיקרו בכפייה דתית אלא בהסדר בעל פן סוציאלי ולאומי-דתי משולב העומד במבחן החוקתי. אני הצטרפתי לניתוח זה, אך הוספתי הערה שלפיה גם בתחומי התכלית המשולבת הזאת, הדתית-לאומית והסוציאלית-חברתית, העומדת ברקע איסור העבודה בשבת, צריך להתקיים איזון פנימי, שבו יושם דגש ראוי על הפן הסוציאלי-חברתי לצד הפן הלאומי-דתי. וזאת, על דרך מתן אפשרות לציבור החילוני לבלות את יום המנוחה שלו על פי דרכו וסגנונו. לצורך כך על המדינה להעמיד לרשותו אמצעים מתאימים, כגון הפעלת תחבורה ציבורית בערים ובריכוזי אוכלוסין, פתיחת מוסדות ציבור להנאת המבקרים, כגון מוזאונים, תאטראות ומתחמים קהילתיים. פרשה זו משקפת תפיסה רחבה של יהדותה של המדינה שאינה נשענת רק על הממד הדתי אלא משקיפה על השבת כמושג רב-ממדי מן הבחינה הערכית. תפיסה זו מקדמת את האיזון בין יהדותה של המדינה לבין אופייה הדמוקרטי, המכיר בחופש הדת ובחופש מדת כאחד, כשני הפנים של חופש האמונה.

האם בהקשר הזה היית מגדירה עצמך בעלת אג'נדה חילונית?

אינני מגדירה את עצמי בעלת אג'נדה כלשהי, חילונית או אחרת. אני מנסה לבחון את הדברים המגיעים להכרעה שיפוטית על פי האיזונים המשפטיים החוקתיים הראויים. אם

44 לעיל, הערה 34.

מדברים על חופש דת כנגד החופש מדת, שהוא הצד האחר של חופש המצפון והאמונה, צריך לממש את החופש הכפול הזה בצורה מאוזנת גם בשבת. מי ששומר מצוות יממש את השבת על פי אמונתו, ומי שאיננו שומר מצוות יבלה את השבת על פי דרכו, תוך שיימנע מפגיעה מיותרת באוכלוסייה הדתית באזורי מגוריה. הייתי נוקטת גישה זו גם אם הייתי שומרת מצוות. המדינה צריכה לאפשר לאנשים חילוניים לבלות את יום המנוחה שלהם על פי דרכם. כיום אפשרות זו מוגבלת מאוד.

הסוגיה הנוגעת בסמכויות בתי הדין הרבניים נדונה במישור נפרד. בעניינים שונים שהגיעו לבית המשפט התברר כי בתי הדין הרבניים חורגים בפעולתם בתחומים מסוימים מהסמכות שהוקנתה להם בחוק. לפיכך נפסק כי יש למנוע את תופעות החריגה מסמכות ולא להשלים עמן. כך קרה למשל בעניין סמכויות שבית הדין הרבני לקח לעצמו לאורך שנים כבורר בין בעלי דין אף על פי שהחוק לא הקנה לו סמכות כזו. ברור הוא כי כשם שלבית המשפט האזרחי לא הוקנתה סמכות לדון כבורר גם כאשר הצדדים להליך השיפוטי מסכימים לכך, כך אין נתונה סמכות כזו לבית הדין הרבני, הנמנה עם מערכת השפיטה הממלכתית; הרחבת סמכות בית הדין אל מעבר לעניינים שהוא הוסמך לדון בהם מכוח החוק פוגעת בעקרון חוקיות הליך השפיטה ומערערת את האיזונים העדינים שנקבעו כבר בקום המדינה בנוגע לסמכויות ערכאות השפיטה לסוגיהן וליחס ביניהן. כן הובהר בפסיקה כי לבית הדין אין סמכות לעכב את יציאתם מן הארץ של בני זוג זרים, חסרי זיקה לישראל, הנמצאים בארץ בביקור, כדי להניעם ליתן גט לבני זוגם במקום מושבם בחוץ לארץ. בעיית סרבנות הגט והעגינות היא אכן, בעיה קשה ונוקבת, הטעונה פתרון מהותי. אבל התשובה אינה טמונה בנטילת סמכויות שיפוטיות מפליגות על ידי בית הדין הרבני הישראלי שלא הוקנו לו בחוק, והפעלתן בעניינם של בני זוג זרים, חסרי זיקה פרטונלית או טריטוריאלית למדינה, כאשר הבעל שוהה בביקור אקראי בישראל. מדינות העולם שבהן חיות קהילות יהודיות במשך דורות רבים עוסקות בשיטותיהן שלהן בשאלות המהותיות של סרבנות גט ועגינות, ומחפשות להן פתרון. בית הדין הרבני בישראל אינו פועל כפטרון של כל יהדות העולם, והוא לא הוסמך על ידי המחוקק להיות שותף לפתרונות אלה הנוגעים לבני זוג זרים שאין להם זיקה לישראל, תוך חריגה מובהקת מהכוחות והסמכויות שהוקנו לו.

בפסק הדין<sup>45</sup> בנוגע לחוק טל<sup>46</sup> הצטרפת לדעת הרוב והכרעת שאין להתערב בהחלטת המדינה להאריך את חוק טל, וזאת מטעמים פרקטיים של צורך בחקיקה מתאימה שתיישב את הקושי בגיוס בני הישיבה. זאת אף על פי שגרסת כי החוק נגוע באי־חוקיות שמקורה בחוסר שוויון.<sup>47</sup>

45 עניין חוק טל (לעיל, הערה 35).

46 חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אמנותם, תשס"ב–2002, ס"ח 521 (לעיל ולהלן – חוק טל).

47 עניין חוק טל (לעיל, הערה 35) בפסקאות 8–12 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

אשר ל"חוק טל" חשוב, ראשית, להפריד בין המישור המשפטי העקרוני לבין המישור החברתי, ולאחר מכן לבחון את הזיקה הקיימת ביניהם. במישור המשפטי העקרוני הוכרע כבר לפני שנים כי עקרון השוויון החוקתי מחייב החלה שוויונית של חובת השירות הצבאי בצה"ל על המגזר החילוני והדתי כאחד. בעקבות ההכרה העקרונית בשוויון בנטל השירות עלתה השאלה כיצד יש ליישם הלכה למעשה עיקרון זה, וכיצד להוציאו מן הכוח אל הפועל. הקושי ביישום עקרון השוויון בעניין זה מקורו במורכבות החברתית הקשורה בפערי התפיסה ואורחות החיים של המגזר החילוני לעומת המגזר החרדי. הפער משתקף בין היתר בתפיסת בני המגזר החרדי, שלפיה חופש הדת מצדיק כי צעירים יקדישו את זמנם ללימודי תורה, ואין להשבתם על ידי שירות צבאי. שנית, לאורך דורות רבים התרחקו בני המגזר החרדי מהוויות החיים של החברה האזרחית, ולכן שילובם במסגרת צבאית ללא הכנה הדרגתית לכך עלול להניב תוצאות חברתיות קשות. זוהי דוגמה לתופעה שבה הפעלת האמצעים המשפטיים הקיימים אינה יעילה דייה להביא לפתרון הבעיה החברתית העמוקה, ולכן יש לבנות תשתית חקיקתית מורכבת אשר תביא לפתרון הדרגתי, אך יעיל ואפקטיבי, של מצב אי-השוויון הקיים בנטל חובת השירות הצבאי.

אז את חושבת שאכן לא הייתה ברירה אלא לבטל את החוק בפסק הדין האחרון בנושא?

אני לא הייתי מעורבת בשלב האחרון של הדיון המשפטי שעסק בביטול חוק טל, ולכן אינני מצויה בכל פרטי העובדות הנדרשים להכרעה בשאלה אם הייתה הצדקה לאפשר באותו שלב פסק זמן נוסף לצורך יישום החוק, או שלא היה מנוס מביטולו. עם זאת נכון הוא שלאחר מתן ארכות כה רבות שנועדו לבחון את יעילותו של חוק טל התחושה השלטת היא כי זמן הניסיון אזל, ומשך ההמתנה הארוך הגיע לקצו.

בעניין דנ"א עדן מלול אמרת:<sup>48</sup>

האפשרות להכיר ברמת הוכחה הנמוכה ממאזן ההסתברויות, ובאחריות מדורגת הנגזרת ממנה, מהווה מהפכה עמוקה בתפיסת מערך האחריות והזכויות והחובות בדיני הניזקין, המקרינה על המשפט האזרחי כולו. היא יוצרת כלל אחריות חדש, המנביט סעד יחסי בלתי מוכר עד כה, שהוכחתם מתאפשרת על ידי כלל ראיות חדש הנותן נפקות נורמטיבית לרמת הוכחה הפחותה ממאזן ההסתברויות... הצעותיהם של חבכי לשינוי כללי האחריות ודיני הראיות בניזקין, בסוג המקרים אליהם הם מתייחסים, הן בבחינת חקיקה שיפוטית בעלת השלכות רחבות היקף, ורבות השפעה. הן מביאות לשינוי מהותי בדיני הניזקין, ולמהפך בדיני הראיות. הן משנות את נקודת האיזון

48 דנ"א 4693/05 ב"ח כרמל-חיפה נ' מלול (פורסם בנוב, 2010.8.29).

הקיימת במערך הסיכונים והסיכויים בין המזיק לניזוק, וכורכות בכך היבטים כלכליים, חברתיים ומוסריים מורכבים. האם נושא זה הוא ענין לחקיקה שיפוטית? שרטוט קו הגבול בין עניינים המתאימים לחקיקה שיפוטית, באמצעות הפעלת שיקול הדעת השיפוטי בפיתוח המשפט, לבין שינוי הדין המחייב פעולת חקיקה ממש, אינו ענין חד וברור.<sup>49</sup>

ואז ענית לשאלה:

על רקע כל האמור, דעתי היא כי סוגיית העמימות הסיבתית, על מכלול היבטיה הרחבים, היא עניינו של המחוקק לענות בו.<sup>50</sup>

ניכר כי לשאר השופטים לא הייתה הסתייגות מלנסח כלל נזיקי חדש, או למצער להכיר בחריג מצומצם במקרים של הטיה נשנית. השופטים נאור, ארבל, רובינשטיין וג'ובראן סברו כי יש מקום להכרה בחריג האחריות היחסית במתווה מסוים. ביניש, ריבלין ולוי סברו כי יש מקום להכיר בחריג מצומצם במקרים של הטיה נשנית. את היחידה שקבעה כי אין מקום להכיר באחריות יחסית ולסייג את כלל מאזן ההסתברויות, אלא בדרך של חקיקה.

ממה נבע הקיטוב בדעות? האם את מרגישה כי בשלה העת לערוך רפורמה בתחום זה של נטל ההוכחה – לעבור מכלל של מאזן ההסתברויות לכלל נזיקי חדש?

מלבד השאלה מה צריך להיות הפתרון לבעיה של העמימות הסיבתית בנוזיקין שאלתי את עצמי אם על פי מושגים מקובלים של הליכי שפיטה תקינים אפשר להביא באמצעות חקיקה שיפוטית לרפורמה בסיסית בכללי האחריות בנוזיקין וכללי ההוכחה של אחריות זו. אין מחלוקת של ממש כי העמימות הסיבתית מציבה בעיה קשה הטעונה פתרון. השאלה היא כיצד יש להתנהל במציאת מענה לבעיה הזו, מי הרשות השלטונית שצריכה לעסוק בכך, ובאילו שיקולים עליה להתחשב לצורך כך. השאלה היא אם אפשר להביא לרפורמה בתחום זה בדרך של חקיקה שיפוטית, או שמא רפורמה כזו היא כה מהותית ומרחיקת לכת ומחייבת הפעלת שיקולי מדיניות כה רחבים ומורכבים, שמקומה הוא בחקיקת הכנסת. בעבר ציין אחד משופטי בית המשפט העליון האמריקאי, על דרך ההשאלה, כי חקיקה שיפוטית – להבדיל מחקיקה פרלמנטרית – היא אפשרית ומותרת בתנאי שהיא מפתחת את הרקמות הקיימות בגוף ואיננה יוצרת בו רקמות חדשות. יצירת רקמות חדשות בגוף המשפט היא עניין למחוקק, ואילו פיתוח רקמות קיימות, על דרך הפרשנות התכליתית, עשויה להינתן לבית המשפט. זהו אחד המרכיבים בחלוקה הבסיסית בין תפקיד המחוקק לתפקיד השופט בדמוקרטיה חוקתית הבנויה על הפרדת

49 שם, בפסקאות 4, 10 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.  
50 שם, בפסקה 17 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

רשויות. מלבד זאת, מלאכת החקיקה של הגוף המחוקק מצריכה תפיסה כוללת של המשפט ומחייבת ראייה מרחבית רבת היקף והכרת מלוא הנתונים הרלוונטיים בהיבטים נרחבים הנדרשים לצורך קביעת מדיניות החקיקה. לעומת זאת השפיטה נועדה לפתור מחלוקות קונקרטיות, והיא מקדמת את המשפט עקב בצד אגודל דרך המקרה הפרטי. מטבע הדברים, היכולת השיפוטית להקיף את מלוא הנתונים ושיקולי המדיניות הרחבים הנדרשים לצורך רפורמה מרחיקת לכת בתחום משפטי מסוים היא מוגבלת. יש להיזהר מאוד מפני החלפת תפקיד המחוקק בתפקיד השופט העלולה לפגוע באיזוני ההפרדה הראויים בין הרשויות ולפגוע באקט החקיקתי עצמו, המחייב שימוש בכלי עבודה מיוחדים הנתונים בידי המחוקק ואינם נתונים בידי השופט.

במקרה עדן מלול דובר בעניין נקודתי של עמימות סיבתית במסגרת עוולה של רשלנות רפואית. באותו עניין הוכחו מרכיבי האשם ומרכיבי הנזק בעולת הרשלנות, ולצורך קביעת אחריות הנתבע היה צריך לקשור בין האשם לבין הנזק באמצעות מרכיבי הסיבתיות. הקישור הזה נמנע בגלל קושי הוכחתי מובנה של הקשר הסיבתי, המוכר לא אחת במצבים של רשלנות רפואית. אחת העמדות השיפוטיות שנוקטה באותו עניין הייתה כי יש לקיים רפורמה בכללי הרשלנות הרפואית באופן שלא תתחייב בהכרח הוכחה של קשר סיבתי בין האשם לבין הנזק במאזן הסתברות של למעלה מ-50 אחוזים כמקובל, אלא די יהיה בהוכחת הסתברות בשיעור נמוך יותר, והאחריות שתיקבע בעקבותיה תעמוד ביחס דומה ותהיה חלקית בלבד. הפיזי יהיה אף הוא יחסי. עמדה אחרת שהובעה באותו עניין הייתה כי הוכחת האחריות החלקית הזו ברשלנות רפואית תתאפשר רק במצבים של "הטיה נשנית", כלומר כאשר מדובר בקבוצה מוגדרת מראש של מצבים, העונה לתנאים מסוימים. שתי הגישות הללו מהוות מהפכה מהותית בכללי האחריות ובדרכי הוכחתה המקובלים על פי התבניות המוכרות של דיני הנזיקין. מהפכה זו היא מהותית לתבנית הקיימת בדיני הנזיקין, שלפיה כללי הסיבתיות והאחריות האזרחית הם בינריים – אם מוכחת סיבתיות ואחריות אזרחית על פי רמת הסתברות העולה על 50% כי אז האחריות היא מלאה, ואם הוכחת הסיבתיות והאחריות נופלת מהרמה הזו, כי אז אין אחריות אזרחית כלל. אחריות יחסית היא מושג חדש ולא מוכר בדין האזרחי, והיא מעוררת שאלות רבות ורחבות היקף, החוצות את המשפט האזרחי כולו לאורך ולרוחב. למשל, מדוע להגביל את כלל האחריות היחסית בנזיקין רק באשר לעמימות סיבתית? מדוע לא תהיה הוכחה חלקית גם באשר למרכיבי האשם בעולת הנזיקין? ואם כן, מדוע לא תוחל היחסיות גם באשר להוכחת אלמנט הנזק? ואם מכירים באחריות יחסית בדיני הרשלנות הרפואית, במה מיוחס ענף זה לעומת ענפים אחרים בדיני הנזיקין? מדוע לא נחיל כלל זה גם על יתר עולות הנזיקין? ואם כן בדיני הנזיקין, מדוע לא ייושם כלל האחריות היחסית גם בדיני חוזים? כלומר, כאשר אדם אינו מצליח להוכיח בהסתברות של יותר מ-50% כי חוזה שהוא צד לו הופר אלא בהסתברות של 40% בלבד, מדוע לא תוכר אחריות בהפרת חוזה כדי שיעור של 40%, והפיזי ייקבע

באופן יחסי לאחריות שהוכחה? שאלה דומה עולה באשר לדיני משפחה, לדיני קניין וכן הלאה. נשאלת גם השאלה מה ההשלכות הכלכליות והחברתיות של שינוי מהותי כזה בתפיסת האחריות האזרחית, שהרי משמעות הדבר היא בין היתר הטלת חיובים חדשים שלא היו קיימים בעבר על גורמים שונים שעל פי מאזן ההסתברות הקיים לא היו נמצאים אחראים. מה ההשלכה של שינוי מהותי כזה על האתיקה המקצועית של בעלי מקצועות שונים, ומהן ההשלכות הנובעות מכך בעולם הביטוח והאקטואריה וכן הלאה. במילים אחרות, כאשר מתרחשת מהפכה תפיסתית מהותית במושגי יסוד של האחריות האזרחית, אנו מצויים בתחום יצירת רקמות חדשות בגוף המשפט ולא בתחום פיתוח רקמות קיימות. כאן נדרשת ראייה כוללת ורחבה של המשפט האזרחי כולו וקביעת מדיניות חקיקתית איך וכיצד יש להתקדם בשינויו בדרך שתשתלב בהרמוניה ברקמת גוף המשפט כולו. לדעתי, בית המשפט אינו הגוף המתאים לעשות זאת על פי עקרון הפרדת הרשויות, וכן אין בידיו הכלים הדרושים לכך; עניין מסוג זה יש להפנות למחוקק.

