ראיון עם השופטת (בדימוס) דליה דורנר*

מראיינים: ד"ר אלכסנדר (סנדי) קדר, פנינה אלון, עידן לרון וענת רום

לאחר שנים רבות של שפיטה, שהולידו פסקי דין רבים, משמעותיים ומעניינים, נשמח אם תשתפי אותנו ואת קוראי *דין ודברים* באחד מפסקי הדין שהוא לדעתך בין המרתקים ביותר שכתבת, המביא לך גאווה רבה או זה היקר ביותר ללבך.

אחד מפסקי הדין הקרובים ללבי, שהיה גם אחד האחרונים שיצאו תחת ידיי, הוא פסק הדין בעניין יתד.[1] פסק הדין עסק בילדים הלוקים בתסמונת דאון ובזכותם לחינוך. בפסק דין זה הוכרה לראשונה בצורה ברורה על ידי בית המשפט העליון זכות יסוד לחינוך. עם זאת, חשבתי שזו לא הייתה ההזדמנות המתאימה להכריע בשאלה האם הזכות לחינוך נכללת בזכות לכבוד האדם המעוגנת בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. מה גם שבראש ההרכב ישב השופט תיאודור אור, שדחה בפסק הדין בעניין שוחרי גילי"ת[2] את הטענה כי הזכות לחינוך קבועה בחוק־היסוד.

---

* הראיון התקיים ב־3 ביוני 2004. בראיון השתתפו העורך הראשי של כתב העת, סגניתו וחברי המערכת עידן לרון וענת רום, שערכו את הראיון לפרסום והוסיפו לו הערות שוליים. המערכת מבקשת להודות לריקרדו בן־אוליאל, מיכאל בירנהק, אורן גזל, גיא דוידוב, רונן פרי, אמנון רייכמן ונויה רימלט על סיועם בשלבים השונים של הכנת הראיון.
כל אתרי האינטרנט נצפו לאחרונה בחודש אוגוסט 2004 אלא אם כן נאמר אחרת.

1. בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834 (להלן: בג"ץ יתד): "חוק חינוך מיוחד מתווה שתי דרכים למתן החינוך המיוחד – האחת במסגרת נפרדת של חינוך מיוחד, והשנייה במסגרת החינוך הרגיל, שבה הילדים מקבלים סיוע שהיקפו נקבע על־פי צורכיהם על־ידי ועדת השמה. אין זה מתקבל על הדעת כי הכנסת בחרה, באופן שרירותי, לצמצם את חובת המדינה לתת חינוך מיוחד תיגם רק לאחת משתי המסגרות שנקבעו בחוק, כאשר מוסכם על הכול כי במסגרת הרגילה טמון ערך מוסף של ממש לחינוך" (שם, בעמ' 847).

2. בג"ץ 1554/95 עמותת "שוחרי גילי"ת" נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נ(3) 2 (להלן: בג"ץ שוחרי גילי"ת), בעמ' 25-26.

nevo.co.il

זכות יסוד פסיקתית לחינוך היא בעלת חשיבות פרשנית. יש לפרש כל חוק, ככל שהדבר אפשרי, כמגשים את זכות היסוד. באמצעות פרשנות כזאת, ובצירוף עקרון השוויון, הענקנו לחוק חינוך מיוחד[3] פירוש שאִפשר לחייב את המדינה לממן את החינוך המיוחד של ילדי תסמונת דאון. טענת המדינה הייתה, כי חוק חינוך מיוחד מעניק חינוך חינם לילדים בעלי תסמונת דאון במסגרת מוסדות וכיתות של חינוך מיוחד בלבד. לעומת ילדים אלו, ילדים אחרים בעלי תסמונת דאון שגמצאו מתאימים לשילוב במוסדות חינוך רגילים אינם זכאים לחינוך מיוחד חינם. לטענת המדינה, מדובר בהטבה שהמדינה משתדלת להעניק על פי מיטב הבנתה. בפסק הדין הוכרה, כאמור, זכות היסוד לחינוך, והמדינה חויבה לממן גם את חינוכם של הילדים הלומדים בבתי הספר הרגילים.

האם תוכלי לציין פסק דין שהשפיע על דוכך השיפוטית ושינה את השקפת עולמך?

הייתי רוצה לתת דוגמה הפוכה דווקא, שבה המתנתי להזדמנות שבה אוכל לבטא נכונה את השקפותיי. הדוגמה היא מפסק הדין בעניין יתד אותו הזכרתי. לפני פסק הדין בעניין יתד, ישבתי בהרכב שדן בנושא דומה בעניין שוחרי גיל"ת.[4] דעת הרוב בפסק הדין נכתבה על ידי השופט אור. באותו מקרה חשבנו שיש לדחות את העתירה, מכיוון שדובר שם במחלוקת מקצועית בין עמותה מסוימת לבין משרד החינוך, שבעמדתו לא היה פגם משפטי. כתוצאה מכך כתב השופט אור בפסק דינו כי חינוך הוא דבר חשוב וחיוני, אך אינו זכות יסוד חוקתית.[5] בזמנו חשבתי שמדובר בשאלה נכבדה, וכי על כן יש להקדיש לה זמן ומחשבה בבוא העת, אך בשל העומס השורר בבית המשפט ומאחר שלא היה צורך להכריע בשאלת מעמדה של הזכות לחינוך באותו עניין, הסכמתי לפסק דינו של השופט אור, והסתפקתי בהערה כי את השאלה החוקתית ניתן להשאיר בצריך עיון.[6] כך גם עשה השופט טל, כאשר ביקש להשאיר את סוגיית הזכות החוקתית לחינוך לעת מצוא.[7] ואולם אף לא אחד זכר את ההערות הללו, ופסק הדין היה נושא לביקורת רבה מאחר שלא נתן, לדידם של המבקרים, את כובד המשקל הראוי לזכות לחינוך. לאחר שנחשפתי לביקורות האלה, הרגשתי כי השקפת עולמי האִמתית לא קיבלה ביטוי נכון במסגרת פסק הדין, ולפיכך חיכיתי להזדמנות לבטא נכונה את עמדתי. ההזדמנות הגיעה עם פסק הדין בעניין יתד.

דוגמה הפוכה היא מקרה שבו לא הייתה לי ההזדמנות להביע את השקפתי בתחום דיני החוזים. כוונתי היא לפסק הדין בעניין אפרופים.[8] מדובר בפסק דין חשוב ומובילי, אף על פי שניתן ברוב דעות. דעת הרוב הייתה של הנשיא אהרן ברק, בעוד דעה חשובה מאוד של השופט אליהו מצא נותרה במיעוט. לדעתי, ראוי היה לקיים דיון נוסף, אך השופטת טובה

---

3. תשמ"ח-1998, ס"ח 114.
4. לעיל, הערה 2.
5. שם, בעמ' 25-26.
6. שם, בעמ' 34.
7. שם, שם.
8. ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון וייזום (1991) בע"מ, פ"ד מח(2) 265. בפסק הדין נידונה פרשנותו של חוזה בין ממשלת ישראל, משרד הבינוי והשיכון לבין קבלנים ויזמי

שטרסברג־כהן לא ראתה או בפסק הדין חידוש משמעותי.[9] מובן שבמבט לאחור, ברור שפסק הדין שינה הרבה. על כל פנים, יישומו של פסק הדין הביא לתוצאות לא טובות לטעמי, כאשר בתי המשפט לא נתנו לחוזה הכתוב את המשקל הכבד שיש להעניק לו.

לימים ישבתי בהרכב אחר עם הנשיא ברק, בערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל־אביב. בפסק דין זה, שופטת בית המשפט המחוזי פירשה לכאורה את החוזה לאור הלכת אפרופים, אך בפועל התעלמה לחלוטין מן הכתוב בחוזה, ובמקום זאת בנתה את פסק הדין על נסיבות חיצוניות בלבד. למקרא פסק הדין, חשתי כי הפירוש המרחיב של הלכת אפרופים הביא לפרשנות חוזה שסטק אם עלתה בקנה אחד אפילו עם כוונתם של השופטים שכתבו את פסק דין אפרופים. הכוונה באפרופים הייתה כי בכל מקרה יש לתת לחוזה הכתוב משקל כבד מאוד, אחרת יתמוטטו חיי המסחר עקב חוסר הוודאות. על כן התלטתי לנצל, את ההזדמנות ולכתוב את פסק הדין שבערעור שיבהיר ויחזיר אותנו לטושכלות ראשונים ולפרופורציה נכונה בהבנה של פסק הדין. ואולם בסופו של דבר, הגיעו הצדדים לפשרה, כך שלמרבה הצער לא נזדמנה לנו האפשרות לסייג ולהבהיר את ההלכה.

העיתונות והאקדמיה הכתירו אותך כאחת השופטות האקטיביסטיות של בית המשפט העליון.[10] ואולם נראה לנו כי אינך חד־ממדית בעניין זה. מצד אחד, יש פסיקה רבה שבה נקטת עמדות אקטיביסטיות (למשל, בג"ץ עמותת מחויבות, בג"ץ אדם, טבע ודין, בג"ץ דנילוביץ, דנג"ץ נוסייבה, בג"ץ קרסיק, ע"א יעקבי[11] וכיוצא באלה). הצגת עמדות

בנייה, ביניהם חברת אפרופים. החוזה נכרת על רקע תפיסה של הממשלה לעודד בנייה מזורזת של דירות למגורים לנוכח גלי העלייה הגדולים מברית המועצות (דאז). אחד הסעיפים שנועד להבטיח השגת תכלית החוזה – בנייה מזורזת – ושבגין פרשנותו הייתה מחלוקת, הוא סעיף 6(ח)(3) הקובע לאמור: "במקרה של מימוש התחייבות רכישה בפרוייקטים שלגביהם ניתנה התחייבות רכישה בשיעור של 100% לאחר תום תקופת הביצוע, ינוכה ממחיר הדירה שייקבע כאמור בסעיף קטן (ו) לעיל, סכום בשיעור של 5% בגין כל חודש שלאחר תקופת הביצוע". שופטי הרוב (ד' לוין וא' ברק) קיבלו את עמדת המדינה והיו בדעה כי אין להגביל את פרשנות הסעיף אך ללשונו של החוזה לשם עמידה על תכליתו, וכי יש להתייחס למכלול נתונים פנימיים וחיצוניים ולפרש את הוראות החוזה תוך התחקות אחר אומד דעת הצדדים בהתייחס לנסיבות חיצוניות לחוזה, להנחות היסוד שלו, למבנהו הפנימי ולהגיונו הפנימי, אף אם אלו מצריכים את שינוי לשונו. לעומתם, קיבל השופט מצא, בדעת מיעוט, את עמדת המבקשת וטען שיש להחיל על הסעיף פרשנות דווקנית מאחר שפשטות לשונו ובהירות כוונתו של סעיף 6(ח)(3) פוטרת מן הצורך לעסוק בנסיבות כריתתו של חוזה כמקור פרשנות נפרד.

9. דנ"א 2485/95 אפרופים שיכון וייזום (1991) בע"מ נ' מדינת ישראל (לא פורסם).

10. ראו, למשל, זאב סגל, "בית משפט בלי דליה דורנר", הארץ (2.3.2004) בו; רוני ברט, "על פי אלו קריטריונים צריך למנות שופטים לעליון?" [URL: http://www.bsh.co.il/ShowArticle2.asp?ArticleId=1621&CategoryId=27]; וכן שמאי ליבוביץ, "מי קובע את ההרכבים" [URL: http://www.nfc.co.il/ArticlesPrintVersion.asp?docId =1697&subjectID=3]

11. בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר (טרם פורסם; התלטת

מרחיבות ופירשת את החוק בדרך יצירתית שאינה מתחייבת מלשונו. לעומת זאת, כדוגמה, גביא את פסק הדין בבג"ץ התנועה לאיכות השלטון[12] ופסק הדין בעניין השר הנגבי.[13] פסיקה זו הנה פורמליסטית דווקא ומצמצמת ביותר. היכן היית ממקמת את עצמך על הסקאלה בין "השופטת הפורמליסטית" – ובין "השופטת האקטיביסטית"? האם ייתכן שהמוטיבציה שלך לאקטיביזם גבוהה יותר כתיקים העוסקים בזכויות אדם?

בעיניי תפקידי כשופטת בא לידי ביטוי, בראש ובראשונה, בכך שעליי ליישם את הדין כפי שאני מבינה אותו. אינני יכולה להיות פסיבית במקום שהדין מחייב אותי לנהוג באקטיביות, ולא אמנע מהחלטה בשל שיקולים מערכתיים. אסביר את כוונתי: ניקח לדוגמה את בג"ץ דנילוביץ,[14] שעליו הייתה ביקורת ציבורית רבה. ניתן לטעון כי מבחינה חברתית פסיקה זו בעייתית. ואולם אינני מתחשבת בשיקולים כגון אלו. היה בפנינו חוק המחייב לנהוג בשוויון, ולצדו עקרון השוויון הכללי. בעיניי החוק הוא רק דוגמה של עקרון השוויון הכללי. מבחינה זו עמדתי הייתה אף יותר מרחיקת לכת מזו של הנשיא ברק, אך לא משום שאני "אקטיביסטית" יותר אלא מפני שלדעתי, עקרון השוויון הוא חלק מן הדין – גם כאשר אין חוק ספציפי המחייב לפעול בשוויוניות. עמדה זו אומצה אחר כך בפסק דין רקנט.[15] אחת השאלות שעלו בפסק הדין הייתה האם איסור של הפליה בשל גיל חל רק מיום התיקון לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה[16] או אף לפני כן. דעתי הייתה שאין צורך בתיקון מפורש בחוק כדי להחיל נורמה, שלפיה אסור להפלות לפי גיל, שהרי פשיטא שאסור להפלות, בין היתר, מחמת גיל.

ביניים מיום 5.1.2003) (להלן: בג"ץ עמותת מחוייבות). בהחלטה זו הוציאה השופטת דורנר צו על תנאי המורה לשר האוצר, למוסד לביטוח לאומי ולממשלת ישראל ליתן טעם מדוע לא יקבעו סטנדרט לקיום אנושי בכבוד כמתחייב מחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין — אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם; ניתן ביום 16.3.2004). לפי השופטת דורנר, בפרשנות חוק, חזקה שיש לפרשו כך שיתאם הוא את זכות האדם לאיכות סביבה ראויה. השופטת הצטרפה לדעת הרוב, ולפיה חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו כולל זכות יסוד חוקתית לאיכות סביבה ראויה. עם זאת, נפסק כי ייתכן שבמקרה ספציפי פגיעה באיכות הסביבה תגרום לפגיעה באחת הזכויות שבחוק־היסוד (לדוגמה, זכות לחיים, לרבות הזכות לבריאות). בג"ץ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (להלן: בג"ץ דנילוביץ); דנג"ץ 4466/94 נוסייבה נ' שר הארוצר, פ"ד מט(4) 68 (להלן: דנג"ץ נוסייבה); בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 625 (להלן: בג"ץ קרסיק); ע"א 1915/91 יעקובי נ' יעקובי, פ"ד מט(3) 529 (להלן: ע"א יעקובי).

12. בג"ץ 5160/99 התנועה לאיכות השלטון נ' ועדת חוקה חוק ומשפט, פ"ד נג(4) 92, שבגדרו קבעה השופטת דורנר כי יש לפרש את החוק כלשונו ולהיצמד לכתוב: "ספק רב אם מניעים לחקיקת חוק יסוד – אף אם ניתן לטעון שאינם ראויים – עשויים בשלעצמם להוות פגם משפטי המהווה עילה לביקורת שיפוטית" (שם, בעמ' 96).

13. בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה (טרם פורסם; ניתן ביום 9.10.2003) (להלן: בג"ץ הנגבי).

14. לעיל, הערה 11.

15. ראו דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית־הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330.

16. תשמ"ח-1998, ס"ח 38.

nevo.co.il

מגדר, ניקח כדוגמה את פסק הדין בעניין השר הנגבי.[17] גם כאן מדובר במקרה של זכויות אדם – זכויות האדם של הנגבי – שלא להיפגע רק בשל השדות לא מוכתים. השקפת עולמי הייתה אותה השקפת עולם כבפסקי דין אחרים. הפוליטיקה היא מפעל חייו של הנגבי, סגרו את התיק נגדו וקבעו כי אין סיכוי סביר להרשעה (דהיינו, פתוח אשמה מזיכוי מחמת הספק). כמובן, בחברה הישראלית יכולה להתפתח תרבות פוליטית שתמנע גם מינויים של אנשים לתפקיד שר כמו הנגבי, אך אין זה מתפקידו של בית המשפט לקבוע אותה. יש גבול להתערבותו של בית המשפט.

ביקורת אחרת נמתחה על דעתי כפי שהובעה בפסק הדין בעניין יעקובי,[18] אך גם את פסק הדין שנתתי בעניין זה אינני רואה כאקטיביזם שיפוטי. בפסק דין יעקובי הייתה בעיה של חוק חסר. השופט שמגר ואנוכי ביטסנו את השקפתנו על הפסיקה הקיימת. השאלה הייתה שאלה משפטית, האם החוק ביטל את ההסדר הפסיקתי שהיה קיים קודם לכן – וזו, לדעתי, שאלה של פרשנות. כל פרשנות חייבת להיות מעוגנת בלשון החוק, ואולם, להשקפתי לא סטינו ממעגל הפרשנויות האפשריות. חבריי הלכו לכיוון אחר, שהוא אולי "נקי" יותר מבחינה לשונית. הפרשנות של השופט שמגר ושלי לא הייתה פשוטה, אבל נראתה לנו אפשרית. שמגר אף לא ראה בדרכנו "מאמץ פרשני מיוחד", אלא ראייתו הייתה כי יש פסיקה ויש חוק, והאחד אינו מבטל את האחר, אלא כל אחד מהם עוסק בסיטואציות שונות. כמובן, הדרך הנכונה ביותר היא לתקן את החוק, אבל הדבר לא נעשה עד כה.

בפסק דין אחר שהייתי שותפה לו עלתה שאלה לגבי מעמדה של האישה כנושה נדחית בסיטואציה של פשיטת רגל.[19] פסק הדין מתייחס לנוהג ששרר עד כה בדיני הקדימה בפשיטת רגל, ולפיו אם ניתנה הלוואה בין בני זוג על ידי האישה לגבר (פושט הרגל), כאשר בית המשפט פועל לחלוקת קופת הכינוס בין הנושים, יהפוך בן הזוג לנושה בדין נדחה, ולמעשה מעמדו כנושה נחות מזה של שאר הנושים האחרים. במקרה זה סברתי שהדגם של המשפחה היום, שבו יש לאישה הכנסה ורכוש משלה, הוא לאו דווקא של יחידה משפחתית מסורתית. חוק יחסי ממון בין בני זוג[20] קובע משטר של הפרדה, המבוסס על האוטונומיה של כל אחד מבני הזוג. לפיכך, אין בעיניי מקום לתפיסה מחייבת של האישה דווקא כנושה בדין נדחה. הפרשנות שנתתי במקרה זה נבעה, בין היתר, מכך שאני חושבת שאילו היה החוק קובע

17. לעיל, הערה 13.

18. לעיל, הערה 11. בפסק הדין נקבע בדעת רוב של השופטים שמגר, דורנר ומצא כי הזכות לאיזון המשאבים אינה עומדת לבני הזוג קודם למועד פקיעת הנישואין הבא לידי ביטוי רק בנירושין בפועל או במותו של אחד מבני הזוג. פסק הדין ניתן אל מול דעותיהם החלוקות של השופטים טל ושטרסברג-כהן.

19. ראו ע"א 3929/02 לוין כרם נ' עו"ד שילר (טרם פורסם; ניתן ביום 4.6.2004), שם קבעה השופטת דורנר כי ההנחה העומדת ביסודו של סעיף 83 לפקודת פשיטת הרגל, שמסת הנכסים של בני הזוג היא בעיקרון יחידה אחת, הנחה זו אינה עולה בקנה אחד עם העקרונות הכלליים במשפט הישראלי ובהם משטר יחסי הממון בין בני זוג לפי חוק יחסי ממון, ועל כן אינה יכולה לעמוד עוד.

20. תשל"ג-1973, ס"ח 267.

nevo.co.il

הסדר במקרים כאלה, הוא לא היה שולל את משטר ההפרדה, והוא לא היה מחייב לפנות אל תזקת השיתוף שבאה למלא את החסר כאשר אין חוק.

לאור דברייך, האם ניתן לומר שאינך מגדירה את עצמך כשופטת "אקטיביסטית" אלא כשופטת ש"מתאמצת" מאוד לפרש את הדין בצורה המתאימה לתכליות שעל המשפט לקדם?

על פי הפסיקה והחוק במדינה שלנו יש משטר דמוקרטי המגן על זכויות אדם – או אני מגנה על זכויות אדם. האם יש בכך איזה אקטיביזם מיוחד?! לדעתי, מי שאינו עושה ואת הוא פסיבי בניגוד לדין. זכות אדם שמעוגנת בחוק ובפסיקה היא בעבורי דבר רציני מאוד. למשל, כאשר אני מאזנת בין הזכות לחירות לבין שלום הציבור, אני נותנת לזכות לחירות את המשקל הגבוה שהדין במדינה דמוקרטית מחייב לתת לה. על כן, ידי אינה קלה לעצור אנשים. להפך, היא כבדה מאוד. ואני לוקחת סיכון מסוים, שהרי לעצם קיום זכות אדם יש מחיר. אם אין לה מחיר, הרי שזו רק הצהרה ריקה מתוכן. כאשר אנו מכירים בזכות אדם, זה אומר שהחברה מוכנה לשלם מחיר תברתי מסוים כדי לשמור עליה.

נעבור לכמה שאלות מתחום המשפט הפרטי. בימים אלו הושלם המיזם הגדול והמקיף ביותר שנעשה במערכת המשפטית הישראלית זה עשרות שנים: חוק אחד הכולל לא פחות מ־900 סעיפים, שיאגד בתוכו 24 חוקים שונים בתחום האזרחי, החל בדיני חוזים ועד דיני נזיקין. הצעת "חוק דיני ממונות" היא פרי עבודה ומחקר של עשרים שנה של ועדת הקודיפיקציה בראשותו של נשיא בית המשפט העליון, אהרן ברק.[21] מהי עמדתך בדבר מעורבותה של הרשות השופטת בהליך חקיקתו של קודקס חשוב ומקיף זה?

לדעתי, לא ניתן להתעלם מן המסורת הקיימת במדינת ישראל בעניינים האלה. במדינת ישראל מאז ומעולם ישבו שופטים בוועדות שטיפלו בשינויי חקיקה. ואת משום ששופטים נתקלים בבעיות שהמצב המשפטי הקיים מעלה חדשות לבקרים. בראש הוועדה הנוכחית ישב אהרן ברק, שהוא גם שופט וגם פרופסור למשפטים, ואני בהחלט רואה זאת בחיוב. מובן שאין הוא צריך לחבר את החוק לבד. בוועדה יושבים מומחים מכל התחומים בעלי ניסיון מגוון: עורכי דין, אנשי אקדמיה, ועוד. אך עובדה זו אינה מעלה או מורידה לגבי כהונתו של שופט כראש ועדה שדנה בנושאים משפטיים. הציניקנים יאמרו: "פלוני כותב פסקי דין, אחר כך הוא מלמד אותם באוניברסיטה, ואם החוק אינו מוצא חן בעיניו, הוא גם יושב בוועדה ומשנה אותו. איפה כאן הפרדת הרשויות?" ... אבל זה רק גימיק. בפועל, הדברים עובדים אחרת, מפני שהתפקידים שונים. כאשר פלוני יושב בבית המשפט – הוא פועל בכובע של שופט; כאשר הוא באוניברסיטה – הוא פועל בכובע של פרופסור. להשקפתי, הדעה שלפיה שופט אינו צריך לעשות שום דבר חוץ מלשפוט, היא מוטעית. ביוון שעבודת השיפוט היא עבודה קשה ושוחקת, יש לברך על יציאתו של השופט מלשכתו והיחשפותו לפורומים אחרים, כך שהוא לא ישמע את הכול רק מעבר לדוכן אלא גם ישמע וידבר עם

21. לנוסח המלא של הצעת חוק דיני ממונות, ראו: [URL: http://www.justice.gov.il/MOJHeb/Codex.odot.htm]

nevo.co.il

סטודנטים ומתמחים שלו, עם חברי ועדות ועם אנשים אחרים. השופט אינו יושב לבד בוועדה. הוא שומע את הדעות השונות המושמעות בוועדה, וזה כמובן תורם לעבודתו כשופט, והוא גם תורם לוועדה מניסיונו השיפוטי. שופט הוא האיש המתאים ביותר לעמוד בראש הוועדה, ולפיכך אני חושבת שהמצב הקיים רצוי, כמובן במינון המתאים.

כיצד ישפיע, לדעתך, הקודקס האזרחי על שיטת המשפט בישראל; מה תהיינה המגמות השיפוטיות והדתפתחויות החדשות בפסיקה, ודאם לדעתך ייטה בית המשפט לפורמליזם ויתרחק מאקטיביזם? שכן קבלת הצעת חוק דיני ממונות תסמן התקרבות לשיטת המשפט של ה"Civil Law", שעל פיה החקיקה היא המקור העיקרי ליצירת הדין, והתרחקות משיטת המשפט המקובל, שעל פיה השפיטה היא המקור העיקרי ליצירת הדין.

