

## דבר העורך

קוראות וקוראים יקרים,

הכתיבה המשפטית העברית ניצבת בפני סכנה. מצד אחד במות הפרסום מתרבות. באמצע שנות השמונים ראו אור בישראל שישה כתבי עת אקדמיים-משפטיים בעברית, מהם שניים שהתמחו במשפט עברי.<sup>1</sup> כיום רואים אור יותר מעשרים כתבי עת משפטיים בעברית. מספר קבצי המאמרים האקדמיים (אנתולוגיות) המתפרסמים בישראל מדי שנה גדל אף הוא במידה ניכרת. התרבות הבמות הייתה, כמובן, רצויה לו באה בעקבות גידול בהיקף הכתיבה האיכותית בעברית או לו עודדה מגמה כזו. אולם מן הצד האחר חוקרות וחוקרי משפט ישראליים מובילים נכונים פחות ופחות לכתוב בעברית. גם תופעה זו אינה פסולה כשלעצמה. ייתכן שהפניית האנרגיה לאפיקים בין לאומיים מניבה תועלת רבה לחוקרות ולחוקרים, למוסדות המחקר, למדינה ולעולם – שעל תיקונו אנו הרי אמונים מקדמת דנא. כתיבה משפטית אקדמית בארצות הברית, אשר אליה מופנית עיקר האנרגיה היצירתית הישראלית, אמנם אינה משפיעה כמעט על בתי המשפט במדינה זו (ודאי לא מחוץ לה),<sup>2</sup> אך קיימת מסתמא השפעה ישראלית, מוגבלת בהיקפה ובמשכה, על השיח האקדמי האנגלו-אמריקני. כך או כך, הסטת תשומת הלב של חוקרות וחוקרים ישראליים מן השוק המקומי לשווקים זרים, שהיא חלק בלתי נפרד מתהליכי גלובליזציה עמוקים יותר, מצמצמת את היקף הכתיבה המשפטית האיכותית בעברית.

התרבות הבמות לצד אי גידול פרופורציוני בהיקף החומר האיכותי עלולה להביא לידי התרופפות הסטנדרטים האקדמיים של פרסומים עבריים, תהליך שיערער את המוניטין של הפרסום העברי ויאייץ עוד יותר את זליגת התכנים לשווקים זרים. יש שיגרסו כי תהליך זה כבר מצוי בעיצומו. אל מול החששות הללו ניצב בעוז דין ודברים. כתב העת, עול ימים

1. רונן פרי, "דירוג כתבי עת משפטיים עבריים – יסודות עיוניים ומחקר אמפירי ראשוני", דין ודברים א (תשס"ה) 401, בעמ' 426.
2. Adam Liptak, "When Rendering Decisions, Judges Are Finding Law Reviews Irrelevant," *New York Times* (March 19, 2007).

ואולי משום כך נועז ונחשוני, גאה מאוד בתהליכי שיפוט ועריכה קפדניים וחסרי פשרות מחד גיסא, ובייזום כתיבה משפטית מקורית בעברית מאידך גיסא. חברות וחברי המערכת של דין ודברים הם התלמידים הטובים ביותר בפקולטה; הם משתתפים באופן פעיל בתהליך הסינון של מאמרים המוגשים לשיפוט, בהשבתם המהותית ובהכנתם לפרסום, ורואים בחברותם במערכת את האתגר העיקרי בתקופת הלימודים. כל המאמרים, בלי יוצא מן הכלל, עוברים שיפוט בידי קוראות וקוראים אנונימיים בעלי המומחיות הנדרשת, ולחוות הדעת שמתקבלות ניתן משקל מהותי, לרוב מכריע, בתהליך השיפוט. יתר על כן, לעומת כתבי עת מובילים אחרים, ועל פי המסורת של אחיו הבכיר משפט וממשל, גם בדין ודברים משמש חבר סגל בכיר כעורך ראשי. מעורבות כזו של חוקר מנוסה מבטיחה, בין היתר, הגדרת משימות ברורה ומסודרת - עם ראייה ארוכת טווח, בקרה מקצועית רציפה על עבודתם של הסטודנטים, ערך מוסף ממשי לחברות במערכת, ומועור השפעתם של פרמטרים בלתי מקצועיים על תהליך קבלת ההחלטות. **דין ודברים יוזם**, מעת לעת, חוברות נושא בלתי שגרתיות תוך ניצול המומחיות או תחומי העניין המיוחדים של נשות ואנשי הסגל המשמשים כעורכים. בחוברות כאלה השלם עולה תמיד על סך חלקיו. בשנה הקרובה עתידות להתפרסם שתי חוברות נושא נוספות - האחת על פרספקטיבות ומתודולוגיות במחקר המשפטי (בעריכת) והשנייה על עיקרים באחריות פלילית (בעריכתו של עמיתי ד"ר האלד גנאים). לצד אלה כתב העת ממשיך לשיפוט ולפרסום ברציפות מאמרים בלתי מוזמנים ופרויקטים אקדמיים מסוגים אחרים כגון ראיונות עומק עם שופטים ושופטות בדימוס, תגובות על מאמרים, הערות סטודנטים וכו'. שיעור דחיית המאמרים השנה היה, על פי הנתונים שבידי, הגבוה ביותר בהיסטוריה של כתבי העת של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה, ונדמה לי כי זוהי ראייה טובה לקפדנותנו או להתבססותו של דין ודברים ככתב עת מוביל או לשתייהן.