נושא זה מתקשר גם לפסק הדין בעניין הסיגריות,<sup>51</sup> אשר ניתן לאחר ההכרעה בעניין עדין מלול. בעניין זה הוגשו תביעות של קופות החולים נגד חברות הסיגריות לפיצוי על הטבת נזקים שהקופות העניקו למבוטחיהן שחלו במחלת הסרטן, כנטען, בעקבות עישון סיגריות. התביעות הוגשו בצורה כוללת, בלא פירוט עילות ספציפיות של אחריות בנזיקין באשר לכל מבוטח בנפרד, כפי שנדרש על פי המשפט הקיים ובהיעדר הסדר של תובענה ייצוגית בתחום זה. בפסק דיננו הוחלט לאשר את מחיקת התביעות בנימוק העיקרי כי בלא שינוי חקיקתי אי אפשר לסטות מתבניות דיני הנזיקין, המחייבות מיטיב נזק, התובע שיפוי מהמזיק בגין הטבת נזק שהעניק לניזוק, לעמוד בחובת ההוכחה כי המזיק ביצע מעשה עוולה, ולהוכיח את שיעור הנזק ואת קיום הקשר הסיבתי בין העוולה לבין הנזק שנגרם, לרבות שיעור ההטבה שהעניק המיטיב לניזוק. במצב דברים זה עומדות למזיק כלפי המיטיב מלוא טענות ההגנה שיש לו כלפי הניזוק. על פי המשפט הקיים, ובהיעדר הסדר של תובענה ייצוגית, אי אפשר להכיר בתביעות כוללתיות הכורכות את כל המטופלים שלקו במחלת הסרטן ואשר הקופות טיפלו בהם תוך טשטוש חובת ההוכחה של אחריות המזיק לפרטיה כלפי כל אחד מהם. נכון הוא כי בתביעות המוניות מסוג זה, המתרחשות גם בתחומים אחרים, כגון בנזקי איכות הסביבה, יש קושי רב בהוכחה פרטנית של אחריות המזיק כלפי כל תובע אינדיווידואלי. ייתכן מאוד כי בתביעות המוניות מסוג זה יש הצדקה חקיקתית לשינוי כללי האחריות והוכחתה, אבל שינוי כזה חייב להתבסס על איזונים חקיקתיים חדשים וראויים בין זכויות שלושת הצדדים במשולש – המזיק, הניזוק והמיטיב – תוך מתן משקל לאופי ה"מוני" של התביעה. שינוי כזה מחייב גיבוש מדיניות חקיקתית כוללת, שתביא בחשבון את מלוא השלכות השינוי הן במישור המושגי והן במישור המעשי. לגישתי, שינוי כזה אינו יכול

51 7547/99 מכבי שירותי בריאות נ' דובק בע"מ (פורסם בנבו, 13.7.2011).



להיעשות בחקיקה שיפוטית, המתמקדת בדרך כלל בעניין נקודתי, ובאין לבית המשפט כלים לבחון את המדיניות הכוללת הראויה בעניין כזה במלוא רוחב היריעה.

לאחרונה אישרה הכנסת בקריאה ראשונה את תיקון מס' 10 (הרחבת סעדים) לחוק איסור לשון הרע.<sup>52</sup> בהצעת החוק ביקשה הכנסת לעשות שני דברים: ראשית, להגדיל את סכום הפיצויים ללא הוכחת נזק הקבוע היום בחוק, מ-50,000 ש"ח ל-300,000 ש"ח (אם הוכחה כוונה לפגוע – הפיצוי יגדל מ-100,000 ש"ח ל-600,000 ש"ח). שנית, הצעת החוק מעגנת זכות תגובה לאדם שחש כי נפגע מפרסום הכולל לשון הרע באמצעי התקשורת. בפסק דין בן גביר<sup>53</sup> עמדת על החשיבות של חופש הביטוי מחד ועל הזכות לשם טוב מאידך. כמו כן ציינת ששני ערכים אלו עומדים באותו המדרג של זכויות האדם, ולכן יש לערוך ביניהם איזון אופקי.<sup>54</sup>

נשמח לדעת, לאור העמדה שהבעת בפסק דין בן גביר, מהי עמדתך באשר לתיקון וכן באשר לדיון הציבורי ולתגובות מכאן ומכאן שבאו בעקבותיו. האם לטעמך הצעת החוק עשויה להשפיע על המשקל היחסי של הערכים<sup>55</sup> ובשל כך על האיזון ביניהם? האם חקיקה שכזו רצויה לטעמך ותקדם את חשיפת האמת?

לא התעמקתי בהצעת החוק הזו, אך אני מודעת לקיומה. אוכל להתייחס באופן כללי ולומר כי המתח הקיים בין איסור לשון הרע שנועד להגן על כבוד האדם, לבין חופש הביטוי הוא מתח מובנה בשיטה שלנו. הוא בא לידי ביטוי מובהק בחוק איסור לשון הרע, המשקיף על חופש הביטוי כעל זכות נוגדת לזכות לשם טוב ומאזן באיזון פנימי בין שתי זכויות נוגדות אלה בתחומי החוק גופו. החוק מספק שורה מרשימה של הגנות לחופש הביטוי שבמסגרתן גם פגיעה, ולעתים פגיעה עמוקה מאוד בשם הטוב של האדם, תזכה להגנת החוק, וזאת בנסיבות בהן חופש הביטוי הוא אינטרס גובר שיש לתת לו משקל מיוחד. היקף ההגנות בולט במיוחד באשר למעמדה של התקשורת בשיח הציבורי. עם זאת לא בכל מקרה חופש הביטוי הוא בעל משקל מכריע, והחוק קובע סנקציות על הפגיעה בשם הטוב של האדם במקום שלשם הטוב ניתן משקל הגובר על חופש הביטוי. במצבים של פגיעה בשם הטוב של האדם קשה מאוד להוכיח נזק מיוחד, ולכן בדרך כלל מדובר בנזק כללי, ובמקרים רבים בפיצוי ללא הוכחת נזק כלל. תפקידו של הפיצוי בתחום לשון הרע אינו מכוון רק להחזרת מצבו של הנפגע לקדמותו, שכן כאשר מדובר בפגיעה בשם טוב קשה מאוד להחזיר מצב לקדמותו באמצעות פיצוי כספי. תפקיד הפיצוי בתחום לשון הרע הוא גם להרתיע גופים ופרטים מפני ביזוי שמו הטוב של אדם שלא כדין בנסיבות שבהן חופש הביטוי אינו עומד להם כהגנה. הפיצוי הכספי על פגיעה בשם הטוב של האדם צריך להיות בעל אופי מרתיע גם במערכת

52 הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון – אי ייחוד העילה והוספת סעדים), תש"ע–2010.

53 רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר (פורסם בנבו, 12.11.2006) (להלן – עניין בן גביר).

54 שם, פסקה 15 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

55 שם, פסקה 1 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

המקדשת את חופש הביטוי ומעניקה לו מעמד כה חשוב. צריך ליצור מציאות שבה היד לא תהא קלה מדי על הדק הפגיעה בשמו הטוב של אדם, ומי שידו קלה והחוק אינו מספק לו הגנה צריך לשאת בתוצאות ממשיות על פגיעה שפגע בכבוד האדם, שהיא לעתים פגיעה אנושה שאיננה ניתנת לתיקון אמתי. השאלה אם סכומי הפיצוי על פי החוק הקיים מספיקים להשגת תכלית זו או שיש להגדילם, היא שאלה שלא בחנתי אותה ולכן קשה לי לענות עליה, והמבחן לכך הוא במידת ההרתעה הממשית הטמונה בהם. הפיצוי צריך להתאים לתכליתו ולקיים את מטרת החוק להיטיב את הנזק ולהרתיע את הפוגע הקונקרטי והפוטנציאלי מפני פגיעה שלא כדין בכבוד האדם.

אשר לזכותו של אדם ששמו הטוב נפגע על ידי אמצעי התקשורת להגיב לפגיעה כזו בכלי התקשורת עצמם, דעתי היא כי תיקון כזה הוא במקומו, שכן חופש הביטוי צריך להיות דו-סטרי. משעה שנעשה פרסום פוגעני באמצעי תקשורת, יש לאפשר תגובה הולמת של הנפגע תוך שימוש באותם אמצעים.

בהקשר זה אנו מבקשים להפנות אותך אל פסק דין שרנסקי,<sup>56</sup> שם דובר על נזק כללי בלבד. במקרה זה ביקשת להדגיש שבמקרים מסוג זה מודגש אופיו ההרתעתי, העונשי והמחנך<sup>57</sup> של הפיצוי. האם אפשר לומר, לטעמך, שהצעת החוק תקדם אלמנטים אלה של חוק איסור לשון הרע?

באותו עניין בחרתי להדגיש את הפן ההרתעתי של הפיצוי שנפסק. עשיתי זאת דווקא על רקע השיטה שלנו שבה חופש הביטוי זוכה למעמד כה נכבד, שלצדו צריך לפעול מנגנון הרתעה יעיל מפני שימוש לרעה בחופש זה. קביעת סכום פיצוי גבוה ללא הוכחת נזק מאותתת על דבר קיומו של אמצעי מרתיע מפני שימוש לרעה בחופש הביטוי, ובית המשפט יפסוק בתחומי מסגרת הפיצוי שהוגדרה את השיעור הספציפי המתאים על פי הנסיבות הקונקרטיות של העניין.

פסק הדין בעניין בן גביר דן בנסיבות הספציפיות של כינוי אדם אחד את האחר "נאצי". שם ציינת את החומרה של עניין זה.

הכינוי "נאצי" שבו כינה המשיב את המבקש הוא, איפוא, בוטה ופוגעני עד מאד, ויש בו כדי לבזותו ולהשפילו. הוא נתפס כך לא רק בעיני הנפגע בלבד, אלא גם במושגי האדם הסביר, המשקף את התייחסות הציבור למטען שביטוי זה נושא עימו... אין מדובר בביטויים שמשמעותם קהתה עם השנים, ואשר הפכו לביטויי גנאי שפגיעתם זניחה, בבחינת חלק משיגרת חיים חברתית נסבלת...<sup>58</sup>

56 ע"א 89/04 נודלמן נ' שרנסקי (פורסם בנבו, 4.8.2008).

57 שם, בפסקה 75 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

58 עניין בן גביר (לעיל, הערה 52) בפסקה 10 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

סוגיה זו עומדת על הפרק היום בספרה הפוליטית, הציבורית והתקשורתית בשל שימוש נפוץ בכינויים אלה. בתגובה לכך בחודש האחרון קודמה הצעת חוק הכינויים הנאציים,<sup>59</sup> המבקשת להגביל שימוש בכינויים וסמלים מסוג זה.

האם את בעד הצעות חוק מסוג זה? האם את בעד הצעת חוק ספציפית זו? האם את חושבת שהסוגיה הספציפית הזו מצדיקה פגיעה בחופש הביטוי?

איני מכירה את הצעת החוק הנדונה, ולכן לא אתייחס לפרטיה. אומר רק באופן כללי כי אם המשפט מספק כלים יעילים להתמודד עם פגיעות בכבוד האדם הקשורות בשימוש בכינויים וסמלים נאציים, כי אז אין צורך בחקיקה נוספת בעניין זה. צריך להמעיט ככל האפשר בהטלת איסורים בחוק בעניינים שאינם נדרשים ואינם הכרחיים. בעניין איסור לשון הרע המנגנון שהחוק יצר להגנה על השם הטוב הוא מספק, והוא נותן כלים להתמודד גם עם כינויים פוגעניים הגורמים לאדם ביוזי והשפלה. אם החוק הקיים נותן מענה לפגיעה משפילה עקב שימוש בכינויים וסמלים הלקוחים מהשואה, אין צורך בחקיקה נוספת בעניין זה. איני מצדדת בגישה שלפיה חופש הביטוי מצדיק מתן היתר גורף לשימוש בכינויים מבזים ומשפילים כלפי אדם תוך התעלמות מהפגיעה בכבודו ובשמו הטוב. לגישה חופש הביטוי וההגנה על השם הטוב ניצבים במדרג עקרוני נורמטיבי זהה מבחינת עצמתם, ונדרשים איזון וויתורים הדדיים ביניהם בשים לב לנסיבות המיוחדות של העניין.

לאחרונה הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק בוררות חובה.<sup>60</sup> בדברי ההסבר להצעת החוק צוין כי כלי דיוני זה יאפשר הקלה מסוימת בעומס על בתי המשפט. עם זאת נשמעת ביקורת חריפה על הצעת חוק זו: מחד עולים ספקות בדבר חוקתיותו<sup>61</sup> ומאידך עולה שאלת התאמתו להיחשב הליך בוררות, שכן אלמנט הסכמת הצדדים בולט בהיעדרו.

מה דעתך על הצעת החוק? האם את חושבת שיש מקום לבוררות חובה כדי להקל את העומס במערכת המשפט?

זכות הגישה לערכאות המשפט נתונה לאדם כזכות חוקתית. זאת זכות יסוד חשובה ביותר, שבאמצעותה אפשר להבטיח את מימוש שאר הזכויות המהותיות העומדות לאדם במשפט. קיים גם הליך הכרעה חלופי בסכסוך בדרך של בוררות, שהציר שעליו הוא נשען בנוי על הסכמת הצדדים הן באשר לעצם הפנייה להליך הכרעה חלופי, הן באשר

59 הצעת חוק איסור השימוש בסמלים וכינויים נאצים, תשע"ב–2011 (להלן – הצעת חוק הכינויים הנאצים).

60 הצעת חוק בתי המשפט [נוסח משולב] (בוררות חובה) (הוראת שעה), תשע"א–2011 (להלן – הצעת חוק בוררות חובה).