השיטה המשפטית שלנו היא שיטה מעורבת. יש בה סממנים מן המשפט הקונטיננטלי ומן המשפט האנגלו־אמריקני. התחיקה האזרחית שלנו כבר מזמן אינה חיקוי של המשפט המקובל. גם המשפט המקובל הולך היום יותר לכיוון של חקיקה ואינו ממתין לכך שהשופט יבנה את המשפט. לדעתי, הקודיפיקציה תביא למגמה של יישור קו, לקוהרנטיות משפטית וללכידות במושגים לאורך ענפי המשפט האזרחי השונים, שממילא הפסיקה מנסה לקדם. מובן שההשפעה לא תיראה מיד, אבל בסופו של דבר אני חושבת שהפסיקה שלנו בתחומים השונים של המשפט האזרחי תהיה הומוגנית יותר. שכן, למשפט יש ענפים שונים, אך בסופו של דבר הוא אחד. הייתה הצעה של פרופ' מרדכי קרמניצר, שלפיה יש לבחור שופטים השומעים עתירות בבג"ץ בדרך מיוחדת, שבה ניתן יהיה לשאול את השופטים על השקפותיהם טרם מינוים. אני התנגדתי מאוד להצעה זו, מאחר שלדעתי אין דבר כזה "השקפה במשפט ציבורי". השקפתו של השופט הנה אותה השקפה בכל ענפי המשפט; השופט יחליט בעתירה על זכות אדם החלטה מסוימת, והדבר ישפיע על החלטתו במשפט הפלילי ובמשפט האזרחי, משום שהמשפט הוא כאמור, בסופו של דבר – אחד.

בתאריך 3.1.2003 ניתנה ההחלטה ברע"א אקר"ם[22] שבה קבעת, כי "ליוצר זכות קניין ביצירתו, וזכות זו, המעוגנת בסעיף 3 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, הנה, כידוע, זכות יסוד במשפטנו". מלומדים אחדים ביקרו פסיקה זו. לדעת ד"ר מיכאל בירנהק, זכות יוצרים היא קניין "מסוג אחר", שמאהוריה רציונלים, תכליות ותאוריות אחרות מאלו של זכות הקניין המעוגנת בחוק־היסוד, וכי על כן לא היה מקום לראות בה זכות קניין חוקתית. לדעתו, גם אם יש לראות בזכות זו זכות חוקתית, הרי עדיין יש לאזנה מול חופש הביטוי, שמקומו ומשקלו נפקדו מהחלטתך. התחושה היא כי כאשר מדובר בפסקי דין כנגד המדינה, חופש הביטוי מקבל משקל וחשיבות עצומה בפסקי הדין שלך, ואילו כאשר מדובר בזכות יוצרים, חופש הביטוי לגמרי נעלם מהאיזון.[23] לדעת ד"ר יובל קרניאל, היה

22. רע"א 6141/02 אקר"ם בע"מ, אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' תחנת השידור גלי צה"ל, פ"ד נז(2) 625 (להלן: רע"א אקר"ם).

23. לדעת ד"ר מיכאל בירנהק, יצירות רוחניות "אינן סתם טובין, כמו מכונית. הן ביטוי. יש להן תפקיד פוליטי מן המעלה הראשונה. כאשר אנו מבקשים לעודד את יצירתן של יצירות, איננו

nevo.co.il

מקום להפנות את הצדדים למשא ומתן מזורז על גובה התמלוגים או למנות בורר מוסכם שיקבע את סכום התמלוגים הראוי. לדידו, החלטתך אינו מאוזנת, שכן אינה עוסקת בזכותו של הציבור הרחב, בזכות לחופש הביטוי ובמהותם האמתית של דיני זכויות היוצרים, הואיל "דיני זכויות היוצרים נועדו לשרת את הציבור ולהעמיד במרחב הציבורי את מיטב היצירה של היוצרים בכל התחומים". לפי ד"ר קרניאל, מטרתם של דינים אלו היא, בעיקר, לתת תמריץ ליוצר ובכך להרבות ולפתח את היצירה המקורית בעלת הערך החברתי. "אין טעם וערך לדיני זכויות יוצרים אם התוצאה שלהם היא צו מניעה האוסר על השמעתן של יצירות מוסיקאליות שנועדו להשמעה לציבור. צו מניעה כזה הוא חריג שיש להוציאו רק במקרים קיצוניים".[24] מהי עמדתך ביחס לביקורות אלו?

לצערי, מבקריי שכחו את זכות היוצרים להתפרנס ואת זכותם לקיום בכבוד. ליוצרים יש לא רק זכות קניין אלא אף הזכות שנפגעה כאן, במובן זה של יכולתו של אמן להתפרנס ולקיים את עצמו. האם בשם חופש הביטוי, הכול הפקר? האם מותר לקחת את פרי עמלם מבלי לשלם להם? מאחר שהאנשים האלה רוצים להתפרסם, וזה חלק מעבודתם, בתחילת הדרך הם לא מקפידים כל כך על שמירת זכויותיהם, והתחנות משדרות ... בשלב

עושים זאת רק כדי להרחיב את המסחר או לייצר מקומות עבודה. אנו עושים זאת בעיקר משום שאנו מאמינים שהיצירה האנושית היא שמבדילה את המין האנושי ממינים אחרים. [...] ליצירות יש גם תפקיד חברתי ראשון במעלה. [...] משום כך האינטרס הציבורי שביסוד דינים אלה אינו רק 'להשתמש ביצירות'; האינטרס הציבורי מורכב בהרבה". לדידו, בית המשפט ביצע בהחלטת אקו"ם "פניה מהירה מדי לחוק היסוד", כלומר "קישור חוקתי מהיר מדי בין זכות היוצר לזכות הקניין שבחוק היסוד". קישור חוקתי מהיר זה מדלג על השאלות בדבר ההכרה בזכות היוצרים במקרה מסוים ותיחומה של הזכות, לדעת ד"ר בירנהק, "גם אם בית־משפט סבור שיש מקום לבחון את המישור החוקתי, חשוב לשים לב ולזכור שהזכות הקניינית אינה לבדה במערך הזכויות והאינטרסים. הכוונה כאן היא במיוחד לתופש הביטוי. כאשר הדין מקנה לאחד שליטה ביצירת ומונע מאחר להשתמש באותה יצירה שלא בהסכמת הראשון, הדין מגביל את תופש הביטוי". ראו מיכאל בירנהק, "השאלה ציבורית והעתקה פרטית", עיוני משפט כז (תשס"ד) 885, בעמ' 892-895.

24. בדומה לד"ר בירנהק, ד"ר קרניאל מציין, כי "זכות היוצרים היא בעלת מאפיינים של זכות קניין, אבל היא שונה מכל זכות קניין אחרת. מטרתם העיקרית של דיני זכות היוצרים איננה, כמו שאר דיני הקניין, למנוע מאחרים את השימוש (היחודי) בקניין, אלא בדרך כלל, לאפשר לאחרים את ההנאה וההעשרה התרבותיים הגלומים בשימוש הרגיל והמקובל ביצירה, בכפוף לתשלום תמלוגים, ואזכור הולם של שם המחבר. [...] המחבר הוא לא שליט יחיד ביצירה שחיבר, ויש לאזן בין האינטרס שלו לבין אינטרסים וערכים חברתיים אחרים. ב־אש וב־אשונה יש לאזן בין הזכות לחופש הביטוי, לרבות זכותה של תחנת רדיו ציבורית להתקיים ולהשמיע מוסיקה, לבין זכותו של המחבר לקבל תמלוגים על השימוש ביצירה. האיזון הסביר בין שניים אלה נמצא בתחום הכספי. [...] צו מניעה בדיני זכויות יוצרים נגד שימוש רגיל ביצירה הוא חריג, כמו כל צו מניעה נגד ביטוי [...] אין המדובר כאן בזיוף של עותקים של יצירה או בפגיעה בלתי הפיכה בכבוד היוצר והיצירה, את ההשראה לפסק הדין בנושא זה יש לקחת מפסקי דין החשובים של בית המשפט העליון בנושא צווי מניעה נגד פרסום (אבנרי נ' שפירא) או בתחום השידור (כהנא

nevo.co.il

כלשהו, היוצרים מביעים שנפגעה פרנסתם, והם פונים לבית המשפט, ומחובתנו לשמור על זכויותיהם.

המשפט עשוי להתנהל שנים רבות. בדרך כלל מדובר באנשים צעירים, עם ילדים קטנים ומשפחות, שזו פרנסתם היחידה. אם לא הייתי מוציאה צו מניעה, לא היינו מסיימים את התיק, והעוול היה נמשך שנים. נתתי צו מניעה, והתיק בא לקצו במהרה, וזכויותיהם של האמנים והכותבים נשמרו. אני יודעת שהוצאת הצו נתפסת ככלי דרסטי, וחבריי אף אמרו לי שהחלטה זו תעורר גלים רבים, אבל העניין הוסדר בצורה מהירה מאוד. אין לי ספק כי ללא צו המניעה המשפט היה מתנהל עד היום, והיוצרים לא היו מקבלים כסף. בכל סוגיה משפטית יש לערוך איזונים בין הזכויות והאינטרסים המתנגשים. כאן גברה זכותו של היוצר להכנסה בסיסית מפירות עבודתו.

אולי אפשר היה להפנותם לבורר מוסכם במקום להוציא צו מניעה? ברי כי צו מניעה עשוי להביא לפתרון הסכסוך במהירות רבה יותר, אך מקרה זה עשוי גם ליצור מדרון חלקלק, שכן החלטתך בעניין אקו"ם משדרת מסר שאי־תשלום תמלוגים נתפס על ידי בית המשפט כחמור בשל הפגיעה בזכות החוקתית לקניין רוחני וכמצדיק הוצאת צו מניעה.

אולי הייתי צריכה להסביר טוב יותר במסגרת החלטתי, כי אין מדובר רק בזכות קניין אלא בפרנסה של היוצרים. אני שופטת מקצועית, שבאה מן השטח. אני יודעת איך הדברים מתנהלים במציאות. מבקריי רואים את התאוריה. היה לי ברור, שאם ברצוני לסיים את התיק בתוך זמן קצר, מתן צו מניעה הוא האמצעי היחיד. באמצעות הצו הבינו גלי צה"ל מיד שהם צריכים לשלם לפחות חלק מהסכום. מאז הסתיים החוזה של גלי צה"ל עם אקו"ם, המשיכו לשדר בגלי צה"ל יצירות למעלה משלוש שנים ללא הסכם תמלוגים בר־תוקף, ומבחינתם יכלו לנהל את התיק שנים, כפי שפעם היו מנהלים תיקי נזיקין לפני ההסדר של תשלום תכוף. משפטים היו מתנהלים זמן רב, והתובע היה מתפשר על סכומים נמוכים כדי שלא להגיע לחרפת רעב.

בהזדמנות זו אני שמחה לענות למבקרים שלא הבינו את דרך מחשבתי. בהחלטתי בעניין אקו"ם לא באתי להגן על זכות היסוד לקניין שיש לפלוני בבית חרושת או בבנק. אלא הגנתי על אנשים שהכנסה מרכזית שלהם, שממנה הם מתפרנסים, נלקחת מהם; אנשים שבמשך למעלה משלוש שנים לא שילמו להם דבר וחצי דבר.

אך בהחלטה בעניין אקו"ם אין מדובר ביוצר בודד ו"חלש" מול תחנת רדיו "חזקה" אלא בגוף "חזק" בעל סממנים מונופוליסטיים שיש לו כוח מיקוח מול תחנה צבאית. שאולי דווקא אינה יכולה לשלם. האם האיזון אינו צריך להיות אחר במקרה כזה? האם הייתה עמדתך משתנה בשינוי העובדות למצב קיצוני יותר?

נ' רשות השידור), ולא מדיני הקניין ודיני סדר הדין האזרחי ...". ראו יובל קרניאל, "אקו"ם נגד גל"צ: כולם מפסידים", עורך הדין 35 (תשס"ב) 56, בעמ' 56-57.

nevo.co.il

ראשית, המשפט הוא תמיד עניין של איזונים. כשופטת יש לי שיקול דעת. השאלה האם על בית המשפט להוציא צו מניעה היא שאלה שנקבעת על ידי בית המשפט על פי מאזן הנוחות, ולכן עובדות המקרה בהחלט יכולות לשנות את האיזון. שנית, בהחלטתי בעניין אקו"ם הבאתי בחשבון את העובדה שמדובר בגוף שמאגד יוצרים רבים, אך לדעתי התוצאה אינה צריכה להיות שונה מן התוצאה אילו היה יוצר מסוים פונה לבית המשפט לבד ומבקש צו מניעה. שכן, רוב היוצרים לא היו מגיעים לפתחו של בית המשפט. על כן התאחדו היוצרים והקימו גוף. זה גם יותר מעשי, הרי תחנת גלי צה"ל אינה יכולה לנהל משא ומתן עם כל יוצר בנפרד. תחנת גלי צה"ל אינה תחנה "מסכנה"; היא שייכת למדינת ישראל, ואם הם רוצים לנגן, הם צריכים לשלם. החלטתי פתחה פתח למשא ומתן רציני ולתשלום ליוצרים. איך ייצר היוצר אם לא ישלמו לו? תחנת גלי צה"ל המשיכה לשדר יצירות מוגנות למעלה משלוש שנים ללא הסכם תמלוגים בר־תוקף. אם אקו"ם היה גוף חזק כל כך, אם לאקו"ם היה כוח כפי שטוענים שיש לו, האם הייתה גלי צה"ל מעיזה שלא לשלם ולהמשיך לשדר? אני נתתי לאקו"ם את הכוח שלא היה לה. בבית המשפט המחוזי לא נעתר השופט לבקשה להפסיק את השמעת השירים, ואולם הנכס היחיד והפרנסה היחידה שיש לאנשים אלו היא היצירה שלהם. מבחינת הבטחת הקיום ההוגן וכבוד האדם, היה מקום שבית המשפט יאמר את דברו. על דברים אלו יש להוסיף את האיזון שבית המשפט חייב לעשות כאשר הוא בודק מהי הדרך הנכונה לטפל בסכסוך. חלק מהאיזון הוא פועל יוצא מיחסי הכוחות בין הצדדים, ואני חשבתי שהדרך הנכונה לטפל בסכסוך הייתה לתת לזכות של היוצרים ביטוי על ידי צו מניעה כדי לאפשר לסיים את העניין.

לאחרונה אמרת כי גישור, בוררות או פשרה לפי סעיף 79א[25] עדיפים על פני משפט ממושך שאיש אינו יודע את תוצאותיו.[26] האם לדעתך, המטרה האולטימטיבית במשפטים אזרחיים היא פתרון הסכסוך הקונקרטי או שמא יש מקום גם לגילוי האמת והכוונת התנהגות (שכן, יש שיטענו כי להלכות המשפט האזרחי תפקיד חשוב ביצירת נורמות שיכוונו וירתיעו תובעים ונתבעים פוטנציאליים)?

לדעתי, העיקר בהליך האזרחי הוא בסיועו של השופט להגיע לפתרון הסכסוך בין הצדדים. צדדים אינם מגיעים לבית המשפט על מנת שזה יחנכם ויאמר להם כיצד עליהם לנהוג מכאן והלאה. בית המשפט אינו מחנך אלא כאשר הוא צריך לפתור את הסכסוך בפסק דין, שאז – בעיקר אם מדובר בבית המשפט העליון – הוא גם קובע נורמות כלליות כדי שלא יהיו סכסוכים נוספים מסוג זה בעתיד וכדי שאנשים ידעו כיצד לנהוג בחיי המסחר. אם כל התיקים האזרחיים ייגמרו בפשרה, אני אברך על כך.

כאשר אין פתרון מוסכם, תפקידו של בית המשפט במשפט האזרחי הוא קודם כול לפתור לאנשים המתדיינים בפניו את הסכסוך. אני רואה בתפקידו של השופט כמפשר בין הצדדים, כ"פותר בעיות", תפקיד חשוב מאוד ומבורך שבמסגרתו השופט נותן שירות ממדרגה ראשונה למתדיינים בפניו. אם אני חייבת לכתוב פסק דין, כי לא ניתן לפשר בין

25. ראו סעיף 79א לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), תשמ"ד-1984, ס"ח 198.

26. השופטת דליה דורנר ב־ראיון מיוחד לעורך הדין 44 (מארס 2004) 38, בעמ' 42.

nevo.co.il

הצדדים, אז פסק דין זה, מלבד היותו פתרון לסכסוך הספציפי בין הצדדים, משמש נורמה כללית, שאני מקווה כי תחסוך בעתיד התדיינויות נוספות.

מה דעתך על טענתם של עורכי דין רבים בעניין הלחץ המופעל עליהם מצד בית המשפט לסיים תביעות בדרך הפשרה גם כאשר אין הצדדים מעוניינים בכך אך נכנעים לדרישת בית המשפט?

ברור שלא נכון לעשות זאת באופן זה. הפשרה אמורה להביא את שני הצדדים לסיפוק, והיא עדיפה על פסק דין שבו האחד זוכה והאחר מפסיד. אין דבר טוב יותר מפשרה, כאשר שני אנשים מדברים ומגיעים להסדר. זה המצב האופטימלי. אין ללחוץ על פשרה, יש להציע פשרה. אם הפשרה טובה, יקבלו אותה הצדדים. אני יכולה להציע פשרה, אך לא לכפותה. זה דבר שלא ייעשה. כשמדובר במשפט האזרחי, להבדיל מהמשפט הפלילי, אני אקטיבית יותר. אני רואה בכך חלק מתפקידי, ולרוב הצדדים אף מבקשים זאת. מאחר שבבית המשפט העליון ההליך מתנהל בפומבי, ולא בלשכתו של השופט, השופט אינו יושב עם הצדדים, מפשר ביניהם ומציע פתרונות. שופט בית המשפט העליון מציע בדרך כלל הצעות גולמיות וראשוניות, שכן אין לו הזמן והכלים להיכנס לעובי הקורה. לעומת זאת, תפקידו של שופט של ערכאה ראשונה הוא, לדעתי, לתת לצדדים את השירות הזה של פישור ביניהם והבאתם אל העמק השווה. לשופט יכולים להיות גם רעיונות יצירתיים, שיכולים לסייע לצדדים בפתרון הסכסוך.

נעבור לתחום המשפט הפלילי. במהלך שנות שיפוטך, דנת בתיקים לא מעטים שעסקו בהתנהגותם הלא תקינה מבחינה ציבורית ובעבירותיהם של נבחרי ציבור.[27] בפסק דין דיניץ לדוגמה כתבת כי "דיניץ הוא ככל האדם ...". מהי עמדתך העקרונית באשר להקידה, החלטה להעמיד לדין והעמדה לדין של אישי ציבור – האם מערכות האכיפה והמשפט במדינת ישראל צריכות להתייחס אל אישי ציבור כאל אחד האדם בהליכי החקירה ושקילת הראיות לצורך הגשת כתב אישום וההכרעה כמשפטם? האם יש להחיל נורמות קפדניות יותר ועניינית מחמירה יותר משום שמדובר בנבחרי ציבור המשמשים דוגמה ונושאים בחובות מוגברים כלפי הציבור או שמא יש לנקוט באישי ציבור יד רכה דווקא נוכח העובדה שרבים מנסים להכשילם, וכי הם חשופים לניסיונות כאלו יותר מאדם רגיל? מה עמדתך באשר לטענתו של פרופ' מרדכי קרמניצר, כי בתי המשפט ממעטים להרשיע בכירים בעבירות הקשורות לשירות הציבורי, בהנמקות שונות, וכי תוצאות הלוואי של תופעה זו הן הכוונה לקויה של התנהגות בכירים, פגיעה בשוויון ובתחושת השוויון של הציבור הרחב ופגיעה במוטיבציה של עובדים להרתיע על אי־סדרים ושחיתות?[28]

---

27. ראו, למשל, בג"ץ 2534/97 יהב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1 (להלן: בג"ץ יהב); ע"פ 4336/96 דיניץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 97 (להלן: בג"ץ דיניץ).

28. מרדכי קרמניצר ושלומית מנהיים־ולרשטיין, "'לא תישא פני דל ולא תהדר פני גדול': על פרשת דיניץ", משפטים לג (תשס"ג) 13.

nevo.co.il

בדרך כלל התביעה אינה יכולה להביא לידיעת בית המשפט הרשעות קודמות של אדם. עם זאת אין כל מניעה שאדם יביא עדויות על אופיו ויאמר "אני אדם אמין, כל חיי עבדתי, הגעתי למעמד רם. ואני יכול להביא את גדולי העולם כדי שיעידו לטובתי". זה דבר לגיטימי ומותר.

לאחר שאמרתי כל זאת, אני חוזרת להשקפתי הבסיסית. ניסיון החיים שלי לימד אותי כי אדם, גם אם הוא מכובד ואין לו הרשעות קודמות, וגדולי עולם מעידים לטובתו, אם המעשים שעשה הם מעשים אסורים, בדרך כלל מתלווה למעשיו האסורים אותה הכוונה הפלילית שהמעשים מלמדים עליה. כוונתו של אדם היא עניין שבלב, ובאין ראיות ישירות של הודאה, מדובר בתיק שיש להסיק את הכוונה הפלילית בו מן המעשים של הנאשם. כך חשבתי בעניין דיניץ,[29] ואולם חבריי חשבו אחרת.[30] כבר בצבא חשתי שכאשר עמד לדין קצין בכיר, חבריו התקשו לשפוט אותו. התוצאה מבחינה ציבורית כמובן אינה טובה, אף על פי שכאמור שופטים רשאים להתחשב בעדויות אופי.

בפסק דין טל,[31] לדוגמה, הביא המערער, שהורשע בבית המשפט המחוזי במרמה בנסיבות מחמירות ובמרמה והפרת אמונים, עדות אופי לגבי שירותו הצבאי והיותו "מלח הארץ", שגידונה כחלק אינטגרלי מהתיק. בבית המשפט העליון החליט השופט אשר לזכות אותו, בין היתר בקבעו כי אדם כזה, שאמרו עליו את כל הדברים הטובים האלה, לא מתקבל על הדעת שינהג באופן המתואר בכתב האישום. לעומת זאת, דעתו של השופט שמגר הייתה כי אין לשמוע כלל עדויות אופי לצורך הכרעת הדין. מבחינה משפטית אני חולקת עליו, מאחר שלהשקפתי מותר בהחלט לשמוע עדויות אופי ואף ניתן להתחשב בהן, אך יש לשים לב למידה ולמשקל ההתחשבות. ההתחשבות במקרה של פסק דין טל לא הייתה במידה הנכונה.

בעבר הבעת דעתך בעניין העדר תרבות פוליטית ראויה בישראל, שחבטיח כי לא ימונו אנשי ציבור ולא ימשיכו בכהונתם אם דבק בהם רבב כלשהו. עם זאת ציינת כי אין זה תפקידו של בית המשפט לשנות את התרבות הפוליטית בישראל, וכי הפיקוח והביקורת על תרבות זו היא בידי הציבור.[32] ואולם נוכח התדרדרות הנורמות הציבוריות, האם אין מקום שבית המשפט ייטול על עצמו תפקיד זה? ומה לגבי ההחלטה עצמה להעמיד לדין? צריך לנקוט משנה זהירות כשמדובר באיש ציבור? כאשר מדובר בהעמדה לדין של ראש ממשלה, האם הבדיקה טרם ההעמדה לדין צריכה להיות כאחד האדם? או שמא יש לבחון ההחלטה זו ביתר זהירות תוך השקעת זמן ומחשבה מיוחדים לעניין?

השאלה מהי ההשלכה של עצם התקירה על כהונתו של נבחר ציבור, היא עניין של תרבות פוליטית. יש תרבויות פוליטיות שונות. על פי חלק מהן די בחשדות כדי שאדם

---

29. לעיל, הערה 27.

30. השופטת דורנר, בדעת מיעוט, ביקשה להרשיע את דיניץ בכל העבירות שיוחסו לו בכתב האישום, ואולם דעת הרוב הייתה כי דיניץ יזוכה מחמת הספק משני האישומים שיוחסו לו בכתב האישום.

31. ע"פ 742/78 טל נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 449.

32. הרצאה של השופטת דורנר מיום 21.12.2003 בפני הפורום הפלילי של לשכת עורכי הדין.

nevo.co.il

יפסיק את כהונתו הציבורית. אצלנו יש תרבות פוליטית שונה. לא רק התרבות הפוליטית שונה אלא אף הדין קובע, להבנתי, שראש הממשלה אינו צריך להתפטר עם הגשת כתב אישום נגדו. בית המשפט אינו מכתיב תרבות פוליטית. התרבות הפוליטית מוכתבת על ידי העם. בית המשפט יכול לתקן רק דברים שבשוליים. בית המשפט אינו יכול לשנות לחלוטין את התרבות הפוליטית. אם נבחר ציבור היה יודע שברגע שיש חשד נגדו, הציבור לא יבחר בו עוד – זו התרבות הפוליטית בעלת האפקט הטוב ביותר.