\*

החברות שלפניכם היא חוברת כללית שבה טקסטים אקדמיים מסוגים שונים על נושאים שונים. מאז היווסדו נוהג כתב העת **דין ודברים** לערוך ריאיון עומק מקצועי עם שופט או שופטת שפרשו לגמלאות זה לא כבר. חוברת זו נפתחה בריאיון שערכו **טל בהנא ואילנה פרנקל**, מחברי המערכת הוותיקים של כתב העת, עם המשנה לנשיא בית המשפט העליון בדימוס, **מישאל חשין**. בריאיון השיב השופט על שאלות הנוגעות לעשייתו השיפוטית ולענייני השעה. בין היתר נדונו שאלות על כינון חוקה לישראל, שיטת הממשל, ביטחון המדינה, דת ומדינה, מעמד המיעוט הערבי, חופש הביטוי, מעורבות התקשורת בעניינים משפטיים, גבולות הפרשנות והיצירה השיפוטית בכלל, מערכת המשפט ומלאכת השיפוט. השופט חשין הקדיש זמן ומחשבה מרובים לשאלות והשיב על כל אחת מהן בגילוי לב וביסודיות אופייניים. התוצר המוגמר יעניין, בוודאי, לא רק משפטנים וחוקרי משפט אלא גם את הציבור הרחב.

הרשימה "כללי אכזר בכתיבה משפטית - הרהורים על עיצוב נורמות של שיח", פרי עטם של העורכת היוצאת של דין ודברים, **שילמית אלמוג**, ושל החתום מטה בוחנת את סוגיית האזכור של מקורות משפטיים בעקבות פרסומה באחרונה של חוברת "כללי האזכור האחד בכתיבה המשפטית" ("הספר הסגול"). בפני מערכת דין ודברים עמדה השאלה, אם

להמיר את כללי האזכור הנוהגים בכתב העת בכללים החדשים. במהלך העיון בשאלה זו, צצו ועלו שאלות מעניינות בדבר נחיצותם של כללי אזכור אחיד, בדבר אופן קביעתם, קיבועם והמרתם, תוכנם וצורתם. הרשימה פותחת בבחינת עצם נחיצותה של אחידות באזכור, ובודקת את היתרונות והחסרונות של האחידות בדרגות תחילה שונות. הדיון בשיקולים של אסתטיקה, יעילות ושימור זהויות ייחודיות מביא את המחברים לכלל מסקנה המסתייגת מהחלת נורמות אזכור אחידות על מכלול הכתיבה המשפטית בישראל. המשך הדברים מוקדש לבחינת תהליך הפקתו של הספר הסגול, כמו גם לבחינת תוכנם וצורתם של כללי האזכור החדשים.