61 נשאלת השאלה אם הבוררים יהיו בלתי תלויים, אם תהיה שקיפות ובקרה ציבורית על הליכים מסוג זה; הביקורת הנטענת מועברת על ידי היועצת המשפטית של ועדת החוקה בכנסת עו"ד סיגל קוגוט; <http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000713988>.

לזהות הבורר והן באשר לעיצוב אופי הדיון, כלומר אם יחול הדין המהותי, ומה יהיו כללי הראיות והפרוצדורה שעל פיהם יתנהל ההליך. המרחב הגדול הניתן להסכמת הצדדים בבוררות הוא שנותן למוסד זה את הכוח והחיות שלו. מרגע שמטשטשים את ההבחנה בין ההליך השיפוטי לבין מוסד הבוררות וקובעים כי בעניינים מסוימים לא תהיה לאדם זכות גישה לערכאות תוך פגיעה בזכות יסוד שלו, ומחייבים אותו לפנות לבוררות חובה תוך נטרול יסוד ההסכמה, שהוא אבן הפינה בבוררות, פוגעים פגיעה קשה מאוד הן בזכות הגישה לערכאות והן במוסד הבוררות כהליך חלופי-רצוני במשפט. מטשטשים בכך את ייחודן של שתי המערכות המקבילות האלה של הכרעה בסכסוכים ויוצרים יצור דיוני חדש שהוא זר לתפיסה המשפטית הקיימת. בעיית העומס בבתי המשפט היא אכן בעיה קשה ונוקבת שצריך למצוא לה פתרון. נעשים מאמצים ניכרים למתן את העומס בדרכים שונות על ידי שינוי מבנה סמכויות בתי המשפט, מינוי שופטים נוספים וייעול סדרי הדין. אלה הם האמצעים הרלוונטיים המתאימים שראוי לנקוט כדי להתמודד עם בעיית העומס, וייתכן שקיימים אמצעים נוספים. אולם השימוש באמצעי של בוררות חובה, תוך טשטוש ייחודן של המערכות הקיימות שנועדו להכריע בסכסוכים, אינו נראה לי מתאים לפתרון בעיית העומס על בתי המשפט. יתר על כן, ספק בעיניי אם המנגנון המוצע של בוררות חובה יקטין באופן ממשי את העומס על בתי המשפט, שכן אפשר להניח כי במקרים רבים יוגש ערעור על פסק הבורר, העלול כשלעצמו לגזול זמן שיפוטי יקר, ושכרו של המהלך עלול לצאת בהפסדו, ולהימצא לא יעיל.

בפסק דין גמליאלי<sup>62</sup> ביקשת לצמצם את הביקורת השיפוטית על פסקי בוררות. כמה שנים לאחר פסק הדין התרחשה פרשת אלי ארון,<sup>63</sup> אשר העמיקה את היעדר הלגיטימציה של הליך הבוררות והחשש המוגבר של צדדים לפנות אליו עקב בקרה מוגבלת על ההליך. פרשת אלי ארון הביאה לתיקוני חקיקה המאפשרים בקרה מסוימת בצורה של ערעור ברשות על פסק בורר אם הוסכם על כך מראש.<sup>64</sup>

האם דעתך השתנתה בעקבות פרשת אלי ארון ותיקון חוק הבוררות, או שלטעמך הביקורת השיפוטית על פסקי הבוררות עדיין צריכה להיות מצומצמת?

איני מצויה במלוא עובדותיה של פרשת ארון. בשלב מסוים הובא עניין זה לפניי בשאלה נקודתית, אבל הפרשה בכללותה אינה מוכרת לי על כל צדדיה. מכל מקום, עניין

62 רע"א 3680/00 גמליאלי נ' מגשימים כפר שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ, פ"ד נז(6) 605.

63 ת"פ (מחוזי ת"א) 40266/08 מדינת ישראל נ' ארון (פורסם בנבו, 17.5.2010) (להלן – כתב האישום); בש"א (מחוזי ת"א) 8625/06 כלל פיננסים ניהול בע"מ נ' מלץ (פורסם בנבו, 1.5.2006); פרשה זו גוללה מספר רב של הליכים משפטיים, אזרחיים ופלייליים. בלב הפרשה דובר על זיוף מסמכים על ידי אלי ארון והגשתם לבורר יעקב מלץ ז"ל כמסמכים מן המניין, ועל פיהם נתן הבורר את פסק הבוררות.

64 ס' 29 לחוק הבוררות, תשכ"ח-1968, ס"ח 184 (לעיל ולהלן – חוק הבוררות).

נקודתי כזה או אחר אינו צריך להוביל לשינוי מהותי בתפיסת מקומו או מעמדו של הליך הכרעה במחלוקות. אשר לשאלה העקרונית – אם ראוי להקנות לאדם זכות ערעור על פסק בורר – בעניין זה יש פנים לכאן ולכאן. מצד אחד נכון הוא שקיומה של ביקורת שיפוטית מצומצמת על פסק בורר עלולה להרתיע מלכתחילה צדדים מסוימים מפנייה לבוררות מחשש שפסק בורר שגוי לא יהיה ניתן להשגה ולשינוי. אני ערה לקושי הזה. אבל מצד אחר ייחודה של הבוררות, מלבד יסוד ההסכמה של הצדדים שבבסיס ההליך, הוא במרכיבי היעילות, המהירות והיכולת להגיע לפתרון ענייני צודק, לעתים תוך סטייה מהדין המהותי וסדרי הדין. זו מהותה המיוחדת של הבוררות. על רקע זה אפשר להבין את הטעם לקיום הגבלה על היקף הביקורת השיפוטית על פסק הבורר, שעיקרה נועד למנוע חדירה לקרביים של הפסק כדי לבקרו ולבחון את נכונותו מהבחינה המשפטית, אלא להסתפק בבחינת תקינות עצם הליך הבוררות ועמידתו בסטנדרטים של תקנת הציבור. זו המטרה העיקרית בביקורת השיפוטית על פסק הבורר, שתכליתה להמעיט ככל האפשר בהתערבות שיפוטית בפסק כדי להגיע לפתרון מהיר, יעיל וצודק למחלוקת בהליך המבוסס כולו על רצון הצדדים. המצב הקיים משקף בעיני את המתכונת הנכונה לביקורת השיפוטית על פסק בורר. ערעור רגיל על פסק בורר עשוי להביא לשינוי מהותי בהליך הבוררות, הבנוי על הסכמת הצדדים והמתאפיין בגמישות וביעילות. ייתכן כי אפשר לשקול הוספת עילות לביטול פסק בורר שתצטרפנה לרשימה הקיימת. למשל, אולי יש מקום לשקול הכללה מחדש של עילת הביטול בגין טעות מהותית על פני הפסק, שבוטלה בזמנה בבוררות רגילה אך נכללה מחדש לאחר מכן באשר לפסקי המשקם במגזר החקלאי. אבל במישור העקרוני אין מקום לדעתי לפרוץ את המסגרת הקיימת של הביקורת השיפוטית המצומצמת על פסק בורר, הבנויה על רשימת עילות ביטול של הפסק, ולהחליפה בהליך ערעורי שיטשטש את ייחודה של הבוררות ואת היתרון הגדול הגלום בה כחלופה יעילה להליך שיפוטי רגיל.

בעניין צלטנר<sup>65</sup> הסכמת עם הביקורת שמתח בא כוח המערער על גישת בית משפט קמא, ועיקרה הפחתת החומרה של עברות העלמת מס, שאותן כינת "מן העבירות החמורות הנכללות בפרק העונשין של פקודת מס הכנסה, אם לא החמורות שבהן".<sup>66</sup> ציינת כי את רואה צדק רב בביקורת על הגישה שקובעת כי "אין מקום להתייחס בחומרה יתרה לעבירות מס, בהינתן הקלות היחסית שבה נצפה תחום עבריינות זה על ידי הרשויות, ובתוכן גם בתי המשפט". עוד הוספת כי "התייחסות זו השפיעה באורח ישיר על הערכת בית הדין את חומרת מעשיו של המשיב ועל היקף העונש המשמעתי שנגזר עליו. אני רואה קושי מהותי לאמץ גישה זו, בין בתחום הפלילי ובין במישור המשמעתי".<sup>67</sup>

65 על"א 3467/00 הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין בתל-אביב-יפו נ' צלטנר, פ"ד נו(2) 895.

66 שם, בעמ' 902.

67 שם, שם.

האם את מרגישה כי יש תחושת "אני ואפסי עוד" בכל הנוגע לשלטון החוק, תחושה הרווחת בחברה הישראלית, היא מקורה אשר יהא, והיא מחלחלת לתחומי חיים אחרים, כמו מערכת המשפט, ובעיקר להתנהלותם של עורכי דין?<sup>68</sup>

אני חושבת שעורכי דין ולשכת עורכי הדין כגוף המאגד אותם מחויבים ברמה מקצועית גבוהה מאוד ובאיכות ערכית-מוסרית גבוהה מאוד בשל התפקיד והאחריות המוטלים עליהם לשרת את הציבור במשפט, ולייצגו בבית המשפט. האחריות המוטלת על עורכי הדין אינה מצטמצמת בייצוג ענייניו של הפרט במשפט. מוטלת עליהם חובה להיות שותפים לעשיית צדק ולשמירה על שלטון החוק כידו הארוכה של בית המשפט. הם חוליה בשרשרת המערכות המופקדות על אכיפת החוק כמובן הרחב. במעמדם הם מייצגים לא רק אינטרס פרטי צר אלא את מערכת המשפט בכללותה. לגישתי, הלשכה צריכה להיות גוף מעורב הנוקט עמדה בנושאים חברתיים כלליים בעלי חשיבות ציבורית גבוהה, הקשורים בדרך זו או אחרת לשלטון החוק, לערכים דמוקרטיים ולמעמד המשפט ובתי המשפט בחברה הישראלית. המערכת המשפטית של לשכת עורכי הדין משרתת את מטרות הפיקוח של הגוף המקצועי שהדרישות הבסיסיות לתפקוד ראוי של עורך דין במילוי תפקידו יתקיימו, הן מבחינת רמתו המקצועית והן מבחינת ניקיון הכפיים וטוהר המידות בדרך התנהלותו. בנושא המסוים שהזכרתם נעברו עברות מס חמורות מאוד

68 יפים לעניין זה דבריה של השופטת פרוקצ'יה מתוך פסק הדין, שמתחברים היטב להתעוררות החברתית בקיץ 2011:

עבריינות מס גובלת בפגיעה עמוקה בעקרון השוויון, שהוא עיקרון חברתי ראשוני בעל ממד חוקתי, המורה, בצד הדאגה לשוויון זכויות בין כל האדם, גם על חובת נשיאה משותפת ושוויונית בנטל החובות לספק את צורכי החברה כולה. שוויון בזכויות אינו בר-מימוש באופן מלא בלא קיום שותפות שוויונית והוגנת בנטל העמידה בחובות כלפי החברה, ובכלל זה חובות בתחום הביטחון והשירות הלאומי, הכלכלה ותחומי חיים אחרים. בתוך כל אלה משתלבת גם החובה המשותפת לשאת בנטל תשלומי המסים הנדרשים לגיבוש יכולתה הכלכלית של החברה ולסיפוק צורכי הכלל והפרט.

הוסיפה ואמרה:

...ואם עמדנו על חומרתן של עבירות המס המבוצעות על-ידי נישום רגיל מן היישוב, על אחת כמה וכמה כך הוא לגבי עבירות מס המבוצעות על-ידי עורך-דין הנדרש לשמש דוגמה ומופת להקפדה על שמירת החוק". ובעניין אחר, אמר השופט גולדברג: "במרכז ההוראה שבס' 75 לחוק עומדת התפיסה, כי מקצוע עריכת-דין אינו עולה בקנה אחד עם הפרת דין. מי שנמנה על שורותיה של לשכת עורכי הדין, והוא ממרה את פי החוק, ובמיוחד כשהוא עובר עבירה פלילית, הריהו פוגע גם בכבוד המקצוע ועקרונותיו. ואין נפקא מינה, אם עבר את העבירה תוך שהוא ממלא את תפקידיו המקצועיים או מחוצה למסגרת זו. מכאן שעל עורך-דין, שדבק בו רבב מוסרי חמור עקב עבירה פלילית שביצע, לא רק לשאת את עונו בהליך הפלילי, ככל עובר עבירה, אלא שבהיות התנהגות ברמה מוסרית כזאת פוגעת גם בערכי המקצוע, על בית הדין למשמעת להידרש להתנהגות כזאת.

שהיה צריך להתייחס אליהן בחומרה יתרה. מאחר שהעונש המשמעתי שהוטל באותו עניין לא הלם את חומרת המעשים, החלטנו להחמיר בעונש המשמעתי. המטרה בקיום משפט משמעתי, היא לפקח במישור הארגוני על עורכי הדין כנותני שירות מקצועי, כדי להבטיח שרמת השירות המשפטי וניקיונו יעמדו ברף הראוי, ושאמון הציבור בעורכי הדין ובמקצוע עריכת הדין לא ייפגע ולא יישחק.

קיימת החלטה של הלשכה,<sup>69</sup> שנמצאת בתהליך גיבוש, כי עורך דין שניצב בפני שופט בכל ערכאה שיפוטית יחויב לעטות על עצמו גלימה, ולא רק בערכאות המחוזי והעליון. בבסיס החלטה זו עומדים שיקולים של ייצוגיות, מעמדו של עורך הדין בחברה ועוד. מהו אפוא לדעתך מקומו הראוי של עורך הדין בחברה הישראלית של המאה ה-21?

מעמדו של עורך הדין בחברה הישראלית חשוב ומרכזי. הוא מבטא לא רק את היבט מתן השירות המשפטי לפרט, לגופים ולרשויות השונות, אלא גם את מקומו של ציבור עורכי הדין כנציג חשוב של שלטון החוק ואכיפת החוק בישראל. ממעמד זה מתבקשת מעורבות ציבור עורכי הדין בעניינים המרכזיים הקשורים לחוק, למשפט ולזכויות האדם, שהמדינה, החברה ושיטת המשפט מתמודדות עמם.

אנו רוצים לצמצם את הדיון ולהסתכל על עורך הדין בבית המשפט. מניסיוןך ומהתנסויותיך, האם את מרגישה שעורכי הדין ממלאים את הייעוד שלהם? ואם כן, האם הם עושים זאת באופן ראוי? האם יש מקום לסמלים, כמו החלטת הלשכה בעניין הגלימות, כדי לקדם התנהגות ראויה של עורכי דין בין כותלי בית המשפט?

הגלימה היא ביטוי חיצוני לערכים פנימיים. כאשר קיימים ערכים פנימיים הצורך בסמלים חיצוניים פוחת. כאשר ערכים פנימיים נשחקים, אולי השימוש בסמלים יכול להיות ערך מחנך ולהטמיע בצורה יעילה יותר את הערכים הפנימיים שצריכים להנחות את עורכי הדין. עורכי דין אמורים, קודם כול, לשלוט היטב במטריה המקצועית שהם עוסקים בה. אך בכך לא די. הם חייבים בגישה ערכית המכבדת באופן אמיתי את עקרון שלטון החוק, שממנו נגזר הכבוד כלפי ערכאות השפיטה והכרעותיהן, וכלפי בעלי הדין שכנגד ועורכי הדין המייצגים את הצד שכנגד. יחס ערכי זה צריך להתבטא גם בתרבות השיח, בתרבות הכתיבה, בתרבות הפנייה אל בית המשפט ואל כל הגורמים המעורבים בהליך השיפוטי. ניסיוני בשפיטה הראה כי מערכת הערכים הזו בדרך כלל קיימת אצל עורכי הדין, אם כי פה ושם עשויים להיות יוצאים מן הכלל. במקרים של סטייה יש צורך לנקוט קו של הדרכה והכוונה. האחריות בעניין זה מוטלת הן על בית המשפט והן על לשכת עורכי הדין כגוף המקצועי של עורכי הדין. חשוב שלשכת עורכי הדין תראה כחלק ממשמורתה את הכשרת ציבור עורכי הדין החדשים לא רק במישור המקצועי הטהור

69 למשל ראו: <http://masfax.co.il> /מחוץ-לחוק/האם-עוהד-יחוייבו-תמיד-ללבוש-גלימה.

