הקול הפרטי במשפט הציבורי

עם לידתו היה המשפט הציבורי בישראל לאחד ממכונניו וממקדמיו המרכזיים של השיח הקולקטיבי הציוני, שיח זה עטה במידה רבה גם כסות קונסנסואלית. טובת העם והמדינה שימשו טיעונים מנצחים לפעילויות שלטוניות שונות, ואלו הוצגו גם כווכים להסכמה רחבה של האזרחים. דוגמאות מצויות בשפע. אלו המתבקשות מיד הן אותן עתירות שבהן נדחק העניין הפרטי הכאוב לטובת אינטרס ציבורי חשוב ממנו. כך, למשל, בעניין החרמת דירתו של תושב תל־אביב כדי לשכן בה את היועץ המשפטי לממשלה, שנעשתה סמוך לקום המדינה בשנת 1948 על בסיס תקנות ההגנה לשעת חירום. במתן גושפנקא לצו ההחרמה קבע בית־המשפט העליון: "אין חברה מסודרת הנמצאת במצב תידום יכולה להתקיים בלי תקנות לשעת חירום אשר מטיבן מעדיפות את טובת הכלל על חירויות הפרט".[1] צו ההחרמה נעשה כדי שהיועץ המשפטי לממשלה, שהתגורר לצורכי עבודתו במלון בתל־אביב, יוכל להביא גם את משפחתו מחיפה לתל־אביב. בצו נקבע, שההחרמה נחוצה למען "שלומו של הציבור, הגנתה של המדינה, קיום של הסדר הציבורי וקיומם של ההספקה והשירותים החיוניים לכלל". בית־המשפט אישר את הצו וקבע, ש"דעת הרשות המוסמכת היתה כי פקיד כדי שיוכל למלא את תפקידו במדינה וקוק לדירה פרטית ושאי אפשר להפריד לומן ארוך בינו ובין משפחתו ושהמצאת דירה פרטית בשבילו, שבלעדיה עלול שירותו במדינה להיפסק, הינו דבר הנתון לקיום השירותים החיוניים לציבור. אי־אפשר לומר על דעה שכזו כי היא מהוסרת כל הגיון".[2]

השיח הקולקטיבי בא לידי ביטוי מובהק בשנת 1965 בפסק־הדין בעניין רשימת הסוציאליסטים, שוועדת־הבחירות המרכזית סירבה לאשר את מועמדותה לבחירות לכנסת השישית כיוון שמצעה שולל את שלמות מדינת ישראל ואת עצם קיומה.[3] השופט ווסמן

1. בג"ץ 5/48 ליך ואח' נ' הממונה בפועל על האזור העירוני תל־אביב, פ"ד א 58, עמ' 70.
2. שם, 78.
3. ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב־ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט (3) 365.

nevo.co.il

קבע, כי יש להפעיל את עקרונות המשפט הטבעי כדי להגן על המדינה, ווסמן האניש את המדינה: "...גם המדינה אינה חיבת להסכים שיחסלוה וימחקוה מן המפה. שופטיה אינם רשאים לשבת בחיבוק ידיים ולהתיאש מהעדר דין פוזיטיבי כשבעל דין מבקש מהם שיושיטו לו עזר כדי להביא את הקץ על המדינה..."[4] ביטוי לקולם של הפרטים שביקשו לרוץ לבחירות אינו מופיע בפסק־הדין; ואפילו שופט המיעוט, חיים כהן, מסכים, ש"יש הכרח שתהא נתונה הסמכות בידי גוף כלשהו, אם ועדת הבחירות המרכזית, או אם הכנסת עצמה, או אם בית־משפט, להוציא מן הכנסת כופרים בעיקר שכאלה הבוגדים במדינה והמסייעים בידי אויביה".[5]