על פי פסיקת בית המשפט העליון – וגם זה זכה לביקורת ציבורית – כאשר מוגש נגד שר כתב אישום בעבירות חמורות, ובהנחה שכתב האישום מבוסס על ראיות רציניות המקימות סיכוי סביר להרשעה, אין הנאשם יכול להמשיך בתפקידו, מאחר שזה פוגע באמון הציבור.[33] עוד נקבע, כי העובדה שבחוק־יסוד או בחוק רגיל נקבע "סף מינימום" המחייב העברה מכהונה עקב הרשעה, אינה מבטלת פסיקה זו.[34]

התרבות הפוליטית בארץ חסרה את המושג "It's not done", "זה לא ייעשה". גם במדינות אחרות מתוקנות יש התנהגות ציבורית מושתתת. בית המשפט אינו יכול לבוא במקום התרבות הפוליטית. השפעתנו אינה כה רחבה. עם זאת, לבית המשפט יש כמובן השפעה שאין להתעלם ממנה. קיומו של בית המשפט חשוב מאוד, מכיוון שהוא קודם כול גורם מרתיע. אנחנו קוראים בעיתון על ארם "שמאיים להגיש בג"ץ", או על אחר ששואל האם חוק כזה או אחר או החלטה של רשות "יעמדו במבחן בג"ץ". גם אם אין להם "קייס", חשוב מאוד שקיים גוף כזה, בעל כוח הרתעה.

כאשר בג"ץ מקבל החלטה בתחום הנורמות הציבוריות, אין הוא משנה את התרבות הפוליטית אלא רק מתקן אותה במקצת. האם פסקי הדין בעניין פנחסי[35] ודרעי[36] שינו את התרבות הפוליטית? נראה שלא. כמו כן, צריך לזכור שבית המשפט פסיבי בבחירת המקרים שבאים לפתחו.

ההחלטה בעניין העמדה לדין בוודאי צריכה להיות שוויונית. תשובתי לשאלה הקודמת התייחסה רק לעדות אופי שמובאת לאחר שהנאשם הועמד לדין. אם יש לשופט ספק, הוא בוודאי אינו יכול להרשיע אדם. עם זאת, אין להקל ראש בשלב הבדיקה לפני הגשת כתב האישום, ובפרט כאשר מדובר באיש ציבור, שאז שלב זה מחייב קפדנות רבה בשל ההשלכות הציבוריות של הענייין.

בבג"ץ יהב[37] (הידוע כפרשת בר־און), שבו הייתי במיעוט, אחת השאלות הייתה האם כאשר שוקלים להעמיד לדין ראש ממשלה מכהן יש צורך באותה רמה של ראיות כמו זו הנדרשת בקשר לכל אזרח אחר, או שיש צורך ברף גבוה יותר בשל ההשלכות הציבוריות.

---

33. בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (להלן: בג"ץ דרעי); בג"ץ 4267/93 אמיתי נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441 (להלן: בג"ץ פנחסי).
34. בג"ץ הנגבי (לעיל, הערה 13), בפסקה 8 לפסק דינו של השופט ריבלין.
35. לעיל, הערה 33.
36. שם.
37. בג"ץ יהב (לעיל, הערה 27).

nevo.co.il

התביעה טענה בדיון כי שאלה זו אינה עולה כלל, שכן יש שוויון מוחלט בין האזרחים, וכי חומר הראיות בעניינו של ראש הממשלה נבחן על יסוד אמת המידה הרגילה המקובלת בכל תיק פלילי.[38] אם כך הדבר, טענתי, כי אז בוודאי היה צריך להוציא צו על תנאי בעתירה שהתייחסה להחלטת היועץ המשפטי שלא להגיש כתב אישום נגד ראש הממשלה, בנימין נתניהו, שלכאורה התבססה בפועל על אמות מידה מקלות מן הרגיל.[39]

עניין נוסף ואחר שקשור לכך וגם בו חלוקות הדעות ביני ובין חבריי נוגע לזכות לקבל פיצויים, כאשר נאשם נמצא זכאי, והוא תובע זכות זו על פי סעיף 80 לחוק העונשין.[40] לצערי, במקרים כאלה החוק שלנו אינו נותן פיצוי מלא לעומת הדין החל בצרפת, שעל פיו בתום ההליך המזכה את הנאשם או המבטל כתב אישום, השופט מחויב להודיע לנאשם על זכותו לפיצויים. אצלנו, לעומת זאת, הפסיקה פירשה בצמצום רב את סעיף 80.[41] אחד הנימוקים לפירוש המצמצם היה שפירוש מרחיב מדיי עלול להרתיע את התביעה מלבקש מעצר ומלהגיש כתבי אישום. לדעתי, נימוק זה אינו מספק. ראשית, אני לא מאמינה כל כך שהתביעה באמת תירתע מלאכוף את המשפט הפלילי גם אם תורחב האפשרות לפיצוי נאשמים שזוכו, ושנית, גם אם תהיה הרתעה כלשהי, הרי שהדבר מבורך.

אבל הנה באו אליכם העותרים עם העתירה בעניין הנגבי,[42] ובמקום שתנצלו את ההזדמנות להנחיל תרבות פוליטית מתוקנת במדינת ישראל, נראה כי חששתם לעשות כן. שכן, בהרכב המקורי ישבו השופטים חשין וביניש, שנטו לקבל את העתירה, יחד עם השופט ריבלין, שנטה שלא לקבלה, ולאחר שהרחיבו את ההרכב, יצא שלבסוף השופטים ביניש וחשין היו במיעוט.

אכן, השופטים ביניש וחשין יכלו לתת פסק דין. ואולם, לדעתי, השופטים היו מודעים לכך שיש לפניהם מהלוקת כבדה מאוד, וזו־אפשר להכריע בגורלו של השר ובמפעל חייו על חודו של קול בהרכב של שלושה שופטים. ממילא היו מבקשים דיון נוסף, והעניין לא היה נגמר בשלב זה. גם לאדם שהוא שר יש זכויות אדם. אילו הייתה לנו תרבות פוליטית שונה, שהייתה מונעת את המינוי בעניין פוליטי, זה כבר עניין אחר, אך בצו של בית משפט לא ניתן ולא ראוי להעבירו מתפקידו בסיטואציה כזו.

בזמן האחרון קיים עיסוק רב בעולם המשפט הפלילי בנושא שימוש באלימות והתעללות במהלך חקירות משטרה. התעללות זו מובילה לעתים להודאות שווא. שעל בסיסן אנשים מורשעים בעבירות חמורות. עד כה היו מעט מאוד מקרים שבהם הורה בית המשפט על

38. שם, בעמ' 36.
39. שם, בעמ' 36-38.
40. סעיף 80 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 226.
41. ראו ע"פ 4466/98 דבש נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 73; ע"פ 6621/01 בדליאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 870.
42. בג"ץ הנגבי (לעיל, הערה 13).

nevo.co.il

משפט חוזר בעקבות חשדות להתעללות.[43] כמעט תמיד היה זה בעקבות הודאה של אחד מאנשי המשטרה המעורבים. לא פעם אמרת כי "הודאה היא ראיה חשודה. אי אפשר להרשיע לפי הודאה בלבד, ויש צורך בראיה נוספת. ההודאה נחשבת למלכת הראיות, אולם היא איננה כזאת ... ראוי להסתמך עליה רק אם יש לה תימוכין".[44] האם לדעתך הדרישה בחוק ל"דבר מה נוסף" הנה מספקת? או שמא יש להחמירה?

השאלה היא מהו "דבר מה נוסף". בפסק דין אל עביד[45] הייתי בעניין זה בדעת מיעוט, שאליה הצטרף גם השופט גולדברג שישב בראש ועדה לבדיקת הדין בעניין הודאות.[46] לשיטתי, וכך לדעתי קובע גם החוק, ההודאה אינה "מלכת הראיות", כפי שחלק מתבריי חושבים,[47] אלא זו ראיה חשודה. לפי הדין הקיים, בעוד שניתן להרשיע אדם לפי עד יחיד, בהודאה יש צורך בדבר מה נוסף. כלומר, הודאה, כעדות יחידה, אינה מספיקה כדי להרשיע. "אין אדם משים עצמו רשע", אמרו מקורותינו. לפי הדין העברי הודאה איננה ראיה, היא בלתי קבילה ואין מתחשבים בה. לשיטתי, יש לטפל בהודאות בזהירות רבה, ואם ההודאה ניתנה כאשר האיש היה במעצר, או על אחת כמה וכמה. עם זאת, כמובן אין לשלול באופן גורף את אמתות ההודאה, ובהחלט ייתכן שמה שנאמר בהודאה הנו אמת. שאלת השאלות היא מה יכול להיחשב כ"דבר מה נוסף" המספיק להרשעה. אם אני רואה בהודאה "מלכת הראיות", אגי אחפש דבר שיעמוד בדרישה הפורמליסטית של דבר מה נוסף. כך ניתן להגיע להרשעת שווא. לגישתי, כאשר מדובר בהודאה כראיה עיקרית, מאחר שהיא ראיה חשודה, יש לחפש ראיה נוספת חיצונית שתאשר את ההודאה. השאלה עד כמה הראיה צריכה להיות חיצונית תלויה בערכה של ההודאה – כאשר קיים הבדל בין סיטואציה לסיטואציה, לדוגמה בין הודאה שניתנה במעצר במהלך חקירה לבין הודאה שניתנה באופן ספונטני על ידי אדם חופשי.

אחת הדוגמאות שזכורות לי היטב נוגעת לפסק הדין בעניין בן ארי.[48] בפסק הדין אדם בשם בן עזרא הורשע על יסוד הודאתו ברצח. בהקירתו הודה בן עזרא כי יחד עם שניים

---

43. ראו מ"ח 3032/99 **ברנס נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(3) 354, בעמ' 362-363; מ"ח 1966/98 **הרדי נ' מדינת ישראל** (לא פורסם); מ"ח 6148/95 **עזריה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(2) 334; מ"ח 7929/96 **כוזלי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג(1) 529.

44. ראיון עם השופטת דליה דורנר ביזיעות אחרונות – מגזין שבועות (25.5.2004) 20, בעמ' 22.

45. דנ"פ 4342/97 **מדינת ישראל נ' אל עביד**, פ"ד נא(1) 736 (להלן: דנ"פ **אל עביד**), בעמ' 836: "הודאת נאשם היא ראיה חשודה, וזאת אף אם ניתנה שלא בעקבות לחץ חיצוני אשר הופעל על הנאשם. שכן, בהיעדר ראיות מוצקות אחרות, שיש בהן כדי להוכיח את אשמת הנאשם אף בהיעדר הודאה, מתן הודאה הוא במקרים רבים פעולה בלתי רציונלית, ונקיטת צעד לא רציונלי של עצם מסירת הודאה, מעוררת חשד באמיתות ההודאה. חשד זה אינו תאורטי גרידא, אלא הוא הוכח לא אחת בניסיון האנושי".

46. דין־וחשבון הוועדה לעניין הרשעה על־סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר (תשנ"ה).

47. דנ"פ **אל עביד** (לעיל, הערה 45), בעמ' 833 (השופט חשין).

48. דנ"פ 3391/95 **בן ארי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(2) 377. בפסק הדין הביעה השופטת דורנר בדעת מיעוט, עמדה כי שאלת אשמתו של העותר (בן ארי) צריכה להיתחך על פי מכלול הראיות

nevo.co.il

אחרים רצחו ושדדו חלפן כספים. לאחר שחלה התפתחות בחקירה ונתגלו ראיות חדשות שקשרו אדם בשם בן ארי לזירת הרצח, הורשע בן ארי ברצח החלפן, והפרקליטות ביקשה לקבל את ערעורו של בן עזרא ולזכותו מעבירת הרצח שהורשע בה. אני חשבתי שצריך לזכות בסיטואציה זו גם את בן ארי וגם את בן עזרא, מפני שלא הייתי בטוחה מעבר לספק סביר שאחד מהם עשה את המעשה. בפועל התקבל ערעורו של בן עזרא, ואילו הרשעתו של בן ארי אושרה ברוב של ארבעה כנגד שלושה שופטים בדיון הנוסף בעניינו. בפסק הדין כתבתי על כך שבסיטואציה שבה יש שני נאשמים, וכאשר אין שום אינדיקציה שהם פעלו יחד, או שהיה איזה קשר ביניהם, לפי הדין לא ניתן להרשיע אף לא אחד מהם. אני תושש, שאלמלא היה בן ארי מתגלה, היה הערעור של בן עזרא, שהורשע בבית המשפט המחוזי, נדחה.

מפסיקה זו עולה כי התוספת הראייתית היא עניין גמיש, ודרגתה תיקבע על פי הנסיבות של כל מקרה ומקרה. למשל, בפסק דין אל עביד[49] קבע בית המשפט המחוזי כי להודאה נדרש סיוע. הסיוע נמצא בהודאתו של אל עביד, שבה סיפר כי קבר את הגופה באתר דודאים. אף על פי שהחיפושים שנערכו בעקבות הודאת הנאשם העלו חרס, קבעו שופטי הרוב בבית המשפט המחוזי כי זה הגיוני, שכן מדובר באתר אשפה גדול שבכל יום נשפכים אליו כ־500 ק"ג אשפה. הבעיה הייתה, שבסופו של דבר נמצאה הגופה במקום אחר. ואולם ההרשעה נותרה בעינה. דעתי במקרה זה הייתה שונה מדעת רוב חברי. אני חשבתי שצריך היה לזכות את הנאשם.

האם את סבורה ששינוי המעמד המרכזי שיש להודאה היום במשפט הישראלי – שינוי שאת מתומכותיו הגדולות ביותר – ישפיע על מידת השימוש באמצעים פסולים שהמשטרה מפעילה במטרה להציג לבית המשפט הודאה?

אני מקווה שהמשטרה אינה מפעילה אמצעים פסולים. אסור לה להפעיל אמצעים פסולים כדי להשיג הודאה. עם זאת, אין ספק שבמהלך החקירתה המשטרה חותרת להשיג הודאות. זה

שהובאו בפני בית המשפט. השופטת טענה שאין לבדוק תחילה אם הוכחה אשמתו של העותר, בהתעלם מגרסתו של בן עזרא, ולאחר מכן לבחון אם גרסתו של בן עזרא מולידה ספק באשמה, אלא יש לבחון את הראיות כולן כמכלול אחד. השופטת פסקה כי הערכה של כל אחת מחטיבת הראיות (אלה שכנגד בן עזרא ואלה שכנגד בן ארי) בנפרד, עלולה להוביל למסקנות מוטעות. הבחינה הדו־שלבית מעבירה למעשה את נטל השכנוע על הנאשם, ואינה מתיישבת עם מידת ההוכחה הדרושה במשפט פלילי.

49. ח"פ (ב"ש) 76/93 מדינת ישראל נ' אל עביד (לא פורסם). דובר במקרה של אונס ורצח שבו הואשם והורשע סולימאן אל עביד על פי הודאותיו בבהמ"ש המחוזי. הנאשם הגיש ערעור לבית המשפט העליון, ובטרם נשמע ערעורו התגלתה גופתה של המנוחה במקום שאינו מתיישב עם הודאתו. לפיכך בוטל פסק דינו של בית משפט המחוזי והדיון הוחזר אליו כדי שיגבה ראיות חדשות וייתן פסק דין חדש. בית המשפט הרשיע את אל עביד בשנית. ערעורו של אל עביד לבית המשפט העליון נתקבל באופן חלקי, באופן שאושרה הרשעתו באשמת אונס ובוטלה הרשעתו באשמת רצח.

nevo.co.il

מרכז הכובד של החקירה. הלחץ המופעל על אדם הוא לתן שנובע מעצם המעצר. אדם שמצוי במעצר חשוף מעצם היותו במעצר ללחץ סביבתי ופנימי. בנסיבות האלה, אנשים בוודאי עשויים למסור הודאות שווא. ככל שלהודאה כזאת יינתן משקל כמעט אבסולוטי, המשטרה שרצונה בוודאי לפצח את הקייס, ולסיים אותו כך שיוגש כתב אישום, תפנה לדרך הנוחה ביותר והפשוטה ביותר לפתרון – אל ההודאה.

להשקפתי, אם יהיו בתי המשפט זהירים בטיפול בהודאה, וידרשו ראיות תומכות רציניות, תיישר המשטרה קו. אם יהיו בתי המשפט זהירים, חשדניים וקפדניים יותר, אני חושבת שהחקירות המשטרתיות יהיו טובות יותר והמערכת תייצר ודאות גבוהה יותר.

השופטים החדשים בבית המשפט העליון מגיעים ממערכות האכיפה, והם עשויים לייחס משקל גבוה יותר לאינטרס המדינה. מנגד, נראה כי קטן בהתמדה מספרם של השופטים התומכים, כמוך, בזכויות הנאשם, העצור והאסיר. במצב דברים זה, האם לדעתך, אין מקום לחשש, שהפסיקה תישאר מקובעת נגד זכויות העצור והאסיר, שהיית נושאת הדגל שלהן, ואולי אף תחמיר את הפגיעה בזכויות האזרח בתחומים האלה?

אנשים שמתמנים לשופטים, חייבים לשפוט על פי הדין. כל הטיה של הדין לטובת התביעה בשל תפקיד קודם היא חמורה. גם ליועץ המשפטי וגם לפרקליט המדינה יש תפקיד מעין שיפוטי, היינו הם מייצגים את המדינה, ואין הם צד למשפט. מייצגי המדינה, לפי השקפתי, חייבים לשקול ולהעריך תמיד את התמונה כולה, ולא רק את הצד אותו הם מייצגים. אני אומרת תמיד לפרקליטים הצעירים מטעם המדינה המופיעים בפניי, "אתם אף פעם לא מפסידים במשפט. אתם מביאים את החומר, אתם טוענים את הטענות, אם בית המשפט אומר שיש לזכות את האיש, הצלחתם באותה מידה. הבאתם את הטענות ונתתם לבית המשפט להחליט, כפי שהוא החליט. לא הפסדתם".

מבחינה מעשית, בכל בית משפט, ולאו דווקא בבית המשפט העליון, טוב שיהיו שופטים שיש להם ניסיון מתחומים שונים. לא יכול להיות שכל שופטי השלום, למשל, יהיו אנשים שיבואו מהמשטרה ומהפרקליטות. חשוב מאוד שיהיו שם גם עורכי דין אזרחיים וסנגורים. אני חושבת שוועדת הבחירה, שעוסקת בדברים האלה, צריכה לקחת ואת לתשומת לבה במינויי השופטים. אם יש מועמד או מועמדת ברמה מתאימה, אין זה משנה מה הרקע שלהם.

זאב סגל כתב ב"הארץ" כי נאשמים וסנגורים מעדיפים להתדיין בפניך בעררים על מעצרים, מכיוון שהעמדה שהבעת בבש"פ זאדה[50] נתפסת במקלה עמם.[51] בפסק דין זה

---

50. בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133.

51. זאב סגל כותב: "היא [דורנר] הייתה לשגרירה נאמנה של חשודים ונאשמים בעבירות פליליות, פשוטי עם, ולאו דווקא בכירים למיניהם. פסיקתה, שלפיה לא ייעצר אדם עד לתום ההליכים נגדו, אלא אם כן חומר הראיות מצביע על אשמתו מעבר לכל ספק סביר, הייתה דעת יחיד בין עמיתיה. לאורה שוחררו רבים בעת 'תורנויות המעצרים' שלה, כשהיא מקוממת לא אחת את המשטרה והתביעה וזוכה לאהדת סניגורים ולקוחותיהם, שלהם תחסר מאוד". ראו זאב סגל, "בית משפט בלי דליה דורנר", הארץ (2.3.2004) ב1.

nevo.co.il

קבע בית המשפט העליון בדעת רוב כי ניתן לעצור נאשם עד תום ההליכים, אם קיים סיכוי סביר שנמצאו ראיות לכאורה שיוכיחו את אשמתו בסיום המשפט. ואילו את פסקת בדעת מיעוט כי אין לעצור עד תום ההליכים נאשם שבחומר הראיות הקיים נגדו מובנה ספק סביר ... מהי תגובתך לטענות כי הלכה למעשה הנך פוסקת בניגוד להלכת זאדה?

אני לא אעצור אדם, אם לא אתשוב שקיים חומר ראיות לכאורה מספיקות נגדו. עניין זאדה הגיע להרכב המורחב בגללי. התיק הגיע אליי בתורנות, ואני חשבתי שהוא מעורר שאלה חשובה, והנשיא, לבקשתי, העביר את התיק להרכב מורחב. אני כתבתי את אשר כתבתי, כאשר ישבתי בדן יחיד, שם באה לידי ביטוי השקפתי התאורטית. לדעתי, נתתי כלי מדויק יותר לפתרון הסוגיה. חבריי בתרו במבחן כללי ובלתי ברור מספיק, שלדעתי, אינו נותן פתרון מספק לשופט, אף על פי שאינו סותר את דעתי. מי שהצטרף אליי בתוצאה, אך לא בתאוריה, היה השופט גבריאל בך, מי שהיה פרקליט המדינה ויש לו ניסיון רב בנושא. הוא טען, שכאשר אתה כמשפטן, רואה שלפי החוק ניצב בפניך תיק "חלש", או הסדר הנכון של הדברים צריך להיות שקודם כול יש להגיש כתב אישום ולראות אם מרשיעים את אותו אדם, ורק אחר כך להכניס אותו לבית סוהר. מעצר אינו אמצעי שיש להקל בו ראש. מדובר בהיפוך לא נכון, כשקודם מכניסים לבית סוהר, ורק אחר כך מברירים אשמה. לכן כשברור לי שמדובר בתיק "חלש", אינני מכניסה אדם לבית סוהר.

מאז פסק דין זאדה, יישמתי את הנוסחה של "סיכוי סביר להרשעה" כפי שאני מבינה אותה. אם בחומר הראיות מובלע ספק סביר, אין, לדעתי, סיכוי סביר להרשעה. בכל מקרה, פסק הדין אינו מחייב את שופטי בית המשפט העליון מבחינה משפטית "סטריקטית", אף על פי שאני מכבדת את פסק הדין, כי צריכה להיות יציבות ואחידות. אמרתי בפתח דבריי שאני מתייחסת לזכויות ברציונות. הזכות לחירות היא בשבילי זכות חשובה מאוד. אני לא אעצור אדם מפני שאנשים רוצים נקמה או מפני שמאשימים אותו בכך שעשה מעשה המור. כל עוד ניתן להבטיח את שלום הציבור בדרכים אחרות, לא אשלול בקלות זכותו של אדם לחירות. למשל, כאשר נהג גרם לתאונה שבמהלכה נהרגו כמה אנשים, בדרך כלל אני אעדיף לשלול את רישיונו טרם המשפט ולא לעצור אותו. שכן, אין סכנה ממנו, וכדי למנוע את הסכנה שבכל זאת קיימת מספיק לשלול את רישיון הנהיגה שלו. דבר אחר הוא אם מדובר בנאשם שהיה מעורב בתאונת "פגע וברח", ולאחר שלקחו לו את הרישיון הוא עדיין נוהג. אני מודעת לכך שגישה זו זוכה לביקורת ציבורית, אך עדיין, לשיטתי, קיימת חוקת התפות. בהחלט ייתכן שהפוגע צריך להגיע לכלא, אבל קודם כול צריך להוכיח את אשמתו מעבר לכל ספק סביר, וזאת לאחר שנותנים לו להתגונן. הרי כלל לא בטוח שהוא אכן אשם, ויכול להיות שעומדות לו הגנות.

נעבור מכאן לנושא אחר – הנושא החברתי. היינו שמחים לשמוע מהי תפיסתך לגבי מידת המעורבות הראויה שעל המדינה לנקוט באשר למצבם החברתי והכלכלי של תושביה ואזרחיה, ולגבי מידת המעורבות הראויה של בית המשפט בתחומים אלו?

כידוע, עדיין אין לנו חוק־יסוד: זכויות חברתיות, אבל הרי אף פעם לא הונחלו זכויות במדינת ישראל במישרין באמצעות הכנסת. העניין התחיל תמיד ו"התבשל" בציבור דרך זכות יסוד פסיקתית עד שהעניין נכנס לתודעה של הציבור וקיבל השפעה ציבורית. בעניין

nevo.co.il

הזכויות החברתיות, יש יותר ויותר פסיקות של בית המשפט שעוסקות בכך. לדעתי, הזכות החוקתית לכבוד כוללת בחובה זכויות חברתיות לפחות ברמה המאפשרת חיים הוגנים לאדם – דיור הוגן, מזון, חינוך, בריאות וכדומה. פירוש אחר יסתור את המורשת שלנו כיהודים, את הסולידריות שהייתה תמיד בקהילה שטיפלה בענייה ותמכה בהם. השקפתי היא של חברה חופשית אך אמפתית וסולידרית לכל אזרחיה ותושביה.

בהקשר זה, שופטי בית המשפט העליון, ואת ביניהם, נטיתם לפרש חוקים לאור אותן זכויות שפרטה כעת הנכללות בזכות לכבוד: הזכות המינימלית לקיום, לחינוך, אפילו לאיכות הסביבה. השאלה היא האם לפי דעתך, במקרה המתאים בית המשפט גם יבטל חוק, שפוגע, למשל, בזכות המינימלית לאיכות הסביבה, או בזכות המינימלית לחינוך, אף על פי שעדיין אין לנו חוק־יסוד: זכויות חברתיות?