אלא גם בכל הנוגע לערכים הפנימיים החשובים הטמונים בתפקידו ובמעמדו של עורך הדין ובמישורי ההתנהגות וההתייחסות הראויות למערכת המשפטית על כל שלוחותיה.

נטע זיו מבקרת במאמרה את המצב הקיים, שבו תחומי העיסוק הייחודיים לעורכי דין הם רחבים מאוד. היא טוענת כי יש לפתוח את שוק השירותים המשפטיים גם לאנשי מקצוע שאינם עורכי דין, וזאת בניגוד לגישת לשכת עורכי הדין, הפועלת ללא לאות לשימור המצב הקיים בטענה של הסגת גבול המקצוע. במאבק הכוחות הזה טוענת זיו כי בתי המשפט מעניקים גיבוי ללשכה ונמנעים מלהתמודד עם הבעייתיות הטמונה בריכוז סמכויות רחב מדי בידי גוף מונופוליסטי.<sup>70</sup>

היכן את מציבה את עצמך בספקטרום הזה? מהי חשיבות ההגנה על תחומי מקצוע עריכת הדין?

לא בחנתי לעומק את מלוא השיקולים הרלוונטיים המצויים בבסיס קביעת היקף הייחודיות של מקצוע עריכת הדין על פי חוק לשכת עורכי הדין במתכונתו הנוכחית. לכן לא אוכל לנקוט עמדה נחרצת בשאלה אם המצב הקיים, שבו שמורה ייחודיות למרחב גדול של פעולות במסגרת מקצוע עריכת הדין, הוא מצב ראוי או שהוא טעון תיקון. זה נושא שיש ללמוד אותו לעומק הן במישור המושגי והן במישור המעשי; במישור המושגי השאלה היא היכן נקודת האיזון הראויה בין האינטרס להגן על ייחודיות המקצוע לבין הזכות החוקתית של כל אדם לחופש עיסוק. במישור המעשי יש לבחון מהן השלכותיה של הייחודיות המקצועית בשטח, ואם היא יוצרת בעיות אמיתיות הטעונות הסדרה. לעתים מתייחסים בהקשר זה להיבט של אינטרס הלשכה לשמר לחבריה חופש פעולה רחב ואקסקלוסיביות בתחומים נרחבים כדי למנוע מגורמים אחרים דריסת רגל ובכך להעצים את תחום פעולתם של עורכי הדין תוך פגיעה בחופש של אחרים. זהו פן המועלה על ידי המתנגדים לייחודיות בהקשר השלילי. מנגד, אי אפשר להתעלם מחשיבות ייחודו של המקצוע בכל אותם תחומים שהם גורליים לציבור צרכני השירות המשפטי. הייחודיות הזו מביאה עמה גם את פיקוח הלשכה על פעילותם של עורכי הדין במסגרת עיסוקם הייחודי, המבטיח קיומה של מומחיות מקצועית ברמה גבוהה, והשכלה משפטית מתאימה. הפן החיובי שבהסדרת המקצוע, המוליד בין היתר את הייחודיות, מאפשר גם פיקוח משמעותי על איש המקצוע ומרתיע מפני סטיות מהתנהגות מקצועית נורמטיבית. במקרה של סטייה מתקיים הליך משמעת שבצדו סנקציות. מנגנון זה של פיקוח ובקרה מגן על ציבור מקבלי השירות המשפטי ומבטיח קיומן של אמות מידה מקצועיות ואתיות במתן השירות. משעה שמצרים את הייחודיות המקצועית, מחלישים את הפיקוח והבקרה על השירות הניתן לציבור. אך מנגד – מרככים את הפגיעה בחופש

70 נטע זיו, "מי הזיז את הגלימה שלי? – על הסגת גבול מקצוע עריכת הדין", מחקרי משפט כד(2) (2008) 439.



העיסוק של עוסקים אחרים. גם כאן עולה שאלה של איזונים. אני מניחה כי אלה הם השיקולים שיש לשקול בנוגע לשאלה אם ייחודיותו של מקצוע עריכת הדין במתכונתה הנוכחית רחבה מדי אם לאו.

מה דעתך על בעיית ההצפה של מקצוע המשפטים ועל השוק העמוס, יש האומרים רווי, בעורכי דין? האם יש מקום לשנות את שערי הכניסה למקצוע? והיכן (באיזה שלב? טרם הקבלה ללימודים, הלימודים עצמם, ההתמחות, בחינות הלשכה וכו')?

איני מוטרדת מכך שתלמידים רבים מאוד פונים ללימודי משפטים במוסדות לימוד שונים. אני חושבת שהשכלה משפטית, באשר היא, חשובה מאוד, בין שאדם מתכוון לעסוק בעתיד במשפט ובין שלא. לימוד משפטים מקנה לאדם השכלה נרחבת ומעמיקה ומפתח יכולות של ניתוח וכושר ביטוי שהם חשובים ביותר בכל תחום שאדם יבחר לעסוק בו בעתיד. חשוב שצעירים יקבלו השכלה בסיסית במשפטים, וככל שירבו כן ייטב. אלא שמספרם הגדול של תלמידי משפטים אינו מצדיק פשרה בעניין הרמה האקדמית. הרמה האקדמית הגבוהה בלימודי משפטים חייבת להישמר. הדבר חיוני מבחינת חובת מוסדות האקדמיה הן כלפי הפרט והן כלפי הציבור כולו. הדרך להגשים את היעד הזה היא ביצירת נורמות שהמוסדות האקדמיים יחויבו לקיים מבחינת דרישות הקבלה לאקדמיה, רמת ההוראה ורמת התפקוד של התלמיד הן במהלך הלימודים והן לצורך קבלת התואר. האחריות בעניין זה מוטלת על המוסדות האקדמיים עצמם ועל גורמי הפיקוח על ההשכלה הגבוהה שעליהם להציב זאת כיעד מחייב שיש לממשו.

בנאום הפרדה שלך מבית המשפט העליון הדגשת את הצורך "לשקוד יוס'ים ושעה-שעה על תקינותן של מערכות השלטון".<sup>71</sup> אחד המקרים הבולטים שבהם ביקשת לקיים זאת הוא דווקא מקרה שבו היית בדעת מיעוט, המקרה של פרשת אומץ.<sup>72</sup>

לאחר מלחמת לבנון השנייה החליטה הממשלה להקים ועדת בדיקה ממשלתית,<sup>73</sup> ולהימנע ממינוי וועדת חקירה ממלכתית. בדיון בפני בית המשפט העליון בנוגע לחוקיות ההחלטה הכריעה דעת הרוב<sup>74</sup> שההחלטה איננה נגועה בהיעדר סבירות קיצונית<sup>75</sup> של

71 <http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000638496>  
 72 בג"ץ 6728/06 עמותת "אומץ" אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 30.11.2006) (להלן – עניין "אומץ").  
 73 ועדת בדיקה ממשלתית לחקר אירועי מלחמת לבנון השנייה.  
 74 דעת הרוב בעניין "אומץ" כללה את המשנה לנשיאה א' ריבלין, השופט א' גרוניס, השופט ס' גובראן והשופטת א' חיות.  
 75 עניין "אומץ" (לעיל, הערה 71) בפסקה 20 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין: "התוצאה היא כי לאור הסמכויות הנתונות בפועל בידיה של ועדת וינוגרד ולאור הרכב חבריה... אינם מצדיקים... קביעה שיפוטית בדבר חוסר סבירות קיצוני בבחירת הממשלה. בחירה זו עשויה להיות מוסברת בשיקולים עניינים הנוגעים לתכלית הבדיקה".

הרשות המבצעת, והיא מצויה במסגרת סמכותה מכוח חוק הממשלה,<sup>76</sup> ולכן איננה מקימה עילה משפטית להתערבות בית המשפט. השופטת חיות הזכירה כי בית המשפט איננו נוהג להתערב בהחלטות מסוג זה<sup>77</sup> וקראה לבית המשפט לנהוג באיפוק.<sup>78</sup> בדעת המיעוט<sup>79</sup> ביקשת לתקוף לא רק את נושא הסמכות אלא טענת גם לניגוד עניינים ולחוסר סבירות קיצוני בהחלטת הממשלה.

איך לטעמך אפשר להסביר את הפערים הניכרים הללו בין דעת הרוב לדעת המיעוט?

נכון הוא כי בעניינים הכרוכים במדיניות ממשלתית מובהקת נהוג לנקוט איפוק שיפוטי. כך הוא בוודאי בנושאים הנוגעים למלחמה ושלום, שבהם ההתערבות השיפוטית היא בדרך כלל מצומצמת ביותר. נובע מכך כי הביקורת השיפוטית על החלטות הגורם השלטוני בעניין הקמת ועדות חקירה לבחינת אירועים הקשורים בשאלות מדיניות מובהקות, גם היא מתאפיינת בריסון שיפוטי. עם זאת איננו מדברים בנושאים שהם מעצם טיבם לא שפיטים. הקמת ועדת חקירה בנושא של מלחמה הוא עניין שפיט, ובית המשפט מפעיל שיקול דעת אם להתערב, ומתי להתערב, בהחלטת הגורם השלטוני בעניין זה, והקו המנחה בביקורת זו הוא איפוק וריסון. התערבות שיפוטית כזו תיתכן אם אירעה סטייה מדרישות החוק, או הפרה קיצונית של נורמה מהמשפט הציבורי, כמו למשל פגיעה באיסור על ניגוד עניינים או חריגה בולטת מדרישות הסבירות. בנושא מלחמת לבנון השנייה החליטה הממשלה על מינוי ועדת בדיקה ממשלתית, להבדיל מוועדת חקירה ממלכתית, לחקר מאורעות אותה מלחמה. סברתי כי מינוי ועדת בדיקה, להבדיל מוועדת חקירה ממלכתית, מהווה בנסיבות אותו עניין חריגה קיצונית מסמכות וכן הפרה של החובה להימנע מניגוד עניינים וסטייה ניכרת מדרישת הסבירות, המחייבות את הממשלה. יש לזכור שאנו מדברים בחקירה ממלכתית של מלחמה כוללת, שהתאפיינה בבעייתיות רחבת רבדים שהצריכה בחינה בלתי תלויה לעומקם של הדברים. מלבד זאת חלק מיעדי הבדיקה נועד לבחון את שאלת אחריותם האישית של ראשי המדינה והצבא שהיה להם חלק בהחלטות הקשורות למלחמה. על

76 ס' 8 לחוק הממשלה, תשס"א–2001, ס"ח 168.

77 עניין "אומץ" (לעיל, הערה 71) בפסקה 7 לפסק דינה של השופטת חיות: "... ראוי לחזור ולהדגיש כי מתחם שיקול הדעת הנתון לממשלה בעניינים כגון דא הינו רחב עד מאוד ואף שכל מעשי המינהל הוא אינו חסין מביקורת שיפוטית, לא נמצא עד היום ולו מקרה אחד שהצדיק בעיני בית משפט זה התערבות בעניינים הנוגעים להקמתן של ועדות חקירה".

78 פסקה 8 לפסק דינה של השופטת חיות: "במקרה שלפנינו, מבקשים העותרים להעביר תחת שבט הביקורת השיפוטית החלטה של הממשלה הניצבת בראש ההיררכיה השלטונית בעניינים הנושאים אופי מדיני-פוליטי. כל אלה מחייבים אותנו בריסון שיפוטי מירבי".

79 דעת המיעוט בעניין "אומץ" כללה את השופטת נאור, שטענה להיעדר סמכות בהחלטת הממשלה, את השופט רובינשטיין והשופטת פרוקצ'יה שטענו להיעדר סמכות, לניגוד עניינים חמור בקבלת ההחלטה, שכן "הנחקר מינה את חוקריו" ולחוסר סבירות קיצוני בהפעלת שיקול הדעת במינוי ועדת החקירה הממשלתית.

רקע זה שאלתי את עצמי כיצד ממשלה סבירה, עניינית והוגנת הייתה פועלת ליישום החלטתה העקרונית להקים גוף חוקר לאירועי המלחמה – החלטה שנתקבלה בתגובה לדרישתו הנוקבת של הציבור הרחב. איזה מנגנון היה על ממשלה סבירה והוגנת להפעיל כדי לחקור את המלחמה על כל השלכותיה, ולעסוק גם בשאלות בדבר אחריותה האישית של ההנהגה, הן הצבאית והן המדינית? אשר לשאלת הסמכות, הבהרתי בחוות דעתי כי החוק מונה שלוש ועדות אפשריות לבדיקת נושא ממלכתי. בקצה האחד מצויה ועדת חקירה ממלכתית, שחבריה מתמנים על ידי נשיא בית המשפט העליון. הממשלה אינה מעורבת כלל במינוי ועדה כזו, ונתונות לה סמכויות רחבות של גוף חקירתי, על כל ההשלכות הנובעות מכך. בקצה השני מצויה ועדת בירור, המתמנה על ידי שר בממשלה לבדיקת עניין נקודתי שאירע בתחומי תפקידו. לוועדה כזו כמעט אין סמכויות. בתווך בין שני הקצוות הללו ניצבת ועדת בדיקה ממשלתית, שאף היא, על פי טיבה, מכוונת לבדיקת נושא נקודתי. איושה של ועדת בדיקה זו נעשה על ידי הממשלה או שר משריה. סמכויותיה מוגבלות בהרבה מאלה של ועדת חקירה ממלכתית. מהשוואה בין שלושת סוגי ועדות החקירה האלה, על הסמכויות הנתונות לכל אחת מהן, ובהינתן הגורמים המוסמכים המופקדים על איושן, הגעתי למסקנה כי מינוי ועדת בדיקה ממשלתית, בנסיבותיה המיוחדות של חקירת מלחמת לבנון השנייה, אינו עומד במבחן החוק והמשפט. מבחינת דרך הפעלת סמכות המינוי ועדת בדיקה כזו אינה אמורה לחקור מלחמה כוללת, שלכך נועדה ועדת חקירה ממלכתית על פי החוק; שנית, מינוי כזה פסול גם מבחינת ניגוד עניינים הקיים בין הגורם הממנה את חברי הוועדה לבין הגורם הממונה. כאשר הגוף החוקר אמור לחקור, בין היתר את התנהגות הממשלה וראשיה, אין זה תקין כי הם עצמם יקבעו את הרכבו של אותו גוף, אשר חבריו ישמשו לאחר מכן החוקרים של מעשי הממנים. זאת במיוחד כאשר קיימת אופציה משפטית של מינוי ועדת חקירה ממלכתית, שחבריה מתמנים על ידי נשיא בית המשפט העליון, שהוא גורם בלתי תלוי לחלוטין בגורמים הנחקרים. ופן שלישי בהנמקה הוא חוסר הסבירות שבמינוי ועדת בדיקה לחקירת המלחמה. דרישת הסבירות מחייבת בחירת החלופה היעילה והנכונה ביותר מבין החלופות הקיימות שלשמה נעשה המינוי. בחירת חלופה יעילה פחות ונכונה פחות, כאשר קיימת חלופה טובה וראויה, אינה סבירה. נהיר היה על פני הדברים כי הממשלה העדיפה למנות בעצמה את חברי הוועדה שיחקרו אותה, ובקשה למנוע את מינויים בידי גורם חיצוני ובלתי תלוי. כן היא העדיפה גוף חקירתי שסמכויותיו מוגבלות על פני ועדת חקירה ממלכתית שסמכויותיה רחבות. בשל חשיבותו של הנושא הציבורי הקשור בחקירת המלחמה, ובהתחשב בחריגה הקיצונית בהתנהלות הממשלה במינוי ועדת בדיקה לחקר המלחמה, סברתי כי זה המקום להתערבות שיפוטית לביטול החלטת הממשלה, גם אם נושא מסוג זה מצדיק בדרך כלל איפוק וריסון שיפוטי.