קול הקולקטיב בולט מאוד גם בפסק־הדין בעניינם של שני זוגות חברי קיבוץ שביקשו, על בסיס חופש המצפון, שיוכר טקס־נישואין אזרחי פרטי שעשו ביניהם.[6] השופט עציוני נוף בעותרים: "קשה להעלות על הדעת שדוקא העותרים, חברי קיבוץ, שנאמנותם, דבקותם והקרבתם למען קיום האומה היהודית אינן פתותות מאלה שדבקותם באומה היהודית היא בעיקר בשטח המסורת הדתית, יעלו על דל שפתם את הרעיון שהם אינם יהודים, אפילו למטרה מצומצמת מאוד. וכל זה כדי לא לקיים טכס נישואין, שאותו קיימו דורי דורות אבותיהם ושבו הסממנים הפולקלוריים עולים לפעמים על אלו הדתיים הטהורים, ולהחליפו במוסד זר לנו לגמרי, הוא המוסד של common law marriage שנולד אצל אומה אחרת, זרה לנו בכל מסורתה ומנהגיה..."[7]

מפתיע יותר למצוא את הרטוריקה הקולקטיבית בפסקי־דין שהוכרו כאבני־היסוד של ההגנה על זכויות הפרט. כך, בפסק־הדין המובהק ביותר בעניין חופש הביטוי, בג"ץ קול העם,[8] השופט אגרנט קבע בפסק־הדין, כי "ביסודו של דבר, כל התהליך הנזכר אינו אלא תהליך של בירור האמת, למען תשכיל המדינה לשים לפניה את המטרה הנבונה ביותר ולבחור את קו הפעולה העשוי להביא להגשמת מטרה זו בדרך היעילה ביותר, והנה לשם בירור אמת זו משמש העיקרון של הוכות לחופש הביטוי אמצעי ומכשיר".[9] אגרנט לא התעלם מהעניין הפרטי שיש בהגנה על חופש הביטוי, אך הקפיד להכפיפו לאינטרס העליון יותר של המדינה: "אם כי צירפנו לאינטרס האתרון (החברתי – ש"א ועי"ז) את ה'תואר' פרטי... הרי לאמיתו של דבר אף למדינה ענין בשמירה עליו..."[10]

אמנם, המשפט הציבורי רב את ריבו של היחיד והגן על זכויות האדם שלו, אך תמיד עמדה ברקע פעולתו רטוריקה שביקשה לעגן את הצורך והיכולת לסייע לפרט באינטרס הציבורי הרחב יותר. מובן שהקונטנסוס שביקשה רטוריקה זו לשקף היה במידה רבה

4. שם, 390.
5. שם, 379.
6. ע"א 450/70 רוגוזינסקי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד כו (1) 129 (להלן: ע"א רוגוזינסקי).
7. שם, 138.
8. בג"ץ 73/53 ואח' חברת "קול העם" בע"מ ואח' נ' שר־הפנים, פ"ד ז 871.
9. שם, 877 (ההדגשה שלנו – ש"א ועי"ז).
10. שם, 878.

nevo.co.il

מלאכותי. הוא לא כלל חלקים נכבדים בחברה הישראלית שקולם נותר מובלע, אולי אף מושתק. מגמה זו נשמרה כמעט במשך יובל שנים.

בעשור האחרון אנו עדים לאותות ראשונים של רטוריקה חלופית, המחזקת את מעמדו של הקול הפרטי בזירת המשפט הציבורי. שופטות ושופטים מעניקים פתחון־פה לאישי ולפרטי, ובמידה מסוימת – לדחוי, לשולי ואף ל"אחר". הם תושפים את סיפוריהם של אלה – סיפורים שבעבר נותרו מושתקים – והופכים אותם לרלבנטיים, ולעתים אף למכריעים.

בע"א רוגחינסקי הצבענו על רטוריקה שיפוטית שכוונה להצדיק את החדרתו הכפויה של קול הקולקטיב לתוך זוגיות פרטית שלא תפצה בו. כתצי־יובל שנים לאחר־מכן ביסס השופט ברק את דיונו בטיבה של זוגיות דווקא בעמידה על משמעותה המרכזית של הבחירה הפרטית, השונה והאישית. "נקודת המוצא העובדתית היגה, כי בני האדם שונים הם זה מזה... כל אדם הוא עולם בפני עצמו" – נכתב במהלך פסק־דין שפסל את נוהגה של חברת אל־על למנוע טובות־הנאה אשר ניתנו לעובדים שבחרו בבני־זוג ממין שונה מעובדים שבחרו בחברים לחיים מבני־מינם.[11] באותו פסק־דין החליט בית־המשפט לתת תוקף לקולו של אדם שביקש הכרה בקשר הפרטי שלו עם אדם אחר, "שעמו הוא חי ואתו הוא מנהל משק משותף, ממנו הוא נפרד כאשר הוא יוצא לטיסותיו, ואליו הוא תוזר בסיום עבודתו".[12]