את הזכות לכבוד צריך לפרש בצורה מצומצמת, כי הכנסת לא רצתה להרחיב בעניין זה. אבל לפי דעתי, כאשר מדובר באדם רעב או שהילד שלו אינו לומד, או שהוא פגוע עם תסמונת דאון ואין לו היכן ללמוד, או שאין לו איפה לגור, הרי שנפגע כבודו במובן הבסיסי ביותר – הוא מושפל.[52] הזכויות החברתיות שאני מדברת עליהן הן במובן הגרעיני, וכמובן יש להגן עליהן לרבות על ידי פסילת חוק.

בעבר הבעת לא פעם את תמיכתך בחקיקת חוק־יסוד: זכויות חברתיות.[53] הניסוח הקיים להצעת החוק מכפיף את הזכויות לשאלה התקציבית, בקבעו: "זכות זו [...] תוסדר [...] לפי חוק וכהתאם ליכולתה הכלכלית של המדינה כפי שתיקבע בידי הממשלה".[54] האם ניסוח כזה הוא ראוי, או שמא הוא משאיר את חוק־היסוד חסר שיניים?

התחיקה התוקתית החברתית בעולם כוללת משפטים מסוג הסעיף הזה,[55] כיוון שהחייבים להציב גבול להיקף הזכויות החברתיות. בכל זאת, לדעתי, קיים הבדל ברור בין היקף הזכות

52. ראו בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94 (להלן: בג"ץ מילר), בעמ' 131-134; דליה דורנר, "התגנה התוקתית על כבוד האדם", כבוד האדם או השפלתו? – מתח כבוד האדם בישראל (אלוף הראבן וחן ברם – עורכים, הקיבוץ המאוחד, תש"ס) 16, בעמ' 23-25; דליה דורנר, "בין שוויון לכבוד האדם", ספר שמגר (כרך א, אהרן ברק ואח' – עורכים, לשכת עורכי הדין, תשס"ג) 9, בעמ' 19; אתי לבני, "השופטת דורנר בראיון מיוחד ל'עורך הדין': 'בג"ץ הוא כמו הכותל המערבי בשביל האזרח'", עורך הדין 26 (דצמבר 2001) 28, בעמ' 32.

53. לבני, שם, שם.

54. סעיף 3 להצעת חוק־יסוד: זכויות חברתיות, ה"ח תשס"ב 214 קובע: "לכל תושב הזכות לסיפוק צרכיו הבסיסיים לשם קיום בכבוד אנושי, ובכלל זה בתחומי העבודה, השכר ותנאי העבודה, בתחומי ההשכלה, הלימוד והחינוך ובתחומי הבריאות, הדיור והרווחה החברתית; זכות זו תמומש או תוסדר בידי רשויות השלטון בחוק או לפי חוק ובהתאם ליכולתה הכלכלית של המדינה כפי שתיקבע בידי הממשלה" (ההדגשה שלנו).

55. ראו, למשל, סעיפים 26(2) ו־27(2) לחוקת הרפובליקה של דרום אפריקה, Constitution of the Republic of South Africa, 1996.

בטרם חקיקת חוק־היסוד ואחריה. בעקבות חוק־היסוד, אם יחוקק, יידרש מהממשלה יותר מהמקובל היום. היום הזכות בוללת, לתפיסתי, רק את מינימום הקיום האנושי, שהיעדרו יוצר השפלה – שלא יושפל האדם, שלא יהיה רעב. אנחנו פותחים את הרדיו ושומעים אמהות מספרות: "כל ילד בבית הספר מוציא מהתיק שלו סנדוויץ', ולילד שלי אין". זו השפלת הילד, והיא מנוגדת לזכות החברתית הנוכחית, כיוון שהיא פוגעת בזכות החוקתית לכבוד. אבל האויב של ה"טוב" זה ה"טוב מאוד". ברי, כי אחרי חקיקת חוק־יסוד: זכויות חברתיות, היקף הזכויות החברתיות יהיה רחב יותר.

כמובן ניתן לטעון שהיקף הנוכחי של הזכויות החברתיות נמוך מהראוי, גם במצב החוקתי הקיים. אבל יש להבין שהיקף הזכות נקבע תמיד בהתאם ליכולת המדינה. מבחינה זו אין הבדל בין המצב כעת ובין המצב המשפטי שיתול אחרי חקיקת חוק־יסוד: זכויות חברתיות. גם עכשיו, כשהזכות החברתית החוקתית כוללת רק את מינימום הקיום האנושי, גדריו של אותו מינימום נקבעים לפי יכולת המדינה לספק אותם. היקף מינימום הקיום האנושי במדינת ישראל של היום שונה מהיקפו של מינימום הקיום האנושי באפריקה. באפריקה, ייתכן שדי במתן שק קמח, המבטיח את האנשים מפני מוות ברעב, כדי להגשים את מינימום הקיום האנושי. אצלנו אין די בכך, לפי הבנתי. בישראל כיום, גם אדם שאינו מת ברעב, אך הוא עני מרוד הסובל מרעב, וכותו התוקתית למינימום קיום אנושי נפגעת. לכן אין הוא זכאי רק לשק קמח אלא גם לסנדוויץ', האדם בישראל זכאי לסולידריות ולאמפתיות מהמדינה יותר מן האדם האפריקני, משום שמדינת ישראל מטוגלת לספק לו זכות רחבה יותר.

כך, גם לאחר חקיקת חוק־יסוד: זכויות חברתיות ייקבע היקף הזכויות הללו לפי יכולת המדינה. אין בכך כדי לעקר את חוק־היסוד או את שיקול הדעת השיפוטי ביחס להיקף הזכויות. כפי שהזכויות החברתיות, בהיקפן הנוכחי, אינן מעוקרות היום, כך הן לא יהיו מעוקרות גם לאחר חקיקת חוק־היסוד.

ברוב השיטות המשפטיות המערביות הפסיקה להשתמש במאסר חייבים עוד במאה התשע עשרה. ואולם בישראל הוא עדיין נוהג.[56] האם אין הדבר סותר את התיימרותנו להיות מדינה דמוקרטית השומרת על זכויות האדם?[57] האם ראוי שהמדינה תנקוט אמצעי דרסטי כל כך של מאסר במסגרת סכסוכים אזרחיים?

יש משפט שאני נוהגת לומר במקרים כאלו: "לקונסטיטוציה צריך להיות גם שכל". מניסיוני אני יודעת עד כמה קשה לגבות חוב. בכל מקום שבו אני נמצאת יש לאנשים היודעים שאני שופטת סיפורים לספר לי. אדם אחד מספר לי שלפני שש שנים נפסק לטובתו פיצוי גזיקי בבית משפט השלום בחיפה, והוא עדיין לא הצליח לגבות את הכסף.

---

56. בג"ץ 5304/92 פרי"ת 1992 סיוע לנפגעי חוקים ותקנות למען ישראל אחרת – עמותה נ' שר המשפטים, פ"ד מז(4) 715 (להלן: בג"ץ פרי"ת), בעמ' 763; ראו גם רון חריס, "נפילתו ועלייתו של מאסר החייבים", עיוני משפט כ (תשנ"ו) 439.

57. ראו דוד בר־אופיר, "חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו ודיני ההוצאה לפועל", המשפט ג (תשנ"ו) 71; איתן מגן, "חירות הפרט וחייבים בהוצאה לפועל", הפרקליט מ (תשנ"א) 384.

nevo.co.il

אחר מספר לי על בתו, שעבדה חצי שנה ועד היום לא שולמה לה פרוטה, למרות הריצות והטרטורים לבית הדין לעבודה ולמקומות אחרים. בסך הכול מערכת הגבייה שלנו בעייתית מאוד. אני חוששת שאנחנו עדיין גן עדן לחייבים.

בהיעדר מערכת גבייה מטעם המדינה, כיצד יוכל נושה לחייב את החייב הסרבן לשלם לו את חובותיו? כיצד יוכל האדם לרדת לנכסיו? הנושה יוכל לעשות כן רק אם תעמוד מאחוריו המדינה. לאחר שניתן פסק דין, אי־אפשר לראות בכך עניין פרטי טהור, שהמדינה איננה מתערבת בו.[58]

משקבענו כי המדינה צריכה להיות מעורבת, שאלה אחרת היא האם על המדינה לנקוט את אמצעי המאסר. אין ספק שביטול מאסר החייבים הוא רעיון שובה לב, אך אינני בטוחה כי אני מתלהבת ממנו. יש לבצע בדיקה רצינית בעניין. אם באיזון ראוי ניתן לוותר על כך, הרי שאני בהחלט בעד ויתור על אמצעי הפוגע כל כך בחירות החייב, אך רק בתנאי שיימצאו אמצעים תלופיים אפקטיביים לגביית התוב. חייב להיות כלי אפקטיבי לגבייה. אני דואגת פתות לגופים הגדולים, שממילא מגנים על עצמם באמצעות שעבודים ומשכנתאות. מטריד אותי יותר בעל המכולת שמוכר בהקפה, שלקוחותיו מתנערים מחובם.

אם האמצעי החלופי המוצע הוא הפרטה של ההוצאה לפועל, הרי שאני מתנגדת לכך. תוצאת מהלך כזה תהיה גרועה לחייבים הרבה יותר ממצבם כעת. הרשות המופרטת תעז לעשות גם מעשים שלא ייעשו. זה עתה פורסם בעיתונות על גבייה עצמית שרשות השידור מבצעת ללא סמכות. לפי העיתונות, הם הקימו מחסומים בליווי שוטרים במדים, ואיימו על נוסעים שאם לא ישלמו בו במקום את אגרת הטלוויזיה, יחרימו את רכבם.[59] אלו מקרים תמורים מאוד. כך עלולה להתנהג ההוצאה לפועל אם תופרט.

חשוב לזכור, שאף שמאסר חייבים קיים בישראל, לא ניתן לאסור חייב בקלות רבה כל כך. מאסר הוא אמצעי דרסטי מאוד של פגיעה בחירות. לכן אסור להכניס אדם לכלא רק מפני שאין לו אמצעים לשלם את חובותיו. אדם אינו נאסר בעונש על כך שאין לו כסף. לא לשם כך מיועד הכלי התריג הזה.

אלא שיש אנשים שאינם משלמים את חובותיהם אף על פי שביכולתם לעמוד בתשלום. הם מרמים. יש להם הכסף, אך הם רוצים אותו לעצמם. לעתים הנושים שלהם עשויים להיות עניים יותר מהם. זו עשויה להיות עובדת שהמעסיק שלה מסרב לשלם לה משכורת בעבור

58. שמואל דורנר כותב כי צו המאסר אינו נובע מאי־פירעון של חוב מאדם לחברו, אלא הוא נובע מהימנעות הפרט מלציית לצו שלטוני שהופנה כלפיו אישית. אמנם מקור החובה שהוטלה על החייב (אם בהוצאה לפועל ואם בהתדיינות אזרחית בבית המשפט) הוא ביחסים ה"אזרחיים", או ה"פרטיים", שבין שני המתדיינים, אולם אין בכך כלום לעניין טיבו של הצו השלטוני; והרי אף עבירות פליליות רבות מקורן ביחסים "פרטיים". ראו שמואל דורנר, "מאסר חייבים בהוצאה לפועל", הפרקליט מא (תשנ"ג) 470, בעמ' 471; ראו גם דוד בר־אופיר, "מאסר חייבים וגביית חובות בהוצאה לפועל: הערות לבג"צ 5304/92 פר"ח 1992 ג' שר המשפטים ואח'", המשפט ב (תשנ"ה) 327, בעמ' 333.

59. ענת באלינט, "רשות השידור גובה מיליוני שקלים מאזרחים באיומים ובניגוד לחוק", הארץ 1א (30.5.2004).

עבודתה. כאן עשוי להידרש מאסר. הרי בראשית הדרך מבצעים חקירת יכולת. מבררים מה אמצעיו הכספיים של החייב ומה הצרכים שלו, שהרי אדם צריך להתפרנס. רק את היתר ניתן להפנות לכיסוי החוב. הבעיה היא שלעתים אנשים אינם משלמים את הסכום שנפסק, אף על פי שהותאם ליכולתם הכספית. לפי הלכת פר"ח ניתן לאסור חייב רק אחרי הליך ארוך מסובך, כאשר השופט משתכנע שלחייב יש את הכסף ובכל זאת הוא נמנע מלשלם אותו.[60] אני גם יודעת שבעקבות הלכה זו ירדה מאוד יכולת הגבייה.

גם דיני פשיטת הרגל הם ביטוי לאותו הרעיון. כשאדם פושט רגל, קיימים נכסים שהחוק מצווה להשאיר לו.[61] אני סברתי שיש להשאיר לו גם דיור מינימלי, ושהסעיף המקנה את הזכות הזאת צריך להיות הוראה קוגנטית, שאיננה מאפשרת לאדם לוותר על הדיור המינימלי שלו. זאת, כדי להפסיק את הנוהג של הבנקים להחתים את הלווים על ויתור על הזכות המוקנית בסעיף, ולהטיל משכנתה על הבית שלהם. לצערי, אינני יכולה לפסוק כך, כיוון שקיימת בחוק קביעה מפורשת על אפשרות ההתניה על הסעיף.[62] נטען גם שפסיקה כזו תגרום לבנקים שלא להלוות לאנשים הזקוקים לכך. אמנם גם הבנקים זקוקים לפרנסה, אך לא הייתי דואגת להם. גם בדרישה למאסר חייבים, אני כשופטת הייתי נענית פחות לדרישה שבאה מטעם בנק. הרי לשופט יש שיקול דעת. הוא איננו אוטומט.

בחזרה לנושא הזכויות החברתיות – עיקר הפגיעה בזכויות חברתיות נעשית באמצעים תקציביים, אך היו שופטים שבעבר לא היו מוכנים להתערב בחוקי תקציב. במקרה שחוק התקציב או חוק ההסדרים מונע יישום של זכות חברתית, האם יש להסתפק בפרשנותו לאור הזכות, או שיש לבית המשפט גם סמכות לבטל אותו?

במצב הקיים היום אין מחלוקת כלל בעניין. המדינה לא חלקה על כך, שאם אמנם יקבע בית המשפט שחוק פגע בקיום האנושי המינימלי, הוא בטל ותסר תוקף.[63] הבעיה תהיה שאלת ההוכחה, אך אין מחלוקת בשאלה המשפטית. כבר היום בית המשפט יכול לפסוק שתוק תקציב בטל, אם יוכח שהחוק פוגע באופן לא מידתי בזכות חוקתית, לרבות הזכויות החברתיות בהיקפן המצומצם החוקתי.

קיימת ביקורת רבה[64] בדבר הליך החקיקה של חוק ההסדרים המוצמד לחוק התקציב. נטען שזה אמצעי לביצוע רפורמות מרחיקות לכת, תוך מניעת דיון ציבורי אמתי בהן. חברי הכנסת אינם יכולים לקרוא את מאות העמודים המונחתים עליהם ערב החקיקה,

60. בג"ץ פר"ח (לעיל, הערה 56), בעמ' 732.

61. סעיפים 22, 38-39 לחוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז-1967, ס"ח 116; סעיפים 86-87 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], תש"ם-1980, ס"ח 639; סעיף 33 לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב-1972, ס"ח 176.

62. סעיף 38(ג) לחוק ההוצאה לפועל; ראו גם ע"א 9136/02 מיסטר מאני ישראל בע"מ נ' רייז (טרם פורסם); ניתן ביום 21.3.2004, פסקה 8.

63. בג"ץ עמותת מחויבות (לעיל, הערה 11).

64. אבישי בניש, "חוק ההסדרים: מפלצת חקיקתית במרתפי הכנסת", עורך הדין 42 (תשס"ג) 60;

nevo.co.il

והופכים למעשה לחותמת גומי של הממשלה. בג"ץ דחה לאחרונה עתירה לביטול החוק בשל הליך החקיקה החפוז, וטרם פורסמו נימוקיו.[65] האם, לדעתך, לא צריך לקבוע שהחקיקה הזאת איננה חוקית? הרי בית המשפט מוסמך לקבוע שהליך החקיקה פסול[66] ובמקרים מיוחדים ותריגים הוא אף מוכן לפסול אותו בטרם הסתיים.[67]

אילו הייתי יושבת בדין, אינני חושבת שהייתי פוסקת אחרת. ההתערבות הנדרשת במקרים כאלו היא מצד הממשלה והכנסת ומצד הציבור הבוחר, ולא מצד בית המשפט. אין מדובר כאן בעניין המצדיק ביטול חוק. ביטול חוק הוא מהלך המבוצע רק במקרים חמורים מאוד. אין די בכך שחברי כנסת לא קראו את הצעת החוק כדי לבטל אותו. אם נבטל חוק מסיבה כזו, יוביל הדבר לתוצאות מרחיקות לכת. הרבה חוקים יבוטלו. ביטול כזה ממוקם מעבר לסף המדרון החלקלק. אם יבוטל חוק ההסדרים, נידרש לבטל גם את חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. הרי עד היום נשמעות טענות שחברי הכנסת לא ידעו על אודות ההצבעה על חוק־היסוד ומשמעותה. אין לכך גבול.

ייתכן שהייתי מגיעה למסקנה שונה לו היה המקרה דומה לפרשת מיעארי. בפרשה זו נטען שהליך החקיקה היה מנוגד לדרישה מפורשת הקבועה בחוק־יסוד.[68] בעניינו, אין כל חוק הקובע שחבר כנסת נדרש לקרוא את הצעת החוק לפני שהוא מצביע עליה.

לשיטתי, פגמים שנפלו בהליכי חקיקה שאינם מוסדרים בחוק הם בדרך כלל עניין לציבור ולא לבית המשפט. יש לכך כמה סיבות: ראשית, הכנסת היא הריבון. היא המוסד הדמוקרטי שבו מתנהל בישראל עיקר הדיון הציבורי. לכן, יש להיזהר מפני התערבות יתר

אביב וסרמן, "הכנסת עידומה: 'חוק ההסדרים' הוא בעצם חוק נגד הסדרים הדמוקרטיים במדינת ישראל", עבודה, חברה ומשפט י (תשס"ד) 339. דברים דומים אמרו גם השופטת דליה דורנר ועו"ד אנה שניידר, היועצת המשפטית לכנסת, בכנס "חוק ההסדרים, מעמדו והשלכותיו על זכויות האדם" (23.12.2003), המכללה האקדמית למשפטים ברמת גן – חטיבת זכויות האדם.

65. בג"ץ 3106/04 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת (טרם פורסם; ניתן ביום 31.5.2004). העתירה נדחתה, אולם טרם ניתנו נימוקי פסק הדין.

66. בג"ץ 761/86 מיעארי נ' יושב־ראש הכנסת, פ"ד מב(4) 868 (להלן: בג"ץ מיעארי), בעמ' 872-873.

67. שם, בעמ' 875. ראו גם ב"ש 166/84 ישיבת תומכי תמימים מרכזית נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(2) 273, בעמ' 276 ו־280; בג"ץ 975/89 **Nimrodi Land Development Ltd.** נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מה(3) 154, בעמ' 157; בג"ץ 7150/97 מת"ב מערכות תקשורת בכבלים בע"מ נ' הכנסת ירושלים (לא פורסם), בפסקאות 2-3; בג"ץ 4513/97 אבו ערער נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נב(4) 26, בעמ' 37-38; בג"ץ 1113/99 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164, בעמ' 183; בג"ץ 4572/03 המועצה הלאומית לשלום הילד נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם); בג"ץ 7475/03 המועצה המקומית יאנוח-ג'ת נ' שר הפנים (טרם פורסם), בפסקה 4. על חוקיות הליך חקיקת חוק ההסדרים ראו גם בג"ץ 10703/02 המועצה לשיווק פרי הדר נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם).

68. בג"ץ מיעארי (לעיל, הערה 66). העותרים בפרשה זו טענו שהצעת החוק התקבלה בדיון מוקדם בכנסת בניגוד לסעיף 46 לחוק־יסוד: הכנסת.

nevo.co.il

באופן תפקודה.[69] שנית, הזירה הציבורית היא פורום מתאים יותר מבית המשפט לליבון הנושאים האלו. אילו חשבו חברי הכנסת שצורת התקיקה הזאת עלולה לפגוע בעתידם הפוליטי, הם לא היו מתוקקים חוקים בדרך שבה תוקק חוק ההסדרים. קיימות שאלות שבית המשפט אינו המקום המתאים לפתור אותן, וזו אחת מהן. אי־אפשר לפתור הכול באמצעות עתירות לבג"ץ. הסקת מסקנות פוליטיות וציבוריות נגד חברי הכנסת שווה לעשרים אלף פסקי דין. שלישית, אופי העולם הפרלמנטרי הוא כזה ששיקולי חברי הכנסת הם לעתים קרובות חיצוניים להצעת החוק עצמה. בין שקראו את ההצעה ובין שלא קראו אותה, ממילא פעמים רבות הם יצביעו לפי שיקולים אחרים.

אין ספק שהליכי תקיקת חוק ההסדרים אינם תקינים. זו טכניקה לא טובה. אמרתי זאת בעבר, ואמרה זאת גם היועצת המשפטית לכנסת, עו"ד אנה שניידר.[70] עדיין, אין נובע מכך שבית המשפט הוא המקום לפתור את הבעיה. חוק ההסדרים נוצר בשנת 1985 בשל הצורך לתקן הרבה חוקים. משרד האוצר ראה כי טוב, והמשיך בנוהג זה. חברי הכנסת הם שצריכים לקום נגדו. לכן נראה לי שהייתי פוסקת בדרך שפסקו חבריי, אף שאינני יודעת את נימוקיהם.

אין ספק שמוטלות מגבלות אמתיות על בית המשפט, שאינו יכול ואינו צריך להחליף את הכנסת. לכן, אולי בעניין הפרוצדורה דווקא, ראוי שבית המשפט יאותת למתוקק שחקיקה בסדר גודל כזה ראויה לדיון מעמיק יותר, מבלי לקבוע אם התוצאה הסופית ראויה או לא. בדרך זו, בית המשפט אינו מחליף את דעתו של המחוקק בזו של בית המשפט, אך הוא מבטית שהחקיקה תשקף באופן נאמן יותר את דעת המחוקק והעם, כיוון שהוא מבטיח דיון ציבורי רציני יותר. מדוע שבית המשפט לא יקבע, לדוגמה, מינימום זמן בין הגשת הצעת תוק "רצינית" ובין ההצבעה עליה?

לתפיסתי, בית המשפט יתערב רק כשהדרישה כתובה בתקנון. הליך החקיקה, לרבות עומק הדיון הברוך בו, הוא עניין לכנסת ולא לבית המשפט. לא הייתי נוגעת בו. זה לא נושא שניתן להסדיר באמצעות בית המשפט. מכל מקום, מספר הימים מרגע הנחת הצעה על שולחן הכנסת ועד ההצבעה קבוע במפורש בתקנון הכנסת.[71]

לא זו בלבד שבית המשפט איננו קובע פרק זמן מינימלי להשלמת הליך החקיקה ואיננו מתנגד לחקיקה מהירה, אלא שאפילו בית המשפט עצמו מסתמך לעתים על כך שניתן להשלים חקיקה במהירות. בפרשת פריצקי,[72] לדוגמה, עסקנו בתקנות שעת חירום, ועלתה השאלה אם תקנות שעת חירום מסוימות הן תוקיות. משרד הפנים שבת, ומאות אלפי אנשים לא יכלו לחדש את תעודות הזהות שלהם ולהשתתף בבחירות למועצות המקומיות שהתקיימו חמישה ימים אחר כך. לכן נקבע בתקנות שעת החירום שניתן להזדהות בבחירות גם באמצעות דרכון או רישיון נהיגה. התקנות הללו היו יכולות להיות חוקיות רק אם לא ניתן היה להסדיר בזמן את הנושא בדרך אחרת, כלומר בתקיקה רגילה. אמנם הנשיא ברק ואני, בדעת

---

69. בג"ץ 9070/00 לבנת נ' יושב־ראש ועדת חוקה חוק ומשפט, פ"ד נה(4) 800, בעמ' 809.

70. לעיל, הערה 64.

71. סעיפים 113(3), 130 ו־135 לתקנון הכנסת, התוספת להחלטת הכנסת בדבר תקנון הכנסת, י"פ תשכ"ח 590.