אינטרס ביטחון המדינה בישראל היה מאז ומתמיד אינטרס מרכזי אשר לעתים מצא עצמו מתנגש עם זכויות יסוד של הפרט. בכינוס<sup>80</sup> שהיה לפני כחודש זיברת על חשיבות השמירה על זכויות הפרט על אף היותן לעתים יחסיות:

באמצעות הקניית מעמד נורמטיבי עליון לזכויות האדם, פורשת הדמוקרטיה את הגנתה על הפרט, על המיעוט, על החלש, המופלה והזר מפני עוצמת פגיעתו של הרוב. מעמדן החוקתי העליון של זכויות האדם בשיטה החוקתית בישראל מחייב את כיבודן ומימושן, גם אם ההגנה עליהן איננה מוחלטת אלא יחסית בלבד, בהינתן זכויות אדם ואינטרסים ציבוריים נוגדים הראויים גם הם להתחשבות.

האם לדעתך הגיעה העת לקבוע מערכת נורמות חדשה אשר תגביל את השימוש באינטרס הביטחון ותמנע מראש פגיעה בזכויות יסוד של הפרט, או לחלופין תטה את האיזון האמור לכיווןן של זכויות הפרט?

נראה לי שמנגנוני האיזון הקיימים בין אינטרס הביטחון לבין זכויות האדם הם ראויים ומתאימים לתכליתם. השאלה העיקרית היא אם מיישמים אותם נכון במקרים הקונקרטיים. לא נראה לי כי יש צורך בשינוי המנגנונים עצמם. אנחנו מדברים בעקרון המידתיות המעוגן בפסקאות ההגבלה שבחוקי היסוד החלות על הזכויות החוקתיות, ובמנגנון האיזון ההלכתי באשר לזכויות ההלכתיות, השואב את כוחו מאותם עקרונות. אינטרס הביטחון הוא אינטרס ציבורי ראשון במעלה שעשוי להתנגש עם זכויות אדם, ובהן זכויות אדם חשובות ביותר כגון חופש הביטוי, חופש הקניין, חופש ההפגנה וכיוצא באלה. תורת האיזונים החוקתית, הבוחנת את המשקל הערכי הראוי שיש לתת לכל אחד מהערכים הנוגדים, היא האמצעי הנכון ליצירת שיווי המשקל בין האינטרס הציבורי לבין זכות האדם. מוקד השאלה הוא אם התועלת היחסית ממימוש אינטרס הביטחון שקולה כנגד עצמת הפגיעה בזכות האדם במקרה נתון. אם התשובה לכך היא בחיוב, הפגיעה בזכות היסוד נחשבת חוקתית וקבילה, בהנחה ששאר תנאי פסקת ההגבלה התקיימו. אם התשובה היא בשלילה, כי אז הפגיעה השלטונית אינה קבילה, ונדרש לבטלה או למתנה כדי שתעמוד במבחן החוקתי. זהו המנגנון הישים בכל מצב של התנגשות בין זכות יסוד לבין אינטרס ציבורי, ואינטרס הביטחון בכלל זה. בעניינים שהגיעו לבית המשפט לא תמיד הפעילה המדינה את האיזונים בצורה נכונה, וזה קרה גם כאשר אינטרס הביטחון היה בלב העניין. במקרים כאלה בית המשפט התערב והוביל לשינוי נקודת האיזון שנבחרה בין זכות האדם לאינטרס הציבורי.

<http://www.news1.co.il/Archive/001-D-285336-00.html> 80

באותו כינוס דיברת גם על ארגון עדאלה והאגודה לזכויות האזרח. שיבחת אותם על פעולותיהם וערכיהם ואף הסברת כי את חולקת עמם ערכים משותפים:

בדרך מוזרה אני חשה כאילו אנחנו מכרים וידידים ותיקים, דרך ההתמודדות המשותפת – כל אחד מכיוונו בסוגיות חוקתיות, לאומיות ואנושיות סבוכות ונוקבות, ודרך החוט הסמוי הקושר בין בני אדם, העובר מהמוח אל הלב, ומחבר ביניהם סביב ערכים משותפים, ותקוות דומות.

לעומת זאת כמה שבועות לפני הכינוס ביקשו הנשיאה ביניש והשופט רובינשטיין דווקא לבקר את הארגון,<sup>81</sup> באמרם:

הנשיאה ביניש:

העתירה הגורפת והטענות החמורות המועלות בה אינן מניחות תשתית עובדתית או משפטית ראויה לדיון ענייני וקונקרטי. היא מערבת בין טענות משפטיות לטענות שמקומן, אולי, בדיון הפובליציסטי הציבורי ולא בהליך משפטי. היא נראית על פניה כניסיון לעשות שימוש בבית המשפט במחלוקת שעל פניה אינה נטועה בשדה זה.

השופט רובינשטיין:

אין בעתירה זו המשתרעת על פני 135 עמודים התייחסות משפטית למאבק זה של מדינת ישראל [...] מה מסתתר מאחורי הכסות המשפטית המלומדת ורבת הציטוטים, ושאלה היא האין תכליתה האמיתית דה-לגיטימציה של מדינת ישראל, תוך "איום" אליו התייחסה גם חברתי בהפעלת "סמכות אוניברסלית".

האם תוכלי להסביר את דבריך ולהגיב לדברי השופטים הללו?

ככלל, ארגוני זכויות האדם הם גופים שקשה להגזים בחשיבות פעילותם להגנה על זכויות האדם ופיתוחן. בלא ארגוני הזכויות הפועלים יום יום למימוש זכויות האדם הלכה למעשה עלול היה להיווצר מצב שבו ההצהרות העקרוניות על זכויות האדם במגילת העצמאות, בחוקי היסוד ובפסיקת בתי המשפט לאורך השנים היו הופכות לאות מתה. ארגוני הזכויות הם הגופים הנותנים חיות וממשות להגנה על זכויות האדם בעולם

81 בג"ץ 3292/07 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנוב, 8.12.2011).

המעשה. הם המביאים לבתי המשפט את מצוקתו של הפרט, וקרוב לוודאי שבלעדיהם עניינו לא היה מגיע לבירור כלל. מעורבותם של הארגונים מאפשרת לבית המשפט לממש בפועל את ההגנה על זכויות האדם ולתת סעד למי שזכויותיו נפגעו. לכן כל אזרח בישראל החרד לזכויות האדם צריך להבין את גודל חשיבותם של ארגונים אלה. במקרים רבים לפרט הנפגע אין כוח ואמצעים ליזום ולנהל בעצמו מלחמה על זכויותיו. אלמלא הארגונים חלק גדול מהעתירות שהוגשו והרבה מזכויות האדם שהופרו לא היו באים לכלל דיון ולכלל תיקון. חשיבותם לאין שיעור של ארגוני הזכויות מחייבת את החברה הישראלית לא רק למנוע פגיעה בהם אלא לתמוך בהם באופן פוזיטיבי, ולחזק אותם במידת האפשר בדרך של תמיכה כספית, ובדרכים אחרות. המחויבות להגן על זכויות האדם צריכה להיות משותפת לכל מי שנחוש להגן על הערכים החוקתיים של החברה שלנו, בין שמדובר במחוקק, בין שמדובר בנושא תפקיד ברשות השלטונית, בין בשופט, ובין בחבר בארגון זכויות אדם. כל אלה שותפים לאותה מערכת ערכים ולאותה מחויבות להגן עליהם ולכבדם. לכן מבחינה זו יש הרבה מן המשותף לבית המשפט ולארגון הפועל למען זכויות אדם. לכך התכוונתי בדברי על החוט הערכי המקשר בין בית המשפט והשופט לבין פעילים לזכויות אדם באשר הם.

שאלה אחרת היא אם בעניין מסוים נקט ארגון זכויות כלשהו עמדה שגררה ביקורת, ואולי אף ביקורת חריפה מפי בית המשפט. אכן, אין להוציא מכלל אפשרות כי ארגון זכויות יפעל לעתים בדרך שתעורר עליו ביקורת, אבל הדבר אינו גורע מהחשיבות הכוללת של פעילותו להגנה על זכויות הפרט וממעמדו החיוני בתשתית החוקתית הכוללת של החברה. מעמדו וחשיבותו של ארגון זכויות אדם אינו תלוי גם בשאלה כמה מן העתירות שהגיש נתקבלו וכמה נדחו, ומאילו טעמים. עצם קיומו ופעילותו בדאגה להבאת זכויות האדם לכלל מימוש הם לב ההצדקה לקיומו.

ביקורת נוספת הנשמעת בהקשר זה<sup>82</sup> היא ביקורת המגיעה מכיוון הנאליזם השיפוטי. למשל, ביקורת המושמעת על ידי יו"ר ועדת הכנסת חבר הכנסת יריב לוין:

בית המשפט העליון מונע מאג'נדה שמאלנית, ובעיקר מהווה סכנה ליכולת שלנו להבטיח את קיומנו. זה לא סוד שעל המערכת המשפטית ובעיקר על בית המשפט העליון השתלטה קבוצת מיעוט שמאלנית קיצונית, שמנסה להכתוב את ערכיה לחברה כולה.

בתוך כך, מבקש חבר הכנסת לוין לקדם חקיקה<sup>83</sup> אשר תאפשר להגביל שילובן של דעות אישיות של שופטים אל תוך החלטות בית המשפט על ידי חשיפתן בהליכי שימוע טרם מינויו של השופט.

<http://www.haaretz.co.il/news/law/1.1521582> 82

גם שר המשפטים יעקב נאמן מבקש לרסן את בית המשפט בכל הנוגע לפסילת חוקים. בדיון שהתקיים לאחרונה במליאת הכנסת<sup>84</sup> ציין כי יש –

לחוקק את חוקי־יסוד: החקיקה, שיקבע גבולות בין הרשויות. הציבור מצפה ומבקש לעסוק בנושא כי זו חובת חברי הכנסת לחוקק זאת. הגיעה העת להגיע להסכמה רחבה כדי שיהיה ברור מה בית המשפט עושה כשחוק איננו תקף.

על כן עולה השאלה אם לדעתך ראוי ששופט בעל אג'נדה כה מגובשת בהקשר מסוים יכריע בתיקים באותו הקשר/ האם תוכלי לחוות דעתך על הביקורת האמורה? ומה דעתך על החקיקה המבקשת להגביל את כוחו של בית המשפט העליון?

הנושא מעלה כמה סוגיות: סוגיה אחת היא אם יש מקום לחקיקת חוק יסוד: חקיקה שיגדיר בין היתר את גבולות הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון על חקיקת הכנסת. אני חושבת שיש חשיבות לקיומו של חוק יסוד כזה, אך לא פחות חשוב שתוכנו של חוק כזה יבטיח הכרה בסמכות הביקורת השיפוטית־חוקתית של בית המשפט העליון באשר לחקיקה הראשית של הכנסת במצבים שבהם החקיקה הזו פוגעת פגיעה לא חוקתית בזכויות האדם. ההלכה בדבר קיומה של סמכות ביקורת כזו בידי בית המשפט העליון נקבעה בפסק הדין בעניין בנק המזרחי<sup>85</sup> שפירש את משמעותם של חוקי היסוד החדשים והסיק מהם את דבר קיומה של סמכות ביקורת שיפוטית על החקיקה הראשית. יש להדגיש כי הביקורת השיפוטית על החקיקה אינה מתעלמת מעקרון הפרדת הרשויות אלא היא חיה ופועלת במסגרתו תוך התחשבות מלאה במקומו ובמעמדו. חשוב מאוד לעגן את הלכת בנק המזרחי במסגרת חוק יסוד אשר יבהיר במתכונת סטוטורית את תפקידו של בית המשפט העליון בביקורת חוקתית על החקיקה הראשית על פי מבחני פסקת ההגבלה שפורטו בחוקי היסוד הקיימים ועל פי הערכים שהתגבשו בהלכה הפסוקה לאורך שנים מאז התרחשותה של המהפכה החוקתית. אוסיף שהניסיון להצר את היקף הביקורת השיפוטית על החקיקה עלול להוביל לחקיקה ראשית אנטי־דמוקרטית שתפגע פגיעה מהותית בדמוקרטיה הן בפן המוסדי שלה והן בפן המהותי שלה הנוגע לזכויות האדם. יש לחשוש מאוד מפגיעה כזו במיוחד במדינה בעלת מסורת פרלמנטרית צעירה המצויה במאבק קיומי־ביטחוני מתמיד. מציאות זו המחייבת הקפדה מיוחדת על תקינות מוסדות השלטון הדמוקרטיים ועל ההגנה על זכויות האדם. תכלית הביקורת השיפוטית היא להגן על ערכים אלה, ואין ערובה יעילה אחרת העשויה להשיג תכלית זו.

83 הצעת חוק בתי המשפט (תיקון) – שקיפות בהליכי מינוי שופטים לבית המשפט העליון ובמינוי הנשיא והמשנה לנשיא בית המשפט העליון), תשע"א–2011.  
84 <http://www.knesset.gov.il/spokesman/heb/Result.asp?HodID=9348>  
85 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221.

סוגיה אחרת נוגעת לייחוס אג'נדות כאלה ואחרות לשופטים בבית המשפט העליון אשר התקשורת וגורמים מסוימים בפוליטיקה נוטים לייחס להם. קשה לי להסכים לניסיונות אלה של הטבעת תוויות כאלה ואחרות על שופטים על פי פסיקותיהם. התפקיד השיפוטי מסייע לאדם להתנתק מאידיאולוגיה ומהשקפת עולם פוליטית, ולעצב תפיסה שיפוטית הבנויה על מערך שיקולים הנובעים ונגזרים מהדין עצמו. הליך ההכרעה השיפוטית מחייב בירור מלא וכולל של המערך העובדתי הנוגע לעניין, ובעקבותיו השופט נדרש לאתר את מלוא השיקולים הרלוונטיים הנחוצים להכרעה ולייחס משקל יחסי לכל אחד מהם כדי להביא לאיזון נכון ביניהם. אלה המרכיבים העיקריים שעליהם בנויה ההכרעה השיפוטית. תהליך זה של החשיבה המשפטית מביא לשקלול מלוא הנתונים הצריכים לעניין, הן העובדתיים והן המשפטיים והציבוריים, ומשקלול זה נגזרת התוצאה המשפטית. תוצאה זו איננה עניין של אג'נדה כזו או אחרת אלא פרי גישה משפטית המתבססת על ניתוח עובדתי זהיר ושקלול ערכי. אידאולוגיה ושיקולים פוליטיים אינם מוצאים את מקומם בתהליך החשיבה המשפטית, אם כי מערכת ערכים הומניסטית שאדם מביא עמו לשיפוט מהרקע והחינוך המיוחד שממנו בא, פועלת ומשפיעה על תהליך האיזון הערכי. במציאות היום-יומית אפשר בנקל להבחין כי אותו שופט עצמו עשוי להגיע בעניין אחד לתוצאה הפועלת למגינת לבו של זרם פוליטי מסוים, ובעניין אחר לתוצאה המסבה לאותו מגזר עצמו שביעות רצון ונחת, וחוזר חלילה. הדוגמאות לכך הן לאין-ספור. בתוויות המוטבעות על מצחו של שופט, כגון: "ימני" או "שמאלני", "דתי" או "חילוני", אין הרבה תועלת ואין הרבה אמת, שכן הן אינן משקפות את תהליך ההכרעה השיפוטי האמתי, האופייני לדרך קבלת ההחלטות השיפוטיות.

בפסק דין עדאלה<sup>86</sup> ובפסק דין דקה<sup>87</sup> נקטת גישה שלפיה על האינטרס הביטחוני לסגת מפני הזכות למשפחה. מנגד, בפסק דין אבו דאהר<sup>88</sup> שם דובר על פגיעה בזכותו לקניין של היחיד, ובפסק דין ואנונו<sup>89</sup> אשר עסק בפגיעה בחופש התנועה של היחיד, הענקת משקל מכריע לשיקול הביטחוני.