בעניין אחר, שגידון באותה שנה בבית־המשפט העליון, פרס השופט מצא את סיפורה האישי של אליס מילר, אשה אשר "מאז נעוריה, בדרום־אפריקה, גילתה עניין רב בטיס. היא הכשירה עצמה לכך וקיבלה רשיון טיסה, המוכר במדינות רבות... במשך ארבע שנים למדה בטכניון בחיפה הנדסת אוירונאוטיקה",[13] הביוגרפיה האישית הזאת והקול הפרטי שהיא מייצגת גברו, בסיועו של בית־המשפט שבחר לתת להם רלבנטיות נורמטיבית, על הקול הקולקטיבי הנחרץ שגרס כי "אין הצבא מקבל נשים לקורס טיס".[14]

פרשת הכיתוב על מצבות חללים מייצגת אולי באופן הבולט ביותר את המעבר מהקול הקולקטיבי לעבר הפרטי. בפרשה זו עומתו ישירות הדרישה להכרה בקול הפרטי עם החיוב לוותר על השמעת הקול הזה כדי לשמור על אחידות קולקטיבית. הכרעת בית־המשפט היתה הכרה בצורכי האבל הפרטיים של משפחה אחת, שביקשה להוסיף לנוסח הכיתוב האחיד את שמות אחיו של החלל.[15] אמנם, השופט מצא עסק בחשיבותה הרבה של האחידות, המשקפת את ההוויה המשותפת של העם כולו ואת השותפות הכללית באֵבל,[16] אך המכריע בעיניו הוא זכותה של משפחה פרטית אחת לאבל "הנצרך לביטוי אישי, גלוי ומוחצן". השופטת דורנר אף קשרה את ההכרעה לתמורה שחלה – לדבריה – בחברה

---

11. בג"ץ 721/94 אל־על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ ואח', פ"ד מח (5) 749, עמ' 762.
12. שם.
13. בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מט (4) 94.
14. שם.
15. דנג"צ 3299/93 ש' ויכסלבאום ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מט (2) 195.
16. שם, 206.

nevo.co.il

הישראלית: מעבר מתפיסה "קולקטיבית" לעבר תפיסה אחרת, המסיטה את הדגש לעבר הפרטי.[17]

פיחות ניכר נוסף במעמדו של הקול הקולקטיבי מייצג פסק־הדין שניתן בספטמבר 1999 בעניין שיטות התקירה של שירות הביטחון הכללי.[18] בפתח פסק־הדין ובסופו בולטת נוכחותו של הקול הזה: "מיום היוסדה נתונה ישראל במאבק בלתי פוסק על עצם קיומה ובמתונה"[19] – כותב הנשיא ברק בתחילת פסק־דינו, ואף בסופו מאזכר את "הצורך התיובי לשמור על עצם קיומה של המדינה".[20] אולם על המשמעות האופרטיבית והנורמטיבית שנגזרה בעבר מרטוריקה דומה גוברים הפעם קולותיהם של היחידים. במאבק הכוחות בין הקול הקולקטיבי ובין תיאורים מדוקדקים ומפורטים של "האמצעים הפיויים" שנקטו חוקרי השב"כ – תיאורים שנמסרו לבית־המשפט לא מפי החוקרים אלא מפי העותרים – גוברים האחרונים. גם אם עדיין בכוחו של הקול הקולקטיבי להטריד את בית־המשפט ("החשש כי פסק דיננו ימנע התמודדות ראויה עם מחבלים וטרוריסטים מטריד אותנו"),[21] אין בכוחו למנוע מבית־המשפט לקבל את העתירה ולהכריז כי יותר אין לרשויות המדינה סמכות לקבוע היתרים והנחיות באשר לשימוש באמצעים פיזיים במהלך חקירות.