72. בג"ץ 6971/98 פריצקי נ' שר הפנים, פ"ד גג(1) 763.

nevo.co.il

הרוב, נמנענו מלהתערב ודחינו את העתירה נגד חוקיות התקנות, אך הבהרתי בפסק דיני שעמדה זאת הייתה חד־פעמית, לנוכח העובדה שההסדר פורש בפעם הראשונה, אך בעתיד לא אהיה מוכנה לכך, כיוון שניתן היה לפתור את הבעיה גם באמצעות חקיקה רגילה ומהירה.[73] הגדיל לעשות השופט חשין, שקבע שתקנות שעת החירום אינן חוקיות, כיוון שניתן היה להסדיר את העניין בתוך חמישה ימים בחקיקה רגילה, ואף הביא דוגמאות רבות לכך שניתן לזרז מאוד את החקיקה אם רוצים.[74]

אנו עדיין בנושא תפיסותייך החברתיות־המשפטיות. אחד העקרונות המתפתחים בתחום החברתי־המשפטי הוא עקרון הצדק החלוקתי. נקבע כי אחת התכליות הכלליות של כל גוף מינהלי היא לנהוג בשוויון, ולשם הגשמתו עליו לנהוג בצדק חלוקתי, דהיינו להימנע מהפליה בין מגזרים שונים בציבור בעת חלוקת משאבי המקרקעין של המדינה.[75] לכך יש להוסיף שלפי תפיסתך, הפליה על רקע השתייכות קבוצתית היא משפילה ופוגעת בזכות החוקתית לכבוד.[76] ברצוננו לבחון עד כמה, לדעתך, ניתן לפתח את המשפט בהתבסס על עיקרון זה.

לפי החוזים של חברי הקיבוצים והמושבים, אין הם זכאים לדבר לאחר שסיימו לעבד את האדמה, בדיוק כפי שבדווים הגרים בכפרים בלתי מוכרים אינם זכאים. והנה, חברי הקיבוצים והמושבים זוכים כעת בבית שגרו בו ובשטח נוסף,[77] ואילו הבדווים אינם זוכים לדבר. באופן דומה, בני עיירות הפיתוח ושכונות המצוקה שהתגוררו בדיור ציבורי בשכירות אינם זכאים לקבל את הדירות שגרו בהן כל השנים, וחוק הדיור הציבורי אף הוקפא במסגרת חוק ההסדרים חודשים מספר לאחר חקיקתו ונותר "קפוא" מאז.[78] אמנם בפסק דינכם בנושא שנדרש צדק חלוקתי, אך נראה שבית המשפט איננו מחולל שינוי בהתייחסות הבלתי שוויונית מצד השלטונות לקבוצות הללו, ומאפשר הנצחה של חוסר שוויון.

יושב ראש פורום ערי הפיתוח טען שגם ערי הפיתוח תרמו לבניין הארץ, ולא רק הקיבוצים והמושבים. מדוע מגיעות להם זכויות פחותות? אם נפרק את הקטגוריזציות המשפטיות, הגורמות לנו להתייחס אחרת לכל קבוצה, נגלה שגם חבר קיבוץ או מושב מקבל קרקע חינם מהמדינה, שכן הוא משלם בעבורה פחות ממקרה סוציאלי בדיור הציבורי. יש כאן נרטיבים עמוקים מאוד של מזרחיים, אשכנזים וכדומה.

במאמר אתה יכול לכתוב על עולם ומלואו, וגם להביע השקפות אידאולוגיות ופוליטיות רחבות, כשאתה יושב כשופט מונחת לפניך שאלה משפטית ספציפית וברורה, ותפקידך

---

73. שם, בעמ' 816.
74. שם, בעמ' 796-803.
75. בג"ץ 3939/99 קיבוץ שדה נחום נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נו(6) 25 (להלן: בג"ץ הקשת הדמוקרטית המזרחית), בעמ' 38-39, 64-67.
76. לעיל, הערה 52.
77. ראו בג"ץ הקשת הדמוקרטית המזרחית (לעיל, הערה 75).
78. אורן יפתחאל ואלכסנדר (סנדי) קדר, "על עוצמה ואדמה: משטר המקרקעין בישראל", תיאוריה וביקורת טז (תש"ס) 67.

nevo.co.il

לענות רק עליה. במשפט הזה עלתה השאלה, האם שלוש החלטות ספציפיות של מועצת מקרקעי ישראל הן סבירות. על השאלה הזאת ענה בית המשפט.

לקיבוצים ולמושבים היה חלק היסטורי בבניית המרינה. הם, בעצם חייהם במקום ובעיבוד הקרקע, נטלו חלק בהקמת מדינת ישראל. התפיסה הזאת, של עשייה למען המדינה, קיימת פחות היום, אך אז זה היה המניע לפעולותיהם. החוזים שלהם לא היו טובים כל כך כיוון שהם לא התייחסו לכך. בתקופת האידאליזם האנשים לא נתנו דעתם למשמעות החוזים. כך נוצר מצב שרשמית, לפי החוזים, השימוש היחיד המותר בקרקע הוא עיבודה, וברגע שאינם מעבדים את האדמה אין להם עוד שום זכות בה. אין להם עוד איפה לגור.[79] התקופה השתנתה ... הקיבוצים והמושבים אינם יכולים להתפרנס עוד מחקלאות. האם עתה ראוי להתנער מהם לאחר כל חלקם הגדול בפיתוח הארץ, רק משום שפעלו בעבר מתוך אידאליזם? התפיסה שלפיה רק החוזה הרשמי יקבע את המצב מביאה לתוצאות שאינן מתקבלות על הדעת. לכן, המדינה והמינהל עשו נכון כשניסו להגיע להסדר עם הקיבוצים והמושבים.[80]

מנגד, אי־אפשר ללכת לקיצוניות האחרת. המדינה פעלה נכון כשהעניקה למושבים ולקיבוצים וכויות נוספות בקרקע, אך היא נתנה יותר מדיי. הגענו לכלל דעה שהאיזון שנעשה בין השיקולים איננו חוקי. התוצאה כללה דברים בלתי מתקבלים על הדעת. מה גם שכתוצאה מההחלטות הללו עשויים ליהנות גורמים אחרים דווקא, ולא רק הקיבוצים והמושבים. לא תיתכן התעשרות כזו על חשבון הציבור, שכן הקרקע שייכת לכל העם. לכן קבע בית המשפט שההחלטות האלו אינן סבירות. למעשה, הדיון ארך זמן רב ובינתיים התחלף השלטון, והשר החדש אימץ את דעת בית המשפט עוד לפני פסק הדין. הוא קבע ששיעור הקצאת הטובין לקיבוצים הוא מוגזם, ובעקבות זה שינתה גם הפרקליטות את דעתה.[81] הדעה החדשה שהוצגה תאמה את השקפתנו מלכתחילה. אני ישבתי גם בהרכב המקורי, והבנו כבר אז שהעניין קשה ומצדיק הרחבת המותב. הרי קיימת הצדקה ליתן משהו לקיבוצים ולמושבים. הבעיה היא רק כמה ראוי לתת.

על כל אחת מהקבוצות שבשאלה חלים הסדרים משפטיים שונים. המשפט שהזכרתם עסק רק בהסדר המשפטי החל על המושבים והקיבוצים. אכן, אין הסדרים מקבילים בדיור הציבורי או בעבור הבדווים, אך אין לכך רלוונטיות לשאלה המשפטית שהיה עלינו לפסוק בת באותו המקרה. שאלת ההסדר החל על שוכני הדיור הציבורי או על הבדווים בנגב היא נפרדת.

נעבור לשאלת הדיור הציבורי. בעניין זה קיים דמיון לעניין הקיבוצים והמושבים, כיוון שבשני המקרים מדובר באנשים שגרו על קרקע של המדינה. בכל זאת, לדעתי, המקרים שונים מהותית. בן קיבוץ יכול היה להחזיק בקרקע גם עד מותו, כל עוד ימשיך ויעבד אותה, אך בשל שינויי הזמן לא ניתן להתפרנס עוד מחקלאות, וקיימות דרכים טובות יותר לניצול הקרקע. לעומתו, מי שקיבל דיור מהמדינה קיבל דיור חינם (או במחיר נמוך) ותמיכה סוציאלית, והוא לא נדרש לעשות שום דבר לשם כך. הוא לא היה צריך לעבד את האדמה.

---

79. בג"ץ הקשת הדמוקרטית המזרחית (לעיל, הערה 75), בעמ' 39-41.

80. ראו, למשל, חיים ונדברג, "בוכות ההתחשבות בחוכרי קרקע חקלאית", המשפט ז (תשס"ב) 45.

81. בג"ץ הקשת הדמוקרטית המזרחית (לעיל, הערה 75), בעמ' 52-54.

אין הוא משלם בעבור הדירה. הוא יכול לפתח את עצמו מבחינה כלכלית כראות עיניו, וכעת ייתכן שהוא אמיד, הרי לא ניתן לבדוק את מצבו הסוציאלי. לכן המדינה איננה מקנה לו זכויות נוספות במקרקעין. המדינה מעדיפה להיזקק לכסף בשביל דיור ציבורי לעניים הבאים. בסך הכול, המשטר במדינה הוא קפיטליסטי. הייתי מעדיפה, כאמור, משטר הכולל סולידיות גבוהה יותר וזכויות חברתיות רחבות יותר, אך כרגע אין זכויות כאלו. המצב המשפטי הוא של זכויות חברתיות מינימליות. לכן לא ניתן לחייב את המדינה להעניק זכויות בקרקע לשוכני הדיור הציבורי, רק משום שהוענקו זכויות כאלו, בנסיבות שונות, גם לחברי קיבוצים ומושבים. אגב, אני בהחלט בעד תקיקה המסייעת לדיירי הדיור הציבורי הנזקקים לכך לקנות את דירותיהם ולשפר את מצבם הסוציו־אקונומי.

ומה לגבי הבדווים? אלו הם אוזרחים המנושלים מהמקומות שחיו בהם במשך שנים רבות, כיוון שהקרקע איננה רשומה על שמם. כמו ילידים (indigenous people) במקומות אחרים בעולם – אינדיאנים, אבוריג'ינים וכדומה – כך גם לגביהם, ברור מאליו שהם לא רשמו את הקרקע על שמם. שכן, למשל בעניין הבדווים, לפני הקמת המדינה בכלל לא היה הסדר קרקעות בנגב. כעת הם מנושלים מהקרקע, לעומת הקבוצות האחרות הזוכות לזכויות במקרקעין בשל הקשר הארוך שלהן לקרקע.

המצב המשפטי הוא שלבדווים אין זכויות באדמה. היא איננה רשומה על שמם. הסיבה לכך טמונה באורח חייהם שלהם. אין הם יושבים בקרקע אלא נודדים.[82] אין זה עניין למשפטנים אלא לסוציולוגים. משולבים בכך גם נושאים מורכבים של יחסי המדינה עם המגזר הערבי והבדווי,[83] אך בעניין הזה, כשופטת אינני יכולה להביע את דעתי.

כשופטת, אני יכולה לומר שחייבים להיות לבדווים אזורי מגורים מוגדרים. אחרת הם מתפזרים על פני מאות קילומטרים, כשבכל קילומטר ניצב מאהל אחד. בדרך זו אין המדינה יכולה להעניק את השירותים שהיא מחויבת להעניק להם. אופי המגורים הבדווי נקשה על המדינה להקנות להם באופן מעשי את הזכויות הבסיסיות שלהם. לכן המדינה הביעה את דעתה, שהיא רוצה לרכז את הבדווים ולהקצות להם מקומות יישוב. זו התאוריה, היישום קשה.

כמו תנות שיהודים מקימים.

כן, אך קיימות מעט מאוד חנות של יהודים. אצל הבדווים מדובר בתופעה כללית – משפחתית ושבטית. כל השבט מתפזר, ובהיקף כזה המדינה איננה מסוגלת להעניק להם את השירותים.

---

82. רונן שמיר טוען כי המשפט, מטבע הנחות היסוד שהוא מושתת עליהן, שולל מהבדווים את זכויותיהם בקרקע. לדבריו, אופי הזיקה של הבדווי לקרקע איננו מתבטא בסממנים התואמים את ההמשגה המשפטית המערבית. משום כך הבדווי הופך לבלתי נראה מבחינה משפטית. המשפט אינו מכיר בו והופך אותו למסיג גבול על אדמתו שלו. ראו רונן שמיר, "מושעים במרחב: בידואים והמשטר המשפטי בישראל", משפט והיסטוריה (דניאל גוטווין ומנחם מאוטנר – עורכים, מרכז זלמן שזר לתולדות ישראל, תשנ"ט) 473.

83. בג"ץ 4625/01 המועצה האזורית רמת נגב נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם).

יתרה מכך, המדינה איננה מעוניינת ליישב את כל הנגב בבדווים ולפזר אותם בו. צדיק גם להיות מקום ליהודים. מדינת ישראל לא הוקמה כדי להשאיר על כנו את המצב החלוקתי ששרר בעת הקמת המדינה, כשהיו במדינה רק שש מאות אלף יהודים. היא הוקמה כדי לאפשר ליהודים לקבץ גלויות, לאפשר ליהודים מכל העולם להגיע לכאן ולהקצות להם מקום.[84] איננו יכולים לרשום את קרקעות הנגב, בכל מקום שיש אוהל, על שמו של בעל האוהל. לדבר כזה לא הייתי מסכימה באופן אישי. כאמור, גם מבחינה חוקית אין לכך בסיס, ואת זה אני אומרת כשופטת.

אין ויכוח על כך שבתוך המדינה מגיע שוויון מלא לבני המיעוט הערבי, אך אין נובע מכך שלקבוצה נודדת ומתפזרת יש זכויות בקרקע. אנחנו בבית המשפט העליון חייבנו את המדינה, בשורת פסקי דין, להבטיח את זכויותיהם של הבדווים. חייבנו אותה לדאוג לחינוך, להקים מוסדות, להביא גנרטורים, להקים גשרון שיאפשר גישה לבית ספר, וכדומה.[85] אלו דברים שאי־הענקתם פוגעת בזכויות בסיסיות של האדם בהיותו אדם.

נעבור לתחום המשפט הציבורי. נהוג לראות בך שופטת פמיניסטית, בעיקר בעקבות פסק דינך בדבר זכות נשים להשתתף בקורס טיס.[86] במצב החברתי הקיים במדינה מתקיימות פגיעות מחרידות בכבודה של האישה, המבוססות על תפיסה קניינית שלה. כך, אנו עדים לתעשיית זנות פורחת,[87] לסחר ר"ייבוא" אלפי נשים לשימוש בתעשייה זו,[88] ולאלימות רבה כלפי נשים בתוך התא המשפחתי.[89] לבית המשפט הייתה הזדמנות להשפיע על התכנים הראויים לחיות משודרים בישראל, וכך לקחת חלק בצמצום המקורות המביאים לתפיסות הללו. הזדמנות זו נקרתה בדרכו של בית המשפט בפסק הדין בעניין שידורי ערוץ "פלייבוי".[90] והנה, אישרת את שידורי הערוץ, המבזים לדעת רבים את כבוד האישה.[91] האם לא היה רצוי שבית המשפט ייקח חלק פעיל יותר במאבק בשירוש דעות שוביניסטיות?

---

84. הברזה על הקמת מדינת ישראל, תש"ח-1948, ע"ר 1, 1: "מדינת ישראל תהא פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות".

85. ראו, לדוגמה בג"ץ 3511/02 עמותת "הפורום לדו קיום בנגב" נ' משרד התשתיות, פ"ד נז(2) 102.

86. בג"ץ מילר (לעיל, הערה 52).

87. "דו"ח הוועדה לבדיקת בעיות הזנות, בראשות השופטת הדסה בן־עתו", מעמד האשה בחברה ובמשפט (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן־קובי – עורכות, שוקן, תשנ"ה) 168.

88. מיכל לוצקי, דו"ח ביניים של ועדת החקירה חפרלמנטרית בנושא סחר בנשים בראשות חברת הכנסת זהבה גלאון (הכנסת, תשס"ג), 9.

89. על הקשר בין התפיסות החברתיות ובין אלימות במשפחה נגד נשים ראו נגה אבני, "נשים מוכות: התופעה ומקורותיה", עבריינות וסטיה חברתית יח (תשנ"א-תשנ"ב) 13, בעמ' 21-26.

90. בג"ץ 5432/03 ש.ן.ן. – לשויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין (טרם פורסם) (להלן: פסק הדין בעניין פלייבוי).

91. לסיכום עיקרי הטענות שהועלו בעבר בדבר פגיעת שידורי ערוץ פלייבוי בכבוד האישה, ראו סמדר בן־נתן, "הצביעות של פלייבוי", הארץ – מוסף הארץ (28.11.2003) 6.

nevo.co.il

העוזר שלי צפה בקלטות שהגישו הצדדים. אין מדובר בפורנוגרפיה קשה. גם אם בפסק דיני הייתי מוכנה להניח ששידורי ערוץ פלייבוי אכן פוגעים בכבוד האישה,[92] הרי שעצמת הפגיעה היא כעצמת הפגיעה הנוצרת מכל הצגת עירום ומכל המחזת יחסי מין. אם אכן קיימת פגיעה, הרי שעצמתה היא כעצמת הפגיעה הנגרמת מפרסומת הכוללת גבר בתחתונים, או מהפרטומות המופיעות בכל יום בירחוני הנשים. אם שידורי פלייבוי משפילים, הרי שבאותה המידה משפיל חלק גדול ממה שמופיע יום־יום בטלוויזיה, בקולנוע ובעיתון, בסופו של דבר, לדעתי, אף שהייתי מוכנה להניח אחרת בפסק הדין, אין בשידורים האלה השפלה ממשית של האישה.

כעת נדרשנו להחליט אם מידת הפגיעה בכבוד, במידה שהיא אכן קיימת, היא מותרת או אסורה. לדעתי היא מותרת. בהחלטה אם השידורים מותרים או לא אני חייבת להתבסס על אופי החברה בישראל. צריך להיזהר מאוד עם הדגל של כבוד האישה, שלא להפוך אותנו למדינה שמרנית במידה שאיננה מתאימה לחברה שלנו. אנחנו חברה מודרנית, שיש בה מתירנות ופתיחות רבה. אנו רואים עירום ברחוב. אנו רואים עירום בסרטים. הביטויים וצורת הדיבור מתירניים ופתוחים. בערב רגיל בטלוויזיה משודרים סרטים "אמנותיים", שבהם מין מופיע בדרמה מפורטת לא פחות מזו שבערוץ פלייבוי. מראים שם גם מין הרבה יותר חריג, ומצדיקים את הקרנתו בכך שמדובר באמנות. היום גם ניתן לצרוך באופן חוקי פורנוגרפיה קשה בהרבה ספריות וידאו. כאשר זה אופי החברה בישראל, אין מקום לפסול את תכניו הרכים יחסית של ערוץ פלייבוי, ובייחוד שהערוץ כולל אמצעים המונעים את הצפייה מילדים וממי שאינם מודעים לתכנים ומתכננים את הצפייה במשדר הספציפי במתכוון.[93]

אני בהחלט תושבת שצריך להגן על זכויות נשים. לדעתי, כאמור, איסור שידור כזה אינו מגן על הזכויות הללו. במקום זאת, הוא הופך את החברה שלנו למה שאיננה. לדוגמה, הוזמנתי לדיון בנושא פרסומת מותרת לסרט שערך הערוץ השני. בדיון הוקרן סרט שנועד להראות מה הציבור חושב בדבר אותה פרסומת. בסרט נראו גברים ונשים בבית קפה בתל אביב, שביקרו מאוד את הפרסומת וקבעו כי הקרנתה היא "סקנדל". הבטתי בנשים הדוברות בסרט. הן בעצמן היו חצי עירומות, בגופיות ועם הבטן בחוץ. כך גם מסתובבות היום סטודנטיות בקמפוסים. אלו הן הנורמות של הציבור. במצב תברית כזה, אינני יכולה לקבוע פתאום שערוץ פלייבוי דווקא יהיה אסור לשידור בניגוד לכל שאר הדברים.

אינני נחשבת שמרנית. לכן חשוב להדגיש שלא הייתי היחידה שסברה כך. פסק הדין ניתן על ידי אחד עשר שופטים, וביניהם שני שופטים דתיים. בהרכב ישבו גם שלוש שופטות. אף לא אחד מהם ראה לאפשרי לפסול את שידורי הערוץ. אף לא אחד מהשופטים חלק על ההחלטה, וזה כשלעצמו מצב נדיר מאוד בנושאים מסוג זה. לאחד עשר השופטים האלה מצטרפות מאה שבעים וחמש מדינות נוספות, שבכולן מותר לשדר את ערוץ פלייבוי.[94]

---

92. פסק הדין בעניין פלייבוי (לעיל, הערה 90), בפסקה 16 לפסק דינה של השופטת דורנר.

93. שם, בפסקאות 5 ו־15 לפסק דינה של השופטת דורנר.

94. לטענת עו"ד סמדר בן־נתן, שהגישה את העתירה בשם הגופים הפמיניסטיים, קיים הבדל עקרוני בין מאה שבעים וחמש המדינות שהתייחסה אליהן השופטת דורנר ובין ישראל, שכן רק המחוקק

שיקול נוסף המתקשר לעניין זה הוא החשש מפני מדרון חלקלק. ערוץ פלייבוי כולל אמצעים המוגעים את הצפייה מילדים וממי שלא הזמין את התכנית הנפרדת.[95] אם אנו אוסרים בכל זאת את שידוריו, פתוחה הדרך לצנזור פרסומת המציגה נשים "בלתי צנועות" ולהפיכת ישראל לסעודיה.

כאמור, לדעתי, אין בשידורים האלו פגיעה בכבוד האישה. גם אין קשר בין השידורים ובין סחר בנשים. נוסף על כך, יש להבחין בין סחר בנשים ובין זנות. סחר בנשים אסור ומגבש עבירה פלילית.[96] וזנות היא דבר רע מאוד לטעמי, אך כלל לא בטוח שהיא אסורה.[97] המעשה האסור הוא סרסרות, דהיינו חיים על רווחי אדם העוסק בזנות.[98]

ואולם, ניתן לטעון כי בתעשיית הפורנוגרפיה מבוצעות עבירות רבות, ועקב ההכשר שניתן לשידור פורנוגרפיה, אנחנו למעשה מאפשרים את ביצוען של אותן עבירות. חלק מהנשים בסרטים אלו נחטפות, ובעודן מטוממות הן מוכרחות להשתתף בצילומים בניגוד לרצונן. הן נתונות להטרדות מיניות ולאונס מצד האנשים הקשורים בתעשייה זו.[99]

אם מתקיימות עבירות, יש להעניש את הפושעים, אך אין לכך רלוונטיות לענייננו. פסק הדין עסק בשידור של ערוץ אירוטי בפיקות, בשעות מסוימות, שצריך לשלם בעבורו, ולא בתעשיית הפורנוגרפיה בכללותה.[100]

לא פעם הצגת עצמך כפמיניסטית.[101] בספרות הפמיניסטית קיימים כמה זרמים מרכזיים: הפמיניזם הליברלי, הפמיניזם הרדיקלי, הפמיניזם התרבותי, ועוד.[102] נראה כי קשה לשייך

הישראלי קבע במפורש כי אין לשדר הצגת אדם כחפץ ומין לשימוש מיני. לטענתה, הבדל זה צריך היה להספיק כדי לייתר את הפנייה לשיטות המשפט הזרות בנקודה זו. ראו אורית קמיר, "אור לגויים: על החלטת בית המשפט העליון בעניין שידורי פלייבוי", רשימות [http://URL: www.notes.co.il/orit/5047.asp].

95. פסק הדין בעניין פלייבוי (לעיל, הערה 90), בפסקאות 5 ו־15 לפסק דינה של השופטת דורנר.

96. סעיף 203א לחוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 226.

97. עניין זה מתקשר במישרין לנושא הבא בראיון, העוסק בניסיון לסווג את דעותיה של השופטת דורנר על קשת הדעות הפמיניסטית. הוויכוח באשר להתרת זנות מוצג לעתים כעימות בין תפיסה פמיניסטית ליברלית המעניקה הכשר לזנות לבין פמיניזם רדיקלי, המצדד בביטולה. ראו: Anderson A. Scott, "Prostitution and Sexual Autonomy: Making Sense of the Prohibition of Prostitution", 112 *Ethics* (2000) 748.

98. סעיף 199 לחוק העונשין.

99. בן־נתן (לעיל, הערה 91).

100. על ההבחנה בין שידור פורנוגרפיה ותעשיית הפורנוגרפיה עמדה השופטת בפסק הדין בעניין פלייבוי (לעיל, הערה 90), בפסקה 16 לפסק דינה.

101. ראו, למשל, שולמית אלמוג ואמנון רייכמן, "חלון למשפט: על משפט, שיפוט ותפיסת עולם" – שיחה עם השופטת דליה דורנר" (שיחה 1, חלק ראשון) הערוץ האקדמי (תשס"ג), שודר בתאריך 12.7.2004.

102. הפמיניזם הליברלי מניח כי האישה זהה לגבר וכי שניהם אנשים רציונליים. לפיכך האישה

nevo.co.il

את תפיסותייך לזרם עיקרי אחד.[103] היכן את ממקמת את עצמך?