האם לדעתך יש לייחס הבדלים אלה בגישה לעובדה שבמקרים הראשונים הפגיעה בזכויות היסוד הייתה עשויה להשפיע במישרין על אוכלוסייה רחבה יותר ולכן פסקת לטובת זכויות היסוד על ידי התערבות בהחלטות הממשלה או המפקד הצבאי, אך כשהחשש היה

86 בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202.

87 בג"ץ 7444/03 דקה נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 22.2.2010).

88 בג"ץ 7862/04 אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד נט(5) 368.

89 בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף (פורסם בנבו, 12.1.2006).



לפגיעה ביחיד נקטת גישה תקיפה פחות ובחרת שלא להתערב בהחלטת הממשל? לחלופין, האם לטעמך הזכות למשפחה מהווה ערך חזק יותר מאשר הערכים האחרים?

כל משוואה הדנה באינטרס ביטחון לעומת זכות אדם כזו או אחרת עשויה להביא לתוצאה שונה על פי העצמה השונה של הזכות הנדונה כאשר היא מתמודדת עם שיקולי הביטחון. גם שיקולי הביטחון אינם זהים ממקרה למקרה בטיבם או בעצמתם, והם משתנים מעניין לעניין. לכן השאלה היא תמיד מהו השיקול הביטחוני, ומהי זכות האדם הנפגעת, ומהי מהות הפגיעה במקרה נתון. הנוסחה של אינטרס ביטחון לעומת זכות האדם משמשת מסגרת. כדי להגיע לאיזונים הנכונים בין שני חלקי המשוואה, צריך לרדת לעומק מהותו של השיקול הביטחוני, לבחון את מהות זכות האדם הנפגעת ולהעריך את משמעות הפגיעה בזכות האדם אל מול התועלת שבקיום תכלית הביטחון באותו מקרה נתון. הדבר נעשה בהתאם לכללי המידתיות שבפסקת ההגבלה, שעל פיה נערך האיזון בין הערכים המתנגשים. קשה אפוא לעשות אנלוגיה בין המקרים השונים שהזכרתם, מפני שבכל אחד מהם השיקול הביטחוני היה שונה, ועצמתו הייתה אחרת, והוא הדין באשר לזכות האדם הנגדית שהייתה שונה, ועצמתה הייתה אחרת. למשל, הזכות למשפחה בסוגיית חוק האזרחות שונה בעצמתה מהזכות למשפחה בעניין דקה. במקרה הראשון היה מדובר בביקורת שיפוטית על חוק האזרחות בדבר האיסור שהוטל בו מטעמי ביטחון על איחוד משפחה של ישראלי עם בן זוג מהאזור; בעניין דקה היה מדובר בביקורת מנהלית על הוראת הרשות המוסמכת להרחיק מישראל בן זוג מהאזור לאחר שהתגורר בארץ שנים רבות ובנה כאן את חייו ומשפחתו, וזאת בשל קשרי קרבה משפחתית לפעילי טרור. כל אחד מהעניינים הללו נדון על פי העצמות המיוחדות האופייניות לו הן מבחינת הזכות למשפחה והן מבחינת שיקולי הביטחון, וההשוואה ביניהם קשה כי הנתונים והשיקולים המתמודדים הם תמיד שונים אלה מאלה. עם זאת יש ממש בהנחתכם כי במישור העקרוני, ככל שהפגיעה בזכות האדם רחבה יותר, כך משקלה במשוואה גדול יותר, והדבר משפיע על האיזונים. פגיעה באדם אחד אינה דומה לפגיעה בציבור שלם, אך זהו רק שיקול אחד מתוך מכלול שלם, והוא לעולם איננו השיקול הבלעדי אלא הוא משתלב במערך השיקולים הרחב.

האם לדעתך אפשר לומר שהפסיקה המתערבת בשיקולים ביטחוניים של בית המשפט העליון היא הסיבה להצעות החוק המבקשות לצמצם את כוחו של בית המשפט העליון?<sup>90</sup> ולעיתירות המבקשות להגביל את זכות העמידה בפני בית המשפט העליון?<sup>91</sup> האם אפשר לומר שלמעשה בג"ץ יצר בפסיקותיו את התמריץ להצעות חוק ועתירות מעין אלו?

90 הצעת חוק עוקף בג"ץ ביחס לחוק האזרחות; הצעת חוק להקמת בית משפט חוקתי במקום בג"ץ (הצעות חוק של ח"כ דוד רותם).  
91 רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' דיראני (פורסם בנבו, 18.7.2011).

אני מניחה שהיזמות לצמצם את סמכות בית המשפט העליון הן פרי תהליכים מורכבים ועמוקים יותר ואינן נובעות מגורם ספציפי אחד. אנחנו עדים לתנועה המבקשת לערער על יסודות השיטה שהיו מוסכמים ומקובלים במשך דורות רבים. כשמדובר בהקשר זה על יסודות השיטה הכוונה היא בין היתר לקיומה של סמכות שיפוטית בידי בית המשפט לבקר לא רק את המנהל השלטוני אלא גם את המחוקק, כדי להבטיח הגנה על העקרונות הדמוקרטיים הבסיסיים ביותר, ובהם זכויות האדם. גם בעבר עלו לא פעם שאלות – מהו מרחב ההתערבות השיפוטי הראוי של בית המשפט במעשי השלטון ובמעשי המחוקק בעניינים כאלה ואחרים. אבל לא זכור לי כי היה ערעור על עצם יסודות השיטה שסמכות הביקורת השיפוטית החוקתית היא מרכיב חשוב בהם. תפיסות המערערות על עצם יסודות השיטה מסכנות את המבנה הדמוקרטי, ויש להיאבק בהן כדי להגן על ערכי הדמוקרטיה. צריך להבין כי הביקורת השיפוטית החוקתית היא גורם המחזק את השלטון ואינו מחליש אותו, ובלעדיה ערכים חוקתיים בסיסיים עלולים להיפגע; הכוונה בכך לא רק לזכויות האדם אלא להגנה על מוסדות השלטון עצמם מפני פגיעה לא חוקתית.

אם כבר נגענו בנושא זה, יש שיאמרו שהענקת זכות עמידה במדינה למי שמוגדר אויב אותה מדינה וכי הדבר מסוכן, וזכותה של דמוקרטיה להתגונן. בעניין דיראני<sup>92</sup> נקטת גישה שלפיה שמירה על שערי בית המשפט פתוחים גם בפני אויבי המדינה חשובה, שכן היא תתרום לצביון המוסרי והערכי ולשמירה על שלטון החוק. האם גישה זו אינה עשויה לשמש בסיס לניצול ציני של המערכת הדמוקרטית ושל מערכת המשפט?

השאלה בעניין דיראני הייתה שאלה נקודתית, המשקפת תפיסה ערכית רחבה יותר המשתלבת לדעתי בשיטת המשפט שלנו ובפסיקה רבת שנים של בית המשפט. מדובר באדם שהיה אויב ישראל וטרוריסט בעבר שגם כיום הוא כזה, ומיוחסת לו בין היתר החזקת הנווט רון ארד לאחר שנפל בשבי האויב. דיראני טען כי בעת שהוחזק במשמורת הכוחות הישראליים הוא היה קרבן למעשי התעללות גופנית קשים בידי חוקרי שירותי הביטחון עד כדי מעשי אינוס. בעודו מוחזק במשמורת בישראל הוא הגיש תביעה אזרחית לבית המשפט הישראלי לפיצוי בגין הפגיעה הגופנית הקשה שנגרמה לו. לא הייתה מחלוקת כי כל זמן שהוחזק במשמורת בישראל שערי בית המשפט בישראל פתוחים בפניו לבירור זכויותיו. בבית המשפט העליון נדונות מדי יום ביומו עתירות אסירים, מהם פעילי טרור, ומהם מורשעים בעברות חמורות לרבות רצח, בטענות על פגיעות שונות בזכויותיהם ואי־סיפוק צורכיהם הבסיסיים בכלא. זכות הגישה לערכאות פתוחה בפני כל מי שנמצא בישראל וטוען לפגיעה בזכויותיו גם אם קופת שרצים גדולה תלויה על צווארו, וגם כאשר הוא מוחזק כטרוריסט ואויב המדינה. זהו פן מרשים במיוחד במערך זכויות האדם בשיטתנו, הפורס את הגנתו הרחבה על האדם בלי קשר

וזיקה לרוע מעלליו. גם לנורא שבבני האדם נתונות זכויות לכבוד אדם וחיירות האדם שהמשפט מבטיח לו. ואולי דווקא בכך משתקפת עצמתו של המשפט החוקתי המגן על האדם באשר הוא אדם. על רקע זה התנהלה תביעתו של דיראני בישראל עד להחזרתו ללבנון, שם הוא התחבר, כצפוי, לארגון טרור. בשלב זה ביקשה המדינה מבית המשפט את מחיקת תביעתו של דיראני וביטול ההליכים המשפטיים בעניינו בטענה כי אין מבררים בישראל תביעתו של אויב הנמצא מחוץ לגבולותיה. השאלה שעמדה להכרעה הייתה אם עובדת העברתו של דיראני למדינת אויב והתחברותו לארגון טרור שם צריכה להוביל למחיקתה של תביעתו בישראל ללא השלמת בירורה, ובלא שרשויות המשפט יבחנו לעומק את דרכי התנהלות גורמי החקירה בישראל כלפי עציר שהוחזק על ידיהם. עמדתי באותו עניין הייתה כי אין לסגור את דלתות בית המשפט הישראלי בפני דיראני אף שהוא לא נמצא עוד בישראל, ואף על פי שהתחבר לארגון טרור, ויש להמשיך בבירור תביעתו לגופה. הטעם לכך הוא שאם נתונה לאדם זכות גישה לערכאות בישראל בעודו בארץ, זכות זו נותרת בידיו גם אם עזב את גבולות הארץ וגם אם התחבר לאויב. באנגליה היה קיים עיקרון של המשפט המקובל שלפיו אין מבררים במדינה זו תביעות אויב, והטעם לכלל זה נגזר מהרעיון כי אין לחזק את האויב במתן פסק דין העשוי להעניק לו פיצוי כספי, או טובת הנאה אחרת, שיחזקו אותו במאבקו נגד המדינה. אבל עיקרון זה לא נועד למצבים שבהם התובע הוחזק במדינת השיפוט, והוא תובע את רשויות החקירה על פגיעה בזכויות אדם לשלמות הגוף וטוען להפרת זכויות יסוד בסיסיות הקשורות לתנאי חקירה ומעצר הוגנים. עיקרה של תביעת דיראני הוא על הפרת זכויות האדם הנתונות לו כעצור ולא בפיצוי הכספי בגין הפרתו. אשר לסעד הכספי, אם אמנם ייפסק בתביעה זו נקבע ברוח פקודת המסחר עם האויב החלה במשפטנו, כי פיצוי כזה לא יועבר כבר עתה לידיו של דיראני, אלא יוחזק בעבורו בנאמנות בישראל עד לבוא השלום. בדרך זו נוצר איזון ראוי בין זכות הגישה לערכאות והאינטרס הציבורי להגן על זכויות הנחקר בדרך של העמדת רשויות החקירה לביקורת ולפיקוח שיפוטי, לבין האינטרס שלא "להעשיר" את האויב בהעברת טובות הנאה כספיות לידו, כל עוד מצב העוינות נמשך. בענייני, זהו איזון ראוי בין מכלול התכליות הפועלות בעניין זה, ולמערכת המשפט כלים ואמצעים למנוע שימוש לא ראוי בעקרונות אלה. גם מקרה זה נמנה עם אותם מקרים שבהם יש להפריד בין רגשות העוינות של הציבור הישראלי כלפי דיראני על מעלליו כטרוריסט לבין כיבודם של הכללים החוקתיים של שיטתנו, המגנים על זכויות העצור והנחקר, בלי קשר לחומרת מעשיו. היכולת להפריד בין האמוציות השליליות כלפי אדם בשל מעשיו הרעים לבין הנחישות בהגנה על זכויות האדם הנתונות לו, היא פן חשוב בשיטתנו שיש להקפיד עליו, גם אם הדבר אינו קל, וגם כאשר בית המשפט, הנדרש להחליט במקרים קשים אלה, צפוי לספוג ביקורת ציבורית, לעתים מתלהמת ובוטה. במוקד העניין עומדת כאן החובה הבסיסית לבחון ולפקח באמצעות ביקורת שיפוטית אובייקטיבית על מעשיהם של החוקרים ועל מידת עמידתם בנורמות החקירה המקובלות.

טיבה האמתי של ההגנה על זכויות האדם נבחנת דווקא במקרים קשים מסוג זה, שבהם הרגשות מושכים לכיוון אחד, אבל עקרונות היסוד של השיטה מחייבים להגן על הפרט בלי קשר לאופיו ולטיב מעשיו.

מהי מערכת היחסים הראויה לדעתך בין מערכת המשפט, ובייחוד של שופט בבית המשפט העליון, לתקשורת? עד כמה השופט מושפע מתיקים בעלי פרופיל תקשורתי גבוה? עד כמה גבוה נטל החשיפה? האם חשת אי פעם השפעה על שיקול דעתך המקצועי? כיצד את בוחרת להתייחס לביקורת שנכתבת או נאמרת עלייך?

לתקשורת תרומה גדולה ביותר להגנה על המשטר הדמוקרטי הן במרכיבו המוסדי והן במרכיבו המהותי הנוגע לזכויות האדם. התקשורת היא האמצעי העיקרי של חופש הביטוי, ולתרומתה בעניין זה אין אח ורע. היא מזינה את התודעה הציבורית הדמוקרטית מצד אחד ונותנת ביטוי לתחושות הציבור מצד אחר, ובכך השפעתה הגדולה גם על מהלכי השלטון. התקשורת משמשת גורם חשוב מאוד גם בבלימת מהלכים אנטי-דמוקרטיים הן ברשות המבצעת והן ברשות המחוקקת, ויש לה מעמד חשוב בבלימת ניסיונות הפגיעה בארגוני זכויות האדם. היא מביאה את המשפט לתודעתו של הפרט ומנגישה את המשפט לציבור הרחב.