במאמרו "בעל נגד אישה, אמת נגד משפחה, או המבט הרביעי על הכשרות להעיד במשפט הפלילי" מגתה אסף הרדוף את שאלת כשרותו של אדם להעיד במשפט פלילי נגד בן זוגו. נקודת המוצא היא שפקודת הראיות, המתווה את ההסדר הנוהג בסוגיה זו, אינה עקיבה בניסוחה. המונחים העמומים בסעיפים הרלוונטיים מגבירים את הקושי. ההבחנות שיוצר הדין בין משפט פלילי לבין משפט אזרחי, בין הליך פלילי מסוג אחד לאחר, בין שלבים שונים של הליך פלילי מסוים – גוררות הסדר חסר עקיבות שאינו מצליח להגשים באופן מיטבי תכלית מסוימת. המחבר טוען כי התכלית המסורתית של ההסדר, לאמור הגנה על התא המשפחתי, אינה מוגשמת למעשה באמצעות ההסדר הנוהג, וספק אם התועלת החברתית של הסדר זה גבוהה ממחירו. המאמר עומד על ההבדלים בין מחסומי הראיות השונים, בוחן את הבעייתיות שבהסדרים הנוהגים, מתעמק בקשר הסיבתי שבין הסדרים אלה לבין תכלית ההגנה על התא המשפחתי, ומציע כמה דרכים לעיצוב הדין בעניין זה, תוך צידוד בביטול הסדרי הכשרות והחלפתם בחופש ראייתי.

במרכזו רשימתה של רות זפרן "אימהות יש גם שתיים – הגדרת אימהות לילד שנולד לבנות זוג מאותו המין" עומדת שאלת הגדרת ההורות לילד שנולד לזוג נשים תוך שימוש בתעצומותיהן הביולוגיות – האחת העניקה מביציותיה והשתתפה בעיצוב מטענו הגנטי של הילד, השנייה נשאה אותו ברחמה לאורך ההיריון. שתי האימהות מבקשות לגדל את הילד בצוותא, ואילו האב הביולוגי, תורם הזרע, אינו אמור לקחת חלק בטיפול בצאצא. מבין שלושה גורמים הוריים שהשתתפו בהולדתו של הצאצא, מבקשת הרשימה לברר, מי יוגדר (ומי ראוי שיוגדר) כהורה משפטי. לאחר שמתברר כי הדין הקיים בישראל כיום אינו מספק מענה משביע רצון, הרשימה מבקשת להציע קווים להכרעה, הן באשר לזהות ההורים והן באשר לאופן שבו יש להכיר או להכריע במעמדם זה. הרשימה גורסת כי כאשר פעלו בנות זוג להולדת ילדן המשותף – כאשר האחת משתתפת בעיצוב מטענו הגנטי והאחרת נושאת אותו ברחמה, ותרומתו של הגבר מתמצה במתן זרע אנונימי בתיווך בנק זרע, יש להכיר באימהותן הבלעדית של השתיים. הרשימה מבררת איוז מבין החלופות האפשריות תשמש להכרה במעמדן זה, ומציעה להעדיף, הן בנוגע לאם היולדת והן בנוגע לאם הגנטית, חלופה המצהירה על אימהות באמצעות הליך של רישום מוסכם בלא צורך במעורבות בית משפט ובלא צו אימוץ. מעורבות בית המשפט תידרש בנסיבות שבהן נפלה מחלוקת בין האימהות כאשר למעמדן או כאשר מתבקשת הכרה בהורות של יותר משניים.

במאמרו "ארבעה מיתוסים על ביקורת שיפוטית (בתגובה על מאמרי הביקורת של רוברט בורק וריצ'רד פוזנר על האקטיביזם השיפוטי של אהרן ברק)", דוחה ברק מדינה