אינני בקיאה בהבחנות שבין הזרמים השונים. אני רואה את עצמי כפמיניסטית, במובן זה שאין ספק בעיניי שגדרש שוויון בין המינים. אני גם בעד הערפה מתקנת, שאני מכנה

זכאית לזכויות זהות לאלו העומדות לגברים. במצב של שוויון זכויות יגיעו הגברים והנשים להישגים דומים. קיימים זרמים בפמיניזם הליברלי התומכים בהבחנה משווה ("הפליה מתקנת"), דהיינו העניקת זכויות יתר לנשים, שנועדה להביא את הנשים לנקודת התחלה זהה לזו של הגברים ולשוויון הדמנויות ביניהם. הפמיניזם הרדיקלי גורס כי קיומם של מנגנוני דיכוי בחברה הם הגורמים לכל חוסר שוויון, לרבות אי־השוויון בין המינים. מנגנוני הדיכוי הללו הושרשו עד כדי כך שהם נראים ברורים מאליהם. קיים קשר בין כל המנגנונים האלו, בין בבית ובין מחוצה לו, בין שחוסר השוויון הוא כלפי נשים ובין שהוא מופנה כלפי קבוצות אחרות. לכן אין טעם לנסות להגיע לשוויון בתוך המערכות הקיימות, הפגומות מיסודן ומושתתות על ערכים מצמדיים ופטריארכליים. במקום זאת יש להקים ארגונים חלופיים שבהם לא יתקיים דיכוי, ובהם יחליפו ערכים נשיים של עזרה הדדית, שוויון ושיתוף פעולה את הערכים הגבריים המפלים. **הפמיניזם התרבותי** גורס שהקודים החברתיים הנשיים שונים מההנחות הליברליות המתאימות יותר לגברים. ההנחות הליברליות מבוססות על אוטונומיה וזהות עצמית ונפרדת של האדם, בעוד שהזהות הנשית מבוססת על קיום מקושר יותר לאנשים שסביבן. הקורים החברתיים שאנו חיים על פיהם הנם קודים גבריים, ולפיכך מעמדה הנחות של האישה מונצח. ראו אורית קמיר, **פמיניזם, זכויות ומשפט** (משרד הביטחון – ההוצאה לאור, תשס"ב), 51-60.

103. תמיכת השופטת בהבחנה משווה (להלן, הערה 104 והטקסט שלידה) מרמזת על תפיסה פמיניסטית ליברלית, שלפיה האישה והה לגבר ויש להקנות לה את ההזדמנות השווה להשתלב במסגרות שהיו גבריות עד כה. לעומת זאת, ד"ר ליאורה בילסקי, בניתוחה לע"פ 6353/94 **בוחבוט נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 647, סבורה שהשופטת קרובה בעמדותיה לפמיניזם הרדיקלי. לעומת הפמיניזם הליברלי המושתת על ההנחה בדבר קיומם של כוחי פעולה חלופיים העומדים לרשות האישה המוכה, הפמיניזם הרדיקלי קובע שהפרקטיקות התרבותיות חותרות תחת אפשרות הפעולה האוטונומית שלה. מהאישה המוכה נמנעת האפשרות הריאלית לנקוט דרכי פעולה חלופיות שביכולתן לשים קץ למצבה. היא חסרת ברירה. כך, דחתה השופטת דורנר את קביעת בית המשפט המחוזי, כי "הנאשמת יכלה [...] לשים קץ לסיבלותיה, אילו הייתה פועלת בדרכים נאותות ומקובלות, כמו דיווח למשטרת ישראל, או שיתוף רשויות משרד הרווחה וקבלת סיוע במקלט לנשים מוכות", (ת"פ) (נצ') 29/94 **מדינת ישראל נ' בוחבוט**, פ"מ תשנ"ה(1) 272, בעמ' 276). במקום זאת בחרה השופטת להפנות אצבע מאשימה אל החברה, וקבעה: "אם כל חטאת אינה תגובת הייאוש של קורבן ההתעללות, אלא שתיקת החברה" (ע"פ **בוחבוט**) (לעיל, בעמ' 655). ראו ליאורה בילסקי, "נשים מוכות: מהגנה עצמית להגנת העצמיות", **פלילים** ו (תשנ"ח) 5, בעמ' 17-21. לפוטתה, ד"ר נויה רימלט סבורה כי התפיסה המובעת בפסק דינה של השופטת דורנר היא מונוליטית וחד־ממדית. השופטת, לטענת רימלט, לא השכילה להשתחרר מדפוסי מחשבה דיכוטומיים המבדילים בין האישה כקרבן מוחלט ובין האישה כדמות אוטונומית הפועלת מתוך עצמאות ותופש מלאים, ולכן הגדירה את ההריגה כמעשה ייאוש של אדם בלתי רציונלי, ולא כמעשה רציונלי של הגנה עצמית. ראו נויה רימלט, "כאשר נשים נעשות אלימות", **פלילים** י (תשס"ב) 277, בעמ' 315-319.

nevo.co.il

אותה "הבחנה משוות". אני חושבת שבתחומים מסוימים צריך להנהיג עקרונות של העדפה מתקנת כדי לשבור את מעגל הקסמים המזין את עצמו ומונע שוויון בין נשים לגברים.[104] ההבדלים הביולוגיים בין גברים לנשים תרמו כנראה ליצירת מוסדות חברתיים שיש בהם שליטה גברית מובהקת. הבחנה משווה תוכל לסייע בתיקון המצב הזה.[105]

כאשר פועלים להשגת שוויון, יש להביא בחשבון שאישה איננה גבר. קיימים הבדלים בין המינים. לאישה צרכים ביולוגיים שונים ומאפיינים ייחודיים. צריך להתחשב בהם.[106] לכן, כשנטענה בפרשת אליס מילר הטענה שהיענות לצורכי נשים בקורס טיס, כגון מקלחות נפרדות, תעלה כסף וכוח אדם רב, לא קיבלתי את הטענה הזאת כסיבה למנוע מנשים את האפשרות להשתתף בקורס.[107] זכויות עולות כסף. יש להן מחיר חברתי.[108] אם הזכות קיימת, יש לממן אותה. באותה המידה, בביטוח הלאומי לאישה שכירה שילדה יש זכויות מיוחדות.[109]

---

104. בעניין זה ראו דליה דורנר, "הבחנה משווה ומעמד האשה", עיוני משפט כ (תשנ"ו) 541.

105. בעניין זה ראו למשל בג"ץ מילר (לעיל, הערה 52), בעמ' 129:

"נשים שונות מגברים. בדרך־כלל כוחן הפיזי פחות מכוחם. הן מוגבלות בכורח הפונקציות הטבעיות שלהן – הריון, לידה והנקה. הבדלים אלה הם שהיו, כנראה, ביסוד חלוקת התפקידים בין המינים בחברה האנושית הקדומה, שהולידה את המשפחה הפטריארכלית. הגבר, שהיה גם חזק יותר וגם חופשי ממגבלות הכרוכות בלידה, הופקד על הספקת המזון ועל ההגנה על המשפחה.

חלוקת תפקידים זו נותרה על כנה גם כאשר לנוכח ההתפתחות הכלכלית והטכנולוגית לא נותר לה יסוד אובייקטיבי."

אחד מניסיונותיה של השופטת דורנר לתקן מצב זה מופיע בע"א יעקובי (לעיל, הערה 11), בעמ' 604. בנימוקיה להחלת הלכת השיתוף על זוגות שנישאו אחרי 1974, השופטת מסבירה: "בשל חלוקת התפקידים בין בני הזוג, כאשר הבעל מפרנס את המשפחה והאישה מנהלת את משק הבית ומגדלת את הילדים, נרשם הרכוש במשפחות רבות על שם הבעל".

106. ראו גם בג"ץ מילר (לעיל, הערה 52), בעמ' 142.

107. שם, בעמ' 144.

108. דנ"פ 2316/95 גבימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (להלן: דנ"פ גבימאת), בעמ' 645; בג"ץ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השניה לטלויזיה ורדיו, פ"ד נה(4) 267, בעמ' 284; בג"ץ מילר (לעיל, הערה 52), בעמ' 113; בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג(5) 241, בעמ' 281-282 ; ע"פ 889/96 מאזריב נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 433, בעמ' 445; עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, בעמ' 188; בג"ץ 4712/96 סיעת מר"צ – ישראל הדמוקרטית נ' מפקד מחוז ירושלים, משטרת ישראל, פ"ד נ(2) 822, בעמ' 833; בש"פ זאדה (לעיל, הערה 50), בעמ' 169; בג"ץ 8070/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים (טרם פורסם), בפסקה 5 לפסק דינה של השופטת דורנר; ע"א מיסטר מאני בע"מ (לעיל, הערה 62), בפסקה 4 לפסק דינה של השופטת דורנר; בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, (טרם פורסם), בפסקה 48 לפסק הדין; ראו גם בג"ץ 1163/98 שדות נ' שרות בתי הסוהר, פ"ד נה(4) 817, בעמ' 862; אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך שלישי: פרשנות חוקתית, נבו, תשנ"ד), 528.

109. פרק ג לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה-1995, ס"ח 79.

nevo.co.il

השוויון צריך להיות שוויון מהותי ולא שוויון טכני או פורמלי. אם יש לאישה בעיות מיוחדות שלה, בשל השוני הביולוגי הנובע מהיותה אישה, צריך לתת לכך ביטוי. אינני יודעת מה ההשקפות בעניין זה בעולם הפמיניסטי, אך זו השקפתי, ואני רואה את עצמי כפמיניסטית.

מנגד, אני שופטת, ואינני יכולה להסתכל רק על צד אחד של התמונה. אני תמיד משתדלת לאזן. השופטת טובה שטרסברג־כהן כתבה בפסק דינה כי הגבול הוא אם השוני הביולוגי של האישה מחייב השקעת כמות כסף החורגת מגבולות הסביר,[110] כרגע אינני יודעת בדיוק מה הם גבולות הסביר.

ומה היה קורה אילו הייתה להשגת שוויון מהותי לאלים מילר, ולנשים בצבא בכלל, משמעות כספית גבוהה הרבה יותר?

בשל חשיבות השוויון, הייתי מחייבת את הצבא להשקיע גם השקעה כספית גבוהה בהרבה, אם הייתה נדרשת השקעה כזו לשם הגשמתו.

כאנקדוטה אספר כי בשיחה שהייתה לי עם שאול מופז, בהיותו רמטכ"ל, הוא אמר לי שחבל שהיה צורך בפסק דין אליס מילר כדי לפתוח מקומות חדשים לנשים בצבא. הוא בהחלט תומך בהרחבת מגוון התפקידים הפתוחים בצבא לנשים. מסתבר שצה"ל משתנה,[111] כמו כל העולם, או לפחות יש לקוות כך.[112]

תמיכתך בהעדפה משווה מבוססת על עקרון השוויון לנשים.[113] את קוראת להעדפת נשים בכל מוסד שבו אין הנשים מתקבלות למרות כישוריהן.[114] גם בית המשפט, כשייסד ופיתח את דוקטרינת ההעדפה המתקנת, עשה כן בעתירות שעסקו בשוויון לנשים דווקא.[115] בית המשפט הכיר בעקרון ההעדפה המתקנת המחייבת ייצוג הולם לנשים בשירות הציבורי,[116] ורק אחר כך החיל את הדוקטרינה על המיעוט הערבי.[117] עתירות נוספות

---

110. בג"ץ מילר (לעיל, הערה 52), בעמ' 125.
111. ראו דברי השופטת דליה דורנר בכנס בראשות מרדכי קרמניצר, "מושב שלישי: המשפט הצבאי בראי חוקי היסוד", משפט וצבא יד (תש"ס) 77, בעמ' 88.
112. תפיסת השוויון בין המינים של השופטת דורנר החלה להתפתח בעת ששימשה כשופטת צבאית. לפני כן, בשנות העשרים לחייה, פנתה השופטת לתפקיד ציבורי דווקא כדי לטפק גב כלכלי לבעלה, כדי שיוכל להתפתח מבחינה מקצועית בעולם המשפט. ראו אלמוג ורייכמן (לעיל, הערה 101). ראוי לציין גם כי השופטת דורנר הייתה הקצינה הראשונה בצה"ל, מחוץ לחיל הנשים, שהועלתה לה דרגות סגן אלוף ואלוף משנה. ראו נורית אמיתי, "כבוד השופטת", נעמת: הירחון לאשה ולמשפחה (דצמבר 1979) 41.
113. לעיל, הערה 104 והטקסט שלידה.
114. שם, בעמ' 549.
115. בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501.
116. בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630 (להלן: בג"ץ שדולת הנשים השני), בעמ' 662-663.
117. בג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה(5) 15 (להלן: בג"ץ האגודה לזכויות האזרח), בעמ' 38.

nevo.co.il

שטענו להיעדר ייצוג הולם לערבים שהתבססו על הדוקטרינה הזאת נדחו מסיבות שונות.[118] האם ייתכן שבית המשפט אינו שש להחיל על המיעוט הערבי את דוקטרינת ההעדפה המתקנת ושוויון הייצוג באותה העצמה שבה הוא מחיל אותה על נשים? אולי זה נובע מכך שהדוקטרינה בעניין נשים מבוססת על חוקים רבים בעניין,[119] בעוד שהדוקטרינה בעניין הערבים מבוססת על חוקים מעטים בלבד?[120]

לשיטתי, הדוקטרינה חלה על נשים ועל ערבים באותה העצמה. מבין החוקים שעל בסיסם נוצרה דוקטרינת הייצוג לנשים, כל החוקים המהותיים והתשובים מחייבים גם ייצוג הולם לערבים.

אכן, יש הפליה של המגזר הערבי בישראל. ביישובים הערביים רמת התשתיות היא במצב איום ונורא; הביוב זורם ברחובות, וכיוצא באלה. אמנם גם גביית המסים נמוכה יחסית, אבל בכל מקרה המדינה אינה משקיעה די כספים.

אתמול ניתן פסק דין אחרון שלי בעניין זה. עדאלה, ארגון זכויות אדם של ערבים, טען שיש תכנית לטיפול נקודתי ביישובים ברמה סוציו־אקונומית נמוכה, שנכלל בה יישוב ערבי אחד בלבד – היישוב הבדואי רהט.[121] המדינה השיבה שיש תכנית רב־שנתית לתקצוב

118. בג"ץ 9472/00 הוועד הארצי לראשי הרשויות הערביות בישראל נ' שר הפנים (לא פורסם); בג"ץ 10026/01 עדאלה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נז(3) 31.

119. בקבעו כי קיימת דוקטרינה של ייצוג הולם לנשים בגופים ציבוריים, התבסס בית המשפט על תשעה דברי חקיקה שונים (ראו בג"ץ שדולת הנשים השני (לעיל, הערה 116), בעמ' 660-663): סעיף 15א לחוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-1959, ס"ח 86; סעיף 18א לחוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975, ס"ח 132; סעיף 4(ב) לחוק האזרחים הותיקים, תש"ן-1989, ס"ח 26; סעיף 49(ב) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994, ס"ח 156; סעיפים 11(ג) ו־13(ב) לחוק המאבק הלאומי בתאונות הדרכים, תשנ"ז-1997, ס"ח 196; סעיפים 8(ב)(3) ו־16(ג) לחוק הרשות הלאומית להסמכת מעבדות, תשנ"ז-1997, ס"ח 156; סעיף 9(ה) לחוק הרשות לקידום מעמד האשה, תשנ"ח-1998, ס"ח 171; סעיף 296(א) לפקודת החברות [נוסח משולב], תשמ"ג-1983, ג"ח 761. סעיף אחרון זה אינו בתוקף עוד, כאמור בסעיף 367 לחוק החברות, תשנ"ט-1999; ס"ח 189. ברם, גם בחוק החדש, שהחליף את הפקודה, מופיעה הוראה באותה הרוח המחייבת העדפה מקדמת לנשים בעת מינוי דירקטורים חיצוניים לחברה. ראו סעיף 239(ד) לחוק החברות.

120. בג"ץ האגודה לזכויות האזרח (לעיל, הערה 117), בעמ' 30-37. בית המשפט ביסס את קיומה של דוקטרינת הייצוג ההולם בעניין המיעוט הערבי על שני דברי חקיקה בלבד: סעיף 18א לחוק החברות הממשלתיות, וסעיף 15א(א) לחוק שירות המדינה (מינויים). לחקיקה הזאת ניתן להוסיף גם את סעיף 11(ד) לחוק המאבק הלאומי בתאונות הדרכים. יש לציין שבית המשפט, כשקבע כי קיימת דוקטרינה של ייצוג הולם לנשים בגופים ציבוריים, נימק זאת בקיומה של "מסה־קריטית" של חיקוקים המחייבים ייצוג הולם לנשים. ראו בג"ץ שדולת הנשים השני (לעיל, הערה 116), שם.

121. בג"ץ 6488/02 הועד הארצי לראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל נ' ועדת המנכ"לים לטיפול נקודתי בישובים (טרם פורסם).

nevo.co.il

יישובים שבאו במיוחד לתקן את אשר עוות. תשובתנו הייתה, כי העובדה שיש תכנית רב־שנתית שבאה לתקן את העבר, איננה עילה שלא לכלול את היישובים הערביים הנזקקים בתכניות שכלולים בהם גם יישובים שמצבם טוב יותר. החלטות כאלה הן הפליה אטורה. ואולם, לא יכולנו לסייע באותו מקרה כי העתירה הוגשה באיחור רב, אחרי שהכסף שהוקצב לכך כבר הוצא.[122]

גם בעניין עקורי אקרית, פסק דינך[123] יוצר תחושה שבית המשפט מתקשה ללכת עד הסוף במתן שוויון לאזרחי המדינה הערבים. את שהובלת את מהלך הקונסטיטוציונליזציה של ההפקעות, בזכותך אומצה הגישה הקובעת שמשמוצתה המטרה הציבורית שלשמה הופקעה קרקע, בעליה המקוריים זכאי להשבתה או לפיצויים.[124] בפסק הדין בעניין עקורי איקרית, אף על פי שבאחד הדיונים אמרת שזה עניין אזרחי, לבסוף התרת למדינה להשתחרר מהבטחתה להחזיר את קרקעות הכפר אקרית לעקוריו, אף שנסתיים הצורך הציבורי שלשמו הופקעו. ומדוע? בשל חשש ראש הממשלה שהרשות הפלסטינית תעשה שימוש תעמולתי בהשבת הקרקע לעקורים במאבקה למען זכות השיבה.[125]
נראה שבית המשפט, בקבעו כי החלטה זו סבירה, הופך את אזרחי המדינה הערבים לחלק מהקולקטיב הפלסטיני חסר האזרחות הישראלית. בית המשפט אינו מתייחס באמת לאזרח הערבי כאינדיווידואל שנפגעו זכויותיו, אלא רואה אותו בסופו של דבר חלק מהקולקטיב של אנשים שאינם אזרחים.[126] האם בכך אין מתפרקת ההבטחה הגלומה

122. שם, בפסקה 3 לפסק הדין. לביקורת על הימנעות בית המשפט ליתן סעד במקרים שבהם כבר היה שימוש בכסף, ולהצעות לסעדים אחרים שבית המשפט יכול להטיל כדי להתגבר על בעיה זו, ראו יורם רבין ומיכל לוצקי, "האפליה התקציבית המתמשכת של המגזר הערבי", המשפט ז (תשס"ב) 505, בעמ' 511-513.

123. בג"ץ 840/97 סבית נ' ממשלת ישראל, פ"ד נז(4) 803 (להלן: בג"ץ סבית).

124. בדנג"ץ נוסייבה (לעיל, הערה 11) הייתה השופטת דורנר, בדעת מיעוט, היחידה מבין שבעה שופטים שהכפיפה את ההפקעה למבחני התוקפתיות. בבג"ץ קרסיק (לעיל, הערה 11) אומצה דעתה זו פה אחד במותב של תשעה שופטים.

125. בג"ץ סבית (לעיל, הערה 123), בעמ' 814-815.

126. יפה זילבר־שץ טוענת, כי פסיקת השופטת דורנר בפרשה זו מלמדת שלדעת השופטת, הרוב היהודי במדינה מהווה אינטרס מיוחד, רם ונישא מעל כל יתר האינטרסים שבמשפט הישראלי. לגישה זו, נוסחת האיזון בין אינטרס הרוב היהודי במדינה ובין זכויות האדם שונה מהנוסחאות הרגילות בין זכויות ואינטרסים, כגון נוסחת "הודאות הקרובה". הנוסחאות הרגילות מעניקות עדיפות חד־משמעית לזכויות האדם. לעומת זאת, לאינטרס הרוב היהודי במדינה משקל רב יותר מהאינטרסים האחרים, ולכן הוא מצדיק פגיעה בזכויות בקלות רבה יותר. יפה זילבר־שץ, "זהותה היהודית של מדינת ישראל בפסיקתה של השופטת דורנר", הרצאה במסגרת יום עיון לכבודה של השופטת דורנר, הפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר־אילן (כ"ה באדר תשס"ד, 16.3.2004) (עתיד להתפרסם במחקרי משפט כב (תשס"ה)).

בפסק דין קעדאן[127] ובפסק דינך בעניין נוסייבה,[128] לשוויון זכויות אזרחי אינדיווידואלי בין אזרחי המדינה?

אינני מסכימה לדברים. ההפך הוא הנכון. פסק דין קעדאן רואה באזרח הערבי אזרח מדינת ישראל, הזכאי לרכוש בית ביישוב קהילתי. כפי שהיום אין מתעוררת בעיה ביישובים רגילים, כגון נצרת או עומר, כך אין למנוע מערבי לרכוש בית גם ביישוב קהילתי. אני רואה באזרח הערבי אזרח שווה זכויות לכל דבר.

מנגד, קיימים הבדלים סוציולוגיים בין שני העמים. לשני העמים יש גם היסטוריה לא פשוטה. בית המשפט אינו יכול להתעלם מכך. הנתונים האלו מסבכים את העניין. אקדית וברעם הפכו לסמל. אני לא רציתי להתייחס אל הסמל אלא התייחסתי אל העותרים כמו לכל אזרח שהופקעה הקרקע שלו. התכוונתי להתנהג אתם בדיוק כמו שהייתי מתנהגת עם יהודים. ומה קורה אצל היהודים? האם לקרסיק היהודייה החזירו את הקרקע שהופקעה ממנה? לא. זה עריין תלוי ועומד. לפי התאוריה המשפטית, ברור שצריך להחזיר את הקרקע, אך קיימות שאלות נוספות בשל ההשלכות של הנושא, שהתשובות עליהן עדיין מצויות בתהליכי גיבוש.[129]

מהיום הראשון שנכנסתי לאולם בעניין עקורי איקרית, אמרתי שאני רואה בזה עניין אזרחי, ושצריך לטפל בזה כעניין אזרחי. בשבילי העקור הוא אזרח מדינת ישראל, ואני אטפל בו בדיוק ככל אזרח אחר. רציתי להתייחס לכך כעניין אזרחי טהור, תוך התעלמות מהאלמנט הסמלי. ברם, לשם כך נדרשת גם נכונות של הצד האחר. דווקא העותרים הם שהפכו את נושא העתירה לסמל לשיבה. לא עניינו אותם קרקעות אחרות או פיצויים, יהיה סכומם אשר יהיה.[130] מה שעניין אותם היה לשוב לקרקע מכות זכות השיבה. זו לא הייתה שאלה כלכלית אזרחית אלא שאלה סמלית לאומית. אם העניין הוא שוויון, אעניק אותו עד

---

127. בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258. בפסק דין זה נקבע כי אסור למדינה, למעט במקרים מיוחדים מאוד, להקצות קרקע ליישובים המפלים בין יהודים וערבים ושאינם מאפשרים לאחרונים לרכוש בהם מקרקעין. עוד נקבע, כי באותה המידה אסור למדינה להקצות את הקרקע לסוכנות היהודית, אם זו תשתמש בה להקמת יישוב המפלה בין יהודים לערבים. ראו אלכסנדר (סנדי) קדר, "מחוות החולשה: המשפט הישראלי והמרחב האתנו־לאומי בישראל", יפורסם במדינה וחברה (תשס"ד) 2(5). הסבור כי "העמדת פסק הדין בעניין איקרית אל מול פסק הדין בעניין קעדאן מלמדת אכן, כי הרטוריקה הליברלית לכאורה של בית המשפט נסוגה באשר מגיעים לסוגיות המרכזיות הנוגעות לתייהם של האזרחים הפלסטינים בישראל אף אם אלו מבקשים לבדל עצמם מסוגיות לאומיות".

128. דנג"ץ נוסייבה (לעיל, הערה 11). בפסק דינה, בדעת המיעוט, קבעה השופטת דורנר כי תבוטל הפקעת מקרקעין מבעליהם הערביים, בשל פגיעה בלתי מוצדקת בזכות הקניין שלהם. ראו שם, בעמ' 83.

129. ראו בג"ץ סבית (לעיל, הערה 123), בעמ' 815: "הלכת קרסיק אך הציבה גישה עקרונית, ולצדה נותרה שורה של שאלות פתוחות ובמרכזן מועד ההלתה של ההלכה. ההכרעה בשאלות אלה נדחתה למשך שנה בציפייה שבמשך תקופה זו יחוקק בעניין חוק".

130. שם, בעמ' 811.

nevo.co.il

הסוף. אם העניין איננו שוויון אלא סמלים, הרי שהתמונה משתנה. אי־אפשר לכפות את הסמל הלאומי בבית המשפט.

החזרה שלהם לאדמה היא סמלית. הסמל הזה הוא יפה לתקופה שיש בה אווירה מתאימה. ועדת ליבאי, שהמליצה שהקרקע תושב לעקורים, פעלה כשהייתה אווירה טובה בין העמים.[131] ואולם המצב השתנה, הממשלה אמרה שהיא מצויה במצב רגיש, ושהדבר עשוי להתפרש לא נכון. אפילו אם אלף פעמים נכריז שזה עניין אורחי בלבד, הרי שהדבר ייתפס כזכות השיבה.