בעיניי, יש להבדיל בין "תקשורת ומשפט" לבין "תקשורת ובית המשפט". תחום התקשורת והמשפט מכניס אותנו לשאלות המושגיות הקשורות ביחס המורכב שבין חופש הביטוי לבין ערכים נוגדים שונים, בין ציבוריים ובין פרטיים, כגון ביטחון המדינה, איסור לשון הרע, זכות הפרט להליך משפטי הוגן ועוד. עם האינטרסים הציבוריים החשובים הנוגדים נמנה גם אינטרס מערכת בתי המשפט ותקינות פעולתה של מערכת חשובה זו. זה מביא אותנו לתחום של התקשורת ובית המשפט. בהקשר הזה חשוב מאוד להבטיח את מעמדם של השופטים ואת יכולת תפקודם כחלק מהמבנה הדמוקרטי. ההגנה על בית המשפט היא מרכיב חיוני בדמוקרטיה, והיא תלויה ומותנית לא רק בסמכויות הנתונות לבית המשפט ובדרך הפעלתן, אלא גם באמון הציבור בבית המשפט, שבלעדיו הוא אינו יכול לתפקד. השמירה על אמון הציבור במערכת בתי המשפט תלויה לא מעט בסגנונה, צורתה ורמתה של התקשורת בהתייחסותה לבית המשפט. הקשר בין התקשורת לבית המשפט מורכב, והוא מתבטא בין היתר במתח הקיים בין חופש התקשורת לבין זכות הפרט להליך הוגן. בהקשר זה מתעוררת שאלה בדבר אופן הסיקור התקשורתי של התנהלות המשפט קודם למתן ההכרעה השיפוטית. אנחנו מכירים את חזקת החפות הפלילית ואת חזקת היעדר האחריות האזרחית, על כל הערבויות שהמשפט נותן בידי נאשם או נתבע עד להכרעה בעניין אחריותם. יצירת דעת קהל תקשורתית בעניין אחריותו של אדם קודם להכרעה שיפוטית בעניין אזרחי או פלילי פוגעת בחזקת חפותו ובזכותו להתגונן כלפי האשמות התביעה. גם אם בסופו של דבר יזוכה מדין פלילי או יופטר מאחריות אזרחית, פעמים רבות החברה לא תנקה אותו מאחריות אם דעת הקהל התגבשה נגדו קודם לכן, בסיועה של התקשורת. נטיית

התקשורת לעסוק באחריותו של אדם קודם להכרעה שיפוטית בעניינו עלולה להשפיע גם על גורמים המעורבים בהליך המשפטי – על עורכי הדין, על עדים, על המשטרה ועל הפרקליטות. מציאות זו יכולה לפגוע בערבויות הדיוניות שהמשפט נותן בידי הפרט, ולתקשורת אחריות גדולה בעניין זה. אשר להשפעת התקשורת על הכרעת בית המשפט גופה, אני מאמינה ששופט יכול להינתק מהשפעת פרסומי התקשורת הן במהלך המשפט והן בשלב ההכרעה. לשופט יש בדרך כלל חוסן אינטלקטואלי וחוסן נפשי לעמוד בפני השפעות חיצוניות כאלה. עם זאת התערבות התקשורת במשפט גורמת להכבדה ניכרת על בית המשפט, המתווספת לנטלים אחרים ששופט מתמודד עמם בתהליך ההכרעה. התערבות התקשורת בהליך המשפט עלולה לפגוע גם באמון הציבור בבית המשפט, כאשר ציפיותו להכרעה בכיוון מסוים, הניזונה מפרסומי התקשורת, אינה באה על סיפוקה. מכל הבחינות האלה נראה לי כי טוב יהיה אם התקשורת תתמקד בסיקור עובדתי, אמין והוגן של ההליך השיפוטי, ותיזהר מהתייחסות לאחריותו של אדם כל עוד משפטו לא נסתיים. יש עוד לזכור בעניין סיקור תקשורתי ביקורתי הנוגע לשופטים עצמם ולפסקי דין הניתנים על ידיהם, כי חופש הביטוי הנתון לתקשורת בעניינים אלה הוא במידה רבה חד-סטרי מאחר שדרישות האתיקה השיפוטית גוזרות על בית המשפט ועל השופטים איפוק רב בתגובה לביטויי התקשורת המופנים כלפיהם. כאשר מדובר בחופש ביטוי חד-סטרי, שלרוב אינו גורר תגובה, נדרשת זהירות ואחריות מיוחדת בדרך הפעלתו.

עניין נוסף נוגע לרמה המקצועית של הסיקור התקשורתי של פסקי הדין הניתנים על ידי בתי המשפט, ובמיוחד בית המשפט העליון. עניינים משפטיים הם מטבע הדברים מורכבים, ולא אחת מחייבים מאמץ מיוחד ממי שאינו מצוי בעולם המשפט. לכן בסיקורם של פסקי הדין על ידי התקשורת נדרשת רמה עיתונאית מקצועית גבוהה, כדי שהסיקור יביא לידיעת הציבור את עיקרי ההלכות תוך הסבר בסיסי של מורכבותן. על התקשורת להתרכז יותר בתכנים העמוקים והמהותיים של העשייה השיפוטית, ופחות בפן הסנסציוני, שלעתים זוכה להדגשת-יתר. חשוב לשמור בכל מקרה על סגנון תקשורתי המכבד הן את העיתונאים והן את מושא הביקורת. חירות הביטוי הנתונה לתקשורת מטילה עליה גם אחריות גדולה באשר לביטוי, כי כידוע אין חירות בלא אחריות. כשמדובר בסיקור המערכת המשפטית, האחריות היא לדיוק, להוגנות, לתרבות ולרמת השיח, לשמירה על כבוד האדם ועל כבוד המערכת המשפטית.

אשר לביקורת התקשורת כלפיי, יש להבדיל בין ביקורת משתלחת ובלתי עניינית, שאליה אני נוטה שלא להתייחס בדרך כלל, לבין ביקורת רצינית ועניינית, שאליה אני מתייחסת ברצינות ובכבוד ראש. מידת ההתייחסות שלי לביקורת התקשורתית היא כמידת רצינותה של הביקורת. חשוב לי לשמוע ביקורת, חשוב לי לשקול ולהעריך דברים שנאמרים על שיקול הדעת השיפוטי שהפעלתי בעניין זה או אחר; ביקורת כזו היא חשובה ובוונה, בוודאי כאשר אני מסכימה עמה, אבל גם כשאינני מסכימה, וכאשר דעתי

נותרת שונה. בביקורת עניינית ורצינית על פסיקת בית המשפט יש הפריה הדדית חשובה מאוד, והיא מעוררת דינמיקה מעניינת בין תפיסות אנושיות שונות ומגוונות. היא מחדדת את נקודת המפגש בין הראייה המשפטית לראייה הציבורית בעיקר בסוגיות מורכבות המעסיקות את החברה הישראלית. ביקורת כזו חשובה ליצירת קרבה ומגע הדוק בין בית המשפט לבין הציבור והדעות הרווחות בו, וליצירת פתיחות מחשבתית שהיא חיונית בחברה חופשית ופתוחה.

נראה לי כי חשוב להקים מערכת הסברה בתחומי מערכת בתי המשפט שתאפשר חופש ביטוי דו־סטרי בין בית המשפט לתקשורת. מערכת הסברה כזו צריכה להיות בעלת אופי יוזם ומגיב כאחד. כיום יש לנו מערך דוברות בבית המשפט, שתפקידו העיקרי הוא להגיב לאירועים ולא ליוזם הסברה לציבור בכל הנוגע לפעולתו של בית המשפט ולהכרעותיו החשובות בנושאי מדינה וחברה. מערכת הסברה יוזמת כזו עשויה למלא תפקיד חשוב בהטמעת ערכי הדמוקרטיה בציבור ובהארת מקומה של המערכת השיפוטית בהגנה על ערכים אלה, תוך התייחסות לפסיקה המורכבת של בית המשפט שיש בה עניין ציבורי מיוחד. בכך עשוי להימצא גשר חשוב בין בית המשפט לבין החברה בישראל.

הרעיון שאת מציגה מעלה שאלה מתודית מתבקשת – האם ראוי שבית המשפט ככלל יסביר את עצמו ואת החלטותיו מלבד בפסקי הדין?

יש כאן באמת שאלה של תפיסה, שהדעות בעניינה חלוקות. לא הכול חושבים שבית המשפט צריך להסביר את עצמו ואת הכרעותיו לציבור הרחב. אבל לגישתי המציאות הישראלית המורכבת הוכיחה שהסברה לציבור על אופי פעילותו של בית המשפט ועל עיקרי הכרעותיו היא חיונית. בלא הבנת עומק של משמעות ההלכות המשפטיות הנפסקות, מלבד תוצאותיהן האופרטיביות, קשה לציבור להעריך ולגבש עמדה מושכלת באשר למהות הפסיקה של בית המשפט ולהבין באמת את תרומתו לשיטה הדמוקרטית שלנו. מעורבות הציבור במהלכי המשפט חשובה ביותר, ורק בדרך של הסברה נגישה לציבור הרחב אפשר ליצור את הגשר והדינמיקה הנכונה בין הציבור לבין מערכת השיטה. חלק מהשאלות המנסרות לאחרונה בחלל הציבורי לא היו עלולות באותה צורה אילו הייתה קיימת מערכת הסברה כזאת.

בפסק דין פלונית<sup>93</sup> קבעת, בדעת רוב, כי אין פסול בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה לערוך הסדר טיעון עם הנשיא לשעבר משה קצב. זאת על אף הטענה שקיימים פערים ניכרים בין טעיפי כתב האישום המקוריים לטעיפי האישום המצויים בהסדר הטיעון.

93 בג"ץ 5699/07 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 26.2.2008).

עתה, לאחר פסק הדין המרשיע, גזר הדין המחמיר<sup>94</sup> ודחיית ערעורו בעליון<sup>95</sup> האם לדעתך היה מקום להכריע אחרת? האם היום אפשר לומר שהחלטת היועץ המשפטי לממשלה ורשויות התביעה הייתה נגועה בהיעדר סבירות?

הכרעות שיפוטיות לעולם צריכות להיבחן בחכמה בשעת מעשה ולא בחכמה שלאחר מעשה. כשופט אתה בוחן מה יש לפניך בזמן נתון, בזמן אמת, ועל כך אתה משתית את הכרעתך. אתה אינך פועל כחכם לאחר מעשה, הבוחן שנים לאחר מתן ההכרעה אם בשל התרחשויות ונתונים נוספים שנוצרו מאוחר יותר ההחלטה שניתנה בשעתה הייתה נכונה או לא. שופט אינו נביא, ויכולתו לצפות את אירועי העתיד ניזונה במידה רבה מנתוני ההווה. בראייה של חכמה בשעת מעשה אינני חושבת שנפלה טעות בהחלטתי, שעיקרה היה כי אין מקום להתערב בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה שלפיה ראוי להגיע להסדר טיעון עם הנשיא קצב בעברות קלות מאלה שהיו אמורות להיכלל בכתב אישום מחמיר נגדו. מרכז הכובד של אותו דיון היה בשאלה אם יש להתערב בשיקול דעתו הרחב במיוחד של היועץ המשפטי בעניין הקשור להעמדה לדין של נאשם. הדילמה שעמדה בפני היועץ המשפטי באותה עת הייתה אם להגיש כתב אישום נגד הנשיא קצב הכולל עברות חמורות ולהתמודד עם קשיי ראיות ממשיים לבססן מעבר לספק סביר כאשר בעיניו הייתה הסתברות נמוכה להרשעה, או להעדיף הסדר טיעון בעברות מתונות בהרבה, אך תוך ודאות בקיום הרשעה בהן על בסיס הודאת הנאשם. היועץ המשפטי בחר בחלופה השנייה והעדיף בנסיבות העניין את ודאות ההרשעה בעברות קלות יחסית על פני חשש מזיכוי במשפט על פי כתב אישום מחמיר. דעתי הייתה כי אין מקום להתערב בשיקול דעתו זה של היועץ המשפטי, שהתבסס בעיקרו על הערכת הקשיים הראייתיים בהוכחת העברות החמורות שיוחסו לנשיא קצב. הערכה מסוג זה, הנוגעת לסיכויי ההרשעה במישור הראייתי, נתונה לשיקול דעת רחב ביותר של היועץ המשפטי לממשלה, במסגרת תפקידו כראש התביעה. חשוב עוד להבהיר כי בדונו בעתירה בית המשפט אינו בוחן בעצמו את הראיות ואת עצמתן, שכן ההנחה היא כי עניין זה מצוי בתחומי סמכותו ומומחיותו של היועץ המשפטי. לכן בנסיבות אלה, כאשר מוקד הביקורת השיפוטית היה בשאלת עצמתן של הראיות להוכחת העברות החמורות, ונוכח העדפתו הערכית של היועץ המשפטי, על בסיס שיקולים ראייתיים, להעדיף הרשעה בטוחה בעברות מתונות על פני ניהול משפט בעברות חמורות, המלווה בחשש ממשי לאי־הרשעה, לא מצאתי מקום להתערב בהחלטתו. חשוב עוד לציין כי מתחם ההתערבות השיפוטי בשיקולי העמדה לדין של היועץ המשפטי הנוגעים לפן הראייתי הוא צר בהרבה ממתחם ההתערבות בהחלטתו כאשר היא נוגעת לפן הנורמטיבי העוסק בשאלת האינטרס הציבורי בהעמדה לדין. פרשת קצב בהקשר זה התמקדה, כאמור, בפן

94 תפ"ח (מחוזי ת"א) 1015/09 מדינת ישראל נ' קצב (פורסם בנבו, 22.3.2011).  
95 ע"פ 3372/11 מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.11.2011).

הראייתי, שבענייניו שיקולי התביעה בהעמדה לדין הם בעלי עצמה רבה, ורק בנסיבות חריגות ביותר בית המשפט אמור להתערב בהם. זה לא היה המקרה בעיניי. נכון הוא שבשלבם מאוחרים יותר של ההליך, לאחר שהסדר הטיעון לא התממש, נערכו חקירות ופעולות נוספות, והובאו ראיות נוספות, וייתכן כי היועץ המשפטי, בשובו לשקול את הדברים על רקע כל המהלכים שהתרחשו, העריך אחרת גם את הראיות שהיו קיימות מלכתחילה. אינני מכירה את כל המהלכים הנוספים שהתרחשו לאחר ביטול הסדר הטיעון, ולכן לא אוכל להתייחס לכך באופן ספציפי. מכל מקום, האירועים שבאו לאחר הכרעת בג"ץ בעתירה הם בבחינת חכמה שלאחר מעשה.

אמירותייך אלו, כפי שאכן באו לידי ביטוי בפסק דין פלונית האמור, שלפיהן "ליועץ המשפטי לממשלה ולרשויות התביעה שיקול דעת רחב ביותר ביחס לשאלת ההעמדה לדין ולכן מתחם הביקורת השיפוטית בהקשר זה הוא צר מאוד", אינן עולות בקנה אחד עם פסק דין אבו-רחמה,<sup>96</sup> שם החלטת להתערב בשיקול דעתו של הפרקליט הצבאי הראשי, הנמנה עם רשויות התביעה, בקביעת סעיפי האישום של התביעה, והורית לרשויות התביעה לשנות את סעיפי האישום ואף להחמירם:

בענייננו, החריגה ממידת הסבירות בייחוס עבירה של התנהגות בלתי הולמת למג"ד ולחייל, כעבירה יחידה בנסיבות הארוע בענייננו, היא מהותית וקיצונית... חלף זאת ראוי להאשימם בסעיף עונשי שיבטא בצורה הולמת את חומרת מעשיהם.

איך לטעמך אפשר להסביר את השוני בין ההחלטות? האם אפשר לומר, לאור הפסיקה המאוחרת, שגם במקרה פלונית הייתה חריגה "מהותית וקיצונית" ממתחם הסבירות? האם לדעתך שיקול דעתו של הפרקליט הצבאי הראשי צר מזה של היועץ המשפטי לממשלה? במבט לאחור – האם היית אומרת שבית המשפט חרג מסמכותו בפרשת אבו-רחמה?

עניין אבו-רחמה הוא פרשה אחרת לגמרי, ואין כל דמיון בינו לבין תיק קצב. בעניין אבו-רחמה הואשם קצין בנתינת פקודה לחייל לירות מטוח קצר ביותר בעצור פלסטיני בעת שידיו כבולות ועיניו מכוסות. הפקודה בוצעה, והירייה פגעה ברגליו של העצור. הקצין הואשם בכתב אישום פלילי בבית דין צבאי בהתנהגות שאינה הולמת, שהיא עברה בעלת אופי משמעותי על פי טיבה, שרמת חומרתה נמוכה. במסגרת ביקורת שיפוטית על החלטת הפרקליט הצבאי הראשי לנסח כך את כתב האישום עלתה השאלה אם ראוי להתערב בבחירת סעיף האישום המקל ולחייב את המרתו בסעיף אישום מחמיר שישקף באופן הולם את מהותו של מעשה העברה ואת חומרתו. הסוגיה בעניין זה היא נורמטיבית ואיננה ראייתית כפי שהייתה בעניין קצב. כלומר, השאלה שעמדה היא כיצד

96 בג"ץ 7195/08 אבו רחמה נ' הפרקליט הצבאי הראשי (פורסם בנבו, 1.7.2009).