בשיתיות את הביקורת הקשה שהטילו באחרונה שני מלומדים אמריקנים ידועים בנשיא בדימוס אהרן ברק, בעקבות המהדורה האנגלית של ספרו **שופט בחברה דמוקרטית**. מדינה טוען כי דברי הביקורת משקפים אי הבנה של המצב המשפטי הנוהג בישראל בכמה עניינים מרכזיים; לוקים בתיאור העובדות בנוגע לפועלו של הנשיא ברק כשופט; ונעדרים התמודדות נאותה עם גישתו של ברק, אשר נגדה הם יוצאים. למעשה, טוען מדינה, הביקורת של פוזנר ושל בורק נכתבו בראש ובראשונה כחלק מוויכוח אמריקני פנימי ואין לראות בהן גיסיון רציני לבחון את גישתו התאורטית של ברק ובוודאי לא את פסיקתו. פוזנר ובורק גמנים עם הדוברים המובהקים של עמדה שמרנית קיצונית, המבקרת בחריפות את התפיסות המקובלות בפסיקה של בית המשפט העליון בארצות הברית ובזרם המרכזי של המחקר האקדמי. ביקורות הספרים שפרסמו פוזנר ובורק משקפות גם את ההתנגדות העקרונית שלהם להיזקקות למשפט ההשוואתי כמקור משפטי. מדינה טוען כי פוזנר ובורק מתארים בעצם קריקטורה של גישת ברק, ומנסים לאפיין אותה כשונה באופן יסודי מהגישה המקובלת בארצות הברית, מתוך כוונה להציג באור מגוחך את חסידיה של העמדה, הרואה בתפיסות המקובלות בעולם הדמוקרטי – לפחות ככל שהן מבטאות קונצנזוס רחב – מקור משפטי רלוונטי להכרעות שיפוטיות. בפועל, הגישה החריגה היא דווקא זו המוצגת על ידי בורק ועל ידי פוזנר, ואילו גישתו של ברק עולה בקנה אחד עם תפיסות המקובלות בעולם הדמוקרטי כולו, ובכללן ארצות הברית, הן באשר לתפקידו של שופט בחברה דמוקרטית והן באשר לתוכנן של ההגבלות המוטלות על כוחו של הרוב. בעניין **יששכרו ב פסק בית המשפט העליון**, בהרכב של תשעה שופטים, כי בתי משפט רשאים לפסול ראייה רק משום שהושגה באמצעים פסולים, ובהם הימנעות מלהודיע לנאשם כי הוא רשאי לשמור על זכות השתיקה או כי הוא זכאי להיוועץ בעורך דין. פסילה כזו עשויה להתבצע גם אם אין חשש לאמינות הראייה. בהערת פסיקה טוענים קרן **שפירא** – **אמינר ורון שפירא** כי מגמת השינוי שפסק דין זה יוצר בדיני הראיות היא ברוכה, משום שהיא מכוונת לחזק את זכויות הפרט בחיכוכו עם השלטון, אולם אופן מימושה אינו שלם. המאמר מצביע על כך שהחידוש של בית המשפט הינו הד מאחר לשינויים דומים, שהתרחשו לפני עשרות שנים במדינות ששיטת משפטן דומה לשלנו, ובדרך כלל בוצעו בעוצמה רבה יותר. לטענתם, כלל הפסלות, המתואר בעניין **יששכרו ב** "גמיש" ו"יחסי", איננו בעל משמעות מעשית רבה. בשיטתנו המשפטית, שאין בה מושבעים, המשמעות של "כלל קבילות" גמיש היא נמוכה. בנוסף, הקביעה כי כלל הפסלות יופעל ביתר קלות כשהראייה איננה נחוצה, גורעת מחשיבותו. זאת ועוד, הקביעה כי חומרת העבירה המיוחסת לנאשם תצטרף למניין הטיבות לקבלת ראייה נגדו שהושגה באמצעים פסולים מפחיתה עוד יותר את יכולתו של כלל זה להגן על אותם נאשמים הנוקקים להגנת עקרון החפות. המחברים מביעים חשש כי לקביעה אחרונה זו, מפי הרכב שופטים מורחב של בית המשפט העליון, עלולה להיות השפעה שלילית על דיני הראיות אף במקרים אחרים, כלומר היא עלולה לחזק מגמות קיימות, ועד עתה בלתי גלויות, של התרופפות ההגנות הנתונות לנאשמים דווקא במקום שהן נחוצות להם יותר מכול – כשהם מואשמים בעבירה חמורה או בעבירה המרגיזה את הציבור, או כשנוצרה נגדם אווירה שלילית.

\*

אני מבקש להודות לסגנית העורך, מנאל תותרי-ג'ובראן, על עבודתה המסורה והקפדנית, לתלמידות ולתלמידים, חברי המערכת, לקוראות ולקוראים האנוגימיים של המאמרים, לצוות ההפקה של כתב העת, וכמובן לכותבות ולכותבים - שנהפכו, כך אנו מקווים, לשגרירינו הטובים בארבע כנפות הארץ.

קריאה מהנה ומעניינת ושנה טובה,

רונן פרי