משתמע מדברייך שמאורעות הדמים של השנים האחרונות, שכללו גם התקוממות של ערבים אזרחי המדינה באוקטובר 2000, מקרינים על בית המשפט העליון. האם הם משנים את המגמה שבה החלה נורמליזציה ביחסים בין האזרחים היהודים לערבים?

אנסח את השאלה אחרת: לפני האירועים האחרונים דגל בית המשפט בשוויון. האם כעת משפיעים עליו האירועים ובעקבות ואת הוא משנה את יישום העיקרון הזה? התשובה לכך היא שלילית. אינני חושבת שבכלל יש בעניין הזה מחלוקת ברמה התאורטית. אך לא רק ברמה התאורטית, גם ברמה המעשית והיום־יומית, בית המשפט העליון מעניק לאזרחי מדינת ישראל הערבים את כל זכויות האזרח.

עם זאת אני ציונית. לדעתי, תוק השבות הוא במהותו חוק־יסוד. מדינת ישראל לא הוקמה רק בעבור שש מאות אלף היהודים שחיו כאן בעת הקמתה. בהרצאות שלי בתוך לארץ אני שומעת שאלות בעניין הזה ומסבירה תמיד, שעם כל הרצינות שאני מייחסת לזכויות אדם – זכויות כל אדם – אני גם ציונית, ואני שקטה לחלוטין בעניין זה. המדינה הזאת שמה לה למטרה להיות יהודית ודמוקרטית, ואני שלמה לחלוטין עם שני העקרונות האלו.[132]

ומה אם נעבור לצד האחר של הקו הירוק? לאחרונה התפרסם דוח חמור מאוד של ארגון אמנסטי, המאשים את ישראל בביצוע פשעי מלחמה בשטחים.[133] האם בעת עימות לוחמתי כמו זה הקיים היום, המכונה "לוחמה בעצימות נמוכה", ריאלי לדבר על זכויות האדם של האוכלוסייה האזרחית הפלסטינית ביהודה שומרון ועזה?[134] הרי גם בית המשפט

---

131. שם, בעמ' 814.

132. לפי דפנה ברק־ארז, הזדהותו של בית המשפט העליון עם האתוס הציוני והנרטיבים הציוניים היא מקור כוחו בחברה הישראלית. בית המשפט נהנה מאמון הציבור בשל ההתאמה הבסיסית שקיימת בין האידאולוגיה והשקפת העולם של השופטים ובין האידאולוגיה והשקפת העולם של הציבור הרחב. ראו דפנה ברק־ארז, משפטי מפתח: ציוני דרך בבית המשפט העליון (משרד הביטחון, תשס"ג), 128-129.

133. Amnesty International, "Report 2003: Israel and the Occupied Territories", [URL: http://web.amnesty.org/report2003/isr-summary-eng].

134. על המתח בין זכויות האדם של הצד שכנגד למצב הביטחוני הנוכחי ראו גם עמנואל גרוס, "מאבקה של ישראל בטרור: שנת 2002 – היבטים משפטיים אגב מבצע 'חומת מגן'", המשפט 15 (תשס"ג) 84; אסא כשר, אתיקה צבאית (משרד הבטחון, תשנ"ו), 39-40; בג"ץ 2901/02 המוקד להגנת הפרט מיסודה של לוטה זלצברגר (ע"ר) נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית,

האמריקני ידוע בשתיקותיו אל מול פגיעות קשות בזכויות אדם שנומקו בטעמי ביטחון.[135] גם את אישרת אטימת בתים של בני משפחות מחבלים שנהרגו.[136] זו איננה סנקציה ענישתית אלא הרתעתית.[137] הפושע עצמו כבר מת, והסנקציה נועדה רק להרתיע מחבלים פוטנציאליים עתידיים, תוך פגיעה בבני משפחה שבעצמם לא פשעו.[138] הסנקציה הזאת איננה מתיישבת עם הדוקטרינה של נית המשפט בעניין כבוד האדם, שאת הובלת, שלפיה "אדם לעולם אינו אמצעי להשגת תכלית אלא לעולם הוא תכלית לעצמה".[139] הקפדת על הדוקטרינה הזאת אפילו כשהיה מדובר בעותרים שאינם אזרחים או תושבי המדינה, וקבעת בעניינם כי "עקרון־יסוד של שיטתנו הוא ששלילת חירות מאדם מוגבלת למטרות ענישה או מניעת סכנה הנשקפת *מהאדם שאת חידותו מבקשים לשלול*"[140] (ההדגשות שלנו), ובכל זאת אישרת את אטימת הבתים. אם כן, האם בית המשפט של מדינה בעימות מסוגל באמת להבטיח את זכויות האדם של הצד האחר?[141]

פ"ד נו(3) 19; בג"ץ 5872/01 ברכה נ' ראש הממשלה, פ"ד נו(3) 1; בג"ץ 2977/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט בישראל נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה ושומרון, פ"ד נו(3) 6; בג"ץ 3114/02 ברכה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 30; בג"ץ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 30; בג"ץ 3436/02 הקסטודיה אינטרנציונלה דה טרה סנטה נ' ממשלת ישראל, פ"ד נו(3) 22; בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (טרם פורסם).

135. ראו, למשל פנינה להב, "צדק וכיבוש: איך הצדיקו האמריקנים את מוסד העבדות ומה נלמד מההיסטוריה שלהם על זו שלנו?", *מחקרי משפט* כ (תשס"ד) 561, בעמ' 640.

136. בג"ץ 6189/94 נטשה נ' שר הבטחון (לא פורסם) (להלן: בג"ץ נבי נטשה).

137. שם, בפסקה 9; בג"ץ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(5) 338, בעמ' 346.

138. בעניין זה ראו דוד קרצ'מר, "ביקורת בג"ץ על הריסתם ואטימתם של בתים בשטחים", ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (יצחק זמיר – עורך, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, תשנ"ג) 305.

139. דברי הפרידה של השופטת דורנר מבית המשפט העליון (עתיד להתפרסם במחקרי משפט כב (תשס"ה)).

140. עמ"מ 10/94 פלונים נ' שר הבטחון, פ"ד נגג(1) 97 (להלן: פסק הדין הראשון בעניין קלפי המיקוח), בעמ' 111-113. בפסק הדין הזה השופטת דורנר הייתה היחידה שפסקה, בדעת המיעוט, כי מעצר מינהלי איננו חוקי כשאין נשקפת סכנה מהעצור עצמו, והוא עצור רק כדי לשמש "קלף מיקוח". בדיון הנוסף הפכה עמדתה לדעת הרוב. הנשיא ברק כתב שם כי השתכנע מדעתה של השופטת דורנר ושינה את דעתו. דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הבטחון, פ"ד נד(1) 721 (להלן: פסק הדין השני בעניין קלפי המיקוח), בעמ' 743.

141. במהלך אירועי הדמים האחרונים התעמתה השופטת דורנר פעמים מספר עם הקושי להבטיח זכויות אדם לצד שכנגד. בבג"ץ 3022/02 קאנון (LAW) – הארגון הפלסטיני להגנה על זכויות האדם ואיכות הסביבה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(3) 9, הוגשה עתירה בעיצומה של הלחימה במחנה הפליטים בג'נין במסגרת מבצע "חומת מגן". העותרים ביקשו שבית המשפט יורה לצה"ל שלא לפגוע באוכלוסייה האזרחית, ולצורך כך להימנע מלפגוע במטרות אזרחיות ובאזרחים על ידי מטוסים, טנקים וכלי נשק אחרים. בית המשפט,

nevo.co.il

את פסק הדין בעניין אטימת הבתים אינני זוכרת, אך זכור לי פסק דין בעניין הריסת בתים. זו הייתה הפעם היחידה שבה הייתי שותפה לפסק דין שעסק בהריסת בתים.[142] זה היה בתקופת פיגועי התופת באוטובוסים. באותו המקרה החליט המפקד הצבאי המוסמך להרוס בתים שמהם יצאו מפגעים, אלא שהוא הקפיא את החלטת ההריסה והפך אותה למעין סנקציה "על תנאי". "התנאי" היה ביצוע פיגועים נוספים, על ידי מפגעים שהתגוררו ביישובים אחרים והשתייכו למשפחות אחרות.[143] אני קבעתי, בדעת מיעוט, שהמפקד אינו רשאי להפעיל את "התנאי", כיוון שאין לנמש את סמכות ההריסה עקב פיגועים שאינם אלה שביצע המפגע שהתגורר בבית.[144] השופטים בך וחשין, בדעת הרוב, קבעו ש"התנאי" והפעלתו חוקיים.[145]

אין ספק שהעניין הכללי שעולה בשאלתכם קשה, אך אשתדל לענות. אתחיל בתאוריה משפטית, ואחר כך נגיע לפרט.

מבחינת התאוריה המשפטית, פתחתי ואמרתי שלזכויות אדם יש מחיר חברתי.[146] קחו לדוגמה את הדבר המובהק ביותר – חירות האדם. כשאתה משחרר אדם שהואשם בעבירה חמורה בשל וכותו לחירות, ברור שהתגנה שאתה נותן לציבור טובה פחות. אם היית מכניס אותו למעצר, הייתה ההגנה על הציבור גבוהה יותר. בהחלטה לשחררו קיים סיכון שהוא יברח.

בענייני ביטחוניים תרומת בית המשפט צנועה יותר. בענייני מעצרים, השופט הוא הסמכות המאזנת את השיקולים ומחליטה אם לעצור אדם או לא.[147] בענייני ביטחוניים,

---

מפי השופטת דורנר, דחה את העתירה, בעיקר מהטעם שבעת הלחימה לא ניתן להפעיל ביקורת שיפוטית ולתת סעדים אפקטיביים הנוגעים לדרכי פעילות מבצעית. בבג"ץ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית (טרם פורסם), פסל בית המשפט, מפי השופטת דורנר, את החלטת לשכת העיתונות שלא להעניק תעודות עיתונאי לפלסטינים תושבי איו"ש בתור שכאלה מטעמי ביטחון. בנימוקי החלטתה כתבה השופטת: "אכן, במצב של מלחמה אין מדינה מאפשרת לתושבי המדינה הלוחמת בה להיכנס ולעבוד בתחומיה, וממילא אין היא מנפיקה לאזרחי אותה מדינה תעודות עיתונאי. אך היחסים בין מדינת ישראל לפלסטינים תושבי האזור מורכבים יותר". ראו שם, בפסקה 6 לפסק הדין. בבג"ץ 2936/02 עמותת "רופאים לזכויות אדם" נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(3) 3, נטען בעתירה שהוגשה בעיצומה של הלחימה במסגרת מבצע "חומת מגן" שצה"ל מפר את כללי המשפט הבין־לאומי. בית המשפט, מפי השופטת דורנר, דחה את העתירה, בנימוק שהסעד שהתבקש היה חיוב המדינה במתן הסבר, וההסבר ניתן. המדינה הבהירה שחיילי צה"ל הונחו לפעול על פי הכללים ההומניטריים, וכי הם פועלים בהתאם.

142. בג"ץ 1730/96 סביח נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד נ(1) 353 (להלן: בג"ץ סביח).

143. שם, בעמ' 364-365.

144. שם, שם.

145. שם, בעמ' 363, 365.

146. לעיל, הערה 108 והטקסט שלידה.

147. סעיפים 4, 5, 12 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996, ס"ח 338. אך ראו גם סעיף 23(א) לחוק.

nevo.co.il

הסמכות שייכת לרשות אחרת של המדינה שהחוק הסמיך. בעניין הריסת בתים, לדוגמה, הסמכות נתונה למפקד הצבאי,[148] המפקד הצבאי, ולא השופט, הוא הארם שמחליט אם הריסת הבית תתרום לביטחון. הוא המכריע בשאלה אם ההריסה תמגע את הגברת הפיגועים. תפקיד השופט הוא רק לקבוע אם החלטת המפקד הצבאי היא חוקית.

אם יקבל השופט את העתירה ויפסול את החלטת הרשות הצבאי להרוס את הבית, הרי שהשופט אחראי. אם אחר כך לא יימנע פיגוע שהיה נמנע לו החליט השופט אחרת, זו אחריותו. לעומת זאת, אם הוא ידחה את העתירה ויאשר את החלטת הרשות הצבאית, ובכל זאת יהיו עוד פיגועים, אף לא אחד יבוא אל השופט בטענות על כך שאושרה סנקציה שלא מילאה את המצופה ממנה.

בתיקים האלה השופט אינגנו מבטא את השקפותיו האישיות. יש דברים שהציבור מתקשה לקבל, והשופט מבטא את תפיסת הציבור. עם זאת, קיימים מקרים שבהם בכל זאת בית המשפט תורג מדעת הציבור, כי הדין אינו מאפשר אחרת. יש תיקים קשים, כגון פסקי הדין בעניין העינויים[149] ובעניין קלפי המיקוז הלבנוניים.[150] בפרשת קלפי המיקוח חייבנו את המדינה לשחרר חלק מהעצורים ולהחזירם ללבנון[151] בניגוד לדעה הציבורית. ברם אין לנו ברירה אחרת. אנו שופטים וחייבים להחיל את החוק, הוא הדין גם בשימוש באמצעי הקידה הכוללים עינויים.

בית המשפט לזכויות אדם היושב בשטרסבורג הוא בדרך כלל תקיף מאוד, מתערב ומלמד את מדינות אירופה איך לשמור על זכויות אדם. כאשר מדובר בעתידות שנוגעות בביטחון של המדינות, בית המשפט הזה הולך על קצות האצבעות. בביטחון הוא זהיר יותר, ויש לכך סיבה. עם זאת, על פי השקפתי, הנימוק הביטחוני איננו בבחינת "כזה ראה וקדש". העלאתו על ידי המדינה איננה חוסמת את הדרך אוטומטית בפני קבלת העתירה. מוטל על השופט לבדוק במה העניין. אם הסיכון הביטחוני הוא ברמה אפשרית, על השופט להגן על זכויות העותרים.

אנו עוברים לכמה שאלות בנושא בית המשפט והציבור. בפסיקתך ובכתיבתך התרעמת פעמים רבות על הפער בין הרטוריקה השיפוטית המבטיחה גדולות ונצורות ובין יישומה בסעד הניתן, שאיננו מספק. את כועסת בעיקר על הדברים גבוהה גבוהה על חשיבותן של הזכויות אך אין מעניקים להן משקל גבוה בפועל.[152] האם, לדעתך, אין לרטוריקה תפקיד משל עצמה, הנפרד מהסעד הקונקרטי?

---

148. תקנה 119(1) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ע"ר תוס' 2 (ע) 858.

149. ההלכה בעניין זה נקבעה בבג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817. השופטת דורנר הצטרפה בפסק הדין לדעת הרוב.

150. לעיל, הערה 137.

151. פסק הדין השני בעניין קלפי המיקוח (לעיל, הערה 137), בעמ' 745.

152. דליה דורנר, "השפעת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני המעצרים", משפט וממשל ד (תשנ"ו) 13, בעמ' 24; דליה דורנר, "אמות מידה למעצר", הסנגור 23 (תשנ"ט) 3, בעמ' 7; דנ"פ גנימאת (לעיל, הערה 108), בעמ' 644; דנג"ץ נוסייבה (לעיל, הערה 11), בעמ' 83;

nevo.co.il

לרטוריקה יש חשיבות רבה. הרטוריקה היא הבסיס לכול. לכן צריך להתחיל בה אך לא להסתפק בה. הרטוריקה מביעה את עקרונות המשפט, אך היא צריכה להתבטא הלכה למעשה גם בתוצאה המשפטית – בסעד. אין ספק שלרטוריקה יש לעתים גם תפקיד המנותק מהסעד הקונקרטי. כשהציבור עדיין לא רגיל כל כך לעיקרון משפטי, יש מקום להעלות ולהבהיר אותו גם במקום שלא ניתן להחילו.

ניקח לדוגמה את פסק דין בנק המזרחי.[153] כל השופטים שישבו לדין היו תמימי דעים שהחוק הנידון[154] עומד בתנאי סעיף 8 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. הם ביטלו את החלטת בית המשפט המחוזי, שקבעה שחלק מהחוק איננו תקף בשל פגיעה בלתי הוקתית בזכות הקניין. מכאן ששאלת עליונות חוקי־היסוד ושאלת הפגיעה בזכות הקניין לא היו זוקות להכרעה. בכל זאת ליבנו השופטים את הנושא הזה בפסק דין מונומנטלי. בית המשפט גם ספג ביקורת על הארכת הדיון בעניינים שממילא היו באוביטר.[155] למרות זאת, היה חשוב לקבוע את ההלכות שנקבעו בו, לרבות סמכות בית המשפט לביקורת חוקתית על חוקים.

גם כאשר לא ניתן הסעד, ניתן לקבוע עקרונות שישמשו במקרים אחרים. בדרך זו כבר יהיה ביסוס לעיקרון בשעה שיוחל הלכה למעשה. זו דרך להבהיר לציבור את הכלל המשפטי ואת חשיבותו. בדרך הזאת גם מתחזק אמון הציבור במערכת המשפטית. כשעיקרון נקבע ללא מתן סעד ההתרגשות פחותה, כיוון שנמנעת מראית עין כאילו השופט "ממציא" עקרונות משפטיים כדי לקבוע את התוצאה שבה הוא רוצה. הרי בסך הכול כוחו של בית המשפט מבוסס על האמון שהציבור רוחש כלפיו.[156] אמון הציבור הוא ביטחונו, עם כל הביקורת על בית המשפט מצד זה או אחר, שהנורמות שיותלו עליו בבית המשפט יהיו נורמות אובייקטיביות וניטרליות, ללא כל עניין אישי של השופט בתוצאה.[157]

בג"ץ קרסיק (לעיל, הערה 11), בעמ' 715; בש"פ 7721/95 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 166, בעמ' 170.

153. ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל פר שיתופי, פ"ד מט(4) 221.

154. חוק ההסדרים במגזר החקלאי המשפחתי (תיקון) תשנ"ג-1993, ס"ח 178.

155. עלי ולצברגר, "הסמכות המכוננת בישראל: שתי אמרות אגב לאמרות אגב, או הזמנה לפתיחת הדיון מחדש", משפט וממשל ג (תשנ"ו) 679, בעמ' 680-686; משה לנדוי, "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית־המשפט: ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד ואח' נ' מגדל כפר שיתופי ואח' (טרם פורסם)", משפט וממשל ג (תשנ"ו) 697, בעמ' 698.

156. בג"ץ 433/87 רבטמן נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מא(4) 606, בעמ' 610; בג"ץ בארי נ' כוכבא־שבתי, פ"ד מד(1) 604, בעמ' 608. לעומת זאת, ראו חיים ה' כהן, "הרהורי כפירה באמון הציבור", המשפט 14 (תשס"ב) 9; טישאל חשין, "אמון הציבור בבית המשפט: תגובה למאמרו של השופט חיים כהן ז"ל ולהרהורי הכפירה שלו במושג אמון הציבור", המשפט 15 (תשס"ב) 4.

157. בג"ץ 732/84 צבן נ' השר לענייני דתות, פ"ד מ(4) 141, בעמ' 148; בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, בעמ' 521; ראו גם אהרן ברק, "בית־המשפט העליון ואמון הציבור", מבחר כתבים (כרך־א, חיים ה' כהן ויצחק זמיר – עורכים, נבו, תש"ס) 965, בעמ' 970.

nevo.co.il

הרי אני חייבתי את עיריית ירושלים לאשר למאיר אינדור להציג מודעות שנכתב בהן "יוסי שריד שמש של ערפאת".[158] האם ניתן ללמוד מכך שאני מסכימה עם תוכן המודעה? את אותו חופש הביטוי החלתי גם כשדובר בדעות הפוכות, כשהתרתי את הקרנת הסרט "ג'נין ג'נין".[159] כך גם הוריתי לשחרר ממעצר מינהלי את הרב גינצבורג,[160] שהוא ימני קיצוני. ראיתי שניתן להגיש נגדו כתב אישום פלילי, כך שאין הצדקה לכך שייעצר במעצר מינהלי. השופט מפעיל, אם כן, את הדין באופן זהה על כל אדם ללא משוא פנים.

מאידך גיסא, יש הטוענים שלא הוראית מספיק "תבונה פוליטית" בהחלטותייך או ברטוריקה שנקטת להצדיקן. נטען שלא התחשבת מספיק בתוצאות שייגרמו למעמדו של בית המשפט מול הרשויות האחרות מול קבוצות אוכלוסיה נרחבות, כגון האוכלוסייה הדתית, עקב הרטוריקה של פסקי דינך.
לדוגמה, במפגש עם סטודנטים מהפקולטה סיפר הנשיא ברק כי ביקש ממך להסתפק בהנמקתו להכרעתכם המשותפת בפרשת דנילוביץ',[161] המבוססת על חוק שוויון הזדמנויות.[162] בכל זאת גזרת את זכותו של הדייל ההומוסקסואל גם מעקרון השוויון הכללי,[163] ובעקבות כך ספג בית המשפט ביקורות רבות. דוגמה נוספת היא הביקורת החריפה שספג בית המשפט בעקבות הוראתך למדינה בעניין הסטנדרט לקיום אנושי בכבוד. בית המשפט, בהרכב אחר, ביטל את הוראתך ונתן לעותרים סעד, שלטענתך מרחיק לכת אפילו יותר מהצו שאת נתת,[164] והנה הצו החדש דווקא לא עורר ביקורת ואפילו נתפס כ"התקפלות".[165] גם הוראותך למדינה לתקצב את חוק החינוך המיוחד[166] "הקפיצה", לפי העיתונות, את יושב־ראש הכנסת.[167] בעקבות פסיקתך בעניין הסרט "ג'נין ג'נין"[168] הוקם אוהל מחאה מול בית המשפט.[169] פסיקתך בפרשת ערוץ פלייבוי[170] הרגיזה

158. בג"ץ 6226/01 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 157, בעמ' 165-166.
159. רע"א 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים (טרם פורסם) (להלן: פסק הדין בעניין ג'נין ג'נין).
160. עמ"מ 4/96 גינצבורג נ' שר הביטחון וראש הממשלה, פ"ד נ(3) 221 (להלן: עמ"מ גינצבורג).
161. בג"ץ דנילוביץ (לעיל, הערה 11).
162. חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988, ס"ת 38.
163. בג"ץ דנילוביץ (לעיל, הערה 11), בעמ' 778-779.
164. בג"ץ עמותת מחויבות (לעיל, הערה 11).
165. ראו הישיבה המאה ועשרים של הכנסת השש עשרה, כ"ד באדר תשס"ד (17.3.2004) (טרם פורסם), [URL: http://www.knesset.gov.il/Tq//mark01/h0015397.html#TQL].
166. בג"ץ 6973/03 מרציאנו נ' שר האוצר (טרם פורסם), בפסקה 9 לפסק הדין; בג"ץ יתד (לעיל, הערה 1), בעמ' 846; בג"ץ 7443/03 ית"ד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך (טרם פורסם; ניתן ביום 2.6.2004).
167. סגל (לעיל, הערה 10).
168. פסק הדין בעניין ג'נין ג'נין (לעיל, הערה 159).
169. לילי גלילי, "קול העם מול בג"ץ", הארץ (5.12.2003) 3ב.
170. פסק הדין בעניין פלייבוי (לעיל, הערה 90).

nevo.co.il

דתיים ופמיניסטיות.[171] תפיסותיך בדבר דיני המעצרים[172] "הרתיחו", לפי העיתונות, בכירים במשטרה.[173] כבר אמרת שלעתים השופט חייב ליתן סעד המנוגד לרוחות המנשבות בציבור.[174] אם כך, האם אין מקום שלפחות הרטוריקה תהיה זהירה יותר, כדי למנוע פגיעה במעמד בית המשפט?

בעניין התגובה הציבורית לצו בעניין משמעות הזכות לכבוד שהרכב אחר שינה, הרי שהיא רק מוכיחה שהמבקרים לא הבינו את הנושא. אגב, בדברי הפרישה שלנו, העברנו אני[175] והשופט אור[176] ביקורת על הדיון וההחלטה של הכנסת בעניין הזה.[177] הכנסת לא נהגה באופן תקין כשבאמצע משפט קיבלה החלטות, בניגוד לתקנון הכנסת האוסר לדון בעניין התלוי ועומד בבית משפט. יושב ראש הכנסת ריבלין טען בעניין זה שהם לא פעלו בניגוד לתקנון, כיוון שעתירה לבג"ץ איננה משפט תלוי ועומד.

אם הנשיא ברק סבור שמישהו מתעמק ברטוריקה של פסקי הדין ומתרגז בגללה, הרי שאינני מסכימה אתו. כמעט אף לא אחד קורא את ההנמקה והרטוריקה של פסקי הדין שלי, ואני עוד כותבת קצר. קל וחומר שופטים שכותבים פסקי דין של עשרות עמודים. את פסקי הדין האלו קוראים רק השופטים, המתמחים שלהם וסטודנטים באוניברסיטה.