רשות אכיפת החוק צריכה להשקיף על טיב המעשה המיוחס לנאשם מבחינת חומרתו, ואם ייחוס עברה קלה בעלת אופי משמעותי לאירוע מסוג זה מתיישבת עם הפעלת שיקול דעת סביר על ידי התביעה הצבאית. בעניין זה נפסק כי שיקול דעתה של הפרקליטות הצבאית חרג באופן קיצוני מדרישת הסבירות, ולכן התערבנו והורינו לפצ"ר להמיר את סעיף העברה בכתב האישום לסעיף עברה חמור יותר. זה אינו דומה כלל לביקורת השיפוטית על החלטת היועץ המשפטי לממשלה להעדיף, מטעמים ראיתיים וסיכויי הרשעה, הסדר טיעון על פני ניהול משפט, כפי שאירע בפרשת קצב. שורש ההבדל טמון בשוני שבמתחם ההתערבות השיפוטית בין שיקול נורמטיבי של ראש התביעה בבחירת סעיף אישום לצורך סיווג חומרתה של העברה לבין הערכת עצמת הראיות הנדרשות לצורך הרשעה, וברירה בין ניהול משפט בעברות חמורות שסיכויי ההרשעה בו נמוכים, לבין הסדר טיעון בעברות מתונות שסיכויי ההרשעה בו ודאיים.

לטעמך לא עולה שאלה של חריגה מסמכות בהקשר הזה?

חריגה מסמכות של מי?

של בית המשפט. אם ההליך המשפטי באופיו אדוורסרי, אז אולי יש כאן אקט שבו בית המשפט יוזם מהלך ומתערב בשיקול הדעת של הצדדים?

הפצ"ר אינו בעל סמכות מוחלטת בהחלטותיו בעניין העמדה לדין. הוא כפוף לביקורת שיפוטית כשם שהיועץ המשפטי לממשלה כפוף לביקורת כזאת. נכון הוא כי הביקורת השיפוטית בנושאי העמדה לדין, הן במישור האזרחי והן במישור הצבאי, מתאפיינת באיפוק רב, אך כאשר יש חריגה קיצונית מדרישת הסבירות בהפעלת שיקול הדעת של ראש התביעה, על בית המשפט להתערב, וכך נעשה בפרשת אבו-רחמה.

## אפילוג

משפטנים, אנשי תקשורת ואנשי אקדמיה אשר נשאלו לדעתם על החלטותיה של השופטת אילה פרוקצ'יה ציינו את חדות החשיבה, את האומץ ואת ההחלטיות שאפיינו את פסיקותיה. <sup>97</sup> מאפיין בולט נוסף הוא רב-תחומיות. נאמר שהטבעת את חותמך בתחומי משפט רבים וניחנת ביכולת להעמיק ולהתמקצע בהם. האם תוכלי להצביע על תחום או נושא אחד שבו את חושבת שהתעמקת יותר או שעניין אותך יותר להתעמק בו?

97 <http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000637732>; <http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000638496>

אני חושבת שהרבת-חומיות במשפט הייתה קו מאפייין בעבודתי כבר מתחילת הדרך. תמיד ראיתי את הייחוד במשפט קודם כול בהשקה של הפן המושגי-תאורטי עם הקונקרטיזציה שלו בחיי המעשה. שנית, בהיקף של המשפט ובפריסה הרחבה שלו על כל ההוויה האנושית. שאלתי את עצמי לא פעם אם קיימת הוויה אנושית כלשהי שהמשפט אינו עוסק בה ואינו מתייחס אליה. נראה לי שהתשובה לכך היא בשלילה. אין פעילות אנושית או הוויה אנושית שהמשפט אינו מתייחס אליהן בדרך כלשהי. הייחוד הזה של המשפט על שני מאפייניו משך אותי משלב מוקדם מאוד, וזה מסביר אולי את הרצון שלי לנגוע ולהכיר כמה שיותר תחומי משפט, כדי להבין אותו בפריסתו הכוללת והרחבה ביותר. פירוק המשפט לענפים השונים וההתמקצעות של המשפטן בענף ספציפי אמנם מאפשרים העמקה באותו תחום מסוים, אבל לאורך זמן עלולים לשלול הבנת עומק של המשפט כהוויה כוללת. יש הקרנה הדדית וזרימה הדדית בלתי פוסקת בין ענפי המשפט השונים בינם לבין עצמם, ותוך כדי כך הם מתמזגים למכלול אחד שלם. ההתמקצעות במשפט היא אולי כורח השעה משיקולי ארגון ויעילות, אבל אין ספק שהיא פוגעת ביכולת לגבש תפיסה כוללת ורחבה של המשפט. למזלי, כשהתחלתי בתפקיד השיפוטי ב-1987 עדיין לא היה צורך כה בולט בהתמקצעות משיקולי יעילות, ולכן התאפשר לי הן בבית משפט השלום והן בבית המשפט המחוזי לעסוק בתחומי משפט רחבים מאוד. זאת הייתה זכות גדולה כי הדבר אפשר לי לקבל מבט רחב על ענפי המשפט השונים ולפתח הבנה של המשפט כמכלול. יופיו הגדול של המשפט הוא בהכרת ענפיו השונים ובפיתוח היכולת ליצור סינתזה ביניהם למכלול הרמוני אחד. לכן קשה לי להצביע על תחום משפטי אחד שהיה קרוב ללבי יותר מאחרים, ודווקא העיסוק המשפטי הרחב בענפים השונים, והכרת האינטראקציה ביניהם, הוא שתמיד שבה את לבי.

האם קיים פסק דין אחד שאת יכולה לייחד מבין פסקי הדין הרבים שכתבת בשנותיין הרבות על כס השיפוט, שבולט מכל השאר? שאת גאה בו במיוחד? או שהוא יקר לך?

קשה לי להצביע על פסק דין אחד ולייחד אותו מאחרים מבחינת המשמעות שלו בשבילי. כל עניין נראה לי חשוב בעת שעסקתי בו. תמיד נדמה שמה שאתה עוסק בו באותו זמן נתון הוא בעל חשיבות הגדולה. בראייה שלאחר מעשה יש לי קושי לברור מתוך כל היריעה הרחבה של הפסיקה את מה שעניין אותי במיוחד, או נתן לי סיפוק מיוחד. היו עניינים בעלי חשיבות משפטית מיוחדת בעיניי, ולעניינים אחרים הייתה חשיבות אנושית ייחודית; קשה לקבוע מה יקר ממה, ובכלל, לכל פסק דין יש ערך וחיות משלו וחשיבות שהוא נושא למי שמושפע ממנו.

האם תוכלי לחלוק עמנו אירוע בחיך שאת חושבת שהייתה לו השפעה משמעותית על עיצוב דרכך השיפוטית?

התפיסה השיפוטית של האדם בנויה בדרך כלל משני רבדים עיקריים – מהפן האנושי הקשור ליחס לאדם ומהפן הלאומי-חברתי, הקשור ליחס לחברה ולמדינה. הפן האנושי

מושפע במידה רבה ממבנה הנפש של השופט ומערכים שהוא ספג בבית ובסביבה שבה גדל. הפן הלאומי מושפע מגורמים שונים שאדם חווה והתנסה בהם במהלך חייו. במהלך חיי שלי אני יכולה להצביע על שלושה גורמים או אירועים מרכזיים שהשפיעו על עצמת הקשר שיש לי לחברה ולמדינה שלנו. ראשית, עובדת לידתי וחינוכי כילדה בקיבוץ אשדות יעקב בתקופה של טרום קום המדינה, כאשר הציונות והחלוציות במובן הטהור ביותר השתקפו בהווייתה של ההתיישבות העובדת והתממשו בתרומתה לאין שיעור של ההתיישבות הזו בבניינה הפיזי של הארץ ובהטמעת ערכים כמו שוויון וערכות הדדית לתרבות החברתית בישראל; הגורם השני היה משפט אייכמן בתחילת שנות השישים, אשר כאדם צעיר, שנולד וגדל בישראל, המחיש לי לראשונה את מאורעות שואת יהדות אירופה דרך עדויות הניצולים. זה היה אירוע מכונן בחיי הצעירים, שהפך לחלק חשוב מתודעתי כישראלית ומהקשר הרגשי שלי לארץ מבחינת הכרת מקומה וחשיבותה של המדינה היהודית לעם היהודי, שעמד בפני סכנת הכחדה ממשית; האירוע השלישי שהשפיע עליי עמוקות היה מלחמת יום הכיפורים בשנת 1973, שהמחיש לי בעצמה גדולה את הסיכון הביטחוני-קיומי הממשי שבו אנחנו מצויים. באותם ימי מלחמה, לראשונה בחיי, שוב לא הייתי בטוחה כי נשרוד פיזית כעם וכמדינה, והתחושה כי ההווה הקיומית שלנו איננה דבר מובן מאליו מלווה אותי גם היום. שלושת המאורעות האלה משתלבים בתפיסתי לתודעה עמוקה מאוד של חשיבות העצמאות המדינית שלנו על רקע השואה, של עצמת הקשר והמחויבות ללא תנאי של כל אחד מאתנו לארץ, ושל הצורך להבטיח את המשך הקיום הפיזי שלנו כעם, ולא פחות מכך את הקיום הערכי והמוסרי של החברה שלנו כלפי הקרוב וכלפי הרחוק כאחד, יום יום ושעה שעה.

מהו החותם שאת חשה שהשארית על מערכת המשפט בישראל?

קשה לאדם לשפוט את עצמו. לא אוכל להשיב לשאלה כזו.

אולי לא עבר מספיק זמן?

לא זו הסיבה. נראה לי כי גם בעתיד אתקשה להשיב לשאלה זו. קשה לאדם לשפוט את עצמו לא לטוב וגם לא לרע. אינני שואלת את עצמי את השאלה הזו, ואם הייתי שואלת, לא הייתי יודעת איך להשיב.

בהקשר זה, ולאחר קריאה מעמיקה של פסקי הדין שלך, דעותייך והרטוריקה שלך, לטעמנו דווקא ההחלטה אשר קיבלת עוד בתחילת דרכך השיפוטית בולטת במיוחד והיא החלטתך בעניין אמציה קפלן. שם התווית צורת חשיבה אמיצה שלא הייתה קיימת כלל באותה תקופה, ואם הייתה קיימת, היא הייתה בסיסית מאוד. היום היא מפותחת מאוד ומקבלת ביטוי רב בפסיקה. בעינינו אפשר אף לומר שחלוציות פסק הדין ראויה להתייחסות מיוחדת. האם תוכלי לחלוק עמנו כמה מלים על פסק הדין מנקודת המבט שלך?

פסק הדין בעניין בתי הקולנוע בירושלים<sup>98</sup> ניתן בשנת 1987, חמש שנים לפני קבלת חוקי היסוד והמהפכה החוקתית, כשעדיין לא דיברו במושגים של פסקת הגבלה ושל איזונים חוקתיים. הוא ניתן חודשים מספר לאחר מינויי כשופטת צעירה לבית המשפט לעניינים מקומיים בירושלים. בקריאה חוזרת של פסק הדין היה לי מעניין להיווכח כי כבר טמונה בו חשיבה חוקתית, שאם לא היה ניתן בשנה שבה ניתן, הוא יכול היה להינתן גם בשנת 1997 או בשנת 2007, לאחר המהפכה החוקתית. פסק הדין שיקף הלך מחשבה חוקתית דומה מאוד לזה שנתקבע מאוחר יותר בעקבות חקיקת חוקי היסוד, והפעלתה של פסקת הגבלה במסגרתם. ההבדל הוא שבעקבות המהפכה החוקתית יש כיום לבית המשפט כוח לבטל חקיקה ראשית שאינה עומדת במבחני פסקת הגבלה שבחוק היסוד. בפרשת קפלן לא דובר בתקיפה חוקתית של חוק ראשי של הכנסת אלא בתקיפה עקיפה של חוק עזר עירוני, שהסמכות לבקרו נתונה לבית המשפט על פי עקרונות המשפט המנהלי. אבל החשיבה החוקתית המופעלת באותו עניין דומה מאוד לזו המופעלת כיום באשר לביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת, וזה הסב לי סיפוק. זה מעיד שהחשיבה החוקתית פועלת באותם קווים ובאותם דפוסים, אם על פי חוקי היסוד ואם מחוצה להם. דבר נוסף שהסב לי נחת היה קשור בעובדה כי הסטטוס קוו החדש שנוצר בעקבות פסק הדין, ואשר בגדרו החלו להציג בירושלים סרטי קולנוע בערבי שבת, נותר על כנו גם לאחר שהתקבל חוק הסמכה חדש שהסמיך בחקיקה ראשית את הרשויות המקומיות לאסור בחקיקת עזר על פתיחת בתי עינוגים בשבת. מציאות זו המחיישה לי שהחיים חזקים גם מחוקי הסמכה, וכי הציבור היה בשל לשינוי ולפתיחות החדשה שנוצרה ולא היה מוכן עוד לסגת ולחזור למצב הדברים הקודם.

האם יש לך חרטות? אם הייתה לך את האפשרות לחזור לנקודת זמן מסוימת, האם היית פועלת אחרת בעניין מסוים?

אני פתוחה באופן מלא להעריך מחדש, גם לאחר זמן, החלטות שנתתי בעבר. עם זאת בדרך כלל תהליך ההכרעה השיפוטית ממצה את מלוא ההתלבטויות לפני מעשה, טרם מתן ההחלטה. שופט עובר תהליך מורכב מאוד של התלבטות: אתה שוקל שוב ושוב, חושב, מאזן, בודק ובוחר, ולעיתים גם מתייסר. ההכרעות המתקבלות בסופה של הדרך מתאימות על פי רוב לזמנן ולמערכת הנתונים שהייתה בפניך בזמן אמת. בחינת פסק הדין אינה נעשית בדרך כלל על פי מערכת נתונים עתידית שעשויה להתפתח שנים לאחר מכן. מאחר שאינני מנתחת פסקי דין בחכמה שלאחר מעשה אלא בחכמה שבשעת מעשה, קשה לי לחשוב כיום על הכרעה שהייתי מקבלת באופן אחר בשעת מעשה. אבל אני פתוחה תמיד לשיקול, להערכה ולמחשבה נוספת בעניין זה.

98 ענין קפלן (לעיל, הערה 31).

מהן תכניותייך לעתיד? האם את רואה את עצמך משתלבת בעשייה ציבורית? אם כן איזה תחום מושך אותך?

המעבר מחיי שפיטה לחיים של חופש הוא מורכב מאוד. איני בטוחה שהייתי בוחרת בו אם זה היה נתון לבחירתי. הייתי נשארת בשיפוט כל כמה שהיה ניתן. אני דומה בעניין זה לעבד האומר "אהבתי את אדוני" ומגיש את אוזנו שלו למרצע. לו ניתן לרצוע את אוזני ולהפוך אותי לעבד המשפט הייתי מרוצה מאוד, אך אפשרות כזאת – אין. הפרישה מהשיפוט קוטעת באופן חד את המשך העשייה השיפוטית, אבל זה סדר הדברים שנקבע, ואין מקום לטרזניה.

אני מעוניינת להשתלב בעשייה הציבורית ככל שיש בה תרומה לחברה בתחומים חשובים, כגון בסיוע בדרכים שונות להעמקת התודעה לערכים דמוקרטיים, לזכויות אדם, לאתיקה ציבורית, לחינוך, להוראה של ערכים חוקתיים ולמעורבות בגופים ציבוריים שנועדו לקדם עניינים חברתיים בעלי משמעות. בפעילויות מסוג זה הייתי שמחה להשתלב. יש לי גם מחשבה להתמסר בשלב כלשהו למחקר ולכתיבה בנושא מעמדו החוקתי של בית המשפט העליון בישראל. אני מקווה שאצליח לממשה.

האם חשבת להשתלב בתחומי הבוררות והגישור, ובכך לאפשר לעשייה השיפוטית להמשיך?

אני עוסקת בהליכי גישור ובוררות, אבל לא הייתי רוצה שעיסוקים אלה יגזלו את רוב זמני. רצוני להקדיש לעניינים הציבוריים את חלק הארי של הזמן המקצועי שהתפנה כדי לתרום לחברה כמיטב יכולתי.<sup>99</sup>

99 אבקש להודות מעל דפי כתב עת זה למראייני הצעירים על מפגש מענין ומהנה, ולברכם לדרך צלחה בכניסתם לעולם המשפט המרתק.