ראוי להדגיש, שאין מתאם חד־חד־ערכי בין מעבר של בית־המשפט העליון בעשור האחרון מרטוריקה פורמליסטית לרטוריקה של עקרונות וערכים, או בין שינויים במערך האיזונים שבית־המשפט עושה בין זכויות הפרט לערכים אחרים ובין התופעה שאפשר אולי לכנותה "הפרטת הקול הקיבוצי", ואשר עליה אנו מצביעים. כדאי גם להבחין בין התופעה, שאת ניצניה פירטנו, ובין בחירתם של שופטים ושופטות בעת האחרונה לתת ביטוי מודגש לקולם הפרטי – תופעה מעניינת הראויה לדיון נפרד.[22] "הפרטת הקול" היא תופעה ייחודית, שלה מאפיינים עצמאיים ומורכבים מאוד.

פסק־הדין שניתן לאחרונה בעניינו של תת־אלוף גלילי[23] מדגים באיזו מידה מורכבות ההבחנות שעליהן הצבענו. לכאורה פסק־הדין, שביטל את קידומו של קצין בכיר בשל יחסי־מין שקיים עם חיילת, מאמץ את קולה האישי של החיילת ומעניק לו עוצמה, אולם משמסיטים מעט את זווית־ההתבוננות, עשוי להתחוור כי בית־המשפט בתר לחזק כאן לא את הקול הפרטי, אלא דווקא, וביתר תוקף, את הקול הקולקטיבי שמכותו מותווה קוד

17. שם, 211.
18. בג"ץ 5100/94 ואח' הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' (טרם פורסם).
19. שם, פסקה 1 לפסק־הדין.
20. שם, פסקה 40 לפסק־הדין.
21. שם, שם.
22. ראו, למשל, את דברי השופט חשין, המשתף את נמצינו בחבלי־שפיטה אישיים (דנ"פ 3391/95 כן־ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד נא (2) 377; ודבריו הדומים באופיים של השופט מירקל (דנ"א 2401/95 (ע"א 5587/93) ד' נחמני נ' ד' נחמני ואח', פ"ד נ (4) 661).
23. בג"ץ 1284/99 פלונית נ' ראש המטה הכללי ואח' (טרם פורסם).

התנהגותי אחיד ומחמיר לכל הנושא בתפקיד במחוזי בביר. שתי ההערות האחרונות בפסק־דינה של השופטת שטרסברג־כהן, שמהן משתמעת הסתייגות מבחירותיה השונות של החיילת, מחזקות את התחושה כי לא את קולה של החיילת אימץ כאן בית־המשפט וכי ההכרעה נובעת מכוחו, הרב עדיין, של הקול הקולקטיבי.

אין אנו מבקרים את תוצאתו של פסק־הדין, אלא מבקשים להצביע על זווית מעניינת נוספת להתייחסות אליו.

המעבר מן הקול הקולקטיבי לקול הפרטי רחוק מלהיות מובהק ומוחלט. הוא רצוף היסוסים ונסיגות. כך בפרשת סגן־אלוף ארז[23] – מקרה שגם בו גבר הקולקטיבי על הקולות האחרים. העותר ביקש לבטל את מינויו של קצין, אשר – לטענתו – ציווה על הריגת שבוי כפות בעיצומה של פעילות צבאית שעליה פיקד. בית־המשפט הקדיש שורה אחת לקולו של העותר, ובנגד ממנו – לקולו של השבוי שנורה. לעומת זאת, הוקדש רובו הגדול של פסק־הדין למה שכונה "התשתית העובדתית על־פיה פעלו שלטונות הצבא", שעל בסיסה אף הציע בית־המשפט לעותר, שאמנם פעל על־פי העצה, למשוך את עתירתו. בית־המשפט העדיף להימנע במקרה זה מבירור הסיפור עד תומו ומחשיפת הקולות הפרטיים הקשורים בו.

יריעה קצרה זו אינה מכוונת להעמיק בתיאור התופעה על כל ביטוייה או לבחון את משמעויותיה הערכיות – נושאים שבכוונתנו להרחיב בהם בהזדמנות אחרת. נסתפק כאן באזכורה של הבחנה ראשונית בין חיזוק מעמדו והרחבת תחומי הרלבנטיות של הקול הפרטי, הרצויים בעינינו, ובין מתן לגיטימציה לכל קול בזה – פרקטיקה העלולה לעלות בקנה אחד עם זרמים מסוימים בתנועה הפוסט־מודרניסטית – ולהציב בעייתיות ניכרת.

שולמית אלמוג ועלי ולצברגר

24. בג"ץ 2888/99 הולנדר נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (טרם פורסם).

nevo.co.il