אנחנו משלים את עצמנו אם אנחנו חושבים שהרטוריקה שלנו קובעת. הביקורת על פסקי הדין אינה נובעת מהרטוריקה. היא נובעת מהסעד. לו הייתי כותבת באום במקום צו על תנאי, אף לא אחד היה מתרגש. ההתרגשות נבעה מהצו, שכאמור לא הובן כראוי. באותה המידה, אם לא הייתי משנה דבר ברטוריקה של פסק דיני בעניין "ג'נין ג'נין" אך הייתי אוסרת את הקרנת הסרט, לא הייתה נשמעת הביקורת שנשמעה. גם בפסק הדין בעניין דנילוביץ', אם הייתי מביעה את אותן התפיסות, אך קובעת שהעותר אינו זכאי לקבל את כרטיס הטיסה, לא הייתה נשמעת הביקורת. הביקורת נשמעה בשל הסעד ולא בשל הרטוריקה. לכן אינני מסכימה עם דברי הנשיא ברק.

כבר אמרתי שהרטוריקה חשובה. היא חשובה לי כשופטת, כיוון שהיא המכנה הלוגי המוביל אותי להכרעה השיפוטית ולסעד. אך הסעד הוא שמרגיז קבוצות אוכלוסייה.

כפי שאמרתי, בית המשפט איננו יכול לשנות את המציאות. כך, כשהוא מאזן בעניינים ביטחון, בית המשפט איננו יכול לקחת סיכון ששיעורו גבוה משיעור הסיכון שהחברה יכולה

171. לדוגמה לעיל, הערות 91 ו-94; הישיבה המאה ושבע עשרה של הכנסת השש עשרה, י"ז באדר תשס"ד (10.3.2004) (טרם פורסם). [URL: http://www.knesset.gov.il/Tql//mark01/h0015396.html#TQL].

172. ראו לעיל הערות 50-51 והטקסט שליד.

173. לעיל, הערה 167.

174. לעיל, הערות 149-151 והטקסט שליד.

175. לעיל, הערה 139.

176. דברי הפרידה של השופט תיאודור אור מבית המשפט העליון. [URL: http://nfc.msn.co.il/archive/003-D-5333-00.html?tag=22-14-20].

177. הישיבה החשעים ושלוש של הכנסת השש עשרה, י"ט בטבת תשס"ד (13.1.2004). [URL: http://www.knesset.gov.il/Tql//mark01/h0015399.html#TQL].

nevo.co.il

לסבול,[178] מנגד, קיימים מקרים שבהם השופט חייב לפעול אחרת מתפיסות תבדתיות מסוימות. אין לו ברירה כי הוא שופט, ומוטלת עליו מרותו של הדין. כשופטים, אנחנו יודעים שיהיו תלקים בציבור שיבקרו אותנו, וחלקים אחרים שיריעו לנו.[179] אמר את זה עוד הנשיא לנדוי כשביטל את צו התפיסה על אדמות אלון מורה.[180] אנחנו יודעים היום את השקפת עולמו הפוליטית, אך כשופט הוא לא היה יכול לפסוק אחרת. לשבחו של ראש הממשלה דאז מנחם בגין ייאמר, שהגם שהיה מרובד בהורדת יישוב הוא הכריז כי "יש שופטים בירושלים"[181] וכיבד את ההחלטה.

החוק מחייב העברת כל חומר של מוסד ממוסדות המדינה שאינו צריך בשימוש לארכיון המדינה, פרט לחריגים מוגדרים.[182] גם התיקים הפרטיים, הרגישים והסודיים בארכיון נפתחים לעיון הציבור והחוקרים לאחר כמה עשרות שנים.[183] לציבור מותרת גישה גם לפרוטוקולים של ישיבות הממשלה ומערכת הביטחון המסווגות ביותר בכפוף למגבלות סבירות. מדוע אין מועברים לארכיון המסמכים הלא־פורמליים של בית המשפט, כגון התכתבות בין השופטים, טיוטות וחומר רקע להכרעות?

האם יש מקומות שבהם שומרים ניירת כזו? בבית המשפט הקונסטיטוציוני האיטלקי, למשל, אין מפרסמים אפילו דעות מיעוט. אם יש חילוקי דעות בין השופטים, הקורא איננו יודע על כך. נפגשנו עם שופטי בית המשפט האיטלקי לפני זמן מה, וכשעלה הנושא הזה הם הסבירו שנמתחת עליהם ביקורת ממילא, וכי פרסום דעות המיעוט רק יגביר אותה ויפגע בבית המשפט. אך זו איטליה ולא ישראל.

אני מבינה את הרעיון לאפשר לציבור ללמוד על ההתנהלות הפנימית של בית המשפט. אין לי התנגדות לכך, אלא שזה לא מעשי, כיוון שבשיטת העבודה שלנו כמעט אין נוצרת ניירת.

בדרך כלל המצב הוא כזה: יושבים שלושה שופטים בהרכב, שומעים כחמישה עשר תיקים, וכל אחד מהם יושב באולם ומשרבט לעצמו הערות, סימונים וקשקושים שאינם אומרים דבר לזולתו. לאחר הישיבה אנחנו מדברים בינינו, וכל אחד אומר את דעתו. אין פרוטוקול. לאחר מכן כותבים את פסק הדין, לעתים אפילו באולם, והעניין נגמר. כשהשופטים מחליטים שאחד מהם יכתוב את פסק הדין, אותו שופט כותב את פסק הדין, השופטים האחרים קוראים אותו, בוחרים אם להסכים או לכתוב דעה שונה, ובזה העניין תם. ברוב המוחלט של המקרים אין נוצרת שום ניירת שמושמדת לאחר מכן. אין בינינו התכתבות מסודרת, אין טיוטה שעוברת בין השופטים ומשתנה לאור ההערות, ואין התייעצות פורמלית שנכתב בה פרוטוקול.

178. לעיל, הערות 147-149 והטקסט שלידן.

179. כהן (לעיל, הערה 156), בעמ' 15-16; לעומת זאת, ראו משה לנדוי, "כוחו של בית המשפט ומגבלותיו", ספר לנדוי (אהרן ברק ואליעזר מזוז – עורכים, בורסי, תשנ"ה) 61, בעמ' 56-66.

180. בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, בעמ' 11.

181. ראו בדברי הפרֵדה של השופטת (לעיל, הערה 139).

182. סעיף 4(א) לחוק הארכיונים, תשט"ו-1955, ס"ח 14.

183. תקנות 7-7ב לתקנות הארכיונים (עיון בחומר המופקד בגנזך), תשכ"ז-1966, ק"ת 468.

אמנם קיימים תיקים מועטים שצורת העבודה בהם שונה, ונוצרת בהם ניירת. זה קורה בעיקר בתיקים של הרכבים גדולים, כשריבוי האנשים מצריך התייעצות מסודרת. המקרים המעטים הללו לא יסייעו לחקור כראוי את ההיסטוריה של המשפט.

בארצות הברית המצב שונה. שופטת בית המשפט העליון הפדרלי רות גינזבורג סיפרה לי שהיא כתבה ארבע טיוטות של פסק דין, עד שהוא אושר על ידי כל השופטים. כל התהליך נעשה שם בהתכתבות פורמלית. אילו זה היה המצב בארץ, הייתה קבלת החומר מסייעת להיסטוריון לקבל תמונה על התהליך השיפוטי. אלא שאנחנו בישראל שונים מארצות הברית. אמנם הם תשעה שופטים ואנחנו ארבעה עשר, אך הייחסים בינינו הרבה יותר אינטימיים ופחות פורמליים מאשר שם.

בפסק הדין בעניין פלייבורי, לדוגמה,[184] התקיימה התייעצות בין השופטים. ישבו אחד עשר השופטים, כל אחד אמר את דעתו והתברר שהדעה אחידה. הנשיא ברק הציע שאכתוב את פסק הדין כפסק הדין האחרון שלי, וכך סוכם. אין זה חומר ארכיוני מהותי, שיסייע להיסטוריונים להבין את תהליך קבלת ההחלטות וההתייעצות.

פסק הדין הוא דווקא שמשקף את ההתייעצות. אם התגבש בשלב הראשון רוב ומיעוט, פסק הדין נמסר בדרך כלל לכתיבה לאחד משופטי הרוב, ושופטי המיעוט יודעים שיגיבו בדעת מיעוט. הכול צפוי, ואין שום הפתעות.

ואולם לפעמים עולה מקריאת פסקי הדין ההרגשה כאילו לא התקיימה התייעצות כלל. בדנג"צ מטר[185] נקבע שסגניו של ראש מועצת כפר כנא אינם זכאים לתשלום כיוון שלא נאצלו להם סמכויות כתוק, תוך התעלמות מקביעתך בדעת המיעוט, שחל השתק על המדינה.[186] בדנ"א ברזני[187] אף לא אחד מהשופטים הגיב על הניתוח המשפטי־התוזי שהצגת בדעת המיעוט, וממילא לא סתר אותו.

אכן, בדנג"ץ מטר לא התמודדו השופטים עם טענת ההשתק. טענת ההשתק הועלתה אף על ידי המשיבים בדיון הנוסף. כך ששופטי הרוב לא זו בלבד שלא התייחסו לטענתי, אלא אף לא התייחסו לטענת המשיבים עצמם. מכל מקום, את השאלה מדוע לא הייתה התייחסות לטענה זו יש להפנות ליתר השופטים ולא אליי.

בדנ"א ברזני, אכן הייתה לי דרך מחשבה מקורית, ולדעתי, מוצדקת. אמנם שום שופט לא התייחס לניתוח שהצגתי פרט לנשיא ברק, שכתב כי אינו נוקט עמדה בעניין כיוון שהטיעונים לא הועלו על ידי העותרים.[188] בכך ניתן להסביר גם את היעדר ההתייחסות מצד יתר השופטים. כשלעצמי, אינני סבורה שבבית המשפט העליון, העובדה שהצדדים לא טענו בעניין כלשהו, היא תשובה מוחצת לטיעון שהעליתי.

---

184. פסק הדין בעניין פלייבורי (לעיל, הערה 90).
185. דנג"ץ 10350/02 שר הפנים נ' מטר (טרם פורסם) (להלן: דנג"ץ מטר).
186. שם, בפסקה 3 לפסק דינה של השופטת דורנר.
187. דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נז(6) 385 (להלן: דנ"א ברזני).
188. שם, בעמ' 430.

nevo.co.il

מכל מקום, חיפוש אחר התייעצות כתובה לא תסייע להבין את הסיבות לאי־ההתייחסות. לא ניתן למצוא שם הסברים לכך.

מפסקי הדין שלך עולה פעמים רבות תמונה של מאבק בין חלשים לחזקים. נדמה שאת מחפשת מי החלש בסיטואציה ופוסקת לטובתו. האם את מסכימה?[189]

אינני מסכימה עם הניתוח הזה. ההכרעה תלויה בנסיבות השונות של כל מקרה. קיימים מקרים שבהם הצדק הוא עם הצד החזק דווקא.

ובכל זאת. האם לתפיסתך תפקיד בית המשפט במשטר דמוקרטי הוא להגן על המיעוט מפני כוחו של הרוב, משמע מפגיעתה של המדינה?[190]

זה בוודאי נכון, אך לא באופן מוחלט. בית המשפט חייב להגן על המיעוט מפני כוחו של הרוב, אך זאת ככל שהזכויות עומדות למיעוט. חלק מהמשחק הדמוקרטי הוא עדיפות רצון הרוב על פני רצונו של המיעוט. לכן השתייכות אחד הצדדים במשפט למיעוט אינה מחייבת שאותו הצד יזכה. גם חולשה אינה מובילה בהכרח לניצחון במשפט. זה עניין אינדיווידואלי. עשויה להיות סיטואציה עובדתית, שבה יחוש השופט אמפתיה לחלש אך יפסוק בגדו, כיוון שהדין איננו עמו.

---

189. לדוגמה, ראו ת"א (י-ם) 641/92 **Einsman** נ' קימרון (לא פורסם). בפרשה זו פורסם תרגום אחת מהמגילות הגנוזות ללא אישור מפרופ' קימרון שהקדיש אחת עשרה שנים מחייו לפענוחה. השופטת דורנר פסקה לטובתו; דוגמה נוספת ראו בע"א יעקובי (לעיל, הערה 11). מסקנתה של השופטת דורנר בפרשה זו, בדבר תחולה מקבילה של הלכת השיתוף ושל חוק יחסי ממון בין בני־זוג, תשל"ג-1973, ס"ח 267, מבוססת על חולשתה של האישה מול הבעל. לדבריה, פסיקתה נועדה למנוע "מעגל קסמים, שעל־פיו מותנה האיזון בגירושין, ואילו הגירושין מותנים בהסכמה, שלצורך קבלתה נאלץ הצד החלש לוותר על זכויותיו הרכושיות" (שם, בעמ' 607) (ההדגשות שלנו). דוגמאות נוספות ראו בהערות 188-192 להלן.

190. בתחום דיני המעצרים וההפקעות ראו לעיל הערה 147-149; ראו גם קובי סגל, "דברים עם שופטת בית המשפט העליון דליה דורנר: 'מכת מדינה בעבירה טטוימת אינגה עילת מעצר'", הגלימה 5 (תשנ"ו) 6, בעמ' 6; בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355; עמ"מ גינצבורג (לעיל, הערה 160); ע"א 5546/97 **הוועדה המקומית לתכנון ולבניה קריית־אתא נ' הולצמן**, פ"ד נה(4) 629; בג"ץ 2977/95 **הרש נ' שר הביטחון**, פ"ד נ(2) 9; השופטת דורנר הביעה עמדות התומכות בפרט מול המדינה בתחומים רבים נוספים. ראו רע"א 6072/98 **שדמון נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(1) 519; דנ"א 1792/00 **מדינת ישראל נ' שדמון**, פ"ד נו(5) 643; ע"א 8422/02 **כרמל נ' מנהל מס שבח מקרקעין** (טרם פורסם); בג"ץ 5605/00 **מטר נ' שר הפנים**, פ"ד נו(6) 890 ובדנג"ץ מטר (לעיל, הערה 185); **דנג"ץ ויכסלבאום נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(2) 195; ע"א גולן (להלן, הערה 108); בג"ץ 1514/01 **גור אריה נ' הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו**, פ"ד נה(4) 267, בעמ' 280; בג"ץ 5936/97 ד"ר **לם נ' דל**, פ"ד נג(4) 673; ראו גם הערה 104 לעיל והטקסט שלידה.

מנגד, אם מפלים אדם בשל השתייכותו למיעוט, בוודאי ובוודאי מתפקידו של בית המשפט להגן עליו. הדמוקרטיה איננה רק שלטון הרוב, אלא היא גם הגנה על זכויות המיעוט.[191]

האם תפקידו של בית המשפט הוא גם להגן על האורח הקטן מפני התאגידים הגדולים, שלפעמים כוחם אינו נופל מזה של מדינה?

תפקיד בית המשפט להגן על הפרט מפני התאגידים כאשר התאגידים פועלים באופן בלתי חוקי. בישראל קיים, למשל, חוק הגנת הצרכן, וקיימת תחיקה בדבר תביעות ייצוגיות.[192] אלו כלים המשמשים להגנת הצרכן והאזרח מפני התאגידים.

בית המשפט העליון עמוס מאוד. כיצד מחלקים את הזמן והקשב השיפוטי במצב של עומס יתר מתמיד? איך מחליטים איזה תיק יזכה לתשומת לב ולפיתוח הלכתי ואילו עתירה או ערעור יידחו כמעט ללא הנמקה? האם קיים משקל לרמת המוניטין של עורך הדין המייצג, או העובדה שהנושא זכה לחשיפה תקשורתית מסיבית?

אתחיל בשאלה האחרונה. אותו הדברים המרגיזים אותי הוא הרעיון שעורך דין מפורסם יקבל תשומת לב רבה יותר. זהות עורך הדין איננה משחקת אצלי שום תפקיד בהחלטה כמה זמן שיפוטי להקדיש לתיק.

בשל העומס, קיימים אצלי שני מסלולי הכרעה: המסלול המהיר והמסלול הרציני. סיווג מקרה לאחד המסלולים תלוי בתוכן התיק ובו בלבד. במסלול המהיר מגיע לידיי תיק, תיק אזרחי לדוגמה, אני קוראת אותו, עוברת על כל הטיעונים ורואה שאת הערעור הזה צריך לדחות. אני נכנסת לאולם ואומרת לצדדים: "תראו, אני קראתי את התיק, חבריי קראו אותו, והגענו למסקנה שאין לכם קייס מטעמים מסוימים. אנחנו ממליצים שתבטלו את הערעור". אם הם מסכימים, נגמר העניין. אם הם מסרבים, אני מאפשרת להם לטעון בקצרה, ואם לא שכנעו אותי אני מסבירה מדוע החלטנו כפי שהחלטנו ובזה העניין מסתיים. אני מכתיבה את פסק הדין באותו הרגע באולם.

המסלול הרציני הוא מסלול לתיקים שאני לוקחת לעיון. אלו התיקים שזוכים לדיון מעמיק יותר ולפיתוח תורת־משפטי.

---

191. בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, בעמ' 45.

192. העדפתה של השופטת דורנר את הצרכנים והאורחים הנפגעים על פני התאגידים הכלכליים באה לידי ביטוי בפסקי דין רבים פרי עטה. כמו בתחום יחסי הפרט עם המדינה, גם בתחום יחסי הפרט מול התאגיד הכלכלי נראה שהשופטת דורנר ביכרה לפרש חוקים כך שיעניקו הגנה גבוהה לפרט החלש העומד מול התאגיד הכלכלי החזק. החקיקה שפירשה השופטת בדרך זו כוללת גם הוראות חוק שאינן עוסקות כהגנת הצרכן ובתביעות ייצוגיות. ראו לדוגמה ע"א 6025/92 צמיתות (81) בע"מ נ' חרושת חימר, פ"ד נ(1) 826; ת"א (י-ם) בלוי נ' "טפחות" בנק למשכנתאות (לא פורסם); רע"א אקו"ם (לעיל, הערה 22) (ובעניין זה ראו גם עמדתה של השופטת דורנר כפי שעולה מראיון זה בטקסט שליד הערות 22-25); ע"א מיסטר מאני בע"מ (לעיל, הערה 62).

nevo.co.il

חלק גדול מהזמן השיפוטי מוקדש לקריאת התיקים. לצערי, הטיעונים רבים מדיי וארוכים מדיי. הדבר הגרוע ביותר הוא להרבות מילים. זה הדבר השנוא עליי ביותר. הדבר הראשון שאנשים שעובדים אתי לומדים הוא לכתוב בצורה בהירה, למצות את העובדות בצורה נקייה, לחשוב נקי.

ניקח מקרה לדוגמה. חבר הכנסת רן כהן, ארגונים חברתיים ואנשים פרטיים עתרו בשנת 1999 נגד חוק ההסדרים שאפשר, דה־פקטו, את "הקפאת" חוק הדיור הציבורי.[193] ברור שהיה מדובר לכאורה בפגיעה בזכות הקניין של העותרים באמצעות חקיקה רטרואקטיבית. בית המשפט "נפנף" את העתירה בחצי עמוד. שבו קבע ללא נימוק שלא הייתה פגיעה בקניין. ואפילו אם הייתה הרי שאיננה עולה על הנדרש. האומנם מוצדק לכלול מקרה כגון זה במסגרת "המסלול המהיר" שהונגת?

העובדה שהעותר טוען שנפגעה זכות הקניין ויש טענות מפוארות איננה אומרת שהשופט חושב שהעתירה רצינית. כיום מוּדרני לטעון בבית המשפט לחוסר חוקתיות.[194] לו הייתי מבטלת חוק בכל פעם שגטענה הטענה הזאת באולמי, הייתי מבטלת כחמישה חוקים בכל בוקר.

קיימים בתי משפט חוקתיים בעולם, שכל תפקידם הוא לבטל חוקים. כדי להצדיק את תפקידם ואת קיומם, הם מבטלים חוקים בקלות רבה יחסית. אני, לעומתם, מכבדת מאוד חוק של הכנסת. ביטול חוק, לדעתי, הוא עניין חמור מאוד. יש להיזהר מאוד לפני שנוקטים צעד כזה. הזכרתי כבר בעניין חוק ההסדרים, שלא כל דבר הראוי לדיון ציבורי ראוי גם לשימוש בכוח הביטול.[195]

בית המשפט קרא את הטיעונים גם במקרה שבדוגמה. אם הוא פסק כפי שפסק, הרי זה משום שהגיע למסקנה שאינם מקימים בסיס המצריך טיעון וליבון מעמיקים. אילו היה בית המשפט סבור אחרת, הרי שהיה מקדיש ומן רב יותר לעתירה. אין הדבר אומר שבית המשפט היה מקבל את העתירה, אך הוא היה מבצע בדיקה מעמיקה הרבה יותר. יתרה מזאת, גם כשבית המשפט מבצע בדיקה מעמיקה של הנושאים העולים בעתירה, עדיין ייתכן כי פסק הדין הסופי יהיה קצר ולקוני. גם אם נדחתה העתירה, וגם אם פסק הדין קצר, הרי זה לאחר שהשופטים הקדישו לטענות מחשבה והכריעו בהן.

למרות הדברים הללו, אין לי כל ספק שהמצב הקיים באשר לזמן השיפוטי המוקדש לכל נושא אינו מניח את הדעת. הסיבה לכך היא העומס. בית המשפט העליון עמוס מדיי משום שהוא משמש גם כערכאת ערעור ראשונה. חמישה עשר שופטי בית המשפט העליון, יושבים בהרכבים מצומצמים. במצב זה, לטעמי, פסק הדין איננו משקף בהכרח את דעת רוב השופטים בבית המשפט העליון באותו הדור. זו פגיעה ביציבות המשפטית, וכדי לנסות להתגבר עליה

193. בג"ץ 403/99 כהן נ' ראש ממשלת ישראל ושר הבינוי והשיכון (טרם פורסם).
194. ראו, למשל, הביקורת המובעת בבג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, בעמ' 496.
195. לעיל, הערות 69-70 והטקסט שלידן.

מאושרים יותר מדיי דיונים נוספים. הדיון הנוסף כבר הפך להיות חלק טבעי מהעתירה. כל הרעות החולות האלה נובעות מהמבנה הקיים של המערכת.

אין ספק שנדרשת רפורמה. לדעתי, צריכים להיות תשעה שופטים בבית המשפט העליון, שישבו בהרכבים רחבים, ושפסק דינם ישקף את דעת בית המשפט באותו הדור.

מהו לדעתך תפקיד האקדמיה המשפטית, וכיצד את רואה את ממשק היחסים בינה לבין בית המשפט?

אני רואה בברכה רבה את "המשחק" בין האקדמיה לבית המשפט. לדעתי, הוא מצוין. לאקדמיה יש בהחלט השפעה על פסיקת בית המשפט. אתם מנתחים את הפסיקה שלנו, ואנחנו קוראים את מאמרי הביקורת על פסקי הדין שלנו ושל חבריו ומושפעים מהם. כששופט קורא ניתוח של פסק הדין שלו, הוא מגיב לניתוח הזה. בין בית המשפט לאקדמיה מתקיים היזון הדדי, וזה מצב אופטימלי. אין דבר טוב ומבורך יותר. אני שמחה על כל מאמר שנכתב, ועל כל ספר שמסכם את המצב המשפטי הקיים ומציע שינויים ופיתוחים. זה דבר ראוי ורצוי.

באיזה תחום היית בוחרת לעסוק אם לא היית פונה למשפטים ולשפיטה?

כשהייתי ילדה רציתי להיות סופרת. אחר כך גיליתי שסופרים אינם יכולים להתפרנס, אז חשבתי להיות מורה ולכתוב ספרים אחר הצהריים. אחר כך גדלתי והבנתי שאני כבר לא אהיה בלזק.

אני ילידת 1934, וכשהתגייסתי לצה"ל הייתי רק בת 17. שירתתי במטכ"ל, שהיה במקום שבו נמצאת היום השלישות ברמת גן. בשעה חמש אחר הצהריים, כשכולם הלכו הביתה, אני, בגילי הצעיר, הייתי ילדה די בודדה שגרה בחיפה. לכן החלטתי ללמוד.

חיפשתי מקום ללמוד, ונודע לי על בית ספר ערב למשפטים וכלכלה. הבחירה בין משפטים לכלכלה לא הייתה קשה. כלכלה לא התאימה לי כל כך, לכן בחרתי במשפטים. במהרה התאהבתי במקצוע. זה מקצוע יוצא מן הכלל. המשפט הוא הרבה יותר מאשר סט של כללים. הוא פילוסופיה. הוא סיפור. הוא סוציולוגיה. כאשר את עוסקת בליטיגציה, יש לך ריגושים של "מלחמות". הייתי סנגורית שנים רבות. אהבתי את האולם, את החקירה הנגדית, את מלחמת המוחות. כשעברתי לשיפוט זה היה חסר לי בהתחלה. הייתי חושבת לעצמי, כמה אני רוצה לרדת מהדוכן ולנהל את החקירה הנגדית לגמרי אחרת.

בתור איזו שופטת היית רוצה שיזכרו אותך?

הדרכים שבהן סוכמה פסיקתי הניחו את דעתי לחלוטין. למעשה, הופתעתי מהן לטובה.

nevo.co.il